

Astrid Kuhn

Bundesverfassungsgericht und Parlamentarismus

Entscheidungen seit 1975 im Spannungsfeld zwischen
klassischem und parteidemokratischem Verständnis



Nomos

Herausgeber der Reihe:

Prof. Dr. Werner J. Patzelt, Dresden

Prof. Dr. Suzanne S. Schüttemeyer, Halle/Berlin

Astrid Kuhn

Bundesverfassungsgericht und Parlamentarismus

Entscheidungen seit 1975 im Spannungsfeld zwischen
klassischem und parteidemokratischem Verständnis



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Flensburg, Europa-Univ., Diss., 2020

u.d.T.: „Bundesverfassungsgericht und Parlamentarismus. Parlamentarismusverständnis des Bundesverfassungsgerichts in den Entscheidungen seit 1975“

ISBN 978-3-8487-8105-8 (Print)

ISBN 978-3-7489-2523-1 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit geht auf mein besonderes Interesse für politikwissenschaftliche Erklärungsansätze zurück, die helfen die politische Praxis besser zu verstehen. Meine intensive Beschäftigung mit dem parlamentarischen Regierungssystem war außerdem von der Frage begleitet, welche Maßstäbe an das Handeln politischer Akteure angelegt werden müssen, damit die Qualität und vor allem die Akzeptanz demokratischer politischer Herrschaft gewährleistet sind.

Die Arbeit wäre ohne die Unterstützung meines Betreuers Prof. Dr. Michael Ruck nicht fertiggestellt worden. Er hat diese Rolle nach dem plötzlichen Tod meines akademischen Lehrers und ehemaligen Betreuers Prof. Dr. Eberhard Schütt-Wetschky übernommen und maßgeblich zur Eingrenzung der Fragestellung und somit zum Gelingen beigetragen. Er hat mich in all den Jahren stets ermutigt, die Arbeit neben meiner beruflichen Tätigkeit für die Stiftung Wissenschaft und Demokratie weiterzuführen. Hierfür und für unsere anregenden Gespräche danke ich ihm aufrichtig.

Ich danke außerdem Prof. Dr. Andreas Anter für die Übernahme der Zweitbegutachtung und das offene Interesse für mein Thema. Prof. Dr. Suzanne S. Schüttemeyer und Dr. Sebastian Galka danke ich für die Anmerkungen zu Teilen meiner Arbeit, die für mich sehr wertvoll waren. Für das Lektorat danke ich Dr. Elena Tresnak. Alle verbleibenden Fehler sind mir zuzuschreiben.

Mein besonderer Dank gilt meiner Familie und meinen Freunden dafür, dass sie viele Abende und Wochenenden klaglos auf mich verzichtet haben, ohne jemals einen Zweifel an meinem Vorhaben aufkommen zu lassen.

Ich widme dieses Buch meinem Mann *Robert Lenz*.

Handewitt, Februar 2021

Astrid Kuhn

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| Abkürzungsverzeichnis | 11 |
| 1. Bundesverfassungsgericht und Parlamentarismus | 13 |
| 2. Untersuchungsgegenstand: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts | 21 |
| 2.1 Truth and Justice: das Bundesverfassungsgericht an der Schnittstelle zwischen Recht und Politik | 21 |
| 2.2 Forschungsstand zur Politik- und Parlamentarismusauffassung des Bundesverfassungsgerichts | 40 |
| 3. Zum Vorgehen und zur Materialauswahl | 49 |
| 3.1 Theoriegeleitete politikwissenschaftliche Textanalyse | 49 |
| 3.2 Materialgrundlage und Auswahl der Entscheidungen | 59 |
| 4. Parlamentarismus als Parteiendemokratie | 64 |
| 4.1 Klassisches und parteiendemokratisches Parlamentarismusverständnis | 64 |
| 4.1.1 Grundlagen | 64 |
| 4.1.2 Zeitgenössische Variationen | 71 |
| 4.2. Konzeptionelle Grundannahmen des parteiendemokratischen und klassischen Parlamentarismusverständnisses | 79 |
| 4.2.1 Gewaltenteilung: Spannungsfeld Gewaltenteilung und Machtteilung | 79 |
| 4.2.2 Repräsentation: Spannungsfeld einzelner Abgeordneter und Gruppenprinzip | 95 |
| 4.2.3 Binnenstrukturen von Regierungsmehrheit und Opposition: Spannungsfeld interne Offenheit der Willensbildung und Geschlossenheit nach außen | 105 |
| 4.3 Parteiendemokratisches Parlamentarismusverständnis: Übersicht über die Strukturprinzipien | 123 |

| | |
|--|-----|
| 5. Parlamentarismusverständnis des Bundesverfassungsgerichts: Linien und Begründungsmuster | 128 |
| 5.1 Binnenstrukturen von Parlament und Regierung | 128 |
| 5.1.1 Das Wesen des Abgeordneten: Berufspolitiker mit Vollalimentation | 128 |
| 5.1.1.1 Das Leitbild des unabhängigen Abgeordneten trotz Interessenvertretung im Parlament | 128 |
| 5.1.1.2 Formale Gleichheit aller Abgeordneten trotz Funktionendifferenzierung im Parlament | 135 |
| 5.1.1.3 Absicherung der Unabhängigkeit des Abgeordneten gegen seine Partei oder Interessengruppen | 144 |
| 5.1.2 Beschlussfähigkeit und auflösungsgerichtete Vertrauensfrage: Aushöhlung des Formalen? | 153 |
| 5.1.2.1 Arbeitsteilung als Bedingung von Repräsentation: zwei Dimensionen | 153 |
| 5.1.2.2 Die Rolle des Plenums | 159 |
| 5.1.2.3 Formalität und Materialität als widerstreitende Prinzipien? | 163 |
| 5.1.3 Einzelne Abgeordnete und Gruppen: die Grenze der gleichen Mitwirkungsbefugnis und das Proportionalitätsprinzip | 179 |
| 5.1.3.1 Repräsentation in den Ausschüssen | 179 |
| 5.1.3.2 Grundsätzliche Geltung des Gruppenprinzips im Bereich von Parlament und Regierung | 186 |
| 5.1.3.3 Proportionalitäts- versus Mehrheitsprinzip | 196 |
| 5.1.4 Fazit: Arbeitsteiliges Fraktionenparlament unter der Anforderung der gleichen Mitwirkung aller Einzelnen | 213 |
| 5.2 Verhältnis zwischen Parlament und Regierung | 219 |
| 5.2.1 Grundsätzliches zur Frage der Gewaltenteilung im Zusammenhang mit den Einsätzen der Bundeswehr im Ausland | 219 |
| 5.2.2 Machtbalance zwischen Parlament und Regierung? Die auswärtige Gewalt in der Kompetenzordnung zwischen Bundestag und Bundesregierung | 222 |
| 5.2.2.1 Die auswärtige Gewalt als Funktion der Exekutive | 222 |
| 5.2.2.2 Ausbalancierung der Gewalten durch den wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt? Der Versuch formeller Kompensation materieller Komplexität | 228 |

| | | |
|---------|---|-----|
| 5.2.3 | Abgrenzung effektiver parlamentarischer Mitwirkungsbefugnis: Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland | 238 |
| 5.2.3.1 | Die auswärtige Gewalt als materielle Prärogative der Exekutive | 238 |
| 5.2.3.2 | Handlungsverbund versus Entscheidungsverbund | 244 |
| 5.2.4 | Fazit: Drei Modifikationsstufen für das Verständnis des Verhältnisses zwischen Parlament und Regierung | 254 |
| 5.3 | Determinanten im Verhältnis zwischen Bundestag und Wählern: Wahlrecht und Repräsentationsverständnis | 259 |
| 5.3.1 | Grundsätzliches und offene Fragen wahlrechtlicher Verfassungsrechtsprechung im Kontext von Parlamentarismus | 259 |
| 5.3.2 | Funktionsfähigkeit von Parlamenten und Sperrklausel | 266 |
| 5.3.2.1 | Struktur und Arbeitsweise von Parlamenten ohne Regierungsbildungskompetenz | 266 |
| 5.3.2.2 | Grenznutzen mehrheitsfördernder Effekte: Integrationsfunktion der Wahl versus formale Gleichheit | 287 |
| 5.3.3 | Überhangmandate und Grundmandatsklausel | 297 |
| 5.3.3.1 | Rechtfertigung von weiteren Disproportionalitäten: die Bedeutung des Aspekts der Persönlichkeitswahl im personalisierten Verhältniswahlrecht | 297 |
| 5.3.4 | Fazit: Maßstabsverschärfung und Parteienskepsis | 309 |
| 6. | Parteiendemokratisches Parlamentarismusverständnis im Spiegel der Verfassungsrechtsprechung | 313 |
| 6.1 | Überblick und Einordnung | 313 |
| 6.1.1 | Binnenstrukturen von Regierungsmehrheit und Opposition: Anerkennung des innerparlamentarischen Gruppenprinzips (Fraktionen) unter persistierender Parteienskepsis | 316 |
| 6.1.2 | Gewaltenteilungsmodell: Anerkennung eines »Entscheidungsverbunds« von Parlament und Regierung unter Beibehaltung der exekutiven Eigenverantwortung | 322 |
| 6.1.3 | Repräsentationsverständnis: Anerkennung des Integrationsvorgangs der Wahl unter Verschärfung des Gleichheitsmaßstabs | 327 |
| 6.2 | Parlamentarismusspezifische Topoi des Bundesverfassungsgerichts | 332 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| 7. Stärkung des Parlaments und Schwächung des Parlamentarismus | 339 |
| Übersicht über die analysierten Entscheidungen | 346 |
| Literaturverzeichnis | 347 |
| Weitere Quellen | 374 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-------------|--|
| AbgG | Abgeordnetengesetz |
| Anm. | Anmerkung |
| ALG | Arbeitslosengeld |
| AWAC | Airbone Warning and Control System |
| BT Drs. | Bundestagsdrucksache |
| BT PlPr | Bundestagsplenarprotokoll |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGG | Bundesverfassungsgerichtsgesetz |
| BWahlG | Bundeswahlgesetz |
| EFS | Europäischer Sozialfonds |
| EP | Europäisches Parlament |
| ESM | Europäischer Stabilisierungsmechanismus |
| EU | Europäische Union |
| EuWG | Europawahlgesetz |
| EVG-Vertrag | Vertrag über die Europäische Verteidigungsgemeinschaft |
| GG | Grundgesetz |
| GOBT | Geschäftsordnung des Bundestages |
| ISAF | International Security Assistance Force |
| LTG | Gesetz über den Landtag des Saarlandes |
| MdB | Mitglied des Bundestages |
| NATO | North Atlantic Treaty Organization |
| ParlBG | Parlamentsbeteiligungsgesetz: Gesetz über die parlamentarische Beteiligung bei der Entscheidung über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland |
| SaarlVerfGH | Saarländischer Verfassungsgerichtshof |
| StabMechG | Stabilisierungsmechanismusgesetz |
| UN | United Nations |
| UNOSOM | United Nations Operation in Somalia |
| WEU | Westeuropäische Union |

1. Bundesverfassungsgericht und Parlamentarismus

In den letzten fünf bis zehn Jahren hat das Bundesverfassungsgericht einige Entscheidungen gefällt, die auf einen Prozess »*zunehmender Parlamentarisierung*« des Verfassungsdenkens (Martin Morlok 2019: 25) hindeuten mögen. Das Gericht selbst geht von einer solchen Entwicklung aus:

»Roter Faden dieser Rechtsprechung ist [...] eine Stärkung der Stellung und der Rechte des Parlaments, welche auf einem Verständnis der Volksvertretung als dem zentralen Ort politischer Willensbildung und Entscheidung beruht.« (Voßkuhle 2016: 289)

Die Notwendigkeit zusätzlicher Beschlusskompetenzen für das Parlament haben die Richter des Zweiten Senats, der für Staatsrechtsfragen zuständig ist, zum Beispiel im Hinblick auf die Außenpolitik der Bundesrepublik, auf die bewaffneten Auslandseinsätze der Bundeswehr – Stichwort Parlamentsheer – oder auf die Rolle des Bundestages beim europäischen Integrationsprozess konstatiert. Diese Rechtsprechungslinien werden als »parlamentsfreundlich« bezeichnet. Sogar ein spezifisch »deutsche[s] Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit als ‚*Hüter des Bundestages*‘« sei erkennbar (Paus 2015: 28). Auf der anderen Seite bedeutet die Feststellung eines Verfassungsverstoßes oder gar die Nichtigerklärung eines Gesetzes besonders im Bereich des Staatsorganisations- oder Parlamentsrechts auch eine Marginalisierung des Gesetzgebers, indem die Rolle des Bundestages teilweise unterminiert wird. Es findet eine Juridifizierung der Politik statt, wenn sich das BVerfG als »Reparaturbetrieb des Parlamentarismus« (Schneider 1999) betätigt. Auch bei vordergründig parlamentsfreundlicher Rechtsprechung bedarf es einer genauen Analyse dahingehend, ob das Parlament tatsächlich gestärkt wurde oder ob etwa auf der anderen Seite die Zusammenarbeit von Parlamentsmehrheit und Regierung oder die Leistungsfähigkeit des parlamentarischen Regierungssystems geschwächt wurde. Diese widersprüchlichen Zusammenhänge wurden bislang von der deutschen Staatsrechtslehre, aber auch in der Politikwissenschaft noch nicht ausreichend beleuchtet.

Ausnahmen bilden Studien zu den Entscheidungen zur Außen- und Sicherheitspolitik sowie zum europäischen Integrationsprozess, die die staatsrechtlichen Grundeinstellungen des BVerfG bereits untersucht haben. Robert van Ooyen leitet in seiner Analyse zu dieser Rechtsprechung »einen Begriff des Politischen« (Ooyen 2005) des BVerfG und später eine »Staats-

theorie« (Ooyen 2018) ab, die in einem »nationalliberal-konservativen Etatismus« bestehe und zumindest teilweise antipluralistische Züge trage, da sie von einer politischen Einheit von Staat und Volk ausgehe (Ooyen 2005: 17). Nicht erst seit der Europarechtsprechung, so wird festgestellt, dächten die Richter des BVerfG »vom Staat her« und propagierten demokratietheoretisch eine »Abwehr heteronomer Fremdbestimmung« (Lhotta/Ketelhut 2009: 869). Mindestens wird jedoch auch von weniger kritischen Stimmen von einem Konflikt zwischen einem etatistischen und einem individualistischen Demokratieverständnis ausgegangen (Kottmann/Wohlfahrt 2009: 444). Sie fassen es allerdings als zu weitgehend auf, dem BVerfG vorzuwerfen, »seine Argumentation entspreche dem staatszentrierten Demokratieverständnis der deutschen Staatsrechtslehre des 19. und 20. Jahrhunderts, das in Anbetracht des modernen Mehrebenen- und -akteurssystem der EU anachronistisch wirke« (Kottmann/Wohlfahrt 2009: 453). Ein etatistisches Demokratieverständnis, das vor allem das Parlament lediglich als »Agen[t] der souveränen deutschen Staatlichkeit« (Lhotta/Ketelhut 2009: 888) auffasst, stünde in Konflikt mit der Vorstellung von pluralistischer Parteiendemokratie. Deshalb hat bereits Ernst Fraenkel konstatiert, dass sich in Deutschland der Gedanke des parlamentarischen Systems auf die Dauer nur dann voll durchsetze, »wenn es gelingt, den Volksbegriff zu entmythologisieren und den Staatsbegriff zu entmystifizieren« (Fraenkel 1960: 337).

Diese skizzierte Problemstellung soll in dieser Arbeit aufgegriffen und erweitert werden, indem danach gefragt wird, welches Parlamentarismusverständnis des BVerfG hinter einer vorgeblichen Stärkung des Parlaments steht. Von zentraler Bedeutung für diese Fragestellung ist die Herausarbeitung zweier grundlegender Idealtypen des Parlamentarismusverständnisses und ihre Verortung in den Entscheidungen des BVerfG. Parlamentarismus kann dabei in einem Spektrum zwischen politischer Theorie (z. B. Schneider 1995: 538) und Konzept eingeordnet werden, das jedenfalls empirisch-induktiv von der Beobachtung der Regierungsform der parlamentarischen Demokratie abgeleitet ist (Marschall 2017: 20 f.).

Grundannahmen zum Parlamentarismus sind der Maßstab, mit dessen Hilfe das Funktionieren des parlamentarischen Regierungssystems beurteilt wird; nicht nur vom BVerfG, sondern auch in der Gesellschaft. Eine der schwerwiegendsten Herausforderungen für die etablierten Demokratien liegt darin, die Ausgestaltung der demokratischen Regierungsweise für ihre Bürger¹ nachvollziehbar zu machen. Neben den politischen Ergebnissen in

1 Aus Lesbarkeitsgründen verwende ich in der vorliegenden Arbeit das generische Maskulinum, damit ist die weibliche Form stets eingeschlossen.

den verschiedenen Politikfeldern steht die Organisation des Parlamentarismus von lokaler bis supranationaler Ebene unter Rechtfertigungsdruck. Genügen die Verfahren im parlamentarischen System den demokratietheoretischen Anforderungen von Transparenz und Partizipation? Ermöglichen sie eine ausreichende Teilhabe aller demokratischen politischen Kräfte am politischen Prozess und führen die Beschlüsse der Parlamente zur Lösung von Problemen und zu gerechten Maßnahmen? Die Komplexität des politischen Systems und die Leistungsfähigkeit seiner inneren Struktur sind für die Wähler schwer in Gänze zu erfassen und zu beurteilen. Auch unter Politikern, Juristen und Wissenschaftlern gibt es verschiedene Auffassungen davon, wie die parlamentarische Entscheidungsfindung funktionieren sollte. Selbst in Ländern mit einer jahrhundertealten Parlamentarismusgeschichte, wie in Großbritannien, aber auch besonders in Deutschland, ist »parlamentstheoretische Selbstverständigungs- und Überzeugungsarbeit« (Patzelt 2004: 99 f.) noch immer nicht obsolet geworden. Das »Ringens um ein empirisch fundiertes, theoretisch realitätsgerechtes und normativ angemessenes Verständnis des parlamentarischen Regierungssystems« (Schindler/Schüttemeyer 2010: 145) hält an.

Um Klarheit darüber zu erlangen, wie das parlamentarische Regierungssystem, wie Parlamentarismus funktionieren kann, müssen die verschiedenen Interpretationsmöglichkeiten klar herausgearbeitet werden. Die Parlamentsforschung trägt neben der Demokratietheorie, der Repräsentationstheorie sowie der Wahl- und Parteienforschung einen wesentlichen Teil dazu bei (grundlegend Loewenberg 1971). Dabei fällt es schwer, die in den verschiedensten Forschungsbereichen festgestellten Funktionszusammenhänge, zumal länderübergreifend komparativ, zu einem Konzept oder einer Theorie zu verdichten. Grundkonstante des parlamentarischen Regierens sind jedoch die politischen Parteien, die die Organisation des politischen Prozesses erst ermöglichen und den Willensbildungs- und Entscheidungsprozess beherrschen. Die politikwissenschaftliche Parlaments- und Parlamentarismusforschung ist deshalb immer auch Forschung über Parteiendemokratie.

Die Verfassungsgründer hatten den Parteien mit Art. 21 I GG in Verbindung mit Art. 38 I GG eine zentrale Stellung zugewiesen. In Kombination mit dem Erfordernis der parlamentarischen Abstimmungen mit Mehrheit ist der geschlossene Abstimmungsmodus der Regierungsmehrheit im Parlament vorgezeichnet gewesen, den wir bis heute kennen und erwarten.

»Vom Tag seines ersten Zusammentritts an im September 1949 gab es nie den Bundestag ‚als solchen‘, der unterteilt, als ‚Ganzes‘ im Sinne der konstitutionellen Doktrin, den anderen Gewalten gegenübergestanden hätte. Von Anfang an war er

nur in Mehrheit und Opposition vorhanden. Von einem Funktionsverlust ‚des Parlaments‘ zu sprechen, beschwört ein Geisterreich.« (Hennis 1999: 226)

Trotzdem ist in den 60er-Jahren eine erste Hoch-Zeit der Parlamentarismuskritik entstanden, und es gibt bis heute einflussreiche Stimmen gegen diese Dominanz der Parteien, die parlamentarische Mehrheiten erst ermöglichen. Diese Kritiker orientieren sich an Elementen einer vordemokratischen Vorstellung für die Bewertung des modernen Parlamentarismus, die auf der Annahme eines konfliktären Gegeneinanders der Organe Parlament und Regierung beruhen. Dabei gehen sie von der Existenz eines Verfallsprozesses aus, der aus der Aktionseinheit von Parlamentsmehrheit und Regierung resultiere und der es dem politischen System immer schlechter ermögliche, die Anforderungen an eine parlamentarische Demokratie zu erfüllen (z. B. Kirchhof 2004; Leicht 1996). Hiervon abzugrenzen sind Entparlamentarisierungsthesen, die auf der Verlagerung von Beschlusskompetenzen vom Bundestag auf die Institutionen der Europäischen Union oder anderer supranationaler Institutionen beruhen. Diese Gestaltungsverluste resultieren nicht nur aus einer Reduktion der Parlamentskompetenz im gesetzgeberischen Gestaltungsbereich, sondern auch aus einer strategischen Bevorteilung der Regierung bei intergouvernementalen Aushandlungsprozessen (Schüttemeyer 2007a: 249). Aber auch auf nationalstaatlicher Ebene ist die konstatierte »Marginalisierung« von Parlamenten (Oberreuter 2013) differenziert zu betrachten: Auf der einen Seite steht die Kritik an einer sogenannten Regierungsdominanz, die die ständige Abhängigkeit der Regierung von der Parlamentsmehrheit unterbewertet und damit übersieht, dass das Parlament durch seinen wichtigsten Ausschuss, die Regierung, handelt und damit Regierungsdominanz »intendierte[s] Charakteristikum des Parlamentarismus« (Schüttemeyer 2013b: 454) ist. Auf der anderen Seite zeigt die Erstarkung korporatistischer Arrangements seit den 1990er-Jahren (siehe z. B. Ruck 2004), die oft mit dem Regierungsstil zur Zeit Helmut Kohls in Verbindung gebracht wird, die Notwendigkeit der Verknüpfung parlamentarischer Verfahren mit dem Sachverstand der Betroffenen. Arthur Benz hat aufgezeigt, dass wir uns durch die Möglichkeit der losen Kopplung von Entscheidungen in den verschiedenen Arenen (Verhandlungssysteme und parlamentarisches System) keineswegs in einer postparlamentarischen Demokratie befinden (Benz 1998). Es stellt sich also die Frage, welcher Art von »Entparlamentarisierung« das BVerfG sich gewahr ist, wenn es eine Parlamentarisierung vorantreiben will.

Schwieriger als offen ausgesprochene und begründete Einordnungen zur Rolle des Parlaments sind unterschwellige Anlehnungen an ein konstitutionelles Politikverständnis zu identifizieren. Werner Patzelt hat im Rahmen

einer Umfrage für einen großen Teil der deutschen Bevölkerung, aber auch für Abgeordnete des Bundestages festgestellt, dass es einen »latenten Verfassungskonflikt« gebe. Dies sei ein Konflikt

»zwischen der tatsächlichen Funktionsweise unseres verfassungsmäßigen parlamentarischen Regierungssystems und jenen Vorstellungen, anhand welcher die Bürger beurteilen, ob ihr Regierungssystem ordnungsgemäß funktioniert« (Patzelt 1998: 728).

Schon dieser Befund liefert einen Hinweis darauf, dass die verhältnismäßig schlechte Beurteilung der Arbeit des Parlaments oder das geringe Vertrauen in politische Parteien in Deutschland nicht schlicht von mangelndem Verständnis oder mangelnder Einsicht herrührt, sondern in konfligierenden Mustern begründet liegt, die in den verschiedenen Grundverständnissen über Parlamentarismus divergent bewertet werden. Bereits im 19. Jahrhundert sind zwei unterschiedliche Auffassungen bzw. Theorien darüber erkennbar, wie der Entscheidungsprozess in parlamentarischen Regierungssystemen funktionieren sollte. Die eine versteht Parteien als Entscheidungskörper, weil diese die zentralen kollektiven Akteure im politischen System sind und ihr Personal im Bundestag und in den Landtagen sowie in den Regierungen politische Entscheidungen treffen, die später zu verbindlichen Beschlüssen werden. Auf der anderen Seite existiert die Idealvorstellung, dass Einzelne im Rahmen von Organen im parlamentarischen System nach dem Abschluss eines deliberativen Prozesses entscheiden. Eberhard Schuett-Wetschky hat diese beiden Grundtypen parlamentarischer Demokratie herausgearbeitet und sie später als traditionelle und realistische Sichtweise bezeichnet (Schütt-Wetschky 1992; 1984). Die Unentschiedenheit ihnen gegenüber und den Dissens zwischen ihnen hat er als »Parlamentarismusfrage« beschrieben.²

Die konzeptionelle Offenheit dieser Frage wird greifbar, wenn über die demokratiethoretische Bewertung beschlossener Gesetze oder einzelner parlamentarischer Verfahren eine so gravierende Uneinigkeit besteht, dass die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz bezweifelt wird. Es besteht dann die Möglichkeit, im Rahmen von z. B. Organstreitverfahren oder Verfassungsbeschwerden das Verfassungsgericht anzurufen und eine Entscheidung über diese Streitfrage herbeizuführen. In Deutschland hat das BVerfG eine besonders starke Stellung im politischen System inne und gilt als eines der machtvollsten Verfassungsgerichte der Welt (Kneip 2013). Das liegt nicht nur in seinem umfangreichen Entscheidungsbereich und -instrumen-

2 Unveröffentlichtes Manuskript.

tarium begründet, sondern auch in seinem hohen Ansehen in der Bevölkerung, das regelmäßig höher ist als das anderer Verfassungsorgane (Patzelt 2005). Das BVerfG urteilt im Zweifel darüber, ob Gesetze ordnungsgemäß zustande gekommen sind, über deren Inhalte und über die Kompetenzverteilung zwischen den Verfassungsorganen, und es transportiert damit stets ein Stück Parlamentarismusverständnis. Dabei besteht auch eine Interdependenz zwischen der Rechtsprechung des Gerichts, der politischen Wirklichkeit und den Vorstellungen der Bevölkerung darüber, wie ihr politisches System funktioniert bzw. funktionieren soll. Die vielbeschworene Deutungsmacht des BVerfG (Vorländer 2006; Vorländer/Schaal 2007) wird also mindestens durch diesen Aspekt geformt (Sternberg et al. 2015). Seine Entscheidungen und Urteile unterliegen dem unwiderstehlichen Duktus der Überparteilichkeit und Objektivität. Denn es besitzt gerade diejenigen Eigenschaften, die manch einer sich auch für das Parlament und die Arbeit der Parteien wünscht. Sie sollen nach dem Prinzip des Gerichtsprozesses funktionieren, also aufgrund von Recht und Gerechtigkeit nach deliberierenden Verfahren eine möglichst überparteiliche Entscheidung treffen.

Durch seine Rechtsprechung definiert das BVerfG, wie die Vorschriften des Grundgesetzes für ein parlamentarisches Regierungssystem operationalisiert werden, und es gibt keine Institution, die dies aufheben oder dem dauerhaft wirkungsvoll widersprechen könnte – von dem Mittel der Verfassungsänderung abgesehen. Deshalb sind die durch die Entscheidungen veröffentlichten Vorstellungen des Gerichts für die Beurteilung des parlamentarischen Systems von großer Bedeutung. Die verfassungspolitischen Entwicklungen hin zu autokratischen Zuständen, wie etwa in Polen oder Ungarn, zeigen darüber hinaus, wie schnell Verfassungsgerichte zur letzten Bastion einer unabhängigen Kontrolle des Regierungshandelns werden können. Die Richter sind aufgefordert, sich nicht zu politisieren, um auch zukünftig nicht in politische Machtkämpfe verwickelt zu werden (siehe Gärditz/Steinbeis 2018). Darüber hinaus bedeutet auch ein breiter Konsens in der Gesellschaft über das Bekenntnis zur pluralistischen Demokratie nicht, dass die Parlamentarismusfrage an Bedeutung verlöre. Gerade jüngst erstarkte populistische Kräfte versuchen wieder die Praxis parlamentarischer Verfahren zu diskreditieren, indem sie an ein zumindest teilweise überwunden geglaubtes Parlamentsverständnis anknüpfen, wenn es ihrem

Interesse dient, über vermeintlich angreifbare Verfahren den politischen Gegner zu schwächen.³

Das Ziel dieser Arbeit ist es deswegen, ausgewählte Entscheidungen des BVerfG seit den 1970er-Jahren bis in die Gegenwart hinsichtlich ihres Gehalts zur Parlamentarismusfrage zu untersuchen. Es sollen erkennbare Linien, Schwerpunkte und Entwicklungen im Zeitverlauf einerseits und entlang verschiedener Aspekte der Arbeit im Bereich von Parlament und Regierung andererseits in den Begründungsmustern herausgearbeitet werden. Gibt es also Widersprüche beziehungsweise Kontinuitäten bei der Beantwortung der Frage, wie das parlamentarische Regierungssystem funktionieren soll? Und ist eine Entwicklung der diesbezüglichen Rechtsprechung im Zeitverlauf zu erkennen? Es soll auch versucht werden, einen Beitrag zur weiteren Konzeptualisierung eines dezidiert parteidemokratischen Parlamentarismusverständnisses zu leisten.

Im Einführungsteil der Arbeit werden die theoretischen und methodischen Grundlagen der Analyse erläutert. Zunächst werden in aller Kürze die elementaren Funktionen und Verfahrensweisen des BVerfG dargelegt, gefolgt von der Begründung der Methode und der Fallauswahl. Daran anschließend wird das Konzept für das der Analyse der Urteile des BVerfG zugrunde liegende parteidemokratische Parlamentarismusverständnis entwickelt. Hier wird die Frage beantwortet, welche Prämissen sich aus der Parlamentsforschung für ein solches Verständnis ableiten lassen und wie diese sich von einem eher klassisch ausgerichteten Verständnis abgrenzen. Dazu wird das komplexe Themenfeld parlamentarischer Demokratie in drei Teilbereiche aufgegliedert. Erstens geht es um das Gewaltenteilungsprinzip und die verschiedenen Erscheinungsformen von Machtteilung. Zweitens rückt der Arbeitsbereich von Parlament und Regierung in den Blickpunkt, und es werden Strukturen und Grundmechanismen betrachtet, die bei der politischen Willensbildung eine bedeutende Rolle spielen. Daran knüpft auch die Frage an, wo die Entscheidungen fallen, die zu für alle Bürger verbindlichen Beschlüssen führen. Drittens wird in einem Abschnitt zum Repräsentationsprinzip dargelegt, wie Repräsentation durch Parteien im Par-

3 Siehe BT Drs. 19/1843. Der Antrag der AfD-Fraktion beinhaltet eine Änderung der GOBT, sodass Ausschusssitzungen und Sitzungen anderer Gremien nicht zeitgleich mit Plenarsitzungen des Bundestages stattfinden können. Die AfD war mit dem Versprechen angetreten, im Plenum eine starke Präsenz zu zeigen. Auf die grundlegenden Strukturprinzipien des parlamentarischen Systems, wie z. B. Arbeitsteilung, hingewiesen, wird Jürgen Braun, MdB, mit den Worten zitiert: „Im Grundgesetz steht nichts von Fachpolitikern.“ (Steffen 2018).

lament stattfindet. Damit sollen Grundprinzipien und Merkmale einer parteidemokratischen Sichtweise aufgeschlüsselt und dann zu einer Grundstruktur zusammengefasst werden.

Die Analyse der ausgewählten Entscheidungen des Gerichts ist thematisch, nicht chronologisch gruppiert. Eine Gruppe umfasst Entscheidungen, die die innere Organisationsweise des Parlaments betreffen, womit z. B. die Rolle des einzelnen Abgeordneten oder Fragen nach der Sitzverteilung in den Untergremien im Mittelpunkt stehen. Um die Kompetenzverteilung zwischen Mitgliedern des Bundestags einerseits und der Bundesregierung andererseits geht es in einer anderen Gruppe. Hier bietet der Paradigmenwechsel hinsichtlich der Auslandseinsätze der Bundeswehr nach Ende des Kalten Krieges Gelegenheit, Einstellungen des Gerichts zu Gewaltenteilungsfragen zu diskutieren. Die dritte Gruppe vereint die Wahlrechtsentscheidungen, die im Wesentlichen Repräsentationsvorstellungen reflektieren. Die Instrumente der Sperrklausel und das Phänomen der Überhangmandate werden im Rahmen der Abwägung zwischen den Verfassungsprinzipien Wahlgleichheit und Funktionsfähigkeit des Parlaments betrachtet. Den drei Gruppen der Entscheidungsanalyse folgen jeweils ein zusammenfassendes Kapitel, das unter Rückbezug auf das dargelegte Parlamentarismusmodell die Rechtsprechungslinien des Gerichts im Zeitverlauf einordnet. Am Schluss der Arbeit wird überprüft, ob über den Untersuchungszeitraum von fast 45 Jahren und über die drei Themengruppen hinweg eine Entwicklung im Parlamentarismusverständnis des Gerichts stattgefunden hat und wo diese im Spektrum zwischen klassischem und parteidemokratischem Verständnis zu verorten ist.

2. Untersuchungsgegenstand: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

2.1 *Truth and Justice: das Bundesverfassungsgericht an der Schnittstelle zwischen Recht und Politik*

Warum sind die Auffassungen des BVerfG zur Frage, wie das parlamentarische Regierungssystem funktionieren sollte, für die Demokratie so relevant? Weil Verfassungsrechtsprechung mehr als Korrektur bzw. Änderung von Rechtsnormen oder die Klärung und Abgrenzung von Rechten und Pflichten von Staatsorganen bedeutet. Das Verfassungsgericht ist als »demokratischer Akteur« (Kneip 2009) selbst legitimer und mächtiger Mitspieler demokratischer Politik, der zusammen mit den anderen Mitspielern an dem gemeinsamen Ziel einer adäquaten Ausgestaltung der Verfassungsordnung arbeitet (Kneip 2011: 241).

Im Unterschied zu den Instanzen der ordentlichen Gerichtsbarkeit oder z. B. der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist das BVerfG ein Verfassungsorgan (Art. 92 GG ff.). Wenngleich die Bürger die Erwartungshaltung haben, dass das Gericht unpolitisch und vor allem unparteiisch sein sollte, befindet es sich doch an der Schnittstelle von Recht und Politik (siehe auch Reutter 1998; Hönnige 2007; Scholz 1999; Hein/Ewert 2018). Seine Aufgabe ist die Kontrolle der politischen Akteure. Es ist ein Vetospieler im politischen Prozess. Die Normenkontrolle erstreckt sich von der Grundrechtsgarantie und reicht bis zur Überprüfung einfacher Gesetze auf ihre Kompatibilität mit der Verfassung, was immer auch Auslegung von Verfassungsnormen bedeutet. Die Auslegungsbedürftigkeit des Grundgesetzes ergibt sich aus seiner Offenheit. Wie andere gesetzgebende Versammlungen war auch der Parlamentarische Rat eine Versammlung politischer Gruppen unter bestimmten Mehrheitsverhältnissen. Um zu einem sachlichen Ergebnis bei der Verfassungsgebung kommen zu können, waren Kompromisse und auch Formelkompromisse notwendig, die sich auch auf die Parlamentarismusfrage bezogen. Diese liegen hinsichtlich der Aufnahme der Parteien an exponierter Stelle im Grundgesetz vor, so auch bei der Ausgestaltung der Regierungsstabilität (Galka 2014: 313 ff.). Neben offenen und vieldeutigen Rechtsbegriffen gibt es nicht geregelte Problembereiche, die dem Parlamentarischen Rat nicht bekannt waren und heute auslegungsbedürftig sind.

Zu den Funktionen des BVerfG zählen deswegen neben der Kontrollfunktion im Sinne einer Kontrolle der politischen Akteure, der Kontrolle von Normen und selten der Normenformulierung auch die Verfassungsanpassung durch Fortbildung, Aktualisierung und Neuinterpretation (Kranenpohl 2004: 41; kritisch zum Begriff des Verfassungswandels Voßkuhle 2004).

»In jeder Konkretisierung von Verfassungsnormen materialisiert sich Wandel. Der Sinn des ursprünglichen Verfassungstextes wird verengt, verschoben, ausgeweitet oder gewichtet.« (Lorenz 2009: 218)

Dieser Verfassungswandel als Verfassungspflege (Voßkuhle 2019: 418) orientiert sich an den Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse einerseits und der gesellschaftlichen Vorstellungen andererseits.

»Gleichzeitig wird deutlich, dass das *BVerfG* den Wandel von gesellschaftlichen Wertvorstellungen und wissenschaftlichen Erkenntnissen nicht einfach unreflektiert nachvollzieht, sondern eruiert, ob und an welchen Stellen dieser Wandel aus der Perspektive des Rechts relevant, also in die Sprache des Rechts übersetzungsfähig ist.« (Voßkuhle 2019: 419)

Mit dieser Aufgabe steht das Gericht vor der Herausforderung, einerseits die Verfassung zu bewahren und andererseits auf gesellschaftliche Veränderungen und Änderungen des Rechtsverständnisses zu reagieren. Die meisten Schlüsselentscheidungen, die zu einer impliziten Verfassungsanpassung geführt haben, fielen in den Bereich der Grundrechte. So erhob das Gericht mit dem sogenannten Lüth-Urteil die freie Meinungsäußerung nach Art. 5 I 1 GG und damit alle Grundrechte zur objektiven Wertordnung für alle Rechtsbereiche. Einzelne der in dieser Untersuchung behandelten Urteile können ebenfalls zu den Urteilen mit Anpassungswirkung gezählt werden. Dies gilt z. B. für die Entscheidung zum Einsatz von AWACS-Flugzeugen über Jugoslawien, womit das BVerfG den Einsatz der Bundeswehr unter ein grundsätzliches Mitbestimmungserfordernis des Bundestages stellte.

Der Wandel des Parlamentarismusverständnisses des BVerfG, der hier behandelt wird, ist jedoch nicht an einzelnen Urteilen abzulesen. Das die Antragsbearbeitung vorausgesetzte Vorverständnis der Richter soll über eine konsolidierte Betrachtung der Begründungsmuster von Entscheidungen herausgearbeitet werden. Diese Vorverständnisse beeinflussen den Verfassungswandel indirekt oder langfristig. Insofern also die Rechtsprechung stets politisch bedingt ist, da sie auf gesellschaftspolitische Änderungen reagiert und nur auf Antrag politischer Akteure tätig werden kann, rücken die integrativen Funktionen des Verfassungsgerichts in den Fokus, bedingt durch die gesellschaftspolitische Integrationsfunktion der Verfassung selbst (grundlegend Schaal 2000).

2.1 Truth and Justice: das BVerfG an der Schnittstelle zwischen Recht und Politik

»Die Verfassung freiheitlicher Demokratien liefert nicht unmittelbar eine spezifische verbindende Gemeinsamkeit. Sie ist im Gegenteil die institutionelle Antwort auf die Frage, wie in einer Gesellschaft *Verschiedener* mit ganz unterschiedlichen Hintergründen, Funktionen und Überzeugungen friedliches Zusammenleben ermöglicht werden kann. Sie ist, mit anderen Worten, das Integrationsprogramm für eine differenzierte Gesellschaft.« (Lübbe-Wolff 2019: 44)

Das BVerfG ist in der Lage, durch seine ihm angediente parteipolitische Neutralität und die Transformation eines Problems in ein rechtliches Verfahren als Schlichtungsinstanz zu wirken. Dies gilt auch insbesondere für die verschiedenen Auffassungen zum Funktionieren des parlamentarischen Regierungssystems. Es ermöglicht ebenso einen Diskurs über diese verschiedenen Auffassungen in einem deliberativen System.⁴ Durch die Thematisierung aktueller verfassungsrechtlicher Probleme und durch die Strukturierung des Diskurses ist es auch Multiplikator in der politischen Kommunikation (Kranenpohl 2004: 45).

Entscheidungen des BVerfG, die im Zusammenhang mit den Prämissen von Parlamentarismus stehen, sind für diese Mitwirkung an der Aufrechterhaltung eines Wertekonsenses mehrfach relevant. Sie überprüfen die Rechtmäßigkeit und korrekte Durchführung von z. B. parlamentarischen Verfahren, stellen selbst ein Verfahren für die Reflektion bisher etablierter Prozesse bereit und geben eine Orientierung zur jeweils behandelten Sachfrage. Der dritte Aspekt ist dabei nicht zu unterschätzen: Entscheidet das Gericht zu einem Gegenstand, der öffentlich umstritten ist, wird sein Urteil nicht selten mit der Sache anstatt mit der behandelten Verfahrensfrage verknüpft. Am Beispiel »Griechenland-Rettung« lässt sich dies verdeutlichen: Die Verfassungsbeschwerde gegen die Zustimmung der Bundesregierung zu einer Reihe von Maßnahmen zur Beilegung der Finanz- und Staatsschuldenkrise im Raum der Europäischen Währungsunion, insbesondere dass sie finanzielle Hilfen zum Erhalt der Zahlungsfähigkeit Griechenlands gewährt hat, blieb als Akt der Zustimmung zur Griechenland-Politik von Bundeskanzlerin Angela Merkel im öffentlichen Gedächtnis. Im Verfahren ging es allerdings im Kern um die Frage, ob das Gesetzespaket die aus Art. 38 I GG bestehende Wahlfreiheit des einzelnen Abgeordneten einschränke, indem die Zahlungsverpflichtungen die Handlungsfreiheit zukünftiger Bundestage, insbesondere ihre Haushaltsautonomie, einschränke (BVerfGE 129, 124). Somit kommen parlamentsrechtlichen Fragestellungen und solchen, die sich mit der Kompetenzverteilung von Bundestag und Bundesregierung

4 Wobei hier zunächst der gesellschaftliche deliberative Vorgang gemeint ist. Die Richter gehen bei ihrer Urteilsfindung ebenso deliberativ vor.

befassen oder die Regeln des politischen Wettbewerbs betreffen, eine besondere Bedeutung zu. Sie haben eine inhaltliche und eine verfahrenstechnische Dimension.

Diese kurze Skizze der Funktionen des BVerfG hat bereits gezeigt, in welcher Weise es zur Strukturierung des demokratischen Systems beiträgt: einerseits durch die Etablierung spezifischer Sichtweisen auf eine Kompetenz- oder auch eine Sachfrage, andererseits durch Verfassungswandel. Seine Funktionen weisen »eindeutig über den Bereich des ‚Rechts‘ und damit den Charakter der Institution als Gericht hinaus« (Kranenpohl 2004: 46). Es griffe zu kurz, das BVerfG lediglich als »‚Rechtsprechungsautomaten‘ für Verfassungsfragen« (ebd.) anzusehen. Einer eigenständig intendierten Verfassungsinterpretation der Verfassungsrichter sind jedoch allein deswegen Schranken gesetzt, weil das BVerfG nur auf Antrag tätig wird und damit keine Materie unaufgefordert an sich ziehen kann.

Die verschiedenen Dimensionen der Rechtsauslegung sind auch in der Entwicklungsgeschichte des BVerfG angelegt. Obgleich die Einrichtung eines Verfassungsgerichts im Parlamentarischen Rat nicht umstritten war (Herbert 2019: 15), spielte das Verhältnis von Recht und Politik auch bei der Idee einer letztinstanzlichen Entscheidung eine gewichtige Rolle. Auf der einen Seite sprach die gefestigte rechtstaatliche Tradition seit dem Kaiserreich dafür, diese Aufgabe der Justiz zu übertragen und ihre hinsichtlich ihrer Gesinnung unverdächtigen führenden Köpfe somit in den Demokratisierungsprozess zu integrieren.

»Nach dem Zusammenbruch von Diktaturen ist häufig nicht nur die alte Politik, sondern Politik überhaupt delegitimiert, nach dem Ende einer Einheitspartei drängt es die Bürger nicht besonders zum demokratischen Engagement in einem Parteienstaat. Als neutral empfundene Experten für die neue Ordnung haben in dieser Situation eine potentiell starke Stellung.« (Bryde 2015: 500)

Auf der anderen Seite bestand die Sorge, dass die Unabhängigkeit der Justiz missbraucht werden könne. Dies drückte sich in einer intensiven Diskussion um die Besetzung der Richterstellen und der weiteren Mitglieder des Gerichts aus. Es ging auf Herrenchiemsee um die Frage, ob ausschließlich zum Richteramt befähigte Personen oder auch andere Persönlichkeiten Teil des Gerichts sein sollten, damit es nicht von politischen Erwägungen belastet sei oder aber damit auch die Berücksichtigung der politischen Verhältnisse garantiert sei (Niclaß 2015: 194 f.). Auch die Kontroverse um die Einführung eines Obersten Bundesgerichts, das für die Überprüfung von Bundes-, Landes- und Völkerrecht zuständig sein sollte, bildet die Abgrenzungsfragen von Recht und Politik noch einmal ab. Es kam dem BVerfG

zugute, dass auf dieses in der reinen Rechtssphäre tätige, unpolitische Gericht, so die Intention, verzichtet wurde. Hinter all diesen Überlegungen standen wiederum bereits verschiedene Auffassungen von Demokratie und Gewaltenteilung.

Nach einem langwierigen Gesetzgebungsverfahren zum BVerfGG wurde das Gericht am 17. April 1951 gegründet. In den Beratungen von Bundestag und Bundesrat waren die Bestimmung des Sitzes, die Art der Richterwahl, der Umfang der Befugnisse (z. B. die Einführung einer Verfassungsbeschwerde) und seine weitgehende organisatorische Autonomie, besonders in haushaltsrechtlicher Hinsicht, zentral und strittig (siehe Schiffers 1984). Mit der Arbeitsaufnahme in Karlsruhe begann auch das »innere institution building« (Wahl 2019: 35) des Gerichts. Gerade die anfängliche Konfliktsituation im Hinblick auf die beiden Konkurrenten, das bisherige Höchstgericht und die obersten Verfassungsorgane, bezeichnet Rainer Wahl dabei als »Standardproblem« (2019: 32) für neue Verfassungsgerichte. Er identifiziert drei wesentliche Konflikte im Verhältnis zu den oberen Staatsorganen, die zur Genese des BVerfG beigetragen haben: den EVG-Streit, die Status-Denkschrift⁵ des Gerichts und das KPD-Verbot. Beim sogenannten »Status-Streit« um die verfassungsrechtliche Stellung des BVerfG ging es um die Frage, ob es ein Verfassungsorgan »auf Augenhöhe« mit den anderen Verfassungsorganen sein könne. Die von den Richtern vertretene Auffassung, beim BVerfG handle es sich um eine echte richterliche Körperschaft und als der oberste Hüter der Verfassung sei es nach Wortlaut und Sinn des Grundgesetzes zugleich ein mit höchster Autorität ausgestattetes Verfassungsorgan, stieß auf Widerstand bei den anderen Gewalten. In der Status-Denkschrift leiteten die Richter hieraus Forderungen nach vollkommener organisatorischer Unabhängigkeit, nach dem Recht auf einen eigenen Haushaltsplan als Einzelplan und nach dem Status der Richter als Organträger und nicht als Beamte ab (siehe auch Lembcke 2015: 233). Diese eindeutige Botschaft an die anderen Verfassungsorgane und die damit einhergehende Auseinandersetzung um Anerkennung und Emanzipation des Gerichts von seinen Schöpfern hat maßgeblich zur Autorität des Gerichts beigetragen. Nicht zuletzt hat die Selbstbeschreibung als »Hüter« auch sein Bild in der Öffentlichkeit geprägt. Diesem Bild konnte das BVerfG in den Anfangsjahren durch seine große Distanz zur etablierten

5 Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts. Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts (27.6.1952; gerichtet an Bundespräsident, Präsidenten von Bundestag und Bundesrat sowie Bundesregierung, veröffentlicht am 19.1.1953), in: Juristenzeitung, 1953 (5): 157-158.

Justiz und damit auch durch seine personelle Abgrenzung vom Nationalsozialismus, durch die Entwicklung seiner Grundrechtsprechung und durch eine wissenschaftsorientierte Judikatur auch entsprechen.

Das umfangreiche Aufgabenspektrum des Gerichts gibt ihm trotz fehlender Initiativbefugnis die Möglichkeit, seine Leistungsfähigkeit und Professionalität dauerhaft unter Beweis zu stellen. Die Zuständigkeiten sind in Art. 93 GG weit gefasst. Am häufigsten wird das Instrument der *Verfassungsbeschwerde* genutzt (Art. 93 I Ziff. 4a GG, § 90 BVerfGG), das es jedem Bürger ermöglicht, seine grundgesetzlich garantierten Freiheitsrechte gegenüber dem Staat durchzusetzen. Die Individualverfassungsbeschwerde, die 1969 grundgesetzlich verankert wurde, prägt maßgeblich den Arbeitsalltag des Gerichts. Es prüft, ob das jeweils monierte einfache Gesetz mit den Grundrechten der Verfassung vereinbar ist. Um angesichts der Flut von Verfassungsbeschwerden (im Jahr 2017 waren es 5784 Verfahren)⁶ seine Arbeitsfähigkeit wahren zu können, werden die Kammern vorgeschaltet, welche die Erfolgsaussichten einer Beschwerde prüfen (§ 93c BVerfGG). Die Verfassungsbeschwerde wird teilweise als Superrevisionsinstanz oder als Höchstgerichtsakt angesehen (so z. B. Voigt 2015: 80), was das BVerfG in seiner Eigendarstellung jedoch zurückweist.⁷ Tatsache ist jedoch, dass das Einlegen einer Verfassungsbeschwerde voraussetzungsreich ist: Der Klageweg muss vorher erschöpft sein und auch der Grundsatz der Subsidiarität ist zu beachten. Auch im Parlamentarischen Rat hatte man im Rahmen der Überlegungen zur Einführung der Verfassungsbeschwerde Bedenken ob der Überschneidung mit anderen obersten Gerichten.⁸ Obwohl die Verfassungsbeschwerde dem Individualrechtsschutz dienen soll, benutzen auch Parteien in Einzelfällen dieses Mittel, um politische Konflikte auszutragen. Es ist jedoch zu träge, um z. B. für die Oppositionsarbeit von Relevanz zu sein (Gusy 2015; Stüwe 2015: 360 ff.).

Eine stärker politische Dimension mit Blick auf die Gewaltenteilung hat das *Organstreitverfahren* (Art. 93 I Ziff. 3 GG, § 13 Ziff. 7 BVerfGG). An-

6 Jahresstatistik 2017 des Bundesverfassungsgerichts: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2017/statistik_2017_node.html, Zugriff am 25.11.2018.

7 „Es handelt sich jedoch nicht um eine Erweiterung des fachgerichtlichen Instanzenzuges, sondern um einen außerordentlichen Rechtsbehelf, in dem nur die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts geprüft wird.“: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Wichtige-Verfahrensarten/Verfassungsbeschwerde/verfassungsbeschwerde_node.html, Zugriff am 25.11.2018.

8 Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle Bd. 2, Boppard 1988: 516, 622.

tragsbefugt sind die Staatsorgane sowie ihre Teile, soweit sie im Grundgesetz oder den Geschäftsordnungen mit eigenen Rechten ausgestattet sind. Das heißt, dass fast alle staatlichen politischen Akteure beim BVerfG gegen eine Einschränkung ihrer Kompetenzen vorgehen können, wenn diese sich aus ihren verfassungsrechtlichen Rechten und Pflichten oder denjenigen des Antragsgegners ableiten lassen. Auch Parteien werden nach ständiger Rechtsprechung als antragsbefugt angesehen, »wenn und soweit sie um Rechte kämpfen, die sich aus ihrem besonderen verfassungsrechtlichen Status ergeben« (BVerfGE 44, 125: Rdnr. 39). Das Organstreitverfahren ist mit der Antragsbefugnis der Parteien zu einem Instrument des parlamentarischen Minderheitsschutzes geworden (kritisch hierzu Meinel 2019c: 92). Entsprechend häufig sind in solchen Verfahren das Parlamentsrecht (z. B. die GOBT), das Parteienrecht oder das Wahlrecht Antragsgegenstand. Parlamentsrechtliche Organstreitverfahren sind von besonderer Bedeutung für die hier zu untersuchende Frage, weil sie die Selbstregulierung des Parlaments berühren. Entscheidungen zum Parlamentsrechts reflektieren nicht nur die Wahrnehmung des Parlamentarismus durch den jeweils aktuellen Senat, sondern stellen auch einen Durchsetzungsmechanismus des (Grund)Rechts im parlamentarischen Feld dar, der zu einer Effektivierung des Parlamentsrechts führt und in Summe auf einen »typischen Verrechtlichungspfad« mündet (Cancik 2005: 577). Antragsteller und Antragsgegner stehen sich als konkurrierende politische Akteure gegenüber. »Der Gang nach Karlsruhe« hat sich als statthaftes politisches Mittel etabliert, das zum ganz überwiegenden Teil von der Opposition genutzt wird. Zwischen 1951 und 2013 wurden 76% der Organklagen von Antragstellern eingereicht, die in irgendeiner Form gegenüber der Regierungskoalition opponierten (Stüwe 2015: 352).⁹

»[D]ie Konstellation Parlament (als Ganzes) versus Regierung findet sich nie – hier zeigt sich die Realität des parlamentarischen Regierungssystems.« (Cancik 2005: 581)¹⁰

Im Gegensatz zum Organstreitverfahren ist der Kreis der Antragsbefugten bei der *abstrakten Normenkontrollklage* kleiner und genau benannt. Dies liegt unter anderem in der normrevidierenden Wirkung einer Entscheidung zu einer solchen Klage begründet, die es erforderlich macht, dass dieses

9 Die Fraktionen befinden sich in einer Doppelrolle: zum einen (rechtlich gesehen) als Vertreter des Gesamtparlaments bei Klagen gegen Entscheidungen der Bundesregierung ohne Beteiligung des Parlaments (z. B. Urteil „Atomwaffenstationierung“) und zum anderen als Träger eigener Rechte (z. B. Urteil „PDS/Linke Liste“).

10 Im Zeitraum zwischen 1952 und 2002 auf Bundes- und Landesebene.

Mittel sparsam eingesetzt wird. Das Gericht kann hier gesetztes Recht verwerfen oder abändern, was als erhebliche Einschränkung des Demokratieprinzips angesehen werden kann. Ähnlich wie bei der unterstützenden Effektivierung des Parlamentsrechts durch Organstreitverfahren, die in einer Entmachtung des Parlaments mit Blick auf seine Selbstregulierung (z. B. Geschäftsordnungsautonomie) münden kann, steht hier auch die Beschränkung der Kompetenzen des Gesetzgebers und damit des Mehrheitsprinzips im Zentrum einer Kritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit selbst und an einer Juridifizierung der Politik. Antragsberechtigt sind nur die Bundesregierung, Landesregierungen oder mindestens ein Viertel der Mitglieder des Bundestages¹¹ (Art. 93 I Ziff. 2 GG, § 76 ff. BVerfGG). Am Ende der seltenen¹², aber bedeutungsvollen Verfahren wird eine verbindliche Entscheidung über die Vereinbarkeit von Bundes- oder Landesrecht mit dem Grundgesetz getroffen und über Bund-Länder-Kompetenzstreitigkeiten befunden. Einzelne Normen können als nichtig, weil mit dem Grundgesetz unvereinbar, beurteilt werden, was zu einem Zustand führt, als sei die Rechtsnorm niemals erlassen worden. Selten kommt es dann zu einer Situation, in der das BVerfG eine Übergangsbestimmung festlegt und es folglich als Ersatzgesetzgeber agiert. Jedoch auch, wenn das Gericht eine Norm als nur unvereinbar mit dem Grundgesetz einstuft und dem Gesetzgeber eine Frist zur Etablierung einer verfassungskonformen Norm aufgibt, agiert es programmatisch (Agenda-Setting).

»Diese Rechtsverbindlichkeit unterscheidet sich von der des Gesetzesrechts aber grundlegend dadurch, dass richterliche Entscheidungen (nur) konkret-individuelle, also fallbezogene Verbindlichkeit entfalten, gesetzgeberische Entscheidungen dagegen von (fallunabhängiger) abstrakt-genereller Verbindlichkeit sind.« (Scholz 2014: 37)

Die wichtigsten und zugleich politisch bedeutsamsten Verfahrensarten des BVerfG sind damit benannt. Hinzu kommen Verfahren, die sich mit den Chancen von Gruppen im politischen Wettbewerb befassen: die Wahlprüfungsbeschwerde und die Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit von Parteien. Zur Analyse des Repräsentationsverständnisses sind vor allem die Beschwerden, die die Gültigkeit der Wahl oder den Erwerb oder Verlust der Abgeordnetenstellung betreffen, relevant (Art. 41 II GG und § 48 BVerfG). Ist die gerügte Durchführung der Wahl mandatsrelevant, kann

11 Bis 01. Dezember 2009 ein Drittel.

12 Abstrakte und konkrete Normkontrollklagen zusammen machten 1,59% aller Verfahren bis Ende 2019 aus (Jahresstatistik des BVerfG 2019: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/DE/Statistik/statistik_2019.pdf?__blob=publicationFile&v=4, Zugriff am 04.04.2020).

dies zu einer Ungültigkeit der Wahl führen, jedoch kann das Gericht auch Wahlfehler einfach feststellen und eine Nachbesserung verlangen, wie dies nach der Bundestagswahl 2008 wegen des negativen Stimmgewichts der Fall war. Wahlprüfungsverfahren sind vergleichsweise schwierig, weil zu der ohnehin komplexen Materie des Wahlrechts und der Anwendung der Wahlvorschriften die Problematik der Maßstabsbildung hinzukommt. Die entscheidenden Festlegungen im Grundgesetz zum Thema Repräsentation sind rar und wenig konkret, was die Herausbildung eines konkreten Maßstabs erschwert.

Alle in dieser Arbeit zu behandelnden Beschlüsse und Urteile des Gerichts wurden vom Zweiten Senat gefällt. Die im festgelegte Geschäftsverteilung auf zwei Senate – Grundrechte einerseits, Staatsrecht andererseits (§ 14 BVerfGG) – stellt nicht nur eine bloße Zuordnung von Zuständigkeiten dar, sondern führt auch zu einer faktischen Teilung des Gerichts in zwei eigenständige Gerichte, die auch zu interner Konkurrenz und Konflikten führt (Kranenpohl 2010: 128 ff.). Von seinem Recht zur abweichenden Verteilung der Obliegenheiten aufgrund einer vorübergehenden Überlastung einer der beiden Senate macht das Plenum des Gerichts regelmäßig Gebrauch (in der letzten Dekade jährlich). Dies ist vor allem eine Reaktion auf die Dominanz der Verfassungsbeschwerden.^{13 14}

Die *Besetzung der Senate* mit geeignetem Personal ist eine große Herausforderung für das gesellschaftlich-demokratische System. Die insgesamt sechzehn Richter werden je zur Hälfte vom Bundestag und vom Bundesrat gewählt und dürfen keinem Parlament und keiner Regierung angehören (Art. 94 I GG). Die Amtszeit beträgt zwölf Jahre und eine Wiederwahl ist seit 1970 nicht möglich (§ 4 I, II BVerfGG).¹⁵ Die einfachgesetzlich festgelegte Wahl durch den Bundestag auf Vorschlag des Wahlausschusses (zwölf Mitglieder) mit Zweidrittelmehrheit führt zu einer Wahl gemäß parteipolitischen Proporz (§ 6 I, II BVerfGG), der das politische Moment als »spezifische Rationalität der Verfassungsgerichtsbarkeit« (Preuß 1988:

13 Mit einem Gesetzentwurf zur Einführung der Begründungspflicht im BVerfGG (Drs. 19/5492) möchte die AfD dieses Annahmeverfahren ändern und geriert sich dabei als Schützer des Rechtsstaates. Eine Begründungspflicht würde das Gericht in erheblichem Maße belasten und damit lahmlegen, was einer Stärkung des Rechtsstaats zuwiderlaufen würde. Zu Kontrollelementen im Annahmeverfahren (Kranenpohl 2010: 120 f.).

14 Näheres zum Verfahrensablauf siehe Schlaich/Korioth (2018).

15 Die Anzahl der Richter pro Senat wurde mit Beschluss im Juli 1956 von zwölf auf acht gesenkt, womit das erst 1951 erstmals ausgefertigte Gesetz über das BVerfG geändert wurde.

389) mitbegründet. Dennoch ist das Selbstverständnis des Gerichts von Unabhängigkeit, Überparteilichkeit, Neutralität und Integrität geprägt.¹⁶

Bis 2015 wurde die Wahl vom Wahlausschuss durchgeführt, was den Hauptkritikpunkt am Verfahren darstellte. Obwohl das BVerfG selbst diese Delegation des Bundestages an einen Ausschuss zuletzt 2012 für verfassungsgemäß erklärte (2 BvC 2/10), änderte der Gesetzgeber das Wahlrecht des Ausschusses in ein Vorschlagsrecht. Auch über andere Einzelheiten des Entscheidungsverfahrens kann er durch eine Änderung des BVerfGG mit einfacher Mehrheit bestimmen. Der Proporz blieb weiter bestehen. Ein zweiter Kritikpunkt am Richterwahlverfahren ist eine konstatierte Intransparenz, die sich weniger auf die verdeckte Stimmabgabe, aber vor allem auf das Auswahlverfahren bezieht. Wie auch bei anderen Wahlen fungieren auch Ausschüsse des Parlaments in der Regel nicht als Entscheidungskörper, sondern als Beschlussorgane, hier über einen Vorschlagsbeschluss. Das führt dazu, dass vor allem wenige führende Akteure der regierenden Parteien mit der Vorauswahl des Richterpersonals befasst sind und diese nach den Mechanismen parteidemokratischer Aushandlungsprozesse mit Paketlösungen abläuft. Ob mehr Öffentlichkeit, z. B. durch öffentliche Anhörung der Kandidaten, zu einer stärkeren Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit führen könnte, ist fraglich (Landfried 2015: 383 f.). Die Vertraulichkeit des Auswahlprozesses führt im Gegenteil dazu, dass die Wahl der Verfassungsrichter nicht unnötig stark politisiert wird. Vielmehr ist davon auszugehen, dass zum einen das Quorum einer Zweidrittelmehrheit die Kompromissfähigkeit über die politischen Lager hinweg gewährleistet und dass zum anderen die parteipolitische Orientierung der Richter für die spätere Rechtsprechung wenig ausschlaggebend ist (Gschwend et al. 2016; Scholz 2014). Nicht zu verkennen ist jedoch, dass solche Mechanismen der parteipolitischen Selbstregulierung in jüngster Zeit Gefahr laufen, einem pragmatischen Opportunismus anheimzufallen, wie der Wechsel des aktiven Bundespolitikers der CDU, Stephan Harbarth, in das Amt des Vizepräsidenten des BVerfG und des Vorsitzenden des Ersten Senats im November 2018 gezeigt hat. Darüber hinaus wird auch die inner- und intraparteiliche Einigung auf Kandidaten für dieses Richteramt mit der erhöhten Zahl der Parteien im Parlament und ggfs. unterschiedlichen Mehrheiten in den Kammern schwieriger.

Uwe Kranenpohl ist mit seiner Studie über die *Willensbildungs-*, Entscheidungs- und Kommunikationsprozesse des BVerfG zu dem Ergebnis

16 So z. B. dargelegt in den „Verhaltensleitlinien für Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts“.

gekommen, dass es sich sowohl bei Senats- als auch bei Kammerentscheidungen um »diskursorientierte Kollektiventscheidungen bei hochgradiger Arbeitsteilung« handele (Kranenpohl 2010: 493). Dennoch trete bei der Senatsberatung der deliberative Aspekt deutlicher hervor (2010: 128). Der Abstimmungsmodus der Mehrheit in den Senaten garantiert, dass ein einzelner Richter nicht »durchentscheiden« kann und dass die Kultur im Gericht diskursorientiert ist. Dies ist zusätzlich durch informelle Normen abgesichert. Dazu gehören die umfassende Auslegung des Beratungsgeheimnisses, ein hohes Maß an Kollegialität, eine zurückhaltende Diskussionskultur und das Verbot von Vorabgesprächen¹⁷ (Kranenpohl 2010: 439 ff.; 470 ff.; 480 ff.). Auch diese interne Arbeitsweise trägt also dazu bei, dass dem Gericht der Duktus von Überparteilichkeit und Sachlichkeit zuwächst.

»Die relative Autonomie des (Verfassungs-)Rechts wird infolgedessen durch die Eigenständigkeit des juristisch-professionellen Feldes und seiner (Fach-)Diskurse einerseits und durch das institutionelle *setting* des Entscheidungsprozesses andererseits erzeugt.« (Wrase 2013: 30)

Dennoch gibt es *Richter*, die durch ihre rechtswissenschaftliche Karriere ein besonderes Profil haben, das sie vor und nach ihrer Zeit als Verfassungsrichter auszeichnet, und die sich darüber hinaus öffentlich zu staatsrechtlichen Themen, politischer Theorie und Problemen des parlamentarischen Regierungssystems äußern. Für den Zweiten Senat, dessen Entscheidungen und Urteile hier behandelt werden¹⁸, sind dies beispielsweise Ernst-Wolfgang Böckenförde (1984-1997), Hans Hugo Klein (1984-1997), Paul Kirchhof (1988-2001), Udo di Fabio (2000-2012), und Andreas Voßkuhle (2010- 2020). Zwar stachen die Einstellungen dieser Richter z. B. in Gestalt des Böckenförde-Theorems oder mittels einzelner Interviews Voßkühles zu aktuellen politischen Themen wie Migration oder zur Rolle der Justiz besonders hervor, aufgrund der Verhaltensleitlinien des BVerfG sind jedoch bei Stellungnahmen zu aktuellen verfassungsrechtlichen Fragen enge Grenzen gesetzt. Die Senate werden deshalb in dieser Arbeit als Gerichte bzw.

17 Dies scheint der maßgebliche Unterschied zur politischen Sphäre zu sein. Die Mechanismen der Gruppen- bzw. Koalitionsbildung werden hier unterbrochen und der offene, deliberative Charakter der Beratungen erhalten. Die Gründe sind zum einen, dass es sich bei der Materie häufig eben doch um unpolitische Fragen oder Fragen mit wenig Auswirkungen auf die politische Praxis handelt und die Richter nur nachgeordnet interessengeleitet sind. Zum anderen sind sie nicht auf die Mehrheitsbeschaffung für eine Wiederwahl, sei es intern oder gegenüber den Bürgern, angewiesen.

18 Auch im Ersten Senat gab und gibt es Richter, die sich in ihren Fachgebieten und z. B. zum Thema Parlamentarismus vermehrt öffentlich geäußert haben. Dies sind vor allem Roman Herzog, Hans-Jürgen Papier und Brun-Otto Bryde.

Kollegien aufgefasst und die nichtspruchrichterlichen Äußerungen einzelner Richter nur ergänzend herangezogen. Dies entspricht auch dem von Uwe Kranenpohl festgestellten Modus der Kollektiventscheidung. Aus diesem Grund kann es auch angemessen sein, von »dem« Verständnis des BVerfG zum Parlamentarismus zu sprechen: Es werden hier nicht die Auffassungen der Einzelrichter untersucht, sondern die Entscheidungen und insbesondere und deren Begründungen des Zweiten Senats, die sich im Zeitverlauf zu einer Rechtsprechungslinie oder einem Entscheidungstenor verdichten.

Wie wirken diese Rechtsprechungslinien auf das politische System und auf die Gesellschaft? »*Hat das Bundesverfassungsgericht Macht?*« (Vorländer 2015: 299) lautet eine Frage Hans Vorländers, der sich maßgeblich mit der von ihm sogenannten Deutungsmacht des Gerichts auseinandergesetzt hat (Schäller 2006; Vorländer 2006). Seine Entscheidungen sind irreversibel, sie sind rechtlich verbindlich und besitzen Gesetzeskraft. Darüber hinaus verfügt das Gericht jedoch über keinen Durchsetzungsapparat für seine Entscheidungen oder Sanktionsmöglichkeiten bei Nichtbeachtung (Voigt 2015: 69 f.). Seine Bindewirkung beruht auf weiteren Faktoren, die im Wesentlichen zu zwei relevanten Säulen zusammengefasst werden können: die große Akzeptanz und Anerkennung durch die Öffentlichkeit (Gawron/Rogowski 2015: 167) und der vorauseilende Gehorsam der politischen Akteure (2015: 159). Beides erreicht das Gericht generell dadurch, dass es als Verkörperung der Verfassung wahrgenommen wird. Diese spezielle Rolle und Autorität liegt zum einen in der Geschichte des Gerichts, seiner Gründung, Etablierung, Spruchpraxis in umstrittenen Fragen und seiner Behauptung gegenüber anderen Institutionen begründet. Zum anderen festigt diese Autorität sich durch die Pflege und Aktualisierung dieser Rolle mit jeder neuen Entscheidung oder personellen Besetzung. Durch seine Rechtsprechungslinien vermag es die Akzeptanz seiner Deutungsangebote zu verstetigen.

»Über eine Folge von zustimmungsfähigen Entscheidungen baut sich so ein generalisiertes Vertrauen in die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit auf, das nicht mehr allein von der konkreten Spruchpraxis abhängig ist.« (Vorländer 2015: 304)

Dabei ist das Verhältnis zwischen den Interpretatoren der Verfassung und den Adressaten reziprok. Das Gericht ist auf die Folgebereitschaft der Adressaten seiner Entscheidungen angewiesen, indem sie es als legitim ansehen (Kneip 2015: 282). In der Folge passt es, wie dargelegt, seine Exegese in den jeweils aktuellen gesellschaftspolitischen Diskurs ein. Anschauliche Beispiele sind stets Festlegungen entlang sozialmoralischer oder gar anthropologischer Deutungslinien, wenn temporäre Gewissheiten aufgebrochen

werden, wie dies bei der Einführung eines positiven Geschlechts, das weder männlich noch weiblich ist, in das Personenstandsregister der Fall war. Bis vor wenigen Jahren wäre die Akzeptanz einer solchen Entscheidung undenkbar gewesen. Der umgekehrte Weg der Antizipation verfassungsgerichtlicher Kontrolle erfolgt seitens der politischen Akteure in ihrer legislativen Tätigkeit und stellt ebenso eine Art der Bindewirkung des Gerichts dar. Ein Gesetz soll verfassungsgerichtsfest sein, gerade wenn es sich um ein Thema handelt, das parteipolitisch stark umstritten ist und/oder die Opposition gar bereits in der Phase der Willensbildung des Parlaments eine Klage ankündigt. Damit hat das BVerfG neben seinem direkten Einfluss (Normverwerfungskompetenz) auch einen indirekten Einfluss auf die Normschöpfung im parlamentarischen System. Auch wenn Verfassungsrichter sich nicht zu aktuell diskutierten Gesetzentwürfen äußern, greift der vorausseilende Gehorsam (Voigt 2015: 74).

»Bei dieser Deutungsmacht handelt es sich folglich um eine ‚weiche‘ Form der Ausübung von Macht, die gleichwohl in der Lage ist, nachhaltig zu wirken. Sie ist eine Macht mit Veto-, Verhinderungs- und auch Konformitätseffekten.« (Vorländer 2015: 304)

Das Gericht hat auch die Möglichkeit, den Gesetzgeber jenseits von Nichtigkeits- und Unvereinbarkeitserklärungen mit Fristen für die Einsetzung einer verfassungskonformen Regelung oder mit Appellen unter Druck zu setzen. Dieses Mittel hat es zum Beispiel im Jahr 2008 eingesetzt, als es das Wahlrecht zum Deutschen Bundestag als teilweise verfassungswidrig einstufte und eine Frist von drei Jahren setzte, um eine Regelung zu finden, welche die Wirkung von Überhangmandaten abfedert. Die daraufhin fünf Monate nach Fristablauf beschlossene Gesetzesänderung wurde 2012 erneut vom Gericht verworfen. Eine Frist räumte es dann nicht mehr ein. Identifiziert das Gericht Änderungserfordernisse, die nicht direkt im Zusammenhang mit dem Sachverhalt der zu überprüfenden Rechtsnorm stehen, versucht es auch durch Obiter Dicta Impulse zu setzen (Zum Phänomen der Obiter Dicta Bryde 2013).

Durch demoskopische Befunde ist auf der anderen Seite bekannt, dass das BVerfG hohes Vertrauen in der Bevölkerung genießt.¹⁹ Einige der angeführten »Boni« des Gerichts gelten auch in dieser Beziehung, wie etwa die starke Legitimation als Verkörperer der Verfassung. Hinzu kommen weitere Faktoren, die spezifisch in die teilweise unpolitische Öffentlichkeit wirken. Dies sind, vergleicht man sein Institutionenvertrauen mit dem des

19 So gaben Anfang 2020 74% der Befragten an, ein großes Vertrauen zum Bundesverfassungsgericht zu haben (Quelle: Forsa).

Bundestages, wie Patzelt dies tut (2005), erstens seine Unabhängigkeit vom politischen Alltagsgeschäft:

»Also werden Parlamentsbeschlüsse von all denen als unausgewogen und problematisch erachtet, die ihre Interessen nicht berücksichtigt oder hintangestellt empfinden. Das BVerfG indessen spricht aus, was im ‚unstreitigen Sektor‘ unserer Gesellschaft liegt oder zu liegen hätte; obendrein ist es durch das akzeptierte Tabu scharfer Richterschelte gegen populistische Infragestellungen seiner Urteile gut geschützt.« (Patzelt 2005: 537)

Die Bewertungsgrundlagen der Bevölkerung gegenüber den Institutionen BVerfG und Bundestag sind unterschiedlich. Während die Zufriedenheit mit dem Gesetzgeber stark auf der tagespolitischen Performanz sowie der wirtschaftlichen Lage beruht, liegt das Urteil über das BVerfG in der Systemzufriedenheit begründet, die der allgemeinen Politikverdrossenheit gegenübersteht (Patzelt 2015: 325 ff.). Der zweite wichtige Faktor ist die Nichtöffentlichkeit des Willensbildungs- und Entscheidungsprozesses des BVerfG. Dies verschafft ihm ein Image, das durch Professionalität, dem Vorrang der Sachfragen vor Machtfragen und vergleichsweiser Konfliktfreiheit geprägt ist. Nicht zuletzt trägt die Selbstinszenierung der Richter und ihres Verfahrens zu einer Verstärkung des durch diese Faktoren begründeten Charismas bei. Die Roben, der Einzug in den Gerichtssaal und die meist ohne konkreten Widerspruch von den politischen Akteuren akzeptierten Entscheidungen sowie Loyalitätsbekundungen führen zu einem sehr vertrauensvollen Bild in der Öffentlichkeit (Kranenpohl 2010: 419 f.). Die Bundesverfassungsrichter sind jedoch ebenso wie z. B. Bundestagsabgeordnete in dieser Hinsicht von den Gesetzmäßigkeiten der Mediendemokratie abhängig. Die Berichterstattung hat erheblichen Einfluss auf die Wahrnehmung der oben genannten Bewertungsmaßstäbe der Bevölkerung, auch wenn die Äußerungen des Gericht längst nicht so kritisch, sondern eher wohlwollend hinterfragt werden (hierzu auch Schaal et al. 2013). Indem es nur seine Entscheidungen öffentlich verkündet (nicht etwa mündliche Verhandlungen öffentlich sind) und Auseinandersetzungen um Sachfragen nicht nach außen getragen werden²⁰, bietet es auch weniger Angriffsfläche. Das Gericht hat erst im Jahr 1996 eine Pressestelle eingerichtet und seit 2015 einen Twitter-Account, mithilfe dessen seine Pressemitteilungen leichter einem größeren Publikum zugänglich gemacht werden.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das Gericht seine Macht im Wesentlichen aus der Bindewirkung seiner nicht mit exekutiver Gewalt

20 Siehe wieder die Verhaltensleitlinien des BVerfG.

durchsetzbaren Entscheidungen bezieht. Wichtiger als die Folgebereitschaft der politischen Akteure ist unter demokratischen Bedingungen dabei die Zustimmung der Öffentlichkeit zum BVerfG als Staatsinstitution. Aus der Akzeptanz als »Hüter der Verfassung« in der Bevölkerung leitet sich seine Autorität ab (Kranenpohl 2010: 503 f.). Besonders interessant für die weitere politikwissenschaftliche Analyse der Einstellungen des Gerichts sind dabei die angenommenen Eigenschaften, die zu so viel Vertrauen verhelfen. Es speist seine Anerkennung vor allem aus seinem unpolitischen Image, der Annahme, es sei nicht Teil der politischen Sphäre und damit dem Parteienstreit enthoben, also aus seiner »würdevolle[n] Distanz zur Politik« (Vorländer 2015: 308). Die Aura des Unpolitischen ist das Entscheidende. Damit verkörpert das BVerfG genau das, was ein Teil der Bürger und auch Beobachter des politischen Geschehens von politischen Akteuren erwarten: die Trennung von Sachfragen und Machtfragen, Reduktion politischer Auseinandersetzung, Deliberation statt Aushandlung.

»So speist sich das gesellschaftliche Vertrauen in Karlsruhe zu einem Gutteil aus traditionellen Elementen der Legitimation, die einer pluralistischen Demokratie eigentlich entgegenstehen.« (Kranenpohl 2010: 409)

Diese Art der Zustimmung ist in besonderem Maße von der Integrationskraft des Grundgesetzes abhängig, auch wenn seine Kerninhalte oft nicht spezifisch benannt werden können.

»Die hohe Akzeptanz geht mit einem vielfach geringen Wissen über die Verfassungsinhalte und die Charakteristika der bundesdeutschen Verfassungspolitik einher; das Grundgesetz genießt insofern oft einen unspezifischen Vertrauensvorschuss. Dies schloss, wie zu sehen war, Änderungen nicht aus.« (Lorenz 2009: 225)

Sie gedeiht besonders gut unter Abwesenheit von moralisch heiklen oder parteipolitisch umstrittenen Anträgen sowie maßvollem Eingreifen in die Normgestaltung. Die Institution hat es seit seiner Gründung, auch über krisenhafte Jahre wie die 60er- und 70er-Jahre hinweg, geschafft, diese Zustimmung auszubauen.

»Verfassungsgerichte, so auch das BVerfG, disziplinieren sich selbst, nach innen hin versuchen sie, durch ihre Interpretationsmethoden, die Rechtsprechungskohärenz, die Herausstellung von Präjudizien und, daraus folgend, die Herausbildung einer institutionellen Eigengeschichte die schriftlichen Begründungen anerkennungswürdig zu halten und die institutionelle Sonderdarstellung zu demonstrieren.«²¹ (Vorländer 2015: 307)

Mit seinen Deutungsangeboten und seinem Steuerungspotenzial steht das BVerfG prinzipiell in Konkurrenz zu anderen Staatsorganen, insbesondere

21 Sic.: Vermutlich nicht Sonderdarstellung, sondern Sonderstellung.

zum Bundestag und zur Bundesregierung. In den 70er-Jahren während der ersten SPD-geführten Regierung unter Willy Brandt kam es entlang einiger einschlägiger Urteile des Gerichts zu einem Spannungsverhältnis. Das Gericht blockierte den Grundlagenvertrag, die Reform der Hochschulorganisation, die Wehrpflichtreform und eine Lösung für den Schwangerschaftsabbruch (Näheres bei Voigt 2015: 87 ff.). Es trat damit stärker als Vetomacht in Bezug auf den gesellschaftlichen Wandel auf, als dies in den Jahren davor der Fall war.

Im wissenschaftlichen Diskurs knüpfte hier der Beginn einer Debatte an, die die Vereinbarkeit der Rolle des Gerichts als »Hüter der Verfassung« mit dem Demokratieprinzip fortführte (Schmitt-Kelsen-Kontroverse) und den Einfluss des Gerichts kritisch infrage stellte. Christine Landfried reflektierte im Jahr 1984 grundlegend die Wirkung der Verfassungsrechtsprechung auf die parlamentarische Willensbildung und die soziale Realität während der Zeit der sozialliberalen Koalition (Landfried 1996). Sie konnte herausstellen, dass bereits damals Verfassungsrichter zunehmend über Fragen entscheiden mussten, die nur einen losen Bezug zur Verfassung hatten und haben.

Dieser Diskursstrang hält bis heute unter der Verwendung der verschiedensten Termini an.²² Im Kern geht es um die Frage der Abgrenzbarkeit von Recht und Politik und den Vorwurf, dass das BVerfG als Agenda-Setter im politischen Prozess auftritt, obwohl der Bundestag das einzig demokratisch legitimierte Staatsorgan mit Gestaltungsmacht sein soll. Ein Destillat dieser Diskussion ist zunächst einmal, dass das BVerfG inzwischen als politischer Akteur wahrgenommen und auch so bezeichnet wird. Dies steht einerseits in einem Spannungsverhältnis zu seiner intendierten überparteilichen Grundkonstitution und wirft andererseits die Frage nach der Gewaltenteilung auf. Wo sind die Grenzen der Juridifizierung der Politik zu setzen, wenn das BVerfG Entscheidungen des Gesetzgebers modifiziert und annulliert? Als demokratiefunktional sieht Sascha Kneip das Agieren des Gerichts dann an, wenn es eine Funktion erfülle, die von den politischen Instanzen aufgrund ihrer Funktionslogik (gemeint ist das Mehrheitsprinzip) nicht erbracht werden könne, weil es sich um die Regelung von

22 Dies sind zum Beispiel: „Richter als politische Akteure“ (Gschwend et al. 2016), „judicial self restraint“ (Strohmeier 2013a), „Das entgrenzte Gericht“ (Jestaedt et al. 2011), „Regieren durch Richter“ (Kranenpohl 2013; Vorländer 2011), „Politisierung des Rechts und Verrechtlichung der Politik“ (Bornemann 2007), „Ersatzgesetzgeber“ (Scholz 1999). Außerdem siehe Benda (1988) oder Jekewitz (1980).

Kompetenzkonflikten oder den Schutz der Grundrechte und der Verfassungsprinzipien handele (Kneip 2011: 237 f.). Auf dieser Grundlage kommt er in einer empirischen Analyse des Outputs des BVerfG von 1951 bis 2005 hinsichtlich der Justizialisierung von Politikentscheidungen zu dem Schluss, dass das Gericht das Verhältnis zwischen Intervention und Zurückhaltung immer wieder habe gut ausbalancieren können. Dysfunktionale Interventionen sieht er vor allem in der Steuer- und Finanzpolitik (Kneip 2011: 240). Für die Abgrenzung legitimer Rechtsprechung zum parlamentarischen Regierungssystem ist diese Lesart indes wenig hilfreich. Da alle Parlamentarismusinterventionen des Gerichts entweder Organkonkurrenz oder den Machterwerb betreffen, wären diese immer demokratiefunktional. Es ist ein Analogieschluss, wenn Kneip davon ausgeht, dass Interventionen, die zu einem Machtverlust der Staatsorgane führen, deswegen legitim seien, weil diese Macht »durch die Verfassung (und den darin kondensierten Volkswillen) ohnehin nicht gedeckt« gewesen sei (Kneip 2011: 240). Denn über das, was durch die Verfassung gedeckt ist, entscheidet das Gericht selbst und somit würde es auch über seine eigene Legitimität entscheiden.

Es bleibt also bei dem Dilemma, dass auch die Grenzen des legitimen Handelns des BVerfG Aushandlungssache sind, was die Besetzung der Richterbank durch parteipolitischen Proporz auch reflektiert. Die Garantien, die das Recht und die Verfassungsrechtsprechung liefern, sind prozeduraler Natur. Die Übertragung eines Dissenses in die rechtliche Sphäre zieht die Garantie der Einhaltung ihrer Verfahren nach sich, die durch andere Aushandlungsbedingungen als der politische Prozess gekennzeichnet sind. Neben die Verfahrensgarantie treten zu Maßstäben verdichtete Einstellungen, die wesentlich gefestigter und träger sind als diejenigen in der politischen Sphäre.

»So beruhen etwa bestimmte dogmatische Deutungsmöglichkeiten der Verfassungsauslegung einerseits auf historisch und diskursiv vorgeprägten Norm- und Rechtsverständnissen. Zugleich kann die Wahl einer Deutungsalternative auch Ausdruck bestimmter *policies* der Richterinnen und Richter sein, die sie mit Blick auf ihre Werteüberzeugungen, eine bestimmte überlegene Sachkenntnis, die (möglichen) politischen und sozialen Wirkungen und nicht zuletzt auch die Rolle und Funktion ‚ihrer‘ Institution ‚Verfassungsgericht‘ im politischen Sinne von *judicial politics* formulieren.« (Wrase 2013: 34)

So kann es eine illegitime Juridifizierung von Politik im Einzelfall zwar geben, durch die Interdependenz von Recht und Politik ist diese Abgrenzung jedoch gradueller Natur. Politisch, aber überparteilich – diese Eigenschaft des BVerfG wird für die folgende Analyse im Hinterkopf zu behalten sein.

2. Untersuchungsgegenstand: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

»Insofern geht wie bereits erwähnt auf der Grundlage des geltenden Verfassungsrechts auch der Versuch ins Leere, einen demokratischen Mehrwert der gesetzgeberischen Entscheidung gegen die Tätigkeit des Gerichts ins Feld zu führen. Die Verfassung will eben diese Limitierung der ‚politischen Führung‘ durch ein der juristischen Methode verpflichteten Prozess (und dem Einfluss unzähliger pressure groups, Wahltermine etc.) tendenziell distanziert und unambitioniert gegenüberstehen.« (Menzel 2000: 37)

Neben der theoretischen Frage, ob sich das Gericht gerade mehr in der politischen oder in der rechtlichen Sphäre bewegt, sind die politischen Verhältnisse, in welchen das Gericht agiert, von Relevanz. Es kann zur Sicherung des demokratischen Systems eingesetzt werden oder aber dessen Zweck, die pluralistische Grundordnung, durch seine Rechtsprechung aufgeweicht werden. Es gibt drei wesentliche Gefahren, die dieses Potenzial haben. Das ist erstens die Erstarkung populistischer, insbesondere rechts-extremistischer, Parteien in Europa und in Deutschland. Die Programmatik dieser Parteien impliziert einerseits einen starken evidenten Rekurs auf das Rechtsstaatsprinzip, andererseits sind erhebliche strukturelle Änderungsmaßnahmen des parlamentarischen Systems geplant, wie zum Beispiel die Trennung von Amt und Mandat oder die Direktwahl des Bundespräsidenten.²³ Beide Punkte sind geeignet, das BVerfG zur Durchsetzung dieser Forderungen zu instrumentalisieren und damit das Ansehen des Gerichts zu gefährden. Zweitens zeigt der Blick auf die aktuellen Entwicklungen in z. B. Polen oder Ungarn, dass eine autoritäre Mehrheit im Parlament in der Lage ist, die Justiz substanziell einzuschränken, auch bei großer Resilienz des Verfassungssystems. Es kommt also auch auf die parlamentarischen Mehrheitsverhältnisse an, ob es wünschenswert ist, ein starkes, politisches oder ein eher zurückhaltendes Verfassungsgericht zu haben. Der »Trumpf« des Bundestages mit einfacher Mehrheit über Änderungen des BVerfGG beschließen zu können und somit das Entscheidungsverfahren zu beeinflussen, ist ambivalent – ebenso wie die Möglichkeit des Gerichts, erheblichen Einfluss auf die Ausgestaltung der parlamentarischen Verfahren und die Regeln des politischen Wettbewerbs auszuüben. Die Annahme, es gäbe eine »intraconstitutionelle Prerogative‘ als Reservefunktion« des BVerfG (Kranenpohl 2004: 44), könnte die Gewaltenteilung im politischen System in Krisenzeiten erheblich beeinflussen.²⁴ Die dritte Herausforderung für das

23 Siehe Programm für Deutschland. Wahlprogramm der Alternative für Deutschland für die Wahl zum Deutschen Bundestag am 24. September 2017.

24 Die Annahme ist, dass ein Vorherrschen populistischer, autokratischer parlamentarischer Mehrheit als Krise des demokratischen Systems gewertet wird.