

**Elena Gricenko**

## **Grenzen verfassungsgerichtlicher Normschöpfung**

### **Ein Vergleich zwischen der US-amerikanischen, deutschen und russischen Verfassungsgerichtsbarkeit**

#### Einführung

Schaut man auf die europäische Verfassungsgerichtsbarkeit aus historischer Perspektive, erscheint das Jahr 2011 als Jubiläumszäsur sowohl für das russische Verfassungsgericht (20 Jahre) als auch für das deutsche Bundesverfassungsgericht (60 Jahre). Dies ist ein wichtiger Anlass, nicht nur um Bilanz aus den vorangegangenen Entwicklungsetappen dieser Institutionen zu ziehen, sondern auch um unterschiedliche Modelle von Verfassungsgerichtsbarkeit und deren Wechselbeziehungen vom Standpunkt eines möglichen Erfahrungsaustausches aus zu betrachten. Für Russland ist dies besonders wichtig, weil die deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit neben der amerikanischen Modellcharakter trägt (wobei die deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit auf Grund zahlreicher historischer Faktoren als Modell geeigneter erscheint).

Sowohl in den Vereinigten Staaten als auch in Deutschland blickt die Verfassungsgerichtsbarkeit auf eine bewegte Geschichte zurück. Im Laufe der Jahrzehnte wurden unterschiedlichste Ansätze verfassungsgerichtlicher Tätigkeit entwickelt. Dabei hat die Frage der Wechselbeziehung zwischen der rechtsschützenden (ochranitel'nyi) und der rechtsgestaltenden (preobrazovatel'nyi) Funktion des Organs, welches die verfassungsgerichtliche Kontrolle ausübt, besondere Bedeutung. Die Integrationsprozesse der Verfassungskulturen<sup>1</sup> sowie der intensive zwischenstaatliche Erfahrungsaustausch im Bereich der Verfassungskontrolle tragen in hohem Maße zur Aktualität dieser Diskussionen bei. Die Besonderheiten der Rechtssysteme, des Staatsaufbaus wie auch die Unterschiede der Organisation von Verfassungsgerichtsbarkeit bestehen zwar weiter, es bleibt jedoch die Frage der Definition des Verhältnisses zwischen den rechtsschützenden und den rechtsgestaltenden Elementen: Diese Frage muss im Kontext der unterschiedlichen Modelle von Verfassungsgerichtsbarkeit beantwortet werden. Davon hängt im Ergebnis das Verständnis der Stellung der Organe der Verfassungsgerichtsbarkeit im System der Gewaltenteilung sowohl im politischen System insgesamt als auch in seiner Substanz ab, und ebenso das Verständnis der Besonderheiten des entsprechenden Modells der gerichtlichen Verfassungskontrolle. In diesem Zusammenhang wird in dem vorliegenden Aufsatz eine vergleichende Analyse der unterschiedlichen Herangehensweisen an die verfassungsgerichtliche Rechtsetzungstätigkeit in den USA, Deutschland und Russland unternommen. Daneben soll die Wechselwirkung zwischen den Organen der Verfassungsgerichtsbarkeit und der Legislative sowie die Durchsetzung der „Selbstbeschränkung des Gerichts“ in den genannten Modellen der Verfassungsgerichtsbarkeit beleuchtet werden.

---

<sup>1</sup> Konrad Zweigert, Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3 Aufl., 1996, in russischer Übersetzung: Vvedenie v sravnitel'noe pravovedenie v sfere častnogo prava), Moskau 2000, Band I, S. 111.

## Verfassungsgerichtliche Rechtssetzung in den USA und in Deutschland

Sowohl im angelsächsischen als auch im kontinentalen System der Verfassungskontrolle wird das rechtsgestaltende Element von Verfassungsgerichtsbarkeit anerkannt. Nicht von ungefähr hat das Konzept der „*living constitution*“ seinen Ursprung in den Vereinigten Staaten von Amerika – jene Theorie des freien Konstruktivismus und der dynamischen Verfassungsinterpretation, deren Essenz von dem berühmten amerikanischen Staatsmann und Richter am Supreme Court *Charles Evans* formuliert wurde: „*We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is.*“<sup>2</sup>

In der deutschen Lehre und Praxis ist allgemein anerkannt, dass das Bundesverfassungsgericht sowohl realer Bestandteil des politischen Willensbildungsprozesses als auch ein Element politischer Führung im Staat ist<sup>3</sup>. Dies ist bedingt durch das zwingende Prinzip „*der Bindung an die verfassungsmäßige Ordnung und der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung an Gesetz und Recht*“, das sich aus Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 sowie Art. 93 GG herleiten lässt. So ist das Bundesverfassungsgericht berechtigt, im Streitfall eine Entscheidung über die Auslegung und Anwendung der Verfassung zu treffen, d.h. einzelne Bestimmung des Grundgesetzes zu definieren<sup>4</sup>. Als rhetorisches Abbild der Idee der Rechtsgestaltungsfunktion wird in der deutschen verfassungsrechtlichen Literatur gerne auf das Zitat des Staatsrechtlers *Rudolf Smends* aus dessen Rede anlässlich der Feierlichkeiten zum zehnjährigen Jubiläum des Bundesverfassungsgerichts hingewiesen:

Das GG gilt nunmehr praktisch so, wie das BVerfG es auslegt, und die Literatur kommentiert es in diesem Sinne. Auch gegenüber weiten anderen Sachgebieten hat das BVerfG vom Verfassungsrecht her grundlegende Klarstellungen vorgenommen, und auch sie sind nunmehr geltendes Recht.<sup>5</sup>

Es ist augenfällig, dass dieser Gedanke mit dem berühmten Zitat von *Charles Evans* übereinstimmt.

Vorläufer dieses Gedankens sind bereits in der Theorie der Verfassungsänderung und der Verfassungswandlung von *Georg Jellinek* zu finden, der betonte:

Verfassungssätze sind oft unklar und dehnbar, und der Gesetzgeber erst gibt ihnen durch Ausführungssätze einen festen Sinn, ganz wie erst der Richter den Inhalt der von ihm anzuwendenden Gesetze klar zum Bewusstsein bringt. Wie nun überall die Rechtsprechung bei gleichbleibenden Gesetzestexten den wandelnden Anschauungen und Bedürfnissen der Menschen unterliegt, so auch der Gesetzgeber, wenn er durch Einzelgesetze die Verfassung interpretiert. Was einer Zeit als verfassungswidrig erscheint, stellt sich der folgenden Epoche als verfassungsmäßig dar und so erleidet die Verfassung durch Wandlung ihrer Interpretation selbst eine Wandlung. Und nicht etwa nur der Gesetzgeber kann solche Wandlung hervorrufen: auch die Praxis der Parlamente sowie der Regierungs- und Gerichtsbehörden kann solches tun und tut es auch wirklich. Sie haben die Gesetze und daher auch die Verfassungsgesetze zu interpretieren, und unter ihrer Hand kann ein Verfassungsgesetz allmählich eine ganz andere Bedeutung im Rechtssysteme erhalten, als ihm ursprünglich innewohnt.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906-1908. New York/London 1906-1908, S. 139.

<sup>3</sup> In diesem Sinne ist auch das BVerfG den obersten Staatsorganen zuzurechnen; vgl. *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1995, Rn. 669.

<sup>4</sup> Vgl. *Hartmut Maurer*, Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 6. Auflage, München 2010, S. 626.

<sup>5</sup> Zit. nach: *Peter Häberle (Hrsg.)*, Verfassungsgerichtsbarkeit, Darmstadt 1976, S. 329 f.

<sup>6</sup> *Georg Jellinek*, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung: Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung, Berlin 1906, S. 9.

Somit besteht die Verfassungsgestaltung durch Gerichte nach *Georg Jellinek* in der Interpretation, in deren Folge die Verfassungsvorschriften einen neuen Sinn erhalten, was nichts anderes bedeutet, als dass es sich hier um Rechtsschöpfung handelt.

Gleichzeitig dürfen die Unterschiede zwischen den Grenzen, die für die Verfassungsgerichtsbarkeit im amerikanischen und deutschen Modell im Einzelnen gelten, nicht außer Acht gelassen werden. Diese Differenzen sind vor allem durch die Besonderheiten der nationalen Verfassungstraditionen, die Spezifik des angelsächsischen und kontinentalen Rechtssystems, des Staatsaufbaus, des Verständnisses des Gewaltenteilungsgrundsatzes, der Rolle des Gerichts und der Gerichtsvorschriften wie auch der Durchsetzung des „*rule of law*“-Grundsatzes bedingt. Ungeachtet seines universellen Charakters, – der „*rule of law*“-Grundsatz wurde in das amerikanische Rechtssystem aus der englischen Rechtstradition übernommen und nahm dann seine eigene Entwicklung, – setzt dieser unter anderem eine besondere Stellung des Gerichts in der Hierarchie der Machtorgane, die Verwirklichung des aus den 5. und 14. Zusatzartikeln hervorgehenden „*due process of law*“<sup>7</sup>-Grundsatzes sowie den Vorrang der „*case law*“<sup>8</sup>-Praxis vor dem Gesetz voraus.

Anders sieht es im deutschen Rechtssystem aus, wo der „*rule of law*“-Grundsatz durch die Idee des Rechtsstaats, das Prinzip des Vorrangs des Gesetzes und des Vorranges der Verfassung interpretiert wird. Der „*rule of law*“-Grundsatz im Rechtsstaat steht für eine differenzierte Herangehensweise an die Bindungskriterien gegenüber den Verfassungsorganen durch die Verfassung, Gesetz und Recht (unter Recht werden vor allem alle gesetzlichen Bestimmungen und Gerichtsentscheidungen verstanden) bei der Beachtung der Grundsätze der Gewaltenteilung und der repräsentativen Demokratie. Für den Gesetzgeber sind die Grenzen dieser Bindung in Art. 20 Abs. 3 GG etwas weitgehender formuliert – nämlich mit dem Begriff der „*verfassungsmäßigen Ordnung*“, dessen Sinn sich in der Gesamtheit der Normen des Grundgesetzes offenbart, während andere Verfassungsorgane wie das Bundesverfassungsgericht an *Gesetz und Recht* gebunden sind. Die Verfassungskontrolle, die sich in erster Linie in der Normenkontrolle widerspiegelt, wird besonders hervorgehoben und von anderen Arten richterlicher Tätigkeit abgegrenzt. Diese Funktion wird besonderen Gerichtsorganen, dem Bundesverfassungsgericht und den Verfassungsgerichten der Bundesländer, übertragen. Die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, über die Verfassungsauslegung und ihre Anwendung zu urteilen, manifestiert sich, wenn es im Rahmen seiner Kompetenz gemäß Art. 93 Abs. 1 GG über Verfassungsstreitigkeiten entscheidet. Auf diese Weise gewährleistet das Bundesverfassungsgericht eine obligatorische Präzedenzauslegung des Grundgesetzes, nicht hingegen eine abstrakte Auslegung, wie es für das russische Verfassungsgericht der Fall ist. Dabei verfügt das Bundesverfassungsgericht nicht über das Auslegungsmonopol hinsichtlich der Verfassung: Mit ihrer Auslegung befassen sich auch andere Verfassungsorgane bei der Durchsetzung ihrer Befugnisse und vor allem der Gesetzgeber als „*primärer Interpret*“ der Verfassung<sup>9</sup>. *Christian Hillgruber* und *Christoph Goos* nennen die Verabschiedung

---

<sup>7</sup> Der Grundsatz „*due process of law*“, der „*substantive due process*“ und „*procedural due process*“ umfasst, steht für die Herrschaft des Gerichts gemäß den errichteten Regeln und Prinzipien, das Recht auf Rechtsschutz gegen unverhältnismäßige und willkürliche Handlungen des Staates, richterliche Überprüfung des materiellen und prozessualen Rechts nach Maßgaben der entsprechenden Prozeduren, - Black's Law Dictionary (<http://www.blackslawdictionary.com/Home/Default.aspx>).

<sup>8</sup> Ausführlich dazu: *Dicey A.V.*, An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, London 1885, ([http://files.libertyfund.org/files/1684/Dicey\\_1316.pdf](http://files.libertyfund.org/files/1684/Dicey_1316.pdf)); siehe hierzu auch: (<http://lawandsocietycisr.wordpress.com/2011/03/12/the-rule-of-law/>).

<sup>9</sup> *Paul Kirchhof*, Verfassungsverständnis. Rechtsprechungsaufgabe und Entlastung des Bundesverfassungsgerichts, in: *Harald Bogs*, Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden 1999, S. 74.

des Zuwanderungsgesetzes<sup>10</sup> als Beispiel und weisen darauf hin, dass sich der Bundesrat mit der Verfassungsauslegung in Bezug auf Art. 51 Abs. 3 i.V. m. Art. 78 GG bereits im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens befasst hat. Anschließend tat dies der Bundespräsident im Rahmen seiner Befugnisse der Gegenzeichnung und Verkündung des Gesetzes (Art. 82 Abs. 1 GG), und erst dann sprach das Bundesverfassungsgericht sein „letztes Wort“, als es die Frage des verfassungsmäßigen Zustandekommens des Gesetzes im Rahmen der Normenkontrolle zu prüfen hatte<sup>11</sup>. Das Bundesverfassungsgericht erklärte das Zuwanderungsgesetz für nichtig, weil es gegen Art. 78 GG und das dort niedergelegte Gesetzgebungsverfahren verstieß<sup>12</sup>. Infolgedessen wurde das Gesetz im Januar 2003 erneut von der Regierung in den Bundestag eingebracht und trat dann im Januar 2005 in Kraft.

Somit lassen sich schon bei flüchtiger Betrachtung des amerikanischen und des deutschen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit wesentliche Unterschiede in Bezug auf den Status und die Stellung der Gerichte, denen auch die Verfassungsrechtsprechung obliegt, in der Hierarchie der Gewalten und im Rechtssystem konstatieren. Dies bezieht sich auch auf die juristische Bedeutung der vom Gericht getroffenen Entscheidungen. Bemerkenswert ist jedoch, dass Theoretiker und Praktiker sowohl in den Vereinigten Staaten als auch in Deutschland bei der Behandlung des jeweils eigenen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit ähnliche Fragen über die Rolle des Gerichts wie auch seiner Entscheidungen sowie über Grenzen und Bedeutung der richterlichen Interpretation der Verfassung stellen. Dabei ist im Ergebnis indes keine Übereinstimmung zwischen den amerikanischen und den deutschen Autoren festzustellen.

## Amerikanische Theorien der Verfassungsauslegung in der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court

Unter amerikanischen Verfassungsrechtlern wie auch unter den Richtern des Supreme Court finden sich im Wesentlichen zwei Haupttheorien zur Verfassungsauslegung: der sog. Originalismus („*originalism*“) sowie der sog. Nicht-Originalismus („*non-originalism*“). Beide fanden Ausdruck in der Verfassungspraxis<sup>13</sup>. Allgemein gilt für die genannten Theorien die Anerkennung von fünf Quellen der Verfassungsauslegung: 1) Text und Struktur der Verfassung; 2) die Intention der „Gründerväter“, d.h. derer, die am Verfassungsprojekt mitwirkten, für dieses oder für dessen Verabschiedung zustimmten; 3) die zum Zeitpunkt der Verfassungsverabschiedung existierenden, zum größten Teil

<sup>10</sup> Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthaltes und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern vom 20. Juni 2002, BGBl. I 2002, S. 1946.

<sup>11</sup> Christian Hillgruber, Christoph Goos, Verfassungsprozessrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2011, § 5 Rn. 17.

<sup>12</sup> Entscheidung vom 18.12.2002, BVerfG, 2 BvF 1/02 vom 18.12.2002, Absatz-Nr. (1-180), ([http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs20021218\\_2bvf000102.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs20021218_2bvf000102.html)).

<sup>13</sup> Der Fall *Marsh v. Chambers* (463 U.S. 783 (1983)) ist ein Fall, der auf der Argumentation von Originalisten basiert und erscheint in diesem Sinne beispielhaft. Demnach erklärte der Supreme Court die Eröffnung der Sitzung eines gesetzgebenden Organs mit einem Gebet, das von einem Priester gesprochen und aus öffentlichen Mitteln bezahlt wurde, für verfassungskonform. Bei der Begründung der Verfassungsmäßigkeit dieser Praxis stützte sich der Supreme Court auf historische Tatsachen. Der Fall *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479 (1965)) ist demgegenüber ein sehr anschauliches Beispiel für den Standpunkt der Nicht-Originalisten. In diesem Fall holte der Supreme Court das Recht auf Privatsphäre (*right to privacy*) und auf Unantastbarkeit des Privatlebens der Eheleute aus der juristischen Grauzone heraus; siehe dazu: Exploring Constitutional Conflicts: Theories of Constitutional Interpretation (<http://law2.umkc.edu/faculty/projects/FTrials/conalw/interp.html>).

richterlichen Präzedenzfälle; 4) soziale, politische und wirtschaftliche Auswirkungen anderweitiger Auslegungen; 5) Naturrecht. Bezüglich der Notwendigkeit der Anerkennung der ersten drei Quellen gibt es unter den Repräsentanten der beiden Theorien im Grunde genommen keine besonderen Differenzen. Die Unterschiede zwischen ihnen bestehen größtenteils in der Bewertung des „Anteils“ und der Bedeutung der einzelnen Quellen für die Verfassungsauslegung. Größere Diskrepanzen sind im Zusammenhang mit der Bewertung der beiden letztgenannten Quellen der verfassungsgerichtlichen Auslegung (Folgen einer anderweitigen Auslegung und des Naturrecht) festzustellen.

Die amerikanischen Verfechter des Nicht-Originalismus (*Nicht-Originalisten*) legten im Rahmen der Interpretation der Verfassungsvorschriften besonderen Wert auf Grundentscheidungen, soziale, wirtschaftliche und politische Folgen anderweitiger Auslegungen sowie auf das Naturrecht. Die Aufgabe des Supreme Court bestehe darin, die offenen Verfassungsbestimmungen inhaltsgemäß und anhand der fundamentalen Werte, deren verfassungsrechtliche Bedeutung aus dem Naturrecht, der Philosophie, Moral und Tradition geschöpft werde, zu konkretisieren und auf diese Weise die wesentlichen Prinzipien der gesellschaftlichen Ordnung zu entwickeln<sup>14</sup>.

Eine der Richtungen des Nicht-Originalismus ist der *juristische Pragmatismus*. Die „Pragmatiker“ erachten es für wichtig, das Augenmerk auf das *case law* zu richten und dabei mögliche Folgen anderweitiger Entscheidungen zu beachten. Damit wird zugelassen, dass eine Entscheidung getroffen wird, ohne dabei die strikten Regeln der Entscheidungsfindung, die von den Originalisten befürwortet werden, einzuhalten. Entscheidungen solcher Art können von den *Originalisten* als „falsch“ interpretiert werden, sind jedoch vom Standpunkt der *Pragmatisten* als Stabilität und Gemeinwohl fördernd anzusehen. Die Pragmatiker gelten als Entwickler des Konzepts der „*living Constitution*“. In ihren Theorien hat die Idee zentrale Bedeutung, nach der die Verfassung als „lebendiges“ Dokument zu betrachten sei, welches wie ein Mensch im Laufe des Lebens einem stetigen Wandel ausgesetzt werde. Die Forderung der Verfassung nach „*equal rights*“ sei aus Sicht der gegenwärtigen Maßstäbe der Gleichheit und nicht vom Standpunkt der überholten heute inakzeptablen Vorstellungen zu betrachten. Die Verfechter der „*lebendigen Verfassung*“ sind der Auffassung, dass Ideale wie „Freiheit“ „Gleichheit vor dem Gesetz“ oder „gleicher Rechtsschutz“ auf Grund ihrer universellen, dynamischen Natur in die Verfassung aufgenommen wurden. Niemand habe behauptet oder gedacht, dass die Freiheit im Jahre 1791 anders sein werde als im Jahre 1591 oder 1991. Man habe diese als ein transzendentes Prinzip, das allen in der jeweiligen Epoche anerkannten Rechten immanent sei, angesehen.<sup>15</sup>

Der Begriff „*lebendige Verfassung*“ selbst stammt von dem Titel des Buches des Harvard-Professors *Howard Lee McBain* „*The Living Constitution: A Consideration of the Realities and Legends of Our Fundamental Law*“, das im Jahre 1927 erschien<sup>16</sup>. Zur Entwicklung der Theorie in ihrer heutigen Gestalt trugen berühmte Juristen und Staatsmänner wie z.B. der anerkannte Wegbereiter des Rechtsrealismus *Oliver Wendell Hol-*

---

<sup>14</sup> Der Nicht-Originalismus spiegelt sich z.B. in Werken von *Ronald Dworkin* (A Matter of Principle, Cambridge MA 1985), *Richard Epstein* (Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain, Cambridge MA 1985) und *Lawrence Tribe* (American Constitutional Law, 2. Auflage, New York 1988) wider.

<sup>15</sup> *Richard A. Posner*, Overcoming Law. Cambridge MA/London 2003, ders., Law, Pragmatism and Democracy, Cambridge MA/London 2003; *Dennis J. Goldford*, The American Constitution and the Debate Over Originalism, Cambridge MA/London 2005.

<sup>16</sup> *Howard Lee McBain*, The Living Constitution: A Consideration of Realities and Legends of Our Fundamental Law, New York 1927.

mes Jr., Louis Dembitz Brandeis und der 28. Präsident der Vereinigten Staaten Woodrow Wilson bei. Letzterer beschrieb die Verfassung als „*vehicle of life*“<sup>17</sup>, während der Richter am Supreme Court Oliver Wendell Holmes Jr. im Verfahren *Missouri v. Holland* eine Bewertungsmethodologie des Verfassungstextes in Anlehnung an die gesamte Erfahrung der Verfassungsentwicklung vorschlug. Unter anderem hob er Folgendes hervor:

With regard to that we may add that when we are dealing with words that also are a constituent act, like the Constitution of the United States, we must realize that they have called into life a being the development of which could not have been foreseen completely by the most gifted of its begetters. It was enough for them to realize or to hope that they had created an organism; it has taken a century and has cost their successors much sweat and blood to preserve that they created a nation. The case before us must be considered in the light of our whole experience and not merely in that of what was said a hundred years ago. The treaty in question does not contravene any prohibitory words to be found in the Constitution. The only question is whether it is forbidden by some invisible radiation from the general terms of the Tenth Amendment<sup>18</sup>. We must consider what this country has become in deciding what that amendment has reserved.<sup>19</sup>

Unter den Äußerungen zum Konzept der „*lebendigen Verfassung*“ ist die Auffassung von John Marshall im Fall *McCulloch v. Maryland* zu erwähnen, in dem sich der Richter über die Verfassung als ein Dokument äußerte, welches „*intended to endure for ages to come, and consequently, to be adapted to the various crises of human affairs*“<sup>20</sup>. Auffassungen dieser Art können als Aufruf gesehen werden, den Verfassungstext sowie die Bedeutung der dort verwendeten Wörter und Ausdrücke nicht nur zu respektieren, sondern auch Hinweise auf gegenwärtige Herausforderungen oder Werte zu ermitteln, um ihre Anwendung zu aktuellen Ereignissen zu gewährleisten.

Als Beispiele der Anwendung des „*living constitution*“-Konzepts sind, neben der oben genannten Entscheidung *Griswold v. Connecticut*, folgende Entscheidungen zu nennen: *Oliver Brown v. Board of Education of Topeka*<sup>21</sup>, in der die Rassentrennung in öffentlichen Schulen als verfassungswidrig und als Verstoß gegen den 14. Zusatzartikel der Verfassung anerkannt wurde; *Roe v. Wade*<sup>22</sup> – in dieser Entscheidung wurden Abtreibungen für verfassungskonform erklärt; *Trop v. Dulles*<sup>23</sup> – der Supreme Court erklärte hier die Aberkennung der Staatsangehörigkeit als Strafmaßnahme für verfassungswidrig. Beispielhaft ist in diesem Zusammenhang die Meinung des Richters Earl Warren, die er im Laufe des Verfahrens *Trop v. Dulles* äußerte, dass der 8. Zusatzartikel<sup>24</sup> die Aberkennung der Staatsangehörigkeit als Strafmaßnahme verbiete. Dabei betonte der Richter, dass der im Zusatzartikel verwendete Wortlaut und dessen Inhalt unstatischer Natur seien und daher die Vorschriften des Zusatzartikels ihren Sinn aus den sich weiter entwickeln-

<sup>17</sup> Siehe ausführlich dazu: Michael Kammen, „A Vehicle of Life“: The Founder’s Intention and American Perceptions of Their Living Constitution, Proceedings of the American Philosophical Society, Vol. 13, 1987, Nr. 3, S. 325-340.

<sup>18</sup> Der 10. Zusatzartikel lautet wie folgt: „*The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.*“ Anscheinend geht es hier um die Auslegung des für die Staaten geltenden Verfassungsverbotes, gewisse Befugnisse auszuüben.

<sup>19</sup> *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416, 434 (1920).

<sup>20</sup> *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819), zit. nach: Jack Balkin, *Alive and Kicking: Why no One Truly Believes in a Dead Constitution*, Slate, 2005, 29. August (<http://www.slate.com/id/2125226/>).

<sup>21</sup> *Oliver Brown et al. v. Board of Education of Topeka et al.*, 347 U.S. 483 (1954).

<sup>22</sup> *Jane Roe et al. v. Henry Wade, District Attorney of Dallas Count*, 410 U.S. 113 (1973).

<sup>23</sup> *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958), siehe auch: [http://en.wikipedia.org/wiki/Trop\\_v.\\_Dulles](http://en.wikipedia.org/wiki/Trop_v._Dulles).

<sup>24</sup> Der 8. Zusatzartikel lautet wie folgt: „*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishment inflicted.*“

den moralischen Maßstäben schöpfen müssten, was „für die jeweilige Gesellschaft akzeptabel“ sei. Dementsprechend legte das Gericht die „brutale und ungewöhnlich Strafmaßnahme“ relativ weit aus und übernahm folgendes Konzept: Die Verfassung ist in allgemeinen Begriffen gefasst und ihre gerichtliche Interpretation sollte aktuelle soziale Umstände widerspiegeln. Dies ist letztendlich der Kern des „*living constitution*“-Konzepts.

Einen praktischen Ausdruck bekommt das „*living constitution*“-Konzept im so genannten *richterlichen Aktivismus (judicial activism)*, wobei sich das Gericht nicht auf die Erkenntnis durch die „*Entzifferung*“ der jeweiligen Normen (wie im Falle des richterlichen Formalismus) beschränkt, sondern selbst das Recht im Geiste der Zeit und nach Maßgabe der Bedürfnisse der Nation selbst schafft und dabei ein Überschreiten der Grenzen des Streitgegenstands nicht ausschließt. Kritiker dieser Methode weisen zu Recht darauf hin, dass jene Entscheidungen, die in Folge von *judicial activism* beschlossen würden, eher auf den persönlichen und politischen Anschauungen der Richter basierten als auf dem geltenden Recht. Dementsprechend seien auch solche grundlegenden Prinzipien wie Gewaltenteilung, demokratische Staatlichkeit und Vorrang des Gesetzes gefährdet. Bereits im Vorfeld der Feierlichkeiten anlässlich des 200. Jubiläums der amerikanischen Verfassung hob Forrest McDonald hervor:

What is even more dangerous, the Supreme Court has, during the last two or three decades, become progressively more blatant in disregarding the Constitution and arriving at decisions on the basis of the justices' ideological predilections in regard to "social progress" and "human dignity." These usurpations are compatible neither with the idea of constitutional government nor with the ideal of a government of laws.<sup>25</sup>

Trotz der ausgesprochenen Befürchtungen findet der *judicial activism* noch immer in Entscheidungen des Supreme Court Ausdruck. Als Beispiel werden in der juristischen Literatur folgende Fälle genannt: *George W. Bush v. Albert Gore*<sup>26</sup> – hier wurde die manuelle Nachzählung der Stimmen in Florida nach den Präsidentschaftswahlen von 2000 als Verstoß gegen die demokratische Stabilität, die vom 14. Zusatzartikel als Gleichheitsprinzip garantiert wird, gewertet; die Entscheidung in der Sache *Citizens United v. Federal Election Commission*<sup>27</sup>, welche die Verfassungswidrigkeit der Verbote der Rundfunkverbreitung während der Wahlkampagne für Verbände, Gesellschaften und gemeinnützige Einrichtungen feststellte, weil dieses gegen die durch den 1. Zusatzartikel garantierte Meinungsfreiheit verstößt; die Entscheidung zu *Perry v. Schwarzenegger*<sup>28</sup>, die den Zusatzartikel zur Verfassung des Staates Kalifornien über gleichgeschlechtliche Ehen verbietet, für verfassungswidrig erklärte und eine neue Verfassungsnorm hierzu vorschlug. Somit lässt sich konstatieren, dass das Problem der Feststellung der Grenzen bei der Durchsetzung der Verfassungsgerichtsbarkeit an Schärfe nicht eingebüßt hat.

Die Verfechter des Originalismus, die *Originalisten*, sehen hingegen die Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Erschließung des genuinen Sinnes der Verfassung und der Intention der Verfassungsväter. Die Repräsentanten dieser Theorie beschränken die Gerichtskompetenz bei der Lösung verfassungsrechtlicher Fragen ausschließlich auf die Anwendung jener Norm, welche klar und eindeutig in der geschriebenen Verfassung verankert ist. Die Anlässe und Gründe der jeweiligen Entscheidung müssten demnach im Verfassungstext erkennbar sein. Dieser Herangehensweise liegt die Idee zugrunde, dass

<sup>25</sup> Forrest McDonald, *Still the Law of the Land? Essays on Changing Interpretations of the Constitution*, Hilsdale 1987 (<http://www.constitution.org/cmt/stlotl/stlotl.txt>).

<sup>26</sup> *George W. Bush v. Albert Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

<sup>27</sup> *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. (1) (2010).

<sup>28</sup> *Perry v. Schwarzenegger*, No. C 09-2292 VRW.

die Judikative nicht für die Rechtsschöpfung beziehungsweise für die Änderung und Aufhebung der Gesetze berufen sei: Diese Aufgabe sei der Legislative vorbehalten<sup>29</sup>. Der Originalismus fand seinen praktischen Ausdruck im gerichtlichen Formalismus, im Konzept der Beschränkung oder Selbstbeschränkung des Gerichts, das dem gerichtlichen Aktivismus gegenübersteht (*judicial restraint versus judicial activism*).

Besonders prägnant kommen die Ideen der Originalisten in der Strömung des *Textualism*<sup>30</sup> zum Vorschein. Der überzeugte Verfechter des Textualismus *Antonin Gregory Scalia* weist in seinem Werk „*A Matter of Interpretation*“<sup>31</sup> darauf hin, dass die amerikanische Nation weniger zu den *common law*-, sondern vielmehr zu den *civil law*-Ländern tendiere<sup>32</sup>. Deswegen dürfe das für die „*common law*“-Länder charakteristische Prinzip „*stare decisis*“<sup>33</sup> keine derart prinzipielle Bedeutung bei der Verfassungsgerichtsbarkeit haben. Das Gericht darf sich nicht durch einen Präzedenzfall leiten lassen, wenn dieser im Widerspruch zur Verfassung steht. Gleichwohl kann generell auch ein Präzedenzfall vom Gericht angewendet werden, allerdings nur unter der Prämisse, dass dieser den Verfassungstext nicht ändert<sup>34</sup>.

Eine andere Strömung im Originalismus ist die *Theorie der ursprünglichen Intention* (*Intentionalism*). Die Intentionalisten sind der Auffassung, der Supreme Court sei berufen, im Wege der Auslegung der Verfassung herauszufinden, was die Autoren des Verfassungstextes erreichen wollten, sowie ihre Intention, die sich in der Verfassung widerspiegelt, ohne Rücksicht auf das geltende Recht zu definieren<sup>35</sup>.

Die Positionen der Originalisten stießen in Praxis und Schrifttum ebenfalls auf geteilte Reaktionen. Die Auslegungstheorie der Textualisten wurde beispielsweise von ihren Kritikern wegen der absoluten Bindung an den Verfassungstext und die Verfassungsstruktur, der mangelhaften Beachtung der historischen Auslegung (d.h. des Willens der Verfassungsväter) sowie wegen der unzureichenden Würdigung von Präzedenzfällen kritisiert<sup>36</sup>.

Der Gedanke, dass der Supreme Court gleichzeitig an den Verfassungstext sowie an das ursprüngliche, genuine Verständnis dieses Textes gebunden sei, wobei eine Gegen-

<sup>29</sup> Profilierte Verfechter dieser Theorie waren unter anderem: *Robert H. Bork*, *The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution*, *Washington University Law Quarterly*, 1979, S. 695-701; *Raul Berger*, *Originalist Theories of Constitutional Interpretation*, *Cornell Law Review*, Vol. 73, 1988, S. 350, 353; *Antonin Scalia*, *Originalism: The Lesser Evil*, *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 57, 1989, Nr. 3, S. 849; *ders.*, *A Matter of Interpretation*. *Federal Courts and Law*, Princeton 1997.

<sup>30</sup> Vgl. *Erwin Chemerinsky*, *Constitutional Law, Principles and Policies*, 3rd Ed. New York, 2006, S. 21.

<sup>31</sup> *Antonin Scalia*, *A Matter of Interpretation*. *Federal Courts and Law*, Princeton 1997.

<sup>32</sup> Zu *stare decisis* vgl. *Jonathan F. Mitchell*, *Stare decisis and constitutional text*, *Michigan Law Review* [Vol. 110:1 October 2011].

<sup>33</sup> Das „*stare decisis*“-Prinzip stammt vom lateinischen Spruch „*Stare decisis et non queita movere*“, was „zu Entscheidungen stehen und das Ruhende nicht bewegen“ bedeutet. Im juristischen Kontext wird verstanden, dass sich die Gerichte an das Präjudiz zu halten haben, ohne dabei die bereits entschiedenen Fragen aufzurollen. In diesem Sinne ist dieses Prinzip für die Länder des angelsächsischen Rechtssystems charakteristisch. Demnach dürfen Richter, wenn auch unabhängig, keine unberechenbaren, sondern müssen vorhersehbare Entscheidungen treffen (daraus folgen die in der russischen Verfassungsgerichtsbarkeit bekannten Grundsätze der Gewährleistung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung und der zwingende Charakter der Rechtsauffassungen des Gerichts).

<sup>34</sup> Vgl. zu dieser Problematik *Jonathan F. Mitchell*, *Stare decisis and constitutional text*, *Michigan Law Review* [Vol. 110:1 October 2011].

<sup>35</sup> Vgl. *Erwin Chemerinsky*, *Constitutional Law, Principles and Policies*, 3rd Ed. New York, 2006, S. 17, 21

<sup>36</sup> Ausführlich dazu *Jörg Riecken*, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie*, Berlin 2003, S. 54 f.

überstellung der zwei genannten bindenden Elemente ausgeschlossen ist, stieß und stößt immer noch auf kontroverse Reaktionen. *Dennis Goldford* hebt in „*The American Constitution and the Debate Over the Originalism*“ hervor, dass der Verfassungstext und die ursprüngliche Auffassung dieses Textes zwei Elemente seien, die die Subjekte binden und verpflichten, indes nicht gleichgesetzt werden können. Folgt man dem Aufruf von *Walter Burns*<sup>37</sup> zur Verteidigung der originalistischen Herangehensweise „*die Verfassung ernst*“ zu nehmen, könne man zu einem widersprüchlichen Ergebnis kommen. Der Originalismus, der die politischen und linguistischen Betrachtungen der Verfassung verbinde, schaffe selbst ein Paradoxon: In dem Maße, wie die Verfassung verpflichtend sei, höre sie auf, demokratisch zu sein. Und umgekehrt: In dem Maße, wie die Verfassung demokratisch sei, könne sie nicht verpflichtend sein. Somit geraten die Originalisten nach *Dennis Goldfords* Auffassung in einen Widerspruch, wenn man konsequent den demokratischen und verbindlichen Charakter der Verfassung von einer politischen und linguistischen Position aus betrachtet<sup>38</sup>.

Die dogmatische Konfrontation der unterschiedlichen Schulen der Verfassungsauslegung zeigte sich im Laufe der gesamten Geschichte der Verfassungsgerichtsbarkeit der Vereinigten Staaten. Mehrmals wurden Versuche unternommen, einen Mittelweg zu finden. Abgesehen von den wesentlichen Unterschieden innerhalb dieser theoretischen Vorstöße ist bemerkenswert, dass sie alle auf die eine oder andere Weise mit dem Konzept der Beschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Verbindung gebracht wurden.

Auch die Verfechter des *Interpretivismus* (*interpretivism*), einer jüngeren Strömung im Rahmen des Originalismus, legten ihre Vorstellung einer solchen Beschränkung dar. Diese bestehe nicht nur in der Notwendigkeit, den Wortlaut der Verfassung und deren ursprünglichen Sinn zu beachten, sondern auch in der Befolgung der Präzedenzfälle. Im Vorfeld der Feierlichkeiten des 200. Jubiläums der amerikanischen Verfassung wies *John Clifford Wallace* in seinem Beitrag unter anderem darauf hin, dass die Verfassung eine Herangehensweise mit starker Anlehnung an die Auslegung erfordere:

[...] I believe interpretivism is the cornerstone of a constitutional jurisprudence of judicial restraint. By "interpretivism," I mean the principle that judges, in resolving constitutional questions, should rely on the express provisions of the Constitution or upon those norms that are clearly implicit in its text. Under an interpretivist approach, the original intention of the Framers is the controlling guide for constitutional interpretation. This does not mean, of course, that judges may apply a constitutional provision only to situations specifically contemplated by the Framers. Rather, it simply requires that when considering whether to invalidate the work of the political branches, the judges do so from a starting point fairly discoverable in the Constitution. By contrast, under non-interpretive review, judges may freely rest their decisions on value judgments that admittedly are not supported by, and may even contravene, the text of the Constitution and the intent of the Framers.<sup>39</sup>

„*Die Verfahrenstheorie der Verfassungskontrolle*“ des Nicht-Originalisten *John Hart Ely*<sup>40</sup>, dessen philosophisch-rechtliche Ansichten dem rechtlichen Realismus zuzuschreiben sind, dient demgegenüber als sehr illustratives Beispiel für den *Nicht-*

<sup>37</sup> Vgl. i.E. *Walter Burns*, *Taking the Constitution Seriously*, New York 1991.

<sup>38</sup> *Dennis J. Goldford*, *The American Constitution and the Debate Over the Originalism*, Cambridge/New York 2005, S. 12 f.

<sup>39</sup> *John Clifford Wallace*, *Whose Constitution? An Inquiry into the Limits of Constitutional Interpretation*, in: *Joseph S. McNamara* (ed.): *Still the Law of the Land? Essays on Changing Interpretations of the Constitution*, Hillsdale/Michigan 1987, S. 1-14.

<sup>40</sup> Siehe dazu *John Hart Ely*, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge (MA)/London 1980.

*Interpretivismus (noninterpretivism)*<sup>41</sup>. In der verfassungsrechtlichen Lehre gilt *John Hart Ely* als führender Vertreter des Nicht-Interpretivismus. Seine Theorie der Verfassungskontrolle umfasst zwei wesentliche Komponenten:

1. Einerseits sei bereits in der Verfassung die Notwendigkeit der Beschränkung des Supreme Court bei der Lösung von Verfassungsstreitigkeiten angelegt. Die Verfassung deklariere zwei grundlegende Prinzipien: „Freiheit“ (*liberty*) und „Gleichheit vor dem Gesetz“ bzw. „gleicher Schutz durch das Gesetz“ (*equal protection-clause*). Diese Prinzipien mit Werten zu füllen sei nicht Aufgabe der Verfassung, sondern des Gesetzgebers. Da die amerikanische Gesellschaft pluralistisch sei, lasse die Verfassung nicht nur zu, sondern setze geradezu voraus, dass unterschiedliche Wertesysteme in ihr koexistierten. Diese konkurrierten miteinander, nutzten Verfassungsvorschriften und Medien der Selbstverwirklichung und respektierten dabei die von der Verfassung gewährleisteten fundamentalen Prinzipien. Ziel der Verfassung sei indessen nicht, das amerikanische politische Leben mit bestimmten ethischen Normen anzureichern oder die öffentliche Politik vom Standpunkt gewisser Werte aus zu gestalten. Die Verfassung stelle vielmehr ein Dokument mit gewissen prozessualen Inhalten dar, das Regeln des politischen Wettbewerbes zwischen unterschiedlichen Wertesystemen festsetze und sich neutral gegenüber den Ergebnissen dieses politischen Kampfes verhalte. Daraus folge, dass die gerichtliche Verfassungskontrolle ebenfalls keinen Einfluss auf den Inhalt der politischen Entscheidungen haben dürfe und eher verfahrensrechtlichen Charakter habe, weil sich diese auf die Überprüfung der Einhaltung der Verfassungsregeln und Verfassungsverfahren aller Teilnehmer des politischen Prozesses richten müsse.

*Elys* Verfahrenstheorie stützt sich dabei auf die Analyse der Rechtsprechung des Supreme Court und vor allem auf die Schlussfolgerungen, die in der Entscheidung *United States v. Carolene Products Co.*<sup>42</sup> und besonders in der berühmten dieser Entscheidung beigefügten „Footnote Four“ enthalten sind. Bei der Abwägung der Verfassungsmäßigkeit des Verbots des Milchhandels im Interesse des Verbraucherschutzes brachte der Supreme Court die so genannte „Mäßigungstheorie“ zur Anwendung. Das Gericht ging dabei von der Annahme der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze sowie dem Vorliegen eines gewissen Ermessungsspielraums der Legislative im Bereich der Regelung der Wirtschaftspolitik aus. Dabei setzte der Supreme Court das so genannte „Kriterium der rationalen Grundlage“ (*rational basis test*) ein. Das Gericht beschränkte sich dabei lediglich auf die Überprüfung, ob rationale Gründe für die Gesetzesverabschiedung vorlagen, und verzichtete hingegen auf die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit sowohl ebendieser Gründe als auch des Gesetzes selbst.

Die Idee der Beschränkung des Supreme Court bei der Abwägung politischer Fragen fand weite Verbreitung in der amerikanischen Verfassungslehre. Beispielsweise basiert die so genannte *political question doctrine* auf dem Vorrang der Meinung des Gesetzgebers bei der Festlegung der Grundrichtungen der Realisierung der Verfassungsprinzipien. Demnach soll sich der Supreme Court nicht auf die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes dem Inhalt nach einlassen. Mit anderen Worten soll sich das Gericht von der materiell-rechtlichen Überprüfung zurückhalten, wenn es seiner Meinung nach um eine Frage gehe, die in erster Linie vom politischen Standpunkt aus zu lösen sei. Als Kriterien dienen dabei nicht nur die faktische Möglichkeit, eine richterliche Entscheidung vom rechtlichen Standpunkt aus zu treffen, sondern auch solche pragmatische

<sup>41</sup> Siehe dazu: Still the Law of the Land? Essays on Changing Interpretations of the Constitution, Fn. 39, S. xiii.

<sup>42</sup> *United States v. Caroline Products Co.*, 304 U.S. 144, 152, Fn.4 (1938).

Überlegungen wie der „...potentielle Schaden durch unterschiedliche Verlautbarungen verschiedener staatlicher Gewalten im Hinblick auf die gleiche Frage“.<sup>43</sup>

2. Andererseits definiert *Ely* in seiner Theorie die Maßstäbe im Hinblick auf den Supreme Court, die sich von der oben genannten „Footnote Four“ zur Entscheidung *United States v. Carolene Products Co* herleiten lassen.

Zum ersten sei die „Mäßigung“ des Supreme Court in Bezug auf den politischen Prozess nur bis dahin gerechtfertigt, als dieser Prozess ordnungsgemäß mit der Einhaltung aller Verfassungsregeln und -verfahren verlaufe und den Interessen aller Teilnehmer entspreche. Wenn jedoch formelle Hindernisse auf diesem Wege des politischen Prozesses entstünden, bedürfe es einer Einmischung des Supreme Court, weil seine Aufgabe darin bestehe, das Recht auf Zugang zum politischen Prozess und eine gleiche Beteiligung aller Akteure an diesem zu optimieren<sup>44</sup>. Außerdem solle die Kompetenz des Supreme Court die Stärkung jener Minderheitengruppe umfassen, die als „Dauerverlierer“ aus dem parlamentarischen und politischen Prozess hervorgingen. In diesem Zusammenhang solle der Supreme Court die Gesetze nicht nur vom Standpunkt der vorhandenen Beschränkungen, die eine Teilnahme der verschiedenen Subjekte des politischen Prozesses eventuell behinderten, sondern auch aus dem Blickwinkel der Feststellung und Behebung von Rechtsverletzungen gegenüber Minderheiten prüfen.

Eines der wichtigsten Handlungsfelder des Supreme Court, in dem intensive verfassungsgerichtliche Kontrolle notwendig ist, stellt der Bereich des „spezifischen Verfassungsrechts“ dar. Dieser umfasst die fundamentalen Menschenrechte und Grundfreiheiten, deren Verletzung der Supreme Court zu ermitteln, zu bewerten und zu beheben berufen ist. Wegen ihrer Radikalität wird die *Ely*-Theorie immer noch in einer ganzen Reihe von Punkten kritisiert – sowohl von Pragmatikern als auch von Interpretivisten. Der Pragmatiker *Richard Posner* monierte, der „mittlere Weg“ zwischen dem Originalismus (*Ely* bezeichnet ihn als „strikten Interpretivismus“) und Nicht-Originalismus, der dem Richter erlaube, neue Facetten in fundamentalen Verfassungswerten zu entdecken, sei schlichtweg eine Illusion. *Ely* beanspruche zwar für sich eine neue, eigene Theorie der Verfassungenauslegung; diese sei in methodischer Hinsicht indes empirisch nur unzureichend fundiert und vernachlässige dabei sozialwissenschaftliche Erkenntnisse<sup>45</sup>. Andererseits hebt der Interpretivist *Wallace* zu Recht hervor, dass es unmöglich sei, die moral-ethische Seite der Verfassung von ihrer prozessualen Facette zu trennen, weil die Verfassung sowohl moralische als auch prozessuale Autorität besitze<sup>46</sup>.

Einen anderen Ansatz der Beschränkung der amerikanischen Verfassungsgerichtsbarkeit stellt der so genannte *judicial minimalism* dar. Dieser kritisiert zwar den traditionellen liberalen juristischen Aktivismus als allzu weit gefasst, schließt jedoch gleichzeitig eine Anwendung des Präjudizes nicht aus, um die liberalen politischen Ziele zu erreichen. Die Verfechter des juristischen Minimalismus befürworten eine enge, an den Präzedenzfall gebundene Verfassungenauslegung und legen dabei großen Wert auf das Präjudizkonzept und den „*stare decisis*“-Grundsatz. Die Minimalisten sind der Auffassung, lediglich eine anwendungsbezogene Verfassungenauslegung, die ihrerseits auf der Grundrichtung der gesellschaftlichen Entwicklung basiert und außerhalb des Rahmens des Prä-

---

<sup>43</sup> Ausführlich dazu siehe *Michael Piazolo*, Das Bundesverfassungsgericht und die Beurteilung politischer Fragen: Zu den Grenzen verfassungsrechtlicher Kontrolle, in: *Michael Piazolo* (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht: Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik, Mainz/München 1995, S. 254.

<sup>44</sup> *John Hart Ely*, Fn. 40, S. 73.

<sup>45</sup> *Richard Posner*, *Overcoming Law*, Cambridge MA 1995, S. 198-208.

<sup>46</sup> *John Clifford Wallace*, Fn. 39.

judizes basiert ist, stelle eine wahre Beschränkung des Supreme Court dar<sup>47</sup>. Wie die vorliegende Untersuchung zeigt, lassen sich – trotz der Vielzahl der Theorien zur Verfassungsauslegung und ihrer prinzipiellen Aufteilung in zwei konträre Lager – bestimmte allgemeine Grundlinien in den Ansichten amerikanischer Verfassungsrechtler auf der Suche nach Kriterien der Bewertung der Verfassungsmäßigkeit sowie nach Maßstäben der Beschränkung des Gerichts bei der Durchsetzung von Verfassungsgerichtsbarkeit feststellen.

## Grundlagen der Rechtsentwicklung durch das Bundesverfassungsgericht in Deutschland

Bekanntlich stützt sich das deutsche Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit vor allem auf die Theorie der Rechtspositivismus und Rechtsnormativismus von *Hans Kelsen*, der unmittelbar an der Verwirklichung jenes Modells beteiligt war, das dann in die 1920 verabschiedete österreichische Verfassung mit eingeflossen ist. Er selbst bekleidete ein Richteramt am österreichischen Verfassungsgerichtshof. In Deutschland stieß das von *Kelsen* konzipierte Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht sofort auf einhellige Zustimmung. Der formell-juristischen Herangehensweise *Kelsens* standen die auf dem soziologischen Verständnis des Rechts basierenden Theorien (*Carl Schmitt* und *Rudolf Smend*) gegenüber. Besonders bekannt ist die Diskussion über den „Hüter der Verfassung“, die am Anfang der 1930er Jahre zwischen *Kelsen* und *Schmitt* entflammt war.<sup>48</sup>

*Kelsen* betrachtete das Verfassungsgericht als „Hüter der Verfassung“ sowie als Mittel der Gewährleistung der Normenhierarchie und des Vorrangs der Verfassung vor dem Gesetz durch die Durchsetzung der Normenkontrolle – als ein Gerichtsorgan, das berechtigt ist, eine gesetzliche Norm aufzuheben. Somit könne das Verfassungsgericht als „negativer Gesetzgeber“ auftreten und seiner Entscheidung werde Gesetzesrang zugesprochen. Dementsprechend sah *Kelsen* zwischen dem Gesetz und der Entscheidung des Verfassungsgerichts keinen wesentlichen Unterschied in dem Sinne, dass sowohl das eine als auch das andere ein Rechtsprodukt darstellen, obwohl er die richterliche Entscheidung gleichzeitig als einen Rechtsanwendungsakt betrachtet. Sowohl dem Gesetz als auch der Verfassungsgerichtsentscheidung sprach *Kelsen* einen gewissen politischen Charakter zu: Seiner Auffassung nach vereinten die Entscheidungen des Verfassungsgerichts juristische wie auch politische Züge in sich.<sup>49</sup> Die bahnbrechende Theorie *Kelsens* stieß jedoch auf heftige Kritik wegen der vermeintlichen Verletzung des demokratischen Prinzips, des Vorrangs des Gesetzes, der Gewaltenteilung sowie wegen der angeblichen Verschmelzung von Politik und Recht. *Carl Schmitt* monierte, dass das von *Kelsen* vorgeschlagene Modell nicht verfassungskonform sei und wies dabei auf das Fehlen der demokratischen Legitimation des Verfassungsgerichts hin, um die Funktion des „Hüters der Verfassung“ gewährleisten zu können. Lediglich der Staatspräsident, der die gemeinsame Souveränität des Volkswillens äußere, könne den Anspruch auf diese Rolle erheben. Darauf konterte *Kelsen*, die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle passe durchaus zum Modell der Gewaltenteilung, wenn man diese etwas tiefergehender, und

<sup>47</sup> Ausführlich siehe dazu *Cass R. Sunstein*, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, MA 1999, S. 4-11.

<sup>48</sup> *Carl Schmitt*, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen 1931; *ders.*, 4. Auflage, Berlin 1996; *Hans Kelsen*, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?: Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie*, Berlin 1931.

<sup>49</sup> *Hans Kelsen*, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?: Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie*, Berlin 1931, S. 72f.

zwar vom Blickwinkel der „checks and balances“ her betrachte. Dabei sei das Verfassungsgericht Garant der pluralistischen Demokratie und den Hüter der Verfassung, deren Vorrang es im Rechtsstaat gewährleiste.

Die Stellung des Verfassungsgerichts und der Charakter seiner Tätigkeit im Bereich der Normenkontrolle und des Schutzes der Grundrechte sind nach wie vor Gegenstand heftiger Kontroversen. Besonders aktuell ist die Frage, in welcher Weise das Verfassungsgericht an der Rechtsentwicklung teilnimmt. Die deutschen Autoren sind im Unterschied zu den amerikanischen Verfassungsrechtlern zwar vergleichsweise zurückhaltend in Bezug auf die rechtsetzende Funktion sowie die Gestaltungsfunktion des Bundesverfassungsgerichts; jedoch wird eine dahingehende Ansicht auch hier sowohl in der Theorie als auch in der Praxis vertreten. Neben den oben genannten Positionen von *Jellinek* und *Smends* verdient die Auffassung von *Klaus Schlaich* und *Stefan Korioth* in deren Arbeit „Das Bundesverfassungsgericht“ Aufmerksamkeit:

Wenngleich der vielzitierte Ausspruch des amerikanischen Richters Charles E. Hughes aus dem Jahre 1907 – „The Constitution is what the judges say it is“ – verfassungsdogmatisch falsch ist – ein Verfassungsgericht setzt nicht Verfassungsrecht, - so ist er doch praktisch gesehen richtig.<sup>50</sup>

*Christian Hillgruber* und *Christoph Goos* sprechen dem Bundesverfassungsgericht ebenfalls die Aufgabe zu, die Verfassung zu schützen, zu entwickeln und „nachzugestalten“<sup>51</sup>. Die Verfassung sei Ausgangspunkt und Grundlage der höchstrichterlichen Argumentation, wobei diese Aufgabe nicht immer präzise und eindeutige Entscheidungen zu verfassungsrechtlichen Fragen beinhalte. Das schöpferische Element wird als unabdingbarer Bestandteil der Auslegungsfunktion des Bundesverfassungsgerichts betrachtet. *Konrad Hesse* bemerkt, die Gesetzesauslegung als Anwendung des existierenden Rechts umfasse auch die Bewertung (Erkennung und Abwägung der Werte) sowie gewisse Elemente der Schöpfung, wobei diese in der Verfassungsgerichtsbarkeit im höheren Masse vorhanden seien als in jedem anderen Rechtsbereich.<sup>52</sup> Letztendlich weist eine ganze Reihe deutscher Autoren auf eine direkte Teilnahme des Bundesverfassungsgerichts an der verfassungsrechtlichen Normenschöpfung hin.<sup>53</sup> In Bezug auf die oben genannten Tendenzen in der verfassungsrechtlichen Literatur ist man sich über die Existenz eines gewissen „Spannungsfeldes“ zwischen dem Gesetzgeber und dem Bundesverfassungsgericht uneingeschränkt einig. Es stellt sich die Frage, in welchem Maße die Gefahr einer möglichen Veränderung eines Gesetzes durch die Praxis des Bundesverfassungsgerichts real besteht. Um diese Frage zu beantworten, ist es notwendig die Inhalte der Interpretationstätigkeit des Bundesverfassungsgerichts aufzuzeigen sowie die Natur seiner Entscheidungen im Einzelnen zu analysieren.

Das Bundesverfassungsgericht selbst positioniert sich als Interpret und Hüter der Verfassung, als eine wichtige Instanz bei der Entscheidung der Verfassungsfragen.<sup>54</sup> Dabei

<sup>50</sup> *Klaus Schlaich / Stefan Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 7. Auflage, München 2007, Rn. 475.

<sup>51</sup> *Christian Hillgruber/ Christoph Goos*, Verfassungsprozessrecht, 3. Auflage, Heidelberg 2011, § 5 Rn. 10.

<sup>52</sup> *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1995, Rn. 51, 60; siehe auch: *Klaus Stern*, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, Opladen 1980, S. 20.

<sup>53</sup> *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation: Bestandsaufnahme und Kritik, in: NJW 1976, S. 2089-2099, Fn. 113; siehe auch: *Ernst Benda*, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber im dritten Jahrzehnt des Grundgesetzes, in: DÖV 1979, S. 465, 469, zit. nach: *Klaus Schlaich/Stefan Korioth*, Fn. 50, Rn. 485.

<sup>54</sup> BVerfG 40, 88 (93 ff.), zit. nach: *Schlaich/ Korioth*, Fn. 50, Rn. 485.

tritt es ebenso wie der Gesetzgeber in der Rolle eines authentischen Interpreten des GG auf.<sup>55</sup> Dies zeigt sich in der Formulierung der *tragenden Gründe* (*ratio decidendi*) im *Entscheidungstenor*. Die tragenden Gründe sind dabei als juristische Äußerung im Hinblick auf verfassungsrechtliche Fragen zu charakterisieren, die eine entscheidende, „*tragende*“ Bedeutung für den Entscheidungstenor und für den Ausgang der Sache haben.<sup>56</sup> Ihre Aussonderung aus dem Text der Entscheidung, die auch den Sachverhalt und Beurteilungen anderer, beiläufiger Art (*obiter dicta*) umfasst, stellt ein durchaus schwieriges Unterfangen dar. Aus diesem Grund formuliert das Bundesverfassungsgericht die *Leitsätze* am Anfang seiner Entscheidungen, wobei es auch Fälle gab, in denen den tragenden Gründen der Schlüsselcharakter des ganzen Entscheidungstenors zukam.<sup>57</sup>

Dabei ist man sich über den Grad der Verbindlichkeit der tragenden Gründe nicht einig. Gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG haben die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts verbindlichen Charakter, was von der formellen Seite ihre Unanfechtbarkeit und Unmöglichkeit ihrer Aufhebung und von der materiellen Seite die Gebundenheit aller staatlichen Organe durch den Entscheidungstenor auch außerhalb des Verfahrens bedeutet. Gemäß der herrschenden Meinung ist die Rechtsgültigkeit der Entscheidung durch den Entscheidungstenor objektiv beschränkt. Dabei dienen die Schlüsselargumente, die der Entscheidung zu Grunde liegen, lediglich ihrer Interpretation.<sup>58</sup> Wie die Praxis des Bundesverfassungsgerichts jedoch zeigt, wird den tragenden Gründen ebenfalls ein verbindlicher Charakter beigemessen, sofern diese eine Auslegung des Grundgesetzes beinhalten. Diese Auffassung wird sowohl in der herrschenden Lehrmeinung<sup>59</sup> als auch in der Praxis anderer Gerichte<sup>60</sup> befürwortet. Als Begründung werden die besondere Stellung des Bundesverfassungsgerichts als Interpret des Grundgesetzes sowie die Notwendigkeit der Einhaltung seiner Entscheidungen von Rechts wegen und gemäß dem Grundsatz der Verfassungstreue angeführt. Aus Letzteren lässt sich ferner das Gebot der Respektierung der Verfassungsorgane sowie der Anerkennung ihrer Autorität herleiten.

Gleichzeitig stößt diese Herangehensweise an die Bewertung der tragenden Gründe des Bundesverfassungsgerichts auf heftige Kritik. Man befürchtet eine „*Kanonisierung*“ der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, denen nicht nur Gesetzeskraft, sondern auch Verfassungsrang zugesprochen wird, wobei sich dies nicht aus § 31 BVerfGG ergibt. Danach wird jenen Entscheidungen, welche im Rahmen der Normenkontrolle und der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes getroffen werden, Gesetzeskraft zugesprochen (§ 31 Abs. 2 BVerfGG). In Folge der Behandlung einer Sache hebt das Bundesverfassungsgericht das Gesetz (oder einzelne Bestimmungen) auf oder erklärt es für verfassungsgemäß. Gleichzeitig bedeuten diese Befugnisse des Bundesverfassungsgerichts und die Verleihung der Gesetzeskraft seiner Entscheidungen nicht, dass das Bundesverfassungsgericht und der Gesetzgeber den gleichen Status besitzen. Die

<sup>55</sup> *Schlaich/Korioth*, Fn. 50, Rn. 486.

<sup>56</sup> Ausführlich dazu siehe *Bethge*, in: *Theodor Maunz, Bruno Schmidt-Bleibtreu, Franz Klein, Herbert Bethge*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Loseblatt, 34. Ergänzungslieferung, 2011, § 31 Abs. 1 BVerfGG, Rn. 96.

<sup>57</sup> In seiner Entscheidung zur verfassungsrechtlichen Prüfung des Gesetzes zum Vertrag vom 21. Dezember 1972 zwischen der Bundesrepublik der DDR wies das BVerfG auf den Schlüsselcharakter des ganzen Entscheidungstenors hin.

<sup>58</sup> Siehe beispielsweise *Schlaich/Korioth*, Fn. 50, Rn. 479; *Maunz, Schmidt-Bleibtreu, Klein, Bethge*, Fn. 56, § 31, Rn. 42ff.

<sup>59</sup> *Gregor Kirchhof*, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, in: DVBl., 2011, S. 1069.

<sup>60</sup> *Schlaich/Korioth*, Fn. 50, Rn. 479; siehe dazu auch die Entscheidungen des BVerwG: BVerwGE 73, 263 (268); BVerwGE 77, 258.

verfassungsgerichtliche Bestätigung oder die Aufhebung eines Gesetzes sind nicht vom Blickwinkel der Methoden oder Zielsetzungen, sondern lediglich vom funktionalpolitischen (sachlich-politischen) Standpunkt aus gesehen mit Entscheidungen des Gesetzgebers vergleichbar. Durch die Aufhebung eines Gesetzes stellt das Bundesverfassungsgericht von Gesetzes wegen selbst (*ipso iure*) seine von Anfang existierende Nichtigkeit fest. Damit soll nicht eine „Auswechslung“ des Gesetzgebers bezweckt, sondern Richtsicherheit gewährleistet werden. Die Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts stellt keinen Selbstzweck dar, sondern ein Erfordernis, um die innere Übereinstimmung des normativ-rechtlichen Systems und seiner Hierarchie gewährleisten zu können. Die Charakteristik des Gerichts als „negativer Gesetzgeber“ ist aus diesem Zusammenhang heraus nur bedingt zu beobachten. Im Grunde genommen kann die Rolle des Bundesverfassungsgerichts auf diese Weise nicht interpretiert werden, weil es die Norm nicht abschafft, sondern deren *Nichtigkeit* feststellt. Um das Rechtssystem zu korrigieren, muss dieser Entscheidung Gesetzeskraft verliehen werden, ein Akt, der seine Bindungswirkung (*inter omnes*) auf alle, einschließlich der Bürger, erstreckt.<sup>61</sup> Dementsprechend müssen die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die ein Gesetz aufheben oder seine Verfassungsmäßigkeit bejahen, auch im Bundesgesetzblatt veröffentlicht werden. Somit gilt die Verbindlichkeit von der objektiven Seite für alle staatlichen Organe oder, wenn es um seine Gesetzeskraft geht, für alle Subjekte einschließlich der Bürger.

Was den Gesetzgeber angeht, so interpretiert das Bundesverfassungsgericht den Grad der Verbindlichkeit seiner Entscheidungen – sowohl durch den Tenor als auch durch die tragenden Gründe – nicht eindeutig. Einerseits leitet das Bundesverfassungsgericht aus dem Prinzip der Verfassungstreue das Verbot einer wiederholten Erlassung einer Norm her, welche bereits für verfassungswidrig erklärt wurde. Andererseits schließt das Gericht selbst die Freiheit des Gesetzgebers bei der Wahl der Modalitäten der rechtlichen Regelung und sogar eine mögliche Rückkehr zu einer Option, die vormals als verfassungswidrig abgelehnt wurde, nicht aus.<sup>62</sup>

Die Entspannung des Verhältnisses zwischen der Legislative und dem Bundesverfassungsgericht sowie die Vermeidung von Kollisionen, die mit Verstößen gegen das Gewaltenteilungsprinzip verbunden sind, werden ermöglicht durch das richtige Verständnis der Stellung des Bundesverfassungsgerichts im System der Verfassungsorgane sowie eine adäquate Wahl der Methoden der verfassungsgerichtlichen Tätigkeit. Um die damit verbundenen methodologischen Besonderheiten zu ergründen, bedarf es der Klärung folgender Punkte:

1. Das Verhältnis von Politik und Recht in Bezug auf die Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts;

<sup>61</sup> § 31 BVerfGG unterscheidet zwischen Entscheidungen nach dem Grad ihrer Verbindlichkeit: 1) die Rechtskraft haben und für alle Staatsorgane verbindlich sind, und 2) solche Entscheidungen, die Gesetzeskraft haben.

<sup>62</sup> In diesem Zusammenhang ist die unterschiedliche Verbindlichkeit der Entscheidungen des BVerfG für den Gesetzgeber bemerkenswert, die vom ersten bzw. zweiten Senat des BVerfG gefasst wurden. Der zweite Senat verteidigte die Verbindlichkeit der Entscheidungen des BVerfG über die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes in Bezug auf die Gebundenheit des Gesetzgebers auch unter anderem an die Schlüsselgründe des Entscheidungstenors und die Unzulässigkeit eines Bundesgesetzes desselben Inhaltes (BVerfGE 1, 14 (15), Leitsatz Nr. 5). Der erste Senat war demgegenüber anderer Meinung: Demnach sei der Gesetzgeber an die Präjudiz des BVerfG nicht gebunden und lasse sich lediglich durch die Verfassungsordnung leiten und müsse in seiner gesetzgeberischen Tätigkeit den sozialen Anforderungen entsprechen. Somit lasse sich die Verabschiedung eines Gesetzes, welches bereits für verfassungswidrig erklärt wurde, nicht ausschließen (ausführlich siehe dazu: *Schlaich/Korioth*, Fn. 50, Rn. 483-484).

2. Das Konzept der Selbstbeschränkung im deutschen Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit;
3. Die Einheitlichkeit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung und deren Weiterentwicklung.

## 1. Das Verhältnis von Politik und Recht im Lichte höchstrichterlicher Rechtsprechung

Die Frage nach dem Verhältnis von Politik und Recht steht traditionsgemäß im Mittelpunkt der Diskussion über das Wesen des Bundesverfassungsgerichts.<sup>63</sup> Das Problem besteht darin, dass die vom Bundesverfassungsgericht zu entscheidenden verfassungsrechtlichen Fragen immer politischer Natur sind und vom Gericht in rechtliche Bahnen gelenkt werden. Die Abgrenzung der Politik vom Recht stellt ein nicht einfaches Unterfangen dar. Im Grunde genommen lassen sich die Fragen, mit denen sich der Gesetzgeber und das Bundesverfassungsgericht auseinandersetzen, schwer auseinanderhalten – sie unterscheiden sich lediglich der Form nach. Bei ihrer Lösung ist ebenfalls zu differenzieren. Wenn der Gesetzgeber aus einer politischen Zielsetzung heraus handelt, hat das Bundesverfassungsgericht die politischen Fragen vom rechtlichen Standpunkt aus zu bewerten. Wie *Gerhard Leibholz* hervorhebt, entsteht eine gewisse Spannung zwischen Recht und Politik, in der das Recht durch eine gewisse Statik und Rationalität gekennzeichnet ist, während sich die Politik durch Dynamik und Irrationalität auszeichnet. Das Recht orientiert sich demnach an der Aufrechterhaltung des *status quo*, die Politik hingegen an Erneuerung und Veränderung.<sup>64</sup>

Die Methoden der Entscheidungsfindung unterscheiden sich ebenfalls. Der Gesetzgeber bewegt sich im politischen Prozess, setzt Ziele und Interessen durch, um das Gemeinwohl zu erreichen. Das Gericht löst demgegenüber strittige Fragen auf Grund der Verfassungsprinzipien und wendet dabei keine Argumente an, die sich aus den jeweiligen Interessen ergeben, sondern Regeln der Logik. Eine vom Standpunkt des Rechts getroffene Entscheidung erkennt das als richtig an, was rational begründet und einer Kontrolle unterzogen werden kann. Die Begründung der Gerichtsentscheidung durch das Gesetz schließt jedoch das schöpferische Element im Rahmen der Auslegungstätigkeit des Gerichts nicht aus. Jegliche bewertende Schlussfolgerung des Verfassungsgerichts muss aus dem geltenden Recht entwickelt werden, in diesem Sinne objektiv sein, wobei die Argumentation schlüssig sein muss.<sup>65</sup> Aufgrund dieser Herangehensweise werden Recht und Politik in Bezug auf denselben Gegenstand angewendet, obwohl sie unterschiedliche Ausgangspunkte haben. Deren Koexistenz und Balance sind Unterpfand der Verfassungsmäßigkeit des Staates.<sup>66</sup>

Gleichzeitig findet das amerikanische Konzept, nicht über politische Fragen zu entscheiden sowie die Selbstbeschränkung des Gerichts (*political question doctrine*), sowohl in der deutschen verfassungsrechtlichen Praxis als auch in der Lehre keine Unter-

<sup>63</sup> *Michael Piazolo*, Fn. 43, S. 243-257.

<sup>64</sup> *Gerhard Leibholz*, Das Bundesverfassungsgericht im Schnittpunkt von Politik und Recht, in: DVBl. 1974, S. 396 ff.

<sup>65</sup> *Karl Reinhard Hinkel*, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik – eine historische Betrachtung, Herford 1984, S. 20.

<sup>66</sup> *Görg Haverkate*, Gewissheitsverluste im juristischen Denken – zur politischen Funktion der juristischen Methode, Berlin 1977, S. 226.

stützung.<sup>67</sup> Die deutschen Autoren sind der Auffassung, dass diese Herangehensweise mit dem Grundgesetz nicht vereinbar sei, weil dieses die formale Kompetenzabgrenzung zwischen den Verfassungsorganen sowie das Rechtsstaatsprinzip als Grundsatz der Gebundenheit der Legislative an die Verfassungsordnung und der anderen Gewalten an Gesetz und Recht postuliere. Dementsprechend habe das Bundesverfassungsgericht die Einhaltung dieses Grundsatzes durch die anderen Subjekte zu prüfen. Dieses besitze im Gegensatz zum amerikanischen Supreme Court keinen Ermessungsspielraum im Rahmen des Zulassungsverfahrens.<sup>68</sup> Außerdem weisen die Kritiker der *political question doctrine* zu Recht darauf hin, dass die Bewertung der Frage als politisch und nicht rechtlich schon Politik an sich darstelle; dementsprechend beinhalte auch die in diesen Rahmen angenommene Unzulässigkeit einer Klage eine politische Bewertung. Das sei im Grunde ein Ausweichen vor der rechtlichen Behandlung schwieriger politischer Fragen ohne jegliche juristische Begründung bereits bei der Bewertung der Zulassungsvoraussetzungen.

In Anbetracht der dem Bundesverfassungsgericht auferlegten Befugnisse hat dieses auch den politischen Streit zu behandeln, der für das Gericht vor allem eine verfassungsrechtliche Frage darstellt und anhand der ihm zu Verfügung stehenden Mittel gelöst werden muss. Soweit eine Verfassungsstreitigkeit vorliegt, kann die Lösung dieser Frage nur von einem entsprechenden berechtigten Antragsteller initiiert werden. Gleichzeitig ist eine gewisse Tendenz der Politisierung der Verfassungsgerichtsbarkeit zu beobachten. Dies führt seinerseits zu einer „Juridisierung der Politik“ – ein umgekehrter Prozess, der bereits in der Vergangenheit gewisse Befürchtungen bei *Carl Schmitt* hervorrief.<sup>69</sup> Wie in der deutschen Literatur betont wird, verstecken sich die Politiker hinter allgemeinen Formulierungen, welche zur Entstehung verfassungsrechtlicher Diskussionen beitragen, wenn sie nicht den erforderlichen Mut aufbringen, eine klare Entscheidung zu treffen.

Der Gesetzgeber und die politische Führung delegieren somit immer mehr derartige Fragen, die von ihnen selbst gelöst werden könnten.<sup>70</sup> *Michael Klöpfer* weist darauf hin, dass die grundlegenden politischen Auseinandersetzungen in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts eben auf diese Weise gelöst würden.<sup>71</sup> Außerdem legt das Bundesverfassungsgericht sowohl seine Kompetenz als auch das Grundgesetz im Allgemeinen extensiv aus. Zu diesen „politischen Entscheidungen“ zählen beispielsweise jene Entscheidungen zu den Differenzen in Bezug auf den Auslandseinsatz der Bundeswehr,<sup>72</sup> zum Grad der Integration der Bundesrepublik in der EU<sup>73</sup> und der Korrelation zwischen der deutschen Rechtsprechung und der des EGMR,<sup>74</sup> zur Verfassungsmäßigkeit der Beziehungen zwischen der Bundesrepublik und der DDR<sup>75</sup> sowie zur deutschen Wiederver-

<sup>67</sup> *Peter Häberle*, Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, Darmstadt 1976, S. 22.

<sup>68</sup> *Michael Piazolo*, Fn. 43, S. 248.

<sup>69</sup> *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 8. Auflage, München/Leipzig 1993 (1928), S. 118.

<sup>70</sup> Siehe *Klaus Stern*, Fn. 52, S. 30.

<sup>71</sup> *Michael Klöpfer*, Verfassungsrecht, Bd. 1, München 2011, S. 637-638, Rn. 21-22; ein Überblick über die historisch für die Bundesrepublik bedeutenden Entscheidungen des BVerfG findet sich auch bei: *Uwe Wesel*, Der Gang nach Karlsruhe: Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik, München 2004.

<sup>72</sup> BVerfGE 88, 173 (174 ff.); BVerfGE, 90, 286 ff.

<sup>73</sup> BVerfGE 123, 267 ff.; BVerfGE 89, 155 (157 ff.); BVerfGE 37, 271 (280); BVerfGE 73, 339 (387); BVerfGE 102, 147 (160 ff.); BVerfGE 97, 350 ff.

<sup>74</sup> BVerfGE 111, 307 (315 ff.).

<sup>75</sup> BVerfGE 36, 1(13 ff.).

einigungen und deren Folgen.<sup>76</sup> In den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts spiegeln sich beispielsweise die Kontroversen über die strafrechtliche Verfolgung von Abtreibungen,<sup>77</sup> die ehemaligen Mitarbeiter der Staatssicherheit<sup>78</sup> sowie über die Anwendung religiöser Symbole in öffentlichen Einrichtungen wider.<sup>79</sup> Außerdem entschied das Gericht über solche Fragen wie die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Grundversicherung für Arbeitssuchende (sog. Hartz IV),<sup>80</sup> den rechtlichen Status der Parteien<sup>81</sup> und deren Verbot,<sup>82</sup> die Volksbefragung,<sup>83</sup> den Länderfinanzausgleich,<sup>84</sup> die Aufklärungsarbeit der Bundesregierung,<sup>85</sup> die vorzeitige Auflösung des Bundestages,<sup>86</sup> das Wahlrecht,<sup>87</sup> das Zuwanderungsgesetz<sup>88</sup> sowie über die Ökosteuer.<sup>89</sup>

Nach Klöpfers Ansicht könne trotz eines breiten Kreises politischer Angelegenheiten, die sich im Bahnkreis der Verfassungsgerichtsbarkeit befinden, keine Rede von einer „Juridisierung der Politik“ sein.<sup>90</sup> Die Diskussion darüber, ob diese Ausdehnung der verfassungsgerichtlichen Tätigkeit der Vorstellung der Gründer der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit entspricht, ist nicht unbegründet. Das Bundesverfassungsgericht wendet zwar nicht die gesetzgeberische, sondern die rechtssprechende Methode an und muss die Entscheidungen im Rahmen des Verfassungsrechts treffen, sich an den Maßstäben des Grundgesetzes orientieren und darf dabei keine politischen Ziele verfolgen. Das Gericht kann häufig aber der „Verlockung“ nicht widerstehen und berücksichtigt politische Zielsetzungen. Dementsprechend spiegeln sich in den höchstrichterlichen Entscheidungen durchaus Konzepte gesetzgeberischer Entwicklungen wider, um künftige Konflikte, beispielsweise im Steuerrecht, zu vermeiden.<sup>91</sup> Die Dominanz des Bundesverfassungsgerichts bei der Lösung politischer Fragen führt zu einer Schwächung der demokratischen Elemente des Grundgesetzes, die mit der Formierung der politischen Willensfreiheit „von unten nach oben“ (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG) verbunden sind. Insoweit bietet die Verfassung ein Gegengewicht gegenüber der Politik.

Dabei verfügt der Gesetzgeber über Mittel, die das Bundesverfassungsgericht beschränken können: 1) Die Einschränkung der Auslegungsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts durch die Einführung neuer detaillierter Bestimmungen in den Verfassungstext oder in den Text des BVerfGG, die seine Kompetenz definieren; 2) parteipoli-

<sup>76</sup> BVerfGE 84, 90 ff.; BVerfGE 84, 133 ff.; BVerfGE 94, 12 ff.

<sup>77</sup> BVerfGE 39, 1 ff.; BVerfGE 88, 203 ff.

<sup>78</sup> BVerfGE 92, 277 ff.

<sup>79</sup> BVerfGE 93, 1 ff.

<sup>80</sup> BVerfGE, in: NJW 2010, 505 ff.

<sup>81</sup> BVerfGE 20, 56 ff.; BVerfGE 73, 40 ff.; BVerfGE 85, 264 ff.; BVerfGE 91, 262 ff.; BVerfGE 91, 276 ff.; BVerfGE 99, 69 ff.; BVerfGE 111, 54 ff.

<sup>82</sup> BVerfGE 20, 56 ff.

<sup>83</sup> BVerfGE 8, 104 ff.; BVerfGE 8, 122 ff.

<sup>84</sup> BVerfGE 72, 330 ff.; BVerfGE 86, 148 ff.; BVerfGE 101, 158 ff.

<sup>85</sup> BVerfGE 105, 252 ff.; BVerfGE 105, 279 ff.

<sup>86</sup> BVerfGE 62, 1 ff.; BVerfGE 114, 121 ff.

<sup>87</sup> BVerfGE 79, 169 ff.; BVerfGE 95, 335 ff., wie auch 95, 408 ff.; BVerfGE 123, 39 ff.

<sup>88</sup> BVerfGE 106, 310 ff.

<sup>89</sup> BVerfGE 110, 274 ff.; zu weiteren Beispielen politisch bedeutender Entscheidungen siehe *Hartmut Maurer*, Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 6. Auflage, München 2010, S. 627 - 628.

<sup>90</sup> *Michael Klöpfer*, Fn. 71, S. 638, Rn. 23.

<sup>91</sup> Ausführlich siehe dazu *Schlaich/Korioth*, Fn. 50, Rn. 439.

tischen Einfluss auf die Wahl der Bundesverfassungsrichter; 3) das Bestreiten oder die Nichtumsetzung der Entscheidungen (hier geht es um den Verlust der politischen Bedeutung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts).

Bei der Frage der Verfassungsmäßigkeit einzelner Vorschriften des Vermögenssteuergesetzes hielt sich das Bundesverfassungsgericht in der Frage der Nichtigkeitserklärung ab dem Zeitpunkt der Entscheidungsfindung zurück, obwohl es die Verfassungswidrigkeit der Vorschriften konstatiert hatte. Dabei setzte das Gericht eine angemessene Frist, bis zu deren Ablauf die bisherige Steuererhebung beibehalten wurde.<sup>92</sup> Somit forderte das Gericht den Gesetzgeber heraus und wies dabei auf die Notwendigkeit der Reformierung der Gesetzgebung im Vermögensteuerbereich hin. Diese Herausforderung wurde jedoch vom Gesetzgeber nicht angenommen, der das Gesetz weder aufhob noch änderte: Nach Ablauf der festgelegten Frist wurde die Anwendung des Vermögenssteuergesetzes schlichtweg ausgesetzt. Der Grad der Gebundenheit des Gesetzgebers ist somit nicht allzu groß, da dies andernfalls eine Anerkennung der präventiven Normenkontrolle bedeuten würde.<sup>93</sup>

Die faktische politische Relevanz der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts hängt von zwei Voraussetzungen ab: einerseits von der Anrufung des Gerichts durch die Beschwerdeberechtigten (und dementsprechend von der Möglichkeit, die jeweilige politische Frage vom rechtlichen Standpunkt aus zu behandeln); andererseits von der Anerkennung und Ausführung dieser Entscheidungen durch die ansonsten Betroffenen. Die Macht des Bundesverfassungsgerichts basiert auf der Überzeugungskraft seiner Entscheidungen sowie auf der Autorität des Grundgesetzes. Problematisch sind solche Entscheidungen, die durch das Bestreben, alle „Parteien zufrieden zu stellen“, motiviert sind, sowie Entscheidungen mit Kompromisscharakter. Folglich erscheinen derartige Entscheidungen in rechtlicher Hinsicht wenig überzeugend.<sup>94</sup>

## 2. Das Konzept der Selbstbeschränkung im deutschen Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit

Die Idee der Selbstbeschränkung wird von deutschen Autoren als ein Mittel der Entspannung des Verhältnisses zwischen Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit beziehungsweise zwischen dem Gesetzgeber und dem Bundesverfassungsgericht betrachtet.<sup>95</sup> Die amerikanische Theorie des *judicial self-restraint* wird in der deutschen Lehre eher kritisch bewertet: Die Selbstbeschränkung im Sinne der *Selbstermächtigung* des Bundesverfassungsgerichts wird als Widerspruch zum Rechtsstaatsprinzip angesehen. Die Zurückhaltung bei Vorliegen entsprechender Befugnisse, eine Entscheidung zu treffen, stelle für das Bundesverfassungsgericht eine Verletzung seiner Kompetenz dar. Darüber hinaus sei seine „Selbstbeschränkung“ im Grunde genommen eine Beschränkung durch die richterliche Rechtskontrolle im Rahmen der Verfassung.<sup>96</sup>

<sup>92</sup> BVerfGE 93, 121 (148 ff.).

<sup>93</sup> *Schlaich/Korioth*, Fn. 50, Rn. 439.

<sup>94</sup> Siehe ausführlich *Hartmut Maurer*, Fn. 89, S. 626-627.

<sup>95</sup> *Michael Klöpfer*, Fn. 71, Rn. 26-30.

<sup>96</sup> *Dietrich Murswiek*, Der Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolle staatlicher Öffentlichkeitsarbeit. Zum Grundsatz des „judicial self-restraint“, in: DÖV 1982, S. 529-541; *Schlaich/Korioth*, Fn. 50, Rn. 505.

Das Konzept der Selbstbeschränkung des Bundesverfassungsgerichts kommt vor allem im *Gebot der verfassungskonformen Auslegung* zum Tragen, das bereits in der frühen Praxis des Bundesverfassungsgerichts entwickelt wurde. Die Mehrdeutigkeit des Gesetzeswortlautes ist Voraussetzung für die Anwendung dieses Prinzips. Dies erlaubt es dem Bundesverfassungsgericht festzustellen, inwieweit ein Gesetz dem mit dem Grundgesetz vereinbar ist. So wird die Verfassungsauslegung bevorzugt, nach der das Gesetz weiter angewendet werden kann. Das betreffende Gesetz ist somit sowohl für den Gesetzgeber als auch für den Rechtsanwender zwingend.

Im Vergleich zur verfassungskonformen Auslegung eines Gesetzes stellt die *verfassungsorientierte Auslegung* eine andere Art der Gesetzesinterpretation dar. Dabei geht es um den Geist der Verfassung mit Rücksicht auf den Prozess der Interpretation der Grundrechte.<sup>97</sup> Die verfassungsorientierte Auslegung ergibt sich aus dem allumfassenden, vieldimensionalen Charakter der Grundrechte sowie aus deren Bindung an die objektiv-rechtlichen Prinzipien. In dem methodologisch grundlegenden *Lüth-Urteil* wird dieses Phänomen beschrieben: Danach muss das Grundgesetz „[...] als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse“.<sup>98</sup>

Zugleich ist die Verfassungsauslegung kein Selbstzweck und hat Grenzen. Diese Grenzen hat das Bundesverfassungsgericht selbst durch die Vereinheitlichung seiner bisherigen Rechtsprechung<sup>99</sup> folgendermaßen definiert:

- Die Verfassungsauslegung muss sich an den Wortlaut des Gesetzes halten;
- Die grundlegenden gesetzgeberischen Entscheidungen, Werte und die mit ihnen verbundenen Ziele des Gesetzes dürfen nicht ausgehöhlt werden: Dies bedeutet insbesondere, dass einem eindeutigen Gesetzesakt auf keinen Fall ein Gegensinn verliehen werden darf (ein eindeutiger Gesetzesakt schließt die Möglichkeit verfassungsrechtlicher Auslegung aus); das Ziel des Gesetzes darf nicht ersetzt werden. Ein Verstoß gegen die genannten Regeln bedeutet unter entsprechenden Bedingungen eine größere Beschränkung der Freiheit des Gesetzgebers als eine Anerkennung des Gesetzes als verfassungswidrig. Somit geht das Ziel des Konzeptes der Selbstbeschränkung des Bundesverfassungsgerichts gegenüber dem Gesetzgeber unter.

### 3. Einheitlichkeit der verfassungsgerichtlichen

#### Rechtsprechung und ihre Weiterentwicklung

Das Prinzip der Bindung der Verfassungsorgane an Recht und Gesetz, das in Art. 20 Abs. 3 GG verankert ist, gilt auch für das Bundesverfassungsgericht. Aus diesem Prinzip lässt sich das Gebot der Gewährleistung der Einheitlichkeit und Stabilität der Rechtsprechung sowie die Bindung des Gerichts an seine eigenen Entscheidungen herleiten. Zugleich ist diese Bindung nicht absoluter Natur. Das Gebot der Einheitlichkeit der Rechtsprechung ist kein Selbstzweck. Es darf nicht zu Zementierung und absoluter Unveränderlichkeit führen. Sowohl in der Lehre als auch in der Spruchpraxis des Bundesverfas-

<sup>97</sup> Horst Dreier, Grundrechtsdurchgriff contra Gesetzesbindung? Exemplarische Betrachtungen zum Verhältnis von Verfassungs- und Verwaltungsrecht anhand der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: Die Verwaltung, 36 Jg., 2003, S. 105-136, S. 111f.; siehe auch: Schlaich/Korioth, Fn. 50, Rn. 439.

<sup>98</sup> BVerfGE 7, 198 (205).

<sup>99</sup> BVerfGE 54, 277 (299); 71, 81 (105).

sungsgerichts wird die Abweichung von früheren Entscheidungen und deren rechtlichen Begründungen durchaus zugelassen. Solche Abweichungen sind in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verhältnismäßig selten anzutreffen: *Thomas Lundmark* führte 1997 eine Analyse von 3.500 veröffentlichten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in dessen (zum damaligen Zeitpunkt) 46-jährigen Geschichte durch. Dabei ermittelte er in nur vierzehn Fällen Abweichungen von der früheren Rechtsprechung.<sup>100</sup> Manchmal weist das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung unmittelbar auf die Abweichung von einem früheren Standpunkt hin. Beispielsweise wich das Gericht von seiner früheren Position in der Entscheidung zur Parteienfinanzierung ab und erkannte die Staatsfinanzierung der politischen Parteien neben der Wahlkampfkostenersatzung nunmehr als verfassungskonform an.<sup>101</sup>

Die Notwendigkeit der Korrekturregelung der in den Entscheidungen enthaltenen Schlussfolgerungen und deren rechtlichen Begründungen sowie auch die Gefahr möglicher Konflikte zwischen Standpunkten in verschiedenen Entscheidungen sind durch die durchaus komplizierte Struktur des Bundesverfassungsgerichts sowie durch die Vielschichtigkeit seiner Tätigkeitsformen bedingt. Die wichtigste organisatorisch-rechtliche Einheit sind die Senate (§ 2 Abs. 1 BVerfGG), die mit bestimmten Einschränkungen als analog zu den bis vor wenigen Jahren existierenden Kammern (*palata*) des russischen Verfassungsgerichts anzusehen sind. Ihre Kompetenzabgrenzung ist zugleich die wesentliche Besonderheit der Senate von Anfang an (seit Inkrafttreten des § 14 BVerfGG). Der Erste Senat befasst sich mit Grundrechtsstreitigkeiten, während der Zweite Senat auf Streitigkeiten im Bereich des Staatsorganisationsrechts spezialisiert ist. Neben Senatssitzungen können auch Plenarsitzungen durchgeführt werden. Diese dienen der Gewährleistung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung beider Senate. Auf den Plenarsitzungen werden endgültige und zwingende Entscheidungen getroffen, wobei das Plenum keine zusätzliche Instanz zu Entscheidungen des Ersten oder des Zweiten Senats darstellt. Unter Beachtung der vom Gesetz vorgeschriebenen Kompetenzabgrenzung erscheint die Gefahr eines Konflikts vom rechtlichen Standpunkt aus relativ gering. Auf Grund der gesetzgeberischen Korrektur des ursprünglichen Konzepts der Spezialisierung der Senate stieg die Wahrscheinlichkeit solcher Konflikte indes an. Gemäß § 14 Abs. 4 BVerfGG wurde dem Plenum die Befugnis eingeräumt, Fälle im Interesse der gleichmäßigen Arbeitsbelastung der Senate zwischen diesen zu verteilen; damit wurde von der vom Gesetzgeber ursprünglich vorgeschriebenen Kompetenzaufteilung abgewichen. Dementsprechend ist derzeit die Situation nicht ausgeschlossen, dass sich beide Senate mit Sachverhalten derselben Kategorie befassen müssen. Darüber hinaus erhöht sich die Gefahr der rechtlichen Kollisionen in dem Maße, wie auch die Rolle des Plenums als Garant der Einheitlichkeit der Rechtsprechung geschwächt wird.<sup>102</sup>

Die Regelung zu einer möglichen Abweichung des Bundesverfassungsgerichts von einem vormals festgelegten rechtlichen Standpunkt ist in § 16 BVerfGG geregelt: „*Will ein Senat in einer Rechtsfrage von der in einer Entscheidung des anderen Senats enthaltenen Rechtsauffassung abweichen, so entscheidet darüber das Plenum des Bundesverfassungsgerichts*“. § 48 Geschäftsordnung BVerfG<sup>103</sup> konkretisiert diese Situation mit dem Hinweis auf die Pflicht des Senats im Falle einer Abweichung von der jeweiligen

<sup>100</sup> *Thomas Lundmark*, *Stare decisis* vor dem Bundesverfassungsgericht, in: *Rechtstheorie*, 28. Jahrgang, 1997, H.3, S. 315-345, S. 327.

<sup>101</sup> BVerfGE 85, 264 ff.

<sup>102</sup> Siehe dazu *Maunz, Schmidt-Bleibtreu, Klein, Bethge*, Fn. 56, Kommentar zu § 13 d BVerfGG.

<sup>103</sup> Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts vom 15.12.1986 (BGBl. I, S. 2529), mit aktuellen Änderungen: Art. 1 Bek. vom 07.01.2002 (BGBl. I, S. 1171).

Rechtsfrage, die vom anderen Senat oder vom Plenum zugelassen wurde, das Plenum anzurufen. Daraus ergeben sich im Einzelfall jedoch unterschiedlichste Probleme:

1. Was ist in diesem Fall unter „Rechtsauffassung“ zu verstehen? Die Mehrheit der Autoren ist der Auffassung, dass es sich hier um eine rechtliche Begründung des Bundesverfassungsgerichts im Sinne einer "nachhaltigen Gerichtspraxis" handelt sowie um Meinungen, die eine Schlüsselbedeutung für die Sachentscheidung haben.<sup>104</sup> Kündigt ein Senat auf Anfrage förmlich an, auf seiner rechtlichen, zu revidierenden Position nicht zu bestehen, was bedeuten soll, dass der Senat diese Position nicht als eine nachhaltige Gerichtspraxis betrachtet, wird das Plenum nicht einberufen.

2. Im Fall von Differenzen zwischen den Senaten in Bezug auf die Bewertung der Bedeutung der erklärten Auffassung hat eigentlich das Plenum zu entscheiden, ob diese eine "Schlüsselbedeutung" hat. Wenn man jedoch dem Wortlaut der Geschäftsordnung folgt, ist das Plenum ausschließlich auf Initiative des Senats, der von der Auffassung des anderen Senats abweichen will, anzurufen.

Auf die genannten Probleme und Kollisionen sind die vergleichsweise sehr seltenen Fälle von Abweichungen von früheren Rechtsauffassungen zurückzuführen.<sup>105</sup> Ein anderer Fall liegt vor, wenn der abweichende Senat eine entsprechende Behandlung der möglichen Abweichung durch das Plenum nicht initiiert, sondern diese Frage selbstständig löst. Um die genannten Kollisionen zu überwinden, erscheint es gerecht und durchaus logisch, einen Vorschlag über eine weitere Auslegung des § 16 Abs. 1 BVerfGG einzubringen, weil diese Norm den Kreis der Subjekte, die berechtigt sind, das Plenum in Bezug auf eine mögliche Abweichung vom Standpunkt eines Senats anzurufen, nicht nennt. Dem Wortlaut, dem Sinn und dem Zweck dieser Norm entspricht auch das Recht des anderen Senats, das Plenum präventiv anzurufen, bevor der erste Senat seine Entscheidung getroffen hat, wenn Gefahr und Gründe vorliegen, dass der erste Senat während des Verfahrens diese Gesetzesregelung ignoriert.<sup>106</sup> Gleichzeitig bedürfte die genannte Auslegung des BVerfGG ebenfalls einer Novellierung des § 48 Geschäftsordnung BVerfG.

Ungeachtet mancher hier genannter Probleme erscheint der in Deutschland ausgearbeitete Mechanismus der Korrektur der rechtlichen Begründungen des Bundesverfassungsgerichts als eine durchaus effektive Garantie der Stabilität und Einheitlichkeit der Rechtsprechung. Abweichungen sind zwar möglich, können jedoch ausschließlich unter der Beachtung bestimmter Regeln und unter Anwendung der ausgearbeiteten Methodologie der Verfassungsauslegung vollzogen werden.

<sup>104</sup> Diese Meinung wird jedoch nicht von allen Verfassungsrechtlern geteilt. Beispielsweise sind gemäß dem BVerfGG-Kommentar von *Hans Lechner* und *Rüdiger Zuck* auch alle anderen Rechtsauffassungen, auch subsidiären Charakters (*kumulative Entscheidungsgründe, Hilfsbegründungen, obiter dicta*), die sowohl den Entscheidungstenor als auch die Entscheidungsgründe beeinflussen, zu jenen rechtlichen Standpunkten zu zählen, deren Abweichungen ausschließlich auf Grund einer Plenumsentscheidung zu vollziehen seien. – *Hans Lechner, Rüdiger Zuck, Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Kommentar*, 6. Auflage, München 2011, S. 147-148.

<sup>105</sup> Bei *Theodor Maunz*, Fn. 56, § 16 Abs. 1 BVerfGG, Rn. 4, werden drei dieser Fälle genannt: BVerfGE 4, 27 (Plenarbeschluss vom 20.7.1954 – 1 PBvU 1/54), BVerfGE 54, 277 (Plenarbeschluss vom 11.6.1980 – 1 PBvU 1/79), BVerfGE 95, 322 (Plenarbeschluss vom 8.4.1997 – 1 PBvU 1/95).

<sup>106</sup> Siehe z.B. *Adolf Laufs*, Schädliche Geburten – und kein Ende, in: NJW 1998, H.12, S. 796; *Rolf Stürmer*, Das Bundesverfassungsgericht und das frühe menschliche Leben: Schadensdogmatik als Ausformung humaner Rechtskultur?, in: JZ 1998, S. 317-330 (327 ff.).

## Rechtsschöpfung des Verfassungsgerichts der Russischen Föderation im rechtsvergleichenden Kontext

Vergleicht man das Verhältnis der rechtsschützenden und rechtsgestaltenden Tätigkeit der Verfassungsgerichte nach dem amerikanischen, deutschen und russischen Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit, lässt sich eine gewisse Universalität des Problems der notwendigen Balance zwischen diesen Elementen feststellen. Das russische Modell ähnelt zwar der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit und ist im Wesentlichen nach deutschem Muster aufgebaut, tendiert jedoch, was die rechtsschöpfende Tätigkeit angeht, zum amerikanischen Modell.<sup>107</sup>

Dies zeigt sich in erster Linie bei der Bewertung der Entscheidungen des russischen Verfassungsgerichts und der darin enthaltenen Rechtspositionen sowohl in der russischen Lehre als auch in der Rechtsprechung.<sup>108</sup> Die russischen Verfassungsrechtler erkennen einhellig die normative Bedeutung der Entscheidungen des Verfassungsgerichts wie auch seiner Rechtsauffassungen an. Wie *Nikolaj Bondar* betont, sind die Entscheidungen des Gerichts normativ-rechtliche Grundlage für die Bildung eines „richterlichen Konstitutionalismus“,<sup>109</sup> einer besonderen Art von Akten *rechtssetzenden Charakters*,<sup>110</sup> wobei die Ausarbeitung der Rechtsauffassungen und die Überwindung verfassungsrechtlicher Unklarheit eine spezifische Form der gesetzgebenden Tätigkeit des Verfassungsgerichts darstelle.<sup>111</sup>

Den normativen Charakter seiner Entscheidungen und der darin enthaltenen Rechtsauffassungen (*pravovye pozicii*) hob das Verfassungsgericht selbst hervor. In seinem Urteil vom 16. Juni 1998 (Az 19-P) wies es unter anderem auf Folgendes hin:

Die Entscheidungen des Verfassungsgerichts der Russischen Föderation, in deren Ergebnis verfassungswidrige Normativekte ihre Rechtskraft verlieren, besitzen den gleichen zeitlichen, räumlichen und personenbezogenen Wirkungsbereich wie die Entscheidungen eines gesetzgebenden Organs, und folgerichtig die gleiche Bedeutung wie Normativekte, eine Wirkung, die die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte und der Wirtschaftsgerichte nicht hat.<sup>112</sup>

Etwas später, am 8. Oktober 1998, wurde diese "normative" Eigenschaft im Beschluss Az 118-O auch auf die Rechtsauffassungen des Verfassungsgerichts ausgedehnt: Die In-

<sup>107</sup> Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Auffassung des Präsidenten des Obersten Wirtschaftsgerichts *Anton Ivanov*, dass sich das russische Gerichtssystem vom Standpunkt der Dichotomie „Präjudiz – Nicht-Präjudiz“ aus auf halbem Wege zum endgültigen Übergang zum Präzedenzsystem befinde; siehe hierzu im Einzelnen den entsprechenden Vortrag von *Anton Ivanov* auf der 3. Senatslesung (<http://ksrf.ru/Info/Reading/Pages/PerformanceIvanov.aspx>).

<sup>108</sup> Es ist darauf hinzuweisen, dass die Entwicklung der normativen Bedeutung von Rechtsauffassungen des russischen Verfassungsgerichts sowie des Präzedenzsystems sowohl in der Theorie als auch in der verfassungsgerichtlichen Praxis einhergeht mit dem Fehlen einer klaren gesetzgeberischen Definition der Inhalte wie auch deren juristischer Bedeutung (vgl. Art. 29 und Art. 79 Abs. 5 Föderales Verfassungsgesetz Nr. 1-FKZ vom 21.7.1994 „Über das Verfassungsgericht der Russischen Föderation“ – im Folgenden: VerfGG RF).

<sup>109</sup> *Nikolaj Bondar*, *Sudebnyj konstitucionalizm v Rossii v svete konstitucionnogo pravosudija* (Der russische gerichtliche Konstitutionalismus in Russland im Lichte der Verfassungsgerichtsbarkeit), Moskau 2011, S. 108.

<sup>110</sup> *Nikolaj Bondar*, Fn. 109, S. 118.

<sup>111</sup> *Nikolaj Bondar*, Fn. 109, S. 131.

<sup>112</sup> Abs. 1 Satz 1 der Begründung des Urteils des VerfG Az 19-P vom 16.7.1998 über die Auslegung einzelner Vorschriften in den Art. 125, 126 und 127 Verfassung der Russischen Föderation, in: *Rossijskaja Gazeta* vom 30.6.1998.

halte der Beschlussbegründung, welche die Auslegung einer Verfassungsnorm beinhalten oder den verfassungsbezogenen Sinn eines Gesetzes feststellen, auf denen die Schlussfolgerungen des Verfassungsgerichts basieren, welche im Tenor dieses Beschlusses formuliert sind, spiegeln den rechtlichen Standpunkt des Verfassungsgerichts wider und haben verbindlichen Charakter.<sup>113</sup>

Gleichzeitig werden sowohl im russischen als auch im deutschen Modell von Verfassungsgerichtsbarkeit Versuche unternommen, klare Regeln und Grenzen der Gestaltungstätigkeit von Verfassungsgerichtsbarkeit zu ziehen. Das Verfassungsgericht muss verfassungsrechtliche Konflikte politischen Charakters vom rechtlichen Standpunkt aus lösen (Art. 3 VerfGG RF), politisch unparteiisch sein (Art. 29 VerfGG RF) sowie die Einheitlichkeit der verfassungsgerichtlichen Praxis gewährleisten und dabei eine stabilisierende Funktion ausüben.

Aus der Idee der Gewaltenteilung lässt sich in der russischen Verfassungslehre das Prinzip der vernunftgemäßen Eindämmung (*razumnoe sderživanie*) und Selbstbeschränkung (*samoograničenie*) des Verfassungsgerichts herleiten, das sowohl in der amerikanischen als auch in der deutschen Verfassungsgerichtstheorie bekannt ist. In Russland erlangt dieses Prinzip neue Bedeutung.

Wie *Valerij Zor'kin* darlegt, bestehen die folgenden Formen von Selbstbeschränkung:

- Die dynamische Wandlung (*dinamičeskaja korrekcirovka*) der Rechtsauffassungen des Verfassungsgerichts und
- die verfassungsrechtliche Zweckmäßigkeit (*celesoobraznost'*).<sup>114</sup>

Beide Ansätze sind im Rahmen eines Gesamtkonzepts zu betrachten, das in einem Urteil des Verfassungsgerichts vom 21. Dezember 2005 (Az 13-P)<sup>115</sup> dargelegt wurde. Demnach zeigen die Vorschriften der russischen Verfassung ihre regulative Wirkung sowohl *unmittelbar* als auch durch *die sie konkretisierenden Gesetze* im jeweiligen System der rechtlichen Regulierung in einem sich ständig entwickelnden sozial-historischen Kontext. Folgerichtig bedürfe es einer Konkretisierung oder Veränderung der Rechtsauffassungen, um den Sinn der jeweiligen Verfassungsnorm, deren Wortlaut und Geist adäquat und mit Rücksicht auf die *konkreten sozial-rechtlichen Bedingungen (uslovija)* ihrer Durchsetzung *einschließlich möglicher Veränderungen im System der rechtlichen Regulierung* zu ermitteln.<sup>116</sup>

Zur Begründung des dargelegten Konzepts hebt *Valerij Zor'kin* hervor, dass das Verfassungsgericht ausschließlich Rechtsfragen löse. Das Gericht sei

<sup>113</sup> Siehe Satz 2 Abs. 2 der Begründung des Beschlusses des VerfG Az 118-O vom 8.10.1998 zur Beschwerde der Antragstellerin N. A. Golovanova über die Verletzung ihrer verfassungsmäßigen Rechte durch die Vorschriften des Art. 19 Teil 7 Abs. 1 des Gesetzes der Russischen Föderation „Über die Miliz“.

<sup>114</sup> *Valerij Zor'kin*, *Sovremennyj mir, pravo i Konstitucija* (Moderne Welt, Recht und Verfassung), Moskau 2010, S. 153.

<sup>115</sup> Deutsche Übersetzung in: *Angelika Nußberger/Tamara Morščakova/Carmen Schmidt*, Verfassungsrechtsprechung in der Russischen Föderation, S. 196, sog. *Gouverneursurteil*.

<sup>116</sup> Siehe Abs. 7 Satz 5 der Begründung des Urteils des Verfassungsgerichts vom 21.12.2005, Az 13-P, über die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit einzelner Vorschriften des föderalen Gesetzes „Über die allgemeinen Prinzipien der Organisation der gesetzgebenden (repräsentativen) und exekutiven Organe der Staatsmacht der Subjekte der Russischen Föderation“ in Bezug auf Beschwerden zahlreicher Bürger, in: *Vestnik Konstitucionnogo Suda Rossijskoj Federacii*, 2006, Nr. 1.

grundsätzlich zum Ausgleich der von der Verfassung geschützten Werte verpflichtet, ohne dass aber dem Gesetzgeber wie auch dem Ausführenden innerhalb des rechtlichen imperativen Rahmens die Möglichkeit genommen wird, Probleme mit dem nötigen Spielraum und auf Grundlage der optimalen politischen Zweckmäßigkeit zu lösen.<sup>117</sup>

Somit wird durch das Verfassungsgericht der Zweckmäßigkeit (unter Beachtung der konkreten historischen Bedingungen und Bedürfnisse der gesellschaftlichen Entwicklung) verfassungsrechtliche Bedeutung zugesprochen. Diese Auffassung stimmt überein mit den Schlussfolgerungen bei *Nikolaj Bondar*<sup>118</sup>, nach denen das Verfassungsgericht auch die Funktion hat, die soziale Wirklichkeit zu modernisieren und aufgerufen ist, bei der Untersuchung der Verfassungsmäßigkeit im Rahmen der Auslegung die soziokulturellen Besonderheiten der nationalen Entwicklung zu berücksichtigen.

Das dargestellte Konzept steht allerdings in klarem Dissens zu dem sowohl in Deutschland als auch in den Vereinigten Staaten verbreiteten Verständnis der Rolle des Verfassungsgerichts als Organ, das nicht auf der Grundlage politischer, sondern rechtssprechender Methoden agiert. Unvereinbar ist es auch mit dem den anderen Modellen innewohnenden Vorstellungen von der Selbstbeschränkung des Gerichts. Die Angreifbarkeit des russischen Konzeptes besteht darin, dass es im Grunde genommen auf das Prinzip der unmittelbaren Wirkung der Verfassung verzichtet und stattdessen jeweils die sich ändernden historischen Bedingungen berücksichtigt, die eigentlich am Maßstab der Verfassung gemessen werden müssten. Darüber hinaus ergibt sich ein Bild, wonach sich das Verfassungsgericht bei der Auslegung an den Gesetzgeber anzupassen habe und nicht umgekehrt der Gesetzgeber an die Verfassung. Das Verständnis der Selbstbeschränkung des Verfassungsgerichts sorgt in diesem Zusammenhang für Bedenken: Seine „Selbstbeschränkung“ läuft im Grunde genommen nicht auf eine Beschränkung des Gerichts bezüglich der Einmischung in die Politik hinaus, sondern auf die Einräumung eines Ermessensspielraums des Gesetzgebers nach Maßgabe der sozialpolitischen Situation. Somit werden solche Prinzipien und Regeln der Verfassungsgerichtsbarkeit wie die Einheitlichkeit der Verfassungsrechtsprechung, das Gebot, dass sich das Verfassungsgericht ausschließlich mit Rechtsfragen befassen sollte, sowie dessen politische Unparteilichkeit verletzt.

Von besonderer Aktualität ist die Frage nach dem Grad der „dynamischen Korrektur“ von Rechtsauffassungen des Verfassungsgerichts im Hinblick auf die Notwendigkeit der Gewährleistung der Einheitlichkeit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung und der stabilisierenden Funktion des Verfassungsgerichts. Es ist anzuerkennen, dass die Aufrechterhaltung der Stabilität der Rechtsbeziehungen von Rechtssubjekten kein Selbstzweck ist. Sie sollte der Gewährleistung der Verfassungsmäßigkeit der genannten Rechtsbeziehungen unterworfen sein. In diesem Zusammenhang sind die Korrektur rechtlicher Standpunkte, ihre Weiterentwicklung und Konkretisierung aufgrund der Unerschöpflichkeit des Verfassungserkenntnisprozesses ein regelmäßiges Phänomen. Dementsprechend sah das föderale Verfassungsgesetz „Über das Verfassungsgericht der Russischen Föderation“ in seiner früheren Fassung (vor dem Inkrafttreten des föderalen Verfassungsgesetz Nr. 7-FKZ vom 3.11.2010) die Konkretisierung beziehungsweise Veränderung vor, ohne dass eine früher ausgesprochene Rechtsauffassung aufgehoben oder die verfassungsgerichtliche Praxis revidiert werden musste. Es handelte sich um das Recht, einen Fall an das Plenum zu übergeben, soweit die Mehrheit der an der Kammersitzung teilnehmenden Richter eine Entscheidung treffen wollte, die einer in einer vorangegan-

<sup>117</sup> *Valerij Zor'kin*, Fn. 114, S. 153.

<sup>118</sup> *Nikolaj Bondar*, Fn. 109, S. 220, 223-224.

genen Entscheidung formulierten Rechtauffassung widerspricht (Art. 73 VerfGG RF a.F., § 40 Geschäftsordnung des Verfassungsgerichts a.F.).

Anscheinend wurde diese Regelung aus dem deutschen Modell, wenn auch mit spezifischen Besonderheiten, übernommen. Heute enthält weder das VerfGG RF noch die Geschäftsordnung des VerfG RF<sup>119</sup> Mechanismen zur Veränderung früher formulierter rechtlicher Standpunkte. Bedeutet dies, dass es keine rechtliche Grundlage zu Änderung und Konkretisierung mehr gibt? Offenkundig soll das Konzept der dynamischen Korrektur rechtlicher Standpunkte, das im oben genannten Beschluss des VerfG Az 13-R vom 21. Dezember 2005 vorgeschlagen wurde, als entsprechende Grundlage dienen. Weil jedoch die Maßstäbe dieser Korrektur in Abhängigkeit der sich ändernden sozialen Bedingungen entwickelt werden wurden, erscheinen sie als kaum geeignet und entsprechen nicht den Prinzipien und Regeln der Verfassungsgerichtsbarkeit. Somit bleibt die Frage nach der Definition akzeptabler Grenzen der Korrektur rechtlicher Standpunkte aktuell. In Russland wurde die im deutschen Modell weit verbreitete Methode der *verfassungskonformen Gesetzesauslegung* übernommen. Dabei ist die fehlende Klarheit bei der Anwendung dieser Methode im russischen Modell von Verfassungsgerichtsbarkeit augenscheinlich.

In der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts vor der Reform zeichnete sich im Rahmen der Entwicklung der oben genannten Idee die Tendenz ab, bestimmte Gesetznormen auch in den Fällen nicht für verfassungswidrig zu erklären, in denen die Normen hinreichend Grundlage für eine verfassungswidrige rechtsanwendende Praxis boten.<sup>120</sup> Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung wurde zum Selbstzweck. Dabei wandte sich das Verfassungsgericht von der im VerfGG RF verankerten Regelung ab, nicht die Verfassungsmäßigkeit einer Praxis, sondern die einer *Norm* zu prüfen (unter anderem auch mit Rücksicht auf den Sinn, der dieser Norm verliehen wird). Statt die Norm, die der verfassungswidrigen Rechtsanwendungspraxis Grundlage bietet, für verfassungswidrig zu erklären und dem Gesetzgeber vorzuschlagen, diese Norm zu präzisieren, zu detaillieren oder zu ändern, bewertete das Verfassungsgericht faktisch die Verfassungsmäßigkeit des Verständnisses dieser Norm durch das Rechtsanwendungsorgan und zog Schlussfolgerungen in Bezug auf die Verfassungswidrigkeit dieser Sichtweise. Die Norm, deren Sinn das Gericht erklären sollte, wurde korrigiert, ergänzt oder sogar geändert.<sup>121</sup> Dementsprechend stellte sich bei dieser „Aufteilung“ zwischen der gesetzgeberischen und der gerichtlichen Normenschöpfung die Frage nach der Einhaltung des Gewaltenteilungsprinzips.

Nach der Reform der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Grundlage des föderalen Verfassungsgesetzes Nr. 7-FKZ vom 3.11.2010 zeichnete sich eine umgekehrte Tendenz ab. Die Praxis der vergleichsweise zurückhaltenden Einstellung gegenüber dem Gesetzgeber durch die Anerkennung einer Norm als verfassungskonform bei gleichzeitiger Feststellung ihrer Auslegung in der Rechtsanwendungspraxis als verfassungswidrig wird allmählich abgelöst durch eine kritischere Einstellung gegenüber dem Gesetzgeber, wobei eine

<sup>119</sup> Geschäftsordnung des VerfG vom 24.12.2011, in: Vestnik Konstitucionnogo Suda Rossijskoj Federacii, 2011, Nr. 1.

<sup>120</sup> Siehe z.B. das Urteil des VerfG vom 5.2.2007, Az 2-P, zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Art. 16, 20, 112, 336, 377, 380, 381, 382, 383, 387, 388 sowie 389 ZPO RF, in: Rossijskaja Gazeta vom 14.2.2007.

<sup>121</sup> Siehe die Auslegung der in Art. 392 ZPO RF festgelegten Grundlagen der Wiederaufnahme rechtskräftiger Gerichtsentscheidungen auf Grund neu entdeckter Tatsachen in der Auslegung des VerfG: Beschluss Az 556-O-R vom 11.11.2008, in: Vestnik Konstitucionnogo Suda Rossijskoj Federacii, 2008, Nr. 6; Beschluss Az 4-P vom 26.02.2010, in: Vestnik Konstitucionnogo Suda Rossijskoj Federacii, 2010, Nr. 3.

Norm für verfassungswidrig erklärt wird, soweit eine verfassungswidrige Auslegung vom Rechtsanwender zugelassen wird. Die verbreitete Formel des Tenors, die in den Beschlüssen vor der Reform gefasst wurde, lautete: „die Norm ist verfassungskonform, insofern ihre verfassungsgemäße Auslegung zugelassen wird“, und wurde um die Darlegung dieser Auslegung ergänzt. Sie wird allmählich durch eine andere Formulierung ersetzt: „die Norm ist verfassungswidrig in dem Maße, in dem der Gesetzgeber ihre verfassungswidrige Auslegung zulässt“, gefolgt von der entsprechenden Darlegung der Verfassungsauslegung.<sup>122</sup>

Dieses grundlegende Umschwenken des Verfassungsgerichts in der Methode der verfassungskonformen Normenauslegung in unterschiedlichen Rechtsgebieten ruft viele Fragen hervor. Es wird der Anschein erweckt, dass das Verfassungsgericht der Russischen Föderation von einem Extrem in das andere verfällt, was zu einem Verlust des gesamten positiven Potentials der verfassungskonformen Normenauslegung führen kann. Vor diesem Hintergrund ist einleuchtend, dass die Übernahme der in der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit entwickelten Methode der Verfassungsauslegung die russische Verfassungsrechtsprechung wesentlich bereichern kann.

## Zusammenfassung

Selbst ein flüchtiger rechtsvergleichender Überblick über das amerikanische, deutsche und russische System der gerichtlichen Verfassungskontrolle zeigt, dass ein gewisses Instrumentarium universeller Methoden und Regeln zur Realisierung von Verfassungsgerichtsbarkeit sowie Verfassungsinterpretation existiert. Diese Methoden bekommen, sobald sie in ein bestimmtes Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit integriert sind, eine eigene Spezifik und können sich, ungeachtet gleichlautender Bezeichnung, wesentlich voneinander unterscheiden und unterschiedliche juristische Inhalte aufweisen. Dies bedeutet jedoch auf keinen Fall, dass Grundlagen für eine gegenseitige Bereicherung unterschiedlicher Modelle von Verfassungsgerichtsbarkeit fehlen. Besonders aktuell erscheint dieser Erfahrungsaustausch für Russland, wo die Verfassungsgerichtsbarkeit von Anfang an auf der Grundlage unterschiedlicher Einflüsse aufgebaut wurde. Um die Verfassungskontrolle weiterzuentwickeln, erscheint es denkbar, eigene Erfahrungen – unter anderem auch im Kontext der ausländischen – kritisch zu bewerten und umzudenken sowie die im Gesetz verankerten Prinzipien und Regeln der Verfassungsgerichtsbarkeit mit neuem Inhalt zu füllen.

*Übersetzung aus dem Russischen von Maksat Kachkeev*

---

<sup>122</sup> Siehe Ziffer 1 des Tenors des Beschlusses des VerfG vom 20.7.2011, Az 21-P, zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Art. 29 Abs. 3 des Gesetzes der Russischen Föderation „Über die Miliz“ in Bezug auf die Beschwerde des Antragstellers K.A. Ochotnikov, in: Rossijskaja Gazeta vom 12.8.2011 (im Internet abrufbar unter: <http://www.rg.ru/2011/08/12/okhotnikov-dok.html>).