

Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz

Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens
des Bundesverfassungsgerichts

in Gemeinschaft mit
Martin Drath †, Ernst Friesenhahn,
Wilhelm Karl Geck, Gerhard Leibholz,
Gerd Roellecke, Hans F. Zacher
und Konrad Zweigert

herausgegeben von
Christian Starck

Zweiter Band
Verfassungsauslegung



1 9 7 6

J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

INHALT

Zweiter Band Verfassungsauslegung

Professor Dr. Peter Badura, München Verfassung, Staat und Gesellschaft in der Sicht des Bundesverfassungsgerichts	1
Professor Dr. Gerd Roellecke, Mannheim Prinzipien der Verfassungsinterpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	22
Professor Dr. Paul Kirchhof, Münster Rechtsquellen und Grundgesetz	50
Professor Dr. Reinhold Zippelius, Erlangen Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen	108
Professor Dr. Wilhelm Karl Geck, Saarbrücken Das Bundesverfassungsgericht und die allgemeinen Regeln des Völkerrechts	125
Professor Dr. Rudolf Bernhardt, Heidelberg Bundesverfassungsgericht und völkerrechtliche Verträge	154
Professor Dr. Jochen Abr. Frowein, Bielefeld Europäisches Gemeinschaftsrecht und Bundesverfassungsgericht	187
Professor Dr. Dietrich Rauschning, Göttingen Das parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	214
Professor Dr. Walter Rudolf, Mainz Die Bundesstaatlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	233
Professor Dr. Rupert Scholz, Berlin Ausschließliche und konkurrierende Gesetzgebungskompetenz von Bund und Ländern in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	252
Professor Dr. Hans H. Klein, Göttingen Verwaltungskompetenzen von Bund und Ländern in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	277

Professor Dr. Karl Heinrich Friauf, Köln Die Finanzverfassung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	300
Professor Dr. Werner Weber, Göttingen Selbstverwaltungskörperschaften in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	331
Professor Dr. Hans Heinrich Rupp, Mainz Art. 3 GG als Maßstab verfassungsgerichtlicher Gesetzeskontrolle	364
Professor Dr. Hans Schneider, Heidelberg Zur Verhältnismäßigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen	390
Professor Dr. Michael Kloepfer, Berlin Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – dargestellt am Beispiel der Menschenwürde	405
Professor Dr. Volkmar Götz, Göttingen Bundesverfassungsgericht und Vertrauensschutz	421
Professor Dr. Wolfgang Rübner, Kiel Grundrechtskonflikte	453
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?	480
Sachregister	527

Erster Band Verfassungsgerichtsbarkeit

Vorwort	V
Professor Dr. Ulrich Scheuner, Bonn Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert	1
Professor Dr. Konrad Zweigert, Hamburg Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit	63
Professor Dr. Klaus Kröger, Gießen Richterwahl	76
Professor Dr. Andreas Sattler, Göttingen Zuständigkeit der Senate und die Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung (§§ 14, 16 BVerfGG)	104
Professor Dr. Franz Knöpfle, Augsburg Besetzung der Richterbank, insbesondere Richterausschließung und Richterablehnung	142
Professor Dr. Hans-Uwe Erichsen, Bochum Die einstweilige Anordnung	170

Professor Dr. Klaus Stern, Köln Verfahrensrechtliche Probleme der Grundrechtsverwirkung und des Parteiverbots	194
Professor Dr. Dieter Lorenz, Konstanz Der Organstreit vor dem Bundesverfassungsgericht	225
Professor Dr. Walter Leisner, Erlangen Der Bund-Länder-Streit vor dem Bundesverfassungsgericht	260
Professor Dr. Hartmut Söhn, Darmstadt Die abstrakte Normenkontrolle	292
Professor Dr. Karl August Bettermann, Hamburg Die konkrete Normenkontrolle und sonstige Gerichtsvorlagen	323
Professor Dr. Hans Spanner, München Die Beschwerdebefugnis bei der Verfassungsbeschwerde	374
Professor Dr. Hans F. Zacher, München Die Selektion der Verfassungsbeschwerden – die Siebfunktion der Vorprüfung, des Erfordernisses der Rechtswegerschöpfung und des Kriteriums der unmittelbaren und gegenwärtigen Betroffenheit des Beschwerdeführers	396
Professor Dr. Hans-Jürgen Papier, Bielefeld „Spezifisches Verfassungsrecht“ und „einfaches Recht“ als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts	432
Professor Dr. Fritz Ossenbühl, Bonn Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht	458
Universitätsdozent Dr. Christian Pestalozza, München „Noch verfassungsmäßige“ und „bloß verfassungswidrige“ Rechtslagen	519
Professor Dr. Klaus Vogel, Heidelberg Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	568
Professor Dr. Udo Steiner, Bielefeld Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf rechtskräftige und unanfechtbare Entscheidungen (§ 79 BVerfGG)	628
Professor Dr. Werner Hoppe, Münster Planung und Pläne in der verfassungsgerichtlichen Kontrolle	663
Professor Dr. Peter Lerche, München Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Berliner Fragen	715
Professor Dr. Dr. h. c. Ernst Friesenhahn, Bonn Zur Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und Landesverfassungsgerichtsbarkeit	748
Sachregister	801

VERFASSUNG, STAAT UND GESELLSCHAFT IN DER SICHT DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

PETER BADURA

1. Verfassung und Verfassungsstaat	1
a) Verfassungsgerichtliche Praxis und Verfassungstheorie	1
b) Die „Einheit der Verfassung“ und die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen	2
c) Die Grundordnung der freiheitlichen Demokratie	5
d) Überpositivität und Prinzipien der Gerechtigkeit	7
e) Verfassungsgebung und Legitimität der Verfassung	8
2. Staat, Gesellschaft und politischer Prozeß	11
a) Institutionalisierte Staatlichkeit und politische Meinungs- und Willensbildung des Volkes	11
b) Bedingungen des politischen Prozesses und Freiheit der öffentlichen Meinung	15
c) Parlamentarismus und verantwortliche Regierung	17
d) Der Parteienstaat und seine Grenzen	20

1. Verfassung und Verfassungsstaat

a) Das Verfassungsrecht gibt dem Bundesverfassungsgericht die Grundlage seiner Existenz und seiner Entscheidungsvollmacht. Das Gericht hat danach die Aufgabe, den Inhalt der Verfassungsnormen im Streitfall autoritativ festzustellen, das Verfassungsrecht fortzubilden und die Anforderungen und Maßstäbe des Verfassungsrechts gegenüber den politischen Entscheidungen des gesetzgebenden Parlaments und der Regierung, gegenüber der Ausübung öffentlicher Verwaltung und gegenüber der rechtsprechenden Gewalt zur Geltung zu bringen. Es handelt dabei als Gericht und Verfassungsorgan. Die ihm vorgegebenen Rechtssätze der Verfassung bestimmt es nach den Grundsätzen der juristischen Argumentation und Begründung selbst rechtsbildend mit. Hierin liegt die nur vordergründig dem Feld der „richtigen“ Auslegungsmethode, sachlich jedoch zuletzt dem Verfassungsrecht und der Staats- und Verfassungstheorie angehörende Grundaporie der *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Denn die gewählte Auslegungsmethode ist nicht nur ein Kanon der Rechtsanwendung und der richterlichen Rechtsbildung, sondern zugleich eine Grenzbestimmung für die Kontroll- und Entscheidungskompetenz des Gerichts, vornehmlich dort, wo über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zu befinden ist.

Das Bundesverfassungsgericht sieht die *Legitimation des Richteramtes* nicht allein im positiven Verfassungsrecht. Die Gerichte sind, wie zunächst gesagt wird, im modernen Verfassungsstaat „Geschöpfe der Verfassung“. Etwas von diesem Bilde abrückend heißt es weiter, daß die Gerichte „im Grundsatz“ nur die Aufgaben zu erfüllen haben, die ihnen nach der Verfassung zukommen. Etwas später schließlich bekennt sich das Gericht zu einer gewissen Überpositivität der richterlichen Gewalt, „die ja eben doch ihre Autorität nicht nur äußerlich auf die Verfassung, sondern – dem Wesen ihrer Tätigkeit entsprechend – in gewisser Weise auf die Idee des Rechts selbst gründet“¹.

Über die Prinzipien der *Verfassungsinterpretation*, denen sich das Bundesverfassungsgericht verpflichtet weiß, wird an anderer Stelle berichtet. Hier ist zu versuchen, in der Praxis des Gerichts den Äußerungen nachzugehen, die eine zugrunde liegende Vorstellung über die Verfassung und das Verfassungsrecht erkennen lassen könnten. Diese Äußerungen sind nicht sehr zahlreich, manchmal eher beiläufig, nicht selten aber von einer die Entscheidung tragenden Bedeutung. Das gleiche gilt, wie vorweg bemerkt werden soll, für die „Sicht des Bundesverfassungsgerichts“ von Staat und Gesellschaft. Der kritische Betrachter wird sich allerdings hüten müssen, im Wege der Interpolation und Systematisierung eine „*Theorie des Bundesverfassungsgerichts*“ von Verfassung, Staat und Gesellschaft zu formulieren. Einer derart theoretisch entwickelten Doktrin kommen vielleicht die Äußerungen zum „Parteienstaat“ am nächsten. Davon abgesehen sind gewisse, in der Praxis des Gerichts durchaus feststellbare Grundlinien zuerst gedankliche Brückenglieder der richterlichen Rechtsfindung. Man könnte sie nur gewaltsam aus ihrem praktischen Zusammenhang herauslösen, um sie in isolierter Abstraktheit an dem Anspruch einer Theorie von Verfassung, Staat und Gesellschaft zu messen. Dies ist ein Vorbehalt und er ist unvermeidlich, wenn solche das Recht und die juristische Arbeitsweise des Richters übergreifende Gegenstände auf ihre in der Gerichtspraxis sichtbare Erscheinungsweise zu prüfen sind. Die besondere Stellung des Bundesverfassungsgerichts, abgehoben von den neuerdings so genannten „Fachgerichten“², zeigt sich ungeachtet des Gesagten allein schon darin, daß die Sicht dieses Gerichts von Verfassung, Staat und Gesellschaft ein mögliches und notwendiges Thema staatsrechtlicher Überlegungen ist.

b) „Das Grundgesetz kann nur als Einheit begriffen werden.“³ Der Rechtsgedanke der „*inneren Einheit*“ der Verfassung und des „Sinnzusammenhangs“ der Verfassungsvorschriften ist vom Bundesverfassungsgericht sehr früh ausgesprochen worden⁴. Das Gericht hat ihm in drei Richtungen Folgerungen entnommen. Der eine Weg betrifft die verfassungsrechtliche Beurteilung von Sonder- oder Ausnahmeregelungen der Verfassungsurkunde selbst, so des Art. 118 Satz 2

¹ BVerfGE 3, 225/234, 235 – Gleichberechtigung.

² BVerfGE 40, 88/94 – Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

³ BVerfGE 3, 225/231.

⁴ BVerfGE 1, 14/32 – Südweststaat.

GG⁵ und des Art. 117 Abs. 1 zweiter Halbsatz GG⁶. Eine weitere Ableitung führt zur Gewinnung von Verfassungsgrundsätzen, die als konkludent geregelt zu gelten haben. Von größter praktischer Bedeutung ist der Interpretationsgrundsatz, daß die einzelne Verfassungsbestimmung nicht isoliert betrachtet und allein aus sich ausgelegt werden darf, sondern in den normativen Zusammenhang der Verfassung eingefügt werden muß.

Das Bundesverfassungsgericht findet in dem Gesamthalt der Verfassung gewisse „*verfassungsrechtliche Grundsätze und Grundentscheidungen*“, denen die einzelnen Verfassungsbestimmungen untergeordnet seien⁷. Für diese innere Gliederung der Verfassung sieht es in der positiven Bindung des verfassungsändernden Gesetzgebers durch materielle Schranken (Art. 79 Abs. 3 GG) einen Anhaltspunkt. Das bedeutet, daß jede Verfassungsbestimmung so ausgelegt werden muß, daß sie mit jenen elementaren Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers vereinbar ist. Wegen der vorauszusetzenden und in der Dezi- sion des *pouvoir constituant* begründeten „Einheit der Verfassung“ führt das zwar nicht zu einer verfassungsimmanenten Rangordnung der Verfassungsbestimmungen selbst. „*Verfassungswidriges Verfassungsrecht*“⁸ wird für den originären Bestand des Verfassungsgesetzes nicht als eine mögliche Kollision von positiven Verfassungsnormen aufgefaßt. Soweit aber jene Grundsätze und Grundentscheidungen Normen in positives Recht gießen, „die vielfach als übergesetzlich bezeichnet werden (etwa in Art. 1, aber auch in Art. 20 GG)“, können sie – so der Standpunkt des Bundesverfassungsgerichts – kraft ihrer genuinen Überpositivität andere, an diesem Geltungsgrad nicht teilnehmende Normen daran hindern, geltendes Recht zu werden. Die so etablierte Möglichkeit, verfassungswidrige Verfassungsnormen zu denken⁹, drückt in einer etwas komplizierten Weise die Auffassung aus, daß der Verfassungsgesetzgeber an Normen überpositiven Rechts gebunden sei. Kaum folgerichtig ist es allerdings, daß diese Bindung nur für das „in die Verfassung einbezogene und in ihr vorausgesetzte Recht“ überpositiven Charakters angenommen wird.

Kritische Einwände ruft nicht so sehr die These hervor, daß die Verfassunggebung auf grundlegende Gerechtigkeitspostulate verpflichtet sei, als vielmehr die weitere Annahme, daß damit nicht im Einklang stehende Verfassungsnormen der Ungültigkeit verfallen und daß dem Bundesverfassungsgericht die Kompetenz zukommt, diese Rechtsfolge zu konstatieren¹⁰. Das Bundesverfassungsgericht verfehlt

⁵ BVerfGE 1, 14.

⁶ BVerfGE 3, 225.

⁷ BVerfGE 1, 14/32 f.

⁸ O. Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen? 1951. U. Scheuner, DÖV 1961, 201 sieht darin „schwerlich eine überzeugende Begriffsbildung“.

⁹ BVerfGE 3, 225/231 ff., 247 f.; distanzierter BVerfGE 12, 45/50 – Wehrpflicht und Kriegsdienstverweigerung.

¹⁰ O. Bachof, DÖV 1954, 121, findet in BVerfGE 3, 225 seinen Standpunkt bestätigt. Kritisch dagegen W. Apelt, Verfassung und richterliches Prüfungsrecht, JZ 1954, 401, bes. S. 404.

nicht, der Inanspruchnahme dieser Befugnis hinzuzufügen, daß es sich bei der Verletzung äußerster Gerechtigkeitsgrenzen durch einen „freiheitlich demokratischen Verfassungsgeber“ um eine „theoretische Möglichkeit“ handle, „die einer praktischen Unmöglichkeit nahezu gleichkommt“, und daß dies im Falle des Parlamentarischen Rates zwar nicht schlechthin unmöglich, aber doch schwer vorstellbar sei¹¹. Wegen dieses Vorbehalts und wegen der Abweisung des Weges, positive Verfassungsnormen untereinander in eine Rangfolge mit der Kollisionswirkung der Verfassungswidrigkeit von Verfassungsrecht zu bringen, begrüßten auch Gegner einer derartigen Normenkontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts die Entscheidung zu Art. 117 Abs. 1 GG, weil sie Klarheit in eine verworrene Lage gebracht und „in den schäumenden Wein des Triumphes der Rechtsprechung über den Verfassungsgesetzgeber“ das nötige Wasser gegossen habe¹².

Eine große Tragweite hat der Gedanke der Einheit der Verfassung in der Ausprägung, daß das Verfassungsgesetz als ein Regelungszusammenhang und eine Sinneinheit aufzufassen ist. Daher rechtfertigt sich die Gewinnung „*allgemeiner Grundsätze und Leitlinien*“, welche die einzelnen Sätze der geschriebenen Verfassung verbinden und innerlich zusammenhalten, ohne – da im „vorverfassungsrechtlichen Gesamtbild“ angelegt – in einem besonderen Rechtssatz ausgedrückt zu sein¹³. Hierzu rechnet vor allem das Rechtsstaatsprinzip mit der Fülle seines Inhalts. Andere Grundentscheidungen sind explizit in das Verfassungsgesetz aufgenommen, wie der Bundesstaat, die demokratische Staatsform, das Sozialstaatsprinzip, und sind so bei einer Interpretation von Einzelbestimmungen, indem die Einheit der Verfassung bedacht wird, wirksam¹⁴. Erst verhältnismäßig spät tritt in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts die Einheit der Verfassung klar auch als das ausschlaggebende Kriterium für die gesetzgeberische Einschränkung solcher Grundrechte zutage, die ohne Gesetzesvorbehalt garantiert sind. Als Regel wird nun festgelegt, daß nur kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete „Rechtswerte“ „mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung“ ausnahmsweise imstande sind, auch uneinschränkbare Grundrechte in einzelnen Beziehungen zu begrenzen¹⁵.

Die „Einheit der Verfassung“ ist als Rechtsgedanke zwingend, sofern darunter nicht eine durchgehende Präponderanz derjenigen Vorschriften verstanden wird, welche die Grundlagen der Staatsgewalt bestimmen. Werden nicht zugleich die Vielfalt des Verfassungssinns und die relative Selbständigkeit der einzelnen Festlegungen und Garantien berücksichtigt, kann es zu einer harmonisierenden Verkürzung von Verfassungsinhalten zugunsten der sehr ausdeutungsfähigen Haupt-

¹¹ BVerfGE 3, 225/233 f.

¹² W. Apelt, aaO, S. 402.

¹³ BVerfGE 2, 380/403 – Nordrhein-Westf. Gesetz betr. Beanstandungsrecht in Haftentschädigungssachen; BVerfGE 25, 269 – Verlängerung strafrechtlicher Verjährungsfristen.

¹⁴ BVerfGE 10, 354/363 – Bayer. Ärzteversorgung, u. ö.

¹⁵ BVerfGE 28, 243/261 – Dienstvergehen von Kriegsdienstverweigerern.

prinzipien kommen. Ein derart mögliches Mißverständnis wird durch die wenig deutliche Vorstellung von einer positivierten „Wertordnung“ begünstigt¹⁶.

Mit der in der älteren Gerichtspraxis zu beobachtenden Auszeichnung bestimmter Verfassungsnormen als verfassungsrechtlicher Grundentscheidungen stimmt nicht die neuerdings verwendete Begriffsbildung von der „Grundstruktur der Verfassung, auf der ihre Identität beruht“, überein¹⁷. Als ein unaufgebbares, zur Verfassungsstruktur des Grundgesetzes gehörendes Essentiale der geltenden Verfassung wird der Grundrechtsteil bezeichnet. Diese Begriffsbildung, die dem Gericht zu einer Begrenzung der Integrationsgewalt des Art. 24 Abs. 1 GG dient, spricht der Verfassung eine durch ihre „Struktur“ charakterisierte „Identität“ zu, die nicht im Wege der Gesetzgebung, wohl aber durch Verfassungsänderung umgestaltet werden kann, also zumindest zum Teil nicht die Festigkeit der in Art. 79 Abs. 3 GG aufgeführten Grundsätze besitzt. Andererseits können die benutzten anspruchsvollen Ausdrücke nicht einfach die geltenden Normen des Verfassungsrechts meinen.

Von ähnlich schwimmendem Bedeutungsgehalt wie die rechtlich kaum faßbaren und auch sonst recht vieldeutigen Begriffe „Struktur“ und „Identität“ sind die durch das Abhör-Urteil¹⁸ eingeführten Begriffe der „systemimmanenten Modifikation“ von Verfassungsgrundsätzen. In dieser Entscheidung wird die Bestimmung des Art. 79 Abs. 3 GG, die dem Bundesverfassungsgericht ursprünglich einen äußeren Anhalt für das Konzept der „verfassungsrechtlichen Grundsätze und Grundentscheidungen“ gegeben hatte, einer höchst unklaren und nicht näher gerechtfertigten Restriktion unterworfen. Die Formel, daß diese Vorschrift eine „prinzipielle Preisgabe“ der dort genannten Grundsätze verbiete, jedoch nicht hindere, „durch verfassungsänderndes Gesetz auch elementare Verfassungsgrundsätze systemimmanent zu modifizieren“, ist mit der Entscheidung selbst¹⁹ auf eine teilweise drastische Kritik gestoßen²⁰. Die Wendung von der systemimmanenten Modifikation elementarer Verfassungsgrundsätze ist von Nüchternheit und Klarheit juristischer Sprache, die gerade für dieses Zentralstück der Verfassung zu erwarten wäre, weit entfernt. Sie könnte einer verfassungsändernden Mehrheit entgegen dem Sinn jener Sperrklausel des Art. 79 Abs. 3 GG ein zu weites Aktionsfeld zur Umwälzung der verfassungsrechtlichen Institutionen und Garantien öffnen.

c) Die tragenden Institutionen und Garantien des durch das Grundgesetz eingerichteten Verfassungsstaates sind, mit einer durch den Regelungszusammenhang

¹⁶ P. Badura, Verfassung und Verfassungsgesetz, in: Festschrift für Ulrich Scheuner, 1973, S. 19/32.

¹⁷ BVerfGE 37, 271/279 f. – EWG/Exportkautions. – Zur Kritik an dieser Entscheidung: H. P. Ipsen, EuR 10, 1975, S. 1; U. Scheuner, AöR 100, 1975, S. 30. Eine positivere Bewertung bei H. H. Rupp, NJW 1974, 2153.

¹⁸ BVerfGE 30, 1/24 f.

¹⁹ Dazu das Sondervotum Geller, von Schlabrendorff und Rupp, S. 33 ff.

²⁰ K.-H. Hall, JuS 1972, 132; P. Häberle, JZ 1971, 145; H. H. Rupp, NJW 1971, 275.

bedingten defensiven Betonung, durch die Klausel „*freiheitliche demokratische Grundordnung*“ umschrieben (bes. Art. 18, 21 Abs. 2 GG). Ausgehend von der Zielsetzung des Parteiverbots, das den Grundsatz der freien Gründung und Betätigung der politischen Parteien zum Schutz der „obersten Grundwerte des freiheitlichen demokratischen Verfassungsstaates“ durchbricht, hat das Bundesverfassungsgericht jene Klausel wie folgt interpretiert:

„So läßt sich die freiheitliche demokratische Grundordnung als eine Ordnung bestimmen, die unter Ausschluß jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition.“²¹

Es sind dies die elementaren Verfassungsgrundsätze einer freiheitlichen und demokratischen Verfassungsordnung, über die sich mindestens alle Parteien einig sein müssen, wenn dieser Typus der Demokratie überhaupt sinnvoll funktionieren soll²². Die Verfassung legt der staatlichen Herrschaft so eine „wertgebundene Ordnung“²³ auf, die sie, als „streitbare Demokratie“²⁴, gegen die politischen Parteien verteidigt, die demokratische Verfahren und Institutionen zur Beseitigung der von ihnen bekämpften freiheitlichen Demokratie mißbrauchen, um damit unvereinbare Herrschaftsformen wie die des „totalen Staates“²⁵ oder der Diktatur des Proletariats²⁶ zu errichten.

Der Staat des Grundgesetzes will „*eine Gemeinschaft freier Menschen*“ sein und erkennt „gerade in der Möglichkeit freier Selbstbestimmung des Einzelnen einen gemeinschaftsbildenden Wert“²⁷. Der dem Staat auferlegte Respekt vor den rechtsstaatlichen Rechten und Freiheiten, insbesondere vor der Gewissensfreiheit (Art. 4 GG), zwingt den Staat und sein Recht zu weltanschaulicher Neutralität: Die Grundlagen des politischen Zusammenlebens sind einheitlich für alle Staatsbürger zu bestimmen, die Verfassungsbegriffe für alle Bekenntnisse und Weltanschauungen gleich zu interpretieren²⁸. Damit wird an die neuzeitliche Säkularisierung politischer Herrschaft erinnert, darüber hinaus aber auch allen Formen einer verordneten

²¹ BVerfGE 2, 1/12 f. – SRP-Urteil; 5, 85/140 – KPD-Urteil.

²² BVerfGE 5, 85/141.

²³ BVerfGE 2, 1/12.

²⁴ BVerfGE 5, 85/139.

²⁵ BVerfGE 2, 1/12.

²⁶ BVerfGE 5, 85/195 ff.

²⁷ BVerfGE 12, 45/54. – *Groß*, JZ 1961, 480.

²⁸ BVerfGE 12, 45/54; 24, 236/247 f. – Aktion Rumpelkammer. – *U. Scheuner*, DÖV 1961, 201/203; *ders.*, Die verfassungsmäßige Verbürgung der Gewissensfreiheit, ZevKR 15, 1970, S. 242; *R. Bäuml*/E.-W. Böckenförde, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDS:RL Heft 28, 1970.

religion civile eine Absage erteilt. In der letztlich individualistischen Legitimierung staatlicher Herrschaft, wie sie sich hier zeigt, wurzelt auch das vom Bundesverfassungsgericht „im konservierenden Sinne“ anerkannte Widerstandsrecht als „letztes verbleibendes Mittel zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Rechtes“²⁹.

Die mit der Verfassung gesetzte und durch sie gesicherte Ordnung ist nicht identisch mit der bestehenden sozialen Gliederung und ihren Auswirkungen in der Politik einschließlich den etwa auf ihnen beruhenden politischen Machtverhältnissen³⁰. Die grundsätzlich „privilegienfeindliche“ Demokratie³¹ nicht weniger wie das sozialstaatliche Ziel als verfassungsrechtlich und politisch prägende Staatsaufgabe³² schließen – in der ihnen eigentümlichen notwendigen Verbindung – den Auftrag zur staatlichen Sozialgestaltung im Sinne der sozialen Gerechtigkeit ein. Auch der auf Bewegung und Veränderung drängende Sozialstaat, der sich wesentlich durch gruppierte Interessenwahrung und -befriedigung verwirklicht, wird vom Bundesverfassungsgericht an der individualistischen Grundlinie der Würde und Freiheit der Person orientiert. Das Gebot des sozialen Rechtsstaates ist in besonderem Maße auf einen Ausgleich sozialer Ungleichheiten zwischen den Menschen ausgerichtet und dient zuvörderst der Erhaltung und Sicherung der menschlichen Würde, dem obersten Grundsatz der Verfassung³³.

d) Ein die Praxis des Bundesverfassungsgerichts durchgehend beherrschendes Prinzip ist die Betrachtung der Verfassung als Ausdruck einer „Wertordnung“, das Verständnis grundlegender Verfassungsnormen als „Wertentscheidungen“. Auch wenn es oft nicht möglich ist, die Auswirkung dieses Gedankens für die substantielle Argumentation und das Ergebnis des behandelten Einzelfalles zu erkennen, so ist damit doch insgesamt die gelegentlich auch scharf formulierte Distanzierung von der „Geisteshaltung eines wertungsfreien Gesetzespositivismus“³⁴, wenn auch abgekürzt und etwas mißverständlich, zum methodischen Prinzip erhoben. In der These des Südweststaat-Urteils, daß die Verfassungsgebung an „die jedem geschriebenen Recht vorausliegenden überpositiven Rechtsgrundsätze“ gebunden sei³⁵, konnte man darüber hinaus ein „uneingeschränktes Bekenntnis“ des Bundesverfassungsgerichts zum *überpositiven Recht* erblicken³⁶. Später läßt sich eine gewisse Abwehr naturrechtlicher Argumente vermerken³⁷, jedenfalls aber der Verzicht auf eine ausdrückliche Heranziehung „überpositiver Rechtsgrundsätze“. Darin liegt

²⁹ BVerfGE 5, 85/377.

³⁰ BVerfGE 5, 85/336.

³¹ BVerfGE 40, 296/317 – Abgeordnetendiäten.

³² W. Weber, Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen, Staat 4, 1965, S. 409; H. F. Zacher, Soziale Gleichheit, AöR 93, 1968, S. 341; W. Schreiber, Das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes in der Praxis der Rechtsprechung, 1972.

³³ BVerfGE 35, 348/355 – Armenrecht für jurist. Personen.

³⁴ BVerfGE 3, 225/232; 23, 98/106 – 11. VO zum Reichsbürgergesetz.

³⁵ BVerfGE 1, 14/61.

³⁶ C. H. Ule, DVBl. 1952, 17.

³⁷ BVerfGE 10, 59/81 – Stichentscheid des Vaters.

dem äußeren Anschein nach das Beiseitelassen einer bestimmten und zeitgebundenen Doktrin der außerpositiven Bedingungen des positiven Rechts, nicht aber eine sachliche Wendung in der Grundfrage. Teils beiläufig, teils aber auch sehr nachdrücklich wird auf die „fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft“³⁸, auf die „*fundamentalen Prinzipien der Gerechtigkeit*“, zu denen etwa das Willkürverbot gerechnet wird³⁹, abgehoben. Es ist immerhin naheliegend, daß auch die neuerdings stärker als Prüfungsmaßstab hervorgehobene „soziale Gerechtigkeit“ (Art. 3 Abs. 1 in Verb. mit Art. 20 Abs. 1 GG)⁴⁰ zu der Sphäre dieser Prinzipien gezählt werden wird. In dieser Anschauung wird für den Verfassungsstaat und sein Recht ein Zurechnungspunkt und Legitimationszusammenhang jenseits der positiven Dezision der Normsetzung gesucht.

Die entschiedene *Trennung von einer positivistischen Rechtsbetrachtung* zeigt sich auch darin, daß das Bundesverfassungsgericht die staatsrechtliche Begriffswelt nicht aus sich selbst heraus konstruiert. Das Gericht gelangte in der aufsehenerregenden Entscheidung zum G 131 dadurch zu der Annahme, daß die Beamtenverhältnisse am 8. Mai 1945 erloschen sind, daß es den Übergang vom Dritten Reich über dessen Zusammenbruch zur Rekonstituierung deutscher Staatlichkeit jedenfalls hinsichtlich des rechtlichen Status der Beamten als eine historisch-politische Umwälzung und nicht als einen die Kontinuität der Rechtslage unberührt lassenden „Wechsel der Staatsform“ beurteilte⁴¹. Es rechtfertigte diese Einschätzung mit einer eindringenden Analyse der politischen Praxis des Dritten Reiches, seiner „Rechtswirklichkeit“, „denn die Einordnung eines staatsrechtlich relevanten Sachverhalts unter einen Rechtsbegriff kann nur aufgrund einer unmittelbaren und umfassenden Anschauung der tatsächlichen Verhältnisse und des politischen Zusammenhangs, in dem sie stehen, richtig vollzogen werden“⁴². Ein Kritiker der Entscheidung vermerkt eine Eigentümlichkeit der Argumentation, „die den Rechtsspruch nicht einer Norm, sondern einer Deutung der Geschichte“ entnimmt⁴³. Von anderer Seite erhielt das Gericht Beifall gerade wegen seiner Methode, die ihm die Einsicht in die Andersartigkeit des totalitären Staates und seiner Rechtsgestaltungen eröffnet habe⁴⁴. Ein Beobachter nannte das Urteil mit seiner „historisch induktiven“ Methode „in methodologischer Hinsicht wohl eine der großartigsten Leistungen der deutschen Judikatur seit dem Jahre 1945“⁴⁵.

e) Das in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts sich rechtsbildend und rechtsfortbildend formierende Staatsrecht sucht die Bedeutungsbreite der Normierungen der Verfassungsurkunde auszuschöpfen. Es wird damit nach Prinzip und Methode

³⁸ BVerfGE 9, 339/349 – Altersgrenze für Hebammen.

³⁹ BVerfGE 23, 98/106 f.

⁴⁰ BVerfGE 39, 316/327 – Kinderzuschuß für Enkel in der knappschaftl. Rentenversicherung; BVerfGE 40, 121/134 – Waisenrente nach AVG.

⁴¹ BVerfGE 3, 58 – G 131-Beamte.

⁴² BVerfGE 3, 58/85.

⁴³ E. Forsthoff, DVBl. 1954, 69.

⁴⁴ H. Peters, JZ 1954, 589.

⁴⁵ Heegner, NJW 1954, 897/903.

der Eigenart der Verfassung als konkretem Gründungs- und Gestaltungsakt gerecht. Die *Legitimitätsbedingungen des Verfassungsrechts* werden der juristischen Argumentation und Begründung ebenso dienstbar gemacht wie die konkreten politischen und geschichtlichen Umstände und Absichten der Verfassunggebung durch den Parlamentarischen Rat.

Im KPD-Urteil wird der Prävention der KPD, gegenüber der bestehenden Verfassungsordnung ein Widerstandsrecht in Anspruch nehmen zu können, die Legitimität – und nicht nur die Legalität – der Ordnung in der Bundesrepublik entgegengehalten⁴⁶. Das Gericht erläutert hier, welche Voraussetzungen es einer als legitim anzuerkennenden Herrschaftsordnung abverlangt. Es begnügt sich nicht mit dem Hinweis auf die demokratische Entstehung der grundgesetzlichen Ordnung und ihre fortdauernde Bestätigung durch freie Wahlen. Ihre „innere Verbindlichkeit“, die das Wesen der Legitimität ausmache, gewinne sie vor allem, „weil sie – nicht notwendig in allen Einzelheiten, aber dem Grundsatz nach – Ausdruck der sozialen und politischen Gedankenwelt ist, die dem gegenwärtig erreichten kulturellen Zustand des deutschen Volkes entspricht. Sie beruht auf einer ungebrochenen Tradition, die – aus älteren Quellen gespeist – von den großen Staatsphilosophen der Aufklärung über die bürgerliche Revolution zu der liberal-rechtsstaatlichen Entwicklung des 19. und 20. Jahrhunderts geführt und der sie selbst das Prinzip des Sozialstaates, d. h. das Prinzip der sozialen Verpflichtung hinzugefügt hat. Die sich hieraus ergebenden Wertsetzungen werden von der übergroßen Mehrheit des deutschen Volkes aus voller Überzeugung bejaht.“ Objektive Gegebenheiten der Tradition und der erreichten Rechtskultur werden in diesem kurzen und sehr voraussetzungsvollen Katechismus des westlichen Verfassungsstaates verbunden mit der konstatierten Billigung des Staatsvolkes.

Der Akt der *Verfassunggebung* selbst wird nach den Grundsätzen des revolutionären Staatsrechts gedeutet, wie es seit der französischen Revolution überkommen ist. Zur Auslegung des Art. 146 GG wird die Beschlußfassung über die Verfassunggebung als ein dem Staatsvolk zustehender Akt des *pouvoir constituant* bezeichnet⁴⁷. Etwas früher hatte das Südweststaat-Urteil – zu Unrecht – die verfassunggebende Versammlung im Besitz des *pouvoir constituant* gesehen⁴⁸. Die *Lehre vom pouvoir constituant* ist tatsächlich nicht eine Lehre von Kompetenzen zur Rechts-erzeugung, hier von Kompetenzen zum Erlaß einer Verfassung, sondern eine auf dem Prinzip der Volkssouveränität fußende Doktrin von der Legitimität einer Verfassung. Dementsprechend kann das legitimitätschaffende Subjekt des *pouvoir constituant* nur das Staatsvolk sein, nicht eine Vertretungskörperschaft.

Das Bundesverfassungsgericht bindet, wie bereits dargetan, Recht und Verfassung an vorpositive Grundsätze der Gerechtigkeit und versteht deshalb folgerichtig auch die Verfassunggebung nicht als einen „außerrechtlichen“ Akt rein politischer

⁴⁶ BVerfGE 5, 85/379.

⁴⁷ BVerfGE 5, 85/131.

⁴⁸ BVerfGE 1, 14/61.

Dezision. Eine verfassunggebende Versammlung besitzt „Unabhängigkeit“ zur Erfüllung des ihr zugewiesenen Auftrages zur Verfassungsgesetzgebung und dementsprechend freie, d. h. nicht durch bestehendes positives Recht und durch sonstige „von außen auferlegte“ Beschränkungen begrenzte, Entscheidungsgewalt über das Verfahren der Verfassungsgesetzgebung und über den Inhalt der Verfassung⁴⁹. Im Wesen des *pouvoir constituant* liegt auch, daß er von seinen eigenen Grundsatznormen Ausnahmen statuieren kann, ohne dadurch unwirksames „verfassungswidriges Verfassungsrecht“ zu setzen⁵⁰. Dennoch sind *pouvoir constituant* und verfassunggebende Versammlung nicht selbstherrlich. Sie müssen „die jedem geschriebenen Recht vorausliegenden überpositiven Rechtsgrundsätze“⁵¹ und damit einen „gewissen Mindeststandard freiheitlich-demokratischer Garantien“⁵² wahren. Eine gliedstaatliche Verfassunggebung muß sich zusätzlich an die Normativbestimmungen der Bundesverfassung halten⁵³.

Das aus der Verfassunggebung hervorgehende und durch den *pouvoir constituant* legitimierte Verfassungsgesetz kann, abgesehen vom Fall der Verfassungsänderung, inhaltlich einem Wandel unterliegen. Die Bildung von Verfassungsrecht ist nicht mit dem historischen Akt der Verfassunggebung abgeschlossen. Eine Verfassungsbestimmung kann „einen Bedeutungswandel erfahren, wenn in ihrem Bereich neue, nicht vorausgesehene Tatbestände durch ihre Einordnung in den Gesamttablauf einer Entwicklung in neuer Beziehung oder Bedeutung erscheinen“⁵⁴. Daß ein derartiger *Verfassungswandel*⁵⁵ eingetreten sei, wurde in den beiden entschiedenen Einzelfällen – Eigentumsschutz öffentlich-rechtlicher Rechtspositionen, Bundeskompetenz für das Bodenrecht (Art. 74 Nr. 18 GG) – verneint. Ohne Anknüpfung an die zitierte Formel aus den älteren Entscheidungen schreibt das Urteil zu den Abgeordnetendiäten „im Lichte der dargelegten, nicht zufälligen, sondern notwendigen und innerlich folgerichtigen, schwerlich reversiblen Entwicklung“ dem Art. 48 Abs. 3 GG eine „neue Bedeutung“ zu⁵⁶. Die angemessene, die Unabhängigkeit sichernde Entschädigung im Sinne des Art. 48 Abs. 3 Satz 1 GG sei heute eine Vollalimentation aus der Staatskasse. Mit der „Entwicklung“ der Stellung des Abgeordneten und der Natur der Diäten bezieht sich das Gericht auf die weitgehende Ersetzung des Honoratioren-Abgeordneten durch den Berufs-Abgeordneten. Der methodische Grund des „Entwicklungs“-Arguments ist undeutlich. Denn die gemeinte Veränderung der Verhältnisse war schon im Jahre 1949 sehr weit fortgeschritten und sie ist, soweit sie „notwendig“ und „innerlich folgerichtig“ ist, bereits mit der Ausbildung der parlamentarisch-parteienstaatlichen Demokratie

⁴⁹ BVerfGE 1, 14/61.

⁵⁰ BVerfGE 3, 225/232.

⁵¹ BVerfGE 1, 14/61.

⁵² BVerfGE 5, 85/132.

⁵³ BVerfGE 1, 14/61.

⁵⁴ BVerfGE 2, 380/401; 3, 407 – Baurechtsgutachten.

⁵⁵ P. Lerche, Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum, in: Festgabe für Th. Maunz, 1971, S. 287; K. Hesse, Grenzen der Verfassungswandlung, in: Festschrift für Ulrich Scheuner, 1973, S. 123.

⁵⁶ BVerfGE 40, 296/315.

verbunden, einer Staatsform, die das Grundgesetz vorgefunden hat. Demnach ist es fraglich, ob man es hier mit einem echten Fall des Verfassungswandels zu tun hat, nämlich einer seit der Verfassungsgesetzgebung eingetretenen Inhaltsänderung einer Verfassungsbestimmung. Die älteren Entscheidungen zum Verhältnis von Art. 21 GG zu Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG⁵⁷ hatten trotz nachdrücklicher Betonung des notwendig parteienstaatlichen Charakters der Demokratie einen entwicklungsbedingten Bedeutungswandel des freien Mandats im Grundsatz verneint und das in der Verfassung vorgefundene „Spannungsverhältnis“ zwischen Parteienstaat und freiem Mandat nicht einseitig aufgelöst. Die in dem Urteil zu den Abgeordneten vorgenommenen Umwandlung der Diäten in ein beamtenähnliches Gehalt entbehrt hinsichtlich der aus den „Veränderungen der Verhältnisse“ und der festzustellenden „Entwicklung“ abgeleiteten verfassungsändernden Rechtsfolgen der gesicherten Rechtfertigung in einer faßbaren Doktrin des Verfassungswandels.

2. Staat, Gesellschaft und politischer Prozeß

a) Die Institutionen und Garantien des Verfassungsrechts begründen, organisieren und begrenzen staatliche Herrschaft. Sie setzen dem Staat und seinen Gestaltungsvollmachten die Rechte und Interessen der Einzelnen und der Gruppen entgegen. Diese Unterscheidung und Entgegensetzung erklärt sich aus der allgemeinen Zielsetzung des Verfassungsstaates, der die öffentliche Gewalt seinem Prinzip nach nur in der rechtlichen Erscheinungsweise definierter Kompetenzen und Befugnisse zuläßt. Das gilt auch für den Sektor der Staatsaufgaben, der den Schutz einzelner oder von Minderheiten gegen soziale und wirtschaftliche Macht zum Gegenstand hat.

Die normative und institutionelle *Selbständigkeit des Staates* gegenüber der durch ihn politisch organisierten *Gesellschaft* befindet sich in einem Spannungsverhältnis sowohl zu dem monistischen Grundzug der demokratischen Legitimität und ihres Mehrheitsgrundsatzes⁵⁸, als auch zu den für die politische Praxis bestimmenden Erscheinungen des Parteiwesens – des „Parteienstaates“ – und des Interessen- und Verteilungskampfes der Gruppen. „Der demokratische Staat der Gegenwart, der kein einheitliches Subjekt der Herrschaft mehr kennt, wird zu einem Stück (was nicht bedeutet: zur) Selbstorganisation der modernen Industriegesellschaft, deren Konflikte in den Prozeß politischer Einheits- und staatlicher Willensbildung eingehen und hier ausgetragen und befriedet werden müssen“⁵⁹.

Das Problem der Selbständigkeit und Abhängigkeit der institutionellen Staatlichkeit im Verhältnis zu ihren ideellen, ideologischen oder religiösen Legitimitäts-

⁵⁷ Bes. BVerfGE 2, 1/72 ff.

⁵⁸ U. Scheuner, Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie, 1973.

⁵⁹ K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl. 1975, S. 8.

grundlagen und zu den Instanzen politischer und sozialer Macht ist durch Demokratie und Industriegesellschaft in ein neuartiges und zum Teil derart krisenhaftes Stadium getreten, daß bereits das heraufkommende Ende staatlicher und auch verfassungsstaatlicher Herrschaft angekündigt worden ist⁶⁰. Von anderer, fundamentaldemokratischer Seite werden Räteorganisation und andere Selbstverwaltungsformen dem vertikalen System staatlicher Herrschaft entgegengesetzt und wird, wenn auch mit sehr verschiedenartigen Erwartungen und Vorstellungen, ein Absterben des Staates gefordert und begrüßt. Ein durch hochgradige Vereinfachungen gekennzeichnete Brennspegel dieser Tendenzen und Bestrebungen ist das Debattierfeld vom „Verhältnis von Staat und Gesellschaft“⁶¹, wo das oben umrissene Problem gelegentlich in schlagwortartiger Verflachung als „Vergesellschaftung des Staates“ und „Verstaatlichung der Gesellschaft“ auftritt. Betrachtet man den Widerschein dieser Auseinandersetzungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, muß man sich vergegenwärtigen, daß das Gericht den Kampfplatz der Deutungen nicht zuerst mit theoretischer Absicht betritt und daß der Staat für die Praxis des Staatsrechts in der notwendigen normativen Verkürzung der verfassungsrechtlichen Institutionen und Garantien faßbar werden muß.

Das Bundesverfassungsgericht sieht „die Gesellschaft“ je nach dem Entscheidungsgegenstand als einen Verband von Individuen mit selbständigen Rechten und Freiheiten oder als „pluralistische Gesellschaft“⁶² der Interessen und Gruppen. Zur Rechtfertigung der Zwangsmitgliedschaft in Körperschaften der wirtschaftlichen Selbstverwaltung unterstreicht es, daß in der industriellen Gesellschaft auch die allgemeine Staatspolitik in weitem Maße von wirtschaftlichen Vorgängen und Entwicklungen bestimmt werde und dementsprechend – auch in einer grundsätzlich freien Wirtschaft – staatliche Einwirkungen auf das Wirtschaftsleben unvermeidbar seien⁶³. Die Entscheidungen zur Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) geben der kollektiven Wirkung der Garantie ein betontes Gewicht bis hin zu der Annahme einer institutionellen Gewährleistung der verbandsmäßigen Interessenerhaltung, Lohngestaltung und Autonomie⁶⁴. Die Einsicht in das gruppenhafte Interessengefüge der Gesellschaft verdrängt jedoch nicht die durch die Grundrechte normativ gebotene individualistische Grundlinie, soweit die Rechte und Freiheiten

⁶⁰ E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971.

⁶¹ Hesse, aaO, S. 8 ff.; H. Ehmke, ‚Staat‘ und ‚Gesellschaft‘ als verfassungstheoretisches Problem, in: Festgabe für Rudolf Smend, 1962, S. 23; E.-W. Böckenförde, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: Festgabe für Wolfgang Hefermehl, 1972, S. 11; ders., Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, 1973.

⁶² BVerfGE 24, 236/247 f.

⁶³ BVerfGE 15, 235/240 – Pflichtzugehörigkeit zu den Industrie- und Handelskammern.

⁶⁴ Zuerst BVerfGE 4, 96 – Tariffähigkeit eines gemischtfachlichen Unternehmerverbands. – R. Scholz, Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit, 1972; W. Zöllner, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 9 Abs. 3 GG, AöR 98, 1973, S. 71; P. Badura, Arbeitsgesetzbuch, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie, RdA 1974, 129.

der einzelnen in Frage stehen; Freiheit und Würde der Person erscheinen stets als Grundorientierung der Verfassungsordnung. Die staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten, die für jeden einzelnen mit dem Besitz der Staatsbürgerschaft verbunden sind, bilden zugleich „konstituierende Grundlagen des gesamten Gemeinwesens“⁶⁵.

Entsprechend der verfassungsstaatlich vorgegebenen Unterscheidung der institutionellen und kompetenzrechtlich geordneten Staatlichkeit von den politischen und gesellschaftlichen Meinungen, Interessen, Willensbildungen und Einflüssen versteht das Bundesverfassungsgericht den *politischen Prozeß* nicht als einen einheitlichen Vorgang, für den es äußerlich wäre, ob jeweils Organe der öffentlichen Gewalt, politische oder soziale Gruppen oder einzelne an ihm teilnehmen. Das die Volkssouveränität proklamierende demokratische Grundaxiom „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“ (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) wird deshalb zu Recht nicht als ein staatsrechtlicher Satz des Inhalts angesehen, daß die Staatsgewalt außerhalb verfaßter Staatlichkeit existieren könnte.

„Während die im gesellschaftlich-politischen Raum erfolgende Bildung der öffentlichen Meinung und die Vorformung der politischen Willensbildung des Volkes sich unregelt und durch alle verfassungsrechtlich begrenzten Kompetenzräume hindurch unter Mitbeteiligung aller lebendigen Kräfte nach dem Maße ihres tatsächlichen Gewichts und Einflusses vollziehen, ist das Tätigwerden als Staatsorgan – gleichgültig in welcher Form und mit welcher Wirkung es geschieht – im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat durch Kompetenznormen verfassungsrechtlich begrenzt.“⁶⁶

Folgerichtig können öffentliche Meinung und *politische Willensbildung des Volkes* nicht mit *staatlicher Willensbildung*, d. h. mit der Äußerung der Meinung oder des Willens eines Staatsorgans in amtlicher Form, identifiziert werden. Der staatsorganschafliche Bereich ist getrennt von dem gesellschaftlich-politischen Bereich. Soweit es um die Teilnahme des Staatsvolkes an der Staatswillensbildung geht, genügt der den einzelnen Mitgliedern des Staatsvolkes zukommende grundrechtliche Titel des status activus nicht, sondern muß ein geordnetes Verfahren der Abstimmung verfassungsrechtlich gegeben sein⁶⁷.

Die eben wiedergegebenen Annahmen des Volksbefragungs-Urteils sind in die Grundlagen des ersten Parteienfinanzierungs-Urteils⁶⁸ eingegangen, dem in diesem Punkte vorgeworfen wurde, daß die staatstheoretischen Ausgangspunkte „nach

⁶⁵ BVerfGE 37, 217/239 – Staatsangehörigkeit ehelicher Kinder.

⁶⁶ BVerfGE 8, 104/115 f. – Volksbefragung über Atomwaffen. – *Th. Maunz*, DÖV 1959, 1; *W. Weber*, Mittelbare und unmittelbare Demokratie, in: Festschrift für Karl Gottfried Hugelmann, 1959, Bd. II, S. 765.

⁶⁷ BVerfGE 8, 104/113 f.

⁶⁸ BVerfGE 20, 56 – Parteienfinanzierung. – *P. Häberle*, JuS 1967, 64; *W. von La Roche*, Polit. Studien 1966, S. 570; *E. Menzel*, DÖV 1966, 585; *R. Mußgnug*, NJW 1966, 1686; *D. Rauschnig*, JZ 1967, 346; *H.-J. Rinck*, Der verfassungsrechtliche Statuts der politischen Parteien in der Bundesrepublik, in: Festschrift für Gerhard Leibholz, 1966, Bd. II, S. 305/311 ff.; *U. Scheuner*, DÖV 1968, 88; *H. Zwirner*, AöR 93, 1968, S. 81.

manchen Richtungen allzusehr an älteren Vorstellungen haften“⁶⁹ und daß ein mechanischer Dualismus Volk (Gesellschaft)–Staat zugrunde gelegt sei⁷⁰. Die Angriffsflächen dieses Urteils liegen vielleicht weniger hier als in der verfassungsrechtlichen Einordnung der politischen Parteien und ihres Auftrags. Die Unterscheidung und Trennung von Volk und Staatsorganen voraussetzend entnimmt das Gericht der freiheitlichen demokratischen Verfassungsordnung die Entscheidung für einen „freien und offenen Prozeß der Meinungs- und Willensbildung des Volkes“, mit der eine Finanzierung der gesamten politischen Tätigkeit der Parteien von Staats wegen nicht zu vereinbaren wäre. Denn „in einer Demokratie muß sich diese Willensbildung (sc. die Willensbildung des Volkes, die mit der staatlichen Willensbildung auf vielfältige Weise verschränkt ist) . . . vom Volk zu den Staatsorganen, nicht umgekehrt von den Staatsorganen zum Volk hin, vollziehen. Die Staatsorgane werden durch den Prozeß der politischen Willensbildung des Volkes, der in die Wahlen einmündet, erst hervorgebracht (Art. 20 Abs. 2 GG). Das bedeutet, daß es den Staatsorganen grundsätzlich verwehrt ist, sich in bezug auf den Prozeß der Meinungs- und Willensbildung des Volkes zu betätigen, daß dieser Prozeß also grundsätzlich ‚staatsfrei‘ bleiben muß.“⁷¹ Das Bild von der *Willensbildung, die sich vom Volk hin zu den Staatsorganen vollzieht*, ist anschaulich, aber wenig präzise. Denn es ist nicht erkennbar, um die „Willensbildung“ welchen Subjekts es sich handelt, und es wird der Ausdruck „Staatsorgan“ nicht eindeutig verwandt. Die Wahlen sind ein Kreativevorgang für Personen oder Gruppen, die mit den Funktionen von Staatsorganen betraut werden, nicht aber für die Staatsorgane selbst, die nur eine institutionelle Existenz besitzen. Tatsächlich liegt hier eine Vermischung der methodischen und begrifflichen Ebenen vor. Die staatliche Willensbildung, die nur den Organen der institutionellen Staatlichkeit zugerechnet werden kann, ist eine normative Größe, die politische Willensbildung dagegen ein – verfassungsrechtlich geordneter – Vorgang der politischen Praxis, der nicht dualistisch aufgespalten werden kann.

In den bisher behandelten Fällen begegnet die Unterscheidung und Entgegensetzung staatlich-institutioneller und politisch-gesellschaftlicher Bereiche und Vorgänge als eine ausschließliche Alternative. In den rundfunkrechtlichen Entscheidungen zeigt sich jedoch, daß das Bundesverfassungsgericht jedenfalls für die öffentlich-rechtlich organisierten Medien eine dritte Sphäre von Einrichtungen und Vorgängen vor Augen hat, die eine „*öffentliche Aufgabe*“ wahrnehmen und dennoch von Verfassungen wegen „*staatsfrei*“ sind⁷². Mit dem „Gebot der Staatsfreiheit des Rundfunks“ korrespondiert das Gebot, die Träger des Rundfunks so zu organisieren, daß „alle in Betracht kommenden Kräfte in ihren Organen Einfluß haben und

⁶⁹ U. Scheuner, aaO, S. 92.

⁷⁰ P. Häberle, aaO; siehe auch H. Zwirner, aaO, S. 116 ff.

⁷¹ BVerfGE 20, 56/97 ff., 99; 37, 217/239.

⁷² BVerfGE 12, 205 – Fernseh-Urteil; 31, 314 – Umsatzsteuerpflicht der Rundfunkanstalten.

im Gesamtprogramm zu Wort kommen können“⁷³, daß „eine weitgehende Beteiligung und Mitwirkung aller gesellschaftlich relevanten Kräfte“ gewährleistet ist⁷⁴. Der Rundfunk ist „Sache der Allgemeinheit“, die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten „stehen in öffentlicher Verantwortung und erfüllen, indem sie Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahrnehmen, zugleich integrierende Funktionen für das Staatsganze“, dennoch aber darf die Veranstaltung von Rundfunk- und Fernsehdarbietungen weder unmittelbar noch mittelbar zur staatlichen Aufgabe gemacht werden⁷⁵. Es ist gemutmaßt worden, daß sich dahinter eine neue Form der „Trennung von Staat und Gesellschaft“ verberge⁷⁶. In der Tat stellt die hier gegebene „Verkoppelung von Libertät, Neutralität, Parität und Pluralität“⁷⁷ eine sensible Balance staatlicher Organisations- und Finanzierungsgewalt, parteipolitischer und pluralistischer Einflußnahme und professioneller Publizistik dar, die sich dem dualistischen Schema entzieht⁷⁸. Die Begrifflichkeit des Bundesverfassungsgerichts, die im Fernseh-Urteil durch den medienrechtlich heteronomen Blickwinkel des Bundesstaatsrechts beeinflußt ist, belegt ein richtig erfaßtes neuartiges Phänomen mit verwirrenden Namen des überkommenen Staatsrechts und verdunkelt so den springenden Punkt der medienrechtlichen Herrschafts- und Verfügungsordnung. Denn es bleibt offen, wie im Parteienstaat „Staatsfreiheit“ dort zu denken ist, wo der Zugang der politischen Parteien erhalten bleibt, und ob unter diesen Umständen Staatsfreiheit mit Unabhängigkeit und „institutioneller Freiheit“⁷⁹ ganz gleichgesetzt werden darf⁸⁰.

b) Die demokratische Staatsform und die Grundrechte der politischen Freiheit postulieren die „politische Willensbildung des Volkes“ (Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG), an der die einzelnen, die öffentliche Meinung, die verbandsmäßig formierten Interessen und die politischen Parteien mitwirken, als „einen freien und offenen Prozeß der Meinungs- und Willensbildung des Volkes“⁸¹. Den Parteien kommt dabei nach der später zu schildernden Parteienstaatsdoktrin des Bundesverfassungsgerichts politisch und verfassungsrechtlich eine herausgehobene Stellung und Aufgabe zu. Das Gericht kennzeichnet die Freiheit der Meinungsäußerung als die Basis des politischen Prozesses, aus ihr leitet sich ein grundsätzliches Recht der freien politischen Betätigung und damit auch der freien Bildung politischer Parteien ab und dies ist ein Hauptstück der freiheitlich-demokratischen Ordnung.

⁷³ BVerfGE 12, 205/262 f.

⁷⁴ BVerfGE 31, 314/327 f.

⁷⁵ BVerfGE 31, 314/327, 329; Sondervotum Geiger, Rinde und Wand, ebd. S. 337.

⁷⁶ K. Zeidler, AöR 86, 1961, S. 361/402.

⁷⁷ K. A. Bettermann, DVBl. 1963, 41.

⁷⁸ M. Stock, Kirchenfreiheit und Medienfreiheit, ZevKR 20, 1975, S. 256.

⁷⁹ BVerfGE 31, 314/326.

⁸⁰ In diesem Punkt kann H. Lenz, JZ 1963, 338, der das Bundesverfassungsgericht gegen Bettermann, aaO, verteidigt, die Kritik nicht widerlegen.

⁸¹ BVerfGE 20, 56/97.

„Denn es ist eine der Grundanschauungen der freiheitlichen Demokratie, daß nur die ständige geistige Auseinandersetzung zwischen den einander begegnenden sozialen Kräften und Interessen, den politischen Ideen und damit auch den sie vertretenden politischen Parteien der richtige Weg zur Bildung des Staatswillens ist – nicht in dem Sinne, daß er immer objektiv richtige Ergebnisse liefere, denn dieser Weg ist a process of trial and error (I. B. Talmon), aber doch so, daß er durch die ständige gegenseitige Kontrolle und Kritik die beste Gewähr für eine (relativ) richtige politische Linie als Resultante und Ausgleich zwischen den im Staat wirksamen politischen Kräften gibt.“⁸²

Mit dem Übergang in die Bildung des Staatswillens gerät der politische Prozeß unter das spezifisch verfassungsstaatliche Regime fester Kompetenz-, Aufgaben- und Befugnisordnung. Für die parlamentarische Willensbildung ist neuerlich in recht allgemeiner und vager Form dem demokratischen und rechtsstaatlichen Prinzip der Grundsatz abgewonnen worden, „daß der gesamte Willensbildungsprozeß für den Bürger durchschaubar ist und das Ergebnis vor den Augen der Öffentlichkeit beschlossen wird. Denn dies ist die einzige wirksame Kontrolle. Die parlamentarische Demokratie basiert auf dem Vertrauen des Volkes; Vertrauen ohne Transparenz, die erlaubt zu verfolgen, was politisch geschieht, ist nicht möglich“⁸³.

Der staatsrechtlich ausschlaggebende Bestandteil des politischen Prozesses, die *Wahlen* zu der parlamentarischen Vertretung, ist streng formalisiert. Für das Wahlrecht und die sonstigen Regelungen, die sich auf den Wahlvorgang einschließlich der Wahlvorbereitung auswirken, gilt die gegenüber dem bloßen Willkürverbot des allgemeinen Gleichheitssatzes verschärfte („formalisierte“) Wahlrechtsgleichheit. Die Stimmen der einzelnen müssen „absolut gleich bewertet“ werden, ohne Rücksicht auf die bestehenden sozialen Unterschiede aller Staatsbürger. Neben der Anerkennung der überkommenen staatsbürgerlichen Gleichheit hat das Bundesverfassungsgericht den zugunsten der politischen Parteien geltenden „Grundsatz der gleichen Wettbewerbschancen“ oder der „Chancengleichheit der politischen Parteien“ statuiert, der dem parteienstaatlichen Charakter der Wahlen Rechnung trägt⁸⁴.

Von der staatlichen Willensbildung ebenso wie von den parteienstaatlichen und wahlrechtlichen Vorgängen und Entscheidungsprozeduren unterscheidet das Bundesverfassungsgericht die „*öffentliche Meinung*“. Die in der öffentlichen Meinung zum Ausdruck kommenden Tendenzen und Stellungnahmen zu politischen Fragen nennt es „Vorformung der politischen Willensbildung des Volkes“ und ordnet es dem gesellschaftlich-politischen Bereich zu. In diese „gehen ein – ohne daß damit eine erschöpfende Darstellung des Integrationsprozesses gegeben würde, der zur öffentlichen Meinung und politischen Willensbildung des Volkes führt – die vielfältigen, sich möglicherweise widersprechenden, ergänzenden, gegenseitig beeinflussenden Wertungen, Auffassungen und Äußerungen des Einzelnen, der Grup-

⁸² BVerfGE 5, 85/135.

⁸³ BVerfGE 40, 296/327. Dagegen das Sondervotum *Seuffert*, S. 349 f.

⁸⁴ BVerfGE 14, 121/132 f. – Sendezeiten der Parteien. – *W. Weber*, DÖV 1962, 241.

pen, der politischen Parteien, Verbände und sonstigen gesellschaftlichen Gebilde, die ihrerseits von einer Vielzahl von (politisch relevanten) Tatsachen, zu denen auch Entscheidungen des Staates und Äußerungen und Maßnahmen staatlicher Organe gehören, beeinflusst sind“⁸⁵. Art. 5 GG wird auch als eine Garantie der freien Bildung der öffentlichen Meinung verstanden. Dieses Grundrecht, zugleich die Basis der umfangreichen Rechtsprechung des Gerichts zur Presse- und Rundfunkfreiheit, erfährt so eine Stilisierung und Bewertung, die es nahezu auf die Ebene der staatsgestaltenden Grundnorm des Art. 20 GG rückt. „Das durch Art. 5 GG gewährleistete Recht der freien Meinungsäußerung, Presse-, Rundfunk-, Fernseh- und Filmfreiheit sind für eine freiheitliche demokratische Staatsordnung schlechthin konstituierend.“ Weitere Sicherungen der Freiheit der Meinungs- und Willensbildung des Volkes sind die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit, die Versammlungsfreiheit und die Petitionsfreiheit⁸⁶.

Das Bundesverfassungsgericht ist nicht dabei stehengeblieben, den Artikulationsprozeß der öffentlichen Meinung und die Freiheit der individuellen Meinungsäußerung mit besonders starken Garantien zu umgeben. Die Gerichtspraxis zur Parteienfreiheit und zu den Freiheiten der Medien sucht mit den Substraten der öffentlichen Meinung auch die Bedingungen einer freien öffentlichen Meinung zu erfassen und hierzu verfassungsrechtliche Maßstäbe zu gewinnen. Ein wesentliches Kettenglied der Argumentation ist dabei die institutionelle Auslegung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG. Eine deutlich geringere Rolle haben bisher – abgesehen von der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) – die Verfassungsfragen der freien Assoziation zu selbstgewählten Zwecken gespielt. Erst in jüngster Zeit finden sich im Hinblick auf die nach Art. 2 Abs. 1 GG beurteilte Zwangsmitgliedschaft in einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft Erwägungen, die den Zusammenhang der Vereinigungsfreiheit mit der politischen Freiheit ausdrücklich betonen. Das Gericht sieht in Art. 9 Abs. 1 GG einen Vorrang der freien Verbandsbildung angelegt und erkennt darin ein wesentliches Prinzip freiheitlicher Staatsgestaltung⁸⁷.

c) „Die demokratische und rechtsstaatliche Herrschaftsordnung des Grundgesetzes setzt erkennbare Verantwortlichkeit im Staat und im besonderen eine verantwortliche Regierung voraus.“⁸⁸ Der verfassungsrechtliche Grundsatz der Notwendigkeit einer „erkennbaren Verantwortlichkeit im Staat“ betrifft zuerst die verfassungsstaatliche Gestaltung des politischen Prozesses in der repräsentativen – d. h. parlamentarischen – Demokratie⁸⁹. Die institutionell verselbständigte Staatlichkeit mit kompetenzmäßig geordneten und getrennten Aufgaben und Befugnissen

⁸⁵ BVerfGE 8, 104/112 f.

⁸⁶ BVerfGE 20, 56/97 f.

⁸⁷ BVerfGE 38, 281/298, 303 – Arbeitnehmerkammern.

⁸⁸ BVerfGE 9, 268/281 – Brem. PersVertrG.

⁸⁹ U. Scheuner, Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung, in: Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 380; P. Badura, Parlamentarismus und parteienstaatliche Demokratie, in: Festschrift für Karl Michaelis, 1972, S. 9.

(„Gewalten“) und pro tempore selbständigen Entscheidungsvollmachten ist die Prämisse einer politisch kontrollierbaren Staatsführung.

Im engeren Sinne muß die „erkennbare Verantwortlichkeit im Staat“ in der Grundrelation des *parlamentarischen Regierungssystems* dahingehend zum Ausdruck kommen, daß die Regierung eine selbständige und eigenverantwortliche politische Entscheidungsgewalt besitzt, die ihr auch eine hinreichende Funktionsfähigkeit zur Erfüllung ihrer verfassungsmäßigen Aufgaben verschafft. „Der demokratische Rechtsstaat im Sinne des Grundgesetzes (Art. 28 Abs. 1 Satz 1) setzt notwendig eine funktionsfähige und verantwortliche Regierung voraus.“⁹⁰ Die Regierung ist nicht ein Ausschuß des Parlaments. Die Anerkennung der institutionellen Selbständigkeit der Regierung gegenüber dem Parlament wird allerdings nicht einseitig dahin fortgedacht werden dürfen, daß politische Leitungsentscheidungen originär Funktionen der Regierung wären. Im Rahmen der durch die überkommene rechtliche Ordnung des parlamentarischen Regierungssystems festgelegten Regeln bildet die vom Parlament berufene und von der sie tragenden Seite des Hauses unterstützte Regierung zusammen mit dem Parlament (dem Plenum und den Ausschüssen) das politisch wie verfassungsrechtlich nur im Zusammenhang wirksame und verstehbare Leitungssystem des Staates. Die neuerdings entschiedener in Angriff genommene Aufgabe der politischen Planung zwingt zu einer Weiterentwicklung der aus der konstitutionellen Epoche stammenden Organisations- und Entscheidungsregeln⁹¹. Die Ordnung der Verantwortlichkeit der Regierung ist – entgegen der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts⁹² – insofern jedenfalls auch eine Frage der Gewaltenteilung, als Bedingung einer „erkennbaren Verantwortlichkeit“ eine berechenbare Kompetenz- und Entscheidungsordnung ist, die im Verfassungsstaat nur in dem Prinzip der Gewaltenteilung wurzeln kann.

Der Grundsatz der verantwortlichen Regierung hat wesentliche Bedeutung auch für die Organisation der Exekutive. Denn die Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament soll mittelbar die parlamentarische Kontrolle über die Verwaltungstätigkeit ermöglichen und sichern. Das schließt grundsätzlich die Errichtung „ministerialfreier“ Stellen aus, die der Regierungsverantwortung entzogen und von Regierung und Parlament unabhängig sind⁹³. Wesentliche Gründe der Staatsgestaltung können eine begrenzte Durchbrechung dieses Grundsatzes rechtfertigen. Das ist etwa bei der aufgrund Art. 88 GG gesetzlich eingeführten Unabhängigkeit der Bundesbank der Fall, die ihren Grund in der überragenden Wichtigkeit der Währungssicherung findet. Eine verfassungsrechtlich gebotene Ausnahme vom Prinzip der verantwortlichen Regierung sind die Rundfunkanstalten, bei der die funktionsgerechte Erfüllung der ihnen zukommenden „öffentlichen

⁹⁰ BVerfGE 9, 268/281. Vgl. auch BVerfGE 27, 44 – Ministerpräsidentenamt in Schleswig-Holstein.

⁹¹ P. Badura, Art. Regierung, EvStL, 2. Aufl. 1975, Sp. 2164.

⁹² BVerfGE 9, 268/280. Dazu die Kritik von K. Vogel, MDR 1959, 894.

⁹³ BVerfGE 9, 268/281 ff.

Aufgabe“⁹⁴ zumindest für den Bereich der Programmgestaltung eine „staatsfreie“, d. h. von der politischen Beaufsichtigung durch die Regierung freie Organisation voraussetzt. Der Kern der Aufgabenerfüllung ist hier allerdings nicht eine Tätigkeit, die als „hoheitlich“ zu qualifizieren wäre. Sie bewegt sich also nicht im engeren Bereich der Staatsgewalt. „Denn letztlich wird die Tätigkeit des Staates, wenn nicht insgesamt, so doch zum weitaus größten Teil hoheitlichen Zwecken und Aufgaben dienen und mit ihnen in einem immer noch erkennbaren Zusammenhang stehen.“⁹⁵

Sind die Handlungsvollmachten der Regierung und der nachgeordneten Verwaltung somit nicht bloß Vollzug parlamentarischer Entscheidungen, sondern in einem unmittelbar aus der Verfassung ableitbaren Mandat begründet, so führen doch der Gesetzesvorbehalt und der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu einer ebenfalls verfassungsrechtlich begründeten *Prärogative des Parlaments für politische Leitentscheidungen*⁹⁶. Diese Rechtslage kommt prinzipiell in Art. 20 Abs. 3 GG zum Ausdruck und besitzt eine spezifische Ausprägung in der strengen Begrenzung des Ordnungsrechts (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG). Sie ist ein elementarer Bestandteil des Rechtsstaates, der für die exekutivischen Eingriffsmöglichkeiten „Ermächtigungen“ verlangt, d. h. vorweg durch Gesetz bestimmte, generelle und berechenbare Regelungen als rechtliche Grundlage für individuell verbindliches Handeln der Exekutive, das „Freiheit und Eigentum“ eingreifend berührt. Die verfassungsrechtliche Zentralstellung des Gesetzes⁹⁷ beruht aber außerdem auf dem Legalitäts- und Legitimitätszusammenhang der parlamentarischen Demokratie. In einer vorher noch nicht zu findenden Ausdrücklichkeit ist im Facharzt-Urteil ausgesprochen, daß „in einem Staatswesen, in dem das Volk die Staatsgewalt am unmittelbarsten durch das von ihm gewählte Parlament ausübt, vor allem dieses Parlament dazu berufen (ist), im öffentlichen Willensbildungsprozeß unter Abwägung der verschiedenen, unter Umständen widerstrebenden Interessen über die von der Verfassung offengelassenen Fragen des Zusammenlebens zu entscheiden. Der Staat erfüllt hier durch seine gesetzgebende Gewalt die Aufgabe, Hüter des Gemeinwohls gegenüber Gruppeninteressen zu sein.“⁹⁸ Die Formulierung vom Staat als dem „Hüter des Gemeinwohls gegenüber Gruppeninteressen“⁹⁹, wohl bedingt durch den Entscheidungsgegenstand, die verfassungs-

⁹⁴ BVerfGE 12, 205/243 ff.

⁹⁵ BVerfGE 16, 27/61 – Staatenimmunität.

⁹⁶ BVerfGE 34, 52/59 f. – Prüfungsgebühren im juristischen Staatsexamen.

⁹⁷ Die Bedeutung des Gesetzes für die Rechts- und Verfassungsordnung ist, abgesehen von den normativen Befugnissen der „autonomen Gruppen“ des Arbeitsrechts, durch die richterliche Rechtsbildung eingeschränkt (BVerfGE 34, 269/286 ff. – Soraya-Interview). Die richterliche Rechtsbildung entfernt sich in dem Maße, wie sie sich als Billigkeitsrechtsprechung oder als sozialstaatliche Gestaltung versteht, davon, Mittlerin des „Juristenrechts“ zu sein.

⁹⁸ BVerfGE 33, 125/129 – Facharzt-Urteil – *Chr. Starcke*, NJW 1972, 1489.

⁹⁹ Die Kritik hat darauf hingewiesen, daß eine derart unvermittelte Gegenüberstellung von

rechtliche Erträglichkeit korporativer Autonomie einer berufsständischen Kammer, scheint den Staat auf den ersten Blick wieder an den gesellschaftstranszendenten Ort zu rücken, von dem aus er in früherer Zeit von oben Rechte und Interessen adjudizierte. Sieht man sie im gesamten Zusammenhang der Praxis des Bundesverfassungsgerichts, wird man ihren verfassungsrechtlichen und politischen Wert nur anhand der Parteienstaatsdoktrin des Gerichts abmessen können.

d) In deutlicher Anlehnung an Gedanken und Formulierungen von Gerhard Leibholz¹⁰⁰ und äußerlich anknüpfend an Art. 21 GG hat das Bundesverfassungsgericht aus dem notwendig *parteienstaatlichen* Charakter der parlamentarischen Demokratie gefolgert, das Grundgesetz habe die politischen Parteien aus dem Bereich des Politisch-Soziologischen in den „Rang einer verfassungsrechtlichen Institution“ erhoben. Die politischen Parteien „erscheinen geradezu als das Sprachrohr, dessen sich das mündig gewordene Volk bedient, um sich artikuliert äußern und politische Entscheidungen fällen zu können ... Sie stehen daher nicht wie andere soziale Gebilde nur in einer verfassungsmäßig gesicherten Position dem Staate gegenüber“¹⁰¹. In dieser Sicht stellen die Parteien, jedenfalls soweit es sich um Wahlen, Parlament und Regierung handelt, Gruppierungen dar, die in verfassungsrechtlich bevorzugter Stellung das wesentliche Medium der politischen Willensbildung des Volkes und zugleich der staatlichen Willensbildung sind. Weit davon entfernt, bloße „Wahlvorbereitungsorganisationen“ zu sein¹⁰², sind die Parteien die organisierte Erscheinungsweise der Demokratie, Substanz und bewegende Kraft in dem institutionellen Gehäuse der parlamentarischen und gouvernementalen Institutionen. Dieses Staatsbild ist eingefügt in ein Schema geschichtlicher Entwicklung, die von der liberalen parlamentarisch-repräsentativen Demokratie zu einer mehr radikal-egalitären, parteienstaatlichen Demokratie führt¹⁰³, exemplarisch erkennbar in der „Entwicklung“ der Stellung des Abgeordneten vom Honoratioren zum Berufs-Abgeordneten¹⁰⁴. Aus der langen Reihe von Entscheidungen, die sich an dieser Doktrin orientieren, fällt das erste Parteienfinanzierungs-Urteil durch eine gewisse Akzentverschiebung etwas heraus. Dieses Urteil sieht die politischen Parteien letztlich als „frei gebildete, im gesellschaftlich-politischen Bereich wurzelnde Gruppen“, die zwar dazu berufen sind, in den Bereich institutionalisierter Staatlichkeit „hineinzuwirken“, selbst aber nicht zu diesem Bereich ge-

„Gemeinwohl“ und Gruppeninteressen dem Ablauf des demokratischen politischen Prozesses normativ und faktisch nicht gerecht wird (P. Häberle, DVBl. 1972, 909/911).

¹⁰⁰ G. Leibholz, Die Repräsentation in der Demokratie, 3. Aufl. 1966; *ders.*, Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3. Aufl. 1967.

¹⁰¹ BVerfGE 1, 208/223 ff – Südschleswigscher Wählerverband; 5, 85/133 f.; u. ö. – H.-J. Rinck, Der verfassungsrechtliche Status der politischen Parteien in der Bundesrepublik, in: Festschrift für Gerhard Leibholz, 1966, Bd. II, S. 305; W. Henke, BonnKomm, Art. 21, Zweitbearb., Fass. 1975.

¹⁰² BVerfGE 24, 300/348 – Parteiengesetz. – Chr. Peter, JuS 1969, 563; A. Randelzhofer, JZ 1969, 533.

¹⁰³ BVerfGE 32, 157/164 – Abgeordnetendiäten.

¹⁰⁴ BVerfGE 40, 296/310 ff.

hören; davon abgesehen läßt das Urteil die verfassungsrechtliche Sonderstellung der Parteien unberührt¹⁰⁵.

Grenzen des Parteienstaates sind, außer in der Aufrechterhaltung des „Spannungsverhältnisses“ zum freien Mandat und in jenem ersten Parteifinanzierungs-Urteil, im Kommunalwahlrecht sichtbar geworden.

„Es mag in der logischen Konsequenz eines radikal zu Ende gedachten Parteienstaates liegen, daß sich die Willensbildung des Volkes auf allen Stufen, auch in den Gemeinden und Kreisen, durch das Medium der Parteien vollzöge und die gleichberechtigte Teilnahme der Aktivbürger an der Auslese der Wahlbewerber insbesondere nur in diesem, von den Grundsätzen des gleichen Stimmrechts aller Parteizugehörigen und der Chancengleichheit der Parteien beherrschten Rahmen erfolgen könnte. Diese äußerste Konsequenz des Parteienstaates wird jedoch vom Grundgesetz auf der Bundesebene durch das Bekenntnis zu dem repräsentativen Status der Abgeordneten in Art. 38 GG und auf der kommunalen Ebene durch die institutionelle Garantie der Selbstverwaltung in Art. 28 GG verfassungskräftig abgewehrt.“¹⁰⁶

Das Wort vom „Parteienstaat“ ist keine staatsrechtliche Zauberformel, mit der die verfassungsrechtlichen Institutionen deduktiv einer vermeintlich zwingenden „Entwicklung“ oder gar der jeweiligen Programmatik der Parteien selbst angepaßt werden dürften. Für das Staatsbild der parlamentarischen Demokratie ist es weder erforderlich noch folgerichtig, wenn Parlamentarismus und Ausübung öffentlicher Gewalt überhaupt zur Funktion eines umfassenden „Parteienstaates“ denaturieren, in dem die Formulierung und Praktizierung dessen, was jeweils die dem Gemeinwohl entsprechende, gerechte und vernünftige Entscheidung ist, vom ausschließlichen Anspruch der politischen Parteien erfaßt würde. So notwendig auch die politischen Parteien für die Organisation und Artikulation des politischen Prozesses sind, so dürfen sie doch nicht schlechthin die politische Freiheit der einzelnen mediatisieren und zu den ausschließlichen Grundfaktoren eines (schein-)plebisziären politischen Prozesses der Demokratie werden¹⁰⁷. Trotz dieser Grenzen des Parteienstaates ist die Grundlinie der Parteienstaatsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts unter den Bedingungen der parlamentarischen Demokratie eine zutreffende und fruchtbare Kennzeichnung der Lebenslinie des demokratischen Verfassungsstaates. Nicht in einer formalistischen Betrachtung der institutionalisierten Staatlichkeit und auch nicht in einer Beschwörung des substantialisierten Gemeinwohls, sondern in der politischen Kraft und Beweglichkeit der politischen Parteien liegt die Möglichkeit einer gerechten Ordnung der Interessen und einer erfolgreichen Disziplinierung sozialer und wirtschaftlicher Macht¹⁰⁸, wie überhaupt die praktisch erreichbare Garantie der demokratischen Institutionen.

¹⁰⁵ BVerfGE 20, 56/101 und passim. Siehe oben Anm. 68. – E. Menzel, aaO, S. 607 erblickt in dem Urteil einen „Auffassungswandel“ und einen Erfolg der „gemäßigten Auffassung“ der Parteienstaatslehre.

¹⁰⁶ BVerfGE 11, 266/273 – Saarl. KWG, Rathausparteien. – J. Rubehn, DÖV 1960, 667.

¹⁰⁷ P. Badura, BonnKomm, Art. 38, Zweitbearb., RNrn. 30, 42; ders., Verfassung, aaO, S. 29 f.

¹⁰⁸ Vgl. G. Leibholz, Staat und Verbände, VVDStRL Heft 24, 1966.