Uwe Kranenpohl

Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses

Uwe Kranenpohl

Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses

Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts

VS VERLAG FÜR SOZIALWISSENSCHAFTEN

Bibliografische Information der deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2010

Alle Rechte vorbehalten
© VS Verlag für Sozialwissenschaften | GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden 2010

Lektorat: Frank Schindler

VS Verlag für Sozialwissenschaften ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media.
www.vs-verlag.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Umschlaggestaltung: KünkelLopka Medienentwicklung, Heidelberg
Druck und buchbinderische Verarbeitung: Rosch-Buch, Scheßlitz
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier
Printed in Germany

ISBN 978-3-531-16871-5

Inhaltsübersicht

Vorwort 17

I. Teil: Vorüberlegungen 19
1 Einleitung 19
2 Zur Methodik der Studie 42

II. Teil: Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess im BVerfG 81
3 Die Struktur des internen Entscheidungsprozesses 81
4 Der Einfluss der Berichterstatter 133
5 Die Beratung als Forum 'ausgewogenen kritischer Deliberation' 162
6 Handlungsressourcen in der Beratung 199
7 Konformität und Heterogenität 227

III. Teil: Die Kommunikation des BVerfG mit der Gesellschaft 253
8 Legitimität und Kommunikation 253
9 Transparenz, Integration und Legitimation 294

IV. Teil: Legitimationsressourcen des BVerfG 331
10 Struktursicherung durch externe Steuerung 331
11 Entscheidungsspezifische Steuerungspotentiale bei der Normkontrolle 367
12 Quellen der gesellschaftlichen Akzeptanz des BVerfG 400

V. Teil: Die interne Strukturabsicherung 439
13 Informelle Normen als zentrales Element der Organisationskultur des BVerfG 439

VI. Teil: Ergebniszusammenfassung 495
14 Ambivalenzen der Legitimitätsproduktion 495

Anhang 507

Inhaltsverzeichnis

Verzeichnis der Tabellen und Abbildungen 13
Abkürzungsverzeichnis 14
Anmerkung zur Zitierweise 16

Vorwort 17

I. Teil: Vorüberlegungen 19

1 Einleitung 19
1.1 Fragestellung 20
1.2 Forschungsstand 21
1.2.1 Das BVerfG zwischen ‘Recht’ und ‘Politik’ 21
1.2.2 Die politischen Funktionen des BVerfG 25
1.2.3 Politikwissenschaftliche Befunde zu Entstehungs- und Wirkungsbedingungen der Verfassungsrechtsprechung 26
1.2.4 Die ‘Macht’ des BVerfG aus politikwissenschaftlicher Perspektive 30
1.2.5 ‘Entscheidungshintergründe’ 36
1.2.6 Fazit 40
1.3 Vorgehensweise 40

2 Zur Methodik der Studie 42
2.1 Zur Analyse kollektiver Entscheidungsprozesse 44
2.1.1 Entscheidungstyp 44
2.1.2 Analyseebene 46
2.1.3 Verhaltensannahmen 48
2.1.3.1 Zweckrationalität 48
2.1.3.2 Politisches und organisatorisches Umfeld 49
2.1.3.3 *Homo psychologicus* 53
2.1.3.4 Die Gruppe in Entscheidungsprozessen 55
2.1.4 Fazit 57
2.2 Konzeption der empirischen Studie 57
2.2.1 Zwischen *grand theory* und *grounded theory* 57
2.2.2. Fünf Modelle des verfassungsgerichtlichen Entscheidungsprozesses 60
2.2.2.1 Das Modell des organisatorischer Prozesses 60
2.2.2.2 Das Modell des Entscheidungsspiels 61
2.2.2.3 Das Modell der zweckrationalen Entscheidung 61
2.2.2.4 Das organisationskulturelle Modell 62
2.2.2.5 Das kognitive Modell 63
2.2.3. Fazit 64
2.3 Die Datenerhebung 64
2.3.1 Konzeption der Interviewstudie 67

2.3.1.1 Auswahl der Interviewpartner ... 67
2.3.1.2 Befragungstyp ... 68
2.3.1.3 Befragungsinstrument ... 68
2.3.2 Durchführung der Interviewstudie ... 70
2.3.2.1 Realisierte Interviews ... 70
2.3.2.2 Realisierte Fragestellungen ... 72
2.3.2.3 Interviewdauer ... 75
2.3.2.4 Interviewsituation ... 76

II. Teil: Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess im BVerfG ... 81

3 Die Struktur des internen Entscheidungsprozesses ... 81
3.1 Die Struktur im Überblick ... 82
3.2 Die einzelnen Stationen des Verfahrens ... 85
3.2.1 Die Gerichtsverwaltung ... 85
3.2.2 Der Berichterstatter und sein Dezernat ... 86
3.2.2.1 Die dezernatsinterne Arbeitsorganisation ... 87
3.2.2.2 Der Einfluss der Wissenschaftlichen Mitarbeiter ... 88
3.2.2.3 Die Verfahrenshoheit des Berichterstatters ... 91
3.2.2.4 Das Votum ... 92
3.2.3. Der Senat ... 94
3.2.3.1 Die Entscheidungsberatung ... 94
3.2.3.2 Die Leseberatung ... 98
3.2.3.3. Die mündliche Verhandlung: Gelegenheit zur Sachaufklärung ... 100
3.3 Besonderheiten der Kammerverfahren ... 103
3.3.1 Das Annahmeverfahren zur VerfB ... 105
3.3.1.1 Gerichtsverwaltung und Allgemeines Register ... 106
3.3.1.2 Das Dezernat ... 106
3.3.1.3 Kriterien der Annahme zur Entscheidung ... 108
3.3.1.4 Das Annahmeverfahren als informales Zugriffsverfahren? ... 113
3.3.1.5 Die Arbeitsbelastung als Einflussfaktor ... 117
3.3.1.6 Elemente der Kontrolle ... 120
3.3.1.7 Zwischenfazit: Die Annahme zur Entscheidung als Auswahlverfahren ... 122
3.3.2 Die Zulässigkeitsprüfung bei der konkreten Normenkontrolle ... 122
3.3.3 Die Kammerberatung ... 123
3.3.4 Der Einfluss der Mitarbeiter im Kammerverfahren ... 126
3.3.5 Senats- und Kammerverfahren: Keine grundlegenden Unterschiede – aber deutliche Akzentverschiebungen ... 128
3.4 Probleme des Zwillingsgerichts ... 128
3.5. Fazit: Der Entscheidungsprozess zwischen Arbeitsteilung und Kollektivverantwortung ... 131

4 Der Einfluss der Berichterstatter ... 133
4.1 Einflussmöglichkeiten ... 133
4.1.1 Der Berichterstatter als ‘Herr des Verfahrens’ ... 133
4.1.2 Erstellung des Votums ... 136
4.1.3 Der Berichterstatter als Experte ... 138
4.1.4 Der Einfluss im Kammerverfahren ... 139
4.2 Restriktionen ... 141
4.2.1 Beschränkungen der ‘Verfahrenshoheit’ ... 141

4.2.2 Der Status des Votums ... 143
4.2.3 Die Mitverantwortung des Kollegiums ... 145
4.2.4 Der bedingte Expertenstatus des Berichterstatters ... 148
4.2.4.1 Die Dezernatszuteilung ... 148
4.2.4.2 Konkurrierende Experten ... 152
4.2.5 Die Beratung und ihre Dynamik ... 155
4.2.6 Restriktionen in der Kammer ... 157
4.3 Fazit: Ausrichtung der Arbeitsteilung auf Diskursivität ... 159

5 Die Beratung als Forum 'ausgewogener kritischer Deliberation' ... 162
5.1 Die Beratung als gerichtlicher Verfahrensschritt ... 163
5.1.1 Der Primat juristischen Argumentierens ... 163
5.1.2 Die Anschlussfähigkeit der Argumentation ... 166
5.1.3 Die 'Läuterung' persönlicher Ansichten ... 167
5.1.4 Zwischenfazit: Die Ambivalenz juristischen Argumentierens ... 169
5.2 Einzig legitimer Ort der kollektiven Willensbildung ... 170
5.2.1 Unkalkulierbarer Beratungsverlauf ... 171
5.2.2 Keine Vorabsprachen – aber Möglichkeit zum Austausch ... 173
5.3 Geschützter Freiraum mit Teiltransparenz ... 175
5.4 'Argumentieren' statt 'Verhandeln': Prinzipielle Offenheit des Diskurses ... 178
5.5 Entscheidungsfindung zwischen Konsenssuche und Mehrheitsprinzip ... 181
5.5.1 Starke Konsensorientierung ... 182
5.5.2 Aktive Konsenssuche in der Beratung ... 185
5.5.3 Grenzen der Kompromissbereitschaft ... 188
5.6 Am Ende des Einvernehmens ... 190
5.6.1 Zu 'harmoniesüchtig'? Eine gerichtsinterne Meinungsverschiedenheit ... 190
5.6.2 'Vier-zu-vier-Entscheidungen': Betriebsunfälle oder Sternstunden? ... 195
5.7 Fazit: Steigerung der Problemlösungskompetenz durch Intransparenz des Entscheidungsprozesses ... 197

6 Handlungsressourcen in der Beratung ... 199
6.1 Fachliche Expertise ... 200
6.1.1 Generelle juristische Kompetenz ... 200
6.1.2 Kenntnis spezifischer Rechtsgebiete ... 201
6.2 Berufsbedingte Erfahrungen ... 202
6.2.1 Bundesrichter und Hochschullehrer ... 203
6.2.2 Politiker, Verwaltungsjuristen, Anwälte: 'Exoten' im BVerfG ... 207
6.3 Verhalten in der Beratung ... 210
6.3.1 Rollenorientierungen in der Beratungssituation ... 210
6.3.1.1 Der Senatsvorsitzende als 'geborener Vermittler' ... 211
6.3.1.2 Diskursfördernde Orientierungen ... 215
6.3.1.3 Drohen mit dem Sondervotum? ... 216
6.3.2 Kompetenzen im Beratungsprozess ... 218
6.3.2.1 Erfahrung mit der Beratungssituation ... 219
6.3.2.2 Argumentationsgeschick und Rhetorik ... 220
6.4 Reputation und Reputationsverlust ... 222
6.5 Fazit: Diskursfördernde Kompetenzen stärken den Einfluss ... 225

7 Konformität und Heterogenität ... 227
7.1 Interne Organisation des BVerfG ... 228
7.2 Pluralität bei der Bestellung der Richter ... 229
7.2.1 Berufswege ... 230

7.2.2 Parteipolitische ‘Entsendelager’ ... 232
7.2.3 Individuelle Hintergründe ... 236
7.2.3.1 Soziale Herkunft ... 237
7.2.3.2 Persönliche Betroffenheit ... 239
7.2.3.3 Weltanschauliche Prägung ... 240
7.2.3.4 Juristische Schulen ... 242
7.3 Lediglich professionell orientierte Gruppenidentität ... 245
7.4 Die Wissenschaftlichen Mitarbeiter als Korrektiv ... 246
7.5 Auswirkungen in der Beratungssituation ... 249
7.6 Fazit: Geringe Gefahr von *groupthink* und *group polarization* ... 251

III. Teil: Die Kommunikation des BVerfG mit der Gesellschaft ... 253

8 Legitimität und Kommunikation ... 253
8.1 Die Architektur am Schlossplatz: ‘Symbolische Offenheit’ des BVerfG ... 254
8.2 Die Medienpräsenz des BVerfG ... 256
8.2.1 Die Öffentlichkeitsarbeit des BVerfG ... 257
8.2.2 Die Justizpressekonferenz Karlsruhe ... 265
8.2.3 Die Rundfunköffentlichkeit des BVerfG ... 269
8.3 Die Richter – Kommunikationsagenten des BVerfG ... 270
8.3.1 Selbstverständnis als ‘Repräsentanten’ des BVerfG ... 271
8.3.2 Einbindung in Fachdiskurse ... 274
8.3.3 Kontaktpflege mit Beschwerdeführern ... 276
8.3.4. Internationale Kontakte ... 277
8.4 Probleme ... 277
8.4.1 Personalisierung der Medienberichterstattung? ... 278
8.4.2 Öffentlichkeitsarbeit des BVerfG oder Richter-PR? ... 285
8.4.3 Die Medienpräsenz des ‘Vierten Senats’ ... 289
8.5 Fazit: Verbesserte Präsenz durch Einrichtung einer professionellen Öffentlichkeitsarbeit ... 292

9 Transparenz, Integration und Legitimation ... 294
9.1 Das Erfordernis transparenter Verfassungsrechtsprechung ... 294
9.2 Die Bedeutung des Wertekonsenses ... 298
9.3 Rechtssicherheit durch Berechenbarkeit ... 303
9.4 Nachvollziehbarkeit der Begründung ... 308
9.5 Dokumentation von Streitfragen ... 312
9.5.1 Veranschaulichung in der mündlichen Verhandlung ... 314
9.5.2 Offenlegung des Abstimmungsergebnisses ... 316
9.5.3 Sondervoten ... 318
9.5.4 Der Ausgleich unvereinbarer Positionen ... 322
9.6 Unübersichtliche Entscheidungen – ein Preis der Transparenz ... 325
9.7 Fazit: Lüften des Beratungsgeheimnisses schafft Legitimation und ermöglicht Integration ... 328

IV. Teil: Legitimationsressourcen des BVerfG ... 331

10 Struktursicherung durch externe Steuerung ... 331
10.1 Bedeutung und Vielfalt juristischer Methoden ... 332
10.2 Die ‘unscharfe’ Dogmatik des BVerfG ... 336

10.2.1 'Elfes' und 'Lüth': Ausdehnung der Entscheidungsreichweite ... 336
10.2.2 Zwischen Gestaltungswillen und Selbstbindung ... 341
10.2.3 Die Deutungsoffenheit der Dogmatik ... 344
10.2.4 Die Unbestimmtheit einzelner Argumentationsfiguren ... 347
10.2.5 Beschränkungen für den Gestaltungswillen ... 349
10.3 'BVerfG-Positivismus': Strukturierung des juristischen Diskurses ... 352
10.4 Das BVerfG und die Fachgerichtsbarkeit ... 358
10.5 Der Mitarbeiterstab als juristische 'Kaderschmiede' ... 363
10.6 Fazit: 'Unschärfe' als Bedingung für situationsadäquate Rechtsprechungspraxis ... 366

11 Entscheidungsspezifische Steuerungspotentiale bei der Normkontrolle ... 367
11.1 Berücksichtigung der Entscheidungsfolgen ... 367
11.2 Tenorierungspraxis ... 372
11.2.1 Nichtigkeit und Unvereinbarkeit ... 374
11.2.2 Appellentscheidungen bzw. die 'noch verfassungsgemäße' Norm ... 377
11.2.3 Die verfassungskonforme Auslegung ... 379
11.3 Ersatzgesetzgebung durch das BVerfG? ... 382
11.4 Der Graubereich der 'tragenden Gründe' und *obiter dicta* ... 385
11.5 Politisches und gesellschaftliches *Agenda-Setting* ... 389
11.5.1 Beeinflussung der politischen Agenda durch Entscheidungstenorierung ... 389
11.5.2 Das BVerfG und die gesellschaftliche Agenda ... 392
11.6 Gegentendenzen ... 395
11.7 Fazit: Beträchtliche Strukturierungspotentiale durch die Tenorierung ... 398

12 Quellen der gesellschaftlichen Akzeptanz des BVerfG ... 400
12.1 Gesellschaftliche Akzeptanz als zentrale Ressource ... 400
12.2 Das Rechtsstaatsprinzip und seine Vergegenwärtigung im Alltag: Die Güte der Entscheidungen und ihre Vermittlung ... 403
12.3 Das apolitische Image des BVerfG ... 409
12.3.1 Das BVerfG als Institution 'über den Parteien' ... 410
12.3.2 Freiheit von Interesseneinfluss ... 412
12.3.3 Harmonische Konfliktbeilegung statt konflikthafter Streitigkeit ... 414
12.3.4 Vordemokratische Politikvorstellungen als Legitimationsquelle ... 418
12.4 Das Charisma des 'Uncharismatischen' ... 419
12.5 Die Folgebereitschaft der Entscheidungsunterworfenen ... 423
12.5.1 Gesellschaftliche Folgebereitschaft: Letztendlich nicht erzwingbar ... 425
12.5.2 Folgebereitschaft des Gesetzgebers: Trotz Normverwerfungskompetenz des BVerfG prekär ... 428
12.6 Der Preis der Akzeptanz: Problemverschiebung durch die Politik ... 431
12.7 Fazit: Das Dilemma der Verfassungsrechtsprechung zwischen genereller Geltung und konkreten Akzeptanzproblemen ... 437

V. Teil: Die interne Strukturabsicherung ... 439

13 Informelle Normen als zentrales Element der Organisationskultur des BVerfG ... 439
13.1 Internalisierung statt Kodifizierung: Normen als Aspekt der 'Organisationskultur' des BVerfG ... 440
13.1.1 Informelle Normen in der Organisation ... 441
13.1.2. Traditionspflege ... 445
13.1.3 Gegentendenz: Regelmäßige Fluktuation ... 447
13.2 Das Leitbild eines Richters am BVerfG ... 450

13.2.1 Das Selbstverständnis des unabhängigen Richters ... 451
13.2.1.1 Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Integrität ... 451
13.2.1.2 „Der Richter spricht durch sein Urteil“ ... 454
13.2.2 Das Selbstverständnis eines Mitglieds des BVerfG ... 455
13.2.2.1 Karrierehöhepunkt ... 456
13.2.2.2 Der spezifische Charakter des BVerfG als Verfassungsorgan ... 458
13.2.2.3 Parteipolitische Neutralität ... 461
13.3 Die Wahrung der institutionellen Integrität ... 463
13.3.1 Die ‘Würde des Hauses’ ... 463
13.3.2 Autonomiesicherung durch Abwehr politischer Einflussnahme ... 466
13.4 Interpersonale Handlungs- und Verhaltensnormen ... 470
13.4.1 Normen der Kollegialität ... 470
13.4.1.1 Dezidierte Rücksichtnahme in der Beratung ... 471
13.4.1.2 Kollegenorientierte Arbeitsorganisation ... 474
13.4.1.3 Kontroversität begrenzen ... 475
13.4.2 Sicherung des deliberativen Prozesses ... 477
13.4.2.1 Das Verschwiegenheitsgebot ... 478
13.4.2.2 Das Gebot des juristischen Argumentierens ... 479
13.4.2.3 Das Verbot von Vorabsprachen ... 480
13.4.3 Der Umgang mit Sondervoten ... 482
13.5 Das Tabu: Normverstöße ... 485
13.5.1 ‘Faule’ Richter ... 486
13.5.2 Der Ausnahmefall: Vorabsprache vor einer Beratung ... 490
13.5.3 Sanktionierung von Fehlverhalten ... 491
13.6 Fazit: Sicherung des deliberativen Verfahrens durch internalisierte Normen ... 493

VI. Teil: Ergebniszusammenfassung ... 495

14 Ambivalenzen der Legitimitätsproduktion ... 495
14.1 Diskursorientierte Kollektiventscheidungen bei hochgradiger Arbeitsteilung ... 495
14.2 Konsensorientierte Beratung im Schatten des Mehrheitsprinzips ... 497
14.3 Legitimation und Teiltransparenz ... 499
14.4 Bestimmtheit der Anordnungen durch Unbestimmtheit der Inhalte ... 501
14.5 Akzeptanz und Folgebereitschaft ... 503
14.6 Das Annahmeverfahren zur VerfB zwischen Regelkonformität und Willkürlichkeit ... 504
14.7 Aufgaben der weiterführenden Forschung ... 504

Anhang ... 507

15 Interviewfragebogen ... 507

16 Interviewpartner ... 512

17 Literaturverzeichnis ... 513

Verzeichnis der Tabellen und Abbildungen

Tab. 1.1 Funktionen des BVerfG 26

Tab. 2.1 Raster zur Analyse der Entscheidungsprozesse am BVerfG 58
Tab. 2.2 Modelle zur Erklärung der Entscheidungsprozesse am BVerfG 65
Tab. 2.3 In den Interviewfragen angesprochene Modelle des verfassungsgerichtlichen Entscheidungsprozesses 69
Tab. 2.4 Befragungsplan (Teilansicht) 71
Tab. 2.5 Befragte Richter nach Status und Senatszugehörigkeit 72
Tab. 2.6 Anzahl der den Richtern gestellten Fragen nach Status 73
Tab. 2.7 Frequenz der den Richtern gestellten Fragen 74
Tab. 2.8 Fragenfrequenz nach Prioritätsgruppen 75
Tab. 2.9 Interviewdauer (in Minuten) nach Befragten 75
Tab. 2.10 Glaubwürdigkeit der Befragten 76
Tab. 2.11 Kooperationsbereitschaft der Befragten 77
Tab. 2.12 Konzentration der Befragten 77
Tab. 2.13 Korrelation von Glaubwürdigkeit, Kooperationsbereitschaft und Konzentration 78

Tab. 3.1 Verfahrenseingänge beim BVerfG 83
Tab. 3.2 'Schlüsselentscheidungen' des BVerfG nach Verfahrensart 105

Tab. 5.1 Zahl der abgegebenen Sondervoten pro Richter (1970 – 2007) 191
Tab. 5.2 Abgegebene Sondervoten nach Senat im Zeitablauf 193

Tab. 6.1 Anzahl der Sondervoten der Senatsvorsitzenden (1970 – 2007) 212

Tab. 7.1 Ins BVerfG gewählte Bundesrichter nach Bundesgericht 231
Tab. 7.2 Richter am BVerfG mit Vorerfahrungen in der Politik 233

Tab. 8.1 Gegenstände der Pressemitteilungen des BVerfG 2007 258
Tab. 8.2 Gegenstände der Pressemitteilungen 2007 im Zeitverlauf 259
Tab. 8.3 Pressemitteilungen zu Entscheidungen 2007 (nach Verfahrensart) 260
Tab. 8.4 Pressemitteilungen zu Entscheidungen 2007 (nach Senat) 261
Tab. 8.5 Richter des BVerfG mit den meisten Nennungen in Artikeln der Zeit 279
Tab. 8.6 Nennungen der Richter in Artikeln der Presse (1995 – 1997) 281
Tab. 8.7 Nennungen der Richter in Artikeln der Presse (2005 – 2007) 282
Tab. 8.8 Artikel und Interviews ehemaliger Richter des BVerfG in der Presse 290

Tab. 9.1 Vier Modi der Integration (nach Schaal) 296

Tab. 12.1 Einschätzungen des 'institutionellen Charakters' des BVerfG 413

Abb. 2.1 Dimensionen der Analyse außenpolitischer Entscheidungen nach Haftendorn 45

Abkürzungsverzeichnis

Abkürzungen, die nicht in *Duden. Rechtschreibung der deutschen Sprache, 24. Aufl. (2006)* aufgeführt sind:

a. F.	alte(r) Fassung
AK	Alternativkommentar [= Denninger et al.: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl.]
ASJ	Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
bearb., Bearb.	bearbeitet, Bearbeiter
BefBezG	Gesetz über befriedete Bezirke für Verfassungsorgane des Bundes
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BSG	Bundessozialgericht
BT Drucks.	Deutsches Bundestag, Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz)
BVerfGGO	Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
dems.	demselben
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
ehem.	ehemalig(e), ehemals
EKMR	Europäische Konvention der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote(n)
FR	Frankfurter Rundschau
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
i. Orig.	im Original
i. V. m.	in Verbindung mit
JPK	Justizpressekonferenz Karlsruhe

m. w. N. ..... mit weiteren Nachweisen
MAK I ..... Mitarbeiterkommentar, 1. Aufl.
[= Umbach / Clemens: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1995]
MAK II ..... Mitarbeiterkommentar, 2. Aufl.
[= Umbach et al.: Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2005]
MD ..... Maunz–Dürig [= Maunz et al.: Grundgesetz. Kommentar]
MSB ..... Maunz–Schmidt-Bleibtreu
[= Maunz et al.: Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar]

n. F. ..... neue(r) Fassung
NJW ..... Neue Juristische Wochenschrift

OVG ..... Oberverwaltungsgericht

PVS ..... Politische Vierteljahresschrift

Rn. ..... Randnummer(n)

S. ..... Satz
SB ..... Schmidt-Bleibtreu et al.: Kommentar zum Grundgesetz, 12. Aufl.
SFB ..... Sonderforschungsbereich
SFHG ..... Gesetzes zum Schutz des vorgeburtlichen / werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlicheren Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs (Schwangeren- und Familienhilfegesetz)
SGB ..... Sozialgesetzbuch
SOP ..... *standard operation procedure*
StB ..... Deutscher Bundestag, Stenographische Berichte
SZ ..... Süddeutsche Zeitung

Tab. ..... Tabelle(n)
taz ..... die tageszeitung

Übers. ..... Übersicht

v. ..... von, *versus*
VerfB ..... Verfassungsbeschwerde
VerfGH ..... (Österreichischer) Verfassungsgerichtshof
vMü ..... Münch / Kunig (Hg.): Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl.

WRV ..... Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919
(Weimarer Reichsverfassung)

zit. n. ..... zitiert nach

Anmerkung zur Zitierweise

Diese Arbeit über das BVerfG zwischen Recht und Politik steht in ähnlicher Weise am Schnittpunkt von Politik- und Rechtswissenschaft. Leider praktizieren die beiden Professionen höchst unterschiedliche Zitierweisen, die nur schwer miteinander in Einklang zu bringen sind. Da diese Studie trotz ihres Gegenstandes aber eine genuin politikwissenschaftliche ist, werden durchwegs die in dieser Disziplin üblichen Verweistechniken angewandt. Hiervon gibt es lediglich zwei Ausnahmen:

- Die Entscheidungen des BVerfG werden nach den einschlägigen Entscheidungssammlungen (BVerfGE, BVerfGK) zitiert. Sofern die Beschlüsse nicht in diese aufgenommen wurden, wird ab 1998 anhand der Dokumentation auf der Website des BVerfG (*www.bundesverfassungsgericht.de*) zitiert, für die Zeit zuvor die Publikation der Entscheidung in der *Neuen Juristischen Wochenschrift*.
- Der Verweis auf die juristische Kommentarliteratur zum GG und BVerfGG erfolgt – sofern die ansonsten verwendete 'amerikanische Zitierweise' nicht praktikabel ist – mit dem Namen des Bearbeiters, der einschlägigen Vorschrift sowie einem Kürzels zur Angabe des Kommentars.

Um den Usancen beider Professionen gerecht zu werden, wird außerdem – soweit vorhanden – neben der Seitenzahl auch die einschlägige Randnummer angegeben.

Vorwort

Als „ein deutsches Geheimnis“ bezeichnet *Heinrich Wefing* in seiner im Sommer 2009 in der Wochenzeitung „Die Zeit“ veröffentlichten Reportage das Bundesverfassungsgericht. Kein anderes Verfassungsorgan genieße vergleichbares Vertrauen, doch um so kurioser sei es, „dass fast nichts über dieses Gericht bekannt ist“ (Wefing 2009). Die vorliegende Studie, die im Sommer 2009 von der Philosophischen Fakultät der Universität Passau als Habilitationsschrift angenommen wurde, soll einen Beitrag dazu leisten, die Vorgänge in Karlsruhe transparenter zu machen und den ‘Schleier’ ein wenig zu lüften, der die Willensbildungs- und Entscheidungsprozesse vor den Augen des Publikums verborgen hält.

Dabei ist die Metapher des ‘Schleiers’ durchaus mit Bedacht gewählt. Denn Karlsruhe ist gerade keine klassische ‘*black box*’, über deren Innenleben nichts nach außen dringt, sondern die Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts lassen bisweilen von sich aus einige wenige Einblicke in ihren Arbeitsprozess zu, etwa durch die Publikation von Sondervoten oder auch mitunter sehr umfangreichen Entscheidungsbegründungen. Außerdem mag manchmal der eine oder andere Beobachter den Eindruck haben, durch den ‘Schleier des Beratungsgeheimnisses’ hindurch zumindest einen schemenhaften Eindruck der Vorgänge im Gericht erhaschen zu können.

Das Bild ist aber darüber hinaus treffend, weil es auf *John Rawls*’ Konzeption vom „Schleier des Nichtwissens“ anspielt (Rawls 1971: 29). Selbstverständlich gelingt es auch den Richterinnen und Richtern des Bundesverfassungsgerichts nicht, in einen – schon von *Rawls* selbst als rein theoretisch konzipierten – Urzustand einzutreten, in dem niemand sich seiner persönlichen Ressourcenausstattung bewusst ist. Offenkundig gelingt es aber in Karlsruhe wesentlich besser als in den meisten gesellschaftlichen Institutionen, ‘sachfremde’ Einflüsse auf den Willensbildungs- und Entscheidungsprozess zu dämpfen und diesen statt dessen auf eine problemorientierte Beratung in Form einer ‘ausgewogenen kritischen Deliberation’ auszurichten.

Im Zuge des Forschungsprojekts zeigte sich schnell, dass eine Analyse des verfassungsgerichtlichen Willensbildungs- und Entscheidungsprozesses unvollständig bliebe, bezöge man nicht auch die Wechselwirkungen zwischen dem Gericht und seiner Umwelt ein – zumal diese Wechselwirkungen auch von den Richterinnen und Richtern selbst wahrgenommen werden und ihrerseits die internen Beratungen zu beeinflussen vermögen.

Ein einzelner Forscher kann solch umfangreiche Studien nur bewältigen, wenn er Unterstützung aus seinem Umfeld erhält: In erster Linie habe ich Prof. Dr. Dr. h.c. Heinrich Oberreuter zu danken, der mir über die vielen gemeinsamen Jahre als Chef wie als akademischer Lehrer erlaubte, in einem Maße eigenständig zu agieren, das im universitären Bereich alles andere als selbstverständlich ist. Zugleich war er ein vorbildlicher Mentor, stets interessiert und immer bereit, das Projekt nach Möglichkeit zu unterstützen.

Ganz besonders danke ich auch Prof. Dr. Barbara Zehnpfennig und Prof. Dr. Bernhard Haffke nicht nur für die schnelle Erstellung der Gutachten zu einer doch sehr umfangreichen Studie, sondern vor allem für ihre nimmermüde und wohltuende Unterstützung im

Habilitationsverfahren. Dem Dekan der Philosophischen Fakultät, Prof. Dr. Hans Krah, bin ich für die ebenso kluge wie faire Leitung des Habilitationsverfahrens zu Dank verpflichtet.

Ein Projekt dieses Umfangs wäre nicht möglich, hätte ich nicht stets mit Kollegen zusammenarbeiten dürfen, wie man sich nicht besser wünschen kann. Mein besonderer Dank gilt deshalb Prof. Dr. Martin Sebaldt, Stefan Köppl M.A., Jürgen Stern M.A., Dr. Ondřej Kalina und Sophie Haring, die das Projekt in verschiedenen Phasen begleiteten. Zu danken habe ich darüber hinaus den stets äußerst fleißigen und engagierten Studentischen Hilfskräften, die immer durch ihre Zuverlässigkeit bestachen – wollte ich einzelne herausheben, würde ich anderen nicht gerecht.

Besonders danken möchte ich auch den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Bibliothek der Universität Passau, die buchstäblich alle Türen öffneten, um mir eine effiziente Benutzung zu ermöglichen, und mit großem Einsatz sowohl in Passau nicht vorhandene als auch dort leider 'verschwundene' Literatur mit großer Schnelligkeit beschafften.

So wichtig aber ein funktionierendes Arbeitsumfeld auch ist, so unerlässlich ist, wenn solche Forschungsprojekte erfolgreich bewältigt werden sollen, die Unterstützung aus dem privaten Umfeld. Dabei freut es mich besonders, welch große Teilnahme ich auf meinem wissenschaftlichen Karriereweg von meiner Familie erfahren durfte – selbst wenn ich ihr wohl nicht immer vermitteln konnte, was genau mich dazu trieb, die Wissenschaft zu meiner Berufung zu machen. Leichter war dies wohl im Kreis der vielen Menschen, die ich zu meinen Freunden zählen darf, nachzuvollziehen, habe ich doch mit vielen von ihnen – zumindest eine zeitlang – gemeinsam gearbeitet und geforscht. Dass daraus Freundschaften erwachsen, bestätigt nochmals die besondere Kollegialität meines Arbeitsumfeldes. Zu Familie wie Freunden zähle ich Alexandra Meister, ohne deren Begleitung über Jahre ich meinen Weg nicht hätte gehen können und deren Anteil am Gelingen dieses Forschungsprojekts gar nicht überschätzt werden kann – und den sie möglicherweise noch nicht im Ansatz erahnt.

Allerdings wäre diese Arbeit auch zum Scheitern verurteilt gewesen, hätte sich nicht eine so überaus große Zahl von (ehemaligen) Richterinnen und Richtern des Bundesverfassungsgerichts bereiterklärt, für mich den 'Schleier des Beratungsgeheimnisses' ein wenig beiseite zu ziehen und mir den ein oder anderen Blick in den Willensbildungs- und Entscheidungsprozess zu erlauben. Ich hatte nicht erwartet, dass mir fast ausnahmslos alle die Möglichkeit zu einer Befragung einräumen würden; ebenfalls hatte ich nicht damit gerechnet, dass mir in solch großer Offenheit über Gerichtsinterna berichtet würde. Überhaupt nicht hatte ich erwartet, wie viele dieser Gespräche schließlich den Charakter wissenschaftlicher Diskurse am Schnittpunkt von Politikwissenschaft, Staatsrechtslehre und Rechtssoziologie annahmen. Eine intellektuelles Vergnügen, das ich nicht missen möchte.

Schließlich verdienen noch jene ausdrücklichen Dank, die Teile des Manuskriptes Korrektur lasen: Diese mühevolle Aufgabe übernahmen Henrik Gast M.A, Johannes Gerschewski M.A., Peter Kainz M.A., Marie Kajewski M.A., Dr. Ondřej Kalina, Dr. Dorothee Kellermann von Schele, Stefan Köppl M.A., Sarah Mallach, Carsten Pietsch M.A., Stephanie Schuhknecht, Dr. Manfred Schwarzmeier und Jürgen Stern M.A. *Last but not least* danke ich Imelda Wagner, die den gesamten Text durcharbeitete und die ich für die Akkuratesse, die sie dabei an den Tag legte, auf aufrichtig bewundere.

Uwe Kranenpohl

I. Teil: Vorüberlegungen

1 Einleitung

Der „Gang nach Karlsruhe“ (Wesel 2004) ist in der politischen Diskussion der Bundesrepublik Deutschland zum ‘geflügelten Wort’ geworden und verdeutlicht sehr anschaulich, welch zentrale Rolle die Verfassungsrechtsprechung im politischen System Deutschlands nach 1945 gewonnen hat.[1] Dabei wird dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in Meinungsumfragen – nahezu unbeeinflusst von der öffentlichen Diskussion um kontroverse Entscheidungen des Gerichts – unter den staatlichen Institutionen stets das höchste Vertrauen entgegengebracht (Vorländer / Schaal 2002: 357-364). Als der publizistische Deutungskampf, ob die Bundesrepublik nach der Vereinigung und dem Umzug von Parlament und Regierung nun ‘Bonner Republik’ bleibe oder ‘Berliner Republik’ werde, allmählich abebbte, postulierte der Titel einer kleinen Schrift, die deutsche Politik werde seit fünf Jahrzehnten weder an Spree noch Mittelrhein grundlegend geprägt: Die Bundesrepublik sei doch eigentlich die „Karlsruher Republik“ (Schaal / Friedel / Endler 2000)! Diese These – wenn auch augenzwinkernd formuliert – verwies treffend auf eine Besonderheit des politischen Prozesses der Bundesrepublik Deutschland.[2] Agieren in den roten Roben der Richter am BVerfG doch Personen, denen schon zahlreiche machtvolle Attribute zugeschrieben wurden.

Tendiert der Bedeutungsinhalt der Bezeichnung ‘Hüter der Verfassung’ möglicherweise noch primär zum reaktiven Tätigwerden, verweisen „Ersatzgesetzgeber“ (Landfried 1990: 88), „Gegenregierung“ (Wewer 1991a) oder „Lenker der Politik“ (Guggenberger / Würtenberger 1998) auf eine aktive – und politik*gestaltende* – Rolle des Gerichts. Oftmals argumentiert auch das politische Personal in seinen Reaktionen auf ‘unliebsame’ Karlsruher Richtersprüche, das Gericht habe seine Kompetenzen überschritten und in den Gestaltungsraum der Politik bzw. des Gesetzgebers in unziemlicher Weise eingegriffen.[3] Dies konnte –

---

1 Der Begriff ‘Verfassungsrechtsprechung’ verweist dabei primär auf den funktionalen Aspekt, d. h. die Tatsache, dass politische Entscheidungen einem *judicial review* unterliegen. Dagegen betont ‘Verfassungsgerichtsbarkeit’ den institutionellen Aspekt, also die Einrichtung eines Verfassungsgerichts als eigenständige Institution (schließlich kann Verfassungsrechtsprechung auch ohne eigentliches Verfassungsgericht existieren). Da in Deutschland das richterliche Prüfungsrecht auf das Bundesverfassungsgericht konzentriert ist, können die Begriffe in diesem Fall synonym verwandt werden.

2 Dagegen meinte *Carl Schmitt* (unter dem Pseudonym *Ivo Schütz*) schon 1961 äußerst kritisch:

> Man muss sich endlich daran gewöhne, dass Bonn nicht Weimar ist, aber auch nicht Bonn, sondern eben Karlsruhe. (Schütz 1961)

3 Auch wenn ebenso der BGH seinen Sitz in der ‘Residenz des Rechts’ hat, wird ‘Karlsruhe’ hier allein als Synonym für das BVerfG verwendet.

wie durch die Presse kolportiert (Reißmüller 1973) – durchaus Verbalinjurien[4] oder auch sophistische Spitzfindigkeiten zur Reichweite der Entscheidungen[5] nach sich ziehen.

1.1 Fragestellung

Angesichts dieser Situation überrascht es nicht, dass die Bedeutung der Verfassungsrechtsprechung (bzw. der mit dieser Funktion beauftragten Gerichte, zuvörderst des BVerfG) in der politikwissenschaftlichen Literatur inzwischen durchwegs betont wird.[6] Doch ist es bisher kaum gelungen, Licht in die *black box* des Willensbildungs- und Entscheidungsprozesses dieser zentralen Institution im politischen System Deutschlands zu bringen – was mit Ausnahme des Obersten Gerichtshofes der USA ausnahmslos für alle Verfassungsgerichte gilt (Brünneck 1992: 42).[7] Somit ist bis heute weitgehend ungeklärt, wie die Entscheidungen des BVerfG zustande kommen:

- In welcher Weise – insbesondere wie autonom – gestalten sich der gerichtsinterne Willensbildungsprozess und die Entscheidungsfindung?
- Wie gestalten sich die Einflussmöglichkeiten der Akteure – insbesondere des gerichtsintern zuständigen Berichterstatters in diesem Prozess?
- Wie sichert das BVerfG seine Entscheidungsautonomie gegenüber seiner Umwelt ab? Auf welche Weise sucht es die Akzeptanz seiner Judikate zu sichern? Welchen internen Regeln haben sich die Richter zu unterwerfen?

Angesichts des bestehenden Beratungsgeheimnisses und der funktionsnotwendigen Vertraulichkeit mag die Beantwortung dieser Fragen zwar mit Schwierigkeiten behaftet sein,[8] doch ist sie nicht von vornherein unmöglich. Denn es ist der Politikwissenschaft bereits in anderen Fällen gelungen, Entscheidungsprozesse aufzuklären, obwohl die in sie eingespannten Akteure üblicherweise das Licht der Öffentlichkeit scheuen: So etwa zwischen Regierung und Koalitionsfraktionen (Schwarzmeier 2001; Wildenmann 1955) bzw. zwischen Fraktionen einer Regierungsmehrheit (Kranenpohl 1999b; Kropp 2001).

Daher erscheint es lohnend, dem Willensbildungs- und Entscheidungsprozess im BVerfG nachzuforschen, wobei allerdings nicht die einzelne, möglicherweise aufsehenerregende Entscheidung, sondern die den Prozess leitenden Vorstellungen, Normen und Ver-

4 Vgl. dazu aber kritisch Lamprecht (1996b: 128f.).

5 So formulierte der damalige bayerische Ministerpräsident *Edmund Stoiber* anlässlich der Kruzifixentscheidung (BVerfGE 93, 1):

> Wir respektieren das Urteil, können es aber innerlich und inhaltlich nicht akzeptieren. (zit. n. Stiller 1995)

6 Vgl. nur die Einführungen in das politische System Deutschlands Beyme (2004: 371-399); Billing (1978; 2000); Gerlach (2002: 216-232); Hartmann (2004: 200-216); J.J. Hesse / Ellwein (2004: 375-391); Marschall (2007: 196-216); Rudzio (2006: 282-293); M.G. Schmidt (2007: 220-244); Sontheimer / Bleek (2005: 347-357). Voigt verweist darauf, dass die Bedeutung anderer Gerichte von der Sozialwissenschaft allerdings kaum registriert wurde (Voigt 1989: 161).

7 Vgl. für die USA etwa Epstein / Knight (1998); Schwartz (1996).

8 Allerdings ist festzuhalten, dass die fehlende Öffentlichkeit der Entscheidungsprozesse zugleich auch eine Legitimationsressource des BVerfG ist (vgl. dazu ausführlich Kap. 12.3 u. 12.4).

fahrensregeln, also das ‘alltägliche Geschäft’, im Zentrum der Untersuchung stehen sollen. Bevor ein Forschungskonzept zur Klärung dieser Fragen entworfen werden kann, ist aber zunächst der Forschungsstand zu erörtern.

1.2 Forschungsstand

Der Stand der Forschung zur Verfassungsrechtsprechung ist zwiespältig zu beurteilen: Einerseits ist die Literatur – gerade von Seiten der Staatsrechtslehre – unübersehbar, so dass jeder Versuch einer vollständigen Kenntnisnahme zum Scheitern verurteilt ist, andererseits folgt diese aber ihren eigenen Forschungsparadigmen und ist deshalb für die vorliegende Fragestellung meist nur von geringer Relevanz. So wurden erst im Verlauf dieses Forschungsprojekts die Funktionen der Verfassungsrechtsprechung erstmals aus der Perspektive der (Vergleichenden) Regierungslehre systematisiert (Kranenpohl 2004).[9] Zugleich ist aber ein vermehrtes Interesse aus der Politikwissenschaft an Fragen der Verfassungsrechtsprechung festzustellen – *Dieter Grimm*s Bonmot, die Politologen hätten das BVerfG den Juristen überlassen (Grimm 1976b: 703),[10] trifft insoweit nicht mehr zu. In jüngster Zeit sind eine Reihe einschlägiger Studien erschienen (Brodocz 2009; Lembcke 2007; Vanberg 2005a; Vorländer 2006a) – darunter vor allem der verdienstvolle Sammelband von *Robert Chr. van Ooyen* und *Martin H. W. Möllers* (2006a) –, die im Zuge des laufenden Forschungsprozesses aber nur in Einzelaspekten rezipiert werden konnten. Dagegen haben sich die Rechtssoziologie und die Rechtspolitologie der Verfassungsrechtsprechung nur selten gewidmet (Bryde 1998; Görlitz / Voigt 1985; H.A. Hesse 2006; Voigt 2000; 2006). Andererseits liegt auch – trotz des *casebooks* von *Jörg Menzel* (2000b) – noch keine (rechts-)historische Studie der Rechtsprechung des BVerfG vor, die sich mit Darstellungen des Washingtoner *Supreme Court* messen könnte (vgl. etwa Schwartz 1993).[11]

Dieser Forschungsüberblick konzentriert sich auf folgende Themenkreise: Die Verortung der Verfassungsrechtsprechung zwischen ‘Recht’ und ‘Politik’, Befunde zu Entstehungs- und Wirkungsbedingungen der Verfassungsrechtsprechung, die Machtressourcen des BVerfG sowie jene Faktoren, die auf die Karlsruher Entscheidungen Einfluss haben.[12]

1.2.1 Das BVerfG zwischen ‘Recht’ und ‘Politik’

Insbesondere die dominierende Linie der Staatsrechtslehre verfolgt die Perspektive, den Standort der Verfassungsrechtsprechung zwischen den Polen ‘Recht’ und ‘Politik’ zu verorten. Dabei ist eine deutliche Tendenz zu beobachten, den politischen Charakter der vom

9 Vgl. auch Kap. 1.2.2.

10 Ins gleiche Horn stoßen auch Adomeit (1980) und noch vor wenigen Jahren Beyme (2001). Noch mehr gilt dies aber wohl für die Geschichtswissenschaft (vgl. aber Repgen 1992; Schiffers 1984a; 1984b).

11 Nicht wegen des populärwissenschaftlichen Anspruchs, sondern wegen seines verkürzten (partei-)politischen Zugriffes auf die Spruchpraxis kann Wesel (2004) dies nicht leisten.

12 Zumindest teilweise sozialwissenschaftlich orientierte Forschungsberichte zum BVerfG legten bisher vor: Ebsen (1978); Helms (1999); Menzel (2000a); Ooyen / Möllers (2006b); Schäfer (1974); Voigt (1989); Rinken [AK]: vor Art. 93, Rn. 56-71a.

BVerfG zu entscheidenden Fragen zwar einzuräumen, aber zugleich den 'unpolitischen' Gerichtscharakter der Institution – und daraus folgend das 'unpolitische' Wesen der Entscheidungsverfahren – zu betonen (Clemens 1995: 16; F. Klein 1965; Rupp-v. Brünneck 1977a: 3f.). Andererseits wurde die politische Mitsteuerungsleistung der Verfassungsrechtsprechung von der Staatspraxis zumindest insoweit anerkannt, als sich die Verfügung im Genehmigungsschreiben der Alliierten Militärgouverneure zum GG v. 12.05.1949, „*Berlin may not […] be governed by the Federation*" selbstverständlich auch auf Entscheidungen der (Verfassungs-) Gerichtsbarkeit bezog (H.H. Klein 1994: 515, Fn. 10).

Dabei ist diese Trennung der Sphären von Recht und Politik aber erst eine Errungenschaft des späten 19. Jahrhunderts (Luhmann 1990b: 177); ebenso bildet sich eine organisatorische Differenz von Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit erst zu dieser Zeit heraus (Luhmann 1990a: 459-463).[13] Mit *Niklas Luhmann* (2000: 388-392) ist davon auszugehen, dass durch die Verfassung eine 'strukturelle Kopplung' zwischen dem politischen und dem Rechtssystem etabliert wird.[14] Zentrale Funktion der Verfassungsrechtsprechung ist es dann, erforderliche 'Übersetzungsleistungen' zu erbringen: also (verfassungs-)rechtlich relevante politische Probleme in rechtliche Fragen zu transponieren sowie auch politische relevante rechtliche Thema in politisch zu bearbeitende Gegenstände (Kranenpohl 2004: 45), wobei es selbstverständlich auch zu 'Übersetzungsproblemen' kommen kann (Gawron / Rogowski 2007: 63-65).[15]

In dieser Perspektive ist nachvollziehbar, dass es allein der vermeintlich 'unpolitische' Charakter der Verfassungsrechtsprechung dem BVerfG erlaubt, seine Aufgabe effizient zu erfüllen. Er zwingt nämlich die Verfahrensbeteiligten zur 'Übersetzung' der politisch-sozialen Konflikte in den juristischen Code, der alleinige Kommunikationsbasis für die internen Verfahren des Gerichts ist:

> Entscheidungen, die sich nicht [juristisch] 'korrekt' begründen lassen, sind in der Beratung nur schwer zu rechtfertigen. (Ebsen 1985: 256)[16]

Zudem erleichtert es die unparteiliche Richterrolle den Mitgliedern des Gerichts, die aus der Politik oder der Verwaltung stammen, sich von ihren bisherigen Funktionen zu emanzipieren. Konsequenterweise werden deshalb auch Ansätze aus der eigenen Disziplin, die darauf abzielen, dem BVerfG wie den anderen Verfassungsorganen „Anteil an der Staatsleitung" zuzuschreiben (K. Hesse 1995: 278 [Rn. 669]),[17] immer wieder zurückgewiesen. Auf den politischen Charakter der Verfassungsrechtsprechung verweisen letztlich aber auch Funktionszuschreibungen wie etwa der im Kontext mit dem BVerfG oft verwandte „Hüter der Verfassung", denn gerade *Schmitt* billigte diese Funktion wegen ihres politischen Cha-

13 Grundlegend zum Spannungsverhältnis auch Brodocz (2009: 54-61); Luhmann (1993: 407-439). Vgl. zur historischen Entwicklung auch Hinkel (1984) und zur Relevanz von Konzeptionen eines 'Verfassungswächters' aus der Revolutionszeit F. Weber (2005).

14 Vgl. zur 'strukturellen Kopplung' auch Brodocz (2003a). Von einer 'Scharnierfunktion' der Verfassungsrechtsprechung spricht auch Vorländer (2006c: 243).

15 Vgl. dazu jüngst auch Bornemann (2007).

16 Ähnlich Haltern (1998: 91-93); K. Stern (1980b: 19).

17 So auch Grimm (1998: 673); Kommers (1976: 246); Oberreuter (2001: 535).

rakters nicht einem Gericht, sondern der 'politischen' Institution des Reichspräsidenten zu (Schmitt 1931: 132-159).

Für die politikwissenschaftliche Perspektive ist aber gerade der etwas altertümliche Begriff 'Staatsleitung' nützlich, da die Funktion des BVerfG im politischen System gerade nicht mit der einer Fachgerichtsbarkeit für ein spezifisches Rechtsgebiet gleichzusetzen ist. Schließlich geht es ums 'große Ganze', den Rahmen allen staatlichen Handelns, die Steuerung des gesamten Gemeinwesens. Die dem Begriff 'Staatsleitung' zugrundeliegende Mitsteuerungsfunktion der Verfassungsrechtsprechung ist denn auch empirisch festzustellen, verweist doch die mitunter anzutreffende Kritik, Karlsruhe drohe seinen institutionellen Charakter als Gericht zu 'sprengen' (etwa Zweigert / Dietrich 1979), auf diese 'Mitsteuerungsaufgabe'. Gleiches gilt auch für die „quasi-parlamentarische" Selbstinszenierung des Gerichts in seiner Rechtsprechungspraxis – so *Karl-Heinz Ladeur* (1980: 258).[18] Schließlich darf auch nicht übersehen werden, dass sich Karlsruhe in seiner Entscheidungstätigkeit immer wieder auf 'Politik' – und damit auf sein Verständnis dieses Begriffes – beziehen muss (Ooyen 2005).

Auch zahlreiche Studien zur 'Verrechtlichung', 'Justizialisierung' und 'Juridifizierung' von Politik[19] sowie zum Problem der 'Politisierung der Justiz' verdeutlichen, dass der Ort des BVerfG durch eine Trennung der Sphären 'Recht' und 'Politik' empirisch wohl nicht zutreffend beschrieben werden kann.[20] Der Versuch, 'Recht' und 'Politik' klar voneinander zu trennen, ist im Bereich der Verfassungsrechtsprechung insoweit zum Scheitern verurteilt,

- als die Politik, zum Beispiel die im Gesetzgebungsverfahren unterlegene Opposition (Stüwe 1997a; 1997b; 2001; 2002), einerseits versucht, politische Streitfragen mitunter im Gewande der Verfassungsstreitigkeit weiterzuführen (Landfried 1990: 89),
- andererseits politische Akteure unpopuläre Entscheidungen immer wieder 'vor sich her schieben' und 'auf Karlsruhe warten', d. h. Programmformulierungen in Form von Entscheidungen des BVerfG erwarten (statt vieler: Gralher 1980: 222; Rüther 1979: 303f.; Voigt 2000: 139-181).[21]

Schließlich dreht sich auch die quantitativ bedeutende Diskussion um die Möglichkeit einer *political question doctrine* im deutschen Verfassungsprozessrecht bzw. das Erfordernis von *judicial self-restraint* (statt vieler: Dolzer 1982; Seifert 1976; K. Stern 1980a: 961f.; Zuck 1974b) letztendlich um die Frage einer Grenzziehung zwischen Recht und Politik.[22] Denn die Diskussion um eine *political question doctrine* impliziert, es ließen sich klare Kriterien für das Vorliegen einer juristischen bzw. politischen Frage finden. Die Bedeutung, die dieser Lehrmeinung gerade in der politischen und publizistischen Diskussion im Deutschland

18 Schon *Rudolf Smend* (1962: 21) verglich die Öffentlichkeit der Verhandlungen des BVerfG mit der Parlamentsöffentlichkeit.

19 Vgl. zur 'Entrechtlichung' aber Blankenburg (1980); Voigt (1983).

20 Als normatives Postulat eröffnet diese Entgegensetzung dem BVerfG allerdings Handlungs- und Gestaltungsoptionen und sichert nicht unbeträchtliche Legitimationsbestände ab (vgl. Kap. 5 u. 12).

21 Vgl. zur Forschungsentwicklung in Deutschland Helms (1999).

22 Die Ähnlichkeit beider Konzepte im Ergebnis betont auch Starck (1986: 37).

der 70er Jahre zugebilligt wurde, steht allerdings in scharfem Kontrast zu ihrer Bedeutung in der Spruchpraxis des *U. S. Supreme Court* (Dolzer 1982: 29; Gusy 1985a: 57; Kimminich 1979: 78; Rau 1996: 92-94).[23] Denn die Doktrin

- wird in den USA nicht regelmäßig, sondern nur in Ausnahmefällen angewandt;
- stellt vor allem das Handeln der Exekutive – weniger aber des Gesetzgebers – von gerichtlicher Überprüfung frei;
- sucht primär den außenpolitischen Spielraum der Administration zu erhalten[24] und
- ist schließlich für innenpolitische Streitfragen – anders als in der deutschen Diskussion oft dargestellt – eine Grenze der Rechtsprechung des *U. S. Supreme Court* und eröffnet ihm gerade keinen eigenen Gestaltungsspielraum.

Schließlich hält der *U. S. Supreme Court* zwar noch an der Doktrin fest, doch ist sie inzwischen seit mehr als drei Jahrzehnten nicht mehr angewandt worden (Rau 1996: 93f.; Stoevesandt 1999: 78).[25]

Es ist zudem festzustellen, dass das Konzept richterlicher Selbstbeschränkung kaum objektive – und schon gar keine justiziablen – Entscheidungskriterien für die Zulässigkeit bzw. Durchgriffstiefe einer verfassungsrichterlichen Entscheidung bietet. Es ist gerade kein eindeutiges 'Prüfschema' für Kriterien der richterlichen und gerichtlichen Selbstkontrolle (Kimminich 1979: 78f.; Dolzer 1982: 45), so dass auch für die *political question doctrine* am *U. S. Supreme Court* zu konstatieren ist:

> Ihre Anerkennung hat in keiner Weise zu einem generellen Verzicht verfassungsgerichtlicher Kontrolle von solchen legislativen oder exekutiven Entscheidungen geführt, die im politischen Bereich kontrovers waren oder die auf den politischen Prozess in erheblichem Umfang eingewirkt haben. (Dolzer 1982: 29)[26]

So vermag der Begriff der 'richterlichen Selbstbeschränkung' vor allem den Argumentationshaushalt des juristischen und sozio-politischen Diskurses über die Grenzen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen zu strukturieren und als Mittel der Selbstkontrolle zu dienen (Benda 1976: 92f.).

Alle Untersuchungen zu diesem Themenkreis führen damit zu dem Schluss, dass die Verfassungsrechtsprechung im 'Graubereich' *zwischen* Recht und Politik agiert und gerade deshalb eine klare analytische Trennung zwischen diesen Sphären nicht möglich ist (Beyme 2004: 383f.; Häberle 1980b: 64).[27] Dies entspricht auch durchwegs dem US-amerikani-

23 Andererseits sind bei den Obersten Richtern der USA auch wesentlich geringere Berührungsängste gegenüber dem 'Begriff des Politischen' festzustellen (Beyme 1985: 260).

24 Darauf weist insbesondere Schwarz (1995) hin.

25 Vgl. zur Praxis des *U. S. Supreme Court* auch Wasser (1980: 210-214).

26 Später wird auch das Bild einer Übergangszone zwischen 'Recht' und 'Politik' aufgenommen:

> Die Doktrin postuliert im Ergebnis eine 'verfassungsrechtliche Grauzone'. (Dolzer 1982: 45)

27 Dies wäre angesichts der 'Übersetzungsfunktion' der Verfassungsrechtsprechung auch gar nicht wünschenswert. Vgl. aber die kritische Anmerkung bei Haltern (1998: 84 [Fn. 45]).

schen Verständnis der Verfassungsrechtsprechung (Haltern 1998: 242).[28] Eindringlich wurde in den letzten Jahren aber von Seiten der Politikwissenschaft darauf hingewiesen, dass eine angemessene Analyse der Verfassungsrechtsprechung sozialwissenschaftlicher wie juristischer Expertise bedarf (Lhotta 2003: 144; Maus 2006: 116f.; Reutter 2001: 118),[29] wobei aber ein zunehmendes Interesse auch der deutschen Politikwissenschaft an Fragen der Verfassung zu beobachten ist (Vorländer 2006c: 230).

1.2.2 Die politischen Funktionen des BVerfG[30]

Schon diese Ausführungen zur problematischen Gegenüberstellung von 'Recht' und 'Politik' machen deutlich, dass sich das BVerfG nicht allein auf die rechtliche Kontrolle politischen Handelns beschränkt, sondern ihm darüber hinaus politische Funktionen zuzuschreiben sind.

So überprüft das BVerfG im Rahmen der Kontrollfunktion zwar primär das Handeln politischer Institutionen (insbesondere im Bereich der Gesetzgebung), verzichtet aber nicht prinzipiell auf die Kontrolle gesellschaftlicher Akteure. Es beschränkt sich auch nicht auf die Überprüfung von Normen auf ihre Verfassungskonformität, sondern wirkt durch ein differenziertes Entscheidungsinstrumentarium aktiv an der Anpassung der Rechtsordnung mit. Gar nicht zu überschätzen ist – trotz der zahlreichen Änderungen des GG – die Bedeutung des BVerfG bei der Anpassung der Verfassung an veränderte Problemlagen. Zudem übernimmt die Verfassungsrechtsprechung auch eine gesamtgesellschaftliche Integrationsfunktion, indem sie die Offenheit des politischen Prozesses sichert, den Wertekonsens gegebenenfalls reaktualisiert und ein Forum für verfassungspolitische Diskurse bereitstellt. Nicht übersehen werden darf auch die 'Entlastungsfunktion', die das BVerfG durch seine Existenz und sein Renommee für das politische System erbringt. Andererseits vermag es durch seine Thematisierungsfunktion auch Probleme auf die politische, juristische und gesellschaftliche Tagesordnung zu setzen, die bis dahin nicht die Aufmerksamkeitsschwelle des öffentlichen Diskurses zu überwinden vermochten. Mitunter agiert das BVerfG auch als 'Ersatzgesetzgeber', wobei aber zu beachten ist, dass es sich dabei nur durchsetzen kann, wenn zwei Bedingungen erfüllt sind: Einerseits muss Untätigkeit oder Entscheidungsunfähigkeit der eigentlich zuständigen Institutionen Karlsruhe ein 'Gelegenheitsfenster' geöffnet haben, andererseits ist es noch mehr als andere Institutionen für seine Entscheidungen auf ausreichende Folgebereitschaft in Staat und Gesellschaft angewiesen. Diese Übersetzungsfunktion kann nur gelingen, wenn die Verfassungsrechtsprechung selbst über ausreichende Legitimation in den Subsystemen verfügt, d. h. als Vermittlungsinstitution an- und ernstgenommen wird (Tabelle 1.1).

---

28 Für politikwissenschaftliche Fragestellungen können insofern rechtswissenschaftliche Studien, die die US-amerikanische Diskussion rezipieren, hilfreicher sein, da diese die Rolle der Verfassungsrechtsprechung nicht durch klar trennbare Sphären des Politischen und Rechtlichen zu charakterisieren versuchen (Haltern 1998; Riecken 2003). Andererseits ist aber festzuhalten, dass sich die US-Rechtswissenschaft inzwischen in so viele mit divergierenden Grundannahmen arbeitende Schulen differenziert hat, dass diese untereinander kaum noch kommunikationsfähig sind (Haltern 1998: 93f.).

29 Allerdings wird die fehlende Bereitschaft vieler Politikwissenschaftler, sich auf solche Fragestellungen einzulassen, von Seiten der Staatsrechtslehre schon lange beklagt (Grimm 1978: 289; Häberle 1996: 332).

30 Vgl. dazu ausführlich Kranenpohl (2004).

Tabelle 1.1: Funktionen des BVerfG

Funktion	**Umsetzung**
Kommunikation	▪ Verknüpfung und 'Übersetzung' der Diskurse von Politik, Recht und Gesellschaft
Kontrolle	▪ rechtliche Überprüfung des Handels politischer und gesellschaftlicher Akteure ▪ insbesondere des Gesetzgebers
Normkontrolle und -formulierung	▪ restriktive Verwerfung verfassungswidriger Normen ▪ aktive Anpassung der Rechtsordnung an die Verfassung
Verfassungsanpassung	▪ Konkretisierung, Aktualisierung, Neuinterpretation und Fortbildung der Verfassung
Integration	▪ Rechtssicherheit durch autoritative Interpretation der Verfassung ▪ Offenhalten des politischen Prozesses ▪ Aktualisierung der Wertentscheidungen der Verfassung ▪ Konfliktregelung (Befriedung oder Feststellung von Differenzen)
Legitimation	▪ Verdeutlichung des Vorrangs der Verfassung ▪ 'Seismograph' für soziale Missstände
Thematisierung	▪ Agenda-Setter für Politik, Gerichte und Rechtswissenschaft ▪ Strukturierung des rechtswissenschaftlichen Diskurses ▪ Signalfunktion gegenüber Politik, Recht und Gesellschaft

Quelle: Kranenpohl (2004: 44)

1.2.3 Politikwissenschaftliche Befunde zu Entstehungs- und Wirkungsbedingungen der Verfassungsrechtsprechung

Weder ist die Existenz eines richterlichen Prüfungsrechts ein Privileg demokratischer Systeme,[31] noch verfügt jede Demokratie über eine Verfassungsrechtsprechung. Die Idee demokratischen Regierens wird aus unterschiedlichen Quellen gespeist (P. Massing / Breit 2002; M.G. Schmidt 2000; Vorländer 2003), wobei holzschnittartig liberal-konstitutionalistische Konzeptionen von identitärdemokratischen unterschieden werden können (Kranenpohl 2003).[32] Die liberal-konstitutionalistischen Entwürfe machen die Freiheit des Einzelnen und den Schutz dieser Freiheit zur Hauptaufgabe demokratischen Regierens, womit die *Federalist Papers* die Idee propagieren, dies durch *judicial review* zu verwirklichen (Hamilton / Madison / Jay 1788: 459 [No. 78]).[33] Dagegen betonen identitärdemokratische

31 Vgl. zur Geschichte des richterlichen Prüfungsrechts in Deutschland Gusy (1985b).

32 Vgl. für Überlegungen zu einer Verfassungsrechtsprechung während der Französischen Revolution Robbers (1987); Thiele (2000b).

33 Vgl. zur Rekonzeptualisierung der Überlegungen der *Federalist Papers* zur Verfassungsrechtsprechung jüngst Brodocz (2009: 38-48), kritisch zu den Vorstellungen von *Alexander Hamilton* Thiele (2000a). Vgl. zur ein-

Vorstellungen stärker den Aspekt der Regierung des Volkes durch sich selbst. Somit ist selbst in den USA, in denen die Verfassungsrechtsprechung 'erfunden' wurde, ihre Funktion für den Schutz der individuellen Freiheit nie unumstritten. Im politischen Diskurs werden diesem Modell einer „Verfassungssouveränität" (Abromeit 1995: 52f.), in dem die Verfassungsrechtsprechung

> der Odysseus-Mast [ist], an den sich der demokratische Souverän bindet (T. Stein 1998: 264),

stets stärker am Prinzip der Volkssouveränität ausgerichtete Entwürfe von 'Demokratie' entgegengestellt.[34] Diesen Disput, wie Konstitutionalismus und Mehrheitsherrschaft im Konfliktfall auszugleichen sind, bringt *Alexander M. Bickel* auf die treffende Formulierung:

> *The root difficulty is that judicial review is a* counter-majoritarian force *in our system*. (Bickel 1962: 16; Hervorhebung U.K.)[35]

Doch hat sich in fast allen westlichen Demokratien die Rolle richterlicher Kontrolle des politischen Prozesses verstärkt – auch in solchen, die sich wie die Schweiz oder Frankreich eher in der Traditionslinie einer Volkssouveränität *Rousseau*scher Prägung sehen (Kranenpohl 2003: 160f.) – und sogar in Großbritannien, das der Doktrin der 'Parlamentssouveränität' folgt (Schieren 2001: 167-236). Dies konstatieren auch *Martin Shapiro* und *Alec Stone*, die zum Stand der Forschung Mitte der 90er Jahre aber gleichwohl lakonisch bemerken:

> *When this project initially conceived, the editors were struck by the extent to which contemporary comparative political scientists had ignored these developments. […] Indeed, comparativists rarely know anything about law and courts.* (Shapiro / Stone 1994: 397)

Diese Einschätzung wurde auch jüngst von den Herausgebern des PVS-Sonderheftes „Politik und Recht" bestätigt (M. Becker / Zimmerling 2006: 17f.).[36] Tatsächlich handelt es sich bei den meisten Publikationen immer noch um rechtsvergleichende Sammelwerke (McWhinney 1986; Starck / Weber 2007). Unter politikwissenschaftlichen Gesichtspunkten ist unter diesen allerdings die Studie *Alexander v. Brünneck*s (1992) hervorzuheben. Aus dem Bereich der Komparatistik sind neben dem von *Shapiro* und *Stone* herausgegebenen Sonderheft der *Comparative Political Studies* lediglich Sammelbände von *Christine Landfried* (1988a), *Wojciech Sadurski* (2002), *C. Neal Tate* und *Torbjörn Vallinder* (1995) sowie *Mary L. Volcansek* (1992), die Dokumentation einer Tagung der Friedrich-Naumann-Stiftung (Ellermann / Gawron / Rogowski 1988) und die klassische Studie von *Taylor Cole* (1959) anzuzeigen. Einige zusätzliche Befunde ergeben die Studien zur quantitativen De-

---

schlägigen Kontroverse zwischen *Hamilton* und dem *Anti-Federalist 'Brutus'* (vermutlich *Robert Yates*) Eberl (2006: 207-292).

34 Wobei in diesem Verständnis

> das BVerfG […] lediglich den Entscheidungen Geltung verschaffe, die der Grundgesetzgeber schon getroffen habe. (Kriele 1976: 778)

35 Vgl. zum „Paradox konstitutioneller Demokratie" m. w. N. Schaal (2000a: 28-34).

36 Es ist durchaus symptomatisch, dass Erörterungen des *judicial review* auch in ansonsten sehr instruktiven Einführungen in die Vergleichende Regierungslehre wie etwa von Lauth (2006) fehlen.

mokratiemessung, wobei sich vor allem *Nicos C. Alivizatos* (1995), aber auch *Arend Lijphart* (1999: 223-228) dem *judicial review* gewidmet haben.

Die Befunde der Komparatistik sind schlüssig, aber letztlich wenig überraschend: Dass *ceteris paribus* in dezentralisierten Staaten die politische Einflussnahme der Richter größer ist (Alivizatos 1995: 581) verwundert kaum, da föderale Staaten einer 'Clearingstelle' für Kompetenzstreitigkeiten zwischen Zentralstaat und Gliedstaaten bedürfen (K. Hesse 1989). Einen wichtigen Einflussfaktor bilden auch Faktoren der politischen Kultur:

- Die Einflussmöglichkeiten der Richter wachsen, je tiefgreifender politische Krisenerfahrungen im 20. Jahrhundert waren (Alivizatos 1995: 583).
- Gleiches gilt, wenn die Ausbildung des Rechtsstaates der Parlamentarisierung des politischen Systems chronologisch vorausging[37] und
- wenn deutliche anti-politische Vorbehalte in der breiten Bevölkerung existieren bzw. existierten (Beyme 1988: 22).

Daneben hat auch das Richterbestellungsverfahren einen Einfluss: Konsensorientierte Bestellungsverfahren wie beim BVerfG verhindern offenkundig die systematische Bevorzugung bzw. Benachteiligung einzelner politischer Akteure in der Rechtsprechungspraxis – wie sie etwa beim französischen *Conseil Constitutionnel* beobachtbar ist –, selbst wenn die Richter Orientierungen aufweisen, die zum *judicial activism* tendieren (Hönnige 2006: 210). Allerdings zeigten sich ähnliche Effekte wie in Karlsruhe in der Vergangenheit auch am US-amerikanischen *Supreme Court*, der nicht notwendigerweise im Konsens der Parteien besetzt werden muss (Segal / Spaeth 2002: 178-222).

Über Machtpotential verfügt die Verfassungsrechtsprechung zunächst aus ihrer Normverwerfungskompetenz. Sie kann somit als mächtiger Vetospieler angesehen werden (Weaver / Rockman 1993a: 26), denn durch ihre Kompetenz zur autoritativen Interpretation der Verfassung kann sie gleichsam im Alleingang politische Entscheidungen verhindern – sofern ausreichende Folgebereitschaft erwartet und die zugrunde liegende Verfassungsnorm von anderen Akteuren (zumindest faktisch) nicht geändert werden kann (Tsebelis 2002: 226). Angesichts des Blockadepotentials der Verfassungsrechtsprechung überrascht es nicht, dass der von *George Tsebelis* propagierte Vetospieler-Ansatz im Kontext der politikwissenschaftlichen Forschung zur Verfassungsrechtsprechung stark rezipiert worden ist. Freilich greift eine Verengung der Verfassungsrechtsprechung allein auf eine Normverwerfungskompetenz wohl zu kurz. Gerade die sich an *Tsebelis* orientierende Forschung übersieht mitunter vollständig die darüber hinaus gehenden Gestaltungsmöglichkeiten der Verfassungsrechtsprechung – beispielsweise über die Option einer 'verfassungskonformen Auslegung'.[38]

Allerdings hält gerade *Tsebelis* selbst das Vetopotential der Gerichtsbarkeit letztlich für vernachlässigenswert gering (Tsebelis 2002: 227). Dies überrascht, hat er in einer frühe-

37 Vgl. zur Dominanz des Rechtsstaatsprinzips in der deutschen Verfassungstradition Grimm (1989).

38 So beschränkt sich etwa *Uwe Wagschal* in seiner Analyse der Bedeutung des BVerfG in der Steuerpolitik auf die „Entscheidungsformen" Nichtigkeitserklärung, Unvereinbarkeitserklärung und Appellentscheidung (Wagschal 2006: 564). Die Vernachlässigung der verfassungskonformen Auslegung ist um so unverständlicher, überschreitet *Wagschal* mit der Berücksichtigung der Appellentscheidungen doch von sich aus den engen Rahmen des Vetospieler-Ansatzes.

ren Publikation doch ausdrücklich auf das Blockadepotential der Verfassungsrechtsprechung hingewiesen:

> *If a court uses the constitution all the time in handing down its decisions it essentially invalidates the political system, and a reevaluation of the court's role may be forthcoming. Consequently, in areas with dense judicial interpretations of the constitution, one may want to include the court as an additional veto player.* (Tsebelis 2000: 466)[39]

Den Wandel seiner Einstellung begründet *Tsebelis* mit der Ausgestaltung der Bestellungsverfahren, die auch bei als machtvoll eingeschätzten Gerichten durchwegs durch politische Akteure dominiert werden, weshalb die politischen Präferenzen von Wählern und Gewählten kaum differieren würden (Tsebelis 2002: 227). Diese Einschätzung kann aber nicht überzeugen:

- So legt gerade die von *Tsebelis* selbst durchgeführte Sekundäranalyse der Studien von *Alivizatos* und *Lijphart* (Tsebelis 2002: 228-230)[40] den Schluss nahe, dass zumindest in einigen politischen Systemen Gerichte über beträchtliches Verhinderungspotential verfügen.[41]
- Eine angemessene Beurteilung der Richterbestellung durch politische Akteure muss zudem berücksichtigen, dass in vielen Fällen wegen besonderer Mehrheitserfordernisse bei der Wahl die Zustimmung der Opposition erforderlich ist.
- Außerdem darf nicht übersehen werden, dass die Amtszeiten der Richter und der sie berufenen politischen Institutionen erheblich auseinanderklaffen können.[42]
- Es ist festzustellen, dass die (eingeschätzte) Machtfülle der Gerichte gerade dann um so größer ist, je stärker die Bestellungsverfahren 'politisiert' sind. Damit vermag – entgegen des Schlusses von *Tsebelis* – die Einflussnahme der Politik das Vetopotential offenkundig nicht zu minimieren (Alivizatos 1995: 577; Brünneck 1992: 34).[43]
- Schließlich ist in Betracht zu ziehen, dass die Verfassungsrechtsprechung dem Zugriff der Politik zumindest teilweise entzogen ist, da sie auch den Argumentationshaushalt des juristischen Fachdiskurses berücksichtigen muss.[44]

---

39 Vgl. auch Tsebelis (1995: 307).

40 Vgl. auch Alivizatos (1995); Lijphart (1995: 223-228). *Tsebelis* wertet daneben auch die Ergebnisse von *Robert D. Cooter* und *Tom Ginsburg* aus, die allerdings eine sehr spezifische Fragestellung des Verbraucherschutzes untersuchen (Cooter / Ginsburg 1996).

41 Dies ist festzustellen, obwohl die quantitativen Ergebnisse methodisch durchaus angreifbar sind. So ist es problematisch, wenn *Alivizatos* etwa den Dezentralisierungsgrad der politischen Systeme lediglich auf einer Dreierskala, den Grad 'parlamentarischer Anomalität' seit dem Ersten Weltkrieg gar nur dichotom misst (Alivizatos 1995: 581, 583). Vgl. zu den offenkundigen Problemen, richterliche Einflussnahme quantitativ zu messen, auch den Disput zwischen *Thomas Gawron* und *Rolf Rogowski* (1988a; 1991b) sowie *Göttrik Wewer* (1991a), wie die Tatsache zu bewerten ist, dass das BVerfG etwa jedes achte Gesetz für grundgesetzwidrig erklärt.

42 Gerade im US-amerikanischen Fall der auf Lebenszeit an den *Supreme Court* berufenen Richter wird dies deutlich.

43 Mit diesem Befund *Alivizatos*', dessen Ergebnisse er sonst intensiv heranzieht, setzt sich *Tsebelis* in seinen Ausführungen bezeichnenderweise nicht auseinander.

44 Vgl. dazu Kap. 5.1.

Allerdings ist *Tsebelis* zuzubilligen, dass die tatsächlich ausgeübte Vetomacht der Verfassungsrechtsprechung deutlich geringer als ihr Vetopotential ist. Denn ihre formale Normverwerfungskompetenz kann die Verfassungsrechtsprechung insbesondere dann in Vetopotential ummünzen, wenn es ihr gelingt, Deutungsmacht über die Verfassung zu erringen, worauf insbesondere das Forschungsteam um *Hans Vorländer* zur „Verfassung als institutioneller Ordnung des Politischen" am SFB 537 „Institutionalität und Geschichtlichkeit" an der Technischen Universität Dresden hinweist.[45] Wie *Brodocz* (2009: 101-115) herausarbeitet, konstituiert sich diese Deutungsmacht einerseits durch den Vorrang der zu deutenden Verfassung vor dem einfachen Recht, zweitens durch die Etablierung der Verfassungsrechtsprechung als Institution mit Deutungsmacht und schließlich durch die von der Institution selbst hervorgebrachte Deutung, welche selbstverständlich ihrerseits auf die beiden anderen Ebenen zurückwirken kann. Wie stark sich diese Deutungsmacht ausbilden kann, ist allerdings von bestimmten Kontextfaktoren abhängig (Brodocz 2009: 116-138; Vanberg 2005b):

- Die Rolle der Verfassungsrechtsprechung ist um so stärker, je gewichtiger der Beitrag der Verfassung zur symbolischen Integration der Gesellschaft ist.
- Zudem ist zu beachten, welchen Gegenkräften sich die Verfassungsrechtsprechung bei der Etablierung ihrer Deutungshoheit gegenübersieht.
- Schließlich hat die Verfassungsrechtsprechung in Rechnung zu stellen, unter welchen Bedingungen sie die Akzeptanz ihrer Entscheidungen erwarten kann.

Betrachtet man die Prozesse, die zur Herausbildung dominanter Positionen der Verfassungsrechtsprechung bei der Deutung der Verfassung geführt haben, lässt sich entdecken, dass sich dabei erfolgreich etablierende Gerichte einer ambivalenten Strategie bedienen, die schon der *U. S. Supreme Court* bei *Marbury v. Madison* praktizierte:[46] Das Gericht gibt im konkreten Streitfall der machtvolleren Partei recht, begründet diese Entscheidung aber mit der eigenen Deutungshoheit über die Verfassung. So obsiegte auch vor dem BVerfG in den ersten Jahren üblicherweise die Bundesregierung (Brodocz 2005a: 285-289; 2006a).[47] Unter diesen Voraussetzungen kann die Verfassungsrechtsprechung neben Vetomacht aber auch Macht im klassischen Sinne als „Chance, […] den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen" (M. Weber 1922: 28) entwickeln.

1.2.4 Die 'Macht' des BVerfG aus politikwissenschaftlicher Perspektive

Da die von der komparativen Forschung ermittelten Faktoren für eine politisch einflussreiche Verfassungsrechtsprechung im politischen System Deutschlands alle festzustellen sind, ist es wenig überraschend, dass das BVerfG im internationalen Vergleich als eines der 'machtvollsten' – in seinem Einfluss höchstens mit dem *U. S. Supreme Court* und seinem indischen Pendant gleichzusetzendes – Verfassungsgericht gilt (Brunello / Lehrman 1991;

45 Vgl. neben den Publikationen von *Vorländer* insbesondere jene von *Gary S. Schaal* und *André Brodocz*.

46 Vgl. zum Prozess, der „die Geburt der Verfassungsgerichtsbarkeit" bedeutete Heun (2003).

47 Vgl. auch die komparativen Studien Epstein / Knight / Shvetsova (2001); Herrmann (2006).

Fromme 1979: 98; Lijphart 1999: 228-230; Wahl 2001: 46-51). Dabei hat sich die Beurteilung der 'Machtfülle' des Gerichts im Laufe der Zeit allerdings deutlich gewandelt, wobei die 70er Jahre die diskursive Wasserscheide bilden.[48]

So dominiert bei *Heinz Laufer* (1968) mit dessen erster großer Untersuchung über das BVerfG[49] noch ganz die Frage, wie und warum es dem Gericht gelungen ist, seinen Gestaltungsanspruch überhaupt gegenüber konkurrierenden Institutionen durchzusetzen.[50] Da Art. 94 GG die Organisation des BVerfG nur äußerst rudimentär regelt,[51] könnten die wesentlichen Prinzipien rein rechtlich durch eine Mehrheit des Bundestages jederzeit geändert werden.[52] Dass diese Gefahr zumindest in den 50er Jahren nicht ganz von der Hand zu weisen war, zeigen nicht allein pointierte Äußerungen von Regierungsmitgliedern,[53] sondern auch Versuche, die Geschäftstätigkeit des Gerichts einer gewissen 'Oberaufsicht' des Bundesjustizministeriums zu unterwerfen.[54] Auch hatte sich das BVerfG zunächst starker gerichtlicher Konkurrenz (insbesondere durch den BGH) zu erwehren. Vor diesem Hintergrund wird die zentrale Bedeutung der 'Statusdenkschrift' deutlich, in welcher das BVerfG nicht allein seinen Primat gegenüber der Fachgerichtsbarkeit, sondern auch seine Gleichrangigkeit zu den anderen Verfassungsorganen betont:

> Das BVerfG ist der oberste Hüter der Verfassung und ist nach Wortlaut und Sinn des GG und des BVerfGG zugleich ein mit höchster Autorität ausgestattetes Verfassungsorgan. (BVerfG 1952: 144)[55]

Fragt die Forschung der 60er Jahre[56] in dieser Perspektive – allerdings stark an rechtlichen Regelungen orientiert – nach den Voraussetzungen, die die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen erst ermöglichen, beschäftigt sich die Politikwissenschaft in den

48 Vgl. zur historischen Entwicklung der Kritik an der Verfassungsrechtsprechung in Deutschland Fricke (1995).

49 Die Entstehungsgeschichte des BVerfG, insbesondere die Verabschiedung des BVerfGG, untersuchen Kralewski / Neunreither (1963: 168-204); Schiffers (1984a; 1984b); Schuckart (1999: 303-784); Wengst (1984: 226-244; 316-325). Vgl. zur Positionsbehauptung in den ersten Jahren auch Baldus (2005).

50 Vgl. dazu die kritische Würdigung durch H.H. Klein (1969).

51 Art. 94 I GG bestimmt lediglich, dass dem BVerfG Bundesrichter und andere Richter angehören, die je zur Hälfte von Bundestag und Bundesrat zu wählen sind, und das Richteramt mit der Mitgliedschaft in anderen Verfassungsorganen nicht kompatibel ist.

52 Eine Zustimmungspflicht des Bundesrates besteht übrigens nicht – auch wenn der Bundesrat bei der ersten Änderung des BVerfGG 1956 dies reklamierte (Häußler 1994: 182).

53 Justizminister *Thomas Dehler* kritisierte die Plenarentscheidung über das von Bundespräsident *Theodor Heuss* eingeleitete Gutachtenverfahren (BVerfGE 2, 79) mehrfach auf das schärfste (Jena 1989: 731, Fn. 33; Wengst 1997: 209; StB I / 12099-12108). Auch Bundeskanzler *Konrad Adenauer* nahm im CDU-Bundesvorstand – immerhin in vertraulicher Runde – kein Blatt vor den Mund:

> Das BVerfG […] ist tatsächlich der Diktator Deutschlands. Das BVerfG entscheidet nach seinem Gutdünken. (Buchstab 1986: 522)

54 So verfügte das BVerfG zunächst über kein eigenes Budget, sondern war haushaltsrechtlich dem Bundesjustizministerium zugeordnet. Auch sollte der Schriftverkehr des Gerichts über das Ministerium abgewickelt werden (Laufer 1968: 257-261).

55 Vgl. zur Statusdenkschrift auch Lembcke (2007: 83-105); Spieker (2004: 207-218). Der besondere Charakter des BVerfG als Verfassungsorgan kommt auch im Beflaggungsrecht zum Ausdruck (Weiss 1984).

56 Dazu zählte neben *Laufer* vor allem Billing (1969). Vgl. auch E. Martin (1971); Steffani (1968).

70er Jahren primär mit der Frage, inwieweit das BVerfG als 'Gegenmacht' des Gesetzgebers agiere (Mock 1979; Püttner 1978).[57]

Zur bedeutenden Stellung, die das BVerfG im Vergleich zu anderen Verfassungsgerichten einnimmt, trägt allerdings auch der breite Zugriffsbereich bei, der sich Karlsruhe teils durch verfassungsrechtliche Ermächtigung, teils durch eigene Interpretationspraxis eröffnet. So verfügt das BVerfG über alle denkbaren verfassungsgerichtlichen Kompetenzen außer der Popularklage (Wahl 2001: 49 [Fn. 35]). Über die jährlich 5.000 bis 6.000 Verfassungsbeschwerden (VerfB)[58] erhält Karlsruhe vor allem in Verbindung mit der Ausweitung individueller Verfassungsgarantien durch seine bisherige Spruchpraxis auf diese Weise Zugriff auf fast alle Materien:

> Unter dem Aspekt des Vergleichs erweist sich als maßgebliches Merkmal des BVerfG nicht nur die Existenz der […] Einzelelemente, sondern wichtiger und ausschlaggebend ist deren *Kombination*. Deshalb liegt die eigentliche Besonderheit der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit in der *Verbindung von institutioneller Selbständigkeit mit der Urteils-VerfB und dem Organstreit*. Die institutionelle Verselbstständigung des Verfassungsgerichts erhält mit der Urteilsverfassungsbeschwerde erst ihre eigentliche Krönung. […] Das BVerfG hat – als weiteres Kennzeichen – mit dem Organstreit und der Normenkontrolle alle relevanten Rechtsprechungsaufgaben im originär *politischen Bereich*. (Wahl 2001: 51; Hervorhebung i. Orig.)

Andererseits hat es mit seiner restriktiven Annahmepraxis, die mitunter als unkalkulierbar kritisiert wird (Zuck 1993), zumindest für die beiden quantitativ gewichtigsten Verfahrensarten der Verfassungsbeschwerde und der Richtervorlage effiziente Auswahlverfahren entwickelt, die es vor einer völligen Überlastung zu schützen vermögen (Heun 1988: 204-219).[59] Schließlich erlauben auch methodische Kunstgriffe wie etwa der Begriff der 'Güterabwägung' dem BVerfG im Einzelfall flexibel zu reagieren (Rinken 1988: 122; Voigt 2000: 27f.). Zudem beschränkt sich Karlsruhe in seiner Entscheidungspraxis bekanntlich nicht allein auf die Nichtigkeitserklärung von Normen, sondern strukturiert durch Unvereinbarkeitserklärungen und Fristsetzungen auch die politische Tagesordnung des Gesetzgebers. Schließlich betreibt das BVerfG auch selbst Rechtssetzung, wobei besonders die wenigen Einzelfälle, in denen das Gericht explizit Ersatz- und Übergangsnormen verabschiedet, ins Auge fallen. Bedeutender ist jedoch noch die 'verfassungskonforme Auslegung' – schränkt diese doch den Gesetzgeber unter der Losung, ihn vor der Normverwerfung zu schützen, wesentlich stärker ein (Landfried 1984: 49).

Doch die 'Macht' des BVerfG beschränkt sich nicht allein auf Durchsetzung und Verhinderung von Entscheidungen, sondern wird auch ausgeübt, indem es „die Begriffe und Symbole des Nachdenkens und Streitens über anstehende Entscheidungen" prägt (Patzelt 2007: 40) und als *Agenda-Setter* fungiert. Zudem darf die entscheidende Prägung der 'herrschenden Meinung' durch die Spruchpraxis des BVerfG nicht übersehen werden (Gawron / Rogowski 1990: 231f.; Kommers 1994: 487; Ladeur 1980: 258-261). Nimmt man dieses umfangreiche Verhinderungs- bzw. Verwerfungspotential und die beträchtlichen aktiven

57 Vgl. auch die Passagen im Forschungsüberblick von Helms (1999: 155-157).

58 Vgl. BVerfG (2008): Jahresstatistik 2007, Tab. A.II.2.

59 Dazu zählt auch, dass seit 1993 die Kammern die Unzulässigkeit einer Richtervorlage feststellen können, sofern sie nicht von einem Landesverfassungsgericht oder einem obersten Bundesgericht eingereicht wird (§ 81a BVerfG).