

BAYERISCHE AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN  
PHILOSOPHISCH-HISTORISCHE KLASSE  
SITZUNGSBERICHTE · JAHRGANG 2001, HEFT 5

---

PETER LERCHE

# Verfassungsgerichtsbarkeit in besonderen Situationen

Vorgetragen in der Gesamtsitzung  
vom 27. Oktober 2000

MÜNCHEN 2001  
VERLAG DER BAYERISCHEN AKADEMIE DER WISSENSCHAFTEN  
In Kommission beim Verlag C. H. Beck München

ISSN 0342-5991  
ISBN 3769616170

© Bayerische Akademie der Wissenschaften München, 2001  
Satz und Druck: Druckerei C. H. Beck Nördlingen  
Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier  
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)  
Printed in Germany

Verfassungsgerichte werden gewissermaßen auf ihren rechtlichen Charakter geprüft, sehen sie sich besonderen Situationen gegenüber. Das zeigt sich nicht immer in Schärfe, oft eher undeutlich, ist aufhellungsbedürftig. Vielleicht kann man drei Gruppen dieser besonderen Situationen unterscheiden. Ich darf sie Ihnen an Hand von Modellen vorstellen. Das Anschauungsmaterial wird die moderne Verfassungsgerichtsbarkeit liefern. Zunächst soll exemplarisch ein politisches Unternehmen beschrieben werden, die (österreichische) Verfassungsgerichtsbarkeit im Kern lahm zu legen; die daraus folgenden Konsequenzen seien angedeutet (sub I). Dann soll in einem zweiten Teil der Frage nachgegangen werden, ob und wie die Verfassungsgerichtsbarkeit dadurch in eine besondere Situation geraten kann, dass sie verführt wird, ihre Grenzen zu verlassen und als Hersteller politischer Kompromisse zu fungieren (sub II). Endlich werden Besonderheiten ins Auge gefasst, die aus möglichen Entwicklungen des Europarechts für Position und Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit erwachsen könnten (sub III).

## I.

Als erstes also zur Situation der schroffsten Konfrontation; d.h. elementarer Bedrohungen der Verfassungsgerichtsbarkeit. Fasst man diese Gerichtsbarkeit in einem weiten Sinn, ist das natürlich keine nur neue Angelegenheit. Die Verfassungsgeschichte bietet berühmt-berühmte Beispiele für Kämpfe zwischen Machthabern und mehr oder weniger mächtigen Gerichten in konstitutionellen Fragen; man denke etwa an den kurhessischen Verfassungskonflikt 1850<sup>1</sup> und vergleichbare Konstellationen. Aber es sind gerade die Besonderheiten *moderner* Verfassungsgerichtsbarkeit, um die es hier gehen soll.

Im Deutschland der Gegenwart freilich sind elementare Bedrohungen des Bundesverfassungsgerichts kaum eine reale Gefahr.

Weitet man den Blick aber aus, über Deutschland hinaus, zeigen sich auch in jüngerer Zeit sehr wohl Fälle elementarer Angriffe. Ist die politische Stunde dem jeweiligen Machthaber günstig, kann es zu einer bloßen Frage seiner Energie und Phantasie werden, sogar eine florierende moderne Verfassungsgerichtsbarkeit schachmatt zu setzen. Regierungen können zu diesem Ziel staunenswerten Einfallreichtum entwickeln. Sie können Vorhaben dieser Art nicht nur grobschlächtig, sondern auf höchst raffinierte Weise ins Werk setzen.

1. Ein Beispiel für ein ebenso einfaches wie kunstvolles Lahmlegen einer voll funktionierenden Verfassungsgerichtsbarkeit verdankt man der *Dollfuß-Ära* Österreichs. Lassen Sie mich dieses Beispiel herausheben, weil es zugleich zu allgemeineren Überlegungen anregen mag; im Vordergrund veranschaulicht das Beispiel jedenfalls, zu welcher maliziösen Eleganz man sich innerhalb dieser Kategorie elementarer Konfrontation aufzuschwingen vermag.

a) Österreich erfreute sich zu dieser Zeit, also in der Dollfuß-Ära, bereits einer traditionsstarken Verfassungsgerichtsbarkeit; diese schien schwer angreifbar. Eben deshalb drohten der Regierung Dollfuß Probleme; denn die Regierung hatte 1933 zahlreiche verfassungsbedenkliche Normen erlassen. Von ihnen war zu erwarten, dass sie den Widerstand des Wiener Verfassungsgerichtshofs hervorrufen würden.<sup>2</sup> Es galt daher, den Gerichtshof rechtzeitig auszuhebeln.<sup>3</sup>

Eine ganz harmlos klingende Verordnung wurde in die Welt gesetzt. Sie lief darauf hinaus, dass der Gerichtshof nur tätig werden konnte, wenn ihm die Vollzahl der gesetzlich vorgesehenen Mitglieder angehört.<sup>4</sup> Nur in voller Besetzung konnte der Gerichtshof – so die (mittelbare) Konsequenz der Verordnung – seines Amtes walten. Das war alles. Rechtsstaatlich klang dies völlig korrekt, ja naheliegend.

Aber: Kurz zuvor waren einige der Mitglieder des Gerichtshofs zurückgetreten, und sie waren nicht durch Nachfolger ersetzt worden. Die tragenden politischen Kräfte hatten auch die Macht, die Wahl von Nachfolgern auf Dauer zu blockieren.<sup>5</sup> Nun hätte an sich der Gerichtshof nach wohl zutreffender (nicht ganz unproblematischer) Ansicht<sup>6</sup> auch ohne volle Besetzung weiterhin tätig

werden können. Die Verordnung hatte also den Hintersinn, eben dies zu hindern, d.h. den Gerichtshof zu stoppen, auszuschalten, jedenfalls für den hier vorliegenden zentralen Zuständigkeitsbereich des Gerichtshofs. So gesehen war die Verordnung auf ein verfassungswidriges Ziel gerichtet. Die „Politik“ der Verordnung erschöpfte sich darin.

b) Die Annahme drängt sich auf, der Gerichtshof hätte bei nächster Gelegenheit eben dies feststellen und die Verordnung für ungültig erklären können; er hätte sich also von ihr befreien müssen.

Nur: Dieser Weg, die Behandlung der Verordnung als ungültig, schien dem Gerichtshof versperrt zu sein; versperrt bei strikter Beachtung des normalen österreichischen Prozessrechts. Nach dessen allgemeinen Regeln bleiben der Sache nach Verordnungen, die vor dem Gerichtshof angegriffen wurden, *vorläufig wirksam*, bis sie durch die Entscheidung des Gerichtshofs gegebenenfalls aufgehoben werden.<sup>7</sup> Auch die hier in Rede stehende Verordnung war – so gesehen – also vorläufig wirksam.<sup>8</sup> Der Gerichtshof musste daher, jedenfalls auf den ersten Blick, die Dollfuß-Verordnung als zunächst wirksam und für ihn verbindlich behandeln.<sup>9</sup>

Und hier erst zeigt sich die ganze Raffinesse des Vorgehens der Regierung: Musste der Gerichtshof die Verordnung als zunächst wirksam und verbindlich betrachten, so musste er sich an sie halten und durfte eben deshalb (jedenfalls in diesem Zuständigkeitsbereich) nicht mehr tätig werden, weil er nicht voll besetzt war und nicht aus eigener Kraft heraus zu voller Besetzung gelangen konnte. Er durfte also in der Konsequenz auch die Verordnung selbst nicht mehr prüfen; er konnte sie – in derselben Konsequenz – erst recht nicht für ungültig erklären. Das hieß, er schien kraft geltenden Rechts an zentraler Stelle funktionsunfähig geworden.

Und so war es denn auch: Der Gerichtshof verfiel in Lethargie. Nach einem ergebnislosen Hilferuf an den Bundespräsidenten<sup>10</sup> trat er von der Bühne ab – Triumph der Regierung, der listenreichen; Triumph durch trickreiches Ausnützen einer offenen Flanke des österreichischen Prozessrechts.

c) In der Literatur<sup>11</sup> wurde die Ansicht angedeutet, in dieser ungewöhnlichen Situation hätte es dem Gerichtshof angestanden, die Verfassung denn doch souverän durchzusetzen, das Gespinst, das

ihn fesselte, denn doch von sich aus zu zerreißen; d. h. sich über das geltende allgemeine Prozessrecht hinwegzusetzen, um unmittelbar der Verfassung Respekt zu verschaffen, also tätig zu werden auch ohne volle Besetzung – entgegen der Verordnung. Diese nachträgliche Aufforderung zu juristischem Mut hat jedoch ihrerseits ihre Tücken und Schwächen:

d) Sie hätte sich zunächst möglicherweise auf den Gedanken einer ungeschriebenen Notkompetenz des Verfassungsgerichtshofs stützen können.<sup>12</sup> Die Annahme einer derartigen ungeschriebenen Notkompetenz ist aber bei Existenz klar und präzise entgegenstehenden allgemeinen Prozessrechts – so wie hier – nicht selbstverständlich; sie ist eine zumindest mit gravierenden Zweifeln behaftete Sache. Die Annahme einer derartigen Notkompetenz kann wohl nicht schon allein dadurch gerechtfertigt werden, dass ohne sie als Ergebnis die Beseitigung der verfassungsgerichtlichen Funktion eintritt. Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist verfassungsrechtlich nur in jenem Maße gewährleistet, wie sich dies aus Existenz und Zusammenspiel der dafür maßgeblichen Normen ergibt: Normative Bedingtheiten des Tätigwerdens der Gerichte, die zu Lücken führen, sind nicht schon als solche unbeachtlich. Sieht die Rechtsordnung eines Landes im Einklang mit seiner Verfassung vor, dass angegriffene Normen zunächst einmal – bis zu ihrer möglichen Aufhebung – als rechtsverbindlich zu beachten sind, können daher Lücken im Rechtsschutz eintreten, deren Hinnahme nicht schon vorweg als unzulässig gewertet werden kann. Bei der Anrufung ungeschriebenen Notrechts ist jedenfalls Vorsicht geboten; sie kann nur ultima ratio sein. Und im vorliegenden Fall wäre wohl noch eine sachnähere Lösung zu bedenken gewesen:

e) Der Gerichtshof hätte, ein etwas freieres allgemeines Interpretationsverständnis vorausgesetzt, wohl auch den folgenden Weg einschlagen können. Er hätte die Annahme in Betracht ziehen können, die Rechtsfolge jener vorläufigen Wirksamkeit träte bei richtiger Auslegung des zu Grunde liegenden allgemeinen Prozessrechts ausnahmsweise dann nicht ein, wenn andernfalls gerade eine verfassungsgerichtliche Überprüfung der angegriffenen Norm unmöglich gemacht werden würde. Diese Argumentation setze nicht auf ungeschriebenes Notrecht, sondern auf einschränkende Interpretation des vorhandenen geschriebenen Rechts. In der

Sprache der heutigen Dogmatik müsste dies „verfassungskonforme Auslegung“<sup>13</sup> des gegebenen allgemeinen Prozessrechts genannt werden. Dafür war wohl schon seinerzeit Raum vorhanden:

Trotz des hohen Respekts, den der Wiener Verfassungsgerichtshof der positiven Aussage der Normen entgegenzubringen pflegt, hatte sich schon die frühere Judikatur bereits bei der verwandten Frage der Ausdehnung der Wirkung eines aufhebenden Urteilspruchs auf den Anlassfall <sup>14</sup> freier gesehen; d. h. der Gerichtshof hatte sich – trotz ursprünglich noch fehlender positivgesetzlicher Grundlage – zur Feststellung legitimiert erachtet, dass aufgehobene Normen nicht erst für die Zukunft, sondern auch schon im Blick auf den Anlassfall nicht mehr anzuwenden seien. Der Gerichtshof verfügte also zu diesem Zeitpunkt sehr wohl über ein gewisses freieres Selbstverständnis der Möglichkeiten seiner Kompetenz.

Allerdings hätte auch dieser Weg nicht ohne weiteres zu einer glatten Lösung geführt. Er hätte zwar wie ein Hebel die Überprüfungsmöglichkeit der bezeichneten Verordnung<sup>15</sup> eröffnet; aber ob diese selbst als verfassungswidrig beurteilt hätte werden können, ist so sicher nicht. Ihr Makel trat ja nur im Zusammensehen mit der berichteten tatsächlichen politischen Praxis hervor, die Wahl der Nachfolger für die ausgeschiedenen Mitglieder des Gerichtshofs zu unterlassen. Erst mit der Ankoppelung an diesen Vorgang geriet die Verordnung in die Atmosphäre des Verfassungswidrigen. Hätte man die Nachfolgewahlen alsbald durchgeführt (und hätte man dies bei ausgeschaltetem Nationalrat überhaupt tun können), wäre jeder Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Verordnung geschwunden. Es hätte daher argumentiert werden können, der „eigentliche“ Verfassungsmangel läge nicht in der Verordnung – diese selbst sei vielmehr als solche korrekt; der maßgebliche Mangel läge vielmehr im Verhalten der zuständigen politischen Kräfte, die Nachfolgerwahl nicht vorzunehmen. Dieses Säumnis hätte zwar seinerseits in der unterstellten Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs mittelbar als verfassungswidrig gebrandmarkt werden können; doch hätte dies nicht automatisch dazu geführt, dass der Gerichtshof seine normale Tätigkeit hätte fortsetzen können. Er hätte nicht über die Macht verfügt, die politischen Kräfte zur Nachfolgewahl zu zwingen.

f) Und zudem: Hätte sich der Gerichtshof über derartige Bedenken hinweggesetzt und die Verordnung auf welchem Wege auch immer als ungültig beurteilt, wäre die rechtspolitische Situation dadurch allein noch nicht definitiv zu seinen Gunsten entschieden gewesen. Durch einen solchen beherzten Akt des Gerichtshofs wäre zwar ein weitwirkendes, gewissermaßen moralisches Ausrufungszeichen in die Welt gesetzt worden. Aber das eigentliche Dilemma hätte wohl fortgeschwelt. Das Problem hätte sich vermutlich nur weiter verschoben und zwar auf die reale Durchsetzbarkeit einer solchen unterstellten tapferen Entscheidung des Gerichtshofs. Der Öffentlichkeit gegenüber wären der Regierung jedenfalls, wie aus dem Dargelegten zu entnehmen, hinreichende Argumente verfügbar gewesen, die Fragwürdigkeit, ja Unbeachtlichkeit einer solchen gerichtlichen Entscheidung zu behaupten. Wie kann, hätte die Regierung fragen können, wie kann sich der Gerichtshof erdreisten, positives Recht bewusst zu missachten und dies noch dazu ohne volle richterliche Besetzung? Das Ping-Pong-Spiel der Argumente wäre also vermutlich weitergegangen, Befriedung kaum eingekehrt, der Verfassungsgerichtshof zumindest nicht unversehrt geblieben.

g) Damit soll nicht gesagt sein, der Gerichtshof hätte eine befreiende Tat schon wegen mangelnder Erfolgsaussicht unterlassen müssen. Akte, mit denen man sich gegen Missachtungen der Verfassung zu wehren sucht, tragen ihren Selbstwert in sich, gleichgültig wie ihre Erfolgschance zu beurteilen ist. Sind sie im übrigen zu rechtfertigen, kann es auf das Gewicht realer Erfolgsaussichten nicht ankommen. Ein völliger Mangel an Erfolgsaussicht hätte im Dollfuß-Fall ohnedies nicht behauptet werden können. Aber selbst wenn – und diese Unterstellung lässt die zu Grunde liegende allgemeinere Situation deutlicher hervortreten – einem entsprechenden Tätigwerden des Gerichtshofs das Fehlen jeglicher realen Durchsetzungschance auf die Stirn geschrieben gewesen wäre: an der Legitimität dieses Tätigwerdens hätte sich nichts geändert, so dieses nur im übrigen nach den genannten Maßstäben gerechtfertigt hätte werden können.

h) In zugespitzter Weise wird dieses Erfolgs-Problem in einem Bereich deutlich, in den der vorliegende Fall zwar nicht einmünden dürfte, der aber doch eine Verwandtschaft zu ihm besitzt;



nämlich im Feld des Widerstandsrechts. Dazu sind einige Bemerkungen zu machen.

Dem Gerichtshof aus *diesem* Reservoir, also dem des Widerstandsrechts, für eine Ungültigkeitsentscheidung legitimiert zu sehen, hieße wohl, den Mund zu voll zu nehmen. Das Dargelegte zeigt, dass sich die Frage der Möglichkeiten des Verfassungsgerichtshofs in einer der Problematik des Widerstandsrechts vorgelegerten, sozusagen milderen Dimension entfaltet. Auch konkrete Notkompetenzen für einzelne Staatsorgane, wie sie in der bezeichneten Weise im gegebenen Fall diskutiert werden können, sind von anderer Provenienz als die sozusagen elementare Situation, wie sie als Auslöser eines vorstellbaren Widerstandsrechts gegenüber dem Unternehmen des Verfassungsbruchs verlangt werden muss. Daher besteht an dieser Stelle kaum Anlass, auf die verzweigte und komplizierte Problematik eines überpositiven Widerstandsrechts,<sup>16</sup> zumal von Staatsorganen,<sup>17</sup> einzugehen.

Gleichwohl ist es lehrreich, sich vor Augen zu halten, dass bei den Fragen legitimen Widerstands mangelnde Erfolgchance kein Argument sein kann. Das wurde zwar im Deutschland der Nachkriegszeit in oberstrichterlicher Judikatur zunächst anders gesehen,<sup>18</sup> stieß aber zu Recht auf – teilweise erbitterte – Kritik.<sup>19</sup>

Auch in der milderen Sphäre der Beanspruchung von Notkompetenzen bzw. interpretativer Besonderheiten, wie sie nach dem Dargelegten im Fall der Dollfuß-Verordnung zu erwägen waren, wäre es verfehlt, das Bestehen von Erfolgsaussichten zur rechtlichen Voraussetzung emporzuheben. Zwar setzt die Geltungskraft von Normen (und daher auch von Normen, die auf außergewöhnliche Situationen reagieren) die Chance ihrer realen Beachtung voraus. Dies hätte man dem Verfassungsgerichtshof, wäre er tätig geworden, aber nicht entgegenhalten dürfen. Denn durch sein eigenes – unterstelltes – Tun hätte er einen so verstandenen Normenbefehl beachtet. Eine zusätzliche Erfolgsaussicht kann für die Geltung von Notrechten bzw. von Befehlen zu verfassungskonformer Interpretation kaum gefordert werden. Ohnehin wäre bereits in jenem Ausrufungszeichen, das der Gerichtshof mit einem solchen Tätigwerden gesetzt hätte, ein „Erfolg“ in diesem ganz allgemeinen Sinn zu erblicken gewesen. Mehr kann nicht verlangt werden. Sonst müsste auch im Terrain des eigentlichen Wider-

standsrechts die normative Natur der Legitimationsgrundlage chancenloser Widerstandsakte verneint werden; in dieser Beziehung kann in beiden Bereichen wohl nichts anderes gelten.

i) Wie immer dies alles auch gesehen werden mag, das Beispiel der Dollfuß-Verordnung zeigt, wie eine geschickt agierende Regierung sogar gegenüber einer an sich bestens gerüsteten, traditionsgekräftigten und in der Bevölkerung in hohem Ansehen stehenden Verfassungsgerichtsbarkeit die Oberhand gewinnen kann.

2. Gefährdungen vergleichbarer Art gab es auch an anderen Stellen des Erdballs, etwa in der New-Deal-Zeit *Roosevelts*, ein berühmter Fall.<sup>20, 21</sup> Auf diesem allgemeineren, erfahrungsgesättigten Hintergrund, wenn auch nicht nur auf ihm, sind zugleich gewisse Bestimmungen des deutschen Grundgesetzes (GG) zu beurteilen sowie der sonstigen deutschen Rechtsordnung, namentlich des deutschen Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (BVerfGG), oder doch vorherrschende Interpretationen derartiger Normen. Dass diese Normen und ihre Interpretation auf diesem Hintergrund zu sehen sind, heißt nicht, dass sie tatsächlich auf ihm gesehen werden. Immerhin: Eine Situation, wie sie in Österreich durch die erwähnte Dollfuß-Verordnung entstanden war, könnte sich *so* in Deutschland schwerlich entwickeln; denn nach wohl vorherrschender Interpretation der maßgebenden deutschen Vorschriften wird eine verfassungswidrige Rechtsnorm nicht erst nachträglich durch Richterspruch vernichtet; vielmehr ist sie grundsätzlich schon zum Zeitpunkt der Entstehung der Verfassungswidrigkeit, d.h. regelmäßigerweise von Anfang an, *ipso jure* nichtig.<sup>22</sup> Das Gericht könnte daher, wollte eine Norm darauf abzielen, in verfassungswidriger Weise die richterliche Funktion lahm zu legen, dem ohne rechtliche Schwierigkeit widerstehen. Es könnte (in Gestalt einer Inzidenter-Prüfung) die Unbeachtlichkeit der Norm feststellen und seine verfassungsgemäße Funktion weiterhin beanspruchen.

Bei den fein ziselierten Auseinandersetzungen in der deutschen Dogmatik um die Folgen der Verfassungswidrigkeit von Normen spielte und spielt allerdings der Dollfuß-Fall eine erstaunlich geringe Rolle – zumeist wird er ausgeblendet. Demgegenüber war in früherer Zeit in Deutschland auf den Dollfuß-Fall nachdrücklich

aufmerksam gemacht worden und zwar im Zusammenhang mit den seinerzeitigen langwierigen Bemühungen um Positivierung der sogen. „Notstandsverfassung“.<sup>23</sup> Dies meint die Einfügung zahlreicher, oft reichlich detailfreudiger notstandsbezogener Bestimmungen in das Grundgesetz durch die Grundgesetzänderung 1968.<sup>24</sup> Das Grundgesetz in der so gewonnenen Gestalt sucht jedenfalls auch für den Fall des Staatsnotstands, einschließlich des Verteidigungsfalls, das möglichste Funktionieren von Karlsruhe sicher zu stellen.<sup>25</sup> Diese vorsorglichen Bemühungen mögen durch die Einbeziehung der erwähnten ausländischen Erfahrungen an Gewicht gewinnen; aber eine gewisse Portion Optimismus, um nicht zu sagen Euphemismus, ist mit ihnen auch verbunden.<sup>26</sup> Der Text des Grundgesetzes erweckt jedenfalls den Anschein, als ob die Verfassung Karlsruhe auch dann allerbestens funktionieren sähe, wenn das Land in Not versinkt.

## II.

Gegenwärtig freilich sitzt das Bundesverfassungsgericht – auf dessen Position ich mich im Folgenden konzentrieren darf – ohnehin fest im Sattel. Existentielle Gefährdungen dürften, wie schon bemerkt, derzeit ausscheiden. Das aber heißt nicht, dass die Funktionsweise des Bundesverfassungsgerichts ohne sonstige tiefe innere Gefährdungen bliebe. Diese können sich sehr wohl einstellen; vor allem dann, wenn Politik und Öffentlichkeit *mehr* vom Bundesverfassungsgericht erhoffen und fordern, als es dies als Gericht zu leisten im Stande ist, d. h. bei einem gefährlichen Zuviel-Erwarten. In manchen Fällen spitzt sich das zu.

1. Fälle dieser Art füllen eine zweite Gruppe besonderer Situationen. Ihr darf ich mich wiederum an Hand eines praktischen Falls nähern. Eine der wichtigsten jüngeren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts betraf den Einsatz bewaffneter Streitkräfte der Bundeswehr.<sup>27</sup> Vorausgegangen waren, wie man sich entsinnen wird, erhebliche Auseinandersetzungen unter den bestimmenden politischen Kräften. Der Streit ging im Näheren darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen die Bundeswehr außerhalb Deutschlands im Rahmen von Aktionen der NATO und der

WEU eingesetzt werden darf und zwar zur Umsetzung von Beschlüssen des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen, sowie über eine Beteiligung deutscher Streitkräfte an Friedenstruppen, aufgestellt von den Vereinten Nationen. Der Text des Grundgesetzes ließ zu diesem Fragenkomplex keine klare Antwort erkennen. Auf eine ausdrückliche Ergänzung des Textes vermochten sich die politischen Parteien nicht zu einigen.<sup>28</sup> Also schob man die Frage dem Bundesverfassungsgericht zu.<sup>29</sup> Dieses hatte eine große Stunde. Es fand, was den Kern des Streits anlangte, eine in den politischen Konsequenzen vermittelnde Lösung, die alle Seiten im Wesentlichen befriedigte; nämlich neben gewissen Differenzierungen insbesondere die Bindung des Bundeswehreinsetzes an die Zustimmung des Parlaments, wobei aber die einfache Mehrheit des Parlaments genüge – vielleicht eine politisch weise Lösung, fast wie von einem Weisenrat entdeckt<sup>30</sup> (an deren Weisheit man heute allerdings zu zweifeln beginnt).

Nicht verwunderlich jedenfalls, dass die politisch interessierte Öffentlichkeit seinerzeit der Entscheidung in diesem ihren Kern<sup>31</sup> fast durchwegs applaudierte. Sie wurde geradezu als Befreiungsschlag empfunden. Allseits wurde die politische Weitsicht des Gerichts, sein Gespür für den plausiblen Kompromiss gerühmt. Darin äußerte sich die verbreitete Erwartung, das Gericht habe in politisch verfahrenen Situationen die Rolle des Kompromiss-Schöpfers, Kompromiss-Formulierers zu übernehmen zwecks Herstellung politischer Integration. Und in der Tat bemerkte das Gericht schon selbst in einer früheren Entscheidung<sup>32</sup> mit leichtem Pathos, die Verfassung sei, sagte das Gericht, „der aufgegebenen politischen Einheit des Staates zu dienen bestimmt“; dies müsse die Verfassungshandhabung berücksichtigen. Muss daraus nicht abgeleitet werden, so ist zu fragen, Integration dieser Art sei auch Aufgabe des Gerichts, eine ganz beherrschende Aufgabe, weil das Gericht die eben hierauf gerichtete Verfassung durchzusetzen habe?

Ist es also nicht, könnte man fragen, genuine Sache des Gerichts, in entsprechenden besonderen Situationen den voranbringenden, den einheitsstiftenden Kompromiss zu formulieren? Muss das Gericht nicht, wenn nötig, zum politischen Nothelfer werden, d. h. Fronten überwinden, den Kompromiss diktieren?

Man wird einer solchen Forderung widerstehen müssen. Wäre dem schlicht so, wie das verlangt wird, geriete das Gericht in Gefahr, aus den Schranken der richterlichen Funktion auszubrechen und zum politischen Gestalter zu werden. Erläge das Gericht dieser Gefahr, verwandelte es sich aus einem Interpreten und Konkretisierer<sup>33</sup> der Verfassung in ein Organ, das politische Kompromisse formt; es nähme dann dem verfassungsändernden Gesetzgeber dessen Geschäft ab. Das aber kann nicht Sache eines Gerichts sein; auch nicht, wenn sich der verfassungsändernde Gesetzgeber als unfähig erweist. Impotenz der Politik kann nicht durch ein überpotentes Gericht kompensiert werden.

2. Allerdings: Manche Stimmen sehen eben dies anders. In diesen oder jenen Schattierungen wird behauptet, das Gericht sei nicht nur Gericht; es sei (relativ autonome) Steuerungsinstanz. Ihm stelle sich sehr wohl die Aufgabe, in besonderen Situationen durch Kompromisse zu einigen und damit Konflikte zu absorbieren.<sup>34</sup> Man lehnt sich hier mitunter an die bekannte Formulierung unseres verehrten Klassenkollegen *Häberle* an, wonach das Gericht „Regulator“ im Prozess der Verfassungsentwicklung sei<sup>35</sup> – „Regulator“, ob diese plastische Formel auf diese Weise wirklich richtig verstanden wird, darf bezweifelt werden,<sup>36</sup> will ich aber nur bescheiden fragen – kurz, es wird gesagt (mit dieser oder jener Nüancierung), das Gericht sei mehr als nur Gericht, seine beherrschende Aufgabe sei die der politischen Integration, daher müsse es bei politisch verfahrenen Situationen zur Kraft des Ausgleichs finden, der große Vermittler werden.

3. Überzeugen will dies in solcher Zuspitzung auch bei zweitem Hinsehen nicht. Sucht man das Vielerlei der Einzelargumente, die in dieser Richtung ausgestreut zu werden pflegen oder doch werden könnten, einigermaßen zu ordnen, dann treten vor allem vier Aspekte hervor.

a) Ein erster Gesichtspunkt wird in etwa folgender Überlegung sichtbar: Die Verfassung sei offenbar das Werk von Kompromiss-suchenden, also selbst ein großer Kompromiss, wobei die alte Vorstellung eines Gesellschaftsvertrags in Gestalt des Verfassungsvtrags<sup>37</sup> zumindest als regulative Idee auch für die moderne Kon-

zeption der Verfassung bemüht werden könne.<sup>38</sup> Daraus folge: Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit sei es, durch jeweilige Konkretisierung der Verfassung diese als Verfassungsvertrag sozusagen fortzuschreiben<sup>39</sup> – wie dies für die Verfassungsgerichtsbarkeit insoweit nicht anders als für die Gesetzgebung gelten könne. Infolgedessen müssten auch die (konkretisierenden) Entscheidungen der Verfassungsgerichtsbarkeit ebenso wie die der Gesetzgebung ihrerseits Kompromisscharakter annehmen.

Mit einer solchen Argumentationsweise wird verkannt, dass gerade an dieser Stelle die Unterschiede zwischen (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit und Gesetzgebung hervortreten.<sup>40</sup> Das – genuin kompromisshafte – Werk der Gesetzgebung entfaltet sich im Rahmen der Verfassung bzw. zur Erfüllung der von ihr vorgegebenen Ziele, während es Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit ist, diesen Rahmen und diese Ziele ihrerseits zu verdeutlichen.

Richtig ist zwar, dass bei Klarstellungen dieser Art häufig Elemente des Ausgleichens und damit des „Schlichtens“<sup>41</sup> eine nahezu selbstverständliche Rolle spielen werden; denn der Verfassungswille selbst wird – zumal im typischen Fall untereinander konkurrierender Verfassungsgehalte – regelmäßig auf vernünftige, ausgleichende Lösungen gerichtet sein. In besonderer Weise wird dies in den sogenannten „dilatatorischen Formelkompromissen“,<sup>42</sup> die sich nicht selten im Verfassungstext finden, spürbar: Sie schieben die klare Entscheidung auf die spätere Anwendung hinaus, wobei sie sich regelmäßig aber eine ausgleichende Handhabung vorstellen werden. Das setzt zugleich einen gewissen Spielraum voraus, der sich auch in der Spannweite der Positionen und des jeweiligen Vorverständnisses der einzelnen Richter spiegeln mag. Aber diese Art des Ausgleichens ist keine Besonderheit der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber sonstiger Gerichtsbarkeit, sie kommt hier allenfalls graduell zu stärkerer Ausprägung und hebt sich strukturell ab von originärer politischer Kompromiss-Suche. Die erhebliche Formungsmacht, die richterlicher Konkretisierung eignet, wird nicht durch die Kraft zu politischem ad-hoc-Kompromiss gesteuert, sondern durch das Bemühen legitimiert, den Verfassungsinhalten durch Anwendung und Fortbildung in der Zeit gerecht zu werden, d.h. sie am Leben zu erhalten und durchzusetzen. Das ist eine andere Struktur. Leugnet man diese strukturellen Unterschie-

de, wird das ohnehin angeschlagene, um nicht zu sagen: aus zahlreichen Wunden blutende Prinzip der Gewaltenteilung an einer seiner prekärsten Stellen angegriffen. Daran ändert nichts, dass Verfassungsgerichte kraft Notkompetenz gelegentlich gesetzgebungsähnliche Funktionen übernehmen müssen.<sup>43</sup>

Diese Dinge werden dann verkompliziert, aber wohl nicht im Ergebnis verschoben, hält man sich eines vor Augen: Es kann Situationen geben, in denen der auf Totalität angelegte Geltungsanspruch der kompromissgeborenen Verfassung selbst versiegen und damit versagen kann. Dass auch das Verfassungsrecht an Grenzen gerät, weil die Grenzen des die jeweilige Verfassung tragenden Kompromisses überschritten werden, ist aus der Geschichte des Konstitutionalismus wohlbekannt.<sup>44</sup> Eben damit waren aber auch die effektiven Möglichkeiten früherer Gerichtsbarkeit erreicht.<sup>45</sup> Auch in der Zukunft, etwa mit Blick auf Europa, mögen sich Konstellationen ergeben, die in der – durch die Vorstellung der Totalität des Verfassungsanspruchs beherrschten – deutschen Gegenwart vorerst ungewohnt sind. Eine an die Verfassung gebundene Verfassungsgerichtsbarkeit, so wie sie das Grundgesetz allein kennt, könnte sich aber auch in solchen möglichen Fällen nicht legitimer Weise in eine verfassungsersetzende Staatsgewalt verwandeln. Andernfalls beanspruchte sie eine Legitimation, die das Grundgesetz nicht gewährt. Auch auf diese außergewöhnliche Weise könnte daher das Verfassungsgericht nicht zum legitimen Erzeuger neuer Kompromisse werden. Dass allerdings gerade auch ein Fall zu bedenken ist, in der sich eben diese Frage der Legitimation in spezifischer Weise verschärft, soll uns im letzten Abschnitt (Europa) eigens beschäftigen.

b) Ein zweiter Aspekt wird in der beliebten Umschreibung erkennbar, das Bundesverfassungsgericht habe an der Staatsleitung teil; also könne es nicht nur auf Gerichtsfunktionen im engeren Sinn beschränkt sein. „Teilhabe an der Staatsleitung“ – so ist auch ein kürzlich publizierter Beitrag des Vizepräsidenten des Gerichts, *Papier*, überschrieben.<sup>46</sup> Doch kann der Autor nicht als Kronzeuge für die Gegenmeinung beansprucht werden. Denn als Begründung für diese Kennzeichnung, die wohl auf eine Formulierung *Konrad Hesses* zurückgeht,<sup>47</sup> wird nur auf die ohnehin unbestrittenen Kompetenzen des Gerichts verwiesen; vor allem auf jene, Gesetze

als verfassungswidrig zu verwerfen oder als verfassungsgemäß zu bestätigen. Diese Macht des Gerichts kann man großzügig als staatsleitende Funktion bezeichnen, aber zum Former politischer Kompromisse wird das Gericht dadurch nicht. Ausdrücklich bemerkt denn auch *Papier*<sup>48</sup>: Das Gericht könne seinen Maßstab stets nur im Verfassungsrecht, nicht in der politischen Zweckmäßigkeit finden. Das heißt doch: Das noble Etikett „Teilhabe an der Staatsleitung“ produziert nicht ein Mehr an Kompetenzen. Es ist gerade die Distanz zur Staatsleitung im engeren und eigentlichen Sinn, die das Gericht auszuzeichnen hat.<sup>49</sup>

c) Drittes Argument der Gegenrichtung: Das Bundesverfassungsgericht sei, so wird oft unterstrichen, nicht nur Gericht, sondern zugleich Verfassungsorgan.<sup>50</sup>

Das ist zwar als solches richtig (und übrigens auch gesetzlich festgeschrieben<sup>51</sup>). Aber: Mit der Kennzeichnung als Verfassungsorgan ist für unsere Frage – ob sich also das Gericht als politischer Nothelfer und großer Ausgleichsformulierer zu verstehen hat – wiederum nichts gewonnen. Als Verfassungsorgan verfügt das Gericht zwar über gewisse organisatorische Besonderheiten; es nimmt beispielsweise teil an den Früchten des Prinzips der sogenannten Verfassungsorganantreue, zu welcher alle Verfassungsorgane untereinander verpflichtet sind; diese Treue ist nicht zu verstehen als eine Art Nibelungentreue, jedoch zumindest dahin, dass sich die Verfassungsorgane gegenseitig mit besonderem Respekt zu begegnen haben. Hieraus abzuleitende praktische Konsequenzen gelten auch zu Gunsten des Bundesverfassungsgerichts. Doch auch dies vermag das Bild nicht zu verändern: Auch als Verfassungsorgan vermag sich das Gericht nicht der richterlichen Schranken zu entledigen; kurz gesagt: es ist nur als Gericht Verfassungsorgan und auch als Verfassungsorgan nur Gericht.

Damit erweist sich der Hinweis auf seine Verfassungsorgan-schaft als ungeeignet, das Gericht mit zusätzlichen Kompetenzen zwecks Herstellung einheitsstiftender Kompromisse ausgestattet zu sehen.<sup>52</sup>

d) Vierter und in diesem Zusammenhang letzter Aspekt. Als These ist zu hören: Das Gericht verfüge über die Macht zur authentischen Verfassungsauslegung, erst in seinen Händen gewinne die Verfassung im Konkreten ihre verbindliche Gestalt; dies aber



heiße, dass das Gericht wie der parlamentarische Verfassungsgesetzgeber selbst wirke. Das Gericht nähme – so wird gesagt – im Grunde an der Verfassungsgesetzgebung teil; daher sei es eben nicht auf nur normale richterliche Funktionen begrenzt.

Zu der Ausgangsannahme dieser Argumentation, also zu der These, dass das Gericht an der Verfassungsgesetzgebung teilhabe, zu dieser These als solcher hat sich erst vor kürzerer Zeit auch *Böckenförde* – korrespondierendes Mitglied unserer Akademie – in einem öffentlichen Vortrag im Rahmen der Akademie erneut bekannt.<sup>53</sup> Die vorangegangene These *Carl Schmitts*, verfassungsgerichtliche Normenkontrolle sei authentische Verfassungsinterpretation und damit Verfassungsgesetzgebung,<sup>54</sup> hatte allerdings andere Wurzeln und andere Konsequenzen.<sup>55</sup> Nicht nur deshalb fürchte ich sagen zu müssen: Selbst wenn die These, das Gericht handle wie ein Verfassungsgesetzgeber, richtig sein sollte, folgte aus ihr nichts, was der Gegenmeinung Nahrung böte. Hierzu:

Richtig ist gewiss, dass die Verfassung mit ihren oft vagen und lapidaren Formulierungen<sup>56</sup> erst durch die Verfassungsjudikatur ausgeformt wird. Die von *Badura*<sup>57</sup> als „kryptopolitisch“ bezeichnete verfassungsgerichtliche Bildung und Fortbildung des Verfassungsrechts ist daher eine bis zu einem gewissen Grad sachbedingte Gegebenheit (die freilich noch nicht das Gericht als Kompromissformulierer legitimiert). Richtig ist auch, dass trotz vergleichbarem Duktus mancher Teile von Verfassungstexten die Konkretisierungs- und Gestaltungsambitionen der einzelnen Verfassungsgerichte unterschiedlich hoch bemessen sind und jene des Bundesverfassungsgerichts – etwa im Vergleich zum Conseil Constitutionnel<sup>58</sup> – im Ganzen gesehen recht kräftig anzusetzen ist. Angesichts dieser in besonderem Maße gestaltenden Wirkung<sup>59</sup> der Gerichtsentscheidungen ist es auch verständlich, wenn man an ältere deutsche Tradition anknüpfend und mit dem Plazet *Böckenfördes* von Teilhabe des Gerichts an der Verfassungsgesetzgebung spricht.<sup>60</sup> So gesehen ähnelt die jeweilige Gerichtsentscheidung als eine Art Verfassungsgestaltung dem Tun des parlamentarischen Verfassungsgesetzgebers. Man mag dies auch – trotz gewisser Bedenken mit gewisser Vorsicht, d.h. in gewisser Weise – als „authentische Verfassungsauslegung“,<sup>61</sup> ein historisch belasteter Begriff, bezeichnen. Aber die schöne Formel: das Gericht handle

wie ein Verfassungsgesetzgeber, darf nicht missverstanden werden. Sie ist zu schön, um ganz wahr zu sein. Aus ihr folgt doch allenfalls, dass der *Effekt* der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen dem ähnelt, was entstünde, wenn das Parlament selbst verfassungsklarstellend tätig geworden wäre. Mehr folgt daraus nicht. Nicht ist daraus zu gewinnen, dass das Gericht über eine politische Gestaltungsweite für das Zustandebringen seiner Entscheidungen verfügt; eine politische Gestaltungsweite so, wie sie dem parlamentarischen Gesetzgeber zur Verfügung steht. *Böckenförde*<sup>62</sup> selbst hat mehrfach und sehr deutlich die Schranken des verfassungsrichterlichen Tuns betont.

Hier muss es in der Tat Grenzen geben; so wie sie für jedes Gericht gelten, also auch für das Bundesverfassungsgericht. Zulässige richterliche Rechtsfortbildung ist etwas anderes als politische Gestaltung zwecks Kompromissfindung oder sonstiger Nothilfe. Man stelle sich nur einen – schiedsrichterlichem Verfahren ähnlichen – Gerichtsspruch dieser Art vor: Wie wenn die politischen Gewalten später den ihnen so vorgegebenen Kompromiss einvernehmlich verändern wollten? Könnten sie sich dann dem Verfahren der Verfassungsänderung entziehen? Etwa mit dem Argument, das Verfassungsgericht als Kompromissformulierer habe sich damit doch gerade über die Verfassung hinaus bewegt? Dies alles führt nur in Wirrnisse.

4. Im Ganzen gesagt: Verfassungsgerichtliche Rechtsfindung, auch solche rechtsfortbildender Art, bleibt angewandte Wissenschaft,<sup>63</sup> auch wenn die Materie, die in Rede steht, nicht nur (wie bei anderen Gerichtsbarkeiten auch) politischer Natur ist, sondern als Verfassungsrecht den politischen Prozess selbst „reguliert und stabilisiert“.<sup>64</sup>

Allerdings sind die Grenzen im Näheren schwierig zu ziehen, ja ihrerseits nur annäherungsmäßig zu begreifen. Sie können sich verwischen bis zum Hauchdünnen, zum Hauch des Hauchs. Aber – und das mag bei spektakulären Fällen besonders hervortreten – es bleiben Grenzen fühlbar. Sie hat auch das Bundesverfassungsgericht zu beachten. Darauf kommt es an. Entscheidend ist sozusagen die Tendenz des Wollens, die Zielrichtung des Bemühens. Daher erwächst auch kein allgemeiner Einwand der Tatsache, unter-

schiedliche Ergebnisse ließen sich häufig aus methodisch gleichermaßen korrekten Einzelschritten gewinnen. Dass regelmäßig mehrere alternative juristische Argumentationsgänge verfügbar sind,<sup>65</sup> ist für die gesamte juristische Wissenschaft nichts Besonderes und erklärt sich schon aus dem Mangel einer Hierarchie unter den anerkannten Auslegungsmethoden, die zudem auf keinen bestimmten Kanon festgelegt werden können; diese Methoden dienen vor allem dazu, sich über alle relevanten Aspekte eines Falls klar zu werden. Es ist aber etwas strukturell anderes, ob für die Erforschung des Verfassungswillens, der als vernünftig vorgestellt und mit den Zeitumständen konfrontiert wird, eine Bandbreite methodisch zu rechtfertigender Möglichkeiten besteht oder ob die Tendenz dahin geht, als „Vermittler“ zwischen unterschiedlichen Parteien bzw. Interessen kraft schiedsrichterähnlichen Spruchs politische Gestaltungen vorzunehmen.

5. Der angeführte Fall des Bundeswehreinsetzes ist dafür mittelbar ein Beispiel. In diesem zentralen Streit hatte das Gericht gewissermaßen das Glück gehabt, ein weithin ungeschriebenes Verfassungsprinzip zu entdecken – zu entdecken, nicht zu erfinden! – ein solches, das in der Hauptsache ein befriedendes Ergebnis ermöglichte; nämlich das Prinzip der Abhängigkeit der militärischen Grundentscheidungen von der Zustimmung des Parlaments.<sup>66</sup> Das Bundesverfassungsgericht war in der erfreulichen Lage, dieses Prinzip zwar nicht zu erzeugen, aber doch sozusagen aus der Taufe zu heben, oder anders gesagt: schlummerndes Recht aufzuwecken und als geltendes Recht ans Licht zu bringen. So wurde die seinerzeit angenehm ausgleichende Entscheidung ermöglicht.

Doch war das ein besonders glücklicher Umstand. Er hätte nicht vorliegen müssen. Und hätte er nicht vorgelegen, dann hätte das Gericht nicht anders können und dürfen, als eine andere Entscheidung zu fällen, eine solche, die in der Öffentlichkeit gerade nicht als Befreiungsschlag verstanden worden wäre, gerade nicht als der große wegweisende Kompromiss; eine Entscheidung, die wohl nicht oder doch nicht nachhaltig befrieden hätte können. Es wäre dem Gericht aber in einem solchen Fall, legt man die dargestellte Ansicht zu Grunde, nichts anderes übrig geblieben. Hätte dem

Gericht damit eine Unglücksstunde geschlagen? Wirklich eine Unglücksstunde? Seine Natur als Gericht hätte sich in diesem Fall – immerhin – nur umso präziser und schonungsloser herausgestellt. Man hätte die Grenzen zwischen zulässiger und unzulässiger gerichtlicher Rechtsfortbildung nur umso deutlicher vorgestellt erhalten. Und die Politik wäre sehr klar auf *ihre* Verantwortung, *ihr* Geschäft verwiesen worden. Dies immerhin.

Manche meinen, hinter vorgehaltener Hand und daher nicht zitierfähig, ein wenig *corrigere la fortune* hätte bei dem Ganzen in Karlsruhe vielleicht mitgespielt. Das aber bleibt Spekulation und spekulieren sollte man nicht. Auch in besonderen Situationen hat das Gericht jedenfalls Gericht zu bleiben, Versuchungen zu widerstehen. Und soweit erkennbar, hat das Gericht bislang wohl stets oder doch fast stets diesen Versuchungen widerstanden.<sup>67</sup> Dem Gericht wird vermutlich vor Augen stehen: Diese seine Grenzen, wie immer sie im Näheren definiert werden mögen, sind in Wirklichkeit Aktiva.

### III.

Lassen Sie mich in der versprochenen Kürze noch eine dritte und letzte Sondersituation andeuten, in die das Bundesverfassungsgericht in absehbarer Zeit hineingeraten könnte, wenn nicht gar schon darin steckt: Stichwort Europa.

1. Die Europäische Union wird, wie man weiß, ganz überwiegend nicht als eigener Staat betrachtet (wiewohl häufig als staatsähnlich).<sup>68</sup> Unwahrscheinlich dürfte auch eine künftige Entwicklung sein, die uns einen europäischen Staat, einen Gesamtstaat, mit einem einzigen großen Paukenschlag beschert. Vieles deutet darauf hin, dass die europäische Einigung nicht auf eine Staatswerdung abzielt, sondern – zumindest solange sich kein konkreterer europäischer Grundkonsens ausbildet – stärker pluralistische Entwicklungslinien verfolgt.<sup>69</sup> Doch fehlt es nicht an Analysen, nach denen sich sektoral Schichten aus der bisher nationalstaatlichen Souveränität gewissermaßen ausgliedern oder schon ausgegliedert hätten, so dass eine Art Teilsouveränität<sup>70</sup> der Union bzw. der Mitgliedstaaten entstehen mag. Das Wort „Teilsouveränität“ sei in Anfüh-

rungszeichen gesetzt; es deutet an, dass bisherige juristische Kategorien, die das traditionelle deutsche Staatsrecht entwickelt hat, nicht mehr ohne weiteres zulangen. Allerdings hatte dieses von mancherlei Vorverständnissen und widersprüchlichen Begrifflichkeiten befrachtete Staatsrecht, wie sich vor allem bei den Bundesstaatstheorien seit jeher zeigt, schon ursprünglich erhebliche Schwierigkeiten mit der Souveränitätsvorstellung; genauer mit der Lehre, Staatlichkeit setze volle, „ungeteilte“ Souveränität voraus.<sup>71</sup> Verzichtet man – etwa mit *Frowein*<sup>72</sup> – auf diese These, bleibt indes die Frage, wer in welchem Verfahren in welcher Teilmaterie oder Teilbeziehung das Letztentscheidungsrecht<sup>73</sup> hat; d.h. wer das „Recht des letzten Wortes“<sup>74</sup> beanspruchen darf. Werden etwa vorhandene Konfliktregelungsinstrumente nicht allseits akzeptiert oder unterschiedlich gedeutet, bricht die Souveränitätsfrage von neuem auf. Das kann zum (unter Umständen sogar existentiellen) Konfliktfall werden.

Dieser Situation des möglichen Konflikts lässt sich nicht dadurch ausweichen, dass man den souveränen Staat angesichts der gewachsenen und wachsenden Interdependenz als Anachronismus bezeichnet;<sup>75</sup> eine solche Souveränitätsvorstellung ist ihrerseits anachronistisch.<sup>76</sup> Zwar „verdecken“ die Nationalstaaten ihre Souveränität, „indem sie sie verbinden“ (*Di Fabio*),<sup>77</sup> doch können bei aller Eingebundenheit Situationen entstehen, die die Konfliktfrage unausweichlich zuspitzen und das heißt zumindest zunächst einmal: als Rechtsfrage formulieren.

Dem muss es nicht widersprechen, sieht man in dem Bemühen, die Souveränitätsfrage unscharf zu lassen, ein rechtspolitisches Plus. So etwa bemerkt *Steinberger*<sup>78</sup> mit Rückblick auf die alte föderale Geschichte Deutschlands: Für das Funktionieren föderaler politischer Gebilde sei es das Schlechteste nicht, die Souveränitätsfrage in der Schwebe zu lassen. Dieser Schwebezustand halte das Rechtsbewusstsein wach, halte die Verpflichtung lebendig, nach einer Konkordanz der rechtlichen Grundauffassung zwischen der Gemeinschaft und ihren Gliedern zu suchen.

Ob derartige mögliche Entwicklungen ins bewusst Unscharfe rechtspolitisch tatsächlich auch in der Gegenwart positiv zu beurteilen wären, – das zu beantworten ist nicht unsere Sache. Zu fragen ist jedenfalls, wie offen sich die Souveränitätsfrage halten

lässt.<sup>79</sup> Klare Kompetenzaussagen mögen umgekehrt noch mehr für sich haben und werden oft als rechtspolitisches Gebot der Stunde empfunden; andererseits prolongieren sie möglicherweise nur die Bauformen des herkömmlichen Nationalstaates in die europäische Dimension.<sup>80</sup> Die Souveränitätsfrage<sup>81</sup> wird dadurch nicht erledigt.<sup>82</sup> Das gilt auch für Versuche, bisherige Kategorien durch neue Deutungen zu überwinden; etwa durch Annahme eines Beziehungsgefüges von vielfach verknüpften Verfassungsebenen (Union und Mitgliedstaaten), wobei sich diese Ebenen als Teilordnungen zu einer materiellen Einheit verschränken sollen.<sup>83</sup> Bei den vielfältigen Überlegungen<sup>84</sup> zur Europäisierung des nationalen Verfassungsrechts und insbesondere bei den Erwägungen pro und contra „Europäische Verfassung“ (nicht nur verstanden als Grundordnung, wie sie das Primärrecht der Union ohnehin bietet) wird die verbleibende Möglichkeit des existentiellen Konfliktsfalls häufig eher verdeckt. Zwar charakterisiert es föderative Ordnungen, dass sie „unfertig“ verfasst sind und sich gewissermaßen fortdauernd konstituieren.<sup>85</sup> Das kann das Aufbrechen des Konfliktsfalls praktisch in den Hintergrund schieben, zumal im „kooperativen Verfassungsstaat“;<sup>86</sup> ausschließen lässt sich der existentielle Konfliktsfall dadurch aber nicht.

2. Einen vorstellbaren Konfliktsfall dieser Tiefe hat das Bundesverfassungsgericht selbst ins Auge gefasst (und in gewisser Weise dadurch bloßgelegt und konturiert). Und zwar dadurch, dass es in seiner bisherigen Rechtsprechung<sup>87</sup> einen fundamentalen Vorbehalt formulierte gegenüber allen europäischen Hoheitsakten (gesehen vom Standpunkt mangelnder Staatsnatur der Europäischen Gemeinschaft und „souverän bleibender“<sup>88</sup> Mitgliedstaaten). Das Gericht geht, was den Grundrechtsschutz anlangt, zwar davon aus, dass mittlerweile im Hoheitsbereich der Europäischen Gemeinschaft, namentlich angesichts der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, ein Maß an Grundrechtsschutz erwachsen sei, das nach Konzeption, Inhalt und Wirkungsweise dem Grundrechtsstandard des Grundgesetzes im Wesentlichen gleich zu achten ist.<sup>89</sup> Gleichwohl wird ein Vorbehalt gemacht. In etwas vereinfachter Fassung besagt dieser: Dort, wo die Identität der deutschen Verfassung, ihr Kerngehalt, in Frage steht, dort habe das

Bundesverfassungsgericht das letzte Wort – auch und gerade gegenüber europäischen Hoheitsakten, sogar auch gegenüber Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs. Wenn also etwa die europäischen Organe den unerlässlichen Grundrechtsstandard, so wie ihn der Kern der deutschen Verfassung sichern will, auch unter Einrechnung der Funktion des Europäischen Gerichtshofes, generell nicht beachtet, dann – so sagt das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich – hätte es selbst, das Bundesverfassungsgericht selbst, diesen Schutz sicher zu stellen. Gegenteilige Entscheidungen, also gerade auch solche des Europäischen Gerichtshofs, wären in diesem Fall im deutschen Hoheitsbereich „nicht verbindlich“.<sup>90</sup> Das ist nicht als Fehdehandschuh gedacht, den Karlsruhe der Europäischen Gemeinschaft zuwirft, sondern nur Konsequenz eines als fortbestehend betrachteten deutschen Letztentscheidungsrechts in zentralen Bereichen – „Souveränität“, wie sie im Ausnahmefall hervortritt.<sup>91</sup>

In kürzlichen Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht das praktische Ausmaß dieses Vorbehalts zwar klarstellend abgemildert,<sup>92</sup> aber – und das ist in mancher Presseberichterstattung nicht hinreichend deutlich geworden – das Gericht hat den Vorbehalt keineswegs gestrichen.<sup>93</sup> Gesehen von der (hier nur unterstellten, nicht diskutierten) These aus, zur Staatlichkeit gehöre die Macht des letzten Wortes jedenfalls in diesen zentralen Bereichen, konnte das Gericht den Vorbehalt auch nicht streichen, ist er doch nur konsequenter Ausdruck jener Kompetenz des letzten Wortes. Dass für eine praktische Aktualisierung des Vorbehalts auch in der Zukunft nur sehr wenig spricht,<sup>94</sup> steht dem nicht entgegen. Hier wird gewissermaßen die „Theorie“ wichtiger als die Praxis. Ohnehin ist nicht entscheidend, dass der grundrechtliche Minimalstandard wohl von niemandem in Frage gestellt wird, sondern die Frage, wer ihn verbindlich definiert; wer ihn also in der jeweils maßgeblichen Richtung „bestimmt“, wer die Definitionsmacht über diesen Standard besitzt bzw. beansprucht. Dass der Vorbehalt nur einen möglicherweise nie zur Realisierung gelangenden Anspruch dieser Art erhebt und schon von Haus aus nur auf Ausnahmefälle in einem sehr engen Sinn bezogen ist, macht im Grunde eher seine Stärke, denn seine Schwäche aus. Ob und wie sich die Dinge verändern könnten, sollte etwa für Konfliktsfälle ein den

Europäischen Gerichtshof und das Bundesverfassungsgericht in irgend einer Form umspannendes neues Organ, etwa eine Art gemeinsamer Senat, geschaffen werden (auf welcher Grundlage?),<sup>95</sup> sei hier nicht erörtert. Solange allerdings an der Vorstellung eines nationalen Letztentscheidungsrechts festgehalten wird, lässt sich der Eintritt eines existentiellen Konfliktsfalls wohl nie schlechthin ausschließen.

3. Wie aber nun, sollte sich in naher oder ferner Zukunft die Souveränitätsfrage noch weniger eindeutig als bisher zu Gunsten der Mitgliedstaaten beantworten lassen? Wie wenn behauptet werden könnte, im Falle bestimmter künftiger Entwicklungen gehe die Macht des letzten Wortes (auch) in jenen zentralen Bereichen auf Europa über? Schon bisher fand die Annahme jenes nationalen Vorbehalts in den Augen des Europäischen Gerichtshofs selbst keine Gnade. Die rechtlichen Grundpositionen der beiden Gerichte standen und stehen einander unversöhnlich gegenüber, trotz aller praktischen Abglättungsbemühungen.<sup>96</sup> Es ist nicht auszuschließen, dass weitere Entwicklungen es erschweren, die Souveränitätsfrage weiterhin aus der bisherigen Grundposition des Bundesverfassungsgerichts heraus zu beurteilen. Wie wahrscheinlich oder unwahrscheinlich eine solche Entwicklung ist, ist hier nicht zu beantworten. Wird *unterstellt*, dass sich Entwicklungszüge durchsetzen, die das Festhalten an der nationalen Souveränität im obigen Sinn erschweren, dann könnte ein Punkt erreicht werden, an dem das Bundesverfassungsgericht in eine höchst delikate Lage geriete, in eine extrem zugespitzte Sondersituation.

Folgt man manchen gewichtigen Stimmen – *Isensee*<sup>97</sup> etwa oder *Paul Kirchhof*<sup>98</sup> –, könnte unsere Verfassung eine so weitgehende Veränderung nicht ermöglichen, auch nicht via Verfassungsänderung. Nicht einmal nach einer Verfassungsänderung könnte und dürfte Deutschland nach dieser Ansicht auf die Macht des letzten Wortes verzichten. Die Möglichkeiten des Grundgesetzes seien damit überfordert.

Ob dies zutrifft, ist eine andere Frage, die hier nicht näher erörtert werden kann. Der Problematik wird man jedenfalls nicht schon dadurch Herr, dass die mitgliedstaatlichen Verfassungen wie auch das Grundgesetz vorweg nur als „Teilverfassungen“ gedacht



werden;<sup>99</sup> denn die Frage ist gerade die, welche – unabänderlichen? – Schranken die jeweilige Teilverfassung in Richtung der Integration formulieren will. Vielleicht aber ließe sich vorstellen, dass der Geltungsanspruch des Grundgesetzes, also seine inhaltliche Aussagebereitschaft, für eine solche Situation überhaupt versiegt.<sup>100</sup>

Legt man demgegenüber die berichtete verbreitete Auffassung zu Grunde und wollte nun Europa das Recht des letzten Wortes beanspruchen, hätte man es, von diesem Standpunkt her gedacht, mit einer quasi-revolutionären Situation zu tun: eine neue Rechtsordnung überrollte das Grundgesetz und beanspruchte ihren souveränen Platz; eine Quasi-Revolution.

Für derartige revolutionäre Schritte gilt der Satz der allgemeinen Staatslehre: Veränderungen dieser Art – solche also, die sich nicht mehr aus der bisherigen Verfassung rechtfertigen lassen – schaffen dann neues Recht, wenn sie sich nachhaltig faktisch durchgesetzt haben.<sup>101</sup> Kurz gesagt: Gelingt die Revolution, erzeugt sie fortan geltendes Recht. Nur dann, aber dann immerhin; gleich, ob dadurch die bisherige Verfassungsordnung vollständig oder nur teilweise ersetzt wird.<sup>102</sup> Die Frage, die sich in einem solchen Fall stellen müsste, ginge daher dahin: Woran kann erkannt werden, ob sich die neue Rechtsordnung durchsetzt oder nicht? Normalerweise wird in der Gegenwart die Antwort lauten: Daran, ob die *Gerichte* das neue Recht anerkennen oder nicht.<sup>103</sup> Stellen sich die Gerichte, ihre eigene Funktionsfähigkeit und Vollstreckungsmacht vorausgesetzt, auf das neue Recht um, dann setzt es sich durch, sonst nicht. Jedenfalls bei prinzipiell rechtsstaatlichen Verhältnissen werden also die Gerichte, das heißt die höchsten Gerichte, letztlich den Ausschlag geben.

Man versetze sich nun in die Lage des Bundesverfassungsgerichts, falls es mit einer solchen Entwicklung tatsächlich konfrontiert werden sollte.

Es entstünde eine paradoxe Situation: Wie immer das Gericht entschied, die Entscheidung wäre stets richtig, allein aus sich selbst heraus richtig! Kommt es für die Frage, ob das neue revolutionäre Recht gilt oder nicht, ausschlaggebend auf die Haltung des Gerichts an, dann ist die Tatsache der gerichtlichen Entscheidung selbst, wie immer sie lautet, als solche relevant. Hielte das Gericht

daran fest, dass Deutschland denn doch noch die Macht des letzten Wortes innehatte, dann machte es eben dadurch von dieser Macht Gebrauch und eben deshalb hätte sich die Quasi-Revolution nicht durchgesetzt, solange nicht. Und umgekehrt: Bejahte das Gericht den Souveränitätsverlust Deutschlands, dann hätte sich die neue Rechtslage eben deshalb und gerade wegen dieser Entscheidung durchgesetzt, die Quasi-Revolution wäre gelungen, weil sich das Gericht auf ihren Boden stellte.

Vermutlich würde in einem solchen Fall das Gericht nach weiteren Indizien suchen, um seine Entscheidung rational zu unterbauen. Das Gericht würde wohl derartige Indizien besonders ausbreiten. Dem Kern der Sache nach aber befände man sich in einer Situation, die das Gericht selbst zum Weichensteller macht – die Frage nach „richtiger“ oder „falscher“ Entscheidung wie bei normaler Rechtsprechung stellte sich dann im Grunde nicht mehr, wenn sie voraussichtlich auch das Gewand bildete, in welches das Faktum der Entscheidung eingehüllt werden würde. Trotz dieses möglichen Gewandes entbehrte das Gericht im Kern der hilfreichen Anleitung rationaler Maßstäbe.

Und das heißt: In dieser ganz besonderen<sup>104</sup> Situation, in die das Gericht hineingestoßen werden könnte, träte es denn doch aus seiner Rolle als Gericht heraus: Es erhöbe sich, seine eigene Durchsetzungsmacht vorausgesetzt, zwangsläufig zum Gestalter der Dinge für die Zukunft. Dieser höchst besondere, aber unter den dargelegten Voraussetzungen mögliche Ausnahmefall zu allem zuvor Gesagten muss also konzediert werden; dies denn doch. Das Gericht wäre hier denn doch *mehr* als nur Gericht.

### Anmerkungen

<sup>1</sup> Hierzu aus dem jungen Schrifttum etwa *Frotscher*, Monarchisches Prinzip kontra liberale Verfassungspositionen, Juristische Schulung 2000, S. 943 ff. mit weiteren Nachweisen; zusätzlich siehe den Hinweis von *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 2000, S. 221 mit Fn. 136.

<sup>2</sup> Die Wiener Landesregierung hatte eine Reihe dieser Verordnungen, die auf das kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetz gestützt worden waren, angefochten.

<sup>3</sup> Aus der verstreuten spezielleren Literatur seien hervorgehoben: *Evers*, Zur Stellung der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, Deutsches Verwaltungsblatt 1980, S. 779 ff., 786; *v. Frisch*, Die Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofes, Verwaltungsarchiv 38 (1933), S. 232 ff.; *Kafka*, Der gesetzgebende Richterspruch, Graz 1967, S. 12 ff. m. w. H.; *Merkel*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, Verwaltungsarchiv 38 (1933), S. 219 ff., 230 f.; *Spanner*, Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, 1951, S. 8 ff.; *ders.*, Notstandsrecht und Bundesverfassungsgericht, Die Öffentliche Verwaltung 1963, S. 648 ff., 649 f.; *ders.*, Zwei Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit: Besetzung des Gerichts und dissenting opinion, in: Marcic-Gedächtnisschrift, 1974, S. 689 ff., 692 f. m. w. H.; *Voegelin*, Der autoritäre Staat, Wien 1936, S. 160 ff.; *Welan/Neisser*, Der Bundeskanzler im österreichischen Verfassungsgefüge, Wien 1971, S. 44 ff.

<sup>4</sup> Verordnung der Bundesregierung vom 23. 5. 1933, BGBl. Nr. 191, wodurch § 6 des österreichischen Verfassungsgerichtshofgesetzes 1930 geändert wurde. § 6 Abs. 3 des Verfassungsgerichtshofgesetzes sah nunmehr im Einzelnen vor, dass die auf Vorschlag des Nationalrates oder auf Vorschlag des Bundesrates ernannten Mitglieder nur dann an Sitzungen und Verhandlungen teilnehmen und hierzu geladen werden dürfen, wenn und solange dem Verfassungsgerichtshof sämtliche Mitglieder und Ersatzmitglieder angehören, die auf Grund solcher Vorschläge ernannt worden sind. Da nach überzeugender Auffassung – vgl. insoweit auch den etwa bei *Spanner* (Fn. 3), Die richterliche Prüfung, S. 10 wiedergegebenen Beschluss des Verfassungsgerichtshofs selbst – zur ordnungsgemäßen Zusammensetzung des Gerichts alle Mitglieder geladen werden müssen, konnte der Gerichtshof so gesehen nicht mehr tätig werden, solange die genannten Mitglieder nicht geladen werden durften; vgl. insoweit auch *Spanner* aaO., S. 14. Das traf jedenfalls für jene (zentralen) Zuständigkeiten des Gerichts zu, für die die beschriebene Zusammensetzung des Gerichts galt, wie gerade für die Prüfung von Normen.

Zu dem nach außen angegebenen Motiv der Verordnung (Erhaltung der Unparteilichkeit des Gerichtshofs) siehe näher etwa *v. Frisch* (Fn. 3), S. 236 ff., aber auch *Spanner* (Fn. 3), Die richterliche Prüfung, S. 10 ff.

<sup>5</sup> Vgl. nur etwa *Spanner* (Fn. 3), Die Öffentliche Verwaltung 1963, S. 649. Soweit es um Vorschläge des Nationalrates ging (vgl. Fn. 5), musste schon eingerechnet werden, dass der Nationalrat bereits am 4. 3. 1933 in seiner Funktion ausgeschaltet worden war; vgl. nur etwa *Voegelin* (Fn. 3), S. 160 ff.; weitere Hinweise etwa bei *Spanner* (Fn. 3), Die richterliche Prüfung, S. 8 mit Fn. 1.

<sup>6</sup> Näheres etwa bei *Spanner* (Fn. 3), Die richterliche Prüfung, S. 14, 15 ff.

<sup>7</sup> Denn es handelt sich in Österreich um eine nachträgliche Aufhebung (Ver-nichtung), nicht um die Feststellung einer ipso-jure-Nichtigkeit. Dieser österreichische Rechtsstandpunkt geht auf *Kelsen* zurück, wie *J. Ipsen*, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S. 52 ff. darlegt; vgl. auch etwa *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 5. Aufl. 2001, Rn. 367. Zur andersartigen deutschen Rechtslage unten Fn. 22.

Davon ist die – allerdings verwandte – Frage zu unterscheiden, zu welchem Zeitpunkt die verfassungsgerichtliche Wirkung der Aufhebung einer Norm

nach österreichischem Prozessrecht eintritt (zu den verschiedenen Möglichkeiten etwa *Korinek*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 39, 1981, S. 7 ff., 37 f.); etwa ex nunc oder pro futuro (dazu näher etwa *H. Haller*, Die Prüfung von Gesetzen, Wien 1979, S. 261 ff.) oder auch mit Rückwirkung. Die allgemeinere Möglichkeit einer rückwirkenden Aufhebung wurde in Österreich erst durch die Bundes-Verfassungsgesetznovelle 1975 etabliert, doch hatte der Wiener Verfassungsgerichtshof schon zuvor die von ihm im Prüfungsverfahren aufgehobenen Normen auf den Fall nicht mehr angewendet, der den Anlass für das Verfahren bildete (vgl. etwa *Haller aaO.*, S. 277 ff. zu Gesetzen; *Novak*, Die Fehlerhaftigkeit von Gesetzen und Verordnungen, Wien 1967, S. 148 ff., auch S. 171 ff. zu Verordnungen). Indes, auch hier, also bei der Wirkung im Blick auf den Anlassfall, handelt es sich um einen Fall der Rückwirkung kraft Aufhebung, d. h. der Vernichtung zunächst gültig gewesenen Rechts mit Wirkung für einen Zeitpunkt vor der Aufhebung; nicht etwa geht es bei einem Gerichtsspruch dieser Art um eine bloß deklaratorische Feststellung der schon ursprünglich gegebenen (oder später einsetzenden) Nichtigkeit der Norm. Auch in diesem Fall musste daher im Effekt von der zunächst gegebenen und in diesem Sinn vorläufigen Geltung der angegriffenen Norm ausgegangen werden.

<sup>8</sup> Eine besondere Situation wird für sogen. „absolut nichtige Gesetze und Verordnungen“ (zu ihnen etwa *Novak aaO.*, S. 1 ff., 32 ff.) angenommen. In der Terminologie der deutschen Dogmatik müsste man hier wohl vom Fehlen schon des Tatbestands der Norm sprechen. Während die später für nichtig (aufgehoben) erklärte Norm tatbestandlich vorhanden ist, aber die gewollten Wirkungen nicht mehr entfalten kann (Wirkungslosigkeit), ist die „absolut nichtige“ Norm in Wirklichkeit von vornherein nur eine Schein-Norm. Die hier konkret anzusehende Verordnung war gewiss keine bloße Schein-Norm; vgl. auch *Spanner* (Fn. 3), Die richterliche Prüfung, S. 17 f.

<sup>9</sup> Daher geht z. B. auch *Spanner* (Fn. 3), Die Öffentliche Verwaltung 1963, S. 649 davon aus, dass der Verfassungsgerichtshof die Verordnung schon „bei der Ladung seiner Mitglieder“ hätte anwenden müssen und eine dennoch ergehende Entscheidung „mit dem Makel der Rechtswidrigkeit behaftet“ gewesen wäre, „ungeachtet dessen, dass es kein Rechtsmittel zur Beseitigung seiner Entscheidung gegeben hätte“. Genauer ist aber die Feststellung, dass angesichts der vorläufigen Rechterheblichkeit (= Wirksamkeit = Verbindlichkeit) der Verordnung der Gerichtshof, solange er nicht voll besetzt war, schlechthin nicht mehr derartige Prüfungsverfahren aufnehmen durfte.

<sup>10</sup> Der Verfassungsgerichtshof fasste in einem anhängigen Verfahren einen Aussetzungsbeschluss und wandte sich an den Bundespräsidenten um Hilfe – ergebnislos; dazu etwa *Evers* (Fn. 3), S. 786; *Spanner* (Fn. 3), Die Öffentliche Verwaltung 1963, S. 649.

<sup>11</sup> Siehe namentlich *Evers* (Fn. 3), S. 786 (souveräne Anwendung der Verfassung als mögliche Verpflichtung des Verfassungsgerichtshofs in dieser ungewöhnlichen Situation ..., m. w. H.) in Verbindung mit seiner Bemerkung in *ders.*, Die

perfekte Notstandsverfassung, Archiv des öffentlichen Rechts, 91 (1966), S. 1 ff., 193 ff., 208, Fn. 152 („... durch souveräne Handhabung des Gesetzes“ überwindbare Grenzen); vgl. auch etwa *Kafka* (Fn. 3), S. 18 ff.; *Welan/Neisser* (Fn. 3), S. 45, die aber zugleich meinen, eine etwaige Aufhebung der Verordnung wäre vom Bundeskanzler nicht kundgemacht worden.

<sup>12</sup> Ungeschriebene verfassungsstarke Notkompetenzen sind auch und gerade dem deutschen Verfassungsrecht in einem allgemeineren wie in einem spezifischen Sinn vertraut. In allgemeinerer Gestalt treten sie schon dann ein, wenn ein vernünftiges, erträgliches Auslegungsergebnis nicht gewonnen werden kann, ohne sie zu Hilfe zu nehmen – etwa bundesstaatlich durch Annahme ungeschriebener Kompetenzen des Bundes im Verhältnis zu den Länderkompetenzen (vgl. nur etwa *Bullinger*, Ungeschriebene Kompetenzen im Bundesstaat, Archiv des öffentlichen Rechts 96, 1971, S. 237 ff.; aus dem jüngsten Schrifttum: *Starck*, Neues zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes kraft Sachzusammenhangs, in *Maurer-Festschrift*, 2001, S. 281 ff. mit eindrucksvoller Kritik an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts – BVerfGE – 98, 265; bloße Zweckmäßigkeit des Auslegungsergebnisses genügt nicht) oder im Blick auf das Verständnis vorhandener Rechtsgarantien in der Verfassung, die nach den gegebenen Umständen nicht voll, sondern nur annähernd erreicht werden können, so dass „notwendigerweise“ ein Zurückbleiben hinter dem in der Verfassung Gewollten in Kauf genommen werden muss.

In einem spezifischen Sinn könnte man von ungeschriebenen verfassungsstarken Notkompetenzen dann sprechen, wenn Staatsorganen zusätzliche Instrumente (also nicht nur Auslegungsprodukte) anwachsen, ohne die dem Verfassungssinn nicht entsprochen werden kann; das liegt etwa dann vor, wenn das Verfassungsgericht – z. B. nach Nichtigerklärung von Normen, deren verfassungskonformer Ersatz durch den zuständigen Normgeber Zeit beansprucht, so dass eine Lücke droht – vorübergehend wie ein Gesetzgeber tätig werden und vorläufige Regelungen erlassen muss (zu diesem im Einzelnen umstrittenen Not-Instrument aus der jungen Literatur besonders *W. Roth*, Grundlage und Grenzen von Übergangsanordnungen des Bundesverfassungsgerichts zur Bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen, Archiv des öffentlichen Rechts 124, 1999, S. 470 ff.).

Auf den Zusammenhang mit der amerikanischen Lehre von den „implied powers“ und ähnlichen Vorstellungen kann hier nicht eingegangen werden.

<sup>13</sup> Allgemein zu diesem Auslegungsinstitut die zahlreichen Angaben etwa bei *Stern* (Fn. 1), Staatsrecht, Bd. II, 1980, S. 958 f.; Bd. III/2, 1994, S. 1706 ff.; *Zippelius*, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in *Festgabe Bundesverfassungsgericht*, 2. Bd., 1976, S. 108 ff.; aus der jungen Literatur etwa *Vosskuhle*, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte, Archiv des öffentlichen Rechts 125 (2000), S. 177 ff.

<sup>14</sup> Vgl. oben Fn. 7.

<sup>15</sup> Genauer gesehen als Vorfrage zu der Frage, ob der Gerichtshof überhaupt im Stande war, auch ohne volle Besetzung tätig zu werden; eine Frage, deren Bejahung ihrerseits Vorfrage dazu gewesen wäre, im jeweils anhängigen Verfahren

(Überprüfung vorausgegangener und angegriffener Verordnungen) tätig werden zu können.

<sup>16</sup> Zur ideengeschichtlichen Entwicklung des Widerstandsrechts siehe *Wolzenhoff*, Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen die rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt, 1916; zusammenfassend etwa *Dolzer* in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992, § 171, Rn. 5 ff. m. w. N. Zu Grundsatzfragen aus der Fülle des Schrifttums etwa *Isensee*, Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, in *Festschrift Eichenberger*, Basel 1982, S. 23 ff.

<sup>17</sup> Die verbreitete Verneinung eines Widerstandsrechts für Hoheitsorgane (bzw. Organwalter) in der deutschen Lehre (vgl. z. B. *Dolzer*, Fn. 16, § 171, Rn. 31; *Herzog* in *Maunz-Dürig*, Grundgesetz, Art. 20, IX, Rn. 49 f.; *Isensee*, Das legalisierte Widerstandsrecht, 1969, S. 48) bezieht sich auf das in Art. 20 Abs. 4 GG positiviertere Widerstandsrecht; sie rechtfertigt sich daher unmittelbar aus dem Zusammenhang mit den ins Grundgesetz gleichzeitig eingefügten Normen der sogenannten Notstandsverfassung, die die Möglichkeiten hoheitlicher Organe im Notstandsfall abschließend zu regeln suchen; das auf das Widerstandsrecht des Art. 20 Abs. 4 GG gestützte Eingreifen Privater soll in dieser Blickrichtung in einer entsprechend extremen Lage hinzutreten, aber auf Private begrenzt bleiben. Die allgemeinere, von den positiven Normen des Grundgesetzes gelöste Problematik eines etwaigen Widerstandsrechts von Hoheitsorganen ist damit ersichtlich nicht ausgeschöpft.

<sup>18</sup> Das Urteil des Bundesgerichtshofs v. 14. 7. 1961, *Neue Juristische Wochenschrift* 1962, S. 195 verlangte, dass die Widerstandshandlung „nach ihren Beweggründen, Zielsetzungen und Erfolgsaussichten als ein ernsthafter und sinnvoller Versuch gewertet werden kann, den bestehenden Unrechtszustand zu beseitigen und in Bezug auf dessen Übel eine allgemeine Wende zum Besseren herbeizuführen“.

<sup>19</sup> Siehe besonders *A. Arndt*, *Agraphoi nomoi* (Widerstand und Aufstand), *Neue Juristische Wochenschrift* 1962, S. 430 f.; hierzu jüngst aus historischer Sicht *Hockerts*, Wiedergutmachung in Deutschland, *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, Heft 2, 2001, S. 167 ff., 189, zugleich mit Hinweis auf *Kittel*, Die Legende von der „Zweiten Schuld“, 1993, S. 209 ff. Vgl. ferner etwa – kritisch gegenüber der ursprünglichen, später aufgegebenen Rechtsprechung – *P. Schneider* Widerstandsrecht und Rechtsstaat, *Archiv des öffentlichen Rechts* 89 (1964), S. 1 ff., 18 f.; *Stern*, Staatsrecht (Fn. 1), Bd. II, 1980, S. 1499 m. w. N. *Herzog* (Fn. 17), Art. 20, IX, Rn. 33 verneint zutreffend das Erfordernis der Stützung der Widerstandshandlungen auf einen Mehrheitswillen im Volk.

<sup>20</sup> Vgl. zu den – bisweilen etwas kontrovers dargestellten – Einzelheiten besonders *Loewenstein*, Staatspolitik und Verfassungsrecht in den Vereinigten Staaten von 1933–1954, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, Bd. 4, 1955, S. 1 ff., 17 ff.; *ders.*, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, 1959, S. 416 f.; ferner etwa *Bungert*, Zeitgenössische Strömungen in der amerikanischen Verfassungsinterpretation, *Archiv des öffentlichen Rechts* 117 (1992), S. 71 ff., 83, Fn. 58 mit Hinweisen auf amerikanische Literatur; *W. Haller*, Supreme Court und Politik in den USA, Bern 1972, S. 19 ff., bes. S. 21 f., Fn. 28; *Spanner* (Fn. 3),

Die richterliche Prüfung, S. 28 ff.; *ders.* (Fn. 3), Zwei Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 691 f.; *E. Wolf*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungstreue in den Vereinigten Staaten, 1961, S. 154 ff.; weitere Hinweise bei *Stern*, Bemerkungen zur Grundrechtsauslegung, in Festschrift Schambeck, 1994, S. 381 ff., 384, Fn. 14.

Der Supreme Court hatte zwischen 1933 und 1935 mit der Mehrheit seiner 9 Richter (im Durchschnittsalter von über 70 Jahren) eine stattliche Reihe von Gesetzen, die Fundamente für die umfassenden Sozial- und Wirtschaftsreformen des New Deal bilden sollten, für verfassungswidrig erklärt. Nachdem Präsident *Roosevelt* 1936 mit großer Mehrheit wiedergewählt worden war, suchte er sich den Supreme Court geneigt zu machen; und zwar ging sein Plan („court packing plan“) dahin, für jeden Bundesrichter (nicht nur solchen des Supreme Court), der sich nach 10jähriger Amtsdauer bei Erreichen des 70. Lebensjahres nicht pensionieren lässt, je einen neuen Richter ernennen zu dürfen (beim Supreme Court bis zur Höchstzahl von 15 Richtern). Damit hätte die Mehrheit der widerspenstigen Richter im Supreme Court gebrochen werden können. Mangels Festlegung der Zahl der Richter des Supreme Court in der Verfassung hätte ein einfaches Gesetz genügt.

Aber *Roosevelt* verrechnete sich (zunächst). Von breiten Teilen der Öffentlichkeit wurde seine Botschaft vom 5. 2. 1937 an den Kongress, ihm eine seinem Plan entsprechende Ermächtigung zu verschaffen, als Anschlag gegen den Sinn der Verfassung verurteilt. Das Vorhaben scheiterte schon im Frühstadium des Gesetzgebungsverfahrens. Letztlich aber kam die Geschichte *Roosevelt* zu Gute. Denn abgesehen vom Tode eines der kontrovers eingestellten Richter gab es im weiteren Verlauf einen Meinungsumschwung bzw. Rücktritte aus welchen Motiven auch immer. Die entstandenen Lücken konnten nunmehr mit Richtern besetzt werden, die dem New Deal gegenüber aufgeschlossen gegenüberstanden. Ein entscheidender Umschwung erfolgte insbesondere schon in der Entscheidung *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U. S. 379; 55 Sup. Ct. 578 (1937); zu dieser Entscheidung etwa *Ehmke*, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, S. 385 f., 416. Man formulierte hier angesichts des Meinungswechsels eines Richters: „A switch in time that saved nine.“

<sup>21</sup> Besonders gelagert ist wohl der nachträglich (28. Juni 2001) eingetretene Fall der Auslieferung des früheren jugoslawischen Präsidenten *Milosevic* an das UN-Kriegsverbrechertribunal in Den Haag durch die serbische Regierung, die sich damit über eine Entscheidung des jugoslawischen Verfassungsgerichts hinweggesetzt haben dürfte. Die juristischen Argumente der Regierung, soweit sie bekannt wurden, klingen in dieser Richtung wenig überzeugend, doch muss beachtet werden, dass das Verfassungsgericht möglicherweise selbst nicht den Status eines unparteiischen Gerichts erlangt hatte. Diese Fäden können hier aber nicht entwirrt werden.

<sup>22</sup> Vgl. zu dieser – vielfach unterschiedlich begründeten, teilweise differenzier- ten – Lehre nur etwa *Benda/Klein*, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, 1991, § 36, Rn. 1158 ff.; *Bettermann*, *Richterliche Gesetzesbindung und Normenkontrolle*, in Festschrift Eichenberger, Basel 1982, S. 593 ff. (auch in *ders.*, *Staatsrecht*

– Verfahrensrecht – Zivilrecht, 1988, S. 383 ff.); *J. Ipsen* (Fn. 7), S. 69 ff.; *Schlaich/Korioth* (Fn. 7), Rn. 367 ff.; *Stern* (Fn. 1), Staatsrecht, Bd. II, 1980, S. 1039 ff., jeweils m. w. H.

Diese wohl vorherrschende Ansicht wird allerdings mancher Kritik unterworfen (z. B. *Pestalozza*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl., 1991, S. 278 ff.; zuletzt *Gärditz*, Landesrecht aufhebende Geltungskraft verfassungswidriger Bundesgesetze? Die Öffentliche Verwaltung 2001, S. 539 ff. – zu BVerfGE 98, 265 – m. w. H.) und hindert jedenfalls nicht, dass die deutschen Verfassungsgerichte häufig Entscheidungsalternativen bevorzugen, die die strengen Konsequenzen der ipso-jure-Nichtigkeitsfeststellung im Einzelfall vermeiden. *H. H. Klein*, Gedanken zur Verfassungsgerichtsbarkeit, in Festschrift *Stern*, 1997, S. 1135 ff., 1150 verspricht sich von einem Übergang zur österreichischen Lösung einen Gewinn an Rechtssicherheit.

<sup>23</sup> Siehe vor allem *Spanner* (Fn. 3), Die Öffentliche Verwaltung, 1963, S. 649 f. Zum heutigen Notstandsrecht vgl. nur etwa die systematisierenden Darstellungen bei *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, § 23 sowie – ausführlich – bei *Stern* (Fn. 1), Staatsrecht, Bd. II, 1980, S. 1285 ff. m. w. H.; insbesondere auch etwa die spezielleren Darstellungen von *E. Klein*, Der innere Notstand, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992, § 169, sowie von *Graf Vitzthum*, Der Spannungs- und der Verteidigungsfall, ebendort § 170.

<sup>24</sup> Gesetz vom 24. 6. 1968, BGBl. I, S. 709.

<sup>25</sup> Siehe für den Verteidigungsfall namentlich Art. 115 g GG. *Benda*, Verteidigungsfall und Bundesverfassungsgericht, in Festschrift *Freiherr von der Heydte*, 2. Hbd. 1977, S. 793 ff., 794 hebt hervor, dass die in dieser Bestimmung enthaltene „Funktionsgarantie“ des Bundesverfassungsgerichts von Anfang an zu den wenigen Elementen der geplanten Notstandsverfassung gehörte, über die es keinen Streit gab. Eine Selbstverständlichkeit wie zugleich in der Positivierung eine bedenkliche Privilegierung des Bundesverfassungsgerichts nimmt *H. Schäfer*, Die lückenhafte Notstandsverfassung, *Archiv des öffentlichen Rechts* 93 (1968), S. 37 ff., 57 an.

<sup>26</sup> Bisweilen äußert sich die wohl verbreitete Einsicht in die beschränkten Möglichkeiten des Normgebers im Notstandsbereich deutlicher. So etwa bemerkt *Versteyl* in von *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 1996, Art. 115 g, Rn. 9, eine den § 35 BVerfGG (Vollstreckung, im weiten Sinn verstanden) „erweiternde Spezialregelung für den Verteidigungsfall ist gleichermaßen wünschenswert wie unrealisierbar“.

<sup>27</sup> BVerfGE 90, 286.

<sup>28</sup> Über die verschiedenen Gesetzentwürfe von Fraktionen zur Änderung bzw. zur klarstellenden Ergänzung des Grundgesetzes sowie einen Entschließungsantrag in dieser Richtung referiert BVerfGE 90, 286 (305).

<sup>29</sup> Dieses Vorgehen hat schon für sich zu gewissen prozessualen Problemen geführt. So hatte es eine der antragstellenden Fraktionen unterlassen, sich im Bundestag gegen den später von ihr vor dem Bundesverfassungsgericht angegriffenen Beschluss der Bundesregierung über den Einsatz deutscher Streitkräfte zu wen-



den. Die Entscheidung des Gerichts erblickte darin aber keine Unzulässigkeit der Anträge dieser Fraktion, vgl. BVerfGE 90, 286, 338 ff.; sie betonte bei dieser Gelegenheit: „Der politische Konflikt, der bis zur Aufkündigung der Koalition, die bisher die Regierung getragen hat, gehen kann, mag zwar die Durchführung der angegriffenen Maßnahme politisch verhindern, den dahinter stehenden Streit um die Rechte des Parlaments kann er jedoch nicht klären“ (aaO., 340); ein Antragsteller dürfe nicht auf einen Weg rein politischen Agierens verwiesen werden (vgl. aaO., 340). Siehe aber auch das Sondervotum *Böckenförde* und *Kruis*, aaO., 390 ff., das auf die Gefahr hinweist, „dass Organstreitverfahren angestrengt werden, die gar nicht die Verteidigung der Rechte des Parlaments bezwecken, sondern dies als juristische Einkleidung benutzen, um andere (politische) Konflikte oder Meinungsverschiedenheiten vor das Bundesverfassungsgericht zu bringen und von ihm entscheiden oder schlichten zu lassen“ (391 f.). In der Formulierung „schlichten“ zeichnet sich bereits das im Folgenden zu verdeutlichende Hauptproblem ab.

<sup>30</sup> BVerfGE 90, 286 (381 ff.: „Parlamentsheer“): Es handle sich um „ein der Wehrverfassung zu Grunde liegendes Prinzip . . ., nach dem der Einsatz bewaffneter Streitkräfte der konstitutiven, grundsätzlich vorherigen Zustimmung des Bundestages unterliegt“ (aaO., 387). Von der Seite der Antragsteller war die insoweit vom Gericht gefundene Lösung immerhin schon als Hilfsargument vorgebracht worden (vgl. BVerfGE 90, 286, 319), dem die Antragsgegner entgegengetreten waren (vgl. aaO., 327); gleichwohl ist von besonderem politischem Gewicht, dass es einer grundgesetzändernden Mehrheit nicht bedarf.

<sup>31</sup> Kontrovers wird demgegenüber weiter namentlich die Frage diskutiert, inwieweit Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen Praktiken decken, die aus einem späteren Verständnis bzw. einer einvernehmlichen Handhabung des jeweiligen Vertrags erwachsen. Die Frage der gewissermaßen „auf Räder gesetzten“ (*Ress*) Verträge war schon in der genannten Entscheidung strittig geblieben (vgl. BVerfGE 90, 286, einerseits 362 ff., andererseits 372 ff.). Das Bundesverfassungsgericht wird sich möglicherweise alsbald erneut mit der Frage, die auch von methodischer Bedeutung ist, befassen.

<sup>32</sup> BVerfGE 62, 1 (45 mit Hinweis auf *K. Hesse*). Die Passage findet sich eingebettet in die Darlegung allgemeinerer Grundsätze für die Verfassungsauslegung (bzw. Verfassungskonkretisierung). Zum einheitsbezogenen prozeduralen Verfassungsbegriff *K. Hesses* näher *Shuppert/Chr. Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, S. 31 f.

<sup>33</sup> Literaturhinweise speziell zu den Konkretisierungsfragen in meinem Beitrag: Facetten der „Konkretisierung“ von Verfassungsrecht, in Koller u. a. (Hrsg.), Einheit und Folgerichtigkeit im Juristischen Denken (Canaris-Symposion), 1998, S. 7 ff. Aus dem seitherigen Schrifttum sei hervorgehoben *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999.

<sup>34</sup> Vgl. mit besonderer Schärfe *Ebsen*, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, 1985, S. 340 ff.; *ders.*, Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zum politischen Grundkonsens, in *Shuppert/Chr. Bumke* (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000,

S. 83 ff. Zur Kritik dieser in verschiedenen Spielarten auftauchenden Lehre siehe insbesondere *Schlaich/Korioth* (Fn. 7), Rn. 35 mit Hinweis auf weitere Äußerungen pro und contra (vgl. aber auch unten Fn. 41); kritisch ferner etwa *Haltem*, Integration als Mythos. Zur Überforderung des Bundesverfassungsgerichts, Jahrbuch des öffentlichen Rechts 45 (1997), S. 31 ff.; *Korinek*, Rezension von Ebsen aaO. (Selbstregulierung), Archiv des öffentlichen Rechts 111 (1986), S. 440 ff.

Hinzu treten eher differenzierte Stimmen wie insbesondere *H.-P. Schneider*, Richter oder Schlichter? Das Bundesverfassungsgericht als Integrationsfaktor, in *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Beilage zur Wochenzeitung *Das Parlament*, B 16/1999, S. 9 ff. (m. w. H.), der sich, wie noch zu berühren sein wird, um eine praxisgespeiste abgewogene Lösung bemüht, sowie etwa *Schulze-Fielitz*, Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeists, Archiv des öffentlichen Rechts 122 (1997), S. 1 ff., 14 ff., besonders 15 f.: Das Bundesverfassungsgericht sei in die politischen, rechtlichen und sozialen Kontroversen der Gegenwart involviert; dabei „ist es gleichwohl stets und dauerhaft um Konsens und Kompromissfindung bemüht, ohne dass es zum Motor des Zeitgeistes werden dürfte“ m. w. H.; vgl. auch *ders.*, Das Bundesverfassungsgericht und die öffentliche Meinung, in *Schuppert/Chr. Bumke* (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, 2000, S. 111 ff., bes. S. 121, 142 f.

<sup>35</sup> *Häberle*, Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft (1978), in *ders.*, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft*, 1980, S. 68 ff.

<sup>36</sup> *Häberle* selbst erklärt in seiner weitwirkenden, vielfach diskutierten Arbeit: Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation, *JuristenZeitung* 1975, S. 297 ff. (auch – mit Nachtrag – in *ders.*, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1978, S. 155 ff., S. 175), gerade bei der Überprüfung jener Gesetze, hinsichtlich derer in der Öffentlichkeit großer Dissens herrscht, habe das Bundesverfassungsgericht „streng zu kontrollieren“; denn „bei einer tiefen Spaltung innerhalb der öffentlichen Meinung kommt dem Bundesverfassungsgericht die Aufgabe zu, darüber zu wachen, dass das unverzichtbare Minimum an integrativer Funktion der Verfassung nicht verspielt wird“.

<sup>37</sup> Zur geschichtlichen Sicht der Verfassung als Vertrag als solcher siehe nur etwa *Böckenförde*, *Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung*, in *Festschrift Gmür*, 1983, S. 7 ff., erweiterte Fassung in *ders.*, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, S. 29 ff., 36 ff. Die Vertragskomponente des Verfassungsbegriffs, der jedenfalls nicht auf die Staatsverfassung festgelegt ist – dazu zuletzt etwa *Grabenwarter*, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 2001, S. 290 ff., 293 –, erhält durch die gegenwärtigen Konzeptionen eines europäischen Verfassungsvertrags (dazu auch unten III 1) neue Nahrung.

<sup>38</sup> Siehe zu diesem Aspekt als solchem mit vielen Hinweisen besonders *Schulze-Fielitz*, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, 1988, S. 213 ff., 565; speziell zum Kompromisscharakter der Verfassung dort S. 217.

Zu diesem Charakter als solchem siehe nur etwa *Badura*, Artikel „Verfassung“, in *Evangelisches Staatslexikon*, 3. Aufl. 1987, Sp. 3737, 3751; *Vofßkuhle*, *Verfas-*

sungsstil und Verfassungsfunktion, Archiv des öffentlichen Rechts 119 (1994), S. 35 ff., 38 ff.

<sup>39</sup> Vgl. *Schulze-Fielitz* (Fn. 34) Archiv des öffentlichen Rechts 122 (1997), S. 15 unter Berufung auf *Häberle*, Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft, 1978, in *ders.*, Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, 1979, S. 425 ff., 438 ff.

<sup>40</sup> Gegen Versuche, die Verfassungsgerichtsbarkeit funktionell als Gesetzgebung zu sehen, vgl. zu Recht etwa *Schlaich/Korioth* (Fn. 7), Rn. 34 m. w. H.

<sup>41</sup> *H.-P. Schneider* (Fn. 34), bes. S. 11 ff., legt dar (unter Verwertung rechtssoziologischer Forschungen), „Richten“ und „Schlichten“ als idealtypisch gegenübergestellte Verhaltensweisen ließen sich im forensischen Alltag kaum voneinander trennen; er erkennt aber auch die Gefahren, die darin bestehen, die Verfassung zum bloßen „Verhandlungsmaßstab“ zu machen. M. E. verbleibt bei ihm dennoch eine gewisse Überbetonung des „vermittelnden“ Charakters der Verfassungsgerichtsbarkeit, mag dies auch mancher Praxis entsprechen (soweit die Integration nicht aus sonstigen Umständen, wie etwa der u. U. relativ befriedigenden Wirkung von Sondervoten u. ä., erwächst). Noch innerhalb des korrekten Verständnisses von Vermitteln verbleibt wohl die Bemerkung von *Schlaich/Korioth* (Fn. 7), Rn. 537 m. w. H., wonach die enorme Wirksamkeit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch darin begründet sei, dass das Gericht zum Kompromiss neige (vgl. aber auch *dies.* Fn. 34); und auch *H.-P. Schneider* aaO., S. 12 ff. betont die in angeführten Beispielfällen hervortretende „mittlere Linie“ mancher zentralen Entscheidung.

<sup>42</sup> Dazu *C. Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 31 f., auch S. 118 und hierzu unten in Fn. 55.

<sup>43</sup> Vgl. schon oben Fn. 12. Gerade im Falle des u. U. gebotenen Eintretens des Verfassungsgerichts als eine Art Notgesetzgeber wird deutlich, dass ihm sogar auch hierbei in aller Regel nicht die Aufgabe des Kompromissfinders zufällt; vgl. näher etwa *Lerche*, Gewaltenteilung – deutsche Sicht, in *Isensee* (Hrsg.), Gewaltenteilung heute (Ossenbühl-Symposium), 2000, S. 75 ff., 93 ff. m. w. H.

<sup>44</sup> Zusammenfassend etwa *Wahl*, Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, § 1, Rn. 30. Zu erinnern ist an die – anlässlich der Schilderung des preußischen Verfassungskonflikts – unterstrichene Mahnung *Willoweits*, Deutsche Verfassungsgeschichte, 3. Aufl. 1997, S. 251, die Positionen der einstigen Streitgegner und die Stellungnahmen in der späteren Forschung auseinanderzuhalten: Die „Verfassungsinterpretation ist selbst ein geschichtlicher Vorgang, der sich heute, unter den Bedingungen einer anderen Zeit, authentisch nicht mehr nachholen lässt“.

<sup>45</sup> Siehe *Wahl* (Fn. 44) § 1, Rn. 32 ff. m. w. N.; vgl. dort auch Fn. 93 zu den als „Kompromißgerichten“ bezeichneten Projekten. Zur Machteinheit als Grundlage der Verfassungseinheit siehe nur etwa *Isensee*, Staat und Verfassung, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, § 13, Rn. 73.

<sup>46</sup> *Papier*, Teilhabe an der Staatsleitung, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 23. 5. 2000, S. 15. Neuerdings spricht auch etwa *von Dürcker*, Der Richter als Ersatzgesetzgeber, in *Festschrift Maurer*, 2001, S. 49 ff., 61 von „Teilhabe an der politi-

schen Staatsleitung“, stellt aber (ebenfalls) klar, dass das Gericht nur Rechtsprechungsakte setzen könne.

<sup>47</sup> K. Hesse (Fn. 23), Rn. 669. Hesse spricht von einem „– begrenzten – Anteil an der obersten Staatsleitung“ und begründet dies damit, dass die Entscheidungen „nicht das Detail gesetzlich normierter Lebensverhältnisse, sondern den verfassungsrechtlich geordneten Bereich politischer Einheitsbildung, politischer Gesamtleitung und politischer Willensbildung“ betreffen. Damit wird aber nur die Materie bezeichnet; zum Kompromisschöpfer wird auf diese Weise das Gericht nicht legitimiert. Auch aus der Formulierung Hesses an anderer Stelle: Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in Festschrift H. Huber, 1981, S. 261 ff., 265 f., wonach das Gericht wie jedes andere Organ verpflichtet sei, „ergänzend oder stützend tätig zu werden, wo ein anderes Organ zur vollen Erfüllung seiner Aufgaben nicht bereit oder in der Lage ist“, sollten nicht übertriebene Folgerungen gezogen werden.

Nach *Schlaich/Korioth* (Fn. 7), Rn. 34 habe das Bundesverfassungsgericht Autorität nur auf Grund der Autorität der Verfassung und deren Sicherung in der Rolle eines Gerichts, „nicht in einer partiellen, ohnedies nur sporadischen und nachhinkenden Teilhabe an der Staatsleitung“.

<sup>48</sup> AaO. (Fn. 46). Wenn *Papier* sagt, die „verfassungsgerichtliche Bestätigung und Verwerfung von Parlamentsgesetzen beispielsweise ist in funktional-politischer Hinsicht den Entscheidungen des Gesetzgebers durchaus vergleichbar“, setzt er doch sogleich klärend hinzu: „auch wenn das Gericht selbst niemals Gesetzgebungsakte, sondern immer nur Rechtsprechungsakte setzen kann“.

<sup>49</sup> Diese Distanz betont *Schlaich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 39, 1981, S. 99 ff., S. 143; vgl. aber auch S. 116 mit einem weiteren Begriff der Staatsleitung.

<sup>50</sup> Referierend über den Stand der Auseinandersetzung etwa *Bethge* in Maunz u. a., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentierung des § 1, Stand Oktober 1998, Rn. 16 ff., 33 ff.; *Schlaich/Korioth* (Fn. 7), Rn. 25 ff.; aus der früheren Literatur siehe besonders – mit unterschiedlichen Akzentuierungen – die Referate von *Korinek*, *Jörg P. Müller*, *Schlaich* sowie die Diskussion zum Thema: Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 39, 1981, S. 7 ff.

Vgl. im Übrigen aus der Fülle des Schrifttums – neben den Lehrbüchern und Kommentaren zum Verfassungsprozessrecht – die Kennzeichnungen des Bundesverfassungsgerichts von *Badura*, Staatsrecht, 2. Aufl. 1996, Rn. 67; *ders.* (Fn. 38), Evangelisches Staatslexikon, Bd. 2, 3. Aufl. 1987, Sp. 3737, 3749, wo er das umfassende Mandat des Bundesverfassungsgerichts betont, das als „Gericht und Verfassungsorgan“ verbindlich über den Inhalt des Verfassungsrechts entscheide (siehe auch unten Fn. 57); ferner nur etwa *H. H. Klein* (Fn. 22), Festschrift Stern, S. 1135 f.; *Roellecke*, Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 1987, § 53, Rn. 10 und passim; *Schulze-Fielitz*, Fn. 34, Das Bundesverfassungsgericht und die öffentliche Meinung, S. 119 f.; *Stern* (Fn. 1), Bd. II, 1980, S. 341 ff.

<sup>51</sup> Vgl. § 1 Bundesverfassungsgerichtsgesetz.

<sup>52</sup> *Limbach*, Das Bundesverfassungsgericht, 2001, S. 19, betont einerseits den Status des Gerichts als Verfassungsorgan, bemerkt aber zugleich, das Gericht sei „kein politisches Steuerungsinstrument, sondern eine Kontrollinstanz“. *H. H. Klein* (Fn. 22), S. 1136 unterstreicht zu Recht (insoweit im Anschluss an *Schlaich*), dass die Integrationskraft des Gerichts für den staatlich-politischen Prozess gerade aus seiner Tätigkeit als Gericht erwachse „und nicht etwa auf zielgerichtet gestaltender Teilhabe an diesem Prozess beruhen darf“. *Schlaich/Korioth* (Fn. 7), Rn. 30 ff., bes. 32 heben hervor, dass der Begriff „Verfassungsorgan“, der allerdings nur als „zusammenfassende Beschreibung (verfassungs-)gesetzlicher Zuständigkeiten und Funktionen“ verstanden wird, „hier so wenig wie bei anderen Verfassungsorganen ein Instrument zur Erweiterung der Kompetenzen“ sei (m. v. w. H.). Die dortige Kennzeichnung des Bundesverfassungsgerichts als ein „Gericht, das an Hand der Verfassung Recht spricht“ (aaO., Rn. 33), ist aber offenbar nicht als erschöpfende Beschreibung gedacht; denn dies gilt für die anderen, die Verfassung anwendenden Gerichte auch. *H.-P. Schneider* (Fn. 34), S. 11 betrachtet zu Recht den Streit um den Status des Gerichts als im gegebenen Zusammenhang unergiebig.

Die Gerichtsqualität akzentuiert besonders auch *Isensee*, Bundesverfassungsgericht – quo vadis?, *JuristenZeitung* 1996, S. 1085 ff., 1091, der auch ausdrücklich unterstreicht, dass das Gericht „nicht auf Kompromisse zwischen den widerstreitenden Positionen auszugehen“ habe, aaO., S. 1092; vgl. auch *ders.*, Vom Ethos des Interpreten, *Festschrift Winkler*, Wien 1997, S. 367 ff., 383 ff.

<sup>53</sup> *Böckenförde*, Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, *Neue Juristische Wochenschrift* 1999, S. 9 ff., S. 12: „Sieht man mit dem Preußischen Allgemeinen Landrecht und älterem Schrifttum die authentische Interpretation der Gesetze als ein Recht der gesetzgebenden Gewalt an, bedeutet authentische Verfassungsinterpretation Teilhabe an der Verfassungsgesetzgebung ...“; ferner S. 13: Die Verfassungsgerichtsbarkeit prüfe und kontrolliere die Gesetze, erhebe sich „damit über die Gesetze und nimmt teil an Verfassungsgesetzgebung“.

<sup>54</sup> *C. Schmitt*, etwa in: *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, 1929 = *ders.*, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 81 ff.; *ders.*, *Der Hüter der Verfassung*, 3. Aufl. 1985, S. 45.

<sup>55</sup> Näher *Schlaich* (Fn. 49), S. 131 m. w. H. Im übrigen steht die These *C. Schmitts* in Zusammenhang seiner Auffassung, die politische Natur dieser Art von Justiz zeige sich schon darin, dass ein Verfassungsgericht die durch die „dilatatorischen Formelkompromisse“ im Verfassungstext hinausgeschobene sachliche Entscheidung zu treffen hätte: *ders.* (Fn. 42), S. 118 f.; vgl. auch oben II 3a mit Fn. 42.

<sup>56</sup> Aus der reichhaltigen jungen Literatur vgl. nur etwa *Isensee*, Vom Stil der Verfassung, 1999. Zum teilweisen Bruch mit dem ursprünglichen Normierungsstil des Grundgesetzes siehe *Vofßkuhle* (Fn. 38), S. 36 ff.

<sup>57</sup> *Badura* (Fn. 38). Vielfach wird die Problematik in eine zuspitzende Fragestellung gebracht; siehe z. B. den Titel des von *Guggenberger*, *Württemberg* herausgegebenen Sammelbandes: *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik?* 1998.

In eine etwas andere Richtung geht die Befürchtung, aus der starken Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit könne eine zu intensive Verrechtlichung des politischen Prozesses folgen (vgl. referierend und von der Funktion des Europäischen Gerichtshofs abhebend zuletzt v. *Bogdandy*, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsgemeinschaft?, 2001, S. 35 f.). Nicht selten werden auch die Bedenken gegenüber einer gewissen „Entpolitisierung“ der Gesetzgebung kraft justizieller Bevormundung verbunden mit der Annahme einer „zunehmenden Politisierung“ der Verfassungsrechtsprechung; vgl. *R. Scholz*, Das Bundesverfassungsgericht: Hüter der Verfassung oder Ersatzgesetzgeber? In *Aus Politik und Zeitgeschichte* (Beilage zur Wochenzeitung *Das Parlament*), B 16/1999, S. 3 ff., 8.

<sup>58</sup> Dazu in europarechtlicher Hinsicht *Hecker*, Die europäische Integration vor dem Bundesverfassungsgericht und dem Conseil Constitutionnel, *Archiv des öffentlichen Rechts* 123 (1998), S. 577 ff., 579 ff.

<sup>59</sup> Vgl. oben II 1 mit Fn. 33.

<sup>60</sup> Der seit langem ausgebreitete Meinungsfächer dieser Grundrichtung reicht von der Zubilligung einer Teilhabe an der Gesetzgebung über einer solchen an der Verfassungsgesetzgebung bis zur These einer Teilhabe an der Verfassunggebung selbst. Angaben hierzu (jeweils – z. T. kritisch – referierend) etwa bei *Bethge* (Fn. 50), § 1, Rn. 48, Fn. 7; *Jestaedt* (Fn. 33), S. 362, vgl. auch S. 169 f.; *Löwer*, Zuständigkeiten und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II, 1987, § 56, Rn. 1 f.; *Schlaich* (Fn. 49), S. 127 mit Fn. 96; *Schmitt Glaeser*, Das Bundesverfassungsgericht als „Gegengewalt“, in *Festschrift Stern*, 1997, S. 1183 ff., 1191 f.; *Soell*, Zur Methodik der Rechtsfindung des Bundesverfassungsgerichts, *Zeitschrift für Arbeitsrecht* 12 (1981), S. 509 ff., 521 u. a. m.

<sup>61</sup> Ausführliche Erörterung der beanspruchten „authentischen Verfassungsinterpretation“ nunmehr bei *Jestaedt* (Fn. 33), S. 363 ff.

<sup>62</sup> Vgl. nur z. B. *Böckenförde*, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, 1990.

<sup>63</sup> Eine der Konsequenzen ist, dass die jeweilige Kontrollentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, um mit *Löwer* (Fn. 60), § 56, Rn. 2 zu sprechen, „als Rechtsenerkenntnisakt formulierbar und – in den möglichen Grenzen – nachvollziehbar sein“ muss. Das wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass auch der Gesetzgeber sich vor Setzung des gesetzgebenden Aktes über die Aussagen der Verfassung zu vergewissern hat, so dass demzufolge auch hier von einem vorausgehenden Rechtsenerkenntnisakt zu sprechen ist (vgl. nur etwa *Jestaedt*, Fn. 33, S. 377).

Eine weitere Konsequenz besteht darin, dass das Bundesverfassungsgericht der (anzuwendenden bzw. zu konkretisierenden) Norm bedarf und zwar im Sinn eines „rational standard“; siehe *Badura*, Erneute Überlegungen zur Justiziabilität politischer Entscheidungen, in *Festschrift Mahrenholz*, 1994, S. 869 ff., 870 m. w. H.

<sup>64</sup> Zu letzterem *Böckenförde* (Fn. 53), S. 11.

<sup>65</sup> Siehe aus der jungen Literatur nur etwa *Schulze-Fielitz* (Fn. 34), *Das Bundesverfassungsgericht und die öffentliche Meinung*, S. 142 unter Berufung auf *Sendler*, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Rationalisierung der Entschei-*

dungsfindung oder Camouflage der Deziision?, in Festschrift Kriele, 1997, S. 457 ff. m. w. H. Die Problematik hängt mit der allgemeineren Frage zusammen, ob bzw. wieweit die Verfassung für das Gericht als „Maßstab“ zu fungieren in der Lage ist, zwischen Norm und Handhabung also getrennt werden kann bzw. im Sinn einer Fiktion oder regulativen Idee getrennt werden muss; dazu demnächst die Angaben bei *Lerche*, Stil und Methode der verfassungsrechtlichen Entscheidungspraxis, in Festschrift Bundesverfassungsgericht, 2001, S. 333 ff., 338 f.

<sup>66</sup> Siehe oben Fn. 30.

<sup>67</sup> Das dürfte auch für die Anfangszeit des Gerichts zutreffen, in der es bereits in sehr selbständiger Weise Grundpositionen festlegte.

<sup>68</sup> Zur Staatsähnlichkeit (bzw. staatsähnlichen Zügen) siehe zusammenfassend mit Nachweisen nur etwa *H. H. Klein*, Zur Integrationsoffenheit des Modells eines Staatenverbundes, in: *Legitimation, Transparenz, Demokratie*, 1999, S. 107 ff., 124; *Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rn. 922; *Zacher*, Der deutsche Sozialstaat am Ende des Jahrhunderts, in Leibfried, Wagschal (Hrsg.), *Der deutsche Sozialstaat*, 2000, S. 53 ff., 75 sowie zur Problematik neben vielen anderen die Darlegungen und reichhaltigen Hinweise in der Kommentarliteratur zu Art. 23 GG; etwa *Rojahn* in von Münch/Kunig (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 2, 4./5. Aufl. 2001, Art. 23, Rn. 8 ff.; *R. Scholz* in Maunz-Dürig, *Grundgesetz*, Art. 23, Rn. 26 ff.

<sup>69</sup> Vgl. mit besonderer Klarheit von *Bogdandy*, Zweierlei Verfassungsrecht. Europäisierung als Gefährdung des gesellschaftlichen Grundkonsenses? *Der Staat* 39 (2000), S. 163 ff., 183 m. w. H.

<sup>70</sup> Zu den Fragen der geteilten Souveränität bzw. der Teilverfassungen jüngst insbesondere *Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 60, 2001, S. 148 ff., bes. S. 175, 180 f. m. w. H., der sich um eine „postnationale Verfassungstheorie“ (S. 154) bemüht und – entgegen dem Bundesverfassungsgericht – für die Union von originärer Verfassungsgebung ausgeht (bes. S. 167, 183). Seine (schon frühere) These vom „Verfassungsverbund“ (zwischen unionaler und nationaler Ebene) wird u. a. auch aufgenommen von *P. M. Huber*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 60, 2001, S. 194 ff., 199 ff., 208 f. („Teilverfassung“ m. w. H.), wobei aber die Geltung des Unionsrechts auf dem nationalen Rechtsanwendungsbefehl beruhe (S. 214 ff., 219 ff.), unionsspezifisches und nationales Verfassungsrecht einander freilich beeinflussten (S. 222). Frühere Stimmen zur Teilsouveränität etwa bei *Pernice*, Deutschland in der Europäischen Union, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VIII, 1995, § 191, Rn. 44 mit Fn. 218.

<sup>71</sup> Siehe vor allem *Frowein*, Legitimation und Wirkung des Rechts der Europäischen Union/Gemeinschaft, in Müller-Graff (Hrsg.), *Perspektiven des Rechts in der Europäischen Union*, 1998, S. 105 ff., 119 ff. u. a. mit Hinweis auf *Oeter*, Souveränität und Demokratie als Probleme der „Verfassungsentwicklung“ der Europäischen Union, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 55 (1995), S. 659 ff.

Zu den historischen Bedingtheiten und Mehrfachverwendungen der Vorstellung der Kompetenz-Kompetenz siehe *Lerche*, „Kompetenz-Kompetenz“ und das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in J. Ipsen u. a. (Hrsg.), Verfassungsrecht im Wandel, 1995, S. 409 ff.

<sup>72</sup> *Frowein* (Fn. 71), S. 121 f.

<sup>73</sup> Letztverantwortung in diesem Sinn weist *zunächst* auf eine rechtlich geregelte oder nach Rechtsmaßstäben zu beurteilende Situation und beschreibt daher nicht nur eine rein faktische Lage; anders *Frowein* (Fn. 71), S. 121. Dass die Faktenlage dabei eine Rolle spielt, ist m. E. hiervon zu unterscheiden.

<sup>74</sup> Als ein Kennzeichen des modernen Staates verstanden: *Isensee*, Staat und Verfassung, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, § 13, Rn. 65.

<sup>75</sup> Diese These als solche etwa bei *Tomuschat*, Die internationale Gemeinschaft, Archiv für Völkerrecht 33 (1995), S. 1 ff., 20.

<sup>76</sup> Vgl. *Chr. Walter*, Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion, Deutsches Verwaltungsblatt 2000, S. 1 ff., 7 f., der aber konzediert, dass bestimmte Entwicklungen Ausdruck einer erheblichen Verrechtlichung der internationalen Beziehungen seit dem Zweiten Weltkrieg seien, mit der sich in zunehmendem Umfang materielle Vorentscheidungen einzelner Sachfragen verbänden.

<sup>77</sup> *Di Fabio*, Das Recht offener Staaten, 1998, S. 139. S. 122 bemerkt *Di Fabio*, bei manchem gelte es „bereits als Ausweis tieferen juristischen Denkens, mit einem Federstrich den sperrigen Begriff der Souveränität zu verabschieden, weil er im Inneren staatlich organisierter Gesellschaften antiquiert und im Prozess der europäischen und globalen Integration störend wirkt“.

<sup>78</sup> *Steinberger*, Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verhältnis zwischen Europäischem Gemeinschaftsrecht und deutschem Recht, in Festschrift Doehring, 1989, S. 951 ff., 968; siehe auch *ders.*, Anmerkungen zum Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in Hommelhoff/Kirchhof (Hrsg.), Der Staatenverbund der Europäischen Union, 1994, S. 25 ff., 33, mit dem Argument: „weil es das Rechtsbewusstsein für die gegenseitige Verantwortung schärft“. Eine Schwebelage gewisser Art nimmt etwa auch an *Everling*, Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes, Deutsches Verwaltungsblatt 1993, S. 936 ff., 943; hierzu kritisch *Isensee*, Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte – offener Dissens, in Festschrift Stern, 1997, S. 1239 ff., 1265.

<sup>79</sup> *Oeter*, Vertrag oder Verfassung: Wie offen lässt sich die Souveränitätsfrage halten? In Bruha/J. Hesse/Nowak (Hrsg.), Welche Verfassung für Europa? 2001, S. 243 ff.

<sup>80</sup> Noch schärfer *Walter* (Fn. 76), S. 12. Davon zu trennen ist die Frage der Beweislast für die Richtigkeit der These vom Untergang des Nationalstaates (dazu *Isensee*, Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates, JuristenZeitung 1999, S. 265 ff., 278).

Zu grundsätzlichen Fragen der Ergiebigkeit des Staatsbegriffs vgl. – sehr kritisch – *Möllers*, Staat als Argument, 2000.



<sup>81</sup> Zusammenfassend zum Begriff der äußeren Souveränität etwa *Randtzhofner*, Staatsgewalt und Souveränität, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, § 15, Rn. 25 ff. Zur geschichtlichen Entwicklung siehe nur *Quaritsch*, Staat und Souveränität, 1970, S. 395 ff.; siehe auch *ders.*, Über Gegenwart und Zukunft des deutschen Nationalstaats, in Morsey u. a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift Schnur, 1997, S. 83 ff.; *Böckenförde*, Begriff und Probleme des Verfassungsstaates, ebendort, S. 137 ff. beleuchtet das Verhältnis zwischen Verfassungsstaat und Souveränität. Grundsätzliches zur heutigen Rolle der Souveränitätsvorstellung bei *Di Fabio* (Fn. 77), bes. S. 122 ff.; *Häberle*, Zur gegenwärtigen Diskussion um das Problem der Souveränität, Archiv des öffentlichen Rechts 92 (1967), S. 259 ff.; mit Nachtrag auch in *ders.*, Verfassung als öffentlicher Prozess, 1978, S. 364 ff., 368 meinte schon 1967, in der Bundesstaatstheorie sei es „um die Souveränität recht still geworden“.

Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Deutung der europarechtlichen Beschränkungen der Souveränität bei *Schwarze*, Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, in *ders.* (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, S. 463 ff., 512 ff.; rechtsvergleichende Betrachtungen von Letztentscheidungs-Konflikten zwischen Gerichten am Beispiel der Europäischen Union und der USA bei *F. C. Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000.

<sup>82</sup> Referierend zu der in Deutschland herrschenden Meinung, weder den Begriff staatlicher Souveränität auf Grund des europäischen Integrationsprozesses aufzugeben noch andererseits an der Autonomie der europäischen Rechtsordnung zu zweifeln, siehe *Möllers* (Fn. 80), S. 393 ff. Dort S. 395 ff. kritisch auch zu Gegenthesen, die auf die Unentscheidbarkeit des Rangverhältnisses von Europa- und nationalem Recht und damit zur Sinnlosigkeit der Anwendung des Souveränitätsbegriffs hinausliefen (mit Nachweisen in Fn. 102).

<sup>83</sup> *Pernice* und andere sprechen, wie berichtet (Fn. 70), vom „Verfassungsverbund“; auf ähnliche Ansätze weist (kritisch) *Arnold*, Begriff und Entwicklung des Europäischen Verfassungsrechts, in Festschrift Maurer, 2001, S. 855 ff., 860, Fn. 25 hin. Insofern ähnlich wie der Begriff des „Staatenverbunds“ ist dieser im Deutschen plastische Begriff wohl nur schwer übersetzbar.

<sup>84</sup> Aus dem jüngsten deutschsprachigen Schrifttum (mit unterschiedlichen Thesen) – außer Gesamtdarstellungen des Europarechts – seien hervorgehoben: *Arnold* (Fn. 83), S. 855 ff.; *Battis u. a.* (Hrsg.), Das Grundgesetz im Prozess europäischer und globaler Verfassungsentwicklung, 2000; v. *Bogdandy*, Europäisierung der nationalstaatlichen Verfassung: Erosion des gesellschaftlichen Grundkonsenses? In Schuppert/Chr. Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, S. 243 ff.; *ders.*, Das Leitbild der dualistischen Legitimation für die europäische Verfassungsentwicklung, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 83 (2000), S. 284 ff.; *Bruha/J. Hesse/Nowak* (Hrsg.), Welche Verfassung für Europa? 2001 (Sammelwerk); *Di Fabio*, Eine europäische Charta. Auf dem Weg zur Unionsverfassung, JuristenZeitung 2000, S. 737 ff.; *Dorau*, Die Verfassungsfrage der Europäischen Union, 2001; *Everling*, Von den Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Union. Durch

Konvergenz zur Kohärenz, in Festschrift Oppermann, 2001, S. 163 ff.; *Grabenwarter* (Fn. 37), S. 290 ff.; *Grimm*, Ist die Zeit reif für eine europäische Verfassung? in *ders.*, Die Verfassung und die Politik, 2001, S. 255 ff.; *Häberle*, Das Grundgesetz als Teilverfassung im Kontext der EU/EG – eine Problemskizze, in Festschrift Schiedermaier, 2001, S. 81 ff.; *ders.*, Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien, 1999; *ders.*, Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft, Deutsches Verwaltungsblatt 2000, S. 840 ff.; *Häberle/Morlok/Skouris* (Hrsg.), Staat und Verfassung in Europa, Tsatsos-Kolloquium, 2000; *Hailbronner*, Aufgabe von Souveränitätsrechten als EU-Mitglied – Deutsche Erfahrungen, in Festschrift Maurer, 2001, S. 97 ff.; *P. M. Huber* (Fn. 70), S. 194 ff.; *P. Kirchhof*, Der Verfassungsstaat und seine Mitgliedschaft in der Europäischen Union, in Festschrift Oppermann, 2001, S. 201 ff.; *Lübbe-Wolff*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 60, 2001, S. 246 ff.; *Mahrenholz*, Europäische Verfassungsgerichte, Jahrbuch des öffentlichen Rechts n.F. 49 (2001), S. 15 ff., 21, 25; *Nicolaysen*, Der Unionsvertrag als Integrationsverfassung, in Festschrift Oppermann, 2001, S. 187 ff.; *Nowak*, Welche Verfassung für Europa? Deutsches Verwaltungsblatt 2000, S. 326 ff. (Bericht); *Oeter* (Fn. 79), S. 243 ff.; *Oppermann*, Nationale Verfassungsautonomie und supranationale Bindung innerhalb der Europäischen Union, in Battis u. a. (Hrsg.), Das Grundgesetz im Prozess europäischer und globaler Verfassungsentwicklung, 2000, S. 117 ff.; *ders.*, Der europäische Traum zur Jahrhundertwende, Juristen-Zeitung 1999, S. 317 ff.; *Pernice* (Fn. 70), S. 148 ff.; *ders.*, Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union, Deutsches Verwaltungsblatt 2000, S. 847 ff.; *Schambeck*, Politische und rechtliche Entwicklungstendenzen der europäischen Integration, in Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 363, 2000; *Schwarze* (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, sowie *ders.*, Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht, Deutsches Verwaltungsblatt 1999, S. 1677 ff.; *Schwarze/Müller-Graff* (Hrsg.), Europäische Verfassungsentwicklung, Europarecht, Beiheft 1/2000; *Stern*, Der Weg zur politischen Union Europas, in Festschrift Oppermann, 2001, S. 143 ff.; *Streinz*, Die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten unter besonderer Berücksichtigung der Regionen, Bayerische Verwaltungsblätter 2001, S. 481 ff.; *Thürer*, Föderalistische Verfassungsstrukturen für Europa, Integration 2/2000, S. 89 ff.; *Tsatsos*, Zum Prinzip einer gemeineuropäischen Verfassungsverantwortung – am Beispiel der Revisionsproblematik der Europäischen Verträge – in: Morlok (Hrsg.), Die Welt des Verfassungsstaates, Häberle-Kolloquium, 2001, S. 45 ff.; *Wahl*, Die zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland, Der Staat 38 (1999), S. 495 ff.; *Chr. Walter* (Fn. 76), S. 1 ff.; *A. Weber*, Die Europäische Grundrechtscharta – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung, Neue Juristische Wochenschrift 2000, S. 537 ff.

<sup>85</sup> Zustimmung *Badura*, Die föderative Verfassung der Europäischen Union, in Merten (Hrsg.), Der Bundesrat in Deutschland und Österreich, 2001, S. 161 ff., 161 f.

<sup>86</sup> Zu diesem *R. Scholz*, Der Verfassungsstaat im Wandel: Europäisierung der Verfassung im Prozeß der Verfassung Europas, dargestellt am Beispiel des Grundgesetzes, in *Battis u. a. (Hrsg.)*, Das Grundgesetz im Prozeß europäischer und globaler Verfassungsentwicklung, 2000, S. 21 ff., 30.

<sup>87</sup> Besonders in der herausgehobenen „Maastricht“-Entscheidung BVerfGE 89, 155 (174 f., 188), worin zugleich deutlich wird, an dem Vorbehalt ändere nichts, dass sich das Bundesverfassungsgericht im praktischen Verfahren im Verhältnis zum Europäischen Gerichtshof auf eine „generelle“ Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards beschränken könne.

Die – umstrittene – „Maastricht“-Entscheidung insgesamt zeichnet eine Art „Gesamtpanorama des Europarechts“ (*Hecker*, Fn. 58, S. 581 m. w. H.).

<sup>88</sup> Vgl. BVerfGE 89, 155 (186, 189, 190).

<sup>89</sup> Grundlegend BVerfGE 73, 339 (378 ff.).

<sup>90</sup> BVerfGE 89, 155 (188).

<sup>91</sup> Die pointierte These *C. Schmitts*, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 1922, S. 11: Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet, weist zwar in eine andere Richtung, blickt aber jedenfalls auf die Ausnahmesituation, in der sich die Dinge dieser Art entscheiden.

Damit tritt freilich nur eine bestimmte Vorstellung von (innerer) Souveränität hervor. Es lässt sich in gewissem Sinn auch von einer Souveränität des Alltags sprechen. Vgl. jetzt *Mahrenholz* (Fn. 84), S. 16: „Wo Recht gesetzt wird, handelt der Souverän“.

<sup>92</sup> Siehe namentlich den „Bananen“-Fall BVerfGE 102, 147 (161 ff.); hierzu etwa die Anmerkungen von *Emmerich-Fritsche* und von *Lindner* in Bayerische Verwaltungsblätter 2000, S. 755 ff., 758 f. sowie *Lecheler*, Zum Bananenmarkt-Beschluß des BVerfG, Juristische Schulung 2001, S. 120 ff.

Vgl. ferner den Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts („Alcan“) vom 17. 2. 2000–2 BvR 1210/98 –, etwa in Bayerische Verwaltungsblätter 2000, S. 655 (656) mit Anmerkungen von *Lindner* und *Bausback*, sowie den weiteren Kammerbeschluss („EPA“) vom 4. 4. 2001–2 BvR 2368/99 –, etwa in Deutsches Verwaltungsblatt 2001, S. 1130 (1131 f.). – Zur Problematik besonders auch *Nicolaysen* und *Nowak*, Teiltrückzug des BVerfG aus der Kontrolle der Rechtmäßigkeit gemeinschaftlicher Rechtsakte: Neuere Entwicklungen und Perspektiven, Neue Juristische Wochenschrift, 2001, S. 1233 ff. m. w. H.

<sup>93</sup> Vgl. besonders BVerfGE 102, 147 (164 ff.).

<sup>94</sup> Das Bundesverfassungsgericht suche die Auseinandersetzung nicht, meinen *Brenner* und *P. M. Huber*, Europarecht und Europäisierung im Jahr 1997, Deutsches Verwaltungsblatt 1999, S. 764 ff., 770 f.; vgl. auch *P. M. Huber* (Fn. 70), S. 231 f.; *Everling*, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JuristenZeitung 2000, S. 217 ff. (217 m. w. H.) etwa bezeichnet die in der Literatur geäußerte Meinung, ein bestimmtes Urteil des Europäischen Gerichtshofs sei nichtig und unbeachtlich, als erstaunlich. Im übrigen siehe besonders *Broß*, Bundesverfassungsgericht – Europäischer Gerichtshof – Europäischer Gerichtshof für Kompetenzkonflikte, VerwaltungsArchiv 92 (2001), S. 425 ff.; *Casper*, Nationale Grundrechtsgarantien und sekundäres Gemeinschaftsrecht, Die

Öffentliche Verwaltung 2000, S. 349 ff.; *Gersdorf*, Das Kooperationsverhältnis zwischen deutscher Gerichtsbarkeit und EuGH, Deutsches Verwaltungsblatt 1994, S. 674 ff.; *Heintzen*, Die „Herrschaft“ über die Europäischen Gemeinschaftsverträge – Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof auf Konfliktkurs?, Archiv des öffentlichen Rechts 119 (1994), S. 564 ff.; *Hirsch*, Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, Neue Juristische Wochenschrift 2000, S. 1817 ff.; *ders.*, Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht – Kooperation oder Konfrontation?, Neue Juristische Wochenschrift 1996, S. 2457 ff.; *Isensee* (Fn. 78), S. 1266 ff.; *R. Scholz*, Europäische Union und nationales Verfassungsrecht, 1994, S. 26 f.; *ders.* (Fn. 68), Art. 23, Rn. 24 f.; *Streinz*, Das „Kooperationsverhältnis“ zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof nach dem Maastricht-Urteil, in J. Ipsen u. a. (Hrsg.), Verfassungsrecht im Wandel, 1995, S. 663 ff.

Aus der jüngsten Literatur: *Steiner*, Richterliche Grundrechtsverantwortung in Europa, in Festschrift Maurer, 2001, S. 1005 ff., 1013, Fn. 43: Das BVerfG ist jedenfalls in bezug auf den Schutz der Grundrechtsberechtigten in Deutschland in der Rolle des „Edelreservisten“ ohne ernsthafte Aussicht auf „Spieleintritt“, m. w. H. – Allerdings erschöpft sich der Wesensgehalt des Grundgesetzes nicht allein im Grundrechtsbereich.

Dass die prozessuale Realisierung des Vorbehalts zwar Schwierigkeiten bereitet, aber möglich ist, betonte z. B. *E. Klein*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 50 (1991), S. 56 ff., 82 f., 96.; *Wahl*, Quo Vadis – Bundesverfassungsgericht? Zur Lage von Verfassungsgerichtsbarkeit, Verfassung und Staatsdenken, in Guggenberger/Württemberg (Hrsg.), Hüter der Verfassung und Lenker der Politik?, 1998, S. 81 ff., 106 gibt einer verbreiteten Grundstimmung Ausdruck, wenn er bemerkt, das Bundesverfassungsgericht verliere „langsam aber sicher“ die Position der Letztverbindlichkeit; vgl. aber auch die Nachbemerkung S. 118 ff., 120. – (Auch) rechtsvergleichend siehe etwa *Sander*, Europäischer Gerichtshof und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit, Die Öffentliche Verwaltung 2000, S. 588 ff.

<sup>95</sup> Zur Problematik jüngst *Broß* (Fn. 94) sowie *ders.*, Das Bundesverfassungsgericht und die Fachgerichte, Bayerische Verwaltungsblätter 2000, S. 513 ff., 517.

<sup>96</sup> Siehe nur – neben *Broß* (Fn. 94) – *Heintzen* (Fn. 94), Archiv des öffentlichen Rechts 119 (1994), S. 578 ff.; das „rechtslogische Dilemma“ verdeutlicht *Isensee* (Fn. 78), S. 1261 ff. Davon ist die Frage der (nur vom jeweiligen Beobachter her vorstellbaren) Einsehbarkeit oder Nicht-Einsehbarkeit der jeweiligen Position zu unterscheiden. *Von Bogdandy* (Fn. 69), S. 177 bemerkt im weiteren Zusammenhang (Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor der Anwendung nationaler Grundrechte): „Auf eventuelle Erfordernisse gesellschaftlicher Integration nimmt der EuGH offensichtlich keine Rücksicht“.

Dem Gesagten widerspricht nicht, dass sich die praktische Aufgabe gerade auf die möglichste Vermeidung unzuträglich schroffer Konkurrenzpositionen verschiebt; noch weitergehend (im Sinn der Harmonisierung) wohl etwa *Schwarze* (Fn. 84), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, S. 547.

<sup>97</sup> *Isensee* (Fn. 78), S. 1249.

<sup>98</sup> *P. Kirchhof*, Deutsches Verfassungsrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht, in *ders.*, Stetige Verfassung und politische Erneuerung, 1995, S. 227 ff., 229. Weitere Stimmen referierend etwa *Lerche*, Europäische Staatlichkeit und die Identität des Grundgesetzes, in Festschrift Redeker, 1993, S. 131 ff., 135, Fn. 11. Zur Problematik auch etwa *Schwarze*, Ist das Grundgesetz ein Hindernis auf dem Weg nach Europa?, *JuristenZeitung* 1999, S. 637 ff., von einer realistischen Einschätzung der Entwicklungsmöglichkeiten ausgehend.

Allgemein zu den Grenzen zwischen Verfassungsänderung und Verfassungsneuggebung siehe das Maastricht-Urteil selbst: BVerfGE 89 (1994), 155 (180).

<sup>99</sup> Der Begriff der „Teilverfassung“ wird seit langem in sehr unterschiedlichen Perspektiven gesehen. In Richtung auf die europäische Integration vgl. zuletzt *Häberle* (Fn. 84), in Festschrift Schiedermaier, S. 81 ff.

<sup>100</sup> Andernfalls entstünde das (wohl auch via Art. 146 GG nicht behebbar) Problem, wie sich Deutschland in verfahrensmäßig korrekten Schritten – die nicht etwa das Widerstandsrecht des Art. 20 Abs. 4 GG auslösen – von einer so verstandenen „unabänderlichen“ Grundgesetzsperrung (Art. 79 Abs. 3 GG) zu lösen vermöchte.

<sup>101</sup> Allgemein referierend etwa *P. Schneider*, Art. „Revolution“, in: Evangelisches Staatslexikon, Bd. 2, 3. Aufl. 1987, Sp. 2993 ff., 2996; *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, 12. Aufl. 1994, S. 142 f.; *Landau*, Rechtsgeltung bei Georg Jellinek, in Paulson und Schulte (Hrsg.), Georg Jellinek, 2000, S. 299 ff., 302 f., betont, dass *Savigny* die rechtsbildende Wirkung von Revolutionen in seine Rechtsquellenlehre explizit eingeordnet hatte (siehe dort auch zu *G. Jellinek* und *Puchta*).

Das Problem führt zu den Grundfragen der Entstehung und des Geltungsanspruchs von Recht; daher gerät es in Gefahr, sich in diffuser Allgemeinheit aufzulösen. Es ist aber jedenfalls klar zu trennen von dem oben I 1 g berührten Fragenkreis, ob Widerstandshandlungen, so sie zulässig sein sollen, der Legitimierung durch eine reale Erfolgchance bedürfen.

Zur engen Verbindung der Lehre von der verfassunggebenden Gewalt mit dem neuzeitlichen Begriff der Revolution siehe *Badura* (Fn. 38), Sp. 3743. Zur allgemeineren Vorstellung der Revolution siehe nur *Grievank*, Der neuzeitliche Revolutionsbegriff, 1973; ferner etwa die Hinweise bei *H. Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 1964, S. 62 f., 200 f. u. v. w. m.

<sup>102</sup> Eine vollständige Ablöse kann begrifflich wohl nicht verlangt werden; das ist (während eines Übergangsbereichs) z. B. anlässlich der Wiedervereinigung Deutschlands aktuell geworden; siehe z. B. *Fiedler*, Die deutsche Revolution von 1989: Ursachen, Verlauf, Folgen, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 1995, § 184, Rn. 61 m. w. H.; vgl. aber auch *H. H. Klein*, Verfassungskontinuität im revolutionären Umbruch?, in Festschrift *Lerche*, 1993, S. 459 ff., 463 f. m. w. H.

Indessen: Es ist – trotz Fortgeltens alter Normen – von einer vollständigen Ablöse auszugehen, wenn die Legitimationsgrundlage insgesamt ausgetauscht wird, d. h. die neue verfassunggebende Gewalt den gesamten Bereich der bisherigen Verfassungsordnung erfasst.

<sup>103</sup> Vgl. nur den Hinweis von *Zippelius* (Fn. 101), S. 142 auf die Entscheidung des Reichsgerichts RGZ 100, 27. Die Entscheidung konstatiert freilich nur die Durchsetzung der neuen, durch Umwälzung geschaffenen Gewalt.

<sup>104</sup> Situationen dieser Art sind – in Verbindung mit staatsrechtlich relevanten Umstürzen – immerhin nicht unbekannt. Besondere Aufmerksamkeit hat in dieser Richtung vor allem die Entscheidung der Appellate Division des High Court von Rhodesien vom 29. 1. 1968 gefunden. In ihr ging es darum, ob das Gericht die auf dem Wege des Umsturzes zustande gekommene Verfassung von 1965 zugrunde legen durfte; d.h. jene Verfassung, die Rhodesien (Südrhodesien im Sinne des Vereinigten Königreichs) als einen unabhängigen Staat konstituierte. Der detaillierte Bericht von *Wengler*, Richter, Revolution und Notstand, Archiv des öffentlichen Rechts, 93 (1968), S. 537 ff., der zugleich auf weitere Entscheidungen aus vergleichbaren Konstellationen hinweist, berichtet, wie ausführlich sich der High Court zum Problem „Richter und Revolution“ geäußert hat, wobei auch *Kelsens* Grundnormlehre eine Rolle gespielt hatte. Die Frage blieb „nicht ungesehen . . ., ob nicht einerseits zur Effektivität des neuen Regimes erforderlich war, dass auch die Dritte Gewalt als Teil des neuen Regimes tätig werden wollte, andererseits aber auch, ob ein Beitrag der Justiz zur Effektivität des revolutionären Regimes selbst rechtmäßig war“ (aaO., 551). – Zu pakistanischen Entwicklungen dieser Art siehe *Wengler*, Richter, Revolution, Notstand und kein Ende – Oder: Kelsen in der Dritten Welt, Archiv des öffentlichen Rechts, 99 (1974), S. 464 ff.