

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1275

Verfassungsgerichtsbarkeit – Verfassungsprozessrecht

Ausgewählte Beiträge
aus vier Jahrzehnten

Von

Peter Häberle



Duncker & Humblot · Berlin

PETER HÄBERLE

Verfassungsgerichtsbarkeit – Verfassungsprozessrecht

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1275

Verfassungsgerichtsbarkeit – Verfassungsprozessrecht

Ausgewählte Beiträge
aus vier Jahrzehnten

Von

Peter Häberle



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt

Druck: Meta Systems Publishing & Printservices GmbH, Wustermark

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 978-3-428-14331-3 (Print)

ISBN 978-3-428-54331-1 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84331-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

I.

Diese Sammlung verdankt sich erstlich und letztlich der freundlichen Initiative von Professor *T. Hatajiri* (Tokio), der nach langjähriger Planung alle nachstehenden Beiträge aus 40 Jahren in einem Band in *japanischer* Sprache selbst übersetzt und, mit Kommentaren versehen, in Japan veröffentlicht hat (Anfang 2014). Ein Wort zu seiner Person: In den 90er Jahren war Professor *Hatajiri* ein Jahr lang an meinem Lehrstuhl für öffentliches Recht, Rechtsphilosophie und Kirchenrecht (Universität Bayreuth) als Gast tätig. Seine großen wissenschaftlichen Kenntnisse zeigen sich z. B. in seinem Beitrag zum Thema „Die Verfassungsgerichtsbarkeit als gemeinsames Werk von Gericht, Regierung und Parlament in Japan“ (JöR 52 (2004), S. 103 ff.). Dankbar sei auch sein Aufsatz erwähnt: „Eine Studie über die Verfassungslehre von P. Häberle und ihre Rezeption in Japan“, in: *Verfassung im Diskurs der Welt*, hrsgg. von A. Blankenagel u. a. (2004). Professor *Hatajiri* ist derzeit Präsident der Japanischen Vereinigung für Verfassungsgerichtsbarkeit. Für seine Initiative, meine in vielen Zeitschriften, Jahrbüchern und Büchern verstreuten Beiträge zur Verfassungsgerichtsbarkeit und zum Verfassungsprozessrecht in Japan jetzt zusammen zu veröffentlichen, danke ich herzlich. Professor Dr. *O. Lepsius*, Bayreuth, ermutigte mich, diesen Band nun auch in Deutschland erscheinen zu lassen. Auch dafür sei Dank.

II.

1. Die (vergleichende) Wissenschaft von der Verfassungsgerichtsbarkeit, Teil der Lehre vom Verfassungsstaat bzw. von der „Verfassung des Pluralismus“ (1980), steht heute weltweit auf der Tagesordnung – wie wohl nie zuvor. Vor allem dienen die Verfassungsgerichte dem effektiven Schutz von Minderheiten, man denke in Deutschland z. B. an die Transsexuellen (z. B. BVerfGE 116, 243; 128, 109 (113 ff.)), mit intensiver Rechtsvergleichung). Bei allem Verständnis der Verfassung als öffentlicher Prozess (1969) und bei aller Erkenntnis einer spezifischen Dynamik des (heute kooperativen) Verfassungsstaates (1978) ist zuletzt an die relative Stabilität zu erinnern, die eine kluge Verfassungsgerichtsbarkeit jeder gelebten Verfassung als Kultur vermittelt. Die Prozesse von „judicial activism“ und „judicial restraint“ können freilich letztlich von der Wissenschaft nur begleitet werden. Sie lassen sich von ihr kaum ergründen. Dies mahnt zur Bescheidenheit.

Der *Pluralismus*, verstanden als Vielfalt von Ideen und Interessen, ist ganz allgemein ernst zu nehmen. Dies zeigt sich etwa beim Verständnis der verfassungsrichter-

lichen Sondervoten als Alternativjudikatur, wie sie z. B. in den USA, in Peru, Spanien und Deutschland¹, in Straßburg sowie in Lettland und Thailand (auch im IGH in Den Haag) möglich sind. Sie bereichern das „Rechtsgespräch“ auch auf lange Sicht und bewirken sowohl Offenheit als auch Pluralismus. Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Ganzen wird derzeit ein Mosaikstein des nationalen (regionalen) und universalen Konstitutionalismus – bei allen rechtskulturellen Varianten. Viele Verfassungsstaaten richten sie allein und/oder gemeinsam mit anderen ein. Die Literatur, auch vergleichender Natur, lässt sich kaum mehr überblicken². Auch deshalb mag es gerechtfertigt sein, diesen Sammelband aus *einer* Hand zu publizieren (eindrucksvoll jetzt *M. Fromont*: „Justice constitutionnelle comparée“, 2013).

2. Die einzelnen geschichtlichen Phasen der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit und ihrer intensiven wissenschaftlichen Begleitung seien hier nicht nachgezeichnet (dazu *K. Hesse*, *Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*, JöR 46 (1998), S. 1 ff.). Erinnerung sei nur an die großen Schritte, die speziell nach dem Ersten Weltkrieg von Österreich bzw. Deutschland aus geglückt sind. Die ersten Klassikertexte verdanken wir in der Weimarer Zeit den beiden berühmten Staatsrechtslehrerreferaten von *H. Triepel* und *H. Kelsen* (VVdstRL 5 (1929), S. 2 ff.: „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit“). Unter dem Grundgesetz hat das Bundesverfassungsgericht, abgesehen von seinen eigenen großen Pionierscheidungen, schon in den frühen Jahren in Gestalt des sogenannten „Statusberichts“ aus der Feder von *G. Leibholz* Epoche gemacht (JöR Bd 6 (1957), S. 109 ff.). Jahrzehnte später folgten drei wichtige Referate auf der Innsbrucker Staatsrechtslehrertagung im Jahre 1980: „Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen“ (Referenten waren *K. Korinek/J. P. Müller/K. Schlaich*, VVdstRL 39 (1981), S. 7 ff.).

3. Mit in den Blick zu nehmen sind heute auch die *regionalen* („konstitutionellen“) (*Teil-Verfassungs-)*Gerichte wie der EGMR in Straßburg und der EuGH in Luxemburg, aber auch der Interamerikanische Menschenrechtsgerichtshof in Costa Rica³ sowie alle Internationalen Verfassungsgerichte. Derzeit beginnt ein intensives Rechtsgespräch zwischen den nationalen, regionalen und den Internationalen Verfassungsgerichten, die UN-Tribunale, der IStGH und IGH, beide in Den Haag, einge-

¹ Dazu *C. Landa Arroyo*, *Los votos singulares en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú*, 2013; *G. Camara Villar*, *Votos Particulares y Derechos Fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional Español (1981–1991)*, 1993. Zu Deutschland: *C. Egge-ling*, *Das Sondervotum in der Verfassungsgerichtsbarkeit der neuen Bundesländer*, 2006; *W. Geiger*, *Abweichende Meinungen zu Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 1989; *H.-P. Schneider* (Hrsg.), *W. Rupp-von Brünneck*, *Verfassung und Verantwortung*, *Gesammelte Schriften und Sondervoten*, 1983; *M. Grashof* (Hrsg.), *Die Sondervoten von E. Haas*, 2013.

² Vgl. etwa zuletzt *S. Kneip*, „Rolle und Einfluss des Bundesverfassungsgerichts in international vergleichender Perspektive“, sowie *U. Kranenpohl*, „Ist Karlsruhe Europa ausgeliefert?, Die Gestaltungsmacht des Bundesverfassungsgerichts und die europäischen Gerichtsbarkeiten“, beide in *ZfP* 2013, S. 72 ff. bzw. 90 ff.

³ Dazu *J. J. Vassel*, *Innovationsimpulse des interamerikanischen Menschenrechtsgerichtshofes*, JöR 62 (2014), S. 737 ff.

geschlossen. Auch befinden sich in Europa einzelne nationale Verfassungsgerichte wie der tschechische Verfassungsgerichtshof in Brünn, der polnische in Warschau und das deutsche BVerfG in Karlsruhe untereinander in intensiven Diskursen, etwa in Sachen Lissabon-Vertrag (E 123, 267). Auch zwischen dem EuGH und den nationalen Verfassungsgerichten kommt es derzeit zu einem sich intensivierenden Rechtsgespräch⁴. Glücken sollte eine arbeitsteilige Kooperation (dazu schon BVerfGE 89, 155 (175, 178), jetzt E 133, 277 (316), allgemein zur „effektiven Kooperation innerhalb der internationalen Gemeinschaft“: E 96, 68 (83)), statt Konfrontation aller (konstitutionellen) Gerichtsbarkeiten, wie dies dem Typus „kooperativer Verfassungsstaat“ der heutigen Entwicklungsstufe entspricht⁵.

III.

Der vorliegende Sammelband ist nicht chronologisch, sondern sachlich geordnet. Er hält sich an die klugen Vorgaben von Prof. *T. Hatajiri* aus Tokio. Vielleicht sind einige Einordnungen aus der Sicht des Verfassers, besonders im Rückblick, erlaubt.

1. Der erste (noch zaghafte) Schritt beginnt in Marburg im Jahre 1973 mit einer Anmerkung zu einem Beschluss des BVerfG: „Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts“ (JZ 1973, S. 451 ff.). Ausführlicher geht diesem Ansatz der Beitrag von 1976 nach: „Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“ (JZ 1976, S. 377 ff., mehrfach ins Spanische übersetzt, etwa in Peru und Mexiko⁶) – dieses Rechtsgebiet war seinerzeit in den verschiedenen deutschen Literaturgattungen noch zu wenig behandelt worden (herausragende positive Ausnahme ist früh das Buch von *W. Geiger*, Kommentar zum BVerfGG, 1952). Die damaligen Thesen des Verf. haben zu vielen Diskussionen, auch Kontroversen, geführt⁷; an seiner Sicht hält

⁴ Vgl. etwa *M. Faix*, „Genesis eines mehrpoligen Justizkonflikts: das Verfassungsgericht der Tschechischen Republik nennt ein EuGH-Urteil als ultra-vires-Akt“, EuGRZ 2012, S. 597 ff.; *M. Faix*, „Das Europarecht im Dialog zwischen den Gerichten der Slowakischen Republik und dem EuGH“, EuGRZ 2013, S. 483 ff.; *P. Kirchhof*, Den anderen achten, FAZ v. 06. März 2014, S. 6; *M. H. Randall*, Der grundrechtliche Dialog der Gerichte in Europa, EuGRZ 2014, S. 5 ff.; *U. Wendel*, Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform, Der Staat 52 (2013), S. 339 ff.; *A. Voßkuhle*, Pyramide oder Mobile? ..., EuGRZ 2014, S. 165 ff.

⁵ Dazu *P. Häberle*, Der kooperative Verfassungsstaat aus Kultur und als Kultur, Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre, 2013.

⁶ In Lateinamerika gibt es eine blühende Wissenschaft über das Verfassungsprozessrecht, vgl. nur *E. Ferrer Mac-Gregor*, Constitutional Procedural Law in Mexican State Constitutions, JöR 53 (2005), S. 629 ff.; *D. G. Belaunde*, Derecho procesal constitucional, 1998; *ders.*, Latin-American Constitutionalism and its Influences, JöR 54 (2006), S. 701 ff.; *ders.*, Verfassungsgerichte in Lateinamerika, in: A. Blankenagel u. a. (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt, Liber Amicorum für Peter Häberle, 2004, S. 595 ff.

⁷ Vgl. einerseits *K. Engelmann*, Prozessgrundsätze im Verfassungsprozessrecht, 1977; andererseits *E. Bendal/E. Klein*, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. 2001, S. 76 ff., 97; *dies.*, 3. Aufl. 2012, S. 95 ff., 115; *K. Schlaich/S. Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl. 2012, S. 340 f.; *H. Lechner/R. Zuck*, BVerfGG-Kommentar, 6. Aufl. 2011, S. 153 ff.; ohne weiteres von der „Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts“ spricht indes *C. Pestalozza*,

der Verf. auch heute noch fest, insbesondere an der These von der „spezifisch verfassungsrechtlichen Auslegung des BVerfGG“, der ganzheitlichen Interpretation von Verfassungsprozessnormen, der interpretatorischen Arbeit mit bestimmten Topoi (z. B. dem „öffentlichen Interesse“, eine versteckte Art von „*Gemeinwohljudikatur*“, mit „allgemeinen Grundsätzen“), den Objektivierungstechniken („Vorwirkungen“ des Materiellen auf das Prozessuale), dem funktionell-rechtlichen Ansatz sowie der Verstärkung und Verfeinerung von Partizipationsinstrumenten im Verfassungsprozessrecht. Das BVerfG praktiziert nicht wenig davon aus meiner Sicht tendenziell durchaus⁸ – seit Jahrzehnten. Der Verf. ist damit einverstanden, dass statt der scharfen These von der Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts (1973/76) sanfter von der „Eigenart“ und den „Besonderheiten“ dieser Materie die Rede ist. Wissenschaftliche Thesen dürfen zuspitzen, der Dialogcharakter mit gegenteiligem Schrifttum und der Auftrag eines Gerichts zur Herstellung von Kompromissen bzw. mittleren Lösungen sind gleichermaßen sinnvoll⁹ („pragmatische Integration von Theorieele-

Verfassungsgerichtsbarkeit, 3. Aufl. 1991, S. 2 f.; s. auch *M. Hund*, in: D. C. Umbach/ T. Clemens (Hrsg.), BVerfGG, K., 1992, S. 392.

⁸ Vgl. etwa BVerfGE 32, 288 (291): „Eigenart des verfassungsgerichtlichen Verfahrens“. – E 81, 387 (389): „Besonderheiten des verfassungsgerichtlichen Verfahrens“. – E 88, 382 (383): „Besonderheiten des verfassungsgerichtlichen Verfahrens“. – E 103, 195 (196): „Besonderheiten des verfassungsgerichtlichen Verfahrens und die Eigenart der Entscheidungen des BVerfG“. – Spezifisch auch E 104, 287 (305) sowie E 46, 321 (327), Arg.: „öffentliches Interesse“. *Erklärtermaßen* „spezifisch verfassungsrechtlich“: E 123, 148 (173); *der Sache nach* „spezifisch verfassungsrechtlich“: E 103, 44 (58); 103, 81 (86 ff.); 104, 287 (305); 116, 64 (79 f.); 116, 202 (214 f.); 120, 125 (167 f.); 122, 304 (306 ff.); 126, 268 (276); 128, 109 (123); 128, 96 (100); 128, 326 (364 f.); 132, 372 (394 f.). Eine „sinngemäße Anwendung“ einer Norm des BVerfGG findet sich in E 106, 51 (59). – Ganzheitlich: E 132, 1 (4 f.). In E 119, 247 (258 f.) spricht das BVerfG von sich selbst als „Hüter der Verfassung“. – Differenzierend ferner E 90, 286 (339 f.); 116, 24 (59); 125, 260 (306 f.). Umstritten ist der *Vergleichsvorschlag* in E 104, 305, dazu kritisch etwa *C. Hillgruber/C. Goos*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, S. 3; differenziert: *Schlaich/Korioth*, aaO., S. 45 ff. – Zuzustimmen ist BVerfGE 98, 218 (243), wonach es wegen der „Funktion der Verfassungsbeschwerde, das objektive Verfassungsrecht zu wahren sowie seiner Auslegung und Fortbildung zu dienen“ (vgl. BVerfGE 79, 365 (367); 85, 109 (113)) geboten ist, im öffentlichen Interesse, trotz der Rücknahme der Verfassungsbeschwerde zur Sache zu entscheiden“; siehe auch E 126, 1 (17). – Zum „materiellen Verfassungsrechtsverhältnis“: E 116, 271 (298) m.w.N. Mit einer Analogie zu den „Verfahrensordnungen der Fachgerichte“ will BVerfGE 133, 37 (38) gerade *nicht* arbeiten. – Zu Kammerentsch.: *R. Zuck*, EuGRZ 2013, S. 662 ff.

⁹ Basisentscheidungen bilden früh *einerseits* BVerfGE 1, 109 (110 f.): „Im übrigen ist es dem Gericht überlassen, die Rechtsgrundlagen für eine zweckentsprechende Gestaltung seines Verfahrens im Wege der Analogie zum sonstigen deutschen Verfahrensrecht zu finden“; siehe auch E 103, 195 (196): „mehr noch als dies für das übrige Verfahrensrecht gilt“; E 104, 210 (232): „Rechtsschutzbedürfnis als allen Prozessordnungen gemeinsame Sachentscheidungs-voraussetzung“; *andererseits* BVerfGE 2, 79 (84), wonach das BVerfG mit den klassischen Auslegungsmethoden „aus den durch das GG und das BVerfGG vorgezeichneten Grundlinien heraus weitere Rechtsgrundsätze für sein Verfahren hat entwickeln müssen“. Aus der Lit. etwa *M. Sachs*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2010, S. 17: „Lücken ... sollten ... grundsätzlich durch analoge Anwendung allgemeiner verfahrensrechtlicher Grundsätze im Wege einer Gesamtanalogie geschlossen werden“.

menten“). Die Operationalisierung des Art. 38 GG für die Verfassungsbeschwerde (BVerfG: Lissabon) ist ein Beleg für die These vom Verfassungsprozessrecht als konkretisiertem Verfassungsrecht.

Der materiale Ansatz mit prozessualen Konsequenzen von 1976/78 findet vor allem in *Lateinamerika* viel Aufmerksamkeit. So beruft sich der Supreme Court in Brasilia bei seiner Praxis zu den öffentlichen Hearings und seiner Lehre zum „amicus curiae“ ausdrücklich auf die Theorien des Verfassers (dazu *G. Mendes* in JöR 58 (2010), S. 95 (111 ff.) sowie *K. Krukowski*, Supremo Corte Tribunal und Verfassungsprozessrecht in Brasilien 2011, S. 121). „Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ (1975) wird in Brasilien (dort 1997 übersetzt) als Buch mit mehreren Auflagen erklärtermaßen besonders ernst genommen (vgl. *R. Caiado Amaral*, „P. Häberle e a Hermenêutica Constitucional“, 2004). Das Verfassungsprozessrecht als *pluralistisches Partizipationsrecht* für alle Bürger und Gruppen der „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ zu begreifen, ist mir bis heute ein großes Anliegen, auch auf europäischer Ebene.

2. Der Verf. selbst erarbeitete sich vom Verfassungsprozessrecht¹⁰ dann grundsätzlich „Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit“, in: P. Häberle (Hrsg.),

¹⁰ Die Bände der Entscheidungen des BVerfG von E 49 bis E 101 verdienen mehr als eine summarische Analyse. Immerhin seien im Folgenden prägnante Judikate quasi als Fortsetzung des hier wieder abgedruckten Beitrages in: Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, 1979, S. 414–423, herausgegriffen: E 49, 1 (8): „Das (...) auch für die Wahrung der verfassungsrechtlichen Grundzuständigkeiten geschaffene Verfahrensrecht...“; E 49, 30 (52): Rechtsschutzinteresse an „Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage von grundsätzlicher Bedeutung“, Analogie zu vergleichbaren Fällen; E 49, 217 (219): Das Verfahren der konkreten Normenkontrolle „ist jedoch verselbstständigt...“; E 49, 382 (390): breiter Kreis der um Stellungnahmen gebetener Einrichtungen (z. B. Kirchenmusik-Komponisten); E 50, 244 (248): „Rechtsschutzbedürfnis im Blick auf die Klärung einer verfassungsrechtlicher Frage von grundsätzlicher Bedeutung“, besonders bedeutsames Grundrecht; E 50, 254 (255): „Die Eigenständigkeit“ einer Regelung des BVerfGG „schließt nicht aus, ergänzend Grundsätze des sonstigen Prozessrechts heranzuziehen, soweit dem nicht Besonderheiten des verfassungsgerichtlichen Verfahren entgegenstehen (vgl. BVerfGE 46, 321 (323))“; E 50, 381 (384): „Da das BVerfGG keine erschöpfende Verfahrensregelung enthält, kann das BVerfG bei der zweckentsprechenden Gestaltung seines Verfahrens auf allgemeine verfahrensrechtliche Grundsätze ... zurückgreifen (vgl. BVerfGE 33, 247 (261) m.w.N.)“; E 51, 97 (105): „Bedeutung des Grundrechtsschutzes nach Art. 13 GG“; E 52, 63 (80): „Das abstrakte ist ebenso wie das konkrete Normenkontrollverfahren ein in seinem Wesen nach von subjektiven Berechtigungen unabhängiges objektives Verfahren zum Schutz der Verfassung“; E 52, 256 (261): Dahingestellt sein lassen der Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde; E 53, 30 (54): Verfahrensrechtliche Relevanz bei „allgemeiner Bedeutung“ des Grundrechtsschutzes; E 53, 152 (158): „Bedeutung des Schutzes der Freiheit“ durch das GG bei der Anwendung des Verfassungsprozessrechts; E 53, 185 (195): Dahingestellt sein lassen, „ob alle Verfassungsbeschwerden zulässig sind“; E 54, 53 (67): Prüfung der angegriffenen Akte „von Amts wegen unter jedem in Betracht kommenden verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt“; E 55, 261 (269): Dahingestellt sein lassen der Zulässigkeit; E 56, 216 (234): Die Asylrechtsgarantie gewinnt „schon im Bereich der Zulässigkeitserwägungen an Bedeutung“, m. E. – eine Art *Vorwirkung!*; E 57, 170 (176): „Die Verfassungsbeschwerde wirft eine neue verfassungsrechtliche Frage auf; sie ist deshalb zulässig“; E 57, 346 (354): Relevanz der „Bedeutung des Grundrechtsschutzes nach

Art. 13 GG für die Befugnis, Verfassungsbeschwerde gegen Wohnungsdurchsuchungen einzulegen“; E 58, 208 (219): „Bedeutung des Schutzes der persönlichen Freiheit“; E 59, 172 (198): *prozessuale Relevanz* der „grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedeutung (vgl. E 50, 37 (41))“; E 60, 53 (62): „Die Verfassungsbeschwerde wäre für sie (sc. die politischen Parteien) nach der Struktur des BVerfGG nicht das adäquate prozedurale Mittel“; E 60, 96 (99): „Schon unter dem Gesichtspunkt des *wirksamen* Grundrechtsschutzes ...“, bestätigt in E 61, 119 (121), E 63, 77 (79); E 60, 243 (246): Dahingestellt sein lassen der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde; E 60, 305 (309): Weite Auslegung zugunsten des Beschwerdeführers; E 60, 319 (325): Relevanz eines „allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsatzes“; E 60, 360 (371): Arbeit mit dem „Sinn“ des BVerfGG; E 61, 1 (6): Relevanz der „Bedeutung“ des in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG gewährleisteten Grundrechts; E 62, 354 (364): Ausdehnen der Anwendung einer Norm des Verfassungsprozessrechts im Interesse der „Befriedungsfunktion“ der Normenkontrollentscheidung des BVerfG; E 63, 1 (22): „Grundgedanke der Subsidiarität“; E 64, 301 (315): „Organstreit als sachnähere Verfahrensart“; E 64, 301 (317): Nichtanwendung des prozessrechtlichen Grundsatzes *perpetuatio fori* auf das Verfassungsprozessrecht mit spezifisch verfassungsrechtlichen Erwägungen; E 65, 317 (321): Bejahung der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde bzw. des Rechtsschutzbedürfnisses wegen der „Bedeutung des Schutzes der persönlichen Freiheit“; E 66, 152 (153): Konkretisierung des Ermessens nach § 34 Abs. 3 BVerfGG; E 67, 26 (34): Verfahrensrecht der Sozialgerichtsbarkeit und des Verfassungsprozessrechts als „Teile eines Gesamtsystems des gerichtlichen Rechtsschutzes“; E 68, 1 (77): Politisierung des Organstreitverfahrens liefe dem Grundgedanken von Verfassungsgerichtsbarkeit zuwider; E 68, 132 (142): anerkannter Grundsatz des Verfahrens, der auch im Verfassungsbeschwerdeverfahren Gültigkeit hat; E 68, 319 (326): „Sinn und Funktion der Verfassungsbeschwerde“; E 68, 337 (344): „Funktion des Vorlageverfahrens“; E 68, 346 (349): Ablehnung einer analogen Anwendung; E 69, 122 (126): besondere Funktion und Funktionsfähigkeit des BVerfG; E 69, 161 (168): Erarbeitung des Rechtsschutzbedürfnisses; E 69, 315 (341): Erarbeitung des Rechtsschutzbedürfnisses selbst nach Erledigung des Begehrens der Verfassungsbeschwerde bei verfassungsrechtlichen Fragen von grundsätzlicher Bedeutung und bei einem Eingriff in ein besonders bedeutsames Grundrecht; E 70, 35 (51): „Der Begriff der unmittelbaren Grundrechtsbetroffenheit ist ... ein Begriff des Verfassungsprozessrechts. Er ist im Lichte der Funktion dieser Verfahrensordnung zu erfassen“; E 70, 230 (238 f.): Das BVerfG legt den Beteiligten eine *vergleichsweise* Regelung nahe, die jedoch nicht zustande kam; E 71, 25 (36): Erwägung einer „ausdehnenden Auslegung“ des § 93 Abs. 2 BVerfGG; E 71, 305 (335): Unmittelbare Grundrechtsbetroffenheit als „ein Begriff des Verfassungsprozessrechts“; E 72, 122 (131): Keine Verfassungsbeschwerde im Wege der Prozessstandschaft (unter Ablehnung einer Übertragung einer Regelung nach dem FGG); E 72, 278 (288): Sinngemäße Anwendung einer Norm innerhalb des BVerfGG; E 73, 40 (68): „Der Begriff der unmittelbaren Grundrechtsbetroffenheit ist ein Begriff des Verfassungsprozessrechts und im Lichte der Funktion dieser Verfahrensordnung zu erfassen“; – m. E. erneut ein Hinweis auf die *Eigenständigkeit* des BVerfGG; E 74, 78 (89): Rückgriff auf fast alle Verfahrensordnungen bei einer Auslegungsfrage im Verfassungsbeschwerde-Verfahren; Differenzierung aber im vorliegenden Fall; E 74, 102 (115): Hinweis auf die Bedeutung der hier angesprochenen Freiheitsgrundrechte bei der Erarbeitung des prozeduralen Rechtsschutzbedürfnisses – eine *Vorwirkung* des materiellen Verfassungsrechts auf das Verfassungsprozessrecht; E 74, 218 (219): „besondere Billigkeitsgründe“; E 74, 297 (319): Nach dem Sinn des BVerfGG keine Ausweitung der Verfassungsbeschwerde zu einer Popularklage; E 75, 318 (326): Funktion der Verfassungsbeschwerde neben dem Schutz individueller Grundrechte auch die Wahrung des objektiven Verfassungsrechts und der Dienst an seiner Auslegung und Fortbildung; E 76, 1 (38): Relevanz der Bedeutung der geltend gemachten verfassungsrechtlichen Gewährleistungen und der Zwecke des Verfassungsbeschwerdeverfahrens; E 76, 99 (99 f.): „Das Verfahren ist einzustellen. Gründe des öffentlichen Interesses für seine Fortführung sind ... nicht gegeben.“ Hier findet sich erneut ein Stück prätorischer Arbeit am Ge-

Verfassungsgerichtsbarkeit, 1976, S. 1 ff. Weitere Akzente setzte der Verf. mit seinem Augsburger Grundgesetz-Jubiläumsbeitrag zu 1979: „Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft“ (1979) – hier wagt er die These von der konstitutiven arbeitsteiligen Rolle des BVerfG bei der Fortschreibung des Gesellschaftsvertrags. Später folgte der Festschriftenbeitrag zu Ehren von „50 Jahren BVerfG“ in dem Band P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), Band I, 2001, S. 311 ff.

meinwohl; fast wortgleich E 77, 345; E 79, 127 (141): Erarbeitung des „tragenden Gedankens“ des § 18 Abs. 1 Nr. 2 BVerfGG „auch für diesen Fall“; E 79, 252 (253): entsprechende Anwendung von Bestimmungen der ZPO (Prozesskostenhilfe) auf das Verfahren der Verfassungsbeschwerde (Ablehnung für den konkreten Fall bei den Besonderheiten des Normenkontrollverfahrens); E 79, 255: „Gründe für eine Fortführung des Verfahrens im öffentlichen Interesse sind nicht gegeben“; E 81, 387 (389): kein schematischer Rückgriff auf § 91 ZPO, vielmehr Anwendung auch der Besonderheiten des verfassungsgerichtlichen Verfahrens; E 83, 175 (181): Hinweis auf die im konkreten Fall nicht wahrgenommene Möglichkeit, das Verfahren „im öffentlichen Interesse“ fortzusetzen; E 86, 15 (27): Erarbeitung des Sinns der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde: „Das BVerfG soll nicht genötigt werden, auf ungesicherten Grundlagen weitreichende Entscheidungen zu treffen.“; ähnlich E 86, 382 (388); E 87, 152 (153): „Die Verfahren sind einzustellen, da Gründe des öffentlichen Interesses für ihre Fortführung nicht gegeben sind (vgl. BVerfGE 8, 183 (184); 25, 308).“; E 88, 382 (383): „kein schematischer Rückgriff“ auf § 91 ZPO, „Vielmehr sind die Besonderheiten des verfassungsgerichtlichen Verfahrens zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 46, 321 (323); 81, 387 (389)).“; E 89, 291 (299): Argumentationsfigur „*öffentliches Interesse*“ bei der Wahlprüfungsbeschwerde; E 89, 327 (328): Entsprechende Anwendung des Gedankens, wonach ein öffentliches Interesse zur Fortführung eines Verfahrens von Amts wegen zum „Ruhe des Verfahrens“ führt – ein Beispiel für eine prätorische *Gemeinwohl-Analogie*; E 89, 381 (394): Arbeit mit dem Topos „öffentliche Interessen“; E 91, 186 (207): Statt Nichtigerklärung eine bloße Verfassungswidrigkeitserklärung mit der Begründung: „Das Gemeinwohl gebietet hier einen schonenden Übergang...“ – auch hier wirkt m. E. das *Gemeinwohl* bzw. das öffentliche Interesse als *Argumentationstopos* im Verfassungsprozessrecht; E 91, 246 (250): Beibehaltung der Trennung zwischen prozessstandschaftlicher Geltendmachung fremder Rechte und Geltendmachung eigener Rechte im Organstreit; E 91, 294 (306): sinngemäße Anwendung einer Norm des BVerfGG; E 92, 122 (124): „Einschränkungen aus den Besonderheiten des Verfassungsbeschwerdeverfahrens“; E 96, 27 (40): „Fortbestand eines Rechtsschutzinteresses“, Abweichung von BVerfGE 49, 329 (343); E 96, 231 (244): „Unantastbarkeit der Landesverfassungsgerichtsbarkeit“; E 96, 251 (257): „Verfassungsbeschwerde als ein außerordentlicher Rechtsbehelf“, der zugleich „der Wahrung und Fortbildung des Verfassungsrechts“ dient; E 96, 375 (406): Unvergleichbarkeit von § 16 BVerfGG mit den anderen Prozessordnungen; E 98, 163 (166): kein schematischer Rückgriff auf § 91 ZPO; vielmehr sind „auch die Besonderheiten des verfassungsgerichtlichen Verfahrens zu berücksichtigen“; E 98, 218 (243): ist es geboten, „im öffentlichen Interesse trotz der Rücknahme der Verfassungsbeschwerden zur Sache zu entscheiden“ – m. E. erneut ein Stück *Gemeinwohlljudikatur* im Verfassungsprozessrecht; E 99, 51 (56 f.): auch solche Personen, die als Repräsentanten von Parteien politische Funktionen ... ausgeübt oder politische Ämter ... bekleidet haben, sollen zu Mitgliedern des BVerfG gewählt werden können, „um ihre politischen Erfahrungen für die Verfassungsrechtsprechung fruchtbar zu machen“ – m. E. ein Hinweis auf die Qualität von Verfassungsrecht als *politisches Recht*; E 100, 249 (257 f.): im abstrakten Normenkontrollverfahren ist ein subjektiv motiviertes Rechtsschutzbedürfnis nicht Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Sachentscheidung; E 101, 158 (213): „Der objektive Charakter des abstrakten Normenkontrollverfahrens (BVerfGE 83, 37 (49)) macht die Antragssteller zu Garanten der verfassungsgemäßen Rechtsordnung“ – eine eindrucksvolle Objektivierungstendenz mit einem Pluralismus der Garanten des GG!

Eher dogmatisch gearbeitet ist der mittlerweile in zahlreiche Sprachen (etwa ins Koreanische, ins Spanische, Portugiesische und Italienische) übersetzte Beitrag über die Verfassungsbeschwerde (JöR 45 (1997), S. 89 ff.), aus dem etwa die These vom BVerfG als „Bürgergericht“ (S. 112 ff.) bekannt geworden ist – bis in die Feuilletons von deutschen Tageszeitungen.

3. Später hat der Verf. vor allem die *vergleichende* Perspektive stärker akzentuiert (etwa in „Verfassungsgerichtsbarkeit in der offenen Gesellschaft“, in: R. C. van Ooyen/M. H. W. Möllers (Hrsg.), Das BVerfG im politischen System, 2006, S. 35 ff., „Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates“, EuGRZ 2004, S. 117 ff., sowie „Funktion und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive“, EuGRZ 2005, S. 685 ff.).

4. Stark ins *Praktisch-Politische* führt das „Ja“ zum Erfordernis öffentlicher Anhörung (B. Guggenberger/A. Meier (Hrsg.), Der Souverän auf der Neben Bühne, 1994, S. 131 ff.) – wobei glücklicherweise nachweisbar ist, dass bisher alle BVerfG-Kandidaten *nach* ihrer Wahl gänzlich unabhängig von „ihren“ politischen Parteien judizieren, eine vor allem gegenüber Studenten in Vorlesungen und gegenüber der Öffentlichkeit immer wieder zu betonende Erkenntnis.

Die Form eines *wissenschaftlichen Interviews*, besonders in Italien, Spanien und Lateinamerika weit verbreitet, wagte der Verf. schließlich im Gespräch mit einem Altmeister des deutsch-japanischen Wissenschaftlertausches, mit Prof. *H. Kuriki* (Tokio) in dem Band „Kleine Schriften“, 2002, S. 364 ff. Eine kleine „Nachlese“ zu 60 Jahre BVerfG (2013) rundet das Buch ab.

IV.

Ein besonderes Wort verdient die *Internationale Verfassungsgerichtsbarkeit* mit ihrer Möglichkeit, im Vergleich der Rechtskulturen langfristig zu „gemeinen“, universalen Prinzipien ihres Verfassungsprozessrechts¹¹ zu gelangen (wie Elemente des

¹¹ Wichtige Stichworte leistet dazu schon BVerfGE 59, 63 (91): „Status und Verfahrensgrundsätze des Gerichts entsprechen überdies einem internationalen Mindeststandard an elementarer Verfahrensgerechtigkeit, wie er sich aus entwickelten rechtsstaatlichen Ordnungen und aus dem Verfahrensrecht internationaler Gerichte ergibt“. – Der Theorieansatz des Verf. seit 1973 in Sachen Verfassungsprozessrecht müsste jetzt auf die Satzung des Gerichtshof der EU (2001) sowie auf die VerfO Gerichtshof (1991) erstreckt werden. Aus der einschlägigen Lit.: *B. P. Wägenbaur*, EuGH, VerfO, Satzung und Verfahrensordnung des EuGH/EuG, 2008; *K. Oellers-Frahm*, Die Verfahrensordnung des Internationalen Gerichtshofes vom 14. April 1978, in: 18 AVR (1979/80) 321 ff.; *T. Wilhelmi*, Die Verfahrensordnung des Internationalen Strafgerichtshofs – Modell eines universalen Strafverfahrensrechts?, Archiv Rechtspolitisches Forum, Nr. 24, 2004; *C. Rosbaud/O. Triffterer*, Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, 2000. – Die Verfahrensordnung des EGMR ist auf dem Stand vom 01.07.2013; aus der Lit.: *U. Karpenstein/F. C. Mayer*, EMRK – Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 2012. – In diesem Zusammenhang werden die Generalberichte über den XIV. IAPL Weltkongress für Prozessrecht über „prozessuale Gerechtigkeit“ (2011) Relevanz gewinnen.

Rechtsstaats, die Unabhängigkeit der Gerichte, die Öffentlichkeit der Verfahren, das rechtliche Gehör, die Unschuldsvermutung, die angemessene Verfahrensdauer und das faire Verfahren: „Verfahrensgerechtigkeit“). Die Internationalen Gerichte arbeiten mit und an den Teilverfassungen des Völkerrechts (z. B. den universalen Menschenrechtspakten¹², der UN-Charta, dem Internationalen Seerechtsübereinkommen und dem Rechtsstaatsprinzip). Völkerrechtliche Teilverfassungen sind sie (auch im Kontext ihrer „Statute“ und Verfahrensordnungen) wegen ihrer machtsbeschränkenden und an Werten bzw. hohen Idealen wie „Gerechtigkeit“, „Weltfrieden“, „Interessen der Menschheit“, „Würde des Menschen“ orientierten Funktionen sowie wegen ihrer *faktisch* langen Geltungsdauer. Sie sind „Anregung und Schranke“ i.S. von *R. Smend*, „Norm und Aufgabe“ i.S. von *U. Scheuner*. Die Internationale Verfassungsgerichtsbarkeit entwickelt sich immer mehr *Hand in Hand* mit den nationalen und regionalen Teilverfassungen bzw. Teilgerichtsbarkeiten wie dem EGMR in Straßburg und dem EuGH in Luxemburg samt ihren ins Universale wachsenden Prozessordnungen (zugleich Ausdruck des kooperativen Verfassungsstaates). Auch der Internationale Seegerichtshof in Hamburg und die verschiedenen UN-Tribunale sind Teilgerichtsbarkeiten im Kontext der zugehörigen Teilverfassungen. Mag es oft zu Konkurrenzen, Überlagerungen oder komplementären Ergänzungsverhältnissen kommen: alle nationalen und internationalen Teilverfassungsgerichte bzw. die ihnen zugrunde liegenden Teilverfassungen und Verfahrensordnungen erlauben es schon jetzt, von Mosaiksteinen für einen universalen Konstitutionalismus (der den regionalen und nationalen Konstitutionalismus einschließt) zu sprechen: er könnte langfristig in weltbürgerlicher Absicht i.S. *I. Kants* gelingen.

Bayreuth, im Dezember 2013

Peter Häberle

¹² Vorbildlich: BVerfGE 95, 96 (133): „In der Völkerrechtsgemeinschaft allgemein anerkannte Menschenrechte“.

Inhaltsverzeichnis

Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit	17
Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft. Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft	49
Verfassungsprozessrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht im Spiegel der Judikatur des BVerfG	71
Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts	97
Das Bundesverfassungsgericht als Muster einer selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit	117
Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit	139
Verfassungsgerichtsbarkeit in der offenen Gesellschaft	189
Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates	205
Funktion und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive ..	225
Bundesverfassungsrichter-Kandidaten auf dem Prüfstand? Ein Ja zum Erfordernis „öffentlicher Anhörung“	235
Über die Verfassungsgerichtsbarkeit. Interview durch Prof. Dr. H. Kuriki (Nagoya-shi)	239
Das deutsche BVerfG – eine „Nachlese“ zu 60 Jahren seiner Tätigkeit	251
Personen- und Sachregister	261

Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit*

Die Diskussion über Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland ist bis heute höchst komplex, gelegentlich diffus. Gleichwohl lassen sich in *problemorientierter* Betrachtung Fragestellungen unterscheiden, die offen oder versteckt immer wiederkehren und in die Einzelfragen ausstrahlen: das Verhältnis von Recht und Politik, die Zuordnung von Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, die Gewaltenteilung und die Zweckbestimmung der Verfassungsgerichtsbarkeit (Individualrechtsschutz oder objektives Verfahren zum Schutz der Verfassung), schließlich „Verfassungsin-terpretation durch Verfassungsgerichtsbarkeit“ und der Zusammenhang zwischen materiellem Verfassungsrecht und Verfassungsprozessrecht.

So offen die Diskussion ist und so sehr sich seit Weimar Entwicklungen beobachten lassen, von diesen Grundproblemen kommt sie praktisch nicht weg. Gewiss, die Akzente wechseln, ebenso die Methoden, in denen sie abgehandelt werden: Zusammenhänge werden hergestellt oder abgelehnt je nach Vorverständnis, insbesondere nach dem Verfassungsverständnis; aber die Problemtraditionen bleiben in der Sache erhalten.

I. Recht und Politik

„Recht oder/und Politik“ ist ein Dauerthema, in das die Diskussion um Rolle und Funktion der Sache Verfassungsgerichtsbarkeit eingebettet und das durch die jüngere Spruchpraxis des BVerfG, zuletzt im Grundlagenvertrags- und Abtreibungsurteil¹, wiederbelebt worden ist. Es gipfelt in Überlegungen zu Umfang und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit und ihrer Zurückdrängung aus dem „Bereich des Politischen“. In Frage steht die Verlagerung politischer Entscheidungen, insbesondere vom demokratischen Gesetzgeber auf die Verfassungsgerichtsbarkeit.

Erinnert sei an den Streit um die Qualität des Verfassungsrechts als „politisches Recht“, der mit unverminderter Schärfe geführt wird. Bereits von *Triepel*² und *Kelsen*³, über *C. Schmitt*⁴, *E. Kaufmann*⁵ zu *Leibholz*⁶ und *Massing*⁷, aber auch in neuen

* Erstveröffentlichung in: *P. Häberle* (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, Darmstadt 1976, S. 1–45.

¹ s. dazu Vorwort zum Bd. Verfassungsgerichtsbarkeit, Anm. 21 m.w.N.

² VVDStRL 5 (1929), S. 2 (8): Verfassungsrecht ist „gerade das Recht für das Politische“, ist „politisches“ Recht“.

³ VVDStRL 5 (1929), S. 30 (56). Die Unterschiede zwischen *Triepel* und *Kelsen* liegen in der Bewertung der Funktion Verfassungsgerichtsbarkeit. Entgegen Kelsen hielt Triepel sie nur in Grenzen für wünschenswert (vgl. *Triepel*, a.a.O., S. 28, LS 2: „Verfassungsstreitigkeiten

Monographien⁸ ist das „Spannungsfeld“ von Recht und Politik im Hinblick auf die Verfassungsgerichtsbarkeit untersucht worden.

Der (vermeintliche) Dualismus von Recht und Politik und das ihm zugrundeliegende Trennungsgedenken hat den Blick dafür getrübt, dass es in Wahrheit um die

sind immer politische Streitigkeiten. In dieser Tatsache liegt das Problematische der ganzen Einrichtung.“).

⁴ Einen klassischen Ausdruck des Streites um Recht und Politik findet sich in den oft verwendeten – im Anschluss an *Guizot* formulierten Sätzen von *C. Schmitt*, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954, 2. Aufl. 1973, S.63 (98): „Eine hemmungslose Expansion der Justiz würde nicht etwa den Staat in Gerichtsbarkeit, sondern umgekehrt die Gerichte in politische Instanzen verwandeln. Es würde nicht etwa die Politik juridifiziert, sondern die Justiz politisiert. Verfassungsjustiz wäre dann ein Widerspruch in sich.“ *Ders.*, Der Hüter der Verfassung, 2. Aufl. Berlin 1969, S. 35. – s. auch *Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, München 1971, S. 127; krit. dazu *P. Häberle*, ZHR 136 (1972), S. 425 (430 f.).

⁵ Nach *E. Kaufmann*, VVDStRL 9 (1952), S. 1 (4) sind von der Verfassungsgerichtsbarkeit „alle politischen Fragen ausgeschlossen“. Politisch sind „die Fragen, für deren Entscheidung keine Rechtsnormen bestehen“.

⁶ Nach *Leibholz*, JöR 6 (1957), S. 120 (121 f.) besteht zwischen dem Wesen des Rechts und dem des Politischen „ein innerer Widerspruch“, der sich nicht auflösen lässt. „Dieser lässt sich darauf zurückführen, daß das Politische seinem Wesen nach immer etwas Dynamisch-Irrationales ist, das sich den dauernd verändernden Lebensverhältnissen anzupassen sucht, während umgekehrt das Recht seiner grundsätzlichen Wesensstruktur nach immer etwas Statisch-Rationales ist, das die vitalen politischen Kräfte zu bändigen sucht.“ Im Anschluss an *Leibholz*: *F. Klein*, Bundesverfassungsgericht und richterliche Beurteilung politischer Fragen, Münster 1966, S. 30. – Solche „Wesens“argumente helfen aber nicht weiter.

⁷ *Massing*, in: Der CDU-Staat, Bd. 1, 1969, S. 211: Ihm stellt sich immer wieder die Frage, ob es sich bei der rechtsprechenden Tätigkeit des BVerfG „nicht vielmehr doch um die Artikulation eines im Rahmen des Grundgesetzes zwar operierenden, in der Konsequenz aber möglicherweise darüber hinausdrängenden dezidierten politischen Gestaltungswillens, der sich justizförmiger Verfahren nur als Vorwand bediene“, handelt.

⁸ s. dazu die Arbeiten von *Billing*, *Dolzer*, *Schuppert* und *Zeitler* (Vorwort Anm. 23 f.). *Billing*, a.a.O., S. 51, sieht das Verfassungsrecht als das „spezifische Recht für das Politische“. Für die Verfassungsgerichtsbarkeit folgert er daraus „einen politischen Charakter“ (S. 67), der „jedoch die Eigenschaft des Bundesverfassungsgerichts als echtes Rechtsprechungsorgan unberührt“ lässt (S. 70). Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist miteinbezogen „in das politische Kräfte- und Spannungsfeld“ (S. 71). – Vgl. auch die Auseinandersetzung *Schupperts* mit der Recht- und Politik-Diskussion und seine Schlussfolgerung, dass Recht als Normierung politischer Vorstellungen „immer politisches Recht“ ist (a.a.O., S. 122). Die Eigenart des Verfassungsrechts sieht *Schuppert* darin begründet, dass Gegenstand des Verfassungsrechts gerade die Politik als die auf das Staatsganze gerichtete Aktivität ist (a.a.O., S. 128). Durch die Einbindung jeder Emanation der Staatsgewalt in die Verfassung werde auch die vor allem von *Leibholz* vertretene Unterscheidung zwischen politischen Streitigkeiten (Streitigkeiten um das Recht) und politischen Rechtsstreitigkeiten (Streitigkeiten nach dem Recht) hinfällig. – Den Ausgangspunkt der h.L. kritisiert auch *Zeitler*, a.a.O., S. 153 ff. (insbes. 162 f.). Nach ihm unterscheiden sich Recht und Politik nicht in ihrem Effekt (Bewahrung-Gestaltung), sondern lediglich in der Methode der Bewältigung gemeinsamer Aufgaben (S. 178). – Zum Ganzen s. auch *Hesse*, Grundzüge, 8. Aufl., S. 227 f.; *Dolzer* (Vorwort [im Bd. Anm. 1] Anm. 23), S. 51 ff.

„richtige“ Politik durch Verfassungsinterpretation geht. Auch und gerade die Verfassungsgerichtsbarkeit ist als *Teilverfahren* des politischen Prozesses im Gesamtsystem eine politische Funktion, wie jede Interpretation von Recht politische Aspekte in sich trägt. Verfassungsrecht wie auch die Verfassungsgerichtsbarkeit führen eine politische Existenz. Wie die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht als bloß unpolitische (Staats-)Funktion angesehen werden kann, so ist sie nicht *nur* eine politische Funktion. Die Alternative Recht *oder* Politik trifft (hier wie anderwärts) nicht zu. Das Dogma von der unpolitischen Verfassungsgerichtsbarkeit enthält ebenso eine Selbsttäuschung wie die Rede vom unpolitischen (Verfassungs-)Recht. Es geht vielmehr um die Frage, *welche* Politik der Verfassungsinterpretation „aus“ der Verfassung von den Verfassungsrichtern entwickelt wird: Politik durch Verfassungsinterpretation der Verfassungsgerichtsbarkeit⁹. Der Streit betrifft nicht das Ob, sondern das Wie des funktionell-rechtlichen Zusammenspiels der (Staats-)Funktionen. Insofern geht es heute darum, *wie* das BVerfG im politischen Prozess wirken soll.

Auswirkungen der Recht-oder-Politik-Debatte zeigen sich überall: in den Forderungen nach „self-restraint“ des BVerfG¹⁰ ebenso wie in der Ausgestaltung der Verfassungsrichterwahlen („politische Anbindung“), in den Interpretationsmethoden bei der Frage der Berücksichtigung der politischen Folgen einer Entscheidung¹¹ ebenso wie bei der Untersuchung der Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen.¹² Sie strahlt aus in die Diskussion um die Zulassung von Appellentscheidungen¹³ und quasi-politischer Richtlinienbestimmung (BVerfGE 20, 56)¹⁴. Sie wird offenkundig in der verfassungsrichterlichen Taktik und Strategie bei der Handhabung des Verfassungsprozessrechts¹⁵, bei der Anwendung der Partizipationsinstrumente nach dem BVerfGG¹⁶ und der Intensität eigener Tatsachenfeststellungen des BVerfG.

⁹ P. Häberle, JZ 1975, S. 297 (299 m. Anm. 35).

¹⁰ In BVerfGE 36, 1 (14) deutet das Bundesverfassungsgericht den Grundsatz des judicial self-restraint, den es sich – „in ständiger Rechtsprechung“ (E 35, 257 [262]) – auferlegt, als „den Verzicht ‚Politik zu treiben‘, d. h. in den von der Verfassung geschaffenen und begrenzten Raum freier politischer Gestaltung einzugreifen“. – Hier handelt es sich aber nicht um Auswirkungen einer Unterscheidung rechtlicher und politischer Fragen, die Zurückhaltung des Gerichts ist vielmehr letztlich begründet aus *funktionell-rechtlichen* Überlegungen. – Kritisch zum judicial self-restraint v. d. Heydte, FS Geiger, S. 909 ff.; vgl. auch Zeitler, a.a.O., S. 176 ff.; Zuck, JZ 1974, S. 361 ff.

¹¹ Zum Fragenkreis jetzt bes. Schuppert, a.a.O., S. 131 ff. m.w.N.; P. Häberle, DÖV 1966, S. 660 ff.

¹² Dazu Brox, FS Geiger, S. 809 ff.; Hoffmann-Riem, Der Staat 13 (1974), S. 335 ff.; Zuck, NJW 1975, S. 907 ff.; Maassen, NJW 1975, S. 1343 ff.

¹³ Rupp-v. Brünneck, FS G. Müller, S. 355 ff.

¹⁴ P. Häberle, JuS 1967, S. 64 ff.; s. dazu Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, S. 524 ff.

¹⁵ Nachw. in JZ 1976, S. 377 (383); jetzt im Verf. betr. die Vb. „Steuerreformgeschädigter“ (FR v. 3.9.1976).

¹⁶ Hierzu mein Beitrag, JZ 1975, S. 297 (299).