

# Aus Politik und Zeitgeschichte

Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament

Stephan Detjen

Verfassungsverständnis und Verfassungsdiskussionen  
in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland

Michael Reissenberger

Wer bewacht die Wächter?  
Zur Diskussion um die Rolle  
des Bundesverfassungsgerichts

Markus Bremers

Soziale Staatsziele und Verfassungsverständnis  
Ein Rückblick auf die Verfassungsdebatte  
der deutschen Einheit

Norbert Paul Engel

Die Wirksamkeit europäischen und  
nationalen Rechts

B 15–16/97

4. April 1997

Stephan Detjen, M. A., Rechtsanwalt, geb. 1965; Studium der neueren und alten Geschichte sowie der Rechtswissenschaft an den Universitäten München, Aix-en-Provence und an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer; nach dem Rechtsreferendariat Redakteur beim Bayerischen Rundfunk; seit 1997 Korrespondent des DeutschlandRadio in der Gemeinschaftsredaktion Recht und Rechtspolitik von Süddeutschem Rundfunk und DeutschlandRadio in Karlsruhe.

Hörfunksendungen und Veröffentlichungen zu juristischen und rechtspolitischen Themen.

Michael Reissenberger, geb. 1949; Journalist und Jurist; nach dem bayer. Assessorexamen Politik- und Wirtschaftsredakteur beim Südwestfunk; seit 1983 Leiter der ARD-weit sendenden Hörfunk-Redaktion Recht- und Rechtspolitik des Süddeutschen Rundfunks (heute gemeinsam mit dem DeutschlandRadio) in Karlsruhe.

Hörfunksendungen und Veröffentlichungen, u. a.: CD „Residenz des Rechts“. Porträt des Bundesverfassungsgerichts mit historischen Tondokumenten.

Markus Bremers, M.A., geb. 1970; Studium der Politischen Wissenschaft, Neueren Geschichte und des Staatsrechts in Bonn; wissenschaftlicher Mitarbeiter im Deutschen Bundestag.

Veröffentlichungen zur Arbeit der Gemeinsamen Verfassungskommission von Deutschem Bundestag und Bundesrat.

Norbert Paul Engel, geb. 1943; Jura-Studium an der FU Berlin und der Universität Freiburg; freier Journalist, akkreditiert beim Bundesverfassungsgericht seit 1969, Arbeitsort seit 1972 in Straßburg.

Herausgeber der Europäischen Grundrechte-Zeitschrift, des Human Rights Law Journal und der Revue universelle des droits de l'homme.



ISSN 0479-611 X

Herausgegeben von der Bundeszentrale für politische Bildung, Berliner Freiheit 7, 53111 Bonn.

Redaktion: Dr. Klaus W. Wippermann (verantwortlich), Dr. Katharina Belwe, Dr. Ludwig Watzal, Hans G. Bauer.

Die Vertriebsabteilung der Wochenzeitung DAS PARLAMENT, Fleischstraße 62–65, 54290 Trier, Tel. 06 51/9 79 91 86, möglichst Telefax 06 51/9 79 91 53, nimmt entgegen

- Nachforderungen der Beilage „Aus Politik und Zeitgeschichte“;
- Abonnementsbestellungen der Wochenzeitung DAS PARLAMENT einschließlich Beilage zum Preis von DM 14,40 vierteljährlich, Jahresvorzugspreis DM 52,80 einschließlich Mehrwertsteuer; Kündigung drei Wochen vor Ablauf des Berechnungszeitraumes;
- Bestellungen von Sammelmappen für die Beilage zum Preis von 7,— zuzüglich Verpackungskosten, Portokosten und Mehrwertsteuer.

Die Veröffentlichungen in der Beilage „Aus Politik und Zeitgeschichte“ stellen keine Meinungsäußerung des Herausgebers dar; sie dienen lediglich der Unterrichtung und Urteilsbildung.

Für Unterrichtszwecke können Kopien in Klassensatzstärke hergestellt werden.

# Verfassungsverständnis und Verfassungsdiskussionen in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland

## I. Grundgesetz und Geschichtsverständnis

In der Geschichte war es Verfassungsurkunden selten vergönnt, einen hervorgehobenen Platz im kollektiven Bewußtsein der Völker einzunehmen. Die britische Magna Charta von 1215, die nordamerikanische Verfassung von 1787 oder die französische Erklärung der Menschenrechte von 1791 gehören zu den wenigen Texten, die zu einem Bestandteil der Gründungsmythen wurden, in denen sich moderne Nationen der Wurzeln ihrer Entstehung und des Zwecks ihrer staatlichen Ordnung vergewissern. Dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland ist ein vergleichbarer Ruhm nie zuteil geworden. Das Verhältnis der Deutschen zu ihrer ersten demokratischen Verfassung, deren zeitlicher Bestand inzwischen ausreicht, um Generationen zu verbinden und politische Umwälzungen zu überbrücken, ist bis heute – trotz der akademischen Aufforderung zum „Verfassungspatriotismus“ – nüchtern geblieben. Das Datum ihrer Unterzeichnung verstreicht alljährlich, ohne daß in Verfassungsfeiern die Erinnerung an die Werteordnung des Grundgesetzes wachgehalten und in festliche Formen gegossen würde. Am Ort seiner Entstehung und Unterzeichnung, dem naturkundlichen Museum König in Bonn, werden heute ebenso wie vor dem 24. Mai 1949 Saurierskelette und ausgestopfte Tiere zur Schau gestellt. Wenige hundert Meter weiter, im Haus der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, symbolisieren die schlichten Tische und Stühle, an denen der Konvent von Herrenchiemsee die Grundlinien der künftigen Verfassung skizzierte, die unprätentiöse Atmosphäre, in der man nach dem Krieg über Verfassungsfragen sprach.

In den beiden wichtigsten Abschnitten der Verfassungsgeschichte der Nachkriegszeit – während der Entstehung der Bundesrepublik und während der Wiederherstellung der deutschen Einheit – stand die Verfassung, die beidem den Rahmen gab, im Schatten aktueller Ereignisse. Für die Mehrheit der Bevölkerung war die Währungsreform von 1948 die historische Zäsur der Nachkriegszeit, die eigentliche „Stunde Null“, von der an sich das all-

tägliche Leben spürbar änderte. Das politische Interesse der Menschen war bis 1949 vor allem von der Berlin-Blockade und der sich zuspitzenden Spannung zwischen Ost und West absorbiert. Vor diesem Hintergrund entstand das Grundgesetz abseits des öffentlichen Interesses. Auch 40 Jahre später vollzog sich die politische und verfassungsgeschichtliche Zäsur, mit der die Nachkriegsepoche und die Teilung Deutschlands ihr Ende fanden, ohne daß das Grundgesetz dabei in den Mittelpunkt des Blickfelds der Menschen rückte. Die Herstellung der deutschen Einheit wurde zwar ganz wesentlich mit den Mitteln der Verfassung und des aus ihr abgeleiteten Rechts vorangetrieben. Wieder aber waren es (im Osten) zuerst die Freude an der neuen Währung und sodann (im Westen) die Sorge um die fortbestehende Kluft zwischen Ost und West, die die Deutschen intensiver beschäftigten als die Verständigung über Grundsätze und Ziele ihres Gemeinwesens im Text der Verfassung.

Angesichts des mäßigen Interesses des Volkes am Grundgesetz in den Schicksalsstunden seiner (Verfassungs-)Geschichte ist es nicht verwunderlich, daß auch der Blick der Zeitgeschichtsforschung eher oberflächlich über die Verfassung und ihre Entwicklung hinweggleitet. Hans-Peter Schwarz bemerkte in seiner Darstellung der Adenauer-Zeit, neben anderen Ordnungsfaktoren sei der „institutionelle Rahmen des Grundgesetzes für den Bestand der erneuerten Demokratie wohl weniger bedeutsam gewesen“<sup>1</sup>. Den meisten Werken zur Geschichte der Bundesrepublik scheint diese Einschätzung als Prämisse zugrunde zu liegen. Verfassungsgeschichte spielt darin in der Regel kaum eine Rolle. Die Geschichte des Grundgesetzes selbst bleibt – fast ein halbes Jahrhundert nach seinem Inkrafttreten – immer noch ungeschrieben.

Das Grundgesetz aber ist alles andere als ein abstrakter, aus der Bewegung der Geschichte entrückter Normenkomplex, innerhalb dessen sich die eigentliche Bewegung von Politik und Gesellschaft ereignete. In knapp 48 Jahren wurde es

<sup>1</sup> Hans-Peter Schwarz, Die Ära Adenauer 1957–1963, Bd. 2: Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1983, S. 351.

durch 43 Änderungsgesetze umgestaltet<sup>2</sup>; insgesamt wurden dadurch 191 einzelne Textänderungen, Ergänzungen oder Streichungen vorgenommen. Ganze Abschnitte des Grundgesetzes wurden verändert, andere komplett neu eingefügt. Der Umfang des Textes schwoll von ursprünglich 143 auf heute 185 Artikel an<sup>3</sup>. Diese förmlichen Änderungen des Verfassungstextes spiegeln nur einen Teil der Verfassungsentwicklung in einem umfassenderen Sinne wider. Ihre vollständige Darstellung als die eines sich wandelnden „Gesamtzustandes der politischen Einheit und Ordnung“<sup>4</sup> müßte zudem eine Fülle von gesellschaftlichen Verschiebungen und politischen Wirkungskräften in den Blick nehmen.

Im folgenden soll die Darstellung weniger ausgewählter Verfassungsentwicklungen und -diskussionen exemplarisch zeigen, daß die Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik das Interesse durchaus zu belohnen vermag, das ihr in den bevorstehenden Jubiläumsjahren zuteil werden dürfte.

---

## II. Zäsuren in der Verfassungsgeschichte

---

Die Entwicklung des Grundgesetzes nach 1949 läßt sich nicht alleine als Abfolge chronologischer Ereignisse erfassen. Der Wandel, dem die Verfassung unterlag, bewirkte vielmehr auch strukturelle Verschiebungen, die zeitlich definierte Entwicklungsabschnitte überlagern. Eine Verfassungsgeschichte, die beides sinnvoll darstellen und ordnen will, muß deshalb sowohl chronologische Zäsuren markieren als auch darüber hinausgreifende, segmentäre Zustandsveränderungen in den Blick nehmen.

Historisch betrachtet liegt es nahe, in den Jahren 1949 und 1990 die Anfangs- und Endpunkte einer verfassungsgeschichtlichen Epoche zu fixieren, in der aus dem provisorischen Ordnungsstatut für ein halbiertes und unter besatzungsrechtlicher Kuratel stehendes Staatsgebilde die Vollverfassung einer souveränen und geeinten Nation wurde. Das Grundgesetz war schließlich explizit darauf angelegt, diese Spanne verfassungsrechtlich zu umrahmen – wie weit auch immer der Lauf der

2 Zum Vergleich: Die Verfassung der USA wurde in ihrer mehr als 200jährigen Geschichte nur durch 26 Amendments ergänzt bzw. fortgeschrieben.

3 Die Numerierung der Artikel läuft allerdings nach wie vor nur bis 146, da neu eingefügte Artikel durch die Hinzustellung von Buchstaben zu den Ziffern gekennzeichnet wurden.

4 Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin 1928, S. 4.

Geschichte sie zeitlich ausdehnen würde. Die Verfassung entstand als ein Gesetz mit Verfallsdatum, das in seinen letzten beiden Artikeln Anfang und Ende seiner intendierten Geltungsdauer selbst definierte. Doch der in Art. 146 a. F. (alte Fassung) als Verfassungsziel bestimmte Tag der freien Selbstbestimmung des ganzen deutschen Volkes kam, und das Grundgesetz blieb. Der Wandlungsvorgang, in dem aus dem Provisorium ein Definitivum wurde, war 1990 längst abgeschlossen. Er fand in einer verfassungsgeschichtlichen Entwicklung statt, die sich zunächst in eine Abfolge von drei Entwicklungsstufen gliedern läßt: eine Phase sich in Einzelfällen krisenhaft zuspitzender Suche nach dem rechten Umgang mit der neuen Verfassung, die nahtlos überging in den zielstrebigem Ausbau des Grundgesetzes zu einer Vollverfassung im staatsrechtlichen Sinn, sowie schließlich eine Phase der moderaten und konsensorientierten Fortbildung einer nunmehr festgefügt Verfassungsordnung.

---

## III. Die Verfassung im Gärungszustand

---

Bereits im Augenblick seiner Unterzeichnung stand das Grundgesetz gleichsam auf Rädern, die alleine durch sein Inkrafttreten in Bewegung gesetzt wurden. Wandel und Veränderung der Verfassung begannen, ohne daß es dazu förmlicher Beschlüsse des verfassungsändernden Gesetzgebers bedurfte. In zahlreichen Übergangsvorschriften und Gesetzgebungsaufträgen nämlich enthielt das Grundgesetz Normen, deren Wirksamkeit schlicht durch den Ablauf von Fristen oder den Erlaß einfacher Ausführungsgesetze endete. Zu seinen ursprünglichen Vorschriften gehörten alleine 34 Gesetzgebungsaufträge, die zum größten Teil noch im Laufe der fünfziger Jahre ausgeführt wurden<sup>5</sup>. Die entsprechenden Verfassungsartikel wurden damit obsolet, allerdings nur in den wenigsten Fällen aufgehoben oder durch andere Vorschriften ersetzt. Bis heute zieht sich daher vor allem durch den XI. Abschnitt des Grundgesetzes („Übergangs- und Schlußbestimmungen“) eine Spur des zeitgeschichtlichen Wandels aus juristisch verblichener Gesetzesworten.

Schon früh aber wurde erkennbar, daß sich der inhaltliche wie zeitliche Fahrplan, den das Grundgesetz für den Übergang von Diktatur und Besatzungsherrschaft in den Rechtsstaat sowie für den Aufbau seiner Institutionen vorgab, nur zum Teil

5 Eine Übersicht findet sich bei Peter Schindler, *Datenhandbuch zur Geschichte des Deutschen Bundestages 1949–1982*, Bonn 1988, S. 665 ff.

eingehalten werden konnte. Bereits in den ersten Jahren seiner Geltung mußten etliche Weichenstellungen korrigiert und an neue Verhältnisse angepaßt werden. Die Spitze der Gerichtsbarkeit etwa wurde nach der Schaffung des Bundesverfassungsgerichts anders gegliedert als in Art. 92 ff. a. F. des Grundgesetzes zunächst vorgesehen. Das danach geplante Oberste Bundesgericht trat nie zusammen; dafür wurden durch Verfassungsänderungen neue Institutionen wie der gemeinsame Senat der Obersten Bundesgerichte sowie – nach der Gründung der Bundeswehr – die Wehrstrafgerichte und das Bundespatentgericht im Grundgesetz verankert. Erst im Zuge der Notstandsgesetze wurde schließlich 1969 auch die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts für Verfassungsbeschwerden in das Grundgesetz selbst aufgenommen.

Die Intensität, mit der der verfassungsändernde Gesetzgeber in den Abschnitt des Grundgesetzes über die Rechtsprechung eingriff<sup>6</sup>, ist freilich nur ein schwacher Reflex des tatsächlichen Bedeutungszuwachses, den die Justiz schon in der ersten Hälfte der „alten“ Bundesrepublik erlebte. Die hohe richterliche Kontrolldichte setzt den Rechtsstaat bis heute immer wieder dem Vorwurf aus, zu einem Richter- bzw. Rechtswegestaat mutiert zu sein. Die Macht der Dritten Gewalt aber ist der Preis für die Konsequenz, mit der das im Grundgesetz abgegebene Versprechen der Bindung aller staatlichen Gewalt an Recht und Gesetz eingelöst wurde.

Ein breiteres Interesse der Bevölkerung an ihrer Rechtsordnung wurde indes weder durch die Ausgestaltung des Staatsaufbaus noch durch die alltäglichen Herausforderungen der Aufbaujahre geweckt. Es entzündete sich vielmehr an Randerscheinungen, die jedoch durchaus grundlegende Fragen des Verfassungsverständnisses aufwarfen. Über Jahre hinweg war das vor allem die Debatte über die Wiedereinführung der Todesstrafe. Die meisten Grundentscheidungen über die Gestaltung des neuen Staates hatten die Menschen mit mattem Interesse über sich ergehen lassen, hier aber wollten auch der Mann und die Frau auf der Straße mitreden<sup>7</sup>. Gerade die Entscheidung des Parlamentarischen Rates zur Abschaffung der Todesstrafe – so lautete die Kritik – hätte einer plebiszitären Bestätigung bedurft<sup>8</sup>. Vor allem kleine Parteien wie die

Bayernpartei beriefen sich auf solche Stimmen, um auch im Parlament die Legitimation des Grundgesetzes schlechthin in Frage zu stellen. In den ersten drei Wahlperioden des Bundestages wurden insgesamt sieben Anträge zur Verfassungsänderung eingebracht, die allesamt auf eine Wiedereinführung der Todesstrafe abzielten. Vor allem die ersten Aussprachen darüber wurden geradezu als Grundsatzdebatten über die Verfassung geführt<sup>9</sup>. Der Versuch aber, das populäre Thema Todesstrafe dabei als Hebel zu benutzen, um die großen Parteien in einem Verfassungskonflikt auseinanderzudividieren, scheiterte: Selbst die zahlreichen Todesstrafenbefürworter innerhalb der CSU, die als Partei bis dahin stets eine kritisch-kühle Distanz zum Grundgesetz demonstriert hatte, stellten sich nun explizit hinter die neue Verfassung. Erst als das Grundgesetz selbst aus der Schlußlinie der Kritik geriet, trat die ganze Gespaltenheit der Unionsparteien über die Frage der Todesstrafe voll zutage<sup>10</sup>.

Die hartnäckigen Versuche zur Wiedereinführung der Todesstrafe sind nur ein besonders markantes Beispiel für zahlreiche und meist punktuelle Bemühungen im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik, das Grundgesetz für letztlich partikuläre Interessen zu vereinnahmen<sup>11</sup>. Die „Gründungskrise“<sup>12</sup> der Bundesrepublik fand so auch in einem erhöhten Druck auf das Grundgesetz ihren Niederschlag. Er wird allerdings erst dann sichtbar, wenn man die Betrachtung der Verfassungsentwicklung nicht auf die reine Abfolge tatsächlicher Änderungen beschränkt, sondern auch abgebrochene und nicht verwirklichte Entwicklungsstränge in den Blick faßt.

Zu dieser Verfassungsgeschichte ex negativo gehören auch die Ereignisse um die sogenannte „Präsidentschaftskrise“ von 1958/59. Das kurze Liebäugeln Adenauers mit einem Wechsel vom Palais Schaumburg in die Villa Hammerschmidt<sup>13</sup>

Grundgesetzes. Jahrbuch für Öffentliches Recht, B 1 n. F., Tübingen 1951, S. 739 ff.

9 Vgl. etwa die 52. Debatte der 1. Wahlperiode vom 27. 3. 1950, Sten. Ber., S. 1892 f.

10 Unter den Befürwortern waren Politiker wie Richard Jaeger (der sich deshalb als späterer Justizminister den Spitznamen „Köpf-ab-Jaeger“ einhandelte), Franz-Josef Strauß, Anton Storch, Linus Kather und Robert Pferdenges. Vgl. BT 1. WP, 236. Sitzg. vom 30. 10. 1952, Sten. Ber., S. 10905.

11 Vgl. z. B. Anträge der Bayernpartei zur Übertragung der Gesetzgebungskompetenz für die Biersteuer auf die Länder (BT Drs. I/929 vom 11. 5. 1950), der Deutschen Partei zur Einfügung eines Mittelstandsschutzes in das Grundgesetz (BT Drs. I/3206 vom 3. 4. 1952, II/1728 vom 30. 9. 1955) oder der FDP zur Verankerung eines Sozialisierungsverbots (BT Drs. II/3525 vom 21. 5. 1957 und BT Drs. III/1336 vom 4. 11. 1959).

12 Vgl. Hans Günter Hockerts, Integration der Gesellschaft: Gründungskrise und Sozialpolitik in der frühen Bundesrepublik, in: Zeitschrift für Sozialpolitik, 32 (1986), S. 25.

13 Hintergrund war das bevorstehende Ende der zweiten und damit letztmöglichen Amtszeit von Theodor Heuss als

6 Bis 1969 wurde das Grundgesetz im IX. Abschnitt über die Rechtsprechung durch sechs Gesetze mit zwölf Einzeländerungen novelliert.

7 Zur öffentlichen Stimmungslage vgl. u. a. Meinungsumfragen von Zeitungen, in denen sich stets eine klare Mehrheit für die Todesstrafe aussprach, z. B. Süddeutsche Zeitung vom 9. 3. 1950; Münchner Merkur vom 11. 3. 1950.

8 Vgl. Hans von Doemming/Klaus Berto/Rudolf Füsslein/Werner Matz (Hrsg.), Entstehungsgeschichte der Artikel des

entpuppt sich bei näherer Betrachtung als verfassungspolitisches Experiment an der Grenze vom Verfassungswandel zum Verfassungsbruch. Er kokettierte dabei offen mit der Idee, die von ihm selbst geprägte Machtaufteilung zwischen Kanzler und Bundespräsident auf den Kopf zu stellen und die Kanzlerdemokratie in eine Präsidialrepublik nach französischem Vorbild zu verwandeln. Adenauer hatte erkannt, daß das Grundgesetz in seinen damals noch unbeleuchteten Nischen Spielräume bot, in denen sich sein Vorhaben ohne einen einzigen Eingriff in den Verfassungstext wagen ließ. In einer nach eigenen Worten „extensiven Interpretation“ des V. Abschnitts des Grundgesetzes („Der Bundespräsident“) zeichnete er das Bild eines starken und politischen Bundespräsidenten, dessen Stellung das Grundgesetz weitgehend „in der Schwebe“ gelassen habe. Von der Möglichkeit, politische Reden zu halten, über die Ernennung von Beamten und Ministern bis hin zur Verleihung von Orden erkannte der Kanzler eine Fülle „indirekter Möglichkeiten“ der Machtausübung im höchsten Staatsamt. Es waren keineswegs Zweifel an der Realisierbarkeit dieser Pläne, die Adenauer schon bald zur Kehrtwende veranlaßten. Allein die Hoffnung, dadurch eine Kanzlerschaft Ludwig Erhardts zu verhindern, blieb auf Dauer vergebens.

Präsidenschaftskrise und Todesstrafendebatte illustrieren gleichermaßen, daß das Grundgesetz auch in heute unanfechtbar erscheinenden Kernbereichen längere Zeit empfindliche Weichstellen aufwies. Als dynamische und vitale Verfassung ist es nicht nur für förmliche Änderungen offen. Das Grundgesetz war bewußt auf eine Wandelbarkeit durch Einflüsse angelegt, die nicht alleine in den vom Recht selbst definierten Verfahren auf sie einwirken. Es bedarf dabei keiner hypothetischen Gedankenspiele, um zu erkennen, daß das Grundgesetz damit vielfältige Entwicklungsperspektiven offenhielt, von denen die Verfassungswirklichkeit nur einen kleinen Ausschnitt realisierte.

---

#### IV. Der Ausbau des Grundgesetzes zur Vollverfassung

---

Das Grundgesetz war als provisorische Verfassung für einen Rumpfstaat verabschiedet worden. Der Provisoriumscharakter aber kam – abgesehen vom Titel des Werkes – weniger in seinen tatsächlichen

Bundespräsident. Vgl. H.-P. Schwarz (Anm. 1), S. 180; Eberhard Pikart, Theodor Heuss und Konrad Adenauer. Die Rolle des Bundespräsidenten in der Kanzlerdemokratie, Zürich 1976, S. 131.

Regelungen zum Ausdruck als vielmehr in den Lücken, die es lange aufwies. Die staatliche Qualität der Bundesrepublik war zunächst noch von den zahlreichen Vorbehaltsrechten der Alliierten eingeschränkt. Entsprechend erwies sich die Verfassung in dem Moment als ergänzungsbedürftig, in dem sich die besatzungsrechtlichen Fesseln lösten und die Bundesrepublik mit dem Inkrafttreten des Deutschlandvertrages 1955 zu einem souveränen Staat wurde. Hasso Hoffmann bezeichnete die Fortbildung des Grundgesetzes, die damit in Gang gesetzt wurde, als „nachgeholte Verfassungsgesetzgebung“<sup>14</sup>. So konnte der Gesetzgeber nun Gesetzgebungszuständigkeiten für die zivile Nutzung der Atomenergie<sup>15</sup> und die Luftverkehrsverwaltung<sup>16</sup> an sich ziehen. Vor allem aber durch die Einfügung der Wehrverfassung zwischen 1954 und 1956<sup>17</sup> und schließlich die Notstandsnovelle von 1968<sup>18</sup> erhielt das Grundgesetz die Elemente, die es endgültig vom Provisorium zum Definitivum wachsen ließen.

Mit den beiden Wehrnovellen wurde nicht nur ein kompletter Abschnitt neu in das Grundgesetz eingefügt, es wurde erstmals auch der Grundrechtsteil durch Ergänzungen – insbesondere zum Schutz der Rechte von Wehrpflichtigen – verändert. Der „historisch einzigartige Vorgang“ der „Einfügung der gesamten Wehrverfassung in eine seit Jahren in Geltung stehende Verfassung“<sup>19</sup> war jedoch nur der erste Schritt zur Komplettierung des Grundgesetzes. Obwohl die Relevanz der damit eingefügten Normen – von der Einführung des Amtes des Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages bis zu den Vorschriften über die Ableistung des Ersatzdienstes – kaum zu unterschätzen ist, blieb die Wiederbewaffnung in erster Linie stets der politisch entscheidende Schritt zur Westintegration. Primär verfassungsrechtliche Dimensionen traten dahinter weitgehend zurück.

Ganz anders war das bei der Einfügung der Notstandsartikel. Bis heute blieben sie ohne jede Anwendung in der Verfassungspraxis. Dafür entzündete sich an ihrer Entstehung eine einzigartige Verfassungsdebatte, die zum Ausdruck eines tiefgreifenden politischen Generationenkonflikts wurde. Die Überlegungen zur Einfügung von Notstandsregeln in das Grundgesetz setzten bereits

14 Hasso Hoffmann, Die Entwicklung des Grundgesetzes nach 1949, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, Heidelberg 1987, S. 298.

15 10. GG ÄndG vom 23. 12. 1959, BGBl. I/813.

16 11. GG ÄndG vom 6. 2. 1961, BGBl. I/65.

17 4. GG ÄndG vom 26. 3. 1954, BGBl. I/45, und 7. GG ÄndG vom 19. 3. 1956, BGBl. I/111.

18 17. GG ÄndG vom 24. 6. 1968, BGBl. I/709.

19 Wolfgang Martens, Grundgesetz und Wehrverfassung, München 1961, S. 19.

Anfang der fünfziger Jahre ein. Die Sonderbefugnisse für den Notstandsfall gehörten zunächst zu den alliierten Vorbehaltsrechten. Im Deutschlandvertrag von 1954 aber wurde festgeschrieben, daß ihre Geltung mit dem Inkrafttreten einer deutschen Gesetzesregelung auslaufen sollten<sup>20</sup>. Es bestand daher zunächst ein parteiübergreifender Konsens darüber, daß eine Verfassung ohne Notstandsvorsorge einer „blecherne(n) Rüstung“<sup>21</sup> oder einem „Einsiedlerkrebs“ gleiche, „der seine Weichteile in den leeren Schnecken schalen des Besatzungsrechts birgt“<sup>22</sup>.

Erst im weiteren Verlauf der über zehnjährigen Gesetzesberatungen löste das Thema in der breiten Bevölkerung die kontroverse Diskussion über Grundwerte der Verfassung aus, die in den unmittelbaren Nachkriegsjahren ausgeblieben war. Im Zuge der nachholenden Verfassungsgesetzgebung holte die Nachkriegsgesellschaft auch die öffentliche Verhandlung über den Gesellschaftsvertrag des Grundgesetzes nach, zu der in den unmittelbaren Nachkriegsjahren die Muße gefehlt hatte. Mit Blick auf die oft fundamentale Kritik an Staat und Gesellschaft, die in den Jahren der Notstandsdebatte ihren Ausdruck fand, fürchteten zeitnähere Beobachter, hier sei der „Fundamentalkonsens über die Verfassungsprinzipien aufgekündigt“ worden<sup>23</sup>.

Aus ernüchternder Distanz aber wird deutlich, daß das Gegenteil der Fall war. In den heftigen Auseinandersetzungen um die Notstandsgesetze ist das Grundgesetz wie niemals zuvor in den Mittelpunkt des Interesses und des Bewußtseins der Westdeutschen gerückt. Dabei hat es sich einerseits als politische Plattform erwiesen, auf der auch weit divergierende Positionen einen gemeinsamen Boden fanden. Andererseits wurde deutlich, daß das Grundgesetz diesem Verhandlungsraum auch Grenzen zu setzen vermag, so daß er nicht ins Beliebigere ausufert. Nur um eine relevante Verfassung lohnt es sich, die Auseinandersetzungen auszutragen, die in den sechziger Jahren um die Notstandsgesetze geführt wurden. Selbst wo die Debatte explizit als „Klassenkampf um die Interpretation des Rechts“<sup>24</sup> geführt wurde, richtete er sich nicht gegen die Verfassung schlechthin. Mit bemerkenswertem Eifer beanspruchten viel-

mehr alle Teilnehmer der Auseinandersetzung für sich, die Werteordnung des Grundgesetzes zu verteidigen. Insoweit war Bonn 1968 tatsächlich nicht Weimar.

Die Zäsur, die mit dem Ausbau des Grundgesetzes zur Vollverfassung erreicht war, ist daher nicht nur ein staatsrechtlicher Einschnitt. Im gemeinsamen Ringen um die Verfassung findet sich darüber hinaus auch die Grundlage für jene innere Bindung der Westdeutschen an das Grundgesetz, die es erst ermöglichte, in den Verfassungsdebatten von 1990 von einer nachhaltig gewachsenen, demokratischen Legitimation des Grundgesetzes zu sprechen.

---

## V. Konsensorientierte Verfassungsentwicklung

---

In seiner ersten Regierungserklärung als Kanzler der sozialliberalen Koalition gab Willy Brandt dem Zusammenfallen von politischer und verfassungsgeschichtlicher Zäsur am Ende der sechziger Jahre einen förmlichen Ausdruck: Am 28. Oktober 1969 kündigte er die Einberufung einer Enquete-Kommission an, die Vorschläge für eine umfassende Überarbeitung des Grundgesetzes ausarbeiten sollte<sup>25</sup>. Brandts Vorschlag entsprang nicht nur den sozialreformerischen Visionen einer Regierung, die ihr Amt unter dem Motto „Mehr Demokratie wagen“ angetreten hatte. Zwanzig Jahre nach seiner Verabschiedung bestand eine breite Übereinstimmung dahingehend, daß sowohl Inhalte der Verfassung als auch der Umgang mit ihr einer kritischen Revision unterzogen werden sollten<sup>26</sup>. Zu keinem Zeitpunkt aber gingen die Überlegungen in Richtung einer Aufgabe wesentlicher Wert- und Strukturprinzipien des Grundgesetzes (die auch dem expliziten Auftrag der Enquete-Kommission zur „Wahrung von Grundprinzipien“ widersprochen hätte). Tatsächlich betraf der Großteil der in mehr als sechsjähriger Beratungszeit ausgearbeiteten Vorschläge eher gesetzgebungs- und verwaltungstechnische Detailfragen denn grundlegende Prinzipien der Verfassungsordnung<sup>27</sup>. Und schließlich zeigte sich, daß selbst diese Vorstöße ins Leere gingen: Kaum einer der Punkte aus dem in zwei Teilen vorgelegten Empfehlungskatalog wurde in Grundgesetz-

20 Vgl. Art. 5 Abs. II, BGBl. II/1955, S. 305.

21 Werner Weber, Weimarer Verfassung und Grundgesetz (1949), abgedr. in: ders., Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, Berlin 1970<sup>3</sup>, S. 27.

22 Werner Groß, Betrachtungen zur Entwicklung des öffentlichen Rechts, in: Deutsches Verwaltungsblatt, (1954), S. 769.

23 Heinrich Oberreuter, Notstand und Demokratie, München 1978, S. 229.

24 Wolfgang Abendroth, in: Peter Römer (Hrsg.), Der Kampf um das Grundgesetz, Frankfurt a. M. 1977, S. 191.

25 Vgl. BT 6. WP, 5. Sitzg. vom 28. 10. 1969, Sten. Ber., S. 20.

26 Vgl. Hans Dichgans, Vom Grundgesetz zur Verfassung. Überlegungen zur Gesamtrevision, Düsseldorf 1970.

27 Vgl. Beratungen und Empfehlungen zur Verfassungsreform, Teil 1: Parlament und Regierung, Teil 2: Bund und Länder, BT Drs. VI/3829 und 7/5924.

änderungen umgesetzt. Als Fazit blieb damit die Feststellung der Kommission, daß sich das Grundgesetz in seinen wesentlichen Elementen bewährt habe. Die Enquete-Kommission war als Motor für die Verfassungsdynamik ins Leben gerufen worden; sie endete in einer Manifestation der Verfassungsstabilität.

Mindestens ebenso beachtenswert wie die inhaltlichen Aussagen der Enquete-Kommission sind deshalb auch Art und Weise, in der der Gesetzgeber inzwischen über grundlegende Fragen der Verfassungsänderung verhandelte. Befördert durch die Herausbildung eines stabilen Drei-Parteien-Systems, hatte das Parlament differenziertere Methoden einer frühen und informellen Konsensbildung entwickelt. Sie führten nicht zuletzt dazu, daß immer weniger förmliche Anträge zur Verfassungsänderung in den Bundestag eingebracht wurden, sich andererseits aber das Verhältnis von erfolgreichen und gescheiterten Änderungsbemühungen stetig zugunsten der verabschiedeten Vorlagen verschob<sup>28</sup>. Gleichzeitig ging man dazu über, Änderungsvorhaben in ganz verschiedenen Regelungsbereichen der Verfassung zu bündeln und in Gesetzgebungspaketen zu verabschieden, um dadurch den Änderungsdruck auf die Verfassung zu regulieren.

1949 hatte der Parlamentarische Rat bewußt darauf verzichtet, für die verfassungsändernde Gesetzgebung – abgesehen vom erhöhten Mehrheitserfordernis – besondere Verfahrensweisen vorzuschreiben. Das Parlament aber fand dennoch und alleine zu Formen des Umgangs mit dem Grundgesetz, in denen es der erhöhten Dignität einer gereiften Verfassung besonderen Respekt zollte.

---

## VI. Gewichtsverlagerungen im föderalen Gefüge

---

In keinem anderen Bereich hat das Grundgesetz sein Gesicht im Laufe der Geschichte so erheblich verändert wie im Verhältnis von Bund und Ländern. Die massiven Änderungen und Strukturverschiebungen im föderalen Gefüge lassen sich kaum in chronologische Phasen gliedern. Selbst die in Art. 118 GG für die damals drei Südwest-Staaten vorgeschriebene und in Art. 29 GG auch für andere Teile der Republik ermöglichte Neugliederung von Bundesländern wurde zu einem

Prozeß, der sich – mit wiederholten Volksabstimmungen und Verfassungsgerichtsverfahren<sup>29</sup> – bis in die siebziger Jahre hinzog<sup>30</sup>. Die territorialen Veränderungen aber bleiben im Vergleich zu den Umwälzungen im Bereich der Finanzverfassung und der gesetzgeberischen Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Ländern geradezu marginal. Als Ergebnis entschiedenen Drucks der westlichen Alliierten hatte die Finanzverfassung des Grundgesetzes zunächst ein System strikter Trennung von Bund und Ländern etabliert<sup>31</sup>. Schon bald aber erwies sich dies in der Praxis als kaum durchhaltbar und wurde bereits unmittelbar nach Inkrafttreten des Grundgesetzes durchbrochen<sup>32</sup>. Nachdem die alliierten Vorbehalte an Wirkung verloren hatten, wurde das Trennsystem mit der ersten Finanzverfassungsreform zugunsten eines teilweisen Steuerverbundes aufgeweicht<sup>33</sup>. Gleichzeitig wurde der „horizontale“ Finanzausgleich zwischen leistungsstarken und -schwachen Ländern eingeführt, in dessen Umschichtungssystem bald darauf auch der Bund einbezogen wurde<sup>34</sup>.

Der Preis für den Geldregen, der damit aus Bonn auf Länder und Kommunen niederging, war ein weitgehender Verlust ihrer einstigen finanziellen Autonomie. Er wurde schließlich durch die Finanzreform noch verstärkt, mit der die Große Koalition 1969 den endgültigen Abschied von den föderalen Intentionen des Grundgesetzes besiegelte<sup>35</sup>. Sie schuf die verfassungsrechtlichen Grundlagen für eine zentralisierte Konjunktursteuerung durch den Bund im Stabilitätsgesetz und führte einen enumerativ gegliederten Katalog neuartiger Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern ein. Roman Herzog erkannte früh, daß man sich durch die vielfältigen Formen gemischter Finanzierungsmodelle das „Trojanische Pferd des modernen Bundesstaates“<sup>36</sup> gezimmert hatte. Der Einflußnahme des Bundes auf die Angelegenheiten der Länder und Kommunen waren damit Türen und Tore weit geöffnet.

Die Entwicklung der Bundesrepublik zu einem Staat mit immer mehr unitarischen Tendenzen wurde durch die Verlagerung von Gesetzgebungszuständigkeiten auf den Bund zusätzlich ver-

29 Vgl. BVerfGE 1, 14; 5, 34.

30 Vgl. H. Hofmann (Anm. 14), S. 272.

31 Vgl. H. v. Doemming/K. Berto/R. Füsslein/W. Matz (Anm. 8), S. 763 ff.

32 Vgl. Andreas Roßnagel, Die Änderungen des Grundgesetzes, Frankfurt a. M. 1981, S. 248.

33 Vgl. 6. GG ÄndG vom 23. 12. 1955, BGBl. I/817.

34 Vgl. 15. GG ÄndG vom 8. 6. 1967, BGBl. I/581.

35 Vgl. 20., 21., 22. GG ÄndG vom 12. 5. 1969, BGBl. I/357, 359, 363.

36 Roman Herzog, Wandel des Föderalismus in Deutschland, in: Dietmar Merten/Rudolf Morsey (Hrsg.), 30 Jahre Grundgesetz, Berlin 1979, S. 42.

28 Vgl. Stefan Schaub, Der verfassungsändernde Gesetzgeber, Berlin 1984, S. 11.

stärkt<sup>37</sup>. Die Länder ließen sich diese Kompetenzen für erweiterte Mitspracherechte bei der Verabschiedung von Gesetzen im Bundesrat abkaufen. Entsprechend schwoll der Katalog zustimmungspflichtiger Gesetzgebungsmaterien stetig an und schuf die offenbar unwiderstehliche Verlockung, den Bundesrat bei geeigneten Mehrheitsverhältnissen zu einem Blockadeapparat der Bundestagsopposition umzufunktionieren. Die ursprüngliche Ausbalancierung der staatlichen Gewalt entlang einer strikten Trennlinie zwischen Bund und Ländern wird dadurch freilich unterlaufen. Die föderale Vielfalt wurde immer mehr von einer binären Polarisierung zwischen Bundestagsmehrheit und Opposition überlagert, der sich die Länder – zu A- oder B-Typen reduziert – in der Regel willig einfügten.

Auch die westdeutsche Bevölkerung hat diese Entwicklungen widerspruchslos hingenommen. Es ist eines der bemerkenswerten Phänomene in der Geschichte der Bundesrepublik, daß traditionelle landsmannschaftliche Verbindungen und Gegensätze im demokratischen Bundesstaat zu einer eher folkloristischen Größe schrumpften. Dafür waren die materiell spürbaren Wohltaten des Sozialstaates und des schnellen wirtschaftlichen Aufschwungs zweifellos in viel höherem Maße ursächlich als die Besinnung auf gemeinsame Werte unter dem einenden Dach des Grundgesetzes. In dieser Verfassungswirklichkeit erlangte ein Nebensatz in Art. 72 GG eine tatsächliche Bedeutung, dessen subkutane Ausstrahlung das Verfassungsganze prägt: der Appell an den Gesetzgeber zur Schaffung einheitlicher Lebensverhältnisse. Obwohl ihm stets attestiert wurde, juristisch unbestimmt und ohne Aussagekraft für konkrete Handlungsanweisungen zu sein<sup>38</sup>, charakterisiert er eine Verkümmern des föderalen Verfassungsverständnisses, die dazu führte, daß selbst unterschiedliche Ladenöffnungszeiten in verschiedenen Bundesländern als inakzeptabel gelten. Immerhin ist sich auch der verfassungsändernde Gesetzgeber nach der Wiedervereinigung der Problematik des Begriffs der einheitlichen Lebensverhältnisse bewußt geworden. In der 1994 verabschiedeten Neufassung des Art. 72 GG wurde er durch die unverfänglichere Formulierung „gleichwertige Lebensverhältnisse“ ersetzt<sup>39</sup>.

37 Sie reichte von den oben erwähnten neuen Zuständigkeiten für Fragen der Kernenergie und Luftverkehrsverwaltung bis hin zur Fürsorge für die Gräber von Opfern der Gewaltherrschaft (10. GG ÄndG vom 16. 6. 1965, BGBl. I/813).

38 Vgl. BVerfGE 13, 230.

39 Vgl. 42. GG ÄndG vom 27. 10. 1994, BGBl. I/3146; vgl. auch den Bericht der gemeinsamen Verfassungskommission, BT Drs. 12/6000.

## VII. Ausblick: Einigungsprozesse in Deutschland und Europa

Als die Bundesrepublik 1989 von der Chance zur Herstellung der deutschen Einheit überrascht wurde, befand sie sich zugleich an der Schwelle zur entscheidenden Phase der europäischen Integration. Seitdem fanden beide Einigungsprozesse ihren Niederschlag in Verfassungstext und -wirklichkeit. Daß es sich dabei im Kern um die vierzig Jahre zuvor für den westdeutschen „Rumpfstaat“ geschaffene Verfassung handelt, hat seinen Grund weniger in Entscheidungen der Wendezeit als vielmehr in den geschilderten Entwicklungen der Verfassung selbst und ihrer historisch gewachsenen Akzeptanz in der west- und wohl auch in der ostdeutschen Bevölkerung. Die Stimmen, die nach 1990 einen neuen Akt der Verfassungsgebung oder eine Totalrevision des Grundgesetzes forderten, blieben in der Minderheit und verstummten rasch. Auch der Nachhall, den sie in der Diskussion über die Einfügung von plebiszitären Elementen und neuartigen Teilhaberechten – etwa auf Arbeit, Wohnung oder gar Mitmenschlichkeit – in das Grundgesetz fanden, blieb nahezu ohne Wirkung. Lediglich bei der Verfassungsgebung in den neuen Bundesländern wurden vereinzelt neue soziale Staatszielbestimmungen sowie plebiszitäre Elemente in Landesverfassungen aufgenommen.

In mancherlei Hinsicht erinnert die kurze Verfassungsdiskussion der Nachwendezeit und ihre Rezeption in der Bevölkerung an die Entwicklungen in den Anfangsjahren der Bundesrepublik: Die Menschen wandten sich schnell den ökonomischen und sozialen Problemen des Alltags zu. Als die vom Einigungsvertrag geforderte gemeinsame Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat 1993 ihre Vorschläge für die Aufnahme weniger neuer Staatszielbestimmungen, Grundrechtsergänzungen und einiger (bereits vor 1989 diskutierter) staatsorganisatorischer Vorschriften in das Grundgesetz vorlegte, war das öffentliche Interesse an Verfassungsfragen so matt wie bei der Verabschiedung des Grundgesetzes 1949. Es entzündete sich dafür wieder an Fragen, die im Vergleich zu den Herausforderungen des doppelten Integrationsprozesses auf nationaler und europäischer Ebene geradezu banal erscheinen. Während sich von Brüssel, Luxemburg und Straßburg aus eine vollkommen neue, europäische Verfassungsordnung über die des Grundgesetzes wölbt, erregten sich in Deutschland die Gemüter über kasuistische – zudem teilweise mißverständene – Details einzelner Verfassungsgerichtsurteile aus Karlsruhe.

Wesentliche Impulse für die weitere Fortentwicklung des Grundgesetzes sind weniger vom Zusammenwachsen der Deutschen in den alten und neuen Bundesländern zu erwarten. Dafür nimmt die Dynamik der europäischen Verfassungsentwicklung rasant zu. Das Grundgesetz war seit seiner Entstehung auf die Integration der Bundesrepublik in überstaatliche Strukturen hin angelegt. Vor allem mit der Änderung der Art. 23 („Europäische Union“) und 24 („Zwischenstaatliche Einrichtungen“) GG 1992<sup>40</sup>, aber auch mit dem Asylkompromiß von 1993<sup>41</sup> hat sich die Bundesrepublik noch weiter für die Verschmelzung mit dem

europäischen Staatenbund und seiner Verfassung geöffnet. In seinem Maastricht-Urteil<sup>42</sup> hat sich das Bundesverfassungsgericht 1993 mit unmißverständlicher Entschiedenheit auf seine Rolle als Hüterin der Verfassung berufen. Noch aber scheint es, als seien es alleine die Karlsruher Richter, die die Tragweite der europäischen Verfassungsentwicklung erkennen. Es sieht aus, als wiederholte sich auch an der Schwelle zu seiner europäischen Epoche ein bekanntes Muster in der Geschichte des Grundgesetz: Wieder droht die Verfassung als Ganzes von der Debatte über eine bevorstehende Reform der Währung überdeckt zu werden.

40 Vgl. GG ÄndG vom 21. 12. 1992, BGBl. I/2086.

41 Vgl. GG ÄndG vom 28. 6. 1993, BGBl. I/1002.

42 Vgl. BVerfGE 89, 155.

## Wer bewacht die Wächter? Zur Diskussion um die Rolle des Bundesverfassungsgerichts

---

### Abgesang?

---

Nachdenkliche Abschiedsworte eines Verfassungsrichters am 5. Mai 1996 vor versammelter Bundes-Prominenz. Ernst-Wolfgang Böckenförde, ein profilierter Vertreter der deutschen Staatsrechtswissenschaft und zugleich engagierter Katholik mit SPD-Parteibuch, erklärte: „Das Bundesverfassungsgericht – dies ist meine Überzeugung, die sich mir seit dem letzten Herbst aufdrängt und, nicht zu meiner Freude, verfestigt hat –, das Bundesverfassungsgericht ist heute nicht mehr das, was es bis zum 10. August 1995 war.“

An diesem Tag war der sogenannte Kruzifix-Beschluß des Verfassungsgerichts veröffentlicht worden. Böckenförde verzichtete allerdings auf den nach seinen Worten an sich fälligen „Rückblick auf das Bundesverfassungsgericht“. Dieses Thema müßte nämlich „auch in politischen Zusammenhängen behandelt werden, sich zu Politik und zu Politikern verhalten“. Dies aber sei mit der richterlichen Zurückhaltung *in politics* nicht vereinbar.

Unheilschwangeres Raunen eines Pensionärs oder erwiesener Befund des Verfalls einer Institution, die in den bald fünf Jahrzehnten ihres Bestehens eine so gewiß nicht erwartete ‚Karriere‘ im Machtgefüge der Republik gemacht hat? Nicht zufällig stellte sie den heutigen Inhaber des höchsten Staatsamtes. Zumindest ist Böckenfördes Klage ein zeitgeschichtliches Zeugnis dafür, wie tief gerade auch bei den *amici curiae*, den professionellen Verfassungspatrioten, die Sorge über den Autoritätsverfall des Bundesverfassungsgerichts gediehen war.

Wendet man aber den Blick auf vergleichbar turbulente Zeiten, dann relativiert sich die Betroffenheit, fällt geradezu eine Art argumentativer Wiederholungszwang ins Auge, reift die Erkenntnis: Bis heute ist die Verfassungsgerichtsbarkeit eine – pauschal gesprochen – in Politik und Medien teilweise unverstandene Institution, deren politischer Spielraum – absichtsvoll? – unterschätzt und deren

an Expertenregeln gebundene Arbeitsweise oftmals übersehen wird. Daraus erklärt sich mancher ‚Überraschungseffekt‘ für die Öffentlichkeit, und die Enttäuschung der ‚Verlierer‘ reibt sich manches Mal an der Tatsache, daß Urteile des Verfassungsgerichts immer Geltung entfalten, auch wenn sie weder prägnant noch politisch klug formuliert sein sollten.

Das jüngste deutsche Verfassungsorgan ist andererseits auch nicht zu begreifen, wenn man nicht seine ganze Geschichte in den Blick nimmt. Wie Jahresringe eines Baumes lagern sich richterliche Erkenntnisse und die Ergebnisse heikler Bewährungsproben auf die Karlsruher Standfestigkeit ab.

---

### Stilverfall?

---

Den Sprachgestus der Revolte leisten sich auch konservative Politiker mit und ohne Staatsamt, wenn sie höhere Werte wie Soldatenehre oder Kruzifix zu verteidigen meinen gegen die institutionelle Sicherung des bürgerlichen Verfassungsstaats: „Gegen den puren Unsinn und Übermut, auch der höchsten Gerichte, ist Widerstand geboten“<sup>1</sup>; das Volk müsse sich nicht „von diesen juristischen Kaziken... alles bieten lassen“<sup>2</sup>. Wem „linker Scheißdreck“<sup>3</sup> nicht zusagt, der bietet schon mal Prügel mit Dreschflegeln an<sup>4</sup>. Da angeblich durch „Rechtsprechung die Verfassung verletzt“ wurde, setzt Bedauern ein, daß es „keine Instanz zur Korrektur von Verfassungsgerichtsentscheidungen“<sup>5</sup> gebe. Und wer sich mit ihnen „nicht

1 So der frühere bayerische Kultusminister und Inhaber des Guardini-Lehrstuhls, Hans Maier, in der Süddeutschen Zeitung vom 14./15. 8. 1995.

2 So der Ex-Staatsminister und CSU-Bezirksvorsitzende und CSU-Bezirksvorsitzende München, Peter Gauweiler, in der Bild-Zeitung vom 11. 8. 1995.

3 Johannes Gerster, CDU-Landesvorsitzender von Rheinland-Pfalz, zum Soldaten-Mörder-Beschluß in: Rheinpfalz vom 28. und 30. 9. 1994.

4 Sepp Ranner, CSU-Landtagsabgeordneter, in: Der Spiegel, 33/95.

5 Norbert Gels, MdB (CSU), in: Süddeutsche Zeitung vom 21. 8. 1995.

abfindet“, verlangt „eine Ergänzung des Grundgesetzes“<sup>6</sup>; „wir respektieren das Karlsruher Urteil, aber wir werden es inhaltlich nicht akzeptieren“<sup>7</sup>. Ministerpräsident Stoiber – inzwischen hatte die Katholische Kirche Bayerns gegen das Kruzifix-Urteil zu einer Großkundgebung aufgerufen, und die vom Episkopat vorformulierten Protestbriefe waren zur Flut angeschwollen – beschwor, verfassungsrechtlich unkonventionell, den Schutz der Mehrheit, „die das Verfassungsgericht nicht mehr verstehe“ bei seinen Beschlüssen zu Kruzifix, Tucholsky-Zitat etc. Den Richtern werden „schwerwiegende Konsequenzen“<sup>8</sup> für das friedliche Zusammenleben von Deutschen und Ausländern schon im vorhinein angelastet, falls sie Teile des neu formulierten Asylrechts für verfassungswidrig erklären sollten. Die Frankfurter Allgemeine Zeitung schließlich bescheinigte, scheinbar wissenschaftlich bestätigt durch die Allensbacher Demoskopien, das Bundesverfassungsgericht habe einen plötzlichen Ansehensverfall erlitten, die umstrittenen Urteile seien Ursachen für diesen Niedergang<sup>9</sup>.

Ungehorsamsparen und Fäkal-Injurien gab es auch schon 20 Jahre früher<sup>10</sup>. Das Urteil zum § 218, das anstelle der Fristenlösung ein Indikationenmodell in Kraft setzte<sup>11</sup>, fand schon vor der eigentlichen Verkündung – durch Indiskretionen war das Ergebnis bereits bekannt geworden – heftigen Widerspruch. Die Vize-Präsidentin des Bundestages, Lieselotte Funcke (FDP), äußerte, die Frauen könnten diesen Richterspruch „nicht akzeptieren und nicht respektieren“<sup>12</sup>. Und Bundeskanzler Helmut Schmidt sah das Verfassungsgericht schon auf dem „Pfad“ des „Ersatz-Gesetzgebers“; man werde eingehend erörtern, „nach welchen Gesichtspunkten eigentlich die obersten Richter ausgewählt und bestellt werden“<sup>13</sup>.

SPD-Parteijugend und Publizistik beschworen ein restauratives Bündnis, eine „außerparlamentarische Opposition“ der „roten Roben“ mit der

„schwarzen Union“<sup>14</sup>; vom „Obergesetzgeber“ und den „Konterkapitänen von Karlsruhe“<sup>15</sup> ist da die Rede. Die Jungen Demokraten wiederum sahen in dem „Postkarten-Urteil“<sup>16</sup> einen „auf höchster Ebene legalisierten Verfassungsbruch“ und forderten die „Entmythologisierung des Karlsruher Götterrates“<sup>17</sup>.

Der hessische Ministerpräsident Holger Börner sorgte sich seinerzeit, ob das Bundesverfassungsgericht sich noch mit der „Rolle eines Hüters der Verfassung“ bescheide oder mit „rechtspolitischen Anweisungen im Stile verbindlicher Muster-Gesetze als Herr der Verfassung und Herrscher der Verfaßten“ hervortrete: „Im steigenden Maße diktiert es in die Entscheidungsgründe ... ein ... Auslegungskorsett hinein, das den politischen Bewegungsspielraum der Null-Grenze nähert ... und drängt ... ungehemmt in die politische Machtkonkurrenz.“<sup>18</sup>

Börner, einem Gewerkschaftsmann, tut man gewiß nicht unrecht, wenn man ihm Hintergedanken zum Verfassungsstreit über das damals erst kürzlich verabschiedete Mitbestimmungsgesetz unterstellt. Die Gewerkschaften sahen die inhaltlich weiter reichende Montan-Mitbestimmung durch das von den Arbeitgebern angestrebte Verfassungsbeschwerde-Verfahren gefährdet. Als ihr Versuch mißlang, durch Verlassen der „Konzertierten Aktion“ die Arbeitgeber zur Rücknahme der Karlsruher Beschwerde zu bewegen, drohte der DGB-Vorsitzende Oskar Vetter: Wenn die Verfassungsrichter die Zeichen der Zeit nicht erkennen würden, verwiesen sie die Gewerkschaften auf einen anderen Weg<sup>19</sup>. Und der nordrhein-westfälische Arbeitsminister Friedhelm Fahrtmann (SPD) setzte noch einen drauf: Es müsse einen schlimmen „antiparlamentarischen Effekt“ haben, wenn „beamtete Richter“ sich über den Willen der Mehrheit des Volkes und des Bundestages hinwegsetzten. Ein solches restriktives Urteil aus Karlsruhe werde mehr „schaden als Tausende Extremisten“<sup>20</sup>.

6 Theo Waigel, CSU-Vorsitzender, in der Bild-Zeitung vom 11. 8. 1995.

7 Edmund Stoiber, Bayrischer Ministerpräsident, in der Süddeutschen Zeitung vom 13. 9. 1995.

8 Bundesminister Manfred Kanther, in: Die Woche vom 15. 9. 1995.

9 Vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) vom 25. 10. 1995.

10 Vgl. das Zitat von den „acht A ... in Karlsruhe“, von denen man sich die Ostpolitik nicht kaputt machen lassen wollte, in: FAZ vom 27. 6. 1973 und dazu die Presseverlautbarung des Bundesverfassungsgerichts vom 13. 7. 1973.

11 Vgl. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 37, 324 ff.

12 Zit. in: Die Welt vom 28. 1. 1975.

13 Zit. in: Die Welt vom 5. 2. 1975. Abdruck eines Interviews mit dem TV-Magazin Panorama.

14 Rolf Lamprecht/Wolfgang Malanowski, Richter machen Politik, Frankfurt/M. 1974, S. 13. Das Buch basiert auf einer Spiegel-Serie aus dem Jahr 1978.

15 Hans Schueler, in: Die Zeit vom 24. 2. 1978.

16 Die Gewissensüberprüfung bei der Wehrdienstverweigerung für die Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer sollte durch die Wehrpflicht-Novelle 1977 durch eine postkartengroße Erklärung, daß man den Dienst mit der Waffe aus Gewissensgründen verweigere, ersetzt werden. Ein solches faktisches Wahlrecht zwischen Wehr- und Ersatzdienst erlaubt das Grundgesetz nach Karlsruher Erkenntnis nicht; vgl. BVerfG 48, 127 ff.

17 Zitat in: Deutsche Richter Zeitung, (1978), RI. Seite 17.

18 Rede auf dem Rechtspolitischen Kongreß der SPD vom 21. 5. 1978, abgedruckt in: Frankfurter Rundschau (FR) vom 30. 5. 1978.

19 Zit. nach: Die Welt vom 25. 5. 1978.

20 Zit. in: FAZ vom 2. 12. 1978.

Eine Umfrage des INFAS-Institutes signalisierte schon damals ein angeblich gesunkenes Vertrauen der Bevölkerung in das Bundesverfassungsgericht.

Verschiedene Anlässe, ähnliche Argumente, z. T. bis in die Formulierungen hinein identische Reizwörter – vor allem immer wieder der Vorwurf fehlender Legitimität. Die Verfassungsrichter trieben – von der Mehrheitsmeinung nicht gedeckt – (Partei)-Politik, den authentischen Verfassungsinterpreten in Karlsruhe wird gar Verfassungsbruch bescheinigt und für den Fall mißliebiger Entscheidungen in laufenden Verfahren mit Volkes Zorn gedroht. Mehr oder weniger offen werden Eingriffe in die künftige personelle Zusammensetzung und Einschränkungen der bisherigen Kompetenzfülle angedeutet. Die Vorwürfe werden regelmäßig gekrönt mit angeblich sinkenden Werten der Demoskopie für die Karlsruher Verfassungsinstitution.

---

## Mehrheitsprinzip und Verfassungsgerichtsbarkeit

---

Die Schärfe der Auseinandersetzungen verdeutlicht die Provokation, die die Verfassungsgerichtsbarkeit für jede verfaßte Demokratie darstellt. Das demokratische Mehrheitsprinzip wird hier ja institutionell konterkariert. Gerade die politische Opposition bzw. meinungsstarke Minderheiten, gelegentlich auch als querulatorisch empfundene einzelne Bürger kommen manches Mal zum Zuge. Aber so sieht es die Verfassung ausdrücklich vor. Das Grundgesetz bindet die Gesetzgebung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung unmittelbar an Gesetz *und* (auch überpositives) Recht und stellt zur Durchsetzung dieser Rechte eine eigene Staatsinstitution zur Verfügung. Selbst gegen überwältigende Mehrheiten in Parlament und Volk sollen grundgesetzlich verankerte Individualrechte mit Hilfe des langen Karlsruher Hebels durchgesetzt werden. Das Modell der drei reinlich geteilten Staatsgewalten ist hier kompliziert verschränkt und subtil ausbalanciert. In Politik und Medien wird dieses System der Funktionenbalancierung im bundesdeutschen Staatswesen zu wenig reflektiert. Zu wenig bedacht wird auch die Eigenart dieser Verfassungsinstitution. Sie kann nicht von sich aus, sondern nur auf Beschwerden und Anträge hin tätig werden. Und hierfür gelten bestimmte Zulässigkeitsvoraussetzungen und Verfahrensarten, die zugleich die Grenze der Gewaltenteilung markieren.

Zum anderen – und das macht sich die Politik gelegentlich zunutze –: Das Gericht hat die Pflicht, zu

entscheiden. Es kann nicht aus Gründen der Opportunität sich aus politisch heiß umkämpften Streitgegenständen ‚richterlich heraushalten‘, wie manches Mal die Forderung aus dem politischen Raum – mit Hinweis auf das anders gestaltete amerikanische Verfassungsprozeßsystem – lautet.

Gerade diese Entscheidungspflicht ist – um es paradox zu formulieren – starker Arm und Achillesferse zugleich. Wenn das Gericht urteilt und möglicherweise Gesetze oder Staatsverträge aufhebt oder fachgerichtliche Entscheidungen umwirft, dann hat das öffentliche Brisanz: Der Unterlegene – entweder der politische Gegner oder die demoskopische Mehrheit – sieht sich oft genug als ‚verfassungswidrig‘ abgestempelt. Was in der politischen oder gesellschaftlichen Ebene bislang ‚Besitzstand‘ war, ist plötzlich ‚moralisch‘ abgewertet: Denn immer noch verleiht der Karlsruher Spruch die Bescheinigung, den Bestimmungen und Werten des Grundgesetzes entsprochen zu haben, dem ‚Sieger‘ des Verfahrens die Aura besonderer Grundgesetztugend. Dem ‚Verlierer‘ bleibt nur die Schande des ertappten ‚Verfassungsbrechers‘. Im politischen Geschäft schadet das nicht nur den eigenen Interessen, sondern auch der ‚Corporate Identity‘. Das kann durchaus rabiat machen.

---

## Das verspätete Verfassungsorgan

---

Bewährungsproben hatte das Bundesverfassungsgericht schon in Zeiten zu überstehen, da weder die gesellschaftliche Ordnung noch das Staatsleben stabil waren und das Grundgesetz noch als Provisorium gedacht war. In dieser Zeit bildeten sich Status und Selbstgewißheit der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit heraus.

Die Bonn-Karlsruher Streitgeschichte begann eigentlich schon vor der Vereidigung der zunächst 24 Richter am 7. September 1951. Das Bundesverfassungsgericht trat also nicht mit der Gründung der Bundesrepublik ins staatliche Leben, war vielmehr ein ‚verspätetes‘ Verfassungsorgan. Und heftig umstritten war bereits damals die Besetzung des Gerichts. Insbesondere an der Person des späteren Präsidenten Hermann Höpker-Aschoff (FDP), einem ehemaligen Finanzminister in der Weimarer Republik, entzündeten sich interne Konflikte innerhalb des Regierungslagers. Als ‚preußischer Zentralist‘ schien er den einen schädlich für den Föderalismus, als zu liberal galt er andererseits der katholischen Kirche.

Prälat Böhler wandte sich am 12. Juli 1951 mit folgenden Worten an Bundeskanzler Adenauer: „In

katholischen Kreisen ist eine große Beunruhigung entstanden. Man befürchtet, daß bei der Besetzung des Verfassungsgerichtshofes die Katholiken wieder einmal zurückgesetzt werden ... Wenn es richtig sein sollte, daß einer der beiden Präsidenten aus der Weltanschauung des Liberalismus (Höpker-Aschoff, d. Verf.), der andere aus der Weltanschauung des Sozialismus (Rudolf Katz, d. Verf.) käme, würde im Präsidium eine absolut einseitige Richtung erkennbar sein.“ Böhler bat Adenauer, eine Lösung zu finden, „die auch vom christlichen Volksteil bejaht werden kann“<sup>21</sup>.

Adenauer reagierte umgehend und empfahl in einem persönlichen Schreiben Höpker-Aschoff die Ablehnung der Kandidatur, da seine Tätigkeit bei der einstigen Haupttreuhandstelle Ost zu Kriegzeiten in den Medien eine Diskussion hervorrufen könnte, „die recht unangenehm sein wird und die auch Ihre Stellung beeinträchtigen würde“. Die Einzelheiten des Bonner Verwirrspiels beiseite gelassen – Höpker-Aschoff wurde schließlich doch am 4. September 1951 zum ersten Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts gewählt –, zeigt sich schon zu Beginn, wieviel politisches Kalkül die Bonner Politik mit der zukünftigen Rolle und Ausrichtung des Gerichts verband. Und es gehört zu den unvorhersehbaren Wundern der Nachkriegsgeschichte, wie dieses Gericht sich als eigenständiger Faktor im politischen Leben der Bundesrepublik etablierte.

---

## Die Knechte des Rechts

---

Es verstand von Anfang an seinen hochpolitischen Auftrag, den Bundespräsident Theodor Heuss am 28. September 1951 bei der feierlichen Eröffnung des Gerichts so formulierte: „Wir hatten nun in Deutschland ja den mit falschem Pathos verbrämten und in primitivem Machtsadismus vollkommen realisierten totalitären Staat. Und den im Hintergrund, haben wir in das Grundgesetz erneut gelegt das Bekenntnis zu Menschenrechten und Menschenwürde. Und das ist in diesem Zusammenhang, an dieser Stelle, zu dieser Zeit keine sentimentale Floskel, sondern das Lebensbedürfnis eines Volkes, das die Qual und die Scham als Erfahrung hinter sich hat.“

Bundeskanzler Adenauer formulierte diesen Auftrag so: „Das Bundesverfassungsgericht beginnt seine Tätigkeit in einer Zeit, in der ganz allgemein,

besonders aber auch in unserem Volke, der Rechtsgedanke an sich schweren Schaden gelitten hat. In einer Zeit, in der der Rechtsgedanke vielen zu einem überholten, antiquierten Begriff geworden ist. Ihre besondere Aufgabe wird es sein, dem deutschen Volke wieder die Überzeugung zum neuen Leben zu erwecken, daß die festeste, daß die einzige, dauerhafte und entscheidende Grundlage eines Volkes und der menschlichen Gesellschaft überhaupt das Recht ist.“

Die Festgäste in der Residenz des Rechts hatten wenige Tage zuvor erlebt, wie weit dieses neue Kraftzentrum im deutschen Staatsleben auch die Tagespolitik bestimmen kann. Völlig unerwartet für die Öffentlichkeit hatten die Verfassungsrichter mit einer einstweiligen Anordnung entschieden: Die Volksbefragung über die heftig umstrittene Neugliederung des Südwest-Staates, das heutige Baden-Württemberg, wird verschoben.

Hermann Höpker-Aschoff markierte in seiner Antrittsrede das ewig junge Thema: Wo überschneiden sich die Einflußsphären von Politik und Recht, mit einem mittelalterlichen Zitat der Konstitutionen von Melfi aus dem Jahr 1231: „Der Gesetzgeber – Volk oder Herrscher – ist der Knecht des Gesetzes, wie es gilt. Er ist der Herr des Gesetzes, wenn er neues Recht schafft, aber auch dann noch ist er ein Knecht, denn indem er neues Recht schafft, soll er der Gerechtigkeit dienen.“ Auch wir Richter des Bundesverfassungsgerichts sind Knechte des Rechts und den Gesetzen Gehorsam schuldig. Und dennoch, das Grundgesetz unterwirft auch den Gesetzgeber unserer Gerichtsbarkeit ...“

---

## Der Streit um die Westverträge

---

Die Nagelprobe kam alsbald. Der Streit um die Westverträge erregte schon wenige Monate nach der Installation des Verfassungsgerichts die Gemüter. Nach der außenpolitischen Konzeption von Bundeskanzler Adenauer sollte die Beteiligung der Bundesrepublik am Projekt einer Europäischen Verteidigungsgemeinschaft ihr wieder zur Souveränität verhelfen. Die SPD-Opposition sah aber in der frühen Westbindung Deutschlands ein Hindernis für die deutsche Wiedervereinigung. Mit dem Argument, vor einer Wiederbewaffnung der Bundesrepublik müsse das Grundgesetz geändert werden, erhob sie eine Normenkontrollklage gegen die Vertragswerke.

In Bonner Regierungskreisen machte sich nun die Befürchtung breit, der hier zuständige Erste Senat

<sup>21</sup> Brief vom 12. 7. 1951, zit. nach Thomas Aders, Die Utopie vom Staat über den Parteien. Biographie von Höpker-Aschoff, S. 277.

des Bundesverfassungsgerichts, der pauschal als „Roter Senat“ eingeschätzt wurde, könnte der SPD-Opposition recht geben. So brachten sich die Bundestagsfraktionen der Regierungskoalition selbst in Stellung und bestritten ihrerseits mit einer sogenannten Organklage der SPD-Fraktion das Recht auf ihre Normenkontrollklage gegen die Westverträge. Für diese Organklage der Regierungskoalition war aber nach dem Geschäftsverteilungsplan des Gerichts der Zweite Senat zuständig, dessen Richter nach Bonner Lesart dem „schwarzen Lager“ zugerechnet wurden.

Kaum ein Jahr im Amt, befand sich das höchste deutsche Gericht in einer delikaten Situation, in der die beiden Senate des Gerichts gegeneinander ausgespielt werden sollten. Und alsbald komplizierte ein dritter Prüfauftrag die Lage für das gesamte Verfassungsgericht: Der Bundespräsident bestellte beim Plenum, d. h. der Vollversammlung aller 24 Verfassungsrichter, ein Gutachten zum Thema Westverträge.

Am 8. Dezember 1952 fand das Gericht einen eleganten Ausweg aus der vertrackten Lage und entschied: Beide Senate sind an den künftigen Plenumsbeschluß gebunden. Im Klartext hieß das an die Bonner Adresse: Wir lassen uns nicht auseinanderdividieren. Und Thomas Dehler, der erste Bundesjustizminister, wurde vom Gericht zur Ordnung gerufen. Er hatte am 21. November 1952 in Bad Ems das Gericht attackiert und sich beklagt über die „Barriere . . . für unsere Verträge . . . Ich möchte hoffen, daß in dem höchsten deutschen Gericht keine politischen Willensentscheidungen, sondern Rechtsentscheidungen fallen. Ich möchte hoffen, daß sich beim Bundesverfassungsgericht der Geist des Sozialismus nicht auswirkt.“ Solche Provokationen stießen beim Gericht auf Widerstand – das machte der Verfassungsgerichtspräsident Höpker-Aschoff in der mündlichen Verhandlung vom 9. Dezember klar. Er verlas eine vom Plenum mit 20 gegen 2 Stimmen beschlossene Erklärung. „Das Bundesverfassungsgericht hat mit Besorgnis von den herabsetzenden Äußerungen Kenntnis genommen. . . man hat dem Gericht sogar unterstellt, daß politische und nicht rechtliche Erwägungen seine Entscheidung bestimmen könnten. . . . Diese Äußerungen, die in anderen Staaten als Contempt of Court (Mißachtung des Gerichts) geahndet werden würden“ betrachte man „als ein bedauerliches Zeichen für die mangelnde Achtung vor dem Eigenwert des Rechts“.

Der Karlsruher Beschluß bedeutete: Das ausstehende Gutachten für den Bundespräsidenten würde bereits die Qualität eines Urteils im Verfahren um die Westverträge erlangen. Die Regierung

Adenauer fürchtete nun ein vorzeitiges Karlsruher Veto und trat an den Bundespräsidenten heran. Theodor Heuss zog seinen Gutachten-Auftrag zurück. Nicht zuletzt diese Erfahrung sorgte dafür, daß später aus dem Aufgabenkatalog des Gerichts Rechtsgutachten für den Bundespräsidenten gestrichen worden sind.

Theodor Heuss' Parteifreund, Justizminister Thomas Dehler, sah sich durch dieses Karlsruher Machtwort seinerseits über die Maßen provoziert und empörte sich, die Entscheidung des Gerichts sei ein „Nullum“. Das Gericht nehme die Rolle eines „Vorgesetzten des Parlaments“ ein: Wegen „eines solchen Gremiums“ könne man „Deutschland nicht vor die Hunde gehen lassen“<sup>22</sup>. Und in einem der Presse übergebenen Schreiben an besorgte Bürger formulierte Dehler schließlich: „Das Bundesverfassungsgericht ist in einer erschütternden Weise von dem Wege des Rechts abgewichen und hat dadurch eine ernste Krise geschaffen.“

Dehler verfiel schließlich auch im Bundestag dem Worttausch. Am 4. März 1953 erklärte er: „Das ist die eine, nach meiner Meinung sehr gefährliche Auffassung, daß das Bundesverfassungsgericht seinem Wesen nach eine politische Funktion besitze, daß es gewissermaßen der Schiedsrichter im Streite sei, daß es der oberste verfassungsmäßige Träger der Staatsgewalt sei. Diese Meinung geht dahin, daß das Bundesverfassungsgericht eine Überregierung, ein Überparlament sei. Dann kommt die große Frage, die ja bei jeder Verfassungsgerichtsbarkeit auftaucht, wenn man Wächter der Verfassung einsetzt: Quis custodiet custodes ipsos – wer bewacht am Ende die Wächter des Staates?“

Dehlers Auffassung, er als Justizminister sei der berufene Wächter über die Wächter, wurde in Karlsruhe heftig widersprochen. Hermann Höpker-Aschoff kritisierte den Bundesjustizminister öffentlich: „Ich sehe eine schwere Gefahr für den Gedanken des Rechtsstaates darin, daß ein Minister solche Kritik in der vom Bundesjustizminister gebrauchten Form übt . . . die Rechtsprechung der Gerichte zu überwachen, ein erschreckendes Wort! Nein, auch der Justizminister hat die Entscheidungen der Gerichte zu achten . . . auch wenn

22 So in die Presse gelangte Zitate; siehe auch Bulletin des Bundespresse- und Informationsamtes, Nr. 198 vom 12. 12. 1952: Mit dem Bindungsbeschluß „ist das Bundesverfassungsgericht sowohl über die Bestimmungen des Grundgesetzes wie auch über die des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes hinausgegangen, indem es aus eigener Machtvollkommenheit Recht setzte. . . Es erhebt sich die Frage, ob die jetzige Struktur des Bundesverfassungsgerichts in allem seiner eigentlichen Aufgabe entspricht.“

er (sie) für falsch hält. Niemals hätte (er) eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts als ein Nullum bezeichnen dürfen, denn er steht nicht über dem Gericht.“<sup>23</sup>

## Verfassungsrecht und Politik

Aus dieser historischen Bewährungsprobe erwuchs das spezielle Karlsruher Selbstbewußtsein, das seinen theoretischen Niederschlag im berühmten Statusbericht des Gerichts fand<sup>24</sup>. Dort verwies man darauf, daß verfassungsrechtliche Entscheidungen oft mit „außerordentlich weitreichenden politischen Folgen“ verbunden seien, sie also „politische Wirkkraft“ entfalten. Und solche politischen Fragen, die geeignet seien, „sich zur Machtfrage auszuwachsen“, machen auch inhaltlich „das Politische selbst ... zum Gegenstand rechtlicher Normierung“. „Verfassungsrecht ist im spezifischen Sinn des Wortes politisches Recht.“ Eine Schlußfolgerung, die bis heute mancher Politiker nicht nachvollzogen hat. Die argumentative Höhe der Verfassungsrichter der ersten Stunde belegt schließlich die Beschreibung des latenten Konflikts „zwischen dem in ständiger Bewegung befindlichen Politischen und dem vorzugsweise in Ruhe verharrenden Recht“. Die Wertungen, die jeder Richter etwa bei der Auslegung privatrechtlicher oder strafrechtlicher Normen einzuschalten habe, unterscheiden sich „von denen eines Verfassungsrichters dadurch, daß die letzteren gegenständlich an den in der Verfassung enthaltenen politischen Entscheidungen orientiert und daher zwangsläufig politischer Natur sind“. Und weitsichtig formulierte man weiter: „Diese inhaltliche Verschiedenheit der durch den Richter einzuschaltenden Wertungen“ dürfe nicht zur „rechtsstaatlich-destruktiven“ Methode führen, „politisches Recht und Politik miteinander zu identifizieren“.

Diese Antwort des Gerichts an die Kritiker von gestern und heute muß zumindest zur Kenntnis genommen werden, wenn aufgebrachte Politiker oder frustrierte Fachrichter dem Verfassungsgericht Wildern in fremden Revieren vorwerfen. Klar ist: Das Verfassungsgericht befindet sich in der Beschreibung seiner Rolle durchaus in Übereinstimmung mit der ‚herrschenden Meinung‘ in der Politikwissenschaft und Staatsrechtslehre.

23 Rundfunkrede vom 14. 3. 1953.

24 Erstellt vom Verfassungsrichter Gerhard Leibholz im Auftrag seiner Kollegen, abgedruckt in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Band 6, (1957), S. 120 ff.

## Grundwertestreit

Die Allensbach-Demoskopin Renate Köcher knüpft an diese ‚ewige Debatte‘ über die Rolle des Verfassungsgerichts an, wenn sie überraschend offen die eigentlichen Motive so harscher, bisweilen gar nötiger Kritik von Politik und Medien benennt. Sie bewertet die jüngsten Diskussionen über Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts als nur „vordergründigen Streit“ um das Kreuz, um die Grenzen der Meinungsfreiheit oder die Einschätzung der Gefahren von Drogen“. Dahinter stehe die „Auseinandersetzung um die Macht, über die Werteordnung des Grundgesetzes und die Beibehaltung der Gewaltenteilung, in der das Bundesverfassungsgericht Hüter, nicht Herrscher der Verfassung ist“<sup>25</sup>.

15 Jahre zuvor griff Wolfgang Zeidler, damals Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts, exakt diesen „Grundwertestreit“ auf und verdeutlichte ein fundamentales Mißverständnis verfassungsrichterlicher Arbeitsweise: Als „Joker“ im „Pokerspiel ... stets als Trumpfkarte verfügbar, nach Bedarf in jede Sequenz und Farbe passend“, würden von den Verfassungsrichtern die Begriffe Wertordnung und Grundwerte eingesetzt. Das Verfassungsrecht erschiene den Kritikern in Medien und Politik als zweistufiges Gebilde: Über dem positiven Grundgesetz eine „apokryphe ranghöhere Ordnung, die als Geist frei über den Wassern schwebende ... Grundwertordnung“, die für manche eine „Art ferngesteuerter Selbstfahrlafette (sei) im Dienst restaurativer Machtgelüste zur Niederwalzung aller Elemente und Resultate auf dem Weg der Menschheit in bessere und freiere Zustände“. Der ‚Interpretationsabsolutismus‘ als moderne Herrschaftsform – darin finde eines „der den politischen Alltag belebenden Feindbilder seine Erklärung: die Roten Roben in Karlsruhe als Groß-Tyrann des Verfassungsstaates“<sup>26</sup>.

Zeidler benennt hier mit der ihm eigenen Wortlust das ewige Dilemma aller Verfassungsgerichtsbarkeit, zumal einer so ausgreifenden Verfassungsjudikatur wie in Deutschland. Die formende Kraft des Grundgesetzes für Politik und Gesellschaft, potenziert durch den Zugriff intellektuell oft beschlagener Verfassungsrechtsexperten im Richteramt, wirkt vor allem für die jeweiligen ‚Verlierer‘ irregulär.

Die entspannt formulierte These „the constitution is what the judges say it is“<sup>27</sup> setzt möglicherweise

25 FAZ, vom 25. 10. 1995.

26 Festvortrag beim 53. Deutschen Juristentag vom 16. 9. 1980.

27 C. E. Hughes, Adresses, 1908, S. 139.

den Pragmatismus voraus, der sich nach 200 Jahren Verfassungsstaatsleben in Nordamerika durchgesetzt haben mag. Auch dort ist bekanntlich von aufregenden Fehden zwischen politischer Führung und dem *Supreme Court* zu berichten. Präsident Roosevelt war ja drauf und dran, mit seiner *Court Packing Bill* den ‚Widerstand‘ der Richter gegen seine dirigistischen Wirtschafts- und Sozialreformen des *New Deal* zu brechen. Der *Supreme Court* sah darin unzulässige interventionistische Eingriffe in Eigentums- und Wirtschaftsrechte; mit fünf zu vier Stimmen blockierte er Roosevelts Gesetzespläne. Die daraufhin ventilerte Einführung einer Altersgrenze von 70 Jahren für die neun obersten Richter hätte Roosevelt die Nominierung von sechs – ihm politisch zugeneigten – Nachfolgern erlaubt. Der Konflikt löste sich schließlich undramatisch, als das Gericht seine Rechtsprechung – trotz oder wegen der Druckkulisse? – änderte und Roosevelts Gesetzen seine Zustimmung gab: „Switch in time that saved nine.“ Das Gericht blieb schließlich unangetastet, weil ein Richter seinen Standpunkt revidierte und die liberalistisch gesonnene Senatsriege um ihre Mehrheit brachte.

Wolfgang Zeidler würde für seine Gedanken zum Grundwertestreit auch heute noch die Zustimmung seiner Nachfolger finden, wenn er auf die besonderen, von politisch-parlamentarischer Willensbildung abweichenden Expertenregeln für das Bundesverfassungsgericht hinweist. Entgegen mancher verbreiteten Annahme handele es sich bei den vom Gericht verwendeten Begriffen zu „Wertordnung“, „Grundentscheidung der Verfassung“ oder „Grundwert“ nicht um einen „Werte-himmel subjektiver Beliebigkeit, in dem die Juristen mit Interpretationsherrschaft, je nach dem Inhalt ihrer politischen und weltanschaulichen Vorurteile, ins Blaue fabulieren können, sondern um Rechtsgehalte, deren Substanz mit Methoden der Rechtsfindung festgestellt wird“.

Die Grundwerteordnung überwölbe nicht als „freischwebendes amorphes Gebilde die positive Rechtsordnung“, sondern gehöre „als deren Bestandteil zu ihr“. Zeidler verwies auf die Formulierung, die klarstellt, daß das Gericht keine Wertordnung vor oder gar über der Verfassung erfunden habe, sondern eine „Gesamtschau des verfassungsrechtlichen Normenbestandes und der in ihm beschlossenen Wertordnung vornehme“. Zeidler sagte das mit gutem Gewissen – klar ist allerdings auch, welche dogmatischen Spielräume sich bei solchen Auslegungsregeln ergeben, auch wenn man nicht die Politikziele definiert, sondern über die verfassungsrechtlich vorgegebenen Instrumente urteilt.

Anders als die Politik ist der – früher zeitweise lebenslang, heute für zwölf Jahre gewählte – Verfassungsrichter auch geistig freier, sich unpopuläre Entscheidungen zuzutrauen. Ließ etwa die Regierungspolitik in den ersten Jahrzehnten die Grundgesetzpostulate der Frauen-Gleichberechtigung und der Gleichstellung der nichtehelichen Kinder eher unbeachtet – Wählerstimmen waren damit augenscheinlich nicht zu gewinnen –, so setzte das Verfassungsgericht konsequent diese unmittelbaren Aufforderungen des Grundgesetzes durch. Ein weiteres Beispiel aus den Anfangstagen, das belegt, wie unbequeme Nachhilfe gegeben werden mußte: Der opportunistische Umgang der Politik mit sogenannten „verdrängten“ Beamten – bekanntlich waren darunter viele NS-Belastete – fand beim Verfassungsgericht keine Gnade.

Das Bundesverfassungsgericht traute sich – in krassem Gegensatz zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) – schonungslosen Realismus in der Darstellung der Beamtenwirklichkeit während der NS-Zeit zu. Auf die Verfassungsbeschwerde eines ehemaligen Kriminalassistenten, der seine Beamtenlaufbahn bei der Gestapo begonnen und deshalb von der Wiederverwendung nach dem „131er Gesetz“ ausgeschlossen war, antwortete der Erste Senat mit klaren Worten: „Das Wunschbild Hitlers, alle Beamten sollten überzeugte Nationalsozialisten sein, ist in der Tat Wunschbild geblieben . . . Die Absicht aber, die Institution des Beamtentums gesetzlich und effektiv an den Staat in seiner Verschränkung mit dem Nationalsozialismus zu binden, hat Hitler durchgesetzt. Danach aber muß sich das Schicksal der Institution nach dem Zusammenbruch des Systems bemessen.“<sup>28</sup>

Die antitotalitäre Ausrichtung des Grundgesetzes gab das Verbot der rechts- wie linkstotalitären Parteien SRP (Sozialistische Reichspartei) und KPD ebenso zwingend vor, stand aber gewiß auch atmosphärisch Pate bei einer der folgenreichsten Entscheidungen des Verfassungsgerichts, die seit den fünfziger Jahren die Expansion und Dynamisierung der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts auslöste: dem Lüth-Urteil<sup>29</sup>.

---

## Ein Markstein

---

Erich Lüth, ein Hamburger Journalist und Pressesprecher in hansestädtischen Diensten, nahm am 27. Oktober 1950 seinen Kampf um die Meinungs-

28 BVerfGE 6, 132 f., grundlegend BVerfGE 3, 58 f.

29 BVerfGE 7, 198 f.

freiheit gegen einen der schlimmsten Hetzer der Nazizeit auf. Er war empört, daß ausgerechnet Veit Harlan, der Regisseur des Films „Jud Süß“, jetzt auch im Nachkriegsdeutschland wieder reüssieren konnte. Als Harlans Film „Unsterbliche Geliebte“ präsentiert wurde, verfaßte Lüth einen offenen Brief, mit dem er zum Boykott des Filmes aufrief. Doch die Filmgesellschaft reagierte nicht etwa schamvoll, sondern mit einer Klage gegen Erich Lüth; sie wollte ihn für die ausbleibenden Einnahmen finanziell haftbar machen. Und tatsächlich, Lüth verlor vor den Hamburgischen Gerichten. Nur mit Hilfe eines Freundeskreises, der ihn mit Spenden über Wasser hielt, konnte er seinen Kampf durchhalten. Am 15. Januar 1958 gab das Verfassungsgericht Erich Lüth recht: Es bestehe ein entscheidendes Interesse daran, daß die Welt gewiß sein könne, das deutsche Volk habe sich von der nationalsozialistischen Geisteshaltung inzwischen abgewandt, und deshalb sei sein Boykott-Aufruf eine verständliche Abwehr, die Geschäftsinteressen der Filmfirma gingen nicht diesem Recht auf entschiedenen Meinungskampf vor.

Verfassungsjuristisch war das eine Sensation. Der Freiheitsschutz der Bürger wurde hier umfassend gesehen, gleichgültig, ob die Gefahr vom Staat oder von privater Stelle ausgehe. Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte war damit eingeführt. Das Gericht sieht die Grundrechte seitdem nicht mehr nur als Abwehrrechte der Bürger gegen den Staat, sondern als ein Wertsystem, das die gesamte Rechtsordnung – auch das Privatrecht – beeinflußt, prägt, durchdringt. Diese Ausstrahlungswirkung der Grundrechte zieht eine entsprechende verfassungsgerichtliche Verarbeitungstiefe nach sich. Damals etablierte das Gericht auch seine Anschauung von der „grundsätzlichen Vermutung für die Freiheit der Rede“, namentlich im öffentlichen Leben.

---

## Ungleichzeitigkeit von Verfassungsrecht und Politik

---

Das Lüth-Urteil und die darin entwickelte, lange Zeit hochgelobte Rechtsprechung von der Drittwirkung der Grundrechte führt übrigens direkt zu den so umstrittenen „Soldaten-Mörder-Beschlüssen“ des Gerichts. Und daran ist ein weiterer, selten bedachter Effekt verfassungsrechtlicher Entscheidungen zu studieren: Sie gelten sozusagen ewig, werden zitatweise oft Jahrzehnte lang tra-

diert, es sei denn, eine Rechtsprechungslinie wird ausdrücklich aufgegeben. Das fördert einerseits eine gewisse Bedächtigkeit und damit Berechenbarkeit bei der Rechtsprechung; andererseits entsteht hier ein Effekt künstlicher Gleichzeitigkeit. Nur den Experten sind die geschichtlichen Judikate geläufig, das Magazin der Argumente füllt sich immer weiter auf. Deshalb war es kein Zufall, sondern zeigt eher das ‚gute Gewissen‘ der dreiköpfigen Kammer des Gerichts, daß sie den ersten „Soldaten-Mörder-Beschluß“<sup>30</sup> als bereits verfassungsrechtlich geklärtes Problem behandelte. Erst die Politik schreckte die Öffentlichkeit – kurz vor der Bundestagswahl – mit schrillen Tönen auf.

An diesem Beispiel zeigt sich: Der Kurzeitrhythmus der Politik kollidiert mit dem Langzeitrhythmus der Richter. Das Gericht, nicht auf Wahlergebnisse hin orientiert, zieht mit seiner Grundrechtsdogmatik Rechtsprechungslinien weit aus, neigt nicht zu kurzfristiger Taktik. Und ob man es als wissenschaftstheoretischen Mythos betrachtet oder zumindest als Arbeitshypothese gelten läßt: Der Auftrag des Gerichts ist, rationale, objektivierbare Kriterien im Grundrechtssystem zu finden und auf den zu entscheidenden Streit anzuwenden. Der emotionale Jargon der Betroffenheit ist hier verpönt.

Man ist als Verfassungsrichter auch ein – oft glühend beneidetes – Mitglied einer Expertengemeinde, d. h. hier geht es um Wissen, gar um Wahrheit; die entpersönlichte Urteilsprache vermittelt Selbstgewißheit bei der Darstellung unausweichlicher Ergebnisse. Hier wird ‚klargestellt‘, ‚Grundsätze verlangen‘ bestimmte Schlußfolgerungen, ‚es ist geboten, daß ...‘.

Dieses Expertentum der Langzeitpolitiker in der Karlsruher Verfassungsinstitution stärkt durchaus das Selbstbewußtsein. Und es ist nicht notwendig antiparlamentarisch gedacht, wenn Wolfgang Zeidler einmal darauf hinwies, wie wenig Zeit dem Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages für solide Sacharbeit bleibt. Ein erheblicher Teil werde verbraucht für die sogenannte „große“ Politik, „also oft genug bei nüchterner Betrachtung nur die dekorative Ausschmückung von Gemeinplätzen ... Es bleibt danach nur ein begrenzter zeitlicher Rahmen, der nicht entfernt ausreicht, um den Bedarf des Gemeinwesens nach Richtliniengebung zu erfüllen ... So gerät insbesondere die Dritte Gewalt fast unausweichlich in die Rolle des Lückenbüßers.“<sup>31</sup>

30 Vgl. BVerfGE vom 25. 8. 1994.

31 Heidelberger Rechtstage „Gedanken zur Rolle der dritten Gewalt im Verfassungssystem“ vom 8./9. 5. 1986.

## Versäumnisse der Politik

Das hier mitschwingende Elite-Bewußtsein bzw. die Vermutung eines gewissen Nachhilfebedarfs wird gelegentlich durchaus gestärkt durch das Verhalten von Parlament und Exekutive selbst. Man lese nur einmal Bundestagsdebatten nach, in denen sich juristisch mehr oder weniger beschlagene Parlamentarier gegenseitig Urteilszitate an den Kopf werfen, um die Notwendigkeit oder Unmöglichkeit politischer Reformpläne zu belegen. Und wenn nach jahrzehntelanger Untätigkeit des Gesetzgebers Gerechtigkeitspostulate unerfüllt bleiben, sieht sich das Gericht zum Handeln gezwungen. Urteile wie die zur Erbschafts- und Vermögensteuer oder zum Ausgleich der Familienlasten setzen dann Standards und Zieldaten für die Politik. Man kann durchaus, etwa mit Verfassungsrichter Böckenförde<sup>32</sup>, darüber hadern, daß das Parlament aus seiner Verpflichtung zu politischer Kreativität entlassen wird, aber der Sache der Bürger dienen solche Entlastungsurteile gewiß.

Und häufig genug ersetzen Verfassungsgerichtsentscheidungen auch den oft beklagten Mangel an plebiszitären Möglichkeiten, sorgen für ein *aggiornamento* des historischen Grundgesetztextes. Vorkehrungen gegen Demokratie-Gefahren der modernen Datenverarbeitung etwa sind erst im Zusammenspiel engagierter Bürger und technikkundiger Verfassungsrichter beim Urteil zur Volkszählung 1983 unter dem Topos ‚informationelle Selbstbestimmung‘ grundrechtsverbindlich geworden.

Selbst in ureigenen politischen Materien wurde und wird die Entscheidung oft genug am Karlsruher Richtertisch gesucht. Jüngstes Beispiel: die Auseinandersetzungen über die Rolle der Bundeswehr und die Verpflichtungen der Republik zu militärischen Einsätzen im Rahmen von UNO und NATO. Ein – zumindest politisch unmöglicher – Antrag der FDP-Bundestagsfraktion im Somalia-Streit gegen die von ihr mitgetragene Bundesregierung nötigte die Verfassungsrichter dazu, der Politik zu erklären, wozu sie sich 1973 mit dem Beitritt zur UNO verpflichtet hatte.

Das Gericht mußte hier aus den verstreuten Bestimmungen des Grundgesetzes erstmalig eine verbindliche Streitkräfte-Philosophie entwickeln, die heute weitgehend Konsens im Bundestag

geworden ist. Das Urteil hat bewußt mit der Kreation des „Parlamentsheeres“ die Legislative gestärkt und ausdrücklich gesagt, daß das Grundgesetz die Bundesrepublik verpflichte, für den Einsatz bewaffneter Streitkräfte die Zustimmung des Deutschen Bundestages einzuholen. In diesem Falle hatten sich die Außenpolitiker aller Parteien – gewiß auch wegen der beschränkten Bewegungsfähigkeit der Bonner Republik bis ins Jahr der Wende hinein – auf immer drängendere Fragen der UNO nach Beteiligung deutscher Soldaten hinter dem ebenso bequemen, wie falschen Argument verschanzt, die bundesdeutsche Verfassung erlaube den militärischen Einsatz *out of area* nicht. Lieber ließ man – verfassungsrechtlich weit bedenklicher – bewaffnete Bundesgrenzschützer – also letztlich Polizisten – in Namibia bürgerkriegsbedrohte Regionen sichern.

Und die Verfassungsrichter denken auch erheblich grundsätzlicher über die Themen Demokratie und Nation nach als der eine oder andere Politiker, der seine historische Rolle zu bestätigen sucht. Mit dem Maastricht-Beschluß des Verfassungsgerichts, der die – die Öffentlichkeit überraschende – Vision einer Europäischen Währungsunion auf den Boden des Grundgesetzes stellte, sicherte das Gericht, daß die Garantien des Grundgesetzes auch im Rahmen der europäischen Integration nicht berührt werden dürfen, daß nicht durch die Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages auf europäische Organe die bundesdeutsche Staatsgewalt so entleert werden könnte, daß das demokratische Prinzip in seinem unantastbaren Kernbestand verletzt würde.

An diesen von der Politik provozierten Karlsruher Urteilen wird das – seit Jahrzehnten eingespielte – Beziehungsgeflecht zwischen Bonn und Karlsruhe deutlich.

Wenn die Gefahr eines verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaates beschworen wird, ist gewiß auch der Eigenanteil der Politik an dieser Entwicklung zu bedenken. Und mit Schrecken wehrte man sich seitens des Gerichts erst kürzlich gegen noch weitere Befugnisse, die mit opulent formulierten Staatszielen das Gericht noch tiefer in die politische Tagesdiskussion gezogen hätten. Es fehlte nicht viel, daß dem Grundgesetz gar der Satz eingefügt werden sollte: „Jeder ist zu Mitmenschlichkeit und Gemeinsinn aufgerufen.“ Was zuviel ist, ist von Übel, kommentierte Verfassungsrichter Dieter Grimm<sup>33</sup>.

Wer von einer Hypertrophie der Verfassungsgerichtsbarkeit spricht, müßte also zugleich auch den

32 Vgl. seine Abweichende Meinung zum Verm.-Steuer-Beschluß, BVerfGE 93, 121 ff., 149 f.

33 Zit. in: FAZ vom 15. 7. 1994.

politischen Betrieb der Bundesrepublik insgesamt in den Blick nehmen. Man kann und muß die Methoden der Rechtsgewinnung des Gerichts grundsätzlich diskutieren. Man muß gewiß die Frage stellen, ob die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht heutzutage eine inzwischen am Grundgesetz geschulte Fachgerichtsbarkeit weniger ‚anleiten‘ müßte als früher, kann also Korrekturen vorschlagen. Die ostentative Mißachtung von mißliebigen Verfassungsgerichtsentscheidungen, das Bestreiten ihrer Legitimität aber sollte in einem Verfassungsstaat unterbleiben. Wie wollte denn auch künftig die Politik oder die Verwaltung von den Bürgern

verlangen; unangenehme Gesetzespflichten zu erfüllen?

Ob und wo allzu üppige Wucherungen der Verfassungsgerichtsbarkeit zu stützen sind, ist eine immer offene Frage, die sein Präsident Böckenförde in seiner Abschiedsrede mit einem Kant-Wort beantwortete: „Aus so krummem Holze, als aus welchem der Mensch gemacht ist, kann nie etwas ganz Gerades gezimmert werden.“<sup>34</sup>

34 Immanuel Kant, Ideen zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, Werke IX, (Ed. Weischedel), Frankfurt/M. 1964, S. 53.

# Soziale Staatsziele und Verfassungsverständnis Ein Rückblick auf die Verfassungsdebatte der deutschen Einheit

Über den Sinn und die Qualität der „Verfassungsdiskussion im Jahr der deutschen Einheit“<sup>1</sup> bestand schon 1990 wenig Einvernehmen; und auch die Rückschau aus dem Blickwinkel des Jahres 1997 kann kaum den Eindruck vermitteln, als hätten sich die unterschiedlichen Beurteilungen des damaligen verfassungspolitischen Diskurses im Rahmen der Wiederherstellung der deutschen Einheit wesentlich geändert: War „die Zeit . . . reif für eine neue Verfassung“<sup>2</sup>, oder hatte „unsere Zeit keinen Beruf für Verfassungsgebung“<sup>3</sup>? War die Debatte durch die anstehende Fusion der beiden deutschen Staaten notwendig geworden, oder entsprang sie im wesentlichen einer „wiedervereinigungsbedingten Frustration“<sup>4</sup> der Linken?

Obwohl sich in diesen Fragen bereits andeutet, daß schon die Notwendigkeit einer Verfassungsdiskussion als solche umstritten war, wurde die „Verfassungsfrage“ zu einem zentralen Thema der Wiedervereinigung Deutschlands. Der Verfassungsentwurf des Zentralen Runden Tisches der DDR, die Auseinandersetzungen um den „richtigen“ Weg zur deutschen Einheit, die darauf folgenden Kontroversen um die Gestaltung des Einigungsvertrages und um die Interpretation der dort vorgenommenen „vereinigungsbedingten Verfassungsänderungen“, schließlich der Streit um die Einsetzung eines Verfassungsrates oder -ausschusses, die Beratungen und Empfehlungen der „Gemeinsamen Verfassungskommission von Deutschem Bundestag und Bundesrat“ und die vielen

Initiativen von Bürgern, Organisationen und Verbänden markieren die Wegzeichen einer Debatte, die noch im Jahr 1989 begann und mit der 42. Änderung des Grundgesetzes im Herbst 1994 ihr vorläufiges Ende erfahren hat<sup>5</sup>.

Der Verfassungsdiskussion mangelte es keinesfalls an politischer Brisanz, im Gegenteil: Den Gegnern einer Verfassungsneuschöpfung wurde vorgeworfen, das Grundgesetz zur Heilslehre zu idealisieren, während die Verfechter eines diskursiven Revisionsprozesses der Geringschätzung des Grundgesetzes bezichtigt wurden<sup>6</sup>. Witterten die einen, so wurde gemutmaßt, in einer „herbeigerebeten Verfassungsdebatte“ die „Chance einer ganz anderen Republik“, so verweigerten die anderen, wie angeklagt wurde, die Anerkennung der substantiell neuen Situation und verharrten ängstlich in ihrer selbsterschaffenen „Kontinuitätsillusion“. Mithin stand nicht etwa die Frage nach einem sinnvollen Ausmaß der Verfassungsrevision zur Diskussion, sondern vielmehr die Grundfrage nach dem Nutzen und der Notwendigkeit einer Verfassungsdebatte überhaupt. Gerade in Gestalt dieser „Diskussion um die Diskussion“ war die Verfassungsdebatte schon im Jahr 1990 weit mehr als irgendein tagespolitischer Disput. Der „Artikelstreit“<sup>7</sup> konnte sich nur deshalb zu einer Art „Glaubenskrieg“<sup>8</sup> entwickeln, weil mehr hinter ihm stand – nämlich zwei grundverschiedene Auffassungen über die Funktion einer Verfassung einerseits und – darauf fußend – zwei unterschied-

1 Bernd Guggenberger/Tine Stein (Hrsg.), Die Verfassungsdiskussion im Jahr der deutschen Einheit, München-Wien 1991.

2 Dies konstatiert die „Paulskirchenerklärung“ des „Kuratoriums für einen demokratisch verfaßten Bund deutscher Länder“, in: Bernd Guggenberger/Ulrich K. Preuß/Wolfgang Ullmann (Hrsg.), Eine Verfassung für Deutschland, München-Wien 1991, S. 1 f.

3 So die Grundaussage Otto Depenheuers, Fragwürdige Reform des Grundgesetzes, in: Die politische Meinung, 39 (1994) 4, S. 17–25; vorher schon Walter Leisner, Verfassungsreform des öffentlichen Dienstrechts?, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 49/91, S. 29–36, hier: S. 36: „Den ‚Beruf unserer Zeit‘ zur Verfassungsgebung überdenken.“

4 Josef Isensee, Mit blauem Auge davongekommen – das Grundgesetz, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 46 (1993), S. 2583–2587, hier: S. 2584.

5 Vgl. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27. Oktober 1994, BGBl I, S. 3146.

6 Vgl., auch zum folgenden, Helmut Simon, Markierungen auf dem Weg zu einer neuen gesamtdeutschen Verfassung, in: B. Guggenberger/T. Stein (Anm. 1), S. 139–154, bes. S. 147; Josef Isensee, Die künstlich herbeigerebete Verfassungsdebatte, in: Die politische Meinung, 37 (1992) 26, S. 11–23; Wilhelm Hennis, Die Chance einer ganz anderen Republik. Zur Verfassung des zukünftigen Deutschland, in: B. Guggenberger/T. Stein (Anm. 1), S. 107–118; Bernd Guggenberger/Tine Stein, Abschied von der Kontinuitätsillusion, in: dies. (Anm. 1), S. 81–86.

7 Ebd., S. 85.

8 Peter Häberle, Verfassungspolitik für die Einheit und Freiheit Deutschlands, in: B. Guggenberger/T. Stein (Anm. 1), S. 242–260, hier: S. 243.

liche Bewertungen der verfassungsrechtlichen Bedeutung der deutschen Einheit andererseits<sup>9</sup>.

Im folgenden soll daher der Streit um den „besten“ Weg zur Herstellung der deutschen Einheit nachgezeichnet und die dahinterstehenden Auffassungen von Funktion und Leistungskraft einer Verfassung aufgezeigt werden (I). Ein Rückblick auf die Diskussion über die Normierung sozialer Staatsziele in der Gemeinsamen Verfassungskommission soll sodann deutlich machen, daß die Unterschiede im jeweiligen Verfassungsverständnis der Kontrahenten auch die einzelnen thematischen Auseinandersetzungen bestimmten, ohne daß es jedoch gelingen konnte, die grundsätzlichen Differenzen überhaupt als solche zu identifizieren oder gar zu beseitigen (II). Schließlich soll der Frage nachgegangen werden, ob sich hinter den unterschiedlichen Verfassungskonzepten tatsächlich gegensätzliche, miteinander unvereinbare Auffassungen verbergen und ob dies eventuell Auswirkungen auf die Tragfähigkeit des Verfassungskonsenses hat (III).

## I. Deutsche Einheit und Verfassungsverständnis

### 1. Der „Artikelstreit“

Nachdem sich abzeichnen begann, daß die Wiedervereinigung der beiden deutschen Staaten schneller als erwartet und nach Maßgabe des Grundgesetzes verwirklicht werden konnte, rückten die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Präambel (alte Fassung [a. F.]), des Art. 23 (a. F.) und des Art. 146 (a. F.) GG in den Mittelpunkt des Interesses, die bekanntlich von unterschiedlichen Prämissen ausgingen: Während Art. 23 (a. F.) GG die Möglichkeit eröffnete, das Grundgesetz auch „in anderen Teilen Deutschlands“ nach deren Beitritt in Kraft zu setzen, sprachen Präambel (a. F.) und Art. 146 (a. F.) GG davon, daß das „gesamte Deutsche Volk . . . in freier Selbstbestimmung die Einheit und Freiheit Deutschlands zu vollenden“ habe und das Grundgesetz durch eine (neue) Verfassung, „die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist“, abgelöst werden könne. Um die Zweckmäßigkeit dieser beiden Optionen und ihr Verhältnis zueinander entwickelte sich seit Anfang 1990 eine Diskussion um den „besten“ Weg zur Einheit, die in Form des „Artikelstreits“ Ausdruck des eigentlichen Kristallisationspunkts der Kontroverse war, nämlich der

„Verschränkung von Einheits- und Verfassungsdebatte“<sup>10</sup>.

Auf der einen Seite wurde dabei die Auffassung vertreten, daß verfassungsrechtlich eine Wahlmöglichkeit bestehe zwischen einer Vereinigung durch Beitritt und der durch Verfassungsneuschöpfung<sup>11</sup>. Die Frage, die es zu entscheiden gelte, sei daher vor allem eine über den Fortbestand des Grundgesetzes überhaupt: Zu wählen sei zwischen der Identitätswahrung des interpretatorisch durch die Rechtsprechung entfalteten Grundgesetzes einerseits oder dessen Aufgabe mitsamt der Verfassungsrechtsprechung eines Zeitraums von vierzig Jahren andererseits, mithin also „zwischen Verfassungskontinuität und Neuanfang“<sup>12</sup>. In Anbetracht dieser Alternative sei verfassungsrechtlich einem Beitritt der DDR zum Bundesgebiet und damit auch zum Grundgesetz eindeutig der Vorrang zu geben: Da sich ein solches Vorgehen auf die freie Entscheidung der DDR durch eine demokratisch legitimierte Volkskammer stützen könne und damit die Einheit Deutschlands vollendet sei, werde das – weitergeltende – Grundgesetz mit dem Beitritt automatisch zur endgültigen gesamtdeutschen Verfassung. Solchermaßen durch den im März 1990 bekundeten Wählerwillen der DDR-Bevölkerung einerseits und eine über vierzigjährige westdeutsche Verfassungspraxis andererseits anerkannt, könne dem Grundgesetz nämlich auch durch ein förmliches Verfassungsplebiszit keine neue Legitimation zugeführt werden<sup>13</sup>. Der größte Vorzug eines Beitritts nach Art. 23 sei letztlich der von ihm gewährleistete Zeitgewinn, weil sich dieses Verfahren als die schnellste, einfachste und sicherste Lösung erweisen werde. Denn damit könne man sich auf die anstehenden neuen politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Anstrengungen konzentrieren, zu deren – einfachgesetzlicher – Bewältigung die Deutschen jetzt weitaus eher genötigt seien als sich in einen fundamentalen Konflikt über neue Verfassungswerte zu begeben<sup>14</sup>.

10 Bernd Guggenberger/Tine Stein, Strukturen und Motive der Verfassungsdiskussion im Jahr der deutschen Einheit, in: dies. (Anm. 1), S. 9–15, hier: S. 12.

11 Vgl. Robert Leicht, Einheit durch Beitritt, in: B. Guggenberger/T. Stein (Anm. 1), S. 186–200, bes. S. 188; Christoph Degenhart, Verfassungsfragen der deutschen Einheit, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl), (1990), S. 973–981, bes. S. 974; Christian Tomuschat, Wege zur Einheit, in: DVBl, (1990), S. 564 f.; Josef Isensee, Wenn im Streit über den Weg das Ziel verloren geht, in: B. Guggenberger/T. Stein (Anm. 1), S. 270–282.

12 Josef Isensee, Staatseinheit und Verfassungskontinuität, in: DVBl, (1990), S. 563.

13 Vgl. ebd.

14 Vgl. Josef Isensee, Abstimmen, ohne zu entscheiden?, in: B. Guggenberger/T. Stein (Anm. 1), S. 214–219; zusammenfassend H. Huba (Anm. 9), S. 27 ff.

9 Zum gleichen Thema jetzt ausführlich: Hermann Huba, Theorie der Verfassungskritik, Berlin 1996.

Die Befürworter eines gesamtdeutschen Verfassungsgebungsprozesses beriefen sich dagegen zunächst darauf, daß das Grundgesetz nach wie vor provisorischen Charakter habe, wie sich insbesondere aus dem Wortlaut der Präambel – „für eine Übergangszeit“ – und darüber hinaus schon aus der Benennung „Grundgesetz“ ergebe, die in Art. 146 schließlich in deutlichem Gegensatz zu „Verfassung“ verwendet werde. Denn damit beschrieben die Präambel und Art. 146 des Grundgesetzes sowohl dessen zeitliche Geltungsdauer als auch seine sachliche Geltungskraft, während sich Art. 23 Satz 2 lediglich auf den räumlichen Geltungsbereich des Grundgesetzes beziehe<sup>15</sup>. Die bloße räumliche Ausdehnung des grundgesetzlichen Geltungsbereiches durch einen Beitritt der DDR könne demnach die qualitative Erneuerung durch Verfassungsgebung keinesfalls ersetzen. Zwar habe sich – das wurde von keiner Seite ernsthaft bezweifelt – das Grundgesetz in seiner über vierzigjährigen Geltungsdauer für die Bonner Republik durchaus bewährt, doch sei nun, da das vom Parlamentarischen Rat verfassungsrechtlich gesetzte Politikziel erreicht werde, das „Ende der Übergangszeit“<sup>16</sup> und damit der Zeitpunkt gekommen, die mithin überholte historische Legitimation des Grundgesetzes zu erneuern. Jetzt sollten endlich auch „jene Deutschen, denen mitzuwirken versagt war“, in einen gesamtdeutschen Verfassungsgebungsprozeß mit einbezogen und – gegebenenfalls auch im Anschluß an einen Beitritt nach Art. 23 GG – gemäß Art. 146 GG die „freie Entscheidung“ des deutschen Volkes herbeigeführt werden<sup>17</sup>.

Denn mit der Wiedervereinigung komme auf das künftig gesamtdeutsche Verfassungsrecht eine immense Integrationsaufgabe zu, die es allein dadurch lösen könne, daß auch den Bürgern der DDR die Möglichkeit gegeben werde, sich in eine Verständigung um die künftig gemeinsamen verfassungsmäßigen Grundlagen einzubringen und die somit neu geschaffene konstitutionelle Ordnung (auch wenn sie die inhaltliche Form des Grundgesetzes beibehalte) durch ihr direktes Votum zu ihrer eigenen Verfassung zu machen. Damit werde schließlich dem gesamtdeutschen Gemeinwesen Gelegenheit gegeben, sowohl die negativen Erfahrungen im SED-Staat als auch die positiven Erfahrungen der Bürgerbewegungen und

die glücklichen Momente der Wende in einem Prozeß der neuen und gegenseitigen Selbstverständigung zu verarbeiten und zu fixieren<sup>18</sup>. Es seien eben jene neuen politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Herausforderungen, die nicht nur eine politische, sondern auch eine verfassungsrechtliche Reaktion in Gestalt einer solchen Neugründung erforderlich machten.

## 2. „Staatsverfassung“ versus „Bürgerverfassung“

Daß der „Artikelstreit“ tatsächlich auf zwei verschiedene Verfassungsverständnisse in den beiden verfassungspolitischen Lagern zurückzuführen ist, kommt schon in der unterschiedlichen Beurteilung zum Ausdruck, welchen Beitrag das Verfassungsrecht zur Bewältigung der anstehenden vereinigungsbedingten Probleme leisten könne und solle.

Auf der einen Seite erwarteten die Vertreter einer Lösung nach Art. 146 GG zunächst eine ganze Menge von einer zukünftigen gesamtdeutschen Verfassung: Für sie „erschöpft sich die Bedeutung einer Verfassung nicht in ihrer juristischen Regelungsqualität“, sondern geht weit darüber hinaus, weil eine Verfassung nicht nur staatsorganisierendes rechtliches Regelwerk, sondern immer auch die „Selbstbeschreibung und Zielbestimmung einer Gesellschaft“ sei, ein „Selbstzeugnis kollektiver Existenz und Identität“<sup>19</sup>. Eine Verfassung sei stets das Ergebnis eines Prozesses der „Selbstverständigung eines Volkes über seine politische Existenz und die Grundzüge der gesellschaftlichen Ordnung“<sup>20</sup>. Dem Konsens, der aus diesem Selbstvergewisserungsprozeß erwachse, verleihe die Verfassung letztlich Verbindlichkeit, Bestimmtheit und Dauer. Als Konsensbasis des Gemeinwesens kommt der Verfassung nach diesem Verständnis somit eine äußerst wichtige metajuristische Aufgabe zu: Identitätsbestimmung und Integrationsstiftung<sup>21</sup>.

Vor dem Hintergrund dieses Verständnisses von der Funktion einer Verfassung wird klar, wie die Befürworter der Option des Art. 146 GG die deutsche Einheit nicht nur politisch, sondern auch verfassungsrechtlich begriffen: als Gründungssituation<sup>22</sup>. Das verfassungsrechtliche „Ende der Übergangszeit“ ergab sich also nicht allein

15 Vgl. Ulrich Storost, Das Ende der Übergangszeit, in: B. Guggenberger/T. Stein (Anm. 1), S. 172–185, bes. S. 173.

16 Vgl. ebd.

17 Vgl. ebd., S. 172 f., sowie Ernst Gottfried Mahrenholz, Das Volk muß „Ja“ sagen können, ebd., S. 220–223, bes. S. 222; ferner Ernst Benda, Das letzte Wort dem Volke, ebd., S. 224–229; Dieter Grimm, Das Risiko Demokratie, ebd., S. 261–269; Bernhard Schlink, Deutsch-deutsche Verfassungsentwicklungen im Jahre 1990, ebd., S. 19–37.

18 Vgl. zusammenfassend H. Huba (Anm. 9), S. 61 ff.

19 Dieter Grimm, Zwischen Anschluß und Neukonstitution, in: B. Guggenberger/T. Stein (Anm. 1), S. 119–129, hier: S. 124, sowie Erhard Denninger, Menschenrechte und Grundgesetz, Weinheim 1994, S. 10.

20 D. Grimm (Anm. 17), S. 263; vgl. zur „ordnenden Kraft der Selbstverständigung“ ausführlich H. Huba (Anm. 9), S. 64 ff.

21 Vgl. H. Huba, ebd.

22 Vgl., auch zum folgenden, ausführlich ebd., S. 41 ff.

dadurch, daß die ursprüngliche Legitimationsbasis des Grundgesetzes von 1949 entfallen sei, sondern ebenso dadurch, daß mit dem epochalen Ereignis der revolutionären Wende in der DDR und der Vereinigung der beiden deutschen Staaten eine neue Gesellschaft entstehe. Weil damit eben nicht nur das Ende der DDR besiegelt, sondern auch das politische Selbstverständnis, die Identität der (alten) Bundesrepublik zwangsläufig fundamental verändert würde, bilde sich daher in Ost wie West ein neuer Identitäts- und Integrationsdruck. „Unverfaßtheit“ war daher die Diagnose – und deshalb sei nunmehr eine Verständigung über die Grundlagen des neuen gesamtdeutschen Staates notwendig geworden: „Verfassungsgebung“ hieß deshalb die Therapie. Denn jetzt gelte es, sich in einem offenen Diskurs und unter gleichberechtigter Beteiligung der Bürger in der DDR über die Identität des neuen gemeinsamen Staatswesens zu verständigen und Ost und West gleichermaßen – und gleichberechtigt – darin zu integrieren. Schon deshalb dürfe der DDR-Bevölkerung das Grundgesetz nicht einfach im Wege eines Beitritts übergestülpt werden. Vielmehr gelte es, ein seit 1989 gestiegenes Selbstvertrauen der Bürger ernst zu nehmen. Der künftige gesamtdeutsche Staat müsse sich daher der ausdrücklichen Zustimmung und Mitwirkung seiner Bürger versichern.

Die Gegenseite hielt indes eine völlig andere Vorgehensweise für angezeigt, weil für sie schon die verfassungsrechtliche Diagnose eine völlig andere war<sup>23</sup>: Von Unverfaßtheit könne gar keine Rede sein, stehe doch mit dem Grundgesetz eine Verfassung zur Verfügung, die zum einen im Westen unwidersprochene Geltungskraft besitze und auf deren Werte und Normen zum anderen gerade die Ziele der friedlichen Revolution in der DDR gerichtet gewesen seien. Der Glücksfall der deutschen Einheit sei also weniger ein Argument zur Ablösung des Grundgesetzes als vielmehr dessen nachdrückliche Bestätigung. Selbst wenn sich daher unter dem Dach der Verfassung die gesellschaftlichen Verhältnisse ändern sollten, bedeute dies noch keinen Änderungsbedarf im Verfassungsrecht. Denn daß eine gesellschaftliche „Integration durch Verfassung“<sup>24</sup> möglich sei, wurde von den Vertretern dieser Richtung vehement bestritten: Identitäts- und Integrationsstiftung seien keine Aufgaben der Verfassung, sondern vielmehr des politischen Prozesses. Aufgabe der Verfassung sei es lediglich, diesen politischen

23 Vgl. ebd., S. 41 ff., 61 ff.

24 Otto Deppenheuer, Integration durch Verfassung?, in: Die politische Meinung, 40 (1995) 5, S. 47–54, sowie Steffen Heitmann, Innere Einheit durch Verfassungsreform?, in: Die politische Meinung, 38 (1993) 28, S. 4–7.

Prozeß zu organisieren und ihn entscheidungsfähig zu machen, also Politik zu ermöglichen<sup>25</sup>. Damit stünde auf der Ebene der Verfassung lediglich zur Debatte, wie die Fusion der beiden Staaten organisatorisch-institutionell zu bewältigen sei, so daß auch künftig ein reibungsloses Funktionieren des politischen Apparates gewährleistet sei. Für diese Aufgabe gäbe es derzeit jedoch keine bessere Alternative als das Grundgesetz.

Die Herstellung der Verfassungseinheit wurde daher nicht als ein Problem der Selbstbehauptung der DDR-Bevölkerung, sondern als eine reine Zweckmäßighkeitsfrage begriffen. Die Verfechter des schnellen, weniger riskanten Beitritts beurteilten den Weg über Art. 23 GG gerade deshalb als den besten, weil sie die Möglichkeiten des Verfassungsrechts im wesentlichen darauf beschränkt sahen, einen möglichst reibungslosen technischen Ablauf der Staatenfusion zu garantieren. Die „Einheit ‚im übrigen‘“<sup>26</sup> herzustellen war für sie keine verfassungsrechtliche, sondern eine politische Aufgabe. Nach diesem Verständnis konstitutionalisiert die Verfassung also nur einen gesellschaftlichen Teilbereich, nämlich den der (verstaatlichten) Politik, und nicht die Gesellschaft insgesamt. Gegenstände verfassungsrechtlicher Regelungen sind demzufolge auch ausschließlich die staatlichen Organe, ihre Funktionen und Kompetenzen, aber keinesfalls das politische Selbstverständnis des sozialen Gemeinwesens.

Insgesamt standen sich damit zwei unterschiedliche Verfassungsverständnisse gegenüber, von denen eines die Verfassung als „Teilordnung“ begriff, die eine spezielle Teilaufgabe in der Gesellschaft – die Funktionsfähigkeit des politischen Systems – erfüllt, während die andere Lesart die Verfassung als gesellschaftliche „Grundordnung“ begriff, in der sich auch Fragen widerspiegeln, die das Gemeinwesen insgesamt betreffen: Es stand Staatsverfassung versus Bürgerverfassung<sup>27</sup>, oder, um es anders zu wenden, ein eher *technisches* Verfassungsverständnis gegen ein eher *charakterisierendes* Verfassungsverständnis<sup>28</sup>. Der zweite Verfassungsbegriff geht

25 Vgl. H. Huba (Anm. 9), S. 61 ff.

26 Ebd., S. 127.

27 Der Begriff der „Bürgerverfassung“ ist präziser für das Verfassungsverständnis der Art.-146-Befürworter als der der „Gesellschaftsverfassung“, weil er zusätzlich noch eine (direkt-)demokratische Verfahrenskomponente enthält. Vgl. zur Abgrenzung der Verfassungsbegriffe auch Hans Vorländer, Verfassung und Konsens, Berlin 1981.

28 In Anlehnung an Huba, der von „technischem“ und „pathetischem“ Verfassungsverständnis spricht. Der Begriff des „pathetischen Verfassungsverständnisses“ scheint hier dagegen nicht geeignet. Denn auch für den Verfechter einer „Bürgerverfassung“ muß es nicht unbedingt, wie Huba meint, die *Hauptaufgabe* des Verfassungsrechts sein, den gesell-

also über den ersten hinaus: Hätte für die einen das Verfassungsrecht mit der Organisation staatlicher Machtausübung seine eigentliche Aufgabe bereits erfüllt, oblag ihm nach Ansicht der anderen außerdem noch die Aufgabe, Auskunft über die Identität des Gemeinwesens zu geben. Im ersten Fall gelten damit Staat und Gesellschaft als zwei voneinander getrennte – und qua Verfassung voneinander zu trennende – Sphären; im zweiten Fall gehen Staat und Gesellschaft in dem verfassungsbegründenden Prozeß der Selbstvergewisserung eine (Teil-)Symbiose als Gemeinwesen ein – und werden so gleichermaßen zum Gegenstand der Verfassung.

Sah die eine Seite die Verfassungseinheit also bereits mit der Staatseinheit vollzogen, so war für die andere Seite die Verfassungseinheit erst dann verwirklicht, wenn auch die „innere Einheit“<sup>29</sup> ausreichenden Niederschlag in der Verfassungsurkunde gefunden hatte. Entsprechend fiel auch die Beurteilung der Eignung des Grundgesetzes als gesamtdeutsche Verfassung aus:

Sah man die verfassungsrechtliche Herstellung der deutschen Einheit mit der Herstellung der Staatseinheit bereits als abgeschlossen an, so bot sich das Grundgesetz als gesamtdeutsche Verfassung geradezu an: Denn die westdeutsche Verfassung schien für die Organisation der staatlichen Einheit gut gerüstet und hatte ihr verfassungsrechtliches Ordnungsvermögen ja bereits in der alten Bundesrepublik erfolgreich unter Beweis gestellt. Warum also Experimente wagen?

Erkannte man die verfassungsrechtliche Herstellung der deutschen Einheit allerdings erst damit als abgeschlossen an, daß zusätzlich zur Staatseinheit auch die „innere Einheit“, also das Selbstverständnis des neuen gesamtdeutschen Gemeinwesens und die Belange der Bürger verfassungsrechtlich verankert werden, so mußte die ehemals provisorische Ordnung des alten westlichen Teilstaats als unvollständig für die gebetene Neukonstitutionalisierung erscheinen: Schließlich beinhaltete das Grundgesetz nur den einen, westlichen Teil jener sich neu bildenden gesamtdeutschen Identität und konnte daher als Integrationsangebot für die Ostdeutschen allenfalls unvollkommen bleiben. Warum also nicht die sich bietende Partizipations- und Integrationschance nutzen?

schaftlichen Konsens „pathetisch“ zu artikulieren; vgl., auch zum folgenden, H. Huba (Anm. 9), S. 124.

<sup>29</sup> Genauer: das Bemühen um die Herstellung „innerer Einheit“.

## II. Soziale Staatsziele und Verfassungsverständnis

Zusätzlich zum „Artikelstreit“ und diesen zeitlich überdauernd bestand ein weiterer Aspekt der Verfassungsdiskussion um die deutsche Einheit in der Frage, welche Elemente in einer gesamtdeutschen Verfassung sinnvollerweise enthalten sein sollten. Neben der Verankerung direktdemokratischer Gesetzgebungsverfahren stand dabei insbesondere die Aufnahme sozialer Staatszielbestimmungen zur Debatte. Als „Verfassungsnormen mit rechtlich bindender Wirkung, die der Staatstätigkeit die fortdauernde Beachtung oder Erfüllung bestimmter Aufgaben – sachlich umschriebener Ziele – vorschreiben“, richten sich Staatszielbestimmungen dabei an alle drei Staatsgewalten, in erster Linie jedoch an den Gesetzgeber, der zur Verwirklichung und Konkretisierung des Verfassungsziels verpflichtet wird, „ohne daß damit jedoch ausgeschlossen sein muß, daß die Norm auch eine Auslegungsrichtlinie für Exekutive und Rechtsprechung ist“<sup>30</sup>. Staatsziele haben damit ausschließlich objektiv-rechtlichen Charakter; sie verpflichten die Staatsgewalt, ohne zugleich individuelle, subjektive Rechtsansprüche des einzelnen zu begründen.

Abseits der Definition bestanden jedoch höchst unterschiedliche Vorstellungen darüber, ob eine Verfassung wirklich mit solchen Staatszielen auszurüsten sei. Auch sie gehen im Kern auf unterschiedliche Auffassungen von der Funktion einer Verfassung zurück:

Wer vom Blickpunkt eines rein staatlich-organisatorischen Verfassungsverständnisses aus Staat und Gesellschaft als zwei verfassungsrechtlich voneinander abgetrennte Sphären begreift, der kann sich damit begnügen, in der Verfassung zu beschreiben, was der Staat nicht darf. In diesem Fall würde der Staat verfassungsrechtlich dazu verpflichtet, Eingriffe in einen vorstaatlich verstandenen Bereich der gesellschaftlichen und individuellen Freiheit zu unterlassen. Freiheit in diesem Sinne bedeutet das „Freisein von staatlichem Zwang“ und ist damit vornehmlich *negativ* definiert.

Wer dagegen in der Verfassung das Ergebnis eines Selbstverständigungsprozesses erblickt, der muß sich die Mühe machen zu beschreiben, worin der im Ergebnis erreichte verfassungsmäßige Konsens

<sup>30</sup> So die Definition der Sachverständigenkommission „Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge“, in: Der Bundesminister des Inneren/Der Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge, Bericht der Sachverständigenkommission, Bonn 1983, S. 21.

besteht und welchem Ziel und Zweck sich staatliches Handeln deswegen verpflichtet sieht. In diesem Fall würde der Staat verfassungsrechtlich dazu verpflichtet, zur Erreichung des vorgegebenen Ziels in einer bestimmten Weise tätig zu werden. Dem Anspruch entsprechend, gesellschaftliche Integration herzustellen, wird daher das Verständnis der „Freiheit wovon“ mittels der Staatsziele um den Gedanken der „Freiheit wozu“ ergänzt und Freiheit dadurch *positiv* definiert<sup>31</sup>.

Die erste Variante setzt staatlichem Handeln also rechtliche Grenzen, die zweite fordert staatliches Handeln faktisch heraus und unterwirft es bestimmten Zielen. Entsprechen der ersten Variante damit die klassisch-liberalen (Abwehr-) Grundrechte, so findet die zweite ihre Entsprechung vornehmlich im Normtyp der Staatszielbestimmung.

Ob sich jemand für oder gegen die verfassungsrechtliche Verankerung von sozialen Staatszielen entscheidet, hängt also durchaus vom jeweiligen Verfassungsverständnis ab. Insgesamt bleibt damit festzuhalten, daß sich die Befürworter und die Gegner der Verankerung von sozialen Staatszielbestimmungen entlang der gleichen Linie gegenüber standen, die schon die Vertreter des charakterisierenden von denen des technischen Verfassungsverständnisses trennte.

### 1. Soziale Staatsziele in den Beratungen der Gemeinsamen Verfassungskommission

Befürworter und Gegner sozialer Staatszielbestimmungen trafen schließlich nach der Herstellung der deutschen Einheit in der Gemeinsamen Verfassungskommission von Deutschem Bundestag und Bundesrat (GVK) aufeinander<sup>32</sup>. In Rede standen hier unter anderem verschiedene Vorschläge der SPD und des Bündnis 90/Die Grünen

31 Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde/Jürgen Jekewitz/Thilo Ramm (Hrsg.), *Soziale Grundrechte*, Heidelberg – Karlsruhe 1981, dort besonders die Beiträge von Böckenförde und Ramm, *Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge*, S. 7–16 und S. 17–34.

32 Die Einsetzung der Gemeinsamen Verfassungskommission im November 1991 ging auf Art. 5 des Einigungsvertrages zurück, der den gesetzgebenden Körperschaften aufgab, sich „mit den im Zusammenhang mit der deutschen Einigung aufgeworfenen Fragen zur Änderung und Ergänzung des Grundgesetzes“ und in diesem Rahmen „insbesondere ... mit den Überlegungen zur Aufnahme von Staatszielbestimmungen in das Grundgesetz“ zu befassen. Sie legte im November 1993 nach zweijähriger Tätigkeit ihren Bericht vor (Bundestagsdrucksache 12/6000). Zuvor hatte sich die Verfassungsdiskussion bereits in mehreren anderen Gremien fortgesetzt, unter anderem in der Initiative „Kuratorium für einen demokratisch verfaßten Bund deutscher Länder“ und im Bundesrat, der schon im März 1991 eine „Kommission Verfassungsreform“ einberufen hatte, die im Mai 1992 ihren Bericht vorlegte (Bundesratsdrucksache 360/92).

zu den Themen „Arbeit“ und „Wohnen“. Die Sozialdemokraten befürworteten dabei eine Ergänzung im Umfeld des Art. 20 GG um die folgenden beiden Regelungen<sup>33</sup>:

„Der Staat trägt zur Schaffung und Erhaltung von Arbeitsplätzen bei. Er sichert im Rahmen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts einen hohen Beschäftigungsstand.“

„Der Staat fördert die Schaffung und Erhaltung von angemessenem Wohnraum. Er schützt das Wohnrecht von Mietern.“

Hatte die SPD somit ausdrücklich darauf verzichtet, irgendwelche subjektiven Ansprüche zu formulieren, und statt dessen eine rein objektiv-rechtliche<sup>34</sup> Formulierung in die Diskussion gebracht, so waren die Vorschläge Wolfgang Ullmanns vom Bündnis 90/Die Grünen nicht von der gleichen Zurückhaltung gekennzeichnet. Seine Anträge enthielten im einzelnen sowohl das „Recht jedes Menschen auf Arbeit“ als auch das „Recht jedes Menschen auf eine angemessene Wohnung“, die als neue Art. 12 a und 13 a in den Grundrechtskatalog des Grundgesetzes eingefügt werden sollten<sup>35</sup>.

Angesichts der damit gebotenen Angriffsfläche führen die Gegner einer Einführung sozialer Staatsziele sogleich ein ganzes Arsenal an Ablehnungsgründen auf<sup>36</sup>. In puncto Verfassungsverständnis war ihr erstes Argument die Strukturwidrigkeit: Soziale Staatsziele paßten nicht in den „Duktus“ des Grundgesetzes, der sich durch das Konzept juristischer Kargheit auszeichne und daher bis auf wenige Ausnahmen auf die klassisch-liberalen Grundrechte beschränkt sei. Staatsziele, insbesondere die sozialen Staatsziele, hätten dagegen lediglich appellativen Charakter. Sie seien deshalb nicht nur entbehrlich, weil durch das Sozialstaatsgebot bereits abgedeckt, sondern auch problematisch, weil sie in der Gefahr stünden, das Verfassungsrecht in seiner juristischen Durchsetzbarkeit insgesamt zu entwerten. Weil sie juristisch nicht faßbar seien, enthielten sie lediglich leere Versprechungen, wohlmeinende „Verfassungsglyrik“, die aber nichts anderes als falsche, durch die Verfassung nicht erfüllbare Hoffnungen erwecken

33 Vgl. Kommissionsdrucksachen Nr. 23 und 24.

34 Zum „Wohnrecht von Mietern“ vgl. unten unter II.3.

35 Vgl. Kommissionsdrucksachen Nr. 39 und 40. Die Vorschläge Wolfgang Ullmanns gingen fast wortwörtlich auf den Verfassungsentwurf des „Kuratoriums für einen demokratisch verfaßten Bund deutscher Länder“ zurück.

36 Vgl. zum folgenden die Stenographischen Berichte der Gemeinsamen Verfassungskommission aus der 6., 12. und 17. Sitzung. Vgl. zur Problematik sozialer Staatsziele Jutta Limbach, *Soziale Staatsziele*, in: Klaus Letzger u. a. (Hrsg.), *Für Recht und Staat*, Festschrift für Herbert Helmrich, München 1994, S. 279–288.

würden. Die Verfassung, so summierte Rupert Scholz<sup>37</sup> in der GVK die Bedenken, müsse daher „normativ stringent“ bleiben und könne nicht mit beliebig neuen Staatszielen angereichert oder überfrachtet werden.

Dem wiederum hatten die Befürworter sozialer Staatsziele aus ihrer Sicht der Dinge andere gute Gründe entgegenzusetzen: Für sie war es ein zentraler Punkt, dem Grundgesetz mittels der sozialen Staatsziele ein größeres Maß an Identifikations- und Integrationskraft zuzuführen, und zwar insbesondere mit Blick auf die Menschen im Osten Deutschlands. Gerade die Bundesverfassung könne einen wesentlichen Beitrag zur Überwindung immer noch bestehender innerlicher Spaltungen zwischen den beiden Teilen der neuen Bundesrepublik und damit auch zur Herstellung der Einheit im Bewußtsein leisten. Die Signalwirkung von sozialen Staatszielen hätte gerade im Hinblick auf die Bindung der Bürger an ihre Verfassung und ihren Staat besondere Bedeutung, weil damit deutlich gemacht würde, daß sich der Staat ihrer Probleme annehme und seine soziale Verpflichtung im aktuellen Stadium des Zusammenwachsens von Ost und West ernst nehme. Denn immerhin handele es sich bei den Themen „Arbeit“ und „Wohnen“ um zwei Bereiche, die die existentiellen Bedürfnisse jedes einzelnen und einen wesentlichen Teil der menschlichen Aktivität betreffen, so daß sich die Menschen durch die vorgeschlagenen Staatsziele mit ihren grundlegenden Lebensinteressen in der Verfassung wiederfinden könnten. So würde eine Stärkung der symbolischen und integrativen Kraft des Grundgesetzes auch eine notwendige Stärkung des gesamtdeutschen Verfassungspatriotismus bedeuten. Es ginge mithin darum, in der gegenwärtigen Umbruchsituation nunmehr das „Ethos“ des Staates, so die prägnante Formel von Jutta Limbach<sup>38</sup>, auch verfassungsrechtlich zu fixieren. Im übrigen denke niemand daran, Dinge zu versprechen, die man nicht halten könne, sondern vielmehr daran, dem staatlichen Handeln Direktiven zu geben, die durchaus rechtliche Wirksamkeit hätten, indem sie Bindungswirkung gegenüber dem Gesetzgeber entfaltet. Außerdem dienten soziale Staatsziele auch den Gerichten als Auslegungsrichtlinie und seien daher besonders im Verfahren der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle als rechtlich wirksamer Prüfungsmaßstab von Bedeutung.

Dem begegneten die Skeptiker wiederum mit Bedenken, nun aber nicht mehr mit dem Argument „unerfüllbare Versprechungen“, sondern in entgegengesetzter Richtung: Durch die sozialen

Staatszielbestimmungen würde der Handlungs- und Ermessensspielraum des Gesetzgebers unzumutbar eingeschränkt, und die Verfassung verlöre an Offenheit für die gesetzliche Ausgestaltung, die im einzelnen den politischen Organen vorbehalten bleiben müsse. Gleichzeitig würde so der Judikative, namentlich dem Bundesverfassungsgericht, durch die Möglichkeit verbindlicher Auslegung solcher Programmsätze ein politischer Einfluß zuwachsen, der das „wohlaustarierte Gleichgewicht der Gewalten“ empfindlich verschiebe.

Davon ließen sich die Änderungsgegner auch nicht abbringen, als die Staatszielbefürworter geltend machten, daß doch mit den sozialen Staatszielen der staatlichen Gestaltungsfreiheit keine Grenzen gesetzt, sondern vielmehr nur eine Richtung gegeben werden sollte. Schließlich bedürfe es, so die ablehnende Meinung, doch gerade wegen der ausreichenden Umsetzung der angestrebten Politikziele schon durch das einfache Recht keiner besonderen Aufnahme dieser Politikziele in die Verfassung. Im Gegensatz zu jenen einfachrechtlichen Regelungen schaffe nämlich ein „Recht auf Arbeit“ noch keinen zusätzlichen Arbeitsplatz und auch ein „Recht auf Wohnung“ noch keine zusätzliche Wohnung. Denn nicht die Verfassung könne für mehr Arbeitsplätze und Wohnungen sorgen, sondern nur das System der sozialen Marktwirtschaft.

## 2. Kommunikationsprobleme

„Ethos“ der Verfassung versus „normative Stringenz“ der Verfassung – damit waren die verfassungspolitischen Zielvorgaben formuliert und die diskursive Trennungslinie auch in der Gemeinsamen Verfassungskommission klar gezogen: Wiederum stand die Forderung nach gesellschaftlicher Selbstverständigung gegen die Beschränkung auf rechtliche Ermöglichung von Politik, wiederum trafen charakterisierendes und technisches Verfassungsverständnis aufeinander. Aber nicht nur hier. Der Grundsatzkonflikt um die Frage, „was Verfassungen sollen und was Verfassungen können“<sup>39</sup>, prägte zwar besonders deutlich, aber nicht ausschließlich die Diskussion um die sozialen Staatsziele, sondern bestimmte fast alle strittigen Themen in der Kommission. Angefangen bei den Beratungen über eine direktdemokratische Ergänzung des Grundgesetzes über die Staatsziele in den Bereichen Umweltschutz und Gleichberechtigung bis hin zur verfassungsrechtlichen Verankerung des Datenschutzes und zur Aufnahme des Begriffs der „inneren Einheit“ in die Präambel – die Aus-

37 Vgl. Stenographischer Bericht der 6. Sitzung, S. 46.

38 Vgl. ebd., S. 31.

39 Dieter Grimm, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, in: ders., Zukunft der Verfassung, Frankfurt a. M. 1991, S. 313–335, hier: S. 313.

einandersetzung um das „richtige“ Verfassungsverständnis war in der GVK allgegenwärtig. Nur mit einem entscheidenden Manko: Der Konflikt zwischen den unterschiedlichen Verfassungsverständnissen wurde nicht als solcher erkannt, jedenfalls nicht als solcher benannt. Zwar wurde am Rande der Staatsziele-Debatte durchaus vereinzelt bemerkt, daß die Kontroverse um die sozialen Staatsziele auch mit unterschiedlichen Verfassungsverständnissen der Kontrahenten zu tun hätte<sup>40</sup>. Aber diese Einsicht wurde nicht zum Anlaß genommen, den thematischen Einzeldiskussionen in der GVK etwa eine klärende Generaldebatte voranzustellen mit dem Ziel, die unterschiedlichen Auffassungen über Funktion und Leistungskraft des Verfassungsrechts zumindest als solche zu identifizieren.

Die Folge dieses Versäumnisses waren massive Kommunikationsschwierigkeiten zwischen den verfassungspolitischen Lagern. Denn den Kontrahenten wurde, so scheint es, nicht einmal deutlich, daß die jeweilige Gegenseite von einer ganz anderen Warte aus an die einschlägigen Probleme heranging: Während die eine Seite von der gesellschaftlichen Verfaßtheit auf Konsequenzen im Verfassungsrecht schloß, ging die andere Seite den umgekehrten Weg und hielt den „Duktus“ der Verfassung einem gesellschaftlichen „Zeitgeist“ entgegen. Auf diese Weise wurde auch bereits der Regelungsadressat der diskutierten Verfassungsänderung – die Bürger oder der Staat – nicht einheitlich identifiziert: Während die eine Seite eine Stärkung der Bürgersouveränität bezweckte, sah die andere Seite eine explizite Bindung der Staatsouveränität als nicht notwendig an – und damit redeten letztlich beide Seiten aneinander vorbei.

Indem die substantiellen Unterschiede über Aufgabe und Funktion der Verfassung weitgehend unkommentiert gegeneinanderstanden, fehlten der GVK aber schon von Anfang an die Voraussetzungen für erfolversprechende Verhandlungen<sup>41</sup>.

40 Bereits im April 1991 hatte Herta Däubler-Gmelin (SPD) in einem Rundfunkinterview festgestellt, daß es bei den Staatszielen „eigentlich um zwei verschiedene Konzeptionen, was eine Verfassung ist“, geht. Auch der CDU-Abgeordnete Gerhard Friedrich stellte – nachdem die Debatte um die sozialen Staatsziele bereits beendet war – noch fest, daß es bei den sozialen Staatszielen eigentlich um die Frage gehe, „welches Verfassungsverständnis wir überhaupt haben“; vgl. Stenographischer Bericht der 25. Sitzung, S. 10.

41 Für einen Verhandlungserfolg sind nach Fritz W. Scharpf drei Voraussetzungen notwendig, nämlich „eine vorgängige Verständigung zwischen den Parteien über (1) die grundsätzliche Relevanz der von beiden Seiten behaupteten Wirkungen der Vorhaben, über (2) deren positive oder negative Bewertung ... und über (3) die tatsächliche Inzidenz der behaupteten positiven und negativen Wirkungen“. In der GVK hatte jedoch keine dieser drei Voraussetzungen vorgelegen. Vgl. Fritz W. Scharpf, Koordination durch Verhand-

Letztlich blieb deshalb sowohl die Frage offen, ob das Verfassungsrecht integrieren soll, als auch die Frage, ob es überhaupt integrieren kann. „Was Verfassungen sollen und was Verfassungen können“ – dieser Satz stand daher, mit einem deutlichen Fragezeichen versehen, nicht am Anfang der Kommissionsberatungen, sondern ungleich prononcierter eigentlich erst an ihrem Ende.

### 3. Staatsziele als Staatszielrichtungsbestimmungen

Im Zusammenhang mit diesen Kommunikationsproblemen trat schließlich ein Phänomen in Erscheinung, das Wilhelm Hennis bereits 1968 als eine spezifisch deutsche Sehnsucht identifiziert hat – nämlich der Wunsch nach möglichst vollständiger Deckungsgleichheit von Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit<sup>42</sup>. Insbesondere die vehemente Abwehrhaltung der Union und der FDP gegen die sozialen Staatsziele bot für die von Hennis als „quietistisch, resignativ, konservativ“ bezeichnete „bloße Leidenschaft der Entlarvung des toten Begriffs“ beredtes Beispiel. Mit ihrem Argument der „unerfüllbaren Verfassungsversprechungen“ übersahen die Reformgegner jedoch offenbar, daß der Verfassungstext nicht nur den bloßen verfassungsstaatlichen Status quo beurkundet, sondern durchaus auch Leitbilder für die künftige Gestaltung und Entwicklung des Gemeinwesens enthält. Denn für Union und Liberale ergaben sich ihre Zweifel offensichtlich daraus, daß sie davon ausgingen, eine derartige Regelung beschreibe den *aktuellen Zustand* der Verfassungswirklichkeit. Doch auch für die Sozialdemokraten und das Bündnis 90/Die Grünen beinhaltete die Staatszielbestimmung auch als *Ziel* augenscheinlich einen *finalen Endzustand*, nämlich „hohen Beschäftigungsstand“ und letztlich Vollbeschäftigung. Beide Positionen gingen damit in gewisser Weise davon aus, daß die Verfassung eine – gegenwärtige oder zukünftige – Wirklichkeit beschreibe, nämlich im ersten Fall den Ist-Zustand, im zweiten den Soll-Zustand. Das Spannungsverhältnis von Norm und Wirklichkeit stellt sich hier als *Divergenz zwischen Ziel und Zustand* dar – ist aber nicht unlösbar: Wenn man nämlich unter „Ziel“ nicht ein Endergebnis, sondern vielmehr eine *Zielrichtung* versteht, vermeidet man überhöhte Ansprüche an die Verfassung als Abbild der Realität. Damit wäre klargestellt, daß Staatszielbestimmungen, die dann als „Staatszielrichtungsbestimmungen“ verstanden werden müßten, auf Dynamik angelegt sind in dem Sinne, daß sie nicht

lungssysteme, in: Athur Benz/Fritz W. Scharpf/Reinhard Zintl, Horizontale Politikverflechtung, Frankfurt a. M. – New York 1992, S. 51–96, hier: S. 81.

42 Vgl. Wilhelm Hennis, Verfassung und Verfassungswirklichkeit, Tübingen 1968; vgl. zum folgenden ebd., S. 24.

zwei starre Punkte – Ist-Zustand und Soll-Zustand – fixieren, sondern gerade die dazwischenliegende Strecke beschreiben, also einen *Prozeß* initiieren<sup>43</sup>.

So verstanden, könnten sich die sozialen Staatsziele sehr viel einfacher dem Vorwurf leerer Versprechungen entziehen, denn „versprochen“ würde nicht ein Idealzustand, sondern ein Bemühen des Gesetzgebers: Staatsziele wären nicht Versprechen, sondern verfassungsrechtliche (An-)Forderungen, die dann auch durch das Bundesverfassungsgericht erzwungen werden könnten, ohne die gewaltenteilige Balance zwischen Legislative und Judikative unzulässig zu verschieben oder den Spielraum des Gesetzgebers unangemessen einzuengen. Denn als „Staatszielrichtungsbestimmungen“ erfüllten die Staatsziele nicht mehr und nicht weniger als die klassische Verfassungsfunktion, politische Entscheidungsgewalt rechtlich einzubinden und auf Leitideen zu verpflichten, indem der Politik ein inhaltlicher Gestaltungsrahmen vorgegeben wird<sup>44</sup>.

Begreift man auf der einen Seite also Staatsziele als Staatszielrichtungsbestimmungen, die einen Prozeß initiieren, dann schließt dies auf der anderen Seite schon die Formulierung sozialer Grundrechte nach Art von „Rechten auf ...“ aus. Der staatliche Schutz eines Rechtszustands kann nicht unter die Normenkategorie einer prozeßinitiierten Staatszielrichtungsbestimmung eingeordnet werden<sup>45</sup>.

43 Daraus ergibt sich weiterhin, daß man zum einen mit Formeln wie „schützen“ oder „fördern“ operieren kann, nicht aber mit Worten wie „gewährleisten“, die schon wieder auf das Endergebnis zielen, und daß man zum anderen zwar den *Gegenstand* des Schutzes oder der Förderung benennt, von einer Beschreibung seines idealen *Zustands* aber abschen sollte. Folglich sollte man sich also von dem Begriff des hohen Beschäftigungsstandes bzw. der Vollbeschäftigung trennen, denn alles andere wäre, um ein Wort von Wilhelm Hennis abzuwandeln, eine „Vergatterung der Nation zum Staatszielvollzug“.

44 Auf diese Weise könnte auch der Gegensatz, den Hans H. Klein zwischen einer „verbindlichen“ und einer „wohlklingenden“ Verfassung zu erkennen glaubt, genau so überwunden werden wie der Einwand Peter Baduras, man dürfe normative und appellative Verfassungsfunktionen nicht vermischen. Denn nicht die Vermischung ist das Problem, sondern gerade die „Reinheit“ einer ausschließlich appellativen Norm, die keinen justitiablen Charakter hat. Vgl. Hans H. Klein, Eine verbindliche oder eine wohlklingende Verfassung?, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 14. Februar 1992; Peter Badura, Staatsaufgaben und Teilhaberechte als Gegenstand der Verfassungspolitik, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 49/91, S. 20–28, bes. S. 23.

45 Damit scheidet insbesondere auch jede sprachliche Vermischung von sozialen Grundrechten und sozialen Staatszielen aus. Konstruktionen nach Art eines „Staatsziels ‚Recht auf ...‘“ sind allenfalls dazu geeignet, Verwirrung über die eigentliche rechtliche Wirkung des beabsichtigten Rechtsatzes zu stiften. Auch das von den Sozialdemokraten vorgeschlagene „Wohnrecht von Mietern“ wäre, weil es einen

Weitet man den Betrachtungsrahmen unter diesem Blickwinkel auf die Verfassung insgesamt aus, so wird deutlich, daß eine Verfassung keine gegenwärtigen oder künftigen Realitäten zu beschreiben hat, sondern Wege, Verfahren und Richtungen möglicher gesellschaftlicher Fortentwicklung aufzeigen soll. Die Verfassung, so hat es Dieter Grimm formuliert, „bildet ... nicht die soziale Wirklichkeit ab, sondern richtet Erwartungen an sie“; sie „bezieht also Distanz zur Wirklichkeit und gewinnt daraus erst das Vermögen, als Verhaltens- und Beurteilungsmaßstab für Politik zu dienen“<sup>46</sup>. Die Verfassung enthält daher keinen „Entwurf für eine gute und gerechte Gesellschaft“<sup>47</sup>; sie hält lediglich Mittel und Wege bereit, die einer Gesellschaft in ihrem Bemühen um Gerechtigkeit dienlich sein können.

---

### III. Verfassungsverständnis und Verfassungskonsens

---

#### 1. Unterschiedliche Deutungen des Grundgesetzes

Wie tiefgreifend die der GVK verborgen gebliebenen Unterschiede im Verfassungsverständnis – besonders auch im Zusammenhang mit den sozialen Staatszielen – tatsächlich waren und wie notwendig daher eine konfliktidentifizierende Vorklärung der unterschiedlichen Auffassungen gewesen wäre, wird auch daran deutlich, daß der Streit auf zwei verfassungsrechtlich unterschiedlich konstruierte Freiheitsbegriffe zurückgeht<sup>48</sup>:

Weil nach *verfahrensmäßig-technischem Verfassungsverständnis* Staat und Gesellschaft getrennt sind und lediglich die Rechtsbeziehungen zwischen beiden Sphären geklärt werden müssen, genügt es in diesem Fall, individuelle Freiheit *rechtlich*, eben in Form von Freiheitsrechten, abzusichern. Auf die *reale* Möglichkeit, diese Rechte in Anspruch zu nehmen, kommt es dagegen nach dieser Ansicht verfassungsrechtlich nicht an.

Anders dagegen bei den Vertretern des *inhaltlich-charakterisierenden Verfassungsverständnisses*: Weil ihr Verfassungskonzept die gesellschaftlichen Bedingungen der Freiheitsausübung mit umfaßt, müssen sie auch die *tatsächliche* Freiheitsausübung in den Blick nehmen. Damit geht der Freiheitsbegriff

---

Rechtzustand konstruiert, damit als Bestandteil einer Staatszielbestimmung ausgeschlossen.

46 Dieter Grimm, Verfassung, in: ders., Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt a. M. 1991, S. 11–30, hier: S. 14 f.

47 So aber H. Huba (Anm. 9), S. 107.

48 Vgl. zum folgenden E.-W. Böckenförde (Anm. 31).

hier weiter: Gemeint ist nicht nur die *rechtliche Möglichkeit* des einzelnen, Freiheit in Anspruch zu nehmen, sondern auch die *tatsächliche Möglichkeit*, von seiner Freiheit Gebrauch zu machen. Neben die *rechtliche Freiheit* tritt die *reale Freiheit*, deren Schutz auch das Bemühen um Herstellung der tatsächlichen Bedingungen von Freiheitsausübung beinhaltet.

Bei näherer Betrachtung fügt sich die Debatte damit ganz in den in der Rechtswissenschaft schon seit längerem geführten Streit um die Ausweitung der klassisch-liberalen Grundrechte zu objektivrechtlichen Schutzpflichten ein. Hier geht es um die Frage, in welchem Ausmaß bereits den jetzigen Grundrechten des Grundgesetzes nicht nur der Charakter von subjektiven Freiheitsrechten innewohnt, der staatliche Eingriffe in die Grundrechtssphäre verbietet, sondern gleichzeitig auch das objektive Gebot an den Staat, sich schützend und fördernd vor das grundrechtliche Schutzgut zu stellen. Damit war für nicht wenige Vertreter der Staatsrechtslehre bereits im geltenden Grundgesetz der verfassungsrechtliche Boden für eine systemkonforme Verankerung von sozialen Staatszielen bereitet<sup>49</sup>.

Doch in der Gemeinsamen Verfassungskommission kam auch dieser Sinnzusammenhang kaum zur Sprache. Lediglich in der Sachverständigen-Anhörung, die die GVK zum Thema „Staatsziele und Grundrechte“ durchführte, wurde deutlich, daß das jeweilige Verfassungsverständnis nicht nur die Beurteilung zusätzlicher Staatsziele prägte, sondern bereits die Sicht auf die bestehende Verfassungsrechtslage deutlich bestimmte: Während etwa der Sachverständige Josef Isensee davon ausging, daß „die Aufnahme der heute diskutierten Staatsziele und sozialen Rechte ... nicht in die Regelungsstruktur, in den Duktus des Grundgesetzes“ paßte, weil sich die Verfassung bis auf wenige Ausnahmen auf „einklagbare, subjektive Rechte im Grundrechtsteil, auf die klassischen Grundrechte liberaler Observanz“ beschränke, war Norman Paech der Meinung: „Sie passen hinein, sogar schon auf der Struktur des gegenwärtigen Grundgesetzes“, denn dort sei bereits vielfach „eine Mischung zwischen Freiheitsteilnahme und Staatszielbestimmungen vorhanden“<sup>50</sup>.

Die unterschiedliche Bewertung der sozialen Staatsziele ging also bereits auf unterschiedliche Interpretationen der geltenden Grundrechte zurück. Nicht nur die Gestalt eines künftigen,

49. Aufschlußreich insoweit die Diskussion während der Sachverständigen-Anhörung der GVK zum Thema „Staatsziele und Grundrechte“, vgl. Stenographischer Bericht der 2. Öffentlichen Anhörung.

50. Ebd., S. 31 (Paech) und S. 55 (Isensee).

geänderten Grundgesetzes war daher im Streit; bereits die Gestalt des bestehenden Verfassungsrechts erschien je nach Betrachtungsweise in durchaus unterschiedlichem Licht. Offensichtlich wurden also die jeweils unterschiedlichen Verfassungsbegriffe auch auf das Grundgesetz projiziert, und zwar schon vor der deutschen Einheit. Durch die Ereignisse von 1989/90 sind die Auffassungsunterschiede lediglich offen zutage getreten, weil sie sich in der Verfassungsdiskussion erstmals offen entladen konnten und weil sie nun von der wissenschaftlichen Ebene gelöst und massiv auf die politische Bühne transportiert wurden.

So beantwortet sich auch die Frage, warum sich – scheinbar plötzlich und „aus heiterem Himmel“ in der Verfassungsdebatte auch in bezug auf das Grundgesetz so sehr unterschiedliche Deutungen und Bewertungen gegenüberstanden, obwohl sich doch bis vor kurzem noch alle darin einig waren, daß das Grundgesetz die beste Verfassung sei, die die Deutschen je besaßen. Denn erst jetzt, wo sich die Gelegenheit bot, das Gute zu verbessern, stellte sich heraus, daß auch diese beste aller bisherigen deutschen Verfassungen offenbar stets aus durchaus verschiedenen Blickwinkeln gelobt worden war. Es blieb schließlich die Befürchtung, daß diese Blickwinkel so unterschiedlich sein könnten, daß sie sich letztlich als gegensätzliche offenbaren würden. Es stellte sich manchem sogar die Frage nach der Tragfähigkeit des Verfassungskonsenses<sup>51</sup>.

## 2. Gegensätzliche Verfassungsverständnisse?

In einer aktuellen Studie kommt Hermann Huba zu dem Schluß, „daß sich pathetisches (charakterisierendes, M.B.) und technisches Verfassungsverständnis nicht wechselseitig ergänzen können“<sup>52</sup>. Zu unterschiedlich seien die Antworten auf die Frage, „was Verfassungen sollen und was Verfassungen können“, und zu verschieden die Maßstäbe, nach denen eine Verfassung beurteilt würde: Würden die einen, so Huba, der Verfassung die Legitimation von Macht als Hauptaufgabe zuschreiben, so stelle sich den anderen die Ermöglichung von Politik als die Hauptaufgabe einer Verfassung dar. Eine Verfassung könne aber „schwerlich zugleich im pathetischen Sinne

51. Vgl. Steffen Heitmann, Fensterreden und ideologiebefrachtete Debatten, in: Neue Zeit vom 14. Mai 1993: „Vielmehr scheint mir der Konsens über ein gemeinsames Verfassungsverständnis weitgehend abhanden gekommen zu sein.“ Vgl. auch Thomas Würtenberger, Wiedervereinigung und Verfassungskonsens, in: Juristenzeitung, 48 (1993) 15–16, S. 745–750; mit etwas anderer Akzentuierung Otto Depenheuer, Integration durch Verfassung? Zum Identitätskonzept des Verfassungspatriotismus, in: Die Öffentliche Verwaltung, 48 (1995) 20, S. 854–860.

52. H. Huba (Anm. 9), S. 128. Zum Begriff des „pathetischen“ Verfassungsverständnisses s. Anm. 28.

(moralisch) legitim und im technischen Sinne (rechtlich) effektiv sein<sup>53</sup>, so daß sich von daher letztendlich zwei unvereinbare, gegensätzliche Konzepte gegenüberstünden.

Folgt man dieser Einschätzung und unterscheidet man mit Erhard Denninger<sup>54</sup> fünf (mögliche) Funktionen einer Verfassung – Machterzeugung, Machtbegrenzung, Machtlegitimation, Gruppenintegration, Selbstvergewisserung –, dann würden nach der Auffassung Hubas die Vertreter des technischen Verfassungsverständnisses lediglich die ersten beiden „Basis“-Etagen des Verfassungsgebäudes – Machterzeugung und Machtbegrenzung – bevölkern, während die Vertreter des „pathetischen“ Verfassungsverständnisses vornehmlich die nachfolgenden drei Stockwerke – Machtlegitimation, Gruppenintegration und Selbstvergewisserung – thematisch besetzt hielten. Ob dies wirklich zutrifft, ist jedoch fraglich. Möglich wäre nämlich auch, die verschiedenen Verfassungsbegriffe nicht als gegensätzlich, sondern lediglich als unterschiedlich weitreichend aufzufassen.

In diesem Fall würden sich die Vertreter des charakterisierenden Verfassungsverständnisses mit denen eines eher technischen Verfassungsverständnisses in den ersten beiden Stockwerken des Verfassungsgebäudes – Erzeugung und Begrenzung politischer Macht – durchaus treffen. Sie würden aber zum einen der dritten Etage – der Machtlegitimation – einen anderen Anstrich geben. Zum anderen würden sie neuen Wohnraum schaffen und dem Provisorium „Grundgesetz“ nun auch die aus ihrer Sicht fehlenden zwei Stockwerke hinzufügen wollen, um die Integrationsfunktion der Verfassung deutlicher als bisher zum Ausdruck zu bringen.

Eine solche „Aufstockung“ der Verfassung<sup>55</sup> auf die vollen fünf Etagen mag den einen daher als architektonische Vollendung, den anderen eher als Überlastung der Fundamente erscheinen. Festzustellen bleibt jedoch, daß die Vertreter des charakterisierenden Verfassungsverständnisses von einer Verfassung nicht etwas völlig anderes, sondern lediglich mehr verlangten als bisher: Sie wollten ein aus ihrer Sicht „komplettiertes“, erweitertes Grundgesetz. Der charakterisierende Verfassungsbegriff ist damit im Vergleich zum technischen kein gegensätzlicher, sondern ein weitergehender: Er umfaßt alle fünf Verfassungsfunktionen – schließt also die ersten beiden keineswegs aus.

Es bleibt die Frage, ob sich ein Gegensatz zwischen beiden Verfassungsverständnissen daraus ergibt, daß sie die *Hauptaufgabe* von Verfassungen unterschiedlich definieren. Auch hier scheint jedoch Zurückhaltung angebracht. Denn mit der Forderung nach einer Aufstockung des Verfassungsgebäudes sollten ja nicht die Fundamente aus den ersten beiden Etagen in ihrer Funktion ersetzt werden. Das spricht dafür, daß beide verfassungspolitischen Lager die Funktionen der Ermöglichung und Begrenzung von Politik übereinstimmend als die Hauptaufgabe einer Verfassung identifizieren. Es ist nur umstritten, ob einer Verfassung – und speziell dem Grundgesetz – über diese Hauptaufgabe hinaus nicht doch noch weitere – notwendige – *Komplementäraufgaben* zuzurechnen sind. Freilich wurden jene Komplementäraufgaben in der Verfassungsdebatte schnell zum Hauptstreitpunkt; sie bezeichneten aber auch nach charakterisierendem Verfassungsverständnis nicht die alleinige Hauptaufgabe von Verfassungen<sup>56</sup>.

Fraglich ist damit auch die kategorische Alternative „Negativ- oder Positivverfassung“, die Huba aus der „Gegensätzlichkeit“ der Verfassungsbegriffe herleitet. Jedenfalls wäre es bedauerlich, wenn man lediglich die Wahl hätte zwischen zwei Verfassungstypen, von denen einer – konservativ – „die Gesellschaft beschreibt, wie sie ist“, während der andere – progressiv – beschreibt, „was die Gesellschaft – noch – nicht ist“<sup>57</sup>. Tatsächlich trifft auch diese Unterteilung die Sache nicht ganz. Denn wie oben bereits dargestellt, kann es nicht Aufgabe der Verfassung sein, den gegenwärtigen oder einen künftigen Status quo eines Gemeinwesens zu beschreiben. Es kann mithin in einer Verfassung nicht darum gehen, entweder die Gegenwart auf immer zu fixieren oder eine stets nur ideale Zukunft zu versprechen. Es geht darum, Wege der Entwicklung zwischen Gegenwart und Zukunft aufzuzeigen. Es steht deshalb auch nicht die von Huba beschriebene Alternative „Funktionsoptimierung oder Gesellschaftsverbesserung“<sup>58</sup> zur Debatte; denn es geht in der Verfassung nicht um die Verbesserung der Gesellschaft<sup>59</sup>, sondern um die Verbesserung der Problemlösungsfähigkeit der Gesellschaft<sup>60</sup>.

53 Ebd., S. 104 ff.

54 Vgl. E. Denninger (Anm. 19), S. 17 f.

55 Vgl. auch das Stufenmodell bei Bernd Guggenberger, Wie „zeitgemäß“ ist die Verfassung?, in: B. Guggenberger/U. K. Preuß/W. Ullmann (Anm. 2).

56 Vgl. D. Grimm (Anm. 46), S. 14.

57 H. Huba (Anm. 9), S. 204.

58 Ebd., S. 63.

59 So aber H. Huba, ebd., S. 17, 107.

60 So auch Ulrich K. Preuß, Brauchen wir eine neue Verfassung?, in: B. Guggenberger/U. K. Preuß/W. Ullmann (Anm. 2), S. 14–17, bes. S. 17: „Richtig verstanden enthalten sie (die Verfassungen, M.B.) keine Lösungen von Problemen, sondern institutionalisieren die gesellschaftliche Fähigkeit, intelligente Problemlösungen zu finden.“

Auch die beiden Idealtypen „Positivverfassung“ und „Negativverfassung“ müssen damit nicht unbedingt gegensätzlicher Natur sein. Vielmehr ergänzen auch sie sich gegenseitig. Denn keine „Positivverfassung“ würde ohne negative, staatsbegrenzende Elemente auskommen, ebensowenig wie eine „Negativverfassung“ ganz auf positive, staatscharakterisierende Elemente verzichten könnte. Die Frage müßte also genaugenommen nicht „Positiv- oder Negativverfassung?“ lauten<sup>61</sup>, sondern sie müßte nach dem optimalen Mischungsverhältnis von beiden gestellt werden.

### 3. Ein neuer Verfassungskonsens?!

In engem Zusammenhang mit diesem Mischungsverhältnis standen letztlich auch die Debatten, die abschließend in der GVK geführt wurden. Schließlich betraf insbesondere der Themenbereich der sozialen Staatsziele vor allem die Frage, inwieweit der Staat auf positiv formulierte Ziele verpflichtet werden sollte und könnte.

Am Ende machte sich jedoch besonders bei denjenigen Enttäuschung breit, die auf eine Reform des Grundgesetzes und auf eine sichtbare Aufstockung des Verfassungsgebäudes gehofft hatten. Sie konnten sich mit den meisten ihrer Vorschläge nicht durchsetzen. Demgegenüber empfanden sich die Vertreter des technischen Verfassungsbegriffes als Sieger der Verfassungsdiskussion, weil sie das Grundgesetz vor allzu utopischen Forderungen bewahrt hätten. Sie hatten – „verfassungstaktisch“ betrachtet – aber auch die besseren Karten in der Hand: In der Befürwortung der bloßen technischen Ordnungsfunktion der Verfassung brauchten sie keinen Widerspruch zu erwarten, weil dies auch Bestandteil des weitergehenden verfassungspolitischen Konzepts der Gegenseite war. Ging es dagegen um die verfassungsrechtliche – und explizit verfassungstextliche – Anerkennung einer über diesen Minimalkonsens hinausgehenden Verfassungsfunktion, so hatten sie – zumindest in der GVK – die Möglichkeit des Vetos auch gegen die (einfache) Mehrheit der übrigen Verfassungsinterpreten. Sie waren damit in der angenehmen Situation, sich überzeugen zu lassen, anstatt ihr Gegenüber überzeugen zu müssen. Dies war wesentlich durch die Mehrheitsverhältnisse bestimmt und dadurch, daß die Verfassungsbegriffe eben keine gegensätzlichen, sondern nur unterschiedlich weitreichende waren: Egal, wie man die Begründungslast theoretisch verteilen wollte – faktisch lag sie, bedingt durch das Erfordernis der Zweidrittelmehrheit, bei den Reformbefürwortern<sup>62</sup>.

Wenn die Reformbefürworter mit ihren Änderungs- vorhaben gescheitert sind, zeigt dies daher nur, daß sich die reformgegnerischen Verfechter eines technischen Verfassungsbegriffs nicht haben überzeugen lassen oder unbeweglich geblieben sind. Der „Vorrat an Gemeinsamkeiten“<sup>63</sup>, den das Grundgesetz bereithält und der auch die unterschiedlichen verfassungspolitischen Lager miteinander verbindet, ist damit aber noch nicht kleiner geworden.

Die Erfolgsmeldung „Das Grundgesetz funktionierte einfach weiter!“<sup>64</sup> ist daher kein Beweis für den „Sieg“ des einen oder die „Niederlage“ des anderen Verfassungsverständnisses. Denn natürlich bestritt niemand, daß das Grundgesetz weiterfunktionieren würde – und sogar gut weiterfunktionieren würde. Noch einmal: Niemand wollte die Funktionskraft der ersten beiden Etagen im Verfassungsgebäude aushebeln oder ersetzen. Das bloß technische Funktionieren reichte nur vielen nicht aus. Mehr noch: Schon das bestehende Grundgesetz hat aus diesem Blickwinkel „nicht nur juristisch funktioniert. Es ist vielmehr auch zu einem wichtigen Integrationsfaktor für die bundesrepublikanische Gesellschaft geworden.“<sup>65</sup> Es ging also darum, dem Grundgesetz über seine bloße technische Funktionsfähigkeit hinaus die Erfüllung zusätzlicher Funktionen (weiterhin) zu ermöglichen.

Am Ende zeigt sich damit, daß auch nach der deutschen Einheit und der sie begleitenden Verfassungsdebatte ein tragfähiger „Vorrat an Gemeinsamkeiten“ besteht. Allerdings hat gerade die Arbeit der Gemeinsamen Verfassungskommission deutlich gemacht, daß der dort gefundene gemeinsame verfassungspolitische Nenner doch erheblich kleiner ist als die Konzepte über dem verfassungspolitischen Bruchstrich. Insofern hat die GVK besonders auch die Grenzen des Verfassungskonsenses in Gesamtdeutschland aufgezeigt: Der „neue“ Verfassungskonsens, derjenige nach der Verfassungsreform, ist weitgehend der „alte“ geblieben. Er ist damit nicht weniger tragfähig als vorher, aber seine Grenzen sind deutlicher geworden. Um eine mögliche Ausweitung dieser Grenzen – nicht um ihr konsensuales Inneres – wird aber auch in Zukunft gestritten werden.

sion dafür entschied, über die organisationsrechtlichen Themen zeitlich vor den materiell-rechtlichen Problemen abzustimmen. So hatten die Vertreter des technischen Verfassungsverständnisses ihre verfassungspolitische Ernte aus der deutschen Einheit bereits eingefahren, bevor darüber entschieden wurde, welchen Ertrag die Verfechter des charakterisierenden Verfassungsverständnisses erwarten durften.

63 Dieter Grimm, Verfassungsrechtlicher Konsens und politische Polarisierung in der Bundesrepublik Deutschland, in: ders. (Anm. 46), S. 298–309, hier: S. 300.

64 So sinngemäß H. Huba (Anm. 9), S. 200.

65 D. Grimm (Anm. 19), S. 120.

61 So aber H. Huba (Anm. 9), S. 200.

62 „Verfassungstaktisch“ wurde diese Position in der GVK auch noch dadurch begünstigt, daß man sich in der Kommis-

## Die Wirksamkeit europäischen und nationalen Rechts

### I. Rechtsschutz durch Rechtseinheit und Rechtssicherheit

Als wäre die Europäische Gemeinschaft (EG) eine fremde Macht, die es im Namen einzelstaatlicher Identität abzuwehren gilt, und der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) eine Instanz, die Teile nationalen Terrains einer richterlichen Fremdherrschaft zu unterwerfen sich anmaßt, so lesen sich manche Begründungen im Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)<sup>1</sup>.

Natürlich gibt es z. T. massive Interessenkonflikte zwischen den einzelnen Staaten der Europäischen Union (EU). Um diese zu kanalisieren und zu lösen, sind die Verträge und ihre Institutionen ja gerade da. Politisch führt der Entscheidungsweg über Kommission und Rat unter Mitwirkung des Parlaments. Rechtlich sind es die innerstaatlichen Gerichte und der EuGH, die zusammen über Vorlage und Vorabentscheidung die Rechtseinheit innerhalb der Gemeinschaft wahren und somit der Rechtssicherheit dienen.

Dieser kombinierte – europäische und innerstaatliche – Rechtsschutz macht es dem Unionsbürger überhaupt erst möglich, von den Freiheiten und Vorteilen der Gemeinschaft Gebrauch zu machen. Wenn der EuGH darüber hinaus auch gegenüber den Organen der Gemeinschaft (Kommission, Rat und Parlament) die Aufgaben eines Verfassungsgerichts wahrnimmt<sup>2</sup>, beugt er institutioneller Willkür vor; wenn er dem Europäischen Parlament die Klagebefugnis gegenüber Kompetenzüberschreitungen von Rat und Kommission zuerkennt<sup>3</sup>, stärkt er das demokratische Element.

1 Urteil vom 12. 10. 1993, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ), 20 (1993) 17, S. 429 ff., s. auch die rechtsvergleichenden Nachweise ebd., S. 446

2 Vgl. Hans Kutscher, Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Bericht auf der IV. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte (Wien), in: EuGRZ, 5 (1978) 19–20, S. 503 f.; Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Zur „Verfassung“ der Europäischen Gemeinschaft, in: EuGRZ, 23 (1996) 5–6, S. 125 ff.

3 Vgl. Johann Schoo, Das Europäische Parlament und sein Verfassungsgericht. Von der Vormundschaft zur Volljährigkeit, in: EuGRZ, 17 (1990) 23–24, S. 525 ff.

Wenn der EuGH schließlich dem EG-Recht die volle und gegebenenfalls unmittelbare Wirksamkeit verschafft, dann verdrängt er nicht nationales Recht, sondern verhindert, daß einzelne Regierungen ihre eigenen europäischen Beschlüsse, ohne von der Opposition im nationalen Parlament daran gehindert werden zu können, aus welchen Gründen auch immer unbeachtet lassen. Er zwingt zur Rechtstreue. So verhindert er, daß der europäisch beschlossene und legitimierte Interessenausgleich einzelstaatlich unterlaufen wird.

### II. Wechselnde Dynamik der europäischen Einigung

Als der Abgeordnete Victor Hugo 1851 zum ersten Mal im französischen Parlament von den „Vereinigten Staaten von Europa“ sprach, hoffte er, daß die französische Republik ein Grundstein hierfür sein werde<sup>4</sup>. Bereits 1849 hatte er als Präsident des Friedenskongresses in Paris als Leitmotiv formuliert: „Der Tag wird kommen, an dem Geschosse und Bomben durch Abstimmungen ersetzt werden, durch das allgemeine Wahlrecht der Völker, durch die echte Entscheidung eines souveränen Senats, der für Europa das sein wird, was das Parlament für England ist, die Nationalversammlung (Paulskirche) für Deutschland, die Legislativversammlung für Frankreich. Der Tag wird kommen, an dem . . . die Vereinigten Staaten von Amerika und die Vereinigten Staaten von Europa sich gegenüberstehen und die Hand reichen werden.“<sup>5</sup>

#### 1. Europarat

Als rund 100 Jahre später der britische Kriegspremier Winston Churchill in seiner berühmten Zürcher Rede 1946 das Ziel der „Vereinigten Staaten von Europa“ beschrieb, jubelten ihm die Menschen zu, weil sie sich nach dem gerade beendeten

4 Vgl. Sitzungsprotokoll vom 17. Juli 1851, in: *Moniteur universel*, (1851), S. 2048

5 Wiedergegeben in: Denis de Rougemont, *28 Siècles d'Europe*, Etrepilly (France) 1990, S. 255 (Übersetzung des Verf.).

Weltkrieg nun vor Stalins Armeen fürchteten. Als erster Schritt wurde am 5. Mai 1949 in London der Europarat mit Sitz in Straßburg gegründet. Dessen von den nationalen Parlamenten beschickte Parlamentarische (damals noch „Beratende“) Versammlung arbeitete in weniger als zwei Jahren die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) aus, die am 4. November 1950 in Rom unterzeichnet wurde und am 3. September 1953 in Kraft trat. Sie ist der Grundstein für eine Europäische Verfassung.

Doch täuschen wir uns nicht. Das Ganze geschah nicht in souveräner Freiwilligkeit. Der Europarat wurde gegründet aus Angst vor dem kommunistischen Machthunger in Ost- und Mitteleuropa und im Schrecken vor den Greueln der Nazis. Seine Dynamik für eine politische Einigung erlahmte schnell. Die Europäische Verteidigungsgemeinschaft scheiterte im französischen Parlament, die NATO unter Beteiligung der USA und Kanadas boten den Schutz gegenüber der Sowjetunion und die gewünschte Einbindung Deutschlands.

## 2. EGKS, EWG, Euratom, Europäische Union

Die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) 1952, die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) 1957 und die Europäische Atomgemeinschaft (Euratom) 1958 bildeten den Versuch, die Europäische Einigung, die sich politisch über den Europarat nicht hat verwirklichen lassen, über den Weg der wirtschaftlichen Integration zu erreichen. Die Europäische Union des Vertrages von Maastricht 1992 konnte auf einer stabilen Rechtsordnung aufbauen. Sie ist jedoch bereits der dritte Versuch nach dem Zweiten Weltkrieg, den Quantensprung der politischen Einigung zu vollziehen. Ob dieser Weg am Ende richtig ist, wissen wir noch nicht. Daß er bislang nicht falsch war, zeigt das Fiasko der von Großbritannien als Konkurrenzunternehmen zur EWG forcierten Europäischen Freihandelszone (EFTA). Freihandel allein bindet eben nicht.

## 3. KSZE/OSZE

Die Konferenz über Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (KSZE) war von Breschnjew für die Sowjetunion eigentlich dazu initiiert worden, sich von den USA, Kanada und Westeuropa die Territorialgewinne und die Vorherrschaft in Ost- und Mitteleuropa garantieren zu lassen. Daß die Menschenrechte aus der Schlußakte von Helsinki vom 1. August 1975 sich als eine freiheitliche Referenz gegenüber den langsam ihrem Bankrott entgegengehenden kommunistischen Regimen erwiesen, hatte er nicht geahnt. An den Formulierungen

zu den Menschenrechten in den jeweiligen KSZE/OSZE-Folgetexten läßt sich der politische Wandel in Mittel- und Osteuropa ablesen<sup>6</sup>.

Wenn es auch inzwischen einen Schiedshof der OSZE mit Sitz in Genf gibt, der u. a. von Robert Badinter und Hans-Dietrich Genscher präsiert wird<sup>7</sup>, kann das nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich hier eben nicht um eine verbindliche Rechtsgemeinschaft handelt. Der gute Wille innerhalb der OSZE (Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa) war und ist durchaus dem souveränen Nationalismus zwischen Sarajevo und Nagorni Karabach ausgeliefert. Auch die Menschenrechtspakete der Vereinten Nationen ändern daran nichts.

---

## III. Die Europäische Menschenrechtskonvention

---

### 1. Rang in der Normenhierarchie

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) steht nur den Mitgliedstaaten des Europarates offen. Das sind derzeit mit Rußland und Kroatien 40 Staaten. Davon haben 34 die Konvention ratifiziert und auch das Individualbeschwerderecht zur Europäischen Menschenrechtskonvention bzw. die obligatorische Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte anerkannt. Hier soll keine ausführliche Bilanz der bisherigen Rechtsprechung gezogen und auch nicht die Notwendigkeit der im Gang befindlichen Reform zur Errichtung eines ständigen Gerichtshofs dargelegt werden. Kommission und Gerichtshof sind gegenwärtig nur Teilzeit-Organ für Menschenrechte<sup>8</sup>.

Die verfassungspolitische und -rechtliche Wirkung der EMRK ist unterschiedlich. Österreich ist der einzige Staat, in dem die EMRK Verfassungsrang hat. Das geschah nicht gleich bei der Ratifikation 1958, sondern 1964 durch ausdrücklichen Beschluß

6 Vgl. Hannes Tretter, Von der KSZE zur OSZE. Einführung in die für den Schutz der Menschenrechte relevanten Teile des Budapester KSZE-Dokuments 1994, in: EuGRZ, 22 (1995) 13–14, S. 296 ff.

7 Vgl. Stockholmer KSZE-Beschluß über die „Friedliche Beilegung von Streitigkeiten“, Anhang 2: Vergleichs- und Schiedsverfahren, in: ebd. (Anm. 6), S. 346, und Mitglieder des Vergleichs- und Schiedsgerichtshofs, S. 352 f.

8 Vgl. Jochen A. Frowein/Wolfgang Peukert, EMRK-Kommentar, Kehl – Straßburg – Arlington 1996; Andrew Drzemczewski/Jens Meyer-Ladewig, Grundzüge des neuen EMRK-Kontrollmechanismus nach dem am 11. Mai 1994 unterzeichneten Reform-Protokoll. Ein ständiger europäischer Gerichtshof für Menschenrechte als einziges EMRK-Kontrollorgan, in: EuGRZ, 21 (1994) 13–14, S. 317 ff.

des Parlaments. Seither wendet der österreichische Verfassungsgerichtshof die EMRK unmittelbar an und bestimmt so den Standard der Konvention mit<sup>9</sup>.

Das Schweizerische Bundesgericht hat nach dem Beitritt der Schweiz zur EMRK 1974 entschieden, daß die in der Konvention verbürgten Rechte „ihrer Natur nach einen verfassungsrechtlichen Inhalt“ haben. Deshalb legt das Schweizerische Bundesgericht von sich aus immer dann, wenn ein Grundrecht der nationalen Verfassung anzuwenden ist, zugleich auch die entsprechende Vorschrift der EMRK mit aus<sup>10</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat sich dazu nicht entschlossen, weil die EMRK als einfaches Bundesrecht keinen Verfassungsrang hat. Dennoch bleibt die EMRK nicht unbeachtet. Es ist vorgekommen, daß ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in seinen wesentlichen Gründen vom BVerfG übernommen wurde, ohne daß dieses zu erkennen gab, woher es seine Weisheit bezog. Es ging konkret um Sexualkundeunterricht an öffentlichen Schulen und um das Prinzip: Informieren – ja, indoktrinieren – nein<sup>11</sup>. Doch das war eine Ausnahme. Das BVerfG zieht bei der Anwendung des Grundgesetzes (GG) die EMRK eher als Auslegungshilfe heran<sup>12</sup>.

Ähnlich wie das BVerfG geht auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vor. Die EMRK ist nicht Bestandteil des Gemeinschaftsrechts, dennoch zieht er sie als Auslegungshilfe heran, da alle Mitgliedstaaten sie ratifiziert haben.

## 2. Wirksamkeit

Die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und die einschlägigen Entscheidungen des Ministerkomitees des Europarates haben völkerrechtliche Wirkung, d. h., sie ver-

pflichten den belangten Staat, bei festgestellten Konventionsverletzungen Abhilfe zu schaffen. Das kann durch Zahlung einer vom Gerichtshof festzusetzenden Entschädigung erfolgen, durch Wiederaufnahme des Verfahrens oder auch durch gesetzgeberische Maßnahmen.

In den ersten Jahrzehnten nach Inkrafttreten der EMRK war es bis auf wenige Ausnahmen eine Selbstverständlichkeit, daß die Staaten sich peinlich genau bemühten, ihren Verpflichtungen nachzukommen. In den letzten Jahren ist das nicht mehr so selbstverständlich. Italien, das jedes Jahr mit mehreren Dutzend Fällen überlanger Verfahrensdauer die Straßburger Instanzen beschäftigt, ist generell ein säumiger, zuweilen gar ein widerpenstiger Zahler. Deshalb ist der EGMR dazu übergegangen, genaue Zahlungsfristen in seinen Urteilen festzusetzen, was früher nicht notwendig war. Italien ist kein Einzelfall.

Auf die Spitze getrieben hat es jüngst die griechische Regierung. Der Fall „Stran Greek Refineries“<sup>13</sup> sei deshalb hier erwähnt, weil die Wirksamkeit einer rechtlichen Verpflichtung sich an der Effektivität der Sanktionen mißt. Die griechische Regierung hatte den Fall nach einer geradezu abenteuerlichen Prozeßführung vor den innerstaatlichen Gerichten und dann vor den Europäischen Instanzen verloren. Trotzdem weigerte sie sich etwa zwei Jahre lang, dem Urteil des EGMR vom 9. Dezember 1994 Folge zu leisten und die Summe von etwas mehr als 16 Millionen US-Dollar an den Beschwerdeführer als Entschädigung zu zahlen. Als sich jedoch Anfang 1997 in Straßburg abzeichnete, daß das Ministerkomitee des Europarates die griechische Obstruktion unter dem Aspekt von Art. 8 des Europaratsstatuts (Ausschluß) auf die Tagesordnung setzen würde, hatte sich die griechische Regierung durch ihren Anwalt mit dem Beschwerdeführer in London innerhalb von nur zwei Tagen auf einen Zahlungsmodus geeinigt.

Das war kein Tag zu früh, wenn man bedenkt, daß die jetzt anstehenden zahlreichen türkischen Folter-Fälle vor Kommission und Gerichtshof für Menschenrechte aller Wahrscheinlichkeit nach zu hohen Schadenersatzzahlungen führen und deshalb ähnliche Probleme aufwerfen werden. Für eine kooperationsunwillige türkische Regierung hätte es ja wohl kaum einen besseren Präzedenzfall gegeben als die Weigerung einer griechischen Regierung, ihre Vertragspflichten unter der EMRK zu erfüllen. Die Vollstreckung der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschen-

9 Vgl. Theo Öhlinger, Das Grundrechtsverständnis in Österreich, in: Rudolf Machacek u. a. (Hrsg.), Grund- und Menschenrechte in Österreich, Bd. 1, Kehl – Straßburg – Arlington 1991, S. 29, 37 f.; Peter Jann, Verfassungsrechtlicher und internationaler Schutz der Menschenrechte: Konkurrenz oder Ergänzung? Landesbericht Österreich auf der IX. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte (Paris), in: EuGRZ, 21 (1994) 1–2, S. 1 (3)

10 Vgl. Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 19. 3. 1975, in: EuGRZ, 2 (1975) 19, S. 351

11 Vgl. Eibe Riedel, Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte zur Frage des Sexualkundeunterrichts an öffentlichen Schulen, in: EuGRZ, 5 (1978) 11, S. 264 ff.

12 Vgl. Paul Kirchhof, Verfassungsgerichtlicher Schutz und internationaler Schutz der Menschenrechte: Konkurrenz oder Ergänzung? Landesbericht Deutschland auf der IX. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte (Paris), in: EuGRZ, 21 (1994) 1–2, S. 16, 25 f., 31 ff.

13 Vgl. Urteil vom 9. 12. 1994, in: Human Rights Law Journal, 15 (1994) 11–12, S. 432

rechte darf keine Verhandlungssache werden. In der Öffentlichkeit hat man von dem griechischen Fall deshalb nicht viel gehört, weil die Sitzungen des Ministerkomitees des Europarates, das die Vollstreckung der Urteile des EGMR überwacht, vertraulich sind.

Das Beispiel Griechenland hat zumindest zwei bedenkliche Aspekte: Zum einen fordert Griechenland im Rahmen der Europäischen Union – im Prinzip zu Recht – die Loyalität seiner Partner gegenüber den Kriegsdrohungen der ehemaligen Besatzungsmacht Türkei ein. Wer eine Rechtsgemeinschaft an ihre Pflichten erinnert, erweist sich jedoch keinen guten Dienst, wenn er sich der Erfüllung seiner eigenen Pflichten in extremer Weise zu entziehen sucht. Zum anderen ist Griechenland der einzige Staat, der bisher wegen systematischer Folter und anderer Verletzungen der Europäischen Menschenrechtskonvention aus dem Europarat ausgeschlossen wurde. Das Athener Obristen-Regime glaubte 1969 dieser Sanktion durch einen spektakulären Austritt aus dem Europarat zuvorkommen zu können. Der von den Athener Obristen angezettelte Putsch auf Zypern, der die türkische Invasion 1974 provozierte, um Zyperns Anschluß an Griechenland zu verhindern, führte am Ende zum Zusammenbruch des Athener Regimes. Nach Wiederherstellung der Demokratie kehrte Griechenland in den Europarat und in die Europäische Menschenrechtskonvention 1974 zurück.

Unter den Opfern der Diktatur, die von der Europäischen Menschenrechtskommission in den sechziger Jahren als Zeugen gehört wurden, war derselbe Andreas Papandreou, der als Ministerpräsident sich nicht scheute, jenen Europarat in seinen Fundamenten zu untergraben, der ihn damals zu schützen suchte und der ihm im Exil geholfen hatte. Ministerpräsident Kostas Simitis, der während seines Exils u. a. Rechtsprofessor in Deutschland war, sah nach seinem Amtsantritt offenbar keinen Grund, hier einzugreifen, obwohl das Ministerkomitee des Europarates nachdrücklich – mündlich und schriftlich – insistierte. Das ist nicht gerade ermutigend.

---

#### IV. Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft

---

Die drei Säulen der Europäischen Union besitzen einen unterschiedlichen Rechtscharakter: Einzig die EG ist eine Rechtsgemeinschaft, nicht zuletzt wegen ihrer verfassungsrichterlichen Kontrolle durch den EuGH. Die Gemeinsame Außen- und

Sicherheitspolitik (2. Säule der EU) sowie die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres (3. Säule der EU) bilden lediglich den Rahmen für die intergouvernementale Zusammenarbeit. Sie unterliegen nicht der Rechtskontrolle durch den EuGH. Wieweit nationale Gerichte Rechtsschutz bieten können, ist noch ungeklärt.

Die unterschiedliche Rechtskonsistenz der Europäischen Union wiegt schwer. Ihre Handlungsfähigkeit dürfte häufig vom guten Willen des Tages abhängen. Wenn da eine Regierung langfristige Ziele verfolgt und Loyalität in diesen Teil der Europäischen Union investiert, hat sie meist nur den nationalen, also den kurzen Hebel in der Hand und selten den längeren, europäischen, mit dem Gegenleistung und Zusammenwirken eingefordert oder eingeklagt werden können.

Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) ist mehr als ein völkerrechtliches Übereinkommen, dessen Rechtssubjekte nur die Staaten wären. Der EuGH führt hierzu in seinem Urteil vom 5. Februar 1963 aus: „Das von der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten unabhängige Gemeinschaftsrecht soll daher den einzelnen, ebenso wie es ihnen Pflichten auferlegt, auch Rechte verleihen. Solche Rechte entstehen nicht nur, wenn der Vertrag dies ausdrücklich bestimmt, sondern auch aufgrund von eindeutigen Verpflichtungen, die der Vertrag den einzelnen wie auch den Mitgliedstaaten und den Organen der Gemeinschaft auferlegt.“<sup>14</sup> Deshalb ist der Vertrag auch als die Verfassung der Gemeinschaft anzusehen.

Die (relative) Stabilität der Gemeinschaft ergibt sich aus mehreren Tatsachen: Erstens wacht über die Einhaltung des Vertrages zunächst die EG-Kommission. Sie kann aus eigener Initiative ermitteln und Vertragsverletzungsverfahren beim EuGH einleiten. Zweitens entscheidet der Gerichtshof sämtliche Zweifels- oder Streitfragen bei der Auslegung und Anwendung des EGV (Art. 164). Das Recht ist nicht mehr Verhandlungssache des Stärkeren. Drittens ist im Rat ein nichtöffentliches und in dem seit 1979 direkt gewählten Europäischen Parlament ein öffentliches Ventil vorhanden, sollten sich extreme Konflikte anbahnen. Und viertens sind die Interessen der Mitgliedstaaten derart verflochten und gegeneinander austariert, daß abrupte Wendungen um eines einseitigen Vorteils willen zumeist mit deutlichen Verlusten auf anderen Feldern verbunden wären. Das Prinzip der Gegenseitigkeit und des Interessenausgleichs ist in der Gemeinschaft zur Selbstverständlichkeit geworden.

<sup>14</sup> Rechtssache Van Gend & Loos, Sammlung 1963, S. 3.

Zu den essentiellen Leistungen des EuGH gehören die kontinuierliche Festigung des Grundrechtsschutzes<sup>15</sup> sowie die Rechtsprechung zur Haftung des Staates für den Schaden, den der einzelne durch die unterbliebene Umsetzung von Richtlinien in innerstaatliches Recht erlitten hat<sup>16</sup>. Hier tritt erneut die besondere Qualität des EGV zutage: Der Mitgliedstaat der Gemeinschaft soll sich in klaren Fällen von selbst verschuldeter Säumnis nicht hinter seiner Souveränität zum offensichtlichen Nachteil der Bürger verstecken können.

Eine Rechtsgemeinschaft kann sich nur auf Gegenseitigkeit und – in der Summe – auf gemeinschaftlichen guten Willen gründen. Wenn nur ein Staat sich permanent für besser hält als die anderen – oder auserwählter –, gibt es Schwierigkeiten. Im Rahmen der von Frankreich immer wieder politisch beanspruchten Sonderrolle (*l'exception française*) führte der Boykott des EuGH durch das oberste französische Verwaltungsgericht (*Conseil d'Etat*) 1978 in der Sache Cohn-Bendit zu einem allgemeinen Unmut in der EG, gerade weil damit auch der Vorrang des Gemeinschaftsrechts in Frage gestellt wurde. Christian Tomuschat charakterisierte die Haltung des Staatsrates mit dem abgewandelten Wort des absolutistischen Monarchen: „La Justice – c'est moi.“<sup>17</sup>

Der Idealfall eines Weges zur besseren Einsicht ist immer der, wenn der Betroffene merkt, daß er sich durch seine Sturheit selbst schadet, weil er sich mit dieser Haltung isoliert. So auch hier. 1989 führte der *Commissaire du gouvernement* (ein nicht an Weisungen gebundener Generalanwalt) Patrick Frydman den Richtern des Conseil d'Etat im Fall Nicolo (es ging um das Wahlrecht zum Europäischen Parlament in den französischen Überseegebieten) vor Augen, daß es weise ist, die Realitäten zu erkennen. Der Conseil d'Etat lenkte im Prinzip ein und erkannte den Vorrang völkerrechtlicher Verträge (incl. EMRK und Gemeinschaftsrecht) vor späterem nationalem Gesetz durch Änderung der Rechtsprechung an<sup>18</sup>.

15 Vgl. Carl Otto Lenz, Der europäische Grundrechtsstandard in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in: EuGRZ, 20 (1993) 24, S. 585 ff.; Matthias Ruffert, Die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft als Verpflichtete der Gemeinschaftsgrundrechte, in: EuGRZ, 21 (1995) 22, S. 518 ff.

16 Vgl. zuletzt Haftung Deutschlands wegen verspäteter Umsetzung der Richtlinie über Pauschalreisen, Urteil vom 8. 10. 1996, in: EuGRZ, 23 (1996) 18–19, S. 450 ff.

17 Christian Tomuschat, La justice – c'est moi. Zum Cohn-Bendit-Urteil des französischen Conseil d'Etat vom 22. 12. 1978, in: EuGRZ, 6 (1979) 11, S. 257 ff.

18 Vgl. Patrick Frydman, Schlußanträge im Fall Nicolo, in: EuGRZ, 17 (1990) 5, S. 99 ff.; Urteil des Conseil d'Etat vom 20. 10. 1989, in: ebd., S. 106; Daniel Ludet/Rüdiger Stotz, Die

Deutlich vor dem „Solange“-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts (s. Kap. V) hat der italienische Verfassungsgerichtshof dem EuGH ein nationales Notwehrrecht signalisiert – auf eine elegante Art, die niemanden verletzt. Zwei Gerichte in Turin und Genua hatten der *Corte Costituzionale* die Frage vorgelegt, ob es mit der Verfassung vereinbar sei, der Europäischen Gemeinschaft die Kompetenz zu verleihen, auf dem Staatsgebiet unmittelbar anwendbare Verordnungen zu erlassen, ohne daß dem Bürger gegenüber diesen Verordnungen die Garantien zustehen, über die er verfügt, wenn es sich um Gesetze des italienischen Staates handelt.

Der Verfassungsgerichtshof in Rom wies zunächst auf die Entscheidung von 1965 hin, in der er die Weite des Rechtsschutzes innerhalb der Gemeinschaft gegenüber ihren Organen gewürdigt hatte. Nur für den Fall, daß „jemals dem Art. 189 EWGV eine so abwegige Auslegung gegeben werden sollte“, daß die Grundprinzipien der italienischen verfassungsmäßigen Ordnung oder der unveräußerlichen Menschenrechte verletzt würden, behielt sich die *Corte Costituzionale* ein Letztentscheidungsrecht vor. Es wurde gesagt, was gesagt werden sollte<sup>19</sup>. Roma locuta – doch das stört den Frieden der Institutionen nicht.

---

## V. Die deutsche Sonderrolle

---

### 1. „Solange I“ (1974) und „Solange II“ (1986)

„Solange der Integrationsprozeß der Gemeinschaft nicht so weit fortgeschritten ist, daß das Gemeinschaftsrecht auch einen von einem Parlament beschlossenen und in Geltung stehenden formulierten Katalog von Grundrechten enthält, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes adäquat ist, . . .“ so apodiktisch beginnt der Leitsatz zu dem Beschluß vom 29. Mai 1974<sup>20</sup>, mit dem das BVerfG sich dem EuGH gegenüber das letzte Wort vorbehält. Getragen wurde das Hohelied vom Grundgesetz von den fünf Richtern Vizepräsident Seuffert, Geiger, Rinck, Rottmann und v. Schlabrendorff.

Warum das Grundgesetz nicht über alles geht, sagen in ihrer abweichenden Meinung die drei überstimmten Richter Rupp, Hirsch und Wand ausgesprochen deutlich: „Diese Möglichkeit (der

neue Rechtsprechung des französischen Conseil d'Etat zum Vorrang völkerrechtlicher Verträge, in: ebd., S. 93 ff.

19 Vgl. Urteil vom 27. 12. 1973, in: EuGRZ, 2 (1975) 16–17, S. 311 ff.

20 EuGRZ, 1 (1974) 1, S. 5 ff.

Rechtszersplitterung, d. Verf.) eröffnen, heißt ein Stück europäischer Rechtseinheit preisgeben, den Bestand der Gemeinschaft gefährden und den Grundgedanken der europäischen Einigung verleugnen . . . Dieser Eingriff schafft für die Bundesrepublik Deutschland einen Sonderstatus und setzt sie dem berechtigten Vorwurf einer Verletzung des EWG-Vertrags und der Gefährdung der Gemeinschaftsrechtsordnung aus.“<sup>21</sup>

Zwölf Jahre später, die Richter des Zweiten Senats hatten inzwischen gewechselt, fand das BVerfG Gelegenheit und Mut, vom hohen Sockel ein paar Stufen herabzusteigen. Es ordnet sich dem EuGH nicht mehr permanent über und erkennt im „Solange-II“-Beschluß vom 22. Oktober 1986<sup>22</sup> an, daß der EuGH gesetzlicher Richter i.S. des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist und „in richterlicher Unabhängigkeit grundsätzlich endgültig entscheidet“. Weiter stellt es fest, daß der EuGH in seiner Rechtsprechung einen wirksamen Grundrechtsschutz gewährleistet. „Solange“ der EuGH darin fortfährt, lautet die Konsequenz: „... wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht . . . nicht mehr ausüben“.

## 2. Maastricht-Urteil (1993)

Das Urteil zum Vertrag über die Europäische Union<sup>23</sup> läßt den Maastricht-Vertrag zwar als verfassungskonform passieren, weil die Schwelle zum Bundesstaat noch nicht überschritten ist, es wühlt jedoch den Kompetenzstreit heftig auf, weil in der Begründung Zukunftsfragen restriktiv beantwortet werden, die sich gegenwärtig noch gar nicht stellen. Das BVerfG stört damit den Frieden der Institutionen. Die richterliche Kunst der Selbstbeschränkung setzt offenbar einen Grad an kollektiver Weisheit voraus, mit dem der Zweite Senat im Oktober 1993 nicht gesegnet war.

So entsteht der bedauerliche Eindruck, das BVerfG wolle in geradezu rechthaberischer Weise

21 Ebd., S. 10 ff.

22 Vgl. EuGRZ, 14 (1987) 1-2, S. 10 ff.; Meinhard Hilf, Solange II: wie lange noch Solange?, ebd. S. 1 ff.

23 Vgl. Anm. 1 sowie Peter Hommelhoff/Paul Kirchhof (Hrsg.), Der Staatenverbund der Europäischen Union. Beiträge und Diskussionen des Symposiums am 21./22. Januar 1994 in Heidelberg, Heidelberg 1994; Dimitris Th. Tsatsos, Die Europäische Unionsgrundordnung, Grundsatzfragen und fünf Anregungen zum Umdenken anlässlich der Regierungskonferenz 1996, in: EuGRZ, 22 (1995) 13-14, S. 287 ff.; Erich Röper, Das Volk Europas, einig in seinen Völkern und Stämmen, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, 29 (1996) 12, S. 468 ff.

dem EuGH unterstellen, er überschreite systematisch seine Kompetenzen. Bei allem Respekt – einem anderen Gericht von bestimmt ebenbürtiger Rechtsprechungsleistung den guten Willen zu genauer Pflichterfüllung abzusprechen steht auch dem Bundesverfassungsgericht nicht zu. Wenn schon Demokratie-Begriffe und -Kriterien für die Zukunft eingezirkelt werden, sollten Würde und Respekt nicht zu kurz kommen. Christian Tomuschat vermißt in dem Urteil jede „differenzierende Höflichkeit“<sup>24</sup>, während Michel Fromont (Sorbonne) kritisch anmerkt, daß das BVerfG mit seiner Urteilsbegründung sich selbst zum „Herren der Verträge“ macht<sup>25</sup>.

Hier ist nicht der Ort, europarechtliche Dogmatik auszubreiten. Indes bleibt zu hoffen, das BVerfG werde insgesamt dem Eindruck einer gewissen Eigenwilligkeit bei der Beurteilung anderer Institutionen entgegenwirken, es werde in seinen Entscheidungen nur auf Fragen antworten, die ihm tatsächlich und zulässig gestellt sind, und es werde im Rahmen eines Mindeststandards innergerichtlicher Demokratie und gegenseitigen Respekts von – allen – seinen Mitgliedern die übliche Zurückhaltung in der Diskussion außerhalb des Gerichts verlangen, um auch im Hinblick auf künftige Entscheidungen den Anschein von Befangenheit zu vermeiden.

---

## VI. Perspektiven

---

Die volle Wirksamkeit europäischen und nationalen Rechts ist dann gewährleistet, wenn Gerichte, Verwaltung und Gesetzgeber an den Schnittstellen beider Ebenen Zusammenarbeit und Zusammenwirken suchen, ohne für sich und damit für ihren Staat eine Sonderrolle zu beanspruchen.

Auch wenn die Rechtsgemeinschaft innerhalb der EG bzw. der EU fest gefügt erscheint, ist der darauf basierende Rechtsfriede keineswegs selbstverständlich und automatisch. Er muß immer gegen Enttäuschungen und gegen die Versuchung verteidigt werden, in die Illusion einer allumfassend rettenden nationalen Souveränität zurückzufallen.

24 Vgl. Christian Tomuschat, Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, in: EuGRZ, 20 (1993) 20-21, S. 489 ff.

25 Vgl. Michel Fromont, Europa und nationales Verfassungsrecht nach dem Maastricht-Urteil. Kritische Bemerkungen, in: Juristenzeitung, 50 (1995) 17, S. 800 ff.

## **Stephan Detjen: Verfassungsverständnis und Verfassungsdiskussionen in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland**

Aus Politik und Zeitgeschichte, B 15–16/97, S. 3–10

Das Grundgesetz ist eine dynamische Verfassung, die in ihrer bald 50jährigen Geschichte einer Vielzahl von förmlichen Änderungen sowie einem steten Wandel wesentlicher Verfassungsstrukturen unterlag. In einzelnen, teilweise krisenhaften Momenten in der Frühphase der Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik wurde deutlich, daß das Grundgesetz labile Elemente besaß, die erst im Laufe der Geschichte eine unverrückbare Kontur annahmen. Intensive Debatten über die Todesstrafe oder Überlegungen Adenauers zu einer präsidialen Demokratie zeigten mögliche, aber nicht realisierte Optionen einer Verfassungsentwicklung auf. Mit dem Wegfall der alliierten Vorbehaltsrechte wurde das Grundgesetz zielstrebig vom Provisorium zum Definitivum ausgebaut. In der Debatte über die Notstandsverfassung wurde dabei auch deutlich, daß das Grundgesetz zu einem konsensfähigen Boden für ein breit angelegtes Verfassungsbewußtsein herangereift war. Es manifestierte sich schließlich in einer moderaten, auf Konsens bedachten Weiterentwicklung des Grundgesetzes.

Die massivsten Strukturverschiebungen im Verfassungsgefüge fanden in der föderalen Ordnung statt. In zahlreichen Eingriffen in die Finanzverfassung sowie die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern kam die beherrschende unitarische Tendenz der gesamten Verfassungsentwicklung zum Ausdruck. Zum Zeitpunkt der Wiedervereinigung war das Provisorium Grundgesetz längst zu einem Definitivum geworden. Die Herausforderung für seine weitere Entwicklung ist heute der europäische Integrationsprozeß, in dem sich eine übernationale Verfassungsordnung über die des Grundgesetzes wölbt.

## **Michael Reissenberger: Wer bewacht die Wächter? Zur Diskussion um die Rolle des Bundesverfassungsgerichts**

Aus Politik und Zeitgeschichte, B 15–16/97, S. 11–20

Die heftigen öffentlichen Debatten der jüngsten Vergangenheit über einzelne Beschlüsse und die Rolle des Bundesverfassungsgerichts bedeuten eine harte Probe auf die politische Kultur; sie erinnern zugleich frappant an frühere Auseinandersetzungen über die Legitimität als mißliebig empfundener richterlicher Entscheidungen. Hieran wird die Provokation deutlich, die die Verfassungsgerichtsbarkeit für das Mehrheitsprinzip darstellt; die politische Opposition und selbst einzelne Bürger können sie gelegentlich als ‚langen Hebel‘ gegen überwältigende Mehrheiten in Parlament und Volk nutzen.

Im Streit über die Westverträge in den fünfziger Jahren formulierten die Verfassungsrichter in ihrem „Statusbericht“ den bis heute in Politik und Medien häufig nicht nachvollzogenen Hinweis, daß im Verfassungsrecht „das Politische selbst zum Gegenstand rechtlicher Normierung“ wird und somit auch „Machtfragen“ gestellt sind. Das Gericht, nicht auf Wahlergebnisse hin orientiert, zieht mit seiner Grundrechtsdogmatik Rechtsprechungslinien weit aus, neigt nicht zu kurzfristiger Taktik; das führt gelegentlich zur ‚Ungleichzeitigkeit‘ von Verfassungsrecht und Politik. Das Verhalten von Parlament und Exekutive stärkt dabei durchaus den Einfluß des Verfassungsgerichts auf verfassungspolitische Debatten der Republik. Selbst bei ureigenen politischen Materien, wie z. B. der Frage der militärischen Einsätze im Rahmen von UNO und NATO, wird die Auseinandersetzung nach Karlsruhe verlagert. Wer von einer Hypertrophie der Verfassungsgerichtsbarkeit spricht, muß also zugleich den politischen Betrieb der Bundesrepublik insgesamt in den Blick nehmen. Die ostentative Mißachtung mißliebiger Verfassungsgerichtsentscheidungen sollte in einem Verfassungsstaat unterbleiben.

## **Markus Bremers: Soziale Staatsziele und Verfassungsverständnis. Ein Rückblick auf die Verfassungsdebatte der deutschen Einheit**

Aus Politik und Zeitgeschichte, B 15–16/97, S. 21–32

Die Verfassungsdebatte, die die Herstellung der Einheit Deutschlands begleitete, hat höchst unterschiedliche Auffassungen über die Funktion und die Leistungskraft des Verfassungsrechts zutage treten lassen. Es standen sich im wesentlichen zwei verfassungspolitische Lager gegenüber: Auf der einen Seite wurde die Verfassung ausschließlich als rechtliches Regelwerk zur Sicherung der „technischen“ Funktionsweise des Staatsapparates begriffen („Staatsverfassung“), von der anderen Seite darüber hinaus auch als Identifikations- und Integrationsmedium für die Gesellschaft und jeden einzelnen Bürger („Bürgerverfassung“). Während somit der eine Verfassungsbegriff die Gesellschaft aus dem Verfassungsrecht ausgrenzt, ist für den anderen Verfassungsbegriff gerade gesellschaftliche Integration auch Aufgabe des Verfassungsrechts. Dementsprechend unterschiedlich waren die Erwartungen, die anlässlich der deutschen Vereinigung an das Verfassungsrecht gerichtet wurden: Sah die eine Seite die Möglichkeiten der Verfassung im wesentlichen auf die Gewährleistung eines reibungslosen funktionstechnischen Ablaufs des Vereinigungsprozesses beschränkt, so hoffte die andere Seite, mittels der Verfassung dem neu entstehenden Selbstverständnis des gesamtdeutschen Gemeinwesens Ausdruck zu geben.

Besonders deutlich kristallisierten sich diese Auffassungsunterschiede nicht nur in dem Streit um den „besten“ Weg zur deutschen Einheit, sondern auch in der Diskussion um die verfassungsrechtliche Verankerung sozialer Staatsziele. Waren Staatszielbestimmungen für die einen lediglich appellative „Verfassungssyrik“, die unerfüllbare Versprechungen erzeugen würde, so verstanden sie die anderen als sinnvolle Ergänzungen, in denen sich die Menschen mit ihren Sorgen und Bedürfnissen wiederfinden könnten. Auch in den Beratungen der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat (GVK) nahmen die sozialen Staatsziele großen Raum ein, doch litt die Diskussion dort daran, daß man die dahinterstehenden grundsätzlichen Unterschiede im Verfassungsverständnis nicht deutlich thematisierte. Vielmehr wurden in der GVK erhebliche Kommunikationsprobleme sichtbar, die Grund dafür waren, daß die Kontrahenten vielfach aneinander vorbei redeten.

Wenn sich auch die Auffassungen über Funktion und Leistungskraft einer Verfassung grundsätzlich unterschieden, so waren sie doch nicht gegensätzlich, sondern unterschiedlich weitreichend. Denn beide Positionen argumentierten auf der Basis des Grundgesetzes, dessen Bewahrung unbestritten war. Strittig war lediglich, ob man über die „technischen“ Funktionen des Grundgesetzes hinaus nicht auch noch weitere, integrative Verfassungsfunktionen anerkennen und fixieren sollte.

## **Norbert Paul Engel: Die Wirksamkeit europäischen und nationalen Rechts**

Aus Politik und Zeitgeschichte, B 15–16/97, S. 33–38

Die Interessenkonflikte zwischen den einzelnen Staaten der Europäischen Union (EU) zu kanalisieren und zu lösen ist Aufgabe der Verträge und ihrer Institutionen. Politisch führt der Entscheidungsweg über Kommission und Rat unter Mitwirkung des Europäischen Parlaments. Rechtlich sind es die innerstaatlichen Gerichte und der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH), die zusammen über Vorlage und Vorabentscheidung die Rechtseinheit innerhalb der Gemeinschaft wahren und somit der Rechtssicherheit dienen. Die unmittelbare Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zwingt die Mitgliedstaaten zur Rechtstreue. Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) ist der Kern einer gesamteuropäischen Verfassung, der auch in die EU hineinwirkt.

Die (relative) Stabilität der EG bzw. der Europäischen Union ergibt sich vor allem aus der Tatsache, daß sie eine Rechtsgemeinschaft ist. Das Bundesverfassungsgericht hat demgegenüber die 1974 beanspruchte und 1986 abgemilderte nationale Sonderrolle im Maastricht-Urteil von 1993 stärker in den Vordergrund geschoben. Auch wenn die Rechtsgemeinschaft innerhalb der EU fest gefügt erscheint, ist der darauf basierende Rechtsfriede keineswegs selbstverständlich und automatisch. Er muß immer gegen Enttäuschungen und gegen die Versuchung verteidigt werden, in die Illusion einer allumfassend rettenden nationalen Souveränität zurückzufallen.