

Richterliche Zurückhaltung[®] (judicial self-restraint) Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung

MARTIN KRIELE

Judicial self-restraint bedeutet: richterliche Selbstzügelung, Zurückhaltung, Bescheidung. Der Ausdruck will an das Ethos des Verfassungsrichters appellieren: Er soll der Verführung standhalten, seinen persönlichen politischen Präferenzen statt dem Verfassungsrecht zum Sieg zu verhelfen. Es geht erstens um den juristischen und nicht politischen Charakter der Verfassungsrechtsprechung, zweitens um eine Frage der Gewaltenteilung, nämlich um den genauen Umfang und die Begrenzung der Richtermacht im Verhältnis zu den anderen Gewalten, drittens damit um die Unparteilichkeit des Verfassungsgerichts und viertens um die Verantwortung für die politischen Konsequenzen, die richterliche Entscheidungen haben können, und um die Frage, wie weit sich das Gericht bei politisch brisanten Fragen zurückziehen könnte oder sollte.

In jüngerer Zeit wird dem Bundesverfassungsgericht wieder häufiger die Lehre vom „judicial self-restraint“ vorgehalten. Teils wird ihm vorgeworfen, die Tugend des self-restraint vermissen zu lassen, so in bezug auf das Hochschulurteil¹, das Grundvertragsurteil², den Europabeschluß³, das Abtreibungsurteil⁴ und das Diätenurteil⁵. Teils wird ihm aber auch vorgeworfen, es habe den Gedanken des self-restraint zu weit ausgedehnt und sei infolgedessen seiner Pflicht zur Durchsetzung der Verfassung gegenüber verfassungswidrigen Maßnahmen nicht nachgekommen, so z. B. in bezug auf das Spiegel-Urteil⁶, das Abhörurteil⁷, den Mephistobeschluß⁸ oder den Radikalenbeschluß⁹.

Der Vorwurf erhebt den Anspruch einer grundsätzlichen Methodenkritik. Aber die Maßstäbe schwanken, und zwar weniger nach dem politischen Standort, als vielmehr ad hoc je nach der Situation des jeweiligen Verlierers oder Gewinners. So wie früher, etwa beim Fernsehurteil aus dem Jahre 1961, Kanzler Adenauer mehr self-restraint verlangte, so sind es heute die Sozialliberalen, wenn ihre Gesetze für verfassungswidrig erklärt werden. Aber gleichzeitig verlangen beide Seiten auch mehr zupackende Aktivität vom Bundesverfassungsgericht, wenn es

¹ E 35, 79 ff.

² E 36, 1 ff.

³ E 37, 271 ff.

⁴ E 39, 1 ff.

⁵ NJW 1975, 2331 ff.

⁶ E 20, 162 ff.

⁷ E 30, 1 ff.

⁸ E 30, 173 ff.

⁹ E 39, 334 ff.

um die Sicherung von Freiheiten geht, die sie jeweils von der anderen Seite bedroht sehen. Die Frage ist, ob sich nicht unter Verfassungsjuristen gewisse unparteiliche Beurteilungsgesichtspunkte erarbeiten lassen, wenn man das Problem auf der grundsätzlichen Ebene angeht.

Man muß zunächst unterscheiden zwischen Unparteilichkeit und Neutralität¹⁰. Der Richter soll unparteilich, aber nicht neutral sein. Er soll schließlich entscheiden, daß der eine recht und der andere unrecht hat. Konsequentes self-restraint würde konsequente Neutralität bedeuten. Das aber bedeutet: Kompetenzverzicht des Bundesverfassungsgerichts und damit Parteinahme für den jeweiligen Machthaber und gegen die Wirksamkeit der Grundrechte. Unparteilichkeit verlangt nicht Neutralität, sondern Entscheidung nach Maximen, die unabhängig vom Wechsel der jeweiligen politischen Machtverhältnisse oder gar von Ad-hoc-Situationen gelten. Der Versuch, über solche Maximen einen gewissen Minimalkonsens herzustellen, läßt sich naturgemäß nur bis zu einem gewissen Grade verwirklichen, weil die Verfassungsinterpretation nicht in einer methodischen Technik aufgeht, die eindeutige Ergebnisse erlaubt. Aber es lassen sich doch vielleicht immerhin rationale, mehr oder weniger evidente, plausible oder vertretbare unparteiliche Gesichtspunkte diskutieren.

Alle Einwände gegen die Verfassungsrechtsprechung, die sich unter dem Stichwort „judicial self-restraint“ zusammenfassen lassen, laufen in einer Forderung zusammen: im Verfassungsrecht nicht politisch, sondern juristisch zu urteilen. Diese Forderung gilt allerdings auch für den Kritiker selbst. Ad hoc aufgestellte Forderungen, die nicht unparteilich und generell durchgehalten werden können, haben offenbar selbst politischen Charakter. Recht läßt sich von Politik zwar nicht so einfach abgrenzen, wie manche dieser Kritiken es erscheinen lassen¹¹, aber ein Element ist für das Recht jedenfalls unverzichtbar: die Orientierung an Regeln und Maximen, die zwar verfeinert, mit Ausnahmen und Vorbehalten versehen sein mögen, die aber jedenfalls mit allen ihren Abstufungen verallgemeinerbar sein müssen. Auch die Kritik an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann nur dann als juristische gelten, wenn der Kritiker wollen kann, daß die Maxime seiner Kritik zur generellen Maxime werde. Dies ist eine zwar nicht erschöpfende, aber notwendige Bedingung der Unparteilichkeit, der Reziprozität, der Gleichbehandlung, der objektiven Vernünftigkeit. Angesichts dieses Maßstabes ist mitunter auch den Kritikern des Bundesverfassungsgerichts mehr self-restraint nahezulegen.

Die Probleme, die unter dem Stichwort judicial self-restraint erörtert werden, lassen sich in drei Hauptgruppen zusammenfassen: I. Grundsatzprobleme der Verfassungsrechtsprechung, II. formelle Einzelfragen und III., am gewichtigsten, der Umfang des politischen Gestaltungsspielraums.

¹⁰ Dazu demnächst das Nachwort zur 2. Aufl. meiner „Theorie der Rechtsgewinnung“.

¹¹ Es ist insbesondere unzutreffend, wenn man sagt, Entscheidungen des BVerfG hätten lediglich „politische Auswirkungen“; damit wird die Frage nach den politischen Implikationen juristischer Entscheidungsfindung umgangen.

I.

Zunächst zu der Grundsatzkritik an der Verfassungsrechtsprechung, wie sie in jüngster Zeit etwa durch das Abtreibungsurteil wieder aktuell geworden ist. Es gibt sie in einer radikalen und einer gemäßigten Variante.

1. Die radikale Variante beruft sich auf die Volkssouveränität und läuft darauf hinaus, daß das Bundesverfassungsgericht Mehrheitsentscheidungen des demokratischen Gesetzgebers grundsätzlich nicht korrigieren solle. Diesem Gedanken wird durch Demonstrationen und Unterschriftssammlungen Nachdruck verliehen, die eine Volksabstimmung über § 218 StGB fordern. Dem eine grundsätzliche Verteidigung des Verfassungsstaates entgegenzuhalten, ist hier nicht der Ort¹². Es genügt der Hinweis, daß sich die Verfassung der Volkssouveränität verdankt und daß es deshalb gerade der Respekt vor der Volkssouveränität ist, der den Respekt vor der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung erheischt. Der Volkssouverän hat im Akt der Verfassungsgebung entschieden, daß der parlamentarische Gesetzgeber nicht souverän ist, sondern verfassungsmäßige Kompetenzen im Rahmen der Verfassungsordnung und unter Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts wahrnimmt und daß Volksabstimmungen nur in besonderen Ausnahmefällen vorgesehen sind. Diese Grundsatzentscheidung hat den Grund, daß zusammen mit dem Verfassungsstaat auch die Realbedingungen der Demokratie entfielen. Konkret gesprochen würden sich auch jene Agitatoren selbst ihrer Demonstrationsfreiheit vielleicht nicht mehr sehr lange erfreuen, wenn diese zur Disposition von Volksabstimmungen gestellt würde.
2. In ihrer gemäßigten Variante besagt die Grundsatzkritik, das Bundesverfassungsgericht solle nicht im eigentlichen Sinne Entscheidungen treffen, sondern lediglich den Entscheidungen Geltung verschaffen, die der Grundgesetzgeber schon getroffen habe, und seine Urteile mit einer „rein juristischen Methode aus dem Grundgesetz ableiten“. Dieser häufig erhobene Einwand führt uns in Grundfragen der juristischen Methodenlehre, die eine eingehende Erörterung verdienen würden, aber ein Thema für sich bilden¹³. An dieser Stelle genügt der Hinweis, daß sich das Element der „Entscheidung“ schlechterdings nicht aus der Verfassungsrechtsprechung verbannen läßt.

Die Forderung, das juristische Ergebnis durch eine methodisch richtige intellektuelle Operation, d. h. ohne Entscheidungsverantwortung zu gewinnen, wird zwar immer wieder ad hoc aufgestellt, um bestimmte Entscheidungen zu diskreditieren, von den Kritikern selbst aber in anderen Sachzusammenhängen keineswegs selbst beachtet. Was an den Kritikern zu kritisieren ist, ist aber nicht, daß sie ihre Forderung selbst nicht beachten, sondern daß sie sie überhaupt

¹² Dazu der Verf. eingehend in: Einführung in die Staatslehre — die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates, 1975 (ro-ro-ro-Studium Nr. 35), insbesondere §§ 57—60.

¹³ So z. B. Forsthoff, Zur Problematik der Verfassungsauslegung, 1961 (dazu: Theorie der Rechtsgewinnung); Flume, Richter und Recht, 1967.

aufstellen. Denn sie fordern etwas Unmögliches (und übrigens auch gar nicht Wünschenswertes). Die Grenzlinie zwischen Recht und Politik ist nicht gekennzeichnet durch den Gegensatz: hier methodische Ableitung, dort Entscheidung, sondern durch den Gegensatz: hier juristisch begründbare Entscheidung, dort nur politisch begründbare Entscheidung¹⁴. Auch die juristisch begründbare Entscheidung ist Entscheidung: Der Meinungsstreit zwischen seriösen Verfassungsrechtlern, insbesondere auch die Sondervoten, machen anschaulich, daß verschiedene Entscheidungen juristisch begründbar wären. Dies setzt ja auch das Grundgesetz voraus, wenn es von „Zweifeln und Meinungsverschiedenheiten“ spricht, ja, man kann sagen: Eben deshalb, weil es immer Zweifel und Meinungsverschiedenheiten in Verfassungsfragen geben kann, bedarf es einer Instanz, die sie verbindlich entscheidet. Ob z. B. der Embryo ein „jeder“ i. S. v. Art. 2 II ist und an der Menschenwürde des Art. 1 I teilhat, hat der Grundgesetzgeber (übrigens entgegen der Annahme des Ersten Senats) weder positiv noch negativ entschieden, sondern offengelassen, und eben deshalb bedurfte diese Zweifelsfrage der richterlichen Entscheidung.

Wer folgert, eine nicht vom Grundgesetzgeber vorentschiedene Frage könne nur vom Gesetzgeber, nicht vom Bundesverfassungsgericht entschieden werden, müßte diese Forderung zumindest konsequent durchhalten und dann z. B. ebenfalls kritisieren, daß das Bundesverfassungsgericht mit Art. 5 die Pflicht zur politischen Pluralität von Rundfunk- und Fernsehanstalten oder die Pflicht zur Abwehr von Gefahren aus der Pressekonzentration begründet¹⁵. Andernfalls trägt sein Einwand den Stempel der Parteilichkeit und richtet sich selbst. Hält der Kritiker seinen Einwand aber tatsächlich konsequent und unparteilich durch, so bedeutet das Parteinahme für den jeweiligen Machthaber. Nicht nur das angefochtene Gesetz bleibt bestehen, auch das angefochtene Urteil wird vollstreckt, der angefochtene Verwaltungsakt wird vollzogen, die Länderkompetenzen werden zugunsten des Bundes ausgehöhlt, die Pflichten der Bundestreue sind nicht formulierbar, die Chancengleichheit der Parteien ist nicht durchsetzbar usw. Kurzum, die allerdings weit verbreitete theoretische Naivität in Grundfragen der verfassungsjuristischen Methodik, die sich in diesem Einwand ausdrückt, führt entweder zu parteilicher Ad-hoc-Kritik oder zu einer Infragestellung des gesamten Verfassungssystems.

II.

1. Unter diesen formellen Einzelfragen ragt die Forderung hervor, das Bundesverfassungsgericht solle sich in seinem Selbstverständnis darauf beschränken, das Verfassungsrecht auf konkrete Einzelfälle anzuwenden, nicht aber Präjudizien mit verbindlicher Kraft für Folgefälle zu schaffen. Diese Forderung ist

¹⁴ Was die juristisch begründbare Entscheidung ausmacht, dazu der Verf. eingehend in: Theorie der Rechtsgewinnung.

¹⁵ Diese Konsequenz hat in der Tat Forsthoff, *Der Verfassungsschutz der Zeitungspressen*, 1969, S. 17 ff., gezogen.

jüngst wieder aktuell geworden durch den Beschluß des Zweiten Senats vom 10. 6. 1975, in dem das Bundesverfassungsgericht sich zu der Auslegung des § 31 I BVerfGE geäußert hat, der lautet: „Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden.“ Die Frage ist: Bindet lediglich die Rechtskraft der konkreten Entscheidung auch die nichtverfahrensbeteiligten Organe oder bindet die Entscheidung präjudiziell, also auch in Folgefällen?

Das Verfassungsgericht läßt keinen Zweifel daran, daß es die Verbindlichkeit seiner Entscheidungen nicht nur auf die konkrete Rechtskraft, sondern auch auf die präjudizielle Wirkung bezieht¹⁶, und auch darin ist es gegenüber seinen Kritikern im Recht¹⁷, zumal es für sich selbst, ebenfalls richtig, die Präjudizienbindung, die für alle anderen Organe gilt, auf eine bloße Präjudizienvermutung reduziert¹⁸ und sich damit die Möglichkeit der Korrektur seiner Rechtsprechung offenhält. Verfassungsrechtsprechung ist nicht nur Subsumption des Einzelfalls unter das Grundgesetz, sondern zugleich auch, bei Gelegenheit der Entscheidung des Einzelfalls, Präzisierung dessen, was allgemein als Verfassungsrecht gilt. Ein Gericht, das die künftige präjudizielle Wirkung seiner Entscheidung bedenken muß, wird dadurch gezwungen, seinen Blick von Ad-hoc-Erwägungen des Einzelfalls weg auf die Entscheidungsmaxime zu lenken, von der es wollen kann, daß sie zur allgemeinen Maxime werde. Darin liegt ein wesentliches und notwendiges Element der juristischen, im Unterschied zur politischen Betrachtungsweise. Der Blick auf die präjudizielle Wirkung gewährleistet das erreichbare Maß an Kontinuität, Rechtssicherheit, Gleichbehandlung und Unparteilichkeit.

2. Die präjudizielle Verbindlichkeit beschränkt sich gemäß § 31 I BVerfGG auf die „Entscheidung“. Dazu gehört nicht nur der Tenor, sondern auch die ihn tragenden Entscheidungsgründe. Welche Gründe *aber tragend sind* und welche als bloße „obiter dicta“ an dieser Verbindlichkeit nicht teilhaben — diese Frage allerdings kann das Bundesverfassungsgericht nicht gleich mitentscheiden. Diese Frage wird vielmehr erst später entschieden, dann nämlich, wenn in einem Folgefall das Präjudiz als Präjudiz herangezogen wird. Erst angesichts des neuen Falles nämlich wird anschaulich, inwieweit das Verfassungsrecht weiterer Präzisierung bedarf, mit welchen Vorbehalten, Ergänzungen und Einschränkungen die präjudiziellen Entscheidungsgründe von damals nunmehr gelten. Dieses Verhältnis von Maximenbindung und flexibler Maximeninterpretation ist nicht nur nötig, um das Verfassungsrecht veränderten tatsächlichen Gegebenheiten gegenüber reaktionsfähig, sondern auch um es bei gleichbleibenden Gegebenheiten der Korrektur durch bessere Einsicht offenzuhalten. Nur so ist es möglich, der öffentlichen und insbesondere auch

¹⁶ E 1, 14, 37; 19, 377, 392; 20, 56, 87.

¹⁷ Eingehender dazu der Verf. in: Theorie der Rechtsgewinnung a. a. O., S. 290—304.

¹⁸ E 4, 31, 38 f.; 20, 56, 86 f.; vgl. neuestens Zuck, NJW 1975, 907 ff., und Maassen, NJW 1975, 1343 ff.

der rechtswissenschaftlichen Kritik an der Rechtsprechung Rechnung zu tragen. Wenn also das Bundesverfassungsgericht in den Gründen des Grundvertragsurteils feststellt, es gebe dort keine obiter dicta, sondern nur tragende Gründe¹⁹, so ist diese Feststellung selbst ein unverbindliches obiter dictum. Präjudizielle Verbindlichkeit der Entscheidung folgt aus dem Gesetz, nämlich aus § 31 BVerfGG, und danach ist lediglich die Entscheidung und sind nicht alle ihr beigegebenen Gründe verbindlich. Der Versuch des Bundesverfassungsgerichts, insofern seine Kompetenz zu überschreiten, läßt den Ruf nach mehr self-restraint berechtigt erscheinen.

3. Häufig wird auch die Forderung erhoben, das Bundesverfassungsgericht solle nicht mehr entscheiden, als angesichts des konkreten Falles notwendig ist. Z. B.: Da es sich bei dem Radikalenbeschuß²⁰ auf die Erörterung der besonderen Probleme des Art. 12 GG hätte beschränken können, hätte es sich auch darauf beschränken sollen und besser daran getan, alle übrigen Rechtsfragen dahingestellt sein zu lassen. Die Beschränkung auf das Entscheidungsnotwendige gehört nun zwar zu den allgemeinen Regeln der Richterkunst, aber zu den Regeln, die mit dem Vorbehalt gelehrt und empfohlen werden, daß nicht besondere Gründe eine Kumulation von tragenden Entscheidungsgründen über das unentbehrliche Minimum hinaus zweckmäßig erscheinen lassen. Solche Ausnahmegründe können gerade im Verfassungsrecht mitunter gegeben sein, insbesondere dann, wenn die politischen Organe die präjudizielle Klärung einer Rechtsfrage erwarten und ein anstehender Fall dazu Gelegenheit gibt. Man sollte dann allerdings wünschen, erstens, daß das Bundesverfassungsgericht die über das Entscheidungsnotwendige hinausgehenden Gründe so klar formuliert, daß nicht alsbald der Streit um ihre Auslegung ausbricht und die Sache so unentschieden ist wie zuvor; zweitens, daß die obiter dicta so reiflich überlegt sind, daß sie der Prognose künftiger Entscheidungen zugrunde gelegt werden können. Es ist zwar nicht die Verantwortung des Bundesverfassungsgerichts, wenn obiter dicta von den politischen Organen wie „urbiter et orbiter apodicta“ angesehen werden und wenn sich das politische Handeln an ihnen orientiert. Aber dies ist ein Faktum, dem das Bundesverfassungsgericht Rechnung tragen muß, um nicht begründetes Vertrauen zu enttäuschen²¹.
4. Mitunter wird verlangt, das Bundesverfassungsgericht soll sich Zurückhaltung bei der Anwendung der Generalvollmacht auferlegen, im Einzelfall Art und Weise der Vollstreckung seiner Entscheidungen zu regeln. So wird z. B. ge-

¹⁹ E 36, 1, 36.

²⁰ E 39, 334 ff.

²¹ Mißlichkeiten entstehen dann, wenn sich der Gesetzgeber auf ein obiter dictum einstellt und ein hieran orientierter Gesetzgebungsakt später vom BVerfG — in Abweichung vom obiter dictum — für verfassungswidrig erklärt wird, wie es z. B. bei der Parteienfinanzierung der Fall war: In E 8, 51, 63 hatte das Gericht in einem ausführlichen obiter dictum die grundsätzliche Zulässigkeit staatlicher Parteienfinanzierung bejaht; davon abweichend dann E 20, 56 ff.

rügt, daß das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit dem Abtreibungsurteil einen ganzen Indikationenkatalog aufgestellt, gewissermaßen ein Übergangsgesetz erlassen hat. Dies wäre jedoch nur um den Preis vermeidbar gewesen, daß das Bundesverfassungsgericht außer § 218a auch die §§ 218b bis 219 aufgehoben und es bei der allgemeinen Strafbarkeit des § 218 belassen hätte. Das Bundesverfassungsgericht hat mit Recht vorgezogen, dann lieber die eigentliche Sachentscheidung auf das Minimum der Nichtigerklärung des § 218a zu beschränken. Die Vollstreckungsregelung hat es ihm ermöglicht, den Intentionen des Gesetzgebers soweit wie möglich Rechnung zu tragen. Auf diese Weise hat das Bundesverfassungsgericht mehr self-restraint geübt, als wenn es auf die Übergangsregelung verzichtet und die ganze Neuregelung insgesamt für nichtig erklärt hätte. Generell läßt sich der Grundsatz aufstellen, daß sich die Vollstreckungsmaßnahmen auf das Erforderliche beschränken sollten. Aber es läßt sich nicht vermeiden, daß der Rahmen des Erforderlichen mitunter sehr weit gespannt ist. Das Bundesverfassungsgericht hat ihn bisher nicht überschritten.

5. Dem Bundesverfassungsgericht sind heftige Vorwürfe gemacht worden, als es im Verfahren um den Grundvertrag die Anträge auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung abgelehnt hat²². Beim Erlaß einer einstweiligen Anordnung kommt es darauf an, ob die Maßnahme „zur Abwehr schwerer Nachteile . . . zum gemeinen Wohl dringend geboten ist“. Zu Recht wägt das Bundesverfassungsgericht die drohenden Nachteile gegen die Nachteile ab, die gerade aus dem Erlaß der einstweiligen Anordnung erwachsen können. Die Nachteile, die im Grundvertragsverfahren von einer einstweiligen Anordnung zu erwarten gewesen wären, waren folgende: Eine einstweilige Anordnung hätte den Notenaustausch und damit das Inkrafttreten des Grundvertrages verzögert, und zwar bis zu einem Zeitpunkt nach Beginn der KSZE in Helsinki unter Teilnahme der DDR und nach der Entscheidung des Weltsicherheitsrates über die Anträge beider deutscher Staaten auf Aufnahme in die UNO. Diese beiden Termine aber bedeuteten den Durchbruch der DDR zur internationalen Anerkennung. Die Verklammerung vom Grundvertrag und unserer Deblockade der internationalen Anerkennung der DDR wäre damit aufgehoben. Diese Verklammerung hing von einer Terminplanung ab, die erfolgt war, nachdem die Opposition der Bundesregierung signalisiert hatte, sie wolle die Auseinandersetzung um den Grundvertrag nur politisch, nicht verfassungsrechtlich führen. Hätte aber die DDR die internationale Anerkennung vor dem verzögerten Inkrafttreten des Grundvertrages erlangt, so hätte sie möglicherweise ihr Interesse am Grundvertrag verlieren und das Verfassungsgerichtsurteil als Vorwand benutzen können, um den Notenaustausch zu verweigern. Damit wären die durch den Grundvertrag begründeten Statusvorbehalte, menschlichen Erleichterungen und Folgeverträge entfallen. Die DDR hätte alle ihre

²² Siehe insbes. Friesenhahn, ZRP 1973, S. 188, 189 ff.

Ziele erreichen und überdies ihre Abgrenzungspolitik verschärfen können, während die Bundesrepublik alles verloren hätte, was sie in mühsamen Verhandlungen erreicht hatte. Deshalb hat das Bundesverfassungsgericht die einstweilige Anordnung abgelehnt. Die Kritik an dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts beruhte auf einer fast vollständigen Desinformation der deutschen Öffentlichkeit über Zusammenhänge und Hintergründe der politischen Konstellation, aus der Verfassungsklage und Anträge auf einstweilige Anordnung zu verstehen waren.

III.

Nun zum dritten und wesentlichsten Themenkreis: dem Umfang des Gestaltungsspielraums der anderen Verfassungsorgane. Kontrovers sind vor allem zwei Probleme: der Gestaltungsspielraum im Bereich der Außenpolitik und die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes und die damit zusammenhängenden Probleme.

1. Die weitgehende Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts in außenpolitischen Fragen ist ein Grundsatz, den der Erste Senat jüngst in dem Ostverträge-Beschluß vom 7. 7. 1975 erneut nachdrücklich unterstrichen hat²³. Die Respektierung dieses Grundsatzes ist im deutschen Verfassungsrecht vor allem deshalb wichtig, weil wir im Unterschied zu den USA die Rechtsfigur der „political questions“²⁴ nicht kennen — d. h. der Rechtsfragen, die der Supreme Court wegen ihrer politischen Implikationen ausdrücklich unentschieden läßt. Im deutschen Verfassungsrecht ist eine Maßnahme immer entweder verfassungswidrig oder verfassungsmäßig. Wenn sie nicht verfassungswidrig ist, wird ihre Verfassungsmäßigkeit vermutet und im Falle eines Rechtstreits vom Bundesverfassungsgericht bestätigt. Die Friedensfunktion des Verfassungsrechts bewährt sich darin, daß Verfassungstreitigkeiten wirklich entschieden werden — durch Nichtigerklärung der strittigen Maßnahme oder durch ihre ausdrückliche Legitimierung. Diese Legitimierungsfunktion würden wir einbüßen, wenn das Bundesverfassungsgericht der häufig erhobenen Forderung nach Verengung des außenpolitischen Gestaltungsspielraums nachgeben würde. Wenn sich dann nämlich das Bundesverfassungsgericht bewußt würde, daß es die möglichen außenpolitischen Konsequenzen seiner Entscheidung dann nicht verantworten könnte, müßte es, wie der Supreme Court, zur Figur der „political questions“ Zuflucht nehmen. Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht in jüngerer Zeit seinen eigenen Grundsatz, in außenpolitischen Fragen *judicial self-restraint* walten zu lassen, mindestens im Grundvertragsurteil verletzt²⁵, wenn es verlangt, daß deutsch-

²³ NJW 1975, 2287; 2292.

²⁴ Vgl. hierzu die Darstellung von Scharpf, Grenzen richterlicher Verantwortung. Die Political-question-Doktrin in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court, 1965.

²⁵ E 36, 1 ff.

deutsche Folgeverträge, etwa im Bereich des Postverkehrs, grundgesetzlichen Ansprüchen auch im Hinblick auf Bürger der DDR genügen müßten. Wenn diese Forderung das Zustandekommen blockiert, wird ein Zustand, der näher beim Grundgesetz wäre, verhindert. Das Bundesverfassungsgericht ließ sich offenbar von der Präventivfunktion leiten, die verfassungsrechtliche Entscheidungen in der Tat auch haben und die oft wichtiger sind als die Funktion der nachträglichen Korrektur verfassungswidriger Maßnahmen. Das Bundesverfassungsgericht wollte die Bundesregierung nicht nur an Verfassungsgrundsätze in ihrer Außenpolitik binden, sondern ihr auch eine stärkere Verhandlungsposition für ihre Verhandlungen mit der DDR verschaffen. Dieser Absicht, so begreiflich sie ist und so hilfreich sie vielleicht im Einzelfall tatsächlich sein kann, ist dennoch die Forderung nach mehr self-restraint entgegenzuhalten. Denn wenn die erhoffte Präventivfunktion versagt und die deutsch-deutschen Verträge nicht zustande kommen, kann ein Schaden entstehen, dessen Inkaufnahme oder Nichtinkaufnahme eine Frage politischer Abwägung ist, die nur im Einzelfall von den dazu zuständigen Organen getroffen werden kann. Diese Abwägung an sich zu ziehen und pauschal zu antizipieren, übersteigt die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts.

Nicht ganz so zweifelsfrei ist die Verletzung des Grundsatzes der richterlichen Zurückhaltung im Europabeschluß vom 29. 5. 1974²⁶, wo das Bundesverfassungsgericht grundrechtsverletzendes Gemeinschaftsrecht für in der Bundesrepublik unanwendbar erklärt. Zwar kann auch diese Entscheidung die europäische Rechtseinheit gefährden oder das Zustandekommen einzelner europäischer Richtlinien verhindern. Aber die Sache liegt insofern anders als im Grundvertragsurteil, als im Rahmen der EG eine gewisse politische Homogenität in den Grundfragen der politischen Kultur besteht. Während es in der Deutschlandpolitik darum geht, einem totalitären Regime menschliche Erleichterungen abzurufen, geht es in der EG um die Rechtsbildung in einer Gemeinschaft, in der jedes Mitglied die verfassungsrechtlichen Besonderheiten der Partner berücksichtigen kann und muß. Wenn die Bundesregierung gezwungen wird, ihre Zustimmung zu europäischen Richtlinien davon abhängig zu machen, daß diese keine Grundrechte verletzen, so wird weder ihr noch den Partnerstaaten etwas Irreales, Unzumutbares und Undurchsetzbares abverlangt.

Es hat übrigens auch schon Beispiele dafür gegeben, daß die Bundesregierung verfassungsrechtliche Bedenken gegen einen Gesetzentwurf zu überspielen versuchte, indem sie an europäischen Richtlinien mitwirkte, die sie zum Erlaß verfassungsrechtlich bedenklicher Gesetze verpflichten, und daß sie alsdann erklärte, sie könne den verfassungsrechtlichen Bedenken nicht Rechnung tragen, weil sie sich sonst europarechtlichen Verpflichtungen entziehen

²⁶ E 37, 271 ff.

müßte²⁷. Das Europaurteil des Bundesverfassungsgerichts kann dazu beitragen, solche illoyalen Versuche in Zukunft von vornherein illusorisch zu machen.

2. Nun endlich zum letzten und wichtigsten Problemkreis, der auch in den USA den Kern der Diskussion um judicial self-restraint ausgemacht hat²⁸: die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes²⁹. Genaugenommen besagt dieser Grundsatz: Die Grundrechte schützen *unmittelbar* überhaupt nicht das Marktsystem oder irgendeine andere Wirtschaftsordnung, sondern nur persönliche Freiheiten³⁰. Sie schützen die persönlichen Freiheiten aus zwei Hauptgründen: einmal um ihrer selbst, um der Menschenwürde willen, zum anderen um der freiheitlich-demokratischen Grundordnung willen, zu deren Realbedingungen die persönliche Freiheit gehört. Die Grundrechte schützen die persönlichen Freiheiten aber nicht drittens auch noch um des Marktsystems willen. Zwar haben die um ihrer selbst willen geschützten persönlichen Freiheiten zum Teil auch ökonomische Relevanz, insbesondere Eigentum, Berufsfreiheit, Freizügigkeit, Freiheit zu Zusammenschlüssen usw. Insofern kommt der Schutz der persönlichen Freiheit mittelbar der Marktwirtschaft zugute. Eine Plan- oder Zentralverwaltungswirtschaft würde so viele persönliche Freiheiten verletzen, daß die zu ihrer Einführung erforderlichen Gesetze zweifellos verfassungswidrig wären. Aber der Streit geht nicht nur um die Planwirtschaft, sondern auch um Gesetze der Wirtschaftslenkung, Steuererhebungen und Sozialgestaltung. Hierzu meint das Bundesverfassungsgericht: Die Relevanz der persönlichen Freiheiten für die Marktwirtschaft ist mittelbare Folge und nicht Zweck der Grundrechte. Wenn also, was ja häufiger vorkommt, ein wirtschaftslenkendes Gesetz grundrechtswidrig ist, dann ausschließlich deshalb, weil es die persönliche Freiheit, nicht weil es das ökonomische System verletzt. Das ist der immer wieder betonte Kern des vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung festgehaltenen Grundsatzes, das Grundgesetz sei wirtschaftspolitisch neutral „im Rahmen der Grundrechte“.

Dieser Grundsatz ist schon in den fünfziger Jahren, insbesondere von Nipperdey³¹ angegriffen und ist in den letzten Jahren erneut so nachdrücklich in Frage gestellt worden³², daß es an der Zeit ist, noch einmal seine Tragfähigkeit zu prüfen.

Um das Problem aus dem Horizont des bloß politischen Meinens heraus in den Horizont juristischer Analyse zu führen, muß man es in dem Gesamt-

²⁷ Zu denken ist etwa an die 2. Europäische Richtlinie vom 20. 5. 1975 betreffend Arzneimittelprüfung, die die verfassungsrechtlichen Bedenken überspielt, die u. a. Leibholz gegen den Entwurf eines Arzneimittelgesetzes erhoben hatte.

²⁸ Vgl. Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, S. 437 ff., 450 ff., 464 ff.

²⁹ E 4, 7, 17 f.; 7, 377, 400; 12, 341, 347.

³⁰ Siehe dazu ausführlich vom Verf., *Einführung in die Staatslehre*, §§ 50, 55.

³¹ *Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, 1954.

³² Insbesondere von H. H. Rupp, *Grundgesetz und Wirtschaftsverfassung*, 1974.

zusammenhang des Problems der Abwägung zwischen Grundrechten und Grundrechtsschranken stellen. Zu diesem Zweck ist eine wenigstens skizzenhafte Bestandsaufnahme der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu dieser Abwägung unerlässlich. Nach dieser Rechtsprechung kommt es nicht nur darauf an, ob das Grundrecht im Text des Grundgesetzes mit Schranken oder mit einem Gesetzesvorbehalt versehen ist und welchen Inhalt diese genau haben, sondern auf zwei Gesichtspunkte: einerseits auf die Bedeutung des jeweiligen Freiheitsrechts für die Wahrung der Menschenwürde, andererseits auf die Schwere der Freiheitsbeeinträchtigung. Ich will diese These an Hand dreier Beispiele illustrieren: an der Frage der Beweislast, der Frage, ob Grundrechte als Verfassungsaufträge interpretiert werden können, und am Umfang der Nachprüfung gerichtlicher Entscheidungen.

- a) Zunächst zur Beweislast. Es gibt zwar im Verfassungsrecht keine formelle, aber doch das Problem der materiellen Beweislast, das entsteht, wenn für die Entscheidung erhebliche Tatsachen ungeklärt bleiben. Sie bleiben vor allem im Normenkontrollverfahren häufig ungeklärt, wenn es um die voraussichtlichen Auswirkungen eines Gesetzes geht und die dabei erforderlichen Prognosen nur mit einem mehr oder minder hohen Grad von Wahrscheinlichkeit gestellt werden können³³.

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts findet sich eine ganze Skala von abgestuften Vermutungsregeln³⁴. So ist z. B. bei den fundamentalsten Freiheitsrechten, wie Leben und persönliche Freiheit, ein Eingriff nur zulässig, wenn erwiesen ist, daß der Eingriff zu einem aus der Verfassung ableitbaren Zweck erfolgt, daß er zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich, geeignet und nicht außer Verhältnis und deshalb unzumutbar ist.

Bei einer zweiten Gruppe von Freiheitsrechten übt das Bundesverfassungsgericht etwas mehr self-restraint, aber nicht ohne weiteres so, daß sich die Beweislast einfach umkehrt. Vielmehr gibt es Abstufungen. Bei den Grundrechten, die zwar die Person und ihr Privatleben betreffen, aber nicht so fundamental wie Leben und Bewegungsfreiheit, muß der Zweck des Eingriffs nicht ein von der Verfassung geforderter sein. Es genügt, daß der Gesetzgeber nachweist, daß ein gewichtiges Interesse der Allgemeinheit auf dem Spiel steht und daß der Eingriff geeignet und erforderlich ist, um, wenn nicht nachweisbare, so doch sehr wahrscheinliche Gefahren für diese Interessen abzuwehren. Dies gilt etwa für das Grundrecht der körperlichen Un-

³³ Hierzu Philippi, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, 1971, insbesondere S. 56 ff., 124 ff.

³⁴ Vgl. die Rechtsprechungsübersicht bei Grabitz, AöR Bd. 98 (1973), 568 ff. Die hier im Text angedeutete Typologie folgt im wesentlichen Grabitz' Einteilung in vier Bereiche: den Bereich legislatorischer Konkretisierungskompetenz und die Bereiche positiv gebundener, negativ gebundener und willkürfreier legislatorischer Qualifikations- (Zwecksetzungs-) kompetenz, a. a. O., S. 602 ff.

versehrtheit, für das Postgeheimnis, die Freizügigkeit, die Freiheit der Wohnung oder die Freiheit der Berufswahl, soweit sie durch objektive Zulassungsvoraussetzungen beeinträchtigt wird.

Bei einer dritten und vierten Gruppe von Freiheitsrechten trägt die Beweislast derjenige, der die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes behauptet. Aber auch hier gibt es Unterschiede: Bei einigen ist das Gesetz verfassungswidrig, wenn die tatsächlichen Annahmen des Gesetzgebers eindeutig widerlegbar oder offensichtlich fehlsam sind (evident falsch). Das gilt z. B. bei Eingriffen in das Eigentum oder in die Freiheit der Berufswahl, soweit subjektive Zulassungsvoraussetzungen geregelt werden.

Bei einer vierten Gruppe von Freiheitsrechten wiederum beschränkt sich die verfassungsgerichtliche Kontrolle auf die Grenzen der Willkür, d. h. sie läßt jede gesetzliche Regulierung zu, solange sich nur überhaupt sachlich vertretbare Gründe zu ihrer Rechtfertigung vorbringen lassen. Dies gilt insbesondere für den Gleichheitsgrundsatz, für die Freiheit der *Berufsausübung* und für die aus der allgemeinen Handlungsfreiheit abgeleiteten wirtschaftlichen Tätigkeiten, wie Unternehmerfreiheit, Vertragsfreiheit usw.

Bemerkenswert ist, daß sich die einzelnen Grundrechte nicht auf die verschiedenen Stufen verteilen lassen, sondern daß innerhalb ein und desselben Grundrechts verschiedene Regeln gelten, je nachdem, bis zu welchem Grade die Person existentiell in ihrer Würde und personalen Entfaltung betroffen ist oder, wie sich das Bundesverfassungsgericht ausdrückt, wie weit der „unantastbare Bereich privater Lebensgestaltung“ beeinträchtigt wird³⁵.

So z. B. bei der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 I. Sie umfaßt zwar die wirtschaftliche Unternehmensfreiheit. Doch haben wirtschaftslenkende Gesetze, die die Unternehmensfreiheit berührten, dieses Grundrecht bisher nicht verletzt. Hingegen setzte sich das Grundrecht durch, als es um die Beiziehung von Ehescheidungsakten in einem Disziplinarverfahren ohne Einverständnis des Ehegatten³⁶ oder um die Beschlagnahme eines ärztlichen Krankenblattes in einem Strafverfahren ging³⁷. Ähnlich motiviert ist die bekannte Abstufung im Bereich der Berufsfreiheit: Objektive Berufszulassungsbeschränkungen, die jemand den von ihm gewählten Beruf grundsätzlich und bedingungslos verschließen, unterliegen einer anderen Grundrechtsschranke als subjektive Zulassungsvoraussetzungen und erst recht als Berufsausübungsregeln, die man dulden muß, solange sich irgendwelche rechtfertigenden Gründe dafür vorbringen lassen³⁸. Aber selbst noch diese Abstufung wird relativiert. Wenn z. B. Berufsausübungsregelungen die Berufs-

³⁵ E 27, 351; 33, 377.

³⁶ E 27, 344.

³⁷ E 32, 373.

³⁸ E 7, 377, 400 ff.

wahl mittelbar beeinträchtigen³⁹, wenn also schwere Beeinträchtigungen der eigentlichen Persönlichkeitssphäre vorliegen, so muß sich auch die Berufsausübungsregelung durch nachweisliche schwere Gefahren für ein wichtiges Gemeinschaftsgut rechtfertigen lassen.

- b) Eine ähnliche Abstufung wie im Problembereich der Beweislast scheint sich bei der Auslegung der Grundrechte als Verfassungsaufträge anzubahnen⁴⁰. Es gilt der Grundsatz, daß es keine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte gibt⁴¹. Die Frage ist aber: Kann aus den Grundrechten ausnahmsweise die Verpflichtung des Gesetzgebers erwachsen, Gesetze zu erlassen, die die grundrechtliche Freiheit des einzelnen nicht nur gegenüber dem Staat, sondern auch gegenüber privaten Dritten sichern? Das Bundesverfassungsgericht hat sich bei der Erteilung solcher Verfassungsaufträge bekanntlich sehr zurückgehalten, soweit es sich nicht um grundgesetzlich ausdrücklich formulierte Verfassungsaufträge, wie z. B. im Bereich der unehelichen Kinder, handelte⁴². Aber es hat diese Zurückhaltung in jüngerer Zeit in einigen Fällen aufgegeben, insbesondere etwa im Urteil zu § 218⁴³. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, sagt das Bundesverfassungsgericht, Gesetze zu erlassen oder zu bewahren, die einen optimalen Schutz des Embryo herbeiführen, als ultima ratio auch zu Strafgesetzen. Ähnlich äußert sich das Bundesverfassungsgericht zumindest andeutungsweise im Hochschulurteil: Hochschulgesetze müssen die Freiheit der Lehre und Forschung schützen⁴⁴, oder im Numerus-clausus-Urteil: Der Staat ist, solange er die Berufsausbildung in Händen hält, verpflichtet, die Realbedingungen für die freie Berufswahl im Rahmen des Möglichen zu gewährleisten⁴⁵. Im Spiegel-Urteil aus dem Jahre 1966 erwog das Bundesverfassungsgericht die Pflicht des Staates, Gefahren abzuwehren, die einem freien Pressewesen aus der Bildung von Meinungsmonopolen erwachsen könne⁴⁶.

Im Bereich der Verfassungsaufträge kann man noch nicht, wie in der Frage der Beweislastverteilung, von einer ständigen und gefestigten Rechtsprechung reden. Aber immerhin zeichnen sich drei Grundsätze ab:

- Verfassungsaufträge können aus den Grundrechten nur ganz ausnahmsweise entnommen werden;

³⁹ E 11, 30, 47 f.

⁴⁰ Mit bejahender Tendenz Häberle, VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 43 ff., 69 ff., 90 ff., 112 ff.; ders., DÖV 1972, 729 ff.; H. H. Rupp, JZ 1971, 401 ff.; Friauf, DVBl. 1971, 674 ff., 676 ff. Ablehnend Martens VVDStRL Bd. 30 (1972), S. 29 ff.; H. H. Klein, Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1972, S. 39 ff., 60 ff.; Böckenförde, NJW 1974, S. 1529 ff. Vgl. ferner v. Mutius, Verw.-Arch. Bd. 64 (1973), S. 183 ff.

⁴¹ E 7, 198, 204 ff.

⁴² E 25, 167, 179 ff.

⁴³ E 39, 1, 42 ff.; hierzu die Urteilsanmerkung des Verf., JZ 1975, S. 222 ff.

⁴⁴ E 35, 79.

⁴⁵ E 33, 303, 329 ff.

⁴⁶ E 20, 162, 175 f.

- dies kommt je eher in Betracht, desto fundamentaler die in Frage stehenden persönlichen Freiheiten sind;
 - es muß sich um ernste und schwere Gefahren handeln, also z. B. um den Totalentzug eines fundamentalen Rechts, wie bei der Abtreibung des Rechts auf Leben.
- c) Und noch ein drittes Beispiel: Wenn das Bundesverfassungsgericht gerichtliche Entscheidungen unter dem Gesichtspunkt überprüft, ob sie Grundrechte verletzen, so respektiert es einen gewissen Beurteilungsspielraum der Instanzgerichte. Es beschränkt sich darauf festzustellen, ob die angefochtene Entscheidung auf einer „grundsätzlich unrichtigen Anschauung vom Umfang des Schutzbereichs der Grundrechte“ beruht und nicht willkürlich ist⁴⁷. Die Formel „grundsätzlich unrichtige Anschauung vom Schutzbereich“ ist freilich elastisch interpretierbar: Wenn das Instanzgericht die durch die Präjudizien des Bundesverfassungsgerichts geprägten Formeln zur Umgrenzung dieses Schutzbereichs richtig wiedergibt, so kann sich das Bundesverfassungsgericht damit zufriedengeben und darauf verzichten, die Anwendung auf die konkreten Umstände des Einzelfalls zu überprüfen⁴⁸. Es kann aber auch aus der Art und Weise, wie das Instanzgericht das Grundrecht konkret angewandt hat, den Schluß ziehen, daß die Formeln zwar richtig wiedergegeben, aber inhaltlich nicht wirklich verstanden oder gewürdigt worden sind. Denn erst in der konkreten Anwendung gewinnen sie Leben und Bedeutung, und nur im Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Grundrecht und Lebenssachverhalt zeigt sich, ob die Entscheidung auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung des grundrechtlichen Schutzbereichs beruht.

Wie tief das Bundesverfassungsgericht in die grundrechtliche Würdigung des Einzelfalls eindringt oder wie weit es darauf verzichtet, dafür scheint es auf den ersten Blick keine feststehenden Regeln zu geben: es schwankt von Fall zu Fall. Eine vergleichende Bestandsaufnahme führt jedoch zu folgendem Ergebnis: In den Entscheidungen, die das Bundesverfassungsgericht umfassend überprüft hat, ging es um ganz fundamentale Freiheitsrechte, u. a. um den Schutz gegen Freiheitsentziehung aus Art. 2 II und 104 II und um die Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit⁴⁹. Bei anderen Grundrechten übt das Bundesverfassungsgericht mehr Zurückhaltung⁵⁰. Es begründet

⁴⁷ E 18, 85, 92 f.; 30, 173, 196 f.

⁴⁸ Die grundsätzlichen Ausführungen in E 30, 196 f., scheinen diese Interpretation nahezu legen; in Wirklichkeit erweist sich aber bei der Handhabung der Formel durch das Gericht, daß es im einzelnen die rechtliche Subsumtion des angefochtenen Urteils nachprüft.

⁴⁹ E 7, 198, 207 ff.; 10, 302, 322 ff.; 17, 302, 304; 20, 162, 174 ff.; 24, 278, 282 ff.; 27, 71, 79 ff.; 27, 104, 109 f.; 28, 55, 63 ff.; 30, 173, 196 ff.; 32, 373, 378 ff.

⁵⁰ Z. B. E 18, 85, 92 ff. (Art. 14 GG); 21, 209, 217 ff.; 31, 145, 178 ff. (Art. 3 Abs. 1 GG). Da Art. 3 Abs. 1 GG als Willkürverbot interpretiert wird, kommt hier dem Grundsatz der begrenzten verfassungsgerichtlichen Nachprüfung, insoweit sie sich auf „willkürliche“ Grundrechtsverstöße durch die Gerichte beschränkt, ohnehin kaum Bedeutung zu.

diese Differenzierung damit, daß die einen Grundrechte fundamentalen Interessen dienen als die anderen. Zu Art. 2 II und 104 sagt es: „Die persönliche (körperliche) Freiheit“ sei „die erste Voraussetzung für jede freiheitliche Betätigung des Menschen überhaupt“⁵¹, und zu den Grundrechten aus Art. 5 heißt es immer wieder, sie seien für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung „schlechthin konstituierend“, sie seien „die Grundlage jeder Freiheit überhaupt“⁵². Das Bundesverfassungsgericht zitiert in diesem Zusammenhang den amerikanischen Supreme-Court-Richter Cardozo, der von der Meinungsfreiheit gesagt hat, sie sei „the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom“⁵³.

Die drei Beispiele, die sich um weitere ergänzen ließen⁵⁴, zeigen, daß der Grundsatz der wirtschaftspolitischen Neutralität nur ein Ausschnitt aus einem komplexeren Problemzusammenhang ist. Was das Bundesverfassungsgericht die „Wertordnung der Grundrechte“ zu nennen pflegt, ist in Wirklichkeit ein ganz rational abgestuftes System fundamentaler Freiheiten und abhängiger Freiheiten, orientiert an der Menschenwürde und an der Stabilität des demokratischen Verfassungsstaates. Es handelt sich um einen ähnlichen Gedanken, wie er in den USA sehr mißverständlich unter dem Stichwort „preferred freedoms“ diskutiert worden ist⁵⁵. Dieser Ausdruck ist mißverständlich, weil es sich nicht darum handelt, beliebig die einen Freiheiten anderen vorzuziehen. Vielmehr geht es um die vernünftige Einsicht in die geschichtlich gewachsene Idee und Wirklichkeit des Verfassungsstaates selbst, um die Grundlagen und Voraussetzungen, von denen alle Freiheit abhängt. Marktwirtschaft gibt es auch in Diktaturen mit Brainwash- und Foltersystem. Sie ist nicht das Fundament, sondern eine Ergänzung der verfassungsrechtlichen Freiheit⁵⁶. Auch historisch ist längst erwiesen, daß die Idee der Verfassungsrechtsprechung ihre Wurzel in der Idee der Menschenwürde und des sie bedingenden und durch sie bedingten gewaltenteilenden Verfassungsstaates hat, und nicht im Wirtschaftsliberalismus, wie marxistische Kritiker unter willkürlicher Faktenauswahl und Interpretation der Verfassungsgeschichte unterstellen⁵⁷.

Die Redeweise von „preferred freedoms“ ist nur historisch aus der Entwicklung zu verstehen, die die amerikanische Verfassungsrechtsprechung seit der Dred-Scott-Entscheidung aus dem Jahre 1857 und endgültig seit den achtziger Jahren des vorigen Jahrhunderts genommen hat. Damals wurde die Due-process-Klausel

⁵¹ E 10, 322.

⁵² E 5, 85, 134 f.; 7, 198, 208; 12, 113, 125; 20, 56, 97; 28, 55, 63.

⁵³ E 7, 198, 208.

⁵⁴ Vgl. die Rechtsprechung zu Art. 19 Abs. 3 GG; E 21, 362, 369.

⁵⁵ Zur Preferred-freedom-Doktrin s. Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, S. 437 ff., 450 ff., 464 ff.

⁵⁶ Eingehender zu dem nur bedingungsweisen Zusammenhang von Verfassungsliberalismus und Wirtschaftsliberalismus: Einführung in die Staatslehre, § 50.

⁵⁷ a. a. O., § 39.

aus einem Grundrechtsschutz der Menschenwürde in ein Grundrecht zum Schutz des Laissez-faire-Liberalismus uminterpretiert mit der Folge einer bis 1937 andauernden Blockade der Entwicklung des Sozialstaats⁵⁸. Als der Harvard-Professor James B. Thayer 1893 die Theorie des *judicial self-restraint* entwickelte und diese in der nachfolgenden Juristengeneration zur herrschenden Lehre in der amerikanischen Verfassungsrechtswissenschaft wurde, ging es in erster Linie um die Abwehr dieses Mißbrauchs der Verfassungsrechtsprechung und um die Wiederherstellung ihres eigentlichen Sinnes. Der Supreme-Court-Richter Holmes faßte die Kritik in dem Satz zusammen: „Die Due-process-Klausel hat nicht Herbert Spencers ‚Social statics‘ zum Gesetz erhoben.“ Es ging, so paradox das klingt, darum, daß überhaupt die Verfassung anzuwenden sei und nicht die damals herrschende national-ökonomische Theorie und sozialdarwinistische Philosophie. Aber im Laufe der Jahrzehnte wurde durch neue Präjudizienketten eine neue Wirklichkeit verbindlichen Rechts geschaffen. Hinzu kam, daß man die weite Auslegung der Due-process-Klausel inzwischen auch zum Schutz persönlicher Freiheiten, wie dem Recht der Freizügigkeit und der Schulintegration im District of Columbia, herangezogen hatte. So konnte man sich gegen den Mißbrauch der Verfassungsrechtsprechung nicht mehr mit dem Verweis auf den ursprünglichen Sinn der Verfassung, sondern nur noch mit einer generalisierten Forderung nach *self-restraint* wehren, stellte damit aber zugleich die Effizienz der Grundrechte überhaupt in Frage. Man müsse nun konsequent und unparteilich *self-restraint* üben, meinte z. B. Felix Frankfurter: Wenn der Supreme Court dem Gesetzgeber das Recht zubillige, Eigentum und Vertragsfreiheit zu beschränken, so müsse er sich konsequenterweise auch mit McCarthyismus, Rassendiskriminierung und unfairen Prozeßmethoden abfinden⁵⁹. Dagegen wandte sich die *Preferred-freedoms-Doktrin*. Aber sie stand nun im Ruch politischer Parteilichkeit, während ihr doch eigentlich die Würde zukommt, die Wahrheit des Verfassungsstaates gegen parteiliche Ideologisierung verteidigt zu haben.

Für uns in der Bundesrepublik geht es nur darum, trotz mancher Kritik im einzelnen die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Fragen des Gestaltungsspielraums festzuhalten und fortzusetzen. Wenn man die Forderung erhebt, den Grundsatz aufzugeben, daß das Grundgesetz im Rahmen der Grundrechte wirtschaftspolitisch neutral ist, so muß man sich im klaren darüber sein, was damit auf dem Spiel stünde:

1. Die Kontinuität der Verfassungsrechtsprechung in einem differenzierten, wohlabgewogenen, fein abgestuften Bau von Entscheidungsregeln, und damit ein gutes Stück an Rechtssicherheit und an Autorität des Verfassungsgerichts.
2. Die Friedensfunktion der Verfassung als eine alle politischen Parteien und Gruppen übergreifende Konsensgrundlage.

⁵⁸ a. a. O., § 54.

⁵⁹ Vgl. vom Verf.: Felix Frankfurter (1882—1965), JZ 1965, S. 242 ff.

3. Die Effizienz der Grundrechte. Denn man muß bedenken, daß die Gleichstellung der wirtschaftlichen Freiheit mit den fundamentalen persönlichen Freiheiten auf die Dauer unmöglich in der Weise durchgehalten werden kann, daß die wirtschaftliche Freiheit einen gleich starken Grundrechtsschutz genießt wie jetzt die persönlichen Freiheiten. Vielmehr würde im Gegenteil die Gleichstellung auf die Dauer dazu führen, daß umgekehrt die persönlichen Freiheiten auf das Maß herabgestuft würden, in dem heute die wirtschaftliche Freiheit geschützt wird. Die amerikanische Erfahrung belehrt uns über die Zwangsläufigkeit dieser Entwicklung. Wird aber die Effizienz derjenigen Grundrechte geschwächt, die für die Menschenwürde und für die Stabilität des Verfassungssystems fundamental sind, so kann das weitreichende Folgen haben, deren Tragweite wir noch nicht überblicken können.