



Professor Dr. Jutta Limbach
Präsidentin des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe

„Der Vorrang der Verfassung“

1. Die Tragweite des Prinzips

Das Konzept vom Vorrang der Verfassung verleiht dieser die höchste Autorität in einer Rechtsordnung. Die Aussage dieses Prinzips erschöpft sich nicht in einer Rangordnung von Rechtsnormen. Es geht also nicht nur um einen Konflikt von Normen unterschiedlicher Dignität. Das Prinzip vom Vorrang der Verfassung betrifft auch das institutionelle Gefüge der Staatsorgane. Die Tragweite dieses Prinzips wird deutlich, wenn wir es umformulieren: Denn der Vorrang der Verfassung bedeutet den Nachrang des Gesetzes. Und dies impliziert zugleich den Nachrang des Gesetzgebers.

Ein aufmerksamer britischer Hörer würde sogleich das gegenläufige Prinzip der Suprematie oder Souveränität des Parlaments assoziieren, das eine hervorstechende Eigenschaft des englischen Verfassungsrechts ist. Dieses Prinzip bedeutet – entsprechend einer Definition von Dicey –, dass das Parlament nach dem englischen Verfassungsrecht die Macht hat, Recht zu erlassen oder es bleiben zu lassen; wie immer es will, und weiterhin, dass keine Person und keine Institution über die rechtliche Befugnis verfügt, Gesetze des Parlaments außer Kraft zu setzen oder unangewandt zu lassen. Er resümiert diese Doktrin in einer übertreibenden Redensart, die nahezu sprichwörtlich geworden ist: Es ist ein fundamentales Prinzip des englischen Rechts, dass das Parlament alles machen kann, was es will, nur nicht eine Frau zu einem Mann oder einen Mann zu einer Frau.

Wie wir alle wissen, hat auch an diesem Prinzip der Zahn der Zeit genagt, oder genauer: die europäische Integration. Doch in seiner idealtypischen Übertreibung taugt das Prinzip gut zum Rechtsvergleich mit dem das deutsche Verfassungsrecht prägenden Grundsatz vom Vorrang der Verfassung. Die praktische Konsequenz dieses Prinzips lässt sich leicht an einem konkreten Beispiel aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts deutlich machen:

Im Jahre 1957 erließ der Bundestag ein Gesetz, das das Familienrecht entsprechend dem Verfassungsprinzip der Geschlechtergleichheit neu ordnete. Dieses Gleichberechtigungsgesetz setzte das Letztentscheidungsrecht des Ehemanns in allen ehelichen Angelegenheiten außer Kraft. Es wies die elterliche Gewalt (wir sprechen heute von elterlichem Sorgerecht) beiden Ehegatten zu. Aber sollten die Eltern in einem Falle unfähig sein, sich in einer Frage der elterlichen Sorge zu einigen, sollte der Vater nach wie vor das letzte Wort haben. Die Parlamentarier meinten, dass nur dieser väterliche Stichentscheid geeignet wäre, den Familienfrieden und das christlich-abendländische Bild der Ehe zu bewahren. Aus der natürlichen Verschiedenheit der Geschlechter glaubte das Parlament ableiten zu können, welchem der Eltern dieses „Notverordnungsrecht“ zustehen solle. Überdies hatten Umfrageergebnisse gezeigt, dass es in den fünfziger Jahren noch keine klaren Mehrheiten in dieser Frage in der Bevölkerung gab. Das väterliche Letztentscheidungsrecht fand nach wie vor viele Unterstützer, vorzugsweise unter den Männern.

Das Gesetz war kaum in Kraft getreten, als vier verheiratete Mütter eine Verfassungsbeschwerde bei dem Bundesverfassungsgericht einlegten. Sie begehrt die Aufhebung jenes Letztentscheidungsrechts des Vaters, weil es gegen Art. 3 (3) GG verstoße. Das Bundesverfassungsgericht erklärte das Letztentscheidungsrecht des Vaters als verfassungswidrig und hob die entsprechende Norm des neuen Familienrechts ein Jahr nach ihrem In-Kraft-Treten auf; denn es vermochte nicht zu erkennen, inwiefern objektive biologische oder funktionale Unterschiede zwischen den Geschlechtern oder aber die besondere Natur der Frau diese väterliche Prärogative rechtfertigen könne. Es entschied in dieser Weise unbeirrt durch die Tatsache, dass sich das

Prof. Dr. jur. Jutta Limbach
27. März 1934. Juristin, CDU-Politikerin. Berlinerin.
Studium der Rechtswissenschaften in der Heimatstadt und in Freiburg.
1962 zweite Staatsprüfung,
1966 Promotion und 1971 Habilitation.
1971–1989 Professorin für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht und Rechtssoziologie an der FU Berlin.
1989–1994 Senatorin für Justiz des Landes Berlin. Nach einem halben Jahr als Vizepräsidentin 1994–2002 Präsidentin des Bundesverfassungsgerichts. Seither Präsidentin des Goethe-Instituts, sowie seit 2003 Vorsitzende des Deutschen Sprachrats.

Modell der Gleichberechtigung von Mann und Frau in Fragen der Erziehung noch nicht vollständig in der Rechtswirklichkeit durchgesetzt hatte.

Das Bundesverfassungsgericht hat sich auf diese Weise über eine Vorschrift hinweggesetzt, die mehrheitlich durch den vom Volke gewählten Gesetzgeber erlassen worden ist. Dabei sind dessen Richter und Richterinnen weder vom Volke gewählt, noch schulden sie ihm Verantwortung. Denn sie können nicht durch Neuwahlen abberufen und damit nicht zur Rechenschaft gezogen werden. Ist eine solche Form der gerichtlichen Normenkontrolle nicht zutiefst undemokratisch?

2. Historische Herkunft des Prinzips

Wir pflegen diese Frage mit dem Hinweis auf den Vorrang der Verfassung zu verneinen. Dieses Prinzip ist in seiner ausgereiften Form ein Produkt nordamerikanischen Verfassungsdenkens. Es ist erstmalig in Art.6 der nordamerikanischen Bundesverfassung dahin formuliert worden:

The „Constitution ... shall be the supreme law of the land; and the Judges in every State shall be bound thereby ...“.

Mit dieser Vorstellung von der Verfassung als dem übergeordneten Recht wird die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze denkbar. *Drei Merkmale* sind es zuvörderst, die das Prinzip vom Vorrang der Verfassung prägen:

1. Die Unterscheidbarkeit von Verfassungsrecht und einfachem Recht.
2. Die Bindung des Gesetzgebers an das Verfassungsrecht: Das setzt im Grunde Schriftlichkeit der Verfassung und besondere Vorkehrungen gegen ihre jederzeitige Abänderbarkeit voraus.
3. Eine gerichtliche Institution, die die Autorität besitzt, im Konfliktfall die Verfassungsmäßigkeit von staatlichen Rechtsakten zu überprüfen.

Auch wenn die Idee von der Vorrangigkeit des Verfassungsrechts erstmals in einer der ersten geschriebenen demokratischen Verfassungen ihren Niederschlag gefunden hat, ist sie gleichwohl kein selbstverständliches oder gar denknotwendiges Strukturelement einer Demokratie. Wir kennen eine Reihe altehrwürdiger Demokratien, in denen dieses Prinzip nicht gilt. Neben Großbritannien sind hier die skandinavischen Staaten und die Niederlande zu nennen. Das Aufkommen der Idee von der Höherrangigkeit der Verfassungsnormen hat historische Gründe. Wir finden das Konzept vom Vorrang des Verfassungsrechts sowie eine Verfassungsgerichtsbarkeit zumeist in Staaten, die schlechte Erfahrungen mit Parlamenten oder in Diktaturen gemacht haben.

So ist die in Nordamerika geborene Idee von der Verfassung als höherrangigem Recht die Frucht schlechter Erfahrungen der Siedler mit einem sich über das Prinzip der Repräsentation hinwegsetzenden Gesetzgeber. Das englische Parlament hatte wiederholt versucht, ohne jede Mitwirkung der gesetzgebenden Versammlungen der Kolonisten, Gegenstände des täglichen Bedarfs in den Kolonien zu besteuern. Deren gesetzgebende Versammlungen erklärten die Gesetze für verfassungswidrig und bestanden auf dem Recht aller englischen Bürger, nur auf Grund eines Gesetzes besteuert zu werden, an dem sie wenigstens durch gewählte Vertreter mitgewirkt haben. Wir alle kennen den damaligen Schlachtruf „No taxation without representation!“ aus unserem Geschichtsunterricht. Da das Mutterland nicht bereit war, das Repräsentationsprinzip auch in den Kolonien zu beachten, führten die nordamerikanischen Siedler den Bruch mit der englischen Krone herbei und erklärten sich im Jahr 1776 für unabhängig.

Im Europa des 20. Jahrhunderts waren es vor allem die bitteren Erfahrungen mit totalitären oder autoritären Regimen, die nach dem Übergang zur Demokratie zu einem Siegeszug der Idee des Vorrangs der Verfassung von der Iberischen Halbinsel bis nach Osteuropa geführt haben. So haben – um auf das Grundgesetz zurückzukommen – das Scheitern der Weimarer Republik und das Erlebnis der nationalsozialistischen Schreckensherrschaft die Schöpfer unseres Grundgesetzes nicht nur veranlasst, die Menschen- und Bürgerrechte als einklagbare subjektive Rechte zu formulieren. Darüber hinaus sprachen sie den Grundrechten einen besonderen Rang zu: So schreibt das Grundgesetz in seinem ersten Artikel ausdrücklich vor, dass die Grundrechte sowohl die Legislative als auch die Exekutive und Judikative als

unmittelbar geltendes Recht binden (Art.3 (3) GG).

Es war der feste Konsens der Mitglieder des Parlamentarischen Rates, ein erneutes Scheitern der parlamentarischen Demokratie in Deutschland zu verhindern sowie wirksame Vorkehrungen gegen eine Diktatur und die Missachtung der Menschenrechte zu schaffen. Deshalb sollten die Grundrechte das höchstrangige Recht sein und den Vorrang gegenüber jedem Akt öffentlicher Gewalt beanspruchen. Dieses ausdrückliche Bekenntnis der Schöpfer unseres Grundgesetzes zum Vorrang der Verfassung gilt als die eigentliche Großtat des Parlamentarischen Rates. Auch wenn die Schöpfer des Grundgesetzes nur die nordamerikanischen Errungenschaften in geschriebenes Verfassungsrecht transformiert haben.

Diese hier nur angedeuteten revolutionären Ereignisse in der Neuen und der Alten Welt haben zu einem grundlegenden Durchdenken des Problems der Grenzen der Staatsgewalt geführt. Dieses kulminiert in dem Leitbild einer staatlichen Ordnung, die sowohl demokratisch ist als auch die Grundrechte des Einzelnen sichert. Das ist die prinzipielle Antwort auf den Vorwurf, dass die gerichtliche Normenkontrolle nicht mit dem Demokratieprinzip vereinbar sei. Die Mehrheitsregel konstituiert nicht allein das Wesen der Demokratie westlicher Prägung. Demokratie bedeutet nicht nur, dass die Staatsgewalt vom Volke ausgeht und die Politik durch seine gewählten Repräsentanten bestimmt wird. Zur Demokratie gehören auch bestimmte grundlegende Werte, auf die alle Staatsorgane verpflichtet sind. Die beiden Diktaturen auf deutschem Boden haben uns gelehrt, dass die Demokratie ohne die Geltung der Menschenrechte nicht bewahrt werden kann. Demokratie ist daher eine „delikate Balance zwischen der Mehrheitsregel und bestimmten grundlegenden Werten, wie den Menschenrechten“ (Aharon Barak).

Der Maßstab der Richter ist die Verfassung und nicht die öffentliche Meinung oder das, was die Mehrheit der Bevölkerung denkt – so wünschenswert die gesellschaftliche Akzeptanz der Urteile auch immer sein mag. So haben die Richterinnen und Richter „dem Gemeinwillen zu trotzen, sobald verfassungsrechtliche Garantien auf dem Spiel stehen“. Geht es etwa um den Schutz einer Minderheit, so kann die Besorgnis eines öffentlichen Protestes oder einer öffentlichen Auseinandersetzung das Gericht nicht zur Zurückhaltung verpflichten. – Diese verfassungsrichterliche Pflicht, auch unpopuläre Entscheidungen treffen zu müssen, mag einer der Gründe dafür sein, dass die Politik solche der Mehrheit nicht konvenierende Entscheidungen hin und wieder dem Bundesverfassungsgericht überlässt.

3. Die Bestandskraft der Verfassung

Aber nicht nur die Grundrechte setzen dem Recht der Mehrheit, nach ihrem Gutdünken zu entscheiden, Grenzen. Es gibt besondere Vorschriften betreffend die Abänderung unserer Verfassung, die dem Prinzip vom Vorrang der Verfassung eigentümlich sind. So können die grundlegenden Aufbauprinzipien unserer Staatsordnung – so wie das Demokratieprinzip, das Prinzip der Bundesstaatlichkeit, der Teilung der Gewalten und des Rechtsstaats sowie das Bekenntnis zur Unantastbarkeit der Menschenwürde – überhaupt nicht geändert werden. Es sollte verhindert werden, dass die Feinde der Demokratie diese mit ihren eigenen Instrumenten – wie etwa der Mehrheitsregel – aus den Angeln heben.

4. Die Verfassungsgerichtsbarkeit

Sich mit Entschiedenheit zum Prinzip des Vorrangs der Verfassung zu bekennen ist das eine, aber das eigentliche Problem besteht darin, wie dieses Prinzip gesichert und wie ihm Respekt verschafft werden kann. Denn wir alle wissen, dass ein in der Verfassung verbrieftes Katalog der Grundrechte, eine Bill of Rights, für sich allein noch nicht ausreicht, um eine stabile freiheitsstaatsrechtliche Demokratie zu errichten. Auch wenn kraft des Grundgesetzes alle Organe der Verfassung und staatlichen Institutionen die Grundrechte zu respektieren und durchzusetzen haben.

Seine „praktische Pointe“ erhält das Prinzip vom Vorrang der Verfassung aber erst mit der Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit. Das richterli-

che Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen ist in der Rechtsprechung der US-amerikanischen Gerichte im 18. Jahrhundert entwickelt worden; denn die US-Verfassung von 1787 sah und sieht auch heute eine solche power of judicial review nicht ausdrücklich vor. Dieses Befugnis ist zwar nicht erst – wie mitunter behauptet – im Jahre 1803 in der Entscheidung *Marbury v. Madison* aus der Taufe gehoben worden. Doch hat dieses Urteil des US Supreme Courts dem bereits im 18. Jahrhundert in den Vereinigten Staaten geübten richterlichen Prüfungsrecht zum theoretischen Durchbruch verholfen.

Dieser Erfolg hat nicht wenig mit dem rhetorischen Geschick des damaligen Chief Justice Marshall zu tun, der sich in den Gründen vornan auf die Abgabe einer geschriebenen Verfassung berief, der gesetzgebenden Gewalt Schranken zu setzen. Sein stärkstes Argument stützte sich auf den Wortlaut der Verfassung, wonach die Richtermacht sich auf alle Konflikte erstrecken sollte, die „unter dieser Verfassung“ entstehen. „Kann es“, so fragt Marschall, „die Intention derjenigen sein, die uns diese Macht verliehen haben, zu sagen, wir sollten nicht in die Verfassung schauen, wenn wir die uns verliehene Macht gebrauchen. ... Das ist zu extravagant, um ernsthaft behauptet werden zu können.“

Die Schöpfer des Grundgesetzes haben sich diese – zu keiner Zeit unumstrittene – Rechtsentwicklung in den Vereinigten Staaten zunutze gemacht und ausdrücklich eine Verfassungsgerichtsbarkeit in Gestalt des Bundesverfassungsgerichts etabliert. Dessen Aufgabe ist es, die Verfassung gegenüber allen anderen staatlichen Autoritäten durchzusetzen. Das Gericht ist mit beispiellos weitreichenden Befugnissen ausgestattet. Es überprüft – allerdings nur auf einen Antrag hin – die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, exekutiven Maßnahmen und Gerichtsentscheidungen. Seine ausdrückliche Aufgabe ist es, Verfassungsfragen zu beantworten. Nur das Bundesverfassungsgericht darf die Frage entscheiden, ob ein Gesetz mit dem Grundgesetz unvereinbar ist. Wenn ein anderes Gericht eine Norm für verfassungswidrig hält, auf die es für seine Entscheidung ankommt, muss es eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einholen. Dieses hat das Grundgesetz mit letzter Verbindlichkeit zu interpretieren und anzuwenden. Das Gericht hat das letzte Wort in allen Fragen, die die Bedeutung des Grundgesetzes betreffen. Seine Entscheidungen in Fällen der Normenkontrolle genießen Gesetzeskraft.

5. Ein Exkurs in die britische Geschichte

Großbritannien kannte die gerichtliche Normenkontrolle bis zu seiner Mitgliedschaft in der Europäischen Union nicht. Im Jahre 1915 konnte Dicey noch unbeirrt feststellen: „Kein britisches Gericht kann in einem Urteil aussprechen oder hat jemals in einem Urteil ausgesprochen, dass ein parlamentarisches Gesetz nicht befolgt werden müsse, weil es verfassungswidrig sei; denn die Doktrin von der Souveränität des Parlaments ist das Schlüsselprinzip des englischen Verfassungsrechts.“

Die Herrschaft dieses Prinzips in England hat ebenfalls historische Gründe. Die Idee der Menschenrechte hat – wie wir alle wissen – wichtige englische Wurzeln. Denken wir an die Magna Charta von 1215, die Petition of Rights von 1628, die Habeas-Corpus-Akte von 1679 und die Declaration of Rights von 1689. Jene Verfassungsdokumente des Mittelalters waren allerdings Abkommen einer feudalen Aristokratie mit dem König, in denen deren Rechte, Status und Privilegien abgesichert wurden.

Auch gab es im England des frühen 17. Jahrhunderts zarte Anfänge der Idee vom Vorrang fundamentaler Rechte und Prinzipien. Doch diese Idee „wurde verfinstert am Ende des siebzehnten Jahrhunderts durch das Konzept der absoluten Parlamentarischen Souveränität“. So Anthony Lester und David Pannick. Zwar hatten die Richter in der „glorreichen unblutigen“ Revolution sowohl für ihre Unabhängigkeit als auch für die richterliche Normenkontrolle (judicial review) gekämpft, doch haben sie nur den Kampf um die richterliche Unabhängigkeit gewonnen. Das war gewissermaßen der Preis, den sie für ihre Allianz mit dem Parlament gegen die Krone zahlen mussten. In den Worten Lesters und Pannicks:

„The 'glorious bloodless' revolution was won by Parliament; and although the Bill of Rights of 1688-89 and the Act of Settlement of 1700 recognised some important personal rights and liberties, the term of the constitutional settlement were mainly concerned with the rights and liberties of Parliament. The alliance of Parliament and the common lawyers ensured that the supremacy of the law would mean the supremacy of Parliament“.

Allerdings wäre es kurzschlüssig zu glauben, dass fundamentale Werte in der Rechtsprechung der Staaten ohne eine Verfassungsgerichtsbarkeit keine Rolle spielten. Noch jede demokratische Gerichtsbarkeit hat Wege entwickelt, um Gesetze am Maßstab höherrangigen Rechts zu messen, etwa indem man diese im Lichte höherrangiger Prinzipien interpretiert. So pflegen die englischen Gerichte eine Art verfassungskonformer Auslegung. Das heißt, sie interpretieren die Gesetze – soweit es deren Wortlaut erlaubt – in einer Weise, die eine Verletzung fundamentaler Prinzipien vermeidet.

6. Die jüngste Rechtsentwicklung in Großbritannien

Die Rechtsentwicklung in Europa ist auch an Großbritannien nicht spurlos vorübergegangen. Zwei entscheidende Etappen sind hier zu erwähnen, die Einfluss auf das Prinzip der Souveränität des Parlaments ausüben. Zum einen der Eintritt in die Europäischen Gemeinschaften im Jahre 1972 und die Übernahme der Europäischen Menschenrechtskonvention in das britische Recht. Diese ist als Human Rights Act (1998) am 2. Oktober dieses Jahres (2000) in Kraft getreten. Die Briten haben sich nicht zuletzt deshalb zum Erlass eines geschriebenen Katalogs der Menschenrechte und Grundfreiheiten durchgerungen, weil ihre Bürger in den zurückliegenden Jahren wiederholt erfolgreich Schutz vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg gesucht und sich mehr und mehr auch vor englischen Gerichten auf die Rechte jener Konvention berufen haben. Wiederholt war Großbritannien zur Zahlung von Schadenersatz verurteilt worden, weil Maßnahmen der Regierung oder des Parlaments als Verstoß gegen die EMRK beurteilt worden waren.

Seit der Mitgliedschaft Großbritanniens in den Europäischen Gemeinschaften spielen die englischen Gerichte eine Schlüsselrolle bei dem Bemühen, das nationale Recht so weit als möglich im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht zu interpretieren, auf dass dieses Recht in der gesamten Europäischen Union Wirksamkeit entfaltet. Ausdrücklich haben die Lordrichter in einer Entscheidung klargestellt, dass die vom Parlament erlassenen Gesetze nicht angewandt werden dürfen, wenn sie mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar sind. In der Begründung der Entscheidung des House of Lords heißt es, dass das Parlament „freiwillig den European Communities Act 1972 akzeptiert habe“, indem das Parlament die Gerichte angewiesen hat, dem direkt anwendbaren Gemeinschaftsrecht den Vorrang einzuräumen.

Das ist zwar nicht das Ende, aber doch eine nicht unerhebliche Einschränkung des principle of parliamentary supremacy. Denn diese mit der europäischen Integration verbundene Erfahrung hat die Treue der Briten in das Prinzip des parliamentary supremacy nicht grundsätzlich zu erschüttern vermocht. Im Gegenteil, diese hat erheblich die Debatte beeinflusst, in welcher Weise – und mit welchen richterlichen Befugnissen – die Europäische Menschenrechtskonvention in das nationale Recht inkorporiert werden soll. Die Schlüsselbestimmung des Human Rights Act verpflichtet alle öffentlichen Instanzen, im Einklang mit den Konventionsrechten zu handeln. Aber nach wie vor sind die britischen Gerichte nicht befugt, die Gesetze des Parlaments mit dem Argument für nichtig oder unanwendbar zu erklären, dass diese Gesetze Menschenrechte verletzen.

The Human Rights Act 1998 gibt vielmehr folgendes Verfahren vor: Zunächst haben die Gerichte die nationalen Gesetze – wo immer das möglich ist – in einer Weise zu interpretieren, die mit den Konventionsrechten vereinbar ist. Wo dies nicht möglich ist, haben die höheren Gerichte formal zu erklären, dass das nationale Gesetz mit einem Recht der Konvention unvereinbar ist. Eine solche Deklaration der Unvereinbarkeit berührt weder die Gültigkeit noch die weitere Anwendung der betreffenden Vorschrift, noch bindet sie die

Parteien des Gerichtsverfahrens, in dem diese Deklaration abgegeben worden ist. Diese Deklaration setzt lediglich ein beschleunigtes Verfahren in Gang, in dem das unvereinbare Gesetz modifiziert wird. Auf diese Weise ist die Kompetenz, das Gesetzesrecht zu korrigieren, strikt für das Parlament reserviert – unter bestimmten Bedingungen –, für die Regierung. Die gleichen Regeln sind anwendbar, sollte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Unvereinbarkeit des englischen Rechts mit der Konvention feststellen.

Diese Prozedur, die ihre Wurzeln im Grundrechtskatalog Neuseelands aus dem Jahr 1960 findet, wird von britischen Juristen als geniale und erfolgreiche Versöhnung des Prinzips der Souveränität des Parlaments mit einem effektiven Grundrechtsschutz betrachtet. Ob diese Verfahrensweise in der Tat der Stein der Weisen ist, wird erst die britische Gerichtspraxis der kommenden Jahre lehren. Rechtsvergleicher und Rechtssoziologen finden hier ein interessantes Forschungsfeld. Denn nicht nur in Großbritannien, sondern in allen Staaten, die eine Bill of Rights kennen, ist es die Kardinalfrage, wie eine Trennlinie zwischen der rechtsetzenden Gewalt und der richterlichen Normenkontrolle gezogen werden kann.

7. Grenzkonflikte

Dieses ist, das ist nicht zu leugnen, das Hauptproblem, das das Konzept vom Vorrang der Verfassung mit sich bringt: Denn auch dieses Prinzip erlaubt es den Verfassungsgerichten nicht, die Rechtsetzung des Parlaments zu usurpieren. Politische Gestaltung ist nicht Sache des Bundesverfassungsgerichts. Dessen Aufgabe ist darauf beschränkt, im gerichtsförmigen Verfahren die Verfassung zu interpretieren. Das Bundesverfassungsgericht ist als ein Organ des Rechts konzipiert und nicht als eines der Politik; auch wenn seine Entscheidungen unvermeidlich politische Auswirkungen haben.

Doch all das ist leichter gesagt als getan. Denn die entscheidende Frage ist die, ob sich zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung trennscharf unterscheiden lässt. Die Schwierigkeit resultiert aus der spezifischen Natur des Verfassungstextes. Die Artikel des Grundgesetzes zeichnen sich durch einen geringen Bestimmtheitsgrad aus. Es handelt sich um Normen mit großer Offenheit und nur schwer begrenzten Interpretationsspielräumen. Das Grundgesetz enthält – sieht man von dem Staatsorganisationsrecht ab – im Wesentlichen Prinzipien, die überhaupt erst konkretisiert werden müssen, um angewandt werden zu können.

8. Ein Exkurs in das Familienrecht

Nehmen wir als Beispiel einen wichtigen Artikel, der der Familie gewidmet ist. Er wird eröffnet mit dem Satz: „Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.“ (Art. 6 I GG) Was ist mit dem Begriff „Familie“ gemeint? Nur die auf eine Ehe gegründete Familie? Das war die Meinung der Schöpfer des Grundgesetzes. Oder müssen wir „Familie“ im Lichte der heutigen Verhältnisse begreifen und diesen Begriff in Einklang mit der Familiensoziologie interpretieren? Das war und ist nicht nur eine immer wieder auflebende Streitfrage deutscher Verfassungsrechtler.

Das Familienrecht ist durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wiederholt fortentwickelt worden. Die gerichtlichen Aktivitäten sind weitgehend durch veränderte Familienstrukturen herausgefordert worden. Insbesondere seit den siebziger Jahren hat sich die soziale Realität der Familie in der Bundesrepublik entscheidend verändert: Die Heiratsneigung ist zurückgegangen, die Scheidungsrate gestiegen, die Zahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften ist kontinuierlich angewachsen. Stieffamilien und Adoptivfamilien sind häufiger geworden. Die Zweikarrieren-Ehe und -Familie hat sich neben der Hausfrauenehe fest etabliert.

Das Gericht hat auf diesen *sozialen Wandel* auf die unterschiedlichste Art und Weise reagiert. Mitunter hat sich das Gericht als *Schrittmacher* des gesellschaftlichen Wandels erwiesen. So hat es zum Beispiel die rechtliche Vorherrschaft des Ehemannes und Vaters abgebaut. In der Mehrzahl der Fälle hat es das Recht den neuen gesellschaftlichen Entwicklungen angepasst. Im

Einzelfall – etwa was die Familie ohne Ehe angeht – hat es sich allerdings erst nach längerem Zögern auf neue Lebensformen eingestellt.

Das offenbart sich angesichts der Frage, ob man von einer *Familie im Rechtssinne* sprechen könne, *wenn Vater und Mutter unverheiratet mit ihrem Kind zusammenleben*. Das Bundesverfassungsgericht war der Meinung, dass das nichteheliche Kind sowohl zur Mutter als auch zum Vater jeweils eine grundrechtlich geschützte Beziehung habe. Es war aber nicht bereit, die nichteheliche Lebensgemeinschaft mit Kind als eine Familie im Sinne der Verfassung zu betrachten. Diese als seltsam, ja als grotesk empfundene Differenzierung war einem *juristischen Laien kaum begreiflich zu machen*.

Dem Gericht dämmerte allmählich die Einsicht, dass der verfassungsrechtlich gebotene *Schutz der Familie* nicht davon abhängig gemacht werden kann, *ob die Eltern den Weg zum Standesamt gefunden haben*. Denn schützenswert ist die Tatsache, dass Menschen Zusammenleben- und -Wirken, um Kinder zu pflegen und zu erziehen. Das Gericht hat sein juristisches Konzept von Familie allmählich der sozialen Wirklichkeit angepasst. Demzufolge hat auch der Gesetzgeber das Familienrecht erneut reformiert. Unter anderem wird heute unverheiratet zusammenlebenden Eltern die Möglichkeit des gemeinsamen Sorgerechts eröffnet.

Die skizzierte Offenheit des Grundgesetzes sollte nicht als ein Mangel unserer Verfassung betrachtet werden: Im Gegenteil: Eine Verfassung gilt im Allgemeinen als geglückt, wenn sie knapp und vage formuliert ist. Denn eine Verfassung, die nicht offen und damit nicht „in gewissem Umfang immer neu interpretierbar wäre, müsste in kürzester Zeit hoffnungslos in Widerspruch zu ihrem Gegenstand geraten und den kritischen Punkt erreichen, wo nur noch die Wahl bliebe, sie zu sprengen, d.h. zu missachten, oder sie schleunigst immer wieder formell den veränderten Bedürfnissen zu adaptieren“. Darum ist die Verfassung als ein lebendes Instrument zu begreifen, das es im Lichte der heutigen Verhältnisse auszulegen gilt.

Richterliches Entscheiden ist also nicht nur Rechtserkenntnis, sondern immer auch Rechtsgewinnung. „In jedem Akt richterlicher Rechtsanwendung gehen „... kognitive und volitive Elemente eine unauflösliche Verbindung ein“. Der Richter schafft in dem Prozess der Entscheidungsfindung Recht. Rechtsprechung hat insoweit auch eine politische Dimension. Lässt sich aber die Interpretation der Verfassung nicht auf eine Textexegese reduzieren, so verlangt die Frage gleichwohl eine Antwort, wo der Tätigkeitsbereich der Verfassungsgerichtsbarkeit endet und der Aktionsbereich der Politik beginnt. Denn ein Gericht, das über die Teilung und den Ausgleich staatlicher Macht von Verfassungen wegen zu wachen hat, muss die Grenzen des eigenen Verantwortungsbereichs penibel beachten.

9. Aufbauprinzipien des Grundgesetzes als Orientierung

Die intellektuelle Redlichkeit gebietet es festzustellen, dass es einen handhabbaren Katalog von Kriterien nicht gibt, der als Wegweiser bei der Gratwanderung zwischen Recht und Politik dienen könnte. Als Prüfmaßstäbe oder richtiger Maximen bieten sich die Strukturprinzipien des Grundgesetzes an, die das Zusammenspiel und die Gegenläufigkeit von gerichtlicher Kontrolle und politischer Aktivität zum Gegenstand haben. Diese sind notwendigerweise sehr abstrakt und bezeichnen nur Stationen eines Denkprozesses. Der durch das Prinzip der Gewaltenteilung und der Demokratie markierte Reflexionshorizont ist bei *jeder* Entscheidung gedanklich abzuschreiten.

Einer der guten Gründe, dem Gesetzgeber die Vorhand zu lassen, ist der pragmatische Imperativ oder das funktionale Argument. So hat das Bundesverfassungsgericht stets zu bedenken, dass das Grundgesetz den Gesetzgeber zum „zentralen Akteur“ der Gestaltung des politischen Gemeinwesens gemacht hat. Dessen Handlungsautonomie ist umfassend, und er kann – im Gegensatz zum Gericht – von sich aus aktiv werden. Das Gericht kann nur auf Grund eines äußeren Anstoßes, reaktiv und bereits getroffene Entscheidungen kontrollierend tätig werden. Die Perspektiven der Richterinnen und Richter ist durch den Antrag gegenständlich begrenzt. Dieser mit dem gerichtsförmigen Verfahren notwendigerweise verengte Blickwinkel birgt

immer die Gefahr, dass der soziale Sachverhalt verkürzt wahrgenommen wird und Folgeprobleme übersehen werden. Dagegen kann der Gesetzgeber die Auswirkungen seiner Entscheidungen beobachten und – sollten diese unerwünscht sein – notfalls korrigieren. Denn er „*bleibt Herr seines Werkes*“. Dieses Vorgehen nach der Maxime von trial and error, das in einer notwendig mit Ungewissheit belasteten Entscheidungssituation von großer Bedeutung ist, bleibt dem Gericht verwehrt. Es kann seine Richtersprüche nicht von sich aus revidieren.

Vor allem das Demokratieprinzip verlangt Askese, wenn es um die Frage geht, *wie* ein Regelungsbedürfnis von dem Gesetzgeber befriedigt werden sollte. Die für die Demokratie wesentliche Offenheit des politischen Prozesses trägt der Tatsache Rechnung, dass das Grundgesetz die politische Willensbildung einer möglichst breiten politischen Auseinandersetzung überlässt, in der das Gemeinwohl definiert wird. Das gilt vor allem in Fragen, in denen das Grundgesetz wenig beredt ist. Denn in allen verfassungsrechtlich nicht hinreichend vorentschiedenen Bereichen verlangt das Demokratieprinzip, dass nur entscheidet, wer in periodischen Wahlen wiederum zur Verantwortung gezogen werden kann.

Eine Rückantwort der Bürger in regelmäßigen Wahlen kennen die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts nicht. Die Richterinnen und Richter sind dem politischen Tageskampf entrückt. Ihre im Grundgesetz garantierte persönliche und sachliche Unabhängigkeit soll sie gerade gegenüber politischen Vorgaben immun machen und gewährleisten, dass nur das Recht zu Wort kommt. Das Urteil über die optimale Verwirklichung des Gemeinwohls dagegen soll Geschäft der Politik sein.

Das Bundesverfassungsgericht muss sich davor hüten, eine Aufgabe zu übernehmen, die zum Verantwortungsbereich des Gesetzgebers gehört. Denn es ist nicht dazu bestimmt, als Nothelfer – oder gar „Ausputzer“ – eines zu zögerlichen und zerstrittenen oder unweisen und engherzigen Gesetzgebers zu dienen. Die von dem Gericht allein zu beantwortende Kardinalfrage bleibt immer die, ob die auf dem Prüfstand stehende Norm oder Maßnahme verfassungsmäßig ist. Es ist nicht Sache des Bundesverfassungsgerichts, ein detailliertes Regelungsprogramm qua Grundgesetz zu dekretieren. Denn je enger das Gericht das Netz der Verfassungspostulate und –vorgaben knüpft, desto mehr zurt es die Handlungsmöglichkeiten des Gesetzgebers fest und lähmt seine politische Phantasie.

10. Die fünfte Auslegungsmethode

Die englische wie die deutsche Verfassung sind gleichermaßen den Prinzipien der Demokratie und der Teilung der Gewalten verpflichtet. Gleichwohl haben wir für gleiche Probleme unterschiedliche Lösungsmuster gewählt. Keines dieser beiden Prinzipien – weder der parliamentary supremacy noch das des Vorrangs der Verfassung – kann absolute Richtigkeit für sich in Anspruch nehmen. Doch trotz unserer unterschiedlichen Lösungsansätze ist es fruchtbar, rechtsvergleichend zu beobachten, wie sich die unterschiedlichen Lösungsansätze bewähren. Denn jedes System ist im Hinblick auf neue Erfahrungen und Einsichten verbesserungsfähig. Hinzu kommt, dass das Problem miteinander konkurrierender Normen nicht nur ein nationales, sondern zunehmend auch ein internationales oder supranationales – sprich europäisches – ist.

Die entscheidende Frage ist die, welches Prinzip sich mit dem jeweiligen Rechtssystem, der politischen Kultur und mit den geschichtlichen Erfahrungen am besten verträgt. Wir Deutschen können nicht mit dem gleichen Stolz wie ein altherwürdiger englischer Jurist feststellen, dass wir dem Geist unseres Gesetzes den Vorzug eines langen und ununterbrochenen Wohlergehens (prosperity) unseres Landes zu verdanken haben. Wir haben uns mit einer furchtbaren Vergangenheit auseinander zu setzen, aus der wir die Lehre gezogen haben, dass eine Demokratie ohne die positive Geltung von Grundrechten nicht bewahrt werden kann.

Aber mit einem gewissen Stolz dürfen wir auf die Leistungen der Schöpfer des Grundgesetzes und auf die kongeniale Verwirklichung ihrer Ziele durch

die ehemaligen Richter und Richterinnen des Bundesverfassungsgerichts schauen. Ich denke, zu Recht hat Alfred Grosser festgestellt, dass das Bundesverfassungsgericht die ohne Zweifel originellste und interessanteste Instanz im deutschen Verfassungswesen ist. Darum hat sie wohl auch Schule gemacht. In der jüngsten Geschichte ist die Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa und weltweit zu einem wichtigen Element demokratischer Staatsformen geworden. Verfassungsgerichtshöfe arbeiten zum Beispiel in Südkorea, in der Mongolei, in der Republik von Südafrika sowie in den meisten Staaten Mittel- und Südamerikas. Diese Institution wird in jenen jungen Demokratien als eine notwendige Garantie eines demokratischen Rechtsstaats betrachtet. Sie ist vor allem im zurückliegenden Jahrzehnt während der Transformationsprozesse in Osteuropa vielerorts als ein Garant der politischen Reformen in Erscheinung getreten. Hier hat zumeist das deutsche Konzept der Verfassungsgerichtsbarkeit als Modell gewirkt, in der gleichen Weise wie vor rund 50 Jahren der Parlamentarische Rat den US-Supreme Court als Vorbild betrachtet hat. ■