

Gegenrede

Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit

Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz

Herausgegeben von

Herta Däubler-Gmelin

Klaus Kinkel

Hans Meyer

Helmut Simon

Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden



95633693

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Gegenrede: Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit; Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz / hrsg. von Herta Däubler-Gmelin ... – 1. Aufl. – Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1994

ISBN 3-7890-3369-3

NE: Däubler-Gmelin, Herta [Hrsg.]; Mahrenholz, Ernst Gottfried: Festschrift

1. Auflage 1994

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1994. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

K 94 / 12 604

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
Grußwort der Mitglieder des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts	9
I. Zur Person	
<i>Rolf Lamprecht</i> Hommage an einen Dissenter	21
<i>Thomas Wolf</i> Zurück zum Volke	39
<i>Christine Landfried</i> Mut zum Chaos	45
<i>Alfred Bartsch</i> Marginalien zur »Öffentlichkeit«	57
II. Kirche - Kultur - Medien - Meinungsfreiheit	
<i>Jürgen Schmude</i> Der Status der Kirchen aus verfassungspolitischer Sicht	69
<i>Rudolf von Thadden</i> Die Konfessionalisierung des kirchlichen und politischen Lebens in Deutschland	91
<i>Hermann Weber</i> Der Wittenberger Vertrag - Ein Loccum für die neuen Bundesländer?	99

<i>Friedhelm Hufen</i> Die kulturintegrative Kraft der Verfassung	115
<i>Peter Häberle</i> Perspektiven einer kulturwissenschaftlichen Transformationsforschung - Übergangs-, Transfer- und Rezeptionsprobleme auf dem Weg des (post)kommunistischen Osteuropa zum gemeineuropäischen Verfas- sungsstaat	133
<i>Ralf Rothkegel</i> Kulturstaat Deutschland, ein Wintermärchen?	155
<i>Klaus Kinkel</i> Das Bild Deutschlands in der Welt - Aufgaben Auswärtiger Kulturpolitik	175
<i>Frank J. Hennecke</i> Gewissen und Widerstand im demokratischen Rechtsstaat - Neue Er- fahrungen eines alten Konfliktes	187
<i>Wilhelm Totok</i> Leibniz und das Bücherwesen seiner Zeit	207
<i>Manfred Linz</i> Der aufgeklärte Eigennutz	221
<i>Wolfgang Schäuble</i> Die Rolle der Medien in der freiheitlichen Demokratie zu Ende des 20. Jahrhunderts	231
<i>Ernst Elitz</i> Radio und Fernsehen in der Zeit der Gegenauflklärung	249
<i>Hermann Fünfgeld/Thomas Gebel</i> Kann der Rundfunk die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts einlö- sen?	255
<i>Wolfgang Peukert</i> Die Kommunikationsrechte im Lichte der Rechtsprechung der Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)	277

<i>Friedrich Kübler</i> Meinungsäußerung durch Kunst	303
III. Parlament und Parteien - Deutsche Einigung	
<i>Hans Meyer</i> Die Fraktionen auf dem Weg zur Emanzipation von der Verfassung	319
<i>Georg Hermes</i> Das Minderheitsrecht auf eine parlamentarische Untersuchung	349
<i>Marion Eckertz-Höfer</i> Das isolierte Akteneinsichtsrecht - Abgeordnete zwischen Opposition und Kooperation	369
<i>Burkhard Hirsch/Alexander Hirsch</i> Bemerkungen zum Recht des Bundestages auf Selbstauflösung	387
<i>Dimitris Th. Tsatsos</i> Krisendiskussion, politische Alternativlosigkeit, Parteienstaatsübermaß - Drei Gegenwartsaspekte zur Funktion der politischen Parteien nach Art. 21 Abs. 1 GG	397
<i>Hans-Jochen Vogel</i> Aufklärung, Fortschritt und Menschenrechte - Einige Bemerkungen zu den geistigen Wurzeln der Arbeiterbewegung und des demokratischen Sozialismus -	411
<i>Rudolf Steinberg</i> Der Beitrag des Einigungsprozesses und der neuen Bundesländer zur Verfassungsentwicklung in Deutschland	423
<i>Helmut Simon</i> Die Aufnahme von Staatszielbestimmungen in die Verfassungen	443
<i>Wolfgang Däubler</i> Die »Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse« als Verfassungsgebot	455

<i>Dieter Birk</i> Die Treuhandanstalt im System der Finanzverfassung	473
<i>Matthias Stauch</i> Haushaltsnotlage und Sanierung von Ländern der Bundesrepublik Deutschland	487
IV. Grundrechte - Menschenrechte	
<i>Hans-Peter Schneider</i> »Daz ein Recht mac fromen . . .« Der Sachsenspiegel - ein Rechtsbuch von europäischem Rang	503
<i>Peter Lerche</i> Ausnahmslos und vorbehaltlos geltende Grundrechtsgarantien	515
<i>Dieter Grimm</i> Schutzrecht und Schutzpflicht - Zur Rundfunkrechtsprechung in Amerika und Deutschland	529
<i>Konrad Hesse</i> Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers	541
<i>Erhard Denninger</i> Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaß- verbot	561
<i>Spiros Simitis</i> Lob der Unvollständigkeit - Zur Dialektik der Transparenz personenbe- zogener Informationen	573
<i>Norbert Niehues</i> Der Anspruch auf Überdenken hoheitlicher Entscheidungen	593
<i>Sibylle Raasch</i> Frauenräume nach dem zweiten Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu § 218 StGB	607

<i>Ulrich K. Preuß</i> Zum verfassungstheoretischen Begriff des Bürgers in der modernen Gesellschaft	619
<i>Ingo Richter</i> Verfassungsfragen multikultureller Gesellschaften	637
<i>Gerhard Seibert</i> Kommunales Wahlrecht für Ausländer grundgesetzwidrig?	657
<i>Bodo Pieroth/Bernhard Schlink</i> Menschenwürde und Rechtsschutz bei der verfassungsrechtlichen Gewährleistung von Asyl – Art. 16 a Abs. 2 und 79 Abs. 3 GG	669
<i>Bernd Brunn</i> Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den tatbestandlichen Voraussetzungen des Asylgrundrechts, insbesondere zur (ungeschriebenen) Voraussetzung »wegen eines asylerheblichen Merkmals«	701
V. Strafrecht – Strafvollstreckung – Strafvollzug	
<i>Winfried Hassemer</i> Prozedurale Rechtfertigungen	731
<i>Michael Reissenberger</i> Langer Endspurt – Eine Sendung des Süddeutschen Rundfunks vom 7. September 1982 zur lebenslangen Freiheitsstrafe	753
<i>Axel Boetticher</i> Lebenslang: Das Dilemma einer lei(t)(d)vollen Sanktion. Einige Aspekte zur Umsetzung von Entscheidungen des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts zur Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe	763
<i>Heino ter Veen</i> »Kleine Sünden bestraft der liebe Gott sofort . . .« – Zur Vollstreckung und (erneuten) Aussetzung von widerrufenen Strafresten	781

Klaus Dürholt
Strafgewalt auf dem Rückzug 797

Richard Urban
Die Rechtsprechung der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundes-
verfassungsgerichts zur bereichsspezifischen Bedeutung des Art. 19
Abs. 4 GG im Recht des Strafvollzugs 807

Bernd Volckart
Die Krankenunterlagen im öffentlich-rechtlichen psychiatrischen Frei-
heitsentzug 819

VI. Justiz und Verfassungsgerichtsbarkeit

Jürgen Kühling
Richter und Justiz - eine Skizze 831

Werner Hill
Der unabhängige Richter - Annäherung an ein fernes Ideal 851

Peter Badura
Erneute Überlegungen zur Justiziabilität politischer Entscheidungen 869

Joachim Wieland
Der Herr des Verfahrens 885

Roman Herzog
Senat und Kammer 899

Renate Philipp
Befangenheitsanträge von Äußerungsberechtigten im Verfahren der ab-
strakten Normenkontrolle 909

Dietrich Franke
Verfassungsgerichtsbarkeit der Länder - Grenzen und Möglichkeiten 923

Rainer Hofmann
Der Vertrag von Maastricht vor den Verfassungsgerichten Frankreichs
und Spaniens 943

<i>Ernst Benda</i>	
Neuere Entwicklungen im amerikanischen Föderalismus	957
<i>Rudolf Gerhardt</i>	
Eine »fabelhafte Residenz«	975
VII. Bibliographie	983
VIII. Biographie	993
IX. Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	999

Erneute Überlegungen zur Justiziabilität politischer Entscheidungen

Peter Badura

I. »Politische Rechtsstreitigkeiten«

Das Bundesverfassungsgericht, wie alle Gerichte, ist in Ausübung der ihm übertragenen Rechtsprechungsaufgabe an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). Anders als die anderen Gerichte ist es aber auch »Verfassungsorgan« (§ 1 Abs. 1 BVerfGG), eine Kennzeichnung, mit der die besondere und selbständige Stellung des Gerichts im Aufbau der verfassungsnotwendigen Staatsorgane des Bundes, sein »Status«, charakterisiert wird¹. Diese verfassungsrechtliche Stellung hat es als Gericht und als besonderes Organ der Rechtsprechung (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG), nicht weil ihm ein Anteil an der Staatsleitung oder sonstiger politischer Gestaltung zukäme. Als Gericht und durch Rechtsprechung gibt die Verfassung dem Bundesverfassungsgericht eine eigene politische Verantwortlichkeit für die Erhaltung der rechtsstaatlichen Ordnung und ihrer Funktionsfähigkeit. Von einer »Doppelstellung« oder »Doppelfunktion« des Gerichts zu sprechen, ist deshalb mißverständlich. Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit ist es, »in den gesetzlichen Verfahrensarten anhand rechtlicher Maßstäbe darüber zu entscheiden, ob zumal bei Ausübung öffentlicher Gewalt – und sei es auch in hochpolitischen Angelegenheiten – die Verfassung beachtet worden ist; es ist indes nicht ihre Aufgabe, ersatzweise politische Entscheidungen zu treffen, . . .«².

Die in der Verfassung begründete und durch den besonderen Status des Gerichts gewährleistete Rechtsprechungsaufgabe bezieht das Bundesverfassungsgericht in einer für ein Gericht ungewöhnlichen Weise in den Prozeß politischer Willensbildung ein. Seine Entscheidungen sind Akte der Rechtsprechung, weil sie durch die Hand unabhängiger Richter in einem gerichtsförmigen Verfahren ergehen und weil sie nach den Regeln juristischer Argumentation und Begründung nach den Maßstäben des positiven Verfassungsrechts über konkrete Streitfälle und in diesem Beurteilungszusammenhang über Rechtsfragen befinden. Seine Entscheidungen können, jedenfalls in Fällen der Normenkontrolle und der Überprüfung von Handlungen der Regierungsgewalt, dennoch »politisch« genannt werden, weil sie durch Gegenstand und Wirkung den auf die Verwirklichung des Gemeinwohls gerichteten Kampf der politischen Kräfte um Macht und Teilhabe an der Staatsge-

1 *W. Geiger*, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, 1952, § 1, Anm. 1; *K. Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Aufl., 1991, RNrn. 25 ff.

2 BVerfGE 68, 1/77 f.

walt beeinflussen und nach den dafür maßgeblichen normativen Entscheidungsregeln beeinflussen sollen. Gedanken und Formulierungen von Gerhard Leibholz aufgreifend hat das Gericht in seiner Status-Denkschrift seine Rechtsstellung durch seine spezifische Aufgabe der richterlichen Entscheidung über »politische Rechtsstreitigkeiten« geprägt gesehen. »Unter politischen Rechtsstreitigkeiten sind dabei solche Rechtsstreitigkeiten zu verstehen, bei denen über politisches Recht gestritten und das Politische selbst anhand der bestehenden Normen zum Gegenstand der richterlichen Beurteilung gemacht wird«³. Darüber hinaus haben die Entscheidungen des Gerichts auch einen bestimmten »politischen Integrations-effekt«; denn sie führen dadurch, daß sie sich am Recht orientieren, zugleich in der politischen Sphäre eine politisch wirkende Befriedung herbei⁴.

Die »politische« Eigenart der Verfassungsgerichtsbarkeit, die variierend aus dem Maßstab, dem Gegenstand und der Wirkung der Streitentscheidung abgeleitet wird, zeigt ihre praktische, schneidende Seite in der Frage nach den Grenzen verfassungsgerichtlicher Jurisdiktion⁵. Diese Frage lenkt die Betrachtung auf die Verfassung, die als »politisches Recht« die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts im allgemeinen bestimmt und im Streitfall den Entscheidungsmaßstab zu liefern hat, und weiter auf die Methode der Verfassungsauslegung⁶. Das Gericht bedarf der Norm, die ihm eine justiziable Bindung und einen »rational standard« für seine Rechtsfindung gibt⁷.

Die Wortgestalt der Verfassung im Verfassungsgesetz ist Ausdruck expliziter und konkludenter Festlegungen, die als zur Einheit geformte Grundlage des Staatslebens und des politischen Prozesses normative Geltung beanspruchen. Nicht nur der in teleologischer Auslegung zu erschließende Zweck einzelner Verfassungsnormen, sondern der innere, »materiale« Zusammenhang der Verfassung und ihre Funktion für die politische Ordnung und die Staatstätigkeit bilden die Leitlinien verfassungsgerichtlicher Rechtsfindung. Das durch das Grundgesetz verfaßte Gemeinwesen hat die politische Grundentscheidung getroffen, die Ausübung öffent-

3 Status-Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts, JöR 6, 1957, S. 109, 144/145. Dazu E. Benda/E. Klein, Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts, 1991, RNrn. 60 ff.; G. Leibholz, Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat, 1953, in: ders., Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3. Aufl., 1967, S. 168/175 ff.; ders., Statusbericht, JöR 6, 1957, S. 120/125; ders., Verfassungsrecht und Arbeitsrecht, in: A. Hueck/G. Leibholz, Zwei Vorträge zum Arbeitsrecht, 1960, S. 21.

4 G. Leibholz, Verfassungsgerichtsbarkeit a.a.O., S. 183.

5 P. Bachhof, Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik, Universitas 21, 1966, S. 137; P. Badura, Richterliches Prüfungsrecht und Wirtschaftspolitik, in: Festschrift für Ludwig Fröhler, 1980, S. 321; K. Stern, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, 1980; E. Benda/E. Klein (FN 3), RNrn. 9 ff.; K. Schlaich (FN 1), RNrn. 11 ff., 465 ff.; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl., 1993, S. 227 ff.

6 G. Roellecke, Aufgabe und Stellung des Bundesverfassungsgerichts in der Gerichtsbarkeit, HStR, Bd. II, 1987, § 54, RNrn. 5 ff.; J. Isensee, Verfassungsrecht als »politisches Recht«, HStR, Bd. VII, 1992, § 162; Chr. Starck, Die Verfassungsauslegung, ebd., § 164, RNrn. 1 ff.

7 G. Leibholz, Verfassungsrecht (FN 3).

licher Gewalt einer Rechtsordnung zu unterstellen und über deren Beachtung Gerichte, zuletzt das Bundesverfassungsgericht entscheiden zu lassen⁸. Damit ist die verfassungsrechtliche Ordnung und Bindung der Politik richterlicher Garantie anvertraut, für justiziabel erklärt. Der Richter urteilt im Streitfall nach Normen und Grundsätzen, die seiner eigenen Verfügung entzogen, die ihm vorgegeben sind. Er bestimmt jedoch, nach den juristischen Regeln richterlicher Rechtsfindung, welchen Inhalt diese Normen und Grundsätze haben, ob sie im Streitfall anwendbar sind und welche Rechtsfolgen sich aus ihnen ergeben.

Die Justiziabilität politischer Entscheidungen betrifft damit eine zweifache Fragestellung. Kraft seiner Zuständigkeiten hat das Verfassungsgericht die Aufgabe, die normative Wirksamkeit der Verfassung gegenüber der öffentlichen Gewalt und den politischen Kräften zu sichern und die verfassungsmäßigen Rechte und Freiheiten zu schützen. Dies geschieht durch die Entscheidung des anhängigen Streitfalls. Der konkrete Streitfall ist außerdem Schauplatz der über den Einzelfall hinausweisenden Klärung verfassungsrechtlicher Rechtsfragen und damit der Klärung und auch Fortbildung der Verfassung. Die Grundsätze des demokratischen und sozialen Rechtsstaates und des Bundesstaates, vor allem aber die materiellen Garantien und Freiheitsrechte sind auf diesem Wege durch die Gerichtspraxis ans Licht gehoben oder entwickelt worden. Die kodifikatorische Schwäche des heutigen Gesetzgebers ist so bis zu einem gewissen Grade kompensiert worden. Die sachlichen Regelungen und Prinzipien der Verfassung, besonders die rechtsstaatlichen Prinzipien und die Grundrechte, sind die normative Basis der politischen Entscheidungen des Gesetzgebers. Will man die politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers deutlicher betonen und auch die beschränkte normative Leistungsfähigkeit des Verfassungsrechts in Erinnerung rufen, kann man – mit einem unscharfen Bild – von dem »Rahmen« sprechen, den die Verfassung in begrenzender Funktion für die politischen Gestaltungsaufgaben des parlamentarischen Gesetzgebers, der Regierung und der Verwaltung darstellt.

Mit einer geglückten Formel sagt Art. 164 EGV, daß der Europäische Gerichtshof die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrages sichert. In vergleichbarer Weise könnte man dem Bundesverfassungsgericht die Aufgabe zusprechen, das Recht bei der Auslegung und Anwendung des Verfassungsgesetzes zu sichern. Die juristisch greifbare und richterlich zur Geltung zu bringende Normativität der Verfassung unterscheidet sich von den staatskonstituierenden Funktionen der Verfassung und erfaßt auch die durch die Verfassung geordneten Institutionen des Staatslebens nur in dem einer normativen Regelung zugänglichen Ausschnitt.

8 BVerfGE 68, 1/78.

II. »Einschätzungen und Wertungen außen- und verteidigungspolitischer Art«

Die in der jüngeren Zeit der Verfassungspolitik verstärkt praktizierte oder propagierte Aufnahme von Rechtsvorschriften über Staatsaufgaben in die Verfassungsgesetze will den dafür ausgesuchten Aufgaben oder »Staatszielen« eine besondere Betonung geben, ihrer Verfolgung durch die staatliche Gemeinschaft Nachdruck verleihen. Der Staat, zuerst der Gesetzgeber, soll in Pflicht genommen werden und die aus derartigen Verfassungsnormen ableitbaren Verpflichtungen der Gesetzgebung und der vollziehenden Gewalt sollen auch vor Gericht eingefordert werden können. Die mögliche oder zu befürchtende Justiziabilität des Handelns oder – und hauptsächlich – des Unterlassens oder des Ungenügens bei der Erfüllung der verfassungsrechtlich »verankerten« Staatsaufgaben war der Dreh- und Angelpunkt der langwierigen Auseinandersetzung über eine Ergänzung des Grundgesetzes durch Staatszielbestimmungen, besonders durch das Staatsziel Umweltschutz⁹.

In dem Für und Wider beim Streit um Staatszielbestimmungen bestand doch in einem Punkt keine Meinungsverschiedenheit: Umstritten waren nicht die Staatsziele selbst, umstritten war nur ihre Normierung durch Verfassungsrecht. Auch ohne eine Staatszielbestimmung Umweltschutz ist der Gesetzgeber befugt und in der Lage, sich der Umweltschutzpolitik zu widmen und Gesetze auf diesem Sachgebiet zu erlassen. Man konnte höchstens darüber verschiedener Meinung sein, ob und inwieweit derartige Gesetze Pflichten und Bindungen der einzelnen zu Lasten der grundrechtlichen Freiheiten schaffen dürften¹⁰. Nur *eine* Verlegenheit vermag eine ausdrückliche Staatszielbestimmung zu beheben. Da nach der Rechtsauffassung des Bundesverfassungsgerichts Grundrechte ohne beigesetzten Gesetzesvorbehalt nur durch Gesetz eingeschränkt werden dürfen, wenn kollidierende Grundrechte Dritter oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete »Rechtswerte« dies »mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung« ausnahmsweise zulassen¹¹, gewönne der Umweltschutz durch eine Staatszielbestimmung die Kraft, auch Grundrechte ohne geschriebenen Gesetzesvorbehalt einzuschränken. Sollen aber wirklich Eingriffe in die Freiheit der Wissenschaft im Interesse des Schutzes von Tier- und Pflanzenwelt verfassungsrechtlich erst aufgrund einer besonderen Aufgabennorm über den Umweltschutz zulässig sein?

Die Staatsaufgaben oder – anders gesagt – die durch Regierung und Volksvertretung verfolgte Politik bedarf keiner besonderen Ermächtigung durch die Verfas-

9 Siehe Gemeinsame Verfassungskommission, Sten. Bericht, 25. Sitzung (1. 7. 1993), S. 6 ff. – H. H. Klein, Staatsziele im Verfassungsgesetz – Empfiehlt es sich, ein Staatsziel Umweltschutz in das Grundgesetz aufzunehmen? DVBl. 1991, 730.

10 H. P. Rill/D. Ehlers/P. Hänni, Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt, VVDStRL 51, 1992, S. 177, 211, 252; dazu die Bemerkung, S. 290 f.

11 BVerfGE 28, 243/261.

sung. Die Schaffung und Wahrung einer sozial gerechten Rechtsordnung ebenso wie die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und schließlich die Gewährleistung der militärischen Landesverteidigung und die Pflege der Beziehungen zu auswärtigen Staaten sind Staatsziele, die die Verfassung voraussetzt, wenn sie sie nicht besonders und ausdrücklich als Staatsaufgaben bezeichnet¹². Dies impliziert weiter, daß die einzelnen, die den Schutz der Staatsgewalt und der Verfassung genießen, zur Erfüllung der Staatsaufgaben mit Lasten und Pflichten rechnen müssen, auch wenn das Verfassungsgesetz ihnen das nicht – wie im Fall der Weimarer Reichsverfassung und der Bayerischen Verfassung – ausdrücklich sagt. Unter welchen Bedingungen und in welchem Maße Lasten und Pflichten durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes auferlegt werden dürfen, ergeben die rechtsstaatlichen Grundsätze und in einzelnen Hinsichten besondere Bestimmungen, insbes. die den Grundrechten beigelegten Gesetzesvorbehalte.

Das Grundgesetz hat die Außenpolitik in verschiedenen Zusammenhängen genannt, so in der Präambel und in bundesstaatlichen Kompetenzvorschriften (Art. 32, Art. 59 Abs. 1, Art. 73 Nr. 1, Art. 87 Abs. 1 GG). Durch Art. 59 Abs. 2 GG ist der wesentliche Wirkungsbereich der vertragschließenden Gewalt des Bundes einem Zustimmungsvorbehalt zugunsten der gesetzgebenden Körperschaften unterworfen; dieser Sektor der auswärtigen Gewalt ist parlamentarisiert. Die militärische Landesverteidigung erschien in der ursprünglichen Fassung des Grundgesetzes nur mittelbar, nämlich in dem als spezieller Fall der Gewissensfreiheit garantierten Recht auf Kriegsdienstverweigerung (Art. 4 Abs. 3 GG), in der näher geregelten Teilnahme an einem System kollektiver Sicherheit (Art. 24 Abs. 2 GG) und in dem Verbot jeder Störung des Völkerfriedens, insbes. des Angriffskriegs (Art. 26 Abs. 1 GG). Die Novellen von 1954, 1956 und 1968 im Zuge der Aufstellung der Bundeswehr und der Regelung des Verteidigungsfalles haben dann zu Vorschriften geführt (Art. 12 a Abs. 1, Art. 73 Nr. 1, Art. 87 a Abs. 1 Satz 1, Art. 115 a ff. GG), denen das Bundesverfassungsgericht eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung für die militärische Landesverteidigung entnommen hat¹³. Das Gericht hat daraus geschlossen, daß die in Art. 4 Abs. 3 GG vorbehaltene gesetzliche Regelung das Grundrecht zu beachten und zugleich der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für eine wirksame militärische Landesverteidigung Rechnung zu tragen hat.

Die Abweichende Meinung der Richter Mahrenholz und Böckenförde zu dem Urteil über die Neuregelung des Rechts der Kriegsdienstverweigerung¹⁴ hält dem entgegen, daß der Verfassungsgeber in den wehrverfassungsrechtlichen Bestimmungen der Art. 12 a, Art. 73 Nr. 1, Art. 87 a und Art. 115 b GG keine eigene

12 Art. 99 Satz 2 BayVerf.: Der Schutz der Verfassung »gegen Angriffe von außen ist gewährleistet durch das Völkerrecht, nach innen durch die Gesetze, die Rechtspflege und die Polizei«.

13 BVerfGE 28, 243/261; 69, 1/2 f.; 77, 170/221.

14 BVerfGE 69, 1, 57 ff. – Dazu R. Eckertz, JuS 1985, 683/688 f.

normative verfassungsrechtliche Grundentscheidung getroffen hat, die über den unmittelbaren rechtlichen Gehalt dieser Vorschriften als Kompetenz-, Organisations- und Ermächtigungsvorschriften hinausgeht. Die materiellrechtliche Dimension derartiger Normen, die konkludent geregelt ist, wird nur so verstanden, daß sie ein Handeln des Staates »erlaube«, nicht aber Gegenstände möglichen staatlichen Handelns zu materiellrechtlichen Handlungsaufträgen, -geboten oder sonstigen »Wert«-Entscheidungen erhebe. Diese Kritik überzeugt weniger als die sich anschließenden Ausführungen zur richterlichen Abwägung als Element der Auslegung und Anwendung der Grundrechte. Die Abweichende Meinung bezieht nicht alle Verfassungsnormen ein, aus denen auf die vermißte normative Grundentscheidung geschlossen werden kann, und läßt beiseite, daß selbst Kompetenz- und Organisationsnormen doch in der Lage sind, politische Entscheidungen, daß eine staatliche Handlung einer »notwendigen« Staatsaufgabe dienen könne, zu legitimieren. Wenn man überhaupt auf die Suche gehen muß, um dem Gesetzgeber eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Nennung oder Anerkennung für die von ihm verfolgte und Grundrechte berührende Aufgabenerfüllung zu zeigen, müßte es doch Sache des Gesetzgebers sein, darüber zu befinden, ob eine bestimmte Aufgabenerfüllung politisch notwendig oder zweckmäßig erscheint.

Die kräftige Einschärfung, mit der die Abweichende Meinung gegen kriterien- und konturenlose Abwägungen des Verfassungsrichters vorgeht, ist ungeachtet mancher Überspitzung ein verfassungsdogmatisches Kabinettstück¹⁵. Die Abmessung der Grundrechtsschranken darf in der Tat nicht dazu führen, daß das Grundrecht zum »bloßen Abwägungsgesichtspunkt« wird und das anwendbare Recht »seinen Sitz nicht mehr in der Verfassung, sondern im Abwägungspruch des Richters« hat. Dazu muß es allerdings nicht schon dadurch kommen, daß die Verfassung als eine normative Einheit verstanden und in der durch sie getroffenen Ordnungs- und Gestaltungsentscheidung bestimmte Prinzipien, Verfassungsgüter und »Werte« konstatiert werden. Dennoch muß das Plädoyer für normative Bestimmtheit und für Gebundenheit und Meßbarkeit richterlicher Verfassungspraxis unterstützt werden, auch dann, wenn der Vorwurf gegen die Senatsmehrheit im Streitfall nicht durchschlagen mag, daß deren verfassungstheoretisch-dogmatischer Ansatz letztlich die Verfassungsbestimmungen zum Abwägungsmaterial richterlicher Entscheidungsfindung herunterstufte.

Eine andere Frage ist es, welches Maß an normativer Bestimmtheit und sachlicher Bindung von Regierung und Parlament für die Außen- und Verteidigungspolitik durch die Gebote der Verfassung und der richterlichen Auslegung und Anwendung des Verfassungsrechts einzuhalten ist. Im Grundvertrags-Urteil hat das Gericht unterstrichen, daß zu den gerade in der Verbindung mit der verfassungsrechtlichen Prüfung von Verträgen bedeutsamen Auslegungsgrundsätzen gehört,

15 BVerfGE 69, 1. 57/63 ff. – Siehe auch *P. Lerche*, Grundrechtsschranken, HStR, Bd. V, 1992, § 122.

bei der Auslegung von Verfassungsbestimmungen, die sich auf Beziehungen der Bundesrepublik mit anderen Staaten beziehen, deren schrankensetzenden, also Spielraum für Gestaltung lassenden Charakter nicht außer Betracht zu lassen¹⁶. Das Nachrüstungs-Urteil hat dann der Bundesregierung in den Grenzen offensichtlicher Willkür »Einschätzungen und Wertungen außen- und verteidigungspolitischer Art« zugestanden. Da es innerhalb dieser äußersten Grenze rechtlicher Maßstäbe ermangelt, sind die Einschätzungen und Wertungen der Bundesregierung politisch zu verantworten; ob sie zutreffen oder nicht, hat das Bundesverfassungsgericht nicht nachzuprüfen¹⁷. Dieser allgemeinen Maxime läßt sich wenig entgegenhalten, streiten konnte man jedoch darüber, ob die seitens der Bundesregierung erklärte Zustimmung zur Aufstellung von nuklearbestückten amerikanischen Mittelstreckenraketen der Bauart Pershing-2 und von Marschflugkörpern einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedurfte¹⁸. Man wird daran zweifeln müssen, ob die Integration der Bundeswehr in die NATO, wie der Senat annimmt, als ein Fall der Übertragung von Hoheitsrechten auf eine zwischenstaatliche Einrichtung im Sinne des Art. 24 Abs. 1 GG anzusehen ist. Folgt man dieser Auffassung, ist es durchaus konsequent, wenn die Abweichende Meinung aus Art. 24 Abs. 1 GG schließt, daß der Gesetzgeber ein »Integrationsprogramm« festzulegen hat und daß die Integrationsermächtigung insoweit strikt anzuwenden ist¹⁹. Es ist völlig richtig, daß die Verfassung, und nicht der Vertragszweck darüber zu entscheiden hat, wie »offen« Bestimmungen sein dürfen, die als Ermächtigung für die Übertragung von Hoheitsrechten dienen. Weniger einleuchten muß allerdings, was die Abweichende Meinung dem Senat an militärpolitischen und geostrategischen Fragen zu prüfen abverlangt, um beurteilen zu können, welche vom Vertragsgesetzgeber noch nicht vorhergesehenen Risiken mit der Nachrüstung und der Raketaufstellung verbunden sind und welche politischen Chancen der Bundesrepublik im globalen Mächtesystem durch die Haltung in diesen Fragen zugewachsen waren²⁰. Dem Leser drängt sich hier nachdrücklich die Erwägung auf, ob die aus Art. 24 Abs. 1 und Art. 59 Abs. 2 GG ableitbaren normativen Maßstäbe richterlicher Beurteilung derartige Sachverhalte erfassen können. Ging es beim Nachrüstungs-Urteil um den politischen Spielraum der Regierung, war beim C-Waffen-Beschluß auch die politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers auszumessen, die bei der Erfüllung von Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 1 Satz 1 GG offensteht²¹. Der dem Gesetzgeber wie der vollziehenden Gewalt hier

16 BVerfGE 36, 1/14.

17 BVerfGE 68, 1/97, 103. - A. Weber, Nachrüstung und Grundgesetz, JZ 1984, 589; R. Eckertz, Atomare Rüstung im Verfassungsstaat, EuGRZ 1985, 165; E. Benda/E. Klein (FN 3), RNr. 27.

18 Siehe die Abweichende Meinung des Richters Mahrenholz, BVerfGE 68, 1, 111, bes. S. 113 ff., 118 f., 122.

19 Der Steuerungsfunktion des im Übertragungsakt fixierten Integrationsprogramms wird im Maastricht-Urteil ausschlaggebende Bedeutung zugesprochen.

20 BVerfGE 68, 1, 111/122 ff., 131 f.

21 BVerfGE 77, 170. - R. Wolfrum, EuGRZ 1988, 295.

zu konzederierende weite Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum – der auch Raum läßt, etwa konkurrierende öffentliche und private Interessen zu berücksichtigen – wird zwar auf der einen Seite durch den erweiterten Eingriffsvorbehalt der Wesentlichkeitstheorie beschnitten. Er kann aber auf der anderen Seite von den Gerichten je nach Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter, nur in begrenztem Umfang überprüft werden²². Mit dem Gesichtspunkt der »Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs« und mit den auch zu bedenkenden »Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden«, kommen wieder die Einschätzungen und Wertungen außen- und verteidigungspolitischer Art ins Spiel und wird die Auslegung und Anwendung des Art. 59 Abs. 2 GG auf den Streitfall vorgezeichnet²³.

Der Senat sieht in der Entscheidung über die Stationierung von C-Waffen im Bundesgebiet und die Sicherheitsvorkehrungen, unter denen die Lagerung und ein Transport dieser Waffen zu erfolgen haben, eine »wesentliche« Entscheidung im Sinne des in Art. 20 GG verankerten allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes, die den Grundrechtsbereich betrifft. Das »Ob« und das »Wie« des gesetzgeberischen Handelns – hier im Hinblick auf die im Bündnis wahrgenommenen verteidigungspolitischen Belange – bestimmt sich damit verfassungsrechtlich nach dem allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes²⁴. Der Senat verneint, daß der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes im Bereich des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG insoweit gelte, als er Anforderungen an die Dichte der Regelung des vom Vertrag erfaßten Sachbereichs stellt. Die Bundesrepublik könne über den näheren Inhalt eines völkerrechtlichen Vertrages nicht einseitig bestimmen, so daß ein gesteigertes Gebot der Spezifizierung im vertraglichen Bereich weithin die Gefahr außenpolitischer Handlungsfähigkeit heraufbeschwören würde.

Diese Auslegung sichert – wenngleich unter der aufrechterhaltenen Jurisdiktion des Gerichts nach dem hier weitgespannten allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes – die außen- und verteidigungspolitische Entscheidungs- und Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und zugleich die außen- und verteidigungspolitische Handlungsfreiheit und Einschätzungsprärogative der Regierung. Die Abweichende Meinung des Richters Mahrenholz²⁵ stellt diesen Hauptpunkt nicht grundsätzlich in Frage. Sie kritisiert anhand bestimmter Annahmen über die Bedeutung und zeitliche Dringlichkeit des Katastrophenrisikos, daß der Senat die mangelhafte

22 BVerfGE 77, 170/214, 215.

23 BVerfGE 77, 170/231.

24 Die Abweichende Meinung zum Nachrüstungs-Urteil stützte sich auf die Rechtsauffassung, daß Art. 59 Abs. 2 GG eine spezielle Ausprägung des allgemeinen Gesetzesvorbehalts sei, wonach der Gesetzgeber alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen habe, und kritisierte, daß der Senat Art. 59 Abs. 2 GG nicht auf die Zustimmungserklärung der Bundesregierung angewandt habe (BVerfGE 68, 1, 111/127 ff.).

25 BVerfGE 77, 170, 234.

Erfüllung der der Bundesregierung aufgegebenen grundrechtlichen Schutzpflicht in der Sphäre, die ihrem eigenen Handeln überlassen blieb, nicht beanstandet habe. Es sei evident, daß die Bundesregierung die Pflicht gehabt hätte, die Landesregierungen über Standorte und sonstige Umstände zu informieren, so daß selbst bei einer Beschränkung auf eine bloße Evidenzkontrolle²⁶ ein Verfassungsverstoß gegeben sei.

Die Meinungsverschiedenheit betrifft Inhalt und Tragweite der die öffentliche Gewalt bindenden Schutzpflicht für die grundrechtlich garantierten Rechtswerte des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit. Das Gericht hatte nach dem Richtmaß der objektiven Gewährleistung des Grundrechts darüber zu entscheiden, wie weit die Schutzpflicht anzuspannen ist und ob die Handlungsweise der Bundesregierung im Streitfall noch in dem Spielraum lag, der unter die nichtjustiziable, nur politisch zu verantwortende Gestaltungsfreiheit der Staatsorgane fällt. Die im Mitbestimmungs-Urteil entwickelten Kontrollmaßstäbe gelten für Prognosen des Gesetzgebers, würden also bei einer Übertragung auf die Fallsituation des C-Waffen-Beschlusses auf die Einschätzungen und Wertungen über das Katastrophenrisiko anzuwenden sein. Die Frage jedoch, ob die Bundesregierung hier überhaupt eine grundrechtliche Verantwortung trifft und ob sie ihrer Schutzpflicht in bestimmter Weise – etwa durch Informationsweitergabe und vorbereitete Planung des Katastrophenschutzes – hätte genügen müssen, ist eine materielle Rechtsfrage²⁷, nicht eine Frage der Gültigkeit einer Prognose.

III. Die Regierung in dem »vom Grundgesetz normierten Gefüge der Verteilung von Macht, Verantwortung und Kontrolle«

Das parlamentarische Regierungssystem sieht sich in der Staatspraxis und der Verfassungspolitik der neueren Zeit einer Veränderung ausgesetzt. Diese Entwicklung entbehrt nach den Lebensgesetzen der parlamentarischen Demokratie und des demokratischen Prozesses der öffentlichen Meinungs- und Willensbildung nicht einer gewissen Folgerichtigkeit. Das überkommene Gegenüber von verantwortlicher Regierung und kontrollierendem Parlament, das der Regierung eine selbständige Regierungsgewalt zuweist und ihr damit eine institutionelle Basis der Staatsleitung schafft²⁸, scheint neuen Kraftfeldern und Wirkungszusammenhängen nachgeben zu müssen. Außerhalb Deutschlands zeigt sich vielfach ein Zug zur Präsidialdemokratie, die die Staatsleitung mit plebiszitärer Legitimation

26 Der Senat bezieht sich für die gerichtliche Überprüfbarkeit der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und der vollziehenden Gewalt auf die Justiziabilitätskriterien des Mitbestimmungs-Urteils, BVerfGE 50, 290/332 f. (BVerfGE 77, 170/215); die Abweichende Meinung knüpft daran an.

27 Siehe BVerfGE 77, 170/220 f., 225 f.

28 U. Scheuner, Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung, in: Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 379; W. Mößle, Regierungsfunktionen des Parlaments, 1986.

ausstattet und damit zwar nicht dem parteidemokratischen Kräftespiel, wohl aber der unmittelbaren parlamentarischen Verantwortung und Kontrolle entzieht. Die staatsrechtliche Grundbeziehung, in die sich das jeweilige politische Miteinander und Gegeneinander von Regierung und Parlament einzufügen hat, bleibt erhalten, auch wenn man erkennt und betont, daß die aktive Frontlinie zwischen Regierung und Parlamentsmehrheit hier und Opposition der parlamentarischen Minderheit dort verläuft. Denn für Parlament und Volk sind Mandat und Verantwortung der parlamentarisch gestützten, aber auch kontrollierten Regierung klar auszumachen. Das ändert sich in dem Maße, wie Entscheidungen der Regierung von Mitwirkungsakten des Parlaments abhängig werden, über das parlamentarische Budgetrecht und die gesetzesförmige Zustimmung zu wesentlichen völkerrechtlichen Verträgen hinaus. Eine weitere, nur aus der Eigenart der fortschreitenden Integration Europas zu erklärende Modifikation der Regierungsgewalt ergibt sich neuerdings dadurch, daß die Länder durch den Bundesrat in Angelegenheiten der Europäischen Union mitwirken und unter gewissen Voraussetzungen sogar das letzte Wort haben (Art. 23 Abs. 1, 4 und 5, Art. 50 GG).

Das Bundesverfassungsgericht hat Bestrebungen, die Durchschlagskraft der parlamentarischen Demokratie zu Lasten des verfassungsrechtlichen Institutionengefüges nur im Wege der Verfassungsinterpretation zu erweitern, bis in die jüngste Zeit nicht nachgegeben, wenngleich sich im Somalia-Beschluß²⁹ und im Maastricht-Urteil³⁰ neue Tendenzen abzeichnen. Im Kalkar-Urteil wird die neuere Lehre vom allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes im Sinne der Wesentlichkeitstheorie bekräftigt, zugleich aber – und begrenzend – die konkrete Ordnung der Verteilung und des Ausgleichs staatlicher Macht, die das Grundgesetz gewahrt wissen will, gegen einen »aus dem Demokratieprinzip fälschlich abgeleiteten Gewaltmonismus in Form eines allumfassenden Parlamentsvorbehalts« abgeschirmt. »Aus dem Grundsatz der parlamentarischen Demokratie darf nicht ein Vorrang des Parlaments und seiner Entscheidungen gegenüber den anderen Gewalten als ein alle konkreten Kompetenzzuordnungen überspielender Auslegungsgrundsatz hergeleitet werden«³¹. An diesen Grundgedanken schließt sich das Nachrüstungs-Urteil an, wenn es eine die Befugnisse des Bundestages erweiternde Analogie aus Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG auf andere völkerrechtliche Akte ablehnt; dies »stellte einen Einbruch in zentrale Gestaltungsbereiche der Exekutive dar und liefe dem vom Grundgesetz normierten Gefüge der Verteilung von Macht, Verantwortung und Kontrolle zuwider«³². Als ein Hauptstück der gewaltenteilenden

29 BVerfG Beschluß vom 23. 6. 1993 – 2 BvQ 17/93 –.

30 BVerfG Urteil vom 12. 10. 1993 – 2 BvR 2134/94, 2 BvR 2159/92 –.

31 BVerfGE 49, 89/Leitsatz 1 und S. 124 ff.

32 BVerfGE 68, 1/Leitsatz 1.a) und S. 86 f., 89. – Kurz zuvor war hinsichtlich der Grenzen des parlamentarischen Untersuchungsrechts gesagt worden: »Die Verantwortung der Regierung gegenüber Parlament und Volk setzt notwendigerweise einen Kernbereich exekutivischer Eigenverantwortung voraus, der einen auch von parlamentarischen Untersuchungsausschüssen grundsätzlich

Demokratie wird auf die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung hingewiesen, die auch die Exekutive, und innerhalb ihrer besonders die Regierung, als »politische« Gewalt ausgestaltet, der im Bereich der auswärtigen Beziehungen, aber auch insgesamt, ausschließliche Befugnisse zu weittragenden, möglicherweise existentiellen Entscheidungen zukomme. Die damit allfällig verbundenen politischen Risiken sind – so das Gericht – von Verfassungen wegen hinzunehmen. Denn die Regierung ist unter der demokratisch-parlamentarischen Herrschaftsordnung, die das Grundgesetz verfaßt hat, institutionell wie funktionell gleichfalls demokratisch legitimiert³³.

Die Abweichende Meinung sieht in der Entscheidung des Senats eine Gewichtsverschiebung im Verfassungsgefüge zugunsten der Exekutive, belegbar besonders an dem hier eingeleiteten Erosionsprozeß des Gesetzesvorbehalts des Art. 24 Abs. 1 GG und an der engen Auslegung der Mitwirkungsbefugnisse der gesetzgebenden Körperschaften nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG³⁴. Sie hält dem Senat die Angreifbarkeit der von ihm in der Auslegung des Gewaltenteilungsgrundsatzes angewandten Methode vor; unter Vernachlässigung des spezifischen Rechtsgedankens und der Funktion des Art. 59 Abs. 2 GG werde die Reichweite des Gewaltenteilungsprinzips von einem aus Art. 20 Abs. 2 GG genommenen »ideell vorgestellten Gewaltenteilungsschema« bestimmt. Dadurch komme der Gesichtspunkt der »politischen Kontrolle« zu kurz. Es läßt sich möglicherweise darüber streiten, ob aus dem allgemeinen Rechtsgedanken des Art. 59 Abs. 2 GG³⁵ Rechtsfolgen für die Zustimmungsbefähigung auch anderer als der ausdrücklich genannten völkerrechtlichen Rechtsakte entnommen werden dürfen. Bei der Abgrenzung von Organzuständigkeiten wird allerdings eine strikte Auslegung die Überzeugungskraft auf ihrer Seite haben, zumal ja Art. 59 Abs. 2 GG selbst eine politische Kontrolle durch Mitwirkung im Fall von Verwaltungsabkommen nicht vorsieht. Der Senat, die selbständige Entscheidungsverantwortung der Regierung betonend, lehnt andere als die ausdrücklich eingerichteten Wege der politischen Kontrolle durch das Parlament ab und ist wohl durch diesen Ausgangspunkt, und nicht durch ein ideell vorgestelltes Gewaltenteilungsschema in der Auslegung des Art. 59 Abs. 2 GG bestimmt.

In dem Kompetenzstreit über den Somalia-Einsatz der Bundeswehr sucht das Bundesverfassungsgericht eine »Überbrückung« durch die begehrte einstweilige Anordnung und verfügt, daß die Beteiligung der Bundeswehr an UNOSOM II bis zur Entscheidung in der Hauptsache nur aufrecht erhalten und fortgeführt werden darf, wenn und soweit der Deutsche Bundestag dies beschließt. Die von der an-

nicht ausforschbaren Initiativ-, Beratungs- und Handlungsbereich einschließt« (BVerfGE 67, 100/Leitsatz 3.c) und S. 129 f., 139).

33 BVerfGE 68, 1/Leitsatz 4 und S. 89, 109.

34 BVerfGE 68, 1, 111/120 f., 128 ff.

35 Siehe *R. Herzog*, Gesetzgeber und Verwaltung, VVDStRL 24, 1966, S. 183/205.

tragstellenden Oppositionsfraktion als verletzt gerügten Rechte des Bundestages aus Art. 24 Abs. 1, Art. 59 Abs. 2 und Art. 20 in Verb. mit Art. 87 a Abs. 2 und Art. 79 Abs. 1 und 2 GG erfahren so eine vorläufige Sicherung, damit – wie das Gericht sagt – sie nicht im Zeitraum bis zur Entscheidung in der Hauptsache »durch Schaffung vollendeter Tatsachen überspielt« werden. Darin liegt weniger eine »Überbrückung« des Kompetenzstreits als das – dem Namen nach vorläufige – Gebot eines Zusammenwirkens von Bundesregierung und Bundestag. Dem Bundestag wird das – seinem Rechtsgrund nach offene – Recht zugesprochen, in eigener Verantwortlichkeit, »konstitutiv« zu bestimmen, ob und in welchem Umfang der Beschluß der Bundesregierung vom 21. April 1993 bis zur Entscheidung in der Hauptsache verwirklicht werden darf. Auch weitere Beschlüsse der Bundesregierung – fügt das Gericht hinzu –, die von diesem Beschluß abweichen oder ihn erneuern, bedürfen vor ihrer Ausführung parlamentarischer Zustimmung. Das Gericht fühlt sich schießlich bewogen, dem Bundestag aufzugeben, den ihm gerichtlich auferlegten Beschluß in den zuständigen Ausschüssen vorzubereiten und im Plenum des Bundestages zu erörtern. Angesichts dieses Eingriffs in die verfassungsmäßigen Rechte von Bundesregierung und Bundestag erscheint es etwas ambivalent, wenn das Gericht erklärt, im Vorfeld eines solchen Organstreits zwischen Parlament und Regierung über bestehende Entscheidungskompetenzen sei es grundsätzlich nicht Aufgabe des zu aktivem politisch gestaltendem Handeln nicht berufenen Gerichts, anstelle dieser Organe eine einstweilige Sachentscheidung aufgrund einer Folgenabwägung zu treffen, für die es hinreichender rechtlicher Anhaltspunkte ermangele. Daß sich die Opposition bestimmter Rechte des Parlaments berührt, die von der Mehrheit des Parlaments offensichtlich als nicht bestehend angesehen werden, kann nicht genügen, um der Bundesregierung in den Arm zu fallen, ohne die Befehls- und Kommandogewalt des Bundesministers der Verteidigung über die Streitkräfte auch nur zu erwähnen. Hätte die Bundesregierung die Grenze des Art. 87 a Abs. 2 GG überschritten – auf deren Einhaltung der Bundestag kein Recht hat –, würde dieser Verfassungsverstoß auch nicht vorläufig durch eine Entschließung des Bundestages ausgeglichen werden können. Eine objektive Verfassungsnorm kann sich nicht dadurch zum Tatbestandsmerkmal für ein subjektives Recht verwandeln, daß der Bundestag oder der Bundesrat geltend machen, eine politisch bekämpfte Handlungsweise der Bundesregierung wäre nur dann erlaubt, wenn zuvor eine bestimmte Verfassungsänderung vorgenommen würde. Es ist dem Bundesverfassungsgericht versagt – außer in gravierenden Gefahrenlagen für das Gemeinwohl –, durch eine einstweilige Anordnung in politische Regierungsfunktionen einzugreifen und die politische Beurteilungsprerogative anderer Verfassungsorgane, etwa jene der Bundesregierung, in Zweifel zu ziehen³⁶.

36 J. Berkemann, in: D. C. Umbach/Th. Clemens, Hrsg., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1992, § 32, RNrn. 134 ff.

Im Maastricht-Urteil ist bemerkenswert, welches Gewicht das Gericht der Entschließung des Bundestages vom 2. Dezember 1992 beilegt, mit der der Bundestag³⁷ für sich in Anspruch nimmt, die Bundesregierung für ihr Stimmverhalten bei Beschlüssen des EG-Rates betr. den Übergang zur dritten Stufe der Wirtschafts- und Währungsunion einem parlamentarischen Zustimmungsvorbehalt zu unterwerfen³⁸. Diese Entschließung kann verfassungsrechtlich eine rechtliche Bindung der Bundesregierung nicht begründen und ist offenbar als eine politische Absichtserklärung gemeint. Das Gericht äußert sich zu der etwa möglichen rechtlichen Tragweite der Entschließung nicht und sagt auch nicht eindeutig, ob ein derartiger Zustimmungsvorbehalt etwa verfassungsrechtlich notwendig ist. Es ergibt sich ein Schwebезustand, in dem die Bundesregierung stets damit rechnen muß, bei eigenverantwortlich getroffenen Entscheidungen außen- oder verteidigungspolitischer Art in einen Verfassungsstreit schwer abschätzbaren Ergebnisses verwickelt zu werden.

IV. Die Rechtsprechungsaufgabe bestimmt die Methode bei der Auslegung und Anwendung der Verfassung

Die für die rechtsstaatliche Ordnung des politischen Prozesses in Deutschland kennzeichnende Stellung und Autorität des Bundesverfassungsgerichts resultiert aus den verfassungsrechtlich begründeten Zuständigkeiten dieses Gerichts und aus dem normativen Vorrang der Verfassung vor den Rechtsakten der öffentlichen Gewalt, vor allem vor dem Gesetz. Auch für die Rechtsprechung in Verfassungsstreitigkeiten gilt, daß der an Gesetz und Recht gebundene Richter nur über einzelne Streitfälle entscheidet und daß er den Richterspruch anhand von Maßstäben fällt, die ihm durch das positive Recht vorgegeben sind und über deren Geltung und Inhalt er nicht verfügt. Die Verfassungsgerichtsbarkeit kann gegenüber den politischen Kräften und den politischen Handlungen und Entscheidungen von Regierung und Volksvertretung nicht mehr erreichen als das Verfassungsrecht selbst.

Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist Rechtsprechung zur Wahrung und Klärung des Verfassungsrechts. In einer Reihe von Streitsachen tritt die Rechtsprechungsaufgabe als Staatsgerichtshof in den Vordergrund, so in den Bund-Länder-Streitigkeiten, im Organstreit und beim Parteiverbot. Doch da überall verfassungsrechtlich umschriebene Rechte und Pflichten im Streit sind, zeigt sich die über den

37 Dasselbe fordert der Bundesrat: Entschließung des Bundesrates (18. 12. 1992), BRat Drucks. 810/92 (Beschluß), Nr. 8.

38 Beschlußempfehlung und Bericht des Sonderausschusses »Europäische Union (Vertrag von Maastricht)«, BTag Drucks. 12/3895, S. 5 f., 14 f., Entschließungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F.D.P., BTag Drucks. 12/3906; BTag Sten. Bericht, Plenarprotokoll 12/126, S. 10879 D, 19885 B.

Streitfall hinausreichende Notwendigkeit und Wirkung, über Inhalt und Tragweite von Verfassungsnormen zu urteilen, auch hier. Deutlicher, oft beherrschend, ist dieser präjudizielle Entscheidungsgegenstand in den Normenkontrollverfahren. Die Verfassungsbeschwerde ist zur Entscheidung anzunehmen, soweit ihr grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt (§ 93 a Abs. 2 lit. a BVerfGG)³⁹. Diese Klausel weist darauf hin, daß die Aufgabe des Gerichts sich nicht in der Erledigung von Einzelfällen erschöpft, sondern daß es auch seine Sache ist, »verfassungsrechtliche Fragen« zu klären, also durch über den Einzelfall hinaus bedeutsame Rechtsauffassungen den Inhalt des Verfassungsrechts zu klären. Darauf beruht es, daß die als tragende Gründe einer Entscheidung dienenden Auslegungen der Verfassung allgemeine Bindungswirkung entfalten (§ 31 Abs. 1 BVerfGG)⁴⁰. In der Aufgabe und Fähigkeit des Bundesverfassungsgerichts, abschließend und authentisch verfassungsrechtliche Rechtsfragen zu klären, wird man einen wesentlichen Grund für die Einrichtung der Verfassungsgerichtsbarkeit sehen müssen.

Die oft bedeutungsweiten und flexibler Handhabung zugänglichen Klauseln des Verfassungsgesetzes und die vom Verfassungsgesetz konkludent vorausgesetzten Rechtsgrundsätze und Verfassungsprinzipien geben der Rechtsprechungsaufgabe des Verfassungsrichters eine Vollmacht gestaltender Rechtsfindung, der Rechtsbildung und Rechtsfortbildung. Auch diese Vollmacht ist nur ein Element der dem Richter durch die Verfassung zugewiesenen Rechtsprechungsaufgabe; sie eröffnet keine Entscheidungsmöglichkeit nach politischer Zweckmäßigkeit. Die präjudiziellen Rechtsauffassungen des Verfassungsrichters sind eine Bedingung der normativen Kraft der Verfassung und vor allem eine Bedingung für die Wirksamkeit der rechtlichen Grenzen, die der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers gesetzt sind.

Jede richterliche Entscheidung enthält dadurch eine selbständige richterliche Verantwortung, daß das Urteil darüber, was im Einzelfall rechtens ist, sich nicht ohne weiteres aus den (abstrakten) Normen des Gesetzes ablesen läßt. Die Auslegungskunst des Richters, unterstützt durch die rechtswissenschaftliche Dogmatik, enthält zwar Kriterien der rechtmäßigen und gerechten Entscheidung des Streitfalls, determiniert jedoch in aller Regel die Einzelfallentscheidung nicht derart durch eine zwingende Methode, daß das selbständige Urteil des Richters überflüssig wäre. Die als Vermittlungsschritte zwischen Norm und Fallentscheidung gebildeten präjudiziellen Rechtsauffassungen des Richters sind zwar nicht Rechtsetzung, aber doch ein notwendiges Element der Rechtsordnung. Die als solche zu den anerkannten Aufgaben und Befugnissen der Gerichte zu rechnende

39 Früher nannte das Gesetz das Kriterium für die Annahme zur Entscheidung: »Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage« (§ 93 a Abs. 4 Satz 2, dann § 93 c Satz 2 BVerfGG).

40 *E. Benda/E. Klein* (FN 3), RNrn. 611, 1232; *K. Rennert*, in: *D. C. Umbach/Th. Clemens*, Hrsg. (FN 36), § 31, RNrn. 71 ff.

präjudizielle Rechtsbildung, einschließlich ihrer fließenden Übergänge zur Rechtsfortbildung, ist dahin begrenzt, daß sie nicht das System der Rechtsordnung verlassen und nicht einen eigenen rechtspolitischen Willen zur Geltung bringen darf⁴¹. Dementsprechend und in diesen Grenzen schließt die verfassungsrichterliche Auslegung und Anwendung des Verfassungsgesetzes eine verfassungsergänzende und verfassungsfortbildende Rechtsbildung ein. Auch sie aber ist Rechtsprechung und fallgebunden⁴².

Die Entscheidungsregeln und Maßstäbe des Verfassungsrechts erscheinen unter dem Blickwinkel des Verhältnisses der Verfassungsgerichtsbarkeit zu den durch sie kontrollierten Rechtsakten der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung als sachliche oder, pointierter, »funktionelle« Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit. Die gestaltende Seite der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechungsaufgabe ruft die darin verkörperte »Funktion« des Verfassungsgerichts im gewaltenteilenden Konzert der Staatsgewalt als ein eigenes - restriktives - Kriterium für die Rechtsfindung und Entscheidungstätigkeit des Gerichts herauf⁴³. Das Wirkungsfeld dieses Kriteriums sind vor allem die Grundrechte; denn die Verfassung betraut zuerst die gesetzgebende Volksvertretung mit der Aufgabe, die Ordnung des Gemeinwesens zu gestalten und in der Ausgestaltung und Begrenzung von Grundrechten deren praktische Tragweite festzulegen⁴⁴. Ein besonders sprechendes Beispiel ist das Rundfunkrecht, dessen wesentlichen Grundriß das Bundesverfassungsgericht aus dem Grundrecht der Rundfunkfreiheit entwickelt hat. Ein weit verzweigtes System von Ableitungen ergibt sich aus der ihrerseits vielfach vermittelten Rechtsauffassung, daß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG den Staat verpflichtet, die »Grundversorgung, die dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk in einer dualen Rundfunkordnung zufällt«, zu gewährleisten, wofür dann weiter gilt: »Die Grenzen der daraus folgenden Bestands- und Entwicklungsgarantie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk ergeben sich aus der Funktion, die dieser im Rahmen des von Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Kommunikationsprozesses zu erfüllen hat«⁴⁵. Es ist naheliegend, die Schöpfung dieses »dynamisierten Begriffs«, der nicht einmal die Richtung der Dynamik klar angebe und mit dem sich das Gericht gewissermaßen ein bedeutungsoffenes Werkzeug zur Kontrolle des Rundfunkrechts, vornehmlich der Privatrundfunkgesetze, bereitge-

41 BVerfGE 34, 269/286 ff.; 49, 304/318, 332; 75, 223/243 f. - P. Badura, Die Bedeutung von Präjudizien im öffentlichen Recht, in: U. Blaurock, Hrsg., Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht, 1985, S. 49/64 ff.

42 E. G. Mahrenholz, Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht, in: H.-P. Schneider/R. Steinberg, Hrsg., Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst, 1990, S. 53.

43 G. F. Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 198; K. Hesse, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Festschrift für Hans Huber, 1981, S. 261; Chr. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985; W. Heun, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992.

44 K. Hesse, Grundzüge (FN 5), RNrn. 320, 569.

45 BVerfGE 83, 238/Leitsatz 1 und 2 295 ff.

stellt habe, zu kritisieren⁴⁶. Andererseits ist die rundfunkrechtliche Judikatur des Verfassungsgerichts des Bundes eine gewisse Kompensation der dem Bund verwehrten Gesetzgebung auf dem Gebiet des Rundfunks.

Der früher in der Rechtsprechung des Gerichts deutlicher ausgesprochene Auslegungsgedanke der in materiellen Verfassungsnormen zu Tage tretenden »objektiven Wertordnung«, ebenso auch die Auslegungsfiguren der objektiven Gewährleistung und der grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates enthalten – vor allem in Verbindung mit der Wesentlichkeitstheorie⁴⁷ – ein zu aktivistischer Rechtsfindung einladendes Potential, das eines funktionell am Gewaltenteilungsprinzip orientierten Korrektivs bedarf. Zu recht ist davor gewarnt worden, den wesentlichen Unterschied der Schutzpflichtdimension eines Grundrechts gegenüber der grundrechtlichen Garantie von Abwehrrechten des einzelnen im Verhältnis zum Staat einzuebnen und so Gefahr zu laufen, mit der Verantwortung des vom Volk unmittelbar legitimierten Gesetzgebers in Konflikt zu geraten. »Der Gedanke der objektiven Wertentscheidung darf . . . nicht zum Vehikel werden, um spezifisch gesetzgeberische Funktionen in der Gestaltung der Sozialordnung auf das Bundesverfassungsgericht zu verlagern«⁴⁸. Dieses Korrektiv wird auch dort erheblich, wo nicht die Reichweite materieller Verfassungsnormen, sondern die Prüfung verfassungsmäßigen Handelns von Regierung oder Parlament im Vordergrund des Streites steht. Hier wird vornehmlich von einem Gebot richterlicher Selbstbeschränkung gesprochen, obwohl es die verfassungsrechtlichen Maßstäbe und die Rechtsprechungsaufgabe sind, die das Gericht beschränken, nicht ein anderweitig veranlaßter Entschluß des Richters. Der Grundsatz des *judicial self-restraint* zielt darauf ab, den von der Verfassung für die anderen Verfassungsorgane garantierten Raum freier politischer Gestaltung offenzuhalten und verwehrt insofern dem Richter, »Politik zu treiben«⁴⁹.

46 Chr. Starck, »Grundversorgung« und Rundfunkfreiheit, NJW 1992, 3257.

47 Das aus einem diffusen »Demokratieprinzip« abgeleitete Begründungselement des allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes ist stichhaltig, wenn es die vorrangige Entscheidungsvollmacht der gewählten Volksvertretung sichert, es kann sich aber zu einem dem Gericht verwehrten politischen Postulat verwandeln, wenn es dem Gesetzgeber eine nicht ohne weiteres erfüllbare und seine politische Bewegungsfreiheit ohne klaren verfassungsrechtlichen Auftrag bescheidende Regelungspflicht aufzwingt; so BVerfG EuGRZ 1993, 200 für einen Aspekt des Beamten- und Arbeitskampfrechts (entgegen BVerwGE 69, 208 und BAG NJW 1986, 210).

48 Abweichende Meinung der Richterin *Rupp-von Brünneck* und des Richters *Simon*, BVerfGE 39, 1, 68/70 ff., 72.

49 BVerfGE 36, 1/Leitsatz 2 und S. 14 f.