

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 975

**Grenzen
verfassungsgerichtlicher Erkenntnis**

**Zur Prozeduralität
der Verfassungsnormativität**

Von

Daniel O. Burchardt



Duncker & Humblot · Berlin

DANIEL O. BURCHARDT

Grenzen verfassungsgerichtlicher Erkenntnis

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 975

Grenzen verfassungsgerichtlicher Erkenntnis

Zur Prozeduralität
der Verfassungsnormativität

Von

Daniel O. Burchardt



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft
der Freien Universität Berlin
hat diese Arbeit im Jahre 2004
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2004 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 3-428-11549-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Es sei uns verliehen
die Weisheit, das Rechte zu erkennen,
der Wille, es zu fordern,
und die Kraft, es durchzusetzen.

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Einleitung und Gang der Untersuchung	13
I. Einleitung	13
II. Zum Gang der Untersuchung	15

Zweiter Teil

Restriktionen	17
I. Unterscheidung von Recht und Politik	17
1. Einführung	17
2. Der abstrakte Sinngehalt der Begriffe Politik und Recht	18
a) Begriff der Politik	18
b) Begriff des Rechts	20
3. Die Frage der Trennung von Recht und Politik aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts	22
4. (Überkommene) Positionen der Literatur	23
5. Wechselverhältnis	25
II. Gewaltenteilung als vorausliegendes Prinzip	29
1. Begriff und formale Gestalt	29
2. Verfassungsgerichtsbarkeit	31
III. Political-question-Doktrin	32
1. Einführung	32
2. Charakteristik der Political-question-Doktrin im amerikanischen Verfassungsrecht	33
a) Entstehung und Geschichte	33
aa) Marbury v. Madison	33
bb) Ware v. Hylton	36
cc) Luther v. Burden	37
b) Die heutige Bedeutung der Political-question-Doktrin	39
aa) Ange v. Bush	39
bb) W. L. Nixon v. United States	41

c) Theorie der Political-question-Doktrin	42
aa) Theorie verfassungsrechtlicher Kompetenzzuweisung	43
bb) Theorie des Rechtsprechungsopportunismus	45
cc) Theorie der fehlenden (Verfassungs-)Norm	46
dd) Theorie des Vorranges außerrechtlicher Gesichtspunkte	47
ee) Gewaltenteilung als Grundlage der Political-question-Doktrin	48
ff) Theorie der richterlichen Verantwortung	48
gg) Zwischenüberlegung	49
3. Verwandte Ansätze im deutschen Verfassungsleben	51
a) Kalkar-Beschluss	52
b) Hess-Beschluss	54
4. <i>Political-question</i> -Doktrin und bundesdeutsche Verfassung	58
a) Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG	59
b) Kompetenzordnung des Art. 93 GG	61
c) Verschiedenheit der Verfassungssysteme und Ergebnis	62
IV. Judicial self-restraint	63

Dritter Teil

Erkenntnisgrenzen	66
I. Einführung	66
II. Funktionen der Grundrechte	67
1. Begriffsbestimmung	67
2. Geschichtliche Grundlagen	68
3. Klassische Funktion der Grundrechte	69
4. Objektiv-rechtliche Funktion der Grundrechte	70
5. Wertbegriff	73
6. Wesen der objektiv-rechtlichen Grundrechtsdimension	74
a) Rechtswirkungen des objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalts	74
aa) Auslegung des einfachen Rechts	75
bb) Grundrechtliche Leistungspflichten des Staates	77
α) Grundrechtliche Schutzpflichten	80
αα) Wesen	80
ββ) Einforderbarkeit	82
γγ) Deszendenz	83
δδ) Unmittelbare Drittwirkung?	85
β) Soziale Grundrechte	89
αα) Wesen	89
ββ) Einforderbarkeit und Deszendenz	91

b) Wertbegründung und Grenzen des objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalts	96
7. Folgewirkungen des Objektiv-rechtlichen für die Verfassungsstruktur	102
a) Grundrechtsverwirklichung	102
b) Strukturveränderungen	105
8. Das „neue“ Verhältnis von Legislative und Bundesverfassungsgericht	106
a) Wert und Sollensordnung	106
b) Implikationen	107
9. Funktionell-rechtliche Kritik am objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalt ..	110
10. Zwischenüberlegung	112
11. Staatsorganisation I	113
a) Axiome der Demokratie und Gewaltenteilung	113
aa) Menschenwürde und Partizipation	114
bb) Legitimität durch Partizipation	117
cc) Freiheitssicherung und Kontrolle	119
dd) Akzeptanz	126
b) Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit (Ziel und Zweck)	127
aa) Funktionsreflektion	128
bb) Gesetzgebung	129
cc) Verfassungsgericht	132
c) Zwischenergebnis und -überlegung	137
12. Staatsorganisation II	140
a) Grundgesetz und Demokratie	140
b) Grundgesetz und Gewaltenteilung	142
c) Bundesverfassungsgericht und parlamentarischer Gesetzgeber	146
d) Die faktische Position des Bundesverfassungsgerichts (Streitgeschichte)	150
aa) Schwangerschaftsabbruch	150
bb) Hochschulmitbestimmung	156
cc) Wehrpflichtnovelle	159
dd) Radikale	163
ee) Vermögensteuer	164
ff) Familienleistungsausgleich	170
gg) Kruzifix	176
e) Zwischenüberlegung	178
III. Erkenntnisgrenzen	179
1. Systemreflektion	180
a) Begriffsjurisprudenz	181
b) Positivismus	183
c) „Reine Rechtslehre“	185
aa) Sein, Sollen und Grundnorm	186
bb) Reine Rechtslehre und Verfassungsgerichtsbarkeit	189

d)	Interessenjurisprudenz	192
e)	Freies Recht	193
f)	Wertungsjurisprudenz	197
2.	Wertungsraison	202
a)	Starre Konkordanz	204
b)	Bewegliche Systeme	209
aa)	Exkurs: Die Ermittlung der ratio decidendi im Richterrecht	212
bb)	Übergang von komparativen zu quantitativen Begriffen	213
c)	Ausweichprinzip und Wertungsarithmetik	214
d)	Normative Entscheidungstheorie	217
e)	Erfüllungswert	218
f)	Zwischenergebnis	220
g)	Abwägungsreduktionismus	220
aa)	Unzumutbarkeit im Sinne einer starren Opfergrenze	222
bb)	Abwägungsfreiheit durch Mindestpositionen und „strenge“ Erforderlichkeit	225
h)	Pluralismustheorie	232
i)	Verfahrensansatz der Pluralismustheorie	236
j)	Wertung und klassische Philosophie	237
k)	Reine Topik	239
l)	Zwischenergebnis und -überlegung	244
m)	Konzepte einer Präjudizienordnung	246
n)	Vorrangrelationen	253
o)	Fazit	255
p)	Zwischenergebnis	256
q)	Zwischenüberlegung	258
r)	Entscheidungstheorie	258
aa)	Vernunft und Ratio	259
bb)	Nutzen als Prämisse	261
cc)	Verfahren	263
s)	Reduktion des Grundrechtsgehalts	264

Vierter Teil

Die Unterscheidung von Handlungs- und Kontrollnorm – Grundzüge einer prozeduralen Kontrolltheorie	274
I. Begriff der Kontrolle	274
II. Divergenz	275
III. Bedenken	281
IV. Divergenz und prozedurale Legitimation	284

Inhaltsverzeichnis	11
1. Inhaltliche Grenzen der Verfassung	292
2. Kontrollreduktion auf soft-instruments	294
V. Verbleibende Kontrolldichte	296
VI. Kontrolle im Rahmen prozeduraler Normativität	301

Fünfter Teil

Schluss und zwanzig zusammenfassende Thesen	310
I. Schluss	310
II. Zwanzig zusammenfassende Thesen	312
Literaturverzeichnis	317
Sachwortverzeichnis	341

Erster Teil

Einleitung und Gang der Untersuchung

I. Einleitung

1. Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland gab schon immer Anlass für Meinungsverschiedenheiten. Die Diskussion um sie, bald schärfer bald moderater, begleitet das Bundesverfassungsgericht seit seinem Partus und verlor nie an Aktualität. Gerade die neunziger Jahre des zwanzigsten Jahrhunderts, haben wieder zu einer vermehrten, teilweise recht polemischen,¹ Auseinandersetzung mit diesem Themenkreis geführt. Einige Judikate, wie etwa die „Kruzifix“- die „Awacs“- oder die „Vermögensteuer“-Entscheidung haben die Gemüter stark erregt und ein Sperrfeuer der Kritik ausgelöst.^{2,3} Vornehmlich wird dem Verfassungsgericht insoweit angelastet, seinen Funktionskreis zu verlassen und Aufgaben wahrzunehmen, die nicht ihm, sondern dem parlamentarischen Gesetzgeber ureigen zustünden.

Eines lässt sich immerhin schnell feststellen: Die tatsächliche Macht des Bundesverfassungsgerichts ist enorm. Sie reicht von der Möglichkeit, Gesetze für nichtig zu erklären und Urteile zu kassieren über das Verwerfen von exekutiven Maßnahmen bis hin zur Enthebung politischer Parteien ihres Parteienstatus und des Staatsoberhauptes seines Amtes. Den notwendigen Hebel hierzu findet das Bundesverfassungsgericht vornehmlich in der von ihm besorgten extensiven Verfassungs-, namentlich Grundrechtsentfaltung und verleiht damit der

¹ Bernhard Großfeld, *Götterdämmerung*, S. 1719, spricht von einer „Götterdämmerung“. Angemerkt sei hierbei, dass die *wagnersche*, auf *Sturluson* zurückgehende Übersetzung des isländischen Wortes „*Ragnarök*“ nicht ganz trifft; vielmehr spricht die Mythologie insoweit von einem *Götterverhängnis*, was das hier zu beleuchtende Problem im Übrigen auch deutlich besser trifft. In seiner Kritik ebenfalls recht harsch *Rolf Lamprecht*, *Erosion*.

² Einige der wichtigeren und für die Beziehung zwischen Bundesverfassungsgericht und parlamentarischem Gesetzgeber bezeichnenden Entscheidungen werden in dieser Arbeit näher dargestellt.

³ Der Kritik kritisch gegenüber *Horst Sandler*, Blüten richterlicher Unabhängigkeit und Verfassungsgerichtsschelte, in: NJW 1996, S. 825–827. Zu Zulässigkeit und Grenzen der Urteilsschelte siehe insgesamt *Robin Mishra*, Urteilsschelte. Zur Urteilsschelte als Rechtsproblem siehe weiterhin *Andreas Voßkuhle*, Der Grundsatz der Verfassungsorganstreue und die Kritik am BVerfG, in: NJW 1997, S. 2216–2219.

bundesdeutschen Verfassung eine Bedeutung für die Rechts- und Gesellschaftsordnung, wie sie weltweit kaum einer zweiten zukommt.⁴ Hierin findet sich zugleich das maßgebliche Problem. Nach Art. 20 Abs. 3 GG sind die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung Recht und Gesetz unterworfen, während die Gesetzgebung „nur“ an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden ist. Kann das Verhältnis zwischen Fachgerichtsbarkeit und Gesetzgebung hiermit als weithin geklärt gelten – jene wenden an, was diese beschließen –, kann es sich in Bezug auf die Verfassungsgerichtsbarkeit gerade so nicht verhalten; aber auch ebensowenig umgekehrt. Eingedenk der Wirkung des § 31 BVerfGG, der alle öffentlichen Stellen im Allgemeinen und die Verfassungsorgane im Besonderen an die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bindet, ist der Konflikt zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und dem parlamentarischen Gesetzgeber evident.

Die Einrichtung einer machtvollen Verfassungsgerichtsbarkeit ist aber offenkundig besonderer Ausdruck rechtsstaatlicher Distinktion. Der Verfassungsgeber übertrug die Wahrung der Unverbrüchlichkeit der Verfassung bewusst nicht dem Staatsoberhaupt (anders Weimar) oder dem Parlament selbst. Diese Kardinalaufgabe sollte vielmehr einem „souveränen“ gerichtsförmigen Organ zukommen. Dieser – offenbar auch und gerade um der Pointierung des Gewaltenteilungsprinzips willen gefasste – Gedanke zwingt dazu, Autorität und Reputation des Bundesverfassungsgerichts zu wahren. Denn schließlich ist es nicht zuletzt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu verdanken, dass die Grundrechte Gestalt gewonnen haben und sich hiermit in der Bundesrepublik eine politische Kultur herausgebildet hat, die von einem freiheitlichen Geist durchdrungen ist. Ein Behaupten der Verfassungsgerichtsbarkeit in Anspruch und Wirken ist aber nur möglich vor dem Hintergrund einer plausiblen Theorie derselben, womit der Gegenstand der vorliegenden Untersuchung benannt ist.

2. Diskussionen um die Position des Verfassungsgerichts zielen entweder auf die Begründung respektive Rechtfertigung seiner Macht oder deren Restriktion. Möglichkeiten der Restriktion werden dabei den verschiedensten Kategorien entnommen. Von einfachen und zugleich totalen Lösungen, wie etwa der ersatzlosen Abschaffung des Bundesverfassungsgerichts,⁵ reichen die Vorschläge bis in die tiefsten rechtstheoretischen Erwägungen hinein.

Wenn vorliegend die staatsstrukturelle Stellung des Bundesverfassungsgerichts vor diesem Hintergrund erneut⁶ einer Klärung unterzogen werden soll,

⁴ Vgl. *Klaus Stern*, Gesetzgeber, S. 26. Ferner *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Strukturfragen, S. 12.

⁵ Solche Modelle werden hier nicht besprochen. Vgl. zu dem Vorschlag der Abschaffung des Bundesverfassungsgerichts etwa *Richard Häußler*, Bundesverfassungsgericht, S. 144–164.

⁶ Vor dem Hintergrund der zu diesem Thema vorfindlichen Literaturflut erklärt sich der etwas umfangreichere wissenschaftliche Apparat dieser Arbeit.

wird dabei die Existenz des Bundesverfassungsgerichts nicht nur vorausgesetzt, sondern seine Notwendigkeit ein weiteres Mal bewiesen. Gerade die hierzu notwendigen Argumente, angereichert durch die Erkenntnisse aus der Analyse der Restriktionsansätze, sollen dann nutzbar gemacht werden, um eine korrekte Verortung der verfassungsgerichtlichen Position und eine entsprechende Beschreibung der hieraus zu folgernden funktionellen Kompetenz zu ermöglichen. Es geht der Untersuchung mithin nicht um das Aufzeigen einer Kompromissmöglichkeit, den Streit zweier Antagonisten zu mildern. Es ist vielmehr bezweckt, ein System zu erhellen, indem sich beide, Verfassungsgericht und parlamentarische Gesetzgeber, der ihnen jeweils zustehenden Aufgabe sowie deren Grenzen sicher sein können und müssen,⁷ wodurch ihnen zumal ein symbiotisches und nicht nur synzistisches Verhältnis zugewiesen ist.

Die vorliegende Untersuchung versteht sich dabei aber keinesfalls als abschließend. Sie ist eine Grundlagenarbeit, welche die weitere Ausdifferenzierung des hier nur schemenhaft beschriebenen Verhältnisses zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und parlamentarischem Gesetzgeber das Verdienst anderer sein lassen muss.

II. Zum Gang der Untersuchung

Da von *Grenzüberschreitungen* nur in Kenntnis der jeweiligen Grenzen gesprochen werden kann, ist es angezeigt, sich über jene staatsrechtlichen Gemarkungen Aufschluss zu verschaffen, welche einer Verfassungsgerichtsbarkeit im Allgemeinen und dem Bundesverfassungsgericht im Besonderen gezeichnet sind. Zunächst sei daher aufgezeigt, auf welchen Wegen die Wissenschaft versucht, dem *Bundesverfassungsgericht* entscheidungserhebliche Grenzen zu setzen. Die zu unterscheidenden Ansätze, vermittels derer auf die Grenzen verfassungsgerichtlicher Funktion hinzuweisen versucht wird, bedürfen ob ihrer Vielzahl aber der entschiedenen Einengung. Es ist in Anbetracht der Fülle der unterbreiteten Vorschläge offensichtlich, dass eine Arbeit wie die vorliegende sich nur mit den prominentesten Ansätzen befassen kann – und soll. Dies ist letzten Endes aber insoweit unschädlich, als sich die hier nicht explizit angesprochenen Ansätze bei genauerem Hinsehen oftmals nur als Variante oder Unterfall der hier beleuchteten darstellen. Wenn man so will, strebt diese Untersu-

⁷ Damit ist der Forderung Rechnung getragen, es nicht bei „beschwichtigenden Ermahnungen“ zu belassen; „fassen wir die Macht bei den Hörnern und führen sie dahin, wohin jede Macht gehört: in ein festes Gehege, dessen Größe der Macht vorgegeben ist.“, so *Bernhard Großfeld*, Zur Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Grundgesetz, in: NJW 1998, S. 3544–3547 (S. 3547). Mahnend ferner *Otto Rudolf Kissel*, Gewalt, S. 1785: „Die Unabhängigkeit, die Essentiale der Rechtsprechung, kann sie auf Dauer nur besitzen und bewahren, wenn sie ihrerseits die originären Aufgabenbereiche der anderen Staatsgewalten respektiert, die auch ihrerseits die Tendenz zur Ausweitung in sich tragen.“