Rechtspolitisches Forum

Legal Policy Forum

71

Katarina Barley
Reinhard Gaier
Christian Rath
Gerhard Robbers
Thomas Raab

Die Kontrolle parlamentarischer Gesetzgebungsakte durch das Bundesverfassungsgericht

Institut für Rechtspolitik
an der Universität Trier

IRP

Die Kontrolle parlamentarischer Gesetzgebungsakte durch das Bundesverfassungsgericht

Podiumsdiskussion mit:

Prof. Dr. Reinhard Gaier
Richter des Bundesverfassungsgerichts

Dr. Katarina Barley
Mitglied des Deutschen Bundestages

Prof. Dr. Gerhard Robbers
Universität Trier

unter Moderation von:

Dr. Christian Rath
Rechtspolitischer Korrespondent

mit einem Einführungsvortrag und einer Abschlussbemerkung von:

Prof. Dr. Thomas Raab
Universität Trier

Institut für Rechtspolitik
an der Universität Trier

IRP

Impressum

Herausgegeben von Prof. Dr. Gerhard Robbers und Prof. Dr. Thomas Raab
unter Mitarbeit von Johannes Natus und Claudia Lehnen.

Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier · D-54286 Trier
Telefon: +49 (0)651 201-3443 · Telefax: +49 (0)651 201-3448
E-Mail: sekretariat@irp.uni-trier.de · Internet: www.irp.uni-trier.de

Die Redaktion übernimmt für unverlangt eingesandte Manuskripte keine Haftung und schickt diese nicht zurück.

Namentlich gekennzeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung des Herausgebers oder der Mitarbeiter des Instituts wieder.

© Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, 2014
ISSN 1616-8828

Prof. Dr. Reinhard Gaier

Reinhard Gaier, 1954 in Lampertheim/Hessen geboren, begann nach dem Jurastudium in Mannheim und dem zweiten Staatsexamen in Wiesbaden die Richterlaufbahn in Darmstadt. 1998 erfolgte die Promotion über ein zivilprozessuales Thema. Nach Stationen am Landgericht Darmstadt, dem Oberlandesgericht Frankfurt/Main sowie am Bundesgerichtshof (V. Zivilsenat, Immobilienrecht) ist Herr Gaier seit 2004 Richter des Bundesverfassungsgericht (Erster Senat). Seit 2008 ist er Honorarprofessor an der Leibniz Universität Hannover.

Dr. Christian Rath

Christian Rath, geboren 1965, studierte Jura in Berlin (FU) und in Freiburg. Im Jahr 2000 erfolgte die Promotion über das Thema „Entscheidungspotenziale des Deutschen Bundestags in EU-Angelegenheiten“. Als rechtspolitischer Korrespondent schreibt Herr Rath regelmäßig in verschiedenen deutschen Zeitungen, u. a. der taz, dem Kölner Stadtanzeiger, oder der Hannoverschen Allgemeinen Zeitung, über die Arbeit der obersten Bundesgerichte und des Bundesverfassungsgerichts sowie der europäischen Gerichte. Im Jahr 2008 erhielt Herr Rath den Pressepreis des Deutschen Anwaltvereins. Zu seinen Veröffentlichungen gehört u. a. die Monographie „Der Schiedsrichterstaat – Die Macht des Bundesverfassungsgerichts“, die 2013 im Klaus Wagenbach Verlag, Berlin, erschien.

Dr. Katarina Barley

Katarina Barley, geboren 1968 in Köln, studierte Jura in Marburg und Paris. Ihre Promotion erfolgte im Jahr 1998 bei Prof. Dr. Bodo Pieroth zum Thema „Das Kommunalwahlrecht für Unionsbürger nach der Neuordnung des Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG“. Nach Referendariat und zweitem Staatsexamen in Trier 1997 folgten Stationen als Rechtsanwältin in Hamburg,

Mitarbeiterin im wissenschaftlichen Dienst des Landtages Rheinland-Pfalz und als wissenschaftliche Mitarbeiterin beim Bundesverfassungsgericht, als Richterin in Trier und Wittlich sowie als Referentin im Justizministerium in Mainz. Frau Barley ist seit 2013 Mitglied des Deutschen Bundestages.

Prof. Dr. Thomas Raab und **Prof. Dr. Gerhard Robbers** sind die Direktoren des Instituts für Rechtspolitik an der Universität Trier.

Einführungsvortrag

Thomas Raab

Liebe Kolleginnen und Kollegen, Kommilitoninnen und Kommilitonen, meine sehr verehrten Damen und Herren,

im Namen des Instituts für Rechtspolitik heiße ich Sie zu unserem heutigen Rechtspolitischen Kolloquium herzlich willkommen. Wir freuen uns und sind auch ein wenig stolz, dass es uns gelungen ist, zu dem Thema „Die Kontrolle parlamentarischer Gesetzgebungsakte durch das Bundesverfassungsgericht“ eine hochkarätige Expertenrunde zu gewinnen, die gemeinsam mit meinem Kollegen und Co-Direktor Gerhard Robbers die brisanten Fragen im Zusammenhang mit dem Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und parlamentarischem Gesetzgeber diskutieren wird. Dank gebührt in diesem Zusammenhang den Mitarbeitern des Instituts, insbesondere Herrn Johannes Natus und Herrn Norman Koschmieder, die die Veranstaltung gemeinsam mit dem gesamten Team organisiert haben. Doch zunächst zu unseren Gästen. Ich begrüße herzlich die Abgeordnete des Deutschen Bundestages Dr. Katarina Barley, den Richter am Bundesverfassungsgericht Prof. Dr. Reinhard Gaier sowie den Juristen und Journalisten Dr. Christian Rath. Herzlich Willkommen an der Universität Trier! Außerdem begrüße ich besonders herzlich den Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts Koblenz und zugleich Präsidenten des Verfassungsgerichtshofs Rheinland-Pfalz, Herrn Dr. Lars Brocker, unter unseren Zuhörern.

Viele von Ihnen werden die Teilnehmer der Podiumsdiskussion kennen. Dennoch möchte ich sie wenigstens kurz vorstellen.

Frau Dr. Barley stammt aus Köln. Nach dem Jurastudium in Marburg und Paris wurde sie an der Universität Münster mit

einer Arbeit über das Kommunalwahlrecht der Unionsbürger promoviert. Ihr Referendariat absolvierte sie in Trier. Nach dem zweiten Staatsexamen in Rheinland-Pfalz hat sie nahezu die gesamte Breite juristischer Tätigkeit kennengelernt. Sie war Rechtsanwältin in einer Großkanzlei, Mitarbeiterin im wissenschaftlichen Dienst des rheinland-pfälzischen Landtags, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Bundesverfassungsgericht, Richterin in der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz und schließlich Referentin im Mainzer Ministerium der Justiz. Seit 2013 ist sie Mitglied des Deutschen Bundestages und vertritt dort den Wahlkreis Trier.

Herr Prof. Dr. Gaier wurde im hessischen Lampertheim geboren. Nach dem Studium an der Universität Mannheim und dem zweiten juristischen Staatsexamen in Hessen war er zunächst als Richter in der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Hessen tätig, seit 1993 am OLG Frankfurt am Main. Während der richterlichen Tätigkeit fand er Zeit zur Anfertigung einer Dissertation zum Zivilprozessrecht mit dem Titel „Urteilstatbestand und Mündlichkeitsprinzip“, mit der er an der Technischen Universität Dresden promoviert wurde. Im Jahre 2000 wurde Herr Gaier zunächst zum Richter am Bundesgerichtshof ernannt. Seit 2004 ist er Richter des Bundesverfassungsgerichts und dort dem Ersten Senat zugewiesen. 2008 verlieh ihm die Leibniz Universität Hannover den Titel eines Honorarprofessors.

Herr Dr. Rath studierte Rechtswissenschaft an der FU Berlin und an der Universität Freiburg. Im Jahre 2000 wurde er an der Universität Gießen mit einer Arbeit zu dem Thema „Entscheidungspotenziale des Deutschen Bundestags in EU-Angelegenheiten“ promoviert. Er ist als rechtspolitischer Korrespondent für zahlreiche überregional bedeutsame Zeitungen tätig, so für die „Tageszeitung“ (taz), den Kölner Stadtanzeiger und die Hannoversche Allgemeine Zeitung. 2013 hat

er ein Buch mit dem Titel „Der Schiedsrichterstaat – Die Macht des Bundesverfassungsgerichts“ veröffentlicht, in dem er sich eingehend mit dem heutigen Thema befasst hat.

Aufgabe eines Einführungsvortrags ist es, wie der Name schon sagt, in das Thema einzuführen, also den Problemkreis zu skizzieren und damit ein Fundament für die anschließende Diskussion zu legen, nicht dagegen, das Thema bereits unter allen denkbaren Gesichtspunkten inhaltlich zu behandeln. Dies möchte ich im Folgenden versuchen. Das Thema ist, wie allseits bekannt, auch deshalb von besonderer Aktualität, weil in letzter Zeit aus den Kreisen der Berliner Politik deutliche Kritik an der Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts geübt worden ist. Dass Entscheidungen des Gerichts in der Politik nicht stets auf Begeisterung stoßen, ist nichts Neues und liegt in der Natur der Sache, geht es doch in den Verfahren im Regelfalle darum, ob sich das Handeln der staatlichen Gewalt und damit auch das Handeln von Parlament und Regierung im Rahmen der Verfassung hält oder die durch die Verfassung gezogenen Grenzen überschritten hat. Das Verdikt der Verfassungswidrigkeit führt also dazu, dass Maßnahmen, die von anderen Verfassungsorganen politisch gewollt sind, nicht oder zumindest nicht mit dem gewünschten Inhalt durchgeführt werden können. Aufwallungen der Kritik hat es denn auch immer wieder gegeben. Schon von Adenauer ist als Reaktion auf eine Niederlage der Bundesregierung in Karlsruhe der Satz überliefert, dass man sich „dat nich so vorjestellt“ habe.[1] In den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts musste die damalige sozialliberale Regierung die Erfahrung machen, dass einige ihrer Reformgesetze, etwa die Regelungen zur Hochschulreform[2], zur Strafbarkeit des Schwanger-

---

1 Aus Berliner Zeitung vom 21.03.2014.

2 BVerfG 29.05.1973 – 1 BvR 424/71, 1 BvR 325/72 – BVerfGE 35, 79.

schaftsabbruchs[3] oder zum Recht der Kriegsdienstverweigerung[4], einer Überprüfung nicht standhielten. Geriet das Gericht hier in den Verdacht, sich als Bollwerk des Konservatismus einer von einer breiten Mehrheit getragenen Reformbewegung entgegenzustellen, so lösten einige Entscheidungen aus den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts eher den Protest konservativer Kreise aus. Zu nennen sind etwa die Entscheidungen zur Strafbarkeit von Sitzblockaden[5], zur Strafbarkeit der Äußerung „Soldaten sind Mörder“[6] sowie zur staatlich angeordneten Anbringung von Kruzifixen in staatlichen Pflichtschulen.[7] Die jüngste Kontroverse wurde vor allem durch Entscheidungen zur inneren Sicherheit[8], zur Ungleichbehandlung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften mit Ehepaaren[9] sowie zur Europapolitik, namentlich zu Maßnahmen zur Bewältigung der Finanzkrise im Euroraum[10] sowie zum Wahl-

---

3 BVerfG 25.02.1975 – 1 BvF 1/74 u. a. – BVerfGE 39, 1.

4 BVerfG 13.04.1978 – 2 BvF 1/77 u. a. – BVerfGE 48, 127.

5 BVerfG 10.01.1995 – 1 BvR 718/89 u. a. – BVerfGE 92, 1.

6 BVerfG 10.10.1995 – 1 BvR 1476/91 u. a. – BVerfGE 93, 266.

7 BVerfG 16.05.1995 – 1 BvR 1087/91 – BVerfGE 93, 1.

8 BVerfG 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 – BVerfGE 120, 274 (Online-Durchsuchung); 02.03.2010 – 1 BvR 256/08 u. a. – BVerfGE 125, 260 (Vorratsdatenspeicherung).

9 BVerfG 21.07.2010 – 1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07 – BVerfGE 126, 400 (Erbschaftsteuer); 19.06.2012 – 2 BvR 1397/09 – BVerfGE 131, 239 (Familienzuschlag bei Beamten); 18.07.2012 – 1 BvL 16/11 – BVerfGE 132, 179 (Grunderwerbsteuer); 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 – BVerfGE 133, 59 (Sukzessiv-Adoption); 07.05.2013 – 2 BvR 909/06 u. a. – BVerfGE 133, 377 (Ehegattensplitting).

10 BVerfG 07.09.2011 – 2 BvR 987/10 u. a. – BVerfGE 129, 124 (Griechenland-Hilfe); 28.02.2012 – 2 BvE 8/11 – BVerfGE 130, 318 (Neunergremium EFSF); 12.09.2012 – 2 BvE 6/12 u. a. – BVerfGE 132, 195 (ESM-Vertrag, Fiskalpakt).

recht zum Europäischen Parlament[11] ausgelöst. Dass die Kritik über das Murren hinausgeht, das von unterlegenen Prozessparteien gemeinhin zu erwarten ist, mag die Tatsache andeuten, dass der ansonsten zwar als meinungsfreudig, aber nicht unbedingt als unbedachter Heißsporn bekannte Präsident des Deutschen Bundestages Norbert Lammert in einem Interview in der „Welt am Sonntag“[12] davon spricht, dass der Eindruck entstanden sei, es gebe „einen Gestaltungsehrgeiz des Bundesverfassungsgerichts, der über die Interpretation des Grundgesetzes hinausgeht“. Auch in der Staatsrechtslehre fallen die Reaktionen mitunter harsch aus. So wirft etwa Isensee dem Bundesverfassungsgericht offen eine „deutliche Überschreitung“ seiner Kompetenzen vor.[13] Man muss diese Kritik nicht teilen. Erkennbar wird jedoch, dass offenbar ein besonders sensibler Bereich, um nicht zu sagen ein Nerv im Organismus des Staates, eine zentrale Stelle im Zusammenspiel zwischen den Verfassungsorganen getroffen ist.

Dabei ist die rechtliche Ausgangslage im Verhältnis von Parlament und Verfassungsgericht zunächst eindeutig. Das Grundgesetz setzt dem parlamentarischen Gesetzgeber klare Grenzen, die von ihm zu beachten sind und weder ausgedehnt noch außer Kraft gesetzt werden können. So binden die Grundrechte nach Art. 1 Abs. 3 GG auch die Gesetzgebung als unmittelbar geltendes Recht. Die Vorschriften des Staatsorganisationsrechts, etwa zur Rechtsstellung der politischen

---

11 BVerfG 09.11.2011 – 2 BvC 4/10 u. a. – BVerfGE 129, 300 (Fünf-Prozent-Sperrklausel); 26.02.2014 – 2 BvE 2/13 u. a. – NJW 2014, 619 (Drei-Prozent-Sperrklausel).

12 Abgerufen über die Online-Ausgabe der Zeitung „Die Welt“ http://www.welt.de/politik/deutschland/article117787220/Eine-fuenfjaehrige-Wahlperiode-waere-angemessen.html (17.07.2014).

13 Interview mit der Zeitung „Die Welt“ vom 17.03.2014, abgerufen über die online-Ausgabe http://www.welt.de/print/die_welt/politik/article125870176/Verfassungsrichter-im-Kreuzfeuer-der-Kritik.html.

Parteien oder zum Wahlrecht, stehen ebenso wenig zur Disposition des Parlaments. Und selbst der verfassungsändernde Gesetzgeber kann die Grundprinzipien der Verfassung nicht außer Kraft setzen, wie sich aus dem als „Ewigkeitsgarantie“ apostrophierten Art. 79 Abs. 3 GG ergibt. Das Grundgesetz zieht damit die Konsequenzen aus der deutschen Vergangenheit, in der unter Einsatz der in der Verfassung vorgesehenen formalen Instrumente der parlamentarische, demokratische Rechtsstaat in eine totalitäre Diktatur verwandelt wurde. Ist damit die Souveränität des parlamentarischen Gesetzgebers begrenzt, so ist von entscheidender Bedeutung, wer bestimmt, wo die durch das Grundgesetz gezogenen Grenzen verlaufen, wer also die Interpretationshoheit hat.

Auch insoweit lässt sich aus dem Kontext des Grundgesetzes entnehmen, dass diese beim BVerfG liegt. Gleichgültig ob sich Verfassungsorgane über ihre wechselseitigen Rechte und Pflichten streiten oder ob ein Bürger geltend macht, durch eine gesetzliche Regelung in seinen Grundrechten verletzt zu sein, stets ist nach Art. 93 GG das BVerfG berufen, in dem Streitfalle verbindlich zu entscheiden. Zwar wird mitunter darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber der „Erstinterpret des Grundgesetzes ist, die Rechtsprechung (nur) ihr Zweitinterpret“[14]. Daran ist sicher richtig, dass das Parlament als Verfassungsorgan auch selbst berufen ist, einerseits die teilweise nur sehr unbestimmten Vorgaben des Grundgesetzes näher zu konkretisieren, andererseits aber auch die gesteckten Grenzen zu beachten, was wiederum voraussetzt, dass es diese Grenzen zunächst einmal selbst bestimmt. Doch ändert dies nichts daran, dass das BVerfG nach der Kompetenzord-

---

[14] *P. Kirchhof*, NJW 1996, 1497, 1504 (und öfter); diesem zust. etwa *Scholz*, Verfassungsgerichtsbarkeit im gewaltenteiligen Rechtsstaat, in: *Karpen* (Hrsg.), Der Richter als Ersatzgesetzgeber (2002), S. 15, 17.

nung des Grundgesetzes das „letzte Wort“ bei der Auslegung der Verfassung hat. Damit gerät zugleich der entscheidende Gesichtspunkt für die Austarierung des Gleichgewichts zwischen Parlament und Verfassungsgericht in den Blickpunkt. Wie stark der Einfluss des Gerichts auf die Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers empfunden, ob die Judikatur als Korrektur in Grenzfällen oder als umfassende Bevormundung wahrgenommen wird, hängt entscheidend davon ab, wie konkret die im Wege der Auslegung aus der Verfassung abgeleiteten Vorgaben sind, also von der Interpretationstiefe.

Hier gibt es zahlreiche Beispiele dafür, dass das Gericht den oft zur Wahrung der Gestaltungshoheit des parlamentarischen Gesetzgebers geforderten „judicial self-restraint“ beachtet. Einige Beispiele mögen hier genügen. So gesteht das Gericht dem Gesetzgeber einen Einschätzungsspielraum zu, wenn es im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen um die Frage geht, ob die Regelung zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich ist. Verstößt ein Gesetz gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG, wird dieses regelmäßig nicht für verfassungswidrig, sondern für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt.[15] Es bleibt dann dem Gesetzgeber vorbehalten, wie er die gebotene Gleichbehandlung herstellt. Er ist insbesondere nicht verpflichtet, den bisher schlechter gestellten Personen sämtliche Vorteile der angegriffenen Regelung zukommen zu lassen.[16]

Andererseits ist die Kontrollintensität mitunter hoch. Dies gilt etwa bei der Überprüfung im Hinblick auf Grundrechtsverletzungen für die Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßig-

---

15 BVerfG 30.05.1990 – 1 BvL 2/83 – BVerfGE 82, 126 (Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellte).

16 BVerfG 30.05.1990 – 1 BvL 2/83 – BVerfGE 82, 126, 154.

keitsprüfung im engeren Sinne, also die Überprüfung der Proportionalität der Maßnahme. So hat das BVerfG in seiner Entscheidung zur online-Durchsuchung festgestellt, dass eine solche Durchsuchung und die damit verbundene Überwachung verfassungsrechtlich nur zur Abwehr einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut bei Vorliegen hinreichender tatsächlicher Anhaltspunkte zulässig sei und damit die Hürden für die Sicherheitsbehörden im Interesse des Schutzes der Privatsphäre sehr hoch gelegt.[17] Aus dem vergleichsweise unscheinbaren Art. 38 Abs. 1 GG leitet das Gericht einen Schutz der wahlberechtigten Bürger vor einem Substanzverlust ihrer im verfassungsstaatlichen Gefüge maßgeblichen Herrschaftsgewalt durch weitreichende oder gar umfassende Übertragungen von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages auf supranationale Einrichtungen ab,[18] was dazu führt, dass jeder wahlberechtigte Bürger Entscheidungen des Parlaments, mit denen Kompetenzen von der nationalstaatlichen auf die supranationale Ebene der EU verlagert werden, gerichtlich angreifen kann[19]. Schließlich entnimmt das Gericht dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl und der Chancengleichheit die Folgerung, dass Überhangmandate im Umfang von mehr als einer halben Fraktionsstärke verfassungsrechtlich unzulässig seien.[20] Ein allgemeiner Grundsatz wird dabei so fein ausziseliert, dass sich hieraus bis ins Detail gehende Vorgaben für die gesetzliche Ausgestaltung des Wahlrechts ergeben.

---

17 BVerfG 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 – BVerfGE 120, 274, 328 Rn. 246 ff.

18 BVerfG 12.10.1993 BVerfGE 89, 155, 172; 30.06.2009 BVerfGE 123, 267, 330; 07.09.2011 – BVerfGE 129, 124, 168.

19 Vgl. etwa BVerfG 07.09.2011 – 2 BvR 987/10 u. a. – BVerfGE 129, 124, 167 Rn. 95 ff.

20 BVerfG 25.07.2012 – 2 BvE 9/11 u. a. – BVerfGE 131, 316, 357 Rn. 109 ff.

Vor allem die zuletzt genannten Beispiele stimmen nachdenklich. Wenn und soweit das Gericht der staatlichen Gewalt im Interesse der persönlichen Freiheit einzelner Grenzen setzt, hat dies einen guten Grund. Es geht darum, dass die in den Gesetzgebungsorganen repräsentierte Mehrheit ihre Interessen nicht ohne Rücksicht auf die berechtigten Belange der Minderheit durchsetzt. Von dem Gesetzgeber ist hier nicht ohne weiteres zu erwarten, dass er die verfassungsrechtlichen Grenzen von sich aus respektiert. Es bedarf vielmehr eines Schiedsrichters, der für die Einhaltung der Regeln sorgt. Soweit es etwa um die Regelungen des Wahlrechts oder um die Verlagerung von Kompetenzen auf die EU geht, besteht dagegen nicht oder nicht zwingend das Bedürfnis nach einem Schutz vor dem Willen der Mehrheit. Es geht vielmehr darum, das demokratische Prinzip näher zu konkretisieren, also zu definieren, wie das Parlament zusammengesetzt sein und welche Aufgaben es selbst wahrnehmen soll bzw. welche es ggf. auf andere, supranationale Instanzen delegiert. Entscheidungen sind hier Ausdruck einer lebendigen, sich dynamisch weiter entwickelnden Verfassung. Deshalb spricht vieles dafür, die Entwicklung möglichst weitgehend dem hierfür vorgesehenen politischen Willensbildungsprozess zu überantworten.[21] Sicherlich ist zu beachten, dass zumindest Art. 79 Abs. 3 GG einer Selbstentmachtung des Gesetzgebers ebenso entgegensteht wie Wahlrechtsgrundsätzen, die zu einer Herrschaft weniger über viele führen würden. Eine Kontrolle könnte sich aber stärker auf die Sicherung elementarer demokratischer Prinzipien und Garantien beschränken. Ob hierzu die Frage zählt, ob der Deutsche Bundestag Entscheidungen über Ge-

---

[21] Zu konzedieren ist, dass auch das BVerfG im Ausgangspunkt stets die Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers bzw. des Parlaments betont; vgl. etwa BVerfG 28.02.2012 – 2 BvE 8/11 – BVerfGE 130, 318, 348 Rn. 114 ff.; 25.07.2012 – 2 BvE 9/11 u. a. – BVerfGE 131, 316, 334 ff. Rn. 53 ff.

währleistungen im Rahmen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus selbst treffen oder – zum Zwecke der Beschleunigung des Entscheidungsprozesses – auf einen Ausschuss verlagern darf, scheint mir mindestens diskutabel.[22]

Mit diesen Bemerkungen möchte ich meine Gedanken zur Kontrolle des parlamentarischen Gesetzgebers durch das BVerfG beschließen und dem Podium das Wort geben. Ich freue mich auf eine spannende Diskussion und bedanke mich, dass Sie mir Ihre geduldige Aufmerksamkeit geschenkt haben.

---

[22] BVerfG 28.02.2012 – 2 BvE 8/11 – BVerfGE 130, 318, 358 ff. Rn. 141 ff.

Podiumsdiskussion

Rath:

Vielen Dank, Herr Prof. Raab, für die tiefgehende Einleitung. Auch ich möchte Sie herzlich zur Podiumsdiskussion begrüßen und direkt beginnen. Herr Gaier, neigt das Bundesverfassungsgericht manchmal dazu, Ersatzgesetzgeber zu sein? Wie ist sein Selbstverständnis und hält es dieses auch konsequent durch?

Gaier:

Die Antwort ist relativ einfach. Es wäre verfassungswidrig, wenn das BVerfG ein Ersatzgesetzgeber wäre. Das ist es nicht. Wir achten – wenn ich „wir“ sage, dann meine ich die Kolleginnen und Kollegen in beiden Senaten und meine Person – darauf, dem Gesetzgeber denjenigen Gestaltungsspielraum zu lassen, der ihm als demokratisch legitimiertes Organ zusteht. Es ist schon im Einführungsreferat gesagt worden, dass der Gesetzgeber über die Regeln bestimmt, so wie die Verfassung es auch vorsieht. Der historische Verfassungsgeber hat diese Regeln nicht nur als bloße Programmsätze, sondern als bindendes Recht in die Welt gesetzt und er hat eine Verfassungsgerichtsbarkeit eingesetzt. Dieser hat sich auch der Gesetzgeber unterworfen, was nicht selbstverständlich ist. Es gibt funktionierende Demokratien, in denen dies nicht so ist, die auch nicht im Traum daran denken, mit ihrer, über Jahrhunderte gewachsenen Tradition zu brechen. Wir sind nun anders konstituiert, was aber auch bedeutet, dass das Bundesverfassungsgericht in gewissen Bereichen tätig ist – ich will es einmal „Grauzonen“ nennen –, bei denen man streiten kann, ob das nun noch in den Bereich der Rechtsanwendung der Verfassung fällt oder eine politische Gestaltung darstellt. Das ist, so glaube ich, jedoch ein ganz normaler Pro-

zess und damit verbunden ist auch eine ganz normale Diskussion, der man sich stellen muss. Entscheidend ist, dass letzten Endes die Grenzziehung über die Methode stattfindet. Die Verfassungsgerichtsbarkeit, und damit auch die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts, ist Rechtsanwendung. Hier geht es um die Methodenlehre, das Handwerkszeug aller Juristinnen und Juristen, es geht um Rechtsanwendung, um Auslegung von nicht nur einfachem Recht, nicht nur von Gesetzesrecht, sondern von Verfassungsrecht. Politische Gestaltung ist dagegen etwas anderes. Es ist die Verantwortung gegenüber dem Souverän, gegenüber dem Wahlvolk, mit entsprechenden Spielräumen, für die dann auch die Parlamentarier gegenüber dem Wahlvolk verantwortlich sind und sich dann auch alle vier Jahre wieder dem Entscheid durch das Volk stellen müssen. Kurz gesagt: Nach der Systematik unserer Verfassung sind Bereiche angelegt, in denen sich das Bundesverfassungsgericht durchaus dem Verdacht aussetzt, politische Gestaltung zu betreiben. Man muss sich damit auseinandersetzen, und wenn tatsächlich Übergriffe erfolgen, dann müssen diese für die Zukunft abgestellt werden. Aber nochmals: Hierzu gehört ein Diskussionsprozess. Einen, jedenfalls bewusst erfolgenden, Übergriff in die Zuständigkeit des Gesetzgebers kann ich ausschließen.

Rath:

Sie sagten, die Abgrenzung erfolge in dem Sinne, dass die einen – in diesem Fall das Bundesverfassungsgericht – das Recht anwenden, indem sie es interpretieren, und die anderen – der Gesetzgeber – das Recht schaffen und gestalten. Ist es denn wirklich so einfach, zu sagen: „Ich habe ja jetzt hier das Grundgesetz und das wende ich nun einmal an“. Sie sind ja nun auch Zivilrichter am Bundesgerichtshof gewesen und dort hat man mit dem BGB und vielen anderen Gesetzten zu tun, mit einem Korpus, der sehr viel konkreter ist als die Verfas-

sung, die logischerweise, vage und „dunkel“ sein soll. Aus der Verfassung entwickelt das Bundesverfassungsgericht Maßstäbe und diese Maßstäbe nehmen Sie dann, um sie auf den konkreten Fall anzuwenden. Aber daran sieht man ja schon: Die Maßstäbe, an denen Sie einen Fall messen, das ist wiederum „Ihr“ selbst geschaffenes Recht und insofern haben sie ja doch eine große Gestaltungsmöglichkeit.

Gaier:

Das sehe ich nicht ganz so. Die Methodenlehre – auch im Verfassungsrecht in Form der Auslegung der Verfassung – ist juristisches Handwerkszeug. Natürlich, da haben Sie Recht, ist gerade der Grundrechtskatalog weitläufig und es ist zudem auch der Idee des Verfassungsrechts geschuldet, ausreichend Offenheit für Interpretation zu lassen, aber letzten Endes muss jede Interpretation dem juristischem Handwerkszeug genügen. Wo dies erfolgt, befindet man sich eindeutig auf der Seite der Rechtsanwendung und nicht im Bereich politischer Gestaltung. Was ich sofort konzediere – und das ist bei einer Wissenschaft, die keine Naturwissenschaft darstellt, stets ein nicht zu unterschätzender Belang – ist, dass es einen Zwischenbereich, eine Grauzone gibt, bei der man heftig darüber diskutieren kann, ob man hier noch mit der Methodenlehre arbeiten kann, ob eine diesbezügliche Auslegung methodologisch noch vertretbar ist, oder ob bereits politische Gestaltung stattfindet. Das liegt in der Natur der Sache.

Rath:

Häufig ist das „Anwenden“ nicht einfach eine Subsumtion, sondern eben auch Abwägung. Bei der Verhältnismäßigkeit spielt regelmäßig die Musik. Hier findet oft eine Beanstandung seitens des Gerichts statt. Aber auch der Gesetzgeber kennt das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Er setzt sich ebenso Ziele,

denkt sich Mittel aus und versucht, diese so auszugestalten, dass sie zueinander in einem ausgewogenen Verhältnis stehen. Wenn nun das Verfassungsgericht in seiner Abwägung zum Schluss kommt, dass hier die verfassungsrechtliche Hürde leicht verfehlt worden ist, dann setzen Sie ja praktisch Ihre Abwägung an die Stelle der durch den Gesetzgeber erfolgten Einschätzung und Bewertung. Sie sagen, das sei Verfassungsinterpretation, aber letztlich ist es doch auch eine Abwägung, die der Gesetzgeber zuvor ebenfalls getroffen hat und bei der Sie nun sagen: „Wir wissen es aber besser“.

Gaier:

Wir lassen dem Gesetzgeber natürlich auch im Abwägungsprozess Spielräume. Diese müssen wir ihm auch lassen. Das ist beispielsweise bei der Gefahrenanalyse der Fall. Wir sind ja nicht „schlauer“ als der Gesetzgeber. Sieht er eine bestimmte Gefahr und bewertet diese, so überlassen lassen wir ihm diese Einschätzung. Wir arbeiten hier schon mit einer gewissen Zurückhaltung. Das hat nicht etwas mit Konzilianz zu tun, sondern es liegt in der Natur der Sache, dass man ab einem bestimmten Punkt sagt, ab hier erfolgt keine Rechtsanwendung mehr, sondern hier ist das Feld politischer Gestaltung betreten. Das muss man respektieren, weil es schlicht in der Methodenlehre so liegt. Dass es gerade in dem angesprochenen Bereich der Angemessenheitsprüfung und dem dort stattfindenden Abwägungsprozess, also der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, zu Unschärfen kommt, bei denen eine Auslegung in die eine oder andere Richtung möglich sein kann, ist einleuchtend. Es ist aber genau Teil der Grauzone, die ich beschrieben habe. Juristerei ist eben keine exakte Wissenschaft, in dem Sinne, dass sie exakte Trennlinien erlaubt. Es ist keine Mathematik, es ist keine Physik, die gewissen Naturgesetzen folgt, sondern es ist eine Geisteswissenschaft, die sich argumentativ im Diskurs entwickelt, und das legt es nahe,

dass es durchaus Punkte gibt, über die man streiten kann. Das liegt im System.

Rath:

Jetzt haben wir das System kennengelernt; Herr Gaier hat es anschaulich geschildert. Frau Barley, sie sind jetzt als Abgeordnete Teil der „leidtragenden“ Körperschaft des Bundestages. Auch wenn es natürlich die Landtage gibt – das Bundesverfassungsgericht hat ja durchaus nicht immer nur Gesetze des Bundes zu prüfen, sondern auch oft, gerade im Bereich der inneren Sicherheit, ist es häufiger Landesrecht –, konzentrieren wir uns hier auf den Bundestag. Sie sind das Gesicht der Politik. Wie empfinden Sie es, dass es ein Gericht gibt, welches potentiell jedes Gesetz, das Sie im Bundestag mit bestem Gewissen erarbeitet haben, noch einmal anschaut und am Ende sagt, „die Abwägung sei nun aber nicht ganz so erfolgt, wie es das Grundgesetz in der Interpretation des Bundesverfassungsgerichts erfordert hat“. Ist dies etwas, was einen anspornt, es noch besser zu machen, oder haben Sie den Eindruck, dass da doch irgendwie „Hobbypolitiker“ am Werke sind, die gelegentlich ihre eigenen Wertungen kraft ihrer Macht an die Stelle des gewählten Parlaments setzen?

Barley:

Zunächst einmal möchte ich klarmachen, dass ich ein absoluter „Fan“ des Bundesverfassungsgerichts bin. Ich bin sicher, dass wir in Deutschland eine sehr gelungene Konstellation haben. Zudem habe ich das Glück, verschiedene Institutionen bereits von innen kennengelernt zu haben, darunter auch das Bundesverfassungsgericht als Wissenschaftliche Mitarbeiterin. Anders als andere Abgeordnete habe ich also nicht nur den rein politischen Blick, sondern weiß durchaus auch, wie Entscheidungen im Gericht entstehen. Das beschriebene kompe-

tenzielle Spannungsfeld, welches im Grundgesetz angelegt ist, ist in der Tat existent. Gerade im Moment gibt es einige Entscheidungen, an denen es besonders deutlich wird.

Rechtsanwendung ist – ich kann das nicht ganz so stehen lassen wie Herr Gaier es umschrieben hat – natürlich auch politisch. Wir haben im Parlament unterschiedliche Arten von Entscheidungen. Es gibt Entscheidungen, die laufen strikt nach politischer Ausrichtung, aber wir haben natürlich solche, wo ein großes Ringen innerhalb des gesamten Parlaments stattfindet. Hier wird dann meistens auch die Fraktionsdisziplin aufgehoben. Ich nehme jetzt einmal das Beispiel Schwangerschaftsabbruch. Wenn man eine solche Entscheidung zu treffen hat, über die das Parlament mit derzeit über 600 Personen über Monate diskutiert, wo es Anhörungen veranstaltet, Verbände gehört werden, wo ein ganz langer, aufwendiger Diskurs stattfindet, wo man natürlich widerstreitende Interessen hat, wo auf jeder Seite auch Grundrechte stehen, dann hat hier bereits eine umfangreiche Abwägung und Bewertung im Parlament stattgefunden. Wenn nun das Gericht entscheidet, dann trifft es eine neue Abwägung. Die Richter werden von der Politik gewählt, aber es ist auf keinen Fall so, dass man von vorneherein sagen kann, die SPD-Leute werden immer den SPD-Entscheidungen zustimmen und die Unionsleute werden immer nur Unionsentscheidungen befürworten, sondern es sind sehr persönliche Voraussetzungen, die dabei eine Rolle spielen. In dem Fall „Schwangerschaftsabbruch“ beispielsweise gehört hierzu sicherlich auch die religiöse Prägung. In solchen Bereichen finde ich es schon schwierig, wenn man die Prägungen von acht Personen eines Senats an die Stelle der Prägungen von 600 Personen stellt und sagt, letztere könne man einfach so ersetzen. Das Grundgesetz sieht eine solche Kontrolle vor, aber es ist eben auch nur ein Abwägungsvorgang, und ich glaube, hier ist ein Punkt erreicht,

wo man nicht mehr sagen kann, es fände eine bloße Rechtsauslegung statt. Das gilt auch für die angesprochene Gefahrenanalyse. Vor kurzem ist die Drei-Prozent-Entscheidung bezüglich des Wahlrechts zum Europäischen Parlament ergangen. Hier hat der Bundestag eine Gefahrenanalyse getroffen und gesagt, man sehe die Gefahr einer Zersplitterung der Stimmen im EU-Parlament, insbesondere der deutschen Stimmen, wenn gar keine Hürden mehr vorgesehen seien. Nun hat sich das Bundesverfassungsgericht eben an die Stelle des Gesetzgebers gesetzt und gesagt, das möge zwar sein, aber „wir halten jetzt diese Gefährdung nicht für so groß“.

Ich glaube nicht, dass man wirklich behaupten kann, das Bundesverfassungsgericht lege die Verfassung nur aus, denn bei der Auslegung muss man sich immer mit Fragen der Verhältnismäßigkeit und Rechtfertigung beschäftigen. Auf der anderen Seite, wenn ich den Satz noch hinzufügen darf, ist es in manchen Fällen für die Legislative sicherlich auch gut und hilfreich, wenn das Bundesverfassungsgericht Vorgaben nennt. Und der Satz „Naja, das machen wir jetzt mal so und dann werden wir mal sehen, was Karlsruhe dazu sagt“ ist auch schon das ein oder andere Mal gefallen. Ich nenne nur das Beispiel der „gleichgeschlechtlichen Partnerschaften“, wo die SPD in gewisser Weise schon hofft, dass das Bundesverfassungsgericht Anliegen umsetzt, die wir im Koalitionsvertrag nicht durchgesetzt bekommen haben. Das ist so. Da stehe ich auch zu.

Rath:

Frau Barley, erlauben Sie mir bezüglich der Drei-Prozent-Hürde noch eine kritische Frage. Das ist ja ein Streitpunkt, an dem das Bundesverfassungsgericht zuletzt unerwartet ein wenig in die Krise geraten ist, was es gar nicht mehr gewohnt war. Seit den 90er Jahren herrschte eine große Zufriedenheit

mit den Entscheidungen des Verfassungsgerichts. Man hat dieses gelobt und plötzlich fallen – mit seltener Einheit – alle über das Verfassungsgericht bezüglich der Frage her, ob man eine Drei-Prozent-Hürde oder gar keine Hürde bei den Europawahlen vorsieht. Die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts lautete, dass im Falle von Gesetzen, die die Parteien in eigener Sache betreffen, bei denen die Politik sozusagen ihre Pfründe sichert gegen diejenigen, die draußen sind – die Kleinparteien –, eine dezidierte Untersuchung und Einengung des großen politischen Gestaltungsspielraums notwendig sei. Wenn ich daran zurückdenke, welche Argumente vorgebracht worden sind, beispielsweise, dass im Bundestag und vor dem Verfassungsgericht gesagt worden ist, die Grünen oder die Europäische Volkspartei würden nie eine der kleinen Parteien in ihre Reihen aufnehmen und es jetzt aber doch so gekommen ist – die Abgeordnete der Piraten ist nun stellvertretende Vorsitzende der Grünenfraktion und die Familienpartei ist Teil der EVP, also bei der CDU-Fraktion aufgenommen worden –,will ich zwar nicht unbedingt sagen, dass hier gelogen wurde, aber scheinbar konnte man es ja wirklich mit Händen greifen, dass parteiische Selbstrechtfertigung eines interessegeleiteten Ergebnisses stattfindet. Insofern hege ich erstmal eine große Sympathie für die Entscheidung des Gerichts und es erstaunt mich, wenn die Politik gerade an einem Punkt, wo man sie doch richtig erwischt hat, nämlich Gesetze im eigenen Interesse zu machen, derart empört reagiert.

Barley:

Man muss für das Publikum klarstellen, dass wir beide bei der mündlichen Verhandlung dabei waren und über diese Frage auch schon viel gestritten haben. Ich sehe die Sache aber in der Tat anders. Erstens: Es hat nie jemand gesagt, dass die Parteien keine Splitterparteien aufnehmen würden, im Gegen-

teil: Das war in der Vergangenheit auch schon so. Es wurde lediglich in Frage gestellt, ob diejenigen, die jetzt zur Wahl stünden, dazu taugten und es wurde befürchtet, dass Zersplitterungen übrig bleiben. Ich glaube, das Problem daran ist, dass wir eine unterschiedliche Behandlung der Parlamente auf unterschiedlichen Ebenen haben: Auf Bundesebene gibt es die Fünf-Prozent-Hürde, die wir auch hoffentlich behalten. Auf der Landesebene haben wir in der Regel auch eine Hürde, auf der kommunalen Ebene dagegen keine mehr. Die Begründung für eine Prozent-Hürde ist die Funktionsfähigkeit des Parlaments. Jetzt ist es aber tatsächlich so, ohne in weitere Details gehen zu wollen, dass die Rolle des Europäischen Parlamentes im Institutionengefüge eine andere ist als diejenige des Bundestages in Deutschland. Meiner Meinung nach hat es viele empört, dass das Bundesverfassungsgericht die Entwicklung hin zu einer Stärkung der EU nicht aufnimmt. Das Europäische Parlament und ganz Europa sind auf dem Weg einer zunehmenden demokratischen Entwicklung. Zur Zielsetzung, das Europäische Parlament schlagkräftiger zu machen, gehört sodann auch eine Aufstellung von Spitzenkandidaten – ein Instrument, das am Ende auch funktioniert hat. Wir wollen, dass das Europäische Parlament stärker gegenüber der Kommission und dem Rat wahrgenommen wird. Hierzu trägt eine Zersplitterung nicht bei. Ich weiß nicht, ob man darauf stolz sein kann, dass nun jemand wie Herr Sonneborn von „Die Partei“ tatsächlich den Einzug ins Parlament geschafft hat. Hinzu kommt, dass es – mit Ausnahme von Spanien – in allen europäischen Ländern entweder legislativ festgelegte oder faktische Sperrklauseln gibt, die zum Teil noch weit über der deutschen liegen. Beispielsweise benötigt man in Luxemburg 16 % der Wählerstimmen, um einen Sitz im Europäischen Parlament zu erhalten. In Deutschland genügen 0,5 %. Dies führt zu einer Zersplitterung, die das aufgebaute Gefüge schief rückt. Hierzu stehe ich auch.

Rath:

Herr Gaier, das, was hier über die Entscheidung zum Europawahlrecht gesagt worden ist, können Sie ja ganz „sportlich“ nehmen, zumal es nicht Ihr Senat ist. Doch hinter den Aussagen und der Empörung steckt durchaus eine Kritik an der europaskeptischen Haltung des Verfassungsgerichts, indem es beispielsweise den Europäischen Gerichtshof bei der Anwendung des Europarechts in bestimmten Bahnen kontrolliert oder die souveräne Staatlichkeit Deutschlands in Art. 79 Abs. 3 GG hineininterpretiert, obwohl dort erst einmal nichts hierzu steht. Sollte die Bundesrepublik Deutschland eines Tages einem europäischen Bundesstaat beitreten, müsste deshalb zugleich das Grundgesetz abgelöst werden. Außerdem finden sich in der Rechtsprechung immer ein paar kleine Spitzen gegen das Europäische Parlament. Es hieß, man könne dort angesichts der Sprachenvielfalt nicht adäquat repräsentieren und es gebe auch kein europäisches Volk. Wenn man das in den Gesamtzusammenhang der Entwicklung stellt, sind solche Äußerungen ebenfalls mit dafür verantwortlich, dass die Stimmung in Deutschland gekippt ist. Ich glaube, das Bundesverfassungsgericht hat eine große Diskursmacht, Dinge in Frage zu stellen, Dinge zu delegitimieren. Faktisch stehen damit Leute, die einen europäischen Bundestaat wollen, plötzlich als Verfassungsfeinde da. Ist es wirklich die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, den Diskurs auf diese Weise zu steuern?

Gaier:

Diskurs kann eigentlich niemals schädlich sein. Dort sehe ich nicht ganz die Gefahr. Sie bringen mich nur ein bisschen in Verlegenheit. Es handelt sich bei den europäischen Fragen allesamt um Entscheidungen des Zweiten Senats, an denen ich nicht beteiligt war, und ich bitte um Nachsicht, wenn ich mich zu den Entscheidungen der Kolleginnen und Kollegen

aus Loyalitätsgründen nicht konkret äußern möchte. Allgemein gilt jedoch, wie bereits gesagt, dass ein Diskurs, auch bezüglich Europa, nie schaden kann. Ich sehe auch darin kein Problem, dass ein Organ verstärkt legitimiert werden soll. Wir leben in einer Demokratie und eine Demokratie lebt von Meinungsvielfalt. Je mehr man diskutiert, je mehr man über die Dinge spricht, umso besser ist dies. Es darf dabei natürlich auch das Bundesverfassungsgericht kritisiert werden. Das zeigt, dass in diesem Staat Demokratie und Meinungsvielfalt funktionieren und Pluralität gelebt wird. Außerdem führt auch der Zweite Senat im Bereich des Europarechts durchaus eine Diskussion.

Rath:

Herr Robbers, Sie haben jetzt beide Seiten gehört – die Politik als Erstinterpret der Verfassung, und das Bundesverfassungsgericht als Letztinterpret. Wie empfinden Sie – sozusagen als „Schiedsrichter“ aus einer wissenschaftlichen Perspektive heraus – das hier in Streit stehende institutionelle Gefüge? Hält sich das Bundesverfassungsgericht an den Rahmen, den es als Letztkontrolleur einhalten sollte? Wäre mehr Zurückhaltung wünschenswert oder ist der Bundestag in gewisser Weise vielleicht sogar selbst „schuld“, weil er entweder danach bettelt, Vorgaben aus Karlsruhe zu bekommen oder als Opposition danach giert, die bisherige Mehrheitsmeinung doch endlich durch das Gericht korrigieren zu lassen?

Robbers:

Eine Antwort als „Schiedsrichter“ kann ich Ihnen nicht geben, dies wird nicht gelingen, weil es eine finale Entscheidung nicht gibt. Das darf es auch nicht geben, ich glaube das wäre grundverkehrt. Ich kann jedoch eine Überlegung in die Debatte einbringen. Es ist der Begriff von judicial self-restraint, von einer Selbstbeschränkung der Justiz, gefallen. Gestatten Sie

mir, diesen Begriff schlicht zurückzuweisen. Es gibt keinen judicial self-restraint im deutschen Verfassungsrecht, das wäre geradezu verfassungswidrig, wenn ich das einmal ganz scharf formulieren darf. Ich erinnere mich an ein berühmt gewordenes Gespräch zwischen dem damaligen Bundeskanzler Helmut Schmidt und dem damaligen Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts Ernst Benda an der Evangelischen Akademie in Tutzing. In diesem Gespräch hatte Helmut Schmidt von dem Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts gefordert, das Gericht solle sich mehr zurückhalten. Ernst Benda erwiderte mit rotem Kopf, dass man sich eine solche Forderung beim Bundesverfassungsgericht nicht gefallen lassen könne. Dies nicht aus dem Grund heraus, weil man schlicht nicht wolle, sondern weil Kompetenzen nach dem Grundgesetz auch echte Kompetenzen sind und nicht irgendwelche Rechte, auf die man verzichten könne. Kompetenzen müsse man ausführen, man müsse sie wahrnehmen. Das Grundgesetz weist die Kompetenzen zu und das Gericht kann nicht daherkommen und sagen, dass es diese Aufgabe aber nicht so gut finde und sich daher zurückhalte. Also: Einen judicial self-restraint gibt es nicht. Es geht um die Frage, *wie* die Institutionen die ihnen durch die Verfassung zugewiesenen Kompetenzen auszuüben haben, und damit ist es eine Rechtsfrage, inwieweit das Bundesverfassungsgericht tätig wird oder nicht.

Ich würde aber anders als Herr Gaier die Frage der Verfassungsauslegung noch viel weiter sehen. Bei mir ist es so angekommen, als würde die angesprochene Auslegungslehre so ausgefeilt sein, dass in der Verfassung bereits „alles drin stehen würde“ und man dort nur hineingreifen und die Worte richtig zusammenfügen müsse, um am Ende ein Auslegungsergebnis zu erhalten. Verfassungsrecht und gerade die Auslegung der Verfassung muss man sich aber so denken, dass es

die typische Funktion der Verfassung ist, offen zu sein – offen für Entwicklung, für Tatsachen, für die tatsächliche Welt, wo die Verfassung nun nicht jeweils entscheidet, was richtig und was falsch ist, sondern Wege weist und Möglichkeiten gibt. Die Verfassung nimmt die Entwicklung der Wirklichkeit auf. Die Frage, wie die Entwicklung der Wirklichkeit tatsächlich funktioniert, wie sie sich denn entwickelt hat, erfordert eine Wertung. Eine solche Wertung hat primär die Politik zu treffen, etwa bei einer vorzunehmenden Folgenabwägung. Aber auch die Gerichtsbarkeit muss diese Wertung mitmachen. Das gehört für mich zur Auslegung von Verfassung und ist etwas, was beide Organe tun und tun müssen. Insofern besteht zwischen Politik und Gerichtsbarkeit kein Gegensatz, sie sind nicht das eine oder das andere. In diesem Kontext will ich noch kurz auf den Begriff „Ersatzgesetzgeber“ – auch so ein anzutreffendes Schlagwort – eingehen. Ich darf daran erinnern, dass bestimmte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Gesetzeskraft haben. Diese werden im Gesetzblatt veröffentlicht. Natürlich ist das Bundesverfassungsgericht hier insofern Gesetzgeber – bereits von Rechts wegen aus.

Wir diskutieren heute über das Verhältnis von Bundverfassungsgericht und Parlament. Meinem Eindruck nach – ich habe das nie mit Zahlen belegt oder ausgerechnet – ist es zumeist so, dass in den Fällen, in denen ein Gesetz „gekippt“ wird, sich die Entscheidung eigentlich nicht gegen den Gesetzgeber, das Parlament, sondern vielmehr gegen die Regierung richtet. Häufig ist es die Regierung, die die Gesetze vorschlägt, einbringt und modelliert und das Parlament ist dann die Instanz, welche hierzu „Ja“ oder „Nein“ sagt. Viele Entwicklungen finden daher in der Regierung statt. In der letzten Zeit konnte man vor diesem Hintergrund das Phänomen beobachten, dass das Bundesverfassungsgericht die Rolle des Parlamentes erweitert hat, gar gestärkt hat – zum Guten oder

vielleicht auch nicht zum Guten. Das Gericht hat sich mit der Frage der Entscheidungsbefugnis – „ist es das Plenum insgesamt oder lediglich ein Ausschuss?“ – beschäftigt. Die Intensivierung der parlamentarischen Mitbestimmung, auch bei der Frage der Beschlusserforderlichkeit, beim Einsatz von Streitkräften im Ausland, in allen solchen Angelegenheiten hat das Bundesverfassungsgericht das Parlament eigentlich gestärkt. Dies unterstützt meine Beobachtung, dass die mahnenden Worte aus Karlsruhe oft gegen das Verhältnis Regierung-Parlament gehen und eben nicht gegen das Verhältnis Bundesverfassungsgericht-Parlament.

Auf die angesprochene europäische Problematik möchte ich auch noch eingehen. Der Eindruck einer euroskeptischen Linie des Bundesverfassungsgerichts ist nicht von der Hand zu weisen. Er wird auch in der Regierung geteilt. Wenn der Zweite Senat eine europapolitische Agenda hat, ist dies eine Gefahr. Die Entscheidung wird dann – so wie Frau Barley es gesagt hat – sehr persönlich. Hier besteht die Gefahr, dass sich die Überzeugungen von acht Richtern gegenüber einer Mehrheit durchsetzen. Das Problem kann man in vielerlei Hinsicht sehen, ich frage daher auch mehr als dass ich behaupte, bin aber offensichtlich nicht der einzige, der hier Zweifel hegt. Lassen Sie mich es scharf formulieren: Ich halte es für ein Problem, wenn der Präsident des Bundesverfassungsgerichts – so wie in einem Interview getan – es für „denkbarerweise politisch wünschenswert“ hält, die Verfassung, die wir haben, durch eine neue Verfassung abzulösen. Vermutlich soll es nicht so gemeint sein, wie es auf den ersten Blick klingt, aber ich sehe hierin ein großes Problem.

Erlauben Sie mir, ganz zum Schluss noch einen weiteren Punkt anzusprechen. Es ist hier mehrfach gesagt worden, das Bundesverfassungsgericht hätte ein „letztes Wort“, wäre der Letztentscheider. Dies würde ich in Frage stellen, weil man

nicht verkennen darf, dass es immer auch ein „Leben nach einer Entscheidung“ gibt. Das Bundesverfassungsgericht mag zwar für den einzelnen Fall jetzt und hier eine bestimmte Entscheidung gefällt haben, die verbindlich ist, die dann auch Gesetzeskraft hat und damit ist der Fall dann eben so entschieden worden. Aber es gibt auch eine Entwicklung nach der Entscheidung und inwieweit eine solche Entscheidung tatsächlich später Wirkung entfaltet, ist eine ganz andere Frage als diejenige, wie es von Rechtswegen jetzt an diesem Punkt wirken soll. Wenn die Entscheidung nicht überzeugt, hält sich keiner daran. Das konnte man in einer ganzen Reihe von Entscheidungen beobachten. Es ging ein Aufschrei durchs Land, als der Zweite Senat das Kruzifix abgehängt hat. Allmählich ändert sich jedoch die Lage. Ich würde daher die Letztentscheidungskompetenz nicht zu hoch aufhängen, denn sie wird eigentlich vom Leben, vom einfachen Gesetzgeber und vom verfassungsändernden Gesetzgeber überholt und ist deswegen nicht wirklich eine Letztentscheidung.

Rath:

Ich möchte gerne nochmals auf den Ersten Senat eingehen. Dort gibt es möglicherweise eine sicherheitspolitische Agenda. In einer ganzen Serie von Entscheidungen zu Befugnissen der Polizei und der Sicherheitsbehörden wurden zumeist Kleinigkeiten vom Verfassungsgericht beanstandet und infolgedessen das Gesetz an das Parlament quasi als „Strafrunde“ zurückgegeben, damit es dann weiß, was es zu tun hat. Je nach Zählweise gehören hierzu etwa sieben bis 15 Entscheidungen, bei denen man sagen kann, dass hinter diesen eine bestimmte Linie des Gerichts steht. Als es aus dem konservativen Lager leichte Kritik gab, wurde eine solche Linie von den Richtern mit dem Verweis auf die Grundrechtsgeltung zurückgewiesen. Es bleibt aber der Befund: Es wird in der Regel nie eine Maßnahme generell in Frage gestellt – meist bekommt

also der Gesetzgeber schon das, was er will – aber er muss hierfür nochmals eine Strafrunde drehen und durch das „Fegefeuer“ der öffentlichen Kritik gehen, so dass er nun dasteht, als würde er die Grundrechte missachten. Innere Sicherheit ist so im Laufe der Zeit von einem politischen „winner“-Thema zum „loser“-Thema geworden, was deutlich wird in den Wahlkämpfen der CDU, die hier nicht mehr auf das Thema „Innere Sicherheit“ setzt, da sie merkt, dass dieses und die damit einhergehenden schärferen Gesetze in der Bevölkerung nicht mehr gut ankommen. Das ist im Wesentlichen ein Verdienst des Verfassungsgerichts. Herr Gaier, würden Sie einräumen, dass es diese Linie gibt, dass Sie also nie eine Maßnahme generell in Frage stellen, sondern dass Sie immer nur Details in der Verhältnismäßigkeit kritisieren und dann benennen, wie eine Änderung auszusehen hat, damit das Gesetz verfassungskonform beschlossen werden kann? Würden Sie auch sagen, dass Sie nicht unglücklich über die Entwicklung sind, innenpolitische Themen grundrechtsfreundlicher gestaltet zu haben?

Gaier:

Das nehme ich nicht so wahr, Herr Rath. Insbesondere gibt es auch keine sicherheitspolitische – und ich betone jetzt – *politische* Agenda. Es gibt eine Rechtsprechungslinie des Ersten Senats, die der Gesetzgeber auch attackiert hat – das steht ihm auch zu. Der Gesetzgeber versucht mittlerweile und gibt sich große Mühe, die Rechtsprechung nachzuvollziehen und zu beachten, was wir beispielsweise bei der Ausgestaltung der Anti-Terrordatei wahrgenommen haben. Es gab eher kleinere Punkte, die seitens des Gerichts beanstandet wurden, und man kann darüber diskutieren, ob dies nun alles so messerscharf richtig ist, aber man befindet sich hier wieder genau in der schon beschriebenen „Diskurszone“. Diese hat nichts mit politischer Gestaltung zu tun, sondern ist Teil der Recht-

sprechung. Es ist diejenige Interpretation des Ersten Senats bestimmter Grundrechte in Abwägung mit anderen Belangen, auch mit Sicherheitsbelangen des Staates, die letztlich Schutzpflichten gegenüber den einzelnen Bürgern begründen. Es ist also keine Agenda, sondern Rechtsanwendung. Erlauben Sie mir eine Klarstellung, die an diesem Punkt gut passt: Ich bin nicht jemand, der sagt, es stehe schon alles in der Verfassung drin, sondern mir geht es um die Methode und das macht genau den Unterschied aus. Wenn der Gesetzgeber eine Abwägung vornimmt, dann ist er – und das betonen wir immer wieder – nicht in der Pflicht, diese Abwägung in irgendeiner Form zu begründen. Die uns vorliegenden Gesetzesmaterialien stammen oft aus den Ministerien, der Gesetzgeber selbst muss gar nichts begründen. Er schöpft seine Legitimation aus seiner Funktion als Parlament, als derjenigen, die vom Souverän dafür bestimmt sind. Wenn das Verfassungsgericht nun eine Abwägung vornimmt, dann erfolgt diese nach einem anderen Muster, dann wird sie anders ausgearbeitet, nämlich mit den Mitteln juristischer Methodik. Hierzu gehören Auslegung und Rechtsfortbildung. Die juristische Methodik bedeutet zudem auch eine Bringschuld, denn wir müssen begründen, warum wir bestimmte Belange gegenüber anderen Belangen anders bewerten und bestimmte Aspekte überwiegen. Der Gesetzgeber hat seine Legitimation; das Gericht muss die juristische Methodik anwenden. Das ist – so glaube ich – der fundamentale Unterschied. Wenn juristische Methodik versagt, dann ist es keine Rechtsanwendung mehr, sondern dann ist es Politik und genau dort findet die Macht, die Kompetenz, des Bundesverfassungsgerichts ihr Ende. Ich stimme Herrn Robbers hier zu, es geht dann nicht um richterliche Selbstbeschränkung, sondern um die Beachtung von Kompetenzen, nämlich von verfassungsrechtlichen Kompetenzen.

Rath:

Ich denke, wir können uns alle darauf einigen, dass das Verfassungsgericht immer die Form wahrt, dass es zumindest immer den Anschein erweckt, als dass es juristische Methoden anwendet. Die Frage ist ja nur, und da haben wir hier eventuell einen leichten Dissens, ob das Ergebnis am Anfang steht oder am Ende der Anwendung juristischer Methoden steht.

Gaier:

Wenn ich hier unterbrechen darf. Ich kann Ihnen sagen, dass es einen Diskurs gibt, den der Zweite Senat in einer Entscheidung sogar einmal geschildert hat, indem er dort gesagt hat, dass es keine verfassungsrechtlich exakte Lösung gebe, diese sich nur in einem Diskurs ermitteln lasse, und die das Bundesverfassungsgericht dann in seiner Kompetenz auszusprechen habe. Es ist nicht richtig, wenn behauptet wird, das Ergebnis stehe bereits vorher fest, denn hier sind wir im Bereich der Politik. Die Politik schuldet – wie gesagt – keine Begründung, denn eine solche liegt bereits in der Verantwortung gegenüber dem Souverän, dem sie darzulegen hat, warum sie ein bestimmtes Problem auf die getroffene Art und Weise geregelt hat. Das ist eine ganz andere Form der Entscheidung, die logischerweise auch viel mehr Kompetenz in sich trägt in einem demokratischen Staat als das, was die Rechtsprechung und damit auch Verfassungsrechtsprechung an Last zu tragen haben.

Rath:

Frau Barley, der Bundestag ist ja manchmal auch Nutznießer der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Herr Robbers hat bereits angesprochen, dass in den Kompetenzkonflikten zwischen Regierung und Parlament zumeist das

Parlament vom Verfassungsgericht gestärkt wird. Hier wird vor allem die Opposition gegenüber der Regierung und sozusagen im „Großen“ das Außenparlamentarische gegen die parlamentarische Macht gestärkt. Für den Bundestag ist es vielleicht zunächst erstmal eine „aufgedrängte Bereicherung“, wenn das Gericht sagt, das Parlament habe zu wenig Entscheidungsgewalt, denn es bekommt zusätzliche Kompetenzen auferlegt. Ich habe das Gefühl, hier geht es jedoch oft nicht um die Befugnisse des Bundestags, sondern allgemein nur darum, das zu überprüfende Gesetz zu beanstanden. Beispielsweise im Falle von Kompetenzübertragungen auf die EU kann man kaum das „große“ Vertragswerk beanstanden, welches 28 Staaten miteinander ausgehandelt haben. Soll hier nachgebessert werden, dann müssten alle 28 Staaten ein „Ehrenrunde“ drehen, das funktioniert nicht. Daher schaut man sich beim Verfassungsgericht das nationale Gesetz an, welches das Binnenverhältnis zwischen Parlament und Regierung regelt und beanstandet eben, dass hier das Parlament nicht genügend Macht habe. Frau Barley, ist das so eine Situation, in der Sie sagen: Da will das Parlament eigentlich gar nicht diese zusätzliche Macht haben, sondern das Verfassungsgericht solle vielmehr akzeptieren, wie man sich das Gesetz ursprünglich vorgestellt habe, wie es austariert wurde? Oder sagen Sie: Eigentlich sind wir ja ganz dankbar, dass immer wieder sichergestellt wird, dass die parlamentarische Entscheidung bis ins Letzte geregelt ist?

Barley:

Das muss man ein bisschen differenziert betrachten. Es gibt Entscheidungen, die betreffen tatsächlich das Parlament, insbesondere die Binnenstruktur des Parlamentes, z. B. gab es Entscheidungen, die das Parlament gestärkt haben oder in denen verlangt worden ist, dass größere Gremien entscheiden müssen. Hier habe ich nicht den Eindruck, dass es um den

Selbstzweck des Parlaments geht, sondern um das Parlament als Volksvertretung und damit um die eigentliche demokratische Legitimation. Indirekt wurde so also auch der Volkswille gestärkt. Was dagegen die Rechtsprechung bezüglich der EU angeht, ist etwas grundlegend anderes. Die Interpretation des Art. 38 Abs. 1 GG, bei der man nun vom Wahlrecht her, seit dem OMT-Beschluss, den Weg gegangen ist, jeden europäischen Rechtsakt unter Berufung auf die Norm anzugreifen, geht für meine Begriffe in eine völlig absurde Richtung. Hier habe ich das Gefühl, dass wir uns in einer politischen Diskussion mit dem Verfassungsgericht befinden, bei der das Bundesverfassungsgericht die europäische Entwicklung nicht mitvollzieht. Ich will nicht behaupten, dass man dort die Europapolitik nicht verstehe, aber dass man jedenfalls ein anderes Verständnis von Europa antrifft als wir es in der Politik haben. Um beispielsweise nochmals auf die Rolle des Europaparlaments zurückzukommen: Hier erinnert mich die Vorgehensweise des Gerichts an die Erfahrungen, die wir in Großbritannien machen. Dort wird das Europaparlament nicht für ein demokratisches Organ gehalten. Wir waren vor Ort und haben mit Abgeordneten der Labour Party und mit unseren Leuten, die eigentlich europafreundlich eingestellt sind, gesprochen und klargestellt, dass man Europa demokratisieren müsse, dass also das Europaparlament mit mehr Kompetenzen ausgestattet werden müsse. Die Briten haben – auch wenn es aufgrund deren Wahlrechts noch eine etwas andere Geschichte ist – die Augen verdreht. Ich habe den Eindruck, dass auch das Bundesverfassungsgericht ein bisschen auf dieser Seite steht. Das finde ich schwierig. Wenn Herr Gaier, wie gerade gesagt, eine stringente Rechtsprechung in der Innenpolitik betont – ich würde das im Übrigen auch nicht als Agenda bezeichnen –, dann ist das gut. In der Europarechtsprechung ist es indes nicht der Fall. Es erfolgt dort ein Hin und Her, das sich oft auch nach der öffentlichen Reaktion richtet. Nach der

Entscheidung zur Drei-Prozent-Klausel oder beim OMT-Beschluss haben wir uns ziemlich aufgeregt, beim ESM hat es dagegen eine sehr vernünftige Entscheidung gegeben, die dann wieder etwas besänftigend wirkte. Die stringente Linie fehlt. Es ist vielmehr ein Herantasten, wie weit wir gehen können – zwei Schritte vor, einen Schritt zurück.

Rath:

An dieser Stelle möchte ich die Diskussion beenden. Ich bedanke mich für die Gesprächsbereitschaft und für die interessanten Worte.

Abschlussbemerkung

Thomas Raab

Ich darf mich ganz herzlich bei Ihnen allen für die angeregte Diskussion bedanken und bei Ihnen, Herr Rath, auch für die Diskussionsführung. Bevor ich diesen Dank noch nach außen hin durch eine kleine Aufmerksamkeit dokumentiere, zumindest gegenüber unseren Gästen, drängt es mich doch noch nach einer Schlussbemerkung. Ich will hier nicht noch einmal die gesamte Diskussion aufgreifen, aber ich bin in einem Punkt indirekt angesprochen worden und möchte gerne etwas klarstellen, damit ich hier nicht missverstanden werde. Ich habe von der justiziellen Selbstbeschränkung gesprochen. Das habe ich natürlich nicht in dem Sinne gemeint, dass das Bundesverfassungsgericht von Kontrollrechten, die ihm zugemessen sind, keinen Gebrauch machen sollte. Selbstverständlich ist das Bundesverfassungsgericht verpflichtet, dem Gesetzgeber Grenzen zu setzen, wenn und soweit es zu dem Ergebnis gelangt, dass Normen gegen die Verfassung verstoßen. Die Kontrollrechte sind Kompetenzen, stehen daher nicht zur Disposition des Gerichts. Die Formulierung, die Sie gewählt haben, Herr Robbers, stand ursprünglich nahezu identisch in meinem Manuskript – ich habe sie aus Zeitgründen herausgenommen. Trotzdem scheint mir der Begriff der justiziellen Selbstbeschränkung nicht völlig unberechtigt zu sein, einfach deshalb, weil das Bundesverfassungsgericht natürlich in der Situation ist, die Grenzen, die dem Gesetzgeber durch die Verfassung gezogen sind, selbst zu definieren, indem es die Verfassung auslegt. Da kann ich natürlich auf unterschiedliche Weise verfahren. Ich kann eine besondere Detailtiefe anstreben, ich kann aber vielleicht auch an Punkten, bei denen man feststellt, dass die Verfassung keine klaren Antworten vorgibt, eben sagen, dass hier ein Regelungsspielraum eröffnet ist, den der Gesetzgeber näher ausgestalten muss

– was das Verfassungsgericht ja auch vielfach tut. Hier ist dann die Autonomie des Parlaments gefragt. Ob man stärker kontrolliert oder doch etwas weniger stark, ist in diesem Sinne eine Frage der Selbstbeschränkung. Es ist über Fragen der Drei-Prozent- und der Fünf-Prozentklausel diskutiert worden; in diesem Themenfeld habe ich mir in der Tat die Frage gestellt: Welche Rolle soll das EU-Parlament haben, welche Funktionsvoraussetzungen braucht das Parlament, damit es seine Rolle erfüllen kann? Das ist aus meiner Sicht eine sehr stark politisch gefärbte Frage, die man schwerlich eindeutig beantworten kann und die daher auch nur beschränkt justiziabel ist. Hier wäre meines Erachtens z. B. durchaus Raum für eine Selbstbeschränkung der angesprochenen Art gewesen. Aber auch hier nochmals die Klarstellung: Ich bin keinesfalls der Auffassung, dass das Bundesverfassungsgericht seine Kompetenzen nicht ausschöpfen sollte – es muss dies geradezu.

Das Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier hat die wissenschaftliche Forschung und Beratung auf Gebieten der Rechtspolitik sowie die systematische Erfassung wesentlicher rechtspolitischer Themen im In- und Ausland zur Aufgabe. Es wurde im Januar 2000 gegründet.

In der Schriftenreihe Rechtspolitisches Forum veröffentlicht das Institut für Rechtspolitik Ansätze und Ergebnisse national wie international orientierter rechtspolitischer Forschung, die als Quelle für weitere Anregungen und Entwicklungen auf diesem Gebiet dienen mögen.

Das Rechtspolitische Forum erscheint mehrmals jährlich. Publikationen dieser Reihe können gegen Entrichtung einer Schutzgebühr beim Institut für Rechtspolitik erworben werden.

Eine Übersicht aller Publikationen des Instituts für Rechtspolitik steht im Internet unter www.irp.uni-trier.de zur Verfügung.

Institut für Rechtspolitik
an der Universität Trier

D-54286 Trier
Telefon: +49 (0)651 201-3443
Telefax: +49 (0)651 201-3448
E-Mail: sekretariat@irp.uni-trier.de
Internet: www.irp.uni-trier.de

Die Kontrolle parlamentarischer Gesetzgebungsakte durch das Bundesverfassungsgericht

Das Bundesverfassungsgericht ist an der Schnittstelle zwischen Recht und Politik angesiedelt. Seine Entscheidungen haben eine hohe politische Relevanz und sehen sich nicht selten auch harscher Kritik ausgesetzt. Der Vorwurf, das Gericht würde als Ersatzgesetzgeber originäre Rechte des Parlaments beschneiden und zunehmend Politik betreiben, ist dabei oftmals zu hören. In der Bevölkerung hingegen genießt das Gericht seit jeher ein besonders hohes Vertrauen. Ihm wird die Sachkompetenz zugesprochen, das Verfassungsrecht politisch neutral zu schützen und zeitgemäß auszulegen. Wo aber liegen die kompetenziellen Grenzen zwischen Gericht und Gesetzgeber? Wie weit reicht die Entscheidungsbefugnis? Über diese spannenden und grundlegenden Fragen diskutierte ein hochkarätig besetztes Podium im Rahmen des von Institut für Rechtpolitik veranstalteten Rechtspolitischen Kolloquium am 18. Juli 2014.

ISSN 1616-8828

Institut für Rechtspolitik an der
Universität Trier