

Aus Politik und Zeitgeschichte

Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament

Rupert Scholz

Das Bundesverfassungsgericht: Hüter der
Verfassung oder Ersatzgesetzgeber?

Hans-Peter Schneider

Richter oder Schlichter?

Das Bundesverfassungsgericht als Integrationsfaktor

Peter Häberle

Verfassungslehre als Kulturwissenschaft
am Beispiel von 50 Jahren Grundgesetz

Jürgen Bröhmer

Das Bundesverfassungsgericht und
sein Verhältnis zum Gerichtshof
der Europäischen Gemeinschaften

B 16/99

16. April 1999

Rupert Scholz, Dr. jur., geb. 1937; o. Prof. für Staats- und Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre und Finanzrecht an der Juristischen Fakultät der Universität München; 1981–1988 Berliner Senator für Justiz und Bundesangelegenheiten; 1988–1989 Bundesminister der Verteidigung; seit 1990 Mitglied des Deutschen Bundestages; derzeit Vorsitzender des Rechtsausschusses.

Zahlreiche Veröffentlichungen zu verfassungsrechtlichen Fragen.

Hans-Peter Schneider, Dr. jur., Dr. h. c., geb. 1937; Professor für Staats- und Verwaltungsrecht und Direktor des Deutschen Instituts für Föderalismusforschung e. V. an der Universität Hannover; Mitglied des Niedersächsischen Staatsgerichtshofs und des Verfassungsgerichtshofs des Freistaates Sachsen.

Zahlreiche Veröffentlichungen auf den Gebieten des Verfassungsrechts, insbesondere des Parlamentsrechts, des Parteienrechts, der Verfassungsgerichtsbarkeit, der Rechtsphilosophie und des Kirchenrechts.

Peter Häberle, Dr. jur., Dr. h. c., geb. 1934; Professor für Öffentliches Recht, Rechtsphilosophie und Kirchenrecht an der Universität Bayreuth; ständiger Gastprofessor für Rechtsphilosophie an der Universität St. Gallen; Mitglied in der Bayerischen und der Heidelberger Akademie der Wissenschaften; Fellow am Wissenschaftskolleg zu Berlin 1992/93.

Veröffentlichungen u. a.: Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Aufl., Heidelberg 1983; Verfassung als öffentlicher Prozeß, 3. Aufl., Berlin 1998; Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl., Berlin 1998.

Jürgen Bröhmer, Dr. iur., geb. 1961; wissenschaftlicher Assistent am Europa-Institut der Universität des Saarlandes.

Veröffentlichungen u. a.: Europäische Gemeinschaft und Medienvielfalt. Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft zur Sicherung des Pluralismus im Medienbereich; Marburger Medienschriften, Band 1, Frankfurt am Main 1998; (zus. mit Georg Ress) State Immunity and the Violation of Human Rights, (Kluwer Law International), Den Haag–Boston–London 1997.



ISSN 0479-611 X

Herausgegeben von der Bundeszentrale für politische Bildung, Berliner Freiheit 7, 53111 Bonn. Internet: <http://www.bpb.de>; E-Mail: ag2@bpb.de

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.

Das Bundesverfassungsgericht: Hüter der Verfassung oder Ersatzgesetzgeber?

I. Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit

Wenn am 23. Mai 1999 der 50. Geburtstag des Grundgesetzes gefeiert wird, so gilt es nicht nur dieser enorm erfolgreichen Verfassung zu gedenken, ihr vor allem dafür zu danken, daß sie die erste stabile rechtsstaatliche Demokratie in Deutschland ermöglicht hat, sondern es gilt auch, sich der vom Grundgesetz geschaffenen Verfassungsinstitutionen zu besinnen, die diesen Erfolg des Grundgesetzes vielfältig erst ermöglicht haben. Zu diesen Institutionen gehört wesentlich auch das Bundesverfassungsgericht, das vom Grundgesetz vor allem über die Bestimmungen der Art. 93, 94, 99, 100 in Verbindung mit dem BVerfGG geschaffen wurde und das inzwischen zum zentralen Hüter unserer Verfassung geworden ist. Ein Vorbild für dieses Bundesverfassungsgericht gab es in der deutschen Verfassungsgeschichte nicht. Der Reichsstaatsgerichtshof der Weimarer Republik beschränkte sich auf wenig substantielle Zuständigkeiten, seine Kompetenzen lagen ausschließlich im Bereich des Staatsorganisationsrechts. Das Bundesverfassungsgericht wurde dagegen ein echtes und umfassendes Verfassungsgericht, das vor allem auch über die Kompetenz der Verfassungsbeschwerde (Art. 93 I Abs. 1 Nr. 4 a, 4 b GG), also über die Zuständigkeit zur Entscheidung über Grundrechtsbeschwerden verfügt und damit zur herausragenden Institution im Bereich des bürgerlichen Rechtsschutzes und der realen Wahrung wie Durchsetzung der Grundfreiheiten des Grundgesetzes wurde.

Wenn der grundgesetzliche Rechtsstaat, namentlich die Grundrechte, heute über ein so herausragendes Maß an normativer Selbständigkeit wie Stabilität verfügen, so ist dies maßgebend das Werk der außerordentlich stringenten Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts. Über Jahrzehnte hat sich das Bundesverfassungsgericht aber nicht nur im Bereich seiner Grundrechtsjudikatur einen außerordentlich hohen Ruf und ein enormes Prestige erworben; es hat sich zu einem Verfassungsorgan entwickelt, dem, ungeachtet manchen Streits um das eine oder andere

Urteil, ein außerordentlich hohes Maß an Vertrauen und Akzeptanz zugewachsen ist – ein Maß, das das Bundesverfassungsgericht mit Recht zu einer der glücklichsten und erfolgreichsten Schöpfungen der grundgesetzlichen Verfassungsordnung insgesamt erhoben hat.

Das Bundesverfassungsgericht ist dennoch gerade in den letzten Jahren verstärkt in die ebenso politisch-öffentliche wie fachwissenschaftliche Kritik geraten. Vor allem seine Entscheidungen zum Kruzifix-Verbot¹, zum Tucholsky-Zitat „Soldaten sind Mörder“², zur Straffreiheit von Sitzblockaden³, zur eingeschränkten Strafbarkeit von Haschisch-Besitz⁴ und zur Straffreiheit von ehemaligen DDR-Spionen wie Markus Wolf⁵ haben zu entsprechender Erregung wie Kritik geführt. Plötzlich wird davon gesprochen, daß ein „Gericht aus dem Ruder läuft“⁶, daß eine „Götterdämmerung“ drohe („Wer schützt die Verfassung vor ihren Wächtern?“)⁷, daß das Bundesverfassungsgericht „als Motor des Zeitgeistes ungeeignet“ sei⁸, daß ihm „Selbstherrlichkeit“ vorzuwerfen sei⁹, daß „ein Ruf verspielt wird“¹⁰, daß seine „Autorität beschädigt sei“¹¹, daß das „Bundesverfassungsgericht als Wohlfahrtsausschuß“ fungiere¹², daß das Bundesverfassungsgericht zunehmend mehr als „Gegengewalt“ namentlich zu Parlament und Regierung fungiere¹³, ja daß das Bundesverfassungsgericht uns zunehmend mehr „auf den

1 Vgl. BVerfGE 93, 1 ff.

2 Vgl. BVerfG, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 94, S. 2943 f.; BVerfGE 93, 266 ff.

3 Vgl. BVerfGE 92, 1 ff.

4 Vgl. BVerfGE 90, 145 ff.; vgl. auch BVerfG, in: NJW, 95, S. 3112.

5 Vgl. BVerfGE 92, 277 ff.

6 V. Krey, Das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe – ein Gericht läuft aus dem Ruder, in: Juristische Rundschau, 95, S. 221 ff.

7 B. Großfeld, Götterdämmerung? Zur Stellung des Bundesverfassungsgerichts, in: NJW, 95, S. 1719 ff.

8 B. Rüthers, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) vom 9. 6. 1995.

9 R. Jacobs, in: Rheinischer Merkur vom 14. 8. 1995.

10 K. F. Fromme, in: FAZ vom 14. 8. 1995.

11 E. Benda, in: Focus, (1995) 36.

12 J. Isensee, Am Ende der Demokratie oder am Anfang?, Berlin 1995, S. 48.

13 W. Schmitt-Glaeser, Das Bundesverfassungsgericht als „Gegengewalt“ zum verfassungsändernden Gesetzgeber? Lehren aus dem Diäten-Streit 1995, in: Festschrift für Klaus Stern, München 1997, S. 1183 ff.

Weg in den „verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“ führe¹⁴. Ebenso mahnende wie zur Besinnung aufrufende Stimmen erklingen vor allem aus dem Gericht selbst. So spricht die Präsidentin des Bundesverfassungsgerichts J. Limbach davon, daß das Bundesverfassungsgericht einen „politischen Machtfaktor“ darstelle, dem zufolge sich das Gericht auch der öffentlichen Kritik selbst stellen müsse¹⁵. Der frühere Verfassungsrichter E. W. Böckenförde schreibt seinen Kollegen in das Stammbuch: „Dem Bundesverfassungsgericht steht weder ein Initiativrecht zu noch eine Befugnis begleitender Verfassungskontrolle gesetzgeberischen Handelns“; das Bundesverfassungsgericht dürfe sich dem Gesetzgeber gegenüber nicht als „autoritativer Praeceptor“ aufspielen, auch nicht als „fürsorglicher Praeceptor“¹⁶. In der gleichen Richtung spricht der Bundesverfassungsrichter P. Kirchhof davon, daß „eine erneuernde Erstinterpretation der Verfassung dem Gesetzgeber zusteht; die Rechtsprechung ist der lediglich kontrollierende Zweitinterpret“¹⁷. Der frühere Verfassungsrichter K. Hesse warnt das Gericht schließlich vor jeder Form von „Supergesetzgebung“ und „Superrevisionsinstanz“¹⁸.

Schon diese Zitate belegen, daß das Bundesverfassungsgericht buchstäblich ins Gerede bzw. in manches Zwielficht geraten ist, das nicht nur dem Gericht selbst schadet, sondern das der grundgesetzlichen Verfassungsordnung und ihrer normativen Stringenz insgesamt schädlich, ja gefährlich zu werden droht¹⁹. Und dennoch wäre es völlig falsch, über solcher Kritik und solchem Meinungsstreit über die Rolle wie Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit den besonderen Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zur Bewahrung wie auch justitiellen Konkretisierung und Weiterentwicklung unserer Verfassungsordnung insgesamt zu vergessen. Unsere Verfassungsordnung ist ohne das Bundesverfassungsgericht nicht mehr denkbar. Andererseits muß unverändert jede Form einer Verfassungsgerichtsbarkeit die permanente Gratwanderung in der Abgrenzung zum Genuin-Politischen bestehen, muß sie die Gratwanderung zwischen rechtsgebundener Judikatur bzw. verfassungsanwendender und -konkretisierender Recht-

sprechung einerseits und politischem Willensentscheid bzw. gesetzgeberischer Gestaltung andererseits wahren. Dies haben im übrigen schon die Väter des BVerfGG ebenso deutlich gespürt wie gewußt. Nicht zu Unrecht hat etwa A. Arndt schon 1950 ausgeführt, daß „die Richter des Bundesverfassungsgerichts keine Politik machen sollen und sie auch nicht machen dürfen; aber sie müssen sich darüber klar sein, welche politischen Erwägungen sowohl dem Grundgesetz als auch den zur Entscheidung kommenden Maßnahmen des gesetzgebenden oder verwaltenden Organs zugrunde liegen und welche politischen Auswirkungen ihre Entscheidungen haben“²⁰. G. Leibholz hat schon damals davon gesprochen, daß „der Verfassungsrichter als Hüter der Verfassung“ auch „darüber zu wachen hat, daß der Gerichtshof keinerlei politische Machtbefugnisse usurpiert“²¹. Wenn diese Gratwanderung nicht immer wieder bewußt gehalten und in solchem Bewußtsein bestanden wird, dann gilt das Wort von K. Hesse, dem zufolge die Gefahr einer Juridifizierung der Politik und einer Politisierung der rechtsprechenden Gewalt dazu führen kann, daß „die Justiz alles zu verlieren und die Politik nichts zu gewinnen hat“²².

II. Bundesverfassungsgericht und Verfassungsnormativität

Es gibt kein Feld unseres staatlich-politischen wie gesellschaftlich-sozialen und bürgerlich-freiheitlichen Daseins, das vom Bundesverfassungsgericht und seiner Rechtsprechung nicht maßgebend beeinflußt und mitgestaltet worden ist. Eines der Erfolgsgeheimnisse des Grundgesetzes liegt – neben seinem stringenten Bekenntnis zur stabilen Demokratie und zum wehrhaften Rechtsstaat – namentlich darin, daß das Grundgesetz sich als gesellschaftspolitisch weitgehend offene Verfassung verstanden hat, daß es auf allzu konkrete, allzu momentane und damit auch allzu flüchtige Festlegungen in konkreten Fragen namentlich der Gesellschaftspolitik verzichtet hat, daß es damit der politisch-sozialen Entwicklung wesentlichen Raum eingeräumt hat, daß es sich mit anderen Worten auch dem realen Verfassungswandel durchaus geöffnet hat. Gerade dies hat dazu geführt, daß das Grundgesetz bis auf den heutigen

14 W. Knies, Auf dem Weg in den „verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“?, in: Festschrift für K. Stern (Anm. 13), S. 1155 ff.

15 Vgl. J. Limbach, in: Süddeutsche Zeitung vom 26. 9. 1995.

16 Vgl. Minderheitsvotum, in: BVerfGE 93, 149 ff.

17 P. Kirchhof, in: FAZ vom 13. 9. 1995.

18 K. Hesse, Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel, in: JZ, 95, S. 265 ff.

19 Vgl. zum Ganzen auch mit weiteren Nachweisen R. Scholz, Karlsruhe im Zwielficht. Anmerkungen zu den wachsenden Zweifeln am BVerfG, in: Festschrift für K. Stern (Anm. 13), S. 1201 ff.

20 Protokoll der 23. Sitzung des Bundestagsausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht vom 21. 3. 1950, S. 20.

21 Vgl. Protokoll I/115 – B des Bundestagsausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht, S. 7.

22 K. Hesse (Anm. 18), S. 265, hier S. 267 unter Bezugnahme auf F. Guizot, Des conspirations et de la justice politique, 1821, S. 109.

Tag – auch über die Stunden der Verfassungsreform nach der Wiedervereinigung hinaus – stets eine „moderne“ Verfassung geblieben ist, also mit dem Wandel der Zeitläufe und der gesellschaftlichen Verhältnisse stets Schritt gehalten hat, daß es Wandel und Fortschritt nicht einseitig abgeschnitten, sich solchem Wandel und Fortschritt vielmehr stets in Offenheit und permanent erneuerter Aktualisierungsbedürftigkeit gestellt hat. Ganz folgerichtig mußte dies bedeuten, daß der Verfassungsgerichtsbarkeit bei der Konkretisierung und Aktualisierung unseres Verfassungsrechts eine ganz besondere Rolle zufallen mußte. Die nahezu 100 Bände der Amtlichen Sammlung zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sprechen hierzu eine beredte Sprache. Der Bogen, den die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in allen diesen Fragen gespannt hat, ist außerordentlich weit. Es gibt nahezu keine verfassungsrechtlich oder auch verfassungspolitisch wesentliche Frage, in der es nicht vor allem das Bundesverfassungsgericht gewesen ist, das die maßgebenden Konturen der Verfassung verdeutlicht und ebenso konkretisiert wie aktualisiert hat.

In den Fragen der deutschen Einheit sei nur an das Urteil zum Grundlagenvertrag zwischen der Bundesrepublik und der DDR erinnert²³, das die Verbindlichkeit des grundgesetzlichen Wiedervereinigungsauftrages bewahrt und damit das Tor für die Rückgewinnung der deutschen Einheit im Jahre 1990 offengehalten hat. Zur Frage der europäischen Einigung, der gerade hinsichtlich der Europäischen Union offenen Verfassungsstaatlichkeit unseres Grundgesetzes, ragt das Urteil zum Vertrag von Maastricht²⁴ heraus, mit dem das Bundesverfassungsgericht nicht nur die Verfassungsmäßigkeit dieses Vertrages bestätigt hat, sondern zugleich das Verhältnis von supranationaler und nationaler Staatlichkeit in ebenso klarer wie überzeugender Weise voneinander abgegrenzt hat: Europäische Union ja, Europäische Union aber nicht bzw. noch nicht als Bundesstaat, sondern als „Staatenverbund“, der seine demokratiestaatliche Legitimation unverändert aus der Identität und Existenz der Mitgliedstaaten der Europäischen Union bezieht und der demgemäß – etwa über das Prinzip der begrenzten und abgeleiteten Einzelermächtigung – noch über keine originäre Staatsqualität verfügt, vielmehr in seinen Grundlagen nach wie vor der verfassungsrechtlichen Rückkoppelung an die nationalen Einzel- und Verfassungsstaatlichkeiten bedarf²⁵.

In den Fragen der Außenpolitik und ihrer Basis im Prinzip der offenen und bündnisorientierten Verfassungsstaatlichkeit (Art. 23, 24 GG) ragt vor allem die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den „out of area“-Einsätzen der Bundeswehr heraus²⁶. So politisch unbestritten solche Bundeswehreinsätze heute in der Bundesrepublik sind, so notwendig die bündnispolitische Solidarität Deutschlands gerade in solchen Fragen internationaler Friedenssicherung ist, so überflüssig war damals jener Verfassungsstreit, den das Bundesverfassungsgericht mit seiner ebenso klugen wie abgewogenen Entscheidung beigelegt hat – eine Entscheidung, die im übrigen auch deshalb – weniger verfassungsrechtlich als verfassungspolitisch vielleicht – überzeugt hat, weil sie die für solche Bundeswehreinsätze eigentlich maßgebende Entscheidungskompetenz der Exekutive an die zusätzliche Billigung solcher Bundeswehreinsätze durch das parlamentarische Votum des Bundestages gebunden hat²⁷. Das Grundgesetz selbst kennt genommen eine solche Zuständigkeit des Bundestages nicht; und dennoch war es politisch klug, gerade für ein so sensibles Politikfeld auch das Votum der demokratischen Repräsentanz des Volkssouveräns, also des Bundestages, mit vorauszusetzen.

Der grundgesetzliche Bundesstaat, der aus dem Nebeneinander wie dem auch kompetentiellen Wettbewerb von Zentralstaatlichkeit (Bund) und Gliedstaaten (Bundesländern) lebt, hat durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vielfältige Klärungen und konstitutionelle Festigungen erfahren. Von der bundesstaatlichen Wahrung der Gesamtverfassung und bundeseinheitlichen Gesamtstaatlichkeit²⁸ über die ebenso notwendige Bewahrung der Staatsqualität der Bundesländer²⁹, von der Neugliederung der Länder³⁰ bis zum Länderfinanzausgleich³¹, von der wechselseitigen Pflicht zur – verfassungsrechtlich ungeschriebenen – Bundestreue³² bis zur detaillierten Abgrenzung wechselseitiger Kompetenzzuweisungen³³ – in allen diesen Feldern ist die

26 Vgl. BVerfGE 90, 286 ff.

27 Vgl. BVerfGE 90, 286 (345 ff.).

28 Vgl. z.B. BVerfGE 1, 14 ff.; 1, 299 ff.; 6, 309 ff.; 11, 77 ff.; 12, 205 ff.; 13, 54 ff.; 34, 9 ff.; 41, 291 ff.; 60, 175 ff.; 64, 301 ff.

29 Vgl. ebd.

30 Vgl. BVerfGE 13, 54 ff.

31 Vgl. bes. BVerfGE 1, 117 ff.; 86, 148 ff.; 95, 250 ff.

32 Vgl. z.B. BVerfGE 9, 268 ff.; 39, 96 ff.; 41, 291 ff.; 95, 250 ff.

33 Vgl. dazu mit Nachweisen R. Scholz, Ausschließliche und konkurrierende Gesetzgebungskompetenz von Bund und Ländern in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Chr. Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. II, 1976, S. 252 ff.; H. H. Klein, Verwaltungskompetenzen von Bund und Län-

23 Vgl. BVerfGE 36, 1 ff.

24 Vgl. BVerfGE 89, 155 ff.

25 Vgl. BVerfGE 89, 155 (172 ff.).

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für unseren ebenso lebendigen wie stabilen Bundesstaat richtunggebend geworden.

Die Grundsätze der parlamentarischen und parteienstaatlichen Demokratie hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in vielfältiger Weise nicht nur verfassungsnormativ bekräftigt, sondern auch konkret ausgestaltet – von den Grundsätzen des Wahlrechts³⁴ über die Prinzipien der parteienstaatlichen Demokratie³⁵ bis zu den Verfahren der gesamtdeutschen Wahl³⁶ und zur Verfassungswidrigkeit des Ausländerwahlrechts³⁷. Mit besonders hoher Stringenz hat das Bundesverfassungsgericht das Prinzip der wehrhaften Demokratie und ihrer Absicherung vor allen Formen von Verfassungsfeindlichkeit und politischem Extremismus verteidigt; als herausragende Beispiele seien nur die beiden Parteienverbotsverfahren in den Fällen KPD³⁸ und SRP³⁹ genannt⁴⁰.

Den auch äußerlich wohl breitesten Raum in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nimmt seine Grundrechtsjudikatur ein. Vor allem über seine Rechtsprechung zum sogenannten Hauptfreiheitsrecht des Art. 2 Abs. 1, also der „freien Entfaltung der Persönlichkeit“, hat das Bundesverfassungsgericht den Kanon der Freiheitsrechte buchstäblich geschlossen, indem es die „freie Entfaltung der Persönlichkeit“ als „allgemeine Handlungsfreiheit“ definiert und damit den Art. 2 Abs. 1 GG in buchstäblich jedem Freiheitsfeld zum zumindest subsidiär maßgebenden Verfassungstatbestand erhoben hat⁴¹. Andere wichtige Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu den Grundrechten liegen etwa im Feld des Art. 2 Abs. 2 GG (Schwangerschaftsabbruch)⁴², im Bereich der Berufsfreiheit des Art. 12 GG⁴³, im Feld der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG⁴⁴ sowie im Medienrecht. Gerade im letzteren Bereich hat das Bundesverfassungsgericht nicht

den in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: ebd., S. 277 ff.; K.-M. Friauf, Die Finanzverfassung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: ebd., S. 300 ff.

34 Vgl. bes. BVerfGE 2, 1 ff., 40, 296 ff.; 80, 188 ff.; 84, 304 ff. zur repräsentativen Demokratie; zum Wahlrecht im engeren Sinne vgl. bes. BVerfGE 1, 14 ff.; 13, 54 ff.; 18, 151 ff.; 47, 253 ff.; 82, 322 ff.; 95, 335 ff.

35 Siehe hier vor allem die Urteile zur Parteienfinanzierung: BVerfGE 20, 56 ff.; 24, 300 ff.; 41, 399 ff.; 85, 264 ff.

36 Vgl. hierzu BVerfGE 82, 322 ff.; 82, 353 ff.

37 Vgl. BVerfGE 83, 37 ff.

38 Vgl. BVerfGE 5, 85 ff.

39 Vgl. BVerfGE 2, 1 ff.

40 Vgl. auch BVerfGE 39, 334 ff. (Extremisten im öffentlichen Dienst).

41 Vgl. grundlegend BVerfGE 6, 32 ff.

42 Vgl. bes. BVerfGE 88, 203 ff.

43 Vgl. bes. BVerfGE 7, 377 ff.

44 Vgl. z.B. BVerfGE 14, 263 ff.; 24, 367 ff.; 58, 300 ff.; 74, 264 ff.

nur die für eine jede Demokratie schlechthin konstituierende Bedeutung von Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) betont⁴⁵, sondern zugleich etwa die maßgebenden Konturen für das Verhältnis von öffentlichen Rundfunkanstalten und privaten Rundfunkveranstaltern vorgegeben⁴⁶. Daß gerade eine Judikatur der zuletzt genannten Art nicht ohne Kritik bleiben kann, liegt dabei auf der Hand. Aber das Bundesverfassungsgericht kann jedenfalls auch in diesem Bereich für sich in Anspruch nehmen, daß es wenigstens zur Befriedung wie zu einer den veränderten technologischen Entwicklungen gemäßen Abgrenzung beigetragen hat.

Im Verhältnis gerade zu modernen technologischen Entwicklungen ragt das – wiederum auch vielfältig diskussionsbedürftige – Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Volkszählung und zum – im Zusammenhang hiermit – aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht entwickelten „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ heraus⁴⁷. Moderne Medienfreiheiten können vielfältig mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht kollidieren; das Bundesverfassungsgericht hat es buchstäblich zu spüren bekommen und immer wieder die Aufgabe erhalten, hier die wechselseitig nötigen Grenzen zu ziehen, wobei das Bundesverfassungsgericht vielleicht zu einseitig einen gewissen Primat der Medienfreiheiten wie der öffentlichen Meinungsfreiheit anerkannt hat⁴⁸; das nach hiesiger Auffassung mit Recht kritisierte Urteil zum Tucholsky-Zitat „Soldaten sind Mörder“ ist beredtes Beispiel hierfür⁴⁹.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich indessen bei alledem nicht etwa nur darauf beschränkt, die einzelnen Grundrechtstatbestände und ihre subjektiv-rechtlichen Gewährleistungen zu verdeutlichen, sondern es hat darüber hinaus die Grundrechte auch in ihrer ganz prinzipiellen Qualität als objektive Wertordnung für das Gemeinwesen insgesamt herausgestellt und verfassungsrechtlich aktiviert⁵⁰. Damit sind die Grundrechte zur insgesamt fundamentalen Grundlage unserer gesamten Staats-, Gesellschafts- und Rechtsordnung geworden, was maßgebend zur Identität wie Stabilität unserer gegebenen rechtsstaatlichen Ordnung beigetragen hat.

45 Vgl. bes. BVerfGE 7, 198 ff.; 10, 118 ff.; 12, 205 ff.; 20, 162 ff.; 25, 256 ff.; 35, 202 ff.; 90, 60 ff.

46 Vgl. näher BVerfGE 12, 205 ff.; 57, 295 ff.; 73, 118 ff.; 74, 97 ff.; 83, 238 ff.; 87, 181 ff.; 95, 220 ff.

47 BVerfGE 65, 1 ff.

48 Vgl. bes. BVerfGE 7, 198 ff.; 30, 173 ff.; 34, 269 ff.; 35, 202 ff.; 61, 1 ff.; 93, 266 ff.; 97, 125 ff.

49 BVerfGE 93, 266 ff.

50 Vgl. grundlegend BVerfGE 7, 198 ff., und seitdem ständige Rechtsprechung.

Von besonderer Dynamik im modernen Gemeinwesen sind bekanntlich die Wirtschafts- und Sozialpolitik. Es gehört vermutlich zu den klügsten Entscheidungen des Grundgesetzes, den modernen Sozialstaat (Art. 20 Abs. 1/28 Abs. 1 GG) nicht im einzelnen definiert zu haben. Denn nichts unterliegt mehr dem Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse als Sozialität, soziale Sicherheit und wirtschaftlich-soziale Gestaltung. Ganz folgerichtig fiel wiederum dem Bundesverfassungsgericht die ebenso authentische wie maßgebende Konkretisierungskompetenz in zahlreichen Fällen zu. Das Bundesverfassungsgericht hat dabei stets festgehalten, daß sich das Grundgesetz nicht auf eine bestimmte Wirtschaftsverfassung festlegen läßt⁵¹. Selbst wenn die „Soziale Marktwirtschaft“ zum herausragenden Gestaltungssystem wie zur zentralen Erfolgsgrundlage der wirtschaftlich-sozialen Nachkriegsentwicklung geworden ist, verweigerte das Bundesverfassungsgericht – mit Recht – auch dem ordnungspolitischen Grundkonzept einer „Sozialen Marktwirtschaft“ das verfassungsrechtliche Placet im Sinne einer verfassungsrechtlich unabänderlichen Ordnungsprogrammatis. Wirtschafts- und Sozialpolitik stehen im grundsätzlichen Gestaltungsermessen des Gesetzgebers; die „Wirtschaftsverfassung“ des Grundgesetzes ist offen bzw. „neutral“; wirtschaftspolitische Gestaltungen des Gesetzgebers finden ihre Grenzen erst an konkret-wirtschaftsordnenden Verfassungsentscheidungen wie namentlich denen der Grundrechte⁵². So war es dem Bundesverfassungsgericht beispielsweise möglich, das Konzept der arbeitnehmerischen Unternehmensmitbestimmung verfassungsrechtlich abzusegnen – bis zur Grenze einer mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG unvereinbaren Funktionsunfähigkeit von Unternehmen bzw. kapitaleignerischer Leitung und Gestaltung⁵³.

Alles in allem: eine ebenso überzeugende wie stolze Bilanz der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Wenn unser Grundgesetz nicht nur über ein außerordentlich hohes Maß an normativer Stringenz verfügt, sondern zugleich auch über das ebenso notwendige Maß an gestaltungspolitischer Offenheit verfügen darf, so ist dies maßgebend der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und ihren zumeist ebenso behutsam lenkenden wie auch strikt begrenzenden Impulsen zu verdanken.

III. Bundesverfassungsgericht und Verfassungspolitik

Dennoch hatte und hat das Bundesverfassungsgericht stets die Grenzen gegenüber eigenständiger Verfassungs- und Gesetzgebungspolitik einzuhalten. Die vorgenannte Gratwanderung gilt es immer wieder aufs neue zu bewahren. Dies ist dem Bundesverfassungsgericht sicherlich in der Mehrzahl seiner Entscheidungen auch stets bewußt gewesen; und dennoch sind viele der eingangs zitierten Kritiken durchaus berechtigt, hat das Bundesverfassungsgericht die Grenze zur (eigenständigen) Verfassungspolitik bzw. gar zur Ersatzgesetzgeber-schaft mitunter überschritten. Das Bundesverfassungsgericht ist tatsächlich zum vielfältigen Ersatzgesetzgeber geworden, und es hat auch in vielen Entscheidungen seine Zuständigkeiten im Verhältnis zu den Fachgerichtsbarkeiten übermäßig strapaziert; das Bundesverfassungsgericht ist mit anderen Worten gerade im Verhältnis zu den Fachgerichtsbarkeiten vielfältig zur „Superrevisionsinstanz“ geworden, wie dies keineswegs Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit ist und wie dies in aller Regel nur zu einer ebenso miteinander korrespondierenden wie konfligierenden Überlastung des Bundesverfassungsgerichts einerseits und Entmündigung der Fachgerichtsbarkeiten andererseits führen kann. Nur allzu oft ist man – beispielsweise bei der Kontrolle des Verfassungsgrundsatzes des rechtlichen Gehörs (Art. 103 GG) oder auch bei der Entscheidung über einzelne Grundrechtsfragen, namentlich im Bereich des Asylrechts gemäß Art. 16 a.F. bzw. Art. 16 a GG – auch in Tatsachenprüfungen eingetreten, die alles andere als Aufgabe eines Verfassungsgerichts sind.

Von wohl eindeutig ersatzgesetzgeberischer Qualität sind beispielsweise die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Sitzblockade⁵⁴ und vor allem zur Vermögenssteuer⁵⁵ sowie kürzlich zur Familienbesteuerung⁵⁶. Hier hat das Gericht auf der durchaus berechtigten Grundlage etwa des besonderen Schutzversprechens des Grundgesetzes für Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) Entscheidungen für das Steuerrecht getroffen, die bereits das gesetzgeberische Detail voll in die eigene Regelungshoheit einbezogen haben, die mit anderen Worten den politisch-demokratischen Regelungsprimat des Gesetzgebers in einer Weise dominiert haben, wie dies mit dem auch für das Bundesverfassungsgericht und seine Rolle innerhalb der Judika-

51 Vgl. BVerfGE 4, 7 ff.; 12, 341 ff.; 14, 263 ff.; 50, 290 ff.; 57, 139 ff.

52 Vgl. ebd.

53 Vgl. BVerfGE 50, 290 ff.

54 Vgl. BVerfGE 92, 1 ff.

55 Vgl. BVerfGE 93, 121 ff.; 93, 165 ff.

56 Vgl. BVerfG, in: NJW, 99, S. 557 ff.; 99, S. 561 ff.; 99, 564 f.; 99, S. 565 f.

tive maßgebenden Grundsatz der Gewaltenteilung nur schwerlich zu vereinbaren ist. Das Bundesverfassungsgericht hat zwar mit seiner Rechtsprechung zur verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen diesen Regelungsprimat des Gesetzgebers grundsätzlich zu wahren gesucht, indem man verfassungsrechtlich problematische Gesetze jedenfalls solange und soweit aufrechtzuerhalten versucht hat, wie der betreffenden Gesetzesregelung wenigstens eine Auslegung imputiert werden kann, die bei entsprechender Maßgeblicherklärung dem Gesetz insgesamt einen (noch) verfassungskonformen Regelungsinhalt beizulegen oder zu erhalten vermag. Das Bundesverfassungsgericht hat diese auch sich selbst auferlegte Entscheidungsdisziplin aber leider in vielen Fällen vernachlässigt oder mißachtet und dem Gesetzgeber allzu detaillierte, also „ersatzgesetzgeberische“ Vorgaben auferlegt. Die Konsequenz dessen ist zwangsläufig einerseits eine gewisse „Entpolitisierung“ der Gesetzgebung kraft justitieller Bevormundung und auf der anderen Seite – damit korrespondierend – eine zunehmende Politisierung der eigenen Verfassungsrechtsprechung. Beides ist mit den Grundsätzen von demokratischer Politikverantwortung, ihrer rechtsstaatlichen Kontrolle und der auch für das Verhältnis von Legislative und Judikative maßgebenden Gewaltenteilung kaum zu vereinbaren⁵⁷.

In der Konsequenz hat dies vielfältig dazu geführt, daß man auf seiten des Gesetzgebers dem Druck politisch schwieriger oder unbequemer Entscheidungen ausgewichen ist und stattdessen auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vertraut hat. Ein Beispiel hierfür ist der Streit um die „out of area“-Einsätze der Bundeswehr⁵⁸ – ein Streit, an dem als Kläger auch die FDP beteiligt war, obwohl sie im Bundeskabinett solchen Bundeswehreinsetzungen zugestimmt hatte; da man parteipolitisch in dieser Frage aber keine Einigung erreichen konnte, schloß man sich kurzerhand den entsprechenden Klagen von SPD und Grünen/Bündnis 90 an – ein Verhalten, das eigentlich auf seiten des Bundesverfassungsgerichts die Feststellung mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses hätte herausfordern müssen. Ein anderes Beispiel für entsprechendes Übergreifen der Verfassungsgerichtsbarkeit in die Gesetzgebung, ja in die Exekutive liegt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch⁵⁹; auch hier war es der Legislative nicht gelungen, zu einem einigermaßen überzeugenden und verfassungskonformen

Regelungskonzept zu gelangen. „Folgerichtig“ landete diese Streitfrage nicht nur einmal beim Bundesverfassungsgericht; das Bundesverfassungsgericht selbst mußte entscheiden und tat dies im Ergebnis mit außerordentlich detaillierten Vorgaben für Legislative wie Exekutive, wie dies dem Wesen der Verfassungsgerichtsbarkeit eigentlich nicht eigentümlich bzw. gestattet sein kann. Daß die entsprechende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gleichwohl von außerordentlich befriedender Bedeutung gewesen ist, darf freilich nicht bestritten werden. Im Ergebnis war es das Bundesverfassungsgericht, das die nicht nur verfassungsrechtlich, sondern auch politisch maßgebende und damit auch abschließend-befriedende Entscheidung getroffen hat. Von der Sache bzw. vom konkreten Einzelfall her mag und darf man dies nicht kritisieren; in der allgemeineren Perspektive des Verhältnisses von Verfassungsrechtsprechung und Gesetzgebung können jedoch mit außerordentlich guten Gründen kritische Einwände formuliert werden. Ob für die jüngsten steuerrechtlichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, namentlich die zur Familienbesteuerung, gleiches zumindest in befriedender Hinsicht gelten kann, wird die nähere Zukunft zu erweisen haben.

IV. Fazit und Ausblick

Die vorstehende Tour d'horizon belegt einerseits, welche große und verfassungsrechtlich unverzichtbare Rolle das Bundesverfassungsgericht in den vergangenen Jahrzehnten gespielt hat, wie sehr es zum wahrhaftigen Hüter der Verfassung geworden ist. Sie belegt auf der anderen Seite aber auch, daß das Bundesverfassungsgericht mitunter die Grenzen genuiner Verfassungsjudikatur überschritten und zum politischen Gestalter unserer Rechtsordnung, also namentlich zum faktischen Ersatzgesetzgeber geworden ist. Die Bundesrepublik Deutschland ist – und dies ist wesentlich dem jetzt 50 Jahre alt werdenden Grundgesetz zu verdanken – nicht nur eine stabile Demokratie, sondern auch ein stabiler, wehrhafter Rechtsstaat geworden. Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu seinen besonderen Beitrag geleistet und wird dies mit Sicherheit auch in Zukunft tun. Das Bundesverfassungsgericht muß auch in Zukunft die Normativität unserer Verfassung so bewahren, wie es dies in der Vergangenheit getan hat. Es muß aber auch stets darauf bedacht sein, Tendenzen und vor allem Versuchungen zu widerstehen, Politik im Übermaß zu juridifizieren bzw. selbst in den Gestaltungsprimat des demokratischen Gesetzgebers eigenständig bzw. unverhältnismäßig einzugreifen.

57 Vgl. dazu näher R. Scholz/K. G. Meyer-Teschendorf, „Politisierendes“ Verfassungsrecht und „Depolitisierung“ durch Verfassungsrecht, in: Die öffentliche Verwaltung (DOV), 98, S. 10 ff.

58 Vgl. BVerfGE 90, 286 ff.

59 Vgl. BVerfGE 88, 203 ff.

Richter oder Schlichter?

Das Bundesverfassungsgericht als Integrationsfaktor

Verfassungsrecht ist zwingendes Recht. Im Verfassungsprozeß steht es weder zur Disposition der Beteiligten, noch darf ein Verfassungsgericht davon absehen oder abweichen. Deshalb kennen die Verfassungsgerichtsordnungen auch keinen Vergleich. Den Möglichkeiten, einen Verfassungsstreit vor Schiedsgerichten auszutragen, sind enge Grenzen gesetzt¹. Und doch muß man, der veröffentlichten Meinung zufolge, gelegentlich den Eindruck gewinnen, als seien die Ergebnisse verfassungsrechtlicher Überprüfung zwischen Richtern und Verfahrensmitgliedern oftmals vorbesprochen, ja geradezu „ausgehandelt“ worden. Das Bundesverfassungsgericht habe einen „tragfähigen Kompromiß“ gefunden, heißt es nicht selten so oder ähnlich in der Presse, und: „Alle sind mit dem Urteil zufrieden“, oder gar: „In Karlsruhe: nur Sieger!“ Gewiß mag dieser hohe Grad an Identifikation mit dem mehr oder weniger günstigen Resultat einer Entscheidung neben starker Autoritätsfixierung auch auf das verständliche Bedürfnis der Beteiligten zurückzuführen sein, ihre Rechtsposition wenigstens in den Gründen irgendwo wiederzufinden. Wer möchte schon gern zu den Verlierern gehören?

Aber auch die Verfassungsgerichte selbst scheinen zunehmend darauf hinzuwirken, daß ihre Entscheidungen nicht nur allseits akzeptiert werden, sondern auch inhaltlich auf einer sogenannten „mittleren Linie“ liegen und den Beifall sämtlicher politischen Kräfte und Verfahrensbeteiligten zu finden vermögen. Wird damit indes der Verfassungsrichter nicht eher zum „Verfassungsschlichter“? Was heißt und zu welchem Ziel führt eigentlich eine Verfassungsrechtsprechung, deren Hauptaugenmerk sich weniger auf die Verwirklichung der Verfassung als auf die Suche nach einem möglichst breit angelegten Kompromiß richtet? Bestünde dann nicht die Gefahr, daß an die Stelle der Verfassung als einziges Richtmaß der „kleinste gemeinsame Nenner“ tritt? Diese Fragen führen unmittelbar ins Zentrum der Funktion von Verfassungsgerichten überhaupt. Sie als Problem nicht nur des Entscheidungsstils, sondern der Sache „Verfassungsrecht“ selbst zu verstehen

(I.) und anhand ausgewählter Beispiele zu verdeutlichen (II.) sowie nach einer theoretisch-methodischen Reflexion dieser Praxis (III.) ihre Chancen und Gefahren aufzuzeigen (IV.) soll die politische Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit als „Schlußstein des Integrationssystems“² erneut unterstreichen und manchem Mißverständnis seiner Aufgaben und Wirkungsweise im demokratischen Gemeinwesen, oft als „Politik im Robengewand“ kritisiert, begegnen helfen.

I. Problemstellung

Im Gegensatz zu jener Vielzahl teils positiver, teils kritischer Pressestimmen wird der Frage, ob und inwieweit Verfassungsgerichte nicht nur streitentscheidend, sondern auch vermittelnd und ausgleichend tätig werden dürfen oder sollen, im wissenschaftlichen Schrifttum bisher nur wenig Beachtung geschenkt. Wo dies eher beiläufig geschieht, überwiegen Skepsis oder Ablehnung. Anders als dem Bundesrat von 1871, bei dem zumindest im Verfahren nach Art. 76 Abs. 2 RV die Streit-schlichtung Vorrang vor der Streitentscheidung hatte, sei den heutigen Verfassungsgerichten in Bund und Ländern die Möglichkeit, „der Entscheidung des Streits im Wege des Rechtspruchs durch Vermittlung eines Kompromisses“ auszuweichen, „grundsätzlich verschlossen“³. René Marcic widmet dem Thema „Schlichtung von Verfassungstreitigkeiten“ zwar einen ganzen Abschnitt, äußert sich darin aber lediglich zur Vergangenheit, ohne auf die aktuelle Situation Bezug zu nehmen⁴. Daß unter politologischem Aspekt im Zusammenhang mit der Verfassungsgerichtsbarkeit gelegentlich von „judikativen Schlichtungsinstanzen“⁵ oder

2 So R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), in: *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Göttingen 1968², S. 119–276, hier S. 203.

3 Vgl. H. H. Klein, *Bundesverfassungsgericht und Staatsraison*, Frankfurt/M. 1968, S. 9 f.

4 Vgl. R. Marcic, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Wien 1983, S. 173 ff.

5 O. Massing, *Das Bundesverfassungsgericht als Instrument sozialer Kontrolle*, in: *Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik*, hrsg. von M. Tohidipur, Frankfurt/M. 1972, S. 30–91, S. 45.

1 Vgl. M. Drath, *Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSStRL)*, 9 (1952), S. 17 ff., hier S. 82 f.

von einer „Schlichtungsentscheidung“⁶ gesprochen wird, ist nicht weiter verwunderlich, weil sich die politikwissenschaftliche Forschung vorwiegend mit Machtverhältnissen beschäftigt und im Rahmen ihrer Konfliktfeldforschung von bestimmten normativen Vorgaben vielfach abstrahieren zu können glaubt. Lediglich Willi Geiger, der in den Verfassungsgerichten unverhohlenen Mitgestalter des politischen Prozesses erblickt⁷, weist ihnen auch eine „in den politischen Raum hineinwirkende Befriedungsfunktion“ als „politische Aufgabe“ zu, weil sich der „Rechtsstreit . . . nicht vom politischen Konflikt, der den Rechtsstreit ausgelöst hat, ablösen und isolieren“ lasse. Daraus folgt aus seiner Sicht für die Funktion der Verfassungsrechtsprechung: „Die politische Kontroverse wird nach dem Maße des Rechts durch den unparteiischen Dritten geschlichtet.“⁸ Ist „Vermittlung“ im politischen Konflikt also nicht nur Nebentätigkeit, sondern sogar Hauptberuf des Bundesverfassungsgerichts?

Während Klaus Stern noch dringend davor warnt, bei einer ständigen „Gratwanderung“ am Rande der Verfassung politische Lösungen bewußt auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz „testen“ zu lassen und damit das Bundesverfassungsgericht in die Rolle eines „permanenten Schiedsrichters“ zu drängen⁹, versuchen andere Autoren, diese Funktion geradezu ins Zentrum verfassungsrichterlicher Tätigkeit zu rücken¹⁰, wenn nicht aus ihr sogar das „Leitbild“ des Verfassungsrichters zu gewinnen. So analysiert Bernd Eisenblätter jene Schiedsrichterrolle aus dem Blickwinkel der Unabhängigkeit und Überparteilichkeit des Bundesverfassungsgerichts als einer Instanz der „Machtverteilung“ im politischen Prozeß und bezeichnet darüber hinaus den „Schiedsrichter in Fragen des systembedingten Grundkonsenses“ als

6 F. Hase/K.-H. Ladeur, Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches System, Frankfurt/M. 1980, S. 294.

7 W. Geiger, Das Verhältnis von Recht und Politik im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts, in: ders., Vom Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts, Hannover 1979, S. 5–23, hier S. 6: „Es (sc. das Gericht) hat – und da hilft kein Leugnen – innerhalb unserer Verfassung eine doppelte Funktion, nämlich Recht zu sprechen und dadurch den politischen Prozeß mitzugestalten. Bundestag und Bundesregierung sind nicht mehr allein auf dem Feld der Politik; sie müssen die Leitung des Staates mit dem Bundesverfassungsgericht teilen.“

8 Ebd., S. 9.

9 K. Stern, Verfassungsgerichtsbarkeit im sozialen Rechtsstaat, Bielefeld 1980, S. 22.

10 Vgl. C. Donath, 25 Jahre Bundesverfassungsgericht. Schiedsrichter und manchmal Schulmeister, in: Mannheimer Morgen vom 18. 11. 1976, S. 2; W. Hill, Auch nur Menschenwerk. 25 Jahre Bundesverfassungsgericht. Sind die Karlsruher Schiedsrichter überfordert?, in: Vorwärts vom 18. 11. 1976, S. 6; ders., Bundesverfassungsgericht im Zwielficht, in: Merkur, (1975), S. 695–713.

„die Grundlage der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen Gesellschaft“¹¹. Ähnlich argumentiert Christine Landfried, wenn sie in Anlehnung an amerikanische Vorstellungen¹² aus der Schiedsrichterrolle des Bundesverfassungsgerichts eine „demokratische Theorie des richterlichen Prüfungsrechts“ ableiten zu können glaubt¹³.

Im Demokratieprinzip wurzeln auch die gründlichen Überlegungen Ingwer Ebsens zur „konsensgetragenen Schiedsrichterfunktion“ des Bundesverfassungsgerichts bei dessen Bemühungen um die Sicherung der Chancengleichheit im öffentlichen Meinungskampf und um die Offenhaltung des politischen Machtprozesses. Vor allem auf diesen Gebieten stellt er zutreffend nicht nur einen hohen Grad an Prüfungsintensität und Kontrolldichte fest, sondern auch ein großes Maß an gerichtsinthener Übereinstimmung und Geschlossenheit selbst da, wo im Einzelfall die Entscheidungs- bzw. „Spielregel“ dem Grundgesetz nicht unmittelbar entnommen werden kann, sondern aus allgemeinen Prinzipien erst entwickelt werden muß. Insgesamt kommt Ebsen dabei zu dem Schluß, daß es dem Bundesverfassungsgericht „weitgehend gelungen“ sei, „in einer allgemein anerkannten Schiedsrichterrolle eine intensive Kontrolle im Sinne der normativen Funktion auszuüben“¹⁴. Fast scheint es, als stelle sich bei der Verfassungsgerichtsbarkeit die Assoziation des „Schlichters“ oder „Schiedsrichters“ immer dann ein, wenn es um ihre politische Funktion oder – worin diese besonders hervortritt – um den Schutz der freiheitlichen Demokratie geht.

Um schon hier Mißverständnissen vorzubeugen: Die Vermittlungstätigkeit von Verfassungsgerichten hat nur sehr wenig zu tun mit der beliebten Unterscheidung von *Recht und Politik* sowie den daran geknüpften Folgerungen für die Aufgaben der Verfassungsrechtsprechung¹⁵. Bekanntlich

11 B. Eisenblätter, Die Überparteilichkeit des Bundesverfassungsgerichts im politischen Prozeß, Mainz 1976, S. 51 ff., 55 ff.

12 Vgl. John H. Ely, Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review, Cambridge 1982⁴.

13 Chr. Landfried, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber. Wirkungen der Verfassungsrechtsprechung auf parlamentarische Willensbildung und soziale Realität, Baden-Baden 1984, S. 157 ff.

14 I. Ebsen, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, Berlin 1985, S. 340 ff., hier S. 346. Auch P. Häberle (Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft, in: ders., Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft, Frankfurt/M. 1980, S. 68 ff.) betrachtet das Gericht „als Regulator in den kontinuierlichen Prozessen der Garantie und Fortschreibung der Verfassung als Gesellschaftsvertrag“.

15 Aus der umfangreichen Literatur zu dieser Problematik vgl. neben den in Anm. 5, 6, 7 und 14 genannten Schriften C. Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954,

reicht das Spektrum der Meinungen zu diesem viel diskutierten Scheinproblem von schlichter Normanwendung unter ausschließlicher Orientierung am „Rechtswert“¹⁶ bis hin zu einem Verständnis jeder Art von Rechtsprechung als „politisches Staatshandeln“¹⁷. Es besteht an dieser Stelle kein Anlaß, jene mehr oder weniger tiefeschürfenden Gedankengänge um eine weitere Nuance zu bereichern. Denn ein Richter kann auch mit verfassungsrechtlich determinierten Entscheidungen Politik betreiben wollen oder zumindest politische Wirkungen auslösen, wie umgekehrt Streitschlichtung nicht notwendig politische Gestaltung bedeuten muß, sondern einzig die Wahrung des Verfassungsrechts zum Ziel haben kann. Jede Gleichsetzung des „Richtens“ mit Rechtsverwirklichung und des „Schlichtens“ mit Politikdurchsetzung wäre daher verfehlt.

Ebensowenig haben beide Verhaltensweisen etwas zu tun mit der *Doppelstellung* des Bundesverfassungsgerichts als Teil der rechtsprechenden Gewalt und als Verfassungsorgan. Auch über diese alte, längst in § 1 Abs. 1 BVerfGG geregelte¹⁸ Thematik ist viel gestritten und noch mehr geschrieben worden¹⁹. Und auch hier stehen weiterhin überzeugte Verfechter der Organqualität²⁰ denen gegenüber, die „den Titel eines Verfassungsorgans“ eher für „entbehrlich“ halten²¹. Zwar könnte man auf den ersten Blick meinen, daß je nachdem, ob das Gewicht stärker auf den Gerichtscharakter oder den Organstatus gelegt wird, sich zugleich der Akzent vom „Richten“ zum „Schlichten“ verschiebt. Ein solches Schema würde jedoch weder dem Wesen der Rechtsprechung, die stets auch Ele-

mente des Interessenausgleichs enthält, gerecht werden noch der Eigenart von Verfassungsorganen, die nicht nur zu vermitteln, sondern auch rechtsgebunden zu entscheiden haben. Aus dem Status der Verfassungsgerichte sind daher keine Anhaltspunkte für den einen oder anderen Weg zu entnehmen.

Dennoch hängt das Problem des Verhältnisses von Streitentscheidung und Streitschlichtung, genauer: des Einbaus ausgleichender Elemente in die verfassungsgerichtliche Entscheidung, funktionell eng mit jener viel berufenen „Offenheit der Verfassung“²² zusammen. Weil die Verfassung fragmentarischen Charakter hat und selbst da, wo sie Regelungen trifft, ein hohes Maß an inhaltlicher Weite und Unbestimmtheit aufweist, kann über die materielle Bedeutung einer Norm im Einzelfall vielfach nachhaltig und überzeugend gestritten werden, mit der weiteren Folge, daß wegen der geringen Normdichte hier auch eine sorgfältig begründete richterliche Entscheidung nur selten als rechtlich zwingend empfunden wird und demgemäß ihre Befriedigungswirkung erheblich hinter normalen Gerichtsurteilen über einfaches Recht zurückbleibt. Was die Beteiligten in Verfassungsgerichtsentscheidungen mangels klarer „Anweisungen“ des Grundgesetzes für richterliche Rechtschöpfung, wenn nicht gar für „politisch“ motiviert halten, ist häufig nichts anderes als die Kehrseite der Vieldeutigkeit des Verfassungsrechts selbst, die der widerspruchslösen Akzeptanz solcher „offenen“ Richtersprüche im Wege steht.

Mit einem Wort aus Karlsruhe ist daher für den konkreten Streitfall die Verfassung zwar autoritativ und verbindlich ausgelegt, die verfassungsrechtliche Kontroverse an sich aber vielfach noch keineswegs zu Ende, wie anhaltende Diskussionen gerade in politisch brisanten Fällen²³ zeigen. Daraus ergibt sich für die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen schon aus der Eigenart des Verfassungsrechts selbst ein erhöhter Begründungs-, Legitimations- und Konsensbedarf. Was die Verfassung im Einzelfall ihrem Wortlaut nach offenzulassen scheint, muß das Gericht im Wege konkretisierender Normausfüllung mit möglichst plausiblen Argumenten „nachliefern“²⁴. Diese

Berlin 1973², S. 63 ff.; zusammenfassend P. Häberle, Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: ders., Verfassungsgerichtsbarkeit, Darmstadt 1976, S. 1–45, hier S. 2 ff.

16 J. M. Wintrich, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gesamtgefüge der Verfassung, in: Bayerische Verwaltungsblätter, 1956, S. 132 ff.

17 Chr. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Berlin 1985, S. 46 ff.

18 Die Vorschrift lautet: „Das Bundesverfassungsgericht ist ein allen übrigen Verfassungsorganen gegenüber selbständiger und unabhängiger Gerichtshof des Bundes.“

19 Vgl. die sogenannte „Status-Denkschrift“ des Bundesverfassungsgerichts, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts (JöR N. F.), 6 (1957), S. 144 ff., sowie den ihr zugrundeliegenden „Bericht“ von G. Leibholz, ebd., S. 120 ff.; G. Leibholz, Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen des Bonner Grundgesetzes, in: Politische Vierteljahresschrift (PVS), 3 (1962), S. 13 ff.; R. Thoma, Rechtsgutachten, betreffend die Stellung des Bundesverfassungsgerichts, in: JöR N. F., ebd., S. 161–194.

20 Vgl. etwa das Gericht selbst in BVerfGE 7, 377 (413); 49, 1 (7 ff.); ferner M. Kriele, 218 StGB nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, 1975, S. 74; U. Scheuner, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, in: Die Öffentliche Verwaltung (DÖV), 1980, S. 473 f. 21 So K. Schlaich, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: VVDStRL, 39 (1981), S. 99 ff., hier S. 133.

22 H.-P. Schneider, Die Verfassung – Aufgabe und Struktur, in: Archiv des öffentlichen Rechts Archiv des öffentlichen Rechts, 1974, Beiheft 1, S. 64 ff.

23 Vgl. die nach dem Bundestagsauflösungsurteil (BVerfGE 62, 1 ff.) fortgesetzte Diskussion in der Literatur. Dazu Gussek, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), (1983), S. 722 ff.; H. Meyer, in: DÖV, (1983), S. 243 ff.; H.-P. Schneider, in: NJW, (1983), S. 1529 ff.

24 Als „Paradebeispiel“ einer gelungenen und allseits akzeptierten Verfassungsergänzung gilt das „AWACS-Urteil“ vom 29. 9. 1990. Darin hatte das BVerfG – mangels ausdrücklicher verfassungsrechtlicher Regelung – den Einsatz

Überzeugungsarbeit wird in der Regel dadurch erleichtert, daß die Senate entweder, sofern man sich intern einigen kann, nach einer „mittleren Linie“ suchen oder den Dissens offen (d. h. durch Minderheitsvoten bzw. durch Bekanntgabe des Abstimmungsergebnisses) ausweisen.

Der Effekt ist in jedem Fall gleich: Die dem Tenor nach unterlegene Partei kann zumindest einen Teilerfolg verbuchen, während der obsiegende Beteiligte nicht uneingeschränkt oder in vollem Umfang Recht bekommt, kurz: der Gewinner ist nicht nur Sieger, der Verlierer nicht vollständig unterlegen.

Als Resultat eines Verfassungsprozesses wirkt diese Konstellation nicht nur in stärkerem Maße befriedend als eine klare Entweder-Oder-Entscheidung. Ob gewollt oder ungewollt, sie enthält auch Elemente des Interessenausgleichs und der Streitschlichtung, welche im offenen Bereich der Verfassung bis zu einem gewissen Grade unabdingbar sind, wenn die Entscheidung von den Betroffenen akzeptiert, als gerechtfertigt betrachtet und rational verarbeitet werden soll.

Es handelt sich dabei im Grunde um einen doppelten Entlastungsvorgang: Das Gericht befreit sich auf diese Weise bei der Verfassungskonkretisierung von einer erhöhten Begründungslast für einseitig ausschlagende Lösungen; auf die Beteiligten werden die Bürden und Kosten ihres Kampfes um Verfassungspositionen gleichmäßiger verteilt. Wie diese Ausbalancierung im Einzelfall erfolgt und wo die Grenzen einer solchen „Integrationsstrategie“ liegen, soll nunmehr an Hand einiger praktischer Beispiele näher verdeutlicht werden.

II. Elemente des „Richtens“ und „Schlichtens“ in der Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts

Besonders deutlich wurde das Bemühen des Bundesverfassungsgerichts um einen sachgerechten Interessenausgleich zwischen verschiedenen wissenschaftspolitischen Strömungen erstmals im niedersächsischen „Hochschulurteil“ von 1973²⁵. Im Ergebnis bekamen die Beschwerdeführer nur zur Hälfte Recht, wie sich aus der Kostenentscheidung unschwer ablesen läßt. Denn auf der einen Seite wurde die Organisationsform der „Gruppenuniversität“ als solche mit Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG für

der Bundeswehr außerhalb des NATO-Gebietes von einer vorherigen „konstitutiven“ Zustimmung des Bundestages abhängig gemacht (vgl. BVerfGE 90, 286 ff.).

25 Vgl. BVerfGE 35, 79–170.

vereinbar erklärt, weil die Verfassung kein bestimmtes Organisationsmodell des Wissenschaftsbetriebs an den Hochschulen vorschreibe. Somit wurde die damals längst eingeleitete, gesellschaftlich kaum mehr revidierbare Hochschulreform im Prinzip gebilligt. Andererseits aber blieb die beherrschende Stellung der Professoren in Forschungs- und Berufsfragen unangetastet. Dieser Gruppe müsse insoweit ein ausschlaggebender Einfluß verbleiben, wozu in den Gremien ein Anteil von mehr als der Hälfte der Stimmen erforderlich sei. Wie das Gericht dieses spezielle Quorum unmittelbar aus dem schlichten Verfassungssatz „Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei“ abzuleiten vermochte, bleibt indes unerfindlich und wird auch in der Entscheidung selbst nicht näher begründet²⁶. Mit Recht hält es daher das Minderheitsvotum der Richter Simon und Rupp-v. Brünneck für unvertretbar, der Verfassung „detaillierte organisatorische Anforderungen für die Selbstverwaltung der Universität“ entnehmen zu wollen, und es erblickte in der Kumulierung von Grundrechtsschutz und Mehrheitsposition überdies einen verfassungsrechtlichen Widerspruch²⁷. Was sachlich kaum rational zu rechtfertigen war, findet seine Erklärung und innere Legitimation letztlich in dem Umstand, daß die Entscheidung insgesamt von dem Bemühen des Gerichts gekennzeichnet ist, ausgleichend zu wirken und auseinanderstrebende politische Kräfte wieder zusammenzuführen. Daß dieser Schlichtungsversuch, der durch die Existenz eines Minderheitsvotums eher noch verstärkt wird, im Ergebnis erfolgreich war, steht heute ebenso außer Frage wie das Ungenügen seiner methodischen Absicherung.

Geradezu einen Musterfall verfassungsrichterlicher Vermittlungstätigkeit bildet die Entscheidung über den „Grundlagenvertrag“ zwischen beiden deutschen Staaten²⁸. Das Gericht hielt zwar das Vertragswerk insgesamt für verfassungsgemäß, aber nur „in der sich aus den Gründen ergebenden Auslegung“, die es – ein Novum in der Judikatur – im ganzen als „tragend“ bezeichnete und dadurch mit der gleichen Verbindlichkeit ausstattete wie den Urteilstenor selbst. In diesen Gründen aber zog das Gericht der Ost- und Deutschlandpolitik der damaligen Bundesregierung enge Grenzen. Das Wiedervereinigungsgebot verbiete, die Wiederherstellung der staatlichen Einheit Deutsch-

26 Statt einer Begründung findet man auf S. 132 f. lediglich die Behauptung: „Wegen ihrer wissenschaftlichen Qualifikation, ihrer Funktion und Verantwortung müssen die Hochschullehrer sich in diesem besonderen Bereich gegenüber anderen Gruppen durchsetzen können.“

27 Vgl. BVerfGE 35, 148 ff., hier S. 149, 161.

28 Vgl. BVerfGE 36, 1 ff.

lands als politisches Ziel aufzugeben, auf Rechtstitel aus dem Grundgesetz zu verzichten, sich bei der Frage einer Aufnahme anderer Teile Deutschlands in die Abhängigkeit fremder Regierungen zu begeben, die deutsche Staatsangehörigkeit auf Bürger der Bundesrepublik zu beschränken usw. Die Grenze zur DDR (mit Stacheldraht, Minen und Schießbefehl) sei lediglich „eine staatsrechtliche Grenze . . . ähnlich denen, die zwischen den Ländern der Bundesrepublik Deutschland verlaufen“²⁹. Zwar ließ sich die Absurdität dieser Betrachtungsweise kaum noch steigern. Auch hatte die Bundesregierung formell obsiegt, weil der Grundlagenvertrag nicht revidiert zu werden brauchte. Dennoch war die Bayerische Staatsregierung mit ihren sachlichen Anliegen weitgehend durchgedrungen und hatte in jenem Normenkontrollverfahren praktisch erreicht, daß die deutschlandpolitischen Vorstellungen und Ziele der damaligen Opposition zu geltendem Verfassungsrecht erklärt wurden. Auch hier hing die Akzeptanz der Entscheidung nicht von einer plausiblen oder zumindest konsistenten Begründung ab, sondern von der Verständigung des Senats auf eine vermittelnde Position, mit der sich beide Seiten abfinden, ja sogar als Sieger fühlen konnten. Ähnliches gilt für das „Maastricht-Urteil“, mit dem die ihm zugrundeliegenden Verfassungsbeschwerden zwar zurückgewiesen wurden, der weitere Einigungsprozeß in Europa aber ganz im Sinne der Beschwerdeführer an zahlreiche, vor allem im Demokratieprinzip wurzelnde Bedingungen geknüpft wird, die bis hin zur Inanspruchnahme einer Kontrollbefugnis des Bundesverfassungsgerichts über die Unionskompetenzen gehen³⁰.

Das „Abtreibungsurteil“ aus dem Jahre 1975 scheint dagegen auf den ersten Blick ein echter „Richterspruch“ zu sein³¹. Die von der damaligen SPD/FDP-Koalition vorgesehene „Fristenregelung“ wurde für verfassungswidrig erklärt, und zwar ebenfalls „im Sinne der Entscheidungsgründe“, wo nachzulesen war, daß der Gesetzgeber zum Schutz des werdenden Lebens verpflichtet sei, durchgängig das Mittel des Strafrechts einzusetzen, soweit nicht besondere Indikationen die Austragung einer Schwangerschaft als unzumutbar erscheinen ließen. Was in diesem Fall die Entscheidung des Gerichts überhaupt erträglich machte und ihr selbst bei den schärfsten Kritikern noch ein Minimum an Respekt und Akzeptanz sicherte, war hier allein die abweichende Meinung der Richterin Rupp-v. Brünneck und des Richters Simon. In deren Minderheitsvotum, dessen Verlesung im Verkündungstermin beizuwohnen sich ein

Mitglied der Senatsmehrheit sogar schlicht weigerte³², waren sämtliche Argumente der Befürworter des Reformgesetzes aufgenommen und zu einer in sich schlüssigen, mindestens gleichermaßen überzeugenden Gegenansicht verarbeitet. Die Notwendigkeit eines Schutzes menschlichen Lebens auch vor der Geburt stehe außer Zweifel. Wie dieses Leben jedoch zu schützen sei, bleibe eine politische Frage und gehöre ausschließlich in die Verantwortung des Gesetzgebers. Eine Pflicht des Gesetzgebers zum Erlaß bestimmter Strafnormen sei indes dem Grundgesetz nicht zu entnehmen, weil es die „gesetzliche Mißbilligung sittlich nicht achtenswerten Verhaltens ohne Rücksicht auf ihre tatsächliche Schutzwirkung“ nirgends vorschreibe. Anderenfalls gerate „das Bundesverfassungsgericht unversehens in die Lage, als politische Schiedsinstanz für die Auswahl zwischen konkurrierenden Gesetzgebungsprojekten in Anspruch genommen zu werden“³³.

Damit hatten die dissentierenden Richter nicht nur ausgesprochen, was aus ihrer Sicht die Achtung vor dem demokratischen Gesetzgeber gebot, sondern der Mehrheit auch sehr eindringlich die Gefahr des Abgleitens zur „politischen Schiedsinstanz“ vor Augen geführt, wenn in Überdehnung der Grundrechte ein parlamentarisch beschlossenes Reformkonzept durch eine vom Gericht für besser gehaltene Lösung ersetzt werde. Dieser Hinweis trifft bereits einen zentralen Punkt der hier erörterten Thematik: Schiedssprüche oder Schlichtungsbemühungen von Verfassungsgerichten erweisen sich immer dann als problematisch, wenn sie nicht zugleich *Rechtsentscheidungen* sind, d. h. in einem methodisch unangreifbaren Interpretationsverfahren als *verfassungsrechtlich* zwingend ausgewiesen werden. Freilich hat paradoxerweise gerade jene zutreffende Kritik der Minderheit ihrerseits eine Schlichtungswirkung entfaltet und nicht nur die Bereitschaft zur Akzeptanz, sondern auch die Legitimität des umstrittenen Urteils erhöht, weil damit zugleich Hoffnungen auf die künftige Möglichkeit einer Rechtsprechungsänderung (*outruling*) geweckt wurden. Wie sich inzwischen im sog. Zweiten Abtreibungsurteil von 1993 gezeigt hat, wurden diese Erwartungen letztlich auch nicht enttäuscht. Nunmehr hat das Gericht die Fristenlösung in Verbindung mit einer Pflichtberatung der Frau für verfassungsgemäß erklärt und sich in seiner Begründung vielfach auf Argumente aus den alten Minderheitsvoten gestützt³⁴.

32 Vgl. H.-P. Schneider, Im Namen des Menschen. Über Leben und Wirken einer großen Richterin, in: W. Rupp-v. Brünneck, Verfassung und Verantwortung, Baden-Baden 1983, S. 13 ff., hier S. 19.

33 Ebd., S. 69, 72.

34 Vgl. BVerfGE 88, 203 ff.

29 Ebd., S. 26.

30 Vgl. BVerfGE 89, 155 ff.

31 Vgl. BVerfGE 39, 1 ff.

Den Eindruck, nicht völlig gesiegt, aber auch nicht ganz verloren zu haben, hinterlassen freilich keineswegs nur Entscheidungen zu politisch hochbrisanten Konflikten, sondern auch zu alltäglichen Streitigkeiten, wie sie etwa im Rahmen einer schlichten Verfassungsbeschwerde auf dem Gebiet des Steuerrechts ausgetragen werden. Zwei Ruhestandsbeamte hatten sich gegen die Besteuerung ihrer Versorgungsbezüge mit dem Argument gewandt, es verletze den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), sie anders zu behandeln als die Rentner, deren Alterseinkommen weitgehend steuerfrei bleibt. Das Bundesverfassungsgericht erklärte zwar auf der einen Seite die geltende Regelung des Paragraphen 19 Abs. 2 EStG für die Streitjahre 1969 und 1970 noch für verfassungsgemäß, erkannte im Prinzip aber den Gleichheitsverstoß an und verpflichtete den Gesetzgeber, alsbald eine Neuregelung in Angriff zu nehmen, wobei es ihm überlassen bleibe, „in welcher Weise und mit welchen gesetzgeberischen Mitteln er die inzwischen eingetretenen Verzerrungen nunmehr beseitigen“ wolle³⁵.

Die Reaktion auf diese „Appell-Entscheidung“³⁶ in der Öffentlichkeit unterschied sich nur geringfügig von dem mehr oder weniger breiten Anklang, den die vorgenannten Beispiele gefunden hatten. Während die politischen Instanzen Bundestag und Bundesregierung damit zufrieden waren, daß die geltenden Regelungen zur Besteuerung von Alterseinkommen nicht mit Art. 3 Abs. 1 GG für unvereinbar erklärt worden waren, hatten die Beschwerdeführer ihr Interesse an einer Rechtsänderung für die Zukunft über den verfassungsgerichtlichen Nachbesserungsauftrag an die Legislative ebenfalls durchgesetzt³⁷. Insofern entfalten auch jene „Appell-Urteile“, die eine gesetzliche Vorschrift als „noch“ verfassungsgemäß aufrechterhalten, zugleich aber mit oder ohne Fristsetzung deren künftige Novellierung verlangen, eine kaum zu überschätzende Schlichtungs- und Befriedigungswirkung, welche allerdings nicht so weit gehen darf, daß – wie bislang hier – der Gesetzgeber unter dem Eindruck der allgemeinen Harmonie nunmehr dauerhaft untätig bleibt.

Auf einer „mittleren Linie“, wenngleich mit unverkennbar defensiver Tendenz, bewegt sich auch das

35 BVerfGE 54, 11 (39).

36 Vgl. W. Rupp-v. Brünneck, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?, in: Festschrift für G. Müller, Tübingen 1970, S. 355–378.

37 Vgl. auch BVerfGE 87, 1 ff. („Trümmerfrauen-Urteil“): Zwar erblickt das Gericht keinen Verfassungsverstoß darin, daß Zeiten der Kindererziehung nicht generell als Zurechnungszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung anerkannt werden, verpflichtet den Gesetzgeber jedoch, die dadurch bedingten Nachteile bei der Altersversorgung „in weiterem Umfang als bisher auszugleichen“.

sogenannte „4. Rundfunk-Urteil“ zum niedersächsischen Landesrundfunkgesetz von 1986, in dem sowohl die unerläßliche „Grundversorgung“ der Bevölkerung mit einem inhaltlich umfassenden Programmangebot durch öffentlich-rechtliche Anstalten als von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geboten anerkannt wurde als auch der private Rundfunk nunmehr endgültig „grünes Licht“ erhielt, und zwar im Hinblick auf die Breite des Programmangebots und die Sicherung gleichgewichtiger Vielfalt sogar unter erleichterten Bedingungen³⁸. Die Vertreter der Anstalten konnten darin eine verfassungsrechtlich abgesicherte Bestands- und Entwicklungsgarantie ihres öffentlich-rechtlichen Rundfunks erblicken, während auf der anderen Seite die Protagonisten des Privatfunks ebenfalls mit dem Ergebnis zufrieden waren, das ihnen den Zugang zum Äther in einer Weise eröffnete, die ihren wirtschaftlichen Interessen nicht essentiell zuwiderlief.

Noch erheblich stärkere Integrationseffekte erzielen allerdings Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, bei denen nur wegen Stimmgleichheit im Senat nach der Regel des § 15 Abs. 2 Satz 4 BVerfGG ein Verstoß gegen das Grundgesetz nicht festgestellt werden kann, wie dies bei dem jüngsten Urteil zur Strafbarkeit von Sitzblockaden wegen Nötigung der Fall war³⁹. Hier wurde die Enttäuschung der Antragsteller über die Zurückweisung ihrer Verfassungsbeschwerden wesentlich dadurch abgemildert, daß erstens das Gericht einmütig festgestellt hatte, die Erstreckung des Gewaltbegriffs auf Sitzdemonstrationen vor militärischen Anlagen indiziere nicht schon zugleich deren Rechtswidrigkeit, und daß zweitens immerhin vier Richter des ersten Senats sich ihrer Argumentation angeschlossen hatten, wonach die Anwendung des § 240 StGB auf derartige Sachverhalte gegen das aus Art. 103 Abs. 2 GG herleitbare Analogieverbot verstoße und jedenfalls solche Sitzdemonstrationen von den Strafgerichten nicht in der Regel als „verwerflich“ im Sinne von § 240 Abs. 2 StGB eingestuft werden

38 Vgl. BVerfGE 73, 118 ff. Es genüge „den Anforderungen der Rundfunkfreiheit eine Konzeption der Ordnung des privaten, durch Werbeeinnahmen finanzierten Rundfunks, welche neben allgemeinen Mindestanforderungen die Voraussetzungen der gebotenen Sicherung von Vielfalt und Ausgewogenheit der Programme klar bestimmt, die Sorge für deren Einhaltung sowie alle für den Inhalt der Programme bedeutsamen Entscheidungen einem externen, vom Staat unabhängigen, unter dem Einfluß der maßgeblichen gesellschaftlichen Kräfte und Richtungen stehenden Organ überträgt und wirksame gesetzliche Vorkehrungen gegen eine Konzentration von Meinungsmacht trifft“. Vgl. auch BVerfGE 83, 238 ff.: Die Rundfunkfreiheit „verpflichtet den Staat, die Grundversorgung, die dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk in einer dualen Rundfunkordnung zufällt, zu gewährleisten“.

39 Vgl. BVerfGE 73, 206 ff.

dürften. In diesem Fall bestand sogar nicht nur die reale Chance eines baldigen Rechtsprechungswechsels⁴⁰, sondern es ist den Instanzgerichten auch die Möglichkeit eröffnet, im Einzelfall von einer Bestrafung nach § 240 StGB abzusehen, wenn aus ihrer Sicht die Verwerflichkeit des Zwecks zu verneinen ist. Insofern hält das Urteil den Streit in der Schwebe und ist daher nicht nur formal, sondern auch inhaltlich ein echter „Schlichterspruch“.

III. Konzept und Wege richterlicher Streitschlichtung

Bei einer solchen Fülle wichtiger Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die sämtlich Elemente richterlicher Streitschlichtung enthalten, indem sie jeweils beiden Seiten ein Stück weit entgegenkommen, fragt es sich natürlich, ob derartige Vermittlungsbemühungen nicht überhaupt zum Wesen jeder Richtertätigkeit, erst recht aber zum Geschäft des Verfassungsrichters gehören und wo dann eigentlich noch die Unterschiede zwischen „Richten“ und „Schlichten“ liegen. Josef Wintrich, von 1954 bis 1958 zweiter Präsident des Bundesverfassungsgerichts, wies beispielsweise darauf hin, daß „Richten“ nicht notwendig heiße, „zwischen zwei gegensätzlichen Rechtsbehauptungen entscheiden“⁴¹, sondern allgemeiner: einen Sachverhalt an einem bestimmten Maßstab, nämlich einer Rechtsnorm messen⁴². Legt man diesen weiten Begriff von Rechtsprechung zugrunde, der über die Streitentscheidung im engeren Sinn hinausreicht, dann ist die Tätigkeit des Richters von der eines Schlichters nur noch idealtypisch abzugrenzen. Dennoch kann, wie sich zeigen läßt, eine solche Unterscheidung zumindest von analytischem Interesse sein, weil sie zwei Grundhaltungen kennzeichnet, deren Verhältnis zum Recht als einzigem Beurteilungsmaßstab der Justiz durchaus abweichende, ja mitunter sogar gegensätzliche Züge trägt.

„Schlichten“ oder „Vermitteln“ besteht entweder in dem Bemühen, streitende Parteien zu einigen, oder in einer Entscheidung, welche mit demselben

Ziel die Interessen beider Kontrahenten angemessen berücksichtigt⁴³. Ergebnis einer erfolgreichen Vermittlung ist stets der Kompromiß, welcher durch beiderseitiges Nachgeben und/oder durch einen Vorschlag bzw. Einigungsspruch zustande kommen kann, der auf einer beiden Parteien noch zumutbaren, gemeinsamen Linie liegt. Die wichtigste Eigenschaft eines *Vermittlers* ist seine Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Von ihr hängt maßgeblich ab, ob die am Konflikt Beteiligten das notwendige Vertrauen in die Objektivität und Integrität des Vermittlers aufbringen. Außerdem müssen die Beteiligten an einer Beilegung des Konflikts in der Weise interessiert sein, daß nicht jeder unter allen Umständen ohne Rücksicht auf die Folgen „sein Recht“ durchzusetzen bestrebt ist, sondern sich auch mit einem Teilerfolg abfinden kann. Sind diese Bedingungen gegeben, dann spielt selbst bei Rechtsstreitigkeiten die konkrete Entscheidungsnorm und ihre Auslegung eine eher untergeordnete Rolle. Soweit sie disponibel ist oder für mittlere Lösungen Raum läßt, tritt sie als Orientierungsmaßstab bei der Suche nach einem gemeinsamen Nenner hinter dem vorrangigen Ziel des Interessenausgleichs zurück.

Demgegenüber unterscheidet sich der „*Richtende*“ vom „*Vermittelnden*“ in erster Linie dadurch, daß sich seine Tätigkeit eher auf die Anwendung von Normen als auf die Berücksichtigung von Interessen bezieht. Es ist nicht seine Absicht, die Parteien zu versöhnen, sondern nach Gesetz und Ordnung zu klären, wer Recht hat. Beendet wird der Streit nicht durch Herstellung von Konsens, sondern durch autoritative, verbindliche Entscheidung. Während der Vermittler eher in die Zukunft blickt und die Folgen seiner Erwägungen oder Vorschläge in Betracht zieht, ist das Augenmerk des Richters vorwiegend auf abgeschlossene Sachverhalte der Vergangenheit gerichtet, die er unter normativen Aspekten zu beurteilen hat. Anders als der Schlichter, dessen Autorität wesentlich auf seinem persönlichen Ansehen und seinem Erfolg beruht, leitet der Richter seine Legitimation aus der Bindung an die Gesetze ab. Er muß daher nachweisen, daß sein Urteil nichts anderes besage als das, was für den konkreten Fall durch das Gesetz bereits vorgeschrieben sei (*la bouche de la loi*), und sich sorgsam davor hüten, in seine Entscheidungen subjektive Wertungen einfließen zu lassen. Im Prinzip ist seine Gewalt nur die des Gesetzes und aus eigenem Recht als nicht vorhanden (*en quelque façon nulle*) zu betrachten.

43 Den folgenden Ausführungen liegt die Studie von Torstein Eckhoff, *Die Rolle des Vermittelnden, des Richtenden und des Anordnenden bei der Lösung von Konflikten*, in: *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, hrsg. von E. E. Hirsch/M. Rehbinder, Opladen 1967, S. 243–270, zugrunde.

40 Die Korrektur ließ nicht lange auf sich warten: Das BVerfG hat nunmehr klar und eindeutig entschieden, daß die erweiternde Auslegung des Gewaltbegriffs in § 240 Abs. 1 StGB im Zusammenhang mit Sitzdemonstrationen gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstößt (vgl. BVerfGE 92, 1 ff.).

41 So aber E. Friesenhahn, *Über Begriff und Arten der Rechtsprechung*, in: *Festschrift für R. Thoma*, 1950, S. 27.

42 J. M. Wintrich (Anm. 16), S. 132 f. Hinzukommen müßten freilich noch zwei weitere Momente: ein besonderes Verfahren, welches mit einem autoritativen, verbindlichen Spruch endet, sowie die Neutralität und Unabhängigkeit der Entscheidungsinstanz.

Im forensischen Alltag namentlich der Verfassungsgerichte lassen sich diese hier idealtypisch gegenübergestellten Verhaltens- und Verfahrensweisen des „Richtens“ und „Schlichtens“ allerdings kaum voneinander trennen. Sowohl im Verlauf des Prozesses als auch im abschließenden Richterspruch überwiegt jeweils die eine oder andere Komponente. Das Begriffspaar „Richten“ und „Schlichten“ bezeichnet also keinen Gegensatz, sondern lediglich zwei auf verschiedene Ziele hin orientierte Handlungs- und Entscheidungsmodalitäten der Justiz, die sogar zeitgleich gehandhabt und strategisch miteinander verbunden werden können, um die Legitimität und Akzeptanz der Entscheidung zu erhöhen. So gesehen entfalten eine gesteigerte Befriedigungs-, Integrations- oder Schlichtungswirkung all jene verfassungsgerichtlichen Entscheidungen, die dem Inhalt, der Methode oder dem Verfahren nach den Anliegen und Interessen sämtlicher Beteiligten gerecht zu werden suchen und durch wechselseitige Reduktion des ursprünglichen Begehrens oder Abwehrens von Antragstellern und Antragsgegnern bzw. Antragsbetroffenen einen Ausgleich herbeizuführen bemüht sind. Dabei kann man materielle, funktionelle und prozedurale Vermittlungsmechanismen unterscheiden.

Sachliche (materielle) Vermittlung besteht in der richterlichen Produktion eines Kompromisses. Sie beginnt mit der Analyse des Streitstandes, setzt sich fort in der Auslotung des Bewegungsspielraums und endet in der Regel mit einer Entscheidung, die – gleich weit entfernt von den Ausgangspositionen der Beteiligten – inhaltlich möglichst genau im Zentrum des Konfliktfeldes liegt („mittlere Linie“)⁴⁴. Methodisch wird ein solches Ergebnis im Wege „praktischer Konkordanz“ gewonnen, wobei die widerstreitenden Verfassungsprinzipien, Grundrechte oder sonstigen rechtlich geschützten Interessen einander so zuzuordnen sind, daß sie insgesamt zu optimaler (nicht maximaler) Wirksamkeit gelangen können⁴⁵. Die-

44 Typisch für derartige Balance-Entscheidungen ist der „Canabis-Beschluß“ vom 9. März 1994: Auf der einen Seite lehnt das BVerfG „ein Recht auf Rausch“ ab; andererseits läßt es den Erwerb oder Besitz von Cannabis-Produkten in kleinen Mengen zum gelegentlichen Eigenverbrauch zu. Wörtlich heißt es in Leitsatz 2 b): „Bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe muß die Grenze der Zumutbarkeit für die Adressaten gewahrt werden (Übermaßverbot oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne). Die Prüfung an diesem Maßstab kann dazu führen, daß ein an sich geeignetes und erforderliches Mittel des Rechtsgüterschutzes nicht angewandt werden darf, weil die davon ausgehenden Beeinträchtigungen der Grundrechte des Betroffenen den Zuwachs an Rechtsgüterschutz deutlich überwiegen, so daß der Einsatz des Schutzmittels als unangemessen erscheint.“

45 Vgl. K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe 1999²⁰, S. 142 f.

ser verhältnismäßige Ausgleich kollidierender Verfassungspositionen tritt auch in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁴⁶ immer häufiger an die Stelle der früheren Güter- und Wertabwägung, die nicht selten dazu führte, daß bestimmte Anliegen vollständig unberücksichtigt blieben oder wichtige rechtliche Gesichtspunkte „heruntergewogen“ und damit praktisch ausgeblendet wurden. Insofern ist hier nunmehr eine deutliche Tendenz von der Wertentscheidung hin zur Grundrechtsschlichtung erkennbar.

Aufgabenbezogene (funktionelle) Vermittlung findet zumeist in der Form statt, daß namentlich in Normenkontrollverfahren zwar geltendes Recht als (noch) verfassungsgemäß bestätigt, jedoch anderen Staatsfunktionen, insbesondere der Legislative, aber – z. B. auf dem Gebiet der Außenpolitik – auch der Regierung, bestimmte Auflagen erteilt werden, die den Interessen der unterlegenen Antragsteller weitgehend entgegenkommen. Dies kann auf ganz verschiedene Weise geschehen, und zwar unabhängig davon, ob es sich im konkreten Fall um eine abstrakte, konkrete oder individuelle (durch Verfassungsbeschwerde veranlaßte) Normenkontrolle handelt. Zunächst besteht die Möglichkeit, sachliche Ergänzungen und Modifikationen, ja sogar partielle Korrekturen des Tenors in den Gründen zu plazieren und diese für verbindlich zu erklären. Ferner kann das Gericht ebenfalls in den Gründen die Verpflichtung des Gesetzgebers aussprechen, einen noch verfassungsgemäßen oder für eine Übergangszeit noch hinnehmbaren, an sich aber bedenklichen Zustand für die Zukunft dem Grundgesetz (besser) anzupassen⁴⁷. Schließlich wird bei Prognoseentscheidungen, die lediglich einer beschränkten Überprüfung am Maßstab der Vertretbarkeit unterliegen, zum Ausgleich dessen mitunter für den Eventualfall der Fehlprognose vorsorglich eine Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers statuiert⁴⁸. Alle drei Varianten tragen mindestens indirekt erheblich dazu bei, daß ungünstige Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nur äußerst selten als völliger Mißerfolg empfunden werden.

Ähnlich wirken auf die unterlegene Seite nicht zuletzt Formen der verfahrensmäßigen (prozeduralen) Vermittlung, d. h. Entscheidungen, die nach

46 Vgl. BVerfGE 43, 130, hier S. 139, seither std. Rspr. zu Art. 5 GG.

47 Den jeweiligen Antragstellern besonders schwer zu vermitteln sind allerdings Entscheidungen, mit denen sie zwar in der Sache obsiegen und das angefochtene Gesetz für verfassungswidrig erklärt wird, das Gericht aber für einen begrenzten Zeitraum seine Weitergeltung anordnet (vgl. BVerfGE 91, 186 ff.; in diesem Fall einer konkreten Normenkontrolle verlor der Kläger wegen der Weitergeltung des verfassungswidrigen Gesetzes sogar sein Ausgangsverfahren).

48 Vgl. BVerfGE 25, 1 (13); 49, 89 (130); 44, 290 (335).

außen hin – etwa über das Abstimmungsverhalten der Richter – sachliche Differenzen bei der Rechtsfindung erkennen lassen und damit den Verfassungstreit im Entscheidungsprozeß selbst widerspiegeln und transparent werden lassen. Noch relativ verdeckt werden gelegentlich in die Urteilsgründe mäßigende, gegenläufige oder sogar abweichende Passagen auf Betreiben einzelner Richter eingefügt, die sonst dissentieren würden, sofern die Mehrheit solche Überlegungen (gerade noch) zu tolerieren bereit ist. Auf den Außenstehenden wirken solche Urteile dann oft uneinheitlich oder widerspruchsvoll⁴⁹. Offener zutage tritt ein interner Konflikt schon bei der Mitteilung des Abstimmungsergebnisses gemäß § 30 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG und erst recht bei der Abgabe von Sondervoten (dissenting oder concurring opinions) nach § 30 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG, deren schlichtende und befriedende Wirkung seit langem bekannt ist⁵⁰. Der bei weitem stärkste Vermittlungseffekt wird freilich durch Entscheidungen mit Stimmgleichheit erzielt, bei denen lediglich nach der Legalitätsvermutung des § 15 Abs. 2 Satz 4 BVerfGG ein Verstoß gegen Verfassungsrecht nicht festgestellt werden kann. Insgesamt entfalten alle diese Verhaltens- und Verfahrensweisen streitschlichtende Wirkungen, und zwar ganz unabhängig davon, ob solche Konsequenzen von den Richtern im konkreten Fall bewußt intendiert sind oder nicht.

IV. Chancen und Risiken des Interessenausgleichs durch Verfassungsgerichte

Geht man davon aus, daß Streitschlichtung und Streitentscheidung keine Gegensätze, sondern lediglich verschiedene Modalitäten richterlichen

49 Hauptbeispiele dafür sind das „Abhör-Urteil“ (BVerfGE 30, 1 [21]), welches die nachträgliche Unterrichtung des Betroffenen zumindest dann verlangt, wenn keine Gefährdungsmomente mehr vorliegen, und der „Extremisten-Beschluß“ (BVerfGE 39, 334 [356 f.]) mit dem sogenannten Jugendsünden-Privileg bei der Einstellung in den Vorbereitungsdienst. Ein offener Widerspruch findet sich auch im Urteil über ein „kommunales Ausländerwahlrecht“, welches das BVerfG sogar wegen Verstoßes gegen das Demokratieprinzip und damit zugleich gegen die sogenannte Ewigkeitsgarantie in Art. 79 Abs. 3 GG für verfassungswidrig erklärt hat, während es aber gegen die Einführung eines solchen Wahlrechts für Staatsangehörige der EG-Mitgliedstaaten keine Bedenken hatte.

50 Vgl. aus der umfangreichen Literatur vor allem W. Geiger, Die abweichende Meinung beim Bundesverfassungsgericht und ihre Bedeutung für die Rechtsprechung, in: Die Freiheit des ändern. Festschrift für M. Hirsch, Baden-Baden 1981, S. 455 ff., hier S. 460 ff.

Handelns darstellen, also die Vermittlungstätigkeit als solche auch der Verfassungsrechtsprechung keineswegs wesensfremd ist, dann hat jener richterliche Interessenausgleich unter den Beteiligten zwar große Vorteile, birgt aber auch erhebliche Gefahren. Die Chancen liegen auf der Hand: Ausgewogene Richtersprüche, die den Anliegen aller Beteiligten in jeweils nur begrenztem Umfang Rechnung tragen, vermögen erfahrungsgemäß eine weit größere Befriedigungswirkung zu entfalten als einseitige Urteile und dienen damit zugleich der Rechtssicherheit. Sie fördern die Bereitschaft der Parteien, ihnen zuzustimmen, und erhöhen mit dieser gesteigerten Akzeptanz von außen, ungeachtet der methodischen Fundierung des Ergebnisses, deren immanente Legitimität. Nicht zuletzt wird durch solche Vermittlungsbemühungen auch die Autorität des Verfassungsgerichts selbst gestärkt, das als Folge seines „einigenden“ Vorgehens im konkreten Fall bei Freund und Feind gleich hohes Ansehen genießt. Betrachtet man den im Wege gegenseitigen Nachgebens aufgrund eines Kompromisses erzielten Konsens als die Urform demokratischer Entscheidungsfindung⁵¹, so läßt sich nicht leugnen, daß in einer „schlichtenden“, den Interessenausgleich begünstigenden Gerichtspraxis nicht nur die „Offenheit“ der Verfassung in prozessualer Hinsicht zum Ausdruck kommt⁵², sondern auch ein Stück richterlich vorgelebter Demokratie.

Ebensowenig dürfen auf der anderen Seite freilich die Probleme und Risiken einer solchen Schlichtungs- und Ausgleichstätigkeit von Verfassungsgerichten übersehen oder unterschätzt werden. Aus der Sicht der Beteiligten könnte leicht der Eindruck entstehen, daß es sich stets und mit jeder Frage lohnt, nach Karlsruhe zu gehen, weil das Gericht auch im ungünstigsten Fall der unterlegenen Partei wenigstens ein paar Schritte entgegenkommt und ihr am Ende jedenfalls mehr zugestanden wird, als sie vorher mit ihrer weitergehenden, aber nicht durchsetzbaren Position besaß. Von daher würde sich jene Vermittlungspraxis auf die Dauer rasch als „Bumerang“ erweisen und unversehens zum Arbeitsbeschaffungsprogramm werden. Außerdem wächst die Gefahr einer noch stärkeren Entpolitisierung des Streitgegenstandes, als sie ohnehin schon mit jedem verfassungsgerichtlichen Verfahren verbunden ist. Denn wenn das Ergebnis einer Verfassungsklage nur noch darin besteht, auszuloten, wieviel der eine mehr Recht hat als der andere, anstatt klar festzustellen, was von Verfassungs wegen erlaubt oder verboten ist, entmutigt man

51 Vgl. K. Hesse (Anm. 45), S. 59.

52 Vgl. P. Häberle (Anm. 14), S. 34 ff.

damit vielfach die Beteiligten, ihre Kontroverse zunächst soweit wie möglich im politischen Meinungskampf auszutragen und parlamentarisch zu entscheiden. Hieraus resultiert dann leicht eine Haltung des Gesetzgebers, es mit der Verfassung nicht ganz so genau zu nehmen oder doch wenigstens ihre politische Belastbarkeit immer wieder zu testen, weil ja ohnedies bei jedem nicht völlig belanglosen Konflikt der Gang nach Karlsruhe zu erwarten ist und dort soviel gar nicht „schiefehen“ kann.

Kaum weniger ernst sind die Rückwirkungen solcher forensischen Ausgleichsstrategien auf die Verfassungsrechtswissenschaft. An die Stelle sorgfältiger Verfassungsanalyse tritt zunehmend das Bemühen, gleichsam „zwischen den Zeilen“ herauszufinden, was das Verfassungsgericht im Einzelfall überhaupt gemeint haben könnte. Man beschäftigt sich immer seltener mit dem Grundgesetz selbst und konzentriert sich statt dessen auf die Interpretation von Absätzen, Halbsätzen oder Satzzeichen in den Gründen „sibyllinischer“ Gerichtsurteile. Letzten Endes bestünde die gesamte Verfassungsjurisprudenz dann nur noch in einer Entscheidungshermeneutik, die sich im Auffinden und wechselseitigen Auspielen mehrdeutiger Leitsätze oder Begründungsfragmente in Richtersprüchen erschöpft⁵³.

Vor allem aber ist zu befürchten, daß langfristig auch das Verfassungsgericht selbst von seiner eigenen Schlichtungspraxis nicht völlig unberührt bleibt. Warum sich noch um methodisch exakte Verfassungsauslegung bemühen, wenn man sich innerhalb des Senats rasch auf einer gemeinsamen Basis einigen kann? Ohne gleich bewußte Nachlässigkeit unterstellen zu wollen, liegt es doch bei einer Praxis des Vermittelns und Ausgleichens sehr nahe, von den normativen Rahmenbedingungen zunächst einmal abzusehen und nach dem „kleinsten gemeinsamen Nenner“ zu suchen. Das geltende Verfassungsrecht als einziger Legitimationsgrund der Judikatur wird ja auch insoweit entbehrlich, als die größere Bereitschaft zur Akzeptanz einer Entscheidung an seine Stelle tritt und tiefer gehende Fragen nach ihrer normativen Rechtfertigung zu erübrigen scheint.

Wäre aber die situations- oder interessenkonforme Anwendung der Verfassung um den Preis einer stringenten verfassungsrechtlichen Argumentation nicht zu teuer erkauft? Immerhin ist ein Verfassungsprozeß kein Schauspiel, bei dem nach den Maximen des Direktors in Goethes „Faust“ gehan-

delt werden könnte⁵⁴. Daher soll abschließend noch untersucht werden, worin eigentlich die Gründe, Bedingungen und Grenzen vernünftiger (rationaler) und berechtigter (legitimer) verfassungsrichterlicher Streitschlichtung liegen.

V. Integration und Vermittlung als Aufgaben der Verfassungsgerichtsbarkeit

Unbestreitbar haben Verfassungsgerichte die Aufgabe, Gegensätze auszugleichen, widerstrebende Interessen zusammenzuführen und kontroverse Meinungen auf dem Boden der Verfassung miteinander zu versöhnen. Hierbei vor allem tritt ihre funktionelle Bedeutung als maßgebliche „Integrationsfaktoren“ des Verfassungslebens in Erscheinung, ohne daß sie damit den Charakter rechtsprechender Gewalt verlieren. Darüber hinaus hat die Neigung der Verfassungsgerichte zur Streitschlichtung aber auch praktische Ursachen: Versteht man die Verfassung als „offene“ Grundordnung des politischen Gemeinwesens, dann wird nicht jeder der acht Richterinnen oder Richter eines Senats in Fragen der Verfassungsinterpretation zwingend zu denselben Ergebnissen gelangen. Er muß andere also entweder von der Richtigkeit seiner Auffassung überzeugen oder, wenn er nicht durchdringt, sich darüber klarwerden, ob und ab wann er dissentiert bzw. wieweit er das Urteil noch mittragen kann, falls zumindest Teile seiner Argumentation in die Begründung eingehen. So findet bei der Beratung notwendigerweise offen oder verdeckt ein völlig legitimes, ja von der Sache her geradezu erwünschtes „Aushandeln“ der Entscheidung statt – ein Vorgang, der allerdings eher an die Abfassung diplomatischer Kommunikés erinnert als an die logisch konsistente Subsumtion von Tatsachen oder Rechtsvorschriften unter bestimmte Verfassungsnormen⁵⁵.

Gleichwohl darf die Verfassung als verbindlicher Entscheidungsmaßstab dadurch nicht zum bloßen „Verhandlungsmaßstab“ entwertet werden, wenn ihrer Umbildung oder Aushöhlung durch ein „judgement by consent“ vorgebeugt werden soll. So selbstverständlich es ist, daß Verfassungsrichter

54 Vgl. das „Vorspiel auf dem Theater“: „Die Masse könnt ihr nur durch Masse zwingen. Ein jeder sucht sich endlich selbst was aus. Wer vieles bringt, wird manchem etwas bringen; Und jeder geht zufrieden aus dem Haus.“

55 Vgl. dazu meinen Diskussionsbeitrag auf der Staatsrechtslehrertagung in Innsbruck und die sich anschließende Kontroverse mit und zwischen K. Schlaich, E.-W. Böckenförde und K. Hesse, in: VVDStRL, 39 (1981), S. 191 f., 195 f., 200 f., 207 f.

53 In diesem Zusammenhang spielt leider auch das „Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“, so hilfreich es gelegentlich sein mag, eine nicht immer ganz unbedenkliche Rolle.

keine ausgiebigen Methodendiskussionen führen können, sondern möglichst schnell „zur Sache“ kommen müssen⁵⁶, zeugt eine fundierte Sachbehandlung doch immer wieder von der „Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs“⁵⁷. Nicht selten ist darüber hinaus auch ein spezifisch verfassungsrechtliches Fachwissen erforderlich, das durch den beliebten Hinweis auf die „offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“⁵⁸ nicht ohne weiteres zu ersetzen ist. Jedenfalls darf die „Sache“ nicht gegen die „Methode“ ausgespielt werden und umgekehrt. Deshalb gehört zu den unverzichtbaren Bedingungen jeder legitimen richterlichen Vermittlungstätigkeit erstens, daß sich die Ergebnisse der Streitschlichtung innerhalb des von der Verfassung vorgezeichneten Rahmens bewegen, zweitens, daß sie methodologisch unangreifbar begründet sind, und drittens, daß sie insgesamt die normative Kraft der Verfassung nicht schwächen oder auch nur den Anschein minderer Verbindlichkeit erwecken.

56 Vgl. K. Hesse (Anm. 55), S. 208.

57 J. Esser, Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs, in: Juristenzeitung (JZ), (1975), S. 558.

58 P. Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, in: JZ, (1975), S. 297 ff.

Damit werden einer um Befriedung und Ausgleich bemühten Gerichtspraxis auch gewisse unübersteigbare Grenzen gezogen. Niemals darf die Verfassung selbst zur Disposition der Beteiligten gestellt werden. Zu Recht hat deshalb die Antragsrücknahme im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle, das ausschließlich einem objektiven Klarstellungsinteresse zum Schutze der Verfassung dient, auch keinen Einfluß auf den Fortgang des Prozesses. Aber auch der bloße Versuch, den materiellen Sinngehalt oder Bedeutungsspielraum von Verfassungsnormen auszuweiten, wenn darüber Einigkeit hergestellt werden kann, muß bereits erheblichen Bedenken begegnen. Der gern zitierte „mündige Richter“⁵⁹ zeichnet sich nicht dadurch aus, daß er „Recht so jetzt, jetzt so“⁶⁰ sprechen kann, gerade wie es den Parteien beliebt oder die Herstellung von Konsens zu erfordern scheint, sondern durch seinen unbedingten, unbestechlichen und unerschütterlichen „Willen zur Verfassung“⁶¹.

59 W. Zeidler, Richter und Verfassung, in: DÖV, (1971), S. 6 ff., hier S. 14.

60 So der Dorfrichter Adam in Kleists „Zerbrochenem Krug“, Vs. 635.

61 K. Hesse, Die normative Kraft der Verfassung (1959), in: Ausgewählte Schriften, Karlsruhe 1984, S. 3–18, hier S. 10.

Verfassungslehre als Kulturwissenschaft am Beispiel von 50 Jahren Grundgesetz

I. Einleitung

„Verfassungslehre als Kulturwissenschaft“ ist ein erstmals 1982 formuliertes und nach und nach ausgebauten Programm¹. Im Gegensatz zur Allgemeinen Staatslehre geht sie von einer in Zeit und Raum vergleichenden Analyse der Verfassungen aus, wobei sie sich von der Einsicht eines R. Smend und A. Arndt leiten läßt, daß es nur so viel Staat gibt, wie die Verfassung konstituiert. Erarbeitet werden die einzelnen Elemente des Typus Verfassungsstaat unter Einbeziehung von Kleinstaaten und Entwicklungsländern. Diese höhere Abstraktionsebene vernachlässigt indes nicht die je individuellen Ausformungen konkreter Beispielsnationen als Materialien, etwa ihres spezifischen kulturellen Erbes, ihrer oft schmerzhaften Erfahrungen, aber auch beflügelnden Hoffnungen. Ist der Verfassungsstaat als Typus eine immer wieder gefährdete, sich aber auch fruchtbar fortentwickelnde kulturelle Leistung par excellence, so geworden nicht zuletzt dank Klassikertexten von Aristoteles bis J. Rawls (1971) und H. Jonas (1979) (vgl. jetzt Art. 20 a GG), von den Federalist Papers in den USA (1787) bis zu Traktaten von Montesquieu (1748) und I. Kant als Verfassungstexten im „weiteren Sinne“, so richtet sich der kulturwissenschaftliche Blick immer zugleich auf die Identität und Individualität der einzelnen Verfassung und der sie lebenden Nation oder nationalen Vielfalt (wie die Schweiz) bzw. die sie ausmachende Kultur. A. Gehlens „Zurück zur Kultur“ ist ein Leitmotiv, das die Methoden und Inhalte mitsteuert und die Verfassungslehre zur juristischen Text- und Kulturwissenschaft ebenso macht wie die These, es gebe nur kulturelle Freiheit: Freiheit aus und dank Kultur!

Der Beitrag konzentriert sich wegen des Jubiläums auf das Grundgesetz (GG). Solche feierliche Vergegenwärtigung einer gelungenen und stets neu in der Bewährungsprobe stehenden Verfassung trägt ihrerseits zur Verfassungskultur bei, so wenig sich die Staatsrechtslehre als Wissenschaft und Literatur überschätzen darf. Sie ist nur eine Stimme im

Ganzen der „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“. Ermutigen darf, daß das Kulturthema wie kaum jemals zuvor 1998 Gegenstand des Bundestagswahlkampfes war (Stichwort: Kulturbeauftragter des Bundes). Mitzudenken sind die den föderalistischen Rahmen der „Werkstatt Bundesstaat“ original und vital ausfüllenden elf, jetzt 16 Länderverfassungen, ebenso wie die rasante Europäisierung der nationalen Verfassungen, Teilrechtsordnungen und Wissenschaftlergemeinschaften (Stichwort: „europäischer Jurist“). Die Entwicklung von „gemeineuropäischem Verfassungsrecht“² öffnet dem GG neue Horizonte und Wirkungsmöglichkeiten, relativiert es aber auch, insofern klassische Staatlichkeitselemente wie die Währungshoheit, die höchste „letzte“ nationale Gerichtsbarkeit, das Staatsgebiet bzw. die Staatsgrenzen teils wegfallen, teils umgewandelt werden (vgl. auch die neue „Unionsbürgerschaft“) und der europäische Verfassungsraum durch ein Ensemble von Teilverfassungen buchstäblich „wachsend“ konstituiert wird.

II. Das Programm einer Verfassungslehre als Kulturwissenschaft

1. Methodenfragen

Die Verfassungslehre als „Kulturwissenschaft“ zu etablieren verlangt interdisziplinäre Sensibilität und spezifische Wege, das Problem der Kultur aufzuschlüsseln. Methoden und Gegenstand bestimmen sich dabei wechselseitig. Die Unterscheidung in „Hochkultur“ im Sinne des „Wahren, Guten und Schönen“, „Volkskultur“ (auch Minderheitenkultur nach Art Schweizer Kantonsverfassungen) sowie „Alternativ-“ bzw. Subkultur (z. B. die jetzt „klassischen“ Beatles in ihrer Frühzeit) gibt eine erste Hilfestellung. Erweiterungen über den traditionellen Aspekt hinaus in Richtung auf J. Beuys'

2 J. Schwarze (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas, Baden-Baden 1998; P. C. Müller-Graff/E. Riedel (Hrsg.), Gemeinsames Verfassungsrecht in der EU, Baden-Baden 1998; R. Bieber/P. Widmer (Hrsg.), Der europäische Verfassungsraum, Zürich 1995; P. Häberle, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, in: Europäische Grundrechtszeitschrift (EuGRZ), (1991), S. 261 ff.

1 Vgl. Peter Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, Berlin (1982) 1998².

Motto „Jeder Mensch ein Künstler“ (freilich ist nicht jeder ein Beuys!) sind speziell im Bereich der Kunst im Konzept des offenen Kunstbegriffs bei Art. 5 Abs. 3 GG (BVerfGE 67, 213 [223 ff.]) präsent, flankiert von einem sich bei der Wahrheitsuche als ewig unterwegs begreifenden Wissenschaftsverständnis (vgl. BVerfGE 35, 79 [113]) sowie von der Toleranz in Glaubensdingen (BVerfGE 41, 29 [51 f., 63]). Die Staatsrechtslehre hat rechtzeitig den Gedanken von der „ideellen Reproduktion der Gesellschaft“ beigesteuert³, zuvor das offene, pluralistische Kulturkonzept gewagt⁴. Andere Disziplinen haben Wege bereitet: so in Gestalt des mittlerweile Allgemeingut gewordenen Begriffs der „politischen Kultur“. Weitere Schlüsselbegriffe für kulturwissenschaftliches Arbeiten folgten: die „Grundrechtskultur“, die „Verfassungskultur“, das „Textstufenparadigma“ und der Gedanke, die Inhalte der Verfassungstexte seien erst durch ihre kulturellen Kontexte zu erschließen. Von hier aus eröffnet sich der Weg zur Rechtsvergleichung als Kulturvergleichung bzw. „fünfter“ Auslegungsmethode und zur „europäischen Rechtskultur“⁵. Mit all dem wird auf der Basis verschütteter Ansätze schon der Weimarer Zeit (H. Heller, G. Holstein, R. Smend, zuvor M. Weber) in Abgrenzung zum Positivismus einerseits, zu bloß sozialwissenschaftlichen Ansätzen andererseits die Verfassungslehre mit kulturwissenschaftlichen Methoden ausgestattet, was viele Horizonte eröffnet: insonderheit die Wirkweise von Klassikertexten und Rezeptionsprozessen, die Unverzichtbarkeit grundlegender Grundwerte und eines inspirierenden „Utopienquantums“ des Verfassungsstaates, die Katalysatorfunktion aller Künste und vieler Religionen, die Ergänzung des bekannten Verfassungsverständnisses um das spezifisch Kulturwissenschaftliche und die Dimension des (Erfahrungen transportierenden) kulturellen Generationenvertrages. Sogar „Wahrheitsprobleme“ werden neben den Gerechtigkeitsmaximen zu einer relevanten Fragestellung, die vorläufige Teilantworten ermöglicht (erfolgreich etwa in Gestalt der Wahrheitskommissionen in Südafrika, El Salvador und Guatemala)⁶.

3 D. Grimm, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL), 42 (1984), S. 46 (60); vgl. auch U. Steiner, ebd., S. 7 ff.

4 Vgl. P. Häberle, Kulturpolitik in der Stadt – ein Verfassungsauftrag, Heidelberg 1979; ders., Das Kulturverfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 28/85, S. 11 ff.

5 Vgl. dazu P. Häberle, in: Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, Berlin 1979, S. 88 ff.; ders., Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, Berlin 1992; ders., Europäische Rechtskultur, Baden-Baden 1994.

6 Vgl. dazu P. Häberle, Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat, Berlin 1995, insbes. S. 20 f.

In kulturwissenschaftlicher Sicht ist die Verfassung nicht nur juristisches Regelwerk, sondern auch Ausdruck eines kulturellen Entwicklungszustandes, Mittel der kulturellen Selbstdarstellung des Volkes, Spiegel seines kulturellen Erbes und Fundament seiner Hoffnungen. Lebende Verfassungen als ein Werk aller Verfassungsinterpreten der offenen Gesellschaft sind der Form und der Sache nach weit mehr Ausdruck und Vermittlung von Kultur, Rahmen für kulturelle (Re-)Produktion und Rezeption sowie Speicher von überkommenen kulturellen „Informationen“, „Erfahrungen“, „Erlebnissen“, sogar „Weisheiten“. Die Verfassung ist mit einem auf Goethe bezogenen Wort H. Hellers „geprägte Form, die lebend sich entwickelt“. Andere Verfassungsverständnisse behalten ihr relatives Recht: etwa R. Smends „Anregung und Schranke“ oder U. Scheuners „Norm und Aufgabe“, wobei die Nationen ihre Akzente unterschiedlich setzen mögen (man denke etwa an den spezifischen Nation- und Republikbegriff Frankreichs). Das „gemischte Verfassungsverständnis“ vermag die verschiedenen Aspekte in Zeit und Raum miteinander zu verbinden. Am Verfassungsstaat als kultureller Leistung par excellence arbeiten alte und neue Klassikertexte mit: stimulierend, inspirierend und konservierend. Für das GG „gelten“ in diesem Sinne Texte von H. Heller und C. Schmid („sozialer Rechtsstaat“), zuletzt das Prinzip Verantwortung von H. Jonas (via Art. 20 a). Sogar Nationalhymnen können als integrierende Klassikertexte wirken: so im Herbst 1996 in Italien (Mailand) Verdis „Nabucco“ (Gefangenenchor) als Absage an U. Bossis „Padanien“.

2. Zehn inhaltliche Beispielfelder

Zwar will der kulturwissenschaftliche Ansatz viele Inhalte und Funktionen einzelner Prinzipien der verfassungsstaatlichen Verfassung erklären; doch drängen sich schon prima facie besondere Arbeitsfelder auf, die hier am Beispielmateriale des GG und deutscher Landesverfassungen illustriert seien:

1. Die Menschenwürde ist die kulturanthropologische Prämisse des Verfassungsstaates, sie hat die pluralistische Demokratie zur „organisatorischen Konsequenz“. Anders gesagt: Grundrechtliche Menschenwürde und die Möglichkeit zur demokratischen Mitbestimmung, z.B. in Gestalt der Schweizer Volksrechte oder Brandenburgs „Politischer Gestaltungsrechte“, gehören zusammen. Die Würde des Menschen, früh in der UN-Erklärung der Menschenrechte von 1948 zum Klassikertext geronnen, ist in fast allen Verfassungen heute der geschriebene Grundwert, aus dem vieles folgt: vom Verbot der Folter und des Lügendetektors bis zum Schutz der Alten und Behinderten. Die von G. Dürig (1956) und dem BVerfG justitiabel

gemachte „Objektformel“ I. Kants⁷ ist auf der Theorieebene durch kulturwissenschaftliche Identitätskonzepte anzureichern⁸. Dabei verknüpfen sich universale und nach Kultur bzw. Rechtskreisen variable partikuläre Inhalte zu einem oft erst im Fallmaterial auslotbaren Ganzen, in dem der kulturelle Wandel ebenso relevant wird wie der soziokulturelle Du-Bezug. Die „Leistung“ zu einem Kriterium gemacht zu haben, gehört zu den fruchtbaren Irrtümern der Systemtheorie⁹.

2. „Freiheit aus Kultur“ ist eine Ausprägung der Würde des Menschen. Es gibt keine „natürliche Freiheit“ vor der Kultur, so wichtig die Fiktion vom Beginn der Freiheit mit der Geburt in vielen Menschenrechtserklärungen bleibt: Freiheit „erfüllt“ sich erst in, aus und dank der Kultur. Sie „wird“ erst in komplexen kulturellen Sozialisationsprozessen jenseits des klassischen „Naturzustandes“. Kulturelle Grundrechte sind triadisch die Freiheit von Religion, Kunst und Wissenschaft, im Goethe-Diktum tiefgründig verknüpft: „Wer Wissenschaft und Kunst hat, hat Religion; wer diese beiden nicht besitzt, der habe Religion.“ Der Verfassungsstaat ist heute das Forum für ein „Weltbürgertum aus Kunst und Kultur“ einerseits, das Menschenrecht auf Heimat im kleinen (wie der Region) andererseits.

3. Erziehungsziele und Orientierungswerte gewinnen aus dieser Sicht ihren verfassungsstaatlichen Stellenwert. Erziehung, von Hegel als „zweite Geburt“ des Menschen eingestuft, ist heute vor allem Erziehung zu den Menschenrechten, wie UNESCO-Texte und manche Entwicklungsländerverfassungen (z. B. Art. 72 Verf. Guatemala von 1985) dekretieren. Die deutschen Länderverfassungen haben im Gefolge des Pionierartikels 148 Weimarer Reichsverfassung (WRV) einen gemeindeutschen Kanon ausdifferenziert, der den Zusammenhang von Kultur, Freiheit und Verfassungsstaat beleuchtet. Erinnert sei an Bayerns „Achtung vor religiöser Überzeugung und vor der Würde des Menschen“, „Aufgeschlossenheit für alles Wahre, Gute und Schöne“, Brandenburgs „Anerkennung der Demokratie und Freiheit“ sowie „Solidarität im Zusammenleben der Kulturen der Völker“ oder Sachsen-Anhalts Verantwortung „gegenüber künftigen Generatio-

nen“. Die Orientierungswerte meinen die Inhalte des unverzichtbaren Grundkonsenses eines Verfassungsstaates, im GG z. B. den Föderalismus; im übrigen finden sie sich in Grundnormen der Ethik, in Religionen, aber auch in (variablen) Parteiprogrammen und Vereinszielen. Sie beeinflussen die offene Gesellschaft und verhindern, daß der einzelne buchstäblich ins Bodenlose stürzt.

4. „Staatsymbole“ wie Flaggen und Hymnen beinhalten im Verfassungsstaat einen dem (instrumentalen) Staatsverständnis entsprechenden sekundären Stellenwert (vgl. Art. 1 Abs. 1 HCHE von 1948: „Der Staat ist um des Menschen willen da“, nicht umgekehrt). Die Feiertage gehören zu den „irrationalen Konsensquellen“ eines Gemeinwesens. Sie berücksichtigen, daß der Mensch und Bürger ein Wesen mit *ratio* und *emotio* ist. Die Lehre von den drei Staatselementen (G. Jellinek: Staatsgewalt, Staatsgebiet und Staatsvolk) bedarf der Revision: Kultur ist das „vierte“, wenn nicht sogar erste sogenannte „Staatselement“. Wie prekär und unsicher in Deutschland hier manches ist, zeigt der hannoversche Streit um das Deutschlandlied im Herbst 1998 (musikalische „Anreicherung“ um Teile der DDR-Hymne) oder die Schwierigkeit, einen den USA oder Frankreich vergleichbaren Verfassungs- bzw. nationalen Feiertag im öffentlichen Bewußtsein zu „verankern“.

5. Das dank der Kulturhoheit in den Länderverfassungen sich vielfältig weiterentwickelnde Kulturverfassungsrecht ist für kulturwissenschaftliche Arbeitsmethoden paradigmatisch: Die Prinzipien wie offenes Kulturkonzept, kultureller Trägerpluralismus (z. B. zwischen Elternhaus, Schule, Universitäten, Kirchen und Verbänden, öffentlich-rechtlichem und privatem Fernsehen) sind ebenso exemplarisch wie die Teilgebiete vom Schul-, Bildungs- und Medienrecht über den Denkmal- und Kulturgüterschutz bis zum sogenannten „Staatskirchenrecht“ (besser: „Religionsverfassungsrecht“), das in Europa vor besonderen Herausforderungen steht und über Art. 151 Amsterdam („Kultur in den Mitgliedstaaten“) in seinen Grundzügen bewahrt werden kann. Der Verfassungsschutz der Sorben (Brandenburg und Sachsen) gehört ebenso zum Kulturverfassungsrecht wie die Sprachenartikel in der Schweiz und der Minderheitenschutz in den Baltischen Staaten oder in Ungarn (Minderheiten als „staatsbildende Faktoren“).

6. Der Föderalismus erweist sich als besonders dankbares Arbeitsfeld für das kulturwissenschaftliche Verfassungsverständnis. Kulturelle Vielfalt ist seine „Seele“. Kulturelle Freiheit, auch Wettbewerb, zwischen den Ländern und dem mit nur punktuellen Kultur-Kompetenzen begabten Bund

7 G. Dürig, in: Gesammelte Schriften, Berlin 1984, S. 127 ff.; aus der BVerfG-Judikatur E 5, 85 (204 f.); 9, 89 (95); zuletzt E 94, 49 (102 ff.); 95, 96 (131, 140); 97, 391 (399); vgl. auch H. Hofmann, Die versprochene Menschenwürde, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), 118 (1993), S. 353 ff.

8 Vgl. P. Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Handbuch des Staatsrechts (HdBStR), Bd. I, (1987), S. 815 ff. (1995²).

9 Vgl. N. Luhmann, Grundrechte als Institution, Berlin (1965) 1986³, S. 68 ff.

legitimiert alle Bundesstaatlichkeit in der Tiefe eines Volkes. Deutsche Freiheit ist föderative Freiheit. Soweit sich heute klassische Einheitsstaaten zum Regionalismus hin entwickeln (Großbritannien, Frankreich, vorbildlich schon Spanien), wird eine kulturwissenschaftlich arbeitende Regionalismuslehre erforderlich, die auf ihre „Federalist Papers“ freilich noch warten muß¹⁰.

7. Nicht nur ein „Annex“ ist das rasch wachsende Umweltverfassungsrecht. Zwar Teil der mit der Kultur in variantenreicher Spannung stehenden „Natur“ (vgl. Goethes „Natur und Kunst. . .“), präsentiert es sich als vom Menschen mitgestaltete Umwelt doch auch als ein Stück Kultur. Geschützt wird die Umwelt nicht zuletzt auch um des Menschen willen (anthropozentrischer Ansatz)¹¹. Der Verfassungsstaat hat über den herkömmlichen „Naturschutz“ hinausgehend jüngst viele Formen des Umweltschutzes herausgebildet: von der Staatsaufgabe Umweltschutz über das Erziehungsziel bis zur „sozialen und der Ökologie verpflichteten Marktwirtschaft“ (Verf. Thüringen) und zur Grundpflicht von jedermann, dem Umweltinformationsrecht (Verf. Sachsen) und sogar einem Umweltgrundrecht (Verf. Türkei, 1982). Mag es an einem „grünen Kant“ noch fehlen: H. Jonas („Prinzip Verantwortung“¹²) hat als moderner Klassikertext die philosophischen Grundlagen für das gelegt, was an Umweltverfassungsrecht heranwächst und ins Globale zu erweitern ist (Umweltvölkerrecht, Klimakonvention, Artenschutzabkommen, Weltgesellschaftsvertrag etc.).

8. Die Wiederbelebung der Republik-Klausel (Art. 20, 28 GG) läßt sich nur aus kulturellen Wachstums- und Differenzierungsvorgängen erklären. Lange Zeit mit G. Jellinek nur negativ/formal als „Nicht-Monarchie“ definiert, gewann sie Anfang der achtziger Jahre in Deutschland inhaltliche, auf Demokratie, Freiheit und Gemeinwohl bezogene Aspekte zurück¹³, die etwa im deutschen Vormärz vor 1848 bzw. in Ciceronischer Tradition („res publica res populi“) sowie im französischen Begriff der „libertés publiques“ virulent geblieben

10 Vgl. dazu P. Häberle, Der Regionalismus als werdendes Strukturprinzip des Verfassungsstaates und als europarechtspolitische Maxime, in: AöR, 118 (1993), S. 1 ff.

11 Vgl. M. Klopfer, Umweltrecht, München 1998²; H. Markl, Natur als Kulturaufgabe, Stuttgart 1986; W. Berg, Über den Umweltstaat. Festschrift für K. Stern, München 1997, S. 421 ff.; H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, Tübingen 1998, Art. 20 a.

12 Vgl. dazu J. Schubert, Das „Prinzip Verantwortung“ als verfassungsstaatliches Rechtsprinzip, Baden-Baden 1998.

13 Vgl. J. Isensee, Republik – Sinnpotential eines Begriffs, in: Juristenzeitung (JZ), (1981), S. 1 ff.; P. Häberle, Zeit und Verfassungskultur, in: Die Zeit, hrsg. von A. Peisl/A. Mohler, (1983) 1991³, S. 328 ff.; K. A. Schachtschneider, Res publica Res populi, Berlin 1994.

waren. In Spanien hat sie ihre Bewährungsprobe bestanden, insofern das Testament Picassos in Sachen „Guernica“ („Rückkehr republikanischer Verhältnisse“) trotz der monarchischen Staatsform 1981 als erfüllt angesehen wurde. Juan Carlos I. wird heute in Iberoamerika als „König der Republik Spanien“ begrüßt.

9. Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien nach dem Beispiel Norwegens (1814), von Art. 79 Abs. 3 GG und seitdem vieler neuer Verfassungen (z. B. Portugal, 1976, und Angola, 1992) sind in ihren Möglichkeiten und Grenzen letztlich aus kulturwissenschaftlicher Sicht zu bestimmen¹⁴. Ein in seiner politischen Kultur so gefestigtes Land wie die Schweiz hat sie nicht, braucht sie auch nicht; (z. T. ungeschrieben) mental als Demokratie, Bundesstaat, Grundrechtsgemeinschaft und Sprachenvielfalt gelebt und immer neu als Erziehungsziel und Orientierungswert praktiziert, bedarf es in der Schweiz offenkundig keiner verfassungstextlich zementierten Regelung. Die wesentlichen Inhalte der Verfassungsthemen in Kantonen und Bund sind von den Bürgern so verinnerlicht, daß die traditionelle Rechtskultur die sicherste „Ewigkeitsklausel“ bildet. Ganz anders Deutschland mit seinen in einem halben Jahrhundert gleich zwei totalitären Staaten.

10. Am Anfang verfassungsstaatlicher Verfassungen stehen als Grundlegung und Bekenntnis die Präambeln. Sprachlich formal können sie wie im GG „Textereignis“ sein. Kulturwissenschaftlich Prologen oder Ouvertüren und Präludien vergleichbar, ist ihr Gehalt oft in bürgernaher Feiertagsprache formuliert, eine Art „Verfassung in der Verfassung“. Sie konzentrieren Wesentliches (z. B. Sachsen-Anhalt: „Freiheit und Würde“, „Grundlagen für ein soziales und gerechtes Gemeinschaftsleben“), verarbeiten Geschichte (z. B. Sachsen: „leidvolle Erfahrungen nationalsozialistischer und kommunistischer Gewaltherrschaft“) und entwerfen Zukunftshoffnungen, ja Utopien (wie bis 1990 das GG für die deutsche Einigung) oder Aufgaben (Bayern: Sicherung der „Menschlichkeit und des Rechts“). Sie wollen die Gefühle des Bürgers „ansprechen“, ihn für das Werk des konkreten Verfassungsstaates „gewinnen“. Verfassung als Kultur zu verstehen hat in den Präambeln einen optimalen Gegenstand¹⁵. Die Grundlagenfunktion der Präambel integriert viele oft getrennte Aspekte: das Aufgabendenken, das Programmatische, die juristische Geltung, die

14 Vgl. P. Häberle (Anm. 1), S. 275 ff.

15 Vgl. P. Häberle, Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen, in: Festschrift für Broermann, Berlin 1982, S. 211 ff.

symbolische Bedeutung, das psychologische Moment, die integrierende Wirkung und die kulturelle Tiefendimension. Die Erfolgsgeschichte der Präambel des deutschen GG wird zu Recht oft gerühmt. Ein juristischer Grund hierfür war das Grundlagenvertragsurteil von BVerfGE 36, 1 (15 ff., 24 ff.; s. auch E 77, 137 [148 ff.]), ein letzter Akt die Wiedervereinigung. Die „Europafreundlichkeit“ eröffnet zusammen mit Art. 23 n.F. GG neue Horizonte.

III. 50 Jahre Grundgesetz kulturwissenschaftlich betrachtet

1. Verfahren und Beteiligte, die Skala der institutionellen Formen und informellen Foren für Wandel und Entwicklung, „Zeit und Verfassungskultur“

Zu den großen Leistungen der Entwicklungsgeschichte des Verfassungsstaates gehört sein differenziertes Instrumentarium, das den „Zeitfaktor“ verarbeitet. Was immer die „Zeit“ ist: der Verfassungsstaat lebt auf der „Zeitachse“, er richtet „Zeitfenster“ ein, um der Dialektik von Statik und Dynamik, Wandel und Bewahrung im Sinne seiner Bewahrung gerecht zu werden. Einschlägig wird folgende Typologie bzw. Skala zum Thema „Zeit und Verfassungskultur“ formuliert:

- Totalrevisionen sind die stärkste Form der Verarbeitung von Wandel. Die Schweiz hat auf Kantonsebene für diese intensivste Form der „evolutionären Verfassunggebung“ schon klassische Formen und Verfahren entwickelt. Ein Regelbestand trifft Aussagen über die Ingangsetzung, die Beteiligten, insbesondere das Volk, und die Verfahren im einzelnen¹⁶.
- Die Verfassungsänderung („Teilrevision“)¹⁷ ist die nächstschwächere Form. Voraussetzungen, Formen, Verfahren und Beteiligte lassen sich vergleichend auf gewisse Grundstrukturen bringen. Im Bundesstaat gibt es unverzichtbare Varianten¹⁸. Ist die „Verfassungsänderung“ Änderung des Verfassungstextes, so kennen wir

16 Dazu P. Häberle, Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts (JöR), 34 (1985), S. 303 ff., fortgeschrieben in: JöR, 48 (1999), S. 149 ff.

17 Vgl. A. Rossnagel, Die Änderung des Grundgesetzes, Frankfurt a. M. 1981; B. O. Bryde, Verfassungsentwicklung, Baden-Baden 1982, S. 111 ff.; P. Badura, Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, in: HdBStR, Bd. VII, (1992), S. 57 ff.

18 Dazu K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, München 1984², S. 666 (bes. 747 ff.).

den „Verfassungswandel“, die Änderung ohne Textänderung. Von G. Jellinek früh beschrieben, ist sie ebenfalls ein unentbehrliches Medium der Fortbildung der Verfassung.

- Gesetzesnovellen bilden die nächste Form; insbesondere Experimentiergesetze mit Erfahrungsklauseln haben sich in Deutschland in den siebziger Jahren z. B. für die Hochschulen bzw. die Juristenausbildung entwickelt und kehren heute etwa im Kommunalrecht wieder.
- Generalklauseln in formellen Parlamentsgesetzen sind ein unentbehrliches „Zeitfenster“ für den Werte- und Wirklichkeitswandel. Man denke vor allem an die Generalklauseln des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) („Treu und Glauben“, „Sittengesetz“ etc.), die den „Richter als Gesetzgeber“ (A. Meyer-Hayoz) wirken lassen und sensible Fortschreibungen eröffnen.
- Als „feinstes“ Verfahren sei das verfassungsrichterliche Sondervotum z. B. beim Bundesverfassungsgericht (BVerfG) erwähnt. Es gibt Beispiele für große Sondervoten (SV), die buchstäblich Verfassungsgeschichte geschrieben haben, indem sie später von der Mehrheit im BVerfG übernommen wurden (schon klassisch SV Rupp von Brünneck in Sachen sozialrechtliche Ansprüche als Eigentum i. S. von Art. 14 GG, vgl. E 32, 129).

Bei allen Verfahren sind die Beteiligten in je eigener Weise definiert: Das reicht formalisiert vom Volk als „pouvoir constituant“, nur in bezug auf das deutsche GG 1949 und dann (leider) wieder 1990 ausgeschaltet, über Bundestag und Bundesrat bei Verfassungsänderungen (Art. 79 GG), über die parlamentarischen Gremien bei einfachen Gesetzen bis zum Richter bei Generalklauseln und dem BVerfG allgemein. Informell ist die Wissenschaftlergemeinschaft beteiligt, sei es durch „Verfassungslehre als Literatur“, sei es als Ex-post-Rezensent oder Ex-ante-Gutachter. Nicht zuletzt ist die „offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ engagiert.

- Eigens erwähnt seien Verfassungsreformkommissionen: speziellere etwa bei der Neugliederung nach Art. 29 GG (ohne praktische Konsequenzen: „Luther-Kommission“ 1955), ebenfalls bei der Bestimmung von Staatszielen als Sachverständigenkommission, 1983 („Staatszielbestimmungen, Gesetzgebungsaufträge“), zuvor schon allgemeiner als Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages in den siebziger Jahren¹⁹, in der damaligen DDR der Ostberliner

19 Vgl. die Berichte Fragen der Verfassungsreform, Zur Sache 1/73, (1973) 1; R. Wahl, Empfehlungen zur Verfassungsreform, in: AöR, 103 (1978), S. 477 ff.

„Runde Tisch“ und zuletzt im vereinten Deutschland die sogenannte „Gemeinsame Verfassungskommission“, mit 64 Mitgliedern²⁰ Ausdruck der „höheren Mathematik“ des deutschen Föderalismus (2 × 16 Ländervertreter von Bundesrat und Mitgliedern des Bundestages). Es zeugt von der spezifischen Verfassungskultur der Schweiz, daß es dort eine Tradition von privaten Verfassungsentwürfen gibt, etwa von den Gelehrten M. Imboden bzw. A. Kölz/J. P. Müller. Auf Länderebene kam es zu Verfassungsreformkommissionen, z. B. in den Stadtstaaten Berlin, Bremen, Hamburg und jüngst in Rheinland-Pfalz.

Die Verfassungsgeschichte unserer Republik läßt sich formal an den erwähnten Wegen, Verfahren und Beteiligten, inhaltlich an den hier behandelten Themen buchstäblich „ablesen“: von der nicht zustande gekommenen „großen“ GG-Reform im Zuge der deutschen Einigung (1990) über die 46 unterschiedlich wichtigen Verfassungsänderungen (gescheiterte, wie der Minderheitenschutz, seien eigens erwähnt), von großen Reformgesetzen des Parlaments (z. B. das Mitbestimmungsgesetz von 1976 oder die dynamische Rente von 1957, zuletzt die Pflegeversicherung von 1996) bis hin zu Grundsatzentscheidungen des BVerfG, die materiell der Verfassunggebung nahe kommen, jedenfalls die Verfassung im materiellen Sinne schöpferisch fortentwickelt haben: z. B. das Lüth-Urteil (E 7, 198 aus dem Jahre 1958), das erste Fernsehurteil (E 12, 205 von 1961), das Volkszählungsurteil mit dem neu kreierte Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (E 65, 1 von 1983) oder das Mitbestimmungsurteil (E 50, 290 von 1979). Das BVerfG hat, wie kaum ein anderes Verfassungsgericht in Europa mit weiten Zuständigkeiten ausgestattet, am Grundkonsens Deutschlands mitgearbeitet und im Zusammenhang mit der Wiedervereinigung viel befriedende Prätorik in klugem Wechselspiel von „judicial activism“ (z. B. in Sachen Fünf-Prozent-Klausel E 82, 322) und „judicial selfrestraint“ (im Bodenreform-Urteil E 84, 90) geleistet. Es hat den Gesellschaftsvertrag „fortgeschrieben“, und erst jüngst scheint es in eine „Krise“ geraten zu sein (Kruzifix-Beschluß: E 93, 1; „Soldaten sind Mörder“: BVerfGE 93, 266; Sitzblockaden: E 92, 1)²¹. Die Tradition der Sondervoten als

„Alternativjudikatur“ ist ein spezifischer Beleg für das pluralistische offene und öffentliche Verfassungsverständnis.

2. Etappen der Verfassungsentwicklung – zeitliche Phasen

Die Etappen der Verfassungsentwicklung seien im folgenden aus einer zeitlichen und einer inhaltlichen Perspektive skizziert; die zeitliche unter dem Vorbehalt, der allen „Periodisierungen“ gegenüber angebracht ist: Oft sind die inneren, „stillen“ Wandlungen und die „Inkubationszeiten“ verfassungsrechtlicher Entwicklungen nicht an der äußeren „Ereignisgeschichte“ festzumachen.

Die „Vorgeschichte“ der Bundesrepublik Deutschland (1945 bis 1949)

Der Begriff „Vorgeschichte“ hat sich eingebürgert²². Verfassungsmitgestaltende Kräfte auf der Tabula rasa der totalen Kapitulation vom Mai 1945 wuchsen früh in Gestalt der Gemeinden heran, die „Daseinsvorsorge“ fürs unmittelbare Überleben zu leisten hatten. Moralisch einigermaßen „unbeschädigt“ waren nur die beiden christlichen Großkirchen geblieben, was dazu geführt hat, daß man ihnen in Kirchenverträgen und in Konkordaten einen spezifischen Öffentlichkeitsauftrag auch textlich bescheinigt hat, wie er sich in der werdenden (Verfassungs-)Wirklichkeit entwickelt hatte²³. Im übrigen waren die (westdeutschen) Länder die ersten Verfassungsgeber auf ihrem Terrain: Bayern und Hessen fast gleichzeitig (im Dezember 1946) mit um die beste Verfassungspolitik konkurrierenden Verfassungen. Auch „Bündelstrichländer“ wie Nordrhein-Westfalen haben ein „Wir-Gefühl“ entwickelt. Die rasche Konstituierung der Länder nach 1945, ihr Erlaß von „Vollverfassungen“ (z. B. Rheinland-Pfalz 1947) kann in ihrer Bedeutung für den Föderalismus bzw. für das GG kaum überschätzt werden²⁴. Die Vorgeschichte des GG²⁵ akzentuiert sich in den Stichworten: Verfassungsentwurf Herrenchiemsee (1948), Parlamentarischer Rat in Bonn und Verabschiedung des GG im Mai 1949, Zustimmung der

22 Vgl. J. Becker (Hrsg.), *Vorgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, München 1979.

23 Zum Öffentlichkeitsauftrag die Pionierliteratur von R. Smend, *Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz*, in: *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht (ZevKR)*, 1 (1951), S. 4 ff.; später etwa K. Schlaich, *Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen*, in: *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik (HdBStKi)*, 2. Bd., Berlin 1996², S. 131 ff.

24 Vgl. B. Beutler, *Das Staatsbild in den Länderverfassungen nach 1945*, Berlin 1973; ders., *Die Länderverfassungen in der gegenwärtigen Verfassungsdiskussion*, in: *JöR*, 26 (1977), S. 1 ff.

25 Vgl. *JöR*, Bd. 1 (1951), S. 14 ff.

20 Vgl. M. Klopfer, *Verfassungsänderungen statt Verfassungsreform*, Berlin 1995; U. Berlit, *Die Reform des Grundgesetzes nach der staatlichen Einigung Deutschlands*, in: *JöR*, 44 (1996), S. 17 ff.

21 Vgl. H. Schulze-Fielitz, *Das BVerfG in der Krise des Zeitgeistes*, in: *AöR*, 122 (1997), S. 1 ff.

Länderparlamente bei Stimmenthaltung Bayerns (1949) ohne Zustimmung des (west)deutschen Volkes sowie unterschiedlich stark bewerteter Einfluß der drei westlichen Besatzungsmächte²⁶.

Das Grundgesetz: 1949 bis 1968

Diese Phase läßt sich wie folgt kennzeichnen²⁷: Weitergeltung alten Rechts, „soweit es dem Grundgesetz nicht widerspricht“ (Art. 123 Abs. 1 GG), wobei das BVerfG in seiner umstrittenen Entscheidung von 1957 die Fortgeltung des Reichskonkordats bejaht, die Bindung der Landesgesetzgebung jedoch verneint hat (E 6, 309 [340 ff.]); im Bereich des öffentlichen Dienstes wurde Herkömmliches rezipiert (Art. 33 Abs. 5 GG; s. aber auch Art. 131 GG, dazu BVerfGE 3, 58); auf dem Felde des Staatskirchenrechts wurde das Weimarer Kompromißsystem der sogenannten „hinkenden Trennung“ zwischen Staat und Kirchen übernommen (Art. 140 GG). Einzelne Artikel wie die Gleichberechtigung von Mann und Frau und die Freizügigkeit wurden in Gestalt von Übergangsvorschriften verzögert (Art. 117 GG), und durch „verfassungskonforme Auslegung“ wurde zusätzlich Kontinuität geschaffen. Ein weiteres Stichwort für die Bewältigung der Nachkriegssituation durch den Verfassungsgeber liefert die Aufnahme der Flüchtlinge und Vertriebenen, die Finanzierung der Kriegsfolgelasten und die Durchführung des Lastenausgleichs (Art. 119 bis 120a GG). In einer beispiellosen Gemeinschaftsleistung und auch individuellen Opferbereitschaft, die sich der Westen vielleicht auch im Zuge der deutschen Einigung 1990 hätte zumuten sollen, wurden fast neun Millionen Flüchtlinge und Vertriebene aus dem Osten integriert.

Durch relativ hohe Wahlbeteiligung bei den ersten Bundestagswahlen (1949/1953/1957), die Entwicklung einer spezifischen Stabilität des parlamentarischen Regierungssystems und die Herausbildung der „Kanzlerdemokratie“ unter K. Adenauer wurde der Text des GG auch im politischen Bereich mit Leben erfüllt. Nachdem der „Südweststaat“ 1951 durch Zusammenschluß der Länder Baden, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern durch Volksentscheid gebilligt worden war (Sonderregelung des Art. 118 GG, dazu BVerfGE 1, 14; s. aber auch E 5, 34) und später die Bevölkerung des Saarlandes das „Saarstatut“ abgelehnt hatte, so daß 1956 der Beitritt nach Art. 23 S. 2 a. F. GG möglich wurde, begann eine

bewegte Epoche: 1954 der Beschluß zur Wiederaufrüstung der Bundesrepublik mit der Folge der Einführung der allgemeinen Wehrpflicht (vgl. Art. 12 a, 17 a, 45 a, 45 b GG etc.) im Jahre 1956, wobei das Verbot der KPD seitens des BVerfG (E 5, 85 ff.) ins Gesamtbild gehört. Schritt für Schritt wurde das Besatzungsrecht abgebaut (1955: Inkrafttreten des Deutschlandvertrages von 1952) und die „Westintegration“ der Bundesrepublik eingeleitet. Art. 24 GG (Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen, kollektives Sicherheitssystem) eröffnete die Rückgewinnung der begrenzten Souveränität im Wege der Westintegration: Beitritt zur Nato und WEU gehören ebenso hierher wie die Vollmitgliedschaft im Europarat (1951) und die damit verbundene Ratifizierung der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) bzw. der Brückenschlag zu ihrer wachsenden „Grundrechtskultur“. Die „Römischen Verträge“ der sechs Gründerländer der EWG (1957), die man mindestens heute auch als Anknüpfung an die von Rom ausgehende europäische Rechtskultur „lesen“ kann, setzten kühn den Prozeß der europäischen Integration in Gang. Das Ausgreifen auf Europa hat gewiß zur Legitimation der jungen Republik beigetragen.

Eine schwere Bewährungsprobe hatte das GG 1968 vor sich. Sie war wohl nur durch die Große Koalition (1966–1969) zu bestehen. 1968 wurden die GG-Änderungen zur Notstandsverfassung (z. B. Art. 53 GG)²⁸ in einem Klima großer Polarisierung in der öffentlichen Meinung mit der notwendigen Zweidrittelmehrheit von Bundestag und Bundesrat (Art. 79 Abs. 2 GG) verabschiedet; das neu aufgenommene Widerstandsrecht (Art. 20 Abs. 4 GG) sollte die Gewerkschaften und „linke Kreise“ beruhigen. Die viele westliche Demokratien erfassende „68-Revolution“ mit ihren zum Teil militanten Erscheinungsformen „Außerparlamentarischer Opposition“ und dem Aufkommen neomarxistischer Strömungen („Marsch durch die Institutionen“) trug die Kontroversen bis in die deutschen Universitäten hinein, die im Grunde vom BVerfG „gerettet“ wurden (Hochschulurteil: E 35, 78: Sicherung der Freiheit der Wissenschaft gemäß Art. 5 Abs. 3 GG). In der Zeit der Großen Koalition wurden überdies GG-Änderungen zur Reform der Finanzverfassung und Einrichtung der „Gemeinschaftsaufgaben“ verabschiedet (vgl. z. B. Art. 91 a und b, 104 a GG), womit ein Stück „kooperativer Föderalismus“ zum Verfassungstext „gerann“.

²⁶ Vgl. M. Stolleis, Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau deutscher Staatlichkeit 1945–1949, in: HdBSTr, Bd. I (1987), S. 173 ff.; H. Hofmann, Die Entwicklung des Grundgesetzes nach 1949, in: ebd., S. 259 ff.

²⁷ Vgl. zum folgenden H. Hofmann, ebd.

²⁸ Vgl. K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1995²⁰, S. 300 ff.; H. Hofmann (Anm. 26), S. 292 ff.

Das Grundgesetz: 1969 bis 1982

Gewiß, das GG blieb für alle politischen Entwicklungen immer die „Rahmenordnung“. Indes veränderte sich dieser Rahmen schrittweise bzw. punktuell durch formelle Verfassungsnovellen bzw. durch verfassungsnahe Wandlungen. Einen Einschnitt bedeutete die Wahl W. Brandts zum Bundeskanzler im Herbst 1969, was zum Teil als „Machtwechsel“ gefeiert wurde (sein Motto: „Mehr Demokratie wagen“). Eröffnet wurde damals die „neue Ostpolitik“ (1970–1973), mit den Etappen der Verabschiedung der Ostverträge (mit der UdSSR und Polen: 1972) und des „Grundlagenvertrages“ mit der DDR (1972), der vom BVerfG (E 36, 1) gebilligt wurde, wobei es aber ebenfalls einstimmig zugleich den Wiedervereinigungsauftrag aus der Präambel und Art. 146 a. F. GG als rechtliches Gebot bekräftigte. Diese Entscheidung war wahrlich ein „Verfassungsurteil“.

Das Grundgesetz: 1982 bis 1989

Dieser Zeitraum umfaßt zu Beginn den Sturz des Bundeskanzlers H. Schmidt durch H. Kohl auf dem Weg des erstmalig erfolgreichen „konstruktiven Mißtrauensvotums“ (Art. 67 GG). In den Augen des GG ist es ein „normaler“ Weg. Man wollte aus den negativen Erfahrungen der Weimarer Zeit lernen. Es kam auf umstrittenen Wegen 1983 zu Neuwahlen (vgl. BVerfGE 62, 1). Überhaupt ist in mancher Hinsicht das GG als „Gegenverfassung“ zu Weimar konzipiert worden. Stichworte sind die „wehrhafte Demokratie“ nach Art. 18, 21 Abs. 2 GG, die Aufwertung der Grundrechte (z. B. Art. 1 Abs. 3 GG) und die enorme Kompetenzfülle des BVerfG. Die Väter und Mütter des GG haben bei ihrem Werk bewußt „mit Weimar argumentiert“. Verfassungstheoretisch läßt sich dies als „erfahrungswissenschaftlicher Ansatz“ kennzeichnen.

Das Grundgesetz als Verfassung der vereinten Bundesrepublik Deutschland: 1990 bis heute

Der Fall der Berliner Mauer (9. November 1989), zuvor die Ungarn zu verdankende Grenzöffnung, der u. a. durch das Wort „Wir sind das Volk“ und dann „Wir sind ein Volk“ eingeleitete, durch die „Bürgerbewegungen“ in Ostdeutschland bewirkte unblutige Kollaps des SED-Regimes bzw. ihres „vormundschaftlichen Staates“ hat Entwicklungen eröffnet, die uns Deutsche überraschten, aber auch bis heute beglücken. Die (Welt-)Geschichte hatte sich im „annus mirabilis 1989“ fast atemlos beschleunigt. Im Vormärz 1990 kam es in der „Noch-DDR“ zu ersten freien Wahlen, im Juni 1990 trat der Vertrag über eine Währungs-, Wirt-

schafts- und Sozialunion in Kraft und am 23. August 1990 erklärte die Volkskammer der DDR den Beitritt nach Art. 23 S. 2 a. F. GG. Am 29. September 1990 trat der Einigungsvertrag in Kraft, nachdem kurz zuvor der „Zwei-plus-Vier-Vertrag“ unterzeichnet worden war. Der 3. Oktober wurde als Tag der Deutschen Einheit gefeiert, er löste den 17. Juni als Feiertag zur Erinnerung an den blutig niedergeschlagenen Arbeiteraufstand in der DDR von 1953 ab. Und am 2. Dezember kam es zu ersten gesamtdeutschen und Gesamtberliner Wahlen.

In der politischen und wissenschaftlichen Öffentlichkeit gab es im „Vormärz 1990“ heftige Kontroversen. Durchgesetzt hat sich unter Führung von Bundeskanzler H. Kohl der „Königsweg“ des Beitritts nach Art. 23 S. 2 GG. Dafür sprach wohl der Zeitdruck. Die „Stunde“ der Einigung war vielleicht nicht notwendig die „Stunde“ einer neuen Verfassung, auch wenn man auf der Basis des „bewährten“ GG hätte arbeiten können und die Weimarer Verfassung seinerzeit in wenigen Monaten gelungen war. Der Preis ist bekannt. Der Einigungsvertrag von 1990 hatte²⁹, bei allem Respekt vor seinen Strukturen, auch manche Defizite, zu kurz waren vielleicht manche Übergangsfristen, und die „innere Vereinigung“ ist nicht vollendet. Auch hätte dem GG als Verfassung des wiedervereinten Deutschland ein Referendum „gutgetan“.

IV. Etappen der Verfassungs- entwicklung in kulturwissen- schaftlicher Sicht

1. Die Entwicklung der bundesdeutschen „Grundrechtskultur“

Intensive und extensive Wachstumsprozesse des GG geschahen von Anfang an auf dem Felde der Grundrechte. Sie sind heute, zusammen mit dem Rechtsstaatsprinzip, der Deutschen liebstes Kind, was sich nicht nur an der Beliebtheit der „Verfassungsbeschwerde“ zeigt (Art. 93 Abs. 1 Ziff. 4 a GG). Vorbereitet von G. Dürigs Lehre vom „Wertsystem der Grundrechte“, hat das BVerfG nach und nach fast alle wichtigen Einzelgrundrechte wie Menschenwürde und Gleichheit (Art. 1 bzw. 3 GG), aber auch mehr als bloße Fragmente zu einem „allgemeinen Teil“ der Grundrechte entwickelt. Es gibt eine spezifisch deutsche „Grund-

²⁹ Vgl. W. Schäuble, *Der Vertrag*, Stuttgart 1992; K. Stern/B. Schmidt-Bleibtreu, *Verträge und Rechtsakte zur Deutschen Einheit*, 2 Bde., München 1990.

rechtskultur“, mit gelegentlichen Übertreibungen (nicht frei davon: E 65, 1: Volkszählung).

2. Der Ausbau des Sozialstaatsprinzips

Alle Staatsfunktionen waren am Ausbau des Sozialstaatsprinzips (Art. 20, 28 GG) beteiligt: das ganze Volk bei der Aufnahme der Millionen von Flüchtlingen nach dem Kriege; der parlamentarische Gesetzgeber z. B. bei der Kriegsfolgeregelung als Teil eines weitgreifenden Sozialsystems, das schon unter Bismarck begonnen hatte, der Schaffung des Lastenausgleichs, der „dynamischen Rente“ unter K. Adenauer (1957); das BVerwG in Berlin, insofern es (BVerwGE 1, 159) einen einklagbaren Anspruch auf Fürsorge, d. h. materielles Existenzminimum, anerkannt hat; das BVerfG durch schrittweise Konturierung des Sozialstaatsprinzips (z. B. E 40, 121; 59, 231) sowie die wissenschaftliche Literatur durch begleitende Theorievorschlüge³⁰. Mag heute über den Umbau des von H. Heller geschaffenen Begriffs des „sozialen“ Rechtsstaates zu diskutieren sein: Die Stabilität, auch Attraktivität unserer Republik, zusammen mit dem sogenannten „Wirtschaftswunder“ der „sozialen Marktwirtschaft“ eines L. Erhard zustandegebracht, verdankt sich dem durch die Sozialpartner Arbeitgeber und Gewerkschaften mitgeleisteten sozialen Frieden dank des Sozialstaatsprinzips.

3. Die freiheitliche Demokratie und die sukzessive „Parlamentsreform“ – der Machtwechsel von der Ära Kohl zu Rot/Grün

Die „freiheitliche Demokratie“ bewährte sich in der Nachkriegszeit zunächst durch das Verbotverfahren gegen SRP und KPD (BVerfGE 2, 1 bzw. 5, 85), vor allem aber dank der „inneren Annahme“ der Demokratie durch die deutschen Bürger. Freilich kennt das GG grundsätzlich nur die repräsentative, nicht auch die unmittelbare Demokratie, anders die 16 deutschen Länder. Die Beteiligung bei Parlamentswahlen blieb bis heute relativ hoch. Stabile „Kanzlermehrheiten“ wurden auch durch das (im GG als solches nicht ausdrücklich garantierte) Wahlsystem (Verhältnisswahlrecht mit Elementen der Persönlichkeitswahl) sowie die Fünf-Prozent-Klausel gesichert, wobei es für die Offenheit des „Systems“ spricht, daß diese Klausel von der Partei der „Grünen“ nachhaltig überwunden werden konnte (im Bundestag erstmals 1983). Gewiß, die „Parteienstaatlichkeit“ hat im System

der staatlichen Parteienfinanzierung zu fragwürdigen Entwicklungen geführt, die durch das BVerfG erst nach und nach korrigiert wurden (vgl. E 20, 56 sowie E 24, 300 und besonders E 73, 40); das „Beutesystem“ der Parteien ist kritisch beim Namen zu nennen; indes haben die heute oft geschmähten Parteien auch eine große Integrationsleistung vollbracht, wobei sie die im Zuge der Wiedervereinigung (1989/90) so verdienstvollen „Bürgerbewegungen“ in Ostdeutschland an den Rand drängten.

Ein Wort zur Parlamentsreform: Sie wurde immer wieder als „große“ angemahnt, hat sich aber nur schrittweise als „kleine“ verwirklichen lassen³¹. Beispiele sind die Einsetzung von „Enquete-Kommissionen“ des Bundestages und die Anläufe zur Schaffung von „mehr Öffentlichkeit“ (öffentliche Hearings, die Offenlegung von Nebentätigkeiten von Parlamentariern). Der Bundestag gilt als „fleißiges Arbeitsparlament“, das „leere Plenum“ ist leider keine Seltenheit, aber die Hauptarbeit findet in den Ausschüssen statt. 1998 fiel das kritische Wort vom „Regierungsparlament“ (A. Vollmer). Der Bundesrat (Art. 50 GG) zeichnet sich durch eine besonders sachliche, „professionelle“ Arbeit aus. Der „Blockade“-Vorwurf in Sachen Steuerreform am Ende der Ära Kohl sei erwähnt. Die Unaufgeregtheit und Normalität des Machtwechsels von H. Kohl zu Rot/Grün im Herbst 1998 hat gezeigt, wie gefestigt die politische Kultur des demokratischen Deutschland ist.

4. Entwicklungslinien des Föderalismus und die „Wiederauferstehung“ der neuen Bundesländer

Zur Erfolgsgeschichte des GG gehört sein Föderalismus. Das Geheimnis seiner Bewährung liegt darin, daß er nicht nur „bewahrt“ wurde, sondern sich vital fortentwickelt hat. Waren 1949 die Länder besonders stark, so machten sich später schleichende und evidente Unitarisierungstendenzen bemerkbar, die K. Hesse 1962 auf den Begriff des „unitarischen Bundesstaates“ gebracht hat. In der Zeitachse lassen sich unterscheiden: der „separative Föderalismus“, der „kooperative Föderalismus“ (Art. 91 a, 91 b GG von 1969); parallel dazu der „unitarische Bundesstaat“ und im Zuge der Wiedervereinigung der „fiduziarische Föderalismus“ auf Zeit, will heißen: für eine Übergangsphase zur Konsolidierung der deutschen Einheit haben die westlichen Länder und der Bund gesamthände-

30 Vgl. vor allem E. Forsthoff/O. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: VVDStRL, 12 (1954), S. 8 ff., 37 ff.; H. Hofmann, Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaates, in: Der Staat, 34 (1995), S. 1 ff.; E. Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: HdbStR, Bd. I, (1987), S. 987 ff.

31 Vgl. H. P. Schneider/W. Zeh (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin–New York 1989; S. Lemke-Müller, Zur Parlamentsreform im Deutschen Bundestag: Mehr Transparenz, Öffentlichkeit und Effektivität, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 27/96, S. 3 ff.

risch eine intensiviertere Verantwortung für die fünf neuen Bundesländer (greifbar in Gemeinschaftswerken wie „Aufbau Ost“, föderales Konsolidierungsprogramm, Solidaritätsbeitrag: Finanzvolumen von jährlich bislang etwa 150 Milliarden DM Transfer von West nach Ost) übernommen. Jüngst haben die Länder ihre Positionen wieder gestärkt. Man spricht von „Reföderalisierung“, „Substanzföderalismus“ statt Mitwirkungsföderalismus, greifbar in Verfassungsänderungen, die gewisse Kompetenzen an die Länder zurückgeben (z. B. Art. 72 Abs. 2, 75 Ziff. 6 GG), vor allem aber gehört der neue Europa-Artikel 23 GG auch in diesen Zusammenhang (vgl. Abs. 2 bis 7). Das eigentliche „Wunder“ aber ist die „Auferstehung“ der fünf neuen Bundesländer im Jahre 1990 fast über Nacht (z. B. in Wappen und Flaggen greifbar). Sie hatten in der kulturellen Tiefe unterhalb der Betondecke des Marxismus-Leninismus „überwintert“ (Bachs Leipzig, Goethes Weimar und Fontanes Mark Brandenburg).

5. Die europäische Einigung kulturwissenschaftlich betrachtet – die Bundesrepublik als „europäischer Verfassungsstaat“

Die Europäisierung des deutschen nationalen Verfassungsrechts sei als letztes auf der Zeitachse verlaufendes, aber die Verfassung zunehmend innerlich mitprägendes Prinzip erwähnt. Früh hat Italien in Art. 11 seinen Weg zur „offenen Staatlichkeit“ gewagt. Die „Römischen Verträge“ von 1957 waren nur so möglich. Das GG hat schon 1949 einen ähnlichen Artikel (24) geschaffen, der später auf den Begriff des „kooperativen Verfassungsstaates“ gebracht wurde. Die Integration der Bundesrepublik in das westliche Verteidigungs- und Sicherheitssystem hat die deutsche Teilung erträglich gemacht und bei großen Optimisten sogar die „Utopie der Wiedervereinigung“ (vgl. Präambel und Art. 146 a. F. GG) „konkret“ gehalten. An die Stelle des Beitrittsartikels 23 a. F. GG trat nach deren Vollzug der neue Europa-Artikel, symbolträchtig genug. Denn die deutsche und die europäische Einigung sind die zwei Seiten derselben Sache. So sehr wir noch um die Vollendung der inneren Einheit ringen: die europäische Einigung ist auf dem Weg. Nach „Maastricht“, vom BVerfG ohne vorgängiges Referendum wie in Frankreich oder Dänemark in einem umstrittenen Maastricht-Urteil (E 89, 155) gebilligt, aber auch mit Grenzen versehen³², warten wir auf die

32 Vgl. aus der kritischen Literatur: J. Schwarze, Europapolitik unter deutschem Verfassungsrichtervorbehalt, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), (1994), S. 1 ff.; J. H. Weiler, Der Staat über alles, in: JöR, 44 (1996), S. 91 ff.; G. Hirsch, EuGH und BVerfG. Kooperation oder Konfrontation?, in: NJW, (1996), S. 245 ff.

Inkraftsetzung von „Amsterdam“ und die sich darin hoffentlich konsolidierende „europäische Öffentlichkeit“. Die EU-Staaten sind einander nicht mehr „Ausland“! Dabei ist nicht nur das Europa der 15 im Blick zu behalten, sondern auch das Europarecht im weiteren Sinne, d. h. Europarat und OSZE mit ihren fundamentalen Konventionen wie der EMRK oder der Charta von Kopenhagen bzw. Paris (1990).

Europa ist ein Stück des inneren Staats- und Verfassungsverständnisses von Deutschland. Gewiß, es gibt europäische Lichtblicke und traurige Schattenseiten. Indes deutet vieles darauf hin, daß gerade das wiedervereinigte Deutschland nur als europäischer Verfassungsstaat im Verein mit anderen Ländern Legitimität besitzt.

V. Ausblick

Eine Würdigung von „50 Jahren Grundgesetz“ muß seine große Ausstrahlungswirkung in und über Europa hinaus zur Sprache bringen. So wie das GG von seiner „Vorgeschichte“ und „Geburt“ an im internationalen Wirkungszusammenhang der Verfassungen stand und blieb³³, so hat es nicht wenige seiner gelebten Verfassungsprinzipien „nach außen“ vermittelt: schon im Blick auf die Verfassung Griechenlands (1975), Portugals (1976) und Spaniens (1978), besonders aber seit der Weltstunde des Verfassungsstaates, seit 1989: nach Osteuropa. Nicht nur die Beratungstätigkeit einiger deutscher Staatsrechtslehrer beförderte hier Prozesse der (schöpferischen) Rezeption von Verfassungstexten, Theorien und Judikatur, auch das Forum europäischer Verfassungsrichtertagungen trug dazu bei. Neben diesen eher informellen Rezeptionsvermittlern wirken die beiden europäischen Verfassungsgerichte: der (jetzt ständige) Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg und der Europäische Gerichtshof (EuGH) in Luxemburg. In ihnen und über sie kommt es auch im Verbund der Texte von Maastricht (1992) und Amsterdam (1997) zu vielseitigen Rezeptions- und Produktionsprozessen, etwa in Sachen Rechtsstaat, Grundrechtsdogmatik, Übermaßverbot, pluralistische Medienverfassung, Parteienrecht, Verfassungsgerichtsbarkeit etc. Es entstehen Elemente gemeinsamer europäischer Verfassungskultur, die das Europarecht im engeren Sinne der EU und im weiteren Sinne von Europarat und OSZE inhaltlich anreichern. Man

33 Vgl. U. Battis/E. G. Mahrenholz/D. Tsatsos (Hrsg.), Das Grundgesetz im internationalen Wirkungszusammenhang der Verfassungen, Berlin 1990.

denke überdies an Aspekte des Minderheitenschutzes (Ungarn, Lettland) oder der Europäischen Charta für kommunale Selbstverwaltung (1985). Dieses europaweite, vom GG aus kräftig mitgesteuerte Geben und Nehmen in Sachen Verfassungsstaat lebt letztlich und in der Tiefe aus einer europäischen Öffentlichkeit, die sich primär der Kunst und Kultur verdankt, bislang leider nur sehr punktuell der Politik, etwa der Publizität des Europäischen Parlaments und seiner Parteien sowie des Rechnungshofes³⁴.

So groß die „Erfolgsgeschichte“ des GG ist – sie wird zuletzt in bezug auf die Verfassung Polens, der Ukraine (1996) sowie Südafrikas (1997) sichtbar –, manche Defizite und bislang nicht erfüllte Reformen seien nicht verschwiegen. Zum einen sind die spezifischen Kultur-Probleme im Verlauf der deutschen Einigung beim Namen zu nennen, oft unter dem Stichwort diskutiert, nach der gelungenen staatlichen stehe die „innere Einigung“ noch aus. So sehr Sprache und Kultur das während der Teilung den Deutschen letzte Gemeinsame geblieben war, so dringlich wäre neben oder nach der Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion 1990 eine „Kulturunion“ gewesen. Die Kulturartikel des Einigungsvertrages (z. B. Art. 35, 38) reichen offenbar doch nicht aus. Das viel zitierte „Kultursterben“ in den neuen Bundesländern³⁵, die allzu rasche Ersetzung staatlicher (dirigistischer) Subventionskultur durch die Marktwirtschaft, brachte Verwerfungen mit sich, an denen das in Gestalt der Texte so vorbildlich ausdifferenzierte neue ostdeutsche Kulturverfassungsrecht deshalb leidet, weil es nicht hinreichend in die Wirklichkeit umgesetzt wird: sei es aus Gründen der Finanznot, sei es aus solchen „mentaler“ Art. Ganz allgemein ist angesichts des „Kulturmarketing“ auch an die

34 Vgl. P. Häberle, Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?, in: Thüringer Verwaltungsblätter (ThürVBl.), (1998), S. 121 ff.

35 Vgl. ders., Das Problem des Kulturstaates im Prozeß der deutschen Einigung, in: JöR, 40 (1991/92), S. 291 (303 ff.).

unverzichtbaren Aufgaben „kultureller Grundversorgung“ (nicht nur in den Medien) zu erinnern.

Zum anderen stehen Reformprobleme auf der Tagesordnung, welche die Verfassungslehre als Kulturwissenschaft benennen kann: So muß an die Stelle des zum Teil wohl schmerzlich wahren, seit dem EURO aber entfallenden „DM-Nationalismus“ (J. Habermas) ein europäischer Verfassungspatriotismus treten, der dem kulturellen Erbe der eigenen Nation den gebührenden Rang einräumt, aber überdies Deutschland als „europäisches Deutschland“ (T. Mann) erlebt. Das verlangt Wandel auf den emotionalen und rationalen Identitäts- und Identifikationsfeldern. Gleiches gilt für das drängende, auch kulturelle Problem der Reform des Staatsbürgerschaftsrechts (Stichwort: doppelte Staatsangehörigkeit, erleichterte Einbürgerungen) sowie für die vielfach eingeforderte „Erinnerungskultur“ (Stichwort: Holocaust-Mahnmal in Berlin, Kontroverse I. Bubis/M. Walser). Mögen hier die Aufgaben und Möglichkeiten des (Verfassungs-)Rechts begrenzt sein, groß sind sie bei der äußeren und inneren Anerkennung des Islam (z. B. als ordentliches Lehrfach in den Schulen). Zwar hat Europa insgesamt zusammen mit dem Islam an einem verfassungsstaatlichen, d. h. auch toleranten „Euro-Islam“ zu arbeiten, doch stehen unter dem Dach des GG besondere „Hausaufgaben“ an. Schließlich fällt ein Schatten auf den europäischen Verfassungsstaat Deutschland wegen der hohen Arbeitslosigkeit. Der Dauerarbeitslose verliert ein Stück seiner Identität als Mensch. Im Grunde wird ihm der gedachte und in vielen kulturellen Sozialisationsprozessen Tag für Tag gelebte Gesellschaftsvertrag „gekündigt“. Er wird ausgegrenzt. Gerade Jubiläums- und Verfassungstage müssen sich diesen Problemen stellen. Nur dann wird in weiteren 50 Jahren ein wiederum grundsätzlich positives Bild des deutschen Grundgesetzes zu zeichnen sein bzw. ein weiteres Kapitel einer Verfassungslehre als Kulturwissenschaft geschrieben werden können.

Das Bundesverfassungsgericht und sein Verhältnis zum Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften

I. Vorbemerkung

In dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Maastricht über die Gründung der Europäischen Union¹ finden sich zwei Aussagen, die das Thema dieses Beitrags verdeutlichen. Zunächst stellt das Bundesverfassungsgericht mit Blick auf den Schutz der Grundrechte des Grundgesetzes fest: „Auch Akte einer besonderen, von der Staatsgewalt der Mitgliedstaaten geschiedenen öffentlichen Gewalt einer supranationalen Organisation betreffen die Grundrechtsberechtigten in Deutschland. Sie berühren damit die Gewährleistungen des Grundgesetzes und die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts, die den Grundrechtsschutz in Deutschland und insoweit nicht nur gegenüber deutschen Staatsorganen zum Gegenstand haben . . . Allerdings übt das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht in Deutschland in einem ‚Kooperationsverhältnis‘ zum Europäischen Gerichtshof aus, in dem der Europäische Gerichtshof den Grundrechtsschutz in jedem Einzelfall für das gesamte Gebiet der Europäischen Gemeinschaften garantiert, das Bundesverfassungsgericht sich deshalb auf eine generelle Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards . . . beschränken kann.“²

Wenn das BVerfG Akte der Europäischen Gemeinschaften an den deutschen Grundrechten messen will, dann impliziert dies, daß ein solcher Hoheitsakt der EG gegebenenfalls auch wegen Verstoßes gegen deutsche Grundrechte in

Deutschland keine Rechtswirkungen entfalten kann. Damit wäre der elementare Grundsatz vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts außer Kraft gesetzt. Was bedeutet in diesem Lichte das vom BVerfG so benannte „Kooperationsverhältnis“ mit der Aufgabenteilung zwischen „jedem Einzelfall“ und der „generellen Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards“?

Bezüglich der Ausübung von Hoheitsbefugnissen durch die EG stellt das BVerfG fest: „Würden etwa europäische Einrichtungen oder Organe den Unions-Vertrag in einer Weise handhaben oder fortbilden, die von dem Vertrag, wie er dem deutschen Zustimmungsgesetz zugrunde liegt, nicht mehr gedeckt wäre, so wären die daraus hervorgehenden Rechtsakte im deutschen Hoheitsbereich nicht verbindlich. Die deutschen Staatsorgane wären aus verfassungsrechtlichen Gründen gehindert, diese Rechtsakte in Deutschland anzuwenden. Dementsprechend prüft das Bundesverfassungsgericht, ob Rechtsakte der europäischen Einrichtungen und Organe sich in den Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte halten oder aus ihnen ausbrechen.“³

Mit diesem – fast schon drohenden – Satz stellt das BVerfG klar, daß die Entscheidung, ob die EG ihre Handlungen auf eine vertraglich eingeräumte Ermächtigungsnorm stützen kann oder sich einer solchen nur rühmt, letztlich von ihm selbst getroffen wird. Bedenkt man, daß gemäß Art. 164 EGV der EuGH in Luxemburg für die Auslegung der Verträge zuständig ist und damit auch für die Entscheidung der Frage, ob eine Vertragsvorschrift ein Handeln der EG trägt oder nicht, so wird die in dieser Aussage liegende potentielle Kampfansage der Bundesverfassungsrichter an die Kollegen in Luxemburg deutlich.

Im folgenden soll dem Bedeutungsgehalt dieser Aussagen des BVerfG nachgegangen werden. Dabei ist zunächst notwendig, die grundlegenden Funktionsprinzipien der EU darzustellen. Im Anschluß daran werden die beiden Bereiche Grundrechtsschutz und Kompetenzverteilung näher beleuchtet.

1 Abgekürzt EUV. Gemäß Art. A EUV bildet die Europäische Union (EU) eine Art Dach, welches auf drei Säulen ruht: den Europäischen Gemeinschaften, der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) und der Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres. Die Europäischen Gemeinschaften wiederum setzten sich zusammen aus der Europäischen Gemeinschaft (EG), der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) und aus der Europäischen Atomgemeinschaft (EURATOM) mit jeweils eigenem Gründungsvertrag (EGV, EGKS, EAGV). Im folgenden ist der Einfachheit halber jedoch nur noch von der EU (EUV) bzw. der EG (EGV) oder von „der Gemeinschaft“ die Rede.

2 BVerfGE 89, 155 (175).

3 BVerfGE 89, 155 (188).

II. Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft

„Aus alledem ist zu schließen, daß die Gemeinschaft eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts darstellt, zu deren Gunsten die Staaten, wenn auch in begrenztem Rahmen, ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben, eine Rechtsordnung, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind.“⁴

1. Das Prinzip der enumerativen Einzelermächtigung

Ebenso wie es in einem Bundesstaat unabdingbar ist, die Ausübung der hoheitlichen Befugnisse jeweils der Zentrale (dem Bund) bzw. den konstituierenden Gliedstaaten (den Ländern) zuzuordnen, muß auch in einem „Staatenverbund“⁵ wie der Europäischen Union eine Kompetenzverteilung stattfinden. Sowohl für die EG als auch für die EU folgt die in den Verträgen vorgenommene Kompetenzverteilung dem *Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*. Das bedeutet, daß die EG nur dann tätig werden kann, wenn eine Vorschrift in den Verträgen ein solches Tätigwerden explizit vorsieht⁶. Der Schluß von der Aufgabe (Art. 2 EGV) auf eine dahingehende Handlungsbefugnis ist nicht zulässig. Das *Subsidiaritätsprinzip*⁷ (Art. 3 b Abs. 2 EGV) und der *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* (Art. 3 b Abs. 3 EGV) ergänzen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. Es handelt sich dabei um Kompetenzausübungsschranken, die bei ihrem Eingreifen ein Handeln der EG selbst dann ausschließen, wenn eine Handlungsbefugnis der EG aus dem EGV an sich ableitbar wäre.

2. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts

Der Grundsatz des *Vorrangs des Gemeinschaftsrechts* bedeutet, daß sowohl das primäre Gemeinschaftsrecht⁸ als auch das sekundäre Gemeinschaftsrecht⁹ jedem nationalen Recht, also auch

4 EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, S. 1, Rn. 10 (van Gend & Loos); (Slg. = Sammlung der Entscheidungen des EuGH; Rs. = Rechtssache).

5 BVerfGE 89, 155 (180).

6 Art. 3 EGV spricht von einem Tätigwerden der Gemeinschaft nur „nach Maßgabe dieses Vertrages“; Art. 3 b EGV lautet: „Die Gemeinschaft wird innerhalb der Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig.“

7 Umfassend zum Subsidiaritätsprinzip Christian Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union – Vorgaben für die Anwendung von Art. 3 b EGV am Beispiel der gemeinschaftlichen Wettbewerbs- und Umweltpolitik, Baden-Baden 1996.

dem nationalen Verfassungsrecht, vorgeht. Schon 1964 hat der EuGH im Fall *Costa/ENEL* entschieden, daß die Verträge eine eigenständige und autonome Rechtsquelle darstellen und daß den Vertragsvorschriften deshalb „keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können“, wolle man nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage stellen¹⁰. In der Entscheidung *Internationale Handelsgesellschaft* hat der EuGH diese Feststellung dahingehend präzisiert, daß die Gültigkeit von Gemeinschaftsrecht auch dann nicht in Frage gestellt werden kann, wenn geltend gemacht wird, daß Grundrechte oder grundlegende Strukturprinzipien einer nationalen Verfassung verletzt seien¹¹. Im Gegensatz zu einem Bundesstaat, bei dem das Bundesrecht das nachgeordnete Recht der einzelnen Länder schlechthin bricht¹², genießt das Gemeinschaftsrecht jedoch nur einen Anwendungsvorrang im Einzelfall.

3. Die unmittelbare Wirkung von Gemeinschaftsrecht

Völkerrechtliche Verträge, und um solche handelt es sich auch bei den Gemeinschaftsverträgen, berechtigen und verpflichten grundsätzlich nur die Staaten, die sie abgeschlossen haben. Es ist nicht selbstverständlich, daß die Bürger dieser Staaten daraus Rechte für sich ableiten und diese gegen ihren eigenen oder gegen einen anderen Vertragsstaat geltend machen können. Allerdings ist völkerrechtlich anerkannt, daß völkerrechtliche Verträge durchaus Rechte und Pflichten nicht nur für Vertragsstaaten, sondern auch für Einzelne begründen können, wenn dies dem objektiven Zweck des Vertrages und der Absicht der vertrags-schließenden Parteien entspricht. Mag man auch bei Abschluß der Gemeinschaftsverträge in den fünfziger Jahren eine solche Wirkung nicht unbe-

8 Unter dem Begriff des primären Gemeinschaftsrechts versteht man vor allem die Normen der Gründungsverträge EGV, EGKS, EURATOM und EUV, verschiedene Änderungs- bzw. Ergänzungsverträge (z. B. der Fusionsvertrag und die Einheitliche Europäische Akte), die Beitrittsverträge mit den nach und nach hinzugekommenen Mitgliedstaaten und die dies alles ergänzenden, ungeschriebenen, allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts.

9 Unter dem sekundären Gemeinschaftsrecht versteht man die Rechtsakte, die auf der Grundlage des primären Gemeinschaftsrechts erlassen wurden. Dies umfaßt u. a. die Gesetzgebungsakte der EG, also insbesondere Verordnungen und Richtlinien.

10 Vgl. EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251, Tz. 12 (*Costa/ENEL*).

11 Vgl. EuGH, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 (*Int. Handelsgesellschaft*).

12 Vgl. Art. 31 GG: „Bundesrecht bricht Landesrecht“. Danach ist zumindest jede einer bundesrechtlichen Norm gleich welchen Ranges widersprechende Rechtsnorm eines Landes nichtig.

dingt vorausgesehen haben, so ist diese doch in den Verträgen sichtbar angelegt¹³. Die Unionsbürger können mithin unmittelbar aus den Vorschriften der Gemeinschaftsverträge Rechte ableiten. Hauptanwendungsfall dafür sind die Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaft, die Freiheit des Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs sowie die Freizügigkeit der Personen.

Im Rahmen des Sekundärrechts unproblematisch ist die unmittelbare Wirkung von Verordnungen, ist sie doch in Art. 189 Abs. 2 EGV *expressis verbis* angeordnet. Eine EG-Verordnung gilt wie ein nationales Gesetz nach Verabschiedung durch die zuständigen EG-Organen und Veröffentlichung im Amtsblatt der EG bzw. nach einem dort genannten Zeitpunkt des Inkrafttretens. Es bedarf keiner weiteren Handlungen des nationalen Gesetzgebers mehr.

Problematischer hingegen ist die unmittelbare Wirkung von Richtlinien¹⁴. Art. 189 Abs. 3 EGV bestimmt, daß die Richtlinie für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Zieles verbindlich ist, dem Mitgliedstaat jedoch die Wahl der Form und der Mittel zur Erreichung dieses Zweckes obliegt. Der nationale Gesetzgeber muß eine Richtlinie durch einen eigenen Gesetzgebungsakt zuerst in das nationale Recht umsetzen. Dennoch ist seit langem anerkannt, daß auch Richtlinien unmittelbar, d. h. ohne dazwischentretendes nationales Gesetz, Rechte für einzelne Bürger begründen können¹⁵. Ein Mitgliedstaat soll einem Bürger, der sich auf ein ihm in einer Richtlinie eindeutig gewährtes subjektives Recht berufen will, nicht entgegenhalten können, er habe die Richtlinie noch nicht in sein nationales Recht umgesetzt. Der mitgliedstaatliche Rekurs auf gemeinschaftswidriges Verhalten ist damit ausgeschlossen. Mit dieser Ausdehnung der Richtlinienwirkung wollte der EuGH vertragswidriges Verhalten der Mitgliedstaaten – ein solches stellt die nicht fristgemäße oder inhaltlich falsche Umsetzung einer Richtlinie dar – sanktionieren¹⁶.

13 Vgl. EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, 1 ff., Tz. 9 f. (van Gend & Loos).

14 Vgl. z. B. Georg Ress, Die Direktwirkung von Richtlinien: Der Wandel von der prozeßrechtlichen zur materiellrechtlichen Konzeption. Gedächtnisschrift für Arens, München 1993, S. 351 ff.

15 Vgl. EuGH, Rs. 8/81, Slg. 1982, 53 ff., Tz. 25 (Becker).

16 Vgl. Jürgen Bröhmer, Die Weiterentwicklung des europäischen Strafrechts – EuGH, in: Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ), (1996), S. 144. Die unmittelbare Wirkung von Richtlinien beschränkt sich jedoch auf das Verhältnis Bürger-Staat (sog. vertikale Direktwirkung von Richtlinien), d. h., nur der umsetzungssäumige Mitgliedstaat ist aus der Richtlinie verpflichtet. Im Verhältnis der Privaten zueinander kann die Richtlinie eine solche Wirkung nicht entfalten.

4. Der Schutz der Grundrechte in der EU

Als Rechtsgemeinschaft kann man nur eine Gemeinschaft bezeichnen, die die fundamentalen Rechte der Menschen schützt, die diese Gemeinschaft bilden und die von dem Handeln dieser Gemeinschaft betroffen sind. Als die Römischen Verträge 1957 geschlossen wurden und am 1. Januar 1958 in Kraft traten, war nicht absehbar, welche Integrationsdynamik dadurch freigesetzt worden war. Man verstand die Gemeinschaft – und so hieß sie ja damals auch – als Wirtschaftsgemeinschaft, so daß die Notwendigkeit der Verankerung eines Grundrechtskatalogs im E(W)GV nicht evident war¹⁷.

Dessenungeachtet wurden aber schon in den ursprünglichen Verträgen grundrechtliche Positionen geschützt, d. h. Rechtspositionen für die Bürger geschaffen, die im nationalen Rechtsrahmen (Teil-)Aspekte bestimmter Grundrechte darstellen. Das gilt z. B. für das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. 6 EGV), die Freizügigkeit für Arbeitnehmer (Art. 48 ff. EGV), die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 52 ff., 59 ff.), die Freiheit des Kapitalverkehrs (Art. 67, 73a EGV ff.) oder die spezielle Pflicht zur Gleichbehandlung von Mann und Frau bezüglich des Arbeitsentgelts (Art. 119 EGV). Durch den Vertrag von Maastricht hinzugekommen sind das allgemeine Aufenthaltsrecht (Art. 8a EGV) und das Wahlrecht für Kommunalwahlen und Wahlen zum Europäischen Parlament (Art. 8b EGV).

Mit fortschreitender Integration hat der EuGH darüber hinaus Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten entnommen (entwickelt)¹⁸. Allerdings genügt das bloße Vorhandensein einer grundrechtlichen Position in einer mitgliedstaatlichen Verfassung nicht für die Entstehung eines gemeinschaftsrechtlichen Grundrechts. Andererseits müssen auch nicht alle Mitgliedstaaten ein

17 In diesem Zusammenhang sei an die amerikanische Verfassungsgeschichte erinnert und an die anfängliche Diskussion über die Frage, ob auf Bundesebene ein Grundrechtskatalog (Bill of Rights) in die Verfassung aufgenommen werden solle. Die Frage wurde zunächst (1787) u. a. mit den Argumenten verneint, die Bundesstaaten (EG: „Mitgliedstaaten“) verfügten über ausreichende Grundrechtskataloge, die Bundesregierung verfüge nur über eingeschränkte Kompetenzen (EG: „begrenzte Einzelmächtigung“). Erst 1791 wendete sich das Blatt durch eine Verfassungsergänzung, der sog. Bill of Rights. Vgl. dazu Jürgen Bröhmer, Bill of Rights, in: Gerlinde Sommer/Raban von Westphalen (Hrsg.), Staatsbürgerlexikon, München 1999, S. 88 ff.

18 Vgl. EuGH, Rs. 29/69, Slg. 1969, 419 (Stauder); Rs. 11/70, Slg. 1970, S. 1125 (Int. Handelsgesellschaft); Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (Nold).

bestimmtes Recht anerkennen, bevor dieses Recht gemeinschaftsrechtlich gewährt werden kann. Der EuGH hat diesen Ansatz auch auf die Europäische Konvention zum Schutze der Grundfreiheiten und Menschenrechte von 1950 und auf andere internationale Verträge mit grundrechtlichem Gehalt, denen die Mitgliedstaaten beigetreten sind oder die sie unterzeichnet haben, ausgedehnt¹⁹. Diese Rechtsprechung ist mit dem Maastrichter Vertrag durch Art. F Abs. 2 EUV primärrechtlich übernommen worden. Danach achtet die Union – und damit auch die EG – die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben. Auf diese Weise fanden u. a. die Vereinigungsfreiheit²⁰, die Kommunikationsfreiheit²¹, die Religionsfreiheit²², der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit²³ und der Schutz des Privatlebens (Achtung der Privatsphäre und des Familienlebens)²⁴ Eingang in die Gemeinschaftsrechtsordnung²⁵.

5. Der institutionelle Rahmen dieser Rechtsgemeinschaft

Diese vier Fundamentalprinzipien werden durch die institutionelle Struktur der Gemeinschaft abgesichert. Im Mittelpunkt stehen dabei der Ministerrat als „Hauptgesetzgebungsorgan“ der EG²⁶ und der EuGH als Kontrollinstanz.

Was den Vorrang des Gemeinschaftsrechts und seine unmittelbare Wirkung angeht, ist der EuGH als Rechtsprechungsorgan die zentrale Überwa-

19 Vgl. EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (Hauer); EuGH, verb. Rs. 46/87 u. 227/88, Slg. 1989, 2859; EuGH, Gutachten 2/94, Slg. 1996, I-1759, Rn. 33.

20 Vgl. EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rn. 79 (Bosman).

21 Vgl. z. B. EuGH, Rs. C-368/95, Slg. 1997, I-3689, Rn. 25 (Familiapress).

22 Vgl. EuGH, Rs. 130/75, Slg. 1976, 1589 (1598) (Prais).

23 Vgl. EuGH, Rs. 215/87, Slg. 1989, 617 m. w. N. (Schumacher).

24 Vgl. EuGH, Rs. C-404/92, Slg. 1994, I-4737 (X/Kommission).

25 Dazu umfassend Hans W. Rengeling, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft – Bestandsaufnahme und Analyse der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zum Schutze der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze, München 1993.

26 An der Gesetzgebung der EG maßgeblich beteiligt sind außerdem die Europäische Kommission, die das Gesetzgebungsinitiativrecht besitzt (vgl. die verschiedenen Befugnisnormen im EGV, die alle die Klausel „auf Vorschlag der Kommission“ enthalten, z. B. Art. 8 a, 8 b, 21, 38 usw., s. a. Art. 189 a-189 c EGV, vgl. jedoch auch Art. 152, 138 b EGV) und natürlich auch das Europäische Parlament, vgl. insb. Art. 189 b EGV.

chungsinstanz. Dabei wird er durch die Kommission unterstützt, die gemäß Art. 169 EGV Vertragsverletzungsverfahren gegen Mitgliedstaaten einleiten kann. Vor allem aber wird der EuGH dabei durch die Gerichte der Mitgliedstaaten unterstützt, die im Wege des Vorlageverfahrens (Art. 177 EGV) dem EuGH Gelegenheit geben, die Einhaltung der genannten Grundprinzipien (Vorrang, unmittelbare Anwendbarkeit und Grundrechte) zu überwachen²⁷.

Die institutionelle Absicherung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung und damit der Kompetenzabgrenzung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten gestaltet sich etwas schwieriger. Die Verantwortung für Beschlüsse auf Gemeinschaftsebene ist breit gestreut. Zunächst muß die das Initiativrecht ausübende Kommission eine tragfähige Rechtsgrundlage für ihre Gesetzgebungsvorschläge finden. Die Hauptverantwortung trifft jedoch den Ministerrat, in dem die Mitgliedstaaten am unmittelbarsten ihren Einfluß geltend machen können, denn der Rat setzt sich aus je einem Vertreter jedes Mitgliedstaates zusammen (Art. 146 Abs. 1 EGV). Darüber hinaus können die Gemeinschaftsorgane und die Mitgliedstaaten vor dem EuGH Nichtigkeitsklage gegen jeden Gesetzgebungsakt mit der Begründung erheben, es fehle an einer Einzelermächtigung in den Verträgen (Art. 173 EGV). Schließlich können die Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ durch Änderung der Gründungsverträge – dies ist allerdings nur möglich, wenn alle Mitgliedstaaten zustimmen – jederzeit Kompetenzen „zurückholen“.

6. Zwischenergebnis

Der kurze Überblick hat gezeigt, daß das grund- und kompetenzrechtliche Konfliktpotential im Verhältnis der Gemeinschaft zu den Mitgliedstaaten in den Gründungsverträgen und in der Rechtsprechung des EuGH durchaus eine angemessene Berücksichtigung gefunden hat. Das Problem der Kompetenz- und damit Machtverteilung zwischen Mitgliedstaaten und Gemeinschaft wurde mit dem *Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung* zumindest auf dem Papier zugunsten der Mitgliedstaaten entschieden, die auch institutionell, vor allem über den Ministerrat, ganz entscheidend das gemeinschaftliche Handlungsinstrumentarium kontrollieren. Auch der EuGH als Streitschlichtungsorgan kann Kompetenzüberschreitungen unterbinden, wenn er z. B. von einem Mitgliedstaat angerufen wird. Darüber hinaus schützt der EuGH, in

27 Umfassend zum Vorlageverfahren Manfred Dausen, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Artikel 177 EG-Vertrag, München 1995².

Zusammenarbeit mit den Gerichten der Mitgliedstaaten, die Unionsbürger über den Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor Eingriffen der Mitgliedstaaten in die gemeinschaftsrechtlich gewährten subjektiven Rechte (z. B. die Marktfreiheiten) und sorgt gleichzeitig über den von ihm gewährten gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsstandard dafür, daß das unmittelbar geltende Gemeinschaftsrecht nicht die Grundrechte der Bürger verletzt.

III. Konfliktpotential Grundrechtsschutz

Der EuGH sichert die Grundrechte der Unionsbürger. Was aber, wenn er dies in einer Weise tut, die hinter den Schutz zurückfällt, den das BVerfG in vergleichbaren innerstaatlichen Fällen gewähren würde? Müssen die Deutschen einen Eingriff in ein grundgesetzlich garantiertes Grundrecht durch einen gemeinschaftlichen Rechtsakt hinnehmen, wenn ein identischer deutscher Rechtsakt vom Bundesverfassungsgericht wegen eines vergleichbaren Grundrechtsverstößes kassiert würde?

1. Der frühe Lösungsansatz des BVerfG

Das BVerfG hat die Frage zunächst (1967) mit einem klaren „Ja“ beantwortet. Die damals noch als Wirtschaftsgemeinschaft firmierende EWG bilde eine selbständige Rechtsordnung, die von der deutschen Rechtsordnung zu unterscheiden sei. Eine unmittelbar wirkende Rechtsnorm (Verordnung) der EWG könne nicht als Ausfluß deutscher Staatsgewalt angesehen werden. Für Verfassungsbeschwerden unmittelbar gegen Rechtsakte der Gemeinschaft sei man daher nicht zuständig²⁸. Der Betroffene muß den – vermeintlichen – Eingriff hinnehmen.

Damit war das Problem aber keineswegs gelöst. EG-Verordnungen gelten zwar unmittelbar, d. h., es bedarf keines Handelns der nationalen Gesetzgeber mehr. Aber ebenso wie bei innerstaatlichen Gesetzen bedeutet das nicht, daß die Verwaltung entbehrlich wäre. Was das Gesetz (die EG-Verordnung) generell abstrakt formuliert, muß die Verwaltung in eine konkrete Einzelfallentscheidung umsetzen. Die EG verfügt aber mit ganz wenigen Ausnahmen nicht über eine eigene gesetzesausführende Verwaltung. Sie bedient sich

28 Vgl. BVerfGE 22, 293 (296 f.) mit Blick auf § 90 Abs. 1 BVerfGG. 1981, also 14 Jahre später, hat das BVerfG in seiner Eurocontrol-Entscheidung diesen Ansatz bestätigt, vgl. BVerfGE 58, 1 (26 f.).

vielmehr grundsätzlich der Verwaltungen der Mitgliedstaaten. Die konkreten Einzelfallentscheidungen der jeweils zuständigen deutschen Behörden stellen aber sehr wohl Handlungen der deutschen öffentlichen Gewalt dar. In der berühmten „Solange-I“-Entscheidung von 1974 hat das Gericht mit dieser Argumentation die Zuständigkeitshürde überwunden und sich die Beurteilung der Vereinbarkeit der gemeinschaftsrechtlichen Norm, auf deren Grundlage die nationale Verwaltung den Vollzugsakt erlassen hatte, mit dem Grundgesetz vorbehalten, *solange* das Gemeinschaftsrecht keinen dem Grundgesetz adäquaten Grundrechtskatalog enthält²⁹.

Zwölf Jahre später erging die ebenso berühmte „Solange-II“-Entscheidung, in der das BVerfG feststellte: „Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften, einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte und Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen.“³⁰

Mit „Solange-II“ hatte die Ausgangsfrage eine Antwort gefunden. Im Einzelfall sind – gemessen am internen deutschen Maßstab – Grundrechtsverletzungen durch Gemeinschaftsakte auch dann hinzunehmen, wenn sie auf deutsche Verwaltungsbehörden zurückgehen, die das Gemeinschaftsrecht vollziehen, weil der gemeinschaftliche Grundrechtsschutz aufs Ganze gesehen dem deutschen Standard ebenbürtig ist. Verknüpft wurde dies mit dem Vorbehalt, daß der Grundrechtsschutz durch den EuGH auf dem qualitativ vergleichbaren Niveau verbleiben müsse, und damit mit einer Warnung an den EuGH: Das BVerfG steht zurück, *solange* der EuGH gut arbeitet – und was gut ist, entscheidet das BVerfG.

2. Das Maastricht-Urteil des BVerfG

Im Maastricht-Urteil ist das BVerfG nur in einem Punkt von dieser Linie abgewichen und hat seinen

29 Vgl. BVerfGE 37, 271 (285).

30 BVerfGE 73, 339 (387).

Kontrollanspruch ausdrücklich auf Akte der Gemeinschaft ausgedehnt, bei denen kein deutscher Hoheitsakt als Anknüpfungspunkt vorliegt. Auch nicht-deutsche Hoheitsakte betreffen den Grundrechtsberechtigten in Deutschland und berühren damit die Schutzaufgabe des BVerfG.

Das BVerfG übe seine Aufgabe jedoch in *Kooperation* mit dem EuGH aus³¹. Dieser gewährleiste den Grundrechtsschutz „im Einzelfall“, das BVerfG beschränke sich auf die „generelle Gewährleistung“ der unabdingbaren Grundrechtsstandards. Für unabdingbar hält das BVerfG dabei den Wesensgehalt der Grundrechte³². Der Begriff vom Wesensgehalt eines Grundrechts entstammt dem Art. 19 Abs. 2 GG. Jedes den Einzelnen belastende hoheitliche Handeln stellt einen Eingriff in ein Grundrecht dar, kann aber dennoch unter bestimmten Bedingungen zulässig sein. Der Begriff des Wesensgehalts definiert dagegen den Teil der Grundrechtsverbürgung, der der öffentlichen Gewalt schlechthin entzogen ist. Der Wesensgehalt, der für jedes Grundrecht gesondert zu bestimmen ist, bildet eine äußerste Grenze des staatlichen Zugriffs³³.

Im Ergebnis sind die grundrechtsrelevanten Aussagen im Maastricht-Urteil eine Bestätigung des *Solange-II-Urteils*³⁴. Der Grundrechtsschutz wird durch den EuGH „in jedem Einzelfall“ ohne Dazwischentreten des BVerfG solange gewährt, wie die Wesensgehaltsgrenze nicht tangiert wird. Ob und wann dies der Fall ist, entscheidet das BVerfG: Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts findet eine Grenze im Wesensgehalt der deutschen Grundrechte.

31 Ausführlich Petra Ruffert, Das Kooperationsverhältnis von EuGH und BVerfG, Tübingen 1997.

32 Vgl. BVerfGE 89, 155 (174, 175): „Das Bundesverfassungsgericht sichert so diesen Wesensgehalt auch gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaft.“ Schon im *Solange-II-Urteil* hatte das Gericht auf den Begriff des Wesensgehalts rekurriert, vgl. BVerfGE 73, 339 (386).

33 Im einzelnen ist der Begriff des Wesensgehalts schwer zu definieren. Unklar ist z. B., ob für den Betroffenen in jedem Einzelfall ein Restbereich des Grundrechts übrigbleiben muß. Für das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre, welches aus Art. 2 Abs. 1 GG hergeleitet wird, hat das BVerfG dies bejaht, vgl. z. B. BVerfGE 80, 367 ff. Für den bei einer Geiselnahme von deren Rettung getöteten Geiselnahmer bliebe jedoch von seinem Lebensrecht nichts mehr übrig. Zu den verschiedenen Erklärungsansätzen vgl. z. B. Horst Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Tübingen 1996, Art. 19 II m. w. N.

34 Vgl. auch die aufschlußreichen Ausführungen des deutschen Richters am EuGH Günter Hirsch, Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht – Kooperation oder Konfrontation?, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), (1996), S. 2457 ff., der auch skeptischere Stimmen zitiert.

3. Testfall Bananenmarktordnung

Am 1. Juli 1993 trat die Verordnung über die gemeinsame Marktorganisation für Bananen in Kraft und damit eines der bisher und über die EG hinaus wohl umstrittensten Regelwerke der Gemeinschaft³⁵. Diese Verordnung bezweckt die Bevorzugung von Bananen aus bestimmten Herkunftsgebieten gegenüber den marktbeherrschenden „Dollarbananen“, die vor allem aus Ländern Mittelamerikas und Ecuador eingeführt werden. Die Verordnung versucht dieses Ziel durch die Einrichtung von Zöllen und (De-facto-)Kontingenten sowie durch ein kompliziertes Vergabesystem für Einfuhrlizenzen zu erreichen. Insbesondere für die (bisherigen) Importeure von Dollarbananen bedeutete das neue Regime einen erheblichen Eingriff in ihre Geschäftstätigkeit bis hin zur Existenzbedrohung. Solche Maßnahmen wären innerstaatlich an den Art. 14 GG (Eigentumsschutz) und 12 GG (Berufsfreiheit) zu messen.

Der EuGH hat in einer Entscheidung von 1994 die Verordnung für rechtmäßig gehalten und eine Verletzung entsprechender allgemeiner Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts verneint³⁶. Diese Entscheidung ist auf erhebliche Kritik gestoßen. Insbesondere die Berufsausübungsfreiheit sei vom EuGH nicht ausreichend gewürdigt worden, und eine akzeptable Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sei unterblieben. Statt dessen habe der EuGH allzusehr den weiten Ermessensspielraum des Gemeinschaftsgesetzgebers betont³⁷. Das Argument des EuGH vom weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers reflektiert zwar nicht nur das demokratische (Mehrheits-)Prinzip, sondern auch die Tatsache, daß die Gemeinschaft eine Einrichtung souveräner Staaten darstellt, ist aber der natürliche Feind eines ausgeprägten Grundrechtsschutzes. Grundrechte sind als Abwehrrechte der Bürger gegen den Staat Minderheitenschutzrechte. Je weiter der Gestaltungsspielraum der Mehrheit reicht, desto geringer der autonome, dem hoheitlichen Eingriff entzogene Bereich der Bürger.

Hat der EuGH mit seiner Entscheidung zur Bananenmarktordnung die Grundrechte in einem Maße

35 Die Verordnung 404/93/EWG, ABl. 1993 Nr. L47/1, hat in verschiedenen Zusammenhängen schon mehrmals sowohl deutsche Gerichte als auch den EuGH beschäftigt, war Gegenstand von Streitschlichtungsverfahren im Rahmen des GATT/WTO und hat einen Handelskonflikt zwischen der EG und den USA heraufbeschworen. Umfassend zu diesem Komplex José Christian Cascante/Gerald G. Sander, Der Streit um die EG-Bananenmarktordnung, Berlin 1999.

36 Vgl. EuGH, Rs. C-280/93, Urt. v. 5. 10. 1994, Slg. 1994, I-4973, Rn. 64 ff.

37 Vgl. EuGH, Rs. C-280/93, Urt. v. 5. 10. 1994, Slg. 1994, I-4973, Rn. 79 ff., 87; vgl. dazu ausführlich J. Chr. Cascante/G. G. Sander (Anm. 35), S. 54 ff. m. w. N.

mißachtet, das das BVerfG nach eigener Einschätzung zur Verteidigung des „unabdingbaren“ Grundrechtsstandards zum Einschreiten verpflichtet? Dieser Meinung ist das Verwaltungsgericht Frankfurt. In einem Normenkontrollantrag (Art. 100 Abs. 1 GG) an das BVerfG hat das VG die Ansicht vertreten, die Vorschriften der Bananenmarktordnung dürften in Deutschland wegen Verstoßes gegen deutsche Grundrechte nicht angewendet werden³⁸.

Noch hat das BVerfG nicht entschieden. Ist die hier vertretene Konzeption jedoch richtig, wird das BVerfG der Meinung des VG Frankfurt nicht folgen. Selbst wenn man unterstellt, daß die Bananenmarktordnung deutsche Grundrechte verletzt, so erreicht diese Verletzung weder für sich betrachtet noch im Verhältnis zum insgesamt bestehenden Grundrechtsstandard ein Niveau, das es rechtfertigen würde, von einer Verletzung des Wesensgehalts eines Grundrechtes (etwa der Berufsfreiheit) zu sprechen. Es ist daher schwer vorstellbar, daß das BVerfG diese Sache zum Anlaß nehmen wird, die Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft in eine Existenzkrise zu stürzen.

4. Fazit

Die Haltung des BVerfG zur Frage des Grundrechtsschutzes gegenüber Rechtsakten der Gemeinschaft ist rechtlich außerordentlich problematisch. Es gibt im nationalen Recht keine Grundlage für die „Solange“-Konstruktion des Gerichts, nach der eine – folgt man dem Gericht – bestehende Prüfungskompetenz unter bestimmten Bedingungen nicht ausgeübt wird. Das BVerfG ist entweder zur Prüfung durch das GG und/oder einfache Gesetze (BVerfGG) befugt und dann auch dazu verpflichtet oder nicht. Die Befugnis, die Einhaltung der Gemeinschaftsverträge – und damit auch der Gemeinschaftsgrundrechte – zu überprüfen, ist durch das Zustimmungsgesetz zu diesen Verträgen – und damit auch zu Art. 164 EGV („Der Gerichtshof sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrags“) – an die Gemeinschaft und damit an den EuGH abgetreten worden. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts gilt absolut.

Allerdings ist die Abtretung von Befugnissen an eine internationale Gemeinschaft nicht grenzenlos möglich, wie nunmehr Art. 23 GG zeigt. Stellt sich heraus, daß der Beitritt zu einer solchen Gemeinschaft im Beitrittszeitpunkt innerhalb dieser Grenzen stattfand, daß aber sukzessive eine diese Grenzen sprengende Entwicklung stattgefunden hat,

38 Vgl. Verwaltungsgericht (VG) Frankfurt, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), (1997), S. 182.

bietet das allgemeine Völkerrecht Korrekturinstrumente an. Letztendlich kann sich ein Mitgliedstaat unter Berufung auf den völkerrechtlichen Wegfall der Geschäftsgrundlage („*clausula rebus sic stantibus*“) im Extremfall aus einem solchen Vertragswerk lösen oder in Verhandlungen mit den Partnern weniger scharfe Konsequenzen suchen. Diese Konsequenz zu ziehen ist Sache (und Risiko!) des Mitgliedstaates, und der Mitgliedstaat hat zu entscheiden, welchem Verfassungsorgan (im Falle der Bundesrepublik: Bundesregierung, Parlament, BVerfG) die Feststellung einer solchen Lage obliegt. In diesem Sinne wäre eine Entscheidung des BVerfG zu verstehen, mit der ein Hoheitsakt der Gemeinschaft wegen Verstoßes gegen deutsche Grundrechte seiner innerstaatlichen Geltung beraubt würde. Das Risiko einer solchen Vorgehensweise trägt der jeweilige Mitgliedstaat. Könnte dieser sich mit seiner Position gegenüber den Partnern nicht durchsetzen³⁹, wäre die Nichtbeachtung des Gemeinschaftsrechtsakts wegen eines innerstaatlichen Grundrechtsverstoßes als Vertragsbruch und somit als Verletzung des Völkerrechts zu qualifizieren, und die Bundesrepublik unterläge den völkerrechtlichen Haftungsfolgen.

IV. Konfliktpotential Kompetenzverteilung

Das Problem der Machtbalance zwischen den konstitutiven Teilen eines mehrgliedrigen Gebildes und der Zentrale (im Bundesstaat zwischen Bund und Ländern bzw. Einzelstaaten oder Kantonen, in der Gemeinschaft zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten) ist keineswegs auf die Gemeinschaft beschränkt. Allenthalben wird eine zunehmende Zentralisierung konstatiert⁴⁰. Im Falle der Gemeinschaft kommt hinzu, daß eine Reihe von Mitgliedstaaten der Gemeinschaft (z. B. Frankreich, Italien) über eine ausgeprägt zentralstaatliche Tradition verfügen und daher für „bundesstaatliche Bedenken“ weniger offen sind.

Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als tragendes Grundprinzip der Gemeinschaft wurde schon gewürdigt. Die in den anfangs zitierten Äußerungen des BVerfG zum Ausdruck kommende Kritik der Kompetenzanmaßung seitens

39 Ein externes gerichtliches Verfahren zur Feststellung, ob ein solches Verhalten der Bundesrepublik völkerrechtlich gerechtfertigt wäre, existiert nicht.

40 Vgl. z. B. für die USA Andreas Falke, Die föderale Struktur, in: Willi Paul Adams/Ernst-Otto Czempel u. a. (Hrsg.), Länderbericht USA, Bd. I (Schriftenreihe der Bundeszentrale für politische Bildung, Bd. 293/1), S. 416 f.

der Gemeinschaft wird meist mit folgenden Spezifika der Gemeinschaftsverträge in Zusammenhang gebracht: dem Auslegungsgrundsatz des „*effet utile*“, dem funktionellen Charakter der vertraglichen Kompetenznormen und mit der „Lückenfüllungskompetenz“ des Art. 235 EGV.

1. „*Effet Utile*“

Die Gemeinschaft verfügt nicht über einen ausformulierten Kompetenzkatalog analog den Art. 73 ff. GG. Vielmehr wurden in den Verträgen die Ziele und Aufgaben der Gemeinschaft definiert und einzelne Befugnisnormen zu deren Umsetzung geschaffen. Der EuGH und die anderen Gemeinschaftsorgane haben dies schon früh zum Anlaß genommen, diese Befugnisnormen mit Blick auf die zu erreichenden Ziele⁴¹ so auszulegen, daß die Ziele der Gemeinschaft mit größtmöglichem Nutzen bzw. mit größtmöglicher Effektivität („*effet utile*“) erreicht werden können⁴². Dies muß auch vor dem Hintergrund gesehen werden, daß die Gemeinschaft als völlig neuartiger Versuch einer intensiven rechtlichen und politischen Zusammenarbeit und Integration zunächst der Stärkung bedurfte.

2. Art. 235 EGV – eine Generalermächtigung?

Art. 235 EGV illustriert in besonderem Maße das Problem der Kompetenzabgrenzung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaat. Art. 235 EGV ist als Befugnisnorm für den Fall formuliert worden, daß ein Handeln der Gemeinschaft erforderlich ist, um eines der Gemeinschaftsziele zu erreichen, ohne daß eine besondere Befugnisnorm in den Verträgen existiert⁴³. Die potentielle Weite dieser Norm sollte verfahrensrechtlich kompensiert werden: Rechtsakte nach dieser Vorschrift können nur einstimmig beschlossen werden. Mit ihrer Zustimmung zu einem nach Art. 235 EGV zu beschließenden Rechtsakt erklären alle Vertragsparteien indirekt, daß sie die Voraussetzungen des Art. 235 EGV für gegeben betrachten⁴⁴. Dennoch ist

41 Insbesondere mit Blick auf das Ziel der Herstellung eines gemeinsamen Binnenmarktes. Es muß daran erinnert werden, daß dieses Ziel erst Ende 1992 erreicht wurde, obwohl die Verträge einen gemeinsamen Markt schon für Ende 1969 avisiert hatten (Art. 7 Abs. 1 EGV).

42 Vgl. z. B. EuGH Rs. 41/74, Urt. v. 4. 12. 1974, Slg. 1974, 1337 (van Duyn). Vgl. dazu Rudolf Streinz, Der „*Effet utile*“ in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, in: Ole Due u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, 1995, S. 1491 ff.

43 Vgl. zu dieser Vorschrift Tanja Lorenz/Wolfgang Püls, Eine Generalermächtigung im Wandel der Zeit – Art. 235 EG-Vertrag, in: Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG), (1998), S. 142 ff.

44 Die Celex-Rechtsdatenbank weist per 15. 3. 1999 insgesamt 388 Rechtsakte aus, die auf Art. 235 EGV gestützt wurden.

Art. 235 EGV keine „*carte blanche*“ für die im Rat versammelten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten. Für Vertragsänderungen steht in Art. N EUV ein eigenes Verfahren bereit, welches in Abs. 3 auf die verfassungsrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten zur Ratifikation von Verträgen verweist und damit auf eine direkte Beteiligung der nationalen Parlamente. Lückenfüllung nach Art. 235 EGV und Vertragsänderung sind daher zu unterscheiden⁴⁵. Einen ersten Ansatz dazu hat der EuGH im Gutachten 2/94 geliefert und den Beitritt der EG zur EMRK mangels Befugnisnorm für unzulässig erklärt⁴⁶. Art. 235 EGV ist keine Generalermächtigungsvorschrift.

3. Funktionelle Kompetenzen

Ein großes Kompetenzverteilungsproblem im engeren Sinne liegt in der Funktionsbezogenheit der gemeinschaftsrechtlichen Befugnisnormen, die eine Erweiterung der Befugnisnormen tendenziell erleichtert. Die zahlenmäßig meisten Rechtsakte der EG sind binnenmarktbezogen, und es ist oft nicht schwer, einen grenzüberschreitenden Wirtschaftsbezug herzustellen und damit eine Kompetenz zu begründen⁴⁷.

4. Testfall Tabakwerbeverbot

Der EuGH wird bald Gelegenheit haben, sich zu den Problemen der Abgrenzung funktioneller Kompetenzen zu äußern. Die heftig umstrittene Richtlinie zum Verbot der Tabakwerbung⁴⁸ konnte aufgrund des klaren Ausschlusses jeglicher Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten in Art. 129 Abs. 4 EGV nicht als gesundheitsschützende Maßnahme verabschiedet werden.

45 Vgl. Ulrich Häde/Adelheid Puttler, Zur Abgrenzung des Art. 235 EGV von der Vertragsänderung – Neue Erkenntnisse durch das Gutachten 2/94 des EuGH vom 28. 3. 1996?, in: EuZW, (1997), S. 13 ff.

46 Es darf darüber spekuliert werden, ob die harte Haltung des EuGH mehr der Kompetenzabgrenzung im Verhältnis Gemeinschaft – Mitgliedstaaten galt oder mehr der Sicherung der eigenen Kompetenzen vor dem Zugriff des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg, so z. B. Hans Heinrich Rupp, Ausschaltung des Bundesverfassungsgerichts durch den Amsterdamer Vertrag, in: Juristenzeitung (JZ), (1998), S. 215. Immerhin war die nächste Regierungskonferenz schon absehbar, und der EuGH hat mit dieser Entscheidung den Mitgliedstaaten Gelegenheit zu einer entsprechenden Vertragsänderung gegeben, die allerdings unterblieben ist.

47 Vgl. zu diesem Problemkreis Georg Röss/Jürgen Bröhmer, Europäische Gemeinschaft und Medienvielfalt – Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft zur Sicherung des Pluralismus im Medienbereich, Frankfurt a. M. 1998.

48 Richtlinie 98/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 1998 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, ABl. Nr. L 213/9 (30. 7. 1998).

V. Abschließende Bewertung und Ausblick: Kooperation oder Konflikt?

Das BVerfG versteht sich selbst als letzte Instanz, wenn es darum geht, ob die Gemeinschaft sich innerhalb der Grenzen der ihr übertragenen Befugnisse bewegt. Das gilt sowohl hinsichtlich etwaiger Verletzungen deutscher Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht, als auch hinsichtlich der Inanspruchnahme von Kompetenzen seitens der Gemeinschaft. Das Bild von den Zustimmungsgesetzen zu den Gemeinschaftsverträgen und den sie tragenden Art. 23, 24 GG als Brücke, über die das Gemeinschaftsrecht in die deutsche Rechtsordnung einfließt, und von dem BVerfG als Brückenwächter wird häufig gebraucht⁵¹, ist aber zu ungenau. Auch die Letztentscheidungsbefugnis des EuGH (Art. 164 EGV) hat über diese Brücke die deutsche Rechtsordnung erreicht. In beiden Fällen kann es daher nur um die Frage gehen, was zu geschehen hat, wenn die Gemeinschaftsorgane in einer nicht mehr nachvollziehbaren Art von den die Gemeinschaftsrechtsordnung tragenden Grundprinzipien abweichen. Es kann nur um den Fall gehen, bei dem auch völkerrechtlich die rechtmäßige Lösung von diesem – nunmehr wesensverschiedenen – Gebilde möglich wäre.

In diesem Sinne erschließt sich auch das Wort vom Kooperationsverhältnis: Es geht nicht um Hierarchie, um den Fall des Letztentscheidungsrechts in einer konstruierten Extremsituation, sondern um die gemeinsame Arbeit an einem mit den mitgliedstaatlichen Verfassungen in Einklang stehenden europäischen Integrationsprozeß⁵². Kooperation ist dabei durchaus auch wörtlich zu verstehen. Sie umfaßt auch das persönliche Kennenlernen der anderen Gerichte und der handelnden Personen sowie die Diskussion über aktuelle Rechtsentwicklungen. Bisher hat diese Art der Kooperation im Ergebnis funktioniert. Sie wird – so ist zu hoffen – auch in Zukunft funktionieren.

51 Vgl. Paul Kirchhof, Das Kooperationsverhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof, in: Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Perspektiven des Rechts der Europäischen Union (Heidelberger Forum, Bd. 104), Heidelberg 1998, S. 170 ff.; ders., Europäische Integration, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, § 183, Rn. 65.

52 In diesem Sinne auch Paul Kirchhof, Die Gewaltbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen, in: JZ, (1998), S. 973 f.

Ob die eher indirekten Anknüpfungspunkte an binnenmarktspezifische Gesichtspunkte, etwa Wettbewerbsvorteile für Tabakhersteller und Werbewirtschaft in Ländern ohne Werbeverbot, ausreichen, um für eine eigentlich die Marktfreiheit beschränkende Norm auf den Binnenmarkt regelnde Vertragsvorschriften zurückzugreifen, ist fraglich⁴⁹.

5. Fazit

Das Tabakwerbeverbot läßt noch einen anderen Zusammenhang deutlich werden. Die Nutzung der Lückenfüllungskompetenz des Art. 235 EGV stößt auf die verfahrensrechtliche Grenze der Einstimmigkeit im Rat. Dies ist bei der Nutzung der funktionellen Binnenmarktkompetenzen (vgl. vor allem Art. 100 a Abs. 1 EGV) nicht der Fall. In diesem Bereich werden Rechtsakte im Ministerrat mit qualifizierter Mehrheit (Art. 148 Abs. 2 EGV) beschlossen⁵⁰. Der einzelne Mitgliedstaat hat dadurch ein Stück weit die Kontrolle über die Entwicklung der Kompetenzverteilung verloren.

Diese Art der Entscheidung mit qualifizierter Mehrheit hat erst mit der ersten Vertragsrevision Mitte der achtziger Jahre, der Einheitlichen Europäischen Akte, richtig Fuß gefaßt, und die zeitliche Koinzidenz mit der verschärften Kompetenzabgrenzungsdebatte ist daher kein Zufall. Diese Möglichkeit der Mehrheitsentscheidung ist der eigentliche Hintergrund der scharfen Äußerungen des BVerfG im Maastricht-Urteil. In einem System der Einstimmigkeit hätte das BVerfG die Beachtung der gemeinschaftlichen Kompetenzgrenzen zunächst von den eigenen beteiligten Bundesorganen (insb. der Bundesregierung) einfordern können. Nunmehr ist aber die Entwicklung einer konturierten Kompetenzabgrenzungsrechtsprechung durch den EuGH selbst unabdingbar.

49 Vgl. dazu Torsten Stein, Ohne Rechtsgrundlage – Die Tabakwerbeverbotsrichtlinie der EG, in: Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht (ZLR), (1998), S. 209. Die Tabakwerbeverbotsrichtlinie ist auch grundrechtlich nicht unproblematisch. Auch hier besteht ein Konfliktpotential, sollte der EuGH die Richtlinie für vertragsgemäß ansehen. Das Konfliktpotential besteht übrigens nicht nur im Verhältnis zum BVerfG, sondern auch im Verhältnis zum EGMR in Straßburg, vgl. u. a. die Entscheidung des EGMR vom 18. 2. 1999, Matthews gegen Großbritannien, noch nicht veröffentlicht (allerdings im Internet abrufbar unter <http://www.dhcour.coe.fr/eng/Judgments.htm>).

50 Das Europäische Parlament ist im Mitentscheidungsverfahren (Art. 189 b EGV) gesondert und maßgeblich beteiligt.

Rupert Scholz: Das Bundesverfassungsgericht: Hüter der Verfassung oder Ersatzgesetzgeber?

Aus Politik und Zeitgeschichte, B 16/99, S. 3–8

Das Bundesverfassungsgericht gehört zu den wichtigsten Schöpfungen des Grundgesetzes. Als komplette Verfassungsgerichtsbarkeit, d.h. Gerichtsbarkeit im Bereich der Grundrechte, verfügt das Bundesverfassungsgericht über keinen Vorläufer in der deutschen Verfassungstradition. International wird das Bundesverfassungsgericht heute vielfältig als Vorbild für eine moderne Verfassungsgerichtsbarkeit verstanden. Verfassungsgerichtsbarkeit hat nicht nur die Stringenz der normativen Verfassung zu bewahren, sondern hat auch die Aufgabe, im Wandel der politischen und gesellschaftlichen Verhältnisse Veränderungen im Verständnis des Verfassungsrechts behutsam aufzunehmen, nachzuzeichnen und zu artikulieren. Dies ist dem Bundesverfassungsgericht in den wichtigsten Feldern seiner Rechtsprechung vielfältig gelungen. Daneben hat jede Verfassungsgerichtsbarkeit stets die politische Gratwanderung zwischen Verfassungspolitik und Verfassungsrecht, zwischen politischer Gestaltung und verfassungsrechtlicher Kontrolle von Legislative und Exekutive zu wahren. Im Prinzip hat das Bundesverfassungsgericht diese Gratwanderung bestanden.

Hans-Peter Schneider: Richter oder Schlichter? Das Bundesverfassungsgericht als Integrationsfaktor

Aus Politik und Zeitgeschichte, B 16/99, S. 9–19

Verfassungsgerichte scheinen zunehmend darauf hinzuwirken, daß ihre Entscheidungen nicht nur allseits akzeptiert werden, sondern auch inhaltlich auf einer sogenannten „mittleren Linie“ liegen und den Beifall sämtlicher politischen Kräfte und Verfahrensbeteiligten zu finden vermögen. Wird damit der Verfassungsrichter nicht eher zum „Verfassungsschlichter“? Vermittlungsbemühungen gehören nicht nur zum Wesen richterlicher Tätigkeit überhaupt, sondern – wie an zahlreichen Beispielsfällen nachgewiesen wird – auch seit jeher zum besonderen Geschäft des Bundesverfassungsgerichts. Das Begriffspaar „Richten“ und „Schlichten“ bezeichnet keinen Gegensatz, sondern lediglich zwei auf verschiedene Ziele hin orientierte Handlungs- und Entscheidungsmodalitäten der Justiz, die sogar zeitgleich gehandhabt und strategisch miteinander verbunden werden können, um die Legitimität und Akzeptanz der Entscheidung zu erhöhen. Unbestreitbar haben Verfassungsgerichte die Aufgabe, Gegensätze auszugleichen, widerstrebende Interessen zusammenzuführen und kontroverse Meinungen auf dem Boden der Verfassung miteinander zu versöhnen.

Peter Häberle: Verfassungslehre als Kulturwissenschaft am Beispiel von 50 Jahren Grundgesetz

Aus Politik und Zeitgeschichte, B 16/99, S. 20–30

Das 1982 vom Verfasser erstmals formulierte, seither nach und nach ausgebaut Programm einer Verfassungslehre als „Kulturwissenschaft“ eröffnet einen vertieften, disziplinübergreifenden und methodenpluralistischen Zugang zur Verfassung des Grundgesetzes. Zunächst werden die methodischen Grundlagen des kulturwissenschaftlichen Ansatzes vorgestellt und dann exemplarisch die wesentlichen Inhalte und Funktionen verfassungsrechtlicher Verfassungen erläutert: von der Menschenwürde als anthropologischer Prämisse über das Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat bis hin zur Wirkung von Verfassungspreambeln und Ewigkeitsklauseln. In einem zweiten, konkretisierenden Schritt werden die einzelnen Etappen der bundesdeutschen Verfassungsentwicklung seit 1945 bzw. 1949 einschließlich der maßgeblichen Verfahren und der am Entwicklungsprozeß Beteiligten in kulturwissenschaftlicher Sicht dargestellt.

Jürgen Bröhmer: Das Bundesverfassungsgericht und sein Verhältnis zum Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften

Aus Politik und Zeitgeschichte, B 16/99, S. 31–39

Das Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zum Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften widerspiegelt das Verhältnis der staatlichen Rechtsordnung zur Rechtsordnung der Europäischen Union und der sie bildenden Europäischen Gemeinschaften. Das Recht der Europäischen Union beansprucht absoluten Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten. Die Europäische Union versteht sich als Rechtsgemeinschaft, und dies setzt voraus, daß das Gemeinschaftsrecht einheitlich in allen Mitgliedstaaten gilt, ohne daß diese Geltung von jeweils anderen nationalen Vorbehalten unterlaufen wird. Probleme können entstehen, wenn das Gemeinschaftsrecht in die Grundrechte der Bürger eingreift und der gemeinschaftsrechtliche Grundrechtsschutz weniger weit reicht als der Grundrechtsschutz in Deutschland oder wenn es zu Meinungsverschiedenheiten über die Frage kommt, ob eine von der Gemeinschaft in Anspruch genommene Handlungsbefugnis tatsächlich durch die Zustimmungsgesetze zu den Gemeinschaftsverträgen übertragen wurde oder nicht.