

organisch-herkunftlichen Ausprägung

der Lage sind, Messung
erung mit Mehrheit
auch die Beziehungen
auf der Ebene

III. Parlament und Verfassungsgerichtsbarkeit

§60 Das Parlament als Wahlorgan, Gesetzgeber und Prozeßpartei im Verhältnis zum Bundesverfassungsgericht

CHRISTOPH GUSY

I. Parlament und Bundesverfassungsgericht im Gefüge der Staatsorgane

Das komplexe Gefüge der Intra-Organ-Beziehungen von Parlament und Bundesverfassungsgericht wird für den Bund – weniger für die Länder¹ – auf drei 1
Diskussionsebenen erörtert: Der politischen, der juristischen und der staatstheoretischen. Weder der Verlauf noch die – nicht immer konkreten und eindeutigen – Ergebnisse dieser Erörterungen sollen hier dargestellt werden; sie werden nur als Orientierungsrahmen vorangestellt und sodann an drei praktischen Fragestellungen ansatzweise exemplifiziert und überprüft. Überblick

1. Politische Fragestellungen

Der politische Bezugsrahmen der Problematik bezog seine Grundmuster – insbesondere im Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts – lange Zeit hindurch aus der *verräumlichenden Dichotomisierung* der Sphäre des Rechts einerseits und derjenigen der Politik andererseits². Galten die diesbezüglichen Stellungnahmen überwiegend dem Ziel, einen „Eigenbereich des Rechts“ und damit des BVerfG dem Zugriff des Gesetzgebers möglichst zu entziehen, so wandelte sich bald die Perspektive: Wie kann der Legislative ein „Eigenbereich des Politischen“ gesichert werden? Ließ sich ein solcher, positiver Politikbegriff kaum formulieren, so geriet die überkommene Auffassung an ihre Grenze: Ist das Recht ein Produkt des politischen Prozesses, nämlich eine stabilisierte politische Entscheidung, so entscheidet das BVerfG, wenn es über Rechtsnormen judiziert, stets auch über Politik. Politisch ist der Streit, der zur Anrufung des Gerichts führte; politische Instanzen sind in vielen Streitverfahren Antragsteller und Antragsgegner; politisch sind auch die Konsequenzen solcher Entscheidungen. Angesichts dieser Umstände 2
Recht kontra Politik?

¹ Zur Diskussion in den Ländern s. nur K. STERN in: C. STARCK/K. STERN Landesverfassungsgerichtsbarkeit I, 1983, S. 1, 5 ff; E. W. BÖCKENFÖRDE Verfassungsfragen der Richterwahl, 1974, S. 86 ff.

² Insbes. der Statusbericht, JöR 6, 120 ff; G. LEIBHOLZ Strukturprobleme der Demokratie, 3. A., 1974, S. 168 ff; E. FRIESENHAHN in: P. HÄBERLE Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, S. 355 ff; G. MÜLLER in: Das Bundesverfassungsgericht, 1963, S. 13 ff.

ist die *Charakterisierung des Gerichts als unpolitische Instanz nicht eben naheliegend*³. Konsequenterweise blieben auch alle Klagen über eine „Juridifizierung der Politik“ einerseits beziehungsweise eine „Politisierung der Justiz“ andererseits folgenlos, da inhaltsleer.

Statt der gegenständlichen Trennung der Kompetenzbereiche beider Staatsorgane werden seitdem die Gemeinsamkeiten stärker betont: Sind sie beide politisch, so obliegt ihnen eine kooperative Verfassungsverwirklichung durch „*Verfassungspolitik*“⁴. Aber wenn zwei Organe das gleiche tun, so tun sie noch lange nicht dasselbe. Offen blieb stets die Forderung, daß in unterschiedlicher Weise legitimierte Instanzen, die in unterschiedlichen Verfahren mit potentiell unterschiedlichen Entscheidungswirkungen handeln, nicht einfach funktionell gleich behandelt werden dürfen⁵. Eine derartige In-Eins-Setzung gefährdet vielmehr die Entscheidungsgrundlagen des BVerfG: Wer vor dem Gericht „unterlegen“ ist, behauptet, die Richter hätten ihren Kompetenzbereich überschritten und seien zu der Entscheidung nicht befugt gewesen. Eine solche Kritik trifft dann notwendig auf den Widerspruch derer, die „obsiegten“; sie behaupten, das BVerfG habe seine Kompetenzen in sachgerechter Weise wahrgenommen und verfassungswidriges Verhalten der Gegenseite zu Recht gerügt. Ein derart opportunistisches Kompetenzverständnis nötigt das Gericht zur Selbstrechtfertigung durch Parteiergreifung; je neutraler und schlichtender seine Entscheidungen sind, desto eher leidet deren Akzeptanz. Damit droht es, in den Streit hineingezogen zu werden, zu dessen Entscheidung es angerufen wurde. Parallel zur Akzeptanz leidet dann die Durchsetzungsfähigkeit der Entscheidungen: Wer den Schlichter auf der Gegenseite vermutet, wird sich seinem Spruch kaum freiwillig unterwerfen. Damit allerdings wäre dann die Grundlage der Entscheidungstätigkeit des Gerichts überhaupt mehr als nur in Frage gestellt; die Diskussion um den Streitgegenstand würde zur Diskussion um das Gericht und diese zur Diskussion um das Grundgesetz.

Die Weiterungen zeigen: Politisch lassen sich zwar die Probleme aufzeigen, aber nicht auflösen⁶. Die Zuordnung der Entscheidungskompetenzen bedarf vielmehr eines tertium comparationis, eines archimedischen Punktes. Dieser kann nicht im politischen Prozeß selbst hervorgebracht und gesucht werden; er muß vielmehr eine erhöhte Stabilität aufweisen. Damit wandelt sich die Perspektive nahezu zwingend von der politischen hin zur juristischen Diskussionsebene.

2. Juristische Fragestellungen

3 Die juristische Diskussionsebene bezieht ihre Besonderheiten aus dem Umstand, daß sich das BVerfG hinsichtlich seiner Prüfungsmaßstäbe von allen anderen deutschen Gerichten unterscheidet. Es prüft allein am Maßstab des Grundgesetzes.

Gestaltungskonkurrenz durch „Konkretisierung“?

³ Ablehnend M. DRATH VVDStRL 5, 90 ff; W. RUPP v. BRÜNNECK in: FS G. Müller, 1970, S. 355, 362 f; H. DICHGANS in: FS W. Geiger, 1974, S. 945 ff.

⁴ Die gemeinsame Aufgabenstellung von Parlament und BVerfG betont etwa E. BENDA Grundrechtswidrige Gesetze, 1979, S. 35 f; ausgeführt bei B. O. BRYDE Verfassungsentwicklung, 1982, S. 111 ff.

⁵ Dies war stets das Anliegen von O. MASSING in: Probleme der Demokratie heute (PVS-Sonderheft 2), 1971, S. 180 ff.

⁶ Deutlich G. ROTH JuS 1975, 617.

Die Bindung der Justiz an das Gesetz und damit die Vorordnung der Legislative vor der Rechtsprechung, wie sie in Art. 20 Abs. 3 GG, 97 Abs. 1 GG angeordnet ist⁷, gilt daher hinsichtlich der Kontrollmaßstäbe für das BVerfG nicht⁸. Sind so Legislative und Verfassungsgerichtsbarkeit insoweit die einzigen, allein verfassungsgebundenen Staatsorgane, so entsteht zwischen ihnen eine *spezifische Gestaltungskonkurrenz*⁹. Diese ist aber keine symmetrische, sondern vielmehr tendenziell einseitig: Das Gericht entscheidet über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, und zwar letztverbindlich. So sind Verschiebungen im Kompetenzgefüge allein zu Lasten der Legislative, nicht hingegen zu Lasten des BVerfG möglich. Das gilt um so mehr, als letzteres auch über die Zulässigkeit von Gesetzen, welche seine eigenen Kompetenzen reduzieren könnten, letztverbindlich zu befinden hat. In der so verzerrten Konkurrenzsituation ist die *Legislative tendenziell im Nachteil*. Dieser Nachteil wird insbesondere dann deutlich, wenn in der neueren Methodologie strukturelle Gemeinsamkeiten der Tätigkeitsbereiche beider Staatsorgane hervorgehoben werden, indem ihnen beiden die Aufgabe der „*Konkretisierung*“ des Verfassungsrechts überantwortet wird¹⁰. Sind Justiz und Richterspruch so rechtlich gleich zu bewerten, so bleibt für eine rechtliche Kompetenzzuordnung kein Raum mehr. Die rechtliche Diskussionsebene mag dann auf die politischen Fragen keine eigene Antwort zu geben.

Demgegenüber ist jedoch die Verschiedenheit der Handlungen von Legislative und Verfassungsgerichtsbarkeit gerade unter dem Grundgesetz zu betonen. Der Gesetzgeber ist durch das Verfahren der Rekrutierung seiner Mitglieder – nämlich das demokratische *Wahlverfahren* – und die *Offenheit seines Verfahrens* zu eigenständiger Gestaltung legitimiert¹¹. Für seine Maßnahmen bedarf er grundsätzlich keines besonderen verfassungsrechtlichen Handlungstitels. Ihm steht es so insbesondere frei, vom Grundgesetz offengelassene Materien zu gestalten; ein Umstand, der vom geltenden Verfassungsrecht selbst immer wieder betont wird, wenn fast stereotyp die Formel: „Das Nähere regelt ein Bundesgesetz“ auftaucht¹². Gerade wenn und weil die Verfassung sich hierzu verschweigt, ist der Gesetzgeber zum Handeln befugt. Das *Grundgesetz ist so für die Legislative nur in einzelnen Bereichen Auftrag, in allen Bereichen aber Grenze ihrer Handlungsbefugnisse*. Ganz anders gestaltet sich die Rechtslage hinsichtlich des BVerfG. Es verfügt über spezifische Legitimationsinstrumente des Parlaments nicht: Es ist hinsichtlich seines Personals nur mittelbar demokratisch gewählt¹³, unterliegt keiner demokra-

4
Unterschiedliche demokratische Legitimation

⁷ Näher hierzu C. GUSY JuS 1983, 189.

⁸ Das gilt nur für die Kontrollmaßstäbe, nicht hingegen für die Bindung an die übrigen Gesetze, insbes. das Verfassungsprozessrecht; so richtig K. SCHLAICH VVDStRL 39, 99, 122.

⁹ Grundlegend G. SCHUPPERT Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt, 1973, S. 208; zum folgenden C. GUSY Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985, S. 88 ff.

¹⁰ Das ist der Ausgangspunkt etwa bei BRYDE (Fn. 4) S. 80 ff; zu anderen Vertretern dieses Konzepts I. EBSEN Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, 1985, S. 48 ff.

¹¹ BVerfGE 40, 237, 249; zum folgenden insbes. BÖCKENFÖRDE (Fn. 1) S. 71 ff; J. IPSEN Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 117 ff; GUSY (Fn. 9) S. 96 ff.

¹² Ausgeführt bei GUSY JÖR 1984, 105 ff.

¹³ Dazu näher u. II.

tischen Kontrolle i. S. d. Abwähl- oder Absetzbarkeit und handelt auch in anderen Verfahren. Sind so seine Maßnahmen nicht durch diejenigen Mechanismen legitimierbar, welche die Legislative auszeichnen, so haben andere Mechanismen an deren Stelle zu treten, um das Postulat des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG auszufüllen. Maßgeblich ist hier die Bindung an das Grundgesetz, welche in Art. 20 Abs. 3, 93 Abs. 1 Nr. 1, 2 (1. Alternative), 4 a, 4 b, 100 Abs. 1 Satz 1 GG gerade für das BVerfG immer wieder betont wird. Eine solche Bindung wird eingehalten, wenn die Entscheidung des Gerichts aus dem Grundgesetz begründet ist. Für *das BVerfG* bedeutet das Bindungspostulat demnach grundsätzlich anderes als für die Legislative: Es *bedarf eines verfassungsrechtlichen Handlungstitels für seine Entscheidungen*. Demnach ist für die Verfassungsrechtsprechung das *Grundgesetz stets Handlungsauftrag und -grenze*. Wo das Grundgesetz nichts aussagt, ist das BVerfG zur Lückenschließung nicht berechtigt; wo es keine eindeutigen Lösungen bereithält, steht unter den vorhandenen Alternativen der Legislative die Auswahlkompetenz zu.

Die rechtliche Diskussionsebene erbringt demnach Antworten auf die politische Fragestellung, da unter verfassungsrechtlichen Aspekten Gesetzgebungs- und Gerichtskompetenzen rechtlich Verschiedenes sind. Gesetzgebung darf nicht *contra constitutionem*, Verfassungsrechtsprechung nur *intra constitutionem* stattfinden. Sicherlich ist dieser Unterschied nur ein gradueller; er ist aber desungeachtet rechtlich vorhanden. Die Identität der Methoden der Verfassungsauslegung — wie das Grundgesetz zu verstehen ist, ist für alle Zweige der Staatsgewalt gleich — begründet nicht zwingend eine Identität der Kompetenzen. Der häufig vollzogene Übergang vom Auslegungs- zum Konkretisierungsparadigma ist demnach für die Kompetenzfragen bedeutungslos. Der Zusammenhang von Kompetenz und Methode bedeutet nicht Identität beider Aspekte. Unter dieser Voraussetzung lautet die rechtliche Antwort auf die politische Frage: Handeln Parlament und BVerfG beide politisch, so ist ihr Handeln doch rechtlich unterschiedlich zu qualifizieren. Die Antwort auf die politische Fragestellung ist so vom Grundgesetz her zu suchen¹⁴.

3. Staatstheoretische Fragestellungen

5 Dessen Aussagen sind jedoch nicht immer eindeutig und können so die angestrebte Klärungs- und damit Befriedungsleistung nur sehr ansatzweise erbringen. Zudem erscheint eine derartige Hin- und Herverweisung von Frage und Antwort aus der Politik heraus und in das Recht hinein jedenfalls nicht geeignet, eine Positionsbestimmung der Verfassungsgerichtsbarkeit im Kontext des demokratischen Verfassungsstaats insgesamt zu erbringen. Eben aus diesen Gründen haben die staats-theoretischen Deutungsmuster zunehmende Bedeutung erlangt¹⁵. Sie sollen eine

„Funktionen“ des
BVerfG

¹⁴ Ausgeführt bei GUSY (Fn. 9) S. 138 ff; zum kompetenzrechtlichen Kontext von Konkretisierung und Auslegung GUSY DVBl. 1987, 497 ff.

¹⁵ Überblick bei R. DOLZER Die staatsrechtliche und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts, 1971; EBSSEN (Fn. 10) S. 105 ff; vergleichend A. v. BRÜNNECK in: C. LANDFRIED Constitutional Review and Legislation, 1988, S. 219.

Gesamtschau der Wirkungen des BVerfG in politischer, juristischer, ökonomischer und ggf. historischer Perspektive erbringen. Bei einem solchen Ansatz besteht weniger die Gefahr, Falsches zu sagen, als vielmehr diejenige, zuviel ausdrücken zu wollen und dadurch zuwenig auszudrücken. Wenn etwa das Gericht als „Element gesellschaftlicher Selbstregulierung“ bezeichnet wird, so fehlt einer solchen Aussage nicht nur die Zuordnung zu anderen „Elementen“ gleichen Zwecks: Was unterscheidet das BVerfG etwa noch von politischen Parteien, wirtschaftlichen oder sozialen Interessenverbänden oder auch der staatlichen Wahlkampfkostenerstattung, die alle gleichfalls als derartige Elemente bezeichnet werden können? Zudem verfehlt eine derartige, in der Sprache einer Trennung von Staat und Gesellschaft formulierte These die Besonderheit des Gerichts, nämlich seinen staatlichen Charakter zur Regulierung auch des Verhältnisses der Staatsorgane zueinander, welche die Regulierung dann eher als Fremd- denn als „Selbst“-Regulierung der Gesellschaft qualifizieren würden. Derart allgemeine Aussagen verfehlen demnach nicht nur zentrale Strukturprinzipien des Gerichts, sondern bringen zudem seine Besonderheiten in keiner Weise zum Ausdruck.

Die besondere Problematik der Fragestellung liegt darin, daß eine Untersuchung der Wirkungen der Verfassungsgerichtsbarkeit kaum über sinnvolle Maßstäbe verfügt: Ist ein derartiges Gericht vorhanden, läßt es sich aus Vergleichsgründen nicht einfach wegdenken; es fehlt so an praktischen Alternativen in der Bundesrepublik. Tragfähiger kann daher nur ein Vergleich sein, der einen Blick auch auf andere Verfassungssysteme wirft. Dies können solche mit einer geschriebenen Verfassung, aber ohne Verfassungsgericht sein; es können aber auch solche ohne geschriebene Verfassung einbezogen werden. Dabei zeigt sich, daß die Funktionen von Verfassung und Verfassungsgericht nicht einfach gleichzusetzen sind: Durch das Vorhandensein einer verfassungsgerichtlichen Instanz erhält das jeweilige Verfassungsrecht zusätzlich spezifische Gehalte im Sinne einer Begründung oder Verstärkung seiner „Normativität“ und seiner „Rigidität“¹⁶. Verfassungsgerichtsbarkeit prägt die Verfassungsfunktion, die Verfassung umgekehrt die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit mit. Hier besteht Interdependenz, aber keine Identität.

Dies schließt nicht aus, sondern legt vielmehr nahe, von dem Verfassungsrecht aus zu argumentieren. Verfassungen sind – mehr oder weniger fragmentarische – Regelwerke des politischen Prozesses. Jeder interessendirektierte Wettstreit nach Regeln impliziert den Streit um die Auslegung der Regeln. Wer die Regeln bestimmt, hat immer einen Vorteil. Wird die Auslegung und Handhabung der Regeln des Politischen den daran Beteiligten selbst überlassen, so gerät das Grundgesetz in den Sog des Widerstreits von Meinungen und Interessen. Je durchsetzungsmächtiger ein Interesse, um so stärker prägt es in der Folge die Regelauslegung. Verfassungsauslegung durch den politischen Prozeß wirkt so latent herrschaftsverstärkend; in diesem Sinne wohnt jedem Verfassungsrecht die Tendenz zur Selbstauflösung inne. Exakt dieser Tendenz wird entgegengewirkt, wenn die Auslegung des Grundgesetzes den politischen Instanzen partiell entzogen und institutionell verselbständigt wird. Je selbständiger die Institution, desto

¹⁶ Näher BRYDE (Fn. 4) S. 27 ff.

größer die Chance einer politischen Neutralisierung der Auslegung. Ein solches Anliegen verfolgt die Verfassungsgerichtsbarkeit, indem sie das Grundgesetz und seine Handhabung partiell dem politischen Prozeß entzieht und autoritativ entscheidet. Die damit bewirkte Verselbständigung der Verfassungenauslegung bewirkt zugleich eine Verselbständigung des Verfassungsrechts. In diesem Sinne ist das Gericht *Hüter der verfassungsgebenden und der verfassungsändernden gegenüber der verfassungsgebundenen Gewalt*. Politisch ist eine solche Wirkungsweise aber nicht voraussetzungslos. Das Grundgesetz stammt — wie jede andere Verfassung — von politischen Instanzen. Wenn diese die maßgebliche Auslegung des Verfassungsrechts aus der Hand gegeben haben, so setzt eine derartige Neutralisierung ein hohes Maß an sozialem Konsens über die Grundregeln des politischen Prozesses, eben des Grundgesetzes, voraus. In diesem Sinne ist Verfassungsgerichtsbarkeit *Hüter des gesellschaftlichen Regelkonsenses im politischen Meinungsstreit*. Damit nimmt es eine eigenartige Stellung zwischen Konsens und Konflikt ein: Das BVerfG sichert die Konfliktregeln; aber nicht, indem es den Konflikt ausschließt oder verhindert, sondern indem es ihn in Bahnen lenkt. In der pluralistischen, gewaltenteilenden Demokratie ist es gerade das geregelte Neben- und Gegeneinander, nicht die politische Harmonie, welche vom Grundgesetz intendiert ist. Und eben jene Regeln stellen sich dem BVerfG als Vor- und Aufgabe¹⁷. Nach diesem Konzept ist das BVerfG demnach kein Teilnehmer am politischen Prozeß wie jeder andere Beteiligte auch; es ist der Hüter der Regeln und der Schiedsrichter nach Maßgabe dieser Regeln. Die Regeln eines Wettbewerbs sind eben nicht mit diesem Wettbewerb identisch. So ist auch das Grundgesetz weder „der Staat“ noch „das Politische“. Sind die Regeln nur Rahmen des Politischen, so kommt dem Gericht im politischen Prozeß auch nur eine Randfunktion zu. Je enger allerdings dieser Rahmen gezogen wird, desto mehr rückt es vom Rand in das Zentrum. Die Schiedsrichterfunktion des Gerichts wird dann allerdings gefährdet, wenn das Gericht selbst — zu sehr — in den politischen Meinungs- und Interessenkampf eingreift. Zusammenfassend lassen sich die staatsrechtlichen Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit so darstellen:

- Verselbständigung bestimmter — nämlich der grundgesetzlichen — Regeln des politischen Prozesses und damit zugleich Bewahrung des Konsenses über diese Regeln — *Konsensfunktion*;
- Feststellen und Sanktion von Regelverletzungen auf Antrag — *Kassationsfunktion*;
- autoritative Feststellung des verfassungsrechtlich Zulässigen und damit institutionelle Beendigung des Rechtsstreits um die Zulässigkeit und Wirksamkeit staatlicher Maßnahmen — *Legitimationsfunktion*.

¹⁷ Nach wie vor aufschlußreich hierzu der Ansatz von D. KOMMERS JöR 1971, S. 111, 124 ff; zu den Grenzen und Gefahren eines solchen Konzepts U. K. PREUSS Merkur 1987, 1.

II. Das Parlament als Wahlorgan: Die Wahl der Richter am Bundesverfassungsgericht

1. Rechtsgrundlagen

Die Wahl der Richter des BVerfG ist geregelt in Art. 94 Abs. 1 Satz 2 GG, §§ 2–10 BVerfGG, §§ 54 ff GOBT. Letztere gelten subsidiär für das Wahlmännergremium, sofern sich aus Grundgesetz und Bundesverfassungsgerichtsgesetz nichts anderes ergibt (§ 54 Abs. 2 GOBT)¹⁸.

Das Grundgesetz hält sich mit Aussagen zur Verfassungsrichterwahl sehr zurück. Es bestimmt lediglich, *wer* die Verfassungsrichter wählt (Art. 94 Abs. 1 Satz 2 GG); daneben enthält es einzelne *materielle Bindungen der Wahlorgane* (Art. 94 Abs. 1 Satz 1, 3 GG). Bei der Bestimmung der Wahlberechtigten ordnet es an, wer die Wahl vorzunehmen hat, nämlich Bundestag und Bundesrat. Damit unterscheidet sich die Regelung der Verfassungsrichterwahl deutlich von derjenigen der Richter an den obersten Bundesgerichten nach Art. 95 Abs. 2 GG: Ein Richterwahlausschuß ist für die Verfassungsrichter nicht vorgesehen. Die Unterschiede reichen aber noch weiter: Während für die Richter des BVerfG das *System der getrennten Richterwahl* eingeführt ist, indem beide Organe die Richter je zur Hälfte wählen, diese Wahl aber je allein vornehmen und damit für „ihre“ Hälfte je exklusiv die Kurationsorgane sind, gilt für die anderen Bundesrichter das *Zusammenwirkensprinzip*, in dem Vertreter des Bundes und der Länder alle Richter gemeinsam wählen und so keine Seite für einzelne Richter das alleinige Wahlorgan darstellt. Politisch ist das Trennungsprinzip für die Verfassungsrichterwahl allerdings gegenwärtig nahezu völlig in den Hintergrund getreten. Schon dieser Umstand erfordert es, auch in diesem Rahmen die Bundesratsseite nicht völlig auszublenden, sondern sie — soweit erforderlich — in die Untersuchung einzubeziehen¹⁹.

Während das Grundgesetz so eindeutig festlegt, *wer* die Verfassungsrichter wählt, fehlt es an Aussagen darüber, *wie* das Wahlverfahren stattfinden soll. Hier beschränkt sich das Verfassungsrecht auf zwei sehr allgemeine Aussagen: Einerseits wird ein Richterwahlausschuß nicht ausdrücklich angeordnet; andererseits werden den Wahlorganen bestimmte inhaltliche Bindungen auferlegt (Art. 94 Abs. 1 Satz 1, 3 GG). Daß diese Regeln unvollständig sind, ergibt sich bereits daraus, daß eine Normierung der „Verfassung“ des BVerfG dem Gesetzgeber ausdrücklich aufgetragen ist (Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG) und zudem beide Wahlorgane sich eine Geschäftsordnung geben sollen (Art. 40 Abs. 1 Satz 2, 52 Abs. 3 Satz 2 GG). Bereits dieser Befund zeigt: Die besondere Stellung des BVerfG findet in den grundgesetzlichen Regelungen der Richterwahl nur sehr eingeschränkt ihren Ausdruck.

¹⁸ Der früher als *lex specialis* geltende § 66 GOBT a.F. ist durch die GO-Novelle von 1980 aufgehoben worden; dazu noch A. TROSSMANN *Parlamentsrecht des Deutschen Bundestages*, 1977, S. 467 ff; zu der Kurationsbefugnis des Parlaments allgemein STEIGER in diesem Handbuch (§ 26).

¹⁹ S. dazu noch näher Rdn. 14.

6
Überblick

7
Verfassungsrechtliche
Grundlagen

r grundgesetzlichen — Bewahrung des Konsenses

gen auf Antrag — Ausschuss

lich Zulässigen und damit
ie Zulässigkeit und Weisung

KOMMERS JöR 1971, S. 101, 102
C. PREUSS Merkur 1987, 1

8 Das *BVerfGG* regelt denn auch die praktischen Zentralfragen der Verfassungsrichterwahl. Die schon vielfach geänderten Bestimmungen²⁰ der §§ 2–10 *BVerfGG* enthalten Regelungen über

Gesetzliche Grundlagen

- das *Vorschlagsverfahren* (§§ 7 a, 8 *BVerfGG*),
- die *Wahlorgane* (§ 5; zur Präsidentenwahl § 9 *BVerfGG*),
- das *Wahlverfahren* (§ 6 [Bundestag], § 7 *BVerfGG* [Bundesrat]),
- die *Ernennung* (§ 10 *BVerfGG*),
- die *inhaltlichen Bindungen* der Wahlorgane (§§ 2–4 *BVerfGG*).

Infolge der relativ detaillierten gesetzlichen Regelungen erlangen daneben die allgemeinen Bestimmungen der §§ 54 ff *GOBT* nur relativ periphere Bedeutung. Indem sie als subsidiäre Bestimmung hinter das Gesetzesrecht zurücktreten, bleiben faktisch nur die Bestimmungen über das Verfahren in den Ausschüssen. Der Sonderfall des Abwanderns parlamentarischer Geschäftsordnungsrechte in das Gesetz ist in Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG ausdrücklich zugelassen²¹; im Überschneidungsbereich von Geschäftsordnungsautonomie und Gerichtsverfassungsrecht geht letzteres vor.

2. Die rechtliche Ordnung des Wahlverfahrens

9 Der Ablauf des Wahlverfahrens ist im geltenden Recht nur rahmenartig vorgezeichnet. Dies läßt es zu, daß sich Recht und Realität erheblich voneinander entfernt haben.

Überblick

a) Das Wahlverfahren im Bundestag

Eine Richterwahl findet statt, wenn die tatsächliche Zahl der Richter des *BVerfG* die gesetzlich vorgesehene (§ 2 Abs. 2 *BVerfGG*) unterschreitet oder binnen drei Monaten unterschritten wird (§ 5 Abs. 2, 3 *BVerfGG*). Für die Wahl der einzelnen Richter ist dasjenige Wahlorgan zuständig, welches weniger als die Hälfte der Richter stellt. Stellen beide die Hälfte, so wählt dasjenige Organ, welches den ausgeschiedenen Vorgänger gewählt hat. Ist niemand ausgeschieden, so wählt jedes Organ die Hälfte der nachzuwählenden Richter. Dabei wählt jedes Wahlorgan die Hälfte der Mitglieder jedes Senats (§ 5 Abs. 1 *BVerfGG*); es gibt also keinen „Bundestags-“ und „Bundesrats-“ Senat. Sonderregeln gelten für die Wahl des Präsidenten und des Vizepräsidenten (§ 9 *BVerfGG*).

10 aa) Das Wahlverfahren beginnt mit dem *Wahlvorschlag*. Dieser kann auf unterschiedliche Weise gemacht werden. Der Bundesminister der Justiz stellt zwei Vorschlagslisten auf (§ 8 *BVerfGG*). In der ersteren sind nach § 8 Abs. 1 *BVerfGG* diejenigen Bundesrichter aufgeführt, welche die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1, 2 *BVerfGG* erfüllen und daher gem. § 2 Abs. 3 *BVerfGG* als Verfassungsrichter in Frage kommen. Die Aufzunehmenden müssen (1) Richter an einem obersten Gerichtshof des Bundes (Art. 95 Abs. 1 GG) sein²², (2) zum Bundestag wählbar

Wahlvorschlag

²⁰ Überblick bei T. MAUNZ u. a., *BVerfGG*, Stand: 1987, zur „Entstehungsgeschichte“ der einzelnen Vorschriften.

²¹ Zu den allgemeinen Voraussetzungen solchen Abwanderns *BVerfGE* 70, 324 einerseits; J. SCHERER AÖR 1987, 189 andererseits.

²² Das Wort „Bundesrichter“ im § 8 Abs. 1 *BVerfGG* kann nur in diesem Sinne zu verstehen sein, da nur Richter an obersten Bundesgerichten überhaupt zur Wahl aus einer besonderen Liste

sein (§ 15 Bundeswahlgesetz), (3) das 40. Lebensjahr vollendet haben²³, (4) ihre Bereitschaft erklärt haben, Mitglieder des BVerfG zu werden, und (5) die Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richtergesetz besitzen. Demgegenüber findet die Soll-Vorschrift des § 2 Abs. 3 BVerfGG bei der Listenerstellung keine Berücksichtigung. In einer zweiten Liste finden sich alle anderen Kandidaten, die nicht als Bundesrichter nach § 2 Abs. 3 BVerfGG gewählt werden sollen. Sie sind auf Vorschlag einer Fraktion des Bundestages, der Bundesregierung oder einer Landesregierung aufzunehmen, sofern sie die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1, 2 BVerfGG erfüllen. Weitere Anforderungen an die Person der Kandidaten bestehen – nach Änderung des § 3 Abs. 2 BVerfGG – nicht mehr; beide Listen sind fortlaufend zu ergänzen (§ 8 Abs. 3 BVerfGG).

Neben den Listen des Bundesministers der Justiz kann es „in besonderen Fällen“ *Vorschlagslisten des BVerfG* geben (§ 7a BVerfGG). Ihnen kommt subsidiäre Funktion bei fehlender Einigung im zuständigen Wahlorgan zu, wenn die Amtszeit ausscheidender Richter schon seit 2 Monaten abgelaufen ist. Das Gericht darf seine Liste nur auf Anforderung erstellen (§ 7a Abs. 1, 3 BVerfGG); es ist bei der Erstellung an die allgemeinen Voraussetzungen des § 3 BVerfGG gebunden. Im Verfahren der §§ 56 ff GOBVerfGG beschließt das Plenum des Gerichts mit einfacher Mehrheit eine Vorschlagsliste, die mindestens 3 und höchstens doppelt so viele Kandidaten enthält, wie Richter zu wählen sind.

Eine *Bindung der Wahlorgane* an die Vorschläge ist nicht normiert und in § 7a Abs. 4 BVerfGG sogar ausdrücklich ausgeschlossen. Demnach kann auch nach Vorlage der Listen jeder am Wahlverfahren Beteiligte weitere Vorschläge machen. Sofern die später genannten Kandidaten die allgemeinen Voraussetzungen des § 3 BVerfGG erfüllen, sind sie genauso wählbar wie die in die Liste aufgenommenen²⁴. Hierfür spricht schon die eindeutige Regelung des § 7a Abs. 4 BVerfGG, aber auch der Umstand, daß der Exekutive in Art. 94 Abs. 1 Satz 2 GG keinerlei Mitwirkungsrechte bei der Verfassungsrichterwahl eingeräumt sind. Die Praxis verfährt ganz in diesem Sinne²⁵. Die Vorschlagsliste hat also den Charakter einer unverbindlichen Anregung. Die Vorausset-

gem. § 2 Abs. 3 BVerfGG in Betracht kommen; zu den Voraussetzungen der Verfassungsrichterwahl ausführlich W. K. GECK *Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter*, 1986, S. 15 ff.

²³ Und zwar im Zeitpunkt der Aufnahme in die Liste (§ 8 Abs. 1 BVerfGG); die Wahl ist aber auch einwandfrei, wenn der Gewählte bis zu seiner Ernennung das 40. Lebensjahr vollendet hat; so MAUNZ u. a. (Fn. 20) § 3 Rdn. 2.

²⁴ Dagegen W. GEIGER *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, 1952, S. 30, 33; wie hier MAUNZ u. a. (Fn. 20) § 8 Rdn. 4; K. KRÖGER in: *BVerfG und GG I*, 1976, S. 76, 88; GECK (Fn. 22) S. 22. Der Streit hat nur geringe praktische Bedeutung, wenn der BMJ ohnehin verpflichtet ist, die Liste laufend zu ergänzen (§ 8 Abs. 3 BVerfGG). Allerdings müßten zur Ergänzung die späteren Vorschläge von den Vorschlagsberechtigten nach § 8 Abs. 2 BVerfGG und nicht aus dem Ausschuß kommen.

²⁵ W. GEIGER *EuGRZ* 1983, 397, 398, rügt die Degeneration des § 8 BVerfGG zu einer „nichtssagenden Arabeske“; wenn er allerdings den Sinn dieser Bestimmung darin sieht, eine „abschließende Bestimmung der Wählbaren“ vorzusehen, so ist dieses Ziel bereits durch §§ 2, 3 BVerfGG erreicht; wie hier auch B. ERHARD in *FS v. Wallis*, 1985, S. 35, 37.

zungen für die Aufnahme sind gesetzlich eindeutig bestimmt; irgendwelche Entscheidungs- oder Ermessensspielräume kommen dem Bundesminister der Justiz nicht zu.

11 Indirekte Wahl bb) Die Vorschlagslisten werden dem zuständigen Wahlorgan zugeleitet (§ 8 Abs. 3 BVerfGG). Dabei wählt der Bundestag nicht selbst und unmittelbar, sondern in indirekter Wahl (§ 6 Abs. 1 BVerfGG). Der „Wahlmännerausschuß“ ist ein eigenständiges Organ des Parlaments. Er nimmt die Verfassungsrichterwahl selbst vor und nicht etwa allein bloße Vorbereitungsaufgaben wahr; seine Wahlscheidungen sind aus sich heraus verbindlich und bedürfen keinerlei Bestätigung durch das Plenum mehr. Es handelt sich hier also um einen Fall der *gesetzlichen Zuständigkeitsdelegation*. Als selbständiger beschließender und entscheidender Ausschuß unterscheidet sich das Wahlmännergremium demnach von den „gewöhnlichen“ Ausschüssen des Parlaments.

Die zwölf Mitglieder des Wahlmännerausschusses werden vom Plenum nach dem Grundsatz der *Verhältniswahl* gewählt (§ 6 Abs. 2 BVerfGG). Damit unterscheidet sich die Wahl dieses Ausschusses von der Einsetzung der übrigen Ausschüsse nach § 55 GOBT. Ist allgemein das Stärkeverhältnis der Fraktionen maßgeblich (§ 12 GOBT), so gilt für jenen das Verhältnis der im Wahlakt abgegebenen Stimmen. Dies setzt zumindest überhaupt eine förmliche Wahl der „Wahlmänner“ voraus, die — im Unterschied zur Einsetzung der übrigen Ausschüsse — denn auch zu abweichenden Zusammensetzungen führen kann, wenn die Zahl der im Wahlakt abgegebenen Stimmen nicht derjenigen des Stimmenverhältnisses der Fraktion entspricht²⁶.

Die Verhältniswahl erfolgt nach Vorschlägen, die von „jeder Fraktion“ i. S. d. § 10 GOBT eingebracht werden können (§ 6 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG). Andere Gruppen sind nicht vorschlagsberechtigt. Dabei können mehrere Fraktionen einen gemeinsamen Listenvorschlag machen; hingegen ist eine einzige, interfraktionelle Liste unzulässig, da in diesem Fall keine „Verhältniswahl“ mehr stattfinden kann²⁷. Aus den Vorschlägen wählt das Plenum seit den 50er Jahren verdeckt, wobei die auf der Liste verzeichneten Kandidaten entsprechend dem Stimmenverhältnis in der Reihenfolge gewählt sind, in welcher ihr Name auf dem Vorschlag erscheint (§ 6 Abs. 2 Satz 4 BVerfGG). Stellvertreter werden nicht gewählt; Ausgeschiedene oder Abwesende werden ohne erneute Wahl durch den nächsten auf der gleichen Liste Kandidierenden „ersetzt“ (§ 6 Abs. 2 Satz 5 BVerfGG).

12 Verfassungsmäßigkeit der indirekten Wahl Die *verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieses indirekten Wahlverfahrens* ist immer wieder bestritten worden²⁸. Für die Grundgesetzwidrigkeit werden dabei

²⁶ An exakt diesem Umstand scheiterte 1987 der Einzug der Grünen in das Wahlmännergremium, als die Zahl der für ihren Listenvorschlag abgegebenen Stimmen so weit hinter ihrer Fraktionsstärke zurückblieb, daß ihre Liste nicht berücksichtigt werden konnte; näher FR vom 2. April 1987, S. 1.

²⁷ MAUNZ u. a. (Fn. 20) § 6 Rdn. 5; GECK (Fn. 22) S. 23. Praktisch wird dieses Verfahren regelmäßig, wenn Koalitionen mehrerer Parteien gemeinsame Listen einreichen, um den kleineren Partnern einen oder mehrere Sitze zu garantieren.

²⁸ Zunächst wohl von R. THOMA JÖR 6, 161, 188; für die Verfassungswidrigkeit insbes. A. KREUZER DSt. 1968, 183, 190 ff; W. BERG DSt. 1970, 21, 34 ff; E. TEUBNER Die Bestellung der Berufsrichter in Bund und Ländern, 1984, S. 23 f. Dagegen erscheint das Argument J. v. EICHBORNS Die Bestimmungen über die Wahl der Bundesverfassungsrichter als Verfassungsproblem, 1969,

unterschiedliche Argumente vorgebracht. Zunächst wird der Wortlaut des Art. 94 Abs. 1 Satz 2 GG zitiert. Würden danach die Verfassungsrichter „vom Bundestag und vom Bundesrat“ gewählt, so sei „der Bundestag“ das Plenum und kein Ausschuß. Verstärkt wird dieses Argument durch den Kontext beider Organe: Wählt das Plenum des Bundesrates, so ist nicht recht erkennbar, warum nicht auch der – vom Wortlaut völlig gleichgesetzte – Bundestag im Plenum wählen solle. Systematisch kann auch ein Vergleich mit Art. 45 a, c GG angeführt werden: Wenn das Grundgesetz Befugnisse des Bundestages nicht dem Plenum, sondern einzelnen Ausschüssen einräumt, so ist dies ausdrücklich gesagt; von Ausschußrechten ist in Art. 94 Abs. 1 Satz 2 GG aber nicht die Rede. Schließlich wird das besondere Bedürfnis nach demokratischer Legitimation der Richter am BVerfG angeführt: Hier bestehe ein derart hohes Legitimationsbedürfnis, daß die Legitimationskette vom Volk zur Richterbestellung möglichst kurz sein müsse. Eine Mediatisierung des „demokratischen Hauptorgans“, eben des Plenums, sei daher unzulässig. Daran an knüpft die Kritik, zwischen Plenum einerseits und Wahlmännerausschuß andererseits bestehe keine exakte politische Symmetrie; der Ausschuß bewirke politische Verzerrungen, welche vom Grundgesetz weder vorgesehen noch zugelassen seien.

Dagegen wiederum werden andere Argumente vorgebracht. Aus den Materialien zum Grundgesetz ergibt sich keinerlei Hinweis darauf, daß das Grundgesetz eine unmittelbare Wahl gerade durch das Plenum des Bundestages anordnen wollte²⁹. Wenn das Grundgesetz eine unmittelbare Wahl statuieren wolle, habe es dies auch ausdrücklich getan (zum Vergleich: Art. 28 Abs. 1 Satz 2, 38 Abs. 1 Satz 2 GG)³⁰. Aus diesen Argumenten wird dann der Schluß gezogen, das Grundgesetz habe das Wahlsystem des Bundestages für die Richter am BVerfG offengelassen³¹. Sei so eben verfassungsrechtlich nicht ausdrücklich die unmittelbare Wahl festgelegt, so sei die mittelbare nicht verfassungswidrig. Politische Divergenzen zwischen Wahlmännerausschuß und Plenum würden durch das Verhältniswahlsystem weitgehend neutralisiert. Schließlich werden Sachgründe für § 6 BVerfGG geltend gemacht, wenn etwa die bessere Eignung des kleinen Gremiums zur Wahrung der Sachlichkeit des Wahlvorganges, zur Sicherung von fachlicher Qualifikation beim Gericht und zum Schutz der Verschwiegenheit des Wahlverfahrens hervorgehoben werden³². *Das BVerfG hat § 6 BVerfGG stets für verfassungsgemäß gehalten und die indirekte Wahl als rechtlich zulässig vorausgesetzt*³³.

S. 16, 21 f, 38, nicht weiterführend. Danach sei eine indirekte Wahl schon deshalb unzulässig, weil Art. 42 Abs. 2 GG bei Parlamentsabstimmungen nur Ausnahmen vom Mehrheitsquorum, nicht aber vom Erfordernis der Plenarabstimmung vorsehe. Damit ist das Problem aber umgangen: Die Anwendbarkeit des Art. 42 Abs. 2 GG setzt gerade voraus, daß eine Plenarabstimmung stattfindet; und diese ist nur zwingend, wenn eine solche stattzufinden hat. Eben dies ist aber gerade zu begründen.

²⁹ S. JÖR 1, S. 682 ff.

³⁰ Als eine solche Bestimmung läßt sich wohl auch Art. 63 Abs. 2, 3, 4 Satz 2 GG begreifen.

³¹ A. ARNDT DVBl. 1951, 297, 298; GEIGER (Fn. 24) S. 2, 26; K. STERN in: BK, Art. 94 Rdn. 83; KRÖGER (Fn. 24) S. 92; GECK (Fn. 22) S. 24.

³² Insbes. von GECK (Fn. 22) und von N. ACHTERBERG Parlamentsrecht, 1984, S. 518.

³³ JÖR 6, 194, 202; ferner insbes. BVerfGE 40, 356.

13 Verfahren im Wahlmännerrauschuß cc) Der „Wahlmännerrauschuß“ wird für die Dauer der Legislaturperiode gewählt. Tätig wird er jedoch nur, wenn eine Verfassungsrichterwahl ansteht. Unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 2, 3 BVerfGG beruft das älteste Mitglied des Gremiums als Vorsitzender den Ausschuß ein (§ 6 Abs. 3 BVerfGG). Beim Zusammentritt leitet er die Sitzung. Das Gremium ist beschlußfähig, wenn nach § 6 Abs. 5 BVerfGG das erforderliche Quorum an Abgeordneten anwesend ist³⁴. Ein Zitierrecht gem. Art. 43 Abs. 1 GG besteht ebensowenig wie ein Teilnahmerecht der Bundesregierung nach Art. 43 Abs. 2 GG.

Im Wahlverfahren sind die Mitglieder an Vorschläge Dritter rechtlich nicht gebunden³⁵. Demnach sind insbesondere auch einzelne Mitglieder des Gremiums zu eigenen Vorschlägen berechtigt. Über die Erörterungen und Abstimmungen ist Stillschweigen zu bewahren (§ 6 Abs. 4 BVerfGG).

Die *Richterwahl* kommt zustande, sobald ein Kandidat das Quorum des § 6 Abs. 5 BVerfGG auf sich vereinigt. Das Erfordernis der *Zwei-Drittel-Mehrheit* ist einerseits niedrig angesetzt, um überhaupt eine Einigung zu ermöglichen³⁶, andererseits aber hoch, um ein reines „Regierungsgericht“ zu verhindern und so die Entscheidung mehr dem Konsens- und weniger dem (einfachen) Mehrheitsprinzip anzunähern. Einer Bestätigung durch das Plenum bedarf die Wahlentscheidung nicht. Der Gewählte wird vom Bundespräsidenten ernannt (§ 10 BVerfGG).

Grundgesetz, BVerfGG und Geschäftsordnung regeln so allein das äußere Verfahren der Verfassungsrichterwahlen. Sie bestimmen, wie die Wahlentscheidung stattzufinden hat, nicht hingegen, wie der jeweilige Kandidat gefunden, vorgeschlagen und gewählt wird. Ein daraus resultierendes Auseinanderklaffen von Parlamentsrecht und Parlamentspraxis ist die Folge³⁷.

b) Exkurs: Das Wahlverfahren im Bundesrat

14 Wahlverfahren im Bundesrat Der Wahlakt im Bundesrat erfolgt durch das Verfassungsorgan selbst in unmittelbarer Wahl (§ 7 BVerfGG). Für das *Vorschlagsverfahren* gilt hier das zum Bundestag Gesagte entsprechend. Die *Wahlvorbereitung* nimmt eine informelle *Kommission* vor, die zumeist aus den *Justizministern* oder -senatoren der Länder besteht. Sie hat zwar lediglich beratende Funktion, nimmt aber die notwendigen Vorabstimmungen vor, so daß dem Plenum regelmäßig nur ein Vorschlag unterbreitet wird, der dann auch in der Praxis ohne weitere Diskussion angenommen wird³⁸.

Der Bundesrat wählt mit einer Mehrheit von zwei Dritteln seiner gesetzlichen Mitglieder, also derzeit 28 von 41 Stimmen. Auch hier werden die Stimmen der einzelnen Länder einheitlich abgegeben (Art. 51 Abs. 3 Satz 2 GG)³⁹.

3. Die Praxis des Wahlverfahrens

15 Vergleich mit Landesrecht Das Wahlverfahren erfährt seinen Sinn und Zweck aus Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG, dem Gebot der *demokratischen Legitimation aller Staatsgewalt*. Was in dieser

³⁴ Zu Einzelheiten MAUNZ u. a. (Fn. 20) § 6 Rdn. 10 ff.

³⁵ S. o. Rdn. 10 für die Vorschlagslisten des BMJ und des BVerfG.

³⁶ Die ursprünglich notwendige Drei-Viertel-Mehrheit wurde 1956 herabgesetzt.

³⁷ Dazu näher Rdn. 15 ff.

³⁸ Zur Vorbereitungskommission MAUNZ u. a. (Fn. 20) § 7 Rdn. 3; W. BILLING Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht, 1969, S. 126 f.

³⁹ MAUNZ u. a. (Fn. 20) § 7 Rdn. 2 m. w. N.; anders nur GEIGER (Fn. 24) S. 30.

Grundnorm nur allgemein gefordert wird, müssen Grundgesetz, Gesetze und Staatspraxis in konkrete Formen und Verfahren umgießen. Dabei ist die Einsetzung der staatlichen Amtswalter ein zentrales demokratisches Anliegen⁴⁰. Ganz in diesem Sinne begreifen auch die Rechtsordnungen der *Bundesländer die Wahl der Verfassungsrichter als demokratische Aufgabe*, zu deren Wahrnehmung prinzipiell die Parlamente berufen sind. So ist hier die Parlamentswahl die Regel, hingegen die Bestellung auf andere Weise die Ausnahme⁴¹. Als maßgebliche Maxime gilt hier praktisch überall der Satz: „Es gibt keine Form demokratischer Legitimation außerhalb der Volkswahl, die am Parlament als Legitimationsmittel vorbei verläuft“⁴².

a) Verfassungsrichterwahlen als politische Wahlen

Demokratie und Parlament sind nichts Unpolitisches. Aus diesem Grunde können Verfassungsrichterwahlen nicht vollständig „entpolitisiert“ sein. Diese Feststellung ist zwar Allgemeingut, wird aber regelmäßig mit pejorativem Unterton getroffen⁴³. Ist demgegenüber das Grundgesetz die maßgebliche Spielregel des politischen Prozesses und besteht ein Zusammenhang zwischen diesem Prozeß und der Regelauslegung und -anwendung⁴⁴, so ist die politische Verfassungsrichterwahl geradezu systemnotwendig. Daß dies nicht nur in der Bundesrepublik so ist, zeigen Auseinandersetzungen etwa in den USA über „Verfassungsgerichtspolitik“ und „Richterschübe“⁴⁵. Verfassungsgerichtsbarkeit ist politisch und wird nicht erst durch die Richterwahl „politisiert“; und dementsprechend ist auch die Wahl der Verfassungsrichter politisch.

Damit ist allerdings nur die grundsätzliche Legitimationsebene angesprochen. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens jenem Bild voll entspricht; oder anders formuliert: *Ist das konkrete Wahlverfahren tatsächlich geeignet, die erforderliche demokratische Legitimation wirklich herzustellen?* Die Antworten auf diese Frage fallen überwiegend kritisch aus⁴⁶. Danach ist die Geschichte der Verfassungsrichterwahlen identisch mit der eigenen Krisengeschichte; „die Richterwahlen sind eines der unerfreulichsten Kapitel in der Geschichte des Bundesverfassungsgerichts“⁴⁷. Ausgangspunkt nahezu aller Krisendiagnosen ist der Umstand, daß die in beiden Wahlgremien erforderlichen *Zwei-Drittel-Mehrheiten*, über welche auch die jeweilige Majorität regelmäßig nicht

⁴⁰ Dazu und zu den anderen Elementen grundlegend BÖCKENFÖRDE (Fn. 1) S. 71 ff; GUSY (Fn. 9) S. 104 ff, 132 ff.

⁴¹ Hierzu zählen „geborene Mitglieder“ kraft Gesetzes, die Bestellung durch den Hamburger Senat (Art. 65 Abs. 1 Satz 1 LV) oder Wahlmännerausschüsse der Landtage; Überblick bei K. A. BETTERMANN in: FS Zweigert, 1981, S. 723 ff; F. KNÖPFLE in: STARCK/STERN (Fn. 1) S. 231, 252 ff.

⁴² BÖCKENFÖRDE (Fn. 1) S. 74.

⁴³ Kritisch etwa GECK (Fn. 22) S. 33 ff; GEIGER EuGRZ 1985, 401, 402 f; KNÖPFLE (Fn. 1) S. 235 ff.

⁴⁴ S. o. Rdn. 5.

⁴⁵ Jüngst W. BRUGGER ZRP 1987, 52.

⁴⁶ Verneinend etwa H. FRANK in: FS Faller, 1984, S. 37; GEIGER EuGRZ 1983, S. 397; BILLING (Fn. 38) S. 290 ff; KRÖGER (Fn. 24) S. 92 ff.

⁴⁷ FRANK ebd.

16

Praxis des
Wahlverfahrens

verfügt, den *Zwang zur Einigung* zumindest zwischen den beiden großen politischen Parteien begründet. Praktisch kann es für eine solche Einigung nur zwei denkbare Grundlagen geben: entweder die vollständige *politische Neutralisierung* des Gerichts im Sinne eines über den Parteien stehenden Hüters des objektiven Rechts oder aber den *Proporz*. Fehlt es für die erste Lösung an den empirischen Maßstäben für Neutralität und an der objektiven Instanz zu deren Beurteilung, so ist die zweite Lösung die naheliegende. Hohes Mehrheitsquorum und Proporzgericht setzen Verständigungsbereitschaft voraus; das grundsätzliche Arrangement von CDU/CSU und SPD ist dann kein pathologisches Symptom, sondern notwendige Bedingung für das Zustandekommen einer Richterwahl überhaupt: Dieses grundsätzliche Arrangement basiert auf dem *Vorschlagsrecht jeder Seite* für eine jeweils abgestimmte Zahl von Richtern *bei Ablehnungsrecht durch die andere Seite*⁴⁸. Dieser umfassende Proporz bezieht sowohl die vom Wahlmännerausschuß als auch die vom Bundesrat zu wählenden Verfassungsrichter ein; die unterschiedlichen Legitimationsketten verlieren also ihre praktische Relevanz. Zugleich verstärkt das dadurch entstehende Koordinationsbedürfnis zwischen beiden Wahlorganen die Tendenz, die eigentliche Auswahl der Richter aus den rechtlich zuständigen Wahlorganen hinaus in andere, informelle Gremien hinein zu verlagern. Praktisch einigen sich so Obleute oder Vertrauensleute beider Seiten im rechtlich nicht qualifizierten Raum; sie treffen die Entscheidungen, die dann von den rechtlich zuständigen Wahlgremien nur noch ratifiziert werden. Politisch findet also eine zweifache Kompetenzverschiebung statt: vom eigentlichen Wahlorgan — Bundestag, Bundesrat — hin in kleinere Gremien — Wahlmännerausschuß, Wahlvorbereitungskommission — und sodann aus diesen hinaus in informelle Gremien auf Parteiebene.

17
Kritik am
Wahlverfahren

Aus eben dieser Tendenz wird eine große Zahl von kritischen Ansätzen gespeist. Organübergreifender Proporz führt notwendig zum *do ut des*, einem Wahlverfahren, welches bei der Verfassungsrichterwahl zu *Paketlösungen* führt. Nicht die einzelne Richterstelle und der einzelne Kandidat, sondern eine zu annähernd gleicher Zeit zu besetzende, größere Zahl von Stellen wird im Zusammenhang gesehen. Dies ist als solches noch kein Mangel, führt aber häufig zu erheblichen Verzögerungen bei der Wahl von Richtern, deren Vorgänger bereits seit geraumer Zeit an das Ende ihrer Amtszeit gelangt sind und die über die vorgesehene Amtsdauer hinaus amtieren müssen (§ 4 Abs. 4 BVerfGG). Das ist so lange relativ unschädlich, wie Vakanzten nicht zur Verschiebung der Zusammensetzung von Senaten instrumentalisiert werden, um einer Seite einen Vorteil daraus zu verschaffen, daß etwa ein Posten der anderen Seite vakant geworden ist⁴⁹. Da rechtliche Regelungen zum zeitgerechten Abschluß des Wahlverfahrens nicht vorhanden oder auch kaum denkbar sind⁵⁰, ist es eher eine Stilfrage der Terminplanung des BVerfGG, solchen Versuchen von vornherein den Boden zu entziehen.

⁴⁸ Zur Praxis LAUFER Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, 1968, S. 219 ff; BILLING (Fn. 38) S. 166 ff.

⁴⁹ Beispiel bei BILLING (Fn. 38) S. 195; zu den rechtlichen Grenzen solcher Manipulationsversuche BVerfGE 2, 1, 9 f.

⁵⁰ Dies zeigt die Diskussion um die Einführung des § 7 a BVerfGG; Überblick bei LAUFER (Fn. 48) S. 169 ff; BILLING (Fn. 38) S. 132 ff.

Läßt sich so eine *unzulässige Einflußnahme auf die Rechtsprechung* noch weitgehend vermeiden, so richtet sich die andere Stoßrichtung der Kritik gegen den *Kompetenzverlust* der Mitglieder der *Wahlgremien*. „Unter den obwaltenden Umständen droht der Wahlmännerausschuß zum Ort bloßer Sanktionierung andernorts ausgehandelter Kandidatenvorschläge zu werden“⁵¹; ähnliches gilt für den Bundesrat. Eine solche Kritik geht daran vorbei, daß im Parlament politische Entscheidungen längst nicht mehr gemacht werden — sofern sie es je wurden —, sondern daß sie hier lediglich verbindlich gemacht werden. Das Grundgesetz nimmt diese Entwicklung hin, wenn es etwa Wahlen „ohne Aussprache“ vorsieht (Art. 63 Abs. 1 GG); die Bildung jeder Bundesregierung, welche auf der Basis von Koalitionsvereinbarungen ins Amt gelangt, zeigt diese Tendenz als Normalfall ebenso wie die Entstehung der allermeisten — wenn nicht aller — Gesetze. Ist eine derartige Tendenz allorten feststellbar, so kann sie für die Verfassungsrichterwahl nur überraschen, wenn von dem Wahlmännerausschuß des Bundestages gerade eine Ausnahme von dieser Tendenz erwartet wird. Tatsächlich werden solche Erwartungen insbesondere in der Rechtswissenschaft häufig geäußert, wenn die Verlagerung der Entscheidungskompetenzen vom Bundestag auf den Wahlmännerausschuß gerade mit Sachgründen der höheren Sachkenntnis, der entpolitizierenden Wirkung u.ä. begründet wird⁵². Wenn diese Erwartungen in der Praxis enttäuscht werden, so indiziert eine derartige Entwicklung eher immanente Mängel solcher Erwartungen als vielmehr Mängel des Wahlverfahrens.

Sind so grundsätzliche Einwände gegen das Wahlverfahren nicht zu erheben, so bleibt aber doch die Frage offen, ob es seinen eigenen Anspruch realistischerweise erfüllen kann. Leistet die Verfassungsrichterwahl wirklich diejenige demokratische Legitimation, die sie leisten soll? Hier setzt nicht die Fundamentalkritik, sondern die Detailkritik ein⁵³. Sie findet ihren Ausdruck in der Diagnose eines Geruches von Hinterzimmerpolitik, deren zentrales Anliegen die Herstellung der eigenen Undurchsichtigkeit ist. Wäre diese Diskretion noch im Interesse der Kandidaten und ihrer sachgerechten Auswahl zu rechtfertigen, so spielt sie sich vor dem Hintergrund einer lautstarken Publizistik ab, die aus tatsächlichen oder vermeintlichen Indiskretionen oder Expertenwissen stammt und weder dem Wahlverfahren selbst noch den dabei „gehandelten“ Kandidaten zuträglich ist. Hier liegt das Zentralproblem: Der Wahlmodus ist nicht als solcher disfunktional; er erfüllt aber genau diejenigen Ansprüche nicht, zu deren Befriedigung er geschaffen worden ist. Wer hier der Praxis der beteiligten Parteien folgt, die Diskussion um nichtöffentliche Entscheidungen öffentlich zu führen oder führen zu lassen, entwertet die Nichtöffentlichkeit des Verfahrens und kann sich dann darauf nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg berufen. Eben daraus resultiert der besondere Reiz der Alternative: entweder öffentliche Dis-

⁵¹ KRÖGER (Fn. 24) S. 93; die Entwicklung ist gut zusammengefaßt bei BRYDE (Fn. 4) S. 147 ff.

⁵² S. o. bei Fn. 32.

⁵³ S. o. bei Fn. 46.

kussion und öffentliche Entscheidung⁵⁴ oder aber Nichtöffentlichkeit beider Vorgänge. Mit Anspruch auf Erfolg läßt sich nicht zugleich das eine postulieren und das andere praktizieren.

b) Verfassungsrichterwahlen und Konsensfunktion des Gerichts

18 Qualität der Rechtsprechung Als Konsensfunktion war hier die *Verselbständigung der – grundgesetzlichen – Regeln des politischen Prozesses und damit zugleich die Bewahrung des Konsenses über diese Regeln* bezeichnet worden. Eine derartige Verselbständigung stellt Anforderungen an die Herausbildung einer Dogmatik des Verfassungsrechts, also hinsichtlich der Begründung von Entscheidungen wie auch hinsichtlich der Methodik ihrer Begründung. Solche Anforderungen an die Arbeit des Gerichts lassen sich auch als *Anforderungen an die Qualifikation der Richter am BVerfG* umformulieren. Hier lassen sich grundsätzlich zwei unterschiedliche Idealmodelle bezeichnen: (1) Entweder schafft man ein Gericht, welches sich durch hohen juristischen Sachverstand auszeichnet; ein solches Gericht erfüllt die Konsensfunktion durch die Qualität seiner Begründung. Wichtigster Prüfstein ist dann das Expertentum möglichst gerade im Verfassungsrecht; die politischen Anschauungen der einzelnen Richter treten demgegenüber in den Hintergrund. (2) Oder aber man schafft ein politisches Gericht, welches möglichst ein exaktes Spiegelbild der Anschauungen in der Bevölkerung darstellt. Ein solches Gericht kann Konsens herstellen, indem es als „repräsentative Auswahl“ seine Binnenkonsense auf die Gesamtbevölkerung zu verallgemeinern sucht. Ein solcher Konsens ist mehr Übereinstimmung im Ergebnis als Übereinstimmung in der Begründung; eine zutreffende verfassungsrechtliche Rechtfertigung ist dann höchstens Beiwerk.

19 Qualität der Verfassungsrichter Prägend für Grundgesetz und BVerfGG ist der Umstand, daß weder die eine noch die andere Ideallösung auch nur angestrebt worden ist, sondern sich eine Praxis irgendwo zwischen den beiden Polen herausgebildet hat⁵⁵. § 3 BVerfGG enthält für alle Richter nur zwei faktische Mindestanforderungen: die Befähigung zum Richteramt und die Vollendung des 40. Lebensjahres. Höhere Anforderungen stellt § 2 Abs. 3 BVerfGG, wonach in jedem Senat drei Richter von obersten Gerichtshöfen des Bundes stammen müssen und dort mindestens drei Jahre absolviert haben sollen. Während einerseits die ausdrückliche Aufnahme einer Inkompatibilitätsvorschrift, welche das Grundgesetz außer in Art. 94 Abs. 1 Satz 3 GG für die Richter am BVerfG nur noch für den Bundespräsidenten (Art. 55 Abs. 1 GG) und die Mitglieder der Bundesregierung kennt (Art. 66 GG), eher die Annahme nahelegt, daß für die Verfassungsrichter an Politiker gedacht worden sei, für welche die Inkompatibilitätsfrage überhaupt auftreten kann, so ist das Richterquorum eher ein Indiz für ein Fachgericht von Juristen. Daß dem BVerfGG bezüglich der Formulierung der Qualifikationsmerkmale hinsichtlich der richterlichen Voraussetzungen größere Unsicherheit zugrunde lag, zeigt die 1961 geänderte, ehemalige Bestimmung des § 3 Abs. 2 a. F. BVerfGG, wonach die Verfassungsrichter sich durch „besondere Kenntnisse im öffentlichen Recht aus-

⁵⁴ Folgerichtig in diesem Sinne der Gesetzentwurf der Grünen, BT-Drucks. 11/73.

⁵⁵ Zu den unterschiedlichen Anschauungen in den Beratungen LAUFER (Fn. 48) S. 61, 104 f; zum ganzen BILLING (Fn. 38) S. 222 ff.

zeichnen und im öffentlichen Leben erfahren sein“ sollten. Sie ist abgeschafft worden, weil über ihren positiven Inhalt keine gesicherte Klarheit erzielt werden konnte⁵⁶. Daraus resultiert dann eine zentrale Kritik am Richterwahlmodus: Das Verfahren beziehe eine große Zahl von besonders qualifizierten Persönlichkeiten überhaupt nicht in die Auswahl ein, da sie keiner politischen Partei hinreichend nahe stehen⁵⁷. Eng damit verwandt ist wohl eine Kritik, welche das Gericht auf die „Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeuges“ hinweist⁵⁸. Das Zentralproblem dieser Diskussion liegt darin, daß es für den idealen Verfassungsrichter keine praktikablen Maßstäbe gibt: Ein qualifizierter Jurist, der im öffentlichen Leben erfahren und dabei politisch noch allseits konsensfähig ist, dürfte nur selten zu finden sein. Damit verlagert sich die Perspektive weg von den materiellen Kriterien hin zu den *prozeduralen Vorkehrungen für die Wahl optimaler Richter*. Vorschläge für eine diesbezügliche Reform des Wahlverfahrens sind so alt wie das BVerfGG selbst.

Soweit dabei Modelle bevorzugt werden, welche dem bestehenden BVerfG einen größeren Einfluß geben wollen, stoßen sie allerdings auf das grundgesetzliche *Kooptationsverbot*⁵⁹. Selbst wenn man die Annahme teilen würde, die amtierenden Verfassungsrichter seien relativ am besten in der Lage, die Kriterien für neue Richter zu bestimmen und sinnvoll anzuwenden⁶⁰, so verstößt eine derartige Kooptation doch gegen Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 GG. Demokratische Legitimation fordert Legitimation der Staatsgewalt durch das Volk bzw. mittelbar durch seine Vertreter, nicht Perpetuierung des Herrschaftspersonals durch „fachliche Gründe“. Zudem zeigt die Praxis des Wahlverfahrens, daß es eher zu viele als zu wenige Kandidaten gibt, die deshalb auch publizistisch vorab „gehandelt“ werden. Wenn und solange verfassungsgerichtliche Tätigkeit keine allein fachliche ist, kann das Qualifikationsprofil kein rein fachliches sein. Und dann sind politische Einflüsse unvermeidbar, wenn nicht gar erwünscht. Daß das Grundgesetz solche Auswahlkriterien gesehen und hingenommen hat, zeigt eben Art. 94 Abs. 1 Satz 3 GG. Über materielle Auswahlkriterien ist dieses Problem jedenfalls nicht zu lösen.

c) *Verfassungsrichterwahl und Kassations-/Legitimationsfunktion*

Autorität erlangt demnach das Gericht weniger durch die materielle Qualifikation der Richter als vielmehr durch sein Handeln. Dies kann allerdings auf um so größere Akzeptanz hoffen, je „unbeschädigter“ die Richter aus dem halböffentlichen und halbdiskreten Wahlverfahren hervorgegangen sind. Das Image von der

20
Reform des
Wahlverfahrens?

21
Neutralität des
Gerichts

⁵⁶ S. nur die überaus knappen Belege bei GEIGER (Fn. 24) S. 13 f; die Vorschrift spielte nie eine praktische Rolle; dagegen KRÖGER (Fn. 24) S. 99, der für die Wiedereinführung der alten Regelung plädiert.

⁵⁷ GECK (Fn. 22) S. 38 ff; K. STERN Staatsrecht II, 1980, S. 357 f; in die gleiche Richtung die Reformvorschläge von BILLING (Fn. 38) S. 301 ff.

⁵⁸ J. ESSER JZ 1975, 555.

⁵⁹ Gegen solche Modelle grundlegend BÖCKENFÖRDE (Fn. 1) S. 81 ff; BILLING (Fn. 38) S. 238 ff.

⁶⁰ Dieser anspruchsvolle Gedanke müßte aber vorher auf den inneren Widerspruch überprüft werden, wie nicht ideal gewählte Richter die ideale Besetzung sollen erkennen können. Sind die Richter ideal, so gibt es zur Kritik am Wahlmechanismus keinen Anlaß; sind sie nicht ideal, warum sollten dann gerade sie das Ideale erkennen?

organisch-typischen Aussehen:

Nichtöffentlichkeit bezieht sich gleich das eine postulierte

des Gerichts

der - grundgesetzlich

die Bewahrung des Kern

rtige Verselbständigung

rik des Verfassungsrechts

e auch hinsichtlich der

Arbeit des Gerichts

hter am BVerfG

che Idealmodelle bezieht

ich durch hohen

ht die Konsensfunktion

ein ist dann das Experten

en Anschauungen der

id. (2) Oder aber man

s Spiegelbild der Anschau

ht kann Konsens herstell

nsense auf die Gesam

is ist mehr Übereinstimm

ng; eine zutreffende

iwerk.

umstand, daß weder die

orden ist, sondern sich

ebildet hat⁵⁹. § 3 BVerfG

orderungen: die Befähig

es. Höhere Anforderung

Jrei Richter von oberer

ort mindestens drei Jahr

ückliche Aufnahme

ler in Art. 94 Abs. 1 Satz

indespräsidenten (Art. 5

nt (Art. 66 GG), eher

tiker gedacht worden

kann, so ist das Richter

n. Daß dem BVerfG

hinsichtlich der

nde lag, zeigt die

BVerfGG, wonach

öffentlichen Recht

rucks. 11/73.
t (Fn. 48) S. 61, 104 f.

Richterwahl kraft Kungelei, aus der Persönlichkeiten hervorgehen, welche das kleinste gemeinsame Minimum repräsentieren, untergräbt die Autorität des Gerichts. Daß die Vermeidung dieses Images mehr eine Frage des politischen Stils und weniger eine solche des geltenden Rechts ist, wurde bereits festgestellt⁶¹.

Stabilisierungs- und Legitimationsfunktion des Gerichts hängen maßgeblich ab von seiner Neutralität und Unparteilichkeit. Ein parteiischer Schiedsrichter, der Regelverstöße ahndet, kann nur auf weniger Akzeptanz hoffen als ein unparteiischer; und die Legitimationswirkung durch Berufung auf eine parteiische Instanz überzeugt nur die eigenen Parteigänger. Fehlen die Maßstäbe für eine Unparteilichkeit kraft Sachkompetenz, so kann eine solche *Neutralität* allein hergestellt werden *durch Ausgewogenheit der Besetzung des Gerichts*. Die Zusammensetzung der Richterbank muß so gestaltet sein, daß das BVerfG kein Mehrheits- oder Regierungsgericht wird. Das BVerfGG enthält nur wenige Vorkehrungen gegen einen Neutralitätsverlust. Dazu zählt insbesondere die Vorschrift über die Amtsdauer (§ 3 Abs. 1 BVerfGG), die mit 12 Jahren wesentlich länger bemessen ist als diejenige der meisten Regierungen und gegenüber Schwankungen der Parlamentsmehrheiten jedenfalls stabilisierend wirkt: Die „neue“ Mehrheit sieht sich noch lange den „alten“ Verfassungsrichtern konfrontiert. Ein Parteigericht stünde so idealtypisch nahezu stets in der Opposition. Hierzu zählt weiter die Verteilung der Wahlkompetenzen auf Bundestag und Bundesrat (§ 5 Abs. 1 BVerfGG). Sie macht das BVerfG unanfälliger gegen Mehrheitsschwankungen in einem Organ. Schließlich zählt hierzu als wichtigste gesetzliche Vorkehrung das *Wahlquorum der Zwei-Drittel-Mehrheit* (§ 6 Abs. 5, § 7 BVerfGG). Ein derart hohes Quorum begründet praktisch den Zwang zum Konsens zwischen allen politischen Gruppen, die mehr als ein Drittel der Wahlberechtigten in dem einen oder anderen Gremium stellen. Ein derartiger Konsenszwang kann zudem durch Koalitionsvereinbarungen in Bund und Ländern auf eine noch breitere Basis gestellt werden. Eben dieser Konsens begründet das Proporzgericht, welches den Parteienproporz als wichtigstes Charakteristikum seiner Zusammensetzung kennt⁶².

22 Ist in der Alternative zwischen Neutralität durch Entpolitisierung und solcher durch die Ausgewogenheit der Besetzung nur die letztere realistisch, so vermag diese Art von Neutralität nur soweit zu reichen, wie ihre eigenen Grundlagen reichen. Ein Verfassungsrichter kann aufgrund des BVerfGG praktisch nur konsensual von allen bedeutsamen politischen Kräften gemeinsam gewählt werden. Aber das Gesetz selbst, welches dieses vorschreibt, unterliegt der prinzipiellen Abänderbarkeit durch die einfache Mehrheit im Bundestag. Damit disponiert über die Neutralität des Gerichts die jeweilige Parlamentsmehrheit, sofern das erhöhte Wahlquorum nicht grundgesetzlich verbürgt ist. Grundsätzlich entscheiden die politischen Gremien mit einfacher Mehrheit, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes vorgeschrieben ist. Soll das *Zwei-Drittel-Quorum* bei der Verfassungsrichterwahl Verfassungsrang genießen, so muß es *im Grundsatz* selbst angeordnet sein.

⁶¹ S. o. Rdn. 17.

⁶² BILLING (Fn. 38) S. 220 ff; LAUFER (Fn. 48) S. 106, 116; BRYDE (Fn. 4) S. 148 ff; s. auch KRÖGER (Fn. 24) S. 94 ff; GECK (Fn. 22) S. 33 ff, kritisiert diese Wahlprozedur als „Erbhofbildung“ und „Entscheidungsoligopol“.

Da Art. 94 Abs. 1 Satz 2 GG hierzu nichts enthält, kann ein solches nur stillschweigend normiert sein. Praktische Relevanz erlangte diese Fragestellung bislang in der Diskussion um die Novelle des BVerfGG von 1956, als zur Vermeidung von überlangen Verzögerungen der Richterwahl ein Regierungsentwurf vorgeschlagen war, wonach für den Fall eines erfolglosen ersten Wahlganges mit erhöhtem Quorum im zweiten Durchgang mit einfacher Mehrheit gewählt werden sollte⁶³.

Das Schweigen des Grundgesetzes über diese Frage spricht eher gegen als für die verfassungsrechtliche Absicherung des Zwei-Drittel-Quorums in Art. 94 Abs. 1 Satz 2 GG. Dies ergibt sich insbesondere aus Art. 42 Abs. 2 GG, wo eine ausdrückliche Bestimmung der Abweichung vom Erfordernis einer einfachen Mehrheit gefordert wird. Finden sich solche Ausnahmen explizit an mehreren Stellen (Art. 63 Abs. 2, 3; 67 Abs. 1; 68 Abs. 1 GG), und zwar gerade im Zusammenhang mit Wahlen, so spricht das Schweigen in einer anderen Vorschrift eher gegen die Annahme, daß auch hier ein erhöhtes Wahlquorum angeordnet werden sollte. Auch die Entstehungsgeschichte ist für die Begründung eines besonderen Quorums unergiebig⁶⁴. In die gleiche Richtung geht auch die Erwägung, daß bei Stillschweigen des Grundgesetzes nicht festgestellt werden kann, welches Quorum denn nun gelten sollte: dasjenige der Drei-Viertel-Mehrheit, wie es in § 6 Abs. 4 BVerfGG a. F. angeordnet war⁶⁵, oder dasjenige der Zwei-Drittel-Mehrheit, wie es seit 1956 gesetzlich vorgesehen ist. Gegen die grundgesetzliche Verankerung spricht auch der Umstand, daß eine Initiative aus dem Jahre 1972⁶⁶ scheiterte, welche das Zwei-Drittel-Quorum im Grundgesetz selbst absichern wollte. Offenbar waren auch die damaligen Antragsteller nicht der Überzeugung, daß schon jetzt jenes Mehrheitserfordernis geltendes Verfassungsrecht sei. Für die grundgesetzliche Absicherung einer qualifizierten Mehrheit für die Verfassungsrichterwahl spricht höchstens ein bestimmter Sinn und Zweck, der Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG bzw. den grundgesetzlichen Bestimmungen über das BVerfG insgesamt zugrunde gelegt wird, nämlich die Sicherung größtmöglicher Neutralität des Gerichts⁶⁷. Dieser einzige Gedanke vermag allerdings die Palette der Gegenargumente nicht zu erschüttern. Er ist ein politisches Desiderat, dem für die Sicherung der Funktionsfähigkeit des BVerfG große Bedeutung zukommt. Aber nicht alle Mechanismen zur Herstellung dieser Funktionsfähigkeit sind im Grundgesetz geregelt und genießen somit Verfassungsrang⁶⁸.

4. Zusammenfassung

In Grundgesetz und BVerfGG ist geregelt, wie Verfassungsrichter gewählt werden; nicht oder nur ansatzweise hingegen, wer gewählt werden soll und wie er ausgewählt wird. Rechtlich erfaßt ist nahezu ausschließlich der letzte Akt der

23

Anspruch und Wirklichkeit der Richterwahl

⁶³ BR-Drucks. 178/55, Art. 1 Nr. 3, 4; zu den politischen Auseinandersetzungen ausführlich LAUFER (Fn. 48) S. 176 ff; BILLING (Fn. 38) S. 135 ff.

⁶⁴ S. JöR 1, S. 682 ff.

⁶⁵ Dazu GEIGER (Fn. 24) S. 28 f.

⁶⁶ BT-Drucks. 7/1064; dagegen K. BAHLMANN ZRP 1973, 287.

⁶⁷ In diesem Sinne insbes. H. GÜNTHER ZRP 1987, 199, der diesen Gedanken auf alle Bundesgerichte verallgemeinert; wohl auch BAHLMANN (Fn. 66) S. 289.

⁶⁸ So auch STERN (Fn. 57) S. 363; GECK (Fn. 22) S. 27.

Kandidatenauswahl, der (formelle) Wahlakt. Diese Eigenschaft teilt die Richterwahl mit nahezu allen anderen politischen Entscheidungen; sie ist der Normal- und nicht der pathologische Fall parlamentarischen Handelns. Desungeachtet erfüllt das gegenwärtige Verfahren offenbar die Erwartungen, zu deren Befriedigung es angetreten ist, nur unzureichend⁶⁹. Bei jedem Reformansatz ist jedoch der Grundsatz unausweichlich: „So notwendig ein sachgerechtes Wahlverfahren ist, so wenig darf dabei vergessen werden, daß die Verfassungsrichterwahl eine politische Entscheidung bleibt⁷⁰.“ Das Ideal der Entpolitisierung ist weder sachgerecht noch wünschbar.

Wichtigstes Reformanliegen ist die *Herstellung der Übereinstimmung von Anspruch und Wirklichkeit des Wahlverfahrens*. Wer eine sachliche, neutrale Kandidatenauswahl will, wie sie § 6 Abs. 4 BVerfGG vorsieht, darf nicht gleichzeitig die publizistische Auseinandersetzung über tatsächliche oder vermeintliche Aspiranten suchen und so Kandidaten in der einen oder anderen Richtung öffentlich „handeln“. Wer hingegen ein öffentliches, demokratisches Wahlverfahren mit breiter Diskussion will, darf die Wahlentscheidung nicht in kleine, intransparente Gremien verlagern und sich hier dem Vorwurf der Hinterzimmer-Kungelei aussetzen. Das Auseinanderklaffen von rechtlichem Anspruch und politischer Wirklichkeit schadet dem Wahlverfahren am meisten; und dies um so mehr, als sich für beide Varianten der Ausgestaltung von Verfassungsrichterwahlen gute Argumente finden lassen. Im übrigen gilt auch hier: Das Wahlverfahren ist so gut wie die Gewählten, die es hervorbringt⁷¹.

III. Das Parlament als Verfahrensbeteiligter vor dem Bundesverfassungsgericht

24 Rechtsgrundlagen Das Parlament kann in Streitverfahren vor dem BVerfG auf unterschiedliche Weise beteiligt sein⁷². Es kann als Antragsteller oder als Antragsgegner am Verfahren teilnehmen (etwa: § 63 BVerfGG); es kann aber auch einem Verfahren, in welchem es weder die eine noch die andere Rolle einnimmt, beitreten (etwa: § 65 Abs. 2 BVerfGG); es kann weiter angehört (etwa: § 94 Abs. 1 BVerfGG) oder zur Stellungnahme aufgefordert werden (etwa: § 23 Abs. 2 BVerfGG). Die unter-

⁶⁹ S. außer dem Gesetzentwurf BT-Drucks. 11/73 insbes. die Kontroverse zwischen GEIGER FuGRZ 1983, 397, und ERHARD ebd., S. 473; darüber hinaus aber auch die Kritik o. Fn. 46, 57, 62; demgegenüber werden „die wenigen Apologeten“ des Wahlverfahrens als „Hauptbeteiligte“ an diesem Verfahren oder Mitglieder des Gerichts, als „Wähler“ und „Gewählte“, also hauptsächliche Nutznießer dieses Verfahrens, kritisiert; so GECK (Fn. 22) S. 34.

⁷⁰ KRÖGER (Fn. 24) S. 100.

⁷¹ Zu Richterkarrieren insbes. BILLING (Fn. 38) S. 179 ff; LAUFER (Fn. 48) S. 419 ff; JÄGER ZRP 1987, 360.

⁷² Die Bezeichnung als „Beteiligte“ soll hier vorgezogen werden, weil es beim BVerfG zahlreiche nicht kontradiktorische Streitigkeiten gibt, an welchen der Bundestag beteiligt sein kann. Zudem gibt es auch andere Formen der Beteiligung als gerade die Stellung einer Prozesspartei. Letztere Formen sollen hier nicht ausgeblendet werden. Der Begriff der Beteiligung wird hier untechnisch verwandt; sofern nichts anderes aus dem Text hervorgeht, werden auch Anhörungs- und Stellungnahmerechte einbezogen.

die Richter-
der Normal-
esungeachtet
ren Befriedi-
st jedoch der
fahren ist, so
ne politische
gerecht noch

schiedlichen Formen der Beteiligung wirken sich auf die Stellung des Parlaments im verfassungsgerichtlichen Verfahren aus⁷³; Fragen des parlamentarischen Verfahrens oder der Vertretung des Parlaments vor dem BVerfG sind hingegen nicht von der jeweiligen Form der Verfahrensteilnahme abhängig. Aus der Perspektive von Parlamentsrecht und Parlamentspraxis ist es demnach weitgehend ohne eigenständige Bedeutung, welche prozessuale Form konkret anzuwenden ist.

1. Beteiligungsrechte und Beteiligungsverfahren

Ob und wie sich der Bundestag in einem verfassungsgerichtlichen Verfahren beteiligen kann, richtet sich danach, ob das BVerfGG ihm ein Beteiligungsrecht einräumt und wie es dieses Recht ausgestaltet.

a) Beteiligungsrechte

Die *Beteiligungsrechte* differieren im BVerfGG nach dem jeweiligen Streitverfahren. Insgesamt kann der Bundestag beteiligt sein:

- In den Verfahren der Grundrechtsverwirkung (§ 36 BVerfGG), des Parteiverbots (§ 43 Abs. 1 BVerfGG), der Präsidentenanklage gegen den Bundespräsidenten (§ 49 Abs. 2 BVerfGG) ist der Bundestag einer unter mehreren möglichen *Antragstellern*. Im Verfahren der Richteranklage nach § 58 Abs. 2, 62 BVerfGG ist er der einzig mögliche Antragsteller, soweit für Landesrichter gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Entsprechend der gegen Null tendierenden praktischen Bedeutung dieser Verfahrensarten nehmen auch die dabei entstehenden Beteiligungsrechte nahezu keine Relevanz ein.
- Im Wahlprüfungsverfahren ist der Bundestag schon dadurch „beteiligt“, daß sich die Anrufung des BVerfG stets gegen einen Beschluß des Bundestages richtet. Das Gericht wird dem Bundestag, soweit dies erforderlich ist, Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Von besonderer praktischer Relevanz ist dieses Recht aber gleichfalls nicht.
- In Bund-Länder-Streitverfahren ist der Bundestag zum *Beitritt* berechtigt (§ 69 i. V. m. § 65 BVerfGG).
- Im Normenkontrollverfahren stehen dem Bundestag unterschiedliche Beteiligungsrechte zu. Bei der *abstrakten Normenkontrolle* ist der Bundestag zwar nicht selbst antragsberechtigt, wohl aber (mindestens) ein Drittel seiner Mitglieder. Hat ein anderer Antragsberechtigter das Verfahren eingeleitet, so ist der Bundestag zur Stellungnahme berechtigt (§ 77 BVerfGG). Gleiches gilt im Verfahren der *konkreten Normenkontrolle* (§ 82 Abs. 1 i. V. m. § 77 BVerfGG); darüber hinaus kann hier der Bundestag förmlich beitreten (§ 82 Abs. 2 BVerfGG). Im Verfahren der Entscheidung über die Fortgeltung von Bundesrecht kann er neben anderen Beteiligten einen Antrag stellen (§ 86 BVerfGG); hat dies ein anderer Berechtigter getan, kann er wie bei der konkreten Normenkontrolle Stellung nehmen und beitreten (§ 88 i. V. m. § 82 BVerfGG). Beide letztgenannten Rechte hat er auch bei der *Verifikation von Völkerrecht* (§ 83 Abs. 2 BVerfGG).

25
Einzelne
Beteiligungsrechte
des Bundestages

nmung von
ie, neutrale
nt gleichzei-
rmeintliche
ung öffent-
rfahren mit
ransparente
gelei ausser-
r Wirklich-
als sich für
Argumente
ut wie die

che Weise
Verfahren
i welchem
65 Abs. 2
oder zur
ie unter-

en GEIGER
Fn. 46. 57.
tbeteiligte
hlte“, also

IGER ZRP

zahlreiche
ein kann.
zelspartei
wird hier
ch Anb-

⁷³ Überblick über die unterschiedlichen Formen bei MAUNZ u. a. (Fn. 20) § 94 Rdn. 7 ff.

- Im Verfassungsbeschwerdeverfahren ist der Bundestag *äußerungsberechtigt* nach § 94 Abs. 1 BVerfGG, sofern sich die Anrufung des BVerfG gegen eine seiner Maßnahmen (§ 94 Abs. 1 BVerfGG) oder unmittelbar oder mittelbar gegen ein Gesetz richtet (§ 94 Abs. 4 i. V. m. § 77 BVerfGG). In beiden Fällen ist er auch beitragsberechtigt (§ 94 Abs. 5 Satz 1 BVerfGG).
- Im Organstreitverfahren kann der Bundestag *Antragsteller oder Antragsgegner* sein (§ 63 BVerfGG). Im übrigen kann er nach § 65 Abs. 1 BVerfGG beitreten. Hier kann sich die Konstellation ergeben, daß „Teile des Bundestages“ eine Verletzung ihrer Rechte durch den Bundestag rügen, also ein Verfahren zwischen dem Bundestag und seinen Mitgliedern stattfinden kann, oder aber daß Teile des Bundestages die Verletzung von dessen Rechten durch Dritte verfassungsgerichtlich geltend machen, also andere Beteiligte über die Rechte des Bundestages streiten.
- Demgegenüber ist in Verfahren, in welchen allein Landesrecht maßgeblich ist (§§ 71 f, 73 ff, 85 BVerfGG), eine Beteiligung des Bundestages nicht vorgesehen.

26 Von praktischer Bedeutung und daher hier vertiefungsbedürftig sind zwei
Praktische Hauptfälle zentrale Konstellationen: Die erste besteht darin, daß der *Bundestag in seiner Eigenschaft als Gesetzgeber* beteiligt ist. Dies ist der Fall, wenn im Verfahren der Normenkontrolle oder der Verfassungsbeschwerde ein Bundesgesetz zum Gegenstand der verfassungsrechtlichen Überprüfung gemacht werden soll. Obwohl der Bundestag nicht selbst als Antragsgegner auftritt, so ist doch in der Sache sein Gesetzgebungsrecht und dessen Umfang der maßgebliche Prüfungsgegenstand des Gerichts. Die sich hierbei ergebenden Besonderheiten sollen im folgenden vertieft werden. Daneben soll die Konstellation des *Organstreits* näher untersucht werden, wenn der Bundestag Streitgegner einzelner seiner Teile ist oder aber sich Dritte um die Rechte des Bundestages streiten⁷⁴. In diesen Fällen kann die Konstellation auftreten, daß „der Bundestag“ im Prozeß eine andere Stellung einnimmt als seine Teile, also regelmäßig Minderheiten oder einzelne Abgeordnete. Da aber letztlich auch diese Teile des Bundestages sind, heißt dies praktisch, daß vor dem BVerfG mehrere Teile des Bundestages gegensätzliche rechtliche Stellung beziehen. Der Bundestag ist hier *rechtlich* der Adressat von Zurechnungen eines Verhaltens, welches in Wirklichkeit das Binnenverhalten seiner Mitglieder betrifft; *politisch* und in der Sache stehen nicht Bundestag und seine Teile, sondern parlamentarische Mehrheit und parlamentarische Minderheit einander gegenüber.

b) Beteiligungsverfahren

27 Das Verfahren der Beteiligung des Bundestages ist in BVerfGG und GOBT nur
Obligate und fakultative Beteiligung sehr ansatzweise geregelt. Ist das Parlament zur Äußerung vor dem BVerfG berechtigt, so bedeutet dies nicht, daß es auch dazu verpflichtet wäre. Eine Äußerung setzt nur der Fall notwendig voraus, daß der Bundestag als Antragsteller im Organstreitverfahren auftritt: Bevor er den Antrag gestellt hat, muß er sich überhaupt die Meinung gebildet haben, mit einem Begehren das Gericht anzuru-

⁷⁴ Dies ist die Grundkonstellation für BVerfGE 1, 351, wo parlamentarische Opposition einerseits und Bundesregierung andererseits über die Rechte des Bundestages nach Art. 79 Abs. 2 GG stritten; in diesem Verfahren trat der Bundestag auf seiten der Bundesregierung bei (S. 359 f).

fen. Als Antragsgegner ist er zumindest dann äußerungspflichtig, wenn der Antrag sich gegen ein Verhalten richtet, das hinsichtlich seines Inhalts, seines Zwecks oder seiner rechtlichen Grundlagen nicht allgemein bekannt ist und daher dem BVerfG aus sich heraus zugänglich wäre. In allen anderen Fällen, also insbesondere demjenigen des Beitritts und der bloßen Gelegenheit zur Stellungnahme, darf der Bundestag sich äußern; er ist aber auch berechtigt, hiervon keinen Gebrauch zu machen. *Will der Bundestag von seinen Verfahrensrechten Gebrauch machen, so setzt dies einen förmlichen Parlamentsbeschluß voraus*⁷⁵. Umgekehrt kann der Bundestag aber auch beschließen, einem Verfahren nicht beizutreten; er kann beitreten, aber zum Verfahren keine Stellungnahme abgeben⁷⁶; schließlich kann er von einer Äußerung völlig absehen.

Kollegialorgane wie der Bundestag können vor dem BVerfG nicht als Kollegien auftreten. Schon aus praktischen Gründen ordnet § 22 Abs. 1 S. 2 BVerfGG an, daß „gesetzgebende Körperschaften“ sich vertreten lassen können. Das gilt auch dann, wenn die Körperschaft nicht in ihrer Eigenschaft als Gesetzgebungsorgan tätig wird. Diese Vertretungsbefugnis räumt § 7 Abs. 1 Satz 1 GOBT dem *Präsidenten des Bundestages* ein. Er ist berechtigt, den Bundestag als Ganzes in jeder Lage des Verfahrens gegenüber dem BVerfG zu vertreten⁷⁷. Die Bestimmung betrifft aber nur die *Außenvertretung*, also die Entgegennahme von Schriftsätzen vom und die Zuleitung von Stellungnahmen an das BVerfG sowie entsprechende mündliche Äußerungen. Über deren Abgabe oder Nichtabgabe hat der Präsident des Bundestages nicht allein zu befinden; er ersetzt nicht den Bundestag im Verfahren, sondern gibt nur Erklärungen für den Bundestag ab. Im Bundestag selbst werden die Aufgaben der Erarbeitung einer Stellungnahme oder des Absehensbeschlusses vom *Rechtsausschuß* übernommen (§ 75 Abs. 1 j GOBT). Dieser formuliert ggf. Anträge für das Plenum, welchen regelmäßig stattgegeben wird⁷⁸. An die Beschlüsse des Plenums ist der Präsident des Bundestages gebunden.

Der Präsident des Bundestages braucht die aus der Vertretungsbefugnis folgenden Rechte und Pflichten nicht selbst auszuüben. Daß er in einem Verfassungsrechtsstreit persönlich auftritt, ist die praktisch irrelevante Ausnahme⁷⁹. Er kann vielmehr Dritte mit der Wahrnehmung der Rechte des Parlaments beauftragen. Diese Dritten können sein: ein oder mehrere Rechtsanwälte oder Lehrer des Rechts an einer deutschen Hochschule (§ 22 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG)⁸⁰ oder aber ein oder mehrere Mitglieder des Bundestages (§ 22 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG)⁸¹. Praktisch ist dieses Verfahren die Regel. Ein solches, gesetzlich vorgesehene Verhalten ist keine Ausnahme von der GOBT, sondern vielmehr eine Form der Ausübung der Vertretungsbefugnis des Bundestagspräsidenten. Diese braucht er

⁷⁵ BVerfGE 7, 282, 289.

⁷⁶ Etwa: BVerfGE 50, 290, 310; in der mündlichen Verhandlung trat dann ein Hochschullehrer als Vertreter für den Bundestag auf.

⁷⁷ BVerfGE 1, 115, 116.

⁷⁸ H. TROSSMANN *Parlamentsrecht des Deutschen Bundestages*, 1977, § 7 Rdn. 5.

⁷⁹ TROSSMANN (Fn. 78) § 7 Rdn. 6, erwähnt nur einen einzigen Fall; offenbar den in BVerfGE 1, 115, prozessual und BVerfGE 1, 144, in der Sache entschiedenen.

⁸⁰ Etwa BVerfGE 20, 56, 75; 24, 301 f.; 50, 290, 310.

⁸¹ Etwa BVerfGE 53, 257, 281.

28

Vertretung des
Bundestages

jedenfalls dann nicht höchstpersönlich auszuüben, wenn gesetzlich etwas anderes bestimmt ist; und eben dies ist in § 22 Abs. 1 BVerfGG geschehen. Über die Form der Vertretung entscheidet gleichfalls der Bundestag, an dessen Entscheidung der Präsident gebunden ist. In der Regel kommt für ihn demnach nur die Ausführung des Bundestagsbeschlusses in Betracht⁸². Der vom Bundestagspräsidenten Beauftragte nimmt die Vertretungsaufgaben wahr, wie sie der Präsident selbst wahrzunehmen hätte. Er vertritt das Plenum als Ganzes; auch mehrere vom Bundestagspräsidenten Beauftragte vertreten nicht einzelne Teile. Es gibt gesetzlich keinen Mehrheits- und Minderheitsvertreter des Bundestages⁸³.

- 29** Werden im Organstreitverfahren die Rechte des Bundestages nicht von diesem selbst, sondern von einem seiner Teile geltend gemacht, welcher vor dem BVerfG antragsberechtigt ist⁸⁴, so wird dieser Teil nicht vom Präsidenten des Bundestages vertreten, da insoweit § 7 GOBT nicht anwendbar ist. Sie werden vor dem BVerfG nach § 22 Abs. 1 BVerfGG unmittelbar durch einen Anwalt, einen Hochschullehrer oder einzelne „ihrer Mitglieder“ vertreten⁸⁵. Praktisch können demnach vor dem BVerfG Abgeordnete gegen den Präsidenten des Bundestages oder Abgeordnete gegen Abgeordnete als Vertreter unterschiedlicher Seiten auftreten.

Vertretung von
„Teilen des
Bundestages“

2. Beteiligungspraxis

- 30** Eine Überprüfung der Beteiligungspraxis des Parlaments an Verfahren vor dem BVerfG zeigt zwei charakteristische Züge: (1) Das *Parlament beteiligt sich selten* und macht auch von seinem Äußerungsrecht nur selten Gebrauch⁸⁶. (2) Wenn der Bundestag von seinem Beitrittsrecht Gebrauch macht, so bleibt häufig unklar, auf welcher Seite und mit welchem Ziel er beitrifft. Parlamentarische Äußerungen vor dem BVerfG sind also spärlich; und wenn sie anzutreffen sind, oft inhaltlich wenig eindeutig⁸⁷.

Überblick

a) Beteiligungsfragen im Organstreit

- 31** Die Beteiligung des Bundestages im Organstreitverfahren bereitet insbesondere dann Schwierigkeiten, wenn unter Beteiligung des Parlaments selbst oder einzelner

Politische Probleme
des Beteiligungsrechts

⁸² TROSSMANN (Fn 78).

⁸³ BVerfGE 1, 115, 116.

⁸⁴ Zu diesen Teilen C. ARNDT AÖR 1962, S. 197.

⁸⁵ Etwa BVerfGE 69, 1: Die 196 MdB, welche gem. § 76 BVerfGG einen Antrag auf abstrakte Normenkontrolle gestellt hatten, wurden vertreten von einem ihrer Abgeordneten und einem Hochschullehrer (S. 3).

⁸⁶ BENDA Grundrechtswidrige Gesetze, 1979, S. 29, erwähnt die Zahl von 47 Fällen, in welchen der Bundestag bis 1978 von seinem Äußerungsrecht keinen Gebrauch gemacht habe.

⁸⁷ Eine Untersuchung von 10 willkürlich herausgegriffenen Entscheidungen, in welchen es um Grundfragen der Gesetzgebung geht, bestätigt diese Befunde: BVerfGE 12, 45 (BT nicht beteiligt); BVerfGE 20, 56: Äußerung durch einen Professor und einen Rechtsanwalt (S. 65); BVerfGE 24, 300: Äußerung durch einen Professor (S. 301 f); BVerfGE 30, 1 (keine Stellungnahme, S. 14); BVerfGE 36, 1 (keine Stellungnahme); BVerfGE 48, 127 (Stellungnahme, S. 147); BVerfGE 50, 250: Beitritt, aber keine eigene Stellungnahme; Äußerung in der mündlichen Verhandlung durch einen Professor (S. 310); BVerfGE 53, 257; Beitritt und Äußerung durch zwei Abgeordnete (S. 281); BVerfGE 65, 1 (keine Äußerung, S. 21); BVerfGE 69, 1 (keine Äußerung).

seiner Teile über die Rechte des Bundestages gestritten wird. Politisch finden sich in diesen Fällen Parlamentsmehrheit und -minderheit regelmäßig auf unterschiedlichen Seiten eines Verfassungsrechtsstreits. In der Wirklichkeit findet hier also ein Intra-Organ-Streitverfahren oder ein Inter-Organstreit statt, der sich materiell als parlamentarische Binnenausschließung darstellt. Hier erlangt „der Bundestag“, welcher mit Außenstehenden um die Wahrung seiner Rechte streitet, keine praktische Relevanz. Vielmehr bestehen die politischen Streitigkeiten um den Umfang der parlamentarischen Organrechte gerade im Parlament selbst. Von einer einheitlichen Auffassung, welche einem Beitritt oder einer Stellungnahme „des Bundestages“ zugrunde liegen könnte, kann hier keine Rede sein. Es gibt eine Auffassung der Mehrheit und eine oder mehrere Auffassungen von Minderheiten. Wenn hier die Stellungnahme des Organs in seiner Gesamtheit durch das Mehrheitsprinzip ermittelt wird, so spiegeln sich in dem Abstimmungsergebnis nur die ohnehin bestehenden Mehrheitsverhältnisse wider; eine Auffassung, um deren Berechtigung vor dem BVerfG gerade gestritten wird. Deutlich macht dies etwa der Verfassungsrechtsstreit um das Petersberger Abkommen: Im Verfahren zwischen der Opposition einerseits und der Bundesregierung andererseits um die Frage, ob letztere Rechte des Bundestages verletzt habe, trat „der Bundestag“ aufgrund Mehrheitsbeschlusses seitens der Bundesregierung bei, da die Majorität die Organrechte nicht verletzt sah⁸⁸.

Gerade dieses letztgenannte Beispiel macht deutlich: *Die Vorstellung von einem Bundestag, der als quasi monolithischer Block seine Rechte gegen Beeinträchtigung durch andere Staatsorgane wahrnimmt, findet in der Realität keine Entsprechung.* Vielmehr kann die Majorität aus Gründen politischer Solidarität durchaus mit einer Schwächung der Parlamentsrechte einverstanden sein; insbesondere, wenn diese zugunsten der von ihr allein getragenen Bundesregierung stattfindet. Jene Vorstellung ist aber auch nicht diejenige des Grundgesetzes oder des BVerfGG. Anders wäre nämlich die Antragsbefugnis im Organstreitverfahren für Organteile gar nicht zu erklären, wenn eine solche Rüge auch zugunsten von Rechten des Organs insgesamt stattfinden kann⁸⁹. Dadurch soll gerade der schleichenden Auszehrung von Rechten des Gesamtorgans durch politische Loyalitäten gegenüber anderen Staatsorganen vorgebeugt werden. Ein Mehrheitsbeschluss des Bundestages, welcher einen Beitritt oder eine Äußerung entgegen dem Votum parlamentarischer Minderheiten ausspricht, steht jedenfalls dem politischen Sinn eines derartigen Antragsrechts entgegen.

Daraus ergeben sich auch praktische Folgeprobleme bei der Handhabung einer solchen, nur von der Mehrheit getragenen Parlamentsäußerung vor dem BVerfG. Ein Grund solcher Probleme liegt in der Divergenz zwischen der Vertretungsbefugnis des Bundestagspräsidenten gegenüber dem Gericht einerseits und der Ausgestaltung seiner Amtspflichten in § 7 Abs. 1 Satz 2 GOBT andererseits. Nach letzterer wahrt er u. a. „die Rechte des Bundestages“ und nimmt im übrigen seine Aufgaben „sachlich und unparteiisch“ wahr. Beide Pflichten geraten in Kollision, wenn der Bundestagspräsident namens des Bundestages und aufgrund eines

⁸⁸ BVerfGE 1, 351, 360.

⁸⁹ Dazu MAUNZ u. a. (Fn. 20) § 63 Rdn. 5.

32
Bundestagspräsident
zwischen Mehrheit
und Minderheit

Votums der Mehrheit auf seiten der Bundesregierung streitet, wenn Verhandlungsgegenstand ist, ob die Regierung Rechte des Bundestages verletzt hat⁹⁰. In der Sache vertritt der Präsident hier nicht die Rechte des eigenen Hauses, sondern die Auffassungen der Gegenseite. Die Pflicht zur Wahrung der Rechte des Parlamentes ist hier zumindest einschlägig. Ähnliche Unzuträglichkeiten können auftreten, wenn bei Streitigkeiten über die Verfassungsmäßigkeit der GOBT der Bundestagspräsident politisch die Anschauungen der Mehrheitsseite gegen die Minderheitsseite vertritt und damit praktisch die Stellung eines Parteivertreters einnimmt. Das BVerfG hat erkennbar nur die Fragen des Außenverhältnisses gesehen, als es die Ansicht äußerte, vor dem Gericht nehme der Präsident als Vertreter des Bundestages die Anliegen des Parlaments „als Gesamtheit“, nicht hingegen die Anliegen einer Mehrheit wahr. Er befinde sich dabei in keiner anderen Lage als ein Vertreter, der den Bundestag durch besonderen Beschluß bestellen würde⁹¹. So zutreffend diese Anschauung für die Außenbeziehungen zwischen Gericht und Parlament sein mag, so wenig trifft sie jedoch die Stellung des Bundestagspräsidenten im Parlament. Seine Neutralitätspflicht umfaßt auch, daß er sich nicht den Anschein der Parteilichkeit gibt. Eben dies geschieht aber, wenn er politisch Mehrheitsmeinungen gegen Minderheitsmeinungen vertritt, und mag diese Vertretung auch noch so sehr dem gesamten Hause zugerechnet werden. Im Innenverhältnis gibt es keinen Mehrheits- und keinen Minderheitspräsidenten, und hier ist die Stellung des Präsidenten sehr wohl unterschiedlich von derjenigen eines Vertreters, der vom Plenum im Wege des Mehrheitsbeschlusses bestellt worden ist.

33 Praktische Auswege Rechtliche und politische Stellung des Präsidenten geraten so bei Organstreitigkeiten leicht in Kollision. Dementsprechend ist es für die Praxis durchaus kein Mangel, wenn der Präsident die Vertretung des Hauses nicht selbst übernimmt, sondern Dritten überläßt. Diese Dritten treten zwar auch im Namen des ganzen Hauses auf; sie nehmen aber keine besondere Stellung ein, welche sie zu einer politischen Neutralität verpflichtet, auf die sie schon bei der Leitung der nächsten Sitzung des Bundestages ihre Autorität stützen müßten. Gerade in solchen Konstellationen ist es *vorteilhaft, wenn für den Bundestag einzelne Abgeordnete oder Dritte auftreten*. Damit ist aber nur die Frage angesprochen, *wer* vor dem Gericht auftritt; nicht aber, *was* er dort vortragen soll. Der Bundestag ist nicht mit seiner Mehrheit identisch; er repräsentiert als Ganzes das ganze Volk. Zwar werden Beschlüsse dem gesamten Parlament zugerechnet, aber dies ist allein eine rechtliche Zurechnung: Hat das Parlament einen Beschluß gefaßt, so bedeutet dies nicht, daß das ganze Haus der im Beschluß zum Ausdruck kommenden Ansicht sei oder aber dieser Ansicht sein müsse. Die Ansicht des Bundestages ist somit mit dem Inhalt seiner Beschlüsse nicht notwendig identisch; sie ist vielmehr höchstens zufällig mit ihr identisch. Schon deshalb drängt es sich auf, daß „Stellungnahmen“ oder „Äußerungen“ des Bundestages zu Tatsachen- oder Rechtsfragen nicht allein solche der Mehrheit sein können. Eine Minderheitsansicht muß gleichfalls dem Gericht zugänglich sein. Dies ist unproblematisch, wenn die Minderheit etwa als Antragsteller ohnehin an dem Organstreit teilnimmt und damit ihre Auffassung

⁹⁰ Dies war die Konstellation BVerfGE 1, 351.

⁹¹ BVerfGE 1, 115, 116.

dem Gericht bereits unterbreitet hat. Ist sie hingegen nicht beteiligt, so sollte der Bundestag in seine Stellungnahme Mehrheits- und Minderheitsansichten aufnehmen. Dies kann geschehen, indem entweder eine unterteilte, schriftliche Äußerung abgegeben wird, oder aber dadurch, daß in der mündlichen Verhandlung mehrere Abgeordnete unterschiedlicher politischer Couleur auftreten und die Ansichten ihrer Seiten zum Ausdruck bringen, welche sich dann zur Auffassung „des Bundestages“ summieren.

Der politisch heterogen zusammengesetzte Bundestag kennt keine uniformen Auffassungen zu einzelnen Fragen und braucht diese im pluralistischen Staat auch nicht zu entwickeln. Diesem Umstand wird durch die Äußerung des vorhandenen Meinungsspektrums gegenüber dem Gericht durchaus adäquat Rechnung getragen. Ein solches Anschauungsspektrum sollte dann allerdings auch nicht ein zu Unparteilichkeit verpflichteter Bundestagspräsident vorbringen, sondern Abgeordnete der jeweiligen Seiten oder Dritte für den Bundestag.

b) Beteiligungsfragen bei der Überprüfung von Gesetzen

Deutlich anders stellen sich die Beteiligungsfragen, wenn das BVerfG im Normenkontroll- oder im Verfassungsbeschwerdeverfahren die Vereinbarkeit von Rechtsnormen mit dem Grundgesetz prüft⁹². In diesen Fällen ist gemäß §§ 82 Abs. 2, 94 Abs. 4 i. V. m. § 77 BVerfGG dem Bundestag Gelegenheit zur Äußerung zu geben. Von diesem Recht macht das Parlament – partiell durchaus im Unterschied zur Bundesregierung – nur äußerst selten Gebrauch. Hier entstehen bezüglich des „Wie“ der Äußerung ähnliche Probleme wie beim Organstreitverfahren⁹³. Daneben tritt aber insbesondere die Frage auf, *was* der Bundestag überhaupt vor dem BVerfG vortragen soll.

Gegenstand der Normenkontrolle ist die Vereinbarkeit des Gesetzes mit dem Grundgesetz. Der Inhalt des Gesetzes steht im Zeitpunkt des Rechtsstreits vor dem BVerfG fest. Es gibt keine vorbeugende Normenkontrolle schon vor dem Gesetzeserlaß⁹⁴. Jede denkbare Stellungnahme des Parlaments könnte dessen Inhalt oder Bedeutung auch nicht mehr verändern. Sie könnte lediglich noch die Motive erläutern, aus welchen das Gesetz zustande kam. Aber auch diese Gesetzesgenese ist abgeschlossen. Die politischen Gründe für das Gesetz stehen somit fest. Sind sie nicht ermittelbar, so steht das BVerfG – wie jede andere auslegende Instanz – vor den allgemeinen Schwierigkeiten der historisch-genetischen Auslegung: Betont das Gericht ständig, daß die historische Interpretation schon deshalb wenig weiterführe, weil die Motive der beteiligten Abgeordneten oder des Parlaments insgesamt nur unter Schwierigkeiten feststellbar seien⁹⁵, so gilt dies auch für das Normenkontrollverfahren. Bei der Abstimmung sind die Abgeordneten frei und nur ihrem Gewissen unterworfen (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG). Sie sind nicht verpflichtet, für ihr Verhalten Gründe anzugeben; sie sind nicht einmal verpflichtet, dafür über-

34
Das Problem

35
Historische
Interpretation vor
dem BVerfG?

⁹² Die Summe dieser Verfahren wird im folgenden mit dem Sammelbegriff „Normenkontrolle“ zusammengefaßt.

⁹³ S. o. Rdn. 31–33.

⁹⁴ BVerfGE 1, 396, 406, 408; 10, 20, 54; Überblick bei MAUNZ u. a. (Fn. 20) § 76 Rdn. 15.

⁹⁵ Zurückhaltend BVerfGE 1, 127; 312; 8, 307; 10, 244; 13, 268; 54, 298 f; 62, 45.

haupt Gründe zu haben. Ein Abgeordneter darf dem Gesetz zustimmen, weil die eigene Fraktionsführung es so wollte, weil es der eigenen Partei oder der von ihr getragenen Regierung nützt oder aber der eigenen Klientel oder dem eigenen Wahlkreis; er kann sogar zustimmen, weil es ihm selbst nützt. Sämtliche dieser Umstände sagen nichts über die Verfassungsmäßigkeit bzw. Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes. Ist das Parlament nicht verpflichtet, Gründe anzugeben, so ist es jedenfalls problematisch, daß später vor dem BVerfG Gründe „nachgeschoben“ werden sollen. Der historische Entstehungsprozeß des Gesetzes ist beendet; nachträgliche Motive können die Auslegung und damit die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes nicht beeinflussen. Mit der Verkündung des Gesetzes hat das Parlament den Einfluß darauf verloren; im Gesetzblatt steht nicht der Wille der Abgeordneten oder ihrer Mehrheit, sondern das Gesetz des Parlaments⁹⁶. Es kann auch von der gesetzgebenden Instanz nicht mehr nachträglich interpretiert werden. Vielmehr bindet es, wie es verkündet ist (Art. 82 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG), so lange es nicht geändert oder aufgehoben wurde.

Die Stellungnahme des Bundestages im Normenkontrollverfahren kann demnach entweder nur bekannte Gründe für den Gesetzesbeschluß wiederholen, was unnötig ist, da sie bereits bekannt sind; oder aber sie kann andere Gründe nachschieben, was für die Beurteilung des Gesetzes unerheblich ist, da solche nachträglichen Gründe das Gesetzesverständnis nicht mehr beeinflussen können. Praktisch setzt sich dann vor dem BVerfG der politische Streit um das Gesetz fort; Mehrheit und Minderheit tauschen ihre bekannten Positionen ein weiteres Mal aus. Ein solches *procedere* wäre aber dem Verfassungsrechtsstreit nicht weiter förderlich. Daraus folgt zugleich: *Schuldet die Legislative nichts anderes als das Gesetz, schuldet sie also weder Gründe noch gar Gründe bestimmter Qualität, so gibt es den Gesetzgeber, der vor dem BVerfG sein Gesetz mit Gründen verteidigen könnte, nach dem Grundgesetz überhaupt nicht.* Das gilt erst recht, wenn sich der Bundestag zu einem vorkonstitutionellen Gesetz äußern soll, das er nicht verabschiedet hat und welches nie Gegenstand seiner Beratungen war⁹⁷. Die Auffassung „des Bundestages“ zu seinem Gesetz erschöpft sich im Gesetzesbeschluß; der darin zum Ausdruck gekommene Wille braucht kurz zuvor noch nicht vorhanden gewesen zu sein und kann sich kurz danach wieder verflüchtigen. Desungeachtet gilt das Gesetz, wie es beschlossen wurde. Zur Beurteilung seiner Verfassungsmäßigkeit kann „der Bundestag“ im Nachhinein nichts mehr beitragen.

Das BVerfG kann so Beteiligte hören, die über das Gesetzgebungsverfahren berichten. Es kann Äußerungen aus dem Gesetzgebungsverfahren heranziehen. Der Bundestag kann Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit der von ihm beschlossenen Normen in Auftrag geben und beim BVerfG einreichen. Eine Äußerung „des Bundestages“, welche für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes von irgendwelcher Bedeutung wäre, liegt in alledem nicht.

* SCHLAICH (Fn. 8) S. 108.

⁹⁷ Etwa BVerfGE 6, 381, 398: Hier war „dem Bundestag“ Gelegenheit gegeben worden, sich zur Verfassungsmäßigkeit des § 175 StGB von 1871 i. d. F. v. 1935 zu äußern.

3. Zusammenfassung

Beteiligungsrechte und Beteiligungspraxis des Bundestages klaffen weit auseinander. Das Gesetz behandelt das Parlament wie die übrigen Staatsorgane und gibt ihm prozessual die gleichen Rechte. Hier werden allerdings die Besonderheiten sowohl der Zusammensetzung wie auch des Verfahrens des Bundestages außer Acht gelassen. Das Gesetz unterliegt keiner Begründungspflicht; solche Gründe brauchen weder im legislativen Verfahren gegeben noch vor dem BVerfG nachgeschoben zu werden. Damit ist eine Stellungnahme des Bundestages vor Gericht rechtlich bedeutungslos und politisch in strittigen Fragen weitgehend unergiebig. Schließen so Zusammensetzung und Verfahren des Parlaments eine Stellungnahme „des Bundestages“ oft von vornherein aus, so gilt dies erst recht bei Organstreitigkeiten, wo politisch Mehrheit und Minderheit auf unterschiedlichen Seiten streiten. Die Frage nach dem Inhalt der Äußerung des Parlaments und der Ausgestaltung seiner Vertretung im Verfassungsrechtsstreit sind dann nur noch Folgefragen, welche sich aus den genannten Grundproblemen notwendig ergeben. Daß der Bundestag sich nach mancher Klage selten äußert⁹⁸, ist so in der Logik seines eigenen Handelns angelegt. Eben daraus resultiert aber auch seine relative Schwäche vor Gericht; das Wort vom „Parlament als dem geborenen Verlierer vor dem BVerfG“ erhält so seine relative Berechtigung.

36

Parlament als „geborener Verlierer“

IV. Das Parlament als Gesetzgeber

Das Parlament ist nach dem Grundgesetz die zentrale Instanz zur politischen Gestaltung. Oder, um das Bild von der Auseinandersetzung nach Regeln und dem Hüter dieser Regeln noch einmal aufzunehmen⁹⁹: Das Parlament und die in ihm wirkenden Kräfte sind wesentliche Akteure in der Auseinandersetzung, in welcher das BVerfG als Hüter der Regeln fungiert. Ist demnach allerdings die Rolle des Regelhüters inhaltlich abhängig von seinem Verständnis des Regelwerkes, so bedeutet dies zugleich: In der Gestaltungskonkurrenz zwischen Parlament und BVerfG kommt dem Gericht ein um so größerer Stellenwert zu, je weiter es das Grundgesetz auslegt. Und hier ist dann die Legislative nicht zuletzt in ihrer Rolle als Gesetzgeber gefordert.

37

BVerfG und Gesetz

1. Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz

In der Diskussion um die möglichen Reaktionen des Parlaments auf unerwünschte Urteile des BVerfG¹⁰⁰ rückt angesichts des bescheidenen Arsenal an Reaktionsmöglichkeiten relativ häufig eine Änderung des BVerfGG in das Zentrum der hypothetischen Alternativen. Eine derartige Gesetzesänderung, welche die Möglichkeiten oder Wirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen reduzieren könnte, erscheint nach dem Grundgesetz in weitem Umfang möglich. Dieses läßt dem Gesetzgeber bei dem Erlaß von Regelungen nach Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG

38

BVerfGG kein Mittel aktiver Gestaltung

⁹⁸ S. o. Fn. 86.

⁹⁹ S. o. Rdn. 5.

¹⁰⁰ Dazu KISKER NJW 1977, 889; BRYDE (Fn. 4) S. 350 ff.

weite Gestaltungsspielräume. Desungeachtet *läßt sich* in der Vergangenheit *nicht feststellen, daß sich das Parlament gegenüber dem BVerfG als demokratisches Gestaltungsorgan der Mittel des BVerfGG bedient hätte.* Vielmehr zeigt die Genese der bedeutsamsten Änderungen dieses Gesetzes, daß die Neuregelungen regelmäßig im Einvernehmen mit dem Gericht stattfanden, wenn sie nicht gar vom Gericht angeregt und inhaltlich vorgeprägt wurden. Jede Begründung der Gesetzesanträge bringt das zum Ausdruck¹⁰¹; wenn einmal von Vorschlägen des BVerfG abgewichen wird, dann nicht aus Gründen der aktiven Gestaltung durch den Bundestag, sondern aufgrund des „Votums der Länder“. Die Gründe für ein solches Verhalten sind nicht in gleicher Weise offengelegt wie die Tatsache der Gefolgschaft gegenüber dem Gericht. Sie lassen sich allerdings aus den Grundfunktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit herleiten.

39
Gründe
parlamentarischer
Zurückhaltung

Maßgeblich dafür ist zunächst die *Kassationsfunktion*. Auch bei der Sozialgestaltung nach dem Grundgesetz kommt dem Gesetzgeber das erste, dem BVerfG aber das letzte Wort zu. Dieses entscheidet letztverbindlich auch über Änderungen des BVerfGG und hebt verfassungswidriges Recht auf. So sind die Gerichtsentscheidungen verbindlich; umgekehrt sind Gesetzesänderungen für das Gericht nur nach Prüfung bindend, wenn eine Verwerfung nicht in Betracht kommt. Dies gilt zwar nur auf Antrag; daß allerdings in einer politischen Auseinandersetzung um das BVerfG sich ein Antragsteller finden würde, ist nahezu unzweifelhaft. Eng damit verknüpft ist aber auch die *Legitimationsfunktion* des Gerichts. Diese ist gerade im Hinblick auf die Rechtsstellung des BVerfG relativ diffus, als die Legislative kaum prognostizieren kann, welche diesbezüglichen Gesetze mit dem Grundgesetz vereinbar wären und welche nicht. Der Umfang grundgesetzlicher Bindungen der Gesetze nach Art. 94 Abs. 2 Satz 1 GG ist nämlich nicht unumstritten. So werden etwa das Mehrheitsquorum nach § 6 Abs. 5 BVerfGG¹⁰² oder die erweiterten Bindungswirkungen des § 31 BVerfGG¹⁰³ zumindest auch aus dem Grundgesetz begründet. Die Grenze des Zulässigen könnte also durchaus eher erreicht sein als es aus dem Grundgesetz selbst ersichtlich ist. Aus der Perspektive des Gesetzgebers könnte eine Reaktion auf Niederlagen vor Gericht sehr wohl mit weiteren Niederlagen enden; eine Aussicht, die zumindest politisch für die jeweilige Parlamentsmehrheit durchaus dazu angetan sein könnte, von derartigen Versuchen Abstand zu nehmen. Und was läge dann näher, als sich über Rechtsänderungen bereits im Vorfeld zu verständigen, um nicht im Nachhinein Niederlagen hinnehmen zu müssen?

Als zentrales Argument tritt aber noch die *Konsensfunktion* des Gerichts hinzu. Jede Parlamentsmehrheit, welche die Rechtsstellung des BVerfG anzutasten ver-

¹⁰¹ BT-Drucks. 2/1662, S. 7: „Von geringfügigen Ausnahmen abgesehen, ist die Bundesregierung mit dem vorliegenden Entwurf den oben erwähnten Einzelvorschlägen des BVerfG gefolgt.“ BT-Drucks. 3/934, S. 2: „Die Bundesregierung kann sich dem Votum des Gerichts nicht verschließen.“ BT-Drucks. 4/1224, S. 8: „Die Bundesregierung hält es für geboten, die sehr bedeutsame Frage (die Änderung des Wahlverfahrens) ... mit dem BVerfG zu erörtern.“ BT-Drucks. 6/388 Anlage 1: Förmliche Mitteilung des Beschlusses des Plenums des BVerfG zum Gesetzesentwurf. BT-Drucks. 10/2951, S. 7: Weitergehende Vorschläge des BVerfG werden aufgrund des „Votums der Länder“ abgelehnt.

¹⁰² S. o. Fn. 67.

¹⁰³ Etwa W. GEIGER NJW 1954, 1058.

sucht, würde ein Instrument schwächen, dessen sie sich schon nach der nächsten Wahl selbst bedienen könnte. Es ist letztlich die Austauschbarkeit der Rollen, welche den Konsens um das BVerfG erhält: Vor ihm kann jede Seite unterliegen, aber auch obsiegen. Wo die Aussicht auf spätere eigene Erfolge relativ groß genug ist, um inzwischen eigene Niederlagen in Kauf nehmen zu können, ist die Stellung des Gerichts unangetastet. Änderungen des BVerfGG würden nämlich ein Instrument schwächen, dessen der heutige Verlierer später selbst bedarf. Das gilt um so mehr, als unabsehbar wäre, ob eine spätere Mehrheit nicht die Stellung des Gerichts noch weiter schwächen könnte, so daß seine Rolle für die dann vorhandene Minderheit noch unbedeutender würde. Damit ist allerdings zugleich die politische Basis dieser Deutung umschrieben: Das Konsensargument ist nur so lange verwendbar, wie die Aussicht jeder Seite auf Erfolge vor Gericht besteht. Je einseitiger dessen Entscheidungen wären, um so wahrscheinlicher würde die Möglichkeit von Gegenmaßnahmen der permanent Unterlegenen. Hier stehen Konsensfunktion und Neutralität des Gerichts in einem unauflösbaren Kontext.

Das Parlament erscheint so mit dem Instrument des BVerfGG kaum als eigenständiger Gestaltungsfaktor gegenüber dem Gericht. In diesem asymmetrischen Kräftefeld ist das BVerfG als die eindeutig stärkere Macht definiert, solange es diese Machtbasis durch Neutralität selbst erhält.

40

Institutionelle Stärke
des Gerichts

2. Verfassungsrechtsprechung in der Gesetzgebung

Ist das Grundgesetz die Rahmenordnung des politischen Prozesses¹⁰⁴, so nimmt das BVerfG der Idee nach in diesem Prozeß nur eine periphere Rolle ein. In der Praxis hängt diese Rolle davon ab, wie das Gericht und die übrigen Staatsorgane dessen Prüfungsmaßstab und die Wirkungen seiner Entscheidungen qualifizieren. Das Gericht selbst *umschreibt seine Prüfungskompetenz weit*: Unter mehreren möglichen Auslegungsalternativen hat es diejenige zu wählen, welche die Geltungskraft des Grundgesetzes optimal verwirklicht¹⁰⁵. Möglichst weitreichende Entfaltung der grundgesetzlichen Richtlinien und Impulse ist jedenfalls nach überkommener Rechtsprechung das maßgebliche Anliegen. Aber auch die *Wirkungen seiner Entscheidungen versteht das Gericht weit*. Urteile und Beschlüsse werden nicht nur rechtskräftig, sondern ergehen darüber hinaus gem. § 31 Abs. 1 BVerfGG mit besonderer Bindungswirkung und gem. Abs. 2 in einigen Fällen sogar mit „Gesetzeskraft“. Bindungswirkung erlangt nach ständiger Rechtsprechung nicht nur der Entscheidungstenor; vielmehr sollen daran auch die „tragenden Entscheidungsgründe“ teilhaben¹⁰⁶. Die Bestimmung, welche Gründe tragend sind und welche nicht, nimmt das Gericht bisweilen selbst in extensivem Sinne vor¹⁰⁷. Die Bindungswirkung gilt auch gegenüber Dritten, die am Verfassungsrechtsstreit überhaupt nicht beteiligt waren¹⁰⁸. Aber auch darüber hinaus weitet das

41

§ 31 BVerfGG

¹⁰⁴ S. o. Rdn. 5.

¹⁰⁵ BVerfGE 6, 72; 32, 71; grundlegend dazu K. HESSE Die normative Kraft der Verfassung, 1959, S. 15.

¹⁰⁶ BVerfGE 1, 14, 36 f.; 19, 377, 392; 20, 56, 87; 24, 289, 297; 40, 88, 93.

¹⁰⁷ BVerfGE 36, 1, 36.

¹⁰⁸ BVerfGE 7, 99, 108 f.; 8, 122, 141.

BVerfG die Bindungswirkung seiner Entscheidungen aus, wenn es im Einzelfall nicht nur über den gestellten Antrag entscheidet, sondern darüber hinaus weitere Rechtsfragen beurteilt¹⁰⁹ oder neben den „tragenden Gründen“ auch sonstige, nicht entscheidungserhebliche Ausführungen aufnimmt, die als obiter dicta zumindest Bedeutung erlangen¹¹⁰.

42 „Juridifizierung des politischen Prozesses“ Das so überaus flexible Instrumentarium des Gerichts vermag im politischen Prozeß praktische Bedeutung weit über eine Randfunktion hinaus zu erlangen¹¹¹. Daraus resultiert die häufig beklagte „Juridifizierung des politischen Prozesses“. Das Stichwort bezeichnet die *Differenz zwischen den vom geltenden Recht indentierten politischen Aufgaben des BVerfG einerseits und den überschießenden tatsächlichen Entscheidungswirkungen andererseits*.

a) Konsensfunktion und Gesetzgebung

43 „Negativer Konsens“ Die Konsensfunktion des BVerfG¹¹² ist um so ausgeprägter, je eindeutiger seine Entscheidungen aus dem Grundgesetz hergeleitet sind. Verfassungskonsens und Qualität der Dogmatik des Verfassungsrechts hängen so unmittelbar zusammen. So umstritten viele Entscheidungen des Gerichts auch gewesen sein mögen: *Gegenüber dem Gesetzgeber hat die Stabilisierung des Regelkonsenses stets gut funktioniert*. Hat das Gericht ein Gesetz als verfassungswidrig kassiert, so hat das Parlament auch nach Ablauf längerer Zeiträume bei gewandelten Verhältnissen nicht versucht, das gleiche Gesetz noch einmal zu erlassen. Das gilt auch dann, wenn die ältere Entscheidung sehr umstritten oder die Gründe für ihr Ergehen unter neuen Aspekten diskussionswürdig waren¹¹³. Bislang ist offenbar ein Abweichen von einer Gerichtsentscheidung als Abweichung vom Grundgesetz begriffen worden, was nur sinnvoll sein kann, wenn der ursprüngliche Beschluß oder das Urteil als unmittelbare Ausprägung des verfassungsrechtlich Gebotenen begriffen wird. Und *den Verfassungskonsens wollte wegen eines Gesetzesvorhabens noch keine Seite aufkündigen*.

44 Gesetzgebung als Verfassungsvollzug Die Konsensfunktion jener Entscheidungen geht aber noch weiter. Insbesondere in umstrittenen Fällen ist Gesetzgebung bisweilen nicht mehr allein als Nichtabweichung von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen erklärbar, sondern kommt geradezu einem Nachvollzug solcher Judikate einschließlich der Gründe gleich¹¹⁴. Prototyp solchen Verhaltens ist etwa das Recht der Parteienfinanzierung, welches hinsichtlich des Finanzierungstatbestandes¹¹⁵, hinsichtlich der Finanzierungsberechtigten¹¹⁶ sowie der Art und Weise der Finanzierung¹¹⁷ die

¹⁰⁹ Etwa BVerfGE 39, 334, 352; 40, 296, 310 ff.

¹¹⁰ Ausgeprägt in BVerfGE 20, 56, 113 ff; 48, 127, 166 ff; 59, 117, 127 ff.

¹¹¹ Kritisch etwa W. HOFFMANN-RIEM DSt. 1971, 335; J. JEKOWITZ DSt. 1980, 535; GUSY EuGRZ 1982, 93 f.

¹¹² Dazu o. Rdn. 5.

¹¹³ S. jetzt aber BVerfGE 77, 84; anders früher BVerfGE 21, 261; problematisch ist auch BVerfGE 36, 1, die weniger durch bundesdeutsche als vielmehr durch völkerrechtliche Entwicklungen ausgehöhlt scheint.

¹¹⁴ Beispiele bei C. LANDFRIED BVerfG und Gesetzgeber, 1984, S. 85 ff.

¹¹⁵ BVerfGE 6, 244; 8, 51; 20, 56; dazu LAUFER (Fn. 48), S. 504 ff.

¹¹⁶ BVerfGE 24, 300; 41, 399; 73, 1.

¹¹⁷ BVerfGE 6, 274; 8, 51; 24, 300; 52, 63; 73, 40.

Entwicklung der verfassungsgerichtlichen Judikatur exakt nachzeichnete. Ähnliches vollzog sich auch bei der Diätenregelung für Abgeordnete¹¹⁸ oder am Recht der Hochschulorganisation¹¹⁹. Angesichts dieser – hier nur an Beispielen genannten – Entwicklung wird es verständlich, wenn das Gericht in Entscheidungen über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes ein inhaltlich anderes vorschlägt¹²⁰, das auch weitgehend verabschiedet wird oder aber gar das für verfassungsgemäß gehaltene Gesetz im Wege der Vollstreckung seiner Entscheidungen gleich selbst erläßt¹²¹. Dies sind zwar nur Einzelbeispiele, und zwar besonders signifikante; sie zeigen aber angesichts der geringen Zahl von kassierten Gesetzen¹²² doch eine bestimmte Tendenz an.

Die Grundlage dieser Entwicklung war letztlich der Umstand, daß den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen eine besondere Dignität beigemessen wurde. Bei der Verwerfung einer Rechtsnorm wurde vom Gericht geprüft, welche Rechtsfolgen aus dem Grundgesetz für den jeweiligen Sachbereich herzuleiten sind. Im Falle einer Differenz zwischen diesen Rechtsfolgen einerseits und dem zu prüfenden Gesetz andererseits erschien letzteres notwendig als verfassungswidrig. Letzteres läßt sich aus dem Entscheidungstenor entnehmen. Aus den Gründen aber läßt sich mehr herauslesen, nämlich die vom Grundgesetz nach Ansicht des BVerfG intendierte Lösung des jeweiligen Rechtsproblems. Was in den Gründen für grundgesetzlich zulässig gehalten wurde, erscheint dann dem Parlament als grundgesetzliche Antwort auf die Rechtsfrage, welche es mit dem gescheiterten Gesetz gerade gesucht hat. Ist also die Antwort auf die Rechtsfrage unmittelbar im Grundgesetz zu suchen, so erscheint nichts naheliegender, als daß die verfassungsgebundenen Instanzen die verfassungsgerichtlichen Entscheidungsgründe wie Verfassungsrecht akzeptieren und – sofern noch erforderlich – diese in Gesetzesform umgießen. Auf eben diese Weise nehmen die Gründe am Verfassungskonsens teil, der vom BVerfG bewahrt und durch Anwendung des Verfassungsrechts auf neue Fälle neu hergestellt wird. Dadurch erlangen auf der Grundlage verfassungsgerichtlicher Entscheidungen erlassene Gesetze eine neue Qualität: Sie sind nicht mehr – allein – Produkt politischen Wollens, Abwägens und Entscheidens, sondern vielmehr Resultate des grundgesetzlich Gebotenen. Solche Gesetze erlangen dadurch den Charakter der rechtlichen Alternativenlosigkeit und sind insoweit dem Parteienstreit entrückt. Dem entspricht dann auch eine faktisch erschwerte Aufhebbarkeit: Was das Grundgesetz befahl, kann die Legislative nicht einfach beiseite schieben. Eben daraus resultiert die Diskussion um die zeitlichen Grenzen der Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen¹²³.

Der Nachvollzug verfassungsgerichtlicher Entscheidungen durch die Legislative zeigt: Die Konsensfunktion der Verfassungsrechtsprechung funktioniert. Dies

45

Konsequenzen für die Verfassungsdogmatik

¹¹⁸ BVerfGE 40, 296.¹¹⁹ BVerfGE 35, 79; 47, 327.¹²⁰ BVerfGE 48, 127, 169 ff; dazu BVerfGE 69, 1.¹²¹ BVerfGE 39, 1, 2 f.¹²² Von 1951 bis 1979 wurden zehn Bundesgesetze ganz und 150 teilweise für verfassungswidrig gehalten; s. SCHLAICH (Fn. 8) S. 107; zur Statistik BENDA Grundrechtswidrige Gesetze, 1979, S. 63 ff.¹²³ BVerfGE 20, 56, 88; 33, 199, 204; 69, 92, 103; 70, 244, 249; 77, 84, 103 ff; BRYDE (Fn. 4) S. 412.

n es im Einzelfall
er hinaus weitere
i“ auch sonstige,
oiter dicta zumin-

ag im politischen
us zu erlangen¹¹.
chen Prozesses“.
tenden Recht in-
überschießenden

indeutiger seine
ngskonsens und
lbar zusammen.
en sein mögen:
nsenses stets gut
ssiert, so hat das
n Verhältnissen
gilt auch dann,
für ihr Ergehen
bar ein Abwei-
gesetz begriffen
chluß oder das
tenen begriffen
orhabens noch

iter. Insbeson-
mehr allein als
klärbar, son-
chließlich der
ler Parteienfi-
nsichtlich der
zierung¹¹⁷ die

Gusy EuGRZ

auch BVerfGE
Entwicklungen

macht aber zugleich Grenzen und Gefährdungen deutlich: Erfährt der einzelne Entscheidungsgrund seine Rechtfertigung unmittelbar aus dem Verfassungskonsens, so ist dieser gefährdet, wenn jener nicht mehr unumstritten ist. Und eben diese Kluft schließt die Dogmatik des Verfassungsrechts: Je besser die Entscheidungsgründe, um so höher ist ihre Teilhabe am Verfassungskonsens und ihre Stabilisierungswirkung zugunsten eben dieses Konsenses.

b) Gesetzgebung und Kassationsfunktion

46 BVerfG und Minderheitenschutz
Hat das Parlament eine verfassungswidrige Maßnahme beschlossen, so ist das BVerfG berechtigt, diese auf Antrag aufzuheben. Werden auf solche Weise Verstöße gegen die Regeln des politischen Prozesses sanktioniert, so wirkt die Kassation vorwiegend als Instrument der Opposition oder betroffener Minderheiten, ihnen nachteilig erscheinende Maßnahmen zu verhindern. Dieser Effekt wird bisweilen so hoch geschätzt, daß das BVerfG primär als *Instrument des Minderheitenschutzes* qualifiziert wird¹²⁴. Eine derartige Betrachtungsweise hat sich jedoch auch dem Umstand zu stellen, daß das Gericht keineswegs in der Mehrheitsdemokratie allein eine Instanz für die Minderheiten ist. Vielmehr hat die jeweilige Majorität — etwa durch die Richterwahl¹²⁵ — erheblichen Einfluß auf die Zusammensetzung und damit die Rechtsprechung des Gerichts. *Minderheitenschutz ist eine*, aber auch nur eine *unter mehreren Aufgaben des Gerichts* als Hüter der grundgesetzlichen Regeln des politischen Prozesses¹²⁶.

47 Der „Gang nach Karlsruhe“
Die Kassationsfunktion des Gerichts begründet Wirkungen allerdings nicht erst mit dem Erlaß angreifbarer Maßnahmen. Vielmehr sollen das Vorhandensein einer kassierenden Instanz und die Möglichkeit der Kassation nicht allein ex post die Beseitigung verfassungswidriger Maßnahmen sicherstellen. Sie erlangen zusätzlich auch *Vorwirkungen*: Die mögliche Kassation wird im politischen Prozeß antizipiert und instrumentalisiert. Der Aufwand für die Verabschiedung von Parlamentsbeschlüssen ist derart hoch, daß er nicht beliebig wiederholt werden kann. Wird der Beschluß wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben, so war der Aufwand sinnlos und damit vergebens. Schon um eine derartige, nachträgliche Entwertung des eigenen Handelns zu vermeiden, wird die Verfassungsmäßigkeit oder mögliche Verfassungswidrigkeit des eigenen Handelns von allen Staatsorganen ins Kalkül gezogen¹²⁷. Das Verfassungsrecht wird so auch im Parlament zum Argument. Damit läßt sich die Prüfungskompetenz des BVerfG aber zugleich instrumentalisieren. Die *Drohung mit dem „Gang nach Karlsruhe“* ist so häufige parlamentarische Begleitmusik bei umstrittenen Gesetzgebungsprojekten. Diese Drohung wird

¹²⁴ H. RITTSTIEG in: W. DÄUBLER / G. KÜSEL BVerfG und Politik, 1979, S. 135.

¹²⁵ Dazu o. II.

¹²⁶ Deutlich wird dies etwa in den Normenkontrollverfahren, wo etwa der Antrag einer Landesregierung auf Prüfung von Bundesrecht oder von Bundesorganen auf Prüfung von Landesrecht oder die Richtervorlage keine spezifisch minderheitenschützende Funktion aufweisen. Die Lehre vom Minderheitenschutz geht von den — quantitativ allerdings tatsächlich bedeutsamsten — Verfassungsbeschwerden als prozessualem Ausgangspunkt aus.

¹²⁷ Das BVerfG stellt hier oft sehr hohe Anforderungen, die ihrerseits der Funktionsweise des Parlaments nicht immer gerecht werden; das „optimale Gesetzgebungsverfahren“ ist aber keine Verfassungspflicht; näher C. GUSY ZRP 1985, 291.

zugleich zum politischen Faktor: Die „Niederlage in Karlsruhe“ ist zwar keine solche im Rechtssinne, da das Normenkontrollverfahren Antragsgegner gar nicht kennt und daher die Legislative auch nicht „verurteilt“ werden kann. Sie ist aber wohl eine politische Niederlage, die von der obsiegenden Seite in Argumente wie „Verfassungsbruch“ oder „Erosion des Verfassungsbewußtseins“ umgemünzt werden kann¹²⁸. Eine solche Instrumentalisierung des Verfassungsrechts hat zugleich Folgen für die politische Alternativenauswahl des Gesetzgebers. Je eindringlicher die genannten Drohungen erfolgen, desto eher wird die Legislative vor derart „riskanten“ Projekten zurückschrecken. Das gilt insbesondere, wenn die Rechtsfolgen des Grundgesetzes für den jeweiligen Sachbereich noch nicht eindeutig geklärt sind oder die Rechtsprechung des BVerfG noch nicht vollständig prognostizierbar erscheint. Die Antizipation der Kassationsfunktion führt so zu einer Verengung des politischen Handlungsspektrums über die Rechtsfolgen des Grundgesetzes hinaus. Der Bereich des Unzulässigen wird von demjenigen des „Verfassungswidrigen“ auf denjenigen des „verfassungsrechtlich Bedenklichen“ ausgedehnt.

Beispiele hierfür finden sich in den Beratungen unterschiedlicher Bundesgesetze. Das gilt nicht erst dann, wenn ein politisch umstrittenes Steuergesetz schon deshalb mit Rückwirkung aufgehoben wird, weil dagegen eine Verfassungsbeschwerde erhoben worden war¹²⁹. So verlief etwa die Diskussion um die Einführung des Mitbestimmungsgesetzes von 1976, die Kriegsdienstverweigerungs-Novelle von 1977 und ihre Folgegesetze sowie eine mögliche gesetzliche Regelung über die Rechtsverhältnisse von „Extremisten“ im öffentlichen Dienst überwiegend oder doch in hohem Maße unter verfassungsrechtlichen – oder genauer: „verfassungsgerichtlichen“ – Fragestellungen. Ließ sich hier die Berechtigung derartiger Verengungen des Argumentationsspektrums noch an nachträglich ergangenen Entscheidungen des BVerfG verifizieren, so kann sehr wohl auch der umgekehrte Umstand eintreten: Nachdem die Parlamentsmehrheit vor der „Drohung mit dem Gang nach Karlsruhe“ zurückgewichen ist, verzichtet die Minderheit auf die Anrufung des Gerichts. Solche „Vorwirkungen nie ergangener Entscheidungen des BVerfG“ sind politikwissenschaftlich noch überhaupt nicht aufgearbeitet. Dementsprechend läßt sich der Realitätsgehalt derartiger „Vorwirkungen“ auch nur schwer verifizieren: Hätte tatsächlich das Grundgesetz der jeweiligen Maßnahme entgegengestanden? Daß insoweit das Parlament zu ängstlich und zu wenig entscheidungsfreudig sei, wird von einzelnen Verfassungsrichtern als „Feigheit vor dem Freund“ gerügt¹³⁰. Vielleicht ist es aber auch lediglich die Verschiedenheit der Perspektive, welche die Prognoseunsicherheit über mögliche Gerichtsentscheidungen bei Außenstehenden – etwa dem Parlament – größer erscheinen läßt als bei beteiligten Richtern.

¹²⁸ Wie wirksam derartige politische Argumente sind, zeigt sich insbesondere an dem Umstand, daß sich regelmäßig alle Seiten als „Sieger“ vor dem BVerfG zu definieren versuchen, indem das Gericht „eigentlich“ gerade ihre Rechtsauffassung bestätigt habe. Völlig unabhängig vom Entscheidungstenor gibt es dann „nur Sieger in Karlsruhe“.

¹²⁹ Beispiel bei H. WAGNER in: DÄUBLER/KÜSEL (Fn. 124) S. 169, 176; zum folgenden LANDFRIED (Fn. 114) S. 51 ff.

¹³⁰ BENDA ZParl. 1986, 451.

c) Gesetzgebung und Legitimationsfunktion

48 Die Antizipation der Rechtsprechung des BVerfG geht aber noch über die Kassationsfunktion hinaus. Sie betrifft nicht nur Rechtsfragen, welche vom BVerfG negativ entschieden worden sind. Die *Vorwirkungen betreffen auch Rechtsfragen, welche vom Gericht positiv entschieden sind*. Wer ein Gesetzesprojekt verwirklichen will, der beruft sich auf das BVerfG. Dadurch gehen Normen des Verfassungsrechts und aus ihnen abgeleitete Rechtssätze oder -prinzipien in die politische Diskussion ein. Politik erscheint bisweilen überwiegend als Nachvollzug des Verfassungsrechts.

auswirkungen von Entscheidungen

„Sachzwang“ und „Rechtswang“

49 Der Grund für eine solche Berufung liegt regelmäßig in der Legitimationsfunktion der Verfassungsrechtsprechung. Bedarf Politik der politischen Rechtfertigung, so findet sie diese am wenigsten in der Entscheidung der zuständigen Instanz selbst. Vielmehr bedarf deren Entscheidung der Begründung. Solche Begründungen können aus „Sachzwängen“ folgen, indem Politik als bloßer Nachvollzug des durch ihren Gegenstand Gebotenen erscheint. Sie können aber auch aus anderer Perspektive erfolgen, wenn sich diese gegen Sachzwänge durchsetzen können. Ein solcher anderer Grund kann das geltende Verfassungsrecht sein, welches nicht nur einen besonderen Geltungsrang hat, sondern alle Staatsorgane — und damit auch mögliche politische Gegner der jeweiligen Gesetzesbefürworter — bindet. So kann dann von den Befürwortern eines Projekts günstigstenfalls der Eindruck erzeugt werden, dessen Gegner entzögen sich ihrer Verfassungsbindung. Auf diese Weise tritt neben den „Sachzwang“ als politisches Begründungssystem der „Rechtswang“. Er stellt unter Berufung auf das Grundgesetz die jeweiligen Begründungen alternativlos und entzieht sie dem politischen Streit, solange der politische Gegner nicht die Möglichkeit erlangt, sich auf konkurrierende Verfassungsprinzipien — etwa: Freiheit oder Sozialstaat — zu berufen. Unter dieser letzteren Bedingung ist die Argumentationssituation wieder offen. Dabei ist allerdings nicht zu übersehen, daß es sich hier um eine Argumentationssituation und keine Handlungssituation handelt. Das Grundgesetz kann zur Begründung von Gesetzesprojekten herangezogen werden, aber das Projekt wird nicht wegen des Grundgesetzes in Angriff genommen. Die Legitimationsfunktion betrifft nur die parlamentarische Darstellungsebene, nicht die Frage nach der Durchsetzungsfähigkeit im politischen Interessen- und Machtkampf.

Wie begünstigt die Rechtsprechung des BVerfG eine derartige Praxis? Auf das Grundgesetz könnte man sich auch ohne Gericht berufen. Aber die Verfassungsrechtsprechung leitet aus dem Grundgesetz mit Anspruch auf — mehr oder weniger ausgeprägte — Bindungswirkung mehr Sätze her; und sie leitet konkretere Sätze her. Die Entscheidungsgründe führen so praktisch zu einer Vermehrung der grundgesetzlichen Aussagen zu allen möglichen Rechtsfragen; und sie führen zu einer Verdichtung der Rechtsfolgen. Politisch erscheint auf diese Weise das BVerfG als zusätzlicher Verfassungsgesetzgeber; „authentische Interpretation“¹³¹ formiert und aktualisiert das Grundgesetz. Durch die Entscheidungs- und Begründungstätigkeit des Gerichts nimmt die Fähigkeit des Parlaments, sich auf tatsächliches oder vermeintliches Verfassungsrecht zu berufen, tendenziell zu, da die Zahl

¹³¹ Dagegen zu Recht SCHLAICH (Fn. 8) S. 130.

der möglichen Argumente steigt. Hier liegt die *Legitimationswirkung des Gerichts*, die jedenfalls weiter reicht als diejenige des Grundgesetzes.

3. Zusammenfassung

Auch als Gesetzgeber zeigt sich das Parlament gegenüber dem BVerfG in der schwächeren Position. Juristisch ist es schwächer, weil das BVerfG über das alleinige Letztentscheidungsrecht verfügt. Und politisch ist es gleichfalls in der schwächeren Position, weil der demokratische Regelkonsens eben vom BVerfG und nicht vom Parlament gehütet wird. Das *Parlament ist der „geborene Verlierer“ nicht nur vor dem BVerfG, sondern auch gegenüber dem BVerfG*. Damit erweisen sich insbesondere Besorgnisse, die in der Frühzeit der Bundesrepublik auftauchten, als gegenstandslos, wonach das BVerfG institutionell zu schwach sein könnte, um seine Aufgaben wirkungsvoll erfüllen zu können. Diese Befürchtung hat sich nicht bewahrheitet¹³². Die Diskussion um das Thema „Parlamentarischer Gesetzgeber und BVerfG“ in den letzten 10 Jahren hatte demgegenüber die Tendenz, Kompetenzübergreifen des Gerichts vorzubeugen. Sie wurde dementsprechend offenbar eher von einer gegenteiligen Befürchtung getragen, nämlich derjenigen, daß sich das Parlament als zu schwach erweisen könnte.

50
Schwäche des Parlaments

V. Ausblick

Auswege aus der geschilderten Situation relativer Schwäche des Parlaments und relativer Stärke des BVerfG werden in unterschiedlichen Richtungen aufgezeigt. Weitgehende Einigkeit besteht darin, daß Forderungen nach *Gehorsam gegenüber der Verfassung und damit dem Verfassungsgericht* die dargestellten Tendenzen prinzipiell verstärken¹³³. Zugleich bergen sie mehr Probleme, als sie lösen: Mit einem aus dem Grundgesetz abgeleiteten Gehorsam gegenüber dem Gericht droht jede Diskussion um strittige Urteile zugleich zu einer Diskussion um das Grundgesetz zu werden. Daraus entsteht die Gefahr einer Überforderung der Verfassung: Sie ist inhaltlich zu fragmentarisch und zu vage, als daß sie als Legitimationsstifter in jedem politischen Alltagskonflikt wirken könnte.

51
„Rechtsgehorsam“

Eben dieser Gefahr der Überforderung des Verfassungsrechts will die Lehre vom constitutional activism¹³⁴ vorbeugen. Danach soll die verfassunggebende Gewalt die jeweils aktuellen Legitimationsdefizite durch *verstärkte Aktualisierung des Grundgesetzes* befriedigen. Diskussionsbedürftig ist aber doch, ob dies mehr als Scheinlösungen sein können. Legitimationsbedarf ist nicht dadurch befriedigt, daß das Problem im Grundgesetz erkannt, sondern dadurch, daß Akzeptanz für Lösungen hergestellt wird. Solche Lösungen können mit den „dilatatorischen Formelkompromissen“ von Staatszielbestimmungen kaum erreicht werden. Vielmehr droht hier ein umgekehrter Effekt einzutreten, daß nämlich durch Lösungssym-

52
constitutional activism?

¹³² Wenn es schon früher hieß, in der Adenauer-Ära habe es nur zwei wirksame Faktoren der Opposition in der Bundesrepublik gegeben, nämlich den SPIEGEL und das BVerfG, so spricht manches dafür, daß die hier dargestellte Entwicklung keine aktuelle der letzten Jahre war.

¹³³ Zu dieser Forderung und ihren Problemen DOPATKA Das BVerfG und seine Umwelt, 1982.

¹³⁴ Insbesondere E. DENNINGER KritV 1986, 291.

bole auf Verfassungsebene die tatsächlichen Lösungen verdrängt werden. Umweltschutzprinzipien im Grundgesetz sind kein Umweltschutz, können aber den — teils volens, teils nolens — Zustimmenden das Gefühl geben, nun etwas — wenn nicht gar genug — für den Umweltschutz getan zu haben. Auch ist noch nicht ausdiskutiert, ob ein solches Modell wirklich die politischen Instanzen stärkt. Legitimationsbedürfnisse werden nicht vom Gesetzgeber erzeugt, der so also nur von außen induziertem „Handlungsbedarf“ nachläuft. Das Parlament entscheidet rechtlich, aber es leistet wenig praktische Steuerung für diejenigen, welche das Problem letztlich lösen müssen: nämlich die Exekutive — und ggf. die Justiz. Derartige symbolische Verfassungsänderungen bei abnehmendem Problemlösungsgehalt begründet eine Distanz von Anspruch und Wirklichkeit, die jeder Legitimationsbeschaffung besonders abträglich ist.

53

Öffentliche Kontrolle
der Verfassungs-
gerichtsbarkeit

Ein Ausweg läßt sich allerdings erreichen, wenn das Parlament bei der Wahrnehmung seiner originären Gesetzgebungs- und Kontrollkompetenzen mehr politisches Selbstbewußtsein zeigt. Bisweilen entsteht der *Eindruck, als stünde der Bundestag der Reduzierung seiner politischen Alternativen keineswegs ablehnend gegenüber*. Die Legitimationsfunktion verfassungsgerichtlicher Sätze im politischen Prozeß spricht jedenfalls dafür. Durch ein derartiges Verhalten wird das BVerfG der öffentlichen Diskussion entzogen; ein Zustand, der nach öffentlicher Kontrolle der Verfassungsgerichtsbarkeit geradezu ruft¹³⁵. Mehr Selbstbewußtsein des Parlaments ist Voraussetzung dafür, daß der schleichende Kompetenzzuwachs des Gerichts auf das grundgesetzlich gebotene Maß zurückgeführt wird. Verfassungsgerichtsbarkeit ist auch rechtfertigungsbedürftig; und eben diese Rechtfertigung kann sie nur aus der Verfassung erlangen. Je intensiver diese Rechtfertigung politisch eingefordert wird, desto plastischer werden der Auftrag des Gerichts — und seine Grenzen. Umgekehrt liegen so die Chancen des Parlaments im Parlament selbst. Ihre Wahrnehmung kann allerdings von keiner Rechtsnorm angeordnet werden; sie ist vielmehr Voraussetzung der Demokratie und jeder demokratischen Verfassung.

¹³⁵ Dafür insbesondere P. HÄBERLE in: DERS. Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, S. 26 ff; DERS. Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, 1979, S. 12 ff.