



DEUTSCHES INSTITUT FÜR FÖDERALISMUSFORSCHUNG E.V.

Direktoren: Prof. Dr. Dr.h.c. Hans-Peter Schneider, Prof. Dr. Joachim Perels
Geschäftsführendes Vorstandsmitglied: Dr. Jutta Kramer

**Deutschland:
Das Bundesverfassungsgericht
als eigenständiger Akteur in Verfassungsreformen**

**B e r i c h t
von
Prof. Dr. Dr.h.c. Hans-Peter Schneider**

**zum Symposion
„Constitutional Change“**

**veranstaltet vom
Institut für Europäische Verfassungswissenschaften
der Fernuniversität in Hagen**

15. bis 16. Juni 2007

I. Problemstellung

Von *Charles Evans Hughes*, Chief Justice des U.S. Supreme Court von 1930 bis 1941, ist der berühmte Ausspruch überliefert: „We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is“. Dieses Plädoyer für einen realistischen Umgang mit der Verfassung, verbunden mit einem moderaten „judicial activism“, trug der Tatsache Rechnung, dass in den Vereinigten Staaten Änderungen des ursprünglichen Verfassungstextes von vornherein ausgeschlossen sind und selbst Verfassungsergänzungen („amendments“) hohe Hürden zu überwinden haben. Außer der Zustimmung von zwei Dritteln der Mitglieder beider Häuser des Kongresses bedürfen sie auch noch der Ratifizierung durch die Parlamente von zwei Dritteln der Gliedstaaten. Unter diesen Umständen leuchtet ohne weiteres ein, dass dort die notwendige Anpassung der Verfassung an veränderte soziale, ökonomische und politische Bedingungen als geradezu selbstverständliche Aufgabe der Verfassungsgerichte betrachtet wird. Dem versuchen zwar einige konservative Kräfte mit ihrer Lehre vom „original intent“ der Gründungsväter, an jede Verfassungskonstruktion gebunden sei, mehr oder minder erfolgreich entgegenzuwirken. Ihnen warf aber schon 1986 Justice Brennan „Arroganz im Gewande der Demut“ vor.

Ganz anders in Deutschland: Zwar verlangt auch das Grundgesetz für Verfassungsänderungen nicht nur eine Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat, sondern zieht ihnen – anders als in den USA – in Art. 79 Abs. 3 GG sogar unübersteigbare Grenzen. Dennoch fallen hierzulande der Politik Verfassungsreformen vergleichsweise leicht, wie die insgesamt 52 Gesetze zur Änderung des Grundgesetzes seit 1949 zeigen. Mit anderen Worten: die unumgängliche Fortbildung der Verfassung ist bei uns weniger Sache der Gerichte als vielmehr Aufgabe des verfassungsändernden Gesetzgebers. Dennoch ist namentlich das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) am Prozess des Verfassungswandels maßgeblich beteiligt und kann daher durchaus auch in Deutschland als eigenständiger Akteur betrachtet werden. Es handelt dann nach eigenem Bekunden aber immer nur als Diener und Sprachrohr der Verfassung, als „bouche de la constitution“ im Sinne Montesquieus, nicht aber als deren Herr und Meister. Deshalb muss jede Entscheidung des BVerfG, mag man sich bei ihrer Herstellung auch der verfassungsergänzenden oder –verändernden Wirkungen bewusst gewesen sein, in der Darstellung als das Ergebnis einer Interpretation der Verfassung ausge-

wiesen werden. Im Folgenden soll daher einleitend das Verhältnis von Verfassungsauslegung und Verfassungsänderung näher bestimmt werden (II.), bevor der aktiven Rolle des BVerfG zumeist als Kontrolleur von Verfassungsänderungen (III.), aber auch als deren Initiator (IV.), ferner als Bremser oder Blockierer von Verfassungsreformen (V.) und schließlich sogar als Ersatzverfassungsgeber (VI.) behandelt werden kann.

II. Verfassungswandel zwischen Verfassungsauslegung und Verfassungsänderung

1. Zunächst ist bemerkenswert, dass sich das BVerfG gegenüber jeder Art von Verfassungswandel gleichsam „blind“ stellt. Der Begriff selbst taucht in seiner gesamten Judikatur seit 1952 nur zweimal auf, und zwar stets mit negativer Konnotation. Im ersten Fall ging es um eine extensive Handhabung der dem Bundesfinanzminister nach Art. 112 GG zustehenden Befugnisse, genauer um das Erfordernis seiner Zustimmung zu über- und/oder außerplanmäßigen Ausgaben. Dazu heißt es im Urteil des 2. Senats vom 25. Mai 1977 wörtlich:

„Ein solches Gebaren, wo immer seine Gründe im übrigen liegen mögen, kann nicht dazu führen, einen Verfassungswandel dahin anzunehmen, dass hierdurch die Kompetenz und Verantwortung des Gesetzgebers verkürzt und die Kompetenz des Bundesministers der Finanzen erweitert worden seien“¹.

Im zweiten Fall war über die Verfassungsmäßigkeit einer Auflösung des Bundestages aufgrund der vom damaligen Bundeskanzler Helmut Kohl im Dezember 1982 nach Art. 68 GG gestellten Vertrauensfrage zu entscheiden. Der Bundespräsident als Antragsgegner in diesem Verfahren hatte sich auf einen ähnlichen Vorgang aus dem Jahre 1972 berufen, wo derselbe verfassungsrechtlich zweifelhafte Weg zu Neuwahlen einst von Willy Brandt beschritten worden war, und seine Auflösungsanordnung unter anderem mit dem Argument eines stillschweigenden Verfassungswandels zu rechtfertigen versucht. Auch hier ist die wörtliche Wiedergabe der entsprechenden Passage in den Entscheidungsgründen des Urteils wiederum des 2. Senats vom 16. Februar 1983 äußerst aufschlussreich:

„Es ist nicht der Vorgang eines Verfassungswandels, der im Rückblick auf diese Entscheidungen der betroffenen obersten Verfassungsorgane sichtbar wird; es ist der Beginn einer Staatspraxis, die einem neuen besonderen politischen Sach-

¹ BVerfGE 45, 1 (33).

verhalt gerecht zu werden versuchte und auf diesem Wege die Krise löste. Das darin zum Ausdruck kommende schöpferische Moment der Rechtsfindung und Rechtsgewinnung ist der Verfassungsrechtsordnung nicht fremd. Es muss hier berücksichtigt und in die festgestellten tatbestandlichen Grenzen des Art. 68 GG einbezogen werden. Von einer Durchbrechung der Verfassung kann in diesem Fall, wie aufgezeigt, keine Rede sein“.

Wie hier deutlich wird, verwendet und versteht das BVerfG also den Begriff des Verfassungswandels in einem äußerst engen, rein normativen Sinn. Er bezieht ihn ausschließlich auf den Wandel des Verfassungsrechts. Den kann es jedoch eigentlich schon per definitionem deshalb nicht geben, weil jede Umgestaltung der normativen Verfassung nach Art. 79 Abs. 1 GG eine ausdrückliche Änderung des Grundgesetztextes erfordert.

2. Das, was man gemeinhin mit „Verfassungswandel“ meint, nämlich eine Umbildung der Verfassungswirklichkeit, die stets in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Verfassungsrecht steht, wird vom BVerfG lediglich als Änderung der *Staatspraxis* bezeichnet, die auf neue politische Sachverhalte reagiert. Darin erblickt aber das Gericht immerhin ein „schöpferisches Moment der Rechtsfindung und Rechtsgewinnung“, das auch für die „Verfassungsrechtsordnung“ von Bedeutung sei. Nur wird dieser Befund nicht so verarbeitet, dass er unmittelbar auch das Verfassungsrecht verändert, etwa im Sinne eines derogativen Verfassungsgewohnheitsrechts. Vielmehr gewinnt er nur im Rahmen der Verfassungsauslegung normative Kraft. Auf diesem Felde bewegt sich das Gericht dann allerdings wieder in vertrauten Bahnen. Denn die sog. teleologische Auslegungsmethode, die nach dem Sinn und Zweck einer Norm fragt, wird auch im Verfassungsrecht dazu benutzt, um den objektiven Willen der Verfassung (und nicht nur den subjektiven Willen des Verfassungsgebers, also den „original intent“) zu erforschen.

Dazu gehören sämtliche höchstrichterlichen Entscheidungen, die zu der betreffenden Norm ergangen sind, aber auch Lehrmeinungen, Kommentare oder sonstige Äußerungen im wissenschaftlichen Schrifttum und nicht zuletzt die erwähnte Staatspraxis. Wird mit diesem Begriff also in erster Linie die Anwendungsgeschichte einer Norm erfasst, so kann man darin wie in jeder Historie natürlich auch Momente der Veränderung erkennen. Mit anderen Worten: Unter einem Verfassungswandel im Sinne des BVerfG ist – auch wenn das Gericht ihn nicht ausdrücklich so bezeichnet – ein Wandel der Staatspraxis, genauer: der Handhabung einer Norm des Verfassungsrechts

durch die obersten Staatsorgane, zu verstehen, der für die Auslegung der betreffenden Norm von Belang ist und insoweit unter Umständen auch maßgebliche, ja sogar Ausschlag gebende Bedeutung gewinnen kann. In diesem Fall muss tatsächlich von einer Umgestaltung des Verfassungsrechts selbst gesprochen werden, die ohne Textänderung des Grundgesetzes stattfindet. Es handelt sich dann der Sache nach um Verfassungsrichterrecht (judge made constitutional law), bei dem die deutsche und die amerikanische Rechtstradition einander begegnen und sich teilweise sogar methodisch überschneiden. Solches Verfassungsrichterrecht wird vor allem in den Fällen erzeugt, wo das BVerfG als eigenständiger Akteur handelt, nämlich im Zusammenhang mit der Kontrolle, Anregung, Verhinderung oder der selbständigen Herbeiführung von Verfassungsreformen im Sinne einer Art Verfassungsrechts(-neu-)schöpfung.

III. Das Bundesverfassungsgericht als Kontrolleur von Verfassungsreformen

1. Dem BVerfG fällt die Aufgabe zu, nicht nur einfache, sondern auch verfassungsändernde Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen. Dies geschieht und geschah in der Regel aufgrund von Verfassungsbeschwerden oder auf Antrag von Landesregierungen, die der Opposition im Bundestag nahe standen. Auf diese Weise versuchten sie, einen politischen Kampf, den die Opposition im Parlament verloren hatte, auf forensischem Wege fortzusetzen und mit Hilfe des Gerichts doch noch zu gewinnen. Gegenstand der Kontrolle ist in diesen Fällen stets die Frage, ob die beschlossenen Verfassungsänderungen ihrerseits mit dem Grundgesetz vereinbar sind oder ob es sich nicht vielmehr um „verfassungswidriges Verfassungsrecht“ handelt. Prüfungsmaßstab sind in solchen Fällen die Grenzen der Verfassungsänderung, wie sie in der sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG verankert sind, also die Menschenwürde (Art. 1 GG), die Strukturprinzipien in Art. 20 (republikanische Staatsform, Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat) sowie die Gliederung des Bundes in Länder und deren grundsätzliche Mitwirkung bei der Gesetzgebung des Bundes.

2. Das BVerfG hatte in der Vergangenheit mehrfach Gelegenheit, sich zu dieser Problematik zu äußern und Verfassungsreformen an der „Ewigkeitsgarantie“ des Grundgesetzes zu messen. In allen Verfahren hat das Gericht bisher jedoch die Verfassungsmäßigkeit der jeweiligen Grundgesetzänderungen bejaht. Entscheidend waren

dabei Erwägungen, die sich bereits in einem Urteil des 2. Senats aus dem Jahre 1971 finden: Damals stand die im Rahmen der Notstandsgesetzgebung neu eingefügte Vorschrift des Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG zur Debatte, die bei Eingriffen in das Post- und Fernmeldegeheimnis zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung den Rechtsweg nach Art. 19 Abs. 4 GG ausschließt und statt dessen die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe oder Hilfsorgane vorsieht. Obwohl es in diesem Fall um nichts weniger ging als um die Rechtsschutzgarantie als viel berufene „Krönung“ des Rechtsstaats, rechtfertigte das BVerfG diese Regelung damit, dass Art. 79 Abs. 3 GG nur gewisse Verfassungsgrundsätze für unantastbar erkläre. Wörtlich heißt es dazu:

„Grundsätze werden ‚als Grundsätze‘ von vornherein nicht ‚berührt‘, wenn ihnen im allgemeinen Rechnung getragen wird und sie nur für eine Sonderlage entsprechend deren Eigenart aus evidenten sachgerechten Gründen modifiziert werden“.

Diese Doktrin von der Zulässigkeit „systemimmanenter“ Modifikationen der in Art. 79 Abs. 3 GG genannten Grundsätze hat im wissenschaftlichen Schrifttum zu Recht heftige Kritik erfahren. Sie führt im Ergebnis zu einer Verdrehung des Wortlauts dergestalt, dass für unantastbar erklärte Grundsätze nur „grundsätzlich“ nicht berührt werden dürfen, unter besonderen Umständen aber sehr wohl. Damit enthebt sich das Gericht nicht nur einer näheren Bestimmung dieser Grundsätze, sondern kann im Einzelfall auch immer behaupten, dass – unabhängig von ihrer konkreten Bedeutung – stets ein besonderer Grund vorliege, der ihre Abwandlung rechtfertige.

3. Gleichwohl hat das BVerfG bis in die Gegenwart an dieser fast schon rabulistischen Interpretation von Art. 79 Abs. 3 GG festgehalten. Im Jahre 1991 erklärte es die Festbeschreibung der Enteignungsmaßnahmen durch die sowjetischen Besatzungsmächte nach 1945 in Art. 143 Abs. 3 GG in Verbindung mit Art. 4 Nr. 5 des Einigungsvertrages für verfassungsgemäß. Das Wiedervereinigungsgebot der Präambel des Grundgesetzes stelle ein die Ewigkeitsgarantie modifizierendes Ziel dar, dass ohne die Anerkennung jener Enteignungen nicht hätte erreicht werden können. Das Gericht folgte damit den Behauptungen der damaligen Bundesregierung und hielt weiter daran fest, obwohl sie inzwischen aus heutiger Sicht mehr als zweifelhaft erscheinen². Ähnlich argumentierte der 1. Senat in seiner Entscheidung zur akustischen Wohnraumüber-

² BVerfGE 84, 90 (120-128).

wachung (sog. großer Lauschangriff), die durch eine entsprechende Reform des Art. 13 Abs. 3 GG ermöglicht worden war. Auch hier habe der verfassungsändernde Gesetzgeber die materiell-rechtlichen Grenzen beachtet, die durch das Grundgesetz jeder Verfassungsänderung gezogen sind. Art. 79 Abs. 3 GG sei eine eng auszulegende Ausnahmevorschrift, die Verfassungsreformen nicht verbiete, welche die positivrechtlichen Ausprägungen jener unantastbaren Grundsätze aus sachgerechten Gründen modifizierten³. Auf diese Weise hat das BVerfG dem Gesetzgeber für jede Art von Verfassungsreformen nicht nur einen außerordentlich weiten politischen Gestaltungsspielraum zugestanden, sondern sich praktisch von einer Überprüfung verfassungsändernder Gesetze insgesamt verabschiedet.

IV. Das Bundesverfassungsgericht als Initiator und Moderator von Verfassungsreformen

1. Neben oder in Verbindung mit seiner Kontrollfunktion hat sich das BVerfG nicht selten auch an der Vorbereitung von Verfassungsreformen aktiv beteiligt und sich auf diese Weise als Initiator und Moderator von Verfassungsreformen erwiesen. Dabei sind im Wesentlichen zwei Fallgruppen zu unterscheiden. Entweder hat das Gericht eine als notwendig erachtete gesetzliche Regelung, mit der man zunächst ohne Änderung des Grundgesetzes auszukommen versuchte, für verfassungswidrig erklärt und dadurch den Gesetzgeber beim zweiten Anlauf gezwungen, eine Verfassungsreform vorzuschalten. In diesen Fällen ging also die Initiative jeweils vom Gericht aus. Oder aber das BVerfG hat eine neue oder abgewandelte Verfassungsnorm anders ausgelegt und angewandt, als der verfassungsändernde Gesetzgeber wollte, und ihn somit zur Nachbesserung in Gestalt einer weiteren Verfassungsreform veranlasst. Hier hat das Gericht lediglich eine Art Moderatorenrolle übernommen. Für beide Fallvarianten gibt es Beispiele, von denen nur drei herausgegriffen werden sollen.

2. Im ersten Fall ging es um die Zuständigkeiten auf dem weiten Feld der Staatshaftung, die zwar für das Teilgebiet der sog. Amtspflichtverletzungen in Art. 34 GG geregelt ist, insofern aber ihre nähere Ausgestaltung in § 839 BGB findet, weshalb entsprechende Schadensersatzansprüche auch auf dem Zivilrechtsweg verfolgt werden müssen. Nach Jahrzehnte langem Streit über das inhaltliche Konzept der Staatshaft-

³ BVerfGE 109, 279 (310-325).

tung mit ihren verschiedenen Tatbeständen und Haftungsformen hat sich schließlich im Jahre 1981 der Bund aufgerafft und unter Berufung auf seine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das bürgerliche Recht aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG ein Staatshaftungsgesetz verabschiedet⁴. Dagegen haben einige Landesregierungen im Wege der abstrakten Normenkontrolle vor dem BVerfG geklagt. In seinem Urteil vom 19. Oktober 1982 gab das Gericht ihnen Recht⁵. Das Gesetz sei insgesamt verfassungswidrig und damit nichtig, weil dem Bund für wesentliche Teile desselben die Gesetzgebungskompetenz fehle. Die im Gesetz geregelte Haftung des Staates oder anderer Körperschaften des öffentlichen Rechts für Schäden, die durch hoheitliches Handeln verursacht worden sind, könne weder aus heutiger Sicht noch kraft Tradition kompetenzrechtlich als „bürgerliches Recht“ begriffen werden. Auch Gewohnheitsrecht unterliege der bundesstaatlichen Zuständigkeitsverteilung und verbleibe dort, wo es entstanden sei, nämlich beim Bund oder bei den Ländern. Damit war nicht nur ein wichtiges Bundesgesetz gescheitert, welches das zersplitterte Staatshaftungsrecht vereinheitlichen sollte, sondern mit dem Fortbestand der Länderkompetenz auf diesem Gebiet die gesamte Diskussion um dessen Ausgestaltung wieder auf ihren Ausgangspunkt zurückgeworfen. Der Bund hätte dies mit einer Grundgesetzänderung sofort korrigieren können. Die entsprechende Verfassungsreform, bei der die Staatshaftung selbst in den Katalog der konkurrierenden Gesetzgebung aufgenommen wurde (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 n.F. GG), fand jedoch erst zwölf Jahre später statt, und zwar aufgrund von Empfehlungen der „Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat“ zu den einigungsbedingten Grundgesetzänderungen⁶.

3. In diesen Kontext gehört auch ein nicht minder kurioser zweiter Fall, der die Voraussetzungen betrifft, unter denen der Bund von einer konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit nach Art. 72 Abs. 2 GG Gebrauch machen kann. Bis Mitte der neunziger Jahre war dies an ein „Bedürfnis“ für bundeseinheitliche Regelungen geknüpft. Das BVerfG hatte es aber stets abgelehnt, das Vorliegen eines solchen Bedürfnisses im Einzelfall zu überprüfen, weil es sich dabei um eine nicht justiziable, im Kern rein politische Entscheidung handele. Diese Rechtsprechung eröffnete dem

⁴ Staatshaftungsgesetz vom 26. Juni 1981 (BGBl. I S. 553).

⁵ BVerfGE 61, 149 (173 ff.).

⁶ Vgl. den Bericht der „Gemeinsamen Verfassungskommission vom 28. Oktober 1993 (Bundestagsdrucksache 12/6000), erschienen in der Reihe des Deutschen Bundestages „Zur Sache“ 5/93, Bonn 1993.

Bund praktisch den freien Zugriff auf sämtliche Materien der konkurrierenden Gesetzgebung mit der Folge, dass die Länder auf diesem Gebiet kaum noch legerieren konnten. Um das zu ändern, wurde auf massiven Druck der Länder ebenfalls im Zusammenhang mit den einigungsbedingten Grundgesetzreformen im Jahre 1994 die Bedürfnisklausel durch das Kriterium der „Erforderlichkeit“ ersetzt. Die darauf gestützte Hoffnung der Länder auf künftigen richterlichen Beistand ging jedoch schneller und besser in Erfüllung als dem Bund offenbar lieb war. In zwei Entscheidungen zum Altenpflegegesetz⁷ und zu Teilen des Tierschutzgesetzes, die der Bekämpfung gefährlicher Hunde dienen sollten⁸, setzte sich das BVerfG ausführlich mit dem Erforderlichkeitsmaßstab auseinander und stellte fest, dass er vor dem Hintergrund des zunehmenden Kompetenzverlusts der Länder keinerlei politischen Beurteilungsspielraum mehr eröffne, sondern in vollem Umfang der gerichtlichen Kontrolle unterliege und zudem an strenge Anforderungen geknüpft sei. Im Ergebnis wurden daher beide bundesgesetzliche Regelungen für verfassungswidrig erklärt⁹. Daraufhin setzten auf Bundesebene sofort Überlegungen ein, wie dem zu begegnen oder gar die Verfassungsreform von 1994 rückgängig zu machen sei. Bei der sog. Föderalismusreform I, die 2006 zu einer umfassenden Revision der Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern geführt hat, war es endlich so weit. Im Rahmen einer Paketlösung konnte der Bund durchsetzen, dass gemäß Art. 72 Abs. 2 GG nunmehr ein Großteil der Materien konkurrierender Gesetzgebung in Art. 74 Abs. 1 GG vom Erforderlichkeitskriterium ausgenommen wurde¹⁰. Damit war jedenfalls für diese Gebiete der Zustand von vor 1994 wiederhergestellt.

4. In einem dritten Bereich bereitete das BVerfG entsprechende Verfassungsreformen vor und stärkte damit gleichfalls die Position der Länder. Es ging dabei um wichtige Materien auf dem Felde des Hochschulrechts, die der Bund nach Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 a GG zunächst im Hochschulrahmengesetz geregelt hatte, nämlich um die Personalstruktur an den Hochschulen und die Erhebung von Studiengebühren. Auch auf diesen Gebieten erklärte das BVerfG in zwei Leitentscheidungen die Länder für ausschließlich zuständig und demgemäß die jeweiligen Regelungen des Bundes für ver-

⁷ Gesetz über die Berufe in der Altenpflege (Altenpflegegesetz) vom 17. November 2000 (BGBl. I, S. 1513).

⁸ Gesetz zur Bekämpfung gefährlicher Hunde vom 12. April 2001 (BGBl. I S. 530).

⁹ Vgl. BVerfGE 106, 62 (104 ff. – Altenpflege –); 110, 141 (156 ff. – Kampfhunde –).

¹⁰ Es handelt sich dabei um die Nummern 1, 2, 3, 6, 9, 10, 12, 14, 16, 17, 18, 19, 21, 23, 24 und 27.

fassungswidrig¹¹. Mit diesem Rückenwind aus Karlsruhe gelang es den Ländern bei der Föderalismusreform I schließlich, sogar das gesamte Hochschulrecht (einschließlich des Hochschulbaus) – mit Ausnahme der nach Wegfall der Rahmengesetzgebung nunmehr in die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz überführten Materien der Hochschulzulassung und der Hochschulabschlüsse (Art. 74 Abs. 1 Nr. 33) – in die eigene ausschließliche Verantwortung zu übernehmen. Man wird nicht fehlgehen in der Feststellung, dass in diesem Fall das BVerfG die Reform nicht nur angestoßen und vorbereitet, sondern in einer Art Schlüsselrolle dazu selbst Tür und Tor geöffnet und sie der Föderalismuskommission praktisch in die Wiege gelegt hat.

V. Das Bundesverfassungsgericht als Bremser und Blockierer von Verfassungsreformen

1. Nicht minder aktiv und erfolgreich war das BVerfG freilich auch mit der Gegenstrategie, die darauf abzielte, geplante Verfassungsreformen abzubremsen, zu verhindern oder gar zu blockieren. Das wohl spektakulärste Beispiel stellt die Rechtsprechung zu Art. 33 Abs. 5 GG dar, mit der ein halbes Jahrhundert lang bis in die Gegenwart hinein jeder Ansatz zu einer Reform des öffentlichen Dienstrechts schon im Keim erstickt wurde, obwohl diese Vorschrift eigentlich sogar einen Reformauftrag an den Gesetzgeber enthielt. Sie lautete: „Das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln“. Dem schob jedoch das BVerfG durch einen schlichten Trick schon frühzeitig einen Riegel vor. Statt sich an den Wortlaut zu halten, der bei Neuregelungen lediglich die „Berücksichtigung“ der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums verlangte, verschärfte das Gericht die Bindungswirkung dieser Vorgabe dadurch, dass es bei den Strukturprinzipien des Beamtenstatus stets von „Beachten“ sprach und damit den Gesetzgeber auf die bestehende Institution des Berufsbeamtentums verpflichtete, ihn also praktisch an jedem Erneuerungsschritt mit verfassungsrechtlichen Fesseln gehindert¹². Im Ergebnis waren damit zumindest die statusbestimmenden Kernelemente des überkommenen Beamtenrechts so fest einzementiert, dass selbst die Wiedervereinigung hieran nichts ändern konnte, obwohl sich damals wegen des Fehlens eines Berufsbeamtentums bundesdeutscher Prägung in der ehemaligen DDR die unwie-

¹¹ BVerfGE 111, 226 (246 ff. – Juniorprofessur –); 112, 226 (246 ff. – Studiengebühren –).

¹² Vgl. bereits BVerfGE 8, 1 (16) in ständiger. Rechtsprechung; ferner BVerfGE 12, 81 (87, 99); 62, 374 (383); 71, 255 (268); 83, 89 (98).

derbringliche Gelegenheit geboten hätte, das öffentliche Dienstrecht grundlegend zu reformieren.

Das BVerfG rechtfertigte diese Sinnverschiebung von „berücksichtigen“ hin zu „beachten“ mit dem Argument, dass Art. 33 Abs. 5 GG nicht nur einen Gesetzgebungsauftrag enthalte, sondern darüber hinaus eine institutionelle Garantie, welche die Gewährleistung der Einrichtung des Berufsbeamtentums mit seinen wesensbestimmenden Merkmalen bezwecke. Dazu gehöre ein „Kernbestand von Strukturprinzipien, die allgemein oder doch ganz überwiegend während eines längeren, traditionsbildenden Zeitraums, mindestens unter der Reichsverfassung von Weimar, als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind“¹³. Zwar betonte das Gericht zugleich immer wieder, dass die Beachtungspflicht einer Weiterentwicklung des Beamtenrechts nicht entgegenstehe, sondern nur den Weg zu tiefer greifenden Strukturveränderungen versperre. Wie detailliert dann aber das sog. Alimentationsprinzip, d.h. das vom Gesetzgeber strikt zu beachtende Gebot einer amtsangemessenen Besoldung und Versorgung¹⁴, in einzelnen Entscheidungen ausgeformt wurde, zeigt sich zum Beispiel daran, dass bisweilen sogar der gesamte Lebensbedarf eines durchschnittlichen Beamtenhaushalts konkret aufgelistet und zum Maßstab für Amtsangemessenheit erhoben wurde. Der Warenkorb reicht vom Familien- und Kindesunterhalt über Bausparverträge, die Anschaffung der üblichen Haushaltsmaschinen, die Kosten des Jahresurlaubs bis hin zur Teilnahme an kulturellen Veranstaltungen mit regelmäßigem Theaterbesuch¹⁵.

Dass angesichts solcher Vorgaben aus Karlsruhe die Politik bei der Reform des öffentlichen Dienstes zwischen völliger Abschaffung des Berufsbeamtentums und endgültiger Resignation schwankte, ist nur zu verständlich. Im Jahre 1996 brachte das Land Schleswig-Holstein im Bundesrat den „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Artikels 33 des Grundgesetzes“ ein, der im Ergebnis auf eine weitgehende Lockerung der engen Bindung des Gesetzgebers an die hergebrachten Grundsätze des

¹³ BVerfGE 8, 332 (342 f.); 114, 258 (281 f.) in ständiger Rechtsprechung.

¹⁴ BVerfGE 8, 1 (14, 16 f.); 76, 256 (298); 99, 300 (314). Vgl. zuletzt den Beschluss des BVerfG vom 20. März 2007 – Az. 2 BvL 11/04 – (auf Vorlage des VG Greifswald), abgedr. in: ZTR 2007, 284-288.

¹⁵ So BVerfGE 44, 249 (266): Zur amtsangemessenen Alimentation gehöre in der „Wohlstandsgesellschaft“ auch ein „Minimum an Lebenskomfort ..., z.B. Ausstattung des Haushalts mit dem üblichen elektrischen Gerät einschließlich seiner Unterhaltung, Radio- und Fernsehgerät samt laufenden Kosten, Zeitungs- und Zeitschriftenbezug, Theaterbesuch und Besuch ähnlicher Veranstaltungen, Kraftwagen, Urlaubsreise, Bausparvertrag, Lebensversicherung und Krankenversicherung, Ausgaben für Fortbildung, soziale und politische Aktivitäten und vernünftige Freizeitbeschäftigung“.

Berufsbeamtentums im Besoldungs- und Versorgungsrecht hinauslief¹⁶, jedoch noch nicht einmal die erforderliche Zweidrittelmehrheit in der Länderkammer selbst fand. Erst im Zuge der kürzlich zustande gebrachten Föderalismusreform I wurde Art. 33 Abs. 5 GG neu gefasst. Er lautet jetzt: „Das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln *und fortzuentwickeln*“. Gleichzeitig wurde die Zuständigkeit für das öffentliche Dienstrecht auf die Länder übertragen, jedoch mit Ausnahme der Bundesbediensteten (Art. 73 Abs. 1 Nr. 8 GG) sowie der Statusrechte und –pflichten der Beamten von Ländern und Gemeinden (Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG). Dennoch mag mit Fug bezweifelt werden, ob sich hier in Zukunft viel ändern wird. Dass der Gesetzgeber das öffentliche Dienstrecht fortentwickeln darf, ist schon immer unbestritten gewesen. Mit dem Festhalten an der Berücksichtigung hergebrachter Grundsätze des Berufsbeamtentums lädt man sich jedoch zugleich wieder die gesamte bisherige Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 33 Abs. 5 GG auf, die jede grundlegende Reform auf diesem Gebiet bisher unterbunden hat und sie trotz jener zwar gut gemeinten, aber letztlich wirkungslosen Verfassungsanpassung wohl auch künftig verhindern dürfte.

2. Ein zweites Beispiel echter Reformblockade durch das BVerfG, die in diesem Fall sogar noch nicht einmal durch eine Verfassungsänderung beseitigt oder überwunden werden kann, stellt die in einigen Ländern Ende der achtziger Jahre beabsichtigte Einführung eines kommunalen Ausländerwahlrechts dar. So waren in Hamburg und Schleswig-Holstein jeweils Änderungen der Kommunalwahlgesetze beschlossen worden, mit denen ausländischen Mitbürgern, die seit acht bzw. fünf Jahren rechtmäßig, d.h. aufgrund einer gültigen Aufenthaltserlaubnis, in Deutschland leben, das aktive und passive Wahlrecht verliehen wurde. Dagegen wandten sich im Wege einer abstrakten Normenkontrolle sowohl die CDU/CSU-Bundestagsfraktion als auch die bayerische Staatsregierung. Das BVerfG gab diesen Anträgen nicht nur Recht, sondern versperrte darüber hinaus auch für alle Zukunft die Einführung eines solchen Ausländerwahlrechts, und sei es sogar im Wege einer entsprechenden Änderung der jeweiligen Landesverfassung¹⁷. Die Begründung lautete ebenso schlicht wie lebensfremd:

¹⁶ Bundesratsdrucksache 298/96 vom 24. April 1996. Zur Begründung wird ausgeführt, dass „angeichts des drängenden Problems der Massenarbeitslosigkeit“ und der „auf Bund und Länder in den nächsten Jahren zukommenden Versorgungslasten“ ein „Festhalten an den überkommenen hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums und die damit verbundene strikte Bindung des Gesetzgebers nicht mehr zu rechtfertigen“ sei.

¹⁷ Vgl. BVerfGE 63, 37 (50 ff.) – zu Schleswig-Holstein – und BVerfGE 63, 60 (70 ff.) – zu Hamburg – .

Auch die den Ländern zustehende Staatsgewalt könne gemäß Art. 20 Abs. 2, 28 Abs. 1 Satz 1 GG nur von denjenigen getragen werden, die „Deutsche“ im Sinne von Art. 116 Abs. 1 GG seien. Damit setzte das Gericht den Begriff „Volk“, von dem nach Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG alle Staatsgewalt ausgeht, mit dem Staatsvolk nicht nur des Bundes, sondern auch der Länder und Gemeinden gleich und reduzierte ihn zudem auf die Einwohner mit deutscher Staatsangehörigkeit. In der mündlichen Verhandlung war zur Begründung sogar von einer „unentrinnbaren Schicksalsgemeinschaft“ aller Deutschen die Rede.

Dass das Grundgesetz anderswo klar zwischen dem „Volk“ und dem „deutschen Volk“ unterscheidet (so etwa in der Präambel und in Art. 146 GG) irritierte das BVerfG ebenso wenig wie der Umstand, dass damals schon die Einführung des Kommunalwahlrechts für EU-Bürger geplant war. Gewisse Schwierigkeiten bereitete allerdings der offene Widerspruch zwischen der Feststellung, ein Kommunalwahlrecht für Ausländer verstoße gegen das allein auf das Staatsvolk zu beschränkende Demokratieprinzip und sei daher wegen der Ewigkeitsgarantie in Art. 79 Abs. 3 GG auch durch Verfassungsänderung nicht zum realisieren, und der Notwendigkeit, wegen der bevorstehenden EU-Regelung genau diese Verfassungsänderung zulassen zu müssen. Aber auch diese logische Hürde wurde vom BVerfG elegant übersprungen, und zwar mit einem einzigen Satz, der in geradezu verblüffendem Freimut lautet:

„Daraus folgt nicht, dass die derzeit im Bereich der Europäischen Gemeinschaften erörterte Einführung eines Kommunalwahlrechts für Ausländer nicht Gegenstand einer nach Art. 79 Abs. 3 GG zulässigen Verfassungsänderung sein kann“¹⁸.

Die dazu erforderliche Einfügung eines neuen Satzes 3 in Art. 28 Abs. 1 GG wurde dann auch anstandslos vollzogen und akzeptiert¹⁹.

3. Ob das BVerfG in einem dritten Verfahren, das die unantastbaren Grundsätze in Art. 79 Abs. 3 GG ebenfalls berührt, ähnlich argumentieren und sich erneut über die dort verankerten Grenzen jeder Verfassungsänderung einfach hinwegsetzen wird, bleibt abzuwarten. Zur Abwehr terroristischer Gefahren aus der Luft, etwa mit Hilfe von gekaperten Flugzeugen nach dem Muster des 11. September, hatte der Bund ein Gesetz verabschiedet, dass der Luftwaffe unter bestimmten, sehr engen Vorausset-

¹⁸ Ebenda, S.59

¹⁹ Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG lautet: „Bei Wahlen in Kreisen und Gemeinden sind auch Personen, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft besitzen, nach Maßgabe von Recht der Europäischen Gemeinschaft wahlberechtigt und wählbar“.

zungen den Abschuss solcher Zivilflugzeuge erlaubte²⁰. Gegen dies sog. Luftsicherheitsgesetz waren mehrere Verfassungsbeschwerden erhoben worden, denen das BVerfG mit seinem Urteil vom 15. Februar 2006 im Wesentlichen stattgab²¹, und zwar mit folgender Begründung: Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleiste für jedermann das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Als vitale Basis der Menschenwürde als tragendem Konstitutionsprinzip und oberstem Verfassungswert sei jedes menschliche Leben auch gleich wertvoll. Selbst in wenn in solchen Extremsituationen das militärische Vorgehen gegen derartige Flugzeuge, die von den Tätern als Waffe benutzt würden, dem Schutz einer Vielzahl anderer Menschenleben dienen solle, missachte eine solche Behandlung die betroffenen, sich in einer hilf- und ausweglosen Lage befindlichen Passagiere „als Subjekte mit Würde und unveräußerlichen Rechten“. Sie würden dadurch, dass ihre Tötung als Mittel zur Rettung anderer benutzt werde, verdinglicht und zugleich entrechtlicht: „Indem über ihr Leben von Staats wegen einseitig verfügt wird, wird den als Opfern selbst schutzbedürftigen Flugzeuginsassen der Wert abgesprochen, der dem Menschen um seiner selbst willen zukommt“²².

Diese Entscheidung stützt sich also unverkennbar nicht nur auf die Pflicht des Staates zum Schutz des menschlichen Lebens und der körperlichen Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, sondern zuvörderst auf die Unantastbarkeit der Menschenwürde, die zu achten und zu schützen nach Art. 1 Abs. 1 GG Aufgabe aller staatlichen Gewalt ist. Obwohl in diesem Zusammenhang Art. 79 Abs. 3 GG nicht erwähnt wird, besteht kein Zweifel daran, dass das BVerfG mit seiner Argumentation auch auf die Grenzen einer Verfassungsänderung hinweisen wollte. Zuvor hatte es jedoch dem Bund die Befugnis abgesprochen, nach Art. 35 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 Satz 1 GG die Streitkräfte bei der Bekämpfung von Naturkatastrophen und besonders schweren Unglücksfällen mit spezifisch militärischen Waffen einzusetzen, und auch aus diesem Grund das Luftsicherheitsgesetz für verfassungswidrig erklärt. Deshalb überlegt zur Zeit der Bundesinnenminister, diesen Zuständigkeitsmangel durch eine entsprechende Ergänzung des Grundgesetzes zu beheben. Ob mit einer solchen Reparatur indes auch die absolute Sperre für jede Verfassungsreform mit Auswirkungen auf die Menschenwürde in Art. 79 Abs. 3 GG überwunden werden kann, ist mehr als fraglich.

²⁰ Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben – Luftsicherheitsgesetz – vom 11. Januar 2005 (BGBl. I S. 78).

²¹ BVerfGE 115, 118 (139 ff.).

²² Ebenda, S. 154.

VI. Das Bundesverfassungsgericht als Schöpfer und Erfinder von Verfassungsreformen

1. Das BVerfG hat allerdings nicht nur Grundgesetzänderungen verhindert oder sogar für alle Zeit blockiert, sondern mit seiner Rechtsprechung auch selbst Verfassungsreformen vorgenommen und neue Regelungen von konstitutioneller Bedeutung „erfunden“. Man spricht hier von eigenständigem „Verfassungsrichterrecht“, d.h. von Entscheidungen, welche die geschriebene Verfassung auf einzelnen Gebieten konkretisieren oder ergänzen. In diesem Sinne hat das BVerfG bekanntlich ganze Lebensbereiche über ihre verfassungsrechtliche Fundierung hinaus näher ausgestaltet und durchnormiert. Das gilt für die Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) mit ihren organisatorischen und prozeduralen Implikationen ebenso wie für die Parteienfinanzierung (Art. 21 Abs. 1 Satz 4 GG) mit dem gleichen Recht der Bürger auf politische Teilhabe oder für den Status des Abgeordneten (Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG), dessen Tätigkeit vom Gericht zum „full time job“ erklärt wurde. Auf all diesen Gebieten hat das BVerfG mit zahlreichen Leit- und Folgeentscheidungen neues „Unterverfassungsrecht“ erzeugt, das dem einfachen Gesetzgeber als Maßgabe oder Orientierungshilfe dienen soll²³. In einigen wenigen Fällen hat das Gericht aber auch selbst das Grundgesetz ergänzt und ohne Textänderung originäres Verfassungsrecht geschaffen.

2. Ein erstes prominentes Beispiel dafür bildet die „Erfindung“ des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im sog. Volkszählungsurteil vom 15. Dezember 1983²⁴. Der Gesetzgeber hatte in § 9 Abs. 1 bis 3 des „Gesetzes über eine Volks-, Berufs-, Wohnungs- und Arbeitsstättenzählung“ vom 25. März 1982 (BGBl. I S. 369) die Weitergabe der zu statistischen Zwecken erhobenen personenbezogenen Daten an die Meldeämter verfügt. Darin erblickte das Gericht eine Zweckentfremdung, die im Ergebnis nicht nur zur Verfassungswidrigkeit jener Regelung führte, sondern darüber hinaus Anlass zu allgemeinen Grundsatzabwägungen bot, die in eine Verpflichtung des Gesetzgebers mündeten, bei der Neufassung des Gesetzes „für ergänzende Regelungen der Organisation und des Verfahrens der Volkszählung Sorge zu tragen“²⁵. Unter den Bedingungen der modernen Datenverarbeitung – so die Begründung – werde der Schutz des Einzelnen gegen eine unbegrenzte Erhebung, Speicherung,

²³ Vgl. dazu *Heinz Laufer*, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess, Tübingen 1986.

²⁴ BVerfGE 65, 1 (38 ff.).

²⁵ So der Tenor des Urteils (ebenda, S. 3).

Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten von dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG umfasst. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.

Seitdem hat das sog. Recht auf informationelle Selbstbestimmung einen geradezu beispiellosen „Siegesszug“ durch die gesamte Rechtsordnung angetreten. Wo immer personenbezogene Daten erhoben, verarbeitet oder weitergegeben werden, hat ihm der Gesetzgeber gebührend Rechnung zu tragen. Ob im öffentlichen oder privaten Sektor, im Polizeirecht oder im Strafprozess, beim Schutz der Verfassung oder im Melde- und Ausweiswesen, bei der Statistik oder im Telekommunikationsbereich – überall spielt der Datenschutz heute eine maßgebliche Rolle und beschränkt nicht zuletzt dank der zahlreichen Parallelentscheidungen des BVerfG vielfach die staatlichen oder gewerblichen Zugriffs- und Verwertungsmöglichkeiten von Personen- oder Unternehmensdaten. Zwar handelt es sich beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht – wie vielfach irrtümlich angenommen wird – um ein eigenes neues Grundrecht im Sinne des Grundgesetzes, weil es dazu wegen Art. 79 Abs. 1 GG einer Textänderung bedurft hätte. Aber es wirkt wie ein grundrechtsgleiches Recht und ist als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 in Verb. mit Art. 1 Abs. 1 GG) auch verfassungsbeschwerdefähig. Schließlich hat es sogar als eigenes Grundrecht ausdrücklich Eingang in mehrere Landesverfassungen gefunden²⁶.

3. Ein zweites Beispiel für verfassungsergänzendes Richterrecht findet sich in den Entscheidungen des BVerfG zu Auslandseinsätzen der Bundeswehr außerhalb des NATO-Gebiets. Das Grundgesetz, so heißt es dort, verpflichte die Bundesregierung für einen derartigen Einsatz bewaffneter Streitkräfte die – grundsätzlich vorherige – konstitutive Zustimmung des Deutschen Bundestages einzuholen²⁷. Dieser sog. Parlamentsvorbehalt wurde nicht durch Auslegung aus einer bestimmten Grundgesetznorm hergeleitet, sondern ganz generell damit begründet, dass „die grundgesetzlichen Regelungen über die Wehrverfassung für den Einsatz bewaffneter Streitkräfte grundsätzlich eine Beteiligung des Parlaments“ vorsähen. Weiter heißt es:

²⁶ Vgl. Art. 33 BerlVerf., Art. 11 BbgVerf., Art. 6 M-VVerf.; Art. 4 NRWVerf.; Art. 4 a RhPfVerf.; Art. 33 SächsVerf.; Art. 6 S-AVerf.; Art. 6 Abs. 2 und 4 ThürVerf.

²⁷ BVerfGE 90, 286 (344 ff.).

„Die auf die Streitkräfte bezogenen Regelungen des Grundgesetzes sind – in den verschiedenen Stufen ihrer Ausformung – stets darauf angelegt, die Bundeswehr nicht als Machtpotential allein der Exekutive zu überlassen, sondern als ‚Parlamentsheer‘ in die demokratisch rechtsstaatliche Verfassungsordnung einzufügen, d.h. dem Parlament einen rechtserheblichen Einfluss auf Aufbau und Verwendung der Streitkräfte zu sichern“.

Das entspreche auch der deutschen Verfassungstradition seit 1918 namentlich unter der Weimarer Reichsverfassung²⁸.

So begrüßenswert diese Position aus demokratisch-parlamentarischer Sicht auch erscheinen mag – man muss sich dennoch fragen, weshalb das BVerfG jenes Konzept eines „Parlamentsheeres“ selbst entwickelt und ohne jede Vorwarnung der Bundesregierung gleichsam aus dem „Zylinder“ gezaubert hat, anstatt den Ball wie üblich an die Politik zurückzuspielen, um dem verfassungsändernden Gesetzgeber zu ermöglichen, das Problem selbst und nach eigenen Vorstellungen ausdrücklich im Grundgesetz zu regeln. Offenbar wollte es ein Zeichen setzen und die Beschlüsse der Bundesregierung vom 15. Juli 1992 über eine Beteiligung der Bundeswehr an Überwachungsmaßnahmen von WEU und NATO im Mittelmeer, vom 2. April 1993 zur Mitwirkung an AWACS-Aufklärungsflügen über Bosnien und schließlich vom 21. April 1993 zur Bereitstellung eines Bundeswehrkontingents für die Durchführung der Operation in Somalia (UNOSOM II), die sämtlich ohne Zustimmung des Bundestages vollzogen worden waren, unmittelbar für verfassungswidrig erklären. Vielleicht traute das Gericht in diesem Fall auch der Politik nicht zu, angesichts der im parlamentarischen Regierungssystem vorhandenen Aktionseinheit von Regierung und Parlamentsmehrheit die für Grundgesetzänderungen erforderlichen Stimmen von Zweidritteln der Mitglieder beider Häuser zusammenzubringen, zumal wenn das Ziel der Verfassungsreform darin bestehen soll, den Handlungsspielraum der Bundesregierung einzuengen.

4. Schließlich war das BVerfG auch auf dem Gebiet der Finanzverfassung rechtschöpferisch tätig. Für den Fall der extremen Haushaltsnotlage eines Landes, die seine Fähigkeit zur Erfüllung der ihm verfassungsrechtlich zugewiesenen Aufgaben in Frage stellt und aus der es sich mit eigener Kraft nicht befreien kann, leitete das Gericht in seinem Urteil vom 27. Mai 1992 aus dem Prinzip des sozialen Bundesstaates (Art. 20 Abs. 1 GG) eine allgemeine Beistandspflicht aller anderen Glieder der bun-

²⁸ Ebenda, S. 381 ff. Vgl. auch BVerfGE 100, 266 (268 f. – NATO-Einsatz in Serbien-Montenegro –); 104, 151 (208 – Erweiterung des NATO-Einsatzgebiets –).

desstaatlichen Gemeinschaft ab, mit konzeptionell aufeinander abgestimmten Maßnahmen dem betroffenen Land zu helfen²⁹. Das Gleiche gelte für die Gesamtheit der Länder, wenn der Bund in eine solche Lage gerate. Im Sinne eines „bündischen Einstehens füreinander“ seien die finanziellen Lasten, die sich aus der Wahrnehmung dieser Verpflichtung ergeben, von Bund und Ländern gemeinsam zu tragen. Im damals anhängigen Verfahren stellte das BVerfG sowohl bei der Freien Hansestadt Bremen als auch beim Saarland eine solche extreme Haushaltsnotlage fest und betrachtete den in § 11 a Abs. 3 des Finanzausgleichsgesetzes (FAG) von 1988 beiden Ländern zugestandenen „Vorabbetrag“ aus den Bundesergänzungszuweisungen als verfassungsgemäß.

Schnell stellte sich jedoch heraus, dass die auf mehrere Jahre verteilten Zahlungen an den strukturellen Defiziten dieser Länder nur wenig zu ändern vermochten. Als weiteres Not leidendes Glied kam Berlin noch hinzu. Es verwundert daher nicht, dass man sich zehn Jahre später wiederum an das BVerfG wandte und mit Bezug auf die erwähnten Präzedenzfälle wiederum auf dessen Großzügigkeit hoffte. Jetzt aber war es an ihm, die Geister, die es mit seiner „Erfindung“ einer föderativen Beistandspflicht in extremen Haushaltsnotlagen gerufen hatte, wieder loszuwerden, wenn dieser Titel nicht zu zügellosen Ansprüchen, uferlosen Finanztransfers und endlosen Streitigkeiten führen sollte. In seinem Urteil vom 19. Oktober 2007 trat das Gericht daher den Rückzug an und erklärte, Sanierungspflichten des Bundes und korrespondierende Ansprüche eines Not leidenden Landes erwiesen sich nach Sinn und Zweck der Bundesergänzungszuweisungen gemäß Art. 107 Abs. 2 Satz 3 GG als „Fremdkörper“ innerhalb des geltenden bundesstaatlichen Finanzausgleichs. Entsprechende Finanzhilfen seien nur dann zulässig und geboten, wenn die Haushaltslage eines Landes sowohl relativ – im Verhältnis zu den übrigen Ländern – als extrem zu werten sei als auch absolut – nach den Maßstäben des dem Land verfassungsrechtlich zugewiesenen Aufgaben – ein so extremes Ausmaß erreicht, dass ein bundesstaatlicher Notstand eingetreten sei, der seinerseits voraussetze, dass das Land alle ihm verfügbaren Möglichkeiten der Abhilfe erschöpft habe und sich daher eine Bundeshilfe als einzig verbliebener Ausweg darstelle³⁰. Nach diesen äußerst restriktiven Maßgaben war klar, dass nicht nur der Antrag Berlins abgelehnt werden musste, sondern auch

²⁹ BVerfGE 86, 148 (263 ff.).

³⁰ BVerfG NVwZ 2007, 67 ff.

die weiteren, noch anhängigen Begehren Bremens und des Saarlandes kaum noch Erfolg haben dürften.

VII. Schlussbemerkung

Das zuletzt beschriebene Beispiel zeigt deutlich, in welche Probleme und Schwierigkeiten das BVerfG geraten kann, wenn es sich aus eigener Machtvollkommenheit zur Ergänzung oder Fortbildung der Verfassung berufen fühlt. Der frühere Verfassungsrichter *Willi Geiger* hat einmal etwas provozierend für das Gericht die Befugnis reklamiert, einen Gesetzgeber, der es an der nötigen Verfassungsdisziplin fehlen lässt, auf den Pfad der verfassungsrechtlichen Tugend zurückzuführen³¹. Bei allem Verständnis für die Versuchung politischer Verfassungsgestaltung, der gerade ein Verfassungsgericht als eigenständiger Akteur in Verfassungsreformen ausgesetzt sein mag, ist dennoch dringend von solch verfassungspädagogischen Ambitionen abzuraten. In einem System, das Verfassungsänderungen oder –ergänzungen durch die gesetzgebenden Körperschaften weder an praktisch unerfüllbare Bedingungen knüpft, noch ihnen unüberwindliche Verfahrenshindernisse in den Weg stellt, ist es nicht Sache von Richtern, den ebenso unumgänglichen wie unentbehrlichen Verfassungswandel selbst aktiv voranzutreiben. Denn dies würde im Ergebnis nicht nur zu einer aus demokratischer Sicht höchst problematischen Juridifizierung der Politik führen, sondern mehr noch zu einer Entpolitisierung des öffentlichen Lebens insgesamt. Der verbreiteten Neigung vieler Politiker, die Verantwortung für die Verfassungsmäßigkeit ihres Handelns nach Karlsruhe abzuschieben oder gar einen auf der politischen Bühne schon verlorenen Machtkampf vor den Schranken des BVerfG fortzusetzen, darf keinesfalls weiter Vorschub geleistet werden. Gerade Verfassungsrichtern sollte es in diesen Fällen eigentlich nicht schwer fallen, den berühmten „Ball“ an die Politik zurückzuspielen, indem man solche Anträge entweder a limine ablehnt oder die Streitfrage zur „political question“ erklärt und damit den beteiligten Verfassungsorganen einen weiten Gestaltungs- oder Ermessensspielraum zubilligt. Ein Verfassungsgericht, dessen Autorität allein auf der Überzeugungskraft seiner Argumente ruht, muss der Politik gegenüber sorgsam darauf achten, dass es ihm nicht so ergeht wie *Goethes* „Zauberlehrling“, der in seiner Selbstherrlichkeit am Ende kleinlaut bekennen musste: „Ach, da kommt der Meister! Herr, die Not ist groß! Die ich rief, die Geister, werd’ ich nun nicht los“.

³¹ *Willi Geiger*, *Recht und Politik im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts*, Bielefeld 1980.