

KLAUS JOACHIM GRIGOLEIT

Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage

Jus Publicum

108

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 108



Klaus Joachim Grigoleit

Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage

Eine dogmatische und historische Untersuchung
zum judikativen Anteil an der Staatsleitung

Mohr Siebeck

Klaus Joachim Grigoleit, geb. 1963, 1984–1990 Studium der Rechtswissenschaften und Geschichte in Freiburg i.Br., 1990–1993 Referendariat in Berlin, seit 1993 zunächst wissenschaftlicher Mitarbeiter, dann wissenschaftlicher Assistent an der Humboldt-Universität zu Berlin, 1996 Promotion, 2002 Habilitation. Seitdem Privatdozent an der Humboldt-Universität zu Berlin.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

978-3-16-157974-5 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

ISBN 3-16-148367-7

ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© 2004 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond-Antiqua belichtet, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Meiner Mutter

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Wintersemester 2002/2003 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Habilitationsschrift angenommen. Seither erschienene Literatur wurde zum Teil in den Fußnoten berücksichtigt.

Die Beschäftigung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur „deutschen Frage“ geht auf eine Anregung meines Lehrers, Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Battis zurück. Ihm möchte ich an dieser Stelle für die stete Förderung, den für den Abschluss der Arbeit erforderlichen Freiraum, insbesondere aber für das jederzeit in mich gesetzte Vertrauen herzlich danken. Herrn Prof. Dr. Michael Klopfer danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und seine kritische Anteilnahme, meinen Freunden und Kollegen für konstante Gesprächsbereitschaft und zahlreiche Anregungen: Susanne Baer, Tobias Herbst, Jens Kersten, Ralf Poscher, Robert Rebhahn und Angelika Siehr. Mein Dank gilt schließlich der Deutschen Forschungsgemeinschaft für den gewährten Druckkostenzuschuss und dem Lektor des Verlags Mohr Siebeck, Herrn Dr. Franz-Peter Gillig, für die unkomplizierte und verlässliche Zusammenarbeit.

Ganz besonderen Anteil am Gelingen der Arbeit haben meine Eltern. Meiner Mutter ist sie auch deshalb gewidmet. Ohne meine Frau wäre die Arbeit wie alles Übrige undenkbar.

Berlin, im Februar 2004

Klaus Joachim Grigoleit

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Einleitung	1
 Teil I: Staatsleitung, rechtsprechende Gewalt und Verfassungsgerichtsbarkeit im Grundgesetz	 9
§ 1 Staatsleitung im demokratischen Verfassungsstaat	11
I. Der Begriff der Staatsleitung	11
1. Staatsleitung und Regierung	11
2. Ansätze inhaltlicher Begriffsbestimmung	14
II. Staatsleitung im parlamentarischen Regierungssystem unter dem Grundgesetz	17
§ 2 Rechtsprechende Gewalt und Staatsleitung	23
I. Rechtsprechung im Grundgesetz	24
1. Die Richter- und Gerichtsvorbehalte	25
2. Institutionelle Elemente	27
a) Das Richteramt als zentraler Baustein rechtsprechender Gewalt	28
aa) Das Richteramt als republikanisches Staatsamt	28
bb) Profilierung durch die richterliche Unabhängigkeit	32
(1) Die persönliche Unabhängigkeit	32
(2) Die sachliche Unabhängigkeit	33
cc) Der gesetzliche Richter	37
b) Gerichtliches Verfahren und richterliche Passivität	38
3. Zusammenfassung	43
II. Staatsleitung durch judikative Rechtsetzung: Rechtsprechende Gewalt und Gesetzgebung	44

1. Vorgegebenheit und Aufgegebenheit der Rechtsbindung	44
2. Die Direktionskraft des Rechts	46
3. Rechtsbindung und juristischer Diskurs	49
III. Schlussfolgerung: Rechtsprechung als Mittel demokratischer Staatsleitung	53
§ 3 Verfassungsrechtsprechung als Staatsleitungsfunktion	54
I. Das Bundesverfassungsgericht als der rechtsprechenden Gewalt zugehöriges Gericht	54
II. Das Bundesverfassungsgericht als besonderes Gericht	56
1. Die ausdrückliche Kompetenzzuweisung	56
2. Die Wahl der Verfassungsrichter	60
3. Das Bundesverfassungsgericht in der Notstandsverfassung	62
III. Verfassungsgerichtsbarkeit als besondere Funktion	62
1. Verfassungsgerichtsbarkeit und Politik	64
a) Verfassung als politisches Recht	64
b) Verfassung als Recht für den politischen Prozess	72
c) Der juristische Eigenstand verfassungsgerichtlicher Entscheidungen	76
aa) Die Maßstabslosigkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidung ..	77
bb) Das Fehlen heteronomer normativer Stabilisierung	80
(1) Legitimationszusammenhänge der Normpyramide	80
(2) Judikative Hierarchie und diskursive Abstützung	83
(3) Durchsetzung des Rechts auf der Ebene politischer Gewalten	85
2. Verfassungsgerichtsbarkeit und Rechtsordnung	86
a) Der Topos der authentischen Interpretation	87
b) Faktische Suprematie als Wesensmerkmal der Verfassungsgerichtsbarkeit	89
c) Normative Suprematie	93
aa) Auflösung der Normenbindung durch Normenkontrollkompetenz?	94
bb) Gesetzeskraft	97
cc) Bindungswirkungen	99
d) Methodenstreit und Souveränitätsfrage	101
IV. Zwischenergebnis	103

Teil II: Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess der Bundesrepublik – Staatsleitung und Verfassungsorgananstellung	107
§ 4 Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess	109
I. Das Bundesverfassungsgericht als „Mitregent“	109
II. „Balance of powers“ und Verfassungsrecht	115
§ 5 Bedeutung und Funktion des Begriffs „Verfassungsorgan“ ..	118
I. Der Begriff des Verfassungsorgans als funktionaler Kompaktbegriff zur einfachgesetzlichen Stabilisierung	118
II. Wortlautinterpretation	119
1. Der Organbegriff	119
2. Die Fügung „Verfassungsorgan“	120
III. Verfassungstextorientierte Begrenzung	122
IV. Begriffshistorischer Ansatz	123
1. Die Anknüpfung an die spätkonstitutionelle Staatslehre	123
2. Begriffsursprung bei <i>E. Kaufmann</i>	127
V. Die Verfassung als rahmensetzender Bezugspunkt der Begriffsbildung	128
1. Die „besonderen Organe“ des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG	129
2. Die „(obersten) Bundesorgane“ in Art. 93, 115a Abs. 4 Satz 1, 115i GG	129
3. Die Anschlussfähigkeit der Kategorie „Verfassungsorgane“	132
VI. Verfassungsorgan als gesetzlicher Funktionsbegriff im demokratischen Prozess	134
1. Verfassungsorgan als Gesetzesbegriff	134
a) Der Begriff im BVerfGG	134
b) Der Begriff im Staatsschutzrecht	135
c) Sonstige Begriffsverwendung	137
d) Folgerungen	138
2. Die zentrale Funktion des Gesetzesbegriffs	138

VII. Die parallele Bedeutung des Begriffs in der Diskussion um den Parteienstatus	143
VIII. Die Gegenprobe: Der Status von Bundesrechnungshof und Bundesbank	148
1. Der Bundesrechnungshof	148
2. Die Bundesbank	151
IX. Möglichkeiten und Grenzen der gesetzlichen Ausgestaltung am Beispiel des §31 Abs.1 BVerfGG	155
X. Zwischenergebnis: Verfassungsorgan als Funktionsbegriff ...	165
 Teil III: Das Bundesverfassungsgericht als Akteur im historischen Prozess	167
§ 6 Der zeithistorische Bestimmungsansatz	169
I. Das Bundesverfassungsgericht aus zeithistorischer Perspektive	169
II. Verfassungsgerichtliche Urteile als Beiträge zum historischen Prozess	174
III. Die Auswahl der Judikate	176
§ 7 Das Bundesverfassungsgericht und die historische Einordnung der Bundesrepublik: Zwischen Kontinuität und Neuanfang	180
I. Die Frage der staatsrechtlichen Kontinuität	181
II. Das Problem der personellen Anknüpfung	184
1. Die „Problembewältigung“ im politischen Prozess der Verfassungs- und Gesetzgebung	184
2. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum G 131	187
a) Die Kommunalverfassungsbeschwerde der Stadt Offenbach .	187
b) Die Beamtenentscheidung	189
c) Das „Soldatenurteil“	193
d) Der „Gestapo-Beschluss“	195
e) Bewertung	198

III. Das Problem der vermögensrechtlichen Anknüpfung	203
1. Die Frage des Vermögensübergangs	203
a) Verfassungsrechtliche und politische Vorgaben	203
b) Die Waldenfelsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	208
2. Die Haftung für Besatzungs- und Reparationsschäden	217
a) Die Entscheidung zu den Besatzungsschäden	219
b) Die Entscheidung zu den Reparationsschäden	222
3. Bewertung	224
 § 8 Zwischen weststaatlicher Konsolidierung und gesamtstaatlicher Verantwortung	226
I. Historische Grundlagen	226
II. Die Westintegration vor Gericht	227
1. Petersberger Abkommen	227
a) Der Streit um das Abkommen	227
b) Das Petersberger Abkommen vor dem Bundesverfassungsgericht	228
2. Das Saarstatut	233
a) Historischer Kontext	233
b) Das Saarabkommen vor dem Bundesverfassungsgericht	234
3. Gegengewichte: KPD-Entscheidung und Berlin-Status	241
a) Das KPD-Verbot	241
b) Der Berlin-Status	246
aa) Historischer Kontext	246
bb) Die Berlin-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	249
 § 9 Das Bundesverfassungsgericht und die deutsche Teilung	255
I. Historischer Rahmen	255
II. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	264
1. Bundesverfassungsgericht und Deutschlandpolitik bis zum Grundvertragsurteil	264
a) Die Entscheidung zum Notaufnahmegesetz	264
b) Die Entscheidungen zur deutsch-deutschen Amtshilfe	265
c) Die Entscheidung zum Interzonenhandel	268
2. Das Bundesverfassungsgericht und die neue Ostpolitik	271

a) Der Streit um den Grundvertrag	271
aa) Die Vorfeldentscheidungen	272
(1) Die „erste Runde“	272
(2) Die „zweite Runde“	273
bb) Das Grundvertragsurteil	277
b) Die Verfassungsbeschwerden gegen die Ostverträge	285
3. Bundesverfassungsgericht und Deutschlandfrage bis zur Wiedervereinigung	290
a) Die Brückmann-Entscheidung	290
b) Die Teso-Entscheidung	291
4. Bewertung	296

§ 10 Das Bundesverfassungsgericht im Prozess der Wiedervereinigung	302
I. Historischer Rahmen	302
II. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	305
1. Das Bundesverfassungsgericht und die Herstellung der staatlichen Einheit	306
a) Die Entscheidung über den Einigungsvertrag	306
b) Die Entscheidungen zur ersten gesamtdeutschen Wahl	311
aa) Das Urteil zum Wahlvertrag	311
bb) Die einstweilige Anordnung zu den Unterschriftsquoren	316
cc) Folgeproblem der Wahlvertragsentscheidung: Die PDS im Bundestag	317
(1) Die Auseinandersetzungen um den Fraktionsstatus	318
(2) Die Kollegialenquôte	319
2. Probleme der personellen Kontinuität	321
a) Die Abwicklungsrechtsprechung	324
aa) Ausgangspunkte	324
bb) Die Warteschleifenentscheidung	326
cc) Die Akademieentscheidungen	330
dd) Die Richterüberleitung	333
b) Personalkontinuität und Sonderkündigungstatbestände	336
aa) Die Leitentscheidung des Einigungsvertrags als Entscheidungsmaßstab	336
bb) Kasuistik	339
c) Bewertung	342
3. Das Problem der eigentumsrechtlichen Anknüpfung	343
a) Die Entscheidungen zur Bodenreform	347
b) Die Entscheidungen zum Restitutionsausschluss wegen gutgläubigen Erwerbs	354

<i>Inhaltsverzeichnis</i>	XV
c) Die Entscheidung zur „Wertschere“	358
d) Bewertung	362
Schluss	366
 Literaturverzeichnis	 371
 Personenverzeichnis	 407
 Stichwortverzeichnis	 409

Einleitung

Die Horrifizierung der „Justizstaatlichkeit“ ist so alt wie die Bundesrepublik. Sie fand ihren Ausgangspunkt in der Erhebung der Rechtsprechung zur gleichberechtigten „Gewalt“ neben Legislative und Exekutive durch Art. 92 GG,¹ in der durch Art. 19 Abs. 4 GG garantierten lückenlosen Kontrolle der Hoheitsgewalt durch die Judikative² und schließlich in der Einrichtung einer mit umfassenden Kompetenzen ausgestatteten Verfassungsgerichtsbarkeit, der angeblich „originellsten und interessantesten Instanz“ des Grundgesetzes (Grosser).³

Der vorgebliche „Weg in den verfassungsgerichtlichen Judikationsstaat“⁴ war von Beginn an immer wieder von Kritik und Widerstand derer begleitet, die sich dadurch der Gefahr der Entmachtung oder „Entthronung“ ausgesetzt sahen. Insoweit wird aus dem Abstand einiger Jahre die „besondere Qualität“, die dem Streit um die Kruzifix-Entscheidung attestiert wurde, zu relativieren sein: Dass die Bayerische Landesregierung ein Urteil nur „respektieren“, aber nicht „akzeptieren“ wollte und inhaltlich Widerstand ankündigte,⁵ nimmt sich gegenüber Bombendrohungen des ersten Justizministers⁶ und Verbalinjurien aus dem Kreis

¹ Zur Erhebung der Rechtsprechung in die „Verfassungsrechtssphäre: *Holtkotten*, in: BK, vor Art. 92 Anm. 3.

² *Werner Weber*, Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz, S. 29ff.; *ders.*, Das Richteramt in der deutschen Verfassungsordnung, S. 92; *Fritz Werner*, Das Problem des Richterstaates, S. 176.

³ *Alfred Grosser*, Die Bonner Demokratie, S. 115; s. auch *Michel Fromont*, Das Bundesverfassungsgericht aus französischer Sicht, DÖV 1999, S. 493; vgl. zur frühen Kritik etwa: *Ernst Forsthoff*, Die Bindung an Gesetz und Recht, DÖV 1959, S. 41/44; *Werner Weber*, Das Richteramt in der deutschen Verfassungsordnung, in: FS für Hans Niedermeyer, S. 261/268.

⁴ *Wolfgang Knies*, Auf dem Weg in den „verfassungsgerichtlichen Judikationsstaat“, in: FS für Klaus Stern, S. 1155; *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, S. 190; *ders.*, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, S. 61f.; *Rosemarie Will*, Das Bundesverfassungsgericht und die deutsche Wiedervereinigung, NJ 2000, S. 520/521.

⁵ Vgl. dazu skandalisierend: *Rolf Lamprecht*, Zur Demontage des Bundesverfassungsgerichts, S. 39ff.; *Wahl*, Quo vadis – Bundesverfassungsgericht?, in: Guggenberger/Würtenberger (Hg.), Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik, S. 81/84f.; zu Recht relativierend: *Limbach*, Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, S. 6f.

⁶ Vgl. zur Kritik *Dehlers* am Bundesverfassungsgericht etwa *Wolfgang Knies*, Auf dem Weg in den „verfassungsgerichtlichen Judikationsstaat“, a.a.O.; zur Drohung *Dehlers*, er werde das Gericht „eigenhändig in die Luft sprengen“: *Dirk Hoffmann*, Das Bundesverfassungsgericht im politischen Kräftefeld der frühen Bundesrepublik, HistJb 120 (2000), S. 227/253.

der sozialliberalen Bundesregierung⁷ geradezu zurückhaltend aus. Dass sich Regierungsmehrheiten damit schwer tun, von „Karlsruhe“ in die verfassungsrechtlichen Schranken ihrer Macht verwiesen zu werden, ist spätestens seit dem ebenso originellen wie entwaffnenden Adenauerwort: „dat ham wir uns so nich vorjestellt“,⁸ bekannt und wenig erstaunlich.

Neu am Streit um die Kruzifix-Entscheidung war jedoch, dass sich das Gericht nicht nur heftiger Kritik aus den Reihen der politischen Klasse ausgesetzt sah, sondern dass die gleiche Kritik auch in der Bevölkerung massenweise verbalisiert wurde.⁹ War das Gericht bisher daran gewöhnt, den Posteingang in Gestalt der Rechtsschutzbegehren als Nachweis seiner besonderen Akzeptanz zu werten,¹⁰ so wurde ihm nun durch den Eingang einer Unzahl von Protestbriefen¹¹ das Gegenteil bescheinigt.¹² Als Fanal musste dies insbesondere denjenigen erscheinen, die auf der Grundlage einer integrationsistischen Gesellschafts-, Staats- und Verfassungstheorie eine Vorrangstellung des Bundesverfassungsgerichts aus seinem Auftrag zur integrativen Fortschreibung der Verfassung als Gesellschaftsvertrag ableiten.¹³ Ob insofern die Kruzifix-Entscheidung als Versagen des Bundesverfassungsgerichts vor seiner Integrationsaufgabe zu werten ist oder als Brandzeichen dafür, dass die „Vertextung des Staats an ihr Ende gelangt“ ist (Luhmann) und die segregierte, globalisierte Zivilgesellschaft im Bundesverfassungsgericht die letzte Bastion staatspaternalistischer Integration geschleift hat,¹⁴ mag hier auf sich beruhen.

Bei einer zurückhaltenderen Bewertung ist zunächst festzustellen, dass die Verfassungsrichter selbst – jedenfalls im Angesicht öffentlichen Protests – die ihnen

⁷ Zum Spruch von den „acht Arschlöchern“: Rolf Lamprecht, Zur Demontage des Bundesverfassungsgerichts, S. 128ff.

⁸ Vgl. ebenda, S. 126; Richard Häussler, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung, S. 69.

⁹ Vgl. etwa Scholz, Karlsruhe im Zwielficht, FS Stern, S. 1201/1202 m.w.N.

¹⁰ Treffend spricht Roellecke, Das Ansehen des Bundesverfassungsgerichts und die Verfassung, in: Michael Piazzolo (Hg.), Das Bundesverfassungsgericht, S. 33/39, insoweit von der „populistischen Legitimation“ des Gerichts.

¹¹ Mehrfach hervorgehoben etwa bei Haltern, Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen, S. 107 (FN 113), 205 (FN 129): Nach dem Nachrichtenmagazin *Der Spiegel* hätten 250.000 Protestbriefe das Bundesverfassungsgericht erreicht.

¹² Zu den demoskopischen Grundlagen des „Ansehensverlustes“: Schulze-Fielitz, Das Bundesverfassungsgericht und die öffentliche Meinung, in: Schuppert/Bumke (Hg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, S. 111/128f.

¹³ Vgl. etwa Häberle, Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft, S. 438ff.; Schulze-Fielitz, Das Bundesverfassungsgericht und die öffentliche Meinung, S. 121; ders., Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeistes, AöR 122 (1997), S. 1/14.

¹⁴ Ulrich Haltern, Integration als Mythos – Zur Überforderung des Bundesverfassungsgerichts, JÖR 45 (1997), S. 31ff.; ders., Verfassungsgerichtsbarkeit, Misstrauen und Demokratie, S. 229ff. (unter wiederholter Bezugnahme auf das Menetekel der Kruzifix-Entscheidung: 87, 107f., 204f. u.ö.); dagegen jetzt aber mit empirischen Belegen: Hans Vorländer/Gary S. Schaal, Integration durch Institutionenvertrauen?, in: Vorländer (Hg.), Integration durch Verfassung, S. 343/352ff.

angetragene Integrationsfunktion dezidiert von sich gewiesen haben: Der Auftrag des Gerichtes ziele „auf den Respekt vor der Verfassung und nicht auf den gesellschaftlichen Frieden. (...S)eine primäre Aufgabe ist es, die Verfassung auszulegen, anzuwenden und durchzusetzen“.¹⁵

Die Anwendung der Verfassung im Einzelfall kann aber kaum allein dazu geeignet gewesen sein, diesen Proteststurm auszulösen: Weder die Gewährung der Religionsfreiheit aus Art. 4 GG, noch ihre Interpretation als Minderheitenrecht zum Schutze vor der hoheitlichen Inanspruchnahme für eine Religionsausübung und noch nicht einmal die daraus abzuleitende Konsequenz, dass die Beschwerdeführer unter den im konkreten Fall gegebenen Umständen die Entfernung eines Kreuzes aus einem Schulraum fordern konnten, erscheint vernünftigerweise die heftige öffentliche Reaktion zu rechtfertigen. Die Empörung verweist vielmehr auf die Bedeutung, die der verfassungsgerichtlichen Entscheidung über den konkreten Fall hinaus für die Identität des Gemeinwesens insgesamt zugemessen wurde. Sie beruhte auf der Annahme, dass die Kruzifix-Entscheidung in ihren Begründungszusammenhängen und im Kontext einer handvoll weiterer Judikate¹⁶ eine identitätsverändernde Richtungsbestimmung für die Zukunft der Bundesrepublik als eines wertrelativistischen, laizistischen Gemeinwesens bedeutete.

Dem Protest lag damit die Vorstellung von einer Wirkmächtigkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen zugrunde, die diese kategorial von den Judikaten anderer Gerichte unterscheidet. Er bestätigte damit im Kern ein Bild von der Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts, das zu einem kennzeichnenden Bestandteil der politischen Kultur in der Bundesrepublik geworden ist. Dieses Bild wird von der Omnipräsenz des Gerichts in allen Feldern der politischen Auseinandersetzung und dem Eindruck geprägt, fast alle für das Gemeinwesen wesentlichen Entscheidungen würden letztlich scheinbar „in Karlsruhe“ getroffen, die Letztverantwortung für „Wohl und Wehe“ der Republik läge zu einem wesentlichen Teil bei den Richterinnen und Richtern des Bundesverfassungsgerichts.

Dieses Bild von der Wirkungsmacht und Verantwortung des Bundesverfassungsgerichts spiegelt sich scheinbar auch in der Praxis des politischen Prozesses. Sitzt nicht das Bundesverfassungsgericht mit am Tisch der Gesetzgebung, wenn Gesetzesvorhaben durch die Ministerialbürokratie akribisch mit allen Sentenzen möglicherweise einschlägiger verfassungsgerichtlicher Spruchpraxis abgeglichen

¹⁵ Jutta Limbach, Das Bundesverfassungsgericht, S. 69; *dies.*, Die Integrationskraft des Bundesverfassungsgerichts, in: Hans Vorländer (Hg.), *Integration durch Verfassung*, S. 315/320f.; fast wortgleich bereits Dieter Grimm, Interview mit der Südd. Zeitung v. 9. 12. 1995: „Die Aufgabe des Verfassungsgerichts besteht nicht in der Friedensstiftung, sondern in der Durchsetzung der Verfassung. Wenn seine Entscheidungen den gesellschaftlichen Frieden wieder herstellen, ist das ein beglückendes Ergebnis.“ (zit. nach Haltern, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen*, S. 225, FN 201); vgl. auch bereits Benda, *Zur gesellschaftlichen Akzeptanz verwaltungs- und verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, DÖV 1983, S. 305.

¹⁶ Insbesondere: BVerfGE 90,145 – Cannabis; 92, 1 – Sitzblockaden; 93, 266 – „Soldaten sind Mörder“.

werden? Gehört nicht die Drohung mit „Karlsruhe“ zum selbstverständlichen politischen Argumentationsarsenal und erscheint nicht „der Gang nach Karlsruhe“ als natürliche Konsequenz einer politischen Niederlage, die diese als nur vorläufig ausweist? Müssen nicht Machtworte des Gerichts immer wieder die gordischen Knoten durchtrennen, in denen sich die anderen Akteure als zur Entscheidung durch Konsens- oder Mehrheitsbildung unfähig erwiesen haben?

Wesentlichen Anteil daran, dass sich dieses Bild stabilisieren konnte, hatte aber auch das Bundesverfassungsgericht selbst. Zum einen gelang es ihm, aufgrund der Qualität seiner Entscheidungen besondere Autorität und Statur zu gewinnen. Daneben entwickelte das Gericht jedoch von Beginn an ein institutionelles Selbstverständnis, durch das es sich fundamental von der übrigen Gerichtsbarkeit abhob und konnte dieses Selbstverständnis im so genannten Statusstreit¹⁷ durchsetzen. Dabei ging es vordergründig um den protokollarischen und organisationsrechtlichen „Status“ des Gerichts als „Verfassungsorgan“. Im Kern war damit aber ein zugleich funktionelles Selbstverständnis bezeichnet: Ein Gericht, das von Verfassungen wegen dazu berufen ist, den Streit zwischen obersten Staatsorganen zu entscheiden, muss nicht nur auf organisationsrechtlich gleicher Stufe mit diesen stehen, sondern ist notwendigerweise auch materiell in ihren Rechtskreis einbezogen. Insoweit kennzeichnete das Gericht mit dem Selbstverständnis als Verfassungsorgan von Anfang an nicht nur einen Status, sondern insbesondere auch eine Funktion: Es reklamierte damit für sich einen Anteil an der „obersten Staatsgewalt“. ¹⁸ Auf der Grundlage des in § 1 Abs. 1 BVerfGG indirekt auf das Bundesverfassungsgericht bezogenen Begriffs des Verfassungsorgans wird seither vor allem, aber nicht nur, aus dem Kreis (ehemaliger) Verfassungsrichter die Besonderheit des Bundesverfassungsgerichts darin gesehen, dass es als Verfassungsorgan „Teilhabe an der Staatsleitung“¹⁹ habe.

¹⁷ Dokumentiert in: Der Status des Bundesverfassungsgerichts, JöR 6 (1957), S. 109.

¹⁸ *Leibholz*, Einleitung, in: Der Status des Bundesverfassungsgerichts, JöR 6 (1957), S. 110/111.

¹⁹ Vgl. *Hans-Jürgen Papier*, Teilhabe an der Staatsleitung, FAZ v. 23.5. 2000, S. 15; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, RN 669; *Benda/Klein*, Verfassungsprozeßrecht, RN 63; *Stern*, Staatsrecht Bd. II, S. 344, 943; *Hans H. Klein*, Gedanken zur Verfassungsgerichtsbarkeit, in: FS *Stern*, S. 1135/1136; *ders.*, Verfassungsgericht und Gesetzgeber, in: *Badura/Scholz* (Hg.), Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, S. 49/53; *Herzog*, Teilung und Ballung von Macht im Grundgesetz, in: *Kirchhof/Commers* (Hg.), Deutschland und sein Grundgesetz, S. 435; *Christian Starck*, Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozess, FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 1/4f.; *Scholz*, Fünfzig Jahre Bundesverfassungsgericht, Aus Politik und Zeitgeschichte, B 37–38/2001, S. 6; *Dieter C. Umbach*, in: *ders./Clemens*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 1 RN 32; *Kurt Vogel*, Das Bundesverfassungsgericht und die übrigen Verfassungsorgane, S. 88; *Thomas Würtenberger*, Zur Legitimität des Verfassungsrichters, in: *Guggenberger/ders.* (Hg.), Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik, S. 57/71.; *Matthias Herdegen*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen, VVDStRL 62 (2003), S. 7/25.

Diese Status- und Funktionsbestimmung knüpft mit dem Begriff des Verfassungsorgans an die Organkategorien der konstitutionellen Staatslehre, inhaltlich letztlich aber an die Auseinandersetzung um die Staats- und Verfassungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik an,²⁰ die auf eine staats- und verfassungstheoretisch begründete Unterscheidung der Rechtsordnung im allgemeinen einerseits und der Verfassungsordnung andererseits aufbaute. Die Besonderheit oder gar Unmöglichkeit einer Verfassungsgerichtsbarkeit wurde insbesondere von *Triepel* und *Schmitt*, von durchaus unterschiedlichen verfassungstheoretischen Positionen ausgehend, im Kern damit begründet, dass sich das politische Wesen der Verfassung dem unpolitischen Wesen der Gerichtsbarkeit sperre.²¹ Die Unterscheidung zwischen Rechtsprechung und Verfassungsgerichtsbarkeit verweist also nicht nur auf eine tendenziell „antipositivistische“ Verfassungstheorie, sondern mindestens ebenso auf ein „positivistisches“ Verständnis von Recht und Rechtsprechung im übrigen: Die Einbeziehung des Bundesverfassungsgerichts in den durch die (obersten) Verfassungsorgane gebildeten Funktionskreis der politischen Staatsleitung wird der im übrigen unpolitischen Funktion der Gerichtsbarkeit kontrastiert.

Diese auf das Selbstverständnis des Gerichts aufbauende, teilweise auch in ihren verfassungstheoretischen Bezügen von der herrschenden Staatsrechtslehre im wesentlichen mitgetragene, besondere Positionierung des Bundesverfassungsgerichts erscheint zunächst durchaus geeignet, die gekennzeichnete Wahrnehmung der Rolle des Bundesverfassungsgerichts im politischen System der Bundesrepublik zu erklären und verfassungsnormativ zu stabilisieren. Für eine am positiven Verfassungsrecht orientierte Betrachtung ist sie jedoch unbefriedigend.²² Zweifel ergeben sich bereits daraus, dass mit historisch wie systematisch präterkonstitutionellen Begriffen tragende institutionelle und funktionelle Kategorien gebildet werden, die in ihrem Aussagewert undeutlich bleiben und sich jedenfalls nicht ohne weiteres in die Institutionen- und Funktionenordnung des Grundgesetzes einfügen. Auch wenn der (ebenfalls präterkonstitutionelle) Begriff der Gewaltenteilung wesentlich an Distinktionskraft verloren hat, beruht doch die „justizstaatliche“ Ausprägung des Grundgesetzes wesentlich auf der Konstituierung der „rechtsprechenden Gewalt“ in Art. 92ff. GG und ihrer weitgehenden Abschir-

²⁰ Vgl. insbesondere *Heinrich Triepel* und *Hans Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), S. 2ff., 30ff.; *Carl Schmitt*, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung S. 63; *ders.*, Der Hüter der Verfassung; *Kelsen*, Wer soll Hüter der Verfassung sein?; ausführlich zum ganzen: *Helge Wendenburg*, Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit; zusammenfassend: *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts Bd. 3, S. 117f.; 193f.

²¹ *Triepel*, a.a.O., S. 8.

²² Vgl. zur Kritik insbesondere: *Thoma*, Rechtsgutachten betr. die Stellung des Bundesverfassungsgerichts, JÖR 6 (1957), S. 161/165ff.; *Schlaich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), S. 99; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, RN 30ff.

mung von den übrigen Gewalten.²³ In die dadurch gebildete Funktionseinheit und deren Bedeutung betonend ist das Bundesverfassungsgericht eingeordnet, allenfalls durch die Reihenfolge der Bestimmungen als *primus inter pares* ausgewiesen. Die Positionierung des Bundesverfassungsgerichts mittels institutioneller und funktionaler Ausgliederung aus dem Rechtsprechungszusammenhang berücksichtigt diese besondere Profilierung der rechtsprechenden Gewalt durch das Grundgesetz nicht und entspricht insoweit einem jüngst von *Roellecke* und *Vofßkuhle/Sydow* – freilich ebenso unter Ausgliederung der Verfassungsgerichtsbarkeit – konstatierten Defizit der Staatsrechtslehre in der Befassung mit der rechtsprechenden Gewalt als verfassungslegitimierter staatlicher Gestaltungsfunktion.²⁴

Diese positivrechtlichen Defizite in der Beschreibung der Positionierung des Bundesverfassungsgerichts sind der Anlass für die im ersten Teil der nachfolgenden Untersuchung unternommene Rekonstruktion. Dazu sollen zunächst Begriff und Bedeutung der Staatsleitung als Funktionszusammenhang im demokratischen Verfassungsstaat näher bestimmt werden. Daran anknüpfend ist auf der Grundlage verfassungsdogmatischer und methodischer Überlegungen das Verhältnis der rechtsprechenden Gewalt zu dem so gekennzeichneten Funktionszusammenhang neu zu justieren. Erst aus der sich daraus ergebenden Perspektive können dann die institutionellen und funktionalen Besonderheiten des Bundesverfassungsgerichts und seiner Rechtsprechung zutreffend erfasst und in ihrer verfassungsrechtlichen Bedeutung für den behaupteten „Anteil an der Staatsleitung“ gewürdigt werden.

Von dieser verfassungsdogmatischen Betrachtung abgeschichtet und apriorische staats- und verfassungstheoretische Überhöhung vermeidend, lässt sich die besondere Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts als auch politikwissenschaftlich beschriebenes Phänomen der „Verfassungswirklichkeit“ begreifen. Versteht man die Verfassung als Rahmenordnung des politischen Prozesses, so lässt sich die Unterscheidung von Verfassung und Verfassungswirklichkeit nicht von vornherein als Widerspruch, sondern zunächst als Ausübung des Gestaltungsspielraums durch die verfassungslegitimierten Akteure begreifen. Im demokratischen Gesetzgebungsstaat ergibt sich aus dieser Abschichtung insbesondere der Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber, eine Justierung der Machtbalance mit den Mitteln des einfachen Rechts zu bewirken bzw. zu stabilisieren. Für die Positionierung des Bundesverfassungsgerichts ist die abschichtende Bedeutung der

²³ Vgl. zur „Sonderrolle“ der rechtsprechenden Gewalt im Rahmen der Gewaltenverschränkung etwa *Bettermann*, Die rechtsprechende Gewalt, HStR III, § 73 RN 4; *Heyde*, Rechtsprechung, HbVerfR, § 33 RN 3ff.; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, RN 547; *Schnapp*, in: v. Münch/Kunig (Hg.), GGK, Bd. 1, Art. 20 RN 34.

²⁴ *Gerd Roellecke*, Zur demokratischen Legitimation der rechtsprechenden Gewalt, FS für Leisner, S. 553/554; *Andreas Vofßkuhle/Gernot Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 2002, S. 673.

Unterscheidung zwischen Verfassungsrecht und einfachem Gesetzesrecht trotz ihrer ausdrücklichen Betonung in Art. 93 Abs. 2, 94 Abs. 2 GG bislang allenfalls ansatzweise, etwa im Hinblick auf die Bindungswirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen nach § 31 Abs. 1 BVerfGG, wahrgenommen worden.²⁵ Sie soll daher im zweiten Teil der Arbeit im Zusammenhang mit dem einfachgesetzlichen Begriff des „Verfassungsorgans“ und seiner Bedeutung für die Rolle des Bundesverfassungsgerichts im politischen Prozess der Bundesrepublik bestimmt und entfaltet werden.

Der dritte Teil der Arbeit geht dem verfassungsgerichtlichen „Anteil an der Staatsleitung“ aus einer historischen Perspektive nach. Lässt sich die Rolle des Bundesverfassungsgerichts als von der Kompetenzordnung der Verfassung gesteuerte und begrenzte, im übrigen aber sich im und durch den politischen Prozess und seine einfachgesetzliche Stabilisierung aktualisierende Positionierung des Gerichts in der „balance of powers“ verstehen, so ergeben sich die Bedingungen für eine verfassungsgerichtliche Staatsleitung wesentlich aus dem Zusammenspiel der rechtlichen und tatsächlichen Faktoren in einem bestimmten historischen Zusammenhang. Anhand der Entwicklungen der „deutschen Frage“ und der sie betreffenden Rechtsprechung des Gerichts soll untersucht werden, ob und in welcher Weise das Bundesverfassungsgericht auf der Grundlage seiner verfassungsrechtlichen Kompetenzen und in seiner spezifischen Positionierung im politischen Prozess als eigenständiger „historischer Akteur“ Profil gewinnt.

²⁵ Vgl. BVerfGE 77, 84; *Stefan Koriath*, Die Bindungswirkungen normverwerfender Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts für den Gesetzgeber, *Der Staat* 30 (1991), S. 549/556ff. (dazu unten, § 5 IX.)

Teil I:

Staatsleitung, rechtsprechende Gewalt und
Verfassungsgerichtsbarkeit im Grundgesetz

§ 1 Staatsleitung im demokratischen Verfassungsstaat

I. Der Begriff der Staatsleitung

1. Staatsleitung und Regierung

„Die Regierung hat die Aufgabe der Staatsleitung und die Verantwortung für die vollziehende Gewalt des Bundes.“ So lautete Art. 69 Satz 1 des von der „Arbeitsgruppe ‚Neue Verfassung der DDR‘ des Runden Tisches“ ausgearbeiteten Verfassungsentwurfs.¹ Der Entwurf greift damit einen Begriff auf, der auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum regelmäßig zur Kennzeichnung der Funktion der Regierung Verwendung findet. Die Bundesregierung wird etwa als „Organ der politischen Staatsleitung“ bezeichnet,² sie sei „als politisches Führungsorgan zur Staatsleitung berufen“,³ bzw. habe „die Wirkungseinheit des Staates zu leiten“.⁴ Auch die besonderer etatistischer Tendenzen nicht verdächtige Schweiz etwa führt seit nunmehr fast zehn Jahren eine Diskussion um die Weiterentwicklung ihres verfassungsrechtlichen Regierungssystems unter dem Begriff der „Staatsleitungsreform“.⁵ Offensichtlich hat sich also mit der „Staatsleitung“ auch im Rahmen demokratischer Verfassungsstaatlichkeit ein Begriff etabliert, dem *Walter Leisner* bereits 1968 attestiert hatte, er sei ein solcher monarchischen Herrschens, nicht gewaltenteiligen Regierens.⁶

Die Gegenüberstellung verdeutlicht das zentrale semantische Problem des Begriffs der Staatsleitung. Aus historischer Perspektive diente der Begriff dazu, die

¹ Abgedruckt in: Ingo v. Münch (Hg.), *Dokumente der Wiedervereinigung Deutschlands*, S. 122ff.; vgl. zu diesem etwa *Bernhard Schlink*, *Deutsch-Deutsche Verfassungsentwicklungen im Jahre 1990*, *Der Staat* 30 (1991), S. 163/164ff.

² *Degenhart*, *Staatsrecht I*, vor RN 432.; *Oldiges*, in: Sachs (Hg.), GG, Art. 62 RN 27; *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, RN 531.

³ *Maurer*, *Staatsrecht*, § 14 RN 45; *Matthias Schmidt-Preuß*, *Gestaltungskräfte im Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland*, FS für Leisner, S. 467/474f. („politische Führung auf höchster Ebene sowie verantwortliche Leitung der Staatsgeschäfte“).

⁴ *Stein*, *Staatsrecht*, 16. Aufl. 1998, § 10 III.

⁵ Vgl. dazu etwa *René Rhinow*, *Regieren unter veränderten Bedingungen*, NZZ Nr. 157 v. 10./11. Juli 1999; Pressemitteilung des Bundesamtes für Justiz, v. 16.3. 2001, <http://www.ofj.admin.ch/themen/foederalismus/010316-1-d.htm>. Die Schweizer Diskussion dürfte insoweit maßgeblich von *Kurt Eichenberger* geprägt sein, vgl. etwa *ders.*, *Die staatsleitenden Behörden des Bundes; ders.*, *Von der Staatsleitung in der Referendumsdemokratie*, in: FS für Kurt Furgler, S. 13.

⁶ *Walter Leisner*, *Regierung als Macht kombinierten Ermessens*, JZ 1968, S. 727/728.

dem monarchischen Prinzip entsprechend als dem positiven Recht vorausliegend gedachte, souveräne Herrschaftsmacht des Monarchen (*regnum*) im konstitutionellen Anstaltsstaat zu verorten. Bezeichnete der dem lateinischen *regere* entlehnte Begriff Regierung⁷ zunächst die hoheitliche Machtausübung insgesamt,⁸ wurde ihm im Zuge des Gewaltenteilungsgedankens die Gesetzgebung als Funktion repräsentativer Teilhabe an der Herrschaftsmacht gegenübergestellt. Diese zielte mit dem auf die Sicherung von „Freiheit und Eigentum“ abstellenden Gesetzesbegriff aber nur auf die konstitutionelle Einbindung, nicht auf die Beseitigung monarchischer Präponderanz. Zum zentralen Gegenstand der verfassungsrechtlichen Begrenzung wurde dementsprechend nicht die monarchische Herrschaft insgesamt, sondern nur der Teil, dem die Gesetzgebungsbefugnis des ständischen bzw. parlamentarischen Repräsentationsorgans gegenübergestellt wurde. Der nur souveränitätsbegrenzenden Zielrichtung der Herrschaftsteilung insoweit entsprechend, wurde der Begriff der Regierung aus der Perspektive des Rechts weitgehend von dem der Exekutive bzw. der vollziehenden Gewalt ersetzt.⁹ Der Bereich der Regierung im übrigen blieb damit jedoch außerhalb der Reichweite rechtlicher Bindung monarchisches Hausgut. Staatsrechtlicher Reflektion zugänglich wurde die Regierungsgewalt als „freie Staatstätigkeit“ erst im Rahmen der Konstruktion des Staates als juristischer Person, wo sie dem Monarchen, seine Stellung als oberstes Staatsorgan anerkennend und stabilisierend, als „oberste Staatsleitung“ zugeordnet wurde.¹⁰

Dieser historische Ausgangspunkt des Begriffs der Staatsleitung im Versuch der konstitutionellen Staatslehre, monarchisches Prinzip und parlamentarische Repräsentation als widerstreitende Legitimationsfaktoren im Staatsbegriff stabilisierend auszugleichen, ist unter den Bedingungen des demokratischen Verfassungsstaates nicht mehr anschlussfähig. Angesichts des hier nur zu konstatierenden Festhaltens an der Konstruktion des Staates als juristischer Person, ergibt sich daraus aber nicht zugleich die Unbrauchbarkeit des Begriffs der Staatsleitung, sondern zunächst nur die Auswechslung des durch ihn verkörperten Ableitungs- und Verantwortungszusammenhangs. Wie in jedem ausdifferenzierten sozialen Interaktionssystem müssen unter der Annahme der Ressourcenknappheit auch

⁷ Vgl. zur Begriffsetymologie und zu metaphorischen Begriffsgehalten Ernst Vollrath, Überlegungen zur Semantik von ‚Regierung‘ und ‚Regieren‘, in: Hartwich/Wewer (Hg.), *Regieren in der Bundesrepublik*, S. 65ff.

⁸ Vgl. Kaltefleiter, Stichwort: Regierung, StL, Bd. 4, Sp. 766; Scheuner, Der Bereich der Regierung S. 469; Magiera, Parlament und Staatsleitung, S. 47.

⁹ Dazu etwa Armin v. Bogdandy, Gubernative Rechtsetzung, S. 107ff.

¹⁰ Vgl. etwa Paul Laband, Reichsstaatsrecht, S. 60; Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 1, S. 9ff.; Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 616f., 619, und dazu Scheuner, Politische Koordination in der Demokratie; Magiera, Parlament und Staatsleitung, S. 50ff.; Mößle, Regierungsfunktionen des Parlaments, S. 41ff.; David Jenny, Der Begriff der Staatsleitung und die Schweizerische Bundesverfassung, S. 12ff.

im Staat Organisations-, Leitungs- und Steuerungsfunktionen erfüllt werden.¹¹ Unter den Bedingungen der repräsentativen Demokratie tritt neben diese organisationssoziologische Notwendigkeit maßgeblich aber der demokratische Legitimations- und Verantwortungszusammenhang. Nur durch die Ausbildung von demokratisch legitimierten, dem Volk gegenüber verantwortlichen Leitungsorganen lässt sich die Ausübung von Staatsgewalt auf den in Wahlen ausgeübten Volkswillen zurückführen. Staatsleitung wird dadurch zur Voraussetzung demokratischer Steuerung und zugleich zum zentralen Objekt der Konkurrenz um die Mehrheit des Wahlvolkes.¹²

Weiter hat auch der demokratische Verfassungsstaat trotz der einheitlichen Ableitung der Staatsgewalt aus dem demokratischen Prinzip an dem Gewaltenteilungsschema in seiner überkommenen Begrifflichkeit festgehalten, obwohl sich auch unter den veränderten Bedingungen die Ausübung der Staatsgewalt nicht vollständig als Gesetzgebung und Gesetzesvollzug beschreiben lässt.¹³ Im Grundgesetz wird dieses Beschreibungsdefizit zusätzlich durch die Institutionalisierung der Regierung als eines obersten Staatsorgans neben dem Parlament und der Bezugnahme auf die Politik in Art. 65 Satz 1 GG verdeutlicht. Die verfassungsrechtliche Beschreibung unterscheidet deshalb innerhalb der Exekutive zwischen Verwaltung als vollziehender Gewalt in einem engeren Sinne und Regierung, die sich allenfalls in einem weiteren Sinne als „vollziehende Gewalt“ beschreiben lässt, insofern ihre Ausübung an das bestehende Gesetz gebunden ist.¹⁴

Mit der einheitlichen demokratischen Legitimation aller Staatsgewalt einerseits und der institutionellen Festschreibung der Regierung als Teil der gesetzgebundenen Exekutive andererseits wird aber die ursprüngliche Einheit des Regierungsbegriffs, die das konstitutionelle System durch die Präponderanz des Monarchen im Kern aufrechterhalten hatte, im demokratischen Verfassungsstaat endgültig aufgegeben. Die Zuweisung des Begriffs zur Bezeichnung eines von mehreren obersten Staatsorganen lässt zunächst den formellen oder institutionellen Regierungsbegriff entstehen. Von diesem Begriff ist jedoch die Regierung im materiellen oder funktionalen Sinne zu unterscheiden. Weder übt die als Regierung bezeichnete Exekutivspitze nur Regierungsfunktionen aus, noch steht ihr als gesetzgebundener parlamentarischer Regierung die Regierungsfunktion im umfassenden Sinne exklusiv zu.¹⁵

¹¹ Vgl. etwa *Heun*, Staatshaushalt und Staatsleitung, S. 22.

¹² Vgl. *Grimm*, Politische Parteien, in: HbVerfR, § 13 RN 30, *Mößle*, Regierungsfunktionen des Parlaments, S. 105f.

¹³ Vgl. *Scheuner*, Der Bereich der Regierung, S. 459.

¹⁴ Vgl. etwa *Battis/Gusy*, Einführung in das Staatsrecht, RN 226; *Hans Meyer*, Die Stellung der Parlamente in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, in: *Schneider/ Zeh* (Hg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, § 4 RN 24.

¹⁵ Vgl. zu den unterschiedlichen Ausprägungen des Regierungsbegriffs *Oldiges*, in: *Sachs* (Hg.), GG, Art. 62 RN 11f.; *Stern*, Staatsrecht II, § 31 I 3.

Unter diesen Voraussetzungen umschreibt der Begriff der Staatsleitung die gewaltenübergreifend strukturierte, in verschiedenen Organen institutionalisierte, demokratische Steuerung ermöglichende und realisierende Regierung im materiellen Sinne.¹⁶ Die spezifischen rechtlichen und begrifflichen Traditionen des deutschen Staatsrechts aufnehmend, übernimmt der Begriff damit weitgehend die Funktion, die dem Begriff des *government* insbesondere im amerikanischen Sprachgebrauch zukommt. Während sich im Vereinigten Königreich der einheitliche Bezugspunkt hoheitlicher Machtentfaltung erhalten hat und entweder durch die Krone¹⁷ oder – den monarchischen Fluchtpunkt ersetzend – im Gedanken der Parlamentsouveränität¹⁸ zum Ausdruck gebracht wird und der Begriff dort dementsprechend in erster Linie die Hoheitsgewalten insgesamt bezeichnet, unterscheidet der amerikanische Sprachgebrauch zwischen *government* als Bezeichnung insbesondere für Kongress und Präsident einerseits und *administration* als Bezeichnung für den Präsidenten und die ihm nachgeordneten Bundesbehörden andererseits.¹⁹

2. Ansätze inhaltlicher Begriffsbestimmung

Ob und wie der Bereich der Staatsleitung inhaltlich definiert oder zumindest prägnant umschrieben werden kann, erscheint demgegenüber unklar. Aus rechtlicher Perspektive ergibt sich insoweit aufgrund der historischen Verklammerung aber auch sachlich begründet die gleiche Problematik, die bislang einer positiven

¹⁶ So im Kern bereits *Richard Thoma*, Grundbegriffe und Grundsätze, in: Anschütz/Thoma (Hg.), HbDStR, Bd. II, § 73, S. 156; vgl. auch *Stern*, Staatsrecht II, § 31 I 3: „Regierung im funktionellen oder materiellen Sinne als Wahrnehmung staatsleitender Aufgaben“; *Badura*, Staatsrecht, E 13ff.; *Maurer*, Staatsrecht, § 14 RN 45; *Meinrad Schröder*, HStR II, § 67 RN 4; *Frank Schürmann*, Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung, S. 192ff.; *Hans-Peter Schneider*, Das Parlamentarische System, HbVerfR Bd. 1, § 13 RN 25 (Gleichsetzung Staatsleitung – *government*) ähnlich, wenn auch mit abweichender Diktion: *Scheuner*, Der Bereich der Regierung, a.a.O., S. 475f., der von der Staatsleitung als „politischer Sphäre“ den Bereich der „Regierung im engeren Sinne“ als „die zur Exekutive gehörende Seite“ der Staatsleitung unterscheidet. In dieser Diktion wird jedoch nicht klar genug zwischen dem formellen und dem materiellen Regierungsbegriff unterschieden (so zu Recht: *Friesenbahn*, Parlament und Regierung im modernen Staat, VVDStRL 16 [1958], S. 9/33 m. FN 60). Abweichend *Stein*, StaatsR, § 10 III: Staatsleitung durch die Bundesregierung als Leitung und Koordinierung der Bundesbehörden, also als administrativ geprägte Funktion.

¹⁷ Vgl. insbesondere zur „Royal Prerogative“ *Stanley De Smith/Rodney Brazier*, Constitutional and Administrative Law; *Anthony H. Birch*, The British System of Government, S. 27ff.: unter der Bezeichnung „Whitehall Language“ der Verfassungsinterpretation.

¹⁸ Vgl. etwa *R. M. Punnnett*, British Government and Politics, S. 171: systembildende Funktion der Parlamentsouveränität.

¹⁹ Vgl. *John H. Ferguson/Dean E. Mc Henry*, The American System of Government, S. 205ff.; zur Bedeutung der „Presidential Administration“ etwa *Bernd Becker/Wolfgang Wetz*, in: Wolfgang Jäger/Wolfgang Wetz (Hg.) Regierungssystem der USA, S. 231ff.; sowie zum Executive Office of the President (EOP) *Wolfgang Jäger* (ebd.), S. 145ff.

Bestimmung der vollziehenden Gewalt entgegenstand.²⁰ Staatsleitung erstreckt sich ihrem Gegenstand nach auf alle wesentlichen Felder staatlicher Aufgabenerfüllung, ist grundsätzlich an allen Phasen hoheitlicher Planungs-, Entscheidungs- und Implementationsprozesse beteiligt²¹ und an einen abgeschlossenen Kanon von Handlungsformen nicht gebunden.

Im Mittelpunkt positiver Beschreibungsversuche steht zum einen regelmäßig die Gestaltungsfunktion der Staatsleitung, die insbesondere in den politischen Wissenschaften als „politische Führung“²² bezeichnet wird.²³ Politische Führung soll, so *Hesse/Ellwein*,²⁴ „aus denkbaren Zukünften auswählen, also Ziele setzen, die für die Zielerreichung notwendigen Mittel zur Verfügung stellen, die erforderlichen Entscheidungen treffen und schließlich dafür sorgen, dass diese auch vollzogen werden.“ Ähnlich beschreibt *Zippelius* es als die Aufgabe der Regierung im materiellen Sinne, auf Grundlage der konkret vorfindlichen Gegebenheiten die wesentlichen Ziele staatlicher Tätigkeit zu definieren, untereinander abzustimmen, die zur Zielerreichung Erfolg versprechenden Mittel zu bestimmen und bereitzustellen und ihren Einsatz zu überwachen.²⁵ Diesem initiativ zukunfts-gestaltenden Element liegt unausgesprochen die Vorstellung relativer Bindungslosigkeit zugrunde,²⁶ womit an die historische Charakterisierung der Staatsleitung als „freie Staatstätigkeit“ angeknüpft wird.

²⁰ Vgl. *Scholz*, Staatsleitung im parlamentarischen Regierungssystem, FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 663/677f.; *Heun*, Staatshaushalt und Staatsleitung, S. 22f.; *Stern*, Staatsrecht Bd. II, S. 680; *Georg Brunner*, Vergleichende Regierungslehre, S. 285; zu den Definitionsbemühungen um den Begriff der Verwaltung statt aller *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 RN 5ff.

²¹ Vgl. etwa *Joachim Jens Hesse/Thomas Ellwein*, Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, S. 292ff.

²² Vgl. etwa *Thomas Ellwein*, Regierung als politische Führung; *Hesse/ Ellwein*, Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, S. 259, 292; vgl. aber auch *J. Ipsen*, Staatsrecht I, RN 345; *Schuppert*, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Auswärtigen Gewalt, S. 58ff.; *ders.*, Regierung und Verwaltung, HbVerfR, § 31 RN 15.

²³ Begriffsgleichsetzung etwa bei *Heinrich Oberreuter*, Politische Führung in der parlamentarischen Demokratie, in: FS für Rudolf Morsey, S. 159/164; eine Unterscheidung der staatsrechtlichen und der politikwissenschaftlichen Betrachtung ergibt sich insbesondere aus dem unterschiedlichen Bezugssystem: Während die juristische Betrachtung auf den in der Verfassung hergestellten normativen Zusammenhang fokussiert, ist Betrachtungsgegenstand der politischen Wissenschaft das „politische System“, das über das „staatlich institutionalisierte Entscheidungssystem“ hinausgreift (so etwa *Frank Pilz/Heike Ortwein*, Das politische System Deutschlands, S. 6ff.); zur Ablösung der herkömmlichen Regierungslehre und der Kategorie des „Regierungssystems“ durch den erweiterten politischen Systemgedanken nicht zuletzt als Prozess disziplinärer Emanzipation vgl. etwa *Thomas Ellwein*, Die politikwissenschaftliche Regierungslehre, in: *Hartwich/Wewer* (Hg.), Regieren in der Bundesrepublik, Bd. 1, S. 23ff.; *Ulrich Weihe*, Stichwort: Politisches System, in: *Nohlen/Schultze*, Politikwissenschaft, S. 799f.

²⁴ *Hesse/Ellwein*, Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, S. 259.

²⁵ Vgl. etwa *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, § 41 II 1 b.

²⁶ Vgl. dazu *Magiera*, Parlament und Staatsleitung, S. 66ff., der insoweit zwischen Bindungen an Sachzwänge und Bindung an (Verfassungs-)Recht unterscheidet.

Ergänzend tritt als zweites kennzeichnendes Element der Staatsleitung regelmäßig die grundlegende, umfassende, richtungweisende oder identitätsstiftende Bedeutung staatsleitender Tätigkeit hinzu.²⁷ Mit diesen Begriffen wird erkennbar auf die Funktion der Staatsleitung für den Staat als ihr Bezugssystem abgestellt. Besonders deutlich tritt dies in den für die weitere staatsrechtliche Diskussion grundlegenden Arbeiten von *Smend* und *Scheuner* zutage. Staatsleitung bezeichnet danach den Teil staatlicher Tätigkeit „in dem der Staat sich und sein Wesen bestimmt und durchsetzt“,²⁸ die „Oberleitung des Staates, durch die der Staat seine Einheit herstellt.“²⁹ Dem wird insoweit zuzustimmen sein, als es Aufgabe der Leitungsfunktion ist, die Ausübung der Staatsgewalt zu koordinieren, sie auf die politisch definierten Zielprioritäten auszurichten und dadurch innerhalb des Bereichs organisierter Staatlichkeit einheitsstiftend zu wirken.³⁰ Diesen Vorgang als Selbstbestimmung des Staates zu charakterisieren, verschleiert aber den entscheidenden Funktions- und Legitimationszusammenhang, der gerade die Staatsleitung im demokratischen Verfassungsstaat kennzeichnet.³¹ Dieser Zusammenhang weist die Staatsleitung als zentralen Bestandteil des demokratischen Prozesses der Willensbildung aus, dessen vorrangige Funktion es ist, den im Wege der Mehrheitsbildung in Wahlen ermittelten politischen Willen des Volkes diesem gegenüber verantwortlich und in Bindung an die verfassungsrechtlichen Vorgaben in verbindliche Entscheidungen und Handlungsprogramme umzusetzen. Der Eigenstand der Staatsleitung resultiert also nicht aus einer politischen Autonomie des Staates. Vielmehr ergibt er sich daraus, dass die Verfassung die politische Willensbildung des Volkes nicht als Selbstregierung der Gesellschaft ausgestaltet, sondern sie als repräsentativ-demokratischen Prozess an bestimmte Verfahren bindet, in politischen Staatsorganen institutionell verfestigt und diesen geregelte Kompetenzen zur verantwortlich gestaltenden Ausübung überträgt. Erst dadurch entstehen die Strukturen wechselwirkender Beeinflussung, die das System der politischen Herrschaft im demokratischen Staat kennzeichnen.³² Staatslei-

²⁷ Vgl. *Magiera*, Parlament und Staatsleitung, S. 83, *Möble*, Regierungsfunktionen des Parlaments, S. 107; *Heun*, Staatshaushalt und Staatsleitung, S. 25; *Stern*, Staatsrecht Bd. II, S. 681.

²⁸ *Smend*, Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform S. 79.

²⁹ *Scheuner*, Der Bereich der Regierung, S. 477.

³⁰ In diesem Sinne auch bereits *Richard Thoma*, Grundbegriffe und Grundsätze, in: HbDStR Bd. II, § 71, S. 135, demzufolge die Staatsleitung „über die Funktionenteilung hinaus auf die Einheit des Staates deutet“.

³¹ Vgl. *Möble*, Regierungsfunktionen des Parlaments, S. 105.; die notwendige Bezugnahme auf die konkrete Verfassungsstaatlichkeit blendet auch *Magiera*, Parlament und Staatsleitung, S. 75ff., aus, der mit seinem „konkret-verfassungsrechtlichen Begriff der Staatsleitung“ (vgl. die Definition auf S. 83) nur auf die abstrakte Tatsache deren verfassungsrechtlicher Begründung und Begrenzung verweist. Ähnlich – unter Verweis auf *Magiera* – auch *Werner Heun*, Staatshaushalt und Staatsleitung, S. 25.

³² Vgl. dazu *Böckenförde*, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, HStR II, § 30 RN 15ff.; *Heinrich Oberreuter*, Politische Parteien, in: Mintzel/Oberreuter (Hg.), Parteien in der Bundesrepublik Deutschland, S. 15/27.

tung lässt sich deshalb weder im Ausgangspunkt, noch in ihrer Zielfunktion auf einen autonomen Staat hin denken, sondern nur im wechselwirkenden Zusammenhang des durch Wahlen und andere Formen gesellschaftlich demokratischer Partizipation konstituierten, verfassungsrechtlich institutionalisierten und begrenzten demokratisch-repräsentativen Prozesses, in dem die staatlich organisierte Gesellschaft ihre identitätsstiftende politische Einheit bildet.³³

Die verantwortlich gestaltende Einbindung in den durch die Verfassung geregelten Prozess der politischen Willensbildung unterscheidet repräsentativ-demokratische Staatsleitung nicht nur von allen Erscheinungsformen des „Managements in beliebigen Großorganisationen“,³⁴ sondern kennzeichnet die Staatsleitung maßgeblich gegenüber den übrigen Funktionen staatlicher Hoheitsausübung. Staatsleitung im demokratischen Verfassungsstaat lässt sich damit als die Funktion charakterisieren, die auf der Grundlage des verfassungsrechtlich institutionalisierten demokratischen Willensbildungsprozesses und durch diesen legitimiert die Ziele hoheitlicher Tätigkeit setzt und abstimmt, ihre Umsetzung koordiniert und durchsetzt und damit verantwortlich zukunftsgestaltend die Einheit und Identität des politischen Gemeinwesens prägt.

II. Staatsleitung im parlamentarischen Regierungssystem unter dem Grundgesetz

Staatsleitung oder Regierung im funktionellen Sinne ist im gewaltenteiligen Staat, erst recht im parlamentarischen Regierungssystem, nicht ausschließlich einem Staatsorgan zugewiesen, sondern überlagert die Gewalten.³⁵ Im parlamentarischen Regierungssystem unter dem Grundgesetz bilden Parlament und Regierung (im formellen Sinne) das zentrale institutionelle Bezugsfeld für die Ausübung staatsleitender Funktionen, ihr Anteil an der Staatsleitung eines der zentralen Themen staatsrechtlicher wie politikwissenschaftlicher Befassung.³⁶

³³ Vgl. dazu grundlegend *Siehr*, *Deutschenrechte*, S. 317ff. (passim). Zum hier zugrunde gelegten Verständnis des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft etwa *Grimm*, *Politische Parteien*, HbVerfR, § 14 RN 18ff.; *Konrad Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, § 1 RN 6ff.; teilweise abweichend: *Böckenförde*, Stichwort: Staat und Gesellschaft, StL Bd. 5, Sp. 228ff.; *Hans-Heinrich Rupp*, *Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft*, HStR I, § 28.

³⁴ Vgl. die entsprechende Fragestellung bei *Hans Ulrich Derlien*, „Regieren“, in: Hartwich/Wewer (Hg.), *Regieren in der Bundesrepublik*, Bd. 1, S. 77/80f.

³⁵ *Stern*, Staatsrecht II, § 39 II 1; *Magiera*, *Parlament und Staatsleitung*, S. 47.

³⁶ Vgl. *Susanne Baer*, *Vermutungen zu Kernbereichen der Regierung*, *Der Staat* 40 (2001), S. 525 („ewiges Thema“); Literaturübersicht bei *Rupert Scholz*, *Staatsleitung im parlamentarischen Regierungssystem*, FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 663, FN 1, und *Norbert Achterberg*, *Parlamentsrecht*, S. 96, und neben den bereits genannten insbesondere *Friesenhahn*, *Parlament und Regierung im modernen Staat*, VVDStRL 16 (1958), S. 9ff.; *Werner Frotzcher*, *Regierung als Rechtsbegriff*.

Auf der Folie der konstitutionellen Begriffstradition wird die Funktion der Staatsleitung im Ausgangspunkt der Regierung im formellen Sinn zugewiesen. Dieser Ausgangspunkt lässt sich auf den in Art. 20 Abs. 3 GG niedergelegten Grundsatz der Gewaltenteilung und dessen spezifische Ausgestaltung durch das System der parlamentarischen Regierung (Art. 63, 65 Satz 1, 2 GG, 67 GG), auf die Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers (Art. 65 Satz 1 GG)³⁷ sowie das Initiativrecht der Bundesregierung (Art. 76 Abs. 1, Art. 110 Abs. 3 GG) stützen.³⁸ Die Beteiligung des Parlaments liest sich vor diesem Hintergrund als im Einzelfall begründungsbedürftiger, der Ausbalancierung der Gewalten dienender Einbruch in den Kompetenzbereich der Regierung. Den hierfür repräsentativen Beispielsfall bildet das parlamentarische Budgetrecht und seine staatsrechtlich wie rechtsdogmatisch problematische Einordnung.³⁹

Zu einer grundlegend abweichenden Funktionsverteilung gelangt eine Argumentation, die ihren Ausgang vom repräsentativ-demokratischen Prinzip nimmt.⁴⁰ Konstituiert die Verfassung über das demokratische Prinzip in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG und die unmittelbare Parlamentswahl in Art. 38 Abs. 1 GG den Bundestag als „institutionellen Mittelpunkt des politischen Lebens der Bundesrepublik“⁴¹, so wird über den konstitutionell-rechtsstaatlichen Gesetzesvorbehalt hinaus der Parlamentsvorbehalt⁴² zum demokratischen Gebot, das dem Parlament eine Prerogative über grundsätzlich alle staatsleitenden Entscheidungen einräumt.⁴³ Nicht die ausdrücklichen Mitwirkungsbefugnisse des Parlaments bilden in dieser Perspektive Einbruchstellen in einen grundsätzlich exekutiv gedachten Bereich der Staatsleitung. Vielmehr konstituieren umgekehrt erst die ausdrücklichen Regierungskompetenzen normativ die Bundesregierung als gegenüber dem Parlament selbständiges Organ.

³⁷ Vgl. dazu BVerfGE 1, 299/310; 49, 89/125; kritisch zu einer funktionsabgrenzenden „Außenwirkung“ der Richtlinienkompetenz: Baer, Vermutungen zu Kernbereichen der Regierung, Der Staat 40 (2001), S. 525/535; Meyn, in: v. Münch/Kunig (Hg.), GGK, Bd. 2, Art. 65 RN 8.

³⁸ Vgl. etwa Stern, Staatsrecht I, S. 677ff.; Badura, Staatsrecht, E 15ff.

³⁹ Vgl. bereits Heckel, Einrichtung und rechtliche Bedeutung des Reichshaushaltsgesetzes, in: HbDStR II, S. 374ff.; Karl-Heinrich Friauf, Der Staatshaushaltsplan im Spannungsfeld zwischen Parlament und Regierung, S. 253ff. Fraenkel, Deutschland und die westlichen Demokratien, S. 39; Schuppert, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt, S. 45, 49ff.; Heun, Staatshaushalt und Staatsleitung, S. 160ff.

⁴⁰ Vgl. zum folgenden etwa Mößle, Regierungsfunktion des Parlaments, S. 132ff.

⁴¹ So Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, RN 574; ähnlich Hasso Hofmann/Horst Dreier, Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz, in: Schneider/Zeh (Hg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, § 5 RN 24.

⁴² Vgl. etwa BVerfGE 33, 125/158f.; 34, 52/59f.; 40, 237/248f.; 49, 89/127f.; zur Entwicklung vom Gesetzes- zum Parlamentsvorbehalt Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Abs. 3 RN 76; Kloepfer, Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, S. 685.

⁴³ So Mößle, Regierungsfunktionen des Parlaments, S. 139ff.; im Ergebnis auch die Kompetenzvermutungsregel zugunsten des Parlaments bei Baer, Vermutungen zu Kernbereichen der Regierung, Der Staat 40 (2001), S. 525/541.

Beide „Extrempositionen“ vermögen nicht zu überzeugen. Während die „Regierungsperspektive“ auf die Staatsleitung zu sehr den konstitutionellen Grundlagen einer gewaltenteiligen Equilibristik verhaftet bleibt⁴⁴ und die überragende Bedeutung des repräsentativ-demokratischen Prinzips für die Staatsleitung insgesamt ignoriert, spiegelt sich in der „Parlamentsperspektive“ die zentrale Position der Regierung in der Realität des politischen Prozesses⁴⁵ nicht wider. Genauso unzulässig wie der Schluss von einem vorverfassungsmäßigen Regierungsbild auf einen parlamentsfesten Kernbereich der Regierung, ist auch der über die Legitimationskette geführte Schluss auf eine prinzipielle Allzuständigkeit des Parlaments. Zwar tritt das demokratische an die Stelle des monarchischen Prinzips, damit aber nicht das Parlament an die Stelle des monarchischen Souveräns.⁴⁶

Vermittelnde Ansätze, wie sie etwa in *Friesenhahn*s berühmter Formel von der „Staatsleitung zur gesamten Hand“⁴⁷ oder in der von einem „staatsleitenden Dialog“ zwischen Parlament und Regierung⁴⁸ zum Ausdruck kommen, können zwar Kompetenzkonflikte im Einzelfall nicht lösen,⁴⁹ bringen aber zutreffend das für die Funktion der Staatsleitung charakteristische, gewaltenübergreifend einheitsstiftende Element zum Ausdruck.

Dies lässt sich etwa am Beispiel der Gesetzgebung als der zentralen politischen Steuerungsressource im Rechtsstaat⁵⁰ verdeutlichen. Zwar ist der Bundestag als Gesetzgeber im Grundgesetz ausgewiesen (Art. 77 Abs. 1 Satz 1 GG), Art. 76 Abs. 1 GG nennt jedoch die Bundesregierung als vorrangigen Initiator der Gesetzgebung und erst danach Initiatoren „aus der Mitte des Bundestages“. In der Gesetzgebungspraxis wird nicht nur die Mehrzahl der Gesetzesinitiativen durch die Bundesregierung eingebracht. Vielmehr gewinnt die Bundesregierung durch Beratungs- und Hilfstätigkeiten der ihr nachgeordneten Ministerialbürokratie

⁴⁴ Vgl. dagegen zutreffend insbesondere *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, RN 476ff.; *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, HStR I, RN 87f.; *Heun*, Staatshaushalt und Staatsleitung, S. 95ff.

⁴⁵ Vgl. etwa *v. Beyme*, Das politische System der Bundesrepublik Deutschland, S. 279 („Faktischer Primat der Regierung“); *Hesse/Ellwein*, Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, S. 290, 295f.

⁴⁶ So aber *Mößle*, Regierungsfunktionen des Parlaments, S. 135f.

⁴⁷ *Friesenhahn*, VVDStRL 16 (1958), S. 38.

⁴⁸ *Magiera*, Parlament und Staatsleitung, S. 307; ähnlich *Oberreuter*, Politische Führung in der parlamentarischen Demokratie, FS Morsey, S. 159/164, der im Anschluß an *Scheuner*, Über die verschiedenen Gestaltungen des parlamentarischen Regierungssystems, AöR 52 (1927), S. 209/221ff., Staatsleitung als Ergebnis eines ständigen Kommunikationsprozesses von parlamentarischer Mehrheit und Kabinett versteht.

⁴⁹ Kritisch etwa *Schneider*, Das parlamentarische System, HbVerfR, § 12 RN 82; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 23 RN 99; *ders.*, Staatsleitung im parlamentarischen Regierungssystem, FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 663/674; *Heun*, Staatshaushalt und Staatsleitung, S. 26f.

⁵⁰ Vgl. *Schuppert*, Das Gesetz als Zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates, in: *ders.* (Hg.), Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtsstaates, S. 105; *K. Eichenberger*, Gesetzgebung im Rechtsstaat, VVDStRL 40 (1982), S. 10f.; *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 IV RN 45; *Badura*, Staatsrecht, S. 270.

bestimmenden Einfluss auch auf den weiteren Gang der Gesetzgebung, unabhängig davon, von welchem Organ die Initiative ausging.⁵¹ Sowohl das Initiativrecht der Bundesregierung, als auch ihre darüber hinausgehende, informelle Teilhabe am Gesetzgebungsprozess spiegelt ihren Informations- und Sachkundevorsprung gegenüber dem Parlament wider. Nur mit Hilfe der Ministerialbürokratie ist es möglich, politischen Handlungsbedarf mit den staatlichen und gesellschaftlichen Instanzen und Interessengruppen abzustimmen und Gesetzesentwürfe zu konzipieren, die sich funktionsgerecht in die komplexe Rechtsordnung einpassen lassen. Daraus jedoch auf die Hegemonialstellung der Regierung für die Gesetzgebung zu schließen und sie statt des Parlaments in deren Zentrum zu rücken,⁵² würde den wesentlichen Unterschied zwischen autoritativ-gubernativer Entscheidung und Gesetzgebung verkennen. Dem Gesetz kommt als Steuerungsmedium nicht deshalb eine zentrale Position zu, weil es eine sachangemessene Entscheidung der Regierung zum Ausdruck bringt. Seine zentrale Position erschließt sich erst aus der Tatsache, dass die gesetzliche Regelung dem in einem öffentlichen Verfahren gebildeten, mehrheitlichen Willen der Volksvertretung entspricht. Dabei kommt es weniger auf Rationalitätsgewinne oder Richtigkeitsgewähr an.⁵³ Entscheidend ist vielmehr, dass das durch seine Öffentlichkeit geprägte Gesetzgebungsverfahren die Repräsentationsfunktion des Parlaments als Volksvertretung aktualisiert, die politischen Handlungsprogramme in argumentativer Rede und Gegenrede öffentlicher Kontrolle und Partizipation zugänglich macht und dadurch den Kommunikationszusammenhang herstellt, der das Gesetz als politisches Gestaltungsmedium legitimierend in den Prozess der repräsentativ-demokratischen Willensbildung einbettet.⁵⁴ Erst in diesem Zusammenhang verknüpft das Parlamentsgesetz demokratisches und rechtsstaatliches Prinzip und macht den demokratischen Rechtsstaat zum „Gesetzgebungsstaat“.⁵⁵

⁵¹ Vgl. dazu v. *Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung, S. 137ff.; *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, S. 285; *Klaus v. Beyme*, Der Gesetzgeber, S. 139ff.; zuletzt *Scholz*, Staatsleitung im parlamentarischen Regierungssystem, in: FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, S. 663/672f.

⁵² So v. *Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung, S. 147 (passim).

⁵³ Vgl. dazu etwa *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, S. 454ff.; *Norbert Achterberg*, Parlamentsrecht, S. 92f.; dagegen zu Recht *Hans Meyer*, Die Stellung der Parlamente, in: *Schneider/Zeh* (Hg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, § 4 RN 59.

⁵⁴ Vgl. zur Öffentlichkeitsfunktion des Parlaments und ihrer Bedeutung *Hans Meyer*, Die Stellung der Parlamente, in: *Schneider/Zeh* (Hg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, § 4 RN 10ff.; *Leo Kissler*, Parlamentsöffentlichkeit, in: ebd., § 36 RN 5ff.; *ders.*, Die Öffentlichkeitsfunktion des Deutschen Bundestages, S. 52ff.; *Mößle*, Regierungsfunktionen des Parlaments, S. 148ff.; *Magiera*, Parlament und Staatsleitung, S. 148ff.; *Christian Starck*, Funktion der parlamentarischen Gesetzgebung S. 21ff.; *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, S. 208ff.; *Baer*, Der Staat 40 (2001), S. 525/547f.; die prozedural geprägte „Organspezifität“ betont zu Recht *Martin Morlok*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen, VVDStRL 62 (2003), S. 37/61ff.

⁵⁵ *Eichenberger*, VVDStRL 40 (1982), S. 7/10; *Schuppert*, Das Gesetz als Zentrales Steuerungsinstrument, S. 107f.

Die kondominiale, gewaltenzuordnende statt gewaltenteilende Struktur der Staatsleitung im parlamentarischen Regierungssystem des demokratischen Verfassungsstaates wird institutionell durch die Zuordnung von Parlamentsmehrheit und Regierung stabilisiert. Die Rekrutierung des Regierungspersonals aus dem Parlament und die personelle Verknüpfung von gubernativem Amt und parlamentarischem Mandat einerseits, informelle Beteiligungs- und Koordinierungsstrukturen zwischen Regierung und Mehrheitsfraktion(en) andererseits und schließlich die Überwölbung durch die dominierende Stellung der politischen Parteien überlagern den Dualismus zwischen Regierung und Parlament und nehmen gewaltenteilig kompetenzabgrenzenden Überlegungen jedenfalls zur Charakterisierung staatsleitender Funktionszusammenhänge⁵⁶ einen Großteil ihrer Relevanz.⁵⁷ Die Mehrheitsverwiesenheit parlamentarischer Regierungsweise und ihre Einbindung in den von den Parteien gesellschaftlich vorstrukturierten Prozess der demokratischen Willensbildung prägen die Staatsleitung als einheitsbildenden Prozess funktionalen Zusammenwirkens von Parlament und Regierung, der sich nicht ohne Plausibilitätsverluste nach Anteilen kompetenziell aufspalten lässt.

Diesen Zusammenhang – und eben nicht den gubernativen Vorrang⁵⁸ – kennzeichnet die Regierungserklärung als Inbegriff und zentrales Symbol der Staatsleitung.⁵⁹ Selbst bereits Produkt staatsleitender Abstimmung zwischen Parlamentsmehrheit, Regierungsparteien, Ministerialbürokratie und Regierung erhält die Regierungserklärung ihre besondere symbolische Kraft nicht als autoritative Formulierung des Regierungswillens. Sie unterscheidet sich von beliebigen Interviews und Redebeiträgen der Regierungsmitglieder vielmehr erst im Kontext der durch das Parlament und sein Verfahren hergestellten repräsentativ-demokratischen Öffentlichkeit.

Der durch die Ministerialbürokratie verkörperte Informations- und Sachkundevorsprung verschafft der Regierung zwar ein sachliches Initiativ- und Gestaltungsübergewicht, das sie als das dynamische Element, das „Movens“ der Staatsleitung charakterisiert und ihr ein normativ abgesichertes Erstzugriffsrecht zuweist, anhand dessen sie weitgehend das Programm staatsleitender Tätigkeit bestimmt. Demgegenüber verfügt das Parlament als Volksvertretung jedoch über die bestimmende Legitimations- und Integrationskraft, die ihm ein Letztentscheidungsrecht in allen staatsleitenden Angelegenheiten zuweist, das letztlich in

⁵⁶ Vgl. aber zu den Grenzen der Identifikation insbesondere in der Ausgestaltung formeller parlamentarischen Strukturen *Klaus Joachim Grigoleit/Jens Kersten*, Der Ausschußvorsitz als parlamentarisches Amt, DÖV 2001, S. 363.

⁵⁷ Vgl. dazu *Schulze-Fielitz*, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, S. 290ff.; *v. Beyme*, Der Gesetzgeber, S. 92ff.; *Dieter Grimm*, Parlament und Parteien, in: *Schneider/Zeh*, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, § 6 RN 2ff.

⁵⁸ So aber *Hesse/Ellwein*, a.a.O., S. 296.

⁵⁹ Vgl. auch *v. Beyme*, Der Gesetzgeber, S. 101ff.

der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Regierung verfassungsrechtlich verankert ist.⁶⁰ Erst das funktional unterschiedliche Zusammenwirken beider Elemente konturiert die „parlamentarisch fundierte Staatsleitung“⁶¹ als zentrale verfassungslegitimierte, einheitsstiftende Funktion repräsentativ-demokratischer Gemeinwohlbestimmung und Gemeinwohlverwirklichung.

⁶⁰ Vgl. Norbert Achterberg, Parlamentsrecht, S. 92.

⁶¹ Mößle, Regierungsfunktionen des Parlaments, S. 143, unter Verweis auf Badura.

§2 Rechtsprechende Gewalt und Staatsleitung

Kann Staatsleitung im demokratischen Verfassungsstaat unter dem Grundgesetz als Regierung im funktionellen oder materiellen Sinne im Bezugsfeld der parlamentarischen Regierungsweise, also im Zusammenwirken von Parlament und Regierung im formellen Sinne verortet werden, so sind damit zwei der drei klassischen und im Grundgesetz konstituierten Gewalten in ein gewaltenübergreifendes Verständnis der Staatsleitung integriert. Bei diesem Ergebnis könnte Staatsleitung geradezu als Substraktionsbegriff verstanden werden, als Funktion, in die graduell abgestuft alle staatlichen Institutionen mit Ausnahme der Rechtsprechung eingebunden sind.¹ Genau hier liegt der Ausgangspunkt der Montesquieu'schen Formel, nach der die rechtsprechende Gewalt „en quelque façon nulle“, im eigentlichen Sinne als politische Gewalt nicht vorhanden sei, da ihr als „Mund des Gesetzes“ keine eigenständige Gestaltungsaufgabe zukomme. Dieser Gewaltendifferenzierung mag unter den Bedingungen der französischen Monarchie nicht zuletzt auch erhebliche rechtsschützende Bedeutung zugekommen sein, insofern sie geeignet war, die Gerichtsbarkeit vor sachfremden Übergriffen abzuschirmen.² Sie entsprach jedoch zu keinem Zeitpunkt der Rechtswirklichkeit. Zwar gab es immer wieder gesetzgeberische Bestrebungen, die richterliche Gewalt durch ausdrückliche Rechtsanordnung möglichst eng an den Gesetzestext zu binden.³ Andererseits wurde jedoch aus gutem Grund an der Professionalität des Richterberufs festgehalten und darauf verzichtet, deren vorgeblich streng hermeneutische Aufgabe stattdessen den Philologen zu übertragen.⁴

Der herkömmliche Ansatzpunkt für den Ausschluss der rechtsprechenden Gewalt von den Funktionen der Staatsleitung in der Gegenüberstellung von Recht

¹ Vgl. etwa *Scheuner*, Der Bereich der Regierung, S. 475f.; tendenziell wohl auch *Magiera*, Parlament und Staatsleitung, S. 95.

² Vgl. dazu *Achterberg*, in: BK, Art. 92 RN 12; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hg.), GG, Art. 92 RN 4; *Andreas Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 51f.; *Regina Ogorek*, Richter und Politik, in: Hoppe u.a. (Hg.), Rechtsprechungslehre, S. 333/335; *dies.*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?; allgemein zu Bedeutung der Gewaltengliederung bei Montesquieu: *Ulrike Seif*, Der mißverständene Montesquieu, ZNR 22 (2000), S. 149.

³ Vgl. bereits die justinianischen Bestimmungen über die Auslegung des Corpus iuris, die Kabinettssordre Friedrich II. von 1780, wonach bei Zweifeln der Richter bei der Gesetzeskommission nachzufragen habe (*référé législative*), sowie §§ 47, 48 Einl. PreußALR; dazu *Koschaker*, Europa und das Römische Recht, S. 183f.; *Hasso Hofmann*, Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung, S. 10f. m.w.N.

⁴ So pointiert: *Picker*, Richterrecht oder Rechtsdogmatik, JZ 1988, S. 62/73.

und Politik hat jedoch im parlamentarisch-demokratischen Gesetzgebungsstaat seine kategoriale Differenzierungskraft verloren. Das positive Recht als zentrales Steuerungsmedium „der Politik“, als „formgegossene“⁵ oder „geronnene“⁶ Politik hat seinen – auch rechtshistorisch zweifelhaften⁷ – vorpolitischen legitimatorischen Eigenstand verloren, dafür aber – als Parlamentsgesetz – zentrale Bedeutung für die Legitimations- und Integrationskraft politischer Herrschaft gewonnen.⁸ Das Gesetz entfaltet seine Verbindlichkeit und damit die Grundlage seiner Steuerungsfähigkeit aber letztlich erst durch die autoritative Feststellung dessen, was Recht sein soll, durch den Richter.⁹ Die rechtsprechende Gewalt ist damit konstitutives Element der Herrschaft durch Recht und steht deshalb der Staatsleitung nicht unverbunden gegenüber, sondern ist in ihre Funktionen eingebunden. Ob mit dieser Einbindung ein selbständiger Anteil der rechtsprechenden Gewalt an der Staatsleitung unter dem Grundgesetz verbunden ist, soll im Folgenden untersucht werden.

I. Rechtsprechung im Grundgesetz

Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut. Mit dieser grundlegenden Bestimmung in Art. 92 GG konstituiert das Grundgesetz zum einen den sog. Richtervorbehalt.¹⁰ Zum anderen aber setzt es einen im übrigen Text nicht näher definierten Rechtsprechungsbegriff voraus. Mit der durch die Einfügung eines eigenen Abschnittes im Grundgesetz und der besonderen Wortwahl der einschlägigen Vorschriften verbundenen besonderen Betonung der rechtsprechenden Gewalt wäre es nicht vereinbar, den Begriff nur formal zu deuten und ihn damit unter einfachen Gesetzesvorbehalt zu stellen.¹¹ Vielmehr ist davon auszugehen, dass

⁵ Schuppert, ZRP 1973, S. 257.

⁶ Grimm, Recht und Politik, JuS 1969, S. 501/502.

⁷ Vgl. hierzu den rechtshistorischen Streit über die Bedeutung des Kampfes um das „gute alte Recht“ in der Rezeptionszeit, insbesondere in den Bauernkriegen, und in den Auseinandersetzungen der württembergischen Stände mit dem fürstlichen Absolutismus am Ende des 18. Jhd.; dazu ausführlich G. Köbler, Das Recht im frühen Mittelalter; zusammenfassend: Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 2 (1250–1650), S. 253ff.

⁸ Vgl. dazu oben § 1 II; aus soziologischer Perspektive zur final aufeinander bezogenen Funktion von „Macht“ und „Recht“: Habermas, Faktizität und Geltung, S. 166ff.

⁹ Insofern ist das berühmte und vielzitierte Diktum von Chief-Justice Ch. E. Hughes: „We are under a constitution; but the constitution is what the judges say it is“, verallgemeinerbarer Ausdruck eines Spezifikums richterlicher Gewalt; vgl. bereits Friedrich Carl v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, S. 23: Das Recht erhält erst durch das Richteramt „Leben und Wirklichkeit“; Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 1. Aufl., S. 79f.; Gustav Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaften, S. 170.

¹⁰ Vgl. Bettermann, Die rechtsprechende Gewalt, HStR III, § 73 RN 4.

¹¹ Vgl. dazu Andreas Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 70f.; Bettermann, HStR III, § 73 RN 18. Zumindest bedenklich erscheint deshalb etwa die Einrichtung der „Vergabekammern“ nach §§ 104ff. GWB, die die Vergabe öffentlicher Aufträge nachprüfen. Sie „üben ihre Tä-

dem Grundgesetz ein materieller Rechtsprechungsbegriff zugrunde liegt. Über dessen Gehalte besteht jedoch keine Einigkeit.¹²

Teilweise wird zur Ausfüllung des Rechtsprechungsbegriffs auf ein „vorverfassungsmäßiges Gesamtverständnis“ des Verfassungsgebers verwiesen.¹³ Diesem Ansatz ist zuzugeben, dass der Verfassungsgeber von einem festgefügteten Kernbestand von Materien, Institutionen und Verfahren ausgehen konnte, die ein bestimmtes Bild der rechtsprechenden Gewalt traditionell prägen. Dementsprechend erschien es etwa unnötig, die Zuständigkeiten der „ordentlichen Gerichtsbarkeit“ (Art. 95 Abs. 1 GG) als Kernbereich rechtsprechender Gewalt näher zu umreißen. Gleichwohl birgt die Argumentation mit dem vorverfassungsmäßigen Gesamtverständnis die Gefahr der Verwischung von Faktizität und Normativität. Sie kann nämlich für sich genommen nicht darüber Auskunft geben, ob die Verfassung die vorfindliche Ordnung „nur“ als verfassungsmäßig akzeptiert oder darüber hinausgehend als verfassungsgefordert festschreibt. Dementsprechend kann die mit dem vorverfassungsmäßigen Gesamtbild operierende Argumentation den Rechtsprechungsbegriff möglicherweise „phänotypisch“ beschreiben, nicht aber verfassungsnormativ gültig und damit auch dem Gesetzgeber gegenüber verbindlich definieren.¹⁴

Im vorliegenden Zusammenhang kommt es jedoch auf eine umfassende begriffliche Definition des Verfassungsbegriffs der rechtsprechenden Gewalt nicht an. Vielmehr kann sich die folgende Untersuchung auf die Darstellung der spezifischen institutionellen und funktionalen Vorgaben beschränken, durch die das Grundgesetz die rechtsprechende Gewalt im Kreis der übrigen Staatsgewalten positioniert.

1. Die Richter- und Gerichtsvorbehalte

Teilweise wird versucht, dem Rechtsprechungsbegriff durch die Analyse der einzelnen Richter- bzw. Rechtswegvorbehalte im Grundgesetz Kontur zu verleihen.

tigkeit im Rahmen der Gesetze unabhängig und in eigener Verantwortung aus“ (§ 105 Abs. 1 GWB), ihre Mitglieder „entscheiden unabhängig und sind nur dem Gesetz unterworfen“ (§ 105 Abs. 4 Satz 2 GWB). Ihre Tätigkeit soll nur deshalb nicht Rechtsprechung im verfassungsrechtlichen Sinne sein, weil die Berufung und dienstrechtliche Stellung der Kammermitglieder nicht den für Richter geltenden verfassungsrechtlichen Vorgaben entspricht (vgl. *Bechtold*, Kartellgesetz, GWB, Kommentar, § 105 RN 1). Dem darin liegenden Verstoß gegen Art. 92 GG wird durch die Eröffnung des Rechtsweges zu den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte (§§ 116 GWB) allenfalls die subjektivrechtliche Spitze im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG genommen.

¹² Vgl. etwa BVerfGE 22, 49/75f.; zu den verschiedenen Definitionsbemühungen etwa *Norbert Achterberg*, Der Begriff „Rechtsprechung im materiellen Sinne“, in: FS Menger, S. 125/131f.; *Vofskuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 69ff.; *Wolfgang Heyde*, HbVerfR, § 33 RN 12ff.; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, RN 548.

¹³ Vgl. etwa BVerfGE 4, 331/345; 22, 49/77f.; 27, 19/28; *Achterberg*, in: BK, Art. 92, RN 92, 101ff.

¹⁴ Vgl. zum ganzen kritisch: *Alexander Blankenagel*, Tradition und Verfassung, S. 192ff.

hen.¹⁵ Zwar sind Ableitungen aus diesen Vorschriften nicht den genannten Einwendungen gegen den formellen Rechtsprechungsbegriff ausgesetzt. Denn insoweit macht es einen entscheidenden Unterschied, ob die Verfassung selbst oder der einfache Gesetzgeber richterliches Hoheitshandeln anordnet. Jedoch ist bereits nicht eindeutig, ob das Grundgesetz in allen Fällen, in denen es richterliches Handeln vorsieht, von einem Akt rechtsprechender Gewalt ausgeht.¹⁶ Zweifelhaft erscheint der Schluss von den einzelnen Richtervorbehalten im Wege eines pars-pro-toto Arguments aber jedenfalls deshalb, weil die Richtervorbehalte des Grundgesetzes ihrem Gegenstand nach überwiegend eben nicht idealtypische Emanationen rechtsprechender Tätigkeit darstellen, sondern eher besondere Sicherungsmechanismen, die gerade deswegen Verfassungsrang erhielten. So bezeugt beispielsweise der Richtervorbehalt in Art. 13 Abs. 2 GG den besonderen Rang, den der Verfassungsgeber dem grundrechtlichen Schutz der räumlichen Privatsphäre beimisst. Keinesfalls dagegen könnte man die dort vorgesehene präventive richterliche Kontrolle exekutiver Grundrechtseingriffe als rechtsprechungstypisch verallgemeinern. Ähnliches gilt für die richterliche Anordnung der Freiheitsentziehung gemäß Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG: Sie ist der besonderen Eingriffsintensität geschuldet¹⁷ und erschöpft sich nicht in der Kontrolle einer hoheitlichen Maßnahme, sondern hat konstitutive Wirkung für den Grundrechtseingriff.¹⁸ Noch deutlicher gilt ähnliches für die Verfassungsgerichtsvorbehalte etwa in Art. 18 und 21 GG. Die Rechtswegzuweisung in Art. 14 Abs. 3 GG ist demgegenüber eine auf das historisch begründete Ressentiment gegenüber der Verwaltungsgerichtsbarkeit zurückgehende¹⁹ Abweichung von der im Übrigen geltenden Zuständigkeitsverteilung.

Auch wenn danach diese ausdrücklichen Zuweisungen des Grundgesetzes jeweils sachspezifischen Besonderheiten folgende Ausnahmenvorschriften darstellen, die keinen zuverlässigen Rückschluss auf den Rechtsprechungsbegriff zulassen, lässt sich aus ihnen doch eine verbindende Intention des Verfassungsgebers entnehmen: In Bereichen besonders sensiblen, insbesondere grundrechtssensiblen Hoheitshandelns soll dessen Rechtmäßigkeit durch Beteiligung der rechtsprechenden Gewalt gesichert werden. Die Verfassung, so lässt sich schließen, misst also den Entscheidungen der rechtsprechenden Gewalt eine höhere Gewähr für Rechtmäßigkeit bei als denen der Exekutive,²⁰ was angesichts der gleichen

¹⁵ Vgl. BVerfGE 22, 49/77; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hg.), GG, Art. 92 RN 28ff.

¹⁶ Vgl. etwa *Bettermann*, HStR III, § 73 RN 66.

¹⁷ BVerfGE 10, 302/323.

¹⁸ Vgl. etwa *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hg.), GG, Art. 104 RN 36; *Degenhart*, in: Sachs (Hg.), GG, Art. 104 RN 19.

¹⁹ Vgl. dazu *Battis*, Zur Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums durch Gesetzgeber und Gerichte, in: FS für Leisner, S. 679/681.

²⁰ Vgl. etwa *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hg.), GG, Art. 104 RN 33; *Rüpping*, in: BK, Art. 104, RN 40; a.A. offenbar *Wolff*, in: Umbach/Clemens (Hg.), GG, Art. 95 RN 18.

Rechts- insbesondere Grundrechtsbindung der Gewalten (Art. 20 Abs. 3, 1 Abs. 3 GG) nicht von vornherein als selbstverständlich vorausgesetzt werden kann.

Besonders deutlich ergibt sich dies schließlich aus Art. 19 Abs. 4 GG. Diese als „kühner Schlussstein im Gewölbe des Rechtsstaats“ gefeierte²¹ oder als Grundlage hypertropher Justizstaatlichkeit gebrandmarkte²² Vorschrift wird zwar in erster Linie als formelles Hauptgrundrecht²³ und insofern als Systemscheidung für den subjektiven Rechtsschutz²⁴ verstanden. Gerade die missverständliche Formulierung der Rechtsschutzgarantie²⁵ verweist jedoch in verallgemeinernder Form auf den gleichen objektivrechtlichen Grundgedanken wie die speziellen Richtervorbehalte: Die Verfassung misstraut der Steuerungskraft exekutiver Gesetzesbindung und weist der Rechtsprechung die Funktion zu, die Integrität des Rechts gegenüber exekutiven Verletzungen wiederherzustellen. Erst die Annahme höherer Rechtmäßigkeitsgewähr judikativer Entscheidungen bildet aber das plausible Fundament für die Effektivität ihrer objektiv kontrollierenden wie subjektiv rechtsschützenden Wirkungen.

Die Richter- und Rechtsprechungsvorbehalte kennzeichnen danach die rechtssprechende Gewalt als die Staatsfunktion, die in ihrer spezifischen, finalen Ausrichtung auf das Recht in besonderer Weise geeignet ist, die Herrschaft des Rechts zu sichern bzw. wiederherzustellen.

2. Institutionelle Elemente

Für verfassungsnormative Inhalte eines materiellen Rechtsprechungsbegriffs ist in erster Linie an die Regelungen anzuknüpfen, in denen das Grundgesetz die rechtssprechende Gewalt als Teil der Staatsgewalt institutionell und organisatorisch konstituiert. Dazu gehören neben der Fundamentalnorm des Art. 92 GG die Art. 95–98, 101 sowie 103 Abs. 1 GG. Aus der Zusammenschau dieser Vorschriften ergibt sich die zentrale Bedeutung des Richteramtes für den Rechtsprechungsbegriff, die organisatorische Gliederung der Rechtsprechung in verschiedene Gerichte als den richterlichen Behörden, sowie die Einrichtung eines foralen Verfahrens. Der Rückgriff auf diese Vorschriften zur Kennzeichnung des Rechtsprechungsbegriffs unterliegt nicht etwa von vornherein dem Vorwurf eines Zirkel-

²¹ Thoma, in: Wandersleb/Traumann (Hg.), *Recht-Staat-Wirtschaft*, Bd. 3, S. 9.

²² Vgl. etwa Werner Weber, *Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz*, S. 29ff.; ders., *Das Richteramt in der deutschen Verfassungsordnung*, S. 92; Bettermann, *Der totale Rechtsstaat*, S. 21.

²³ Dürig, in: Maunz/Dürig (Hg.), GG, Art. 19 IV (1958), RN 1f.

²⁴ Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig (Hg.), GG, Art. 19 IV RN 8; Krebs, in: v. Münch/Kunig (Hg.), GGK, Bd. 3, Art. 19 RN 58; Schenke, JZ 1988, S. 317.

²⁵ Entgegen dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 4 GG ist Voraussetzung der Rechtswegeröffnung nicht die Rechtsverletzung, die ja erst durch gerichtliche Entscheidung festgestellt und nach Möglichkeit beseitigt werden soll, sondern die vom Bürger darzutuende Möglichkeit einer Verletzung in eigenen Rechten, vgl. Krebs, in: v. Münch/Kunig (Hg.), GGK, Bd. 3, Art. 19 RN 61.