
Das entgrenzte Gericht

Eine kritische Bilanz

nach sechzig Jahren

Bundesverfassungsgericht

edition suhrkamp

SV

Während die Unzufriedenheit mit Politikern und Parteien zunimmt, bleibt die Beliebtheit des Bundesverfassungsgerichts ungebrochen. Urteile wie zum Lissabon-Vertrag, zur Onlinedurchsuchung oder zur Höhe der Hartz-IV-Sätze werfen jedoch die Frage auf, inwiefern die Karlsruher Richter bisweilen die Grenzen ihrer institutionellen Zuständigkeit überschreiten. Anlässlich des 60. Jahrestags der Eröffnung des Bundesverfassungsgerichts unternehmen vier renommierte Juristen daher den Versuch einer wissenschaftlichen Kritik an Deutschlands beliebtestem Verfassungsorgan.

Das entgrenzte Gericht

Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren
Bundesverfassungsgericht

*Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius,
Christoph Möllers, Christoph Schönberger*

Suhrkamp

3. Auflage 2019

Erste Auflage 2011

edition suhrkamp 2638

© Suhrkamp Verlag Berlin 2011

Suhrkamp Taschenbuch Verlag

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das der Übersetzung,
des öffentlichen Vortrags sowie der Übertragung
durch Rundfunk und Fernsehen, auch einzelner Teile.

Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form
(durch Fotografie, Mikrofilm oder andere Verfahren)

ohne schriftliche Genehmigung des Verlages
reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme
verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Satz: TypoForum GmbH, Seelbach

Printed in Germany

Umschlag gestaltet nach einem Konzept

von Willy Fleckhaus: Rolf Staudt

ISBN 978-3-518-12638-7

Inhalt

Vorwort	7
<i>Christoph Schönberger</i>	
Anmerkungen zu Karlsruhe	9
<i>Matthias Jestaedt</i>	
Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist	77
<i>Oliver Lepsius</i>	
Die maßstabsetzende Gewalt	159
<i>Christoph Möllers</i>	
Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts	281
Inhaltsverzeichnis	423

Vorwort

Der sechzigste Geburtstag des Bundesverfassungsgerichts lädt zu einem frischen Blick auf diese Institution ein. Hinter der eigentümlichen Kombination aus großer Popularität des Gerichts und juristischer Technizität seiner Entscheidungen sind viele Möglichkeiten der wissenschaftlichen Annäherung in den Hintergrund getreten: die Historisierung, ein Verständnis des Bundesverfassungsgerichts als Gebilde, das sich wandelt, an Bedeutung gewinnt und verliert und von Kontexten abhängt, die es selbst nicht kontrollieren kann (*Schönberger*); die Analyse der keineswegs begriffsnotwendigen juristischen Weichenstellungen, mit denen das Gericht sich erst zu dem gemacht hat, was es heute ist (*Jestaedt*); ein Organ, dessen Aussprüche sich in einem Zwischenreich von Recht, Wissenschaft und Politik zu bewegen scheinen (*Lepsius*); schließlich die offene Frage nach seiner Legitimation (*Möllers*).

Die vier Autoren des vorliegenden Bandes wenden sich diesen Themen mit unterschiedlichen Vorverständnissen und Fragestellungen zu. Sie verbindet das Interesse an einer bemerkenswerten Institution und die Überzeugung, dass die Rechtswissenschaft mehr zu deren Verständnis beizutragen hat als die Kommentierung und Kanonisierung einzelner Entscheidungen. Die Autoren verbindet dagegen weder eine gemeinsame Methode noch eine – sei es affirmative, sei es kritische – Haltung zum Gericht.

Trotz aller Unterschiede konnten die vier Beiträge unter dem Stichwort der *Entgrenzung* zusammenfinden, das dem Buch seinen Titel gibt. Verschiedenste Varianten solcher Entgrenzungen finden sich in ihm analysiert. Manche, etwa die von Recht und Politik, Recht und Moral sowie Rechtspre-

chung und Gesetzgebung, scheinen allen Verfassungsgerichten gemein. Andere, wie die Entgrenzung von subjektiven Rechten und objektivem Recht sowie Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, wirken gerade für das Bundesverfassungsgericht typisch.

Berlin, Mai 2011

Christoph Möllers

Christoph Schönberger

Anmerkungen zu Karlsruhe

I. Aufstieg

Es war neu. Es hatte keine Tradition. Die scharlachroten Roben seiner Richter borgte es beim Florenz der Renaissance aus. Im Karlsruher Schlosspark bezog es fünf flache Würfel aus Beton, Stahl und vor allem Glas. Es war ein Gericht, das nicht so war und nicht so sein wollte, wie deutsche Gerichte üblicherweise sind.

Ohne Tradition war auch das Staatswesen, in dessen Dienst das Bundesverfassungsgericht trat. Die Bundesrepublik rettete aus dem Konkurs des nationalsozialistischen Deutschland und den Unsicherheiten des beginnenden Ost-West-Konflikts, was zu retten war. Sie vereinigte provisorisch, wie man glauben wollte, die drei westlichen Besatzungszonen. Die Eingeborenen von »Trizonesien«, welche ein Karnevalslied jener Nachkriegsjahre besang, wurden zu Bürgern eines behelfsmäßigen westdeutschen Staates – eines Staates, der in Bonn am Rhein in schmuckloser Unauffälligkeit regiert und verwaltet wurde.

Dieses notdürftige Staatswesen brauchte eine rechtliche Grundlage. Seit den Revolutionen in den Vereinigten Staaten und Frankreich am Ende des 18. Jahrhunderts heißen solche rechtlichen Gründungsurkunden Verfassungen. Für den bescheidenen Staat von Bonn, in einem zunehmend geteilten Land und noch unter Kuratel der Westalliierten, erschien dieses Wort zu hoch, zu pathetisch, zu endgültig. Der Parlamentarische Rat, der in der Bonner Pädagogischen Akademie innerhalb weniger Monate, von Herbst 1948 bis Frühjahr 1949, das westdeutsche Gründungsstatut schuf, wählte einen zaghafteren Namen: Grundgesetz. In dieser Bezeichnung klangen zwar ältere Traditionen leise mit, denn schon im altherwürdigen Heiligen Römischen Reich Deut-

scher Nation hatte man *leges fundamentales*, Grundgesetze, gekannt. Aber in der Situation des Jahres 1949 signalisierte dieser Name doch in erster Linie Unfertigkeit und Vorläufigkeit des gesamten Statuts. Und noch heute zeigt ein Blick in den letzten Abschnitt des Grundgesetzes ein buntes Allerlei von der Staatsangehörigkeit über das süddeutsche Notariat bis hin zum Staatskirchenrecht. Der Parlamentarische Rat musste diese Angelegenheiten eilig irgendwie regeln, ohne sie doch endgültig ordnen zu können. Für die Ewigkeit war das Dokument ganz offenkundig nicht gemacht.

Eine vollgültige Verfassung sollte dieses Grundgesetz nicht sein. Aber das Gericht, das es letztverbindlich auslegen sollte, führte nach dem Willen des Parlamentarischen Rates die Verfassung im Namen. Für das neue Gericht interessierte man sich im Parlamentarischen Rat indes nur am Rande (Fronz 1971; Niclaß 2006). Zu viel Sonstiges musste in kurzer Zeit beraten und entschieden werden, vom Verhältnis zwischen Bund und Ländern bis hin zu den Finanzfragen. Die Parteien waren sich ohnehin im Grundsatz einig. Die neuartige Möglichkeit des Bundesverfassungsgerichts, Gesetze wegen Verstoßes gegen das Grundgesetz für nichtig zu erklären, löste keine Kontroversen aus (Laufer 1968: 52 f.). Bei einigen europäischen Nachbarn war das nach dem Zweiten Weltkrieg ganz anders. So galt die Verfassungsgerichtsbarkeit in der französischen Vierten Republik weiterhin als undenkbar, und in Italien wurde sie erst nach erbittertem Streit eingeführt. Vor allem die linken Parteien befürchteten eine Einschränkung der demokratischen Entscheidungsgewalt des Parlaments. Sie wollten der Volksvertretung die volle gesetzgeberische Freiheit zur Umgestaltung der Gesellschaft erhalten (Pasquino 1998: 44 ff.). Im Parlamentarischen Rat befürworteten aber gerade auch die Sozialdemokraten eine derartige Kontrolle. Nur die Kom-

munisten waren dagegen (Kau 2008: 91 ff.). Noch in der Weimarer Republik war grundsätzlich über Vorzüge und Nachteile der Verfassungsgerichtsbarkeit debattiert worden (Wendenburg 1984; Beaud/Pasquino 2007; Baumert 2009; zu älteren Traditionslinien: Scheuner 1976). Bei der Entstehung des Grundgesetzes gab es solche Fundamentalkontroversen hingegen nicht mehr.

Große Schwierigkeiten hatte der Parlamentarische Rat hingegen mit der *Organisation der höchsten Gerichte* insgesamt. Anders als die Schweiz oder die USA kannte Deutschland seit der Gründung des Deutschen Reiches kein einheitliches Oberstes Bundesgericht. Es gab keinen deutschen Supreme Court, der für alle Rechtsstreitigkeiten vom Privatrecht über das Strafrecht bis hin zum Verwaltungsrecht die höchste Instanz gebildet hätte. Am ehesten hatte diese Rolle zuvor das Reichsgericht in Leipzig ausgefüllt, das in letzter Instanz über Streitigkeiten des Zivil- und Strafrechts entschied. Die Einrichtung eines Bundesverfassungsgerichts beschäftigte den Parlamentarischen Rat deshalb in erster Linie unter dem Aspekt, wie die höchsten deutschen Gerichte zukünftig insgesamt organisiert sein sollten. Im Kern stritt man um die Frage, ob das neue Gericht nun schlicht der deutsche Supreme Court sein oder ob es als besondere Institution neben die normale Justiz treten sollte. Die Kontroverse mutet technisch an. Es ging dabei aber um die Natur der Verfassungsgerichtsbarkeit. Denn in einem einheitlichen Obersten Bundesgericht nach dem Vorbild der Vereinigten Staaten wären die typischen Alltagsfragen des Rechts ebenso zu entscheiden gewesen wie die häufig hochpolitischen Verfassungsfragen. Dagegen wehrten sich vor allem die Vertreter der traditionellen deutschen Justiz. Nach ihrem Selbstverständnis war normales Recht unpolitisch, Verfassungsrecht hingegen politisch. Hätte ein deutsches Oberstes Bun-

desgericht über beides zu befinden gehabt, befürchteten sie einen Autoritätsverlust der gesamten Justiz durch deren Politisierung (Laufer 1968: 52 ff.; Sörgel 1969: 142 ff.; Otto 1971: 177 ff.). Diese Sichtweise setzte sich in der Sache durch. Das Grundgesetz stellte das Bundesverfassungsgericht neben die anderen Gerichte des Bundes und der Länder. Ein einheitliches Oberstes Bundesgericht war zwar im Verfassungstext noch vorgesehen, wurde aber später nie Wirklichkeit. Schlecht und recht kam so das Grundproblem von Verfassungsgerichten zur Sprache. Die Vorstellung von einem Gegensatz zwischen »rechtlich« und »politisch« ist zwar häufig bloße Richterideologie. Auch normale Gerichtsentscheidungen haben eine politische Dimension, zumal bei den höchsten Gerichten. Wenn das Bundesarbeitsgericht über die Zulässigkeit von Streik und Aussperrung urteilt, wenn der Bundesgerichtshof über die Strafbarkeit der Präimplantationsdiagnostik entscheidet, dann sind das auch politische Entscheidungen. Aber das politische Element spitzt sich doch zu, wenn ein Gericht etwa zu beurteilen hat, ob der Bundespräsident den Bundestag vorzeitig auflösen darf oder ob der gesetzlich festgelegte Sozialhilfesatz gegen die Verfassung verstößt. Wenn man derartige Entscheidungen überhaupt Gerichten überträgt, dann stellt sich die Frage, ob man sie den üblichen Gerichten zusätzlich anvertraut oder dafür besondere Gerichte schafft, die nach ihrer Zusammensetzung und Organisation stärker politisch geprägt sind. Diese Frage verschärft sich, wenn die Politiker der traditionellen Justiz die Aufgabe der Verfassungskontrolle nicht recht zutrauen. Hans Kelsen hatte für Österreich nach dem Ersten Weltkrieg das erste selbstständige Verfassungsgericht praktisch konzipiert und theoretisch gerechtfertigt (Haller 1979: 45 ff.; Kelsen 1929). Diese Form einer konzentrierten Verfassungsgerichtsbarkeit, die gegenüber der normalen Jus-

tiz verselbstständigt ist, passte besser für die kontinental-europäischen Staaten, weil deren Rechtskultur – anders als die angloamerikanische – traditionell auf eine systematische Gesetzgebung und deren Richterschaft auf die Deutung und Anwendung derartiger Gesetze ausgerichtet ist (Capelletti/Ritterspach 1971: 89 ff.; Beyme 2006: 521 f.).

Im Nachkriegsdeutschland hatte das Problem eine besondere Bedeutung, weil das Personal der höchsten Gerichte überwiegend schon der NS-Justiz gedient hatte. Indirekt stand deshalb auch zur Debatte, wie stark das Bundesverfassungsgericht in diese Kontinuität hineingeraten würde.¹ Der Parlamentarische Rat legte sich hier noch kaum fest. Zwar optierte er für ein eigenständiges Verfassungsgericht und traf damit eine Vorentscheidung für eine stärker politisch geprägte Institution in der Tradition Kelsens. Das Grundgesetz sieht deshalb vor, dass die Verfassungsrichter je zur Hälfte von Bundestag und Bundesrat gewählt werden. Anders als es noch der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vorgeschlagen hatte, widmet das Grundgesetz indes dem Bundesverfassungsgericht keinen eigenen Abschnitt, sondern führt es im Abschnitt über die Rechtsprechung auf, dort allerdings an erster Stelle (Laufer 1968: 57 ff.). Eine enge personelle Verschränkung mit dem geplanten Obersten Bundesgericht galt im Parlamentarischen Rat über-

¹ Ein prominentes Beispiel macht die Problematik anschaulich. In dem sehr heftigen parteipolitischen Streit um die Wahl des ersten Verfassungsgerichtspräsidenten legte Bundeskanzler Adenauer dem späteren ersten Gerichtspräsidenten Hermann Höpker-Aschoff zwischenzeitlich den Verzicht auf die Kandidatur mit dem Hinweis darauf nahe, dass dieser zwischen 1943 und 1945 leitender Mitarbeiter der »Haupttreuhandstelle Ost« gewesen war. Es handelte sich dabei um eine Behörde, die sich mit der Beschlagnahme und Verwaltung polnischer staatlicher und privater Vermögen aus den sogenannten »eingegliederten Ostgebieten« befasst hatte. Adenauer verwies auf die Gefahr entsprechender öffentlicher Kritik (Wengst 1984: 237 mit FN 67; Aders 1994: 304 f.).

dies noch als naheliegend. Das Grundgesetz sieht insoweit aber nur vor, dass ein Teil der Richter des Bundesverfassungsgerichts aus den Bundesgerichten stammen, also Berufsrichter sein muss. Letztlich überließ der Parlamentarische Rat viele grundsätzliche Fragen zum Bundesverfassungsgericht der künftigen Gesetzgebung. Man hatte Dringenderes zu tun. Die Bundesrepublik Deutschland entstand zunächst ohne ihr noch ganz virtuelles Verfassungsgericht. Bundespräsident Theodor Heuss und Bundeskanzler Konrad Adenauer waren bereits zwei Jahre im Amt, als sie am 28. September 1951 an der offiziellen Eröffnung des Bundesverfassungsgerichts im Karlsruher Schauspielhaus teilnahmen.

Es war die oppositionelle SPD mit ihrem Rechtsexperten Adolf Arndt, die im ersten Bundestag die Errichtung des Gerichts vorantrieb. Die Regierung Adenauer und die sie stützende Bundestagsmehrheit hatten damit hingegen keine Eile (Laufer 1968: 97 ff.; Gosewinkel 1991: 181 ff.). Hier wurde bereits ein zentraler Aspekt deutlich, der die spätere Bedeutung des Gerichts erklärt. Die Bundesrepublik entwickelte nach 1949 mit erstaunlicher Geschwindigkeit etwas, das es in der deutschen Verfassungsgeschichte zuvor noch nie gegeben hatte: ein parlamentarisches Regierungssystem geradezu britischen Zuschnitts, mit einer klaren Gegenüberstellung von Regierung und Opposition (Lehmbruch 1998: 37 ff.). Manche Politiker aus beiden großen Parteien hatten 1949 angesichts der Not der Zeit eine große Koalition erwogen; Konrad Adenauer hatte sich bewusst dagegen entschieden (Schwarz 1986: 619 ff.). Man war auf dem Weg zu Adenauers Kanzlerdemokratie, welche die schwachen Reichskanzler und instabilen Reichstage der Weimarer Republik vergessen machte. Rasch wurde nun deutlich, dass eine Bundesregierung mit verlässlicher Parlamentsmehrheit stark war, sehr stark sogar. Diese neuartige Erfahrung ver-

stärkte die Suche nach Gegengewichten. Das Bundesverfassungsgericht schien ein solcher Widerpart werden zu können (Dreher 1951: 381).

Viele grundlegende Entscheidungen zu Wahl und Organisation des Gerichts fielen erst jetzt. Der Bundestag entschied sich für ein System von zwei Senaten mit jeweils zwölf Mitgliedern. Jeder Senat bestand aus vier Bundesrichtern und acht weiteren Mitgliedern. Die Bundesrichter waren für die Dauer ihres Amtes an einem Bundesgericht – also bis zum Eintritt in den Ruhestand – auch Verfassungsrichter, die sonstigen Mitglieder hatten eine Amtszeit von acht Jahren mit der Möglichkeit der Wiederwahl. Bei späteren Reformen wurde die Zahl der Richter verringert. Es entstand so die heutige Situation, in der jeder Senat acht Mitglieder hat, von denen drei aus den obersten Bundesgerichten stammen müssen. Seit 1970 ist die Amtszeit aller Verfassungsrichter überdies einheitlich auf zwölf Jahre ohne Wiederwahlmöglichkeit begrenzt. Im ersten Bundestag setzte sich die SPD dafür ein, von den Mitgliedern des Gerichts, die nicht aus dem Kreis der Bundesrichter kommen, keine juristische Qualifikation zu verlangen. Erfahrung im öffentlichen Leben sollte genügen. Die Sozialdemokraten wollten also Laienrichter, gewissermaßen Verfassungsschöffen, um die Verbindung des Gerichts zu Politik und Gesellschaft zu betonen. Die Regierungsmehrheit setzte jedoch durch, dass auch die anderen Mitglieder die Befähigung zum Richteramt brauchten (Gosewinkel 1991: 197 f., 203). Diese müssen also ebenfalls in der Regel Volljuristen sein, die beide Staatsexamina abgelegt haben. Das Bundesverfassungsgericht wurde so seit seinen Anfängen zum reinen Juristengericht.

Das *System von zwei Zwillingsssenaten* ist eine deutsche Besonderheit. Jeder Senat urteilt eigenständig als »das Bundesverfassungsgericht«, ohne dass die Richterkollegen aus

dem anderen Senat mitreden dürfen. In anderen Ländern ist das unüblich. Der Oberste Gerichtshof in Washington beispielsweise entscheidet alle Fälle im Plenum seiner neun Mitglieder. Die Karlsruher Doppelkonstruktion beruht im Kern auf einem Kompromiss zwischen dem Gesetzentwurf der Bundesregierung und demjenigen der SPD-Bundestagsfraktion. Der Regierungsentwurf stand in der deutschen Tradition anonymer Justiz durch auswechselbare Richter. Aus einer Gesamtzahl von 24 Richtern sollten nach einem »roulierenden System« mit vorher festgelegter Geschäftsverteilung jeweils neun Richter als »Sitzgruppe« tätig werden. Die SPD-Fraktion wollte hingegen die Verfassungsrichter nach amerikanischem Vorbild als öffentlich bekannte Personengruppe herausheben. Sie sah deshalb ein kleines Gericht von zehn Mitgliedern vor, das immer in voller Besetzung tätig werden sollte. Die heutigen Zwillingsenate mit fester Zuständigkeit und Mitgliedschaft liegen in der Mitte zwischen diesen beiden Modellen (Kralewski/Neunreither 1963: 187, 190 f., 194, 196; Schiffers 1984: XVI, 282 ff.). Für zwei Senate sprachen dabei unterschiedliche Erwägungen: Deutsche Obergerichte bestehen traditionell aus mehreren eigenständigen Spruchkörpern. Dabei spielt die Wertschätzung fachlicher Spezialisierung eine Rolle, wie sie auch die deutsche Verwaltung prägt (Gross 1967: 195). Anfangs sah man den für Grundrechtsfragen zuständigen Ersten Senat zudem eher als Ausprägung der herkömmlichen deutschen Justiz, den für Probleme der Staatsorganisation verantwortlichen Zweiten Senat hingegen in der stärker politischen Tradition der Staatsgerichtsbarkeit der Weimarer Zeit (Kommers 1976: 86 f.). Auch schien eine große Arbeitslast für das Bundesverfassungsgericht absehbar, deren Bewältigung man einem einheitlichen Spruchkörper nicht zutraute (Arndt 1951: 297).

In der Entscheidung für ein Doppelgericht schwang nicht zuletzt eine sehr *deutsche Vorliebe für Proporz und Parität* mit. Darauf deutet auch die gerade Zahl der Mitglieder der Senate hin. Sie macht eine Pattsituation des Vier zu Vier möglich,² was durch die Praxis der großen Parteien zementiert wird, die Verfassungsrichter nach strikt gleichberechtigtem Proporz zu wählen.³ Im Supreme Court in Washington ist eine derartige Parität hingegen durch die ungerade Zahl von neun Richtern von vornherein ausgeschlossen. Die gleichberechtigten Senate, denen nach innen auch noch das Patt droht, stehen in älteren deutschen Traditionen. Im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation kam ein für Religionsfragen bedeutsamer Beschluss des Reichstags nur zustande, wenn die protestantische und die katholische Bank jeweils für sich zustimmten. Eine Abstimmung des gesamten Reichstags konnten diese jederzeit dadurch verhindern, dass sie das Auseinandertreten der Konfessionsparteien verlangten, die *itio in partes*. Ähnliche Paritätsregeln galten auch für das Reichskammergericht und den Reichshofrat. Im Land der Reformation hat der konfessionelle Zwiespalt eine psychologische Sperre gegen das Mehrheitsprinzip hervorgebracht (Gross 1967: 38; Lehmbruch 1996: 30ff.; Schön-

2 Die Regelung beruht indirekt auf der grundgesetzlichen Anforderung, dass Bundestag und Bundesrat jeweils die gleiche Zahl von Verfassungsrichtern wählen. Diese föderative Parität bei der Richterwahl legte es wegen der Entscheidung für zwei gleichberechtigte Zwillingsenate nahe, dass jeder Senat eine gerade Zahl von Richtern haben musste. Zu den Problemen einer Stimmengleichheit in den Senaten, bei der nach § 15 Abs. 4 Satz 3 BVerfGG ein Verfassungsverstoß nicht festgestellt werden kann: Lortz 2003.

3 Hierzu Bettermann 1981: 725 ff. Diese Praxis hat sich infolge der Zwei-Drittel-Mehrheit herausgebildet, die das Bundesverfassungsgerichtsgesetz seit 1956 für die Richterwahl in Bundestag und Bundesrat verlangt. Hierdurch sind die Richterstellen faktisch zwischen den beiden großen Parteien aufgeteilt (»Erbhöfe«), wobei dem kleineren Koalitionspartner regelmäßig ein Sitz zugestanden wird: Schlaich/Korioth 2010: RN 44 f.