

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 483

Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung

Eine pluralistische Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit
im demokratischen Verfassungsstaat

Von

Ingwer Ebsen



Duncker & Humblot · Berlin

INGWER EBSEN

**Das Bundesverfassungsgericht als Element
gesellschaftlicher Selbstregulierung**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 483

Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung

Eine pluralistische Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit
im demokratischen Verfassungsstaat

Von

Dr. Ingwer Ebsen



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt/M.
gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Ebsen, Ingwer:

Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung: e. pluralist.

Theorie d. Verfassungsgerichtsbarkeit im demokrat.

Verfassungsstaat / von Ingwer Ebsen. —

Berlin: Duncker und Humblot, 1985.

(Schriften zum Öffentlichen Recht; Bd. 483)

ISBN 3-428-05781-3

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1985 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1985 bei Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3-428-05781-3

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Frühjahr 1983 abgeschlossen und im November 1983 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Frankfurt am Main als Habilitationsschrift angenommen. Sie wird – abgesehen von Kleinigkeiten – unverändert vorgelegt. Später erschienene Veröffentlichungen sind nach Möglichkeit noch bis zum Sommer 1984 in den Anmerkungen berücksichtigt worden.

Dank schulde ich den Mitgliedern des Instituts für Öffentliches Recht für Anregungen und Kritik. Dieser Dank gilt ganz besonders Prof. Dr. Klaus Friedrich Arndt und Prof. Dr. Erhard Denninger, deren Rat mir bei mancher Weichenstellung geholfen hat.

Der Deutschen Forschungsgemeinschaft habe ich für die Bewilligung einer Druckbeihilfe zu danken.

Mainz, im März 1985

Ingwer Ebsen

Inhaltsverzeichnis

<i>Einleitung und Problemstellung</i>	11
---	----

Erster Teil

Verfassungsgerichtsbarkeit und juristische Methodik

Kapitel 1: <i>Begriff und Möglichkeit rechtlicher Determinierung</i>	17
1.1 Gesetzesbindung als Determinierung durch juristische Argumentationsregeln	20
1.2 Dogmatischer Konsens als Kriterium rechtlicher Determinierung	22
1.3 Juristische Argumentationsregeln als Gegenstände dogmatischen Konsenses	29
1.4 Intensität und Grenzen rechtlicher Determinierung durch juristische Argumentationsregeln	32
1.4.1 Die Unterscheidung von Erkenntnisregeln, Relevanzregeln und Diskursregeln	32
1.4.2 Die wesentlichen juristischen Erkenntnisregeln	40
1.4.3 Die wesentlichen juristischen Relevanzregeln	43
Kapitel 2: <i>Verfassungsbindung – spezifische Probleme rechtlicher Determinierung durch die Verfassung</i>	48
2.1 Unbestimmtheit – die Spielräume grammatischer und historischer Auslegung	52
2.2 Prinzipienhaftigkeit – zur Determinierungskraft komparativ normierter Ziele	57
2.3 Ideologiehaltigkeit der Verfassung – Hinderungsgründe für die Bildung dogmatischer Systeme	63
Kapitel 3: <i>Bundesverfassungsgericht und rechtliche Determinierung</i>	69
3.1 Abwägungsrechtsprechung als Situationskasuistik	72
3.1.1 Abwägungsdogmatiken	72
3.1.1.1 Spannungslagen	72
3.1.1.2 Wechselwirkungen	73
3.1.1.3 Verhältnismäßigkeit	75
3.1.2 Abwägung als nichtuniversalistisches Entscheidungsverfahren und rechtliche Determinierung	77
3.1.2.1 Der „Normalfall“: universalistische Rechtsprechung	78
3.1.2.2 Prinzipien und deduktiv vollständige Entscheidungsbegründungen	81

3.1.2.3	„Gesamtabwägung“ und die „Umstände des Einzelfalls“ als Faktoren nichtuniversalistischer Begründung auf der Verfassungsebene	84
3.2	Spielräume hinsichtlich der konkreten Rechtsfolgeanordnung bei Normenkontrollen	89
3.2.1	Verfassungskonforme Auslegung	90
3.2.2	„Appellentscheidungen“	95
3.2.3	Feststellung der Verfassungswidrigkeit	97
3.3	Entscheidungsspielräume hinsichtlich des Entscheidungsgegenstandes	98
3.3.1	Die Verfassungsbeschwerden als Selektionsmaterial	99
3.3.2	Gegenstandserweiterungen durch obiter dicta	102

Zweiter Teil

Verfassungsgerichtsbarkeit im Spiegel der Verfassungstheorie – Ansätze zu Funktion und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts

Kapitel 4:	<i>Verfassungsgerichtsbarkeit als „reine Rechtskontrolle“</i>	105
4.1	Der naive Ansatz	108
4.2	Der restriktive Ansatz	112
4.2.1	Rekonstruktion	112
4.2.2	Exkurs: Scheinbar restriktive Ansätze	123
4.2.3	Kritik	128
4.2.3.1	Der funktionelle Unterschied von Verfassungsrechtsprechung und einfachgesetzlicher Rechtsprechung	128
4.2.3.2	Rechtmethodische Einwände gegen das klassifikatorische Rahmendenken	131
4.2.3.3	Verfassungstheoretische Einwände gegen das Postulat eines gesetzgeberischen Konkretisierungsprimats	136
Kapitel 5:	<i>Der aporetische Ansatz – Auseinanderfallen von Funktionsbestimmung und Legitimation in der „herrschenden“ Verfassungstheorie</i> . .	142
5.1	Rekonstruktion	143
5.1.1.	Der Statusbericht	143
5.1.2.	Der aporetische Ansatz in der Staatsrechtswissenschaft	155
5.1.3	Der aporetische Ansatz bei den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts	170
5.2	Kritik	176
Kapitel 6:	<i>Der dualistische Ansatz – Verfassungsgerichtsbarkeit als autonomer Gegenspieler des demokratischen Prozesses</i>	179
6.1	Rekonstruktion	180
6.2	Kritik	186
6.2.1	Zur Legitimation des dualistischen Ansatzes	186
6.2.2	Zur empirischen Basis des dualistischen Ansatzes	190

Kapitel 7:	<i>Der pluralistische Ansatz – Das Bundesverfassungsgericht als relativ autonome Steuerungsinstanz</i>	192
7.1	Rekonstruktion	193
7.2	Kritische Würdigung und Ausblick	212

Dritter Teil

**Verfassungsgerichtsbarkeit als Medium
gesellschaftlicher Selbstregulierung**

Kapitel 8:	<i>Verfassungsfunktionen im demokratischen Verfassungsstaat als Sollgrößen der Verfassungsgerichtsbarkeit</i>	218
8.1	Zur Rechtfertigung des kybernetischen Paradigmas	218
8.2	Der demokratische Verfassungsstaat als Herrschaftsform einer zugleich selbstregulierenden und prozeßhaften Gesellschaft	221
8.3	Von Funktionen der Verfassung zu Zielfunktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit	226
Kapitel 9:	<i>Das Bundesverfassungsgericht im Schnittfeld von Systemen strategischen und diskursiven Handelns</i>	230
9.1	Handlungssysteme als analytische und wirkliche Interaktionszusammenhänge	230
9.2	Die Unterscheidung von Systemen diskursiven und strategischen Handelns	233
9.3	Die Identität der Handlungssysteme	235
9.3.1	Politik als Interessenkampf und Machtkampf	235
9.3.1.1	Verfassungspolitischer Interessenkampf als Kampf um Verteilungsstrukturen	237
9.3.1.2	Politischer Machtkampf als Kampf um Ämter und Kompetenzen	247
9.3.2	Allgemeiner praktischer Diskurs und juristischer Diskurs als Systeme der Bewertung von Handlungen	249
9.3.2.1	Der allgemeine praktische Diskurs	250
9.3.2.2	Der juristische Diskurs	252
Kapitel 10:	<i>Der Entscheidungsprozeß des Bundesverfassungsgerichts als Gegenstand struktureller Einflüsse</i>	255
10.1	Entscheidungsfaktoren im juristischen Diskurs	256
10.2	Entscheidungsfaktoren im allgemeinen praktischen Diskurs	258
10.3	Entscheidungsfaktoren im Interessenkampf	263
10.4	Entscheidungsfaktoren im System des Machtkampfes	270
Kapitel 11:	<i>Konfliktmuster in den Entscheidungssituationen des Bundesverfassungsgerichts</i>	275
11.1	Konflikttypen	275
11.1.1	Das System der Verfahrensarten als Ordnungsgesichtspunkt	275
11.1.2	Verfassungsmaterien als Ordnungsgesichtspunkte	281

11.1.3	Der Konfliktsinn als Ordnungsgesichtspunkt	283
11.2	Das Entscheidungsmaterial	285
11.2.1	Die Auswahlkriterien	285
11.2.2	Ordnung des Entscheidungsmaterials nach Konflikttypen und Konfliktuntergruppen	294
11.2.2.1	Interessenkonflikte	294
11.2.2.2	Politische Machtkonflikte	299
11.2.2.3	Meinungskonflikte	302
Kapitel 12: <i>Dispositionen des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf seine normativen Funktionen</i>		320
12.1	Sicherung individueller Freiheit als konsensgetragene Korrekturfunktion	321
12.1.1	Präzisierung der Funktion	321
12.1.2	Zur Funktionalität der Einflußstrukturen	325
12.1.3	Überprüfung anhand des Entscheidungsmaterials	326
12.1.3.1	Sorgfalts- und Sensibilitätskontrolle gegenüber dem Gesetzgeber	327
12.1.3.2	Verfahrens- und Billigkeitskontrolle gegenüber der Justiz	332
12.1.3.3	Überlagerung von Interessenkampf und Diskurs in den Ausgrenzungskonflikten	336
12.2	Offenhaltung des politischen Machtprozesses als konsensgetragene Schiedsrichterfunktion	340
12.2.1	Präzisierung der Funktion	340
12.2.2	Zur Funktionalität der Einflußstrukturen	341
12.2.3	Überprüfung anhand des Entscheidungsmaterials	343
12.3	Die Integrationsfunktion	346
12.3.1	Präzisierung der Integrationsfunktion	346
12.3.2	Zur Funktionalität der Einflußstrukturen	348
12.3.3	Überprüfung anhand der Entscheidungen	351
Literaturverzeichnis		360

Einleitung und Problemstellung

Die Bundesrepublik Deutschland darf sich rühmen, die wohl umfassendste Verfassungsgerichtsbarkeit der Welt zu ihren Institutionen zu zählen. Dies gilt sowohl hinsichtlich des Kreises möglicher Verfahrensinitiatoren als auch hinsichtlich der in Betracht kommenden Entscheidungsgegenstände. Mit welcher Intensität das Bundesverfassungsgericht auf den gesellschaftlichen, insbesondere den politischen Prozeß einwirkt, ist eine Frage, die in Spekulationen führt, da sie in die Frage mündet, was wäre, wenn es diese Institution nicht gäbe. Jedoch genügen exemplarische Hinweise etwa auf die Rechtsprechung zum Rundfunksystem¹, auf die Parteienrechtsprechung², auf die Volksbefragungsentscheidungen³, um plausibel zu machen, daß ohne das Bundesverfassungsgericht der politische Prozeß in der Bundesrepublik wohl in deutlich anderen Bahnen verlief. Hierher gehört auch die Wirkung der Existenz der Institution auf die Art und Weise, wie politische Konflikte ausgetragen und begriffen werden. Das „Schielen nach Karlsruhe“ als Vorwirkung der Möglichkeit, nahezu alle ernsthaften politischen Streitfragen auch vor das Verfassungsgericht zu bringen, erzeugt eine verfassungsjuristische Überlagerung des politischen Prozesses, die man wohl zur spezifischen „politischen Kultur“ der Bundesrepublik zählen kann.⁴ Bereits wegen der Wirkungen auf die Struktur des politischen Prozesses kann das Bundesverfassungsgericht als ein identitätsbestimmendes Strukturelement der bundesrepublikanischen Gesellschaft begriffen werden.

Diese zentrale Position des Gerichts im politischen System ist durch einige spektakuläre „Niederlagen“ für die sozial-liberale Reformpolitik in den siebziger Jahren auch ins allgemeine öffentliche Bewußtsein geraten. Zugleich ist das Gericht aber auch wie nie zuvor Gegenstand kritischer, die

¹ Insbesondere BVerfGE 12, 205; 57, 295.

² z.B. BVerfGE 1, 208; 7, 99; 8, 51; 20, 56; 24, 300; 52, 63.

³ BVerfGE 8, 104; 122.

⁴ Dazu etwa *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Beharrung oder Innovation, *Der Staat* 1980, S. 335 ff. (358 ff.); *Dieter Grimm*, Verfassungsgerichtsbarkeit. Funktion und Funktionsgrenzen im demokratischen Staat, in: *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, Bd. 2, S. 83 ff. (105 ff.); *Jürgen Jekewitz*, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, *Der Staat* 1980, S. 535 ff. (539 ff.). Ausdruck dieser „politischen Kultur“ ist auch der vom Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts *Benda* gemachte Vorschlag, die Ministerialbürokratie möge doch anhand der Verfassungsrechtssprechung eine „check-Liste“ erstellen, um Gesetze von vornherein gegen verfassungsgerichtliche Beanstandungen abzusichern; vgl. *Ernst Benda*, Grundrechtswidrige Gesetze, S. 34.

Legitimität seiner Machtausübung thematisierender Diskussionen sowohl in der Tagespresse wie auch in wissenschaftlichen Publikationen geworden. Im Oktober 1978 konnte jedermann via Fernsehen an der Kontroverse zwischen Bundeskanzler Schmidt und dem Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts Benda während der Podiumsdiskussion der Stiftung Theodor-Heuss-Preis in der Evangelischen Akademie Tutzing teilhaben. Verfassungsorgane, auch das Bundesverfassungsgericht, hätten sich in Selbstbeschränkung zu üben, hatte der Bundeskanzler gesagt. Es könne nicht jeder seine Kompetenzen bis an den Rand ausschöpfen. Dies hatte der Präsident des Bundesverfassungsgerichts für verfassungsrechtlich unhaltbar erklärt. Jedes Verfassungsorgan habe nämlich „die ihm auferlegten Rechte und Pflichten wahrzunehmen – nicht mehr, aber auch nicht weniger“⁵. In diesem Gegensatz kommen unterschiedliche normative Vorstellungen vom Verhältnis von Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit und anderen Staatsorganen, insbesondere dem Parlament als Gesetzgebungsgremium, zum Ausdruck, deren systematische Entfaltung und Analyse rechtmethodische, verfassungstheoretische und gesellschaftstheoretische Grundfragen berühren. Wenn die These von der Selbstbeschränkung im Rahmen an sich gegebener Kompetenz als verfassungsrechtlich unhaltbar bezeichnet wird, weil das Bundesverfassungsgericht jeweils genau seine Pflicht wahrzunehmen habe, so liegt die Vorstellung rechtlich gebundenen Entscheidens zugrunde, bei welchem in der Tat für „Selbstbeschränkung“ kein Raum ist. Wer hingegen „Selbstbeschränkung“ fordert, geht von einem – wie immer bestimmten und begrenzten – Ermessen aus, von der Möglichkeit, unter Umständen so oder auch anders zu entscheiden. Wenn es solches Ermessen gibt, wird die funktionelle Zuordnung von Verfassungsgerichtsbarkeit und anderen Entscheidungsinstanzen zum Problem. Woher kommen die Maßstäbe, aus denen die Forderung nach Selbstbeschränkung zu rechtfertigen ist? Ist dies im Verhältnis zum parlamentarischen Gesetzgeber ein Gebot der Demokratie? Wie steht diese Forderung zum Konzept des demokratischen Verfassungsstaats, der Mehrheitsherrschaft zugleich gewährleistet und begrenzt? Wann ist „Selbstbeschränkung“ eine Respektierung des demokratischen Prozesses, und wann ist sie eine Preisgabe der „normativen Kraft der Verfassung“ (Konrad Hesse)? Ist „Verfassung“ in diesem Zusammenhang möglicherweise ein irreführendes Stichwort, das normative Sicherheit, einen archimedischen Punkt suggeriert, wo in Wahrheit nur ein Prozeß, die von Rudolf Smend so genannte „fließende Geltungsbildung“ stattfindet?

Mit vorstehenden Fragen ist das Thema dieser Studie angerissen. Es geht um eine sowohl normative als auch deskriptive Funktionsbestimmung der Institution Bundesverfassungsgericht im politischen System der Bundesre-

⁵ Zu dem Vorgang siehe *Otwin Massing*, Verfassungskonsens als Alibi, und *Winfried Steffani*, Verfassungskonsens als Problem, ZParl 1979, S. 119 ff.; 125 ff.; bei Letzterem auch die zitierten Passagen.

publik. Normative Funktionsbestimmung bedeutet hier, Zielfunktionen bzw. Sollgrößen der Verfassungsgerichtsbarkeit im Kontext einer Verfassungs- und Gesellschaftstheorie zu begründen. Deskriptive Funktionsbestimmung wird dadurch zu leisten unternommen, daß die verfassungsgerichtliche Praxis zu den normativen Funktionen in Beziehung gesetzt wird mit dem Ziel, Aussagen über die Funktionalität zu machen.

Das Konzept des demokratischen Verfassungsstaates mit geschriebener („positiver“) Verfassung und einem ihre Einhaltung kontrollierenden Gericht stellt einen Unterfall sozialer Steuerung durch gesetztes Recht dar. Deshalb steht vor allen Überlegungen zur funktionellen Einordnung der Verfassungsgerichtsbarkeit in das staatliche Institutionensystem und generell in den politischen Prozeß die rechtstheoretische bzw. rechtmethodische Frage nach dem Verhältnis von Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, d.h. konkret, inwieweit Bendas These von der „Pflicht“, die ein Ermessen in der Frage etwaiger Selbstbeschränkung ausschlosse, mit dem Hinweis auf rechtliche Determinierung der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen begründet werden kann. Erst wenn hierüber Klarheit herrscht, ist eine Basis dafür gegeben, verfassungstheoretische und gesellschaftstheoretische Erwägungen über die Art und Weise der Ausnutzung etwaiger Entscheidungsspielräume anzustellen.

Entsprechend der Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit für das Funktionieren des politischen Systems der Bundesrepublik und für dessen Verständnis ist die Beschäftigung mit dieser Institution in der Staatsrechtswissenschaft – interessanterweise nicht so sehr in der Politikwissenschaft⁶ – von Anfang an intensiv gewesen. Die inzwischen zweimal fortgeschriebene Bibliographie von Josef Mackert und Franz Schneider zur Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder⁷ nennt allein zum Stichwort: „Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik“ insgesamt 171 Titel.⁸ Die Staatsrechtslehrervereinigung hat die Thematik seit 1950 zweimal unmittelbar⁹ und einmal eingekleidet in das Problem von „Prinzipien der

⁶ Siehe auch die entsprechenden Urteile von *Rudolf Schäfer*, Politikwissenschaftliche Analysen des Bundesverfassungsgerichts, NPL 1974, S. 209, und *Dieter Grimm*, Gegenwartsprobleme der Verfassungspolitik, PVS Sonderheft 9 (1978), S. 272 ff. (289).

⁷ *Josef Mackert / Franz Schneider*, Bibliographie zur Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder, Tübingen, Bd. 1 1971; Bd. 2 1976; Bd. 3 1982.

⁸ 36 Titel in Bd. 1, 28 Titel in Bd. 2 und 107 Titel in Bd. 3. In diesem sprunghaften Anstieg kann sicherlich eine Reaktion auf die in den 70er Jahren stärker problematisch gewordene politische Funktion des Bundesverfassungsgerichts gesehen werden. Die Landesverfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik hat demgegenüber unvergleichlich weniger Aufmerksamkeit gefunden, was aufgrund ihrer geringeren praktischen Relevanz leicht erklärlich ist. Siehe jetzt aber das dreibändige Werk: Landesverfassungsgerichtsbarkeit, hrsg. v. *Christian Starck* u. *Klaus Stern*.

⁹ Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 9 (1952), mit Referaten von *Erich Kaufmann* und *Martin Drath*; Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge