

1. Aufsätze

Das Bundesverfassungsgericht als politischer Faktor

von Christoph Gusy, Hagen

I. Von der Rahmenordnung zur Wertordnung: Verfassungswandel und Kompetenzverteilung	93
1. Das Beispiel Österreichs	93
2. Der Ruf nach „Verfassungspolitik“ in der Bundesrepublik	94
II. Passing by the buck	95
1. „Verfassungspolitik“ als Aufgabe?	95
2. „Kooperative Verfassungswirklichkeit“?	96
III. Ursachen dieser Entwicklung	97
1. Justiz kontra Demokratie?	97
2. Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit als Krise der Verfassung	98
3. Parteilichkeit des Bundesverfassungsgerichts?	99
4. Zusammenfassung	99
IV. Ansätze zu einer Neuorientierung	99
1. Verfassungsgerichtsbarkeit als Minderheitenschutz ..	100
2. Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit ..	100
3. Die Begrenzung der Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen	100

I. Von der Rahmenordnung zur Wertordnung: Verfassungswandel und Kompetenzverteilung

Das Bundesverfassungsgericht ist vom Grundgesetz mit einer im internationalen Vergleich einzigartigen Kompetenzfülle ausgestattet worden¹. Es entscheidet letztverbindlich über die Verfassungsmäßigkeit von Maßnahmen des Gesetzgebers, der Regierung, der Exekutive und der Gerichte. Gerade diese Tatsache war auch der Grund, weshalb das Gericht selbst und mehr noch einzelne Entscheidungen zu den zentralen Themen der politischen Diskussionen in der Bundesrepublik zählten und zählen. Ansätze zur Kritik sind dabei bereits in dem Gegenstand und den Auswirkungen seiner Entscheidungen angelegt. Tadel erfährt die Spruchfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts insbesondere durch solche Staatsorgane, die in einem Streitverfahren „unterliegen“. Der „Verlierer“ behauptet, das Gericht habe seine Kompetenzen überschritten und in Zuständigkeiten eingegriffen, welche vom Grundgesetz anderen Staatsorganen zugewiesen seien. Solcher Tadel trifft auf den Widerspruch derjenigen, die in einem Verfahren „obsiegt“ haben. Sie behaupten, das Bundesverfassungsgericht habe seine Kompetenzen in sachgerechter Weise ausgeübt und verfassungswidriges Verhalten der Gegenseite zu Recht gerügt.

Die Kritik trifft ein Staatsorgan, das über Jahrzehnte hinweg ein unpolitisches Selbstverständnis beansprucht hat. Danach ist der Bereich des Politischen Gesetzgeber und Regierung zu eigenverantwortlichem Handeln zugewiesen, das Bundesverfassungsgericht urteilt in vermeintlich unpolitischer Rechtsanwendung und hält sich dadurch gerade von den politischen Streitigkeiten fern². Diese Selbsteinschätzung widerspricht schon der Konzeption, welche der Parlamentarische Rat für das Gericht vorgesehen hatte. Danach sollte diesem – in behauptetem Gegensatz zu den sonstigen Fachgerichten – nicht „unpolitische Rechtsauslegung“ zugewiesen sein, es sollte vielmehr gerade in politisch brisanten Fragen entscheiden. Welche Rückwirkungen das auf den politischen Prozeß haben könnte und sollte, war dem Verfassungsgeber durchaus bewußt. Deutlich macht dies die Aussage: „Wir haben keine Angst vor der Gefahr einer sogenannten juristifizierten Politik“. Politische Konsequenzen waren nicht nur gesehen, son-

dern auch erwünscht. Noch deutlicher zeigt sich die politische Konzeption der Verfassungsgerichtsbarkeit, wenn nicht der Prozeß der Verfassungsauslegung isoliert, sondern in den Kontext der jeweiligen Streitigkeit gestellt wird. Politisch ist der Streit, der zur Anrufung des Gerichtes führte; politische Instanzen sind etwa im Organstreit oder der abstrakten Normenkontrolle Antragsteller und Antragsgegner; politisch sind auch die Konsequenzen jeder Entscheidung. Angesichts dieser Umstände ist die Charakterisierung des Bundesverfassungsgerichts als unpolitische Instanz nicht eben naheliegend.

Die Einbeziehung der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Bereich des Politischen vermag das Problem zwar präziser zu beschreiben aber noch keineswegs zu lösen. Zumindest stellt sich hier die Frage: Welche Bedeutung kommt dem Bundesverfassungsgericht im politischen Bereich überhaupt zu? Eine deskriptive Analyse vermag Friktionen zwischen den Bereichen des Parlaments und der Regierung einerseits sowie des Bundesverfassungsgerichts andererseits aufzuzeigen. Dabei drängt sich die weitere Fragestellung auf: Welche Bedeutung darf dem Bundesverfassungsgericht im politischen Prozeß zukommen? Beide in Vergangenheit und Gegenwart viel diskutierten Fragen sind Ausdruck eines verbreiteten Unbehagens an der Verfassungsgerichtsbarkeit. Dieses Unbehagen hat tiefer reichende Ursachen als die gegenwärtige Glaubwürdigkeits- und Akzeptanzkrise in der Bundesrepublik, die sich als „Staatsverdrossenheit“ und „Parteienverdrossenheit“ artikuliert. Es ging ihr zeitlich bereits voraus und betrifft die Basis verfassungsgerichtlicher Entscheidungen überhaupt, nämlich die Frage nach der Stellung des Verfassungsgerichts und der Legitimation seiner Entscheidungen in der Demokratie. Solche theoretisch keineswegs ausdiskutierte Fragestellung ist in der Bundesrepublik noch weit davon entfernt, konkrete Rückwirkungen auf die Kompetenzausübung des Bundesverfassungsgerichts zu erlangen.

1. Das Beispiel Österreich

Die Konzeption einer Verfassungsgerichtsbarkeit auf der Grundlage eines überkommenen rechtsstaatlichen Verfassungsverständnisses vor dem Hintergrund einer gefestigten demokratischen Tradition wird in der Gegenwart plastisch am Beispiel Österreichs. Dort hatte bereits nach dem Ersten Weltkrieg *Hans Kelsen* einen Entwurf der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Staat geschaffen³, in welchem das Gericht primär die Rolle eines Hüters der demokratischen Staatsform einnehmen sollte. Es diente danach wesentlich zur Sicherung demokratischer Verfahren, insbesondere der Min-

* Dr. Christoph Gusy, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Verwaltungsrecht der Fernuniversität Hagen

¹ Dazu *Mosler*, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, 1963, mit zahlreichen Länderberichten; zur staatsrechtlichen Stellung des Bundesverfassungsgerichts *Dolzer*, Die staatsrechtliche und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts, 1971.

² *G. Leibholz*, Jahrbuch des öffentlichen Rechts 6, 19 ff.; *ders.*, Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3. A., 1974, S. 168 ff.; *G. Müller* in: Das Bundesverfassungsgericht, 1963, S. 13 ff.; *E. Friesenbahn*, Aus Politik und Zeitgeschichte 6/1965 vom 10. 2. 1965, S. 3 ff.

³ Zusammengefaßt bei *Kelsen*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 5, S. 30 ff.

derheitenrechte im Prozeß der politischen Willensbildung. Praktische Bedeutung erlangte sein Konzept dadurch, daß die maßgeblichen Bestimmungen des österreichischen Bundesverfassungsgesetzes zum Verfassungsgerichtshof von ihm beeinflußt wurden.

Diese Bestimmungen werden in einer ausführlichen Untersuchung von *H. Haller* umfassend dargestellt⁴. Die historische Grundlegung seiner Ausführungen unter dem Thema „Die Wege zur Gesetzesprüfung“ (S. 1–72) geht von zwei Grundtatsachen aus: Im konstitutionellen Staat existierte eine richterliche Überprüfung von Reichsgesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit nicht, dahingehende Forderungen der rechtsstaatlichen Bewegung blieben weitgehend ohne praktische Konsequenzen. Eigentlicher Ausgangspunkt verfassungsgerichtlicher Tätigkeit ist demgegenüber die bundesstaatliche Ordnung, also konkret die Frage, welche Folgerungen die Gerichte aus der Existenz einander widersprechender Reichs- und Landesgesetze zu ziehen hatten. Diese Grundvoraussetzungen werden historisch sorgfältig abgesichert. Aus ihnen entwickelt *Haller* die Entstehung des Art. 140 BVG 1920 über die verfassungsgerichtliche Normenprüfung in Österreich (S. 45 ff.). Deren zentrales Anliegen war danach die Wahrung der Einheit des Bundesstaates. Die Verfassungswidrigkeit von Bundesrecht konnte nur durch die Länder, diejenige von Landesrecht nur durch den Bund beim VfGH geltend gemacht werden. Bei dieser Konzeption ist das BVG jedoch nicht stehen geblieben. Vielmehr wurde dem VfGH zudem die Möglichkeit eingeräumt, von Amts wegen Gesetze zu prüfen, welche „die Voraussetzung eines Erkenntnisses des VfGH bilden“ sollen. Schließlich wurden im Jahre 1975 auch Anträge durch Gerichte und Verfassungsbeschwerden betroffener Bürger gegen Gesetze zugelassen. Dadurch näherte sich die Konzeption der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit in hohem Maße derjenigen der Bundesrepublik an. Der ursprüngliche Charakter des VfGH als Schiedsrichter in bundesstaatlichen Streitigkeiten trat zunehmend hinter den Rechtsschutzaspekt zurück. Diese Wandlungen werden von *Haller* gleichfalls ausführlich auf ihre Ursachen und Wirkungen untersucht (S. 207 ff.).

Das Charakteristikum der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit wird insbesondere deutlich an dem Abschnitt über den „Maßstab der Prüfung“ (S. 132–149). Grundlage und Grenze der Prüfung ist die textnah ausgelegte Verfassung, die nicht durch Naturrecht oder sonstige Wertungen ergänzt wird. Zeichnet sich die österreichische Verfassung dadurch aus, daß sie dem Gesetzgeber durch weitgehendes Aussparen von Staatszielbestimmungen und Verfassungsaufträgen einen erheblichen Gestaltungsfreiraum beimißt, so gilt das auch für die Rechtsprechung des VfGH. Das BVG setzt den Rahmen, dessen Einhaltung er überwacht; weiter reichen seine Kompetenzen nicht. Diese Tatsache zeigt vielfältige Konsequenzen in Einzelheiten. Der VfGH darf nur solche Vorschriften als verfassungswidrig aufheben, deren Aufhebung beantragt worden ist (S. 186 ff.); er ist an die Gründe des Antrags gebunden und nicht zu einer umfassenden Prüfung aller möglichen Verfassungsverstöße berechtigt (S. 193 ff.); Bindungswirkungen entfaltet nur die Entscheidungsformel, nicht die Gründe (S. 244 ff.), weder „tragende“ noch andere. *Haller* behandelt alle Fragen ausführlich und sachkundig; seine Argumente reichen vielfach über die Besonderheiten der österreichischen Gegebenheiten hinaus.

Besonderes Interesse verdient dabei die Tatsache, wie die Position der Verfassungsgerichtsbarkeit im politischen System Österreichs thematisiert wird: ihr ist kein eigenständiger Abschnitt gewidmet. Das geschah nicht etwa deshalb, weil die Problematik dem Verfasser nicht bewußt war (s. dazu S. 215), sondern aus dem Grunde, daß das Unbehagen an der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich auf der Grundlage der dortigen spezifischen Situation bei weitem nicht in dem Umfang

verbreitet ist, wie es in der Bundesrepublik besteht. Der VfGH hat seinen selbstverständlichen Platz im Gefüge der demokratischen Staatsordnung gesichert, er wird darin nicht mehr als Problem empfunden. Dazu trägt nicht zuletzt die Zurückhaltung bei, die er sich bei der Ausübung seiner weitreichenden Kompetenzen auferlegt. So wird er bisweilen als unbequem empfunden und keineswegs von jeder Kritik ausgenommen. Seine Notwendigkeit und Legitimität im demokratischen Staat wird dabei aber nicht mehr bezweifelt⁵.

2. Der Ruf nach „Verfassungspolitik“ in der Bundesrepublik

In der Bundesrepublik lag es dem Parlamentarischen Rat bei der Schaffung des Grundgesetzes fern, alle Fragen der politischen Gestaltung im Staat selbst regeln zu wollen. Dagegen sprachen schon die politischen Voraussetzungen seiner Aufgabe⁶. Standen sich im Plenum und den Ausschüssen mit der SPD und der CDU je etwa gleich starke politische Kräfte gegenüber, so war das zu schatten. le Grundgesetz nur als Kompromiß denkbar. Keine der beiden Seiten konnte ihre Anschauungen gegen die andere durchsetzen. Demgegenüber bestand für jede von ihnen die Hoffnung, spätere Wahlen zum Bundestag zu gewinnen und dort ihr politisches Programm im Wege der Gesetzgebung ohne den Gegner verwirklichen zu können. Dabei hätte eine detaillierte Verfassung, die auch den Gesetzgeber binden sollte, nur im Wege stehen können. Schon diese Tatsache ließ die Beteiligten von allzu ausführlichen Regelungen weitgehend absehen. Zudem stand die Realität des verlorenen Krieges mit Zerstörung, Massenflucht und materieller Not der Aufnahme weitreichender Versprechungen, deren Einlösung zumindest fraglich erscheinen mußte, entgegen. So entstand eine Verfassung, welche dem politischen Prozeß zwar einen Rahmen zieht, in dem Verfahren und Grenzen des Staatshandelns normiert werden; positive Aufträge und Ziele wurden dagegen nur in geringem Umfang aufgenommen. Insbesondere soziale Verbürgungen fehlen fast völlig. Dieses Verfassungskonzept hätte eine Konzeption der Verfassungsgerichtsbarkeit nach österreichischem Muster erwarten lassen. Eine solche Entwicklung wurde jedoch durch die politischen Strömungen nach 1960 verhindert. Unter Berufung auf das „nicht erfüllte Grundgesetz“ wurde die Forderung nach einer sozialen und politischen Realisierung der im Grundgesetz thematisierten Materien Freiheit⁷, Gleichheit und Sozialstaatlichkeit gefordert. Methodisches Vehikel dafür war eine neue Interpretation des Grundgesetzes: Nicht mehr überwiegend Rahmencharakter, sondern Plan- und Auftragscharakter sollten der Verfassung zukommen, die für den Gesetzgeber nicht mehr überwiegend Verbote, sondern positive Gebote und Ziele enthalten sollte. Mit diesem Übergang von der limitierenden zur dirigierenden Verfassung war der Gesetzgeber nicht mehr im Rahmen des Grundgesetzes zur freien Gestaltung aufgerufen, sondern stets auf die Verwirklichung grundgesetzlicher Vorgaben verpflichtet.

Die dadurch bedingte Wandlung des Verhältnisses zwischen Gesetzgeber und Verfassung erörtert ein Sammelband, der von *P. Häberle* herausgegeben wurde⁸. Der Band faßt ausgewählte Beiträge zur Diskussion um das Bundesverfassungsgericht zusammen, wobei eine sorgfältige Auswahl und eine beigefügte Auswahlbibliographie (S. 463 ff.) einen in-

⁴ *H. Haller*, Die Prüfung von Gesetzen, Wien, Springer, 1979, 300 S.

⁵ Vgl. zur Verfassungsgerichtsbarkeit im politischen System Österreichs, *Welan* in Heinz Fischer, Das politische System Österreichs, 2. A., 1974, S. 271 ff.; *Korinek*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 39, S. 1 ff.; *Evers*, Deutsches Verwaltungsblatt, 1980, S. 779 f.

⁶ *Altendorf*, ZParl 1979, S. 410; *Mayer/Stuby*, Die Entstehung des Grundgesetzes, 1976, S. 128 ff.

⁷ Dazu *Gusy*, NPL 1980, 281 ff.

⁸ *P. Häberle*, Verfassungsgerichtsbarkeit, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976, 475 Seiten.

strukturellen Überblick über das Meinungsspektrum bieten, der auch historische und politikwissenschaftliche Bezüge einbezieht. Von zentraler Bedeutung sind für den Herausgeber zwei Fragen: Die Ein- und Zuordnung der spezifischen Aufgaben der Verfassungsgerichtsbarkeit im Gesamtrahmen der Verfassung und die Abhängigkeit des der Verfassung zugewiesenen Stellenwertes vom Verfassungsverständnis (S. 6 f.)⁹. Verfassungsgerichtsbarkeit sichert danach die Geltung der Verfassung in der offenen Gesellschaft, die ihrerseits zur Verwirklichung der Verfassung aufgerufen ist (S. 11). Die gut ausgewählten historischen Beiträge des Bandes¹⁰ dokumentieren, in welchem hohem Maße die Auseinandersetzungen in der Bundesrepublik von den grundlegenden Diskussionsansätzen der Weimarer Zeit abhängig sind. Die maßgeblichen Positionen waren schon damals bezogen worden, wurden dabei allerdings theoretisch schärfer begründet und in der Diskussion kontrastiert. Die Abhandlungen aus der Zeit nach dem Erlass des Grundgesetzes dokumentieren partiell das überkommene Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts als unpolitisches Staatsorgan im Gegensatz zu der politisch handelnden Legislative und Regierung¹¹. Diese Dichotomie war insbesondere unter der Richterschaft des Gerichts verbreitet.

Seine Auflösung erfuhr dieses Verständnis insbesondere seit den Ausführungen *Ehmkes* zur Verfassungsinterpretation (S. 304 ff.). Seine Darlegungen gehen von einem institutionellen Verfassungsverständnis aus¹². Danach ist das Grundgesetz die Fundamentalnorm zur Regelung vielfältiger Lebensbereiche, deren Gestaltung es selbst inhaltlich lediglich andeutet und im übrigen dem Gesetzgeber zur Verwirklichung aufgibt. Das Grundgesetz verliert damit seinen Charakter als Rahmenordnung, alle im Staat potentiell auftretenden Konflikte sind vielmehr in der Verfassung bereits vorentschieden; diese braucht vom Gesetzgeber nur noch konkretisiert zu werden. Damit wandelt sich zugleich der Inhalt der Verfassung. Ist sie als Rahmenordnung auf Stabilität und Kontinuität angelegt, so würde sie als institutionelle Ordnung das politische Leben lähmen und ersticken. Sie kann daher nur auf Dynamik und Flexibilität angelegt sein; Verfassungsinterpretation ist stets zugleich Verfassungswandel. Durch diese Neuinterpretation wird ein gänzlich gewandeltes Verfassungsverständnis begründet: Politisch Erwünschtes kann durch Rechtswissenschaft und Justiz im Wege der „Interpretation“ dem Grundgesetz als institutionelle Ordnung zunächst unterlegt und sodann „entnommen“ werden, um es gegenüber dem Gesetzgeber mit Verbindlichkeit auszustatten. Ist die Legislative an das Grundgesetz gebunden, so wird sie dadurch verpflichtet, derartige „Verfassungsaufträge“ nachzuvollziehen. In einer Phase politischer Immobilität sollte so das Grundgesetz zum Motor gesetzgeberischer Initiativen werden. Vor diesem Hintergrund erhält nach *Ehmke* das Bundesverfassungsgericht eine gewandelte Funktion; es ist nicht mehr primär reagierender „Hüter der Verfassung“, sondern vielmehr ist die Fortbildung des Grundgesetzes seine wesentliche Aufgabe. Es hat die politischen Forderungen und Ziele aus dem Grundgesetz zu konkretisieren, welche dem Gesetzgeber als verbindliche Ordnung vorgegeben sind. Dieser neue Ansatz verbreitete sich rasch¹³ und wurde zu dem methodischen Ausgangspunkt für die Forderung nach einem Ausbau des „unvollendeten Grundgesetzes“. Damit erweiterte sich der Kompetenzbereich der Verfassungsgerichtsbarkeit ebenso wie ihre Verantwortung; immer mehr Bereiche der politischen Gestaltung wurden ihr zugänglich; es eilt dem Gesetzgeber voraus, setzt politische Impulse und Richtlinien. Die Entwicklung wird von *Bachof* (S. 285 ff.) eindringlich diskutiert.

Eine solche Entwicklung legt den Problembereich „Verfassungsgerichtsbarkeit und demokratischer Entscheidungsprozeß“ nahe¹⁴. Schon frühzeitig hatte *Forsthoff* vor der Gefahr eines „Justizstaates“ gewarnt¹⁵. Konsequenz erinnerten andere Autoren an die führende Stellung des Parlaments der

Demokratie und forderten eine Begrenzung der Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts¹⁶. Das Gericht folgte ihnen jedoch in der Folgezeit nicht; auf der Grundlage seiner ständigen Rechtsprechung von der Verfassung als Wertordnung dehnte es seine Zuständigkeiten allseits aus und gelangte so zu den umstrittenen Entscheidungen etwa im Hochschulrecht, zum Schwangerschaftsabbruch, der Radikalenfrage und der Kriegsdienstverweigerung. Diese Haltung wird vom früheren Verfassungsrichter *Geiger* nachdrücklich legitimiert¹⁷.

Häberles Sammelband dokumentiert in gelungener Weise die Entwicklung im Spiegel der Literatur. Deutlich zeigt er, was die logische Folge der Legitimationserschütterungen nach 1960 sein mußte. Demokratie kann nur im demokratischen Prozeß und nicht auf dem Umwege über wandelbare Verfassungsinterpretation verwirklicht werden. Wer sein politisches Anliegen dem Grundgesetz unterlegt, nimmt Verschiebungen im Gefüge der Staatsgewalten in Kauf, die damals zumindest nicht bewußt diskutiert wurden. Das Bundesverfassungsgericht dehnte seinen Zuständigkeitsbereich aus und engte so denjenigen des Gesetzgebers weitgehend ein, gestützt auf eine Verfassungsinterpretation, welche fast jegliche methodische Fundierung verlor¹⁸. Die weitere Entwicklung läßt sich so zusammenfassen: Man rief nach dem Grundgesetz, es kam das Bundesverfassungsgericht.

II. Passing by the buck

Diese Abwanderung von Zuständigkeiten weg vom Gesetzgeber hin zum Bundesverfassungsgericht erfolgte auf vielfältigen Ebenen. Das Gericht entnahm dem Grundgesetz immer weiterreichende Anforderungen an immer neue Bereiche der staatlichen Sozialgestaltung und erklärte sie für den Gesetzgeber verbindlich. Im Wege der „verfassungskonformen Auslegung“ wurden partiell verfassungswidrige Regelungen dem Grundgesetz auch entgegen der Zielsetzung des Gesetzgebers angepaßt; das Gericht erließ so faktisch die verfassungsgemäße Regelung selbst. „Tragende Gründe“ der Entscheidungen wurden verbindlich auch gegenüber dem Gesetzgeber; obiter dicta wirkten zudem in solchen Fragen, welche nicht zum eigentlichen Streit-Gegenstand der jeweiligen Entscheidung zählten.

1. „Verfassungspolitik“ als Aufgabe?

Ermöglicht die Neuinterpretation dem Interpreten, dem Grundgesetz eigene Ziele zu unterlegen, so wird die Verfas-

⁹ Dazu instruktiv auch *Hesse* in *Häberle* ebd., S. 367-373.

¹⁰ *H. Triepel*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, ebd., S. 46 ff.; *H. Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, ebd., S. 77 ff.; *C. Schmitt*, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, ebd., S. 108 ff.; *W. Simons*, Geleitworte zur Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes, ebd., S. 132 ff., 139 ff.

¹¹ *E. Kaufmann*, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, ebd., S. 143 ff.; *G. Leibholz*, Bericht zur „Status-Frage“, ebd., S. 224 ff.; *E. Friesenhahn*, Die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit, ebd., S. 355 ff.; *G. Müller*, Die Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit, ebd., S. 398 ff.; im Ansatz auch *Wintrich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gesamtgefüge der Verfassung, ebd., S. 214 ff.

¹² Ausführlich *Ehmke*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 20, S. 53 ff.; s. schon *Ehmke*, Grenzen der Verfassungsänderung, jetzt in: Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik, 1981, S. 102 ff.

¹³ Schon vor *Ehmke* s. *Scheuner*, Probleme und Verantwortung der Verfassungsgerichtsbarkeit, ebd., S. 194 ff.; *Smend* ebd., S. 329 ff.; ferner - bei anderen methodischen Ausgangspunkten - *Krüger* ebd., S. 344 ff.; *Marcic* ebd., S. 314 ff.

¹⁴ *Dazu Steffani*, ebd., S. 374 ff.; ähnlich *Massing*, Recht als Korrelat der Macht?, ebd., S. 411 ff.

¹⁵ Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, ebd., S. 272 ff.

¹⁶ *Drath*, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, ebd., S. 161 ff.; *Thoma*, Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts, ebd., S. 254 ff.; *Ridder*, In Sachen Opposition, ebd., S. 429 ff.

¹⁷ Zur Lage unserer Verfassungsgerichtsbarkeit, ebd., S. 446 ff.

¹⁸ Dargestellt bei *Schlink*, Der Staat 1980, S. 73 ff.

sung zunehmend zur Verbindlicherklärung politischer Programme. Sie zu konkretisieren und umzusetzen, erscheint als Aufgabe einer „Verfassungspolitik“, zu welcher Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht aufgerufen sind¹⁹. In welchem Maße dabei die Führungsrolle auf das Verfassungsgericht übergegangen ist, erläutert ein Sammelband von W. Däubler und G. Küsel²⁰. Eindringlich beschreibt darin H. Wagner die „Umsetzung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in die politische und gesetzgeberische Praxis“ (S. 169 ff.). Danach gilt eine Rechtsfrage, zu welcher das Gericht Stellung genommen hat, als entschieden; soweit das Gericht aus dem Grundgesetz konkrete Anforderungen – bisweilen sogar numerisch quantifiziert – hergeleitet hat, werden diese vom Gesetzgeber fast stets befolgt. Hat es in den Gründen einer Entscheidung zu einer bestimmten Rechtsfrage auch nur als obiter dictum Stellung genommen, so wird diese Äußerung auch in anderen Zusammenhängen wie geltendes Verfassungsrecht betrachtet. Dadurch werden politische Handlungs- und Gestaltungsalternativen von vornherein ausgeschlossen, ohne daß über sie bereits explizit entschieden wäre oder noch entschieden werden könnte. Die ausdrückliche oder auch nur hypothetische Drohung mit dem „Gang nach Karlsruhe“ beeinflusst so im politischen Prozeß den zukünftigen Gang staatlicher Sozialgestaltung. Das gilt nicht erst dann, wenn ein politisch umstrittenes Steuergesetz schon deshalb mit Rückwirkung aufgehoben wurde, weil dagegen eine Verfassungsbeschwerde erhoben worden war²¹. Der Grund dafür liegt nach Wagner in der Tatsache, daß das Bundesverfassungsgericht von seinen Kompetenzen allzu exzessiven Gebrauch gemacht hat. Unabhängig von der Richtigkeit dieser Diagnose beschreibt der Band vielfältige Legitimationsverschiebungen hin zum Bundesverfassungsgericht am Beispiel des Mitbestimmungsrechts²², der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums²³, der Außenpolitik²⁴ und der Meinungsfreiheit²⁵. Historische und vergleichende Beiträge²⁶ sowie Ausführungen zum „Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts“²⁷ leiten über zu „Praktischen Vorschlägen, das Bundesverfassungsgericht in eine Demokratie angemessene Rolle zurückzuführen“²⁸. Wie diese aussehen könnte, erläutert der Beitrag „Grundrechte als Instrumente des Minderheitenschutzes“²⁹. Die Tendenz des gesamten Bandes ist kritisch angelegt; allen Autoren gemeinsam ist die Betonung der Notwendigkeit einer Stärkung des demokratischen Prozesses gegenüber dem Zugriff des Gerichts. Bisweilen wird zudem die Ansicht deutlich, daß Bundesverfassungsgericht wahre ungeachtet des Übergangs zur demokratischen Verfassung ein staatsrechtliches Denken in Kategorien des Konstitutionalismus. Besteht gegenwärtig weitgehend Übereinstimmung darin, daß der Legitimationsübergang auf die Verfassungsgerichtsbarkeit durch exzessive Ausnutzung der Kompetenzen des Gerichts entstanden sei, so erscheint diese Diagnose zu einseitig. Vielmehr stehen Regierung und Parlament der Reduzierung ihrer politischen Alternativen vielfach durchaus positiv gegenüber, da die Entscheidungsgründe Entlastungsfunktionen aufweisen. Sie ermöglichen, die Verantwortung für politisch umstrittene Entscheidungen oder Unterlassungen auf ein politisch unverantwortliches Organ abzuwälzen; eigene Begründungen können so durch verfassungsrechtliche „Sachzwänge“ ersetzt werden. Ein solcher Legitimationsübergang erfolgt dann nicht durch Okkupation von Zuständigkeiten seitens des Gerichts, sondern durch deren Aufgabe seitens Parlament und Regierung. Gerade die gegenwärtige Konstellation begünstigt eine solche Aufgabe, da jeder Richtung eigene politische Ziele nur als Kompromiß durchsetzbar erscheinen, der dann weniger der Gegenseite als den eigenen Parteigängern plausibel gemacht werden muß. So vermögen sich Regierung und Parteiführungen ihrer Verantwortung unter Hinweis auf die jeweilige andere politische Kraft zu entziehen. Jeder Koalitionspartner verweist auf den anderen als bremsenden Faktor; die Regierung verweist auf die Opposition im Bundesrat ebenso

wie die Länder auf den Bund; alle gemeinsam verweisen auf das Bundesverfassungsgericht. Dieses trägt mit seinen Letztentscheidungen die letzte Verantwortung. Politik wird so nur in einer „großen Koalition“ aller maßgeblichen Faktoren und Mächte durchsetzbar. Die notwendige Koalition zwischen allen Parteien und Institutionen, zwischen Legislative, Exekutive und Justiz bedarf der Begründung ihrer Entscheidungen, welche das Bundesverfassungsgericht politisch risikolos, aber nicht folgenlos zu leisten vermag. Sogar die Parteien selbst rufen bisweilen, statt eine bei allen umstrittene Vorschrift zu ändern, das Bundesverfassungsgericht an, wenn ihnen dieses opportun erscheint³⁰. Die gegenwärtige politische Legitimations- und Akzeptanzkrise ist sicherlich auch eine Folge der entstandenen Gestaltungsdefizite, die ihrerseits für die verantwortlichen Stellen Überzeugungs- und Glaubwürdigkeitsdefizite verursachen.

2. „Kooperative Verfassungsverwirklichung“?

Angesichts dieser großen Koalitionen aller Institutionen und politischen Richtungen wird die gemeinsame Aufgabe aller Staatsorgane als „kooperative Verfassungsverwirklichung“ qualifiziert. Fortentwicklung, Ausbau und Realisierung der Verfassung ist ihnen gemeinsam aufgegeben; dieser umfassende Zweck löst das System von Gestaltung und Kontrolle, wie es das traditionelle Verfassungsverständnis vorsah ab. Dadurch wird der Verfassungsgerichtsbarkeit zugleich ein positiver Anteil an der Sozialgestaltung gesichert.

Diese „gemeinsame Aufgabenstellung von Parlament und Bundesverfassungsgericht“ prägt die Ausführungen von E. Benda³¹. Er fragt zunächst, welche Gründe in der Praxis zu einer Beanstandung von Gesetzen als verfassungswidrig durch das Bundesverfassungsgericht geführt haben (S. 9–27), wobei die Ergebnisse statistisch untermauert werden (S. 39 ff.). Seine Ausführungen enden mit dem Appell, die Legislative solle das Bundesverfassungsgericht als „Partner an einer gemeinsamen Aufgabe verstehen“ (S. 35); unklar bleibt allerdings, worin diese bestehen soll. Deutlich zeigt die Untersuchung die unterschiedliche Funktion verfassungsrechtlicher Prüfungen im Gesetzgebungsverfahren und vor dem Bundesverfassungsgericht (S. 33 ff.). Während sie dort politischem Gestaltungs- und Steuerungsdruck untergeordnet erscheint, kann das Gericht nachträglich in Ruhe ein Gesetz prüfen, ohne unmittelbar den Herausforderungen aktueller Regelungsbedürfnisse ausgesetzt zu sein. Eindringlich weist Benda daneben auf die Tatsache hin, daß sich der Bundestag in der Praxis fast niemals an Verfahren zu politisch umstrittenen Materien vor dem Bundesverfassungsgericht beteiligt hat. Seine Beteiligung tritt quantitativ weit hinter diejenige der Bundesregierung zurück (S. 29–31). Dabei räumt bisweilen auch die Regierung verfassungsrechtliche Mängel einer gesetzlichen Regelung ein. Das Fehlen des Gesetzgebers deutet bereits an: Der „geborene Verlierer“ vor dem Bundesverfassungsgericht ist nicht die Exekutive, sondern die Legislative. Diese Feststellung ist das wesentlichste Resultat der Ausführungen Bendas.

¹⁹ Hierüber berichtet kritisch Steinberg, Juristenzeitung 1980, S. 385 ff.

²⁰ W. Däubler/G. Küsel, Verfassungsgericht und Politik, rororo aktuell 4439, 1979, 222 Seiten.

²¹ Das galt für § 172 BBauG im Jahre 1963.

²² Mückenberger ebd., S. 49 ff.; Reich ebd., S. 70 ff.

²³ Christoph Müller, ebd., S. 85 ff.

²⁴ Däubler, ebd., S. 119 ff. ²⁵ Ladeur ebd., S. 102 ff.

²⁶ Dopatka ebd., S. 31 ff.; Hirsch ebd., S. 179 ff.

²⁷ Rasehorn ebd., S. 149 ff.

²⁸ Holtfort ebd., S. 191 ff.; s. auch Zweiger/Dietrich ebd., S. 11 ff.

²⁹ Rittstieg ebd., S. 135 ff.

³⁰ BVerfGE 52, 63 = EuGRZ 1979, 432 zu § 20 b II EStG und § 9 Nr. 2 b KStG als Begrenzung der Abzugsfähigkeit von Parteispenden.

³¹ E. Benda, Grundrechtswidrige Gesetze, Baden-Baden, Nomos 1979, 75 Seiten.

Von einem ähnlichen Verständnis ist die Untersuchung von *Ch. Moench* geprägt³². Sie befaßt sich mit der Frage, welche Konsequenzen das Bundesverfassungsgericht aus der Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ziehen muß. Das aus historischen Gründen bereits unter vielfältigen Aspekten behandelte Thema³³ mündet vielfach in die Problematik, ob ein Gesetz, welches materiell gegen das Grundgesetz verstößt, von selbst nichtig ist oder aber wirksam bleibt und vom Bundesverfassungsgericht vernichtet werden kann oder muß. Nach eingehender Analyse der Rechtsprechungspraxis (S. 19-96) und des Meinungsstandes in der Literatur (S. 97-141) entscheidet sich *Moench* für die Wirksamkeit verfassungswidriger Gesetze (S. 142-169). Als Gründe dafür führt er die Notwendigkeit der Sicherung verfassungsrechtlicher Institutionen, den Grundsatz der Rechtssicherheit, das Erfordernis der Minimierung von Verfassungsverstößen und funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit an (S. 163-169). Demnach gebietet das Grundgesetz die Gültigkeit von Gesetzen, die ihrerseits gegen das Grundgesetz verstoßen. Dem Bundesverfassungsgericht spricht *Moench* ein flexibles Regelungsinstrumentarium zu: Grundsätzlich hat es das verfassungswidrige Gesetz für nichtig zu erklären; sofern allerdings verfassungsrechtliche Gründe für die Aufrechterhaltung verfassungswidrigen Rechts sprechen, kann lediglich dem Gesetzgeber die Beseitigung des Verstoßes aufgegeben werden (S. 170 ff.). Sein Ansatz ist somit deutlich funktional: Zentrales Anliegen von Grundgesetz und Bundesverfassungsgericht ist es, das Gemeinwesen zu organisieren und zu steuern. Im Interesse dieser Aufgabe sind selbst solche Normen aufrechtzuerhalten, welche inhaltlich gegen das Grundgesetz verstoßen. Vorrangige Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit ist damit die Bestands- und Existenzsicherung des staatlich verfaßten Gemeinwesens; hinter dieses Anliegen tritt die inhaltliche Ausgestaltung der jeweiligen Gesetze zurück. Das Grundgesetz nimmt demnach Verfassungsverstöße in Kauf, um den Staat funktionsfähig zu erhalten; das Gericht wird zum Hüter weniger der Verfassung als der Funktionsfähigkeit des Gemeinwesens. Hier drängen sich Einwände auf³⁴. Eine Verfassung, welche inhaltliche Maßstäbe für Gesetze bereithält, ist nicht an der Geltung irgendwelcher Normen interessiert. Sie fordert vielmehr solche Regelungen, die formell und inhaltlich mit ihr in Einklang stehen. Das Grundgesetz organisiert nicht irgendeinen Staat, sondern einen Staat, welcher genau seinen inhaltlichen Anforderungen genügen soll. Dazu zählen etwa die demokratischen Verfahrensvorschriften und die Grundrechte. Deren Sicherung ist auch dem Bundesverfassungsgericht überantwortet. Diese Auffassung bedeutet kein Plädoyer für den Grundsatz „fiat justitia, pereat mundus“. Irgendein Staat wäre die Bundesrepublik jedoch auch ohne das Grundgesetz, aber genau das will sie eben nach dem Willen des Verfassungsgebers nicht sein. Verfassungsverwirklichung ist Verwirklichung des Grundgesetzes. Hier errichtet das Grundgesetz selbst ein System von Gestaltung und Kontrolle, das nicht im harmonischen Gleichklang, sondern im organisierten Gegeneinander wirken soll. Kooperative Verfassungsverwirklichung gefährdet andernfalls ihre eigene Grundlage, die Verfassung. Bietet die Untersuchung von *Moench* vielfältige, inhaltlich weiterführende Anregungen, so gibt sich dieses Vorverständnis zu Bedenken Anlaß.

Ursachen dieser Entwicklung

Welche Ursachen zu den Kompetenzverschiebungen vom Gesetzgeber hin zum Bundesverfassungsgericht geführt hast in der Diskussion umstritten.

kontra Demokratie?

Die vielfältigen Varianten wird dazu die Auffassung vertretener Rechtsprechung habe diese Kompetenz zusätzlich betonen. Als Ausdruck einer antidemokratischen oder doch

undemokratischen Gesinnung unter den deutschen Juristen sei sie von dem Bestreben geleitet, überkommene Besitzstände zu wahren und einem demokratischen Gesetzgeber zu entziehen. Das Bundesverfassungsgericht sei somit zum Hüter traditioneller Privilegien geworden, die gegen den Zugriff des demokratischen Gesetzgebers gesichert sein sollten.

H. D. Fangmann untersucht diese These anhand der Rechtsprechungspraxis³⁵. Die Justiz hat die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen nicht zu allen Zeiten geprüft, sondern erst unter der Geltung der Weimarer Reichsverfassung ein solches Prüfungsrecht ohne ausdrückliche Ermächtigung durch die Verfassung oder ein Gesetz beansprucht. *Fangmann* wirft die Frage auf, ob die Inanspruchnahme des Prüfungsrechts gegenüber Gesetzen die spezifische Reaktion der Justiz auf die Einführung der Demokratie in Deutschland war. Dazu stellt er die Praxis des Kaiserreichs (S. 33-52) derjenigen der Weimarer Republik (S. 79-156) gegenüber. Seine detaillierte Analyse ist sehr sorgfältig gearbeitet; minutiös werden einzelne Varianten der Begründung zum richterlichen Prüfungsrecht dargestellt und verglichen. So entsteht das Bild einer Justiz, für die nicht zufällig die richterliche Gesetzesprüfung mit dem Übergang zur demokratischen Staatsform zusammenfiel. Deutlich zeigt er, daß gerade die Weimarer Verfassung durch ihre inhaltliche Offenheit und ihre besondere Betonung demokratischer Verfahren dem richterlichen Prüfungsrecht eher entgegenstand, als daß sie dessen Einführung nahelegte (S. 53-78). Ebenso eindringlich legt er dar, daß durch die Gerichte die Verfassung von einem offenen „Klassenkompromiß“ zu einer „Besitzstandsgarantie“ für traditionell privilegierte umgedeutet wurde (S. 157-192). Auf dieser Grundlage entwickelt er die „Funktionsbedingungen richterlicher Normenkontrolle“ (S. 193-215). Diese leiden jedoch – wie passagenweise die früheren Kapitel – passagenweise unter einer zu einseitigen Fixierung auf das ökonomische System und die Legitimationsideologien für kapitalistische Kapitalverwertungsinteressen. Auch wer ihr nicht zu folgen vermag, findet in dem Buch eine verfassungsgeschichtliche Arbeit von hohem Wert, die wesentlich mehr zu „Formen bürgerlicher Herrschaft“ beiträgt als viele praxisferne Spekulationen. Das gilt gerade deshalb, weil die Analyse nicht in verschwörungstheoretische Verdächtigungen verfällt, sondern an konkret auffindbaren Materialzusammenhängen verdeutlicht, ohne in Spekulationen über deren Ursachen zu verfallen. Der Ausblick auf das Bundesverfassungsgericht (S. 216-240) ist dementsprechend betont zurückhaltend. Für das historische Verständnis der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland ist das Buch gerade demjenigen unentbehrlich, der sich nicht einfach den Wertungen des Verfassers anschließt, sondern durch das ausgebreitete tatsächliche Material zur kritischen Auseinandersetzung angeregt wird³⁶.

³² *Ch. Moench*, Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle, Baden-Baden, Nomos, 1977, 200 Seiten.

³³ *S. H. Maurer*, Die Rechtsfolgen der Nichtigerklärung von Gesetzen, Unveröffentlichte Tübinger Habilitationsschrift 1964; *Ch. Böckenförde*, Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze, 1966; *D. Majer*, Die Folgen verfassungswidriger Gesetze im öffentlichen Recht, 1966; *H. Sohn*, Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen, 1974; *J. Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980.

³⁴ S. auch *Ipsen*, ebd., S. 211 ff.

³⁵ *H. D. Fangmann*, Justiz gegen Demokratie, Frankfurt, Campus, 1979, 256 Seiten.

³⁶ S. ergänzend dazu *F. Hase/K. H. Ladeur*, Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches System, Frankfurt, Campus, 1980, 331 Seiten.

Einen ähnlichen Ansatz verfolgt ein Sammelband von *M. Tohidipur*³⁷. Die darin enthaltenen Abhandlungen zur verfassungsrechtlichen und politischen Stellung und Funktion des Bundesverfassungsgerichts behandeln aus politikwissenschaftlicher und juristischer Sicht einzelne Fragestellungen, ohne daß dabei eine einheitliche Leitlinie oder ein übergreifendes Erkenntnisziel deutlich würde. Gemeinsam ist den Autoren lediglich der Ruf nach einem „judicial self restraint“. Einleitend erörtert *O. Negt* (S. 18–29) die gefährlichen Konsequenzen des Bundesverfassungsgerichts für politische Minoritäten und Alternative und Positionsbewegungen vor dem Hintergrund der historischen Errungenschaften von Freiheitskriegen und Revolutionen. Das Gericht neigt dabei dazu, das Grundgesetz mit dem politischen Status quo gleichzusetzen und so politische Minderheiten aus dem zugelassenen politischen Spektrum herauszudrängen³⁸. Den methodischen Hintergrund und seine Konsequenzen erläutert eindringlich *E. Denninger*³⁹. Er weist die immanenten Defizite einer Verfassung als Wertordnung auf, die in letzter Konsequenz alle demokratische Sozialgestaltung zur Wertekennntnis werden läßt. Diese Wertekennntnis ist letztverbindlich dem Bundesverfassungsgericht zugewiesen, das somit den Primat bei der Wahrnehmung der Gestaltungskompetenzen erhält und konsequent – wie in der Entscheidung über den Schwangerschaftsabbruch – auch Entscheidungen des Gesetzgebers einfach ersetzen kann, indem es selbst Übergangsregelungen erläßt, obwohl das Grundgesetz dafür zwingend ein Gesetz vorschrieb (Art. 103 II GG). Vor diesem Hintergrund könnte das Parlament durchaus durch ein Gericht ersetzt werden; Wahl und demokratisches Verfahren wären dann entbehrlich. *Denninger* erklärt diese Logik des Wertdenkens zwingend und folgerichtig. Seine Ausführungen werden in anderen Beiträgen zur Wissenschaftsfreiheit⁴⁰, zu Verwaltungsrecht und Verwaltungsstruktur⁴¹ und zum Familienrecht⁴² ergänzt. *T. Rasehorn* (S. 136 ff.) zeichnet das Gesellschaftsmodell des Bundesverfassungsgerichts als den eines sozial harmonischen, homogenen Gemeinwesens, dessen Prototyp eine wenig konkretisierbare Mittelschicht bildet. *O. Massing*⁴³ und *H. Lauffer*⁴⁴ erläutern ihre weithin bekannten Standpunkte zur politischen Funktion des Bundesverfassungsgerichts. Konsequent wird der Ruf nach verfassungsgerichtlicher Selbstbeschränkung von *J. Seifert* (S. 116 ff.) erhoben und vom abweichenden Votum der Richter *Rupp von Brünneck* und *Simon* zur Novellierung des § 218 StGB untermauert (s. S. 255 f.). Die Beiträge sind von sehr unterschiedlichem Niveau, oft mehr beschreibend als erklärend.

Insgesamt vermag die Frontstellung „Justiz kontra Demokratie“ durchaus Teilaspekte des Unbehagens an der Verfassungsgerichtsbarkeit zu erklären, wird der Materie aber nicht allein gerecht. So bleibt völlig offen, warum der Gesetzgeber dem Vordringen der Justiz zu keiner Zeit entschlossenen Widerstand entgegengesetzt hat. Erklärungsbedürftig wäre insbesondere, warum Parlament und Regierung die Entlastungsfunktion der Verfassungsgerichtsbarkeit durchaus willkommen erscheint und warum die Legislative ihre Rechte vor dem Bundesverfassungsgericht nicht entschlossen wahrnimmt. Die Verantwortung allein beim Bundesverfassungsgericht zu suchen, greift hier zu kurz.

2. Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit als Krise der Verfassung?

Anders als die dargestellten Autoren begründet *R. Schlothauer*⁴⁵ den Wandel zur gestaltenden Verfassungsgerichtsbarkeit. Er interpretiert die von ihm vorausgesetzte „Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit“ als Krise der Verfassung. Einleitend erläutert er den unlösbaren Kontext von politischer Realität und staatsrechtlicher Methodik (S. 17–46). Danach geriet der Positivismus in dem Moment in die Krise, in welchem die Dominanz besitzender Schichten nicht mehr durch institutio-

nelle Mechanismen wie das Zensuswahlrecht oder die Ausgleichsmechanismen des Konstitutionalismus gesichert war. In der egalitären Demokratie sollten die Besitzstände durch ein materiales Verfassungsverständnis gegenüber dem Zugriff des Gesetzgebers gesichert werden. Dieser Fundierung folgt ein Kapitel über die „Methodenkrise und das Bundesverfassungsgericht“ (S. 47–122), in dem *Schlothauer* die Vielfalt und Beliebigkeit der Methodik des Gerichts als „Methodenchaos“ deutet, dem keine Legitimationsfunktion für einzelne Entscheidungen mehr zukommt. Ein Überblick über die „Legitimationsstrategien der neuen Ansätze zur Methodik der Verfassungsinterpretation“ (S. 123–164) erläutert die methodischen Ansätze in der neueren verfassungsrechtlichen Literatur, die sämtlich in mehr oder minder hohem Maße materiell angelegt sind. Diese werden im letzten Teil kritisiert (S. 165–210). Deutlich werden dabei die Mängel jener Ansätze herausgearbeitet. Sie taugen kaum zur Findung von Ergebnissen, vermögen diese aber in jedem Fall zu begrüßen. Damit erreichen sie insbesondere zwei Zwecke: Die Entpolitisierung der Interessenkonflikte im Gemeinwesen und die Verschleierung ihrer Ursachen im gesetzlichen Bereich. Sie vermögen somit Herrschaft als Machtausübung nicht zu legitimieren, sondern nur zu bemänteln; die Legitimationskrise der Herrschaft wird somit nicht gelöst, sondern lediglich vertagt. Vor diesem Hintergrund erscheint das Bundesverfassungsgericht als Instanz, die an ihrer Aufgabe, durch Verfassungsanwendung die Herrschaftsausübung in der Bundesrepublik zu legitimieren, gescheitert ist und notwendig scheitern mußte. Das Gericht erscheint als Mechanismus zur ideologischen Selbststabilisierung des status quo; seine Verfassungsanwendung ist dabei wegen ihrer inhaltlichen Beliebigkeit pseudo-legitimierendes „Opium für das Volk“.

Schlothauers Ansatz führt in einigen Punkten über die bisherigen Diskussionsansätze hinaus. Deutlich weist er die politischen Ursachen der methodischen Auflösung des überkommenen Verfassungsverständnisses auf; ein Nachweis, der ihm allerdings für die Weimarer Zeit wesentlich überzeugender gelingt als für das Grundgesetz; die politischen Hintergründe der gegenwärtigen Diskussion werden kaum einbezogen. Deutlich wird auch der – noch gegenwärtig vielfach geleugnete – Kontext von verfassungsrechtlichen Methoden einerseits und Kompetenzverteilung zwischen den Staatsorganen andererseits. Reicht das Bundesverfassungsgericht institutionell so weit, wie das Grundgesetz materiell reicht, so bedeutet Konstitutionalisierung zugleich Überantwortung einer Materie an den Richter. Die Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit ist so eine Krise des gesamten Herrschaftssystems, welches das Grundgesetz organisiert hat: Sie ist Ausdruck eines spezifischen Legitimationsdefizites der gegenwärtigen staatlichen Herrschaft. Darin ändert nach *Schlothauer* auch die Tatsache nichts, daß die neueren staatsrechtlichen Methoden überwiegend mit innovativer Zielsetzung entstanden sind; ihren Urheber ging es weniger um Stabilisierung des status quo als vielmehr um dessen inneren Wandel. Dieses Bestreben erscheint vor dem Hintergrund der vorliegenden Analyse als

³⁷ *M. Tohidipur*, Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik, Edition Suhrkamp 822, 1976, 289 Seiten.

³⁸ Dazu *Gusy*, Archiv des öffentlichen Rechts 1980, S. 279 ff.

³⁹ Freiheitsordnung-Wertordnung-Pflichtordnung, bei *Tohidipur*, S. 163–183

⁴⁰ *O. Massing*, „Gruppenuniversität“ und „Forschendes Lernen“, ebd., S. 184 ff.

⁴¹ *G. Püttner* ebd., S. 211 ff.

⁴² *H. E. Troje*, Die Familienpolitik des Bundesverfassungsgerichts, ebd., S. 225 ff.

⁴³ Das Bundesverfassungsgericht als Instrument sozialer Kontrolle, ebd., S. 30 ff.

⁴⁴ Politische Kontrolle durch Richtermacht, ebd., S. 92 ff.

⁴⁵ *R. Schlothauer*, Zur Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit, Frankfurt, Europäische Verlagsanstalt, 1979, 222 Seiten.

Krisensymptom und als Beitrag zur Selbststabilisierung und Verschleierung bürgerlicher Herrschaft. Aus einer solchen Perspektive ist der fehlende Widerstand von Parlament und Regierung gegen den verfassungsgerichtlichen Zugriff auf ihre Kompetenzen leicht dadurch zu erklären, daß sie sich damit von ihren Legitimationsdefiziten entlasten können. *Schlottbauers* Analyse eröffnet so einige tiefere Einblicke in die Problemstellung, auch für solche Leser, die sich mit seinen Schlußfolgerungen nicht identifizieren können. Auf dem Wege zu einer demokratischen Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit ist die Auseinandersetzung mit seinen Ausführungen notwendig. Der Standort der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie ist noch nicht bestimmt; ob und inwieweit dieses gelingt, ist nicht zuletzt von Bedeutung für die Fortexistenz und Glaubwürdigkeit der demokratischen Staatsform.

3. Parteilichkeit des Bundesverfassungsgerichts?

Aus der Stellung des Bundesverfassungsgerichts im demokratischen Prozeß der Bundesrepublik erklärt *B. Eisenblätter*⁴⁶ die Krise dieser Institution. Danach bezieht das Bundesverfassungsgericht Legitimation und Grundlage seiner Tätigkeit aus seiner Überparteilichkeit. Es kann zur verbindlichen Schlichtung von Streitigkeiten nur legitimiert und berufen sein, wenn es selbst nicht Partei in jenen Auseinandersetzungen ist, zu deren Beilegung es angetreten war. Diese These wird im ersten Kapitel ausführlich entfaltet (S. 29-101). Im folgenden hat *Eisenblätter* sich zum Ziel gesetzt, den Nachweis zu führen, ob das Bundesverfassungsgericht diese Forderung in seiner Entscheidungspraxis eingelöst hat oder nicht. Nach methodischen Vorüberlegungen (S. 105-127) untersucht er dazu die Eigentumsrechtsprechung des Gerichts (S. 131-282) und vergleicht sie mit den parteipolitischen Konzeptionen von CDU und SPD zur Eigentumsproblematik. Dabei stellt er eine größere Nähe des Bundesverfassungsgerichts zu den Vorstellungen der CDU fest und gelangt dadurch zu dem Ergebnis, daß das Gericht parteilich sei. Es habe die Basis seiner eigenen Tätigkeit, die Überparteilichkeit, verlassen und so seine eigene Funktion gefährdet. In jüngerer Zeit hat er diese Position dahingehend fortentwickelt, daß das Gericht nicht vollständig überparteilich bleiben könne⁴⁷. Eine realistische Perspektive der Verfassungsgerichtsbarkeit müsse sich dieser Tatsache stellen. Angesichts eines derartigen Befundes stellt sich allerdings die Frage nach dem Sinn des Kriteriums der Überparteilichkeit. Das Bundesverfassungsgericht ist ein politisch handelndes Staatsorgan. Ist die Politik in der Demokratie von den Parteien zumindest zentral mitformuliert, mitgetragen und mitverantwortet, so kann diese Tatsache auch für das politisch handelnde Staatsorgan Bundesverfassungsgericht nicht ohne Konsequenzen bleiben. Zudem sind typische sozialdemokratische Eigentumsvorstellungen bislang kaum als Gesetze ergangen; das Gericht konnte sich demnach mit ihnen noch gar nicht befassen. Eine Entscheidungsprognose ist dabei kaum möglich, weil gerade die Eigentumsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in vielfältigen Bereichen noch recht offen ist⁴⁸. So bleiben *Eisenblätters* Resultate beliebig; als Einzelanalysen interessant, vermögen sie seinen Anspruch nicht zu tragen.

4. Zusammenfassung

Einigkeit besteht gegenwärtig zwar in der Diagnose, daß die Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts zugenommen haben und es damit weit in den politischen Raum hinein gestaltend tätig wird; hingegen sind die Ursachen dafür bislang noch keineswegs abschließend geklärt.

Mitverantwortung für diese Entwicklung tragen die Organe der Legislative. Sie sehen sich einer beständigen Zunahme des staatlichen Sektors im Gemeinwesen gegenüber, welche neue Handlungs- und Gestaltungsformen bedingt, die mit dem traditionellen Instrumentarium des klassischen Gesetzes kaum

noch zu bewältigen sind. Auch vermehren sich mit der Zunahme der Aufgaben nicht die zur Verfügung stehenden Gestaltungsalternativen. Langfristige technische, soziale und ökonomische Prozesse schnüren vielmehr die Gestaltungsräume immer mehr ein. Sie schaffen Sachzwänge, welche der Gesetzgeber nicht ohne politische Risiken abschaffen kann. Deutlich wird dies etwa in der gegenwärtigen Diskussion um die Nutzung der Kernenergie. Diese kann schon deshalb kaum gebremst werden, weil Alternativenergien nicht zur Verfügung stehen. Die langfristige Förderung der Atomenergie hat Mittel gebunden und Sachzwänge geschaffen, die faktisch irreversibel sind. So ist jede Regierung und jede Partei, die sie stützt, auf solche Sachzwänge verwiesen; sie müssen ihre jeweiligen politischen Ziele mit ihnen in Einklang bringen. Derartige Abstimmungsbedürfnisse schaffen Begründungszwänge gegenüber der eigenen Basis und den Gegnern, denen auf einfachste Weise durch Immobilität und Untätigkeit ausgewichen werden kann. So weichen Regierung und Parlament vor großen Aufgaben vielfach zurück, wodurch weitere Sachzwänge entstehen, bis die Untätigkeit ihrerseits legitimationsbedürftig wird. In diesem Zeitpunkt sind durch reale Vorgaben die Alternativen bereits derart reduziert, daß die eigenen Ziele kaum noch verwirklicht werden können. Regierung und Parlamentsmehrheit stehen dadurch bei der eigenen Basis einem Glaubwürdigkeitsverlust gegenüber, den sie dadurch vermeiden können, daß sie auf entgegenstehendes Verfassungsrecht und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verweisen. Dessen Anschauungen erscheinen dabei als Ausdruck verfassungsrechtlicher Sachzwänge, die für alle politischen Richtungen maßgeblich sind und daher von den politisch Verantwortlichen als Maßstäbe objektiver Sach-Gerechtigkeit übernommen werden können. So ersetzt die Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts eigenes politisches Handeln. Die Kompetenzen des Gerichts nehmen zu, weil andere Organe ihm die Verantwortung zuschieben.

Umgekehrt hat das Gericht diese Abschiebung angenommen, indem es in zunehmendem Maße aus dem Grundgesetz Rechtsfolgen in allen möglichen Bereichen staatlicher Sozialgestaltung herausgelesen hat, die es dem Gesetzgeber vorschrieb. Der Grund dafür war möglicherweise weniger das Streben nach Macht als die unleugbare Verwurzelung des Gerichts und seiner Richter in den politischen Auseinandersetzungen der jeweiligen Zeit. Diese lassen bestimmte Maßnahmen als rechts- und sozialstaatlich geboten erscheinen, auch wenn der Gesetzgeber sich seiner Verantwortung entzieht. Das Gericht kann sich solchen Zielen bisweilen nicht entziehen; insbesondere dann, wenn der Gesetzgeber derartige Hinweise nicht zurückweist, sondern aufnimmt. Dadurch entsteht allerdings das Risiko, daß das Bundesverfassungsgericht politisch überfordert wird und so zwischen alle Fronten gerät. Die Zustimmung aller als Ausdruck des kleinsten gemeinsamen Nenners kann leicht in Ablehnung aller als Ausdruck unterschiedlicher Erwartungen und Enttäuschungen umschlagen.

IV. Ansätze zu einer Neuorientierung

Die dargestellte Entwicklung ist in der Diskussion nicht ohne Widerspruch geblieben. Neuere Untersuchungen wenden sich der Aufgabe zu, das Gericht auf einen Status zurückzuführen, der seiner Stellung im demokratischen Rechtsstaat entspricht.

⁴⁶ *B. Eisenblätter*, Die Überparteilichkeit des Bundesverfassungsgerichts im politischen Prozeß, Mainz, von Hase und Koehler, 1976, 296 Seiten.

⁴⁷ Jahrbuch des öffentlichen Rechts, 1980, S. 63 f., insbes. S. 82 f.

⁴⁸ *S. H. Rittstieg*, Eigentum als Verfassungsproblem, 2. A., 1976, S. 308 ff.

1. Verfassungsgerichtsbarkeit als Minderheitenschutz

Einige Grundlagen dazu erörtert in einer jüngeren Abhandlung K. Stern⁴⁹. Nach einigen „ideengeschichtlichen Grundlagen“ (S. 7-9) erörtert er die Verfassungsgerichtsbarkeit als eine neue Dimension der Verfassungsstaatlichkeit (S. 10-12). Den tiefsten Grund für die Verfassungsgerichtsbarkeit sieht er darin, daß das Vertrauen in den Staat geringer, in das Recht hingegen größer geworden ist. Offen bleibt dabei, was hier als „der Staat“ angesprochen wird und worin der Vertrauensschwund gründet. Die spezifisch deutsche Komponente wird bei Stern deutlich, wenn er die Entscheidung des Parlamentarischen Rates für ein Verfassungsgericht als Hüter der Verfassung beschreibt (S. 12-32). Das Gericht hat zur zentralen Aufgabe die Kontrolle der staatlichen Gewalt; sie überwacht die Rechtsbindung des politischen Handelns. Bei der Konkretisierung seiner Zuständigkeiten verfällt er nicht in die traditionelle Dichotomie von Recht und Politik, sondern sucht, differenziert Funktionsgrenzen herauszuarbeiten (S. 25 ff.). Diese orientieren sich weitgehend an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Betrachtungen zum Autoritätsverlust von Parlament und Gericht schließen die Darlegungen ab (S. 32-34). Deutlich wird hier die enge Verknüpfung von Verfassungssicherung und Minderheitenschutz in der Demokratie. Da das Parlament mit Mehrheit entscheidet, diese jedoch kaum Maßnahmen der eigenen Seite vor dem Bundesverfassungsgericht angreifen wird, fällt die Rolle des Antragstellers zumeist der Minderheit - oder den Betroffenen, zumeist den Bürgern - zu. In der politischen Auseinandersetzung ist daher die Einschaltung des Gerichts ein „Instrument der Opposition“. Es schützt die Minderheit gegen die Mehrheit, der in der Legislative die politische Herrschaft real weitgehend überantwortet ist⁵⁰.

2. Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit

Zu ähnlichen Ergebnissen gelangt auch G. F. Schuppert⁵¹ auf einem anderen methodischen Weg. Er untersucht funktionellrechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, d. h. den Zusammenhang zwischen Auslegungsmethoden und Kompetenzverteilung. Nach einer Darstellung der kompetenzrechtlichen Auswirkungen unterschiedlicher verfassungstheoretischer Ansätze (S. 2-23) konstatiert er das Dilemma einer fortschrittsfeindlichen Rechtsprechung trotz fortschrittlicher Methode der Grundrechtsinterpretation (S. 23-29) und stellt die Frage nach einer Konsensgefährdung durch Verfassungsinterpretation (S. 29-38). Seinen eigenen Ansatz entwickelt Schuppert aus der Einsicht, daß das Grundgesetz auf ein kombiniertes System der Gemeinwohlfindung zielt (S. 38-55). Dabei geht er von den jeweils vom Grundgesetz eröffneten Ermessensfreiräumen aus. Je weiter diese für eine Materie sind, desto eher ist ihre Regelung dem Gesetzgeber im politischen Prozeß anvertraut. Diesen Ausgangspunkt kompensiert er in der Weise, daß das Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsgütern und individuellen Positionen als „eindimensionales Freiheitsproblem“ vom Bundesverfassungsgericht in vollem Umfang kontrollierbar ist; hingegen soll die überindividuelle Sozialgestaltung durch Mittel- und Ressourcenzuteilung als „mehrdimensionales Freiheitsproblem“ vom Gesetzgeber vorgenommen werden. Maßgeblich für diese Differenzierung sind die besondere verfahrensmäßige Eignung des Gesetzgebers zur Lösung vielschichtiger Probleme und die fehlende Terminierung solcher Abwägungen durch das Bundesverfassungsgericht. Deutlich zeichnen sich hier diejenigen Grundsätze ab, an denen sich die zukünftige Diskussion orientieren muß. Die im Grundgesetz vorgegebene Gewaltenteilung bedarf ihrer Konkretisierung zur Kompetenzabgrenzung zwischen Legislative und Bundesverfassungsgericht nicht aus allgemeinen Grundsätzen, sondern aus den konkreten Nor-

men der Verfassung. Zudem kann die Wirksamkeit des Bundesverfassungsgerichts nicht weiter reichen als das Grundgesetz reicht. Hier gilt es abzugrenzen, wie weit das Grundgesetz reicht⁵². Schupperts Argumentation lenkt den Blick auf die Zentralfragen des Problems, ohne sie jedoch bereits selbst eingehend zu entfalten. Sein Ansatz bedarf der Vertiefung und Erweiterung, verdient ihn aber auch. Der Weg zur Klärung der Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Staat wird durch ihn gewiesen.

Insbesondere vermag sein rationaler Ansatz eine opportunistische Kompetenzzuweisung an das Bundesverfassungsgericht zu verhindern. In jeder Diskussion können einzelne Entscheidungen des Gerichts angeführt werden, welche die besonders rechtsstaatssichernde, sozialstaatsfördernde, gerechtigkeitnahe oder demokratiebewußte Funktion des Gerichts hervorheben. Daraus wird dann wahlweise die besondere rechtsstaatliche, sozialstaatliche, demokratische oder sonstige Legitimation des Gerichts begründet. Solche Grundsätze lassen sich beliebig vermehren und einander gegenüberstellen. Sie machen die Kompetenzen des Gerichts von der jeweiligen Erwünschtheit des Ergebnisses abhängig und verwickeln damit das Gericht in eine Diskussion, in welcher es zwischen den Prozeßparteien selbst zum Streitobjekt wird.

3. Die Begrenzung der Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen

Ein praktischer Grund für die Zunahme verfassungsgerichtlicher Kompetenzen liegt darin, daß das Gericht selbst den Gründen seiner Entscheidung Bindungswirkung zuerkennt. Diese kommt nach § 31 I BVerfGG lediglich den „Entscheidungen“ zu; darunter faßt das Gericht jedoch die jeweilige Entscheidungsformel ebenso wie die Gründe. Die Gründe erlangen so den Rang von Quasi-Verfassungsrecht, sie binden den Gesetzgeber nicht nur im konkreten Verfahren, sondern auch für jede spätere Regelung der jeweiligen Materie. Das Gericht erhält so eine quasi-verfassungsgebende Funktion. Dagegen richtet sich der Vorschlag, die Bindungswirkung der „tragenden Gründe“ durch eine Gesetzesänderung ausdrücklich auszuschließen und so die Entscheidungswirkungen weitgehend auf den Einzelfall zu begrenzen. Dagegen argumentieren andere, die Bindungswirkung jener Gründe ergäben sich aus dem Grundgesetz oder dem „Wesen der Verfassungsgerichtsbarkeit“, so daß ihr Ausschluß verfassungswidrig sei.

Mit dieser Frage befaßt sich M. Wischermann⁵³. Eindringlich legt er dar, daß der Erlaß abstrakt-genereller Rechtsätze eine Grundfunktion der gesetzgebenden Gewalt sei (S. 64-68). In diese Grundfunktion greift das Bundesverfassungsgericht dadurch ein, daß es seinen Entscheidungsgründen quasi-normative Wirkungen zukommen lasse. Für einen solchen Eingriff gäbe es keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung (S. 69-111). Dabei macht er deutlich, daß allgemeine Formeln wie „political question doctrine“ oder „ju-

⁴⁹ K. Stern, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1980, 50 Seiten; s. auch ders.: Verfassungsgerichtsbarkeit im Widerstreit, 1979.

⁵⁰ Zum Bundesverfassungsgericht als Instrument des Minderheitenschutzes schon Rittstieg aaO. (Fn. 29).

⁵¹ G. F. Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, Königstein, Athenäum, 1980, 57 Seiten, der Verfasser hat sich bereits früher mit derartigen Problemstellungen befaßt, s. Schuppert, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt, 1973.

⁵² Weiterführend hierzu Schlaich, Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 39, 99 ff.

⁵³ M. Wischermann, Rechtskraft und Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, Berlin, Duncker & Humblot, 1979, 134 Seiten; zu dieser Materie auch M. Sachs, Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen, 1977.

dicial self restraint“ über ihre rhetorische Bedeutung hinaus keine praktischen Wirkungen für eine Abgrenzung der verfassungsgerichtlichen Kompetenzen zeitigen (S. 106 ff.). Vielmehr sind solche Grundsätze mit praktischen Gehalten anzureichen. Dies unternimmt das Buch im letzten Teil (S. 111-120). Ähnlich wie Schuppert stellt Wischermann hier auch funktionelle Erwägungen an, legt insbesondere den Einzelfallbezug verfassungsgerichtlicher Verfahrens- und Entscheidungsmöglichkeiten dar und prüft die Funktion der gerichtlichen Begründung. Die sehr sorgfältige, allgemeine Aspekte einbeziehende Darlegung kommt zu dem Ergebnis, daß eine Bindungswirkung der tragenden Gründe weder durch das Grundgesetz noch durch ein einfaches Gesetz geboten ist. Der gesetzliche Ausschluß dieser Bindung wäre somit zulässig.

Ob der Gesetzgeber sich dazu verstehen wird, ist eine politische Fragestellung. Je erwünschter ihm die Entlastungsfunktion verfassungsgerichtlicher Entscheidungsgründe ist, desto weniger wird er der Abschaffung ihrer Verbindlichkeit zuneigen. Sofern er eine solche Abschaffung beschließt, würde über deren eigene Verfassungsmäßigkeit letztverbindlich vom Bundesverfassungsgericht entschieden. Dieses entscheidet damit über den Umfang seiner Kompetenzen letztverbindlich selbst. Praktisch kommt ihm so im Gemeinwesen die Kompetenz-Kompetenz zu. Deutlich wird dies etwa an dem Ausspruch des amerikanischen Bundesrichters Hughes: „Wir stehen alle unter der Verfassung; aber die Verfassung ist das, was wir für sie halten“. Die Begrenztheit dieser Einschätzungskompetenz deutlich zu machen, war und ist Aufgabe der wissenschaftlichen Diskussion.

2. Entscheidungen

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), Straßburg

Urteil vom 5. November 1981 - X gegen Vereinigtes Königreich -

Zur Freiheitsentziehung bei Unterbringung eines Geisteskranken in psychiatrischer Klinik / Fall X

Tatbestand

Der Beschwerdeführer (Bf.) dieses Falles starb im Jahre 1979. Dem Wunsch seiner nächsten Angehörigen entsprechend wurde seine Identität nicht offengelegt. Mit seiner Beschwerde wendet er sich gegen seine Wiedereinweisung in das psychiatrische Broadmoor Krankenhaus im April 1974. Insbesondere macht er geltend, daß die erneute Einlieferung nicht gerechtfertigt gewesen sei und daß man ihn nicht in möglichst kurzer Frist und hinlänglich über die Gründe der Unterbringung unterrichtet habe. Schließlich sei ihm ein effektiver Rechtsschutz zur Überprüfung der behördlichen Einweisung verwehrt worden.

I. Die einschlägigen britischen Gesetze (Ziff. 9-19 des Urteils)

§ 60 I des Gesetzes von 1959 zur Unterbringung geisteskranker Personen in eine psychiatrische Klinik (Mental Health Act 1959, nachfolgend „Gesetz von 1959“) ermächtigt die Strafgerichte, einen unzurechnungsfähigen Straftäter zwangsweise in ein psychiatrisches Krankenhaus einzuliefern („hospital order“).

Gemäß § 65 I kann das Gericht weiterhin zum Schutz der Öffentlichkeit die Entlassung aus dem Krankenhaus zeitlich beschränken („restriction order“). Im Zusammenhang mit der Entlassung geisteskranker Patienten sind außerdem dem Innenminister besondere Befugnisse eingeräumt. So kann dieser, „wenn er es für passend hält“, einen Patienten unbedingt oder bedingt entlassen (§ 66 II). Wenn die Entlassung bedingt erfolgt ist, kann der Innenminister „jederzeit“ während der Fortdauer der beschränkenden Weisung die Wiedereinweisung des Patienten verfügen (§ 66 III). Gemäß Absatz 6 bis 8 von § 66 kann der Innenminister den Fall eines geisteskranken Patienten an die Beschwerdeinstanz gegen Einweisungen in Nervenheilstätten (Mental Health Review Tribunal) verweisen; unter besonderen Umständen ist er hierzu verpflichtet, wenn der Patient dies verlangt. Der Innenminister bezieht die Empfehlung der Beschwerdeinstanz in seine Erwägungen mit ein, ist aber nicht daran gebunden.

II. Das tatsächliche Geschehen (Ziff. 20-30 des Urteils)

Der Bf. wurde im Jahre 1934 als britischer Staatsangehöriger geboren. In den Jahren 1965 und 1966 diagnostizierte man bei ihm eine paranoische Psychose. 1968 verurteilte ihn das Schwurgericht in Sheffield wegen gefährlicher Körperverletzung an einer Arbeiterin und verfügte gleichzeitig auf

der Grundlage von § 60 I und § 65 I des Gesetzes von 1959 seine Einlieferung auf unbestimmte Zeit ins Broadmoor Krankenhaus, einer psychiatrischen Anstalt für unzurechnungsfähige Straftäter.

Während seiner Unterbringung in Broadmoor wurde X mehrmals gründlich untersucht. U. a. wurde sein Fall im Januar 1970 vor das Mental Health Review Tribunal gebracht, das seine Entlassung ablehnte. Im Mai 1971 verfügte jedoch der Innenminister die bedingte Entlassung des X, nachdem der verantwortliche Amtsarzt in Broadmoor bei X eine Besserung festgestellt hatte. Am 5. April 1974 teilte die Ehefrau von X dessen Bewährungshelfer mit, daß ihr Mann immer noch geistesgestört sei; sie beabsichtige, ihn deshalb zu verlassen. Da der verantwortliche Amtsarzt unter diesen Umständen einen Rückfall von X in sein früheres gewalttätiges Verhalten für möglich hielt, informierte er den Innenminister, der die sofortige Einweisung von X ins Broadmoor Krankenhaus unter Berufung auf § 66 III des Gesetzes von 1959 anordnete. Noch am gleichen Tag wurde X in Polizeigewahrsam genommen und unverzüglich nach Broadmoor gebracht. Nach erneuter Untersuchung durch den verantwortlichen Amtsarzt hielt dieser eine weitere Unterbringung für angebracht. X wurde im Juli 1976 noch einmal bedingt entlassen und starb im Januar 1979.

Kurz nach seiner Verhaftung am 5. April 1974 hatte X erfolglos eine Vorführung nach dem habeas corpus-Verfahren (Haftprüfungstermin) beantragt. Auf die schriftliche Anfrage seiner Rechtsbeistände nach den Gründen seiner Einweisung, erklärte der Innenminister lapidar, daß der Bewährungshelfer berichtet habe, „sein (des X) Zustand gebe Anlaß zur Besorgnis“.

III. Das Verfahren vor der EKMR (Ziff. 31-33 des Urteils)

In seiner im Juli 1974 bei der Europäischen Kommission für Menschenrechte („Kommission“) gegen das Vereinigte Königreich eingereichten Beschwerde macht X im wesentlichen folgendes geltend: Seine Wiedereinweisung ins Broadmoor Krankenhaus sei nicht gerechtfertigt gewesen und stelle einen Verstoß gegen Art. 5 I der Europäischen Menschenrechtskonvention („Konvention“, nachfolgend nur mit den jeweiligen Artikeln bezeichnet) dar, weil man ihn nach drei Jahren, in denen er nicht strafrechtlich in Erscheinung getreten ist, erneut eingewiesen habe, ohne zuvor ein Gericht eingeschaltet und ein medizinisches Gutachten ein-