Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1558

Gebundene Kontrolle

Zur demokratischen Legitimation des Bundesverfassungsgerichts

Von

Simon Tebbe

Duncker & Humblot · Berlin

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

SIMON TEBBE

Gebundene Kontrolle

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1558

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Gebundene Kontrolle

Zur demokratischen Legitimation des Bundesverfassungsgerichts

Von

Simon Tebbe

Duncker & Humblot · Berlin

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Bayreuth
hat diese Arbeit im Jahre 2024 als Dissertation angenommen.

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.

Dieses Werk wurde auf Basis der Open Access-Lizenz CC BY 4.0
(s. http://creativecommons.org/licenses/by/4.0) veröffentlicht. Die E-Book-Version
ist unter https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 abrufbar

Alle Rechte vorbehalten
© 2025 Simon Tebbe
Erschienen bei Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-19388-2 (Print)
ISBN 978-3-428-59388-0 (E-Book)
DOI 10.3790/978-3-428-59388-0
Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ♾

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: http://www.duncker-humblot.de

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2024 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertation angenommen und hat mit der demokratischen Legitimation des Bundesverfassungsgerichts ein Thema zum Gegenstand, welches an den Kern des institutionellen Gefüges der demokratischen Ordnung des Grundgesetzes heranreicht. Ist bereits der Begriff der Demokratie an sich sinnvariabel, so findet sich erst recht auf die Frage danach, wann die Ausübung von Staatsgewalt demokratisch legitimiert ist, eine Vielzahl von Antworten. Aufgrund dessen liegt dieser Abhandlung der Ansatz zugrunde, die Maßstäbe welche das Bundesverfassungsgericht selbst an die demokratische Legitimation hoheitlichen Tätigwerdens anlegt zu benennen und diese auf das Gericht selbst anzuwenden.

Herzlicher Dank gilt in erster Linie meinem Doktorvater Prof. Dr. Carsten Bäcker, für dessen zahlreiche Anregungen und Hinweise während der Betreuung des Promotionsvorhabens. Diese Arbeit, welche während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter entstand, profitierte wesentlich von der großen Forschungsfreiheit, welche mir am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie gewährt wurde. Auch boten zahlreiche Kolloquien und Symposien die Möglichkeit zur Erprobung und Vertiefung mancher These, welche Eingang in diese Schrift fand. Für die, in Anbetracht dessen Doppelstellung als Bundesverfassungsrichter einerseits und Hochschulwissenschaftler andererseits alles andere als selbstverständliche, zügige Erstattung des Zweitgutachtens danke ich BVR Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff. Danken möchte ich ebenfalls dem Vorsitzenden der Prüfungskommission, Prof. Dr. André Meyer.

Christiane Seichter sowie Helge A. Wiechmann danke ich dafür, dass sie die Mühe des Korrekturlesens auf sich nahmen. Großer Dank für deren stete Unterstützung und Begleitung gilt außerdem meiner Familie, insbesondere meiner Mutter Ingrid Tebbe, welcher ein in den Händen halten dieser Arbeit leider nicht mehr vergönnt ist. Der größte Dank gilt Jana Kindermann, welche mein Leben in jedweder Hinsicht bereichert hat, für ihre Rücksichtnahme und vorbehaltslose Unterstützung während der Anfertigung dieser Arbeit, welche ich ihr widme.

Bayreuth, im September 2024 *Simon Tebbe*

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Inhaltsübersicht

Einleitung 15

Erstes Kapitel

Die Demokratiejudikatur des Bundesverfassungsgerichts 20

A. Frühphase der Demokratiejudikatur des Bundesverfassungsgerichts 22
B. Entwicklungs- und Präzisierungsphase 31
C. Individualistische Neuorientierung 43
D. Zäsur durch „Perspektivwechsel" hin zu den Legitimationsketten 51
E. Rechtsprechungsentwicklung in der Folgezeit: Relativierung der Legitimationskettentheorie? 93
F. Die Legitimationskettentheorie als leitende Demokratiekonzeption des Bundesverfassungsgerichts 115

Zweites Kapitel

Die Demokratische Legitimation des Bundesverfassungsgerichts nach den Maßstäben der Legitimationskettentheorie 118

A. Die funktionell-institutionelle Legitimation des Bundesverfassungsgerichts 120
B. Die personell-organisatorische Legitimation des Bundesverfassungsgerichts 132
C. Die sachlich-inhaltliche Legitimation des Bundesverfassungsgerichts 184
D. Das hinreichende Legitimationsniveau 193

Drittes Kapitel

Die prinzipientheoretische Rekonstruktion des „hinreichenden" legitimatorischen Grenzwerts 200

A. Kompatibilität einer prinzipientheoretischen Rekonstruktion 202
B. Die Prinzipientheorie Alexys 215

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

C. Die Kritik Böckenfördes als Ausgangspunkt einer prinzipientheoretischen Betrachtung 219

D. Exkurs: Kombination, Trennung oder Metaebene? Formelle Prinzipien in der Abwägung 229

E. Zur Kritik Böckenfördes 244

F. Das Modell gebundener Kontrolle 249

Schlussbemerkungen 258

Literaturverzeichnis 261

Stichwortverzeichnis 283

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 15

Erstes Kapitel

Die Demokratiejudikatur des Bundesverfassungsgerichts 20

A. Frühphase der Demokratiejudikatur des Bundesverfassungsgerichts 22
I. SRP-Verbot 23
II. KPD-Verbot 25
III. Bremer Personalvertretung 28
IV. Parteienfinanzierung 30
B. Entwicklungs- und Präzisierungsphase 31
I. Facharztentscheidung 32
II. Magistratsverfassung Schleswig-Holstein 34
III. Staatliche Wahlkampfwerbung 36
IV. Gemeindeparlamente Nordrhein-Westfalen 37
V. Kalkar I 38
C. Individualistische Neuorientierung 43
I. Brokdorf 43
II. Rastede 49
D. Zäsur durch „Perspektivwechsel“ hin zu den Legitimationsketten 51
I. Demos-Entscheidungen 52
1. Entscheidungen zum Ausländerwahlrecht 52
2. Maastricht-Urteil 55
3. Die Demos-Entscheidungen in der Diskussion 56
a) Inkurs: Staats- und demokratietheoretischer Kontext – Staat vor Verfassung? 57
aa) Der apriorische Staat des Staatsdenkens 58
bb) Das Staatsdenken als Ausgangspunkt des verfassungsgerichtlichen Demokratieverständnisses 60
(1) Die Prägung der Demos-Entscheidungslinie durch Böckenförde . . . 60
(a) Das staatstheoretische Verständnis Böckenfördes 61
(b) Der Einfluss Böckenfördes auf die Demos-Entscheidungen 62
(c) Die Prägung Böckenfördes durch Schmitt 65

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(2) Die Prägung der Demos-Entscheidungslinie durch Paul Kirchhof 70
cc) Das Verfassungsdenken als pluralistisches Alternativkonzept zum Staatsdenken . . . 73
b) Die „neo-etatistische" Position des Bundesverfassungsgerichts in der Diskussion . . . 75
aa) Der Volksbegriff des Bundesverfassungsgerichts . . . 75
bb) Inkonsequenter Volksbegriff: Eigenlegitimation ohne Volk? . . . 81
cc) Das Legitimationsvermittlungsmonopol des Volkes . . . 86
II. Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein . . . 88
III. Der Perspektivwechsel in der Retrospektive . . . 91
E. Rechtsprechungsentwicklung in der Folgezeit: Relativierung der Legitimationskettentheorie? . . . 93
I. Lippeverband und Emschergenossenschaft . . . 93
II. Notarkassen . . . 97
III. Demokratie als Integrationsgrenze? Die Weiterführung der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur zur europäischen Integration . . . 98
1. Lissabon . . . 99
2. Honeywell . . . 104
3. Stabilisierungsmechanismusgesetz . . . 107
4. Europäische Bankenunion I (SSM, SRM) . . . 108
5. Europäische Bankenunion II (PSPP) . . . 110
F. Die Legitimationskettentheorie als leitende Demokratiekonzeption des Bundesverfassungsgerichts . . . 115

Zweites Kapitel

Die Demokratische Legitimation des Bundesverfassungsgerichts nach den Maßstäben der Legitimationskettentheorie 118

A. Die funktionell-institutionelle Legitimation des Bundesverfassungsgerichts . . . 120
I. Die funktionell-institutionelle Komponente in Rechtsprechung und Literatur . . . 121
II. Anwendung auf das Bundesverfassungsgericht . . . 125
1. Verfassungsgerichtsbarkeit als Bestandteil der Verfassungsidentität? . . . 125
2. Legitimation qua Konstitutionalisierung – Die institutionelle Legitimation des Bundesverfassungsgerichts . . . 128
3. Legitimation qua Funktion – Die funktionelle Legitimation des Bundesverfassungsgerichts . . . 129
III. Die rahmensetzende funktionell-institutionelle Legitimation des Bundesverfassungsgerichts . . . 131
B. Die personell-organisatorische Legitimation des Bundesverfassungsgerichts . . . 132
I. Die personell-organisatorische Komponente in Rechtsprechung und Literatur . . . 133

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Anwendung auf das Bundesverfassungsgericht 136
1. Die Wahl der Verfassungsrichter 137
a) Wahl durch Bundestag 137
aa) Die Wahl im Plenum 138
bb) Die indirekte Wahl 140
b) Wahl durch Bundesrat 146
aa) Legitimationsgefälle bei der Richterwahl durch den Bundesrat 147
bb) Lösungsansatz zur Gewährleistung einer einheitlichen Legitimation . . . 150
c) Tatsächliche Praxis der Wahl 152
aa) Unzulässige Beschränkung des Kandidatenkreises? 157
(1) Verstoß gegen das Leistungsprinzip 158
(2) Verstoß gegen das Gleichheitsgebot 161
bb) Demokratietheoretische Kritik an der tatsächlichen Wahlpraxis 162
(1) Legitimationskonsumption 162
(2) Entwertung des Wahlausschusses 162
(3) Die Rolle der Parteien 163
d) Reformansatz zum Wahlverfahren: Die dreistufige Verfassungsrichterwahl 167
aa) Das zweistufige Wahlverfahren als Ausgangspunkt 168
bb) Transparenz im dreistufigen Wahlverfahren 169
(1) Transparenz durch Kodifikation: Die Vorschlagsformel als Gesetz 174
(2) Transparenz dank Triade: Das vorschlagende Gremium als „dritte“ Stufe 175
cc) Nicht zwingend reformierungsbedürftig, wohl aber reformierungswürdig 178
2. Organisatorische Legitimationsmechanismen 178
a) Die persönliche Unabhängigkeit als Ausprägung der richterlichen Unabhängigkeit 179
b) Die persönliche Unabhängigkeit im Spannungsfeld zum formalen Verantwortlichkeitsmodell 179
III. Zusammenfassung 181
C. Die sachlich-inhaltliche Legitimation des Bundesverfassungsgerichts 184
I. Die sachlich-inhaltliche Komponente in Rechtsprechung und Literatur 184
II. Anwendung auf das Bundesverfassungsgericht 186
1. Materielle Rückbindung und sachliche Unabhängigkeit 186
a) Die sachliche Unabhängigkeit 187
b) Das Spannungsfeld zwischen sachlicher Unabhängigkeit und dem Verantwortungs- und Kontrollmodell 187
2. Kompensation durch Gesetzesbindung? 188
III. Zusammenfassung 192

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

D. Das hinreichende Legitimationsniveau 193
I. Unterscheidbarkeit von personell-organisatorischer und sachlich-inhaltlicher Legitimation 193
II. Wechselseitigkeit der Komponenten demokratischer Legitimation 194
III. Das Legitimationsniveau des Bundesverfassungsgerichts 197
1. Die institutionelle Ausgestaltung des Bundesverfassungsgerichts als Ausgangspunkt 197
2. Konkretisierungsbedürftigkeit des legitimatorischen Grenzwertes 199

Drittes Kapitel

Die prinzipientheoretische Rekonstruktion des „hinreichenden" legitimatorischen Grenzwerts 200

A. Kompatibilität einer prinzipientheoretischen Rekonstruktion 202
I. Die Ausfüllungsbedürftigkeit der Legitimationskettentheorie 202
1. Die Legitimationskettentheorie als struktureller Rahmen 203
2. Ausfüllungsbedürftigkeit des Erfordernisses der Funktionsadäquanz 204
II. Die Ausfüllungsbedürftigkeit der prinzipientheoretisch rekonstruierten Abwägung 206
III. Prinzipientheoretische Rekonstruktion der legitimationsäquivalenten Funktion des Bundesverfassungsgerichts 207
1. Das Demokratieprinzip als Optimierungsgebot? 207
a) Legitimation durch „Output"? 208
b) Untergrenze contra Optimierungsgebot 211
c) Die Legitimationskettentheorie als regelförmige Konkretisierung des demokratischen Prinzips 212
2. Prinzipientheoretische Rekonstruktion des hinreichenden Grenzwertes des Bundesverfassungsgerichts 214

B. Die Prinzipientheorie Alexys 215

C. Die Kritik Böckenfördes als Ausgangspunkt einer prinzipientheoretischen Betrachtung 219
I. Böckenfördes Kritik: Entdemokratisierung durch Verrechtlichung 220
II. Das Grundgesetz als Rahmen- oder als Grundordnung? Der verfassungstheoretische Kontext der Kritik Böckenfördes 222
1. Die Verfassung als Rahmenordnung 223
2. Die Verfassung als Grundordnung 224
3. Die Verortung der Prinzipientheorie 225

D. Exkurs: Kombination, Trennung oder Metaebene? Formelle Prinzipien in der Abwägung 229
I. Die Kombinationspositionen 230
1. Die ursprüngliche Konzeption Alexys 230

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Rationalität durch Arithmetik: Die Gewichtsformel als formelle Struktur der Abwägung 232
3. Das zweite Modell Alexys 234
4. Das Kombinationsmodell 237
II. Die Trennungsposition 239
1. Das Trennungsmodell Sieckmanns 239
2. Die Verknüpfung des Trennungsmodells mit der Gewichtsformel 240
III. Das rein materiell-formelle Modell 241
IV. Das epistemische Modell: Die dritte Position Alexys 242
E. Zur Kritik Böckenfördes 244
I. Die Spielraumdogmatik als Einwand gegen die Kritik Böckenfördes 244
II. Die durch die Spielraumdogmatik begrenzte Funktion des Bundesverfassungsgerichts 245
1. Rekonstruktion des hinreichenden Legitimationsniveaus durch Spielraumdogmatik? 245
2. Funktionsbeschränkung durch „judicial self-rastraint“? 247
3. Funktionsbeschränkung durch „unsichtbare Grenzen“? 247
4. Keine hinreichend begrenzte Funktion des Bundesverfassungsgerichts 249
F. Das Modell gebundener Kontrolle 249
I. Demokratie in der Metaebene: Das epistemische Modell Alexys als Anknüpfungspunkt 251
II. Der Rahmen der Verfassungsmäßigkeit: Gesetzgeberischer Spielraum jenseits verfassungsgerichtlicher Zustimmung 252
III. Die Darstellung des gesetzgeberischen Spielraums in der Doppeltriade 253
IV. Theoretische Grenzziehung ohne praktische Durchsetzbarkeit 256

Schlussbemerkungen 258

Literaturverzeichnis 261

Stichwortverzeichnis 283

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abkürzungsverzeichnis

Begr.	Begründer
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
ESZB	Europäisches System der Zentralbanken
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Hrsg.	Herausgeber

Hinsichtlich aller weiteren Abkürzungen wird verwiesen auf *Kirchner*, Hildebert (Begr.): Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Auflage, Berlin 2018.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Einleitung

Das Postulat demokratischer Legitimation schlechthin – „Im Namen des Volkes“ – prangt an prominenter Stelle eines jeden Urteils des Bundesverfassungsgerichts. Der vorstehend postulierte Legitimationszusammenhang erscheint zunächst unmittelbar einleuchtend, werden die Bundesverfassungsrichter schließlich paritätisch von Bundestag und Bundesrat gewählt, vom Grundgesetz mit ihren Aufgaben betraut und sind an dieses gebunden. Vor diesem Hintergrund mag die Frage nach der demokratischen Legitimation des Gerichts kontrovers, gar als Infragestellung des Gerichts erscheinen und den Reflex apodiktischen Widerspruchs auslösen. Dennoch lohnt sich eine nähere Betrachtung: Nicht nur sind bereits fünf (in einer Kammer gegebenenfalls gar zwei) Bundesverfassungsrichter in der Lage, sich über den repräsentierten Volkswillen hinwegzusetzen und diesen für verfassungswidrig zu erklären.[1] Auch obliegt die (letztverbindliche) Interpretation der Verfassung, welche dem Bundesverfassungsgericht Grenzen setzt, diesem selbst.[2] So offenbart sich eine „verfassungsrechtliche Grundspannung“[3] zwischen dem Gesetzgeber und dem Bundesverfassungsgericht; der Zusammenhang zwischen der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung und dem parlamentarischen Gesetzgeber erscheint als diffizil. Nach Alexy stellt das Problem der Rechtfertigung der Kompetenz eines Verfassungsgerichts zur Aufhebung von Parlamentsentscheidungen, das „theoretische Hauptproblem der Verfassungsgerichtsbarkeit“[4] dar.

Die Frage nach den Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit ist, wie der ehemalige Bundesverfassungsgerichtspräsident Voßkuhle konstatiert, „so alt wie die Verfassungsgerichtsbarkeit selbst“.[5] Das ein Akt der Selbstermächtigung die Geburtsstunde der Verfassungsgerichtsbarkeit markiert – der US-amerikanische Su-

[1] Exemplarisch hierzu *Schulze-Fielitz*, Schattenseiten des Grundgesetzes, S. 11 f., welcher prägnant konstatiert: „Eine Senatsmehrheit von nur fünf Richtern kann die legislatorischen Entscheidungen der Mehrheit der Volksvertreter für verfassungswidrig erklären und sich über den repräsentativen Volkswillen hinwegsetzen“.

[2] Vgl. zur Ausweitung des Kompetenzbereichs des Bundesverfassungsgerichts anhand einer expansiven Grundrechtsauslegung durch das Gericht besonders deutlich *Brohm*, Die Funktion des BVerfG – Oligarchie in der Demokratie? S. 1 ff. Vgl. auch *R. Lamprecht*, Oligarchie in Karlsruhe, S. 3272. Vgl. zur Letztinterpretationskompetenz des Bundesverfassungsgerichts *Bäcker*, Nichtbegründetes Nichtannehmen, S. 495 ff.

[3] *Isensee*, Grundrechte und Demokratie, S. 171.

[4] *Alexy*, Grundrechte, Demokratie und Repräsentation, S. 201.

[5] *Voßkuhle*, Karlsruhe Unlimited? Zu den (unsichtbaren) Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 577; *Alexy*, Grundrechte, Demokratie und Repräsentation, S. 201, spricht von der „ewigen Frage nach dem Verhältnis von Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie“.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

preme Court erklärte sich am 24. Februar 1803 mit der Urteilsverkündung im Verfahren Marbury v. Madison zum Hüter der Verfassung[6] –, zeichnet das Verhältnis zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und dem parlamentarischen Gesetzgeber bereits als konfliktträchtig vor. Dem Bundesverfassungsgericht kann der Vorwurf der Selbstermächtigung vermöge seiner grundgesetzlichen Verankerung nicht gemacht werden.[7] Somit bewirkt die verfassungsrechtliche Konstituierung der Verfassungsgerichtsbarkeit bereits eine Engführung der Frage nach dem Hüter der Verfassung, welche in der deutschen Verfassungsgeschichte bereits zur Zeit der Weimarer Republik kontrovers diskutiert wurde.[8]

Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts war dennoch, bereits vor dessen Gründung, Gegenstand tiefgreifender Auseinandersetzungen. Zwar mag die Anerkennung um die Verdienste des Bundesverfassungsgerichts in der Frühphase der Bundesrepublik Deutschland – auch von Seiten seiner Kritiker wird dem Bundesverfassungsgericht anerkennend seine Rolle als „Geburtshelfer der zweiten deutschen Demokratie“[9], mithin als Institution, welche für den Weg aus den Trümmern des NS-Regimes hin zu einer liberalen Gesellschaft so prägend war, wie kaum eine andere,[10] zugestanden – zur nostalgischen Verklärung verleiten. Doch sind die Auseinandersetzungen, welche im Rahmen der Verhandlungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer schon 1928[11] und insbesondere 1950 – hier wurde dezidiert um die Grenzen der in Entstehung befindlichen Verfassungsgerichtsbarkeit gestritten[12] – stattfanden, Ausweis dafür, dass um die Grenzen der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit bereits vor deren Bestehen gerungen wurde.

---

[6] Vgl. *Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, S. 5, welcher von diesem Urteil als „Inthronisation der Verfassungsgerichtsbarkeit als Hüter der Verfassung“ spricht; vertiefend *Heun*, Die Geburtsstunde der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 267 ff.

[7] Gleichwohl ist die Geschichte des Bundesverfassungsgerichts nicht frei von Momenten der Selbstermächtigung. Insbesondere die auf Leibholz zurückgehende Denkschrift aus dem Jahre 1952, vgl. Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts v. 27. Juni 1952, S. 144 f., in welcher das Bundesverfassungsgericht erklärte, „ein mit höchster Autorität ausgestattetes Verfassungsorgan“ zu sein, ist insoweit hervorzuheben. Vertiefend hierzu *Papier*, Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Grundrechte, Rn. 2.

[8] So geht die Bezeichnung des „Hüters der Verfassung“ auf Carl Schmitt zurück, welcher als solchen indes keine Verfassungsgerichtsbarkeit, sondern den Reichspräsidenten als *pouvoir neutre* im Sinn hatte, vgl. *Schmitt*, Der Hüter der Verfassung, S. 132 ff. Vertiefend zur Verwendung der Bezeichnung des „Hüters der Verfassung“ *Papier*, Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Grundrechte, Rn. 2 ff.

[9] *Schönberger*, Anmerkungen zu Karlsruhe, S. 27.

[10] Vgl. *Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht, S. 79.

[11] Vgl. *Triepel*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, S. 2 ff.; *Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, S. 30 ff.

[12] Vgl. *E. Kaufmann*, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 1 ff.; *Drath*, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 110, welcher die Rolle des Bundesverfassungsgerichts als prägender Akteur der Nachkriegszeit antizipiert, wenn er konstatiert, die Aufgabe

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Obschon die Frage nach ihren Grenzen die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit bereits seit ihrer Entstehung begleitet, hielt sich diese – anders als es die stetig hohen Beliebtheitswerte des Bundesverfassungsgerichts nahelegen mögen[13] – konstant. Gar war zeitweise zu beobachten, dass die Rolle des Gerichts in zunehmend zugespitzter Form in Frage gestellt wurde. Die dem Bundesverfassungsgericht konstant entgegengehaltenen Bedenken wiegen nach Ansicht einiger Kritiker, vor dem Hintergrund der nunmehr gefestigten Demokratie in der Bundesrepublik Deutschlands, noch schwerer: Galt es in der Frühphase der Bundesrepublik noch, Beharrungskräften im Sinne der Etablierung einer parlamentarischen Demokratie entgegenzuwirken, so geriere sich das Bundesverfassungsgericht zunehmend als ein „Übervater"[14], welcher das Erwachsenwerden seines Kindes „durch Überfürsorge sogar [zu] behindern"[15] drohe.[16]

In Anbetracht der – von Kritikern postulierten – „Entgrenzung" des Bundesverfassungsgerichts,[17] wird gar der Vorwurf einer verfassungsgerichtlichen Oligarchie erhoben.[18] Folgte der Parlamentarische Rat, als er das Grundgesetz beschloss, dem Ratschlag Aristoteles,[19] gegen die Demokratie und für eine gemischte Verfassung? Das Grundgesetz gibt auf diese Frage eine klare Antwort: Es statuiert in Art. 20 Abs. 2 GG eine parlamentarische Demokratie und teilt dem Bundesverfas-

---

des Verfassungsgerichts beschränke sich nicht darauf zu „behüten […] was ist, sondern [das Gericht müsse] schaffen helfen, was erst werden soll".

[13] So gaben 2022 70,9 % der Befragten an, großes oder sehr großes Vertrauen in das Bundesverfassungsgericht zu haben. Das Bundesverfassungsgericht genießt somit mehr Vertrauen als der Bundestag, die Bundesregierung sowie die Institutionen der Europäische Union, welchen lediglich 42,3 %, 42,4 % beziehungsweise 31,5 % der Befragten ein entsprechendes Vertrauen aussprachen, vgl. https://de.statista.com/statistik/daten/studie/3612/umfrage/institutionen-denen-die-deutschen-vertrauen/ (zuletzt abgerufen am 05. 04. 2024). Einen möglichen Erklärungsansatz für die stetig hohen Beliebtheitswerte des Bundesverfassungsgerichts findet sich bei *Isensee*, Grundrechte und Demokratie, S. 161, welcher „die Deutschen" als „verfassungsbedürftige Gesellschaft" bezeichnet und ein ausgeprägtes Bedürfnis „nach verfassungsrechtlicher Legitimation" konstatiert.

[14] *Wiederin*, Entgrenzung der Verfassungsgerichtsbarkeit?, S. 586.

[15] *Schönberger*, Anmerkungen zu Karlsruhe, S. 45.

[16] Vgl. auch *Exner*, „Verfassungswidrige Verfassungsrechtsprechung?", S. 541, welcher prägnant konstatiert: „Eine rechtlich (effektiv) ungebundene Verfassungsgerichtsbarkeit hat im modernen Staatsgefüge der Bundesrepublik Deutschland keinen Platz".

[17] Vgl. nur *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger*, Das entgrenzte Gericht.

[18] Vgl. *R. Lamprecht*, Oligarchie in Karlsruhe, S. 3272: „Dieser oberste Spruchkörper [das Bundesverfassungsgericht] hat sich im Laufe der Jahre – halb zog es ihn, halb sank er hin – zu einem Zentrum der Oligarchie in einer ansonsten gut demokratischen Gesellschaft entwickelt." Wie sich dies mit dem Prinzip demokratischer Legitimation vertrage, bleibe eine „latent aktuelle Frage"; vgl. auch *Brohm*, Die Funktion des BVerfG – Oligarchie in der Demokratie?, S. 6, nach welchem es „praktisch keine Rechtsfrage mehr [gebe], die nicht im Hinblick auf die einzelnen in der Verfassung garantierten Werte auch verfassungsrechtlich relevant werden und damit in die Letztentscheidungskompetenz des *BVerfG* fallen könnten".

[19] Vgl. *Aristoteles*, Politik. Schriften zur Staatstheorie, 1295 a-1297b.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sungsgericht eine lediglich rechtsprechende Rolle zu.[20] Einer richterlichen Oligarchie erteilt das Grundgesetz somit eine eindeutige Absage.[21] Für das Bundesverfassungsgericht gilt mithin, was für jedwede Institution welche Hoheitsgewalt ausübt, gilt: Es bedarf demokratischer Legitimation.

In jüngerer Vergangenheit wendete sich die öffentliche Wahrnehmung. Anstelle der Sorge vor einer Entgrenzung beherrscht nunmehr die Sorge um die Sicherung des Bundesverfassungsgerichts vor politischer Einflussnahme die Diskussion rund um die Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland.[22] Schon aufgrund des gemeinsamen Bezugspunktes beider Fragen – beide betreffen die Stellung des Bundesverfassungsgerichts im konstitutionellen Gefüge des Grundgesetzes[23] – sollte über die Frage nach der Resilienz des Bundesverfassungsgerichts nicht die nach dessen demokratischer Legitimation aus dem Blick verloren werden.

Die vorliegende Arbeit unternimmt es, die demokratische Legitimation des Bundesverfassungsgerichts zu untersuchen. Ausgangspunkt ist dabei die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts selbst: In einer Rechtsprechungsanalyse der Demokratiejudikatur des Bundesverfassungsgerichts werden jene Maßstäbe herausgearbeitet, welche das Bundesverfassungsgericht auf dem Boden des Grundgesetzes an die demokratische Legitimation hoheitlich tätig werdender Staatsorgane stellt. Es wird zu zeigen sein, dass die Legitimationskettentheorie als die Demokratiekonzeption des Bundesverfassungsgerichts qualifiziert werden kann. Deren Maßstäbe werden sodann auf das Gericht selbst angewendet. Dabei erweist sich die Legitimationskettentheorie als außerstande, den konkreten Grenzwert des hinreichenden Legitimationsniveaus des Bundesverfassungsgerichts zu bestimmen. Die Legitimationskettentheorie erweist sich hinsichtlich dieser Konkretisierungsleistung als ausfüllungsbedürftig.

Diese Lücke vermag mit der Prinzipientheorie Alexys gefüllt zu werden. Der Grenzwert des hinreichenden Legitimationsniveaus lässt sich anhand einer prinzipientheoretischen Rekonstruktion der legitimationsäquivalenten Funktion des Bundesverfassungsgerichts präzise darstellen. Hierzu bedarf es einer Ergänzung der

[20] So findet das Bundesverfassungsgericht erst im IX. Abschnitt des Grundgesetzes, welcher den Namen „Die Rechtsprechung" trägt, Erwähnung.

[21] Vgl. *Brohm*, Die Funktion des BVerfG – Oligarchie in der Demokratie?, S. 9, welcher ebenfalls betont, dass „uns die Verfassung eindeutig auf die Demokratie und keine richterliche Oligarchie" festlege.

[22] Vgl. nur *Zimmermann/Schroeter*, Bundesjustizministerium schlägt Grundgesetzänderung vor, in: Legal Tribune Online, 28. 03. 2024, https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/resilienz-schutz-bverfg-gesetzesentwurf-bmj-grundgesetz-nderung-verfassung/ (zuletzt abgerufen am 05. 04. 2024); *Britz/Eichberger*, Mehr Widerstandskraft, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 10. 01. 2024; *Kirchhoff*, Die „offene Flanke" des Bundesverfassungsgerichts schließen!, in: Legal Tribune Online, 28. 03. 2024, https://www.lto.de/recht/meinung/m/ferdinand-kirchhof-kommentar-schutz-bverfg-ampel-union/ (zuletzt abgerufen am 05. 04. 2024).

[23] Aus diesem Grunde wird auf die Resilienz des Bundesverfassungsgerichts auch im Rahmen der legitimationstheoretischen Betrachtung der Verfassungsrichterwahl zurückzukommen sein. Vgl. hierzu unten, S. 174 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Spielraumdogmatik Alexys um das Modell gebundener Kontrolle: Eine Äquivalenz zwischen der Funktion des Bundesverfassungsgerichts und dessen demokratischer Legitimation soll durch eine gebundene Kontrolle hergestellt werden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Erstes Kapitel

Die Demokratiejudikatur des Bundesverfassungsgerichts

Am Anfang einer jeden demokratietheoretischen Betrachtung steht das Problem der Mehrdeutigkeit des Demokratiebegriffs, welche sich in einer Vielzahl von Demokratietheorien spiegelt.[1] Da vorliegend die demokratische Legitimation des Bundesverfassungsgerichts Gegenstand der Untersuchung ist, dem Demokratieprinzip mithin konkrete Erkenntnisse abgerungen werden sollen, kann sich nicht mit „der Demokratie" als semantischer Proteus zufriedengegeben werden. Um „die Demokratie" als Rechtsbegriff fruchtbar zu machen, ist das Grundgesetz als normativer Ausgangspunkt heranzuziehen. Es ist also nach der Demokratiekonzeption des Grundgesetzes zu fragen. Obschon die verschiedenen Demokratietheorien dadurch nicht gänzlich an Bedeutung für die vorliegende Untersuchung verlieren, gibt das Grundgesetz doch an mancher Stelle Anlass zur Konkretisierung und ist strukturell offen für Interpretationen, so bewirkt die Betrachtung „aus dem Blickwinkel des Grundgesetzes" doch eine konkretisierende „Engführung des Demokratiebegriffs".[2] Es vermindert die Komplexität des Demokratiebegriffs insoweit, dass jene Demokratietheorien, welche zwingenden Geboten des Grundgesetzes widersprechen, von vornherein aus der vorliegenden Betrachtung ausgeschlossen werden können. So scheidet beispielsweise ein Rückgriff auf die Theorien des identitären Typus schon vor dem Hintergrund des grundgesetzlich gebotenen freien Mandats des Bundestagsabgeordneten nach Art. 38 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes aus.[3] Der Problematik der Mehrdeutigkeit des Demokratiebegriffs kann mit der Betrachtung „aus dem Blickwinkel des Grundgesetzes" begegnet werden; die Außenperspektive der Demokratietheorie wird durch die Innenperspektive der Demokratiedogmatik beschränkt.[4] In diesem Sinne führt der ehemalige Richter des Bundesverfassungsgerichts Konrad Hesse, mit Blick auf die vielfältigen Deutungen des Demokratiebegriffs, aus:[5]

---

[1] Vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 138 ff., welcher von einer „Sinnvariabilität des Demokratietheorems" spricht.

[2] *C. Möllers*, Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Vergleich, S. 46.

[3] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 11.

[4] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 11.

[5] *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 58.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„Dieser Vielfalt gegenüber kann die verfassungsrechtlich maßgebliche Bedeutung des Begriffs nur anhand der konkreten Ausformung der Demokratie durch die Verfassung gewonnen werden."

Da die nähere Ausgestaltung der demokratischen Legitimation, für welche Artikel 20 Absatz 1 und Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes als erheblich konkretisierungs- und dogmatisierungsbedürftiger Ausgangspunkt dient, maßgeblich durch das Bundesverfassungsgericht erfolgt, kommt diesem insofern eine tragende Rolle zu. Dennoch ist dessen Rechtsprechung nicht isoliert zu betrachten. Vielmehr nimmt das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen Bezug auf Argumentationslinien der Literatur und dient wiederum selbst als Referenzpunkt für Erwiderungen, seien sie ablehnender oder zustimmender Art.[6] Den sich so entwickelnden verfassungsrechtlichen Diskurs prägt das Bundesverfassungsgericht als Institution entscheidend. War der Diskurs zu Zeiten der Weimarer Republik noch von grundlegenden staatstheoretischen Kontroversen geprägt, so gerieten diese, aufgrund der Behandlung konkreter verfassungsrechtlicher Fragen durch das Gericht, eher in den Hintergrund.[7] Obschon in den Hintergrund geraten, so finden die grundsätzlichen staatstheoretischen Fragen über den Rezeptionskontext der Entscheidungen nach wie vor Eingang in die verfassungsrechtliche Debatte, auch – gleichsam subkutan – von verfassungsgerichtlicher Seite aus. Die Demokratiejudikatur des Bundesverfassungsgerichts ist somit „Quelle und Niederschlagsgebiet für den demokratiedogmatischen Diskurs in Deutschland"[8] zugleich. Diesem korrelativen Verhältnis Rechnung tragend, wird zur Untersuchung der demokratischen Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht lediglich die verfassungsrechtliche Rechtsprechung einerseits oder die diesbezügliche Entwicklung in der Literatur andererseits isoliert erörtert, sondern deren Zusammenspiel in den Blick genommen.

Zum Zeitpunkt der Gründung des Bundesverfassungsgerichts in der jungen Bundesrepublik[9] bestand ein breites Angebot an Demokratiekonzeptionen. In der Frühphase der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Demokratiekonzeption des Grundgesetzes hob das Gericht insbesondere das repräsentativ-demokratische Element hervor und grenzte die Demokratiekonzeption des Grundgesetzes von entgegenstehenden Theorien ab. Von den diversen Demokratiekonzeptionen waren somit nur noch jene juristisch relevant, welche nicht den durch das Gericht konkretisierten Geboten des Grundgesetzes widersprachen. Das Gericht

[6] Vgl. *Schulze-Fielitz*, Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, S. 477, der insoweit von dem Bundesverfassungsgericht als „‚Umschlagplatz' für einschlägige Arbeiten der Verfassungsrechtswissenschaft" spricht.

[7] Vgl. *van Ooyen*, Viel Smend und auch Schmitt – wenig Kelsen, Radbruch und Thoma, S. 223.

[8] *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 28.

[9] Die Gründung des Bundesverfassungsgerichts datiert auf das Jahr 1951: Am 17. 04. 1951 tritt das Bundesverfassungsgerichtsgesetz in Kraft, am 7. 09. 1951 nimmt das Gericht seine Arbeit auf und bereits am 09. 09. 1951 – noch vor der am 28. 09. 1951 stattfindenden feierlichen Eröffnung des Bundesverfassungsgerichts – trifft das Gericht seine erste Entscheidung.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rezipierte hierbei, oftmals ohne ausdrückliche Kenntlichmachung, verschiedene „Klassiker" der Demokratietheorie.[10] Die eingangs propagierte Wechselhaftigkeit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist somit auch auf den jeweiligen Rezeptionskontext zu beziehen.

Während das Gericht im Laufe seiner Rechtsprechungsgeschichte verschiedene demokratietheoretische Aspekte in wechselhafter Intensität betonte, stellte es doch bereits vor seiner, auf die 90er Jahre datierenden Rechtsprechungsphase die dogmatischen Weichen für die Legitimationskettentheorie. Das gedankliche Fundament der Legitimationskettentheorie dem Demokratieverständnis des Bundesverfassungsgerichts bereits vor dieser, mitunter als „Perspektivwechsel"[11] bezeichneten Rechtsprechung immanent. Teilweise äußert sich das Gericht gar explizit zu den einzelnen Komponenten demokratischer Legitimation im Sinne der Legitimationskettentheorie.[12] Folglich ist der Aussage, wonach das Gericht 1990 „seine Rechtsprechung zu den Legitimationsketten begann, zwischen der sachlich-inhaltlichen, personell-organisatorischen, institutionellen und funktionalen Legitimation unterschied und ein hinreichendes Legitimationsniveau verlangte",[13] lediglich bedingt zuzustimmen. In einer Gesamtschau der Demokratiejudikatur des Bundesverfassungsgerichts sticht die Legitimationskettentheorie heraus: Es wird zu darzulegen sein, dass es sich bei ihr um die leitende Demokratiekonzeption des Bundesverfassungsgerichts handelt, sie gar als „Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts" gelten kann.

A. Frühphase der Demokratiejudikatur des Bundesverfassungsgerichts

In der Frühphase seiner Rechtsprechung betonte das Bundesverfassungsgericht im Rahmen seiner Entscheidungen zu Parteiverbotsverfahren, den repräsentativdemokratischen Charakter des Grundgesetzes. Die Positionen und Organisation der betroffenen politischen Parteien wurden zum Anlass genommen, diese Positionierung des Grundgesetzes gegen repräsentationsabstinente Demokratiekonzeptionen herauszuarbeiten.[14] Ausgehend von den Parteiverbotsverfahren wird diese Linie mit den Entscheidungen zur Bremer Personalvertretung sowie der Parteienfinanzierung fortgeführt.

[10] *Häberle*, Klassikertexte im Verfassungsleben, S. 28 f.

[11] So *Jouanjan*, Demokratietheorie als Verfassungslehre, S. 226.

[12] So ist bereits im „Kalkar I" Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, BVerfGE 49, 89 (124), die Rede von personeller sowie institutioneller und funktioneller demokratischer Legitimation.

[13] *Jouanjan*, Demokratietheorie als Verfassungslehre, S. 226.

[14] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 30 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

I. SRP-Verbot

Bereits 1952 nutzte das Bundesverfassungsgericht die Gelegenheit, im SRP-Verbotsurteil[15] die repräsentativ-demokratische Positionierung des Grundgesetzes zu betonen und auszuformen. Im Mittelpunkt des Urteils stand die Sozialistische Reichspartei, welche in der Tradition der NSDAP stand[16] und deren Funktionäre zu weit überwiegenden Teilen einen nationalsozialistischen Hintergrund hatten.[17] Das Gericht formulierte mit Blick auf die SRP:[18]

> „Erreicht die Abkehr von demokratischen Organisationsgrundsätzen einen solchen Grad, daß sie nur als Ausdruck einer grundsätzlich demokratiefeindlichen Haltung erklärbar ist, so kann, namentlich wenn auch andere Umstände diese Einstellung der Partei bestätigen, der Tatbestand des Art. 21 Abs. 2 GG erfüllt sein."

Für das Vorliegen der angesprochenen im Sinne des Grundgesetzes demokratiefeindlichen Ordnung kann also nach Auffassung des Gerichts schon die Binnenorganisation der Partei sprechen. Es führt dazu aus:[19]

> „Entspricht die innere Ordnung einer Partei demokratischen Grundsätzen nicht, so wird im allgemeinen der Schluß naheliegen, daß die Partei die Strukturprinzipien, die sie bei sich selbst verwirklicht hat, auch im Staate durchsetzen, damit also einen der wesentlichsten Bestandteile der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, nämlich die Bildung des Staatswillens als Ergebnis des freien politischen Kräftespiels, zugunsten eines autoritären Systems beseitigen will."

Nach der Feststellung, eine undemokratische Binnenorganisation könne bereits eine Erfüllung des Tatbestandes indizieren stellt sich die Frage nach einer näheren Bestimmung, insbesondere des Merkmals der *demokratischen Grundordnung*. Das Gericht spricht hier erstmals von „Grundwerten", welche „die freiheitliche demokratische Grundordnung"[20] im Sinne des Art. 21 GG bilden. Die Idee einer Werteordnung, welche hinter der Verfassung steht, geht auf Smend zurück.[21] Sie wird sich durch die Rechtsprechung des Gerichts ziehen.[22] Hinsichtlich der demokratischen

[15] BVerfGE 2, 1.

[16] Vgl. BVerfGE 2, 1 (6).

[17] So waren mit Otto Ernst Remer, Fritz Dorls, August Finke, Bernhard Gericke, Gerhard Krüger und Wolf von Westarp sechs von neun Gründungsmitgliedern ehemalige NS-Funktionäre.

[18] BVerfGE 2, 1 (2) Leitsatz Nr. 5.

[19] BVerfGE 2, 1 (14).

[20] BVerfGE 2, 1 (12).

[21] Näher hierzu *Henne*, Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, S. 213 f.

[22] Die Idee der Werteordnung wird ebenfalls im KPD-Verbotsurteil aufgegriffen, BVerfGE 5, 85 (134 ff., 197 ff.). Während sie in beiden Urteilen als Maßstab für die Verfassungstreue von Parteien, mithin als freiheitsbegrenzendes Argument diente, so nahm die Idee der Werteordnung im Elfes-Urteil, BVerfGE 6, 32, eine, staatliche Eingriffe in die Freiheit der Bürger, begrenzende Rolle ein, vgl. *Darnstädt*, Die Suche nach dem richtigen Weg – Die Auslegung des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht, S. 1584.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Grundsätze, welche durch die Partei einzuhalten seien, verweist das Gericht zwar darauf, dass es Aufgabe des Parteiengesetzes sein werde, diese Grundsätze im Einzelnen zu entwickeln, stellt sodann aber fest:

> „[…] daß der Aufbau der Partei von unten nach oben erfolgen muß, die Mitglieder also nicht von der Willensbildung ausgeschlossen sein dürfen, und daß die grundsätzliche Gleichwertigkeit der Mitglieder sowie die Freiheit von Eintritt und Ausscheiden gewährleistet sein muss."[23]

Dies sei nach der SRP-Satzung nicht der Fall gewesen. So sei in der führungsabhängigen Personalhierarchie der Parteivorsitzende mit zu weitgehenden Befugnissen ausgestattet.[24] Des Weiteren ergebe sich aus der Befugnis des Parteirats zum Gebietsausschluss sowie der Möglichkeit willkürlicher Parteiausschlüsse ein autoritärer Charakter der Parteiorganisation.[25] In einer Zusammenschau dieser Faktoren attestiert das Gericht der SRP „eine diktatorische Führung von oben nach unten".[26]

Das SRP-Verbot wurde als richtungsweisendes Urteil für die Rechtsentwicklung wahrgenommen, welches „die ernsteste Beachtung aller, die für diese verantwortlich sind"[27], verdient habe. In der jüngeren Vergangenheit wurde das Urteil vermehrt Gegenstand kritischer Verlautbarungen,[28] welche sich indes nicht auf die an dieser Stelle in den Blick genommenen demokratietheoretisch relevanten Aspekte beziehen und mithin nicht Gegenstand näherer Betrachtung werden sollen.

Löst man die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts vom konkreten Fall, so lassen sich abstrakte, die Demokratiekonzeption des Grundgesetzes betreffende Erkenntnisse gewinnen. So ist Tschentscher dahingehend zuzustimmen, dass dem Urteil die demokratietheoretische Erkenntnis abgerungen werden kann, wonach „eine Zentralsteuerung der Willensbildung ausgeschlossen" sei und außerdem „Wahlen zu Organen nicht durch weitere Entscheidungsberechtigte konterkariert werden (dürfen), die ohne Wahl zur Mitgliedschaft in den Organen gelangen."[29]

---

[23] BVerfGE 2, 1 (40).

[24] Vgl. BVerfGE 2, 1 (41 f.). Konkret wurde die Möglichkeit des Parteivorsitzenden, sich durch das Berufen neuer Mitglieder in den Parteirat, stets das Übergewicht im selbigen, um eine Stimme zu sichern, als nicht demokratischen Grundsätzen entsprechend qualifiziert. Gleiches gilt für dessen Einspruchsrecht gegen die Wahl von Landesvorsitzenden im Parteivorstand, welches lediglich durch qualifizierte Mehrheit der Delegiertenversammlung überwunden werden konnte.

[25] BVerfGE 2, 1 (42 f.).

[26] BVerfGE 2, 1 (46).

[27] *von Weber*, Zum SRP-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, S. 298.

[28] So bemängelte *Lovens*, Parteiverbote in der Bundesrepublik Deutschland, S. 554, die Wortwahl des Gerichts, welches von „minderwertigen Personen" und „Menschen mit Charaktermängeln" sprach (BVerfGE 2, 1 [18 f.]). Ebenfalls wird kritisch bemerkt, dass es dem Gericht um die Rehabilitierung des deutschen Vaterlandes ginge; am zweiten Weltkrieg sei in erster Linie Hitler und in zweiter Linie die NSDAP schuld gewesen, eine darüberhinausgehende Verantwortung sei dem Gericht fremd gewesen.

[29] *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 32.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. KPD-Verbot

Obschon der Antrag auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Kommunistischen Partei Deutschlands lediglich kurze Zeit nach dem SRP-Antrag gestellt wurde, erging das KPD-Verbotsurteil erst fünf Jahre später.[30] Das Verbot der KPD stellt das zweite und bisher letzte Parteiverbot in der Geschichte der Bundesrepublik dar.[31] Die ungleich längere Verfahrensdauer ist bereits Indiz für die Verschiedenheit zwischen dem SRP- und dem KPD-Verbotsverfahren.

Die Unterschiede waren zum Teil personeller Natur: Viele der Mitglieder der KPD leisteten Widerstand in der NS-Zeit und fielen dem damaligen Regime zum Opfer. Auch inhaltlich verlangte die Qualifikation der komplexen Lehre des Kommunismus als verfassungsfeindlich einen höheren Begründungsaufwand, als dies bei der Ideologie des Nationalsozialismus im Rahmen des SRP-Verbots der Fall war. Diese Anschauung war zum damaligen Zeitpunkt noch allgemein präsent und es konnte ohne Weiteres von der Möglichkeit, die NSDAP unter der Geltung des Grundgesetzes nach Art. 21 Abs. 2 GG verbieten zu können, ausgegangen werden.[32] Auch im Verhalten während des Verfahrens traten Unterschiede zum Vorschein: Während die KPD das Verfahren organisiert führte, verhielt sich die SRP undiszipliniert, was in dem Versuch gipfelte, einem Verbot zuvorzukommen, indem Teile des Parteivorstands die Auflösung der Partei propagierte.[33] Diese Unterschiede fanden auch im Urteil selbst Ausdruck. Zum einen setzte sich das Gericht im wesentlich umfangreicheren KPD-Verbotsurteil, während das SRP-Verbotsurteil einen Umfang von 79 Seiten hat, umfasst es über 300 Seiten,[34] bemerkenswert ausführlich

[30] Am 19. November 1951 beantragte die Bundesregierung die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der SRP; der KPD-Antrag wurde im November 1951 gestellt. Während das SRP-Verbotsurteil am 23. Oktober 1952 erging, dauerte es im Falle des KPD-Verbotsverfahrens noch fünf Jahre länger; das KPD-Verbotsurteil erging erst am 17. August 1956.

[31] Die 1993 gestellten Verbotsanträge, welche die Nationale Liste (NL) und die Freiheitliche Deutsche Arbeiterpartei (FAP) betrafen, wurden als unzulässig abgewiesen, ohne dass sich das Bundesverfassungsgericht überhaupt inhaltlich mit der Verbotsfrage auseinandersetzte. Sowohl NL als auch FAP wurde die Qualifikation als Partei abgesprochen: Der bloße Wille zur Partei reiche nicht aus, um eine Parteifähigkeit zu bejahen, es fehle an einer gewissen Wirklichkeit, welche aus der „Ernsthaftigkeit ihrer Zielsetzung" folgt, BVerfGE 5, 85 (270 f.). Demgegenüber scheiterte ein Verbot der Nationaldemokratischen Partei Deutschlands (NPD) zunächst an einer Verfahrenseinstellung BVerfGE 107, 339 (356 ff.), bevor das Bundesverfassungsgericht ein Verbot der NPD 2017 an einer mangelnden „Potentialität" scheitern ließ, BVerfGE 144, 20 (224 ff.). Das Gericht stellte klar, dass eine verfassungsfeindliche Gesinnung einer Partei nicht für deren Verbot ausreiche, sondern es darüber hinaus konkreter Anhaltspunkte bedürfe, „die es zumindest möglich erscheinen lassen, dass das gegen die Schutzgüter des Art. 21 Abs. 2 GG gerichtete Handeln einer Partei erfolgreich sein kann", BVerfGE 144, 20 (225).

[32] Vgl. *Lovens*, Parteiverbote in der Bundesrepublik Deutschland, S. 554.

[33] Vgl. *Lovens*, Parteiverbote in der Bundesrepublik Deutschland, S. 552, 557.

[34] Neben dem Umfang des Urteils auch die, ihm zugrunde liegende „kopflastige Arbeitsweise" als Anlass zur Kritik nehmend, bezeichnet *Pagenkopf*, Fachkompetenz und Legitima-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mit der Ideologie des Kommunismus auseinander: Es referiert zu dieser, unter Benennung von 26 Werken,[35] auf knapp vierzig Seiten, während im SRP-Verbotsurteil weitestgehend auf eine theoretische Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus verzichtet wurde.[36] Zum anderen knüpfte es in inhaltlicher Hinsicht, im Gegensatz zum SRP-Verbotsurteil, nicht an die undemokratische Binnenorganisation, sondern die langfristigen politischen Ziele, die Diktatur des Proletariats, an. So formulierte das Gericht:[37]

> „Die Diktatur des Proletariats ist mit der freiheitlichen demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes unvereinbar. Beide Staatsordnungen schließen einander aus; es wäre nicht denkbar, den Wesenskern des Grundgesetzes aufrecht zu erhalten, wenn eine Staatsordnung erreicht würde, die die kennzeichnenden Merkmale der Diktatur des Proletariats trüge."

Die nunmehr postulierte Unvereinbarkeit mit der Grundordnung des Grundgesetzes präzisierend, knüpfte das Gericht an den besonderen Führungsanspruch der KPD in der angestrebten „Diktatur des Proletariats" an.[38] Als Repräsentant der Arbeiterklasse, welche für sich allein den Besitz eines unwiderlegbaren Wissens beansprucht, sei es ihre Aufgabe, das eine politische Ziel umzusetzen, respektive die eine politische Wahrheit zu verwirklichen.[39] Wer zur vormaligen „Ausbeuterklasse" zählt, könne nicht Träger von Staatsgewalt sein, da der Klassenkampf auch nach der Erringung der Staatsmacht fortwähre.[40] Die Verwirklichung des Prinzips der Volkssouveränität verkomme so zur rein gedanklichen Konstruktion; angeknüpft werde nicht an den realen, sondern den *wahren*, vermeintlich objektiv ermittelbaren, Willen des Volkes.[41] So formulierte das Gericht die folgenden demokratietheoretischen Schlüsselsätze des Urteils:[42]

> „In der modernen Demokratie muß das Volk, von dem die Staatsgewalt ausgeht, irgendwie repräsentiert werden, damit der ‚allgemeine Wille' sich bei der Führung der Staatsgeschäfte jeweils in konkreten Entschlüssen manifestieren kann. Wenn man einmal den Begriff Demokratie aus seiner Verbindung mit dem liberal-rechtsstaatlichen Gedanken gelöst hat, läßt sich schließlich für jede Art von Repräsentation, sogar für die durch einen im Wege der Akklamation von Volksmassen bestätigten ‚Führer', noch die Bezeichnung ‚Demokratie' in

---

tion der Richter des BVerfG, S. 231, das KPD-Verbotsurteil als „frühes Beispiel der wissenschaftsorientierten Verfassungsjudikatur" und konstatiert: „Weniger wäre mehr".

[35] BVerfGE 5, 85 (108 f.).

[36] Als Ausnahme ist die Gegenüberstellung einer „bester deutscher Tradition entsprechenden Reichsidee" und dem Reichsgedanken Adolf Hitlers zu nennen, BVerfGE 2, 1 (48 f.).

[37] BVerfGE 5, 85 (195).

[38] BVerfGE 5, 85 (185).

[39] Als die eine Wahrheit und das eine politische Ziel wird die Diktatur des Proletariats ausgerufen, welche mit dem obersten Prinzip, dem „gegen die Ausbeuterklasse gerichtete(n) Bündnis der Arbeiterklasse mit der Bauernschaft unter Führung der Arbeiterklasse" verwirklicht werden soll, BVerfGE 5, 85 (200 f.).

[40] BVerfGE 5, 85 (200 f.).

[41] BVerfGE 5, 85 (201).

[42] BVerfGE 5, 85 (195 f.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

einem formalen Sinne in Anspruch nehmen. Es wird dann eben dem jeweiligen Repräsentanten die Fähigkeit und die Berechtigung zugesprochen, den ‚wahren' Volkswillen zum Ausdruck zu bringen."[43]

Von dem konkreten Sachverhalt losgelöst, lässt sich dem Urteil eine Betonung des repräsentativen Charakters der grundgesetzlichen Demokratiekonzeption[44] entnehmen. Tatsächlich sind verschiedene Strukturmerkmale des Grundgesetzes, von der Gewaltenteilung und dem Mehrheitsprinzip bis zur Periodizität von Wahlen, auf die relativistische Erkenntnis, dass es nicht den *einen* oder *wahren* Volkswillen geben könne, zurückzuführen.[45] An anderer Stelle wird der Rezeptionskontext dieser Erkenntnis deutlich. So führe, nach den Ausführungen des Gerichts, der richtige Weg zur Bildung des Staatswillens stets über eine ständige geistige Auseinandersetzung der sich begegnenden sozialen und politischen Kräfte – wobei richtig nicht in dem Sinne zu verstehen ist, dass objektiv richtige Ergebnisse geliefert werden – denn dieser Weg sei „a process of trial and error".[46] Das Gericht schreibt dieses Dictum I. B. Talmon zu. Laut Häberle ist es indes Popper zuzuschreiben.[47] Auch van Ooyen sieht hierin eine „offensichtliche Anleihe bei Poppers Falsifikationstheorie".[48] Diese entstammt dessen Schrift zur „offenen Gesellschaft", in welcher sie als antitotalitäres Prinzip auf die Politik übertragen wurde, und ihr liegt die zentrale Annahme zu Grunde, dass sich Aussagen nie verifizieren lassen, also niemals in diesem Sinne *wahr* sein können, da sie an Erfahrungen scheitern können müssen, mithin allenfalls *bewährt* sein können.[49] Diesen Rezeptionskontext wird das Gericht im Rahmen des Brokdorf-Beschlusses erneut aufgreifen und fortführen.[50] Insoweit kann das KPD-Verbot als „Grundsteinlegung" für den Brokdorf-Beschluss bezeichnet werden.

---

[43] A. A. ist *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 225, welcher sich gegen einen Konnex zwischen dem liberal-rechtsstaatlichen Gedanken und dem Begriff der Demokratie wendet: „Die größte Unklarheit entsteht daraus, daß der Begriff der Demokratie […] zu einem ganz allgemeinen Idealbegriff geworden ist, dessen Vieldeutigkeit außerdem noch verschiedenartigen Idealen und schließlich allem, was ideal, schön und sympathisch ist, Platz gewährt. Demokratie wird mit Liberalismus, Sozialismus, Gerechtigkeit, Menschlichkeit, Frieden und Völkerversöhnung verbunden und identifiziert".

[44] Das Gericht hebt hervor, dass lediglich eine Gesamtinterpretation des Grundgesetzes und dessen Einordnung in die moderne Verfassungsgeschichte für die Entwicklung der gegenständlichen Demokratiekonzeption maßgeblich war, vgl. BVerfGE 5, 85 (112). Außerkonstitutionelle Elemente seien folglich nicht miteinbezogen wurden.

[45] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 33.

[46] BVerfGE 5, 86 (135).

[47] *Häberle*, Klassikertexte im Verfassungsleben, S. 29.

[48] *van Ooyen*, Der Brokdorf-Beschluss (1985) und die andere Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts, S. 229.

[49] Vgl. *van Ooyen*, Karl R. Popper: The Open Society And Its Enemies, S. 147 ff.; erkenntnistheoretisch ist Popper insoweit dem philosophischen Wahrheitsbegriff in der Tradition des Kritizismus von Sokrates und Kant, sowie normativ-politisch dem Wert der individuellen Freiheit im sozial-liberalen Sinne, verpflichtet, vgl. *van Ooyen*, Der Brokdorf-Beschluss (1985) und die andere Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts, S. 229.

[50] Vgl. hierzu unten, S. 43 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

III. Bremer Personalvertretung

In seinem Urteil zu der Bremer Personalvertretung hatte sich das Bundesverfassungsgericht erstmals mit den Grenzen der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst und damit einhergehend mit der Übertragbarkeit von Regierungsverantwortung zu beschäftigen. Gegenstand war das bremische Personalvertretungsgesetz.[51] Konkret standen die Voraussetzungen der Verantwortungszuweisung in Frage. Das gegenständliche Landespersonalvertretungsgesetz sah ein Mitbestimmungsrecht des Personalrates in personellen Angelegenheiten, insbesondere von Beamten, vor.[52] Das Gericht entschied, dass solche Regierungsaufgaben, welche personelle Angelegenheiten der Beamten betreffen, nicht auf unabhängige Stellen übertragen werden dürfen. Es stützte sich dabei auf ein Diktum des Bayrischen Verfassungsgerichtshofs, nach welchem, derjenige keine Verantwortung tragen könne, wer in seiner Entscheidung inhaltlich an die Willensentscheidung eines anderen gebunden ist.[53] Zur Begründung formuliert es den folgenden Schlüsselsatz: Es gäbe Regierungsaufgaben[54]

> „[…] die wegen ihrer politischen Tragweite nicht generell der Regierungsverantwortung entzogen und auf Stellen übertragen werden dürfen, die von Regierung und Parlament unabhängig sind; andernfalls würde es der Regierung unmöglich gemacht, die von ihr geforderte Verantwortung zu tragen, da auf diese Weise unkontrollierte und niemand verantwortliche Stellen Einfluß auf die Staatsverwaltung gewinnen würden."

Eine funktionsfähige und verantwortliche Regierung sei lediglich dann gewährleistet, wenn ihr wesentliche Kompetenzen nicht entzogen und auf unabhängige Stellen ausgelagert werden. Bei welchen Regierungsaufgaben dies der Fall sei, müsse von Fall zu Fall beurteilt werden, jedenfalls sei die Entscheidung über die Einstellung und sonstige personelle Angelegenheiten von Beamten aber zu gewichtig für eine derartige Mitbestimmung.[55] Die Regierung dürfte insoweit folglich nicht dem Urteil des Personalrats als unabhängiger Einstellungsstelle unterworfen werden. Hierin sei ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip zu sehen,[56] welches gem. Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG auch für die Länder verpflichtend sei.

---

[51] BremLPVG v. 03. 12. 1957 (GBl. S. 161).

[52] Ein solches Mitbestimmungsrecht räumte § 65 BremLPVG ein. Im Falle mangelnder Einigung zwischen Dienststelle und Personalrat, war eine Einigungsstelle aufzurufen, welche durch Beschluss bindend entscheiden konnte, vgl. § 59 I i. V. m. § 61 III BremLPVG.

[53] BVerfGE 9, 268 (281 f.).

[54] BVerfGE 9, 268 (282).

[55] BVerfGE 9, 268 (281 f.).

[56] Das Gericht sah in den gegenständlichen Regelungen des BremLPVG ebenfalls einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip sowie das Gebot, das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln, Vgl. BVerfGE 9, 268 (287). Da die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorliegend unter demokratietheoretischen Gesichtspunkten betrachtet wird, soll hier auf eine nähere Darstellung dieser Aspekte verzichtet werden, vgl. hierzu *Kossens*, Die Konsequenzen für das

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vogel formulierte eine, den Ansatz des Bundesverfassungsgerichts im Grundsätzlichen treffende, Kritik, wonach dessen *Verantwortlichkeitsgrundsatz* „eindeutig autoritärer Abkunft" sei und die Gefahr der Entwicklung einer „gewaltenteilungs- und freiheitsfeindlichen Dialektik" berge.[57] Das Urteil positiv bewertend äußerte sich hingegen Grabendorff, wonach das Bundesverfassungsgericht eine Schmälerung der Verantwortlichkeit durch die gegenständlichen Regelungen des BremLPVG „überzeugend entwickelt" habe.[58] Hieraus folge eine Herabminderung „zwingende[r] Gebote der demokratischen und rechtsstaatlichen Verfassung".[59] Jene „gewiß logisch unangreifbare Deduktion" habe das Gericht indes dahingehend erheblich eingeschränkt, als dass es sich ausdrücklich von einer vollständigen parlamentarischen Verantwortlichkeit[60] distanziert, nach welcher keinerlei Ausnahmen von dieser zuzulassen wären.[61] Kritisch hebt Grabendorff die, sehr im Grundsätzlichen verbleibende, Äußerung des Gerichts zur Reichweite der Unvereinbarkeit („die generelle Übertragung der Entscheidungsgewalt in allen personellen Fragen der Beamten"[62]) hervor, insbesondere mit Hinblick auf die zu treffende Neuregelung durch das Land Bremen.[63] Nach Burandt sei es bemerkenswert, dass das Bundesverfassungsgericht sein Diktum „in erster Linie mit den Grundsätzen des demokratischen Rechtsstaats begründet."[64] Da Beamte und Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes gleiche Aufgaben wahrnähmen, hält er das Urteil des Bundesverfassungsgerichts für nicht weitgehend genug. Er sieht darin, dass der Verwaltung in den personellen Angelegenheiten der Arbeitnehmer die Letztentscheidung vorenthalten wird, einen Verstoß gegen das Prinzip der Ministerverantwortlichkeit.[65] Daraus resultiert der Vorwurf, das Gericht habe sich nicht eingehend damit auseinandergesetzt, dass, im angeblichen Widerspruch zu Art. 33 Abs. 4 GG, Hoheitsfunktionen im erheblichen Umfang von Nichtbeamten wahrgenommen werden würden. Das Gericht räume

Personalvertretungsrecht nach dem Beschluss des BVerfG zum Schleswig-Holsteinischen Mitbestimmungsgesetz, S. 106.

[57] *Vogel*, Das Bundesverfassungsgericht zum Bremer Personalvertretungsgesetz, S. 894–897 (894 f.); mit Bezug auf *Jellinek*, Die Entwicklung des Ministeriums in der konstitutionellen Monarchie, S. 317 ff., und *J. Ipsen*, Empfiehlt es sich, die vollständige Selbstverwaltung aller Gerichte im Rahmen des Grundgesetzes einzuführen? C 17.

[58] *Grabendorff*, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Bremischen Personalvertretungsgesetz, S. 169.

[59] *Grabendorff*, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Bremischen Personalvertretungsgesetz, S. 169.

[60] Eine solche vertritt *Loening*, Der ministerialfreie Raum in der Staatsverwaltung, S. 174 f.

[61] *Grabendorff*, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Bremischen Personalvertretungsgesetz, S. 169.

[62] BVerfGE 9, 268 (283).

[63] Vgl. *Grabendorff*, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Bremischen Personalvertretungsgesetz, S. 170.

[64] *Burandt*, Die Stellung des Personalrates im Verfassungsrechtssystem, S. 324.

[65] Vgl. *Burandt*, Die Stellung des Personalrates im Verfassungsrechtssystem, S. 324; vgl. hierzu auch *Kossens*, Die Konsequenzen für das Personalvertretungsrecht nach dem Beschluss des BVerfG zum Schleswig-Holsteinischen Mitbestimmungsgesetz, S. 108.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zwar ein, dass in zunehmendem Maße nichtverbeamtete Bedienstete in der öffentlichen Verwaltung beschäftigt seien und eine solche Tätigkeit der des Beamten gleichzusetzen sei. Hieraus seien allerdings Konsequenzen zu ziehen, während sich das Bundesverfassungsgericht darauf beschränke, „nach Palmström'scher Logik festzustellen, daß tatsächlich aber nicht sein könne, was nach Artikel 33 Abs. 4 GG nicht sein dürfe."[66]

Obgleich nicht ausdrücklich von Legitimationsketten die Rede ist, lässt sich den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts ein legitimatorischer Vorrang der exekutiv vermittelten Mitbestimmungskette der Regierung gegenüber unabhängigen Gruppenbestimmungen entnehmen.[67] Damit zeichnet das Gericht erstmals das Konzept des legitimatorischen Vorrangs, welches kennzeichnend für die Legitimationskettentheorie und damit auch für die verfassungsrechtliche Rechtsprechung werden wird; auch wenn es diesbezüglich noch weit im Grundsätzlichen verbleibt.

IV. Parteienfinanzierung

Im Jahre 1966 erging die erste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Parteienfinanzierung. Das Gericht konkretisierte in diesem Urteil den Grundsatz der Volkssouveränität und hob die Bedeutung des freien und offenen Prozesses der Willensbildung für die demokratische Legitimation hervor.[68] Es formulierte die demokratietheoretischen Schlüsselsätze des Urteils:[69]

> „Das Volk bringt jedoch seinen politischen Willen nicht nur durch Wahlen und Abstimmungen zum Ausdruck. Das Recht des Bürgers auf Teilhabe an der politischen Willensbildung äußert sich nicht nur in der Stimmabgabe bei Wahlen, sondern auch in der Einflussnahme auf den ständigen Prozeß der politischen Willensbildung, der Bildung der ‚öffentlichen Meinung'. […] Willensbildung des Volkes und staatliche Willensbildung sind auf vielfältige Weise miteinander verschränkt. In einer Demokratie muß sich diese Willensbildung aber vom Volk zu den Staatsorganen, nicht umgekehrt von den Staatsorganen zum Volk hin, vollziehen."

Dies konkretisierend stellte das Gericht fest, dass der Prozess der Willensbildung „also grundsätzlich ‚staatsfrei' bleiben muß."[70] Mit der strikten Unterscheidung zwischen der Willensbildung des Volkes und der Bildung staatlichen Willens durch dessen Organe, knüpfte das Gericht an die „Oben-unten-Metapher" aus dem KPD-Verbotsurteil an und konkretisierte diese.[71] Diese inhaltliche Anknüpfung an das

[66] *Burandt*, Die Stellung des Personalrates im Verfassungsrechtssystem, S. 324.

[67] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 36.

[68] Vgl. *Jouanjan*, Demokratietheorie als Verfassungslehre, S. 224.

[69] BVerfGE 20, 56 (99 f.).

[70] BVerfGE 20, 56 (100).

[71] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 34.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

KPD-Verbotsurteil hob das Gericht an späterer Stelle selbst hervor.[72] Insofern stellt das erste Urteil zur Parteienfinanzierung eine Weiterführung der demokratietheoretischen Rechtsprechungslinie dar, welche mit den Parteiverbotsverfahren begann. Mit diesem Grundsatz der staatsfernen politischen Willensbildung sei eine völlige oder auch nur überwiegende Deckung des Geldbedarfs der Parteien aus öffentlichen Mitteln unvereinbar. Eine solche würde die Parteien zwar nicht in den staatsorganschaftlichen Bereich einfügen, diese aber zumindest „der staatlichen Vorsorge überantworten."[73] Dadurch würden die Parteien vom Sprachrohr des Volkes zu Bestandteilen der organisierten Staatlichkeit verkommen.[74] Dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Parteienfinanzierung ließ nach Häberle bereits den Gedanken einer „Legitimationskette" vom Volk zu den Staatsorganen hin erkennen.[75]

B. Entwicklungs- und Präzisierungsphase

Nach der demokratietheoretischen Konsolidierung in der Frühphase der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, präzisierte und entwickelte dieses die Demokratiekonzeption des Grundgesetzes in der Folgezeit weiter. Hierbei griff es eigene Rechtsprechungslinien aus der Anfangsphase auf und führte diese fort, setzte aber auch neue Akzente. In dieser Entwicklungs- und Präzisierungsphase der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung finden sich zunächst Konturen der Legitimationskettentheorie in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts wieder, bis sich die Ausführungen des Gerichts zu einer klar erkennbaren Rezeption der Legitimationskettentheorie verdichten. So wird zunächst im Facharzt-Beschluss das gedankliche Fundament der Legitimationsketten deutlich, während im Beschluss zu den Gemeindeparlamenten Nordrhein-Westfalens dann bereits ausdrücklich von Legitimationsketten die Rede ist. Diese Entwicklung kulminiert in der inhaltlichen Auseinandersetzung mit einzelnen Komponenten der Legitimationskettentheorie im Rahmen des Kalkar-Beschlusses.

---

[72] So wiederholte das Gericht im Brokdorf-Beschluss zunächst seine Qualifikation der politischen Willensentscheidung als „trial and error" und knüpfte damit ausdrücklich an das KPD-Verbotsurteil an, um sodann auszuführen, dass an diese Erwägungen das Urteil zur Parteienfinanzierung anknüpfte und „betont, in einer Demokratie müsse die Willensbildung vom Volk zu den Staatsorganen und nicht umgekehrt verlaufen; das Recht des Bürgers auf Teilhabe an der politischen Willensbildung äußere sich nicht nur in der Stimmabgabe bei Wahlen, sondern auch in der Einflußnahme auf den ständigen Prozeß der politischen Meinungsbildung, die sich in einem demokratischen Staatswesen frei, offen, unreglementiert und grundsätzlich ‚staatsfrei' vollziehen müsse", BVerfGE 69, 315 (345 f.).

[73] BVerfGE 20, 56 (102).

[74] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 34.

[75] Vgl. *Häberle*, Berufs„ständische" Satzungsautonomie und staatliche Gesetzgebung, S. 911.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

I. Facharztentscheidung

Im Facharzt-Beschluss beschäftigte sich das Bundesverfassungsgericht mit der Frage, welche Angelegenheiten durch den Gesetzgeber – hinsichtlich der die ärztliche Berufsausübung betreffenden Berufsordnungen – selbst geregelt werden müssen, mithin nicht an andere Normgeber übertragen werden dürfen. Konkret war zu entscheiden, ob die gegenständlichen Regelungen als Satzung erfolgen durften.[76] Damit widmete sich das Gericht einem der großen Themen der Verfassungsrechtsprechung der 70er Jahre.[77] Mit dieser Entscheidung knüpft das Bundesverfassungsgericht an das Urteil zur Bremer Personalvertretung an; die im Kontext des Beamtenrechts entwickelten Grundsätze, werden präzisiert und auf das weite Feld der freien Berufe angewandt.[78]

Zunächst betont das Gericht den besonderen Charakter von Satzungen als Rechtsquelle welche es vermögen, „Kräfte zu aktivieren" und „den Abstand zwischen Normgeber und Normadressat zu verringern", und hebt die sinnvolle Einfügung des Autonomiegedankens in die grundgesetzliche Ordnung hervor.[79] Sodann betont es einmal mehr die Grenzen, welche das Grundgesetz der Verleihung und Ausübung von Staatsgewalt setzt: die bürokratisch und hierarchisch organisierte staatliche Exekutive dürfe durch zur eigenverantwortlichen Selbstverwaltung gewählte Berufsverbände und Kammern nicht mit gleicher Selbstverständlichkeit ersetzt werden, wie durch den parlamentarischen Gesetzgeber.[80] Das Gericht verweist auf den verfassungsrechtlichen Grundsatz, wonach[81]

> „[…] der Gesetzgeber sich seiner Rechtsetzungsbefugnis nicht völlig entäußern und seinen Einfluß auf den Inhalt der von den körperschaftlichen Organen zu erlassenen Normen nicht gänzlich preisgeben darf."

Dies folge sowohl aus dem Rechtsstaats- als auch aus dem Demokratieprinzip, welches ferner gebiete, dass[82]

---

[76] Das Gericht beschäftigte sich außerdem noch mit der Frage der materiellen Vereinbarkeit jener Regelungen mit der grundgesetzlich garantierten Berufsfreiheit. Diese Frage erweist sich jedoch, in demokratietheoretischer Hinsicht, als wenig aufschlussreich und kann somit an dieser Stelle dahinstehen.

[77] Vgl. *Ritgen*, Satzungsautonomie und Parlamentsvorbehalt: Verfassungsrechtliche Grenzen autonomer Rechtsetzung, S. 212.

[78] So auch *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 37, welcher die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Legitimationskettentheorie in die drei Phasen der Konsolidierung, Akzentuierung und Relativierung unterteilt, wobei sich insoweit keine überschneidungsfreie Chronologie ergibt, und beide Entscheidungen der Phase der „Akzentuierung des organisatorisch-formalen Modells" zuordnet.

[79] BVerfGE 33, 125 (156).

[80] BVerfGE 33, 125 (157).

[81] BVerfGE 33, 125 (158).

[82] BVerfGE 33, 125 (158).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

> „[…] jede Ordnung eines Lebensbereichs durch Sätze objektiven Rechts auf eine Willensentscheidung der vom Volke bestellten Gesetzgebungsorgane muß zurückgeführt werden können."

In diesem Zusammenhang hebt das Gericht hervor, dass dem vom Parlament beschlossenen Gesetz die „unmittelbarste" demokratische Legitimation zukomme.[83] Diesem sei in erster Linie die Entscheidung darüber aufgetragen, welche Gemeinschaftsinteressen von solchem Gewicht sind, dass das Freiheitsrecht des Einzelnen zurücktreten muss.[84] Dieser „Entscheidungspflicht"[85] könne sich der Gesetzgeber nicht beliebig entziehen. Ohne das ausdrücklich von Legitimationsketten die Rede ist, wird an dieser Stelle deutlich, dass dem Demokratieverständnis des Bundesverfassungsgerichts bereits in dieser Phase seiner Rechtsprechung das gedankliche Fundament für die Legitimationskettentheorie immanent war. Schon Häberle hat hervorgehoben, die gegenständlichen Ausführungen des Gerichts würden bereits den Gedanken von auf das Volk zurückgehenden Legitimationsketten erkennbar werden lassen.[86] Besonders deutlich macht das Gericht diese herausragende Rolle des Parlaments[87] mit den folgenden Worten:[88]

> „[…] in einem Staatswesen, in dem das Volk die Staatsgewalt am unmittelbarsten durch das von ihm gewählte Parlament ausübt, [ist] vor allem dieses Parlament dazu berufen, im öffentlichen Willensbildungsprozeß unter Abwägung der verschiedenen, unter Umständen widerstreitenden Interessen über die von der Verfassung offengelassenen Fragen des Zusammenlebens zu entscheiden."

Häberle hebt den Grundsatzfragen berührenden Charakter der Entscheidung hervor, wodurch dieser „über ihren konkreten Anlaß hinaus große Aufmerksamkeit" zukomme.[89] Taupitz sieht den Beschluss als Zeugnis eines „sich wandelnden Staats- und Demokratieverständnisses und einer zunehmend gesteigerten Grundrechtssensibilität".[90] Die Entscheidung mache außerdem deutlich, dass sich die nachträgliche Rechtsaufsicht des Staates als unzureichendes Kontrollinstrument erwiesen habe. Starck ordnet die Entscheidung zwar im Allgemeinen in die „Reihe der großen verfassungsrechtlichen Entscheidungen zum Arztrecht" ein.[91] Dennoch sehen sich die demokratietheoretischen Erwägungen, welche sich in jenem Beschluss wie-

[83] BVerfGE 22, 125 (159).

[84] BVerfGE 22, 125 (159).

[85] So *Häberle*, Berufs„ständische" Satzungsautonomie und staatliche Gesetzgebung, S. 911.

[86] *Häberle*, Berufs„ständische" Satzungsautonomie und staatliche Gesetzgebung, S. 911.

[87] Vgl. *Häberle*, Berufs„ständische" Satzungsautonomie und staatliche Gesetzgebung, S. 911, der von dem „besonderen Rang des Parlaments als *des* demokratischen Organs" spricht.

[88] BVerfGE 22, 125 (159).

[89] *Häberle*, Berufs„ständische" Satzungsautonomie und staatliche Gesetzgebung, S. 909.

[90] *Taupitz*, Die Standesordnungen der freien Berufe, S. 802.

[91] *Starck*, Regelungskompetenzen im Bereich des Art. 12 Abs. 1 GG und ärztliches Berufsrecht, S. 1489 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

derfinden, dezidierter Kritik ausgesetzt: Starck knüpft zunächst an die Ambivalenz des zu Grunde gelegten Demokratiegedankens an, welche darin ausgemacht wird, dass aus diesem zunächst eine „Freistellung des Satzungsgebers vor einer allzu starken Bindung an den Gesetzgeber" abgeleitet wird, bevor das Gericht diesen sodann, „wenige Zeilen später als Grenze für zuweitgehende Autonomiebestrebungen fruchtbar zu machen sich bemüht."[92] Insoweit zustimmend äußert sich Häberle, welcher in diesem Zusammenhang die Ambivalenz des Demokratieprinzips hervorhebt.[93] Den Demokratiegedanken sowohl als Grund als auch als Grenze zu bemühen sei indes nach Starck „ungenau und der Verfassungsrechtsdogmatik nicht förderlich", zumindest solange unklar sei, „ob vom Grund oder von der Grenze her argumentiert werden muß."[94] Schwerer wiege der grundsätzliche Einwand, welcher gegen ein solches Bemühen des Demokratieprinzips ins Feld zu führen sei: Die gegenständlichen Kompetenzen der Träger öffentlicher Gewalt ergäben sich nicht aus jenem „allgemeinen" Prinzip, sondern vielmehr aus „verfassungsrechtlichen Spezialnormen."[95] Das Gericht hätte also auf den viel konkreteren und deutlicheren Art. 12 GG abstellen müssen, da der kompetenzrechtliche Gehalt der Gesetzesvorbehalte der Grundrechte im Vordergrund stände. Sofern hingegen bezüglich der Entscheidung darüber, welche Gemeinschaftsinteressen von dergestalt gewichtig sind, dass Freiheitsrechte des Einzelnen zurücktreten müssen, auf den demokratisch legitimierten Gesetzgeber verwiesen wird, so „ist das Demokratieprinzip nicht mehr leere Formel, sondern durch seine richtige Verortung sachhaltiges Argument."[96]

II. Magistratsverfassung Schleswig-Holstein

Dem Urteil zur Magistratsverfassung Schleswig-Holstein lag die Frage nach dem Verhältnis der demokratischen Legitimation zur gemeindlichen Selbstverwaltung zugrunde. Konkret war das Wahlverfahren des als zweites Organ neben der Stadtvertretung fungierenden Magistrats Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Betrachtung. Dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts ging eine Änderung des Wahlverfahrens voraus: Wählte zuvor noch die Mehrheit der Stadtvertretung die hauptamtlichen Stadträte, so war der Magistrat nunmehr der Kräfteverteilung in der Stadtvertretung entsprechend zu besetzen. Die vertretenden Fraktionen konnten die

[92] *Starck*, Regelungskompetenzen im Bereich des Art. 12 Abs. 1 GG und ärztliches Berufsrecht, S. 1490.

[93] *Häberle*, Berufs„ständische" Satzungsautonomie und staatliche Gesetzgebung, S. 910.

[94] *Starck*, Regelungskompetenzen im Bereich des Art. 12 Abs. 1 GG und ärztliches Berufsrecht, S. 1490.

[95] *Starck*, Regelungskompetenzen im Bereich des Art. 12 Abs. 1 GG und ärztliches Berufsrecht, S. 1490; bemerkenswert ist insoweit, dass Starck sich hier auf *Böckenförde*, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, S. 78, welcher die Legitimationskettentheorie maßgeblich geprägt hat, bezieht.

[96] *Starck*, Regelungskompetenzen im Bereich des Art. 12 Abs. 1 GG und ärztliches Berufsrecht, S. 1491.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Berücksichtigung ihrer Vorschläge im Verhältnis zu ihren Sitzen in der Stadtvertretung verlangen.[97] Die Wahl durch die Stadtvertretung wurde somit von dem Vorschlag der Kandidaten durch die vertretenden Fraktionen abgelöst. Diese Übertragung der Wahlentscheidung von der Stadtvertretung auf die Fraktionen ist der Grund dafür, dass die Neuregelung des Wahlverfahrens nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts gegen das Demokratieprinzip verstößt und somit für nichtig erklärt wurde.[98]

Zur Begründung dieses Verstoßes führt das Gericht zunächst aus, dass sich die Landessatzung in Art. 2 Abs. 1 zum Grundsatz der Volkssouveränität bekenne und in Absatz 2 ausdrücklich eine repräsentativ-demokratische Struktur für die Verfassung der Gemeinden und Gemeinderäte vorsehe.[99] Sodann äußert das Gericht, dass der Magistrat, welcher an der Ausübung von Staatsgewalt beteiligt ist, demokratischer Legitimation, mithin der Rückführung auf die Gesamtheit der Gemeindebürger bedürfe:

> „Nach Art. 2 Abs. 2 LS bekundet das Gemeindevolk seinen Willen durch Wahlen und handelt durch seine gewählten Vertretungen in den Gemeinden. Deshalb kann, da eine unmittelbare Wahl von Magistratsmitgliedern nicht vorgesehen ist, nur die aus einer allgemeinen Wahl hervorgegangene Stadtvertretung als Repräsentationsorgan aller Gemeindebürger dem Magistrat die erforderliche demokratische Legitimation verschaffen und zwar durch einen Akt, der ihr in ihrer Gesamtheit zugerechnet werden kann.“[100]

Diesem Erfordernis der Rückbindung an die Gesamtheit der Gemeindebürger werde das neue Wahlverfahren nicht gerecht, da die Auswahl und Bestellung der hauptamtlichen Stadträte nunmehr nicht durch die Stadtvertretung in ihrer Gesamtheit, sondern durch einzelne Fraktionen erfolge.[101] Das formale Bestätigungsrecht, welches der Stadtvertretung nach wie vor verblieb, reiche nicht aus, um eine Rückbindung zu bejahen.

Die Entscheidung sah sich scharfer Kritik aus der Literatur ausgesetzt. So bemängelt Borchert, dass auch die Fraktionen selbst demokratisch legitimiert seien und folglich auch die Stadträte durch diese gewählt werden können.[102] Die Kritik Kundochs nahm eine etwaige Verletzung des freien Mandats in den Blick.[103] Verwunderlich erscheint insofern, dass das Bundesverfassungsgericht diese Frage

[97] Vgl. § 64 Abs. 3 GO in der Fassung des Änderungsgesetzes.

[98] Vgl. BVerfGE 38, 258 (271 f.).

[99] Vgl. BVerfGE 38, 258 (269).

[100] BVerfGE 38, 258 (271).

[101] Vgl. BVerfGE 38, 258 (271 f.).

[102] Vgl. *Borchert*, Die Fraktion: eine eigenständige, demokratisch legitimierte Repräsentation im parteienstaatlichen parlamentarischen System, S. 220 ff.

[103] Vgl. *Kundoch*, Anm. zum BVerfG, S. 678.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ausdrücklich offen ließ,[104] Kundoch aber von einer Entscheidung des Gerichts „im Hinblick auf das (…) geschützte freie Mandat“ spricht.[105] Zustimmend äußert sich hingegen Frotscher, nach welchem den Ausführungen des Gerichts „im wesentlichen zuzustimmen“ sei.[106] Die Geltung des demokratischen Prinzips für die Länder ergebe sich bereits aus Art. 28 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes, wodurch die Staatsgewalt auch einer Rückbindung auf das „Gemeinde-Volk“ bedürfe. Das sich das Gericht gegen das Bestimmungsrecht der Fraktionen ausspricht sei zustimmungswürdig, da der demokratische Gedanke die Rückbildung des Parlaments auf ein, nach Kollegien aufgeteiltes, getrennt diskutierendes Gremium verbiete, welches „in fataler Weise an ständestaatliche Vertretungskörperschaften erinnern würde“.[107]

III. Staatliche Wahlkampfwerbung

Mit seinem Urteil zur Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung nahm das Bundesverfassungsgericht Stellung zum Verhältnis der Regierung zu der Willensbildung des Volkes, welche in Wahlen ihren Ausdruck findet. Die demokratietheoretische Bedeutsamkeit des Urteils hebt das Gericht bereits zu Beginn der Urteilsbegründung hervor. So statuiert das Gericht in sehr grundsätzlicher, vom konkreten Fall losgelöster Manier:[108]

> „In der freiheitlichen Demokratie, die das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland verfaßt hat, geht alle Staatsgewalt vom Volke aus und wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt (Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG).“

In der näheren Ausformung knüpfte das Bundesverfassungsgericht an die Entscheidung zur Parteienfinanzierung und den Grundsatz an, dass sich die Meinungsbildung stets vom Volk hin zu den Staatsorganen vollziehen muss. Es hebt hervor:[109]

> „In höchstem Maße der Integrität bedürftig ist der Grundakt der demokratischen Legitimation, die Wahl der Abgeordneten der Volksvertretung. Im Wahlakt muss sich – dieser Sinn ist in Art. 20 Abs. 2 GG angelegt – die Willensbildung vom Volk zu den Staatsorganen hin vollziehen, nicht umgekehrt von den Staatsorganen zum Volk hin.“

---

[104] Vgl. BVerfGE 38, 258 (275): „Da sich die Nichtigkeit der genannten Bestimmungen schon aus diesem Verstoß ergibt, bedarf es keiner Erörterung und Entscheidung mehr zu der Frage, ob auch ein Verstoß gegen die Gewährleistung des freien Mandats vorliegt.“

[105] Vgl. *Kundoch*, Anm. zum BVerfG, S. 678.

[106] Vgl. *Frotscher*, Stadtparlament und Stadtregierung: BVerfGE zugunsten des repräsentativ-demokratischen Prinzips auf kommunaler Ebene, S. 497.

[107] *Frotscher*, Stadtparlament und Stadtregierung: BVerfGE zugunsten des repräsentativ-demokratischen Prinzips auf kommunaler Ebene, S. 497.

[108] BVerfGE 44, 125 (138).

[109] BVerfGE 44, 125 (140).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Das Gericht hebt hier die Bedeutung der Parlamentswahl für die demokratische Legitimation und somit auch deren besondere Schutzbedürftigkeit hervor. Vermöge jener besonderen Schutzbedürftigkeit stärkt das Gericht den Grundsatz, wonach sich die Willensbildung stets vom Volk zu den Staatsorganen zu vollziehen habe, weiter:[110]

> „So sehr von dem Verhalten der Staatsorgane Wirkungen auf die Meinungsbildung und Willensbildung des Wählers ausgehen und dieses Verhalten selbst mit Gegenstand des Urteils des Wählers ist, so sehr ist es den Staatsorganen in amtlicher Funktion verwehrt, durch besondere Maßnahmen darüber hinaus auf die Willensbildung des Volkes bei Wahlen einzuwirken, um dadurch Herrschaftsmacht in Staatsorganen zu erhalten oder zu verändern."

Während in der Entscheidung zur Parteienfinanzierung noch die Öffentlichkeitsarbeit der Regierung ohne Einschränkungen als zulässig bezeichnet wurde,[111] darf die Regierung nun also überhaupt nicht mehr in amtlicher Funktion bei Wahlen einwirken; insbesondere darf sie Parteien nicht durch Wahlwerbung unterstützen oder sich mit ihnen identifizieren.[112]

IV. Gemeindeparlamente Nordrhein-Westfalen

Im Beschluss zu den Gemeindeparlamenten in Nordrhein-Westfalen stellte sich die Frage nach der demokratischen Legitimation aus einer anderen Perspektive. Es war die Gemeindeordnung von Nordrhein-Westfalen, welche dem Bundesverfassungsgericht Anlass zu demokratietheoretischen Erwägungen gab. Diese sah die Bildung von Bezirksvertretungen vor, welche im Mittelpunkt des Verfahrens standen. Zunächst betonte das Bundesverfassungsgericht, dass das Grundgesetz auch für die Gemeinden „die demokratische Organisation der Staatsgewalt vorschreibt" und folglich alle weiteren mit der Ausübung von Staatsgewalt betrauten Untergliederungen demokratischer Legitimierung bedürfen.[113] Sodann stellte es fest, dass auch die Bezirksvertretungen Hoheitsbefugnisse wahrnehmen, mithin ebenfalls demokratisch legitimiert werden müssen.[114] Im Hinblick auf die Wahlen der Bezirksvertretungen, welche zur Begründung jener Legitimation vorgesehen waren, hob das Gericht hervor, dass die in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 und Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG umschriebenen Wahlrechtsgrundsätze „als allgemeine Rechtsprinzipien für Wahlen zu allen Volksvertretungen im staatlichen und kommunalen Bereich" gelten.[115] In-

[110] BVerfGE 44, 125 (140 f.).

[111] Vgl. hierzu oben, S. 30 ff.

[112] Vgl. BVerfGE 44, 125 (140 f.); vgl. auch *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 34.

[113] BVerfGE 47, 253 (272).

[114] Vgl. BVerfGE 47, 253 (273).

[115] Vgl. BVerfGE 47, 253 (Ls. 3).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

folgedessen wurden mehrere Verstöße festgestellt: So verstoße die Grundmandatsklausel des § 13a Abs. 4 S. 4 GO gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl, die Regelung des § 13a Abs. 4 S. 12 GO, welche die Möglichkeit des Nachrückens aus einer ergänzbaren Liste statuiert, gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Wahl und das Zulassungsverfahren nach § 13a Abs. 4 GO gegen den Grundsatz der Freiheit der Wahl.[116]

Während auf die Spezifika der Verstöße gegen die Wahlgrundsätze hier nicht näher eingegangen werden muss, seien die Ausführungen zum Erfordernis der demokratischen Legitimation näher betrachtet. Denn das Bundesverfassungsgericht stellt seinen Ausführungen zu den Wahlrechtsgrundsätzen grundsätzliche demokratietheoretische Erwägungen voran. Es führt aus:[117]

> „Die verfassungsrechtlich notwendige demokratische Legitimation erfordert eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern. Die Legitimation muß allerdings nicht in jedem Fall durch unmittelbare Volkswahl erfolgen. In aller Regel genügt es, daß sie sich mittelbar auf das Volk als Träger der Staatsgewalt zurückführen läßt."

An dieser Stelle spricht das Gericht erstmals ausdrücklich von Legitimationsketten. Wurde in den vorausgegangenen Urteilen bereits deutlich, dass dem Demokratieverständnis des Bundesverfassungsgerichts die Legitimationskettentheorie unterlag,[118] so tritt nun neben die inhaltliche auch die ausdrückliche Rezeption der Legitimationskettentheorie in der verfassungsgerichtlichen Demokratiejudikatur. Spätestens der Beschluss zu den Gemeindeparlamenten lässt somit Zweifel in Bezug auf die Qualifikation des „Perspektivwechsels" um 1990 als *Beginn* der „Rechtsprechung zu den Legitimationsketten"[119] aufkommen.

V. Kalkar I

Dem Kalkar Beschluss kommt nicht nur als atomrechtliche Leitentscheidung[120] Bedeutung zu, sondern auch in demokratietheoretischer Hinsicht. Gegenständlich war die Erteilung der ersten Teilgenehmigung zur Errichtung des Nuklearreaktors SNR 300 Kalkar, gegen welche Anfechtungsklage von einem benachbarten Bauern erhoben wurde. Diese Klage veranlasste das OVG Münster zu einer Vorlage des § 7 I,

[116] BVerfGE 47, 253 (277 ff.).

[117] BVerfGE 47, 253 (275).

[118] So entnahm *Häberle*, Berufs„ständische" Satzungsautonomie und staatliche Gesetzgebung, S. 911, bereits dem Urteil zur Parteienfinanzierung den Gedanken einer, vom Parlament ausgehenden, Legitimationskette, vgl. zum Urteil zur Parteienfinanzierung unten, S. 30 ff.

[119] *Jouanjan*, Demokratietheorie als Verfassungslehre, S. 226.

[120] Vgl. *Cornils*, Der Schnelle Brüter im Spannungsfeld zwischen Gesetzesvorbehalt und dynamischen Grundrechtsschutz, S. 317; vertiefend zur atomrechtlichen Problematik: *Breuer*, Gefahrenabwehr und Risikovorsorge im Atomrecht, S. 829 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II AtG gemäß Art. 100 I GG; die insofern unbestimmte Norm erlaube die Einführung einer neuen Brütertechnologie (dem sogenannten Schnellen Brüter), was indes aufgrund ihrer Tragweite dem Gesetzgeber obliegen müsse. Mithin sei ein Verstoß gegen Art. 20 Abs. 1 bis 3 GG gegeben. Es stellte sich somit, eingekleidet in eine atomrechtliche Problematik, die verfassungsrechtliche Frage[121] nach dem Umfang und der Reichweite des Gesetzesvorbehalts.[122]

Hinsichtlich seiner Ausführung zum Gesetzesvorbehalt knüpft das Bundesverfassungsgericht inhaltlich an die Facharztentscheidung an.[123] Neben allgemeinen Ausführungen[124] warf die Thematik des Gesetzesvorbehalts die demokratietheoretisch höchst relevante Frage nach der Rolle des Parlaments auf, insbesondere ob diesem ein allgemeiner Vorrang gegenüber den übrigen Gewalten zukommt. Die bisherigen Äußerungen des Gerichts zu dieser Thematik, welche insbesondere hervorgehoben haben, dass das Volk Staatsgewalt am unmittelbarsten durch das Parlament ausübt,[125] lassen ein derartiges Verständnis zumindest zu. Das Gericht wandte sich indes ausdrücklich gegen einen solchen „Gewaltenmonismus" sowie die bis dahin vertretene Lehre des sogenannten Totalvorbehalts als Ausfluss dieser vermeintlichen Stellung des Parlaments,[126] und stellte klar, dass dem Parlament kein allumfassender Vorrang bei grundlegenden Entscheidungen zukomme.[127] Weiter heißt es, dass aus[128]

> „[…] dem Umstand, daß allein die Mitglieder des Parlaments unmittelbar vom Volk gewählt werden, […] nicht [folgt], daß andere Institutionen und Funktionen der Staatsgewalt der demokratischen Legitimation entbehren. Die Organe der gesetzgebenden, der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt beziehen ihre institutionelle und funktionelle demokratische Legitimation aus der in Art. 20 Abs. 2 GG getroffenen Entscheidung des Verfassungsgebers."

Das Gericht rezipiert hinsichtlich der institutionellen und funktionalen demokratischen Legitimation ausdrücklich Ossenbühl.[129] Für Ossenbühl wurzelt der besondere Bedeutungsgehalt der funktionell-institutionellen Legitimation in der Dif-

---

[121] *Cornils*, Der Schnelle Brüter im Spannungsfeld zwischen Gesetzesvorbehalt und dynamischen Grundrechtsschutz, S. 317, spricht insoweit von einem verfassungsrechtlichen Generalproblem.

[122] Auf die atomrechtlichen und die staatliche Schutzpflicht für das Leben bzw. die körperliche Unversehrtheit betreffenden Fragen wird mangels demokratietheoretischer Relevanz an dieser Stelle nicht näher eingegangen.

[123] Vgl. hierzu oben, S. 32 ff.

[124] So führt das Gericht aus, „die besonderen Gesetzesvorbehalte" der Grundrechte seien als „Ausprägung des allgemeinen Gesetzesvorbehalts" zu sehen, BVerfGE 49, 89 (127).

[125] Vgl. hierzu oben, S. 32 ff.

[126] So vertreten von *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, S. 95, 171 ff.; *Mallmannn*, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, S. 181 ff.

[127] BVerfGE 49, 89 (125).

[128] BVerfGE 49, 89 (125).

[129] Vgl. BVerfGE 49, 89 (125).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ferenzierung zwischen den beiden Willenseinheiten, welche sich hinter der Bezeichnung „Volk" verbergen: der Ebene des *pouvoir constituant* und der des *pouvoir constitué*.[130] Zunächst sei dem Parlament eine „*primäre* (unmittelbare) *personelle* demokratische Legitimation"[131] zuzugestehen, welche weder Exekutive noch Judikative zukomme. Indes sei aus diesem „Prä personeller Legitimation" keinesfalls die These eines „demokratischen Legitimations*monopols* des Parlaments" abzuleiten; wichtiger als die Art der personellen Bestellung sei vielmehr die „verfassungsunmittelbare, im pouvoir constituant wurzelnde, *institutionelle* und *funktionelle* demokratische Legitimation."[132] Neben Ossenbühl apostrophiert das Gericht Böckenförde und Grawert, welche sich ebenfalls gegen einen, der vermeintlichen Sonderstellung der gesetzgebenden Gewalt entspringenden, Totalvorbehalt wenden.[133] Der Unterschied zwischen den beiden Gewalten der Legislative und Exekutive, welcher auf der unmittelbaren respektive mittelbaren Legitimierung jener Gewalten beruhe, sei lediglich gradueller Natur.[134] Dies gehe auch deutlich aus Art. 20 Abs. 2 GG hervor; der „Vorwurf des Undemokratischen gegenüber einer ‚eigenständigen Exekutivgewalt'" entbehre einer Grundlage.[135] Die Ausführungen zur „mittelbaren Legitimierung" der Exekutive, welche sich aus Art. 20 Abs. 2 GG ergebe, finden sich deutlich auch in den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts wieder:[136]

> „Auch die unmittelbare personelle demokratische Legitimation der Mitglieder des Parlaments führt nicht schlechthin zu einem Entscheidungsmonopol des Parlaments. Die verfassungsgebende Gewalt hat in Art. 20 Abs. 2 und 3 GG auch die Exekutive als verfassungsunmittelbare Institution und Funktion geschaffen; ihre Verfahren zur Bestellung der Regierung verleihen ihr zugleich eine mittelbare personelle demokratische Legitimation im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG."

---

[130] Vertiefend hierzu *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 921; mit Hinblick auf den Rezeptionskontext erscheint erwähnenswert, dass sich *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 197, im Rahmen seiner Ausführungen zur Ebene des pouvoir constituant auf *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 79, bezieht. Ossenbühl apostrophiert hier Schmitts Definition der „Nation" als „politisch-aktionsfähige Einheit mit dem Bewußtsein seiner politischen Besonderheit und dem Willen zur politischen Existenz", welche sich so von einer bloß ethisch-kulturell zusammengehörigen Gruppe abhebe.

[131] *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 199 (Hervorhebungen im Original); ähnlich auch BVerfGE 22, 125 (159).

[132] Vgl. *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 187 ff. (Hervorhebungen im Original).

[133] Vgl. *Böckenförde/Grawert*, Sonderverordnungen zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse, S. 1 ff., 25 f.

[134] *Böckenförde/Grawert*, Sonderverordnungen zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse, S. 26.

[135] *Böckenförde/Grawert*, Sonderverordnungen zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse, S 26.

[136] BVerfGE 49, 89 (125).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Tschentscher sieht in dem Kalkar-Beschluss eine „Infragestellung des formalen Legitimationsmodells“ und ordnet diesen einer Entwicklungslinie der Demokratiejudikatur zu, welche als Phase der Relativierung bezeichnet werden könne.[137] Er unterteilt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in die drei Rechtsprechungslinien der *Akzentuierung,* der *Konsolidierung* sowie der *Relativierung*. Es ergebe sich zwar keine überschneidungsfreie Chronologie, „wohl aber eine Typologie mit zeitlichen Schwerpunkten.“[138] Tschentscher sieht die Bedeutung der *personellen* Legitimation durch die Betonung der *funktionell-institutionellen* Legitimation in den Hintergrund treten. Dadurch wandere der Fokus „von den Akteuren zu den Aufgaben.“[139] Dies vermag *prima facie* widersprüchlich zu der Einordnung des Beschlusses als Beleg für eine Prägung des Demokratieverständnisses des Bundesverfassungsgerichts durch die Legitimationskettentheorie auch schon vor dem „Perspektivwechsel“[140] um 1990 erscheinen. Bei näherer Betrachtung lässt sich aus Tschentschers Einordnung jedoch eine Bestätigung ebenjener These ableiten: Vorangegangene Urteile, wie beispielsweise die Entscheidung zur Bremer Personalvertretung sowie das Urteil zur Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung ordnet Tschentscher der Phase der Akzentuierung respektive der Konsolidierung des organisatorisch-formalen Modells zu. Folglich unterlag dem Demokratieverständnis des Bundesverfassungsgerichts auch nach Tschentscher die Legitimationskettentheorie.

Ossenbühl, der vom Gericht ausdrücklich rezipiert wurde, sieht in seiner Annahme, der Gesetzgeber sei verpflichtet, „wesentliche Entscheidungen selbst zu treffen“,[141] ein Symptom dafür, dass sich die „verfassungspolitische Funktion des Gesetzesvorbehalts […] praktisch umgekehrt“ habe.[142] Während im 19. Jahrhundert die Zielrichtung des Gesetzesvorbehaltes gewesen sei, „dem Parlament Kompetenzen vor einer Machtusurpation durch die Exekutive zu bewahren“, so stehe nunmehr im Vordergrund, das Parlament anzuhalten, auch wirklich Gebrauch von den ihm zustehenden verfassungsrechtlichen Kompetenzen zu machen.[143] Ursächlich sei insoweit die politische Homogenität zwischen Parlamentsmehrheit und Exekutive. Die ohnehin schon übermäßige Personalunion werde dadurch noch verstärkt, dass „die führenden politischen Köpfe auf beiden Seiten sitzen“ und somit eine

[137] *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 44 f.

[138] *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 28 f.

[139] *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 45.

[140] So *Jouanjan*, Demokratietheorie als Verfassungslehre, S. 226.

[141] BVerfGE 49, 89 (126).

[142] *Ossenbühl*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, Rn. 49; auch das Bundesverfassungsgericht selbst hebt im Kalkar-Beschluss hervor, das Verständnis des Gesetzesvorbehalts sich in den letzten Jahren, „insbesondere mit der Erkenntnis auch seiner demokratischen Komponente“, gewandelt habe, vgl. BVerfGE 49, 89 (126).

[143] Vgl. *Ossenbühl*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, Rn. 48.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„Flucht aus der Verantwortung", sei es aus wahl- oder machttaktischen Erwägungen, reizvoll erscheine.[144]

Die Aktualität dieser Ausführungen Ossenbühls wurden zuletzt insbesondere im Rahmen der COVID-19 Pandemie deutlich. Gerade die Frühphase der Pandemiebekämpfung, welche auf das Frühjahr des Jahres 2020 datiert,[145] war von einer Exekutivlastigkeit, mit welcher eine passive Haltung der Legislative korrespondierte, geprägt.[146] Bäcker attestiert insoweit eine „Minderleistung der parlamentarischen Legislative, die zunehmend Züge einer Arbeitsverweigerung"[147] trage. Darin, dass „das eigentlich zuständige Organ dem eigentlich nicht zuständigen Organ das Feld"[148] überlasse, liege ein staatsstrukturelles Problem, da sich insoweit die tatsächlichen staatsstrukturrechtlichen Begebenheiten ändern.[149] Zumindest im weiteren Verlauf der Pandemiebekämpfung wurde eine Steigerung des parlamentarischen Tätigwerdens erkennbar.[150] Gleichwohl kann die Pandemiebekämpfung als Beleg für die Notwendigkeit des Gesetzesvorbehalts, insbesondere aufgrund seiner Zielrichtung das Parlament zum Gebrauch seiner Kompetenzen anzuhalten, gesehen werden.

Im Kontext der bisherigen Rechtsprechung stechen die demokratietheoretischen Äußerungen des Gerichts im Rahmen des Kalkar-Beschlusses heraus: Folgte auf die inhaltliche Annährung an die Legitimationskettentheorie deren ausdrückliche Benennung im Beschluss zu den Gemeindeparlamenten in Nordrhein-Westfalen, so kulminiert die Demokratiejudikatur nun in der Auseinandersetzung mit den verschiedenen Formen demokratischer Legitimation im Sinne der Legitimationskettentheorie.[151] Zeugnis hierfür und insoweit exemplarisch für das Wechselspiel zwischen verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung und der Literaturentwicklung ist, dass der Kalkar-Beschluss Eingang in den akademischen Diskurs zur Legitimationskettentheorie gefunden hat. So vertritt Niebler, welcher als Verfassungsrichter direkt an der Entscheidung beteiligt war, dass bereits die funktionell-institutionelle Legitimation eine hinreichende, einem Mitglied des Bundes- oder Landtages vergleichbare demokratische Legitimation vermittle, mithin keine zusätzliche *konkrete* Legitimation zu fordern sei.[152] Dies gehe bereits aus den Ausführungen im Rahmen

[144] *Ossenbühl*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, Rn. 48.

[145] Vgl. zu den Phasen der Pandemiebekämpfung *Kingreen*, Der demokratische Rechtsstaat in der Corona-Pandemie, S. 2767 ff.

[146] Vgl. näher hierzu *Bäcker*, Die lange „Stunde der Gubernative", S. 11 ff.

[147] *Bäcker*, Die lange „Stunde der Gubernative", S. 17.

[148] *Bäcker*, Die lange „Stunde der Gubernative", S. 17.

[149] Vgl. *Bäcker*, Die lange „Stunde der Gubernative", S. 17: „Die Praxis des Verfassungslebens prägt das normative Verfassungsrecht".

[150] Nach *Dreier*, Rechtsstaat, Föderalismus und Demokratie in der Corona-Pandemie, S. 234, sei das gesteigerte legislative Tätigwerden „vor allen [auf] die […] deutlichen Hinweise aus der gerichtlichen Spruchpraxis" zurückzuführen.

[151] Vgl. BVerfGE 49, 89 (125).

[152] *Niebler*, Die Stellung des Richters in der Bundesrepublik Deutschland, S. 282.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

des Kalkar I-Beschlusses zur funktionalen und institutionellen Legitimation hervor. Diesen entnimmt Niebler, dass „die rechtsprechende Gewalt – und damit auch jeder Richter – keine geringere demokratische Legitimation besitzt als die Mitglieder des Bundestages oder des Landtages."[153] Diese Position sah sich gewichtigen Einwänden ausgesetzt, welche noch zu betrachten sein werden[154] Es kristallisierte sich als herrschende Auffassung heraus, neben der funktionell-institutionellen Legitimation noch eine konkrete, den jeweiligen Amtswalter individuell betreffende, Legitimation zu fordern.[155]

C. Individualistische Neuorientierung

Rezipierte das Bundesverfassungsgericht, nach einer anfänglichen Konsolidierung in der Frühphase seiner Demokratiejudikatur, in zunehmender Deutlichkeit die Legitimationskettentheorie, betonte es mit dem Brokdorf-Beschluss die Rolle der Meinungs- und Versammlungsfreiheit als individualistische Verankerung der Demokratie. Im Brokdorf-Beschluss wird Demokratie als integrativer Willensprozess verstanden, die Möglichkeit des Einzelnen zur Partizipation betont.[156] Auf die individualistische Demokratiekonzeption der Brokdorf-Entscheidung, folgt eine Hervorhebung der Gemeinden als „Keimzelle der Demokratie"[157] durch den Rastede-Beschluss: Die kommunale Selbstverwaltung sei Ausdruck des „Aufbaues der Demokratie von unten nach oben"[158] und ermögliche „den Bürgern eine wirksame Teilnahme an den Angelegenheiten des „Gemeinwesens".[159] Während die Legitimationskettentheorie die monistische Rückführung der ausgeübten Staatsgewalt auf ein einheitliches Legitimationssubjekt fordert, betont das Bundesverfassungsgericht mit der Rastede-Entscheidung das dezentrale Element der grundgesetzlichen Demokratiekonzeption.

I. Brokdorf

Der Brokdorf-Beschluss ist die erste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 8 des Grundgesetzes überhaupt. Bis heute ist die Entscheidung darüber hinaus als versammlungsrechtliche Leitentscheidung anzusehen, welcher erhebliche

[153] *Niebler*, Die Stellung des Richters in der Bundesrepublik Deutschland, S. 282.

[154] Vgl. zur näheren Streitdarstellung S. 121 ff.

[155] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 15; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 59; *Voßkuhle/Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, S. 676.

[156] Vgl. *Lepsius*, Versammlungsrecht und gesellschaftliche Integration, S. 142.

[157] BVerfGE 79, 127 (149).

[158] Das Bundesverfassungsgericht zitiert insoweit den Art. 11 Abs. 4 der Verfassung des Freistaates Bayern, vgl. BVerfGE 79, 127 (149).

[159] BVerfGE 79, 127 (150).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rechtspolitische Bedeutung zukommt.[160] Der Bedeutungsgehalt der Entscheidung beschränkt sich indes nicht auf versammlungsrechtliche Aspekte, vielmehr erstreckt er sich auch auf Fragen der Staatstheorie. So wird der Beschluss als fundamental für die Deutung des grundgesetzlichen Demokratieprinzips angesehen.[161] Anlass für die Entscheidung war eine Frage der Zuständigkeit im einstweiligen Rechtsschutz. Konkret ging es um die Frage, ob ein Landrat, welcher eine Demonstration aufgrund fehlender Anmeldung sowie einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit verboten hatte, dazu befugt war, die Sache dem Oberverwaltungsgericht anzutragen. Zuvor war ein Beschluss des Verwaltungsgerichts Schleswig-Holstein ergangen. Da die Entscheidung des Landrates, nach der VwGO i. a. F. indes nicht anfechtbar war, wandte sich der Landrat an das Oberverwaltungsgericht. Diese verwaltungsprozessuale Frage nahm das Bundesverfassungsgericht zum Anlass für „eigentlich nicht mehr entscheidungsrelevante, grundsätzliche Ausführungen zur Versammlungsfreiheit".[162] Das Gericht nutzte also, wie Lepsius es festhält, „die Gunst der Stunde, um Grundsätzliches zur Bedeutung der Versammlungsfreiheit in einer Demokratie zu sagen" und somit „grundrechtliche Aussagen mit demokratietheoretischen" zu verbinden.[163]

Das Gericht betont die Rolle der Versammlungsfreiheit als „wesentliches Element demokratischer Offenheit", welche als „Stück ursprünglich-ungebändigter unmittelbarer Demokratie" geeignet sei, „den politischen Betrieb vor Erstarrung in geschäftiger Routine zu bewahren."[164] Dies gelte insbesondere für das parlamentarische Repräsentativsystem des Grundgesetzes:[165]

---

[160] Vgl. *van Ooyen*, Der Brokdorf-Beschluss (1985) und die andere Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts, S. 225; *Lepsius*, Versammlungsrecht und gesellschaftliche Integration, S. 114.

[161] Vgl. insbesondere *Lepsius*, Versammlungsrecht und gesellschaftliche Integration, S. 143; *van Ooyen*, Der Brokdorf-Beschluss (1985) und die andere Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts, S. 226.

[162] *Lepsius*, Versammlungsrecht und gesellschaftliche Integration, S. 136; Dieses Vorgehen des Gerichts sah sich, insbesondere vor dem Hintergrund, dass es der grundsätzlichen Ausführungen für das Urteil selbst nicht bedurfte – das Gericht stützte die Verfassungswidrigkeit der Entscheidung des OVG auf dessen fehlende Zuständigkeit – einiger Kritik ausgesetzt. So kritisierte *Gusy*, Lehrbuch der Versammlungsfreiheit-BVerfGE 69, 315, S. 613, die lehrbuchhaft wirkenden Einlassungen zur Versammlungsfreiheit seien nicht zur Begründung des Entscheidungsergebnisses erforderlich, vielmehr habe das Gericht die Möglichkeit nutzen wollen, „‚Grundsätzliches' zur Versammlungsfreiheit zu sagen." Laut *Schenke*, Anmerkung zum Urteil des BVerfG v. 14. 5. 1985 1 BvR 233/81, S. 35, liest sich der Beschluss „auf weiten Strecken mehr wie eine Kommentierung des Art. 8 GG denn als eine Gerichtsentscheidung." Ähnlich äußert sich auch *Pabel*, BVerfGE 69, 315-Brokdorf, Zum Grundrecht der Versammlungsfreiheit, S. 398, und hebt hervor, dass die in etlichen Teilen des Beschlusses nicht entscheidungserheblichen Ausführungen zur Versammlungsfreiheit, als obiter dicta nicht an der Bindungswirkung der Entscheidung teilnehmen.

[163] *Lepsius*, Entscheiden durch Maßstabsbildung, S. 130.

[164] BVerfGE 69, 315 (346 f.). Das Bundesverfassungsgericht rezipiert hinsichtlich der demokratietheoretischen Bedeutung der Versammlungsfreiheit *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 161, 404.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

> „Namentlich in Demokratien mit parlamentarischem Repräsentativsystem und geringen plebiszitären Mitwirkungsrechten hat die Versammlungsfreiheit die Bedeutung eines grundlegenden und unentbehrlichen Funktionselements. […] Schon generell gewinnen die von diesen [die Staatsgewalt ausübenden] Organen auf der Grundlage des Mehrheitsprinzips getroffenen Entscheidungen an Legitimation, je effektiver Minderheitenschutz gewährleistet ist; die Akzeptanz dieser Entscheidungen wird davon beeinflußt, ob zuvor die Minderheit auf die Meinungsbildung und Willensbildung hinreichend Einfluß nehmen konnte."

Jouanjan wertet die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen des Brokdorf-Beschlusses so, dass das Gericht die Demokratie betont individualistisch aus den Grundrechten herleite; sie werde als offener und pluralistischer Prozess erfasst.[166] Tschentscher sieht in dem Brokdorf-Beschluss eine Relativierung der „formalen und personenbezogenen Legitimation"[167] der Legitimationskettentheorie. Die Entscheidung stelle eine „handlungs- und ergebnisbezogene Legitimation" in den Vordergrund, welche im auffälligen Kontrast zur vorausgegangenen Demokratiejudikatur des Bundesverfassungsgerichts stehe.[168]

Ähnlich äußert sich Lepsius, welcher in der dem Brokdorf-Beschluss zu Grunde liegenden Demokratietheorie eine Relativierung der Legitimationskettentheorie erkennt.[169] Noch weiter, als von einer Relativierung zu sprechen, geht van Ooyen, welcher in dem Brokdorf-Beschluss gar eine „andere Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts" erkennt.[170] Zu diesem Schluss kommend, nimmt er insbesondere den Rezeptionskontext der Entscheidung in den Blick; gleich zu Beginn der Begründung seien Schlüsselbegriffe zu finden, welche auf bestimmte Rezeptionslinien deuten.[171] So seien die Begriffe „pluralistisch", „Minderheitenschutz", „Resultante im Kräfteparallelogramm" sowie „demokratische Offenheit" in diesem Kontext auf die „Smend-Schüler" Hesse, auf welchen ausdrücklich in der Entscheidung Bezug genommen wird, sowie dessen früheren Assistenten Häberle zurückzuführen.

Insoweit stimmt van Ooyen Lepsius dahingehend zu, dass sich der Beschluss an einer auf Smend zurückgehenden, von Partizipation und Pluralismus geprägten Demokratietheorie orientiert.[172] Die Ausführungen des Gerichts, wonach Demon-

---

[165] BVerfGE 69, 315 (347).

[166] Vgl. *Jouanjan*, Demokratietheorie als Verfassungslehre, S. 225.

[167] *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 47.

[168] *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 47.

[169] Vgl. *Lepsius*, Versammlungsrecht und gesellschaftliche Integration, S. 140 f.

[170] *van Ooyen*, Der Brokdorf-Beschluss (1985) und die andere Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts, S. 225.

[171] Vgl. *van Ooyen*, Der Brokdorf-Beschluss (1985) und die andere Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts, S. 227.

[172] Vgl. *Lepsius*, Versammlungsrecht und gesellschaftliche Integration, S. 143; *van Ooyen*, Der Brokdorf-Beschluss (1985) und die andere Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts, S. 227, hebt in diesem Zusammenhang die Überwindung der „problematischen

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

strationen „Integrationsdefizite sichtbar“[173] machen, lassen die Anlehnung an die Smendsche Integrationslehre ebenfalls deutlich werden. Van Ooyen erkennt einen darüberhinausgehenden, zu Kelsen und Popper führenden, Rezeptionskontext. In der Beschreibung der politischen Willensbildung als „trial and error“[174] in einem „nie endenden“ Prozess „demokratischer Offenheit“[175] sei eine „offensichtliche Anleihe“ an Poppers Falsifikationstheorie zu sehen.[176] Dessen zentrale Annahme, wonach Aussagen niemals wahr, lediglich bewährt sein können, mithin nur durch „Falsifikation“ eine Annäherung an die Wahrheit möglich sei, spiegele sich in der Entscheidung wider; die Legitimität des gesellschaftlichen Protestes erwache der Kenntnis, dass auch in der repräsentativen Demokratie den staatlichen Institutionen kein „Wahrheitsmonopol“ zukomme.[177] Außerdem habe auch Kelsen dem Brokdorf-Beschluss „via Rezeption durch Smend (und Fraenkel) Pate“[178] gestanden. Nach dessen Demokratietheorie der „Legitimation durch Verfahren“ sei Demokratie von einem offenen Wettbewerb um Mehrheiten geprägt und grundlegend vom Minderheitenschutz her konzipiert, ohne dass es einer Souveränität des Staats oder Volks „im Sinne eines Herrschaftssubjekts von ontischer Qualität“ bedürfe.[179] Insbesondere sei die Vorstellung vom politischen Prozess als Kräftespiel der gesellschaftlichen Gruppen als zentrale Aussage der Pluralismustheorie Kelsens zu qualifizie-

---

Verbindungen“ von Smends „Integrationslehre“ durch die „Freiburger Schule“ um Hesse, Ehmke und Häberle hervor, welche die Smendsche Gemeinschaftsbildung vom aktiven Bürger zum Staat übernahmen, aber die „polemisch formuliert: inhaltsleere“ Integrationslehre pluralismustheoretisch wendeten. Hierbei habe man sich zum Teil auch an dem pluralistisch ausgerichteten angloamerikanischen Verfassungsdenken orientiert, auf welches wiederum im Brokdorf-Beschluss verwiesen wird, vgl. BVerfGE 69, 315 (343).

[173] BVerfGE 69, 315 (347).

[174] Bereits im KPD-Verbotsurteil griff das Bundesverfassungsgericht diese Formulierung auf, vgl. S. 25 ff.

[175] BVerfGE 69, 315 (345 f.).

[176] *van Ooyen*, Der Brokdorf-Beschluss (1985) und die andere Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts, S. 229, hierauf habe auch *Häberle*, Klassikertexte im Verfassungsleben, S. 29, bereits 1981 hingewiesen.

[177] Vgl. *van Ooyen*, Der Brokdorf-Beschluss (1985) und die andere Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts, S. 229.

[178] *van Ooyen*, Der Brokdorf-Beschluss (1985) und die andere Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts, S. 230; die Rezeption Kelsens „durch Smend“ mag zunächst verwundern, konzipierte Smend seine Integrationslehre doch in Abgrenzung zu Kelsen (van Ooyen spricht gar von einer Motivation als „Anti-Kelsen“). Indes hebt van Ooyen die pluralismustheoretische Wendung der Smendschen Integrationslehre durch die „Schüler“ Smends, namentlich werden Hesse, Ehmke und Häberle benannt, hervor (S. 227). Insoweit sieht van Ooyen wohl einen Anknüpfungspunkt zu dem politischen Prozess als Kräftespiel als der „zentralen Aussage“ Kelsens Pluralismustheorie, welcher eine Rezeption Kelsens „durch Smend“ möglich werden lasse.

[179] *van Ooyen*, Der Brokdorf-Beschluss (1985) und die andere Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts, S. 229.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ren.[180] Spricht das Gericht im Brokdorf-Beschluss von der „ständigen geistigen Auseinandersetzung“ und dem „Kampf der Meinungen als Lebenselement dieser Staatsform“, so ist in der Tat eine Anlehnung an Kelsen erkennbar.

Die Ausführungen des Gerichts, wonach die Versammlungsfreiheit auch im Hinblick auf die Meinungs- und Willensbildung eine tragende Rolle einnimmt,[181] waren Gegenstand kritischer Relativierungen in der Literatur. So verließe das Grundrecht der Versammlungsfreiheit, sofern es als demokratisches Funktionsgrundrecht verstanden werde, nach Badura den Boden der grundrechtlichen Freiheit und erweise sich stattdessen als „eine Beschränkung der parlamentarischen Demokratie“.[182] Gusy betont die Gefahr der Verzerrung der Wahrnehmung von Interessen; politisch aktive Minderheiten bekämen mehr mediale Aufmerksamkeit als die schweigende Mehrheit.[183] Das (überproportional) erhöhte Aufmerksamkeitspotential, welches sich in der die Verzerrung der Wahrnehmung begründenden medialen Berichterstattung niederschlägt, sei die Kehrseite der Informationsaufgaben der Medien, „die sich auf das Außergewöhnliche und Unbekannte eben mehr bezieht als auf dasjenige, was ohnehin schon alle wissen und meinen.“[184] Versammlungen käme keine besondere repräsentative Bedeutung in quantitativer, wohl aber in qualitativer Hinsicht zu; wer Mittel und Zeit auf die Artikulation seiner Interessen in Form der Versammlung verwende, lege damit Zeugnis über die Intensität des jeweiligen Anliegens ab.[185] Die Verzerrung der Wahrnehmung habe demnach zur Folge, dass die demokratische Gleichheit der „Gewichtung der Interessen nach Präferenzskalen“ als Maßstab weichen müsse.[186]

Auch Böckenförde äußert ähnliche Bedenken, wenn er die Gefahr von Elitestrukturen sieht. Lediglich einzelne Gesellschaftsgruppen würden die ihnen zustehenden Möglichkeiten voll ausschöpfen.[187] Die aktive Interessenartikulation durch einzelne Gruppen hätte wiederum eine Überrepräsentation dieser partikularen Interessen im politischen Prozess zur Folge.[188] Diese, von Böckenförde auf „die Pluralismustheorie der Demokratie und deren Diskussion“ bezogenen Aussagen,[189] haben ebenso Relevanz für den Brockdorf-Beschluss. Dies gilt insbesondere vor dem

[180] Vgl. *van Ooyen*, Der Brokdorf-Beschluss (1985) und die andere Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts, S. 229.

[181] Vgl. BVerfGE 69, 315 (347).

[182] *Badura*, Die politische Freiheit in der Demokratie, S. 206; vgl. auch *Scheider*, Anm. zum BVerfG, S. 783 ff., welcher in der Deutung des Grundrechts auf Versammlungsfreiheit ebenfalls eine Beschränkung der parlamentarischen Demokratie sieht; dagegen etwa *Kutscha*, Grundrechte als Minderheitenschutz, S. 678.

[183] Vgl. *Gusy*, Lehrbuch der Versammlungsfreiheit-BVerfGE 69, 315, S. 608 f.

[184] *Gusy*, Lehrbuch der Versammlungsfreiheit-BVerfGE 69, 315, S. 609.

[185] Vgl. *Gusy*, Lehrbuch der Versammlungsfreiheit-BVerfGE 69, 315, S. 609.

[186] *Gusy*, Lehrbuch der Versammlungsfreiheit-BVerfGE 69, 315, S. 609.

[187] Vgl. *Böckenförde*, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, Rn. 6.

[188] Vgl. *Böckenförde*, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, Rn. 6.

[189] Vgl. *Böckenförde*, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, Rn. 6.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Hintergrund der Ausführungen des Gerichts, wonach der Versammlung als „ein Stück ursprünglich-ungebändigter unmittelbarer Demokratie“ ein direkt-demokratischer Charakter zukomme. Im Hinblick auf einen solchen, vornehmlich direkt-demokratischen Charakter äußert Böckenförde Skepsis:[190]

> „In der politischen Wirklichkeit wird dadurch jedoch eine Legitimation und der Entfaltungsraum für politische Einfluß- und Machtpositionen aktiver Minderheiten begründet; ihnen wächst auf diese Weise bestimmende Kraft zu. Der direkt-demokratische Mantel verhüllt die Repräsentationsstruktur, die sich dabei entfaltet.“

Der Befund einer Überrepräsentation einzelner, besonders aktiver gesellschaftlicher Gruppen lässt sich schwerlich gänzlich entkräften. Zumindest für wirtschaftspolitische Belange ließe sich immerhin entgegnen, die Möglichkeiten zur Einflussnahme wirtschaftlicher Interessenverbände verdeutliche die Notwendigkeit eines „Gegengewichts“, um die Offenheit des Willensbildungsprozesses zu gewährleisten. Die Gefahr der Überrepräsentation wäre insoweit hinzunehmen.

Hingegen ist für gesellschaftspolitische Fragen kein Äquivalent ersichtlich, welches ein Gegengewicht zur Herstellung der „Waffengleichheit“ im Willensbildungsprozess erfordert. Insofern auf die Massenmedien abzustellen, wäre lediglich überzeugend, soweit diese zuvörderst die Mehrheitsmeinung propagieren und im Hinblick auf Mindermeinungen eine repressive Rolle einnehmen würden. In diesem Falle wäre auch in gesellschaftspolitischen Fragen eine etwaige Überrepräsentation von Mindermeinungen hinzunehmen, um einen offenen Willensbildungsprozess gewährleisten zu können. Eine solche Qualifikation „der Massenmedien“ als „Lobby der Mehrheit“ ist indes wenig überzeugend. Zum einen spricht die Pluralität innerhalb der Medienlandschaft gegen eine solche Einordnung; verschiedene (Meinungs-)Nischen werden von verschiedenen Anbietern bedient, was sich in der heterogenen Berichterstattung über Interessen abseits der Mehrheit widerspiegelt. Ein „überdachendes“ Medium stellt freilich der öffentlich-rechtliche Rundfunk dar, welcher wiederum dem Meinungspluralismus rechtlich verpflichtet ist.[191] Zum anderen erscheint, wie Gusy überzeugend ausführt, die Berichterstattung über sich in der Minderheit befindliche Interessen und Meinungen aus Sicht der Medien im besonderen Maße attraktiv, da dem Ungewöhnlichen, sich vom „Normalzustand“ Abhebenden, ein erhöhtes Aufmerksamkeitspotential innewohnt.[192] Der Befund der Überrepräsentation einzelner, besonders aktiver Gruppen bleibt somit – zumindest im Hinblick auf gesellschaftspolitische Belange – durchaus plausibel. Mit diesem Befund allein ist noch nichts zur Frage gesagt, inwieweit aus dieser Überrepräsentation eine Gefahr für die demokratische Gleichheit erwächst. So ließe sich mit Gusy argumentieren, die Überrepräsentation einzelner Gruppen speise sich aus deren

[190] *Böckenförde*, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, Rn. 7.

[191] So das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Entscheidung zum Rundfunkstaatsvertrag, vgl. BVerfGE 12, 205 (262).

[192] Vgl. *Gusy*, Lehrbuch der Versammlungsfreiheit-BVerfGE 69, 315, S. 608 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(politischer) Aktivität. Diese sei Ausdruck einer hohen Meinungs*intensität*, was zu einer erhöhten politischen Berücksichtigungsbedürftigkeit führe.[193]

II. Rastede

Zu einer, zumindest in Relation zu ihrer Einwohnerzahl, beachtlichen Bekanntheit in Juristenkreisen verhalf das Bundesverfassungsgericht der niedersächsischen Gemeinde Rastede mit seinem Beschluss vom 23. 11. 1988.[194] Der Entscheidung ging ein ca. 15 Jahre andauernder Rechtsstreit[195] zwischen den Gemeinden Rastede und Buxtehude und deren jeweiligen Landkreisen voraus, welcher durch die gesetzliche Ordnung der Abfallbeseitigung zu Beginn der 70er Jahre ausgelöst wurde.[196] Die „Jahrhundertentscheidung zugunsten der Stellung der Gemeinden"[197] erscheint auch in demokratietheoretischer relevant. So hebt das Bundesverfassungsgericht in seinen Ausführungen zum Gewicht der kommunalen Selbstverwaltung die demokratische Bedeutung der Bürgerbeteiligung auf der Ebene der Gemeinden hervor:[198]

> „Mit der Stärkung der dezentralen Verwaltungsebene wollte der Verfassungsgeber auf die gegenläufigen zentralistischen Tendenzen während des nationalsozialistischen Regimes antworten. Er tat dies im Zutrauen in die Gemeinden, im Sinne eines ‚Aufbaus der Demokratie von unten nach oben' (vgl. Art. 11 Abs. 4 der Verfassung des Freistaates Bayern) Keimzelle der Demokratie und am ehesten diktaturresistent zu sein. In diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen, daß Kommunalverfassungsrecht und -wirk-

[193] Vgl. *Gusy*, Lehrbuch der Versammlungsfreiheit-BVerfGE 69, 315, S. 609.

[194] Dieses Schicksal teilt die Gemeinde Rastede freilich mit der Gemeinde Brokdorf sowie der Stadt Wunsiedel.

[195] Die Gemeinde Rastede wandte sich gleich zweimal an das Bundesverfassungsgericht. Da die Gemeinde zunächst die einfachgesetzlichen Rechtschutzmaßnahmen hätte ergreifen müssen, wurde die zunächst eingelegte Kommunalverfassungsbeschwerde als unzulässig nicht zur Entscheidung angenommen. Erst die zweite, 1983 eingelegte Kommunalverfassungsbeschwerde führte zum gegenständlichen Beschluss, obwohl die vorgeschriebene Jahresfrist ab Inkrafttreten des angefochtenen Gesetzes freilich längst abgelaufen war. Insoweit bemerkenswert ist, dass die, gegen dieselbe Regelung eingelegte Kommunalverfassungsbeschwerde der Gemeinde Buxtehude als verfristet verworfen wurde, vgl. *Cornils*, BVerfGE 79, 127-Rastede, Aufgabenverteilungsprinzip statt Verhältnismäßigkeit: Die Neuorientierung der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, S. 412, welcher diese „erstaunliche Begründung" gar als „sicherlich die schwächste Stelle der gesamten Entscheidung" beschreibt.

[196] So wurden den niedersächsischen kreisangehörigen Gemeinden durch das niedersächsische Ausführungsgesetz zur Abfallbeseitigung von 1973 deren bis dato bestehende Trägerschaft für die Abfallbeseitigung entzogen.

[197] *Cornils*, BVerfGE 79, 127-Rastede, Aufgabenverteilungsprinzip statt Verhältnismäßigkeit: Die Neuorientierung der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, S. 410; *Kenntner*, Zehn Jahre nach „Rastede", S. 701, spricht von dem Beschluss als „zentralen Markstein der Konzeption der kommunalen Selbstverwaltung des Grundgesetzes". Von einem „in der Bedeutung gar nicht überzubewertenden" Beschluss spricht *Knemeyer*, Staat-Kommunen, Gemeinden-Landkreise, S. 407.

[198] BVerfGE 79, 127 (149 f.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

> lichkeit seit dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Regimes von der Tendenz bestimmt sind, unter Zurückdrängung des bürokratisch-autoritativen Elements dem Gedanken des Selbstbestimmungsrechts der Gemeindebürger wieder erhöhte Geltung zu verschaffen. […] Die Zurückhaltung, die der Verfassungsgeber bei der Zulassung unmittelbar-demokratischer Elemente auf Bundesebene geübt hat, wird auf der örtlich bezogenen Ebene der Gemeinden ergänzt durch eine mit wirklicher Verantwortlichkeit ausgestattete Einrichtung der Selbstverwaltung, durch die den Bürgern eine wirksame Teilhabe an den Angelegenheiten des Gemeinwesens ermöglicht wird."

Ein zusätzliches Gewicht kommt den in ihrer Grundsätzlichkeit die demokratietheoretische Bedeutung der Gemeinden kraftvoll hervorhebenden Ausführungen auch durch den Zeitpunkt zu, zu welchem sie getroffen wurden. So wurde in den 70er Jahren gemeinhin die Effizienz zum Primat der Verwaltung erhoben, auch im Verhältnis zur Bürgernähe.[199]

Cornils bewertet den Beschluss dahingehend positiv, dass dessen klare Akzentuierung den eigentlichen Sinn von Art. 28 Abs. 2 GG hervorhebe, welcher in dem Schutz der „Gemeinden um ihrer Einwohner willen vor dem Staat" respektive einer bürokratisch-autoritativen zentralen Verwaltung liege.[200] Ähnlich äußert sich Knemeyer, welcher in dem Beschluss eine, den Grundvorstellungen des Verfassungsgebers entsprechende, Festigung der Stellung der Kommunen im Staat und untereinander erkennt.[201] Kritisch äußert sich hingegen Kenntner, dessen Kritik auf die dogmatischen Grundlagen des Beschlusses – genauer: die Einordnung des Art. 28 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes als institutionelle Garantie – abzielt.[202] Die „Kunstschöpfung der Einrichtungsgarantien" sei „unlösbar mit den spezifischen Eigenarten der Weimarer Reichsverfassung verknüpft".[203] Anstatt an die zu Art. 127 WRV entwickelte Dogmatik[204] der Einrichtungsgarantien anzuknüpfen, wäre ein

---

[199] Vgl. hierzu näher *Knemeyer*, Staat-Kommunen, Gemeinden-Landkreise, S. 406 f.

[200] *Cornils*, BVerfGE 79, 127-Rastede, Aufgabenverteilungsprinzip statt Verhältnismäßigkeit: Die Neuorientierung der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, S. 416.

[201] Vgl. *Knemeyer*, Staat-Kommunen, Gemeinden-Landkreise, S. 413.

[202] Vgl. *Kenntner*, Zehn Jahre nach „Rastede", S. 701 ff.

[203] *Kenntner*, Zehn Jahre nach „Rastede", S. 706.

[204] Die Weimarer Reichsverfassung billigte den Gemeinden in Art. 127 WRV „das Recht auf Selbstverwaltung innerhalb der Schranken des Gesetzes" zu. Jedoch standen die Kommentatoren der Reichsverfassung zunächst einer Bindungswirkung des Art. 127 WRV ablehnend gegenüber. So trug *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 1921, Art. 127, vor, Art. 127 WRV ändere weder das bestehende Gemeinderecht, „noch schreibt er der Gesetzgebung irgendetwas vor", mithin gewährleiste er „den Gemeinden und Gemeindeverbänden tatsächlich nichts." Dies änderte sich erst, nachdem *Schmitt*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, S. 140 ff., die von *Wolf*, Reichsverfassung und Eigentum, entwickelte Idee von Einrichtungsgarantien aufgreifend, die Lehre von institutionellen Garantien entwickelte. Mit dieser Rechtsfigur sollte eine Bindung des Gesetzgebers an verfassungsrechtliche Vorgaben, welche sich, nach der zu jener Zeit vorherrschenden Staatsrechtslehre, nicht aus grundrechtlichen Bestimmungen ergab, hergeleitet werden. Dadurch, dass bestimmte Normkomplexe in ihrem Kernbestand garantiert, mithin gegen Abschaffung oder Verletzung wesentlicher Bestandteile geschützt wurden, sollten sie

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Verständnis der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Absatz 2 des Grundgesetzes als subjektives Recht zu favorisieren.[205]

Tschentscher sieht in der Betonung des demokratietheoretischen Elements der kommunalen Selbstverwaltung durch das Bundesverfassungsgericht jedenfalls eine Relativierung des organisatorisch-formalen Prinzips der Legitimationskettentheorie. In der Bürgerbeteiligung auf Gemeindeebene sei ein „entgegengerichtetes Element der Demokratieverwirklichung“ in Bezug auf das Idealbild der, vom Parlament ausgehenden, Legitimationsketten zu sehen.[206]

D. Zäsur durch „Perspektivwechsel“ hin zu den Legitimationsketten

Die Entwicklungs- und Präzisierungsphase der Demokratiejudikatur des Bundesverfassungsgerichts macht deutlich, dass schwerlich von einem Beginn der Rechtsprechung zu den Legitimationsketten um 1990 die Rede sein kann.[207] Zu klar erkennbar wurde die Legitimationskettentheorie bereits im Vorfeld aufgegriffen. Durch die, vorliegend als Demos-Entscheidungen bezeichneten Entscheidungen sowie den Beschluss zum Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein, wurde jedoch ein Perspektivwechsel zurück zu den Legitimationsketten eingeleitet.

In der unter demokratietheoretischen Gesichtspunkten ohnehin als wechselhaft zu charakterisierenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sticht der „Perspektivwechsel“ zurück zu der Legitimationskettentheorie um 1990 – trotz einer bereits im Vorfeld zwischenzeitlich klar erkennbaren Immanenz der Legitimationskettentheorie – gleichwohl heraus.[208] Dieser Perspektivwechsel folgt auf eine individualistische Neuorientierung, im Rahmen derer sich das Gericht von der,

---

dem Zugriff des Gesetzgebers entzogen werden. Schmitts Lehre der institutionellen Garantien setzte sich in der Folgezeit durch, was sich auch in der Kommentierung des Art. 127 WRV niederschlug. So schrieb auch *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 1933, Art. 127 Anm. 1, in den späteren Auflagen seiner Kommentierung über Art. 127 WRV: „Er bindet nicht nur die Verwaltung an das Gesetz, sondern auch den Gesetzgeber selbst.“, vgl. hierzu auch *Kenntner*, Zehn Jahre nach „Rastede“, S. 702 f. Diese Dogmatik hat sich das Bundesverfassungsgericht früh zu Eigen gemacht. Bereits im ersten Band der amtlichen Sammlung übernahm es die zu Art. 127 WRV entwickelte Dogmatik, vgl. BVerfGE 1, 167 (173); siehe auch BVerfGE 34, 9 (19); 38, 258 (278).

[205] *Kenntner*, Zehn Jahre nach „Rastede“, S. 706.

[206] *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 46.

[207] So aber *Jouanjan*, Demokratietheorie als Verfassungslehre, S. 226; auch *Lepsius*, Versammlungsrecht und gesellschaftliche Integration, S. 140 f., spricht von der „nach 1990 […] begonnenen ‚Legitimationsketten‘-Rechtsprechung“.

[208] Leitentscheidungen für diesen Perspektivwechsel sind BVerfGE 83, 37 – Ausländerwahlrecht Schleswig-Holstein; 83, 60 – Hamburger Ausländerwahlrecht; 93, 37 – Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

maßgeblich durch Böckenförde beeinflussten, Legitimationskettentheorie ab- und einer, maßgeblich durch Kelsen beeinflussten, pluralistischen Demokratietheorie zugewandt zu haben schien. Aufgrund dieses Verlaufs der verfassungsgerichtlichen Judikatur ist zwischen der Rechtsprechung vor und nach diesem Perspektivwechsel zu unterscheiden.

I. Demos-Entscheidungen

Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Ausländerwahlrecht in Schleswig-Holstein und Hamburg sowie das Maastricht-Urteil, vorliegend als Demos-Entscheidungen bezeichnet, haben gemeinsam, dass sie vom Gericht zum Anlass für ausführliche Äußerungen zur Theorie der Legitimationskettentheorie genommen werden: Das Volk muss die Staatsgewalt, deren Träger es ist, außer durch Wahlen und Abstimmungen auch durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausüben. Dies setzte einen effektiven Einfluss des Volkes auf die Ausübung ebenjener Staatsgewalt voraus.[209] Die Entscheidungen teilen darüber hinaus, dass bei dieser Betrachtung das Legitimationssubjekt im Mittelpunkt steht: Das Volk als Quell der demokratischen Legitimation.

1. Entscheidungen zum Ausländerwahlrecht

Der Perspektivwechsel zurück zu den Legitimationsketten wurde durch die Entscheidungen zum Ausländerwahlrecht in Schleswig-Holstein[210] sowie Hamburg[211] eingeleitet, welche beide am 31. 10. 1990 ergingen. Beide Entscheidungen hatten die Konsequenzen des Demokratieprinzips für das einfache Recht in Gestalt des Wahlrechts zum Gegenstand. Im Falle des (einstimmig ergangenen) Urteils zum kommunalen Ausländerwahlrecht in Schleswig-Holstein stellte das Bundesverfassungsgericht einen Verstoß gegen Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG fest; die Bestimmung rekurriere auf das Volk im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG, worunter auch auf der Gemeindeebene lediglich die Gruppe deutscher Staatsangehöriger und die ihnen nach Art. 116 Abs. 1 GG Gleichgestellten gemeint seien. So bestimme Art. 20 Abs. 2 GG[212]

> „[…] selbst, wer das Volk ist, das in Wahlen, Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) Staatsgewalt ausübt: Es ist das Staatsvolk der Bundesrepublik Deutschland."

[209] Vgl. BVerfGE 83, 37 (50).
[210] BVerfGE 83, 37.
[211] BVerfGE 83, 60.
[212] BVerfGE 83, 37 (50).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Im Zuge dessen erteilt das Gericht dem Gedanken einer „Legitimation durch Betroffene“ eine klare Absage. Im Ausgangspunkt entspreche eine solche Kongruenz zwischen dauerhaft der staatlichen Herrschaft Unterworfenen und Inhabern demokratischer politischer Rechte zwar der demokratischen Idee, indes könne dies jedoch nicht[213]

> „[…] zu einer Auflösung des Junktims zwischen der Eigenschaft als Deutscher und der Zugehörigkeit zum Staatsvolk als Inhaber der Staatsgewalt führen. Ein solcher Weg ist durch das Grundgesetz versperrt.“

Das Gericht begründet dies zum einen mit der Systematik des Grundgesetzes.[214] Zum anderen rekurriert es auf die historische Entwicklung im 19. Jahrhundert: Da bereits seit den Anfängen der kommunalen Selbstverwaltung Ausländern das aktive und passive Wahlrecht versagt wurde, entspräche es der Regelungstradition, das Kommunalwahlrecht auf Staatsangehörige zu beschränken.[215] Für die Länder könne auch aus einer restriktiven Auslegung des Homogenitätsgebots nichts anderes folgen: Soweit durch Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG eine Vertretung des Volkes auch für Kreise und Gemeinden vorgeschrieben wird, müsse der Begriff des Volkes einheitlich in diesem Sinne verstanden werden.[216] Diese Auslegung werde nicht nur durch den Wortlaut der Vorschrift nahe gelegt, sondern ergebe sich ebenfalls aus deren Sinn und Zweck.[217] Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG gewährleiste somit eine, für das gesamte Territorium der Bundesrepublik, einheitliche demokratische Legitimationsgrundlage.[218]

In dem Urteil zum Hamburger Ausländerwahlrecht war nicht die Wahl zu kommunalen Parlamenten Gegenstand der gerichtlichen Betrachtung, sondern die zu den Hamburger Bezirksversammlungen. Hierbei handelt es sich um bezirkliche Mitbestimmungsgremien der Verwaltung, welchen die Besonderheit zukommt, dass die Landesregierung jederzeit ein Evokationsrecht in Bezug auf deren Mitwirkungs- und Entscheidungsgewalt inne hat.[219] Obschon im Hinblick auf die Funktion eine gewisse Vergleichbarkeit von Bezirk und Gemeinde durch das Gericht attestiert wird, sei Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG hier mangels Rechtsfähigkeit und aufgrund der fehlenden Allzuständigkeit der Hamburger Bezirke nicht einschlägig, weder direkt noch

---

[213] BVerfGE 83, 37 (52).

[214] So führt das Gericht aus, die (a. F. der) Präambel und Art. 146 GG erklären in „unübersehbarer Parallelität“ das deutsche Volk zum Träger und Subjekt des Staates. Ebenso erhalte Art. 116 GG, welcher „die Eigenschaft als Deutscher auf die sogenannten Statusdeutsche erstreckt“, seinen Sinn erst dadurch, dass „der Träger der deutschen Staatsgewalt im Ausgangspunkt durch die Gesamtheit der deutschen Staatsangehörigen zu definieren“ sei, BVerfGE 83, 37 (51).

[215] Vgl. BVerfGE 83, 37 (56 ff.).

[216] Vgl. BVerfGE 83, 37 (53).

[217] Vgl. BVerfGE 83, 37 (53).

[218] Vgl. BVerfGE 83, 37 (53).

[219] Vgl. vertiefend zur Rechtsstellung der Bezirke *Deutelmoser*, Die Rechtsstellung der Bezirke in den Stadtstaaten Berlin und Hamburg, S. 106 ff., 164 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

analog.[220] Verletzt sei indes das, über Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG auch für die Länder verbindliche, Demokratieprinzip.[221] Die Bezirke üben Staatsgewalt aus und folglich sei auch deren demokratische Legitimation zu fordern. Hieran ändere auch das Evokationsrecht der Landesregierung nichts; es werde, bei jeder Mitbestimmung von Verwaltungsgremien, welche sich zur Mitentscheidung verdichte, staatliche Herrschaft ausgeübt, welche eines hinreichenden Gehalts an demokratischer Legitimation bedürfe.[222] Das Gericht weicht insofern von seiner bisherigen Rechtsprechungslinie ab. Hatte es doch noch in der Entscheidung zu den Gemeindeparlamenten Nordrhein-Westfalens angedeutet, ein Evokationsrecht des übergeordneten Organs könnte dazu führen, dass geringere Anforderungen an die Legitimation zu stellen seien.[223] Eine hinreichende demokratische Legitimation werde im Falle des Hamburger Ausländerwahlrechts indes durch die Einbeziehung von Ausländern in die Wahlen vereitelt. So versieht das Bundesverfassungsgericht den Schluss des Urteils mit der Feststellung:[224]

> „Wahlen, bei denen auch Ausländer wahlberechtigt sind, können demokratische Legitimation nicht vermitteln. Die Verleihung des Wahlrechts zu den Bezirksversammlungen ist deshalb verfassungswidrig."

Im Urteil zum Hamburger Ausländerwahlrecht finden sich erstmals Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zum *Legitimationsniveau.* Es greift hierbei zunächst die aus der Legitimationskettentheorie herrührende Unterscheidung zwischen funktioneller, inhaltlicher und personeller demokratischer Legitimation auf, um sodann zu betonen, dass es auf ein Zusammenwirken dieser Legitimationsformen ankommt:[225]

> „Aus verfassungsrechtlicher Sicht entscheidend ist nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, sondern deren Effektivität; notwendig ist ein bestimmtes Legitimationsniveau."

Diese Ausführungen sind, über ihren Bedeutungsgehalt für die Legitimationskettentheorie hinausgehend, in zweierlei Hinsicht aufschlussreich: Zum einen verweist das Bundesverfassungsgericht, hinsichtlich der verschiedenen Legitimationsformen, auf die eigene Rechtsprechung, konkret: den Kalkar-Beschluss.[226] Das ausdrückliche Anknüpfen an die vorausgegangene Rechtsprechung durch das Bundesverfassungsgericht unterstreicht den Charakter des Perspektivwechsels als *Rückkehr* zu, nicht als *Beginn* der Rechtsprechung zu den Legitimationsketten.

---

[220] Vgl. BVerfGE 83, 60 (75 f.).

[221] Vgl. BVerfGE 83, 60 (76).

[222] Vgl. BVerfGE 83, 60 (80 f.).

[223] Vgl. BVerfGE 47, 253 (274 f.); vgl. auch *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 39.

[224] BVerfGE 83, 60 (81).

[225] BVerfGE 83, 60 (72).

[226] Vgl. BVerfGE 83, 60 (72); vgl. zum Kalkar I-Beschluss oben, S. 38 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ferner bezieht sich das Gericht an dieser Stelle ausdrücklich auf Böckenförde.[227] Es hebt damit selbst hervor, was bereits an anderer Stelle deutlich wurde: Die prägende Rolle Böckenfördes, sowohl für die Legitimationskettentheorie im Allgemeinen als auch für deren Rezeption durch das Bundesverfassungsgericht. Auf den Einfluss Böckenförde*s* soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden, er wird im Rahmen der Erörterung des Rezeptionskontextes der Demos-Entscheidungen noch Gegenstand näherer Betrachtung sein.[228]

2. Maastricht-Urteil

Im Maastricht-Urteil stellte sich die Frage nach der demokratischen Legitimation im europäischen Kontext. Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Betrachtung war das Zustimmungsgesetz zu dem, im niederländischen Maastricht unterzeichneten, Vertrag über die europäische Union. Das Bundesverfassungsgericht ging zwar in seinen Ausführungen auch auf die, aus dem Demokratieprinzip herrührenden, Grenzen der europäischen Integration ein, erklärte die zu Grunde liegende Kompetenzübertragung nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung im Ergebnis aber für verfassungsgemäß.[229]

Dem Urteil liegt insoweit eine Besonderheit zu Grunde, als dass das Demokratieprinzip auf seinen änderungsfesten Wesenskern im Sinne der „Ewigkeitsgarantie“[230] zu untersuchen war. Im Zuge der Bestimmung des nach Art. 79 Abs. 3 GG unantastbaren Gehalts knüpfte das Bundesverfassungsgericht erneut an die Dogmatik der Legitimationskettentheorie an: Zu jenem unantastbaren Gehalt gehöre,[231]

> „[…] daß die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben und die Ausübung staatlicher Befugnisse sich auf das Staatsvolk zurückführen lassen und grundsätzlich ihm gegenüber verantwortet werden. Dieser notwendige Zurechnungszusammenhang läßt sich auf verschiedene Weise, nicht nur in einer bestimmten Form, herstellen. Entscheidend ist, daß ein hinreichend effektiver Gehalt an demokratischer Legitimation, ein bestimmtes Legitimationsniveau, erreicht wird.“

Es wird also, anknüpfend an die Entscheidung zum Hamburger Ausländerwahlrecht[232], das Legitimationsniveau betont. In Bezug auf die Herstellung des

[227] Das Gericht bezieht sich auf *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, vgl. BVerfGE 83, 60 (72).

[228] Vgl. hierzu unten, S. 60 ff.

[229] Vgl. BVerfGE 89, 155 (181); dezidierter zu den Grenzen der europäischen Integration äußerte sich das Gericht im Lissabon-Urteil, vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 99 ff.

[230] Kritisch zum Begriff der „Ewigkeitsgarantie“ *Pieroth*, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, S. 474 f., wonach sich diese Bezeichnung aller Erfahrung nach nicht nur „als Hybris und Illusion“, sondern vor dem Hintergrund des Art. 146 des Grundgesetzes gar als falsch offenbart.

[231] BVerfGE 89, 350 (182).

[232] Vgl. BVerfGE 83, 60 (72).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

angesprochenen notwendigen Zurechnungszusammenhangs zwischen der Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt und dem Staatsvolk, stellt das Gericht entscheidend auf eine, vom Volk ausgehende, hinreichende Einflussnahme ab.[233] Mit „Volk" ist auch in diesem Zusammenhang nicht etwa das „europäische Staatsvolk" gemeint, wie es die, durch Art. 8 EGV (nunmehr Art. 9 EUV) begründete, europäische Staatsangehörigkeit zunächst nahezulegen vermag.[234] Es seien die Staatsvölker der Mitgliedsstaaten, welche den Staatenverbund der Europäischen Union, über ihre nationalen Parlamente, zu legitimieren haben.[235] Indes betont das Gericht in diesem Zusammenhang, dass die Europäische Union ein auf eine dynamische Entwicklung angelegter Staatenverbund ist: So können sich die, für die Demokratie konstitutionellen, vorrechtlichen Voraussetzungen auch „im institutionellen Rahmen der Europäischen Union entwickeln."[236] Bereits „heute" vermittele ebenfalls das europäische Parlament demokratische Legitimation. Diese trete neben jene, von den nationalen Parlamenten her vermittelte Legitimation und nehme allenfalls eine stützende Funktion ein, welche sich allerdings im Rahmen einer fortschreitenden europäischen Integration verstärken könne.[237] Bis dahin allerdings gelte:

> „Die Staaten bedürfen hinreichend bedeutsamer eigener Aufgabenfelder, auf denen sich das jeweilige Staatsvolk in einem von ihm legitimierten und gesteuerten Prozess politischer Willensbildung entfalten und artikulieren kann, um so dem, was es – relativ homogen – geistig, sozial und politisch verbindet (vgl. hierzu H. Heller, Politische Demokratie und soziale Homogenität, Gesammelte Schriften, 2. Band 1971, S. 421 [427 ff.], rechtlichen Ausdruck zu geben."[238]

3. Die Demos-Entscheidungen in der Diskussion

Die Demos-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts machen die enge Verknüpfung zwischen Politik und Verfassungsrecht deutlich. Oeter spricht gar von „fundamental politische(n) Konnotationen".[239] Vor diesem Hintergrund erscheint es kaum verwunderlich, dass die Entscheidungen eine Vielzahl kritischer Verlautba-

[233] Vgl. BVerfGE 89, 155 (184).

[234] Das Gericht erkennt zwar an, dass durch die „Unionsbürgerschaft" ein auf Dauer angelegtes rechtliches Band zwischen den Staatsangehörigen der Mitgliedsstaaten geknüpft wird, stellt aber klar, dass diesem nicht die Dichte der gemeinsamen Staatsangehörigkeit zukomme, welche „dem bestehenden Maß existentieller Gemeinsamkeit" rechtlich verbindlichen Ausdruck verleihe, BVerfGE 89, 155 (182).

[235] Vgl. BVerfGE 89, 155 (184).

[236] BVerfGE 89, 155 (185).

[237] Vgl. BVerfGE 89, 155 (185 f.).

[238] BVerfGE 89, 155 (186).

[239] *Oeter*, Allgemeines Wahlrecht und Ausschluß von der Wahlberechtigung: Welche Vorgaben enthält das Grundgesetz?, S. 31.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rungen[240] zur Folge hatten, lädt doch ihre Bewertung geradezu zu einer Positionsbestimmung im politischen Spektrum ein. Die bisweilen kaum zu bestreitende und ebenso schwerlich aufzulösende Verbindung zum Politischen zeigt sich auch in der demokratietheoretischen Diskussion, die es im Folgenden in den Blick zu nehmen gilt. Hinsichtlich dieser Diskussion bietet sich ein, die Entscheidungen in ihrer Gesamtheit behandelndes Vorgehen an, lässt der, in den Entscheidungen zu Tage tretende, demokratietheoretische Kontext doch eine gemeinsame Grundposition erkennen.

Ausgangspunkt kritischer Bewertungen der Entscheidungen war vielfach, das Bundesverfassungsgericht argumentiere nicht, sondern es deduziere aus vorverfassungsmäßigen Prämissen, welche indes nicht offengelegt, sondern schlicht vorausgesetzt werden.[241] Der Kern dieser Kritik ist mithin die Frage, ob der Begriff des Volkes grundsätzlich auch offener ausgelegt werden kann, ob überhaupt dem Grundsatz der Volkssouveränität notwendigerweise ein bestimmter Volksbegriff eingeschrieben ist.[242] Bevor auf die Frage nach einem „offenen“ Volksbegriff des Art. 20 Absatz 2 des Grundgesetzes genauer eingegangen wird, erfolgt zunächst eine nähere Betrachtung des staats- und demokratietheoretischen Kontextes, welchem es zur Einordnung der Entscheidungen bedarf.

a) Inkurs: Staats- und demokratietheoretischer Kontext – Staat vor Verfassung?

Die Demos-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts befassen sich insbesondere mit dem Legitimationssubjekt der Demokratie. Die Tragweite der Entscheidungen erschließt sich anhand einer Erläuterung der staats- respektive demokratietheoretischen Grundposition des Bundesverfassungsgerichts. Um diese erfassen zu können, wird zunächst der Staats- und demokratietheoretische Kontext in den Blick genommen. Hierbei werden die Grundpositionen des Staats- und des Verfassungsdenkens einander gegenübergestellt. Sodann wird zu zeigen sein, dass sich das Bundesverfassungsgericht mit den Demos-Entscheidungen klar der Position

[240] Siehe insbesondere *Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie; *Menzel*, Ausländerwahlrecht. Staatsvolk, Wahlvolk und die Grenzen der Ausländerpartizipation im örtlichen Bereich, S. 455 – 462; *Rinken*, Demokratie und Hierarchie, S. 125 – 147; *Schuppert*, Verfassungsrecht und Verwaltungsorganisation, S. 581 – 610.

[241] Vgl. *Rinken*, Demokratie und Hierarchie, S. 138 ff.; *Menzel*, Ausländerwahlrecht. Staatsvolk, Wahlvolk und die Grenzen der Ausländerpartizipation im örtlichen Bereich, S. 458 f. Ähnlich auch *Oeter*, Allgemeines Wahlrecht und Ausschluß von der Wahlberechtigung: Welche Vorgaben enthält das Grundgesetz, S. 37 f., nach dem ein Verständnis des „Volksbegriffes“, welches das Bundesverfassungsgericht zu Grunde legt, „aus sich heraus klar und unmißverständlich genau in diesem Sinne […] ernsthaft schwerlich zu behaupten sein“ dürfte.

[242] *Oeter*, Allgemeines Wahlrecht und Ausschluß von der Wahlberechtigung: Welche Vorgaben enthält das Grundgesetz?, S. 38; *Maus*, Zur Aufklärung der Demokratietheorie, S. 203 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

des Staatsdenkens zuordnen lässt. Die Position, welche das Bundesverfassungsgericht einnimmt, kann als staatszentriert bezeichnet werden. Durchaus pejorativ ist auch von einer „neo-etatistischen“[243] Sicht die Rede. Es wird zu zeigen sein, dass diese Position keinesfalls alternativlos ist, insofern wird auf die Gegenposition des Verfassungsdenkens eingegangen. Hervorzuheben ist außerdem, dass das Gericht seine Position Art. 79 Abs. 3 GG einschrieb und somit etwaigen Verfassungsänderungen entzog.

aa) Der apriorische Staat des Staatsdenkens

Ausgangspunkt des Staatsdenkens[244] ist die Frage nach dem Verhältnis zwischen Staat und Verfassung, mithin eine Begriffsklärung des Verfassungsstaates. Dem Staat kommt aus Sicht des Staatsdenkens[245] eine präkonstitutionelle Rolle zu; der Staat zeigt sich in der Verfassung als rechtliche Größe, indes weist die Staatlichkeit über das Normative hinaus.[246] Nach Isensee bedarf der Staat als Rohform der Formung, erst durch seine normative Verfasstheit erlangt er seine vollständige Gestalt; er entfaltet seine volle Staatlichkeit mithin in der Verfassung.[247] Auch in seiner Rohform erscheint der Staat indes nicht gänzlich formlos, er ist nicht „materia prima im Sinne der klassischen Ontologie, sondern materia secunda: partiell vorgeformte, aber noch weiter formbedürftige und formbare Materie“.[248] „Prototyp“ des Staates als präkonstitutioneller Typus ist der moderne Nationalstaat des 19. Jahrhunderts.[249] Dieser sei die „vorgegebene Konstante, die jeweilige Verfassung (…) als formgebendes Prinzip die Variable“[250].

---

[243] Vgl. *Rinken*, Demokratie und Hierarchie, S. 133 ff., bei welchem zunächst von „Staatsdenken“ im Gegensatz zum „Verfassungsdenken“ die Rede ist; später (S. 138) wird die Sicht des zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts dann als „neo-etatistisch“ bezeichnet. *van Ooyen*, „Volksdemokratie“ und „Präsidialisierung“, S. 39 ff., spricht von einem „*liberal-konservativen Etatismus*“.

[244] Terminologisch angelehnt an *Rinken*, Demokratie und Hierarchie, S. 125 ff.

[245] Von „dem Staatsdenken“ und „dem Verfassungsdenken“ als Dichotomie zu sprechen ist freilich abbreviatorisch und soll nicht über die vielfältigen Positionen hinwegtäuschen, welche zu diesem Thema vertreten werden. Diese darzustellen ist indes nicht Anspruch dieser Arbeit, vielmehr soll durch eine kursorische Darstellung der Grundposition eine Kontextualisierung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erreicht werden.

[246] Vgl. *Isensee*, Staat und Verfassung, Rn. 1 ff., wonach auch die Verfassung selbst von einem präkonstitutionellen Staat ausgehe. Dies werde insbesondere anhand der Präambel des Grundgesetzes in ihrer ursprünglichen Form deutlich. *Merten*, Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, S. 7 ff., sieht ebenfalls Art. 146 a. F. des Grundgesetzes sowie die, den Bestand des Staates schützenden, Bestimmungen des Grundgesetzes als Beleg dafür an, dass das Grundgesetz selbst den Staat über die Verfassung stelle.

[247] Vgl. *Isensee*, Staat und Verfassung, Rn. 9.

[248] *Isensee*, Staat und Verfassung, Rn. 8.

[249] Vgl. *Isensee*, Staat und Verfassung, Rn. 44.

[250] *Rinken*, Demokratie und Hierarchie, S. 134.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Einordnung des Staates als präkonstitutionell wirft die Frage nach der Rohform des Staates, nach dem Wesenskern der materia secunda auf. Das Wesen des sich nicht in der Verfassung erschöpfenden Staates vermag nicht im Sinne einer abschließenden Definition erfasst zu werden.[251] Hingegen lässt sich der präkonstitutionelle Staat doch fragmentarisch erfassen; es lassen sich einzelne, der Verfassung vorgegebene Prinzipien ausmachen, welche einen präkonstitutionellen Grundtypus formen. Nach Isensee ist die Einheit der Staatsgewalt als „zentripedal(es) Prinzip“ der Verfassung a priori vorgegeben.[252]Vor diesem Hintergrund erschließt sich die große Bedeutung des Prinzips der Hierarchie für das Staatsdenken: Das Prinzip der Einheit der Staatsgewalt wird durch den hierarchischen Aufbau gesichert und hergestellt. Auch nach Loschelder ist das Prinzip der Hierarchie der Verfassung a priori vorgegeben:

> „Hierarchie ist, vor jeder positiven verfassungsrechtlichen Ausformung, ein notwendiges und zentrales Bauelement staatlicher Exekutive, organisierter Staatlichkeit überhaupt.“[253]

Die Einheit des Staates werde durch die ebenfalls staatsformindifferenten Prinzipien der Entscheidungs- und Handlungseinheit des Staates gesichert; nur so sei gewährleistet, dass alle Akte der Staatsorganisation von einem *einzigen* Willenszentrum ausgehen.[254] Das apriorische Prinzip der Einheit der Staatsgewalt habe somit zwingend eine Einheit des Legitimationssubjektes zur Folge; die Entscheidungseinheit „umschließe“ die demokratische Legitimationseinheit.[255] Sei in der monarchistischen Verfassung noch der Fürst Träger der Staatsgewalt gewesen, so sei es in der demokratischen Verfassung das Volk; es wechsele zwar der Träger der Staatsgewalt, der Staat indes bestehe weiter.[256] Wie es den *einen* Willen des Fürsten gegeben habe, so gebe es auch den *einen* Volkswillen, wenn dieser auch mannigfaltig vermittelt wird.[257] Aus Sicht des Staatsdenkens erscheint somit ein monistischer Volksbegriff zwingend: Die Staatsgewalt muss auf das Staatsvolk als einzigem Legitimationsquell zurückgeführt werden.[258]

---

[251] Vgl. *Isensee*, Staat und Verfassung, Rn. 26 f., wonach eine solche endgültige und abschließende Beantwortung der Frage nach dem Wesen des Staates ebenso wenig möglich ist, wie die der Frage nach dem Wesen des Menschen.

[252] Vgl. *Isensee*, Staat und Verfassung, Rn. 66.

[253] *Loschelder*, Weisungshierachie und persönliche Verantwortung in der Exekutive, Rn. 3.

[254] Vgl. *Isensee*, Staat und Verfassung, Rn. 68.

[255] Vgl. *Rinken*, Demokratie und Hierarchie, S. 134; *Isensee*, Staat und Verfassung, Rn. 68.

[256] Vgl. *Rinken*, Demokratie und Hierarchie, S. 134.

[257] Vgl. *Isensee*, Staat und Verfassung, Rn. 68.

[258] Vgl. *Isensee*, Staat und Verfassung, Rn. 68; *Merten*, Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, S. 24 ff.; *Rinken*, Demokratie und Hierarchie, S. 134.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bb) Das Staatsdenken als Ausgangspunkt des verfassungsgerichtlichen Demokratieverständnisses

Das Bundesverfassungsgericht positioniert sich mit den Demos-Entscheidungen klar im Staatsdenken. Die Ausführungen des Gerichts zum Volk als einheitlichem Legitimationssubjekt sowie die ausdrückliche Ablehnung der Betroffenenlegitimation lassen es evident erscheinen, dass das Staatsdenken zum Ausgangs- und Angelpunkt des verfassungsgerichtlichen Demokratieverständnisses gemacht wurde.[259] Dies macht insbesondere die Einheitsvorstellung deutlich, welche den Ausführungen des Gerichts zugrunde liegt, wonach die Bundesrepublik Deutschland als demokratischer Staat nicht ohne Personengesamtheit, welche zugleich Träger und Subjekt der Staatsgewalt sei, gedacht werden könne: Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG habe zum Inhalt, dass „die Staatsgewalt das Volk als eine zur Einheit verbundenen Gruppe von Menschen zu ihrem Subjekt haben" muss.[260] Setzt man diese Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in Verhältnis zu der vorausgegangenen Demokratiejudikatur, so wird eine Verengung des Volksbegriffs, welchen das Gericht in seinen Entscheidungen zugrunde legt, deutlich: War zunächst noch von der „Gesamtheit der Bürger als Volk"[261] die Rede, so gelangt das Gericht über die „Gesamtheit der Bürger als Staatsvolk"[262] zur „Gesamtheit der Staatsbürger, das Volk"[263].[264] Von dem Volk als einheitlichen Legitimationssubjekt ausgehend, wird die demokratische Legitimation über eine durchgängig hierarchische Organisation vermittelt. Erneut tritt das Staatsdenken als Leitmotiv deutlich hervor.

Die Positionierung des Bundesverfassungsgerichts erschließt sich zudem bei näherer Betrachtung der Positionen Böckenfördes und Kirchhofs. Beide waren als Verfassungsrichter prägend an den betreffenden Entscheidungen beteiligt und teilen darüber hinaus eine staatszentrierte Grundhaltung.

(1) Die Prägung der Demos-Entscheidungslinie durch Böckenförde

Die Natur des Verhältnisses zwischen Literatur und Verfassungsrechtsprechung in besonderer Weise als reziprok kennzeichnend, erschließen sich die vorverfassungsrechtlichen Prämissen, welche den Demos-Entscheidungen zu Grunde liegen, mit Blick auf den Beitrag Böckenfördes zum Handbuch des Staatsrechts.[265] Böckenförde, welcher die Legitimationskettentheorie maßgeblich prägte[266] und somit

[259] Vgl. *Rinken*, Demokratie und Hierarchie, S. 138.

[260] BVerfGE 83, 37 (51).

[261] BVerfGE 38, 258 (271).

[262] BVerfGE 77, 1.

[263] BVerfGE 83, 60 (72).

[264] So auch bei *Rinken*, Demokratie und Hierarchie, S. 139.

[265] *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip.

[266] Böckenförde begründete die Legitimationskettentheorie zwar nicht. Die Theorie der Legitimationsketten geht auf *Herzog*, Allgemeine Staatslehre, S. 208 ff. zurück. Jedoch war

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

im Kontext der Legitimationskettentheorie ohnehin eine herausragende Stellung einnimmt, war auch als Verfassungsrichter maßgeblich an den gegenständlichen Entscheidungen beteiligt.

(a) Das staatstheoretische Verständnis Böckenfördes

Zentrales Motiv Böckenfördes Staatstheorie ist die „Entzweiung“ genannte Gegenüberstellung einer vorstaatlichen gesellschaftlichen Sphäre und der politischen Sphäre des Staates.[267] Das Ergebnis der Zentralisierung von Herrschaftsbefugnissen sei die „Verselbstständigung des Staates als einheitliche Herrschaftsorganisation und das dadurch entstehende Gegenübertreten von Staat und Gesellschaft“.[268] Die letzte Stufe dieser „Verselbstständigung“ ist für Böckenförde das Begreifen des Staates als Organisation: Dadurch, dass der Staat als „eigene Institution“ in sich steht und begriffen wird, werde auch der Herrscher, ob nun Monarch oder Demos, auswechselbar.[269] Dem Staat kommt nach Böckenförde die Rolle zu, die „selbstbezogene“, individuelle Freiheit der gesellschaftlichen Sphäre zu sichern, aber auch die Allgemeinheit gegenüber der individualistisch geprägten Gesellschaft und ihren Interessengruppierungen durchzusetzen.[270] Der Staat fungiert mithin als politische „Herrschaftsorganisation für die Gesellschaft oder, wenn man so will, über ihr.“[271] Dennoch hänge auch die Existenz des Staates von der von ihm zu trennenden Gesellschaft ab. Diese Erkenntnis wirft die Frage nach einem, dem Staat vorausliegenden, integrativen Moment auf.[272] Im Zuge dieser Fragestellung formulierte Böckenförde sein weit über Juristenkreise hinaus bekanntes Diktum:[273]

> „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als

---

Böckenförde maßgeblich an ihrem Einzug in die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung beteiligt, wodurch der juristische Demokratiebegriff in eine Gesamttheorie eingefügt und mithin dogmatisierbar gemacht wurde, vgl. *Jouanjan*, Demokratietheorie als Verfassungslehre, S. 231.

[267] Vgl. zu den Ausführungen dieses Absatzes vertiefend *Köppe*, Politische Einheit und pluralistische Gesellschaft, S. 45 ff. Laut *Jouanjan*, Demokratietheorie als Verfassungslehre, S. 236, verdeutlicht das Motiv der „Entzweiung“ den Einfluss Hegels, insbesondere dessen Entzweiungsstruktur der Moderne, auf die Staatstheorie Böckenfördes.

[268] *Böckenförde*, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung individueller Freiheit, S. 15. Vgl. zur Verwendung des Zitats *Köppe*, Politische Einheit und pluralistische Gesellschaft, S. 45.

[269] Vgl. *Böckenförde*, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung individueller Freiheit, S. 13 f.; *Köppe*, Politische Einheit und pluralistische Gesellschaft, S. 46.

[270] Vgl. *Böckenförde*, Der Staat als sittlicher Staat, S. 35.

[271] *Böckenförde*, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung individueller Freiheit, S. 27. Vgl. zur Verwendung des Zitats *Köppe*, Politische Einheit und pluralistische Gesellschaft, S. 47.

[272] Vgl. *Köppe*, Politische Einheit und pluralistische Gesellschaft, S. 47.

[273] *Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisierung, S. 112 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

> freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des Einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert. Andererseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt mit den Mitteln des Rechtszwangs und autoritativen Gebots zu garantieren suchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben und – auf säkularisierter Ebene – in jenen Totalitätsanspruch zurückfallen, aus dem er in den konfessionellen Bürgerkriegen herausgeführt hat. […] Es führt kein Weg über die Schwelle von 1789 zurück, ohne den Staat als die Ordnung der Freiheit zu zerstören."

(b) Der Einfluss Böckenfördes auf die Demos-Entscheidungen

Der Einfluss Böckenfördes auf die Demos-Entscheidungen wird nicht zuletzt anhand der nicht „nur" inhaltlichen, sondern auch sprachlichen Nähe der folgenden Kernpassagen zu den Entscheidungen deutlich – sie gleichen sich in Teilen wörtlich.[274] So schreibt Böckenförde zum „demokratischen Begriff des Volkes":[275]

> „Als Staats- und Regierungsform hat die Demokratie ihren personalen Bezugspunkt im Staatsvolk, d. h. derjenigen Gesamtheit von Menschen, die im Staat als politischer Handlungs- und Wirkeinheit zusammengeschlossen sind und ihn tragen. Diese Gesamtheit wird bestimmt und begrenzt durch das rechtliche Band der Staatsangehörigkeit, das die statusmäßige Zugehörigkeit zu dem Personenverband zum Inhalt hat, der die staatliche Herrschaftsorganisation trägt."

An diese Ausführungen anknüpfend widmet sich Böckenförde, ähnlich wie das Bundesverfassungsgericht im Urteil zum Ausländerwahlrecht Schleswig-Holstein,[276] dem Konzept der Legitimation der staatlichen Herrschaft durch die Gesamtheit der durch sie Betroffenen. Diese wird, die vorausgehenden Ausführungen zeichnen es bereits vor, abgelehnt. Begnügte sich das Bundesverfassungsgericht insoweit mit der apodiktischen Feststellung, dass diese im Ausgangspunkt richtige Überlegung der Betroffenenlegitimation das „Junktim zwischen der Eigenschaft als Deutscher und der Zugehörigkeit zum Staatsvolk"[277] nicht aufzulösen vermag, begründet Böckenförde seine Ablehnung ausführlicher:[278]

> „Sie [die Ansicht, wonach alle von staatlicher Herrschaft betroffenen diese legitimieren] findet zum einen im Demokratiekonzept des Grundgesetzes keinerlei Stütze. Denn Art. 20 Abs. 2 GG geht nicht von einem nach Bedarf ausfüllbaren ‚offenen' Volksbegriff aus, sondern vom Volk als Personengesamtheit der Staatsangehörigen. Das ergibt sich eindeutig aus der Entstehungsgeschichte wie aus dem systematischen Zusammenhang der Verwendung des Volksbegriffs im Grundgesetz. Zum anderen löst sie die demokratische Willensbildung in einem Verband in eine Vielzahl stets wechselnder Betroffenengruppen auf, für die konsequenterweise auch keine territorialen Grenzen gelten, und verstößt elementar

[274] Vgl. auch *Oeter*, Allgemeines Wahlrecht und Ausschluß von der Wahlberechtigung: Welche Vorgaben enthält das Grundgesetz?, S. 38 f.

[275] *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 26.

[276] Vgl. BVerfGE 83, 37 (51 f.).

[277] BVerfGE 83, 37 (52).

[278] *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 27.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

> gegen das demokratische Gleichheitsprinzip. (…) Es ist eben nicht möglich, in einem auf der Grundlage des Gleichheitsprinzips organisierten Großverband bei kollektiven Entscheidungen das Auseinanderfallen von Entscheidungsträger und Entscheidungsadressat aufzuheben, will man nicht diesen Verband selbst desintegrieren oder gar auflösen.“

Hinsichtlich des demokratischen Gleichheitsprinzips differenziert Böckenförde zwischen der *schematischen* und der *spezifischen* Gleichheit. Die demokratische Gleichheit sei insofern eine spezifische Gleichheit, als dass ihr Anknüpfungspunkt nicht etwa die allgemeine Menschengleichheit sei, sondern „die Zugehörigkeit zur politischen Gemeinschaft des Staatsvolkes.“[279] Ein Widerspruch der „Unterwerfung“ ohne Partizipationsmöglichkeit Nicht-Staatsangehöriger, welche sich, auch dauerhaft, in dem Staatsgebiet aufhalten, unter die staatliche Ordnung sei mithin kein Verstoß gegen die demokratische Gleichheit.[280] Dies sei nur im Falle einer Betroffenenlegitimation der Fall, welche indes dezidiert abgelehnt wird. Böckenförde erkennt die negativen Folgen, welche einem solch „engen“ Volksbegriff entspringen können, ausdrücklich an. Wie auch das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum Ausländerwahlrecht Schleswig-Holstein,[281] zieht er indes den Schluss, dass diesen nicht durch eine Ausweitung des Wahlrechts, sondern durch eine entsprechende Einbürgerungspolitik begegnet werden soll:[282]

> „Zwar liegt es im Sinne des demokratischen Prinzips, nicht zuletzt des in ihm enthaltenen Freiheitsgedankens, eine Kongruenz zwischen den Inhabern der demokratischen Rechte und den dauerhaft einer bestimmten staatlichen Herrschaft Unterworfenen herzustellen und nicht eine Vielzahl politisch rechtsloser Untertanen eines herrschenden Staatsvolkes zu schaffen. Das Problem muß jedoch durch eine entsprechende Aufnahme- und Einbürgerungspolitik, nicht jedoch durch Ausdehnung des Wahlrechts gelöst werden. Ist der Ausländer nicht durch Einbürgerung (und seine Einbürgerungsbereitschaft) Mitglied des Staatsverbandes geworden, fehlt ihm die Bindung an das Staatsvolk als Personenverband und Schicksalsgemeinschaft. Ungeachtet seiner wirtschaftlichen und womöglich auch sozialen Integration und seinem Betroffensein von den Maßnahmen der Verwaltung, bleibt er, politisch gesehen, doch ‚Gast‘; er ist mit dem Staatsvolk, bei dem er lebt, nicht als solcher durch Zugehörigkeit verbunden, kann sich vielmehr dessen politischem Schicksal durch

[279] *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 46.

[280] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 46; vgl. auch *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 174 welcher ebenfalls konstatiert, dass der Anknüpfungspunkt der demokratischen „schematisch-formalen“ Gleichheit, die Zugehörigkeit zum Volk als Träger jener demokratischen Freiheit ist: „Demokratische Gleichheit hat keinen Selbststand und keinen Selbstzweck; sie ist vielmehr Mittel und Instrument der rechtsordnungsgemäßigen Umsetzung und Verwirklichung der Staatsgrundnorm ‚Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus‘, m. a. W.: sie ist ausgerichtet auf die (Kollektiv-)Freiheit des Volkes als politische Einheit. Aus dieser Richtunggebung ist zu folgern, daß die Gleichheit der politischen Berechtigung des Einzelnen, also die Gleichheit der *individuellen* demokratischen Mitwirkungsfreiheit, sich ableitet aus der (*kollektiven*) demokratischen Selbstbestimmungsfreiheit des Volkes als Personengesamtheit“ (S. 174, Hervorhebungen im Original).

[281] Vgl. BVerfGE 83, 37 (52).

[282] *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 28.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

> Rückkehr in seinen Heimatstaat, mit dem ihn das statusmäßige Band der Staatsangehörigkeit verbindet, entziehen."

Im Hinblick auf das theoretische Vorverständnis Böckenfördes erweisen sich insbesondere dessen Ausführungen zur demokratischen Gleichheit als aufschlussreich. Hinsichtlich der demokratischen Gleichheit differenziert Böckenförde zwischen der schematischen und der spezifischen Gleichheit. In der schematisch-formalen Gleichheit liege die Egalität der Demokratie begründet: Da alleine die „Zugehörigkeit zur politischen Gemeinschaft des Staatsvolkes"[283] Anknüpfungspunkt der schematischen Gleichheit sei, „kann und will, soweit es um verbindliche Entscheidungen geht, [die Demokratie] Bürger und Stimmen nicht gewichten, sondern nur zählen"[284]. Die spezifische Gleichheit erschließt wiederrum die vor-rechtliche Sphäre: So erschöpfe sich die spezifische, substanzielle demokratische Gleichheit nicht in ihrer „Zugehörigkeit zur politischen Gemeinschaft des Staatsvolks".[285] Vielmehr beruhe diese, durch die Staatsangehörigkeit vermittelte, formelle Gleichheit auf einer vor-rechtlichen Gemeinsamkeit:

> „Diese begründet die relative Homogenität, auf deren Grundlage allererst eine auf der strikten Gleichheit der politischen Mitwirkungsrechte aufbauende demokratische Staatsorganisation möglich wird; die Bürger wissen sich in den Grundsatzfragen politischer Ordnung ‚gleich' und einig, erfahren und erleben Mitbürger nicht als existentiell anders oder fremd und sind – auf dieser Grundlage – zu Kompromissen und loyaler Hinnahme der Mehrheitsentscheidungen bereit."[286]

Die Rede von der relativen Homogenität der Staatsvölker findet sich ebenfalls im Maastricht-Urteil wieder. Hier bezieht sich das Bundesverfassungsgericht auf Heller.[287] Obschon Böckenförde mehrfach auch an die Lehre Hellers anknüpfte,[288] so wird die Rezeption Hellers als „rezeptionistische Camouflage" kritisiert; der eigentlich gemeinte Schmitt sei aufgrund seiner historischen Vorbelastung schlicht nicht ausdrücklich zu apostrophieren, indes in inhaltlicher Hinsicht näher an den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts als Heller.[289] Diese unterstellte sub-

[283] *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 42.

[284] *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 42.

[285] *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 46.

[286] *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 47; an anderer Stelle begründet Böckenförde den „Zusammenhalt eines Staatsvolks über die gemeinsame Staatsangehörigkeit hinaus" mit einem „gemeinsamen Mythos", geprägt ist „durch ein vor-rational geprägtes, lebendig erhaltenes, in Generationen sich forttragendes kollektives Gedächnis und Bewußtsein", vgl. *Böckenförde*, Welchen Weg geht Europa?, S. 39.

[287] Vgl. BVerfGE 89, 155 (186).

[288] Exemplarisch die folgende Aussage: „Eine meiner geistigen Wurzeln liegt auch bei Hermann Heller.", *Gosewinkel*, Biographisches Interview mit Ernst-Wolfgang Böckenförde, S. 359 ff.; vgl. auch *Böckenförde*, Demokratie und Repräsentation, Demokratie, S. 386 f.; *Oppermann*, Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre, S. 448.

[289] Vgl. etwa *Weiler*, Der Staat „über alles", S. 95, welcher die Rezeption Hellers durch das Gericht als „koscheres Siegel" und „subtile Spur Scham oder zumindest Unbehagen" und die Arbeiten Schmitts als viel geeigneteren Beleg sieht. Weiler sieht in dem Vorgehen des Ge-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kutane Rezeption Schmitts wirft die Frage nach der Prägung der Lehre Böckenfördes und damit mittelbar auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf.

(c) Die Prägung Böckenfördes durch Schmitt

Das Verhältnis Böckenfördes zu Schmitt lässt sich, trotz einer klar auszumachenden Nähe, als ambivalent bezeichnen.[290] Insbesondere in der Anfangszeit des zeitweilig engen Verhältnisses zu Schmitt ließ sich Böckenförde von diesem tangieren.[291] So beeindruckte Böckenförde die Forderung Schmitts nach innerer Homogenität. Insbesondere der Begriff des Politischen prägte das staats- und verfassungsrechtliche Denken Böckenfördes.[292] „Der Begriff des Staates setzt den Begriff des Politischen voraus“[293] – schon dieser Satz, der die Schrift Schmitts zum Begriff des Politischen eröffnet, offenbart einen Bruch der Lehre Schmitts mit der tradierten Staatslehre: Das Gleichsetzen der Begriffe „staatlich“ und „politisch“ als unbefriedigenden Zirkel ablehnend, kreiert er einen, von dem Dualismus Staat und Gesellschaft unabhängigen, Begriff des Politischen.[294] Zur Begriffsbestimmung des Politischen müssten die „spezifisch politischen Kategorien“ aufgedeckt und festgestellt werden: Die politische Unterscheidung, „auf welche sich die politischen Handlungen und Motive zurückführen lassen, ist die Unterscheidung zwischen Freund und Feind.“[295] Das Politische, welches kein spezifisches Sachgebiet bezeichne, „sondern nur den Intensitätsgrad einer Assoziation oder Dissoziation von Menschen“,[296] konstituiere sich somit durch eine Freund-Feind-Entscheidung.[297] Der Feind zeichne sich dadurch aus, dass er „in einem besonders intensiven Sinne existentiell etwas anderes und Fremdes ist, so daß im extremen Fall Konflikte mit ihm

richts die Strategie, durch Bezugnahme auf nicht gänzlich passende, teilweise gar gegensätzliche Konzepte, zusätzliche Übereinstimmungen zu den eigenen Stellungnahmen zu suggerieren. Ähnlich äußert sich auch *van Ooyen*, Homogenes Staatsvolk statt EU-Bürgerschaft: Das BVerfG zitiert Heller, meint Schmitt und verwirft Kelsens postnationales Konzept demokratischer Rechtsgenossenschaft, S. 238 f.

[290] Zur Distanzierung Böckenfördes von Schmitt vgl. *Gosewinkel*, Biographisches Interview mit Ernst-Wolfgang Böckenförde, S. 359 ff. Für die Ambivalenz des Verhältnisses kann die Rolle Böckenfördes im Rahmen der Anfertigung der Festschrift zum 80. Geburtstag Schmitts angesehen werden: Er fungierte zwar als Mitherausgeber dieser, steuerte indes selbst keinen Beitrag bei.

[291] Vgl. *Jouanjan*, Demokratietheorie als Verfassungslehre, S. 231, welcher das Verhältnis zu Schmitt, neben dem Verhältnis zur katholischen Kirche, als die das Werk Böckenfördes prägende Auseinandersetzung sieht, siehe auch *Oppermann*, Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre, S. 448.

[292] Vgl. *Oppermann*, Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre, S. 448.

[293] *Schmitt*, Der Begriff des Politischen, S. 20.

[294] Vgl. *Schmitt*, Der Begriff des Politischen, S. 20, 26; Vertiefend *van Ooyen*, Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, S. 97 f.

[295] *Schmitt*, Der Begriff des Politischen, S. 26.

[296] *Schmitt*, Der Begriff des Politischen, S. 38.

[297] Vgl. *van Ooyen*, Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, S. 98.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

möglich sind."[298] Dadurch, dass die Freund-Feind Entscheidung eine Dichotomie der zu treffenden Wahl vorzeichnet, konstituiert sie eine Einheit, eine – im existentiellen Sinne – homogene politische Einheit.[299] Auch nach Böckenförde bezeichnet das Politische „den Intensitätsgrad einer Assoziation oder Dissoziation im Verhältnis von Menschen bzw. Menschengruppen" – Böckenförde rekurriert insoweit ausdrücklich auf Schmitt.[300] Er expliziert an anderer Stelle außerdem einen weiteren Aspekt, auf welchen Schmitt erst im Rahmen des Vorworts zu der Fassung von 1963 im „Begriff des Politischen" ausdrücklich hinweist: Das „der Staat die politische Einheit des Volkes sei."[301] Böckenförde hebt, daran anknüpfend, die Rolle des Staates als „befriedete Einheit" hervor: Die innerhalb der politischen Einheit des Staates bestehenden Gegensätze verbleiben unterhalb der Freund-Feind-Gruppierung, sind also einer potentiellen Zuspitzung bis zur Ebene des „sich Bekämpfens" entzogen.[302] Vor dem Hintergrund der Bedeutung, welche Böckenförde der „relativen Homogenität" innerhalb des Staates beimisst, erschließt sich die zentrale Stellung, welche der „Begriff des Politischen" für sein Staatsdenken einnimmt: Die politische Einheit und deren innere relative Homogenität, ist Ergebnis der Freund-Feind Entscheidung.[303] Die Akzeptanz des staatlichen Gewaltmonopols, dem Garant der staatlichen Friedensordnung, beruht auf der Zusammengehörigkeit der Staatsangehörigen, welche wiederum die „relative Homogenität der zusammenlebenden Menschen" voraussetzt.[304]

Jedoch setzte sich Böckenförde auch inhaltlich von Schmitt ab und verblieb nicht lediglich in der Rolle des folgsamen Schülers.[305] Hier sei zuvörderst der Dissens

[298] *Schmitt*, Der Begriff des Politischen, S. 27.

[299] Vgl. *van Ooyen*, Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, S. 98 f.

[300] *Böckenförde*, Kirchliches Naturrecht und politisches Handeln, S. 105.

[301] *Böckenförde*, Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts, S. 346; vgl. auch *Köppe*, Politische Einheit und pluralistische Gesellschaft, S. 48.

[302] Vgl. *Böckenförde*, Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts, S. 346; vgl. auch *Böckenförde*, Welchen Weg geht Europa?, S. 24: „Zur Staatlichkeit gehört die Gesamtzuständigkeit und -verantwortlichkeit für das Gemeinwohl der zur politischen Einheit verbundenen Menschen. Eben dadurch vermag die staatlich organisierte Gemeinschaft Ausgleich und Integration in ihrem Bereich herzustellen, Bedingungen konkreter Freiheit für die in ihr lebenden Menschen zu schaffen.".

[303] Vgl. *Böckenförde*, Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts, S. 346; *van Ooyen*, Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, S. 99.

[304] *Böckenförde*, Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts, S. 346.

[305] So stehen sich die Ansichten Böckenfördes und Schmitts hinsichtlich der Verfassungsjustiz diametral gegenüber. Für *Schmitt*, Der Hüter der Verfassung, S. 36 ff., ist eine solche schon mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung nicht vereinbar, die „Festsetzung des Inhalts eines in seinem Inhalt zweifelhaften Verfassungsgesetzes" müsse stets dem Gesetzgeber obliegen. Auch wird der, der Verfassungsjustiz zu Grunde liegende, Stufenbau der Rechtsordnung als „Spiel von Äquivokationen" abgelehnt; lediglich mit Hinblick auf eine erschwerte Abänder- beziehungsweise Aufhebbarkeit von Normen, könne von „höheren" und

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

darüber hervorgehoben, wer der „Hüter der Verfassung“ ist: Während Böckenförde diese Rolle dem Bundesverfassungsgericht zuspricht, kommt diese Rolle nach Schmitt dem Reichspräsident als *pouvoir neutre* zu,[306] da sich nach Schmitt „Meinungsverschiedenheiten und Differenzen zwischen den Trägern politischer Entscheidungs- oder Einflußrechte […] im allgemeinen nicht justizförmig entscheiden“[307] lassen.[308] Auch offenbart der Blick auf die verfassungsgebende Gewalt zwar einen gemeinsamen Ausgangspunkt, aber ebenso eine ausdrückliche Distanzierung Böckenfördes zur Definition Schmitts. Böckenförde definiert die verfassungsgebende Gewalt als[309]

> „[…] diejenige (politische) Kraft und Autorität, die in der Lage ist, die Verfassung in ihrem normativen Geltungsanspruch hervorzubringen, zu tragen und aufzuheben. […] Diese Definition unterscheidet sich von der bei Carl Schmitt […] gegebenen insofern, als sie nicht auf das Treffen politischer Entscheidungen, sondern auf das Hervorbringen, Forttragen oder die Aufhebung des normativen Geltungsanspruchs der Verfassung abstellt.“

Auch trat Böckenförde mit seiner Kritik an der „identitär-unmittelbaren“ Demokratiekonzeption dem Demokratiebegriff Schmitts direkt entgegen:[310] Schmitt gesteht zwar ein, dass es „keinen Staat ohne Repräsentation“ geben könne, betont indes, dass sich Identität und Repräsentation als „entgegengesetzte politische Gestaltungsprinzipien“ gegenüberstehen und es sich von selbst verstehe, die Demokratie als die „Identität von Herrscher und Beherrschten, von Regierenden und Regierten, Befehlenden und Gehorchenden“ auf dem Prinzip der Identität beruhe.[311] Axiomatisch argumentierend kontrastiert Schmitt die Demokratie, vom Konzept des Volkes als politischer Einheit ausgehend, mit dem Parlamentarismus, welchen er der Gedankenwelt des Liberalismus zuordnet.[312] Bei dem Versuch, die Identität zwischen Regierenden und Regierten herzustellen, begegne die Demokratie als „moderne Massendemokratie“ dem Parlament als einer „nicht mehr begreiflichen, veralteten Institution.“[313] Demgegenüber bekennt sich Böckenförde dezidiert zur Re-

„niedrigeren“ Normen gesprochen werden, indes könne es „keine Justiz der Norm über eine Norm, wenigstens nicht, solange der Begriff der ‚Norm‘ eine gewisse Präzision behält“, geben.

[306] Vgl. *Schmitt*, Der Hüter der Verfassung, S. 132 ff.

[307] *Schmitt*, Der Hüter der Verfassung, S. 132.

[308] Das Bundesverfassungsgericht gab es zum Zeitpunkt dieser Äußerung Schmitts freilich noch nicht. „Der Hüter der Verfassung“ wurde erstmals im Jahr 1929 veröffentlicht. Auch ist hervorzuheben, dass dem Reichspräsidenten in der Weimarer Reichsverfassung eine andere Rolle zukam, als sie dem Bundespräsidenten im konstitutionellen Gefüge des Grundgesetzes zukommt.

[309] *Böckenförde*, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, S. 11.

[310] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie und Repräsentation, S. 379 ff.; *Jouanjan*, Demokratietheorie als Verfassungslehre, S. 234.

[311] *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 204 ff.

[312] Vgl. *Schmitt*, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, S. 13; *van Ooyen*, „Volksdemokratie“ und „Präsidialisierung“, S. 40.

[313] *Schmitt*, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, S. 21.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

präsentation und qualifiziert die unmittelbare, „direkte" Demokratie als Mythos, gar als Ideologie; er hebt den Volkswillen zwar als „reale Größe" hervor und attestiert diesem auch seine Äußerungsfähigkeit, widerspricht aber dem Volkswillen als „unwidersprochenes Dasein",[314] welches durch Repräsentation lediglich verfälscht werde.[315] Vielmehr bedürfe der Volkswille, dessen besondere Eigenart in dessen Diffusität liege, einer Aktualisierung; er „existiert nicht schon als in sich Fertiges", sondern bedarf eines Abrufs, einer Formung und Aktualisierung.[316] Dies beträfe ebenfalls den, von Schmitt positiv hervorgehobenen,[317] Volksentscheid, bei welchem der „direkt-demokratische Mantel" lediglich die „versteckte Repräsentationsstruktur" verhülle.[318]

Im Kontext des Erfordernisses der Repräsentation kommt auch das staatstheoretische Leitmotiv Böckenfördes, die „Entzweiung", zum Tragen. So bedarf zum einen der Staatswille den Volkswillen zur demokratischen Legitimation, zum anderen bedarf der Volkswillen auch den Staatswillen zur Formung.[319] Grundfehler der identitären Demokratie sei insofern, dass sie die Entzweiung „als in der Entscheidung des unmittelbar anwesenden Volkes bereits ausgetragen" unterstellt, während die Entzweiung indes auf Verfahrens- und damit Repräsentationsformen angewiesen ist:[320]

> „Die auf Repräsentationsformen angelegte und auch angewiesene Demokratie akzeptiert die Entzweiung und ihren offenen Ausgang. […] Die repräsentative Demokratie hält demgegenüber [Bezugnahme auf die identitäre Demokratie] diesen Austrag offen und verlegt ihn in den politischen Prozeß selbst hinein; die Aktualisierung und das Wirksamwerden des eigenen Selbst des Volkes wird durch den offen gehaltenen Repräsentationsvorgang institutionell und verfahrensmäßig ermöglicht, sie muß aber auch in diesem Prozeß stattfinden und geleistet werden."

---

[314] Vgl. *Schmitt*, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, S. 22.

[315] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie und Repräsentation, S. 379 ff.

[316] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie und Repräsentation, S. 382 f.

[317] *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 207, attestiert dem Volksentscheid als Real-Plebiszit, das Prinzip der Identität „am meisten" zu verwirklichen. Elemente der Repräsentation blieben dennoch wirksam; eine „restlose, absolute Identität des jeweils anwesenden Volkes mit sich selbst als politischer Einheit ist an keinem Ort in keinem Augenblick vorhanden" – auch nicht beim Volksentscheid.

[318] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie und Repräsentation, S. 385, wonach bereits in der Fragestellung, auf welche das „Volk" lediglich mit „Ja" oder „Nein" antworten könne, die repräsentative Prägung zum Tragen käme. Das Volksbegehren sei hingegen abhängig von einer Initiative, welche dieses in Gang bringt und ebenfalls die Fragestellung festlegt. Insofern werde mit dem Fragerecht eine politische Machtposition an partikulare Kräfte, worin die Gefahr der „Segmentierung" der Gesellschaft läge. Diese Position Böckenfördes erschließt sich insbesondere mit Blick auf dessen ablehnende Haltung gegenüber der „Betroffenenlegitimation", vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 27.

[319] Vgl. *Jouanjan*, Demokratietheorie als Verfassungslehre, S. 237.

[320] *Böckenförde*, Demokratie und Repräsentation, S. 398.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Das Parlament nimmt also nach Böckenförde eine demokratietheoretische Schlüsselrolle ein, als „Repräsentationsorgan des Volkes“ ist es stets „notwendiges Glied innerhalb jeder demokratischen Legitimationskette.“[321] Die (parlamentarische) Repräsentation erscheint bei Böckenförde nicht demokratietheoretisch virulent, sondern als notwendige Bedingung der Demokratie.

Setzt man die Ausführungen Böckenfördes über das Parlament als die, den Volkswillen formende, Instanz, zu dem Schmittschen Ansatz des Volks als dem „formlos Formenden“[322] in Bezug, so zeigt sich die, durch Prägung und Distanzierung gezeichnete, Ambivalenz des Verhältnisses der Lehren Schmitts und Böckenfördes. Die Prägung durch Schmitt wird im bereits dargestellten Verständnis des Volks als politische Gemeinschaft deutlich, welcher Ausgangspunkt dem Staatsverständnis Böckenfördes zugrundeliegt.[323] Folgt bei Schmitt aus diesem „Volksverständnis“ noch eine Unbeachtlichkeit parlamentarischer Regeln, integriert Böckenförde das apriorische „Volksbild“ in seine „staatsgeprägte“ Demokratietheorie:[324]

> „Die Errichtung der Demokratie als Staats- und Regierungsform, die das Grundgesetz vorschreibt, bedeutet nicht die Aufhebung oder Überwindung staatlich organisierter politischer Herrschaft, sondern eine bestimmte Organisation dieser Herrschaft. Staatsgewalt und die mit ihr gegebene Herrschaft von Menschen über Menschen bleibt auch in der Demokratie bestehen und wirksam; sie löst sich nicht in einer (falsch verstandenen) Identität von Regierenden und Regierten, auch nicht im herrschaftsfreien Diskurs auf.“

Die zentrale Rolle, welche Böckenförde dem Staat beimisst, erlaubt diesem, die Lehre Schmitts zu „zähmen“ und für die eigene Demokratietheorie fruchtbar zu machen. Lehnte Schmitt, welcher die Epoche der Staatlichkeit für im Niedergang begriffen hielt,[325] noch die Vermittlung des Volkswillens durch staatliche Ebenen als verfälschend ab und setzte demgegenüber auf die Äußerung des Volkswillens durch „acclamatio“ und „unwidersprochenes Dasein“,[326] ist der Staat für Böckenförde nicht „nur“ demokratietheoretisch zentral, sondern auch „‚minimum conditio‘ für Frieden und Sicherheit“.[327]

---

[321] *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 16.

[322] *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 81.

[323] Vgl. nur *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 26, 48, wo von der Nation als „politisch orientierter Bewußtseinsgesamtheit“ und den Staatsangehörigen als dem „politischen Volk“, welches mit dem „Schicksal des Staates, den sie bilden (…), auf Dauer verknüpft“ sei, die Rede ist.

[324] *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 9.

[325] Vgl. *van Ooyen*, Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, S. 108, welcher den Titel der „politischen Theorie“ Schmitts bereits als Ausweis dieser „staatsskeptischen“ Haltung, in Abgrenzung zu Hegels „Staatstheologie“, sieht.

[326] Vgl. *Schmitt*, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, S. 22.

[327] *Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisierung, S. 106.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Böckenförde verband insbesondere den ihm eigenen Etatismus mit Schmitts Begriff des Politischen. Daraus folgt nicht zuletzt das Erfordernis der relativen Homogenität als apriorische Voraussetzung des Staates: Die emanzipierten Individuen müssten „zu einer neuen Gemeinsamkeit und Homogenität zusammenfinden, sollte der Staat nicht innerer Auflösung anheim fallen".[328]

Eine Prägung Böckenfördes durch die Lehre Schmitts, wenn auch in durch die Hervorhebung der befriedenden Rolle des Staates, „gezähmter" Form, ist nicht zu bestreiten. Insbesondere Schmitts „Begriff des Politischen" wird durch Böckenförde rezipiert, was sich nicht zuletzt in der hohen Bedeutung, welche dem Erfordernis der relativen Homogenität als apriorische Voraussetzung des Staates beigemessen wird, widerspiegelt. Insofern ist Weiler zuzustimmen, wonach es heraussticht, dass im Maastricht-Urteil in Bezug auf jene relative Homogenität ausgerechnet Heller, dezidierter Kritiker Schmitts, als Beleg gewählt wurde.[329] Der Verdacht des „koscheren Siegels"[330] liegt insoweit tatsächlich nahe. Dieser Eindruck wird durch die starke Prägung der Entscheidungen durch Böckenförde noch verstärkt. Die weitreichende wörtliche Aufnahme ganzer Passagen aus dem Werk Böckenfördes in die Urteile der Demos-Entscheidungen ist Ausweis der Übernahme des Staats- und Demokratieverständnisses Böckenfördes durch das Bundesverfassungsgericht – und somit auch für eine, wenn auch mittelbare und verdeckte, Rezeption Schmitts.

(2) Die Prägung der Demos-Entscheidungslinie durch Paul Kirchhof

Auch die Äußerungen von Kirchhof, welcher als Verfassungsrichter maßgeblich an den Demos-Entscheidungen beteiligt war, erhellen die Prägung der Entscheidungslinie durch „das Staatsdenken" und legen die zugrunde liegenden vorverfassungsmäßigen Prämissen der Verfassungsinterpretation dar. Ausgangspunkt der europäisch-staatstheoretischen Betrachtung Kirchhofs ist die Verbürgung der souveränen Staatlichkeit Deutschlands durch das Grundgesetz:[331]

> „Die Bundesrepublik Deutschland ist ein Staat und soll ein Staat bleiben; die EWG ist eine Staatengemeinschaft und soll kein Staat werden. Allein die Bundesrepublik verfügt über ein sich seiner Zusammengehörigkeit bewußt gewordenes, zum Recht fähiges Staatsvolk, das sich in seinem Gebiet zum Herrschaftsverband organisiert hat, über eine alle Lebensbereiche umfassende Ordnung verfügt, durch eine Kompetenz-Kompetenz auf die Bewältigung zukünftiger Aufgaben eingerichtet ist und die Letztverantwortung für die Wahrung des inneren und äußeren Friedens übernommen hat. […] Dieser Ausgangsbefund wird durch das Grundgesetz bestätigt. Art. 20 Abs. 1 GG bestimmt in seiner die Verfassungsidentität wahrenden und deshalb unabänderlichen Aussage: ‚Die Bundesrepublik Deutschland ist ein Staat'."

[328] *Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisierung, S. 112.

[329] Vgl. *Weiler*, Der Staat „über alles", S. 95.

[330] *Weiler*, Der Staat „über alles", S. 95.

[331] *Kirchhof*, Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 12 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ausgehend von dieser „Kein-Demos-These“[332] formuliert Kirchhof jenen Legitimationsmechanismus, welcher die Legitimationsketten europäisch kontextuiert und sich in der Maastricht Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht vertreten sieht: Dem Grundsatz der Volkssouveränität werden Akte der europäischen Institutionen über eine Rückbindung an die nationalen Parlamente gerecht, diese verbleiben Ausgangspunkt der demokratischen Legitimation. So betont Kirchhof, es habe[333]

> „[…] sich jede Ausübung von Hoheitsbefugnissen nach dem Demokratieprinzip zu legitimieren. Alle Hoheitsgewalt geht vom Volke aus. Nachdem es in der EWG ein Staatsvolk der EWG-Bürger nicht gibt, die Wahlen zum sogenannten ‚Europäischen Parlament‘, eine im wesentlichen mitberatende Vertretungskörperschaft, jedoch kein das jährliche Handlungsprogramm einer Finanzgemeinschaft – den Haushalt – und die übrigen Gesetze beschließendes Parlament hervorbringen und insbesondere die ‚Europäische Wirtschaftsgemeinschaft‘ als Gemeinschaft von Mitgliedstaaten und nicht als Verband von Staatsbürgern konzipiert ist, kann nur dieser mitgliedschaftliche Charakter die notwendige Legitimation vermitteln.“

Kirchhof argumentiert mehr staats- als demokratietheoretisch: Zwar stützt er seine Ausführungen, wie die vorausgehenden Ausführungen zeigen, auch auf demokratietheorethische Erwägungen,[334] diese bleiben jedoch randständig.[335] Ausgangs- und Bezugspunkt seines Denkens bleibt vornehmlich die Staatlichkeit. Dem Staat, welcher seit „jeher nicht als beliebig abgrenzbare und zuordnungsfähige Organisation verstanden“[336] wird, kommt eine ontologische Qualität zu.[337] Kirchhof rekurriert auf Schmitt, wenn er die Rolle des Staates als Garant des Rechts hervorhebt. Ausgehend von der Formalstruktur staatlicher Herrschaftsorganisation Jellineks, welche auf „die mit ursprünglicher Herrschaftsmacht ausgerüstete Verbandseinheit seßhafter Menschen“[338] abstellt, bemüht Kirchhof, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Schmitt, die Freund-Feind Entscheidung: Zwecks innerer Einigung durch Abgrenzung betone die Staatstheorie „den Gegensatz von Freund und Feind, um dem Denken und Handeln eine verläßliche Ausrichtung zu geben.“[339] Anders als bei Böckenförde lässt Kirchhofs Rückgriff auf die Freund-Feind Entscheidung nicht den Schluss auf eine tiefgreifende Prägung Kirchhofs durch Schmitt zu. Vielmehr apostrophiert Kirchhof eine heterogene Vielzahl von staatstheoretischen Quellen,

[332] *Weiler*, Der Staat „über alles“, S. 96.

[333] *Kirchhof*, Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 14.

[334] Vgl. *Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, Rn. 34.

[335] Vgl. *van Ooyen*, „Volksdemokratie“ und nationalliberaler Etatismus, S. 113.

[336] *Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, Rn. 28.

[337] Vgl. *van Ooyen*, „Volksdemokratie“ und nationalliberaler Etatismus, S. 113.

[338] *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 180 f.

[339] *Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, Rn. 31.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

von Hegel, Montesquieu und Aristoteles über Jellinek und Smend, aus der Schmitt nicht als in besonderer Weise prägend heraussticht.[340]

Kirchhofs Einfluss auf die Demos-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts unterstreicht deren Prägung durch das „Staatsdenken". Finden sich insoweit Positionen Kirchhofs in den Demos-Entscheidungen wieder, sind an anderer Stelle Abweichungen zu erkennen. Billigt das Bundesverfassungsgericht dem Europäischen Parlament bereits „in der gegenwärtigen Phase der Entwicklung" in legitimatorischer Hinsicht eine „stützende Funktion"[341] zu und verweist auf die Zunahme der Vermittlung demokratischer Legitimation durch das Europäische Parlament im Zuge des Zusammenwachsens der europäischen Nationen,[342] tritt Kirchhof dieser Auffassung, in vergleichbarer Weise wie auch Böckenförde,[343] entgegen. So sei mit einem Kompetenzzuwachs des Europäischen Parlaments nicht ein Mangel demokratischer Legitimation auf europäischer Ebene zu beheben, da „eine Staatengemeinschaft nicht auf Demokratie angelegt ist und ihr der eigene Legitimationsgeber, das eigene Staatsvolk, fehlt."[344] Auch findet sich die Position Kirchhofs, wonach auch perspektivisch nicht auf ein europäisches Staatsvolk hinzuwirken wäre, „Europäisches Rechtsdenken" vielmehr „eine vereinheitlichende Verstaatlichung in Europa" abwehren würde,[345] in den Demos-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts nicht wieder. Demgegenüber wird im Maastricht-Urteil diesbezüglich eine Entwicklungsoffenheit zumindest angedeutet.[346] Diese Abweichungen werden auf die gerichtsinterne Konsensfindung zurückzuführen sein. Auch mit dem Blick darauf bleibt die weitestgehende Übernahme der Positionen Kirchhofs und Böckenfördes im Rahmen der – sämtlich einstimmig ergangenen – Demos-Entscheidungen bemerkenswert.

[340] Vgl. *Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration. Vgl. auch *van Ooyen*, „Volksdemokratie" und nationalliberaler Etatismus, S. 113, wonach bei Kirchhof nicht der „Eindruck einer wirklichen theoretischen Durchdringung der ideengeschichtlichen Klassiker" entsteht, sondern der „einer kaum hinterfragenden, apodiktischen Wiedergabe von juristisch kanonisiertem, konservativem ‚Lehrbuchwissen', das ‚gesampelt' wird".

[341] BVerfGE 89, 155 (186).

[342] Vgl. BVerfGE 89, 155 (185 f.).

[343] Vgl. hierzu oben, S. 60 ff.

[344] *Kirchhof*, Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 14; vgl. zur Widersprüchlichkeit der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts S. 81 ff.

[345] *Kirchhof*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, Rn. 40.

[346] Vgl. BVerfGE 89, 155 (185 f.), wonach die Vermittlung demokratischer Legitimation durch das Europäische Parlament „im Maße des Zusammenwachsens der europäischen Nationen" zunehmen könne.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

cc) Das Verfassungsdenken als pluralistisches Alternativkonzept zum Staatsdenken

Es mag prima facie zwingend erscheinen, das Legitimationskettenmodell mit dem Bundesverfassungsgericht als Ausdruck des Staatsdenkens zu begreifen. Ist es doch stark hierarchisch geprägt und hat die Rückbindung der Staatsgewalt auf das Parlament als demokratischen Legitimationsquell zum Ziel, ist mithin auf die praktische Sicherstellung der apriorischen Staatsprinzipien des Staatsdenkens ausgerichtet.[347] Allerdings lässt sich die Legitimationskettentheorie auch aus der Perspektive des Verfassungsdenkens, dem idealtypischen Alternativkonzept zum Staatsdenken, heraus interpretieren. Kritik, welche auf das „neo-etatistische“ Verständnis des Bundesverfassungsgerichts gerichtet ist, muss deswegen die Legitimationskettentheorie nicht zwangsläufig mit ein schließen. Der Konnex zwischen Staatsdenken und Legitimationskettentheorie ist kein zwingender, obschon die Demos-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts diesen Eindruck vermitteln mag.

Hat das Staatsdenken den apriorischen Staat als Ausgangspunkt, so geht das Verfassungsdenken von einer pluralistischen Bürgergesellschaft aus. Der Staat hat demnach keinen vorgegebenen Charakter, sondern basiert lediglich auf den Normen der Verfassung.[348] So gibt es nach Häberle[349]

> „[…] nur so viel Staat, wie die Verfassung konstituiert. Der Staat ist nicht – wie das eine monarchisch-konservative Tradition gerne postuliert – das Primäre (naturhaft) Vorgegebene, auf das sich die Verfassung (mehr oder weniger gestaltend) bezieht.“

Auch in Bezug auf das (Staats-)Volk, als Ausgangspunkt demokratischer Legitimation, werden die Diskrepanzen zum Staatsdenken deutlich: Das Volk wird nicht als einheitliches Legitimationssubjekt gesehen, auf welches alle Staatsgewalt zurückzuführen ist. Es wird die Pluralität des Volkes als Bürgergesellschaft in den Blick genommen.[350] So spricht Häberle von der Demokratie als der „Herrschaft der Bürger“, nicht als Herrschaft des Volkes im Sinne Rousseaus:[351]

> „Es gibt kein Zurück zu Rousseau. Die Bürgerdemokratie ist realistischer als die Volks-Demokratie. Bürgerdemokratie liegt nahe von einem Denken, das die Demokratie von den Grundrechten her sieht, nicht von Vorstellungen, in denen das Volk als Souverän eigentlich nur den Platz des Monarchen eingenommen hat. Diese Sicht ist eine Konsequenz der Relativierung des – allzu leicht mißverstandenen – Volksbegriffs vom Bürger her! Grundrechtliche Freiheit (Pluralismus), nicht das ‚Volk‘ wird zum Bezugspunkt für die demokratische Verfassung. […] Es gibt viele Formen von in diesem Sinne weit verstandener

[347] Vgl. hierzu oben, S. 52 ff.

[348] Vgl. *Rinken*, Demokratie und Hierarchie, S. 136.

[349] *Häberle*, Die europäische Verfassungsstaatlichkeit, S. 300.

[350] Vgl. *Rinken*, Demokratie und Hierarchie, S. 135.

[351] *Häberle*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, S. 302; ähnlich äußert sich auch *Preuß*, Plebiszite als Formen der Bürgerbeteiligung, S. 135 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

demokratischer Legitimation, macht man sich nur von dem linearen und ‚eruptiven' Denkstil traditioneller Demokratievorstellungen frei."

Bezugspunkt ist also nicht das Volk als monistische Größe und einheitlicher Träger der Staatsgewalt. Vielmehr wird durch die Bemühung des *Bürger*begriffs das Individuum als Ausgangspunkt dem Kollektivbegriff *Volk* gegenübergestellt. Demokratie wird als Ausdrucksform der Vielfalt und Heterogenität der Vielheit der Individuen gesehen.[352] Demokratie ist in diesem Sinne Verwirklichungsform bürgerschaftlicher Freiheit, ihre Grundnorm nicht Art. 20 Absatz 2 des Grundgesetzes, sondern vielmehr der auf Selbstbestimmung drängende Art. 1 Absatz 1 des Grundgesetzes. Demokratie erscheint als „die organisatorische *Konsequenz* der Menschenwürde."[353] Während das Staatsdenken der Rückführbarkeit auf das Volk als einheitlichen Träger der Staatsgewalt eine zentrale Rolle zumisst und mithin penibel auf die Vermeidung partikularer Zwischengewalten achtet, ist die Einflussnahme pluralistischer und mithin partikularer Kräfte im Verfassungsdenken vielmehr Ausdruck politischer Normalität.[354] So sei die, auf der Willensäußerung der Mitglieder beruhende, Selbstverwaltung als kompensierende und autonome Legitimation, die Betroffenenpartizipation im Verwaltungsverfahren als „Scharnier und Bindeglied zwischen Staat und Bürger"[355] zu qualifizieren.[356]

Vor diesem Hintergrund vermag die Legitimationskettentheorie zunächst inkompatibel zu dem Verfassungsdenken erscheinen, hat sie doch die Rückführung der Staatsgewalt auf das Parlament als *dem* Legitimationsquell zum Gegenstand. Indes gibt auch das Verfassungsdenken das Hierarchieprinzip nicht gänzlich auf, es wird gar als Regeltypus der Ministerialverwaltung anerkannt.[357] Nur können daneben auch noch andere Legitimationsmodi treten, welche das Hierarchieprinzip substituieren können. Somit nähme die Legitimationskettentheorie auch aus Sicht des Verfassungsdenkens eine zentrale Rolle ein. Ihre Verknüpfung mit der Perspektive des Staatsdenkens, wie sie auch das Bundesverfassungsgericht vornimmt, erscheint mithin keinesfalls zwingend.

[352] Vgl. *Preuß*, Plebiszite als Formen der Bürgerbeteiligung, S. 134.

[353] *Häberle*, Die europäische Verfassungsstaatlichkeit, S. 298; vgl. auch *Preuß*, Plebiszite als Formen der Bürgerbeteiligung, S. 135; *Rinken*, Demokratie und Hierarchie, S. 136.

[354] Vgl. *Rinken*, Demokratie und Hierarchie, S. 134.

[355] *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 356.

[356] Vgl. *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 386 ff.; *Rinken*, Demokratie und Hierarchie, S. 137.

[357] Vgl. *Schuppert*, Verfassungsrecht und Verwaltungsorganisation, S. 606, welcher von der Hierarchie als einem „extrem gut geeigneten Organisationsprinzip" spricht; ferner *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, S. 143, welcher dem Organisationsprinzip der Hierarchie eine erdrückende Plausibilität zuspricht; vgl. auch *Rinken*, Demokratie und Hierarchie, S. 137.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

b) Die „neo-etatistische“ Position des Bundesverfassungsgerichts in der Diskussion

Die Positionierung des Bundesverfassungsgerichts wurde zum Anlass für eine Vielzahl kritischer Repliken vonseiten der Literatur genommen. Im Zentrum dieser Kritik stand dabei der Volksbegriff, welchen das Gericht zugrunde legte. Danach wurde auch dessen Anwendung durch das Gericht als inkonsequent kritisiert.

aa) Der Volksbegriff des Bundesverfassungsgerichts

Ausgangspunkt und vielfach auch Kern der demokratietheoretischen Kritik an den Demos-Entscheidungen ist der zugrunde liegende Volksbegriff des Bundesverfassungsgerichts. Das auch die juristische Auseinandersetzung um den „Volksbegriff“ sich der politischen Polarisierung nicht gänzlich entziehen konnte, zeigt sich nicht zuletzt an der Schärfe, in welcher die Kritik in Teilen vorgetragen wurde – so sah sich die Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts als „Volksdemokratie“ betitelt.[358]

Großer Beachtung konnte sich insoweit die Kritik Brydes erfreuen, welche im Rahmen des Diskurses um die Demos-Entscheidungen sowohl von Befürwortern als auch Kritikern der Rechtsprechungslinie aufgegriffen wurde.[359] Byrde kritisiert den „Volksbegriff“, welchen das Bundesverfassungsgericht in den Demos-Entscheidungen zugrunde legt, als zweifach begrenzend: Zum einen verhindere die Beschränkung des Prinzips der Demokratie auf den Nationalstaat die „Demokratisierung transnationaler Politikprozesse“,[360] was insbesondere im europäischen Kontext erhebliche Probleme aufwerfe, zum anderen führe der Ausschluss der Nicht-Staatsangehörigen von der demokratischen Partizipation zu einer ungerechtfertigten demokratischen Verengung innerhalb des Nationalstaates.[361]

---

[358] Vgl. *Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, S. 305, 313, welcher einräumt, die Bezeichnung als „volksdemokratisch“ sei freilich polemisch, er wage sie lediglich, da der Begriff durch vormalige Verwendung nunmehr „frei“ sei; *van Ooyen*, Homogenes Staatsvolk statt EU-Bürgerschaft: Das BVerfG zitiert Heller, meint Schmitt und verwirft Kelsens postnationales Konzept demokratischer Rechtsgenossenschaft, S. 239; *van Ooyen*, Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, S. 114.

[359] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 27; *Weiler*, Der Staat „über alles“, S. 94; *van Ooyen*, „Volksdemokratie“ und nationalliberaler Etatismus, S. 100.

[360] *Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, S. 308.

[361] *Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, S. 310 ff. Auch nach *Bäcker*, Deutsche Sprache, Rn. 49, ist eine „Begrenzung des Wahlvolks auf deutsche Staatsangehörige im BWahlG zumindest stark rechtfertigungsbedürftig.“ Insbesondere, da das Demokratieprinzip „im klassischen Sinne der Identität von Herrscher und Beherrschten“ entspreche, sei „Volk“ eher im erweiterten Sinne als „Wahlvolk“ beziehungsweise „Bevölkerung“ zu verstehen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Angesichts der Internationalisierung politischer und wirtschaftlicher Prozesse sei die, von Böckenförde beschworene,[362] „‚Schicksalsgemeinschaft' nur auf nationaler Ebene schlechterdings absurd".[363] Durch das Verharren in der „Illusion nationalstaatlicher souveräner Entscheidungsmacht" verschließe sich das Bundesverfassungsgericht dem wesentlichen Realproblem der Demokratie: Der unvermeidlichen Internationalisierung durch eine Demokratisierung transnationaler Prozesse Rechnung zu tragen.[364] Als ursächlich für das Verharren auf der nationalstaatlichen Ebene wird die Definition der Demokratie als „die Herrschaft eines mit der Gesellschaft nicht identischen Kollektives", des Volkes, ausgemacht.[365] Byrde nimmt mit seiner Kritik insbesondere die bereits dargestellte Rezeption Schmitts, dessen Lehre über Böckenförde Eingang in die verfassungsrichterliche Rechtsprechung gefunden hat, in den Blick; er bezieht sich auf das Erfordernis der relativen, vorstaatlichen Homogenität und somit auf das Fundament der Demokratietheorie Böckenfördes.[366] Für Böckenförde ist die spezifische, über die durch das rechtliche Band der Staatsangehörigkeit vermittelte rechtliche Zugehörigkeit hinausgehende, Gleichheit „Träger" der Demokratie.[367] „Gleichheit" in diesem Sinne sei als vor-rechtliche Gemeinsamkeit zu verstehen; Grundlage einer demokratischen Staatsorganisation sei eine *relative* Homogenität.[368] Byrde wendet sich gegen eine „Reduktion der Möglichkeit von Demokratie auf eine homogene Gruppe", bezeichnet die „Verbindung von Nationalstaat und Demokratie" als schon „im Ansatz" widersprüchlich.[369] Die „funktionsfähige Gemeinschaft" basiere nicht auf einem „Appell an vorpolitische Gemeinsamkeit", sondern auf „Verpflichtung auf gemeinsame Spielregeln trotz Verschiedenheit".[370]

Die Kritik Byrdes greift den bereits angesprochenen[371] Rezeptionskontext der Demos-Rechtsprechungslinie auf, läuft jedoch Gefahr, die Ausführungen des Ge-

[362] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 28: „Ist der Ausländer nicht durch Einbürgerung (und seine Einbürgerungsbereitschaft) Mitglied des Staatsverbandes geworden, fehlt ihm die Bindung an das Staatsvolk als Personenverband und Schicksalsgemeinschaft".

[363] *Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, S. 307.

[364] *Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, S. 309 f.

[365] *Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, S. 305.

[366] Vgl. *Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, S. 311.

[367] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 46.

[368] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 46 f.

[369] *Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, S. 310.

[370] *Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, S. 310 f.

[371] Vgl. hierzu oben, S. 57 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

richts vor diesem Hintergrund zu übersteigen. Es stellt sich die Frage, ob die vom Bundesverfassungsgericht geforderte relative Homogenität[372] tatsächlich, wie Byrde meint, so zu verstehen ist, dass sie die Demokratie auf eine (kulturell) homogene Gruppe beschränkt. Der angesprochene Rezeptionskontext, insbesondere die „verdeckte Rezeption“ Schmitts,[373] mag bei isolierter Betrachtung des Maastricht-Urteils eine solche Betrachtungsweise zwar *prima facie* schlüssig erscheinen lassen. Jedoch argumentiert das Bundesverfassungsgericht auch in der Maastricht-Entscheidung differenzierter, als Byrde es erscheinen lässt. So hängt das Heller-Zitat der Maastricht-Entscheidung[374] mit der, ebenfalls im Maastricht-Urteil getroffenen Aussage zusammen, wonach es ebenso zu den vorrechtlichen Voraussetzungen der Demokratie gehöre, dass „der wahlberechtigte Bürger mit der Hoheitsgewalt, der er unterworfen ist, in seiner Sprache kommunizieren kann.“[375] Eine Zusammenschau der beiden Aussagen legt nahe, dass die relative Homogenität mehr als faktische Voraussetzung im Sinne einer Minimalbedingung, denn als strikte Verengung der Demokratie auf eine kulturell homogene Gruppe zu verstehen ist.[376] Setzt man die Ausführungen zur relativen Homogenität in Kontext zu den Erwägungen, welche im Rahmen der Entscheidungen zum Ausländerwahlrecht getroffen wurden, so verstärkt dies die Zweifel an der von Byrde angenommenen demokratietheoretischen Verengung seitens des Gerichts. Das Bundesverfassungsgericht betont in der Entscheidung zum Ausländerwahlrecht Schleswig-Holstein, dass dem Gesetzgeber keineswegs „jede Einwirkung auf die Zusammensetzung des Volkes im Sinne des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG verwehrt wäre.“[377] Vielmehr überlasse das Grundgesetz es dem Gesetzgeber, die Kriterien darüber festzulegen, „nach denen sich die Zugehörigkeit zum Staatsvolk des näheren bestimmt“.[378] Es setzt diese Ausführungen in Bezug zu der auch von Byrde vertretenen Auffassung, wonach es der demokratischen Idee entspräche, dass „eine Kongruenz zwischen den Inhabern demokratischer politischer Rechte und den dauerhaft einer bestimmten staatlichen Herrschaft Unterworfenen herzustellen“ sei.[379] Dies sei zwar im Ausgangspunkt zutreffend, könne das „Junktim zwischen der Eigenschaft als Deutscher und der Zugehörigkeit zum Staatsvolk als dem Inhaber der Staatsgewalt“ nicht auflösen.[380] Den Ansatz des Bundesverfassungsgerichts weiter ausführend äußert sich Böckenförde.[381] Demnach sei es zu verhindern,[382]

[372] Vgl. BVerGE 89, 155 (186).

[373] Vgl. hierzu oben, S. 61.

[374] Vgl. BVerfGE 89, 155 (186).

[375] BVerfGE 89, 155 (185).

[376] Vgl. *Oeter*, Allgemeines Wahlrecht und Ausschluß von der Wahlberechtigung: Welche Vorgaben enthält das Grundgesetz?, S. 52.

[377] BVerfGE 83, 37 (52).

[378] BVerfGE 83, 37 (52).

[379] BVerfGE 83, 37 (52).

[380] BVerfGE 83, 37 (52).

[381] Vgl. zur Prägung der Demos-Rechtsprechungslinie durch Böckenförde oben, S. 60 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„[…] eine Vielzahl politisch rechtloser Untertanen eines herrschenden demokratischen Staatsvolkes zu schaffen. Das Problem muß jedoch durch eine entsprechende Aufnahme- und Einbürgerungspolitik, nicht durch Ausdehnung des Wahlrechts gelöst werden."

Durch die sowohl von Böckenförde als auch durch das Bundesverfassungsgericht angezeigte Verlagerung auf das Staatsbürgerschaftsrecht kommt diesem eine Doppelfunktion zu: Zum einen hat es, an die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur „geistigen, sozialen und politischen Homogenität" als vorrechtliche Voraussetzung einer funktionierenden Demokratie anknüpfend, eine politisch-kulturelle Kohäsion[383] zu wahren. Zum anderen ergibt sich, aus den Äußerungen im Rahmen der Entscheidung zum Ausländerwahlrecht Schleswig-Holstein, die prinzipiell gleichrangige Zielsetzung, eine weitestgehende Kongruenz von Staatsangehörigen und der Staatsgewalt Unterworfenen herzustellen.[384]

Oeter spricht insofern von einer zentralen „Scharnierfunktion", welche dem Staatsangehörigkeitsrecht für die tatsächliche Funktionsfähigkeit der Demokratie zukomme.[385] Das Staatsbürgerschaftsrecht dient somit dem „engen" Volksbegriff als Flankenschutz und „zähmt" zugleich das Erfordernis der relativen Homogenität als vorrechtliche Voraussetzung. Ein gewisses Maß an Gemeinsamkeit kann auch im Falle einer bewusst offenen Formulierung des Verfassungskonzeptes zur Minimalbedingung eines funktionierenden demokratischen Systems erklärt werden.[386] So bedarf die demokratische Staatsbürgerschaft nach Habermas zwar keiner Verwurzelung „in der nationalen Identität eines Volkes", wohl aber der „Sozialisation aller Staatsbürger in einer gemeinsamen politischen Kultur."[387] Ob das Bundesverfassungsgericht die relative Homogenität lediglich als Minimalvoraussetzung im Sinne eines basalen Konsenses – beispielsweise der Ermöglichung der Kommunikation aufgrund gegebener Sprachkenntnisse – sieht, darf in Ansehung des Rezeptions-

[382] *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 28.

[383] Vgl. *Oeter*, Allgemeines Wahlrecht und Ausschluß von der Wahlberechtigung: Welche Vorgaben enthält das Grundgesetz?, S. 54.

[384] Vgl. *Oeter*, Allgemeines Wahlrecht und Ausschluß von der Wahlberechtigung: Welche Vorgaben enthält das Grundgesetz?, S. 54.

[385] Vgl. *Oeter*, Allgemeines Wahlrecht und Ausschluß von der Wahlberechtigung: Welche Vorgaben enthält das Grundgesetz?, S. 48.

[386] Vgl. *Oeter*, Allgemeines Wahlrecht und Ausschluß von der Wahlberechtigung: Welche Vorgaben enthält das Grundgesetz?, S. 52 f.

[387] *Habermas*, Staatsbürgerschaft und nationale Identität, S. 643. Ähnlich äußert sich *Di Fabio*, Der neue Art. 23 des Grundgesetzes, S. 204, welcher eine demokratische Öffentlichkeit zur Demokratiebedingung erklärt. Eine solche demokratische Öffentlichkeit setze eine Homogenität im Sinne einer Grundvoraussetzung eines gemeinsamen Konsenses voraus. Danach gelte: „Die erforderliche Homogenität der öffentlichen Meinung darf nicht mit inhaltlicher Homogenität verwechselt werden, sondern zielt auf den Rahmen des politischen Diskurses, die aufeinander bezogene Weltwahrnehmung, die selbst dann homogen – in einer Welt befindlich – ist, wenn sie in ausgesprochenen Freund-Feind-Schemata, wie etwa zwischen politischer Rechte und Linke, erfolgt".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kontextes der Demos-Entscheidungen[388] bezweifelt werden. Die Interpretation der Position des Bundesverfassungsgerichts als anti-pluralistische Begrenzung auf eine (ethnisch) homogene Gruppe, wie Bryde sie vornimmt,[389] ist aber nicht weniger zweifelhaft. Hinsichtlich dessen Kritik erscheint insbesondere fraglich, inwieweit das an den „deutschen Volksbegriff“ angelehnte Staatsbürgerschaftsrecht dem „völkischen Denken“ verpflichtet sei,[390] weist doch das Gericht selbst in der Entscheidung zum Ausländerwahlrecht Schleswig-Holstein auf die Möglichkeit der Einwirkung auf die Zusammensetzung des Staatsvolkes durch das, insofern notwendigerweise gestaltungsoffene, Staatsbürgerschaftsrecht hin.[391]

Die Kritik Brydes zeichnet die kritische Auseinandersetzung mit den Demos-Entscheidungen vor. Insbesondere der Volksbegriff des Bundesverfassungsgerichts steht im Zentrum kritischer Verlautbarungen. So kritisiert Menzel diesen als „zu eng definiert“.[392] Die Verfassung sei insoweit infinit, die „enge“ Deutung des Bundesverfassungsgerichts ihr keinesfalls eingeschrieben. Menzel hebt hervor, das Grundgesetz sei „kein systematisches Lehrbuch“, seine Begrifflichkeiten seien vielmehr „kontextual interpretationsbedürftig“.[393] Von diesem Befund ausgehend lässt sich der Demos-Rechtsprechungslinie in zweierlei Hinsicht Kritisches entgegenhalten. Zum einen, mit Rinken, dass die der Verfassung vorausliegenden Prämissen, welche zugrunde gelegt werden, nicht offen gelegt wurden[394] – die „rezeptionistische Camouflage“ des „Heller-Zitats“ belegt dies eindrucksvoll.[395] Noch weiter geht die nicht explizit auf die Demos-Rechtsprechungslinie bezogene und dennoch passend erscheinende Kritik von Hesse, wonach das Bundesverfassungsgericht seine Demokratietheorie nicht lediglich an Hand einer „Gesamtinterpretation

[388] Vgl. hierzu oben, S. 57 ff.

[389] Vgl. *Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, S. 312 f.

[390] *Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, S. 313.

[391] Die Kritik von *Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, S. 312 f., relativierend kann vorgebracht werden, dass zum Zeitpunkt des Vorbringens noch keine Elemente des ius soli in das Staatsbürgerschaftsrecht aufgenommen wurden, dies geschah erst mit dem Gesetz vom 15. 07. 1999 (BGBl I, S. 1618). Ausdrücklich auf die Möglichkeit zur Lösung des Problems eines etwaigen Auseinanderfallens von Staatsbürgern und staatlicher Herrschaft Unterworfenen „durch Aufnahme von Elementen des des ius soli in die Erwerbsgründe der Staatsangehörigkeit“ weist *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 28, hin, um sodann festzuhalten: „Ist der Ausländer zur Einbürgerung und damit zur Entscheidung für die Zugehörigkeit zum Staatsvolk der Bundesrepublik nicht bereit, ist unter keinem Aspekt ein rechtlicher Grund ersichtlich, ihn an den politischen Mitwirkungsrechten teilhaben zu lassen“.

[392] Vgl. *Menzel*, Ausländerwahlrecht – Staatsvolk, Wahlvolk und die Grenzen der Ausländerpartizipation im örtlichen Bereich, S. 458.

[393] *Menzel*, Ausländerwahlrecht – Staatsvolk, Wahlvolk und die Grenzen der Ausländerpartizipation im örtlichen Bereich, S. 458 f.

[394] Vgl. *Rinken*, Demokratie und Hierarchie, S. 131.

[395] Vgl. hierzu oben, S. 61; vgl. insoweit auch *Rinken*, Demokratie und Hierarchie, S. 126.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

des Grundgesetzes und seiner Einordnung in die moderne Verfassungsgeschichte“ entwickelt habe.[396] Über den Rezeptionskontext sind außerkonstitutionelle Elemente in das Demokratieverständnis des Bundesverfassungsgerichts miteingeflossen.[397]

Zum anderen bemängelt Menzel die Gefahr einer Verfestigung des „engen“ Volksbegriffs, indem dieser dem Gesetzgeber „über“ Art. 79 Abs. 3 des Grundgesetzes entzogen werden könnte: Der apodiktische Satz, wonach Wahlen, bei denen Ausländer wahlberechtigt seien, demokratische Legitimation nicht vermitteln könnten,[398] führe unmittelbar zu Art. 79 Abs. 3 GG.[399] Ein solcher Rekurs auf Art. 79 Abs. 3 GG unterschätze „das Bedürfnis nach Entwicklungsfähigkeit einer auf Dauer angelegten (und nicht periodisch revolutionierten) Verfassungsordnung.“[400] Auch Heintzen betont im Kontext der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Ausländerwahlrecht, dass „das Demokratieprinzip, welches der Einführung eines Ausländerwahlrechts entgegensteht, gemäß Art. 79 Abs. 3 GG unabänderlich ist.“[401]

Dieser Lesart, wonach die konkreten Ausführungen, welche das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Demos-Entscheidungen tätigte, nunmehr dem Gesetzgeber gänzlich entzogen wären, ist jedoch mit einem restriktiven Grundverständnis von Art. 79 Abs. 3 GG zu begegnen. Eine restriktive Handhabe des Art. 79 Abs. 3 GG ist insbesondere im Hinblick auf das Demokratieprinzip angezeigt, erhebt Art. 79 Abs. 3 GG das Demokratieprinzip schließlich einerseits zur unüberschreitbaren Grenze der Verfassung, setzt jedoch zugleich der Volkssouveränität als wesentlichen Bestandteil des Demokratieprinzips[402] Grenzen: Nicht nur der *pouvoir constitué* wird von der beschränkenden Wirkung der Norm erfasst, sondern ebenfalls der *pouvoir constituant.*[403] Dieses Spannungsverhältnis ist – nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts[404] – durch eine *enge* Auslegung des Art. 79 Abs. 3 des Grundgesetzes aufzulösen.[405] Im Rahmen dieser engen Auslegung ist Art. 20 Abs. 1 GG in seinem ursprünglichem Inhalt in Bezug zu nehmen, um einer „Versteinerung“ des Verfassungsrechts vorzubeugen.[406] Ist es schon angezeigt, dem Gesetzgeber eine solche „festigende“ Kompetenz zu verweigern, so ist eine solche, mit Pieroth, dem

[396] Vgl. *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 127 f.

[397] Vgl. hierzu oben, S. 57 ff.

[398] Vgl. BVerfGE 83, 60 (81).

[399] Vgl. *Menzel*, Ausländerwahlrecht – Staatsvolk, Wahlvolk und die Grenzen der Ausländerpartizipation im örtlichen Bereich, S. 459.

[400] *Menzel*, Ausländerwahlrecht – Staatsvolk, Wahlvolk und die Grenzen der Ausländerpartizipation im örtlichen Bereich, S. 461.

[401] *Heintzen*, Fremde in Deutschland, S. 335 Fn. 34.

[402] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 5 ff.

[403] Vgl. *Pieroth*, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, S. 474.

[404] Vgl. BVerfGE 30, 1 (25).

[405] Vgl. *Pieroth*, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, S. 474.

[406] Vgl. *Pieroth*, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, S. 474 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Bundesverfassungsgericht erst recht zu versagen.[407] Daher können nur solche Interpretationen des Gerichts welche bereits 1949 anerkannt waren unter den besonderen Schutz des Art. 79 Abs. 3 GG fallen.[408] Dass die Ausführungen, welche das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Demos-Rechtsprechungslinie tätigt, diesen Anforderungen gerecht werden, darf – wie auch Menzel letztlich bekennt[409] – ernstlich bezweifelt werden. Die Kritik der „Versteinerung“ des Verfassungsrechts durch das Gericht ist mithin nur schwerlich aufrecht zu erhalten.

bb) Inkonsequenter Volksbegriff: Eigenlegitimation ohne Volk?

Äußerst pejorativ äußerte sich Weiler zum Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts: Er bewertet die Entscheidung, soweit sie die bestehende europäische Gemeinschaft betrifft, als „peinlich; soweit sie ihre zukünftige Entwicklung betrifft“ befindet er das Urteil als „traurig, ja sogar beklagenswert.“[410] Weiler stützt diesen Befund zum einen auf das demokratietheoretische Verständnis des Bundesverfassungsgerichts,[411] zum anderen auf die Dogmatik der Entscheidung selbst: Selbst wenn das demokratietheoretische Verständnis des Gerichts als Prämisse vorausgesetzt werde, sei dessen Argumentation inkonsistent.[412] Es stelle „schlechtestenfalls nichts als eine leere rhetorische Figur dar“, welche „im Widerspruch zu den eigenen Überzeugungen des Verfassungsgerichts“ stehe, „bestenfalls eine ebenso widersprüchliche Ausnahme von einem ansonsten in die Gegenrichtung verlaufenden Argumentationsstrom“[413] dar, dem europäischen Parlament „auch in der gegenwärtigen Phase der Entwicklung“[414] eine, wenn auch nur „abstützende“, legitimatorische Wirkung zuzuerkennen. Der Aussage des Bundesverfassungsgerichts, wonach die demokratische Legitimation der europäischen Institutionen grundsätzlich von den nationalen Parlamenten herrühre, liege die Einschätzung zu Grunde, dass es kein europäisches Staatsvolk gäbe,[415] von Weiler als „Kein-Demos-These“ bezeichnet. Von der „Kein-Demos-These“ ausgehend sei es indes nicht einzusehen, inwiefern dem europäischen Parlament als „Repräsentation der Staatsvölker“[416] eine legitimatorische Wirkung zukomme; da die Staatsgewalt in diesen Paradigmen

[407] Vgl. *Pieroth*, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, S. 475.

[408] Vgl. *Pieroth*, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, S. 475.

[409] Vgl. *Menzel*, Ausländerwahlrecht – Staatsvolk, Wahlvolk und die Grenzen der Ausländerpartizipation im örtlichen Bereich, S. 461.

[410] *Weiler*, Der Staat „über alles“, S. 93.

[411] Vgl. hierzu oben, S. 57 ff.

[412] Vgl. *Weiler*, Der Staat „über alles“, S. 104.

[413] *Weiler*, Der Staat „über alles“, S. 104.

[414] BVerfGE 89, 155 (186).

[415] So werde durch die Unionsbürgerschaft zwar ein auf Dauer angelegtes rechtliches Band geknüpft, dieses besitze indes keine vergleichbare Dichte mit der gemeinsamen Zugehörigkeit zu einem Staat, vgl. BVerfGE 89, 155 (186).

[416] BVerfGE 89, 155 (184).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zwingend auf ein einheitliches Legitimationssubjekt zurückgeführt werden muss, kann ein europäisches Parlament ohne ein europäisches Volk auch keine legitimatorische Wirkung entfalten. Von der „Kein-Demos-These" ausgehend muss eine Eigenlegitimation der europäischen Union folglich abgelehnt werden.

Ähnlich argumentiert Isensee, wenn er feststellt, dass „das europäische Parlament mangels eines europäischen Volkes keine europäische Volksvertretung bildet, sondern nur eine Versammlung von Vertretern europäischer Völker".[417] Dass die Vertreter des europäischen Parlaments nicht nach den Regeln demokratischer Gleichheit gewählt werden, sei allerdings kein verfassungsrechtlicher Defekt, sondern sachgerechter Ausgleich zwischen der demokratischen Gleichheit der Wähler und der föderalen Gleichheit der Mitgliedsstaaten.[418] Die Demokratie sei ein „Kind des Nationalstaats", welches einer „konsistenten Willenseinheit des Volkes" und der Solidarität aller Bürger bedürfe; Voraussetzungen, so stellt es Isensee apodiktisch fest, die der Union abgehen.[419] Das Demokratiedefizit der Union sei mithin struktureller Natur, sie bleibe auf die Legitimationszufuhr aus den Nationalstaaten angewiesen.[420] Isensee zieht somit gerade die Konsequenz aus der „Kein-Demos-These", dessen Ausbleiben Weiler dem Bundesverfassungsgericht zum Vorwurf macht: Ohne Staatsvolk gebe es auch keine legitimatorische Wirkung des europäischen Parlaments. Isensees Position wird auch von Kirchhof und Böckenförde vertreten, welche als Bundesverfassungsrichter maßgeblich an den gegenteiligen Ausführungen im Rahmen des Maastricht-Urteils beteiligt waren. Nach Kirchhof und Böckenförde sei zur Kompensation des Demokratiedefizits auf europäischer Ebene eben kein Kompetenzzuwachs des europäischen Parlaments angezeigt, da ihr ein eigenes Staatsvolk als Legitimationsgeber fehle.[421]

Grimm hingegen teilt die Position des Bundesverfassungsgerichts: Er spricht dem europäischen Parlament grundsätzlich eine legitimatorische Wirkung zu. Die Legitimationslast der europäischen Union ruhe auf zwei Pfeilern, auch wenn diese nicht im gleichen Maße tragfähig seien.[422] Die „nationalen Egoismen im Rat und die technokratischen Tendenzen in der Kommission"[423] bedürften zwar des Parlaments als Gegengewicht, was gegen eine Rücknahme der Kompetenzen des europäischen Parlaments spräche. Andererseits spricht sich Grimm gegen eine Ausweitung der parlamentarischen Kompetenzen auf europäischer Ebene aus. Einer solchen „Parlamentarisierung" der europäischen Union ständen Bedenken rechtlicher aber auch gesellschaftlicher Art entgegen: Während in rechtlicher Hinsicht insbesondere

[417] *Isensee*, Union – Nation – Region: eine schwierige Allianz, S. 629.

[418] Vgl. *Isensee*, Union – Nation – Region: eine schwierige Allianz, S. 629.

[419] *Isensee*, Union – Nation – Region: eine schwierige Allianz, S. 629.

[420] Vgl. *Isensee*, Union – Nation – Region: eine schwierige Allianz, S. 629.

[421] Vgl. *Kirchhof*, Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 14; *Böckenförde*, Welchen Weg geht Europa?, S. 38 f.

[422] Vgl. *Grimm*, Europa ja – aber welches?, S. 26.

[423] *Grimm*, Europa ja – aber welches?, S. 26.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wahlrechtliche Aspekte aufgeführt werden,[424] wird in gesellschaftlicher Hinsicht das Fehlen einer europäischen Öffentlichkeit bemängelt.[425] Hier wird die Diskrepanz zu den Vertretern des „Staatsdenkens“ deutlich: Grimm bemüht nicht die Einheit von Staat und Volk, um sodann apodiktisch aus dem Fehlen eines europäischen Staatsvolkes die Unmöglichkeit einer europäischen Eigenlegitimation abzuleiten. Vielmehr bemängelt Grimm das Fehlen eines *europäischen* Diskurses:[426]

> „Vor allem fehlt es aber an europäischen Kommunikationsmedien, die einen europäischen offenen Diskurs und nicht nur 28 nationale Diskurse über Europafragen in Gang halten können. Während sich aber die Defizite der europäischen Wahlen durch die Einführung eines europäischen Wahlsystems mit europäischen Parteien zumindest teilweise beheben ließen, wird es zu einer europäischen Öffentlichkeit, die der staatlichen auch nur annähernd gliche, noch lange nicht kommen.“

Aufgrund dieser Qualifikation des Legitimationsproblems als Diskursproblem „trifft“ Grimm der – an das Bundesverfassungsgericht gerichtete – Vorwurf der Inkonsequenz nicht: Während der Diskurs einer graduellen Bewertung zugänglich ist, muss die Frage des Vorhandenseins des Staatsvolks aus der Sicht „des Staatsdenkens“ absolut beantwortet werden – entweder es ist vorhanden oder nicht. Das Anknüpfen an einen gesamteuropäischen Diskurs als legitimatorisches Kriterium erlaubt es Grimm somit, eine europäische Eigenlegitimation anzunehmen, ohne dadurch die von ihm geäußerte demokratietheoretische Kritik an der Europäischen Union zu untergraben. Weilers Vorwurf der Inkonsequenz lässt sich jedoch nicht mit Rückgriff auf die Sichtweise Grimms entkräften. Das Gericht rekurriert hinsichtlich einer europäischen Eigenlegitimation schließlich auf die Unionsbürgerschaft, welche als „auf Dauer angelegtes rechtliches Band“ dem bestehenden Maße der „existentiellen Gemeinsamkeit“ zwischen den Unionsbürgern „einen rechtlich verbindlichen Ausdruck verleiht“.[427]

Das gesellschaftliche Defizit wiegt nach Grimm aus demokratietheoretischer Sicht schwerer als das rechtliche. Da er die Möglichkeit der Generierung einer europaweiten Meinungsbildung in absehbarer Zeit skeptisch beurteilt, lehnt er eine „Vollparlamentarisierung“ der europäischen Union, also die Stärkung der Eigenlegitimation qua Stärkung des europäischen Parlaments, ab und lässt insoweit wieder Übereinstimmungen mit Kirchhof und Böckenförde erkennen.[428] Solange sich Interessenartikulationen und bürgerschaftliches Engagement auf den nationalen Rahmen beziehen, die nationalen Parlamente also „näher“ an der gesellschaftlichen

[424] So sorge insbesondere die Tatsache, dass nach nationalen Wahlrecht gewählt werde dafür, dass die Europawahlen ihr Legitimationspotential nicht ausschöpfen. Die Kandidatur nationaler Parteien mit nationaler Themenwahl führe zu einer geringen Wechselwirkung zwischen Wahlentscheidung und der europäischen Politik, vgl. *Grimm*, Europa ja – aber welches?, S. 24 f., 32 f.

[425] Vgl. *Grimm*, Europa ja – aber welches?, S. 23 ff.

[426] *Grimm*, Europa ja – aber welches?, S. 25.

[427] BVerfGE 89, 155 (184).

[428] Vgl. *Grimm*, Europa ja – aber welches?, S. 24 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Basis sind als das Europäische Parlament, sei einer weiteren Verselbstständigung der europäischen Union von ihren Mitgliedsstaaten mit Skepsis zu begegnen.[429] Ausgehend von dem Befund, die demokratische Legitimation der europäischen Union stütze sich zu einem erheblich größeren Teil auf Fremd- denn auf Eigenlegitimation, sieht Grimm in einer Stärkung des europäischen Parlaments zudem eine Gefahr für das institutionelle Gefüge der europäischen Union: Der Europäische Rat wäre „Verlierer" einer solchen Reform und würde „zu einer Zweiten Kammer des Europäischen Parlaments degradiert werden."[430] Eine solche Annährung an das Muster des Bundesstaats hätte, angesichts der Fremdlegitimation durch die Nationalstaaten „über" den Europäischen Rat, jedoch zur Folge, „dass die EU nach einer Vollparlamentarisierung demokratisch nicht gestärkt, sondern geschwächt wäre."[431]

Tschentscher erklärt die Qualifikation des europäischen Parlaments als Quelle demokratischer Legitimation der Europäischen Union durch das Bundesverfassungsgericht ganz anders, nämlich mit einer Relativierung der Legitimationskettentheorie: Es werde nicht mehr vornehmlich auf die personelle Legitimation der Gemeinschaftsorgane, sondern auf die Legitimation der einzelnen Hoheitsakte abgestellt.[432] Indem das Gericht letztlich auf das Vorhandensein einer hinreichenden Einflussnahme abstelle, löse es sich von der Legitimationskette als rein formelles Kriterium und eröffne die Perspektive der materiellen Kontrolle. Anders lasse es sich nicht erklären, dass das Europäische Parlament als Quelle demokratischer Legitimation angeführt werde.[433] Mit Tschentschers Ansatz lässt sich der von Weiler vorgebrachte Kritikpunkt der Inkonsistenz jedoch lediglich vordergründig entkräften, macht Tschentscher selbst doch zumindest mittelbar auf die dem Urteil immanente dogmatische Widersprüchlichkeit aufmerksam: Er qualifiziert die ent-

[429] Vgl. *Grimm*, Europa ja – aber welches?, S. 25 f.: „Daraus muss man den Schluss ziehen, dass die EU nach einer Vollparlamentariesierung demokratisch nicht gestärkt, sondern geschwächt wäre". In diese Richtung äußert sich auch *Di Fabio*, Der neue Art. 23 des Grundgesetzes, S. 202 ff., wenn er konstatiert, dass ein die nationalen Parlamente ersetzendes europäisches Parlament den Willen der Bürger voraussetze, „als *ein* Volk gemeinsam zu handeln, als gesellschaftsformendes Subjektiv kollektiv aufzutreten" (S. 203). Dazu wäre in praktischer Hinsicht „eine lebensweltliche kulturelle Verankerung und Amalgamation dieses Volkes zwingend erforderlich" (S. 203), es bedürfe mithin einer europäischen öffentlichen Meinung. Eine solche bedarf indes ihrerseits ein gemeinsames Identitätsbewusstsein; zwingende Funktionsbedingungen für eine intakte öffentliche Meinung sei eine „politisch, kulturell und sprachlich vermittelte Lebenswelt" (S. 204). Ebenjenen Funktionsbedingungen einer öffentlichen Meinung ermangele es auf europäischer Ebene. Relativierend zur Notwendigkeit einer sprachlich einheitlich vermittelten Lebenswelt äußert sich *Bäcker*, Deutsche Sprache, Rn. 50 ff.: Eine Sprachgemeinschaft sei für eine Demokratie zwar förderlich, nicht aber notwendig.

[430] *Grimm*, Europa ja – aber welches?, S. 24.

[431] *Grimm*, Europa ja – aber welches?, S. 26.

[432] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 47.

[433] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 47 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sprechenden Passagen des Urteils als „lediglich rhetorisches Festhalten“, welchem keine praktische Bedeutung zukomme.[434]

Weiler sieht den politischen Druck auf das Gericht als Ursache für die Position des Bundesverfassungsgerichts: Das Gericht sei „aus politischen und anderen Gründen gezwungen“ die europäische Union „zu akzeptieren und ‚reinzuwaschen‘, obwohl diese offensichtlich an schwerwiegenden demokratischen Defiziten leidet.“[435] Folgt man Weiler und macht zugleich die politische Brisanz[436] des Maastricht-Urteils als Triebfeder dafür aus, im Sinne eines betont ausgleichenden Vorgehens auch auf Ebene der europäischen Institutionen zumindest stützende Quellen demokratischer Legitimation anzuführen, dann erscheint es doch nicht zwingend, für dieses, im Grundsatz nachvollziehbare, Anliegen das Europäische Parlament ins Feld zu führen. So bietet es sich an, anstelle des Europäischen Parlaments den Europäischen Rat respektive den Rat der Europäischen Union als Anknüpfungspunkt zu wählen. Da sich die Räte aus den nationalen Staats- und Regierungschefs respektive den Fachministern zusammensetzen, ließen sich Legitimationsketten auf die nationalen Parlamente rückführen. Es handelt sich bei der demokratischen Legitimation der Räte freilich nicht um eine genuin europäische Legitimation,[437] stellen doch die nationalen Parlamente den Quell der Legitimation dar.

Dogmatisch überzeugender wäre es gleichwohl gewesen, bezüglich einer genuin europäischen demokratischen Legitimation durch das Europäische Parlament als Legitimationsquell im Perspektivischen zu verbleiben. In diesem Sinne betonte das Bundesverfassungsgericht schließlich die Entwicklungsoffenheit der, die Demokratie bedingenden, vorrechtlichen Voraussetzungen.[438] Auch die Kritik Grimms – wonach die, mit der Stärkung des Europäischen Parlaments einhergehende Degradierung des Europäischen Rates unter legitimatorischen Gesichtspunkten bedenklich erscheine[439] – spricht für ein solches Vorgehen. Das Bundesverfassungsgericht entschied sich bekanntlich anders. So wirkt die – bereits zum „jetzigen“ Zeitpunkt – „stützende“ Funktion des europäischen Parlaments angesichts der demokratietheo-

[434] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 47 f.

[435] *Weiler*, Der Staat „über alles“, S. 93.

[436] Die politische Brisanz rührt nicht zuletzt aus einer (zunächst) ausgebliebenen Diskussion des Maastricht-Vertrags auf politischer Ebene. Ursächlich dafür war die überwältigende parteipolitische Zustimmung zu dem Unionsvertrag, was dazu führte, dass schließlich das Maastricht-Urteil respektive der Verlauf des Verfassungsprozesses zu einer öffentlichen und fachwissenschaftlichen Diskussion über den gegenwärtigen Stand, die Möglichkeiten sowie die Ziele der europäischen Integration geführt hat, vgl. *Cornils*, BVerfGE 89, 155 – Maastricht. Gerichtskooperation im Staatenverbund: Das Wächteramt des BVerfG über die Kompetenzen der Europäischen Union, S. 530.

[437] Vgl. *Grimm*, Europa ja – aber welches?, S. 9 ff. spricht insoweit von „Fremdlegitimation“.

[438] Vgl. BVerfGE 89, 155 (185).

[439] Vgl. *Grimm*, Europa ja – aber welches?, S. 23 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

retischen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts wie ein Fremdkörper – und das Gericht muss sich insoweit Inkonsistenz vorwerfen lassen.

cc) Das Legitimationsvermittlungsmonopol des Volkes

Die zentrale (demokratietheoretische) Aussage der Demos-Rechtsprechungslinie ist die Betonung des Volkes als einheitliches Legitimationssubjekt. Neben dem Volksbegriff des Bundesverfassungsgerichts ist auch die Stellung des Staatsvolkes als einzige Quelle demokratischer Legitimation umstritten.

Emde, ein Schüler Böckenfördes, hält das Konzept der Legitimationsketten für „die vollkommenste Verwirklichung“[440] des Demokratieprinzips hervor, sieht aber die monistische Rückführung auf das Volk als einheitliches Legitimationssubjekt zweifelhaft. Es sei keinesfalls so, dass die Verfassung dem Staatsvolk „ein *Monopol* auf die Vermittlung demokratischer Legitimation zuspricht“[441]. Nach Emde gilt es, „nach alternativen Ressourcen demokratischer Legitimation Ausschau zu halten“[442], welche neben dem Staatsvolk bestehen. Schon der Verweis auf Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG, „der das Gemeindevolk ganz unzweifelhaft als Quelle demokratischer Legitimation konstituiert“[443], stehe der Rückbindung demokratischer Legitimation an das Staatsvolk als deren einziger Quelle entgegen.[444] Für das Staatsvolk als alleiniger Quelle demokratischer Legitimation fehle es zudem an Anknüpfungspunkten im Grundgesetz:[445]

> „Keine der zahlreichen Konkretisierungen, die das Grundgesetz dem demokratischen Prinzip angedeihen läßt, rezipiert den Begriff der unbestimmten Allgemeinheit oder ordnet an, daß nur das Staatsvolk bzw. ihm strukturgleiche Kollektive als Quelle demokratischer Legitimation in Betracht kommen.“

In Art. 20 GG ein Monopol des Staatsvolkes auf die Vermittlung demokratischer Legitimation hineinzulesen, verkenne „die Offenheit sowohl des Textes und der Systematik der geltenden Verfassung als auch des demokratischen Prinzips im besonderen“.[446]

---

[440] *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 328.

[441] *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 402 (Hervorhebung im Original).

[442] *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 386.

[443] *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 401.

[444] Vgl. *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 401 ff.; vgl. auch *Rittstieg*, Kommunales Wahlrecht für Ausländer, S. 316, welcher ebenfalls Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG im Sinne einer Mindestverbürgung liest.

[445] *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 401 f.

[446] *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 402.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Den Einwand Emdes, wonach bereits der Verweis auf Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG dem Staatsvolk als Legitimationsvermittlungsmonopol entgegensteht, weist Jestaedt zurück:[447]

> „Denn zum einen handelt es sich bei den von Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG in Bezug genommenen Völkern – Landesvolk, Kreisvolk und Gemeindevolk – lediglich um (territorial abgegrenzte) Teileinheiten des (Gesamt-)Staatsvolkes, und zum anderen ist Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG als verfassungsausdrückliche Modifikation – nicht Reduktion oder Restriktion (!) – des Prinzips der Volkssouveränität gem. Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG anzusehen.“

Das Legitimationsvermittlungsmonopol des Volkes als einheitliches Legitimationssubjekt finde Ausdruck in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG, der „den unauflöslichen Konnex von grundgesetzlicher Demokratie und (Staats-)Volk“[448] statuiere. Der Grundsatz der Volkssouveränität, dessen Ausdruck das Legitimationsvermittlungsmonopol des Volkes ist, dulde keine zusätzliche demokratische Legitimation, denn „jede zusätzliche zieht eine Einschränkung des Volkssouveränitätsprinzips nach sich.“[449]

Die Auseinandersetzung um das Legitimationsvermittlungsmonopol lässt erneut die gegensätzlichen Vorverständnisse des Staats- und des Verfassungsdenkens hervortreten. In Emdes Ansatz, weitere demokratische Legitimationsquellen neben dem Staatsvolk offenzulegen, wird ein pluralistisches Bestreben deutlich, welches in seiner Zielrichtung der Absage Häberles[450] an die Herrschaft des Volkes im Sinne Rousseaus entspricht. Emdes Ansatz kontrastiert die Betonung des Volkes als einheitliches Legitimationssubjekt durch das – wesentlich durch Böckenförde, gegen dessen „Fortentwicklung und Veredelung des Demokratiebegriffs von Carl Schmitt“[451] sich Emde ausdrücklich wendet,[452] geprägte – Bundesverfassungsgericht. Der Rezeptionskontext der Demos-Entscheidungen wurde an anderer Stelle bereits dargelegt: Das Gericht positioniert sich im Rahmen dieser Rechtsprechungslinie klar zu Gunsten des Staatsdenkens.[453] Die ausdrückliche Absage, welche das Bundesverfassungsgericht selbst dem Ansatz einer „demokratischen Mindestration“ erteilte, untermauert diesen Befund: Das Gericht konstatiert, es sei[454]

---

[447] *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 511.

[448] *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 513, führt weiter aus, die Monopolstellung des Volks als Legitimationssubjekt gehe bereits aus dem Wortlaut der des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG, „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“, hervor. Dieser müsse, folge man der These alternativer Legitimationsquellen, ferner lauten: „Alle Staatsgewalt bedarf (durch welches Subjekt auch immer) der demokratischen Legitimation“.

[449] *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 512.

[450] Vgl. hierzu oben, S. 73 ff.

[451] *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 401.

[452] Vgl. *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 401 ff.

[453] Vgl. hierzu oben, S. 60 ff.

[454] BVerfGE 83, 37 (58 f.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„[…] nicht möglich, Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG im Sinne einer Mindestverbürgung dahin auszulegen, daß die Norm zwar den deutschen Staatsangehörigen in den Kreisen und Gemeinden eine demokratische Vertretung gewährleiste, die Ausdehnung des Wahlrechts auf ausländische Einwohner aber nicht ausschließe."

II. Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein

Während die Demos-Entscheidungen das Volk als Legitimationssubjekt zum Gegenstand hatten, befasste sich das Bundesverfassungsgericht im Beschluss zum Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein näher mit den einzelnen Legitimationsmodi.[455] Insbesondere zur personell-organisatorischen Legitimation finden sich in dem Beschluss eingehende Ausführungen. Der Entscheidung lag die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Befugnis einer weisungsunabhängigen Einigungsstelle zugrunde, einen Stichentscheid zwischen Dienststelle und Personalrat zu treffen. Das Gericht hob das entsprechende Gesetz zwar nicht auf, legte dieses jedoch verfassungskonform dahingehend aus, dass dem Stichentscheid der Einigungsstelle lediglich ein empfehlender Charakter und der Landesregierung ein unbefristetes Aufhebungsrecht zukommt.[456] Die vom Gesetzgeber intendierte Mitwirkung war damit zumindest geschmälert.[457] Mit dem Beschluss zum Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein knüpfte das Gericht insofern an das Urteil zur Bremer-Personalvertretung an,[458] als dass es erneut um die Grenzen der innerbehördlichen Betroffenenbeteiligung ging. Beließ es das Gericht 1959 noch dabei, dass ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip vorläge, sofern die Regierung dem Urteil des Personalrats als unabhängiger Stelle unterworfen werde,[459] so wurden diese Grenzen der Mitbestimmung nunmehr ausdrücklich auf die Legitimationskettentheorie rückgeführt.[460] So führt das Bundesverfassungsgericht, im Hinblick auf die Rückführung von Akten staatlichen Handelns auf den Volkswillen, aus:[461]

„Für die Beurteilung, ob dabei ein hinreichender Gehalt an demokratischer Legitimation erreicht wird, haben die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und in der Literatur unterschiedenen Formen der institutionellen, funktionellen, sachlich-inhaltlichen und der personellen Legitimation Bedeutung nicht je für sich, sondern nur in ihrem Zu-

[455] Das Bundesverfassungsgericht folgt der Demos-Rechtsprechungslinie freilich auch in der Entscheidung zum Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein, allerdings ohne den Fokus auf das Legitimationssubjekt zu legen. Vgl. BVerfGE 93, 37 (67): „Organe und Amtswalter bedürfen mithin zur Ausübung von Staatsgewalt einer Legitimation, die – als eine demokratische – auf die Gesamtheit der Staatsbürger, das Volk, zurückgeht, jedoch regelmäßig nicht durch unmittelbare Volkswahl erfolgen muss.".

[456] Vgl. BVerfGE 93, 37 (78, 82).

[457] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 43.

[458] Vgl. hierzu oben, S. 28 ff.

[459] Vgl. BVerfGE 9, 268 (287).

[460] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 40.

[461] BVerfGE 93, 37 (66 f.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sammenwirken. Aus verfassungsrechtlicher Sicht entscheidend ist nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, sondern deren Effektivität; notwendig ist ein bestimmtes Legitimationsniveau.“

Von diesen allgemeinen Ausführungen ausgehend, widmet sich das Gericht dem Legitimationsmodus der personellen Legitimation. Eine solche besitze ein Amtsträger dann,[462]

„[…] wenn er verfassungsgemäß sein Amt im Wege einer Wahl durch das Volk oder das Parlament oder dadurch erhalten hat, daß er durch einen seinerseits personell legitimierten, unter Verantwortung gegenüber dem Parlament handelnden Amtsträger oder mit dessen Zustimmung bestellt worden ist.“

In dem zugrunde liegenden Fall des schleswig-holsteinischen Mitbestimmungsgesetzes waren die Voraussetzungen einer personellen Legitimation nicht bei allen Mitgliedern der Einigungsstelle gegeben. Dies rührt daher, dass sich die über die Berufungskette vermittelte Legitimation lediglich auf das verliehene Amt erstreckt, ohne darüber hinaus zu gehen.[463] Nimmt ein Amtswalter über das Tätigkeitsfeld seines Amtes hinausgehende Aufgaben war, so handelt er hinsichtlich der Wahrnehmung dieser Aufgaben persönlich, ohne insofern demokratisch legitimiert zu sein.[464] Eben dies trifft nach den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts auf die zwei der Einigungsstelle angehörenden Personalratsvertreter zu. Der – von den zwei Personalratsvertretern und den beiden Behördenvertretern, die ebenfalls der Einigungsstelle angehören und als einzige Mitglieder dieser uneingeschränkt demokratisch legitimiert sind – gewählte Vorsitzende sei lediglich eingeschränkt demokratisch legitimiert.[465] Es handelt sich bei der Einigungsstelle somit um ein gemischt-zusammengesetztes Gremium. Hinsichtlich der Bestellung von Amtswaltern durch ein solches gemischtes Gremium stellt das Gericht sodann das Erfordernis der doppelten Mehrheit auf:[466]

„Sieht das Gesetz ein Gremium als Kreationsorgan für die definitive Bestellung eines Amtsträgers vor, das nur teils aus personell legitimierten Amtsträgern zusammengesetzt ist, so erhält der zu Bestellende volle demokratische Legitimation für sein Amt nur dadurch, daß die die Entscheidung tragende Mehrheit sich ihrerseits aus einer Mehrheit unbeschränkt demokratisch legitimierter Mitglieder des Kreationsorgans ergibt.“

Neben das gesetzliche Mehrheitserfordernis tritt demnach das Erfordernis der demokratischen Legitimation der die Entscheidung tragenden Mehrheit. Nur so bleibe eine, auf das Volk rückführbare, Legitimationskette gewährleistet. Hier rezipiert das Bundesverfassungsgericht abermals Böckenförde.[467]

[462] BVerfGE 93, 37 (68).
[463] Vgl. BVerfGE 93, 37 (68).
[464] Vgl. BVerfGE 93, 37 (68).
[465] Vgl. BVerfGE 93, 37 (67 f., 71 f.).
[466] BVerfGE 93, 37 (67 f.).
[467] Vgl. BVerfGE 93, 37 (72).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der Beschluss zum Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein sah sich dem Vorwurf der Theorielastigkeit ausgesetzt: Die Entscheidung habe Lehrbuchcharakter, welcher nicht die personalvertretungsrechtliche Praxis widerspiegele.[468] Auch wurde dem Beschluss eine weitreichende, über das Schleswig-Holsteinische Mitbestimmungsgesetz hinausgehende Bedeutung zugesprochen. So stellt die Entscheidung laut Roetteken das „Konzept einer gleichberechtigten Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten und den personellen Fragen der Arbeitnehmer in Frage.“[469] Insbesondere in demokratietheoretischer Hinsicht sei der Ansatz verfehlt, welchen das Bundesverfassungsgericht bei dieser Infragestellung zugrunde legt: Die Einigungsstelle übe schon keine Staatsgewalt aus; auch sei die These fraglich, diese sei nicht demokratisch legitimiert.[470] Hinsichtlich der „Staatsgewaltsthese“ hätte sich das Gericht mit der Gegenposition, wonach es sich bei Mitbestimmung nicht um Teilhabe an der innerstaatlichen Willensbildung, sondern „um die Respektierung eines von *außen gesetzten Rahmens durch die öffentliche[n] Organe*“ handelt, auseinandersetzen müssen.[471] Diese Auseinandersetzung sei ausgeblieben, da es dem Gericht dadurch leichter fiel, die „Theorie von der ununterbrochenen Legitimationskette für jeden Amtswalter und sein Handeln zur Anwendung zu bringen.“[472] Die Legitimationskettentheorie, welche vor 1970 weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung auffindbar gewesen sei,[473] sei auf die Festigung des Hierarchieprinzips als Organisationsform, speziell des öffentlichen Dienstes, beschränkt.[474] Insbesondere die Entscheidung zum Bremer-Personalvertretungsgesetz mache deutlich, dass nicht ernstlich angenommen werden könne, „die Mitbestimmung von Beschäftigten hinsichtlich ihrer Arbeits- und Dienstbedingungen bei den öffentlichen Händen führe zum Ende der Demokratie“ und es sei „in den vergangenen 46 Jahren durch die aus seiner jetzigen Sicht unzulässig weit gefaßte Mitbestimmung […] zu einer ernsthaften Beschädigung des demokratischen Gedankens und Zusammenlebens“ gekommen.[475] Zumindest sei das Gericht Belege aus der Praxis für eine solche Beschädigung schuldig geblieben.[476] Der Einwand der mangelnden Belege aus der Praxis wirft die Frage auf, wie ein solcher „konkreter Beleg aus der Praxis“[477] zu erbringen sei, zumal die zugrunde liegende Frage, nach der Demo-

[468] Vgl. *Kersten*, Legitimationsgrenzen im Personalvertretungsrecht, S. 25.

[469] *Roetteken*, Verfassung und Personalvertretungsrecht, S. 552.

[470] Vgl. *Roetteken*, Verfassung und Personalvertretungsrecht, S. 552 f.

[471] *Roetteken*, Verfassung und Personalvertretungsrecht, S. 553.

[472] *Roetteken*, Verfassung und Personalvertretungsrecht, S. 553.

[473] In der Sache fand vor 1970 eine Auseinandersetzung mit der Legitimationskettentheorie statt, vgl. etwa *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 196 ff., welcher sich bereits in den 60er Jahren mit den Legitimationsmodi der funktionellen und der personellen Legitimation und deren Rückbindung an das Volk als Legitimationssubjekt auseinandersetzt.

[474] *Roetteken*, Verfassung und Personalvertretungsrecht, S. 553.

[475] *Roetteken*, Verfassung und Personalvertretungsrecht, S. 553.

[476] Vgl. *Roetteken*, Verfassung und Personalvertretungsrecht, S. 553.

[477] *Roetteken*, Verfassung und Personalvertretungsrecht, S. 553.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kratiepraxis unter dem Grundgesetz, recht abstrakter Natur ist. Hinsichtlich des Rekurses auf die Entscheidung zur Bremer Personalvertretung ist Roetteken allerdings dahingehend zuzustimmen, dass die Grenzen der Mitbestimmung in dem Beschluss zum Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein enger gezogen werden. Diese Verengung ist jedoch nicht ohne Weiteres als Ausweis der Widersprüchlichkeit der beiden Entscheidungen zu werten: Vielmehr ließ das Gericht bereits in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1959 den Vorrang der exekutiv vermittelten Mitbestimmungskette der Regierung gegenüber unabhängigen Gruppenbestimmungen erkennen, womit es das Konzept des – für die Legitimationskettentheorie konstitutionellen – legitimatorischen Vorrangs vorzeichnete.[478] Es handelt sich folglich nicht um zwei gegenläufige Entscheidungen, vielmehr konkretisiert der Beschluss zum Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein die Entscheidung zur Bremer Personalvertretung. Weshalb die mit dieser Konkretisierung einhergehende, materielle Verengung dafür ausweislich sein soll, dass die Auffassung des Gerichts „nicht richtig sein kann“[479], verbleibt nicht minder unklar.

Tschentscher hält dem Beschluss entgegen, dass die Dogmatik des Gerichts eine erhebliche Unsicherheit auslöse. So müsse auch die Kehrseite der doppelten Mehrheit bedacht werden: Eine ablehnende Entscheidung müsse ebenso dem Erfordernis der doppelten Mehrheit entsprechen, was zu teils skurrilen Ergebnissen führe.[480] Würde beispielsweise ein neunköpfiges Gremium einen Vorschlag mit vier zu fünf Stimmen ablehnen, jedoch drei der fünf Behördenvertreter zugestimmt haben, so wäre die ablehnende Entscheidung des Gremiums nicht demokratisch legitimiert.[481] Diese problematische Kehrseite der doppelten Mehrheit geht zwar nicht aus den Ausführungen des Gerichts hervor, lässt sich aber den Überlegungen Böckenfördes entnehmen.[482]

III. Der Perspektivwechsel in der Retrospektive

Das Bundesverfassungsgericht festigt mit seinem Perspektivwechsel die Rezeption der Legitimationskettentheorie. Ließen die vorherigen Entscheidungen bereits die Konturen dieser formalen Demokratiekonzeption erkennen, so kulminiert die sich verdichtende Rezeption in der Rechtsprechungsphase ab 1990. Auffallend ist die prominente Rolle, welche Böckenförde bei der Rezeption der Legitimationskettentheorie spielt: Eine Doppelrolle einnehmend, zitiert der an den Entscheidungen direkt beteiligte Bundesverfassungsrichter Böckenförde den Staatsrechtler Böckenförde. Der Einfluss des Staatsrechtlers Böckenförde auf die Entscheidungen

[478] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 36.
[479] *Roetteken*, Verfassung und Personalvertretungsrecht, S. 553.
[480] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 43.
[481] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 43 f.
[482] Vgl. *Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 81 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

des Perspektivwechsels ist jedenfalls erheblich; die Ausführungen des Gerichts zu den Legitimationsketten gleichen denen Böckenfördes sowohl inhaltlich als auch sprachlich.[483]

Der Perspektivwechsel wurde durch die Demos-Entscheidungen eingeleitet, welche vornehmlich das Volk als einheitliches Legitimationssubjekt bestimmten und die Prägung der Rechtsprechungsphase des Perspektivwechsels durch das Staatsdenken deutlich machten. Diese Prägung setzte sich in dem Beschluss zum Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein fort. Der demokratische Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und Ausübung staatlicher Herrschaft wird nunmehr ausdrücklich über Legitimationsketten vermittelt, das Hierarchieprinzip so zementiert.[484] Diese Entwicklung war nicht zwingend vorgezeichnet, hob das Gericht noch in seiner Entscheidung zum Hamburger Ausländerwahlrecht die Bedeutung des Legitimationsniveaus hervor und betonte, dass „nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, sondern deren Effektivität" entscheidend sei.[485]

Die angedeuteten Dynamisierungspotentiale verblieben indes ungenutzt. Das Gericht betont stattdessen den formalen Charakter der Legitimationskettentheorie, indem es die Bedeutung der Verleihungsakte für die personelle Legitimation hervorhob. Das Erfordernis der doppelten Mehrheit verdeutlicht den Vorzug der Legitimationskettentheorie gegenüber anderen Demokratiekonzeptionen: Das Demokratieprinzip wird dogmatisierbar. Im Gegensatz zu einer pluralistisch-individualistischen Konzeption, wie sie dem Brokdorf-Beschluss zugrunde liegt,[486] lassen sich die Legitimationsketten juristisch prüfen; sie können Ausgangspunkt einer genuin juristischen Dogmatik sein.[487] Die Zuspitzung auf das formale Modell von Verleihungsakten verdeutlicht hingegen die Kehrseite dieser Dogmatisierbarkeit: Der streng formale Charakter der Legitimationskettentheorie stößt angesichts der Komplexität der gesellschaftlichen Realität an seine Grenzen.[488] Die nunmehr zu betrachtende, nach dem Perspektivwechsel einsetzende Relativierung des streng formalen Ansatzes erscheint insofern als folgerichtig, gar zwangsläufig.[489]

[483] Vgl. hierzu oben, S. 60 ff.

[484] Vgl. *Rinken*, Demokratie und Hierarchie, S. 140.

[485] BVerfGE 83, 60 (72).

[486] Vgl. hierzu oben, S. 43 ff.

[487] *Jouanjan*, Demokratie als Verfassungslehre, S. 227.

[488] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 35, 43 f.

[489] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 44.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

E. Rechtsprechungsentwicklung in der Folgezeit: Relativierung der Legitimationskettentheorie?

Die Rechtsprechungsentwicklung nach den Demos-Entscheidungen hängt naturgemäß auch mit der personellen Entwicklung des Bundesverfassungsgerichts zusammen. Mit Böckenförde und Kirchhof schieden die beiden den formalen Charakter der demokratietheoretischen Rezeption des Gerichts maßgeblich prägenden Verfassungsrichter aus dem 2. Senat aus. Schlug sich der personelle Wechsel zunächst in einer Relativierung des streng formalen Ansatzes im Rahmen der Entscheidung zum Lipperverband und der Emschergenossenschaft nieder, so wirkte die Legitimationskettentheorie auch in der Folgezeit in der verfassungsgerichtlichen Demokratiejudikatur fort. Ein Bruch mit den Legitimationsketten blieb aus, trotz vereinzelter Andeutungen von Dynamisierungspotentialen.

I. Lippeverband und Emschergenossenschaft

Dem 2002 ergangenen Beschluss lag die Thematik der funktionalen Selbstverwaltung zugrunde. Das Land Nordrhein-Westfalen hatte, an eine preußische Tradition anknüpfend, den Lippeverband sowie die Emschergenossenschaft als Körperschaften des öffentlichen Rechts begründet. Sowohl der Lippeverband als auch die Emschergenossenschaft sind teilweise in gemischten Gremien organisiert, welche eine Arbeitnehmermitbestimmung ermöglichen. Das vorlegende Bundesverwaltungsgericht hielt das Lippeverbands- und Emschergenossenschaftsgesetz, an die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum Erfordernis der doppelten Mehrheit anknüpfend, aufgrund eines Verstoßes gegen das Demokratieprinzip für verfassungswidrig. Der Gesetzgeber hätte dahingehend Vorkehrungen treffen müssen, dass sich im Ergebnis lediglich die demokratisch legitimierten Gremiumsmitglieder durchsetzen.[490]

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts war mit Spannung erwartet worden. Insbesondere zur Legitimationskettentheorie kritisch eingestellte Stimmen der Literatur hegten die Hoffnung, das Gericht würde die Gelegenheit wahrnehmen, „seine Demokratievorstellung zu überprüfen".[491] Die Tatsache, dass der Beschluss die erste demokratietheoretisch relevante Entscheidung nach dem Ausscheiden Böckenfördes war, welcher dem Bundesverfassungsgericht von 1983 bis 1996 angehörte und dessen Rechtsprechung maßgeblich prägte, mag die Hoffnung der Kritiker auf einen Kurswechsel genährt haben.

[490] Vgl. *BVerwG*E 106, 64 – Emschergenossenschaft; *BVerwG*, NVwZ 1999, 870 – Lippeverband.

[491] *Blanke/Trümner*, Vorwort, Demokratie und Grundgesetz, S. 7; vgl. auch *Blanke*, Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip, S. 32 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Diese Hoffnungen auf einen Wechsel in dessen Demokratiejudikatur wurden jedoch enttäuscht. Das Bundesverfassungsgericht festigte seine Rechtsprechung zu den Legitimationsketten vielmehr. So führte das Gericht aus, die[492]

> „[…] verfassungsrechtlich notwendige Legitimation erfordert eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern. Für die Beurteilung, ob ein hinreichender Gehalt an demokratischer Legitimation erreicht wird, haben die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und in der Literatur unterschiedenen Formen der institutionellen, funktionellen, sachlich-inhaltlichen und der personellen Legitimation nicht je für sich Bedeutung, sondern nur in ihrem Zusammenwirken. Aus verfassungsrechtlicher Sicht entscheidend ist nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, sondern deren Effektivität; notwendig ist ein bestimmtes Legitimationsniveau."

Der Festigung seiner Rechtsprechung war jedoch bereits eine Relativierung des formalen Charakters der Legitimationskettentheorie immanent: Wie bereits in der Entscheidung zum Hamburger Ausländerwahlrecht[493] sowie dem Maastricht-Urteil[494] betont das Gericht die Bedeutung des Legitimationsniveaus. Die Wendung, es sei nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, sondern deren Effektivität entscheidend, birgt Dynamisierungspotentiale fernab der strikt formalen Zurechnung personeller Legitimationsketten. Zuvor deutete das Gericht diese Dynamisierungspotentiale lediglich an, ohne sie für konkrete Aussagen fruchtbar zu machen. Die Entscheidung zu den Wasserverbänden zeitigt erstmals eine an die Rede vom Legitimationsniveau anknüpfende Relativierung des streng formalen Charakters der personellen Legitimation:[495]

> „Außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung und der in ihrem sachlich-gegenständlichen Aufgabenbereich nicht beschränkten gemeindlichen Selbstverwaltung ist das Demokratiegebot offen für andere, insbesondere vom Erfordernis lückenloser personeller demokratischer Legitimation aller Entscheidungsbefugten abweichende Formen der Organisation und Ausübung von Staatsgewalt."

Das Bundesverfassungsgericht deutet darüber hinaus eine Relativierung der Legitimationskettentheorie insgesamt an, indem es die Offenheit des demokratischen Prinzips betont und vom „Demokratieprinzip in seiner traditionellen Ausprägung einer ununterbrochen auf das Volk zurückführenden Legitimationskette" spricht, welches durch die funktionale Selbstverwaltung „ergänzt und verstärkt" werde.[496] Des Weiteren führt das Bundesverfassungsgericht aus, auch die Beteiligung von Betroffenen könne im Rahmen der repräsentativ verfassten Volksherrschaft Ausdruck des demokratischen Prinzips sein.[497]

---

[492] BVerfGE 107, 59 (87).
[493] BVerfGE 83, 60 (72).
[494] BVerfGE 89, 155 (182).
[495] BVerfGE 107, 59 (92).
[496] BVerfGE 107, 59 (92).
[497] Vgl. BVerfGE 107, 59 (91 f.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die reformerischen Andeutungen des Gerichts verfangen jedoch nicht und verbleiben in der weiteren Begründung folgenlos. Das Gericht wählte eine Legitimationsketten interne Lösung und konzipierte die funktionale Selbstverwaltung als historisch anerkannte Ausnahme[498] zur Regel der formalen Legitimation: Das personelle Legitimationsdefizit könne durch die sachliche Legitimation kompensiert werden. Es sei im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung nicht erforderlich, dass die demokratische Legitimation[499]

> „[…] im Wege einer lückenlosen personellen Legitimationskette vom Volk zum einzelnen Entscheidungsbefugten zu geschehen hat. Verbindliches Handeln mit Entscheidungscharakter ist den Organen von Trägern der funktionalen Selbstverwaltung aus verfassungsrechtlicher Sicht aber nur gestattet, weil und soweit das Volk auch insoweit sein Selbstbestimmungsrecht wahrt, indem es maßgeblichen Einfluss auf dieses Handeln behält. Das erfordert, dass die Aufgaben und Handlungsbefugnisse der Organe in einem von der Volksvertretung beschlossenen Gesetz ausreichend vorbestimmt sind und ihre Wahrnehmung der Aufsicht personell legitimierter Amtswalter unterliegt."

Das Bundesverfassungsgericht relativiert mit dem Beschluss zu den Wasserverbänden folglich nicht die Legitimationskettentheorie insgesamt, obschon sich Andeutungen in diese Richtung finden. Wohl aber ist in dem Beschluss eine Relativierung des formalen Charakters der personellen Legitimation zu sehen. Diese Relativierung des formalen Charakters ist indes nicht Ausweis eines Umbruchs in der verfassungsgerichtlichen Demokratiejudikatur. Das Gericht leitet diese schließlich aus der Rede vom Legitimationsniveau her und knüpft insoweit an die vorausgegangene Rechtsprechung an.[500] Es ist somit Tschentscher zuzustimmen, nach welchem der Beschluss zwischen „Relativierung und Bekräftigung des organisatorisch-formalen Modells schwankt".[501] Insgesamt blieben die „reformerischen Anklänge der Urteilsbegründung funktionslos."[502] Dies zeigt sich auch an den Ausführungen des Gerichts zum demokratischen Gebot, worin der Prinzipiencharakter und die Entwicklungsoffenheit des Art. 20 Abs. 2 GG betont wird.[503]

Der Wendung des Bundesverfassungsgerichts, die funktionale Selbstverwaltung könne als Ausprägung dieses demokratischen Prinzips verstanden werden, „soweit sie der Verwirklichung des übergeordneten Ziels der freien Selbstbestimmung aller dient",[504] wurde von Hanebeck eine Zuwendung des Bundesverfassungsgerichts hin

[498] Vgl. BVerfGE 107, 59 (89 f.), wonach Art. 86, 87 Abs. 2, 3 sowie 130 Abs. 3 GG Ausweis dafür sind, dass der Verfassungsgeber die funktionale Selbstverwaltung als historisch gewachsene Organisationsform als im Grundsatz mit der Verfassung vereinbar anerkannt hat.

[499] BVerfGE 107, 59 (94).

[500] Vgl. BVerfGE 83, 60 (72); 89, 155 (182).

[501] *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 48.

[502] *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 48.

[503] Vgl. BVerfGE 107, 59 (92).

[504] BVerfGE 107, 59 (92).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zu einem pluralistischen Volksbegriff entnommen.[505] Dieser Zuschreibung lässt sich entgegenhalten, dass das Bundesverfassungsgericht weiterhin das Volk im Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG als das jeweilige Bundes- oder Landesvolk definiert.[506] Ein verbindliches Handeln mit Entscheidungscharakter erfordert, wie bereits dargestellt, eine Rückbindung an das (Gesamt-)Volk, dessen Einfluss auf das Handeln insofern gewahrt bleiben muss.[507] Das Bundesverfassungsgericht behielt somit seine Volks-Definition bei und festigte seinen monistischen Volksbegriff somit noch.[508] Jestaedt attestiert dem Beschluss, er werfe mehr Fragen auf, als er beantworte und weise eine „störende Vielzahl handwerklicher Unzulänglichkeiten“[509] auf. So könne, ob ihrer verschiedenen Ausprägungen, nicht von *der* Selbstverwaltung gesprochen werden; die pauschalen Ausführungen des Gerichts[510] seien daher „so zutreffend wie falsch“.[511] Auch die Relativierung der personellen Legitimation greift Jestaedt kritisch auf: Das Gericht wende sich von Sicherstellungsinstrumenten wie dem Erfordernis der doppelten Mehrheit oder Weisungsrechten ab und stattdessen dem „Prinzip Hoffnung“ zu.[512] Auch gehe mit der Relativierung der personellen Legitimation ein Verlust dogmatischer Klarheit einher.[513] Als Ursache für die Relativierung des die Legitimationskettentheorie bis dahin prägenden formalen Charakters macht Jestaedt die veränderte Besetzung des Senats aus: Eine[514]

---

[505] Vgl. *Hanebeck*, Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes, S. 113; *Hanabeck*, Bundesverfassungsgericht und Demokratieprinzip, S. 907; darstellend *Köller*, Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation, S. 306 ff.

[506] Vgl. BVerfGE 107, 59 (87); an anderer Stelle wendet sich das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich gegen die Qualifizierung von Mitgliedern funktionaler Selbstverwaltungskörperschaften als Teilvölk und bekräftigt sein Festhalten an der Legitimationskettentheorie, wenn es unter Bezugnahme auf die Literatur, festhält, dass von „einer autonomen Legitimation durch gesellschaftliche Gruppen ausgegangen“ wird, welche „jedoch kein Teilvolk im Sinne demokratischer Legitimation seien und daher auch keine demokratische Legitimation vermitteln können.“, BVerfGE 107, 59 (89).

[507] Vgl. *Köller*, Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation, S. 307.

[508] Vgl. *Köller*, Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation, S. 306 ff.; *Becker*, Das Demokratieprinzip und die Mitwirkung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 913; *Musil*, Das Bundesverfassungsgericht und die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 119.

[509] *Jestaedt*, Demokratische Legitimation – quo vadis?, S. 651.

[510] BVerfGE 107, 59 (92): „Demokratisches Prinzip und Selbstverwaltung stehen unter dem Grundgesetz nicht im Gegensatz zueinander“.

[511] *Jestaedt*, Demokratische Legitimation – quo vadis?, S. 652.

[512] Vgl. *Jestaedt*, Demokratische Legitimation – quo vadis?, S. 652.

[513] Vgl. *Jestaedt*, Demokratische Legitimation – quo vadis?, S. 652; vgl. auch *Köller*, Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation, S. 22, wonach sich das Gericht „zum einen nur sehr beiläufig zu den in der Literatur vertretenen Meinungen äußert und Anleihen bei mehreren Legitimationsmodellen zu machen scheint, die sich aber aufgrund des unterschiedlichen Demokratieverständnisses, das ihnen zugrunde liegt, gegenseitig ausschließen oder zumindest nicht ohne weiteres kombinierbar sind.“.

[514] *Jestaedt*, Demokratische Legitimation – quo vadis?, S. 653.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„[…] Erklärung für die den Beschluss auszeichnenden Mängel an Stimmigkeit, Genauigkeit und Folgerichtigkeit kann freilich auch darin erblickt werden, dass hier von einigen Mitgliedern des Zweiten Senats eine bewusste, vom Senatsrest freilich teilweise (noch?) konterkarierte Abkehr von der bisherigen verfassungsgerichtlichen Dogmatik demokratischer Legitimation beabsichtigt ist."

In der Tat liegt es nahe, das Ausscheiden der Verfassungsrichter Böckenförde und Kirchhof als mitursächlich für die Relativierung der vormals strikt formalen Demokratiekonzeption anzusehen. Die befürchtete Abkehr von den Legitimationsketten hin zu einer entwicklungsoffenen Demokratiekonzeption blieb indes aus – es folgte kein „zweites Brokdorf", für welches der Beschluss zu den Wasserverbänden den Weg geebnet haben könnte.[515] Die Ausführungen des Gerichts mögen, im Vergleich zum apodiktischen Ton der Entscheidungen des Perspektivwechsels, in den Ohren mancher revisionistisch geklungen und die Angst vor einer Abkehr von den Legitimationsketten genährt haben. Nachdem das Bundesverfassungsgericht die Ausführungen Böckenfördes über mehrere Entscheidungen hinweg in erstaunlichem Umfang – sowohl sprachlich als auch inhaltlich – übernahm, war indes zu erwarten, dass sich dessen Ausscheiden in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts niederschlägt. Zumal nach der Betonung des formalen Charakters der personellen Legitimation in den vorausgegangenen Entscheidungen eine Relativierung nahezu unausweichlich erschien. Die Vorgehensweise des Bundesverfassungsgerichts kam der Legitimationskettentheorie insgesamt gar zugute: Es gelang dem Gericht zum einen, an die vorausgegangene Rechtsprechung anzuknüpfen und somit einen Bruch in seiner Demokratiejudikatur zu vermeiden. Zum anderen setzte es durch seine Abkehr vom strikt formalen Ansatz Dynamisierungspotentiale frei, welche zwar bereits in dem Legitimationskettenmodell angelegt waren, jedoch ungenutzt verblieben. Erst durch diese Freisetzung der Dynamisierungspotentiale erweist sich die Legitimationskettentheorie auch jenseits der hierarchisch organisierten Ministerialverwaltung als tragfähig.

II. Notarkassen

Mit seinem Beschluss zu den Bayrischen Notarkassen knüpfte das Bundesverfassungsgericht an seine Entscheidung zu den Wasserverbänden an. Erneut stand die Vereinbarkeit des demokratischen Prinzips und der funktionalen Selbstverwaltung in Frage. Zunächst betonte das Bundesverfassungsgericht die grundsätzliche Vereinbarkeit der historisch anerkannten Formen der funktionellen Selbstverwaltung mit dem Demokratieprinzip:[516]

[515] A. A. *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, S. 112 ff., welcher in der Entscheidung zum Lippeverbands- und Emschergenossenschaftsgesetz bereits einen Paradigmenwechsel in der Demokratiejudikatur des Bundesverfassungsgerichts sieht.

[516] BVerfGE 111, 191 (215).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

> „Die Bayrische Notarkasse gehört zum historisch gewachsenen und von der Verfassung grundsätzlich anerkannten Bereich funktionaler Selbstverwaltung."

An die grundsätzliche Vereinbarkeit anknüpfend, statuiert das Gericht das Erfordernis der sachlichen Legitimation, ohne dieses ausdrücklich als solches zu benennen: Die Steuerung über ein hinreichend bestimmtes Gesetz sichert die verfassungsrechtlich geforderte Einflussmöglichkeit des Volkes. So führt das Bundesverfassungsgericht aus:[517]

> „Die Einrichtung funktionaler Selbstverwaltung als Ausprägung des Demokratieprinzips des Art. 20 Abs. 2 GG mit dem Ziel der Verwirklichung der freien Selbstbestimmung darf nicht dazu führen, dass der Gesetzgeber sich seiner Regelungsverantwortung entäußert. Überlässt er öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten als Trägern funktionaler Selbstverwaltung bestimmte Aufgaben zur Regelung in Satzungsautonomie, darf er ihnen die Rechtsetzungsbefugnis nicht völlig zur freien Verfügung überlassen. […] Die Bildung der Organe, ihre Aufgaben und Handlungsbefugnisse müssen in ihren Grundstrukturen in einem parlamentarischen Gesetz ausreichend bestimmt sein […]."

Der formale Charakter der personellen Legitimation wird hier erneut relativiert, das Erfordernis einer sachlichen Steuerbarkeit durch den Gesetzgeber wird im Gegenzug betont. Ein Defizit personell-formeller Legitimation muss mithin durch eine umso ausgeprägtere materielle Legitimation kompensiert werden. Damit festigte das Bundesverfassungsgericht mit dem Beschluss zu den Notarkassen den Weg, welchen es in dem vorausgegangenen Beschluss zu den Wasserverbänden einschlug: Das flexible Zusammenspiel der Legitimationskomponenten wird betont, der formale Charakter der Legitimationskettentheorie insgesamt hingegen relativiert.

III. Demokratie als Integrationsgrenze? Die Weiterführung der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur zur europäischen Integration

Eine eingehendere Auseinandersetzung mit der Demokratiekonzeption des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht fand im transnationalen Kontext statt. Folgte auf die Stärkung des repräsentativen Charakters in der Frühphase der Demokratiejudikatur die Akzentuierung der Demokratie des Grundgesetzes im nationalen Rahmen, rückte mit dem Fortschreiten der europäischen Integration zunehmend die Frage nach der Rolle, welche die (nationale) Demokratiekonzeption des Grundgesetzes im transnationalen Kontext einnimmt, in den Fokus der verfassungsgerichtlichen Betrachtung. Die Demokratiekonzeption kommt im Rahmen dieser Rechtsprechungslinie eine begrenzende Funktion zu: Das Erfordernis der Rückführbarkeit der ausgeübten Hoheitsgewalt auf das (nationale) Parlament hat auch für Organe der Europäischen Union Bestand. Die Konturen der Legitimationsketten ziehen sich somit, trotz punktueller Relativierungen, auch durch die

[517] BVerfGE 111, 191 (216 f.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„Europarechtsprechung“ des Bundesverfassungsgerichts. Obschon das Gericht an anderer Stelle zwar im Laufe dieser „Europarechtsprechung“ Dynamisierungspotentiale auf transnationaler Ebene hervorhebt, lässt es im Umkehrschluss für den nationalen Rahmen weiterhin eine Prägung der grundgesetzlichen Demokratiekonzeption durch die Legitimationskettentheorie klar erkennen.

1. Lissabon

Mit der Lissabon-Entscheidung knüpft das Bundesverfassungsgericht an das 16 Jahre zuvor ergangene Maastricht-Urteil an und führt die dort begonnene Linie fort. Gegenstand des Urteils war die Verfassungsmäßigkeit des Zustimmungsgesetzes zum „Vertrag von Lissabon“.[518] Insbesondere die Vertragsänderungen im vereinfachten Verfahren – Art. 48 Abs. 6 EUV statuierte die Möglichkeit der Vertragsänderung ohne Ratifikation durch die Mitgliedsstaaten – sowie die Möglichkeit, in festgelegten Fällen für einen Beschluss des Europäischen Rates die qualifizierte Mehrheit ausreichen zu lassen, mithin zumindest partiell vom Grundsatz der Einstimmigkeit abzurücken, standen auf dem Prüfstand und warfen abermals demokratietheoretische Fragen auf.[519] Obschon im Ergebnis das Zustimmungsgesetz für verfassungsgemäß erklärt wurde, formulierte das Gericht die verfassungsimmanenten Grenzen der europäischen Integration in einem Vorbehalt deutscher Staatlichkeit.

Zunächst betont das Bundesverfassungsgericht die grundsätzliche Integrationserwartung des Grundgesetzes:[520]

> „Der aus Art. 23 Abs. 1 GG und der Präambel folgende Verfassungsauftrag zur Verwirklichung eines vereinten Europas bedeutet insbesondere für die deutschen Verfassungsorgane, dass es nicht in ihrem politischen Belieben steht, sich an der europäischen Integration zu beteiligen oder nicht. Das Grundgesetz will eine europäische Integration und eine internationale Friedensordnung: es gilt deshalb nicht nur der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit, sondern auch der Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit.“

An dieses Bekenntnis zur Integrationsoffenheit des Grundgesetzes schließt sich sodann eine Darstellung der Grenzen an, welche die Verfassung der europäischen Einigung ziehe. Hierbei knüpft das Bundesverfassungsgericht an die Maastricht-Entscheidung an, geht aber über diese hinaus: Während im Maastricht-Urteil die

[518] Vgl. BVerfGE 123, 267 (271 ff.).

[519] Im Rahmen der mit 421 Randnummern besonders umfangreich ausfallenden Entscheidung führte die komplexe Antragslage – dem Urteil liegen mehrere Verfassungsbeschwerden sowie zwei Organstreitanträge zu Grunde – zu einer näheren Auseinandersetzung mit Zulässigkeitsfragen durch das Bundesverfassungsgericht, auf deren Darstellung hier verzichtet wird. Vgl. hierzu vertiefend *Cornils*, Mitgliedstaatlichkeit vorbehalten: Europa am Endpunkt der Integration?, S. 873 f.

[520] BVerfGE 123, 267 (347).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Grenzen der europäischen Integration noch unbestimmt verblieben, äußert sich das Gericht nunmehr dezidiert:[521]

> „Das Grundgesetz ermächtigt die deutschen Staatsorgane nicht, Hoheitsrechte derart zu übertragen, dass aus ihrer Ausübung heraus eigenständig weitere Zuständigkeiten für die Europäische Union begründet werden können. Es untersagt die Übertragung der Kompetenz-Kompetenz. Auch eine weitgehende Verselbstständigung politischer Herrschaft für die europäische Union durch die Einräumung stetig vermehrter Zuständigkeiten und eine allmähliche Überwindung noch bestehender Einstimmigkeitserfordernisse […] kann aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts allein aus der Handlungsfreiheit des selbstbestimmten Volkes heraus geschehen."

Das Demokratieprinzip zeigt sich im Rahmen der Lissabon-Entscheidung äquivok. So rekurriert das Bundesverfassungsgericht einerseits auf den Grundsatz der Demokratie, um eine demokratische Ausgestaltung der Europäischen Union zu fordern: Die Strukturicherungsklausel, Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG, umfasse auch die Demokratie, wodurch die Forderung nach demokratischer Ausgestaltung als Vorbehalt einer Teilnahme Deutschlands konzipiert wird.[522] Andererseits zählt das Demokratieprinzip zur Verfassungsidentität des Grundgesetzes und setzt somit, vom Schutz des Art. 79 Abs. 3 GG umfasst, der Integration Grenzen.[523]

Wie im Maastricht-Urteil[524] betont das Bundesverfassungsgericht, dass die demokratische Legitimation der Europäischen Union dieser zuvörderst über die Mitgliedstaaten zufließt, diese „Fremdlegitimation" indes von einer „Eigenlegitimation" der Union flankiert wird.[525] Nachdem das Bundesverfassungsgericht in der Maastricht-Entscheidung die Entwicklungsoffenheit der „Eigenlegitimation" der Europäischen Union noch hervorhob und konstatierte, diese könne „mit dem Ausbau der Aufgaben und Befugnisse der Gemeinschaft"[526] wachsen, betont es nunmehr deren Grenzen. Die Ermächtigung des Gesetzgebers zur Übertragung von Hoheitsrechten ruhe auf dem Grundsatz der Wahrung der souveränen Verfassungsstaatlichkeit der Bundesrepublik.[527] Damit ist einer „Ablösung" der Fremd- durch die Eigenlegitimation verbunden mit einem „Aufgehen" der Bundesrepublik in einem europäischen Staat eine Absage erteilt. Es läge ein nach Art. 23 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG strukturell nicht hinnehmbares Demokratiedefizit vor, wenn[528]

---

[521] BVerfGE 123, 267 (349 f.).

[522] Vgl. *Cornils*, Mitgliedstaatlichkeit vorbehalten: Europa am Endpunkt der Integration?, S. 876.

[523] Kritisch zu einer solchen, der Schaffung eines europäischen Bundesstaates entgegenstehenden Interpretation von Art. 79 Abs. 3 GG äußert sich *Bogdandy*, Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Raum, S. 2.

[524] Vgl. hierzu oben, S. 55 ff.

[525] Vgl. BVerfGE 123, 267 (344 ff.).

[526] BVerfGE 89, 155 (184).

[527] BVerfGE 123, 267 (347).

[528] BVerfGE 123, 267 (364 f.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„[…] der Kompetenzumfang, die politische Gestaltungsmacht und der Grad an selbstständiger Willensbildung der Unionsorgane ein der Bundesebene im föderalen Staat entsprechendes (staatsanaloges) Niveau erreichte, weil etwa die für die demokratische Selbstbestimmung wesentlichen Gesetzgebungszuständigkeiten überwiegend auf der Unionsebene ausgeübt würden."

Das Bundesverfassungsgericht formuliert einen dreifachen Vorbehalt für die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union. Zunächst ist der Identitätsvorbehalt zu nennen. Wie das Gericht bereits im Rahmen des Maastricht-Urteils dargelegte,[529] leitet sich die Europäische Union und ihre Rechtsordnung von den Mitgliedsstaaten ab: Als bloß vertraglich geschaffener Staatenverbund beruhe die Union auf dem Prinzip der umkehrbaren Selbstbindung der teilnehmenden, weiterhin souveränen Staaten.[530] Folglich statuiert der Vorbehalt souveräner Staatlichkeit eine substanzielle Integrationsgrenze. Der zweite Vorbehalt ist jener der Kompetenzeinhaltung: Bei der Ausübung von Hoheitsrechten, welche der Europäischen Union eingeräumt wurden, müssen sich deren Organe innerhalb der eingeräumten Kompetenzen bewegen.[531] Die Einhaltung der ersten beiden Vorbehalte unterliegt wiederum drittens dem Kontrollvorbehalt durch das Bundesverfassungsgericht. Mit dem im Vorbehalt deutscher Staatlichkeit zum Ausdruck kommenden Verständnis, wonach es die nationalen Verfassungen sind, welche „die Grundnorm der europäischen Rechtsordnung"[532] setzen, korrespondiert der Kontrollanspruch des Bundesverfassungsgerichts: Liegt der Geltungsgrund der europäischen Rechtsordnung nicht in dieser selbst, sondern in den nationalen Verfassungen der Mitgliedsstaaten, so kommt dem Bundesverfassungsgericht die letztverbindliche Kontrolle darüber zu, ob einerseits der Identitätsvorbehalt des Grundgesetzes gewahrt wurde und ob sich andererseits die Organe der Europäischen Union noch innerhalb der begrenzten Einzelermächtigungen bewegen. Dieses Verständnis konfligiert freilich mit dem vom Europäischen Gerichtshof[533] erhobenen Autonomieanspruch.[534]

In demokratietheoretischer Hinsicht lassen die Ausführungen, welche das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Lissabon-Entscheidung tätigt, eine (weiterhin

[529] Vgl. BVerfGE 89, 155 (182 ff.).

[530] BVerfGE 123, 267 (347).

[531] Vgl. *Cornils*, Mitgliedstaatlichkeit vorbehalten: Europa am Endpunkt der Integration?, S. 876.

[532] *Cornils*, Mitgliedstaatlichkeit vorbehalten: Europa am Endpunkt der Integration?, S. 875.

[533] Vgl. EuGH, Urt. v. 15. 7. 1964, Rs. 6 – 64, Costa/ENEL, Slg. 1964, 1251.

[534] Kritisch, sowohl zur Grundnormthese des Bundesverfassungsgerichts als auch zur Gegenthese einer „Abkopplung" des europäischen Rechts, äußert sich *Wahl*, Die Schwebelage im Verhältnis von Europäischer Union und Mitgliedsstaaten, S. 595: „Jede der beiden Auffassungen führt, den Ansatz konsequent zu Ende gedacht und juristisch ausbuchstabiert, dazu, dass entweder der EU oder den Staaten (und ihren Verfassungsgerichten) Befugnisse zugesprochen werden, die in sich nicht mehr begrenzt sind und – mangels eigener Stoppregeln – zur Aushöhlung der Position des jeweiligen gegenüber führen können."

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

anhaltende)[535] starke Prägung durch „das Staatsdenken" erkennen. Das Gericht konstruiert einen Konnex zwischen Staatlichkeit und Demokratie, welcher den Vorbehalt einer souveränen Staatlichkeit der Bundesrepublik als Integrationsgrenze demokratietheoretisch begründet.[536] So stehe souveräne Staatlichkeit[537]

> „[…] für einen befriedeten Raum und die darin gewährleistete Ordnung auf Grundlage individueller Freiheit und kollektiver Selbstbestimmung. Der Staat ist weder Mythos noch Selbstzweck, sondern die historisch gewachsene, global anerkannte Organisationsform einer handlungsfähigen politischen Gemeinschaft."

Das Bundesverfassungsgericht hebt erneut die Verknüpfung der grundgesetzlichen Demokratiekonzeption mit dem Prinzip der Volkssouveränität hervor und festigt die Akzentuierung des demokratischen Prinzips im Sinne der Legitimationskettentheorie, indem es dem an das deutsche Volk gebundenen Legitimationszusammenhang eine zentrale Rolle beimisst, wenn auch im Vergleich zur ausdrücklichen Rezeption im Rahmen der Demos-Rechtsprechungslinie eher subkutan:[538]

> „In modernen Territorialstaaten verwirklicht sich die Selbstbestimmung eines Volkes hauptsächlich in der Wahl von Organen eines Herrschaftsverbandes, die die öffentliche Gewalt ausüben. Die Organe müssen durch die Mehrheitsentscheidung der Bürger abgebildet werden, die wiederkehrend Einfluss auf die politische Grundausrichtung – personell und sachlich – nehmen können."

Hält das Gericht somit – auf die grundgesetzliche Demokratiekonzeption bezogen – an der Prägung durch die Legitimationskettentheorie fest, so betont es zugleich, dass im Hinblick auf die Einhaltung demokratischer Grundsätze durch die Europäische Union keine „strukturelle Kongruenz" zu fordern sei; eine Übertragung der Demokratiekonzeption, welche das Grundgesetz für die innerstaatliche Ebene vorgibt, auf die transnationale Ebene der Europäischen Union sei nicht geboten.[539] Vielmehr sei eine dem Status und der Funktion der Europäischen Union angemessene Konzeption zu fordern. Da die Demokratiekonzeption der Europäischen Union nicht staatsanalog ausgestaltet sein müsse, ergäben sich Gestaltungsfreiräume. Es stehe der Union frei,[540]

> „[…] mit zusätzlichen neueren Formen transparenter oder partizipativ angelegter politischer Entscheidungsverfahren nach eigenen Wegen demokratischer Ergänzung zu suchen. Zwar kann die bloß deliberative Teilhabe der Bürger und ihrer gesellschaftlichen Organisationen an politischer Herrschaft […], den auf Wahlen und Abstimmungen zurückgehenden Le-

[535] Vgl. zur staatsrechtlichen Prägung der Demos-Rechtssprechungslinie unten, S. 57 ff.

[536] *Häberle*, Das retrospektive Lissabon-Urteil als versteinernde Maastricht II-Entscheidung, S. 329 f., bezeichnet die Position des Bundesverfassungsgerichts kritisch als „souveränitätsgläubig".

[537] BVerfGE 123, 267 (346).

[538] BVerfGE 123, 267 (366).

[539] BVerfGE 123, 267 (365 f.).

[540] BVerfGE 123, 267 (369).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gitimationszusammenhang nicht ersetzen. Solche Elemente partizipatorischer Demokratie können aber ergänzende Funktion bei der Legitimation europäischer Hoheitsgewalt übernehmen."

Diese Betonung der Dynamisierungsoffenheit der transnationalen Demokratiekonzeption der Europäischen Union darf freilich nicht als Offenlegung einer dynamischen Demokratiekonzeption *des Grundgesetzes* durch das Gericht missverstanden werden. Vielmehr lässt sich den vorstehenden Ausführungen eine Festigung der vom Staatsdenken her konzipierten[541] Demokratiekonzeption des Bundesverfassungsgerichts erblicken, welches in besonderem Maße in der Demos-Rechtsprechungslinie zutage tritt: Das Gericht verbindet die Dynamisierungsoffenheit mit einer Absage an das Erfordernis einer „staatsanalogen" Ausgestaltung der „Demokratie der Europäischen Union"[542]. Ergeben sich die umschriebenen Dynamisierungspotentiale somit aus der Absage an eine „staatsanaloge" Demokratiekonzeption, so wird im Umkehrschluss der auf Wahlen und Abstimmungen zurückgehende Legitimationszusammenhang[543] für die grundgesetzliche (nationalstaatliche) Demokratiekonzeption eher noch gestärkt.

Wie schon das Maastricht-Urteil zuvor, so war auch das Lissabon-Urteil Bezugspunkt für eine Vielzahl von Repliken, sowohl ablehnender[544] als auch zustimmender[545] Natur. Als Anknüpfungspunkt für kritische Repliken stach insbesondere der vom Bundesverfassungsgericht gewählte Prüfungsmaßstab hervor. So ist nach C. Schönberger in der Zugrundelegung von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG eine „uferlose Entgrenzung" von dessen Anwendungsbereich zu erblicken.[546] Zudem habe sich das Bundesverfassungsgericht in verfassungsrechtlich irrelevanten staatstheoretischen

[541] Vgl. hierzu oben, S. 58 ff.

[542] BVerfGE 123, 267 (369).

[543] Das Bundesverfassungsgericht betont, dass auch auf transnationaler Ebene die deliberative Teilhabe der (Unions-)Bürger „den auf Wahlen und Abstimmungen zurückgehenden Legitimationszusammenhang nicht ersetzen", wohl aber ergänzen könne, vgl. BVerfGE 123, 267 (369).

[544] Vgl. statt vieler hier nur *Jestaedt*, Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah?, S. 497–516; *Thym*, Europäische Integration im Schatten souveräner Staatlichkeit, S. 559–586; *Classen*, Legitime Stärkung des Bundestages oder verfassungsrechtliches Prokrustesbett?, S. 881–889; *Ruffert*, An den Grenzen des Integrationsverfassungsrechts: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon, S. 1197–1208; *Cornils*, Mitgliedstaatlichkeit vorbehalten: Europa am Endpunkt der Integration?, S. 873–885; *Schönberger*, Die Europäische Union zwischen „Demokratiedefizit" und Bundesstaatsverbot, S. 535–558.

[545] Vgl. *Gärditz/Hillgruber*, Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen – Zum Lissabon-Urteil des BVerfG, S. 872–881; *Schorkopf*, Die Europäische Union im Lot – Karlsruhes Rechtsspruch zum Vertrag von Lissabon, S. 718–724.

[546] *Schönberger*, Die Europäische Union zwischen „Demokratiedefizit" und Bundesstaatsverbot, S. 539.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Erwägungen verloren und dabei den eigentlich einschlägigen Art. 23 Abs. 1 GG übergangen.[547]

Auch hinsichtlich des Urteilsumfangs äußerten sich Teile der Literatur kritisch. So lasse der Umfang des Urteils dieses, nach Haltern, als „kleine Monografie" erscheinen und die[548]

> „[…] Grenzen zwischen Gerichtsurteil und wissenschaftlicher Abhandlung verschwimmen. Seitenlange Ausführungen abstrakter Natur über eine Staats- und Staatsaufgabenlehre stehen nur marginal verbunden neben den eigentlichen Prüfungspunkten […]."

Versöhnlicher äußert sich hingegen Grimm, welcher den staatstheoretischen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts die maßstäbliche Bedeutung der Lissabon-Entscheidung für künftig zu erwartende Integrationsschritte zugute hält.[549] Auch habe das Bundesverfassungsgericht nach Grimm den Souveränitätsbegriff operationalisiert und somit für ein Mehrebenensystem handhabbar gemacht: Die Souveränität werde graduell messbar, hinsichtlich der Hoheitsrechte gebe es einen „Umschlag von Quantität in Qualität".[550]

2. Honeywell

Auf die – als restriktiv und integrationshemmend kritisierte[551] – Grenzziehung im Rahmen des Lissabon-Urteils folgte eine Betonung der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes in der Honeywell-Entscheidung. Die im Lissabon-Urteil hervorgehobenen Integrationsgrenzen werden relativiert – zumindest hinsichtlich des Kontrollvorbehalts.[552]

Zunächst knüpft das Bundesverfassungsgericht an die Lissabon-Entscheidung an, wenn es darauf verweist, dass das Unionsrecht von der „vertraglichen Übertragung und Ermächtigung abhängig"[553] bleibe. Das Bundesverfassungsgericht sei aufgrund des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung[554]

---

[547] Vgl. *Schönberger*, Die Europäische Union zwischen „Demokratiedefizit" und Bundesstaatsverbot, S. 539 ff.

[548] *Haltern*, Europarecht, Band 2, § 10 Rn. 1140; vgl. auch *Häberle*, Das retrospektive Lissabon-Urteil als versteinernde Maastricht II-Entscheidung, S. 327, bei welchem im Hinblick auf die Lissabon-Entscheidung von einer „habilitationsgleichen Leistung" die Rede ist.

[549] Vgl. *Grimm*, Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union, S. 487.

[550] *Grimm*, Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union, S. 489.

[551] Vgl. hierzu oben, S. 99 ff.

[552] Vgl. zu den drei Integrationsvorbehalten, welche das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Lissabon-Entscheidung entwickelte oben, S. 99 ff.

[553] BVerfGE 126, 286 (302).

[554] BVerfGE 126, 286 (302).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„[…] berechtigt und verpflichtet, Handlungen der europäischen Organe und Einrichtungen darauf zu überprüfen, ob sie aufgrund ersichtlicher Kompetenzüberschreitungen oder aufgrund von Kompetenzausübungen im nicht übertragenen Bereich der Verfassungsidentität (Art. 79. Abs. 3 i. V. m. Art. 1 und Art. 20 GG) erfolgen, und gegebenenfalls die Unanwendbarkeit kompetenzüberschreitender Handlungen für die deutsche Rechtsordnung festzustellen."

Sodann betont das Gericht die Notwendigkeit, das Vorgehen im Rahmen einer Ultra-vires-Kontrolle mit dem Europäischen Gerichtshof zu koordinieren.[555] So konstatiert das Bundesverfassungsgericht, dass die Ultra-vires-Kontrolle lediglich europarechtsfreundlich ausgelegt werden dürfe.[556] Dies bedeute,[557]

„[…] dass das Bundesverfassungsgericht die Entscheidungen des Gerichtshofs grundsätzlich als verbindliche Auslegung des Unionsrechts zu beachten hat. Vor der Annahme eines Ultra-vires-Akts der europäischen Organe und Einrichtungen ist deshalb dem Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV die Gelegenheit zur Vertragsauslegung sowie zur Entscheidung über die Gültigkeit und die Auslegung der fraglichen Rechtsakte zu geben."

Im Rahmen der Lissabon-Entscheidung beließ es das Bundesverfassungsgericht noch dabei, dass eine Ultra-vires-Kontrolle nur dann greife, wenn „Rechtsschutz auf Unionsebene nicht zu erlangen ist".[558] Nunmehr konkretisiert das Gericht diese Ausführungen, wenn es aus der europarechtsfreundlichen Ausübung der Ultra-vires-Kontrolle eine Grenze derselben ableitet, indem es konstatiert:[559]

„Solange der Gerichtshof keine Gelegenheit hatte, über die aufgeworfenen unionsrechtlichen Fragen zu entscheiden, darf das Bundesverfassungsgericht für Deutschland keine Unanwendbarkeit des Unionsrechts feststellen."

Darüber hinaus sei für eine Ultra-vires-Kontrolle einer möglichen Kompetenzüberschreitung durch ein europäisches Organ beziehungsweise eine europäische Einrichtung zu fordern, dass der Kompetenzverstoß „hinreichend qualifiziert" ist.[560] Das kompetenzwidrige Verhalten müsse offensichtlich sein und der angegriffene Akt erheblich ins Gewicht fallen.[561]

Wurde das Honeywell-Urteil vereinzelt als Weiterentwicklung des Kooperationsverhältnisses zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof begrüßt,[562] so fällt hinsichtlich der Kritik an der Entscheidung auf, dass

[555] Vgl. BVerfGE 126, 286 (302 f.).

[556] Vgl. BVerfGE 126, 286 (303).

[557] BVerfGE 126, 286 (304).

[558] BVerfGE 123, 267 (353).

[559] BVerfGE 126, 286 (304).

[560] Vgl. BVerfGE 126, 286 (304).

[561] Vgl. BVerfGE 126, 286 (304).

[562] Vgl. nur *Pötters/Traut*, Die ultra-vires-Kontrolle des BVerfG nach „Honeywell" – Neues zum Kooperationsverhältnis von BVerfG und EuGH?, S. 580.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

diese vornehmlich aus dem Spruchkörper selbst heraus geäußert wurde. So formuliert das Senatsmitglied Landau im Rahmen eines Sondervotums eine scharfe Widerrede gegen die Senatsmehrheit. Nach Landau überspanne die Senatsmehrheit die Anforderungen an die Feststellung eines Ultra-vires-Handelns und weiche „insofern ohne überzeugende Gründe von dem Senatsurteil zum Vertrag von Lissabon ab".[563] Landau begründet seine Position demokratietheoretisch: Die Grenzen der Zuständigkeiten der europäischen Organe seien zugleich die Grenzen der demokratischen Legitimation. Wo die Organe der Europäischen Union außerhalb ihrer Kompetenzen handeln, verbleibe ihr Handeln also ohne demokratische Legitimation:[564]

> „Im demokratischen Regierungssystem folgt der Geltungsanspruch einer Norm nicht aus einer einseitigen Machtunterworfenheit des Bürgers, sondern aus ihrer Rückführung auf den Bürger selbst. Demokratische Legitimation erfordert deshalb eine tatsächliche, durchgehende Anknüpfung an das Staatsvolk. Sie darf nicht nur – und sei es im Wege des Ausschlusses einer Überprüfbarkeit – konstruiert sein. Ihre Notwendigkeit endet nicht an der Grenze des nationalen Zustimmungsgesetzes und dem Vorbehalt der Blankettermächtigung, sondern setzt sich innerhalb der Staatengemeinschaft fort. Tätigkeiten, die von den übertragenen Aufgaben nicht umfasst werden, sind dadurch nicht mitlegitimiert."

Die Senatsmehrheit begründet die Erheblichkeitsschwelle einer Ultra-vires-Kontrolle für kompetenzwidriges Handeln durch Organe der Europäischen Union mit der Notwendigkeit, die Machtbefugnisse im transnationalen Mehrebenensystem auszutarieren.[565] Im Lichte des Ausgleichs nationaler und unionaler Kompetenzen mag der Ansatz der Senatsmehrheit überzeugend erscheinen, in demokratietheoretischer Hinsicht verbleiben jedoch Zweifel. Sofern der Europäischen Union – wie es das Bundesverfassungsgericht proklamierte[566] – „ihre" demokratische Legitimation zuvörderst über die Nationalstaaten zufließt, so ist Landau zuzustimmen, wenn er konstatiert, dass die Kompetenzgrenze zugleich die Legitimationsgrenze darstellt. Die Nationalstaaten können das Handeln europäischer Organe nur so weit legiti-

[563] BVerfGE 126, 286 (318).

[564] Vgl. BVerfGE 126, 286 (319).

[565] Vgl. BVerfGE 126, 286 (303 f.): „Wenn jeder Mitgliedstaat ohne weiteres für sich in Anspruch nähme, durch eigene Gerichte die Gültigkeit von Rechtsakten der Union zu entscheiden, könnte der Anwendungsvorrang praktisch unterlaufen werden, und die einheitliche Anwendung des Unionsrechts wäre gefährdet. Würden aber andererseits die Mitgliedstaaten vollständig auf die Ultra-vires-Kontrolle verzichten, so wäre die Disposition über die vertragliche Grundlage allein auf die Unionsorgane verlagert, und zwar auch dann, wenn deren Rechtsverständnis im praktischen Ergebnis auf eine Vertragsänderung oder Kompetenzausweitung hinausliefe. Das in den […] seltenen Grenzfällen möglicher Kompetenzüberschreitungen seitens der Unionsorgane die verfassungsrechtliche und die unionsrechtliche Perspektive nicht vollständig harmonieren, ist dem Umstand geschuldet, dass die Mitgliedstaaten der Europäischen Union auch nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon Herren der Verträge bleiben und die Schwelle zum Bundesstaat nicht überschritten wurde. Die nach dieser Konstruktion im Grundsatz unvermeidlichen Spannungslagen sind im Einklang mit der europäischen Integrationsidee kooperativ auszugleichen und durch wechselseitige Rücksichtnahme zu entschärfen.".

[566] Vgl. BVerfGE 89, 155 (184).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mieren, wie sie diese ermächtigen. Inwieweit sich die Forderung der Senatsmehrheit nach einer Erheblichkeitsschwelle kompetenzwidrigen Handelns europäischer Organe mit dem Diktum verträgt, *jedes* hoheitliche Handeln bedürfe demokratischer Legitimation, bleibt unerfindlich.

3. Stabilisierungsmechanismusgesetz

Im Rahmen seiner Entscheidung zum Stabilisierungsmechanismusgesetz betonte das Bundesverfassungsgericht die zentrale Rolle, welche das Budgetrecht des Parlaments für das Demokratieprinzip einnimmt. Dabei setzte sich das Gericht auch mit der Frage auseinander, inwieweit das Parlament Entscheidungen an Untergremien delegieren darf. Zunächst äußert sich das Gericht zur demokratietheoretischen Bedeutung des Budgetrechts:[567]

> „Über Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Hand entscheidet der Bundestag in Verantwortung gegenüber dem Volk. Das Budgetrecht des Parlaments gehört zu den Grundlagen der demokratischen Selbstgestaltungsfähigkeit im Verfassungsstaat. Es stellt ein zentrales Element der demokratischen Willensbildung dar und dient nicht nur als Instrument umfassender parlamentarischer Regierungskontrolle. Vielmehr aktualisiert sich in dem vom Parlament beschlossenen Haushaltsplan der Grundsatz der Gleichheit der Bürger bei der Auferlegung öffentlicher Lasten als eine wesentliche Ausprägung rechtsstaatlicher Demokratie."

Nach der Betonung der besonderen demokratietheoretischen Relevanz des Budgetrechts skizziert das Bundesverfassungsgericht die Grundsätze für die Delegation von Entscheidungen des Bundestags auf Untergremien, auf die es sich auch im weiteren Verlauf seiner Rechtsprechung beziehen wird.[568] Ausgangspunkt ist hierbei das Prinzip der Beteiligung aller Abgeordneten bei Entscheidungen des Bundestages:[569]

> „Das in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG verankerte Prinzip der repräsentativen Demokratie gewährleistet für jeden Abgeordneten nicht nur die Freiheit in der Ausübung des Mandats, sondern auch die Gleichheit im Status als Vertreter des ganzen Volkes. Dieser Grundsatz fußt letztlich auf dem durch Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG garantierten Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit. Beide besonderen Gleichheitssätze stehen im Hinblick auf das durch sie konkretisierte Prinzip der repräsentativen Demokratie in einem unauflösbaren, sich wechselseitig bedingenden Zusammenhang."

Ein Eingriff in die Mitwirkungsrechte des Abgeordneten, welcher in der Delegation einer Entscheidung vom Plenum auf ein Untergremium zu sehen sei, könne

---

[567] BVerfGE 130, 318 (342 f.).

[568] So bezieht sich das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Bundesverfassungsrichterwahl auf die entsprechenden Passagen des Urteils zum Stabilisierungsmechanismusgesetzes, vgl. BVerfGE 131, 230 (235 f.).

[569] Vgl. BVerfGE 130, 318 (350, 352).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

grundsätzlich und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gerechtfertigt werden.[570] Ein solcher Eingriff bedürfe zu seiner Rechtfertigung[571]

> „[…] eines besonderen Grundes, der durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht ist, das der Gleichheit der Abgeordneten die Waage halten kann."

Einer strengen verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliege insbesondere die Delegation von Entscheidungsbefugnissen zur selbstständigen und plenarersetzenden Wahrnehmung auf Untergremien des Bundestages.[572] Da eine solche Delegation „lediglich" mit einer strengeren verfassungsgerichtlichen Kontrolle korrespondiert, erteilt das Gericht der Ansicht eine Absage,[573] wonach eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Delegationsermächtigung zur Übertragung einer Wahl auf ein Gremium erforderlich sei, welche dem Bundestag zugewiesen ist.[574]

4. Europäische Bankenunion I (SSM, SRM)

Im Rahmen seiner (ersten) Entscheidung zur europäischen Bankenunion hatte sich der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts näher mit der SSM-, sowie der SRM-Verordnung auseinanderzusetzen. Während die SSM-Verordnung einen einheitlichen Aufsichtsmechanismus zum Gegenstand hat (SSM – Single Supervisory Mechanism), soll anhand der SRM-Verordnung ein einheitlicher Abwicklungsmechanismus geschaffen werden (SRM – Single Resolution Mechanism).[575] Beide Verordnungen haben – in Reaktion auf die sogenannte „Eurokrise" – die Rolle der Europäischen Zentralbank (EZB) gestärkt: Der EZB kam eine zentrale Rolle im Vollzug des Bankenaufsichtsrechts zu. Bei der Wahrnehmung ihrer Aufsichtsaufgaben kommt der EZB nach den gegenständlichen Verordnungen eine umfassende Unabhängigkeitsgewährleistung zu; ihr wird ein weitgehender Entscheidungs- und Beurteilungsspielraum zugebilligt.[576]

Dass ebenjene Unabhängigkeitsgarantie Gegenstand einer eingehenden verfassungsrechtlichen Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht werden würde, drängte sich bereits im Vorfeld der Entscheidung auf. Schließlich läuft das unabhängige Agieren staatlicher Stellen – vorliegend war mit der EZB gar eine auf der

---

[570] Vgl. BVerfGE 130, 318 (352 f.).

[571] BVerfGE 130, 318 (352).

[572] Vgl. BVerfGE 130, 318 (353).

[573] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 162.

[574] Vgl. *Teubner*, Die Bestellung zum Berufsrichter in Bund und Ländern, S. 24.

[575] Vgl. vertiefend hierzu *Gentzsch/Brade*, Die Bankenunion vor dem Bundesverfassungsgericht. Neue Impulse für grundlegende Fragestellungen des Verfassungs- und Unionsrechts, S. 603 ff.; *Ludwigs/Pascher/Sikora*, Das Bankenunion-Urteil als judikativer Kraftakt des BVerfG – Detailanalyse von SSM und SRM im Karlsruher Alleingang (Teil II), S. 86 ff.

[576] Vgl. vertiefend zur Unabhängigkeitsgewährleistung *Gentzsch/Brade*, Die Bankenunion vor dem Bundesverfassungsgericht. Neue Impulse für grundlegende Fragestellungen des Verfassungs- und Unionsrechts, S. 606 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ebene der Europäischen Union angesiedelte „nicht-staatliche" Stelle Gegenstand der Betrachtung – dem für die Legitimationskettentheorie charakteristischen Erfordernis einer Rückbindung an das Parlament grundsätzlich entgegen; bereits Böckenförde erkannte in dem Fehlen von strenger Gesetzesbindung sowie mit Sanktionen bewehrter Verantwortlichkeit „die Tendenz zur Ausbildung demokratisch exemter Entscheidungsbereiche".[577] Das Böckenförde die Europäische Zentralbank als Beispiel dafür aufführt, dass „aus zwingenden Gründen, die in der Art der Tätigkeit liegen"[578], ein demokratisch exemter Entscheidungsbereich in engen Grenzen gerechtfertigt sein kann, zeichnete die Entscheidung des Bundesverfassungsgericht im Ergebnis bereits vor: Das Gericht weist die Verfassungsbeschwerde als unbegründet ab, lässt indes zugleich erhebliche Bedenken erkennen.

Klang die Prägung der bundesverfassungsgerichtlichen Demokratiejudikatur durch die Legitimationskettentheorie im Rahmen der Weiterführung der Europarechtsprechung zunehmend an, so trat sie in der Entscheidung zur europäischen Bankenunion vom 30. 07. 2018 wieder deutlich hervor. Das Gericht konstatiert:[579]

> „Ein Amtsträger ist personell uneingeschränkt legitimiert, wenn er sein Amt im Wege einer Wahl durch das Volk oder das Parlament oder durch einen seinerseits legitimierten Amtsträger oder mit dessen Zustimmung erhalten hat. Sachlich-inhaltliche Legitimation wird durch die Bindung an das Gesetz sowie durch Aufsicht und Weisung übergeordneter staatlicher Stellen vermittelt. Entscheidend ist nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, sondern deren Effektivität; notwendig ist ein bestimmtes Legitimationsniveau. Für die Beurteilung, ob ein hinreichendes Niveau an demokratischer Legitimation erreicht wird, haben die verschiedenen Formen der Legitimation nicht je für sich Bedeutung, sondern nur in ihrem Zusammenwirken."

Die offene Rezeption[580] der beiden, die Demos-Entscheidungen maßgeblich prägenden, ehemaligen Bundesverfassungsrichter Böckenförde und Kirchhof[581] unterstreicht die Rolle der Legitimationskettentheorie als demokratietheoretisches Leitmotiv des Bundesverfassungsgerichts. So misst das Gericht die demokratische Legitimation der Europäischen Zentralbank wie folgt:[582]

> „Eine demokratische Rückbindung erfahren die im Vollzug der SSM-Verordnung ergehenden Entscheidungen in organisatorisch-formaler Hinsicht vor allem durch die Bestellung der Beschlussorgane der EZB. Unter sachlich-inhaltlichem Blickwinkel wird die demokratische Legitimation dadurch gewährleistet, dass die EZB bei der Wahrnehmung ihrer Aufsichtsaufgaben an das einschlägige Primärrecht […] sowie an die Vorgaben des Se-

[577] *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 22.

[578] *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 22.

[579] BVerfGE 151, 202 (291).

[580] Vgl. BVerfGE 151, 202 (292).

[581] Zur Prägung der Demos-Entscheidungen durch Böckenförde und Kirchhof vgl. oben, S. 60 ff.

[582] BVerfGE 151, 202 (329).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kundärrechts gebunden ist; darüber hinaus wendet sie auch von den nationalen Parlamenten verabschiedetes nationales Recht an […].“

Der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wurde in der Literatur der Charakter einer Grenzziehung beigemessen.[583] So habe das Gericht, nach Karpenstein und Langner, deutlich gemacht, dass die „europäische Harmonisierung des Aufsichts- und des Abwicklungsmechanismus […] an ihre absoluten Grenzen gelangt zu sein“[584] scheint. Die Ablehnung der Verfassungsbeschwerden im Ergebnis läge lediglich daran, dass der 2. Senat „die europarechtlichen Grundlagen eigenständig und in erheblichem Ausmaß einschränkend“[585] auslege.[586]

5. Europäische Bankenunion II (PSPP)

Vermied es das Bundesverfassungsgericht im Rahmen seiner „Europa-Rechtsprechung“ bislang noch, die jeweils gegenständlichen Akte der europäischen Integration als verfassungswidrig zu erklären, kam es mit der Entscheidung vom 5. Mai 2020 zum Schwur: Erstmals klassifizierte das Gericht das Handeln europäischer Organe als ultra-vires und versage diesen die Bindungswirkung in Deutschland.

Im Mittelpunkt der Entscheidung vom 5. Mai 2020 stand das Public Sector Purchase Programme (PSPP), in dessen Rahmen die europäischen Zentralbanken Anleihen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union auf den Sekundärmarkt erwarben. Als Sicherungsmechanismen des Ankaufs der Anleihen des öffentlichen Sektors fungierte neben einer Sperrfrist eine Ankaufsgrenze.[587] Die Deutsche Bundesbank hielt 26,4 % der Ankäufe, für welche sie grundsätzlich selbst haftete – es bestand lediglich eine Risikoteilung in einem Umfang von 20 %.[588]

Der Frage danach, ob das Handeln des ESZB im Rahmen der Beschlussfassung und Durchführung des PSPP von den ihm eingeräumten Kompetenzen gedeckt ist, ging zunächst die Vorfrage voraus, ob insoweit auf ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs zurückgegriffen werden könne. In diesem Falle entfiele eine eigenständige Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht; „solange sie sich auf aner-

[583] Vgl. *Gentzsch/Brade*, Die Bankenunion vor dem Bundesverfassungsgericht. Neue Impulse für grundlegende Fragestellungen des Verfassungs- und Unionsrechts, S. 612 ff.; *Karpenstein/Langner*, Das Urteil des BVerfG zur Bankenunion: Bis hierher und nicht weiter?, S. 270 f., 274; *Ludwigs/Pascher/Sikora*, Das Bankenunion-Urteil als judikativer Kraftakt des BVerfG – Detailanalyse von SSM und SRM im Karlsruher Alleingang (Teil II), S. 93.

[584] *Karpenstein/Langner*, Das Urteil des BVerfG zur Bankenunion: Bis hierher und nicht weiter?, S. 274.

[585] *Karpenstein/Langner*, Das Urteil des BVerfG zur Bankenunion: Bis hierher und nicht weiter?, S. 270.

[586] Insoweit das Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts kritisierend *U. Forsthoff*, Bankenunion und Bundesverfassungsgericht – Von der politischen Erfolgsgeschichte zur verfassungsrechtlichen Verlustsaga?, S. 981 f.

[587] Vgl. EZB, Beschl. v. 04. 03. 2015, EU 2015/774, ErwG 4.

[588] Vgl. Pressemeldung der EZB vom 16. 03. 2016.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kannte methodische Grundsätze zurückführen lässt und nicht objektiv willkürlich erscheint“[589] habe das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zu akzeptieren. Der erste Gegenstand der Prüfung war somit das Urteil des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache Weiss[590], welches wiederum eine Reaktion auf den Vorlagebeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2017[591] ist.

Der Europäische Gerichtshof hatte hinsichtlich des PSPP Beschlusses konstatiert, dieser sei in Anbetracht seines Ziels – der Annährung der Inflationsrate des Euro an ein Niveau von 2 % – sowie des dazu verfolgten Mittels – der Ankauf von Staatsanleihen auf dem Sekundärmarkt sei ein vom Primärrecht vorgesehenes geldpolitisches Instrument – als Währungspolitik im Sinne der Art. 127 Abs. 1, Art. 282 Abs. 2 AEUV zu klassifizieren.[592] Diese Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs sei nach Ansicht des 2. Senats „nicht mehr nachvollziehbar und daher objektiv willkürlich“.[593] Nicht nur die Tragweite und Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, sondern auch die tatsächliche Wirkung des PSPP-Beschlusses werde verkannt.[594]

Insbesondere habe sich der Europäische Gerichtshof nicht im gebotenen Maße mit dem Einwand, die EZB betreibe im Rahmen des PSPP-Programms Wirtschafts- und nicht Währungspolitik, auseinandergesetzt. Dieser Einwand wurde bereits vonseiten der Beschwerdeführer vorgebracht: Der Ankauf von Staatsanleihen sei als Gewährung von Finanzhilfen und somit als Maßnahme der Wirtschaftspolitik zu qualifizieren.[595] Als vorrangiges Ziel der EZB weist Art. 127 Abs. 1 AEUV die Gewährleistung der Preisstabilität aus und räumt der Zentralbank Europas damit weitreichende Kompetenzen in der Währungspolitik ein. Maßnahmen im Bereich der Wirtschaftspolitik obliegen der EZB hingegen nicht. Die Frage der Zuordnung der Maßnahmen, welche im Rahmen des PSPP-Programms getätigt werden, zur Währungs- oder zur Wirtschaftspolitik, entscheidet somit darüber, ob die gegenständlichen Maßnahmen kompetenzwidrig sind. Bereits im Rahmen des Vorlagebeschlusses vom 18. Juli 2017 wies das Bundesverfassungsgericht darauf hin, dass es für die Zuordnung einer Maßnahme zur Währungs- oder Wirtschaftspolitik nicht allein auf das gewählte Mittel zur Zielerreichung sowie die Zielerreichung selbst ankommen könne.[596] Im Hinblick auf die diesbezügliche Prüfung des Europäischen Gerichtshofs hält das Bundesverfassungsgericht fest:[597]

[589] BVerfGE 154, 17 (91 f.).

[590] Vgl. EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2018, Weiss u. a., C-493/17, EU:C:2018:1000.

[591] BVerfGE 146, 216.

[592] Vgl. EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2018, Weiss u. a., C-493/17, EU:C:2018:1000, Rn. 57, 70.

[593] BVerfGE 154, 17 (96).

[594] BVerfGE 154, 17 (96).

[595] Vgl. BVerfGE 154, 17 (35 f.).

[596] Vgl. BVerfGE 146, 216 (277 ff.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

> „Indem der Gerichtshof für die Abgrenzung zwischen Wirtschafts- und Währungspolitik die von der EZB angegebene Zielsetzung unbesehen und ohne Rücksicht auf die vorhersehbaren und/oder – unter Umständen sogar vorrangig – intendierten, jedenfalls aber in Kauf genommenen wirtschafts- und fiskalpolitischen Konsequenzen des Programms hinnimmt, ermöglicht er dem ESZB eine eigenständige Disposition über die Reichweite der ihm von den Mitgliedstaaten zur Ausübung überlassenen Kompetenzen. Ein solches Kompetenzverständnis trägt dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und der Notwendigkeit restriktiver Auslegung des Mandats der EZB nicht hinreichend Rechnung, weil der EZB damit de facto eine (begrenzte) Kompetenz-Kompetenz eingeräumt wird."

Das Bundesverfassungsgericht knüpft mit seinen Ausführungen hinsichtlich der Kompetenz-Kompetenz an die vorausgegangenen Entscheidungen zur europäischen Integration an. So betonte das Bundesverfassungsgericht bereits im Rahmen der Lissabon-Entscheidung, das Grundgesetz ermächtige nicht zu einer Übertragung der Kompetenz-Kompetenz durch deutsche Staatsorgane.[598] Überdies betont das Gericht die Virulenz einer Verselbstständigung der europäischen Herrschaftsgewalt für das Demokratieprinzip.[599] Die für die „Europarechtsprechung" des Bundesverfassungsgerichts fundamentale Stellung der Mitgliedstaaten als Herren der Verträge[600] sieht das Gericht durch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Weiss unterlaufen:[601]

> „Im geschilderten Umfang folgt aus dem Urteil eine strukturell bedeutsame Kompetenzverschiebung zulasten der Mitgliedstaaten. Sie birgt die Gefahr einer kontinuierlichen – durch die Mitgliedstaaten als Herren der Verträge nicht mehr steuerbaren – Erosion ihrer Kompetenzen im Bereich der Wirtschafts- und Fiskalpolitik und einer weiteren Schwächung der demokratischen Legitimation der durch das Eurosystem ausgeübten öffentlichen Gewalt, die mit dem Grundgesetz nicht vereinbar wäre."

Das Bundesverfassungsgericht erklärt sodann zum ersten Mal in seiner Rechtsprechungsgeschichte ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs (zumindest teilweise) zum ultra-vires Akt. Dadurch gerät die Entscheidung vom 5. Mai 2020 zum Kulminationspunkt der „Europa-Rechtsprechung":[602]

> „Soweit das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Weiss der EZB der Sache nach die Kompetenz zu einer eigenständigen Wirtschaftspolitik mit den Mitteln des Anleihekaufprogramms zuspricht und eine effektive Kompetenzkontrolle am Maßstab des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ablehnt, die die wirtschafts- und fiskalpolitischen Wirkungen mit der währungspolitischen Zielsetzung des PSPP abwägend in den Blick nimmt, geht das Urteil des Gerichtshofs über die Ermächtigung des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV hinaus. Der Gerichtshof hat damit ultra vires gehandelt, sodass sein Urteil in Deutschland insoweit keine Bindungswirkung entfaltet."

---

[597] BVerfGE 154, 17 (107).

[598] BVerfGE 123, 267 (349 f.).

[599] BVerfGE 123, 267 (349 f.).

[600] Vgl. BVerfGE 89, 155 (184); 123, 267 (248 f.).

[601] BVerfGE 154, 17 (117 f.).

[602] BVerfGE 154, 17 (120).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Nachdem es die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs als ultra vires Akt qualifizierte, prüfte das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit des PSPP eigenständig. Das Gericht konstatierte, dass eine Abwägung der Vorzüge des Programms mit dessen „erheblichen […] wirtschaftspolitischen Auswirkungen“[603] nicht ersichtlich sei. Der PSPP-Beschluss verstoße folglich aufgrund[604]

> „[…] eines entsprechenden Abwägungs- und Darlegungsausfalls gegen Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4 EUV mit der Folge, dass sie von der währungspolitischen Kompetenz der EZB aus Art. 127 Abs. 1 Satz 1 AEUV nicht gedeckt sind.“

Neben der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs sei somit auch das auf die Umsetzung des PSPP-Beschlusses gerichtete Handeln der EZB als ultra vires Akt zu qualifizieren.[605]

In Anbetracht der vorausgehenden Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, in deren Verlauf das Gericht stets die Grenzen der Integration betonte – insbesondere die fehlende Kompetenz-Kompetenz der Europäischen Union nahm im Rahmen dieser Grenzziehung eine tragende Rolle ein – erscheint die Entscheidung vom 5. Mai 2020 als konsequent.

Dagegen wendet sich etwa Calliess: Das Bundesverfassungsgericht sei von seiner bisherigen Rechtsprechungslinie abgewichen, da es die Ultra-vires-Kontrolle ohne Rückbindung an die Verfassungsidentität des Grundgesetzes durchgeführt habe, obschon es im Rahmen des OMT-Urteils dargelegt habe,[606] die ultra-vires-Kontrolle stelle einen besonderen Anwendungsfall des Schutzes der Verfassungsidentität dar.[607] Dem Rückschluss, das Bundesverfassungsgericht habe damit zum Ausdruck bringen wollen, die Rückbindung der Ultra-vires-Kontrolle an die Verfassungsidentität sei zwingend, steht indes – wie Calliess selbst einräumt – entgegen, dass das Gericht im selben Urteil an anderer Stelle ausdrücklich festhält, dass ultra vires Akte auch Bereiche betreffen können, welche nicht zum gemäß Art. 79 Abs. 3 GG integrationsfesten Kernbereich gehören. Dies wiederum kritisierte bereits Dederer als widersprüchlich.[608] Es mag als Ausweis einer Kontinuität der Rechtsprechungslinie zur europäischen Integration gewertet werden, wenn mit Kirchhof ein die frühe Phase dieser bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur maßgeblich prägender ehemaliger Bundesverfassungsrichter das PSPP-Urteil begrüßt und dieses bekräftigend den Leitsatz aufstellt, welcher die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts seit dem Maastricht-Urteil präge: „Die Kompetenz, Europarecht zu schaffen, liegt dem Europarecht voraus.“[609]

---

[603] BVerfGE 154, 17 (126).

[604] BVerfGE 154, 17 (126).

[605] Vgl. BVerfGE 154, 17 (127).

[606] Vgl. *Calliess*, Konfrontation statt Kooperation zwischen BVerfG und EuGH?, S. 901.

[607] Vgl. BVerfGE 142, 123 (153).

[608] Vgl. *Dederer*, Die Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts, S. 313.

[609] *Kirchhof*, Die Rechtsarchitektur der Europäischen Union, S. 2057.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der 2. Senat knüpfte jedenfalls an die zuvor entwickelten Leitlinien an und wahrt die Kohärenz der Rechtsprechungslinie zur europäischen Integration. Bei Annahme der Grundprämisse, wonach das Unionsrecht erst über die nationalen Ermächtigungsgesetze Geltung erlange, drängt sich eine Kontrolle der Grenze jener Ermächtigung durch die nationalen Verfassungsgerichte – auch aus unionaler Sicht – auf: Die Kompetenz der Mitgliedstaaten, gemäß Art. 48 EUV über die Fortentwicklung der vertraglichen Grundlagen der Union zu entscheiden, liefe ohne eine korrespondierende Kontrolle der Einhaltung der Kompetenzgrenzen leer.[610] Dass aus der nationalstaatlichen Kontrolle unionaler Kompetenzüberschreitungen Gefahren für die europäische Integration erwachsen können, ist evident und wird auch vom Bundesverfassungsgericht anerkannt.[611] Da die Kontrolle darüber, ob sich Organe der Europäischen Union innerhalb ihrer Kompetenzen bewegen, weder gänzlich den Nationalstaaten noch der Union selbst überlassen werden soll, betont das Bundesverfassungsgericht den Kompromiss der europarechtsfreundlichen Anwendung der Ultra-vires-Kontrolle.[612] Die Ultra-vires-Kontrolle gerät somit zum Versuch, durch ein kooperatives Verhältnis zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof ein Kompetenzausgleich auf transnationaler Ebene zu finden.

Doch bedarf es für eine Kooperation beiderseitige Bereitschaft. Nachdem das Bundesverfassungsgericht in dem gegenständlichen Vorlagebeschluss bereits festhielt, dass es für die Zuordnung einer Maßnahme zur Währungs- oder Wirtschaftspolitik nicht alleine auf das gewählte Mittel zur Zielerreichung oder die Zielerreichung selbst ankommen könne,[613] beließ es der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung dabei, just auf ebendiese Kriterien – die Zielerreichung sowie das hierzu verwendete Mittel – abzustellen.[614] Eine ernsthafte Auseinandersetzung mit den Bedenken, welche das Bundesverfassungsgericht in seinem Vorlagebeschluss eindringlich formuliert, kann in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs schwerlich gesehen werden.[615] Die PSPP-Entscheidung kann vor diesem

[610] Vgl. *Nettesheim*, Das PSPP-Urteil des BVerfG – ein Angriff auf die EU?, S. 1631.

[611] Vgl. BVerfGE 126, 286 (303): „Wenn jeder Mitgliedsstaat ohne weiteres für sich in Anspruch nähme, durch eigene Gerichte über die Gültigkeit von Rechtsakten der Union zu entscheiden, könnte der Anwendungsvorrang praktisch unterlaufen werden, und die einheitliche Anwendung des Unionsrechts wäre gefährdet".

[612] Vgl. BVerfGE 126, 286 (302 ff.).

[613] Vgl. BVerfGE 146, 216 (277 ff.).

[614] Vgl. EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2018, Weiss u. a., C-493/17, EU:C:2018:1000, Rn. 57, 70.

[615] Vgl. auch *Haltern*, Ultra-vires-Kontrolle im Dienst europäischer Demokratie, S. 822, welcher dem Europäischen Gerichtshof in seiner Entscheidung zur Rechtssache Weiss eine dünne, „fast ausfallende Rechtskontrolle der EZB-Mandatsausübung" attestiert. Der Gerichtshof habe es dabei unterlassen, „ernsthaft auf die wiederholt und eindringlich formulierten Zweifel" des Bundesverfassungsgerichts einzugehen. Auch nach *Kahl*, Optimierungspotential im „Kooperationsverhältnis" zwischen EuGH und BVerfG, S. 826, fällt die „Kooperationsbilanz" des Europäischen Gerichtshofs „eher nüchtern aus"; der Gerichtshof habe sich

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Hintergrund als Selbstbehauptungsakt des Bundesverfassungsgerichts gesehen werden, hin zu einem tatsächlich durch beiderseitige Kooperation gezeichneten Verhältnis zu dem Europäischen Gerichtshof. In diese Richtung äußert sich auch Voßkuhle, wenn er konstatiert, dass das Bundesverfassungsgericht mit seiner Entscheidung vom 5. Mai 2020[616]

> „[…] lediglich die einseitige Schließung des Diskurses vermeiden wollte. Nachdem es sich seit vielen Jahren in Kollisionsvermeidungsstrategien gegenüber dem EuGH übte, ohne dass dieser sich seinerseits zu irgendwelchen Konzessionen entschließen konnte, war die Ultra-Vires-Feststellung die einzige Möglichkeit, die ‚Schwebelage' zwischen der mitgliedstaatlichen und der unionalen Lesart des Vorrangs des Unionsrechts aufrechtzuhalten."

F. Die Legitimationskettentheorie als leitende Demokratiekonzeption des Bundesverfassungsgerichts

Nachdem das Bundesverfassungsgericht in der Frühphase seiner Demokratiejudikatur zunächst den repräsentativ-demokratischen Charakter des Grundgesetzes hervorhob, finden sich in der darauffolgenden Entwicklungs- und Präzisierungsphase in zunehmender Klarheit die Konturen der Legitimationskettentheorie. Die Rezeption der Legitimationskettentheorie verdichtet sich bereits in dieser bis hin zu einer Auseinandersetzung über das Verhältnis der einzelnen Legitimationsmodi im Rahmen des Kalkar-Beschlusses.[617] Auf die individualistische Neuorientierung, welche das Gericht mit der Brokdorf-Entscheidung vornahm, folgte mit den Demos-Entscheidungen eine streng formalistische Rezeption der Legitimationsketten. Eingedenk der offen zutage tretenden Rezeption in der Entwicklungs- und Präzisierungsphase sticht die Phase der individualistischen Neuorientierung in der Gesamtschau der Rechtsprechungslinie hervor. Die „Demos-Phase" erscheint dagegen als Rückkehr zur, nicht aber als Beginn einer Rezeption der Legitimationskettentheorie.

Dem Zusammenwirken der Legitimationsmodi im Gefüge der Legitimationskettentheorie gehen eine Reihe grundlegender Prämissen – Tschentscher spricht von Strukturelementen[618] – voraus, auf welche das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Demos-Entscheidungen näher einging. So hob das Gericht insbesondere das Volk als einheitliches Legitimationssubjekt sowie die Notwendigkeit eines Legitimationszusammenhangs zwischen der ausgeübten Hoheitsgewalt und dem Legiti-

in der Rechtssache Weiss „inhaltlich demonstrativ auf blutleere, undifferenzierte (Verhältnismäßigkeits)Floskeln" zurückgezogen.

[616] *Voßkuhle*, Karlsruhe Unlimited? Zu den (unsichtbaren) Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 580.

[617] Vgl. hierzu oben, S. 38 ff.

[618] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 63 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mationssubjekt als konstitutiv hervor.[619] Das Bundesverfassungsgericht beschränkte sich insoweit nicht auf eine bloße Rezeption der Entwürfe aus dem Schrifttum, sondern trat als aktiver, die Dogmatik der Legitimationsketten mitgestaltender Akteur auf.[620] Das Verhältnis zwischen dem Bundesverfassungsgericht und der Literatur zeigt sich an dieser Stelle in erheblichen Maße als korrelativ.

Die kriterielle Schärfe der Theorie der Legitimationsketten machte das darauf bezogene demokratische Prinzip[621] des Grundgesetzes fruchtbar für eine genuin juristische Dogmatik; das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG wurde zum praktikablen Prüfstein erhoben. Die Kehrseite der dogmatischen Schärfe der Legitimationskettentheorie drängt sich indes auf, sobald von ihrem Idealtypus der hierarchischen Ministerialverwaltung abgewichen wird: Geradezu zwangsläufig stößt ihr formaler Charakter angesichts der Komplexität der gesellschaftlichen Realität an ihre Grenzen.[622] Vor diesem Hintergrund erscheint die Relativierung, welche das Bundesverfassungsgericht in der Folgezeit vornahm, nicht nur folgerichtig, sondern geradezu zwangsläufig. Zu beachten ist indes, dass das Gericht den streng formalen Charakter, welchen es zuvor erkennen ließ, nicht aber die Legitimationskettentheorie als solche relativierte. Vielmehr zeigte das Gericht Dynamisierungspotentiale innerhalb der Theorie auf. Eine darüberhinausgehende Relativierung wurde allenfalls angedeutet,[623] blieb jedoch folgenlos. Eine Abkehr von der Legitimationskettentheorie blieb aus.[624]

Auch im Rahmen der „Europarechtsprechung“, in welcher der Demokratiekonzeption des Grundgesetzes im transnationalen Kontext eine zentrale Bedeutung zukommt, wirkten die Legitimationsketten weiter – zunächst subkutan, dann jedoch in zunehmender, sich bis zur ausdrücklichen Rezeption verdichtender Deutlichkeit. So steht am Ende einer Gesamtschau der Demokratiejudikatur des Bundesverfassungsgerichts der Befund, dass die Legitimationskettentheorie die Demokratiekonzeption des Grundgesetzes in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsge-

[619] Vgl. hierzu oben, S. 52 ff.

[620] Nach *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, S. 56, geraten die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – freilich neben Entwürfen aus dem Schrifttum – zur Grundlage der von ihm als holistisch-monistisches Demokratieverständnis bezeichneten Legitimationskettentheorie.

[621] Keinesfalls ist in der Bezeichnung des Demokratieprinzips als Verfassungsprinzip ein, der Unterstellung der Legitimationskettentheorie als „Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts“ entgegenstehendes, Bekenntnis zur Prinzipientheorie Alexys immanent. Schließlich ist der Begriff des Verfassungsprinzips sinnvariabel und einer vielfachen dogmatischen Herleitung zugänglich, vgl. nur *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 109 ff.; *Köller*, Funktonale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation, S. 72.

[622] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 35, 43 f.

[623] Vgl. BVerfGE 107, 59 (92).

[624] Vgl. hierzu oben, S. 93 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

richts wesentlich prägte, sie gar als – obschon freilich in wechselhafter Intensität rezipiert – „Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts“ gelten kann.[625]

[625] Dem steht auch nicht entgegen, dass das Bundesverfassungsgericht vom Demokratieprinzip als „Verfassungsprinzip“ spricht, vgl. BVerfGE 9, 268 (277); 123, 267 (313).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Zweites Kapitel

Die Demokratische Legitimation des Bundesverfassungsgerichts nach den Maßstäben der Legitimationskettentheorie

An den Befund, dass es sich bei der Legitimationskettentheorie um die das Demokratieverständnis des Bundesverfassungsgerichts maßgeblich prägende Demokratietheorie handelt, schließt sich im Folgenden eine Untersuchung der demokratischen Legitimation des Bundesverfassungsgerichts nach diesen Maßstäben an.

Zunächst ist eine Begriffsklärung voranzustellen: Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung ist die *Legitimation*, nicht aber die *Legitimität* des Bundesverfassungsgerichts. Obschon beide Begriffe eingedenk ihres identischen Bezugspunktes – der Rechtfertigung staatlicher Herrschaft – mitunter synonym gebraucht werden, ist eine Differenzierung zwischen der Legitimation und der Legitimität staatlichen Handelns geboten. So kann, mit Voßkuhle und Sydow, zwischen einem rechtlich normativen *Legitimations*begriff und einem empirisch-soziologischem *Legitimitäts*begriff unterschieden werden: Während ersterer die Rechtfertigung von Herrschaft anhand normativer Maßstäbe zum Gegenstand hat, nimmt letzterer die Akzeptanz der Herrschaft aus einer empirisch-soziologischen Perspektive in den Blick.[1] Die Frage nach der Legitimität staatlichen Handelns betrifft mithin die Gründe für die Billigung staatlicher Entscheidungen und der ihnen zugrundeliegenden Verfahren.[2] Die folgende Untersuchung ist nunmehr zweifach begrenzt: Zunächst wird lediglich die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Ausübung von Hoheitsgewalt durch das Bundesverfassungsgericht, mithin dessen *Legitimation*, in den Blick genommen.[3] Zudem wird in verfassungsrechtlicher Hinsicht das demokratische Prinzip zum wesentlichen Prüfungsmaßstab erhoben; gefragt ist nach der *demokratischen* Legitimation des Bundesverfassungsgerichts.

Die demokratische Legitimation hoheitlichen Handelns prüft das Bundesverfassungsgericht unter Zugrundelegung der Maßstäbe der Legitimationskettentheo-

[1] Vgl. *Voßkuhle/Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, S. 674.

[2] Vgl. grundlegend hierzu *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, S. 16 ff., 122 ff.; vgl. ferner zur diskurstheoretischen Legitimität demokratisch gesetzter Normen *Breitenband*, Konsens – der Grund der Legitimität, S. 159 ff.

[3] Gleichwohl werden im Rahmen der folgenden Untersuchung auch – insbesondere hinsichtlich des Wahlverfahrens der Verfassungsrichter – Erwägungen berücksichtigt, welche die Akzeptanz des Gerichts betreffen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rie. Hier soll die Legitimationskettentheorie als Maßstab an das Bundesverfassungsgericht selbst angelegt werden. Das Bedürfnis einer demokratischen Legitimation des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich aus Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG, dessen weite, jegliches hoheitliche Handeln mit Entscheidungscharakter umfassende Auslegung das Bundesverfassungsgericht selbst betont.[4] Dem Erfordernis der demokratischen Legitimation könnte entgegengehalten werden, dass es sich bei dem Bundesverfassungsgericht weniger um ein Organ der Rechtsprechung, sondern vielmehr um einen „negativen Gesetzgeber" handelt. Aber auch in dieser Funktion übt das Bundesverfassungsgericht Staatsgewalt[5] im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG aus.[6]

Um die nach der Legitimationskettentheorie vermittelte demokratische Legitimation des Bundesverfassungsgerichts zu untersuchen, ist zwischen der abstrakten Darstellung der einzelnen Komponenten demokratischer Legitimation und deren Anwendung auf das Bundesverfassungsgericht zu differenzieren. Während sich in der Literatur Beiträge finden lassen, welche sich mit Letzterem befassen, hat sich das Gericht selbst nie ausdrücklich zur Frage der Konkretisierung der demokratischen Legitimation auf die Verfassungsgerichtsbarkeit geäußert.[7] Daher soll, im Rahmen eines deduktiven Vorgehens, von den allgemeinen demokratietheoretischen Ausführungen des Gerichts auf die konkreten Folgen für die demokratische Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit selbst geschlossen werden. Ein solches Vorgehen rechtfertigt sich daraus, dass das Grundgesetz von einer Einheitlichkeit des Demokratiegebots ausgeht.[8] Die abstrakten Erkenntnisse, welche sich aus den demokratietheoretischen Ausführungen zu den gesetzgebenden und regierenden Gewalten gewinnen lassen, müssen sich daher auch auf die Rechtsprechung als Dritte Gewalt und insbesondere das Bundesverfassungsgericht anwenden lassen.[9]

In der (mitunter auch als organisatorisch-formales Modell bezeichneten[10]) Legitimationskettentheorie ist zwischen drei Legitimationskomponenten zu differen-

[4] Vgl. BVerfGE 47, 253 (273); 83, 60 (73).

[5] Die Herrschaftsausübung ist im Falle des Bundesverfassungsgerichts in der verbindlichen Entscheidung von Konfliktfällen nach Maßgabe des Grundgesetzes zu sehen, vgl. *Schulze-Fielitz*, Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, S. 477; *Voßkuhle*, Art. 93 Rn. 19 ff.

[6] So auch *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 98 f.

[7] Lediglich 2012 äußerte sich das Bundesverfassungsgericht zu der „indirekten" Verfassungsrichterwahl – vgl. hierzu näher S. 140 ff. –, ohne allerdings auf die demokratische Legitimation des Gerichts näher einzugehen, vgl. BVerfGE 131, 230.

[8] Vgl. Art. 20 II 2 GG: „Sie (die Staatsgewalt) wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt."

[9] In diesem Sinne auch *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 28.

[10] Vgl. nur *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 28 ff., 51 ff.; *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 98 ff.; *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, S. 56 ff., spricht von dem „holistisch-monistischen Demokratieverständnis".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zieren: Der funktionell-institutionellen, der personell-organisatorischen sowie der sachlich-inhaltlichen Legitimation. Die einzelnen Komponenten fungieren in einem Gesamtkonzept, der Grad ihrer Erfüllung bestimmt das Legitimationsniveau.[11] Der funktionell-institutionellen Legitimationskomponente kommt insoweit eine rahmensetzende Funktion zu: Anhand dieser Komponente demokratischer Legitimation lässt sich bestimmen, wann das Legitimationsniveau als hinreichend betrachtet werden kann. Die konkrete Legitimationshöhe wiederum ergibt sich aus einem Wechselspiel zwischen personell-organisatorischer und sachlich-inhaltlicher Legitimation.

Die demokratische Legitimation des Bundesverfassungsgerichts anhand der Maßstäbe der Legitimationskettentheorie zu bemessen legt ein Spannungsfeld zwischen dem legitimatorischen Erfordernis einer sachlichen Rückbindung einerseits und der richterlichen Unabhängigkeit andererseits offen. Da einer sachlichen Einflussnahme auf das Gericht durch das Parlament die richterliche Unabhängigkeit entgegensteht, verbleibt lediglich die Gesetzesbindung als Träger sachlich-inhaltlicher Legitimation. Es wird insofern darzulegen sein, dass dieser im Falle des Bundesverfassungsgerichts keine tragende Wirkung zukommen kann. Der Wahl der Bundesverfassungsrichter kommt somit legitimationstheoretisch eine Schlüsselrolle zu.

A. Die funktionell-institutionelle Legitimation des Bundesverfassungsgerichts

Die Frage nach der demokratischen Legitimation des Bundesverfassungsgerichts kann anhand dessen funktionell-institutioneller Legitimation zwar nicht beantwortet, zumindest aber erheblich eingegrenzt werden. So steht die funktionell-institutionelle Legitimation des Bundesverfassungsgerichts einer grundsätzlichen Aberkennung jeder demokratischen Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit unter Rekurs auf den Grundsatz der Volkssouveränität entgegen: Nicht nur ist das Bundesverfassungsgericht qua Konstitutionalisierung durch die verfassungsgebende Gewalt des Volkes demokratisch legitimiert. Auch fließt dem Gericht qua seiner Funktion als „Hüter der Grundrechte“[12] Legitimation zu, da der Schutz der individuellen Freiheit (auch) ein demokratisches Anliegen ist.

[11] Eingehende Schilderung bei *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 23.

[12] Vgl. vertiefend hierzu *Papier*, Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Grundrechte, Rn. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

I. Die funktionell-institutionelle Komponente in Rechtsprechung und Literatur

Die funktionelle und institutionelle Ausgestaltung, welche sich der Verfassung hinsichtlich der organschaftlichen Ausgestaltung der Gewalten entnehmen lässt, rechtfertigt deren Aufgabenwahrnehmung in grundsätzlicher Hinsicht. Diese funktionell-institutionelle Legitimation entspringt der Verfassungsaussage des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG.[13] Die Gewalten im organisatorischen Sinne genießen ihre (institutionelle) Legitimation vermöge ihrer verfassungsrechtlichen Konstitutionalisierung: Der Verfassungsgeber sah Legislative, Exekutive und Judikative als eigenständige Teile innerhalb eines Gesamtkonzeptes vor.[14] Mit der Institutionalisierung der Gewalten und ihrer organschaftlichen Ausgestaltung geht auch eine Verfassungsaussage über deren Funktionen einher: Die Gewalten erfahren eine grundsätzliche Legitimation hinsichtlich der Wahrnehmung ihrer Kernkompetenzen.[15] Tschentscher spricht insoweit von einem „ursprünglichen demokratischen Fundament“[16], mit welchem die organschaftlichen Ausgestaltungen der Gewalten ausgestattet sind. Der Akt der Verfassungsgebung vermittelt funktionell-institutionell demokratische Legitimation.[17]

Die funktionell-institutionelle Legitimation ist grundlegender Natur. Ihr abstrakt-infiniter Charakter legt die Frage nach dem konkreten Aussagegehalt der funktional-institutionellen Legitimation nahe. So wird beispielsweise die Rechtsprechung, welche gemäß Art. 92 des Grundgesetzes ausschließlich Richtern vorbehalten ist, durch Art. 20 Abs. 2 GG konstituiert. Damit mag die Rechtsprechung in ihrer Wahrnehmung durch Richter funktionell-institutionell legitimiert sein. Das Erfordernis einer zusätzlichen, *konkreten* Legitimation drängt sich jedoch auf, beschränkt sich der Aussagegehalt der funktionell-institutionellen Legitimation schließlich auf die Ausübung von Staatsgewalt durch bestimmte Organe, ohne sich auf die konkrete

[13] Vgl. *Kloepfer*, Verfassungsrecht Band I, S. 191.

[14] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 56.

[15] Vgl. *Kloepfer*, Verfassungsrecht Band I, S. 191; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 56 f.; BVerfGE 49, 89 (125); vgl. auch *Schulz-Schaeffer*, Die Staatsform der Bundesrepublik Deutschland, S. 188, welcher vom Volk „als Verfassungsgeber oder Wahlkörper“ als „ein Organ neben anderen“ spricht.

[16] *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 57; *Voßkuhle/Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, S. 676.

[17] Vgl. *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 198, 200 f., welcher, durch die Gegenüberstellung des Grundgesetzes mit der konstitutionellen Monarchie, die verfassungsrechtliche Konstitution der Gewalten, insbesondere der Exekutive, darlegt: Während in der konstitutionellen Monarchie dem, durch die Verfassung konstituierten, Parlament die Exekutive welche bereits vor der constitutio bestand und sich diesen extrakonstitutionellen Status bewahrt hat, mit dem Monarchen an ihrer Spitze entgegentrat und sich Parlament und Exekutive somit nach Herkunft und Legitimation grundlegend unterschieden, so wird im Grundgesetz jede Staatsfunktion erst durch die Verfassung konstituiert und folglich zugleich demokratisch legitimiert.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ausgestaltung und *Zusammensetzung* dieser Organe zu erstrecken.[18] Folglich kann die funktionell-institutionelle Legitimation alleine keinen fortwährenden Legitimationszusammenhang zum Volk herstellen und somit keine Gewähr gegen die Verselbstständigung der jeweiligen Staatsgewalt geben.[19] Bezogen auf die Rechtsprechung zeigt sich: Diese ist als Staatsfunktion legitimiert, ohne dass „dadurch auch der konkrete Richterspruch automatisch ausreichend legitimiert wäre".[20]

Diese Prämisse, wonach neben der funktionell-institutionellen eine konkrete Legitimation zu fordern sei, bestreitet Niebler.[21] Die funktionell-institutionelle Legitimation sei bereits hinreichend und der eines Mitglieds des Bundes- oder Landtages ebenbürtig; eine zusätzliche, konkrete Legitimation sei mithin nicht erforderlich.[22] Niebler stützt seine Ansicht auf den Kalkar I-Beschluss, an welchem er als Verfassungsrichter mitwirkte. Das Bundesverfassungsgericht wandte sich in der Entscheidung gegen einen Gewaltenmonismus des Parlaments: Die Schaffung der Exekutive durch den Verfassungsgeber verleihe dieser zugleich eine mittelbare personelle Legitimation im Sinne des Art. 20 GG.[23] Demnach sei aus dem Prinzip der parlamentarischen Demokratie kein „Vorrang des Parlaments und seiner Entscheidungen gegenüber den anderen Gewalten als einen alle konkreten Kompetenzordnungen überspielenden Auslegungsgrundsatz herzuleiten".[24] Das Bundesverfassungsgericht bezieht sich hier ausdrücklich auf Ossenbühl,[25] auf welchen die funktionell-institutionelle Legitimationskomponente wesentlich zurückgeht.[26] Nach Ossenbühl muss hinsichtlich der verschiedenen Legitimationsmodi berücksichtigt werden,[27]

> „[…] daß zwei qualitativ verschiedene Ebenen demokratischer Legitimation auseinandergehalten werden müssen, welche eng mit den verschiedenen Willenseinheiten zusammenhängen, die meist undifferenziert hinter der Bezeichnung ‚Volk' verschwinden."

Es müsse zwischen der Ebene des Volkes als *pouvoir constituant*, als verfassungsgebender Gewalt, und der des *pouvoir constitué,* als durch die Verfassung konstituiertes Volk, unterschieden werden.[28] Die funktionell-institutionelle Legitimation wurzele in der Ebene der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes. Von der Differenzierung zwischen *pouvoir constituant* und *pouvoir constitué* ausgehend,

[18] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 15; *Voßkuhle/Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, S. 676.

[19] Vgl. *Voßkuhle/Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, S. 676.

[20] *Voßkuhle/Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, S. 676.

[21] Vgl. *Niebler*, Die Stellung des Richters in der Bundesrepublik Deutschland, S. 282.

[22] Vgl. *Niebler*, Die Stellung des Richters in der Bundesrepublik Deutschland, S. 282.

[23] Vgl. BVerfGE 49, 89 (125 f.).

[24] BVerfGE 49, 89 (126).

[25] Vgl. BVerfGE 49, 89 (125).

[26] Vgl. *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 196 ff.

[27] *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 197.

[28] Vgl. *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 197 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

spricht auch Ossenbühl der funktionell-institutionellen Legitimation eine Kompensationsfunktion im Verhältnis zu den anderen Legitimationsmodi zu:[29]

> „Wichtiger als die Art der personellen Bestellung ist die verfassungsunmittelbare, im pouvoir constituant wurzelnde, institutionelle und funktionelle demokratische Legitimation. Sie allein ist hinreichende Rechtfertigung dafür, daß auch der nicht volksgewählte Richter ‚im Namen des Volkes' Recht spricht."

Diese Differenzierung kritisiert Jestaedt: Da die funktionell-institutionelle Legitimation an den Verfassungsgeber als Legitimationssubjekt anknüpfe, während personelle sowie materielle Legitimation an das verfassungskonstituierte Volk anknüpfen, seien die Legitimationsmodi auf verschiedenen Ebenen angesiedelt.[30] Da von unterschiedlichen Legitimationssubjekten herrührend, seien die verschiedenen Legitimationsformen inkompatibel und damit gegenseitig ausgleichsresistent.[31] Das verfassungskonstituierte Volk als Legitimationssubjekt der personellen und materiellen Legitimation sei, ebenso wie das demokratische Prinzip selbst, „Kategorie und Regelungsthema des Grundgesetzes, damit Bestandteil des Verfassungsrechts".[32] Demgegenüber stehe der Verfassungsgeber als Legitimationssubjekt der funktionell-institutionellen Legitimation nicht unter dem Diktum der Verfassung, er sei „meta-verfassungsrechtlicher Natur".[33] Es müsse somit zwischen der Legitimation *vor* und jener *durch* die Verfassung differenziert werden, was den Befund der Inkompatibilität unterstreiche.[34]

Die Position Nieblers, die funktionell-institutionellen Legitimation für sich genommen als hinreichend anzusehen, sieht sich somit schwerwiegenden Bedenken ausgesetzt. Diese führten dazu, dass sich das Erfordernis einer zusätzlichen konkreten demokratischen Legitimation sich als herrschende Meinung durchsetzte.[35] Mit der Erkenntnis der Notwendigkeit einer konkreten Legitimation allein ist jedoch wenig gewonnen, wirft sie doch die Frage nach dem Verhältnis der jeweiligen Legitimationsmodi zueinander auf. Welche Bedeutung der funktionell-institutionellen Legitimation neben der personell-organisatorischen und der sachlich-inhaltlichen Legitimation zukommt, ist ebenfalls umstritten.

Einklang besteht – zumindest unter den die Position Nieblers ablehnenden Stimmen – hinsichtlich des Verhältnisses der funktionell-institutionellen Legiti-

---

[29] *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 199.

[30] Vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 277; *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 196 ff.

[31] Vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 277.

[32] *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 277.

[33] *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 277 f.

[34] Vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 278.

[35] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 56 f.; *Voßkuhle/Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, S. 676; *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 15; *Dreier*, Art. 20 Rn. 114; *Grzeszick*, Art. 20 Rn. 123; *Sachs*, Art. 20 Rn. 35.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mation zu den die „konkrete“ sachlich-inhaltliche und personell-organisatorische Legitimation vermittelnden Legitimationsmodi dahingehend, dass die Erstgenannte aus dem das Legitimationsniveau kennzeichnenden Wechselspiel der Legitimationskomponenten ausgeschlossen ist.[36] Schon nach Böckenförde sind lediglich die personell-organisatorische sowie die sachlich-inhaltliche Legitimation „miteinander verzahnt“[37] und in ihrem Zusammenspiel auf die Sicherung eines möglichst hohen Legitimationsniveaus ausgerichtet.[38] Die Gründe dafür, dass die funktionell-institutionelle Legitimation gemeinhin aus der Bestimmung des Legitimationsniveaus exkludiert wird, decken sich weitestgehend mit denen, welche gegen die von Niebler propagierte isoliert hinreichende Legitimationskraft des funktionell-institutionellen Legitimationsmodus angeführt werden: Der funktionell-institutionelle Legitimationsmodus knüpfe an ein anderes Legitimationssubjekt an, weshalb eine kategoriale Unterschiedlichkeit zu den anderen Legitimationsmodi gegeben sei, und weise zudem nicht die notwendige Flexibilität auf, welcher es für die graduelle Bestimmung des Legitimationsniveaus als im Einzelfall hinreichend bedarf.[39]

Kann nun aber die funktionell-institutionelle Legitimation weder isoliert als hinreichend betrachtet werden[40] noch in der konkreten Vermittlung eines hinreichenden Legitimationsniveaus mitwirken, so stellt sich die Frage nach der Wirkweise der funktionell-institutionellen Legitimationskomponente. Die Ausführungen hierzu verbleiben weitgehend nebulös. So belässt es Böckenförde bei dem Befund, eine zusätzliche konkrete Legitimation sei erforderlich.[41] Schreier beschränkt sich darauf, die funktionell-institutionelle Komponente aus der Bestimmung des Legitimationsniveaus auszuschließen.[42] Tschentscher konstatiert immerhin noch, die funktionell-institutionelle Legitimation habe dort praktische Konsequenzen, „wo die Unabhängigkeit der Funktionswahrnehmung oder Institution gegenüber anderen, demokratisch unmittelbarer legitimierten Gewalten in Frage steht“.[43]

Über diese basalen Ausführungen zur Bedeutung der funktionell-institutionellen Legitimationskomponente hinausgehend äußert sich Jestaedt. Er stellt einen Konnex zwischen der Bestimmung des im jeweiligen Einzelfall als hinreichend geltenden

[36] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 23; *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 106 f.; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 59; *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 276 ff.

[37] *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 23.

[38] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 23.

[39] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 59; *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 276 ff.; *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 106 f.

[40] So konstatiert *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 279 prägnant, der funktionell-institutionellen Legitimation komme „sub specie demokratischer Legitimation keine eigenständige Bedeutung zu“.

[41] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 15.

[42] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 106 f.

[43] *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 57.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Legitimationsniveaus und den „Funktionsgesetzlichkeiten der einzelnen Gewalten“[44] her. Die verfassungsrechtlich ausgeformten funktionellen und institutionellen Aspekte seien somit als „Rahmenvorgaben […] von zentraler Bedeutung“.[45]

Der Ansatz Jestaedts, das Legitimationsniveau an die funktionell-institutionelle Komponente rückzubinden, weiß zu überzeugen. So leuchtet es ein, das Wechselspiel, welches die im jeweiligen Einzelfall vorliegende Legitimationshöhe bestimmt, auf die Legitimationskomponenten der personell-organisatorischen und der materiell-inhaltlichen Art zu beschränken. Damit ist indes ein Zusammenhang zwischen Legitimationsniveau und funktionell-institutioneller Legitimation nicht beseitigt. Vielmehr ist anhand der funktionell-institutionellen Komponente der Legitimatorische Grenzwert des *hinreichenden* Legitimationsniveaus zu bestimmen; während also anhand der konkreten – personell-organisatorischen und sachlich-inhaltlichen – Legitimation die vorliegende Legitimationshöhe zu bestimmen ist, gibt die funktionell-institutionelle Legitimation Auskunft darüber, ob diese Legitimationshöhe hinreichend ist.

II. Anwendung auf das Bundesverfassungsgericht

Für das Bundesverfassungsgericht ist die funktionell-institutionelle Legitimationskomponente von besonderer Bedeutung. Die Konstitutionalisierung der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Art. 92 ff. GG sichert diese im Spannungsfeld zum Gesetzgeber legitimatorisch – zumindest dem Grundsatz nach – ab. Auch der Funktion des Bundesverfassungsgerichts kommt eine legitimatorische Wirkung zu: Indem es die Wahrung der Grundrechte sichert, schützt es die individuelle Freiheit. Aufgrund der Wechselseitigkeit von individueller und kollektiver Freiheit kommt es damit auch einem demokratischen Anliegen nach.

1. Verfassungsgerichtsbarkeit als Bestandteil der Verfassungsidentität?

Im Rahmen der Betrachtung der funktionell-institutionellen Legitimation des Bundesverfassungsgerichts stellt sich zunächst die Frage, ob bereits Art. 20 GG jene „grundlegende“ Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit entspringt. Eine direkte funktionell-institutionelle Legitimation durch Art. 20 GG hätte zur Folge, dass auch die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit vom Gewährleistungsgehalt des Art. 79 Abs. 3 GG umfasst, mithin ein Bestandteil des änderungsfesten Kerns der Verfassungsidentität wäre. Eine Abschaffung der Verfassungsgerichtsbarkeit wäre dann auch nicht im Wege der Verfassungsänderung möglich.

[44] *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 288.

[45] *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 280.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dafür, die Verfassungsgerichtsbarkeit von dem in Art. 20 Abs. 3 GG statuierten Rechtsstaatsprinzip umfasst zu sehen, könnte der Vorrang der Verfassung – niedergelegt in Art. 20 Abs. 3, 1. Halbsatz GG – sprechen. So wird die Verfassungsgerichtsbarkeit als „Konsequenz des Vorrangs der Verfassung im Staate“[46] gesehen: Die Normativität der Verfassung mache eine „echte Verfassungs*gerichtsbarkeit* nicht nur möglich, sondern sogar notwendig.“[47] Entspringt nun also der Vorrang der Verfassung Art. 20 Abs. 3, 1. Halbsatz, so könnte dies dafür sprechen, auch die Verfassungsgerichtsbarkeit als vom Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG vorausgesetzt zu sehen.

Nach Grzeszick muss die rechtliche Absicherung des Art. 20 Abs. 3 GG bei dessen Analyse berücksichtigt werden. Art. 20 Abs. 3 GG unterscheide sich „von seinen Vorläufern in älteren Verfassungsbestimmungen durch eine bedeutende Verbesserung seines gerichtlichen Schutzes“[48], welche die „nach Stellung und Kontrollmöglichkeiten starke Verfassungsgerichtsbarkeit“[49] bewirkt. Ist die Verfassungsgerichtsbarkeit demnach von immanenter Bedeutung für das grundgesetzliche Rechtsstaatsprinzip, so könnte es als lediglich konsequent erscheinen, diese auch als von Art. 20 Abs. 3 GG mitumfasst anzusehen.

Zweifel an der Auffassung, wonach bereits Art. 20 Abs. 3 GG eine funktionell-institutionelle Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit entspringt, ergeben sich mit Blick auf die Rechtsprechung ebenjener. Deutete das Bundesverfassungsgerichts in vorausgegangenen Entscheidungen noch an, dass der *durch Gerichte gewährte* Rechtsschutz Bestandteil des grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzips ist,[50] konstatierte es im sogenannten Abhörurteil, mit Blick auf eine restriktive Auslegung des Art. 79 Abs. 3 GG:[51]

> „In dieser Sicht gehört der aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitbare Grundsatz, daß dem Bürger ein möglichst umfassender Gerichtsschutz zur Verfügung stehen muß, nicht zu den in Art. 20 GG ‚niedergelegten Grundsätzen‘; er ist in Art. 20 GG an keiner Stelle genannt.“

Dass diese Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts Konfliktpotential bergen, zeigt sich schon an dem Sondervotum der Richter Geller, von Schlabrendorff und Rupp. Das Abhörurteil war die erste Entscheidung des Bundesverfassungsge-

[46] *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, S. 954; vgl. auch *Mock*, Richter machen Politik, S. 175.

[47] *Roellecke*, Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 144 (Hervorhebung im Original).

[48] *Grzeszick*, Art. 20 VI. Rn. 29, Lfg. 51.

[49] *Grzeszick*, Art. 20 VI. Rn. 29, Lfg. 51.

[50] Vgl. BVerfGE 8, 274 (326): „Das folgt schließlich aus der rechtsstaatlichen Forderung nach möglichst lückenlosem gerichtlichem Schutz gegen die Verletzung der Rechtssphäre des einzelnen durch Eingriffe der öffentlichen Gewalt, wie er heute durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet ist. Der durch diese Vorschrift den Gerichten erteilte Rechtsschutzauftrag kann nur dann verwirklicht werden, wenn die Anwendung der Norm durch die in die Rechtssphäre des Staatsbürgers eingreifende Exekutive von den Gerichten nachprüfbar ist.“; vgl. auch BVerfGE 13, 153 (161).

[51] BVerfGE 30, 1 (25).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

richts, im Rahmen derer von der Möglichkeit eines Sondervotums Gebrauch gemacht wurde. Die sondervotierenden Richter betonen zwar zunächst, dass die Frage, „ob in Art. 20 GG, auf den sich Art. 79 Abs. 3 gleichfalls bezieht, das ‚Rechtsstaatsprinzip' als solches oder nur ganz bestimmte Grundsätze dieses Prinzips ‚niedergelegt' sind",[52] für den vorliegenden Fall keiner Erörterung bedürfe.[53] Sodann wird indes der Senatsmehrheit, welche den gerichtlichen Individualrechtsschutz nicht zu den in Art. 20 GG niedergelegten Grundsätzen zählt, widersprochen, wenn konstatiert wird:[54]

> „Schon Art. 20 Abs. 2 GG erhält infolgedessen das rechtsstaatliche Prinzip individuellen Rechtsschutzes, das in Art. 19 Abs. 4 GG a. F. konkretisiert ist."

Das Echo aus dem Schrifttum auf diese Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts fiel weitestgehend negativ aus. So bricht das Bundesverfassungsgericht nach Häberle „ohne Not mit gesicherten Ergebnissen der Dogmatik und der eigenen Rechtsprechung."[55] Insbesondere kritisiert Häberle, dass das Bundesverfassungsgericht in seiner restriktiven Auslegung des Art. 79 Abs. 3 GG die dort genannten, „in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze" nicht in einer „Gesamtschau" der Verfassung ermittelt hat, sondern „sich nur auf das, was *direkt* aus Art. 1 oder 20 GG zu folgern ist"[56] konzentriere. Rupp sieht die Entscheidung durch das Sondervotum der Richter Geller, von Schlabrendorff und Rupp „eindrucksvoll widerlegt"[57]. Das Urteil werde in Zukunft „weniger um seiner selbst als um des beigegebenen Sondervotums willen zitiert werden".[58] Nach Kalkbrenner erschüttere die Auslegung, welche „die Majorität des II. Senats dem Art. 79 Abs. 3 GG angedeihen läßt",[59] „die ehernen Säulen unseres Verfassungsgebäudes".[60] Dieser sieht in dem Vorgehen des Gerichts eine Preisgabe der Gewährung von Rechtsschutz durch unabhängige Gerichte, welche doch „eines der wesentlichsten und unverzichtbarsten Elemente des Rechtsstaates"[61] darstelle.

Ungeachtet dieser Kritik vermag die restriktive Auslegung des Art. 79 Abs. 3 GG durch das Bundesverfassungsgericht insbesondere vor dem Hintergrund des demokratietheoretischen Spannungsfeldes, welches der sogenannten „Ewigkeits-

[52] BVerfGE 30, 1 (40).

[53] Vgl. hierzu *Bäcker*, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, S. 186 ff., der dem Bundesverfassungsgericht ein übersummatives Verständnis unterstellt.

[54] BVerfGE 30, 1 (41).

[55] *Häberle*, Die Abhörentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15. 12. 1970, S. 145.

[56] *Häberle*, Die Abhörentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15. 12. 1970, S. 151 (Hervorhebung im Original).

[57] *Rupp*, Anm. zum Urt. v. 15. 12. 1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 308/69, S. 275.

[58] *Rupp*, Anm. zum Urt. v. 15. 12. 1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 308/69, S. 275.

[59] *Kalkbrenner*, Anm. zum Urt. v. 15. 12. 1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 308/69, S. 147.

[60] *Kalkbrenner*, Anm. zum Urt. v. 15. 12. 1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 308/69, S. 147.

[61] *Kalkbrenner*, Anm. zum Urt. v. 15. 12. 1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 308/69, S. 147.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

klausel“ zugrunde liegt, zu überzeugen. So macht Art. 79 Abs. 3 GG zwar einerseits auch das Demokratieprinzip zur unüberschreitbaren Grenze möglicher Verfassungsänderungen, beschränkt aber andererseits selbst das Prinzip der Volkssouveränität, indem es selbst der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes Grenzen setzt.[62] Aus diesem Spannungsfeld folgt nach Pieroth eine restriktive Handhabung des Art. 73 Abs. 3 GG dahingehend, dass der Wortlaut der Norm ernst genommen werden müsse: „Es heißt ‚1 *und* 20‘, nicht ‚1 bis 20‘.“[63] Bezogen auf das Rechtsstaatsprinzip muss folglich zwischen solchen Konkretisierungen, welche in Art. 20 GG selbst normiert sind und solchen, welche das Rechtsstaatsprinzip zwar maßgeblich mitprägen, diesem aber als Spezialregelungen vorgehen, unterschieden werden.[64] Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet überzeugen auch die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts, wonach die Konkretisierungen des Art. 19 Abs. 4 GG a. F., obschon sie auf das Rechtsstaatsprinzip bezogen sind und dieses auch maßgeblich prägen, nicht vom Geltungsbereich des Art. 79 Abs. 3 GG umfasst sind.

Ist schon der gerichtliche Schutz gemeinhin nicht schlechthin vom Geltungsbereich des Art. 79 Abs. 3 GG umfasst und gehört folglich nicht zum „Kern“ des Rechtsstaatsprinzips, welcher sich direkt aus Art. 20 Abs. 3 GG ergibt,[65] so drängt sich auf, dass dies auch für den verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz gelten muss. Die eingangs aufgeworfene Frage, ob die funktionell-institutionelle Legitimation des Bundesverfassungsgerichts bereits Art. 20 GG entspringt, muss somit negativ beantwortet werden. Vielmehr erhält das Bundesverfassungsgericht seine funktionell-institutionelle Legitimation durch seine grundgesetzliche Ausgestaltung in Art. 92–94 GG.[66]

2. Legitimation qua Konstitutionalisierung – Die institutionelle Legitimation des Bundesverfassungsgerichts

Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts in der Verfassung birgt, wie auch die ehemalige Bundesverfassungsrichterin Britz konstatiert, ein „nicht auflösbares Spannungsverhältnis zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung“[67], welches bereits in der Funktion des Bundesverfassungsgerichts selbst angelegt ist: Da lediglich der Gesetzgeber unmittelbar demokratisch legitimiert ist, während das

[62] Vgl. *Pieroth*, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, S. 474.

[63] *Pieroth*, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, S. 474 (Hervorhebung im Original).

[64] Vgl. *Sachs*, Art. 20 Rn. 77.

[65] Vgl. *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, S. 840; *Bäcker*, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, S. 186 ff.

[66] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 100.

[67] *Britz*, Das Verhältnis von Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, S. 319.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mit der Verwerfungs- und Letztinterpretationskompetenz ausgestattete[68] Bundesverfassungsgericht hingegen lediglich mittelbar legitimiert ist (worauf im Folgenden noch näher einzugehen ist), „treten hier Verfassungsstaatlichkeit und Demokratieprinzip unweigerlich in Konkurrenz".[69]

Hinsichtlich dieses in der Funktion des Bundesverfassungsgerichts angelegten Spannungsverhältnisses ist das Gericht jedoch funktionell-institutionell *demokratisch* legitimiert. Bereits dem Akt der Konstitutionalisierung entspringt eine funktionell-institutionelle Legitimation der Staatsfunktion der Verfassungsgerichtsbarkeit; das Bundesverfassungsgericht wurde von der verfassungsgebenden Gewalt in ebenjenes Spannungsfeld gesetzt.[70] Folglich ist die Verfassungsgerichtsbarkeit auch hinsichtlich zwingender funktionsimmanenter Spannungen mit anderen Verfassungsgütern legitimiert. Damit bewirkt die funktionell-institutionelle Legitimation des Bundesverfassungsgerichts eine Engführung der Frage nach dessen demokratischer Legitimation: Da das Spannungsfeld zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und dem Grundsatz der Volkssouveränität der verfassungsgerichtlichen Funktion immanent ist, kann unter Verweis auf dieses die demokratische Legitimation des Bundesverfassungsgerichts nicht dem Grundsatz nach bestritten werden.

3. Legitimation qua Funktion – Die funktionelle Legitimation des Bundesverfassungsgerichts

Neben der Konstitution des Bundesverfassungsgerichts durch die Art. 92 ff. GG entspringt auch der Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit selbst – ungeachtet des vorstehend thematisierten Spannungsfeldes – demokratische Legitimation. Diese Legitimation qua Funktion entspringt der Verknüpfung individueller Selbstbestimmung mit dem demokratischen Mehrheitsentscheid.[71] Möllers spricht insofern von „einem wechselseitigen Ermöglichungszusammenhang":[72]

---

[68] Vgl. zur Letztinterpretationskompetenz des Bundesverfassungsgerichts *Bäcker*, Nichtbegründetes Nichtannehmen, S. 495 ff.

[69] *Britz*, Das Verhältnis von Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, S. 319; vgl. auch *Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, S. 216, welcher ebenfalls „die Frage nach dem Verhältnis von Legitimation und Funktion des Verfassungsgerichts" aufgeworfen sieht.

[70] Paradigmatisch hierzu *Hilpert*, Begründungspflicht des Bundesverfassungsgerichts?, S. 221: „Soweit das Grundgesetz dem Bundesverfassungsgericht den Auftrag erteilt, Entscheidungen der Volksvertreter zu kontrollieren, kann eine zu stark ausgeprägte demokratische Verantwortlichkeit diesen Auftrag aber auch gefährden – denn das Grundgesetz hält das Bundesverfassungsgericht ja ausdrücklich dazu an, dem demokratischen Räderwerk im Falle der Identifikation eines Verfassungsverstoßes ‚in die Speichen zu fallen'".

[71] Vgl. zur Verknüpfung individueller und kollektiver Freiheit auch *Di Fabio*, Schwankender Westen, S. 139 ff.

[72] *C. Möllers*, Gewaltengliederung, S. 56.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

> „Ein Anspruch auf demokratische Legitimation kann nur soweit erhoben werden wie die einzelnen Mitglieder des Legitimationssubjektes subjektive Rechte auf demokratische Mitentscheidung haben. Umgekehrt bedarf die Reichweite des Schutzes individueller Freiheit einer demokratischen Entscheidung, weil nur so der individuelle Freiheitsgebrauch einer Person nicht auf Kosten einer anderen ausgeübt werden kann."

Sowohl die individuelle als auch die kollektive Selbstbestimmung wurzeln in der individuellen Selbstbestimmung.[73] Dies wird durch Art. 1 GG deutlich, welcher als dem Rest der Verfassung vorangestellte Fundamentalnorm – das Bundesverfassungsgericht spricht von Art. 1 GG als „Grundnorm"[74] – die Subjektqualität des Individuums, einschließlich seiner Fähigkeit zur freien Willensbildung,[75] zum Fundament des Grundgesetzes erhebt.[76]

Die Grundrechte schützen zuvörderst die individuelle Freiheit als Abwehrrechte des Individuums gegen den Staat. Das Bundesverfassungsgericht sichert, als Hüter der Verfassung im Allgemeinen und Hüter der Grundrechte im Speziellen,[77] zum einen eine effektive Durchsetzung der Minderheitenrechte, wodurch es auch eine *demokratisch* relevante Funktion ausübt. Zum anderen ist – wie dargelegt – der Schutz der individuellen Freiheit auch ein demokratieimmanentes Anliegen[78] – zumindest in Bezug auf die grundgesetzliche Demokratiekonzeption. Auch dem subjektiven Rechtsschutz kommt eine Legitimationsleistung zu.[79] Demnach fließt dem Bundesverfassungsgericht qua seiner Funktion demokratische Legitimation zu. Konstatiert also Dreier, dass „der funktionell-institutionellen Komponente bei der Rechtsprechung […] größere Bedeutung zukommt als etwa bei der vollziehenden Gewalt",[80] so ist dem hinzuzufügen, dass dies insbesondere für das Bundesverfassungsgericht gilt.

Die Verbindung zwischen individueller und kollektiver Freiheit im demokratischen Kontext – Di Fabio verwendet das Bild einer normativen „Doppelhelix"[81] –

[73] Vgl. *C. Möllers*, Gewaltengliederung, S. 29; *Honer/Rudolff*, Die Leistungsfähigkeit der Legitimationskettentheorie, S. 464.

[74] Vgl. BVerfGE 27, 344 (351); 34, 238 (245).

[75] Vgl. *C. Möllers*, Gewaltengliederung, S. 30.

[76] Vgl. *Hofmann*, Die versprochene Menschenwürde, S. 355 f.

[77] Vgl. vertiefend zur Bezeichnung des „Hüters der Verfassung" *Papier*, Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Grundrechte, Rn. 2.

[78] Vgl. *Scheid*, Demokratieimmanente Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 229; *Isensee*, Grundrechte und Demokratie, S. 171 ff.; *Honer/Rudolff*, Die Leistungsfähigkeit der Legitimationskettentheorie, S. 464.

[79] Vgl. *C. Möllers*, Gewaltengliederung, S. 57; vgl. auch zum Minderheitenschutz als Grundrechtsfunktion *Kutscha*, Grundrechte als Minderheitenschutz, S. 674 f.

[80] *Dreier*, Art. 20 (Demokratie) Rn. 142; vgl. auch *Groß*, Selbstverwaltung der Gerichte als Voraussetzung ihrer Unabhängigkeit, S. 301: „Davon unabhängig ist eine Übertragung der für die hierarchische Verwaltung entwickelten Vorstellung, dass die personelle Legitimation nur durch die Regierung erfolgt, auf die Gerichte unzutreffend, da sie die Funktionsunterschiede zwischen Exekutive und Judikative unzulässig verkürzt".

[81] *Di Fabio*, Schwankender Westen, S. 139.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

darf nicht über die Unterscheidbarkeit individueller und kollektiver Freiheit hinwegführen. Es handelt sich trotz Divergenzen um zwei verschiedene Legitimationsmodi, welche sich auch in den Verfahren, in denen sie realisiert werden – dem subjektiven Rechtsschutz einerseits und dem Prozess demokratischer Willensbildung andererseits[82] – gegenüberstehen.[83] Nicht nur sind beide Legitimationsmodi unterscheidbar, sie stehen sich darüber hinaus – trotz ihrer Wechselbezüglichkeit – auch antagonistisch gegenüber. Das vorstehend beschriebene Spannungsfeld zwischen dem Gesetzgeber und der Verfassungsgerichtsbarkeit schlägt so auf das Verhältnis individueller zu kollektiver Selbstbestimmung durch.

III. Die rahmensetzende funktionell-institutionelle Legitimation des Bundesverfassungsgerichts

Das Spannungsfeld zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und dem demokratischen Mehrheitsentscheid, mithin letztlich dem Grundsatz der Volkssouveränität, kann nicht dadurch aufgelöst werden, dass dem Bundesverfassungsgericht oder dem Gesetzgeber Vorrang eingeräumt wird; vielmehr gilt es den Konflikt durch einen Ausgleich aufzulösen. Dies vermag der Verweis auf die funktionell-institutionelle Legitimation des Bundesverfassungsgerichts nicht zu leisten. Auch die Frage der demokratischen Legitimation des Bundesverfassungsgerichts ist damit nicht abschließend beantwortet. Wohl aber setzt die funktionell-institutionelle Legitimation des Bundesverfassungsgerichts einen legitimatorischen Rahmen. Die Frage nach der demokratischen Legitimation des Bundesverfassungsgerichts ist folglich keine binäre, sondern eine graduelle; sie ist darauf gerichtet, wie weit das Bundesverfassungsgericht legitimiert ist. Anders gewendet: Ist das Bundesverfassungsgericht in seiner Funktion als Verfassungsgerichtsbarkeit grundsätzlich demokratisch legitimiert, was angesichts seiner Konstitutionalisierung kaum zu bezweifeln ist, so bleibt zu prüfen, ob ihm auch in seiner konkreten Ausgestaltung ein hinreichendes Legitimationsniveau zukommt. Während sich das Legitimationsniveau nach der personell-organisatorischen und der sachlich-inhaltlichen Legitimation des Bundesverfassungsgerichts bestimmen lässt, richtet sich der legitimatorische Grenzwert, ab wann das Legitimationsniveau als hinreichend angesehen werden kann, nach dessen Funktion. Die funktionell-institutionelle Legitimation entscheidet somit nicht nur über das Ob der Legitimation überhaupt. Ihr kommt auch eine rahmensetzende Bedeutung zu.

[82] Das sich auch im Prozess der demokratischen Willensbildung individuelle Freiheit betätigt, ist als Ausweis der Wechselbezüglichkeit beider Legitimationsmodi anzusehen.

[83] Vgl. *Kriele*, Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum, Rn. 1 ff.; *Starck*, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, Rn. 1 ff.; *C. Möllers*, Gewaltengliederung, S. 56 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

B. Die personell-organisatorische Legitimation des Bundesverfassungsgerichts

Die personell-organisatorische Legitimationskomponente nimmt innerhalb der Legitimationskettentheorie eine prominente Rolle ein. Es kann gar der Eindruck einer personellen Zentrierung der Theorie gewonnen werden. Obschon der Annahme eines generellen Vorrangs jener personellen Legitimationskomponente dem gleichberechtigten Wechselspiel zwischen personell-organisatorischer und sachlich-inhaltlicher Legitimation innerhalb des Legitimationsniveaus entgegensteht,[84] so ist die sich entlang der Berufungskette vollziehende personelle Legitimationskette doch charakteristisch für die Legitimationskettentheorie in ihrer Gänze.

Die personell-organisatorische Legitimation der Richter des Bundesverfassungsgerichts mag *prima facie* unproblematisch erscheinen. Schließlich werden die Bundesverfassungsrichter (inzwischen)[85] direkt vom Bundestag respektive Bundesrat mit qualifizierter Mehrheit gewählt. Doch erweckt die Legitimationskonsumption entlang der Legitimationskette – eingedenk des Spannungsfeldes zwischen Gesetzgebung und Verfassungsgerichtsbarkeit – Zweifel an diesem Eindruck; trotz direkter Wahl der Hälfte der Verfassungsrichter durch den Bundestag ist die personelle Legitimation auch dieser Richter des Bundesverfassungsgerichts notwendigerweise schwächer als die des direkt gewählten Wahlorgans. Dies gilt umso mehr für die Wahl der Verfassungsrichter durch den Bundesrat: Die Legitimationskette umfasst in diesem Fall schon fünf „Glieder".[86] Aufgrund der Legitimationskonsumption entlang der Berufungskette erweist sich dies nicht nur in Bezug auf den legitimatorischen Vergleich der Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem Gesetzgeber als problematisch; es kann ob des erheblichen *Legitimationsgefälles* zwischen der Bundesverfassungsrichterwahl durch den Bundestag und der durch den Bundesrat keine einheitliche (personelle) Legitimation der Bundesverfassungsrichter angenommen werden. Auch die – seit jeher bisweilen heftig kritisierte – tatsächliche Wahlpraxis erweist sich als virulent für die personell-organisatorische Legitimation des Bundesverfassungsgerichts.

Insbesondere die tatsächliche Wahlpraxis sowie das Legitimationsgefälle zwischen solchen Bundesverfassungsrichtern, welche vom Bundestag gewählt wurden und jenen, die vom Bundesrat gewählt wurden, mögen die Reformbedürftigkeit des – für die personelle Legitimation des Gerichts zentralen – Wahlverfahrens der Richter des Bundesverfassungsgerichts verdeutlichen. Die folgenden Ausführungen erschöpfen sich daher nicht in der Problemanalyse, sondern verfolgen auch einen konstruktiven Lösungsansatz. Anhand des soggenannten dreistufigen Wahlmodells wird skizziert, wie den aufgeworfenen Problempunkten im Rahmen einer Reform des Wahlverfahrens der Richter des Bundesverfassungsgerichts begegnet werden

[84] Vgl. hierzu unten, S. 194 ff.

[85] Vgl. zur Rechtslage vor der Reform des § 6 BVerfGG noch unten, S. 140 ff.

[86] Vgl. hierzu näher unten, S. 146 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kann, ohne die Vorzüge des aktuellen Verfahrens – insbesondere die ungebrochen hohe Akzeptanz des Bundesverfassungsgerichts in der Bevölkerung,[87] welche gemeinhin auf die Vermeidung einer „Politisierung" des Gerichts zurückgeführt wird, kann insofern hervorgehoben werden – aufgeben zu müssen.

I. Die personell-organisatorische Komponente in Rechtsprechung und Literatur

Das Erfordernis einer personell-organisatorischen Legitimation soll sicherstellen, dass lediglich demokratisch legitimierte Personen hoheitliche Gewalt ausüben.[88] Die personell-organisatorische Komponente hat folglich die Maßstäbe der Einsetzung des mit der Wahrnehmung staatlicher Angelegenheiten betrauten Amtswalters, dessen Handeln auf das Volk als Legitimationssubjekt rückführbar sein muss, zum Gegenstand.[89]

Die personelle Legitimation wird durch eine ununterbrochene, auf das Volk rückführbare Legitimationskette vermittelt.[90] Die qua personeller Berufungskette vermittelte demokratische Legitimation erstreckt sich über die Personen auf die staatlichen Organe, in denen und für welche der jeweilige Amtswalter tätig ist.[91] Notwendig ist eine konkret-individuelle Legitimation des einzelnen Amtswalters, nach dem sogenannten Prinzip der individuellen Berufung durch das Volk beziehungsweise durch volksgewählte Organe.[92] Hinsichtlich der Rückführbarkeit auf das Volk als Legitimationssubjekt ist das Erfordernis der Lückenlosigkeit der Legitimationskette entscheidend. Im Zuge der Legitimationsmittlung entlang der Berufungskette „verbraucht" der jeweilige Legitimationsmittler einen Teil der ihm zukommenden Legitimation und kann lediglich den „unverbrauchten" Rest an Legitimation weiterreichen.[93] Es findet folglich eine Legitimationskonsumption statt: Das Maß personeller Legitimation nimmt entlang der Legitimationskette ab, je weiter sich diese vom Volk als Legitimationsquell entfernt.[94]

---

[87] Vgl. zum Vertrauen der Bevölkerung in das Bundesverfassungsgericht https://de.statista.com/statistik/daten/studie/3612/umfrage/institutionen-denen-die-deutschen-vertrauen/. Vgl. auch S. 17 Fn. 13.

[88] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 105.

[89] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 16.

[90] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 16; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 52 f.; *Jestaedt*, Demokratische Legitimation – quo vadis?, S. 650.

[91] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 16.

[92] Vgl. *Herzog*, Allgemeine Staatslehre, S. 210.

[93] Vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 274.

[94] Vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 274.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ausgangs- und Bezugspunkt der personellen Legitimation ist das Parlament als Quell der demokratischen Legitimation. Zwar sind Formen personeller Legitimation denkbar, in welchen das Parlament in lediglich legitimationsmittelnder, nicht aber in unmittelbar legitimationsspendender Form beteiligt ist, gleichwohl ist das direkt gewählte Legislativorgan notwendiges Glied innerhalb einer jeden (personellen) Legitimationskette.[95] Prägnant formulierte Böckenförde den Grundsatz, es gebe keine Form demokratischer Legitimation außerhalb der Volkswahl, „die am Parlament als Legitimationsmittler vorbei verläuft".[96] Diese zentrale Stellung kommt dem Parlament vermöge seines Legitimationsvorsprungs und der damit einhergehenden hohen demokratischen Dignität zu: Das Parlament wird unmittelbar gewählt, die personelle Legitimation der gewählten Abgeordneten tritt unvermittelt ein und wird durch die Wahl periodisch aktualisiert.[97] Gleichwohl kann eine äquivalente Rückkoppelung, mangels Möglichkeit zur Abberufung während einer Legislaturperiode sowie der verfassungsrechtlichen Statuierung des Grundsatzes des freien Mandats, nicht attestiert werden.[98]

Dieser Sonderstellung des Parlaments als Ausgangspunkt personeller Legitimation stehen auch die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts nicht entgegen, wonach ein Gewaltenmonismus des Parlaments abzulehnen sei,[99] da sich die Sonderstellung nicht auf das Parlament in seiner Legislativfunktion, sondern auf die personell-organisatorische Legitimation bezieht. So betont auch Ossenbühl, auf welchen sich das Gericht insoweit bezieht,[100] dass dem Parlament trotz dieser besonderen Stellung kein Vorrang gegenüber den anderen verfassungsrechtlich institutierten Staatsorganen zukommt.[101] Gleichwohl erkennt auch Ossenbühl einen „Vorsprung demokratischer Legitimation"[102] des Parlaments hinsichtlich dessen primärer personeller Legitimation an. Ossenbühls Ablehnung einer übergeordneten Stellung des Parlaments rührt daher, dass er die verfassungsunmittelbare institutionelle und funktionelle Legitimation höher gewichtet als die personelle Legitimation.[103] Die Rolle des Parlaments als Bezugs- und Ausgangspunkt *innerhalb* der

[95] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 16; *Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 73 f.; *Herzog*, Allgemeine Staatslehre, S. 210; BVerfGE 47, 253 (275); 52, 95 (130).

[96] *Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 74.

[97] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 16; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 53.

[98] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 53, welcher des Weiteren hervorhebt, dass sich das Maß an so erreichter Personallegitimation kaum steigern lässt, abgesehen von der Einführung von Abberufungsmodellen respektive der Verkürzung der Legislaturperioden.

[99] Vgl. BVerfGE 49, 89 (125 f.).

[100] Vgl. BVerfGE 49, 89 (125), siehe auch oben, S. 120 ff.

[101] Vgl. *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 187 ff., 199.

[102] *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 199.

[103] Vgl. *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 199.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

personell-organisatorischen Legitimation[104] wird hingegen auch von Ossenbühl nicht bestritten.[105]

Die Legitimationskette soll sich über das Parlament, als organschaftliche Repräsentation, auf das Volk rückführen lassen können.[106] In der sich zumeist als vielstufig und zugleich höchst mittelbar darstellenden Reihe von Berufungsakten entlang der Legitimationskette, liegt die Gefahr einer Verselbstständigung begründet: Die einmal eingerichtete Legitimationskette könnte sich von einem der vorgeschalteten Legitimationsmittler lösen und damit der Rückführbarkeit auf das Parlament entgegenstehen.[107] So könnte sich der ursprüngliche legitimierende Gehalt, welcher der Berufung eines Amtswalters innewohnt, mit der Zeit verflüchtigen, während die Rückbindung an das Volk im Falle einer einmaligen, auf Lebenszeit erfolgenden Berufung gar zur bloßen Fiktion verkäme.[108]

Der Verflüchtigung des legitimierenden Gehalts der Personenauswahl wird durch periodische Neuwahlen entgegengewirkt. Insoweit kann beispielsweise auf die obersten Amtsträger verwiesen werden.[109] Das Erfordernis der periodischen Neuwahl greift jedoch nicht durch, insbesondere auf einmal berufene Lebenszeitbeamte hat es keine Anwendung. Daraus ergibt sich das Bedürfnis, die personelle Legitimation um ein organisatorisches Verantwortungsmodell zu ergänzen.[110] So wird die Legitimation des Amtswalters auf dessen jeweiligen Funktionsbereich beschränkt. Der Amtswalter ist entlang der Berufungskette in seinem Handeln typischerweise organisatorisch rückgebunden, sowohl aufgrund der Weisungsabhängigkeit von übergeordneten Behörden oder Vorgesetzen als auch durch seine Gesetzesbindung.[111] Dem Parlament kommt somit eine umfassende Kontrollfunktion zu: Abseits der materiellen Steuerungswirkung der Gesetzesbindung, auf welche im Rahmen der *materiell-inhaltlichen* Legitimation näher einzugehen ist, konstituieren sich durch die finanzielle Steuerungsmöglichkeit des Parlaments umfassende organisatorische Kontrollmöglichkeiten.[112]

---

[104] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 16; *Herzog*, Allgemeine Staatslehre, S. 210 ff.; *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 267 ff.; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 53.

[105] Vgl. *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 199 f.

[106] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 11.

[107] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 16; *Voßkuhle/Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, S. 676.

[108] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 54.

[109] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 54.

[110] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 106; *Schliesky*, Souveränität und Legitimation von Herrschaftsgewalt, S. 295; *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 269 f.

[111] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 54; *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 106.

[112] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 54.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Anwendung auf das Bundesverfassungsgericht

Hinsichtlich der demokratischen Legitimation der Richter des Bundesverfassungsgerichts nimmt die Richterwahl eine zentrale Stellung ein: Die Bundesverfassungsrichter werden durch ihre Wahl personell legitimiert. Die legitimatorische Bedeutung der Richterwahl wird durch das Fehlen einer mit der richterlichen Unabhängigkeit korrespondierenden demokratischen Legitimation noch verstärkt[113]; ob der geringen Steuerungswirkung der stark auslegungsbedürftigen Normen der Verfassung, lässt sich die Legitimation der Bundesverfassungsrichter zuvörderst über deren Wahl herstellen.[114] Die Wahl der Richter erfolgt paritätisch alternierend durch den Bundestag sowie den Bundesrat.

Die Wahl der Richter durch den Bundesrat mag unter Gesichtspunkten des Föderalismus geboten erscheinen, so wirft sie doch Probleme hinsichtlich der demokratischen Legitimation der Richter des Bundesverfassungsgerichts auf: In Anbetracht der mit jedem Glied der Kette steigenden Legitimationskonsumption, muss angesichts der unterschiedlich langen Legitimationsketten ein Legitimationsgefälle zwischen den Wahlorganen konstatiert werden. Obwohl sie ob der einheitlichen Aufgabenwahrnehmung der Verfassungsrichter als geboten erscheint, ist eine einheitliche personell-organisatorische Legitimation folglich nicht gegeben. Das Problem des Legitimationsgefälles verschärfte sich zusätzlich durch den – begrüßenswerten – Wechsel von der indirekten Wahl hin zur Wahl durch das Plenum des Bundestags. Mit der Verkürzung der Legitimationskette bei der Richterwahl durch den Bundestag steigt die Diskrepanz zum Bundesrat als dem anderen Wahlorgan noch an.

Die Wahl der Bundesverfassungsrichter ist, unabhängig vom Wahlorgan, wesentlich durch inoffizielle Absprachen vorgeprägt. Die mit der tatsächlichen Wahlpraxis einhergehende Intransparenz des Wahlverfahrens ist Anknüpfungspunkt für eine Vielzahl heterogener kritischer Verlautbarungen: Während die eine Seite die Politisierung des Verfahrens als die Akzeptanz des Gerichts gefährdend fürchtet,[115] sieht die andere Seite in einer „Öffnung" des Wahlverfahrens hin zu einer transparenteren Richterwahl eine Möglichkeit zur Legitimationsstärkung des Bundesverfassungsgerichts.[116] Als exemplarisch für die kontrovers geführte Debatte kann auf die Äußerung Franks verwiesen werden, nach welcher die Richterwahlen „eines der

[113] Vgl. hierzu unten, S. 178 ff.

[114] Vgl. *Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 72 f.; *Preuß*, Die Wahl der Mitglieder des BVerfG als verfassungsrechtliches und -politisches Problem, S. 393.

[115] Vgl. *Scholz*, Sollen Bundesverfassungsrichter vom Plenum gewählt werden?, S. 191; *Schnelle*, Die indirekte Wahl der Bundesverfassungsrichter durch den Wahlausschuss des Bundestages vor dem Hintergrund der Parlamentarischen Repräsentationsfunktion, S. 1599; ähnlich auch *Schröder*, Verfassungsrichterwahl im transparenten Konsens?, S. 164 ff.

[116] Vgl. *Kröger*, Richterwahl, S. 99; *Lamprecht*, Vom Mythos der Unabhängigkeit, S. 70 ff.; *Preuß*, Die Wahl der Mitglieder des BVerfG als verfassungsrechtliches und -politisches Problem, S. 393.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

unerfreulichsten Kapitel in der Geschichte des Bundesverfassungsgerichts“[117] darstellen.

Die legitimatorische Bedeutung der Verfassungsrichterwahl wird durch das Fehlen einer organisatorischen Rückbindung der Richter des Bundesverfassungsgerichts an das Parlament verstärkt. Zunächst verdeutlicht das Erfordernis einer organisatorischen Rückbindung an das Berufungsorgan den auf das Ideal des hierarchischen Ministerialverwaltung ausgerichteten formalen Charakter der Rückbindung an das Parlament.[118] Abseits dieses Ideals ergeben sich, mangels formaler Rückführbarkeit, Spannungsfelder, welche die begrenzte Reichweite dieses formalen Ansatzes erkennbar werden lassen. So steht die persönliche Unabhängigkeit als besondere Ausformung der richterlichen Unabhängigkeit einer organisatorischen Rückbindung der Richter des Bundesverfassungsgerichts an das Parlament offensichtlich entgegen.

1. Die Wahl der Verfassungsrichter

Die personelle Legitimation des Bundesverfassungsgerichts knüpft an die Bestellung durch die jeweiligen Wahlorgane an, welche in Art. 94 GG rudimentär geregelt und in §§ 2–9 BVerfGG konkretisiert wird. So statuiert Art. 94 Abs. 1 GG das Erfordernis der Besetzung des Bundesverfassungsgerichts mit „Bundesrichtern und anderen Mitgliedern“.[119] Dieses Erfordernis wird von § 2 Abs. 3 S. 1 BVerfGG im Sinne einer Quotierung von drei[120] Bundesrichtern pro Senat konkretisiert. Gemäß § 3 BVerfGG ist wählbar, wer das 40. Lebensjahr vollendet hat; die Amtsdauer beträgt gemäß § 4 Abs. 1 BVerfGG 12 Jahre. Während das Gericht in zwei Senate, welche mit jeweils acht Richtern besetzt sind, unterteilt ist (§ 2 BVerfGG), erfolgt die Wahl der Richter beider Senate gemäß Art. 94 Abs. 1 GG, § 5 Abs. 1 BVerfGG jeweils hälftig durch Bundestag und Bundesrat.

a) Wahl durch Bundestag

Die Wahl der Verfassungsrichter durch den Bundestag unterstreicht die Kompetenzfülle des Bundesverfassungsgerichts, insbesondere die Verwerfungskompetenz des Gerichts ist an dieser Stelle zu nennen; lediglich der Bundestag als höchste Legitimationsquelle nach dem Volk kann dem Bundesverfassungsgericht eine hin-

[117] *Frank*, Die Mitwirkung des Bundesverfassungsgerichts an den Richterwahlen, S. 37.

[118] Vgl. vertiefend zu den organisatorischen Steuerungsmöglichkeiten des Parlaments im Rahmen der hierarchisch organisierten Ministerialverwaltung *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, S. 141 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, S. 358 f.

[119] Vgl. Art. 94 Abs. 1 GG.

[120] Ob die Konkretisierung des § 2 Abs. 3 S. 1 BVerfGG in dem Sinne zu verstehen ist, dass mindestens drei Bundesrichter, so *Heinrichsmeier*, § 2 Rn. 22, oder exakt drei Bundesrichter, so *Voßkuhle*, Art. 94, Rn. 5, zu wählen sind, ist umstritten.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

reichende demokratische Legitimation vermitteln.[121] Bestanden hinsichtlich der Wahl durch den Bundestag noch bis 2015 Zweifel in Bezug auf deren Verfassungsmäßigkeit, welche in der indirekten Wahl begründet lagen, so sind diese durch den Wechsel hin zur direkten Wahl im Plenum nunmehr ausgeräumt.

aa) Die Wahl im Plenum

Hinsichtlich der Wahl durch den Bundestag nimmt der Wahlausschuss für die Richter des Bundesverfassungsgerichts eine zentrale Rolle ein. Gemäß § 6 Abs. 1 BVerfGG schlägt er dem Plenum Kandidaten zur Wahl zum Verfassungsrichter vor. Im Plenum ist sodann eine Zwei-Drittel Mehrheit erforderlich.[122] Die Frage, inwiefern die Abstimmung im Ausschuss selbst den Anforderungen demokratischer Legitimation gerecht wird, kann aufgrund der Umstellung auf die Wahl durch das Plenum im Jahr 2015 an dieser Stelle dahinstehen.[123] Während die Richter zuvor indirekt und allein durch die 12 Mitglieder des Wahlausschusses gewählt wurden (§ 6 Abs. 2 BVerfGG a. F.), erfolgt die Wahl seit der Änderung des § 6 BVerfGG mit verdeckten Stimmzetteln im Plenum.[124] Durch die Wahl mit verdeckten Stimmzetteln soll ein Gleichlauf zur Wahl des Bundestagspräsidiums, der des Bundekanzlers sowie der des Bundespräsidenten – welche allesamt ebenfalls geheim, also mit verdeckten Stimmzetteln, erfolgen – geschaffen werden.[125]

Der nunmehr lediglich vorschlagberechtigte Wahlausschuss unterscheidet sich hinsichtlich seiner Zusammensetzung von den sonstigen Ausschüssen des Bundestages, welche sich gemäß § 12 GOBT nach der Stärke der Fraktionen zusammensetzen.[126] Die 12 Mitglieder des Wahlausschusses werden nach dem Grundsatz der Verhältniswahl vom Plenum gewählt.[127] Alle Fraktionen sind vorschlagberechtigt und können sich zu einer gemeinsamen Liste zusammenschließen.[128] Es sind

[121] Vgl. *Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 72; *Preuß*, Die Wahl der Mitglieder des BVerfG als verfassungsrechtliches und -politisches Problem, S. 393.

[122] Vgl. *Duden*, Die Wahl der Richterinnen und Richter des BVerfG und der obersten Bundesgerichte, S. 861.

[123] Vgl. hierzu aber unten, S. 140 ff.

[124] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 144; *Grünewald*, § 6 Rn. 4.

[125] Vgl. die Begründung zu Art. 1 Nr. 1 des Entwurfs des 9. Änderungsgesetzes zum BVerfGG, BT-Drs. 18/2737, S. 4; vgl. auch *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 145. Nicht mit verdeckten Stimmzetteln erfolgt die Wahl zum Wahlausschuss, welche sich nach § 48 GOBT richtet. Zwar hatte sich auch hier die Wahl mit verdeckten Stimmzetteln zwischenzeitlich als gängige Praxis etabliert, wurde aber wieder aufgegeben, weshalb die Wahl der Ausschussmitglieder nunmehr offen erfolgt, vgl. *Haratsch*, § 6 Rn. 13; *Grünewald*, § 6 Rn. 33.

[126] Vgl. *Gusy*, Das Parlament als Wahlorgan, Gesetzgeber und Prozeßpartei, Rn. 11.

[127] Vgl. *Gusy*, Das Parlament als Wahlorgan, Gesetzgeber und Prozeßpartei, Rn. 11.

[128] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 145.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mindestens zwei Listen erforderlich.[129] Die Ausschussmitglieder werden nach dem d'Hondtschen Sitzzuteilungsverfahren ermittelt.[130]

Obschon der Wahlausschuss lediglich vorschlagberechtigt ist, leistet der Ausschuss, nach einer Ansicht, durch die Vorbereitung der Beschlussfassung des Plenums nach wie vor einen wesentlichen Teil der parlamentarischen Arbeit.[131] Die tatsächliche Wahlpraxis, nach welcher die Kandidatenauswahl in den Bereich inoffizieller Absprachen vorgelagert wird, legt jedoch eine eher symbolische Bedeutung des Ausschusses nahe.[132] Jedenfalls ist der Wahlausschuss, wie auch andere Ausschüsse des Bundestages, grundsätzlich in die Funktion der Repräsentation des Volkes durch das Parlament miteinbezogen.[133] Somit muss auch der Wahlausschuss dem Grundsatz der Spiegelbildlichkeit entsprechen, mithin die Stärke der im Plenum vertretenen Fraktionen möglichst getreu abbilden.[134]

Jedoch kann die Besetzung des Ausschusses von der im Plenum vertretenen Fraktionsstärke abweichen, da die Zahl der in der Wahl des Ausschusses abgegebenen Stimmen nicht zwingend derjenigen des Stimmenverhältnisses der Fraktion entspricht.[135] Zudem begünstigt bei der Zusammensetzung des Wahlausschusses die Anwendung des Höchstzahlverfahrens nach d'Hondt größere Fraktionen.[136] Der Effekt der Verzerrung wird durch die vergleichsweise geringe Größe des Ausschusses von lediglich 12 Mitgliedern verstärkt.[137] Einer auf diesen Verzerrungseffekt abzielenden Kritik an dem Höchstzahlverfahren nach d'Hondt ist jedoch entgegenzuhalten, dass auch alternative Verfahren, wie beispielsweise das auch bei Bundestagswahlen zur Anwendung kommende Verfahren der mathematischen Proportionen nach Sainte-Laguë/Schepers, keine genaue Abbildung der Fraktionsstärken im Ausschuss gewährleisten können.[138] Das Bundesverfassungsgericht selbst hält das d'hondtsche Höchstzahlverfahren für verfassungskonform.[139] Die geringe Anzahl an Ausschussmitgliedern lässt sich dadurch rechtfertigen, dass sie der

[129] Vgl. *Haratsch*, § 6 Rn. 13.

[130] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 145; *Grünewald*, § 6 Rn. 15.

[131] Vgl. *Haratsch*, § 6 Rn. 17.

[132] Vgl. hierzu unten, S. 162 ff.

[133] Vgl. BVerfGE 80, 188 (221 f.); *Haratsch*, § 6 Rn. 17.

[134] Vgl. *Haratsch*, § 6 Rn. 17.

[135] Vgl. *Gusy*, Das Parlament als Wahlorgan, Gesetzgeber und Prozeßpartei, Rn. 11. So scheiterte der Einzug der Grünen in den Wahlausschuss (damals noch „Wahlmännergremium"), da die Zahl der Stimmen, welche für ihren Listenvorschlag abgegeben wurden, so weit hinter der Fraktionsstärke der Grünen zurückblieb, dass die Liste nicht berücksichtigt werden konnte.

[136] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 171 ff.; *Haratsch*, § 6 Rn. 17.

[137] Vgl. *Haratsch*, § 6 Rn. 18.

[138] Vgl. *Haratsch*, § 6 Rn. 18.

[139] Vgl. BVerfGE 131, 230 (236).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wahrung der Vertraulichkeit des Auswahlprozesses dient.[140] Flankiert wird die geringe Anzahl der Ausschussmitglieder von der Verschwiegenheitspflicht, welche den Mitgliedern des Ausschusses obliegt (§ 6 IV BVerfGG), sowie der Nicht-Öffentlichkeit der Sitzungen des Wahlausschusses (§ 69 I GOBT).[141] Die Abweichungen vom Grundsatz der Spiegelbildlichkeit werden insgesamt als gerechtfertigt erachtet.[142]

Bei der Wahl des Bundesverfassungsrichters durch den Bundestag ergibt sich – da nunmehr der Wahlausschuss eine lediglich vorbereitende Rolle einnimmt – eine dreigliedrige Legitimationskette: Vom Volk über den Bundestag hin zum Verfassungsrichter.

bb) Die indirekte Wahl

Obschon die Bundesverfassungsrichter seit 2015 durch das Plenum gewählt werden, bleibt die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der indirekten Wahl wenigstens für den Fall einer möglichen Rückkehr zu diesem System relevant. Überdies hat sich das Bundesverfassungsgericht anlässlich dieser Frage selbst zur Wahl der Bundesverfassungsrichter geäußert. Nachdem es das Gericht zuvor vermied, sich zur indirekten Verfassungsrichterwahl zu verhalten,[143] erklärte es diese schließlich in einem Beschluss von 2012 für verfassungsgemäß.[144] Das Gericht stellte hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der indirekten Wahl auf Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG ab, welcher dem Gesetzgeber die nähere Ausgestaltung der Verfassungsrichterwahl überlasse:[145]

> „Die Vorschrift gibt den Wahlmodus nicht vor, sondern ist – wie dies bei den Bestimmungen über die Judikative (Art. 92 ff. GG) insgesamt der Fall ist – auf Ausgestaltung durch den Gesetzgeber hin angelegt. Die Wahlregelung des § 6 BVerfGG, nach der die vom Bundestag zu berufenden Richter des Bundesverfassungsgerichts mit Zweidrittelmehrheit (§ 6 Abs. 5 BVerfGG) von einem Ausschuss des Bundestages (§ 6 Abs. 1, 2 BVerfGG) gewählt werden, liegt die Auslegung zugrunde, dass Art. 94 Abs. 1 Satz 2 GG für eine gesetzliche Gestaltung des Wahlverfahrens auch insofern offen ist, als die Wahlentscheidung nicht notwendigerweise im Plenum zu treffen ist. Diese Auslegung ist durch den verfassungsändernden Gesetzgeber bestätigt worden."

---

[140] Vgl. *Haratsch*, § 6 Rn. 18.

[141] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 146; *Grünewald*, § 6 Rn. 29.

[142] Vgl. *Haratsch*, § 6 Rn. 18.

[143] Vgl. BVerfGE 40, 356; 65, 152. Das Gericht ging im Rahmen der Prüfung seiner ordnungsgemäßen Zusammensetzung nicht auf das Verfahren der Richterwahl ein. In seinem Beschluss von 2012 führt das Gericht aus, es sei auch in den vorausgegangenen Entscheidungen von einer Verfassungsmäßigkeit des Wahlverfahrens ausgegangen, vgl. BVerfGE 131, 230 (234 f.).

[144] Vgl. BVerfGE 131, 230.

[145] BVerfGE 131, 230 (234).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Bestätigung durch den verfassungsändernden Gesetzgeber sei darin zu sehen, dass dieser trotz „immer wieder geübter Kritik“[146] auf die Vornahme einer Korrektur der Artikel 92 bis 94 GG verzichtet hat.[147]

Des Weiteren wurde ein Verstoß gegen das Repräsentationsprinzip abgelehnt. Obschon der Deutsche Bundestag die Repräsentationsfunktion grundsätzlich in seiner Gesamtheit wahrnehme, sei es „zum Schutz anderer Rechtsgüter mit Verfassungsrang und unter strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit“[148] zulässig, Entscheidungsbefugnisse auf einen Ausschuss zu übertragen.[149] Im Falle der Verfassungsrichterwahl habe das Ziel der Sicherung der Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts ein hinreichendes Gewicht, um die Übertragung auf den Wahlausschuss zu rechtfertigen:[150]

> „Die Übertragung der Wahl der Bundesverfassungsrichter auf einen Wahlausschuss, dessen Mitglieder der Verschwiegenheitspflicht unterliegen (§ 6 Abs. 4 BVerfGG), findet ihre Rechtfertigung in dem erkennbaren gesetzgeberischen Ziel, das Ansehen des Gerichts und das Vertrauen in seine Unabhängigkeit zu festigen und damit seine Funktionsfähigkeit zu sichern.“

Die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts wirft Fragen auf. So nahm Sachs die Ausführungen des Gerichts, wonach im Untätigbleiben des verfassungsändernden Gesetzgebers eine Bestätigung der entsprechenden Auslegung des Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG zu sehen sei, als Anlass seiner Kritik.[151] Folge man diesem Ansatz, so hieße dies, dass jeder verfassungswidrige Zustand, welcher über einen längeren Zeitraum nicht behoben wurde, als geheilt anzusehen sein müsse.[152] Dies vermöge nicht zu überzeugen, da Untätigkeit auch andere Gründe haben könne; so wäre denkbar, dass der verfassungswidrige Zustand vom verfassungsändernden Gesetzgeber fälschlicherweise als verfassungsgemäß erachtet wurde oder aus politischen Gründen keine Zweidrittelmehrheit für eine entsprechende Verfassungsänderung zustande gekommen ist.[153]

Auch geht das Bundesverfassungsgericht nicht auf die Problematik der Legitimationskonsumption[154] ein. Aufgrund der zusätzlichen Legitimationsmittelung fällt die Legitimation qua indirekter Wahl schwächer aus, als es bei einer direkten Wahl durch das Plenum der Fall wäre. Diese Verlängerung der Legitimationskette steht

[146] BVerfGE 131, 230 (234).

[147] Vgl. BVerfGE 131, 230 (234).

[148] BVerfGE 131, 230 (235).

[149] Vgl. BVerfGE 131, 230 (235).

[150] BVerfGE 131, 230 (236).

[151] Vgl. *Sachs*, Indirekte Wahl der Richter des BVerfG durch den Bundestag, S. 286.

[152] Vgl. *Sachs*, Indirekte Wahl der Richter des BVerfG durch den Bundestag, S. 286; *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 160 f.

[153] Vgl. *Sachs*, Indirekte Wahl der Richter des BVerfG durch den Bundestag, S. 286; *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 160 f.

[154] Vgl. hierzu unten, S. 162 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nach Schreier „im Widerspruch zu der immensen Bedeutung der Funktion des BVerfG für das Verfassungssystem der Bundesrepublik."[155] Schreier beruft sich[156] unter anderem auf die Ausführungen Piepers, wonach der Wahlausschuss als Wahlgremium gar keine demokratische Legitimation vermitteln könne.[157] Es sei zwar grundsätzlich die Möglichkeit gegeben, Aufgaben an einen Ausschuss zu delegieren, die Verfassung gehe jedoch davon aus, dass „wichtige politische Kompetenzen vom Plenum wahrgenommen werden und bestimmt andernfalls eine solche Delegation selbst".[158] Da die Verfassung das in § 6 BVerfGG a. F. vorgesehene Gremium nicht kenne, sei im Falle der Verfassungsrichterwahl weder die eine, noch die andere Alternative gegeben.[159] Selbst die Überlegung, dass der Wahlausschuss die politischen Kräfte des Parlaments widerspiegle und somit dem Sinn des Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG entspräche, helfe „über diesen Bruch der Kette nicht hinweg".[160]

Hinsichtlich eines möglichen Verstoßes gegen die Repräsentationsfunktion des Bundestages durch die Delegation auf einen Wahlausschuss, bezieht sich das Bundesverfassungsgericht auf die Grundsätze, welches es in dem Urteil zum Stabilisierungsmechanismusgesetz darlegte.[161] Die Anforderungen, welche das Gericht hier an eine Delegation auf ein Untergremium stellt, sind in der Tat hoch: Es bedarf eines besonderen Grundes, welcher von der Verfassung legitimiert und so gewichtig sein muss, „das er der Gleichheit der Abgeordneten die Waage halten kann".[162] Im Falle der Verfassungsrichterwahl wird die Vertraulichkeit der Angelegenheit als besonderer Grund in Betracht gezogen.

Dass in der Vertraulichkeit einer Angelegenheit ein hinreichender Delegationsgrund gesehen werden kann, geht aus dem Urteil zum Stabilisierungsmechanismus ausdrücklich hervor; als Beispiel wird hier die nachrichtendienstliche Überwachung aufgeführt.[163] Ob aber im Falle der Verfassungsrichterwahl ein mit dem der nachrichtendienstlichen Überwachung vergleichbares Bedürfnis der Vertraulichkeit gegeben ist, welches der Gleichheit der Abgeordneten die Waage halten kann, erscheint als fraglich. Durch die Vertraulichkeit der Wahl soll letztlich die Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts gesichert werden.[164] Im Falle der Wahl durch das Plenum würde dies nach Scholz „auch das Gebot der Öffentlichkeit implizieren, die

[155] *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 161.

[156] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 162.

[157] Vgl. *Pieper*, Verfassungsrichterwahlen, S. 32; vgl. auch *Teubner*, Die Bestellung zum Berufsrichter in Bund und Ländern, S. 23.

[158] *Pieper*, Verfassungsrichterwahlen, S. 32 f.

[159] Vgl. *Pieper*, Verfassungsrichterwahlen, S. 32 f.

[160] *Pieper*, Verfassungsrichterwahlen, S. 32.

[161] Vgl. BVerfGE 131, 230 (235 f.); vgl. näher zur Entscheidung zum Stabilisierungsmechanismusgesetz unten, S. 107 ff.

[162] BVerfGE 130, 318 (352).

[163] Vgl. BVerfGE 130, 318 (359 f.).

[164] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 163.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

öffentliche Anhörung von Kandidaten eingeschlossen."[165] Die Folge sei eine unvertretbare Politisierung des Wahlverfahrens durch eine oppositionelle Befragung, welche sich letztlich zu Lasten des Ansehens des Gerichts auswirken müsse.[166] In der Retrospektive lässt sich diesem Einwand entgegenhalten, dass auch im Falle der Verfassungsrichterwahl durch das Plenum Mittel zur Verfügung stehen, einer Politisierung der Wahl entgegenzuwirken. So hat sich die Wahl mit verdeckten Stimmzetteln inzwischen bewährt. Davon abgesehen lässt sich das Erfordernis der Vertraulichkeit selbst anzweifeln. So hält Landfried den „Schluss von der Vertraulichkeit der Beratungen im Wahlausschuss auf das Vertrauen in das Verfassungsgericht"[167] für einen Trugschluss. Die mangelnde Transparenz bei der Richterauswahl führe nicht zu mehr Vertrauen, sondern vielmehr zu Spekulationen über die Auswahl der Richter.[168] Dem kann entgegengehalten werden, dass die Verfassungsrichterwahl durch das Plenum an sich wenig dazu beiträgt, die Wahl transparenter zu gestalten. Vielmehr trägt sie dazu bei, dass sich die inoffiziellen Absprachen verschieben.[169] Jedoch verdeutlicht der Ansatz Landfrieds, wonach „Offenheit und Öffentlichkeit […] das Vertrauen in die Gewählten fördern",[170] dass die Vertraulichkeit der Verfassungsrichterwahl keinesfalls zwingend ist.[171]

Das Bundesverfassungsgericht nimmt zu dieser Frage selbst keine Stellung, sondern beschränkt sich darauf, die Wertung des Gesetzgebers zu akzeptieren:[172]

> „Die Übertragung der Wahl der Bundesverfassungsrichter auf einen Wahlausschuss, dessen Mitglieder der Verschwiegenheitspflicht unterliegen, findet ihre Rechtfertigung in dem erkennbaren gesetzgeberischen Ziel, das Ansehen des Gerichts und das Vertrauen in seine Unabhängigkeit zu festigen und damit seine Funktionsfähigkeit zu sichern. Die Einschätzung, dass das Bundesverfassungsgericht Funktionseinbußen erleiden könnte, wenn die Wahl seiner Mitglieder im Bundestag nicht in einer Vertraulichkeit wahrenden Weise stattfände, mag nicht in dem Sinne geboten sein, dass sie den Gesetzgeber hinderte, andere Möglichkeiten der Richterwahl zu bestimmen. Das vom Gesetzgeber verfolgte Anliegen ist aber von hinreichendem verfassungsrechtlichen Gewicht, um den Verzicht auf eine Wahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts im Plenum zugunsten eines Wahlmännergremiums […] zu legitimieren."

[165] *Scholz*, Sollen Bundesverfassungsrichter vom Plenum gewählt werden?, S. 191.

[166] Vgl. *Scholz*, Sollen Bundesverfassungsrichter vom Plenum gewählt werden?, S. 191.

[167] *Landfried*, Sollen Bundesverfassungsrichter vom Plenum gewählt werden?, S. 191.

[168] Vgl. *Landfried*, Sollen Bundesverfassungsrichter vom Plenum gewählt werden?, S. 191; vgl. auch Vgl. *Kröger*, Richterwahl, S. 99, welcher bereits 1976 für eine öffentliche Anhörung der Richterkandidaten plädierte, da so mehr Transparenz geschaffen werden könne, um „eine sachgerechtere Auswahl der Kandidaten nach vorwiegend qualitativen Gesichtspunkten" zu gewährleisten.

[169] Vgl. zur tatsächlichen Wahlpraxis noch unten, S. 152 ff.

[170] *Landfried*, Sollen Bundesverfassungsrichter vom Plenum gewählt werden?, S. 191.

[171] Vgl. hierzu auch *Kröger*, Richterwahl, S. 99.

[172] BVerfGE 131, 230 (236).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Das Gericht überlässt damit die Frage, ob die Funktionsfähigkeit des Gerichts es tatsächlich erfordert, die Verfassungsrichterwahl einem der Vertraulichkeit verpflichteten Untergremium zu überantworten, dem Gesetzgeber. Dadurch, dass das Gericht hinsichtlich der diesbezüglichen Wertung des Gesetzgebers das verfassungsrechtliche Gewicht des verfolgten Anliegens ausreichen lässt, räumt es dem Gesetzgeber implizit eine Einschätzungsprärogative ein.[173] Dieses Vorgehen verwundert bei näherer Betrachtung, betonte das Gericht schließlich einen Absatz zuvor, dass „die Informations- und Unterrichtsmöglichkeiten für die nicht beteiligten Abgeordneten nicht über das unabdingbar notwendige Maß hinaus beschränkt werden“[174] dürften. Inwieweit von einer solchen unabdingbaren Notwendigkeit ausgegangen werden kann und zugleich die die Beschränkung tragende Prämisse nicht in dem Sinne geboten sein kann, dass andere (weniger invasive) Möglichkeiten ausgeschlossen werden können, bleibt unerfindlich.

Das Gericht unterläuft die selbst aufgestellten strengen Maßstäbe, indem es seinen Kontrollmaßstab zurücknimmt. Schnelle attestiert dem Bundesverfassungsgericht insofern einen urteilsinternen Widerspruch.[175] Über diesen urteilsinternen Widerspruch hinaus erscheint die Vereinbarkeit einer solchen Einschätzungsprärogative mit den Maßstäben, welche das Bundesverfassungsgericht zuvor im Rahmen der Entscheidung zum Stabilisierungsmechanismusgesetz aufstellte und auf welche es auch in der zugrunde liegenden Entscheidung ausdrücklich Bezug nimmt, aber auch sonst fraglich. So betonte das Gericht zuvor noch, dass insbesondere solchen Entscheidungen, welchen eine erhebliche Tragweite zukommt, ein Verfahren vorausgehen müsse, „das der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten“.[176] Vor diesem Hintergrund erscheint die Wahl durch einen zur Geheimhaltung verpflichteten Ausschuss, insbesondere ob der unbestritten hohen Bedeutung der Bundesverfassungsrichterwahl, als problematisch.[177]

Die Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts als – gegenüber der Repräsentationsaufgabe des Parlaments – gewichtiges Verfassungsgut stellt Schreier in Frage.[178] Zunächst könne nicht daraus, dass das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum Stabilisierungsmechanismusgesetz den Eingriff in die Rechte der Abgeordneten mit der Funktionsfähigkeit des Bundestages rechtfertigte, geschlossen werden, dass die Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts im gleichen

[173] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 163.

[174] BVerfGE 131, 230 (235 f.).

[175] Vgl. *Schnelle*, Die indirekte Wahl der Bundesverfassungsrichter durch den Wahlausschuss des Bundestages vor dem Hintergrund der Parlamentarischen Repräsentationsfunktion, S. 1599.

[176] BVerfGE 130, 318 (344).

[177] Vgl. *Schnelle*, Die indirekte Wahl der Bundesverfassungsrichter durch den Wahlausschuss des Bundestages vor dem Hintergrund der Parlamentarischen Repräsentationsfunktion, S. 1599.

[178] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 163 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Maße als Rechtfertigung herangezogen werden könne.[179] Die Funktionsfähigkeit des Bundestages korrespondiere mit den Rechten der Abgeordneten, es bestehe ein enger Funktionszusammenhang, welcher ein Abhängigkeitsverhältnis begründe; das Parlament könne seiner zentralen Rolle im repräsentativ-demokratischen Verfassungsstaat nur wahrnehmen, sofern die Abgeordneten über eine gesicherte Rechtsstellung verfügen, und die Abgeordneten können ihre Rechte lediglich in einem funktionsfähigen Parlament effektiv wahrnehmen.[180] Es ist in der Tat nicht ersichtlich, dass ein vergleichbarer Funktionszusammenhang zwischen den Abgeordnetenrechten und der Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts bestünde. Auch wirkt sich die Delegation der Wahl, über eine Beeinträchtigung der Abgeordnetenrechte hinaus, eingedenk der Legitimationskonsumption, negativ auf die demokratische Legitimation der Verfassungsrichter aus, weil das Zwischenschalten eines weiteren Glieds in die Berufungskette sich vermindernd auf die (personelle) demokratische Legitimation der Verfassungsrichter auswirkt.[181] Vor dem Hintergrund des Prinzips einer möglichst effektiven Rückbindung der Ausübung staatlicher Gewalt an den Volkswillen ist die indirekte Wahl auch unter diesem Gesichtspunkt zu beanstanden.

Die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der indirekten Wahl hat seit der Änderung hin zur Verfassungsrichterwahl 2015 naturgemäß an Aktualität verloren. Gleichwohl führt die Tatsache, dass der indirekte Wahlmodus die längste Zeit des Bestehens des Bundesverfassungsgerichts die Verfassungsrichterwahl bestimmte, dazu, dass die Frage nach deren Verfassungsmäßigkeit dennoch relevant bleibt. Auch, dass sich das Bundesverfassungsgericht selbst, anlässlich der in Frage stehenden Verfassungsmäßigkeit, zu der „eigenen" Wahl – wenn auch nur auffallend knapp – äußerte, stärkt diesen Befund. Man muss die indirekte Wahl der Bundesverfassungsrichter nicht, mit Schreier, als verfassungswidrig ansehen,[182] um der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsrichterwahl Kritisches entgegenzuhalten. So bemängelte Schnelle die mangelnde Kohärenz der Entscheidung, hält dem Befund der Verfassungswidrigkeit der indirekten Wahl aber letztlich das öffentliche Vertrauen in das Gericht entgegen.[183] Der indirekten Wahl die Funktionsfähigkeit des Gerichts beziehungsweise das Vertrauen in dieses zugute zu halten, erscheint retrospektiv jedoch wenig überzeugend. Weder können Funktionseinbußen des Bundesverfassungsgerichts noch ein merklich gesunkenes Vertrauen in dieses seit der Umstellung auf die Verfassungsrichterwahl durch das Plenum attestiert werden. Geblieben sind die Zweifel an der Kohärenz der verfassungsgerichtlichen Ausführungen zur indirekten Wahl. Allerdings: Hätte das Bun-

[179] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 164 f.

[180] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 165.

[181] Vgl. zur Legitimationskonsumption unten, S. 162 ff.

[182] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 176.

[183] Vgl. *Schnelle*, Die indirekte Wahl der Bundesverfassungsrichter durch den Wahlausschuss des Bundestages vor dem Hintergrund der Parlamentarischen Repräsentationsfunktion, S. 1599; ähnlich auch *Schröder*, Verfassungsrichterwahl im transparenten Konsens?, S. 164 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

desverfassungsgericht die indirekte Wahl als verfassungswidrig verworfen, so hätte dies für das Gericht selbst dessen durchgehend fehlerhafte Besetzung zur Konsequenz gehabt.[184] Somit war die Entscheidung, obschon in ihrer Begründung kritikwürdig, im Ergebnis wohl vorgezeichnet.

b) Wahl durch Bundesrat

Bei der Wahl durch den Bundesrat ist ebenfalls eine Zwei-Drittelmehrheit erforderlich, § 7 BVerfGG. Während die Wahl im Bundestag mit verdeckten Stimmzetteln stattfindet, richtet sich die Wahl im Bundesrat nach dessen allgemeinen Regeln für Beschlüsse.[185] Der Bundesrat verhandelt gemäß Art. 52 Abs. 3 S. 3 GG, §§ 17 GOBR grundsätzlich öffentlich, gemäß § 29 Abs. 1 GOBR erfolgt die Abstimmung durch Aufruf der Länder oder durch Handaufheben.[186] Im Übrigen gelten die allgemeinen Grundsätze, wie die Einheitlichkeit der Stimmabgabe.[187] Ein Äquivalent zur Verschwiegenheitspflicht des Wahlausschusses des Bundestags existiert für den Bundesrat nicht. Dies verwundert schon auf den ersten Blick, betrifft der Zweck der Verschwiegenheitspflicht schließlich alle Verfassungsrichter gleichermaßen; für die Schutzwürdigkeit des Ansehens des Bundesverfassungsgerichts sowie der Privatsphäre der Richter dürfte es unerheblich sein, ob die Wahl des jeweiligen Richters im Bundestag oder Bundesrat erfolgte.[188]

Die Wahl des Verfassungsrichters durch den Bundesrat knüpft eine fünfgliedrige Legitimationskette: Vom Volk über das Landesparlament, die Landesregierung und den Bundesrat hin zum Richter des Bundesverfassungsgerichts. Das (Landes-)Volk wählt das jeweilige Landesparlament, welches wiederrum einen Ministerpräsidenten wählt. Der Ministerpräsident bildet gemeinsam mit den von ihm ernannten Ministern die Landesregierung,[189] welche Vertreter in den Bundesrat entsendet (Art. 51 GG), die wiederrum gemäß § 7 BVerfGG die Richter des Bundesverfassungsgerichts in direkter Wahl wählen.[190] Dadurch, dass sich die Legitimationskette bei der Wahl durch den Bundesrat länger gestaltet als bei der Wahl durch den Bundestag, ist die Frage nach einem Legitimationsgefälle innerhalb der Verfassungsrichterschaft aufgeworfen: Sind die durch den Bundestag gewählten Richter stärker demokratisch legitimiert als jene, deren Wahl durch den Bundesrat erfolgt?

---

[184] Vgl. *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 42.

[185] Vgl. *Grünewald*, § 7 Rn. 3.

[186] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 147; *Haratsch*, § 7 Rn. 8.

[187] Vgl. *Grünewald*, § 7 Rn. 3.

[188] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 147.

[189] Anders verhält es sich in Bayern: Hier gehören gemäß Art. 43 II BV auch die Staatssekretäre zur Landesregierung.

[190] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 152.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

aa) Legitimationsgefälle bei der Richterwahl durch den Bundesrat

Für ein derartiges Legitimationsgefälle spricht die mehrfache Vermittlung der Wahl durch den Bundesrat.[191] Nach Jestaedt „verbraucht" jeder Legitimationsmittler einen Teil der ihm zukommenden Legitimation und kann lediglich den „unverbrauchten" Rest an Legitimation weitergeben.[192] Das Maß an personeller Legitimation nehme mithin entlang der Legitimationskette ab, je weiter sich diese vom Volk als Legitimationsquell entfernt.[193] Auch die Ausführungen Böckenfördes stützen die Annahme einer Legitimationskonsumption entlang der Berufungskette: Zwar seien mittelbare wie unmittelbare Berufungen durch das Volk gleichermaßen zulässig, jedoch würde die unmittelbare Berufung „eine höhere demokratische Dignität" begründen.[194] Ossenbühl, welcher die höhere Bedeutung der funktionellen Legitimation im Verhältnis zur personellen Legitimation betont,[195] führt aus, dass jenen Organen, welche unmittelbar auf einem Kreationsakt des Volkes beruhen, eine „besondere demokratische Weihe"[196] innewohnt.

Stern zufolge lasse sich, obschon die demokratische Legitimation des Wahlaktes im Falle der Richterwahl durch den Bundesrat nicht so unmittelbar wie bei der Wahl durch den Bundestag sei, die demokratische Legitimation des Wahlaktes nicht bestreiten, da sich „auch die Mitgliedschaft im Bundesrat über die Wahl durch die Parlamente der Länder auf einen demokratischen Kreationsakt zurückführen läßt".[197] Dem ist zuzustimmen, doch steht dies auch nicht in Frage. Die mehrfach vermittelte Berufung der durch den Bundesrat gewählten Verfassungsrichter lässt deren personelle Legitimation aufgrund der Legitimationskonsumption als, im Vergleich zu den durch den Bundestag gewählten Verfassungsrichtern, *schwächer* erscheinen. Dass aber dem Wahlakt des Bundesrates *überhaupt* demokratische Legitimation entspringt, wird nicht bestritten.

Einen Schritt weiter geht Möllers, welcher eine demokratische Legitimation des Bundesrates „im Sinne einer ununterbrochenen Herleitbarkeit seiner hoheitlichen Tätigkeit vom Volk" verneint.[198] Möllers begründet seine ablehnende Haltung damit, dass die Bundesratsvertreter zwar dem Landesparlament gegenüber verantwortlich sind, „diese Verantwortlichkeit aber keine normative Anbindung an vom Bundesvolk herzuleitende Akte darstellt."[199] Dem lässt sich entgegenhalten, dass die Landes-

[191] Vgl. *Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, S. 216.

[192] Vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 274.

[193] Vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 274.

[194] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 16.

[195] Vgl. *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 196 ff.

[196] *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, S. 198.

[197] *Stern*, Das Staatrecht der Bundesrepublik Deutschland, § 32 IV.1a.

[198] *C. Möllers*, Der parlamentarische Bundesstaat – Das vergessene Spannungsverhältnis von Parlament, Demokratie und Bundesstaat, S. 102.

[199] *C. Möllers*, Der parlamentarische Bundesstaat – Das vergessene Spannungsverhältnis von Parlament, Demokratie und Bundesstaat, S. 103.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

völker mit dem Bundesvolk teilidentisch sind.[200] Mit Schreier bilden sie im Kollektiv das Bundesvolk, weshalb Mitglieder des Bundesrates als durch das Bundesvolk legitimiert anzusehen seien.[201] Zweifel an einer solch gemeinschaftlichen Repräsentation werden indes, mit Tschentscher, durch die unterschiedliche Repräsentationsdichte der Länder im Bundesrat genährt: Im Gesamtkonzept des föderalen Gremiums gewinnen die einzelnen Stimmen einen sehr unterschiedlichen Repräsentationswert.[202] Aufgrund dieses Repräsentationsdefizits könne der Bundesrat die Einzellegitimation seiner Mitglieder nicht in „eine gemeinsame demokratische Legitimation der Bundesratsentscheidungen überführen".[203] Dies finde seine Ursache darin, dass mit der Institution des Bundesrates nicht eine gleichmäßige Repräsentation, sondern die föderale Vielfalt erstrebt werde; die Ratio des Bundesrates liege *alleine im Föderalismus.*[204]

Dem somit attestierten Befund eines Demokratiedefizits der Verfassungsrichterwahl durch den Bundesrat könnte jedoch die Bedeutung des Bundesrates für das Bundesstaatsprinzip ausgleichend entgegenstehen.[205] So rechtfertigt sich die Wahl durch den Bundesrat, nach Stern, schon aus der Zuständigkeit des Gerichts, auch über Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bund und Ländern zu entscheiden. Hinzu kommt der Gedanke des föderalen Gleichgewichts zwischen Bund und Ländern, welches durch die paritätische Wahl hergestellt wird.[206] Auch Schreier ist der Ansicht, das personell-legitimatorische Defizit des Bundesrates könne durch dessen besondere Bedeutung für das Bundesstaatsprinzip „ausgeglichen werden".[207] Der Bundesrat sei kein Fremdkörper, sondern „Teil des grundgesetzlichen Demokratieprinzips".[208] Da Klein die bundesstaatliche Ordnung als komplementäres Element zum Demokratieprinzip sieht, steht es der Legitimation des Bundesrates nicht entgegen, dass diese „nicht weniger, ja deutlich stärker aus dem Prinzip der Bundesstaatlichkeit"[209] fließt.

---

[200] Vgl. *Dreier*, Art. 20 (Demokratie), Rn. 91.

[201] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 155.

[202] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt, S. 89 f.

[203] *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt, S. 90.

[204] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt, S. 90; *C. Möllers*, Der parlamentarische Bundesstaat – Das vergessene Spannungsverhältnis von Parlament, Demokratie und Bundesstaat, S. 103; vgl. auch *Heinsen/Rietdorf/Böckenförde*, Sondervotum, S. 103, wonach Bundestag und Bundesrat verschiedene Legitimationsgrundlagen haben. Daran ändere auch nichts, dass die Bundesratsmitglieder mittelbar vom jeweiligen Landesvolk legitimiert sind.

[205] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 154; *Klein*, Die Legitimation des Bundesrates und sein Verhältnis zu Landesparlamenten und Landesregierungen, S. 102 ff.

[206] Vgl. *Stern*, Das Staatrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, § 32 IV.1a.

[207] *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 154.

[208] *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 155.

[209] *Klein*, Die Legitimation des Bundesrates und sein Verhältnis zu Landesparlamenten und Landesregierungen, S. 104.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der Bundesrat sei, obschon demokratisch legitimiert,[210] nicht alleine „aus der Sicht des demokratischen Prinzips zu begreifen".[211]

Ob sich das personell-demokratische Defizit über den Ansatz der Betonung der Bedeutung des Bundesrates für das Bundesstaatsprinzip tatsächlich beheben lässt, erscheint fraglich. Die Bedeutung des Bundesrates für das Bundesstaatsprinzip soll hier nicht bestritten werden. Der Bundesrat ermöglicht über die Mitwirkung der Länder auf Bundesebene eine Integration der föderalen Vielfalt in das bundesstaatliche Gefüge.[212] Es verbleibt jedoch unklar, welche *demokratietheoretische* Relevanz diese besondere Bedeutung des Bundesrates für das Bundesstaatsprinzip hat. Dass der Bundesrat eine andere Legitimationsgrundlage als der Bundestag hat,[213] mag als Ursache des demokratischen Legitimationsdefizits einleuchtend sein, vermag dieses aber nicht zu beheben.[214] Beteuerungen wie die, dass der Bundesrat ein Teil und nicht Fremdkörper des Demokratieprinzips ist,[215] mögen wohlig klingen, können jedoch nicht über die konkreten Legitimationsdefizite – Legitimationskonsumption entlang der Berufungskette sowie die unterschiedliche Repräsentationsdichte der Länder – hinwegtäuschen. Die paritätische Beteiligung des Bundesrates an der Wahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts mit der föderalen Struktur zu erklären,[216] ist ein *staatstheoretischer* und kein *demokratietheoretischer* Ansatz. Über die Betonung des Bundesstaatsprinzips lässt sich zwar die Verfassungsmäßigkeit der paritätischen Verfassungsrichterwahl durch den Bundesrat herstellen, das demokratische Legitimationsdefizit bleibt gleichwohl bestehen. Dies ist eine Konsequenz, welche nach Tschentscher „derart kontraintuitiv ist, daß sie regelmäßig durch Schweigen überdeckt wird".[217] Es bleibt somit demokratietheoretisch beim Befund eines Legitimationsgefälles: Jene Verfassungsrichter, deren

[210] Anderer Ansicht ist *C. Möllers*, Der parlamentarische Bundesstaat – Das vergessene Spannungsverhältnis von Parlament, Demokratie und Bundesstaat, S. 103, vgl. auch oben, S. 147 ff.

[211] *Klein*, Die Legitimation des Bundesrates und sein Verhältnis zu Landesparlamenten und Landesregierungen, S. 103.

[212] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 155.

[213] Vgl. *Klein*, Die Legitimation des Bundesrates und sein Verhältnis zu Landesparlamenten und Landesregierungen, S. 103 f.; *Heinsen/Rietdorf/Böckenförde*, Sondervotum, S. 103.

[214] Eine Parallele ergibt sich zu dem europäischen Parlament, dem ebenfalls ein Repräsentationsdefizit attestiert wird. Auch die Mitglieder des europäischen Parlaments werden nicht nach den Regeln demokratischer Gleichheit gewählt. Vielmehr ist deren Wahl auf die Gewährleistung einer gewichteten Staatenparität ausgerichtet. Ist im Bundesrat die Stimme des Saarländers mehr wert als die des Bayers, so ist im europäischen Parlament die Stimme des Maltesers mehr wert als die des Franzosen. In beiden Fällen gerät das demokratische mit dem föderalen Prinzip in Konflikt, vgl. *Isensee*, Union – Nation – Region: Eine schwierige Allianz, S. 629.

[215] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 155.

[216] Vgl. *Groß*, Selbstverwaltung der Gerichte als Voraussetzung ihrer Unabhängigkeit?, S. 229.

[217] *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt, S. 335.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wahl durch den Bundesrat erfolgte, sind in personeller Hinsicht schwächer legitimiert als jene, deren Wahl durch den Bundestag erfolgte.

bb) Lösungsansatz zur Gewährleistung einer einheitlichen Legitimation

Der Befund eines Legitimationsgefälles ist keineswegs neu. Bereits 1976 attestierte Kröger, unter Rekurs auf die „längere" Legitimationskette im Falle der Richterwahl durch den Bundesrat, ein unterschiedliches demokratisches Legitimationsniveau, je nach Wahlorgan.[218] Vor diesem Hintergrund plädierte Kröger für ein einheitliches, zweistufiges Wahlverfahren, welches auch bundesstaatlichen Erwägungen Rechnung trage: Die „Wahl aller Richter mit Zweidrittelmehrheit durch den Wahlmännerausschuß und anschließende Bestätigung mit gleicher Mehrheit durch den Bundesrat."[219]

Ein etwaiges Modell einer zweistufigen Wahl hätte den Vorteil, den Bundesrat stets in die Wahl der Bundesverfassungsrichter miteinzubeziehen und zugleich – das aktuell bestehende Problem des Legitimationsgefälles behebend – für jede Richterwahl eine einheitliche Legitimation zu vermitteln.[220] Damit erscheint es gegenüber Vorschlägen, welche den Bundestag als einziges Wahlorgan vorsehen, als vorzugswürdig. Das die Wahl aktuell in „föderativer Parität"[221] abgehalten wird, liegt sachlich darin begründet, dass das Bundesverfassungsgericht auch die Aufgabe hat, über föderative Streitigkeiten zu entscheiden.[222]

Nun könnte dem Modell der zweistufigen Wahl entgegengehalten werden, dass der Bundesrat, im Vergleich zur paritätischen Wahl, eine Abwertung erfahren würde: Der Bundesrat wäre als „bloßes" Bestätigungsorgan dem Bundestag kompetenziell klar nachgeordnet. Auch ein alternierendes zweistufiges Wahlmodell, wonach die Wahl der ersten Stufe paritätisch im Wechsel dem Bundestag oder dem Bundesrat zukommen würde, erscheint wenig zielführend. Es sähe sich den gleichen Bedenken ausgesetzt, wie sie vorstehend im Hinblick auf das geltende Wahlverfahren formuliert wurden. Insbesondere müsste im Falle der Richterwahl durch den Bundesrat bei bloßer Bestätigung durch den Bundestag ein Legitimationsgefälle im Vergleich zur umgekehrten Konstellation attestiert werden.

Der Ansatz der zweistufigen Wahl erweist sich dennoch als tragfähig. Den Bedenken einer Abwertung des Bundesrates kann auf der Ebene der Kandidatenauswahl effektiv entgegengewirkt werden kann. Zunächst kann freilich die grundsätzliche Frage, ob sich qua Wahlparität bei der Richterwahl des zu föderativen Strei-

[218] Vgl. *Kröger*, Richterwahl, S. 79; dem Reformvorschlag *Krögers* zustimmend äußert sich *Lamprecht*, Vom Mythos der Unabhängigkeit, S. 83 f.

[219] *Kröger*, Richterwahl, S. 99.

[220] Vgl. hierzu auch *Stern*, Gedanken zum Wahlverfahren für Bundesverfassungsrichter, S. 895, bei welchem der Wunsch nach einem Angleichen beider Wahlverfahren deutlich wird.

[221] *Bettermann*, Opposition und Verfassungsrichterwahl, S. 726.

[222] Vgl. *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 42 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tigkeiten berufenen Bundesverfassungsgerichts tatsächlich ein Gleichgewicht zwischen dem Parlament und dem Bundesrat als föderatives Organ herstellen lässt, gestellt werden[223] – dies bezweifelt ob der verschiedenen Struktur beider Organe etwa Lechner.[224] Davon abgesehen ließe sich die Abwertung des Bundesrates vom originär paritätischen Wahlorgan zur bloßen „Bestätigungsinstanz" durch eine gemeinsame Kandidatenkür beider Wahlorgane abmildern. Sofern beide Wahlorgane gleichsam in die Kandidatenauswahl einbezogen werden, stellt sich die Wahl zweiter Stufe weniger als bloße Bestätigung (oder Ablehnung) der Wahl des Bundestages, sondern vielmehr als Bestätigung der *gemeinsamen* Wahl dar. Die Rolle des Bundesrates wäre mithin lediglich formal jener des Bundestages nachgeordnet.

Ein solches Vorgehen mag die Problematik zwar nur entschärfen, sie aber nicht gänzlich ausräumen. Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Stellung des Bundesrates erscheint dessen Rolle im Modell der zweistufigen Wahl jedoch passend. Dies verdeutlicht der Blick auf die Rolle des Bundesrats im Gesetzgebungsverfahren; das Grundgesetz sieht eben kein „Zwei-Kammer-System" vor.[225] Zudem spricht die zentrale Rolle, welche das Parlament hinsichtlich der Vermittlung demokratischer Legitimation einnimmt, für den Bundestag als primäres, dem Bundesrat zumindest formal vorgeschaltetes Wahlorgan. Um sich als tragfähig zu erweisen, bedürfte das Modell der zweistufigen Verfassungsrichterwahl somit eines ganzheitlichen Ansatzes. Um der Miteinbeziehung des Bundesrates in die Richterwahl einen föderativen Ausgleich zuzusprechen, bedarf es der Miteinbeziehung des Bundesrates in die Kandidatenauswahl. Es gilt folglich, die Kandidatenauswahl in der Praxis in den Blick zu nehmen – welche schon Kröger, als er das zweistufige Wahlverfahren skizzierte, als besonders reformbedürftig erachtete.[226]

[223] Vgl. *Kröger*, Richterwahl, S. 79.

[224] Vgl. *Zuck*, § 5 Zu Abs. 1 Rn. 1: „[…] ob dadurch ein wirksames Gleichgewicht zwischen Bund und Ländern erzielt ist, erscheint bei dr sehr verschiedenen Struktur von Bundestag und Bundesrat zweifelhaft. Jedenfalls steht der unmittelbaren Mitwirkung der Landesregierungen nur eine weit schwächere mittelbare Einflußmöglichkeit der Bundesregierung auf die Wahl im Bundestag gegenüber".

[225] Vgl. BVerfGE 37, 363 (380): „Nach den Reglungen des Grundgesetzes ist der Bundesrat nicht eine zweite Kammer eines einheitlichen Gesetzgebungsorgans, die gleichwertig mit der ‚ersten Kammer' entscheidend am Gesetzgebungsverfahren beteiligt wäre"; vgl. auch *Klein*, Der Bundesrat der Bundesrepublik Deutschland – die „Zweite Kammer", S. 331: „Der Bundesrat ist jedenfalls nicht Bestandteil eines begrifflich wie institutionell übergeordneten einheitlichen Gesetzgebungsorgans, wie etwa das House of Lords, das mit dem House of Commons das British Parliament bildet. Sein Status ist ebensowenig vergleichbar mit dem des Schweizer Ständerates, des amerikanischen Senats oder der niederländischen Zweiten Kammer, denn diese bilden zusammen mit dem Nationalrat, dem Kongreß bzw. der Ersten Kammer ein einheitliches Gesetzgebungsorgan, nämlich die Schweizer Bundesversammlung, den amerikanischen Kongreß bzw. die niederländischen Generalstaaten".

[226] Vgl. *Kröger*, Richterwahl, S. 99.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

c) Tatsächliche Praxis der Wahl

Die Wahl der Bundesverfassungsrichter ist, neben ihrer gesetzlichen Ausgestaltung, durch fest etablierte Mechanismen abseits formeller Regelungen geprägt. So sind für die Kandidatenauswahl informelle Absprachen, wie sie zum politischen Geschäft gehören, von größter Bedeutung.

Die Vorverlagerung der Kandidatenauswahl in den Bereich des Informellen ist seit jeher Anknüpfungspunkt für kritische Positionierungen.[227] So bemängelte Kröger bereits 1976, dass der Bundestag beziehungsweise der Bundesrat die Wahl zwar formell vollziehen mag, die materielle Entscheidung über die Kandidaten jedoch außerhalb offizieller Gremien getroffen werde.[228] Zwar sei – im Falle der Richterwahl durch den Bundestag – bis zum Ende der sechziger Jahre auch die personelle Vorentscheidung Sache des Wahlmännerausschusses gewesen, „neuerdings", so Kröger, nehme diese Aufgabe jedoch eine Arbeitsgruppe wahr, welche mit Vertretern aller im Bundestag vertretenen Parteien bestückt ist.[229] Zwar seien freilich zuvor auch Absprachen außerhalb des Wahlmännerausschusses getätigt worden, die Veränderung wirke sich dennoch qualitativ aus: „Absprachen und Präjudizien verlagern sich mehr und mehr aus dem zuständigen Organ heraus."[230] Hinsichtlich des praktischen Wahlverfahrens erkennt Kröger ein grundsätzliches Arrangement von CDU/CSU und der SPD:[231]

> „Danach sichern sich diese Parteien gegenseitig Besetzungspräferenzen für bestimmte Richterstellen zu. Wird ein Richteramt vakant, hat die Partei, der die Präferenz eingeräumt ist, einen Kandidaten vorzuschlagen. Werden von der anderen Partei keine Bedenken gegen ihn vorgebracht, ist damit zu rechnen, daß der akzeptierte Kandidat von dem zuständigen Wahlorgan – in der Regel einstimmig – zum Verfassungsrichter gewählt wird. Werden gegen ihn Einwendungen erhoben, hat die vorgeschlagene Partei sie auszuräumen oder einen neuen Kandidaten zu präsentieren. Das Verfahren wird unter normalen Umständen fortgesetzt, bis unter den politischen Parteien Einvernehmen erzielt ist."

Nach Geck entsprachen die Schilderungen Krögers auch 1987 noch der Wahlpraxis.[232] Neben Pieper[233] im Jahr 1998, rekurrierten 2011 auch Pagenkopf[234] sowie Schreier[235] im Jahr 2016 zur Darstellung der Richterwahl zum Bundesverfas-

[227] Die im Folgenden dargestellte Kritik nimmt die Kritik an der tatsächlichen Wahlpraxis in der Bundesrepublik Deutschland in den Blick, vgl. zur Lage der Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa *Huber*, Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis, S. 389–414.

[228] Vgl. *Kröger*, Richterwahl, S. 92.

[229] Vgl. *Kröger*, Richterwahl, S. 92 f.

[230] *Kröger*, Richterwahl, S. 93.

[231] *Kröger*, Richterwahl, S. 94.

[232] Vgl. *Geck*, Wahl und Status der Bundesverfassungsrichter, Rn. 13.

[233] Vgl. *Pieper*, Verfassungsrichterwahlen, S. 27.

[234] Vgl. *Pagenkopf*, Fachkompetenz und Legitimation der Richter des BVerfG, S. 231.

[235] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 178.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sungsgericht auf den Befund Krögers. Es zeigt sich, dass die bemängelte Praxis der Kandidatenauswahl dem Grundsatz nach fortbesteht und sich über einen langen Zeitraum etabliert hat.[236] Die im Rahmen dieser etablierten Wahlpraxis getroffenen Absprachen gehen bisweilen über die Besetzung des Bundesverfassungsgerichts hinaus, die „geschnürten" Pakete vermengen die Frage der Bundesverfassungsrichterwahl mit jener von anderen Bundesrichtern oder auch des Amts des Bundespräsidenten.[237] Festhalten lässt sich, dass das grundsätzliche Arrangement, sich gegenseitig Besetzungspräferenzen zuzusichern, bestehen blieb, auch wenn sich der Kreis der in das Arrangement miteinbezogenen Parteien erweiterte.

Diese Entwicklung erscheint mit Blick auf die Veränderung der parteipolitischen Landschaft in der Bundesrepublik als zwangsläufig. Vorbei sind die Zeiten, in denen CDU/CSU und SPD bequem 2/3 der Wählerstimmen auf sich vereinen konnten. Auch im paritätisch an der Richterwahl beteiligten Bundesrat schlägt sich die zunehmende parteipolitische Ausdifferenzierung nieder: Gab es 1998 noch lediglich sechs Landesregierungen mit Beteiligung einer anderen Partei als CDU, CSU oder SPD, so wurde 2022 lediglich das Saarland ohne die Beteiligung einer weiteren Partei regiert. Der zunehmenden Verfestigung der politischen Bedeutung jener Parteien mit Regierungsverantwortung abseits der sogenannten „Volksparteien", namentlich FDP und Bündnis 90/Die Grünen, war im Rahmen der Verfassungsrichterwahl Rechnung zu tragen. Die Miteinbeziehung von FDP und Bündnis 90/Die Grünen in die Wahl der Bundesverfassungsrichter verlief indes nicht ohne Konflikte und ist bis heute spannungsreich. Dies lässt sich am Beispiel der Partei Bündnis 90/Die Grüne verdeutlichen, deren politische Bedeutung im vergangenen Jahrzehnt erheblich zunahm.

So ist die Partei Bündnis 90/Die Grünen nach aktueller Lage an 10 Landesregierungen beteiligt[238] und hat somit die Möglichkeit, Richterkandidaten im Bundesrat zu blockieren. 2010 war die Partei hingegen lediglich an zwei Landesregierungen beteiligt.[239] Nachdem mit Brun-Otto Bryde 2001 der erste Bundesverfassungsrichter auf Vorschlag von Bündnis 90/Die Grüne, welche erstmals auf Bundesebene in Regierungsverantwortung kam, gewählt wurde, folgte diesem 2010 Susanne Baer. In beiden Fällen trat die SPD ihr Vorschlagsrecht an die Grünen ab. Nachdem Bündnis 90/Die Grünen 2016 ihr politisches Gewicht im Bundesrat geltend machte – zu diesem Zeitpunkt war die Partei an zehn Landesregierungen beteiligt – wurde ein neuer Wahlmodus vereinbart: Es gibt eine Verständigung auf eine Formel,

[236] Vgl. hierzu neben den vorstehend genannten ebenfalls *Gusy*, Der Bundestag im Verhältnis zum Bundesverfassungsgericht, Rn. 16.

[237] Vgl. *Zuck*, Politische Sekundärtugenden: Über die Kunst, Pakete zu schnüren, S. 497 f.

[238] Stand: 5. April 2024.

[239] Angabe bezieht sich auf den Zeitraum vom 17. November 2009 bis 14. Juli 2010.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nach welcher den Grünen ein Vorschlagsrecht hinsichtlich jedes fünften vom Bundesrat gewählten Richters zukommt.[240]

Die Grünen waren somit nicht mehr darauf angewiesen, von der SPD das Vorschlagrecht abgetreten zu bekommen, sondern wurden in der neu vereinbarten Vorschlagsformel – Union – SPD – Union – SPD – Grüne – fest verankert. Nach der zwischen den Ministerpräsidenten Kretschmann (Bündnis 90/Die Grüne), Sieling (SPD) und Bouffier (CDU) getroffenen Vereinbarung käme den Grünen das Vorschlagrecht hinsichtlich der Nachfolge von Eichberger zu, welcher auf den Vorschlag der CDU hin in den ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts gewählt wurde.[241] Da eine Neubesetzung nach dem Ausscheiden Eichbergers auf Vorschlag der Grünen hin zu einem (vermeintlichen) Ungleichgewicht innerhalb des Ersten Senats führen würde – zwei von der Union vorgeschlagene sowie ein von der FDP vorgeschlagener Richter stünden drei von der SPD und zwei von den Grünen vorgeschlagenen Richtern gegenüber – regte sich kurz nach dem Übereinkommen bereits die Kritik an diesem. Auf inoffiziellem Wege gaben einige Verfassungsrichter Bedenken hinsichtlich des Vorgehens kund.[242] Als Reaktion auf die Bedenken wurde die Vorschlagformel 2018 einer Revision unterzogen, mit welcher eine ausgeglichene Besetzung beider Senate sichergestellt werden sollte.

Nach diesem Modell sollte keines der beiden Lager – CDU/CSU und FDP auf der einen, SPD und Bündnis 90/Die Grüne auf der anderen Seite – die Überhand gewinnen. Obschon die Konsistenz dieses „Lagerdenkens" angesichts der sogenannten „Ampel-Koalition" auf Bundesebene mit guten Gründen bestritten werden kann,[243] erscheint die Übereinkunft von 2018 gegenüber jener von 2016 vorzugswürdig. Zwar darf von der Tatsache, dass die Wahl des jeweiligen Richters auf den Vorschlag einer Partei hin erfolgt, nicht ohne weiteres rückgeschlossen werden, der betreffende Richter bemühe sich um eine Prägung der zu treffenden Entscheidungen zu Gunsten der jeweiligen Parteilinie. Wie sich die Kandidaten nach der Wahl tatsächlich ver-

[240] Vgl. *Rath*, Verfassungsrichter-Wahl: Werden die Grünen ausgebremst?, in: Legal Tribune Online, 12.02.2018, https://www.lto.de/persistent/a_id/27003/ (abgerufen am: 30.08.2023).

[241] Vgl. *Rath*, Verfassungsrichter-Wahl: Werden die Grünen ausgebremst?, in: Legal Tribune Online, 12.02.2018, https://www.lto.de/persistent/a_id/27003/ (abgerufen am: 30.08.2023).

[242] Vgl. *Rath*, Verfassungsrichter-Wahl: Werden die Grünen ausgebremst?, in: Legal Tribune Online, 12.02.2018, https://www.lto.de/persistent/a_id/27003/ (abgerufen am: 30.08.2023); *Rath*, Grüne müssen warten: Neue Abrede für BVerfG-Richterwahlen, in: Legal Tribune Online, 01.06.2018, https://www.lto.de/persistent/a_id/28925/ (abgerufen am: 30.08.2023).

[243] Vgl. hierzu *Kranenpohl*, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, S. 240 ff., welcher zwar die weltanschauliche Einstellung der Richter für entscheidungsrelevant hält, diese aber explizit nicht mit der parteipolitischen Einstellung gleichsetzt. Insbesondere könne sich die Prägung der Richter durch weltanschauliche Vorverständnisse auf ein dichotomes Lagerdenken, „konservativ" auf der einen, „progressiv" auf der anderen Seite, reduzieren lassen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

halten, kann zwar prognostiziert, nicht aber vorhergesagt werden, zumal die konsensfördernde Hürde des Wahlerfordernisses durch eine 2/3 Mehrheit die Berufung ideologiegeprägter Richter zumindest erschwert.[244] Auf der anderen Seite kann der Konnex zwischen der vorschlagenden Partei und dem jeweiligen Kandidaten auch nicht gänzlich negiert werden, obschon über die Auswahlkriterien der Parteien der Öffentlichkeit wenig bekannt ist.

Dass eine breite Öffentlichkeit, trotz des Wahlverfahrens, nicht nur die Auswahl der Verfassungsrichter an sich, sondern insbesondere auch den Zusammenhang zwischen Politik und Recht kritisch verfolgt, zeigten zuletzt die Reaktionen, welche die Wahl Harbarths zum Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts hervorrief. So war zuvörderst die Tatsache, dass Harbarth von „der Politik ins Recht" wechselte – er war vor seiner Berufung nicht bloß einfacher Bundestagsabgeordneter, sondern gar stellvertretender Fraktionsvorsitzender der CDU/CSU Bundestagsfraktion – Anknüpfungspunkt kritischer Verlautbarungen.[245]

Die Sorge, ein „links-liberales" Übergewicht im ersten Senat könne sich negativ auf die Akzeptanz der Urteile des Bundesverfassungsgerichts auswirken,[246] lässt sich demnach nicht damit ausräumen, dass der Proporz der Senatsbesetzung sich gar nicht auf diese auswirke, sondern vielmehr „innere Stringenz" und „deren Qualität" ausschlaggebend seien.[247] Im Hinblick auf die Akzeptanz der Entscheidungen des Gerichts erscheint es zielführend, eine ausgewogene Besetzung beider Senate zu beizubehalten. Ebendies wäre im Falle der „alten" Vorschlagsformel von 2016 nicht der Fall gewesen, weshalb die „neue" Formel von 2018 vorzugswürdig erscheint. Gemäß der Vereinbarung von 2018 folgte auf Vorschlag der Union Henning Radtke auf Michael Eichberger, wohingegen Astrid Wallrabenstein auf Vorschlag der Grünen hin auf Andreas Voßkuhle nachfolgte.

Der vorstehend erörterte Konflikt verdeutlicht neben der Intransparenz, durch welche die Kandidatenauswahl geprägt ist, noch ein weiteres Spannungsfeld, in welchem sich die Kandidatenauswahl bewegt: So sollen sich zum einen Veränderungen in der politischen Landschaft auch in der Vorschlagsformel niederschlagen, auf der anderen Seite soll nicht jeder kurzfristige Trend zu einer Änderung führen.

---

[244] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 178.

[245] Vgl. *Boehme-Neßler*, Politiker als Richter, in: Zeit Online, 25.12.2018, https://www.zeit.de/politik/2018-12/rechtsstaat-parteipolitik-wechsel-politiker-verfassungsrichter-bundesverfassungsgericht (abgerufen am 30.08.2023); *Crolly*, Als Verfassungsrichter urteilt er über Gesetze, die er selbst beschlossen hat, in: Welt Online, 15.05.2020, http://welt.de/politik/deutschland/article208012787/bundesverfassungsgericht.er.urteilt-ueber-gesetze-die-er-selbst-beschloss.html.

[246] *Rath*, Grüne müssen warten: Neue Abrede für BVerfG-Richterwahlen, in: Legal Tribune Online, 01.06.2018, https://www.lto.de/persistent/a_id/28925/ (abgerufen am: 30.08.2023).

[247] Vgl. hierzu *Rath*, Verfassungsrichter-Wahl: Werden die Grünen ausgebremst?, in: Legal Tribune Online, 12.02.2018, https://www.lto.de/persistent/a_id/27003/ (abgerufen am: 30.08.2023), welcher ebendies vertritt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Frage, wann sich eine Änderung der politischen Kräfteverhältnisse derart manifestiert hat, dass auf sie im Rahmen der Kandidatenauswahl reagiert werden muss, wird – wie auch die Kandidatenauswahl selbst – hinter „verschlossener Tür" verhandelt. Da die Frage, ob sich eine Veränderung in den politischen Kräfteverhältnissen manifestiert hat oder es sich lediglich um einen kurzfristigen Trend handelt, von den politischen Akteuren selbst zu beantworten ist, liegt auf der Hand, dass es sich um eine zutiefst *politische* Frage handelt. Den Befürwortern des aktuellen Wahlverfahrens, welche die Gefahr einer Politisierung der Kandidatenauswahl gegen eine Reform des Wahlverfahrens vorbringen, kann an dieser Stelle entgegengehalten werden, dass eine politische Angelegenheit nicht durch deren intransparente Handhabung weniger politisch wird. Vielmehr bietet die Intransparenz des Verfahrens jenen politischen Kräften, welche ein Interesse daran haben, die Debatte um die Auswahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts polemisch aufzuladen, eine zusätzliche Angriffsfläche.[248]

Die unterschiedliche Ausgestaltung der Wahlverfahren in Bundestag und Bundesrat setzt sich auch in der tatsächlichen Wahlpraxis fort. So wird im Vorfeld der Verfassungsrichterwahl durch den Bundesrat eine Findungskommission eingerichtet.[249] Bei dieser Kommission handelt es sich um ein informelles Organ, welches einzig den Zweck verfolgt, die Wahl vorzubereiten.[250] Zwar trifft die Wahlentscheidung selbst der Bundesrat, jedoch wird die Wahlempfehlung der Kommission zumeist ohne nähere Diskussionen angenommen.[251] Dies spricht dafür, dass die eigentliche Kandidatenauswahl bereits in der vorbereitenden Kommission getroffen wird.[252] Die Zusammensetzung der Kommission ist der Öffentlichkeit nicht bekannt; während sie nach Geck aus den Justizministern der Länder bestehen soll,[253] legen die Wahlen der jüngeren Vergangenheit nach Schreier eine deutlich geringere Anzahl an Kommissionsmitgliedern nahe.[254] Werden Vereinbarungen über mehrere Stellen

[248] Als Beleg für die Intransparenz des Verfahrens als zusätzliche Angriffsfläche kann auf die bereits vorhandenen kritischen Stimmen in der Medienlandschaft verwiesen werden, vgl. nur *Rath*, Ein Trio für Karlsruhe, in: Legal Tribune Online, 09. 12. 2022, https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/neue-verfassungsrichter-bverfg-wahl-ampel-2022-karlsruhe-martin-eifert-rhona-fetzer-thomas-offenloch/ (abgerufen am 30. 08. 2023): „Doch die Politik gestaltet das Verfahren wieder einmal möglichst intransparent – so als ob man etwas zu verbergen hätte".

[249] Vgl. *Geck*, Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter, S. 25; *Pieper*, Verfassungsrichterwahlen, S. 27 f.

[250] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 179.

[251] Vgl. *Geck*, Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter, S. 25; *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 179.

[252] Da der Ausschuss lediglich vorbereitend tätig wird und die tatsächliche Wahl nicht vorwegnimmt, wird die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieses Vorgehens nicht in Abrede gestellt, vgl. *Teubner*, Die Bestellung von Berufsrichtern in Bund und Ländern, S. 26; *Trautwein*, Bestellung und Ablehnung von Berufsrichtern, S. 23 f.

[253] Vgl. *Geck*, Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter, S. 25; vgl. auch *Pieper*, Verfassungsrichterwahlen, S. 27.

[254] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 179 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

getroffen, welche sowohl durch den Bundesrat als auch den Bundestag zu vergeben sind,[255] so wird die Kandidatenauswahl durch die Fraktionsspitzen vorbereitet, gegebenenfalls unter Beteiligung weiterer Parteifunktionäre.[256] Eine Zunahme dieser „Richterpakete" ist dem informellen Verfahren der gegenseitigen Besetzungspräferenzen immanent. Bereits 1989 konstatierte Gusy, der Proporz führe notwendigerweise „zum do ut des, einem Wahlverfahren, welches bei der Verfassungsrichterwahl zu Paketlösungen führt".[257] Einhergehend mit der Zuname solcher „Paketlösungen" ebnet sich der Unterschied zwischen der Wahl durch Bundesrat oder durch Bundestag ein, zumindest hinsichtlich der tatsächlichen Wahlpraxis; da die Kandidatenauswahl in beiden Fällen durch dieselbe (inoffizielle) Stelle erfolgt, gerät in den Hintergrund, welches Organ die Wahl letztlich vollzieht beziehungsweise „abnickt".[258] Gemein ist allen Wahlkonstellationen die Intransparenz des Vorgehens. Wer letztlich die Kandidatenauswahl trifft, ist der Öffentlichkeit ebenso wenig bekannt, wie die der Auswahl zu Grunde liegenden Kriterien. Dem Wahlprozess ist folglich, mit Kischel, eine ausgeprägte Intransparenz zu attestieren: „Bis auf gelegentliche Indiskretionen aus Parteikreisen ist das gesamte Verfahren auf ein Höchstmaß an Undurchsichtigkeit angelegt."[259]

Die Praxis der Verfassungsrichterwahl sieht sich auch darüber hinaus langanhaltender Kritik ausgesetzt. So bekundete Geck bereits 1986, das praktizierte Wahlverfahren stoße „bei fast allen interessierten Beurteilern" auf begründete Ablehnung, „die manchmal bis zur Verachtung zu reichen scheint."[260] Betont ostentativ äußert sich auch Lamprecht, nach welchem sich die Besetzung des Bundesverfassungsgerichts „nach den Riten eines orientalischen Bazars"[261] vollziehe. Welche demokratietheoretischen Bedenken hinsichtlich der tatsächlichen Wahlpraxis im Einzelnen bestehen, soll im Folgenden herausgearbeitet werden.

aa) Unzulässige Beschränkung des Kandidatenkreises?

Eine Folge des grundsätzlichen Arrangements des alternierenden Vorschlagrechts ist es, dass die vorschlagende Partei in der Regel einen Kandidaten auswählen wird, welcher den eigenen verfassungsrechtlichen Positionen nahesteht. Damit wird die

[255] Vgl. zu den Vereinbarungen solcher „Richterpakete" *Zuck*, Politische Sekundärtugenden: Über die Kunst, Pakete zu schnüren, S. 497 f.

[256] Vgl. *Kischel*, Amt, Unbefangenheit und Wahl der Bundesverfassungsrichter, Rn. 24; *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 180; *Lamprecht*, Vom Mythos der Unabhängigkeit, S. 72.

[257] *Gusy*, Der Bundestag im Verhältnis zum Bundesverfassungsgericht, Rn. 16.

[258] Vgl. *Kischel*, Amt, Unbefangenheit und Wahl der Bundesverfassungsrichter, Rn. 24.

[259] *Kischel*, Amt, Unbefangenheit und Wahl der Bundesverfassungsrichter, Rn. 26.

[260] *Geck*, Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter, S. 9.

[261] *Lamprecht*, Vom Mythos der Unabhängigkeit, S. 70.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

politische Anschauung zum Auswahlkriterium.[262] Allerdings ist wenig über die Auswahlkriterien der Parteien öffentlich bekannt. Überdies beschränkt das konsensfördernde Erfordernis der Zweidrittelmehrheit den Kreis potentieller Kandidaten auf solche mit eher gemäßigten politischen Ansichten.[263]

Eine Ablösung der fachlichen Qualität des Richterkandidaten als primäres Auswahlkriterium wird gleichwohl durch dessen politische Positionierung begünstigt.[264] Entsprechend verhält sich die Kritik, welche eine unzulässige Beschränkung des Kandidatenkreises für die Wahl zum Bundesverfassungsrichter bemängelt. So konstatiert Pagenkopf eine „Verengung der Auswahl auf Parteigänger oder parteinahe Kandidaten", welche „zu einem wesentlichen Akzeptanzverlust der später ergehenden Entscheidungen des Gerichts"[265] führen könne. Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten betrachtet, kommen hinsichtlich des Vorwurfs der unzulässigen Beschränkung des Kandidatenkreises zwei Verstöße gegen Prinzipien der Verfassung in Betracht: Ein Verstoß gegen das Leistungsprinzip, Art. 33 Abs. 2 GG und ein Verstoß gegen das allgemeine Gleichheitsgebot, Art. 3 GG.

(1) Verstoß gegen das Leistungsprinzip

Art. 33 Abs. 2 GG statuiert das Prinzip der Bestenauslese. Allen Deutschen wird das Recht auf gleichen Zugang zu allen öffentlichen Ämtern nach Maßgabe von Einigung, Befähigung und fachlicher Leistung gewährt.[266] Daneben besagt das ebenfalls in Art. 33 Abs. 2 GG festgelegte Leistungsprinzip, dass für den Erfolg des Beamten, über den Zugang zum öffentlichen Dienst hinaus, auch für die spätere Vergabe von Ämtern allein dessen individuelle Leistung maßgeblich ist.[267] Alle nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang zur Leistung des Kandidaten stehenden Eigenschaften haben demnach außer Betracht zu bleiben.[268] Der Geltungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG umfasst grundsätzlich auch das Amt des Richters, das Merkmal

[262] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 187; vgl. auch *Seibert-Fohr*, Richterbestellung im Verfassungswandel, S. 149, welche ebenfalls konstatiert, dass die Kandidatenauswahl parteipolitisch geprägt ist, indes sodann ohne nähere Begründung dahingehend relativiert, dass die Parteimitgliedschaft in früheren Jahren eine größere Rolle gespielt habe, gleichwohl noch heute ein relevantes Auswahlkriterium sei. Nach *Kröger*, Richterwahl, S. 92, gerät die sich ausschließlich nach der Qualifikation des Kandidaten richtende Auswahlentscheidung so zum Glücksfall. Vgl. auch *Pagenkopf*, Fachkompetenz und Legitimation der Richter des BVerfG, S. 231.

[263] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 178; vgl. auch *Seibert-Fohr*, Richterbestellung im Verfassungswandel, S. 149, nach welcher es die qualifizierte Mehrheit als Mittel der Mäßigung vermag „einen Mainstream abzubilden".

[264] Vgl. *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, § 32 IV Rn. 3.

[265] *Pagenkopf*, Fachkompetenz und Legitimation der Richter des BVerfG, S. 232.

[266] Vgl. *Jachmann-Michael/Kaiser*, Art. 33 Abs. 2, Rn. 12; *Kunig*, Art. 33, Rn. 14.

[267] Vgl. *Jachmann-Michael/Kaiser*, Art. 33 Abs. 2, Rn. 12; ausführlich hierzu *Achterberg*, Das Leistungsprinzip im öffentlichen Dienst, S. 541 ff.

[268] Vgl. *Jachmann-Michael/Kaiser*, Art. 33 Abs. 2, Rn. 12.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

des „öffentlichen Amtes" ist insofern weit auszulegen.[269] Das Leistungsprinzip findet hingegen keine Anwendung auf demokratische Wahlämter, da insoweit das Demokratieprinzip den Anwendungsbereich von Art. 33 Abs. 2 GG einschränkt.[270] Da das Leistungsprinzip bei Richterwahlen durch Wahlausschüsse nach der herrschenden Auffassung jedoch Anwendung findet,[271] könnte eine Anwendung des Leistungsprinzips auch im Falle der Bundesverfassungsrichterwahl in Betracht kommen.

Die Berufung von Bundesrichtern erfolgt durch den Bundesrichterwahlausschuss, welcher sich gemäß Art. 95 Abs. 2 GG paritätisch aus den zuständigen Landesministern und vom Bundestag gewählten Mitgliedern zusammensetzt.[272] Der Richterwahlausschuss bedarf stets der Zustimmung des den Vorsitz führenden Bundesjustizministers, welchem kein eigenes Stimmrecht zukommt.[273] Die Wahl durch den Bundesrichterwahlausschuss soll eine demokratische (und föderale) Legitimation der Richter bewirken.[274] Die Wahl zielt indes keineswegs auf eine „Schwächung des Prinzips der Bestenauslese".[275] Vielmehr ist in der Wahl durch den Ausschuss ein Anerkenntnis der Schwierigkeiten einer sachgerechten Kandidatenauswahl zu sehen; der Richterwahlausschuss muss sich bei der Wahl „von Art. 33 Abs. 2 leiten lassen".[276]

Von diesem Befund ausgehend, auch die Verfassungsrichterwahl im Geltungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG zu verorten, stände indes im Widerspruch zu den unterschiedlichen Wahlorganen: Während die Richter des Bundesverfassungsgerichts alternierend von Bundestag oder Bundesrat gewählt werden, ist der Richterwahlausschuss nicht hälftig exekutiv mit den zuständigen Landesministern besetzt, sondern seine Entscheidungen bedürfen ebenfalls der Zustimmung des Bundesjustizministers.[277] Demzufolge überwiegt hinsichtlich des Richterwahlausschusses das exekutive Element.[278] Da Art. 33 Abs. 2 GG auf die exekutive Beamtenbestellung

[269] Vgl. *Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3, Rn. 82; *Hense*, Art. 33, Rn. 9.

[270] Vgl. *Jachmann-Michael/Kaiser*, Art. 33 Abs. 2, Rn. 15; *Kunig*, Art. 33, Rn. 21; *Masing*, Art 33, Rn. 43.

[271] Vgl. *Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3, Rn. 82; *Jachmann-Michael/Kaiser*, Art. 33 Abs. 2, Rn. 15; *Masing*, Art 33, Rn. 43; *Classen*, Wahl contra Leistung? – Zu Wahlbeamten und Richterwahlen, S. 1013 f., 1020; *Bowitz*, Zur Bedeutung des Votums des Präsidialrats bei der Bundesrichterwahl, S. 638 ff.

[272] Vgl. näher zur Wahl der Bundesrichter *Bowitz*, Zur Bedeutung des Votums des Präsidialrats bei der Bundesrichterwahl, S. 638 ff.

[273] Vgl. *Bowitz*, Zur Bedeutung des Votums des Präsidialrats bei der Bundesrichterwahl, S. 638.

[274] Vgl. *Voßkuhle*, Art. 95, Rn. 38.

[275] *Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3, Rn. 83.

[276] *Jachmann-Michael/Kaiser*, Art. 33 Abs. 2, Rn. 15; vgl. auch *Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3, Rn. 83; *Voßkuhle*, Art. 95, Rn. 38.

[277] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 190 f.

[278] Vgl. *K. Ipsen*, Richterwahl in Bund und Ländern, S. 472.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ausgerichtet ist, Verpflichtungsadressat mithin die Exekutive ist,[279] unterstreicht die Exekutivlastigkeit des Richterwahlausschusses zum einen die Anwendung des Art. 33 Abs. 2 GG auf jenes Wahlorgan, spricht hingegen gegen eine Anwendung auf die Verfassungsrichterwahl; die disziplinierende Wirkung des Art. 33 Abs. 2 GG wäre gegenüber dem Bundestag als organschaftliche Repräsentation des Souveräns nicht angemessen.[280]

Es kann die Wahl der Verfassungsrichter nicht, mit Höfling, mit jener der Bundestagsabgeordneten oder des Bundespräsidenten gleichgesetzt werden.[281] Trotz der politischen Folgewirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen handelt es sich schließlich beim Bundesverfassungsgericht um ein mit Aufgaben der Rechtsprechung betrautes Gericht.[282] Andererseits unterscheidet sich das Bundesverfassungsgericht aufgrund seiner Kompetenzfülle in grundlegender Weise von den einfachen Bundesgerichten.[283] Letztlich spricht zuvörderst die gewaltenbalancierte Funktion der Verfassungsrichter Wahl gegen eine, über die bereits in §§ 2, 3 BVerfGG statuierten Wahlvoraussetzungen hinaus, einzuschränken.[284] So äußert auch Classen, dass die Funktion des Bundesverfassungsgerichts eine Reihe von Besonderheiten aufweist, welche es rechtfertigen, „bei der Bestellung seiner Mitglieder stärker politische Gesichtspunkte zum Tragen zu bringen."[285] Die Wahl der Bundesverfassungsrichter ist mithin als auch politische Wahl zu qualifizieren, welche nicht durch eine Anwendung des Leistungsprinzips zu beschränken ist.[286] In der tatsächlichen Wahlpraxis und der damit einhergehenden Kandidatenauslese, welche auch die (verfassungs-)politischen Positionen der Kandidaten berücksichtigt, ist somit im Ergebnis kein Verstoß gegen das Leistungsprinzip gemäß Art. 33 Abs. 2 GG zu sehen.

---

[279] Vgl. *Masing*, Art 33, Rn. 35; *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 189 f.

[280] Vgl. *Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3, Rn. 109. Nicht ganz so eindeutig liegen die Dinge hingegen beim Bundesrat als dem anderen Wahlorgan der Bundesverfassungsrichter, sind in jenem schließlich exekutive Elemente evident. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 191, verneint jedoch auch hinsichtlich des Bundesrates eine Anwendbarkeit des Art. 33 II GG, da die Wahl durch den Bundesrat lediglich aus föderalen Gesichtspunkten erfolge. Obschon dem zuzustimmen ist, zeigt sich an dieser Stelle erneut, dass mit der alternierenden Wahl der Bundesverfassungsrichter durch zwei Wahlorgane Probleme einhergehen, welche der unterschiedlichen Zusammensetzung und Legitimation beider Wahlorgane geschuldet sind und eine einheitliche Legitimation der Richter erschweren.

[281] Vgl. *Höfling*, Art. 33 Abs. 1 bis 3, Rn. 111.

[282] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 189.

[283] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 191.

[284] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 192.

[285] *Classen*, Wahl contra Leistung? – Zu Wahlbeamten und Richterwahlen, S. 1014.

[286] Vgl. *Preuß*, Die Wahl der Mitglieder des BVerfG als verfassungsrechtliches und -politisches Problem, S. 393.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(2) Verstoß gegen das Gleichheitsgebot

Obschon das Leistungsprinzip nach Art. 33 Abs. 2 GG keine Anwendung auf die Wahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts findet, kommt ein Verstoß der tatsächlichen Wahlpraxis gegen das allgemeine Gleichheitsgebot nach Art. 3 GG in Betracht. Zwar verdrängt Art. 33 Abs. 2 GG als Spezialvorschrift grundsätzlich den allgemeinen Gleichheitssatz,[287] jedoch gilt dies nur, soweit der Anwendungsbereich der Vorschrift auch tatsächlich eröffnet ist. Im Falle der Bundesverfassungsrichterwahl ist Art. 33 Abs. 2 GG aber, wie vorstehend erörtert, gerade nicht anwendbar. Art. 3 Abs. 1 GG verbietet in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 GG eine auf bestimmten Merkmalen beruhende Ungleichbehandlung.[288] Als verbotenes Differenzierungskriterium werde mitunter die politischen Anschauungen aufgeführt, was einen Verstoß der tatsächlichen Wahlpraxis zunächst nahezulegen vermag.

Nicht in den Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 1, Abs. 3 GG fallen originär politische Wahlen, richten sich diese maßgeblich nach politischen Kriterien (Parteizugehörigkeit, politische Positionen etc.).[289] Ebenfalls nicht vom Diskriminierungsverbot umfasst sind politische Ämter. Weder hinsichtlich der Berufung noch der Entfernung politischer Beamter auf oberer Ministerialebene stellt die Berücksichtigung der politischen Anschauung einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1, Abs. 3 GG dar.[290] Das Amt des Bundesverfassungsrichters als politisches Amt in diesem Sinne zu qualifizieren, scheitert indes bereits an der richterlichen Unabhängigkeit; das Bundesverfassungsgericht ist als „allen übrigen Verfassungsorganen gegenüber selbstständiger und unabhängiger Gerichtshof“[291] kein politisches Organ in diesem Sinne.[292] Allerdings schließt das Demokratieprinzip und die daraus folgende Wahlfreiheit eine Anwendung von Art. 3 Abs. 1, Abs. 3 GG bei der Wahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts aus.[293] So muss nach Schreier gewährleistet werden, „dass die Wahl der Mitglieder des BVerfG nicht auf eine an fachlichen Eignungskriterien orientierte Berufung reduziert wird“.[294] Eine solche eignungsfokussierte Wahl könnte eine politisch pluralistische Besetzung des Gerichts, welche von zentraler Bedeutung für die Akzeptanz des Bundesverfassungsgerichts ist, nicht gewährleisten.[295] Ein Verstoß gegen das allgemeine Gleichheitsgebot nach Art. 3 GG ist in der tatsächlichen Wahlpraxis somit nicht zu sehen.

[287] Vgl. *Jarass*, Art. 3, Rn. 4; *Kischel*, Art. 3, Rn. 2.

[288] Vgl. *Jarass*, Art. 3, Rn. 136 ff.

[289] Vgl. *Starck*, Art. 3 Abs. 3, Rn. 415.

[290] Vgl. *Starck*, Art. 3 Abs. 3, Rn. 415; *Heun*, Art. 3, Rn. 134.

[291] § 1 Abs. 1 BVerfGG.

[292] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 194.

[293] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 195.

[294] *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 195.

[295] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 195.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bb) Demokratietheoretische Kritik an der tatsächlichen Wahlpraxis

Zwar erweist sich die tatsächliche Wahlpraxis nicht als verfassungswidrig, ihr sind indes demokratietheoretische Bedenken entgegenzuhalten. So ist eine informelle Kompetenzverschiebung zu attestieren, in welcher ein Unterminieren der zuständigen Wahlorgane gesehen werden kann. Dadurch, dass die tatsächliche Auswahl der Richterkandidaten zunehmend auf informeller Ebene getroffen wird – ohne Rücksicht darauf, ob der jeweilige Bundesverfassungsrichter von Bundestag oder Bundesrat gewählt wird – droht der Dualismus der beiden Wahlorgane de facto unterlaufen zu werden.

(1) Legitimationskonsumption

Bedenken hinsichtlich der tatsächlichen Wahlpraxis ergeben sich zunächst mit Blick auf die Legitimationskonsumption, nach welcher das Maß an personeller Legitimation entlang der Legitimationskette abnimmt.[296] Aufgrund des Grundsatzes der möglichst effektiven Rückbindung an den Wählerwillen, ist die Legitimationskette so kurz wie möglich zu halten. Ab wann das vermittelte Legitimationsniveau als hinreichend gilt und damit einhergehend auch, bis zu welcher Länge die Legitimationskette Bestand hat, bestimmt sich anhand der Bedeutung und der Funktion des zu legitimierenden Amtswalters.[297] Erfolgt die Kandidatenauswahl im Rahmen der Bundesverfassungsrichterwahl im inoffiziellen Rahmen durch Parteifunktionäre, so wird die Legitimationskette dadurch de facto um ein Glied verlängert – je nach Legitimation der Parteifunktionäre käme gar ein Bruch in Betracht –, was für sich genommen schon Anlass zur Kritik ist.[298]

(2) Entwertung des Wahlausschusses

Die Kandidatenauswahl durch Vertreter der Parteien wirft außerdem die Frage nach der Stellung des Wahlausschusses auf. Konstatierte Kröger bereits zu Zeiten, in denen die Bundesverfassungsrichter noch durch den Wahlausschuss gewählt wurden, dieser drohe aufgrund der Vorverlagerung der Kandidatenauswahl in informelle Gremien „zum Ort bloßer Sanktionierung anderorts ausgehandelter Kandidatenvorschläge zu werden“,[299] so gilt dieser Befund umso mehr, da nunmehr der Wahlausschuss nicht einmal mehr mit der Wahl der Bundesverfassungsrichter betraut ist. Wird jener Ausschuss, welcher einzig die Aufgabe der Kandidatenvorauswahl für die Wahl durch den Bundestag wahrzunehmen hat, durch die tatsächliche Wahlpraxis obsolet? Final lässt sich diese Frage nicht beantworten, da nicht öffentlich bekannt ist, durch welche Parteivertreter die informale Kandidatenauswahl erfolgt und diese zumindest in Teilen Mitglieder des Wahlausschusses sein könnten.

[296] Vgl. hierzu oben, S. 133 ff.

[297] Vgl. hierzu oben, S. 120 ff.

[298] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 181.

[299] *Kröger*, Richterwahl, S. 93.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Letztlich scheint dem Wahlausschuss jedoch nur noch eine symbolische Bedeutung zuzukommen.

Eine pragmatische Erklärung für dessen Beibehaltung liefert Schreier. So sei es verständlich, dass an dem Wahlausschuss trotz seiner vornehmlich symbolischen Bedeutung festgehalten wurde, da die Diskussion darüber, welcher Institution stattdessen das Vorschlagsrecht zukommen solle, „die jahrzehntelang überfällige Änderung des BVerfGG womöglich verhindert“[300] hätte. Mit dem Festhalten am Wahlausschuss geht zudem zumindest ein Anschein von Transparenz einher: Die Mitglieder des Wahlausschusses werden vom Plenum des Bundestages gewählt und sind mithin nicht nur der Öffentlichkeit bekannt, sondern personell legitimiert. Demgegenüber sind die Parteifunktionäre, welche die Kandidatenauswahl im Rahmen inoffizieller Abreden vornehmen, weder der Öffentlichkeit bekannt noch zur Wahrnehmung dieser Aufgabe gesondert legitimiert. Obschon der Wahlausschuss ob dessen nichtöffentlicher Beratung freilich kein taugliches Beispiel für Transparenz abgibt, so handelt es sich doch zumindest um ein formelles Organ. Es liegt nahe, dass dieser Anschein von Transparenz ein zumindest willkommener Nebeneffekt des Festhaltens am Wahlausschuss ist.

(3) Die Rolle der Parteien

In der tatsächlichen Wahlpraxis nehmen die Parteien bei der Wahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts, obschon sie in den gesetzlichen Wahlvorschriften nicht erwähnt werden, eine zentrale Rolle ein.[301] Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der Aushandlung der sogenannten „Richterpakete“. Bei diesen Paketlösungen erfolgt die Kandidatenauswahl durch Fraktionsspitzen, wodurch das die Wahl letztlich vollziehende Organ in den Hintergrund gerät; unabhängig davon, ob die Wahl durch Bundestag oder Bundesrat erfolgt, ist die Kandidatenauswahl effektiv in den Bereich inoffizieller Absprachen ausgelagert.[302] Letztlich sind es die Fraktionsspitzen, welche organübergreifend die Richterauswahl aushandeln. Diese Tendenz zur inoffiziellen Einigung ist dem Erfordernis einer Zwei-Drittel-Mehrheit immanent, da dieses eine überparteiische Einigung voraussetzt und erzwingt. So ist die Tendenz zur informellen Einigung nach Gusy kein „pathologisches Symptom, sondern notwendige Bedingung für das Zustandekommen einer Richterwahl überhaupt“.[303] Für eine, dem Erfordernis der Zwei-Drittel-Mehrheit genügende, Einigung gebe es lediglich zwei Möglichkeiten: Entweder die vollständige Neutralisierung politischer Elemente innerhalb der Wahl, was zwar angedacht werden kann, aber nicht realisierbar erscheint, oder die naheliegende, in dem Zwei-Drittel-Erfordernis

[300] *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 182.

[301] Vgl. *Wewer*, Die funktionale Notwendigkeit informeller Gremien, S. 197 f., nach welchem sich diese Wahlpraxis bereits 1951 etabliert hat.

[302] Vgl. *Kischel*, Amt, Unbefangenheit und Wahl der Bundesverfassungsrichter, Rn. 24.

[303] *Gusy*, Der Bundestag im Verhältnis zum Bundesverfassungsgericht, Rn. 16.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

geradezu angelegte Möglichkeit des Proporzes.[304] Der organübergreifende Proporz führt wiederum dazu – im Sinne des do ut des – mehrere Stellen in Zusammenhang zu bringen und sogenannte „Richterpakete" zu schnüren.[305]

Die praktisch unvermeidliche Zunahme dieser Richterpakete,[306] stärkt die Rolle der Parteien bei der Kandidatenauswahl, was wiederum eine interorganschaftliche Machtverschiebung bewirkt.[307] Da die Parteien in Bund und Ländern weitestgehend identisch sind,[308] kann die Opposition des Bundestages, auch ohne im Parlament über eine qualifizierte Minderheit von einem Drittel zu verfügen, dann auf die Besetzung des Bundesverfassungsgerichts einwirken, wenn sie zumindest im Bundesrat ein Drittel der Stimmen auf sich vereint.[309] Schreier umschreibt dieses interorganschaftliche Sperrpotential mit als Möglichkeit der Oppositionsparteien im Bundestag, „ihre Parteikollegen aus den Ländern zu diesem Zweck zu instrumentalisieren".[310] Sind Bundestag und Bundesrat im Grundgesetz noch als eigenständige und unabhängige Wahlorgane vorgesehen, so wird diese strenge Differenzierung durch die tatsächliche Wahlpraxis und Parteienlandschaft unterlaufen.[311]

Die Prägung der parlamentarischen Praxis durch informelle Absprachen steht im engen Zusammenhang mit der Gestaltung politischer Prozesse durch die Parteien. Da der politische Prozess im Wesentlichen von den Parteien getragen wird, ist dieser nach „Parteilinien"[312] strukturiert. Da die Parteilinien organübergreifend bestehen, ist die intraorganschaftliche Machtverschiebung ebenfalls Ausweis der zentralen Rolle der Parteien im Wahlverfahren. Hinsichtlich der informellen Absprachen kann zwischen parteiinternen und parteiübergreifenden Willensbildungsprozessen, beispielsweise im Rahmen einer Regierungskoalition, differenziert werden.[313] Letztere finden insbesondere im Falle von fraktionsübergreifenden Mehrheitserfordernissen statt. Sind der formalen Entscheidung vorausgehende informelle Absprachen also

[304] Vgl. *Gusy*, Der Bundestag im Verhältnis zum Bundesverfassungsgericht, Rn. 16; vgl. auch *Seibert-Fohr*, Richterbestellung im Verfassungswandel, S. 149.

[305] Vgl. *Gusy*, Der Bundestag im Verhältnis zum Bundesverfassungsgericht, Rn. 17.

[306] So *Wewer*, Die funktionale Notwendigkeit informeller Gremien, S. 197.

[307] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 182 f.

[308] Als Ausnahme sei hier beispielhaft auf die „Freien Wähler" verwiesen, welche zwar im Bayrischen Landtag, nicht aber im Bundestag vertreten sind.

[309] Vgl. *Bettermann*, Opposition und Verfassungsrichterwahl, S. 725, welcher insoweit prägnant festhält: „Gegen ihr Veto geht meist nichts." Die Opposition sitze, auch wenn sie in beiden Häusern in der (qualifizierten) Minderheit ist, „bei der Wahl der Bundesverfassungsrichter weder notwendig noch regelmäßig in der Hinterbank, sondern auf der Mitbestimmungsbank".

[310] *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 183.

[311] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 183.

[312] Vgl. *Morlok*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen, S. 41 f.

[313] Vgl. *Morlok*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen, S. 41 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ohnehin üblich, so lässt das Erfordernis einer Zwei-Drittel-Mehrheit diese für die Wahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts als besonders unausweichlich erscheinen. Das Erfordernis der Zwei-Drittel-Mehrheit erzwingt eine über die einfache Mehrheit hinausgehende Einigung und wirkt damit einer einseitigen Besetzung des Bundesverfassungsgerichts entgegen.[314] So würde, wie Grimm anführt, ohne das Erfordernis der Zwei-Drittel-Mehrheit die Konsensfunktion der Verfassung unterlaufen werden.[315] Das Quorum zur Verfassungsänderung müsse dem der Verfassungsrichterwahl entsprechen, um die Konsensbasis des Grundgesetzes zu erhalten; würden die Richter des Bundesverfassungsgerichts mit einfacher Mehrheit gewählt werden, wäre die Folge, „dass die gerade an der Macht befindliche Partei die Chance erhielte, sich eine gefügige Kontrollinstanz zu schaffen, die die Verfassung stets in ihrem Sinn auslegt".[316] Das Erfordernis einer Zwei-Drittel-Mehrheit garantiere zwar noch lange kein „gutes" Gericht, verhindere aber effektiv dessen einseitige Besetzung.[317]

Schon 1956 erhob der damalige Richter des Bundesverfassungsgerichts Geck[318] die Besetzung des Bundesverfassungsgerichts, genauer: die Verhinderung einer einseitigen Besetzung desselbigen, zur Existenzfrage der Verfassungsgerichtsbarkeit:[319]

> „Es kann seine Funktion nur erfüllen, wenn ihm von allen staatstragenden politischen Kräften Vertrauen entgegengebracht wird; und das kann nicht erwartet werden, wenn auch nur der Schein einer einseitigen Besetzung des Gerichts entstehen kann."

Mit dem Befund, dass die Kandidatenauswahl im informellen Rahmen durch die Parteien erfolgt und dem gesetzlich normierten Wahlverfahren vorgelagert ist, ist noch nichts über die Zulässigkeit der tatsächlichen Wahlpraxis gesagt. Die Kritik an dem beherrschenden Einfluss der Parteien bei der Verfassungsrichterwahl ist in der Literatur weit verbreitet.[320] Besonders kritisch äußert sich Meyer, für welchen das

[314] Vgl. auch *Wewer*, Die funktionale Notwendigkeit informeller Gremien, S. 197, nach welchem das Erfordernis der Zwei-Drittel-Mehrheit für alle Beteiligten das Risiko eines Abweichens von den rechtlich unverbindlichen Absprachen reduziert, die informellen Absprachen dadurch folglich absichert.

[315] Vgl. *Grimm*, Verfassungsrichterwahlen, S. 314 f.

[316] *Grimm*, Verfassungsrichterwahlen, S. 315.

[317] Vgl. *Grimm*, Verfassungsrichterwahlen, S. 315.

[318] Hintergrund der Äußerung Gecks war, das sich 1952 nicht fristgerecht auf einen Richterkandidaten geeinigt werden konnte. Daraufhin erwog die damalige Bundesregierung 1955 eine Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes dahingehend, dass im Falle eines erfolglosen ersten Wahlganges ab dem zweiten Wahlgang eine einfache Mehrheit ausreichen solle, vgl. BR-Drucks. 178/55 (Art. 1 Nr. 3 und 4). Nachdem sich dieses Vorhaben heftiger Kritik ausgesetzt sah, zur welcher auch der gegenständliche Beitrag Gecks zuzurechnen ist, wurde es schließlich aufgegeben, näher *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, § 32 IV Rn. 3.

[319] *Geck*, Zur Reform des Bundesverfassungsgesetzes, S. 229.

[320] Vgl. *Schulze-Fielitz*, Der informale Verfassungsstaat, S. 142 ff.; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, § 11 IV Rn. 3 c); *von Arnim*, Das System, S. 159 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wahlverfahren ein verfassungswidriger Versuch sei, „aus der Öffentlichkeit zu flüchten".[321] Schulze-Fielitz macht die Ämterpatronage als spezifische Gefahr der Parteiproporzregeln aus.[322] Dem zustimmend äußert sich Stern, nach welchem die parteipolitische Ämterpatronage „verfassungswidrig, wenngleich schwer nachweisbar und (leider) praktisch kaum zu verhindern"[323] sei.

Obschon dieser Praxis einige verfassungsrechtliche und demokratietheoretische Bedenken entgegenstehen, muss konstatiert werden, dass der tatsächlichen Wahl vorausgehende informelle Absprachen kein Spezifikum der Bundesverfassungsrichterwahl sind und nicht *per se* als demokratietheoretisch virulent gebrandmarkt werden können. So ist einer Mehrheitsentscheidung, ob in Gestalt einer Sach- oder einer Personenentscheidung, stets die Mehrheitsbildung, zumindest aber der Versuch einer solchen, vorgeschaltet. Selbst im Falle der nach Art. 63 Abs. 1 GG ausdrücklich „ohne Aussprache" stattfindenden Wahl des Bundeskanzlers wäre es nach Trautwein illusorisch zu glauben, es fände sich eine spontane Mehrheit ohne vorab entsprechende Absprachen zu treffen.[324] Dass die Wahl des Bundeskanzlers „ohne Aussprache" erfolgt, ist, wie Morlok hervorhebt, vielmehr Ausweis dafür, dass „das Grundgesetz politische Mehrheiten voraussetzt, und zwar ohne, dass die Bildung dieser Mehrheiten im formalen Verfahren möglich ist".[325] Die – dem ersten Anschein nach exklusiven – informalen Absprachen seien vor dem Hintergrund der Verweigerungsmacht der übrigen Abgeordneten zu sehen: „Die elitären Vorentscheider müssen ihre Fraktionskollegen für den gefundenen Vorschlag gewinnen."[326] Die der eigentlichen Mehrheitsentscheidung vorausgehende, informelle Aushandlungspraxis ist nach Schulze-Fielitz eine unvermeidliche Konkretisierung einer formalrechtlich angelegten Verhaltensweise.[327] Dass der Akt der formalen Entscheidung lediglich verbindlich macht, woran zuvor im informellen Rahmen gerungen wurde, ist mithin im Grundsatz weder neu noch problematisch, sondern der vom Grundgesetz angenommene Normalfall.[328]

---

[321] *Meyer*, Die Stellung der Parlamente in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, Rn. 93.

[322] Vgl. *Schulze-Fielitz*, Der informale Verfassungsstaat, S. 142.

[323] *Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, § 11 IV 3 c). Die Kritik Sterns ist indes dahingehend zu relativieren, als dass sie sich auf die Ämterpatronage im Rahmen von Beamtenverhältnissen bezieht und nicht im Speziellen die Wahl der Bundesverfassungsrichter zum Gegenstand hat.

[324] Vgl. *Trautwein*, Bestellung und Ablehnung von Bundesverfassungsrichtern, S. 26 f.

[325] *Morlok*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen, S. 67.

[326] *Morlok*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen, S. 67.

[327] Vgl. *Schulze-Fielitz*, Das Verhältnis von formaler und informaler Verfassung, S. 27; vgl auch *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 184 f.; *Wewer*, Spielregeln, Netzwerke, Entscheidungen – auf der Suche nach der anderen Seite des Regierens, S. 22 ff.

[328] Vgl. *Gusy*, Der Bundestag im Verhältnis zum Bundesverfassungsgericht, Rn. 17.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dass im Rahmen der informellen Absprachen, welche der Verfassungsrichterwahl vorausgehen, den Parteien eine entscheidende Rolle zukommt, ist, mit Schreier, auf das vielschichtige Gewaltenteilungssystem des Grundgesetzes zurückzuführen:[329]

> „Dieses fördert die integrative Funktion der Parteien bei der Verfassungsrichterwahl. Die Parteien haben eine einzigartige Rolle bei der Verschränkung der Staatsgewalten, da sie das verbindende Glied zwischen den von ihnen personell besetzten obersten Staatsorganen sind. Mithin erzeugen sie inhaltliche Überschneidungen bei den staatsleitenden Organen. Gleichzeitig stehen sie stets in Konkurrenz mit ihren Gegnern und befinden sich im Machtkampf zwischen Mehrheit und Opposition."

In der Tat ist, an die Ausführungen Schreiers anknüpfend, mit Wewer die Frage zu stellen, wer außer den Parteien „die nach den gesetzlichen Vorschriften funktional offenkundig notwendige Verklammerung der Wahlorgane und damit letztlich des Regierungssystems leisten könnte".[330] Damit sollen die Probleme, welche in der Vermischung von Parteien und Staatsorganen begründet liegen, nicht ignoriert werden. So gestaltet sich beispielsweise die Abgrenzung zwischen dem handelnden politischen Organ und der dieses tragenden Partei mitunter schwierig, insbesondere im Hinblick auf den Bereich der Öffentlichkeitsarbeit von Regierungsmitgliedern, welche zu Grenzfällen führt.[331] Auch das, bei Zugrundelegung einer formalen Betrachtungsweise, gegenüber der gesetzlichen Regelungslage eine Kompetenzverschiebung vom eigentlichen Wahlorgan hin in informelle Gremien auf Parteiebene stattfindet,[332] soll nicht bestritten werden. Indes erscheint eine solche „informelle Kompetenzverschiebung" – ob der Ubiquität und Notwendigkeit informeller Absprachen vor Wahlentscheidungen und angesichts der gewaltenverschränkenden Funktion der Parteien – als, um erneut auf Wewer zu rekurrieren, „praktisch unvermeidlich, wenn regieren möglich bleiben soll".[333] Das gilt, mutatis mutandis, auch für die Wahl von Richtern des Bundesverfassungsgerichts.

d) Reformansatz zum Wahlverfahren: Die dreistufige Verfassungsrichterwahl

Das Wahlverfahren der Bundesverfassungsrichterwahl erweist sich in vielerlei Hinsicht als kritikwürdig, nicht jedoch als verfassungswidrig. So wurde auf die Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der indirekten Wahl durch eine Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes reagiert. Gleichwohl blieb das tatsächliche Wahlverfahren auch nach der Wahlreform 2015 Gegenstand von Kritik. Dennoch muss konstatiert werden, dass in der tatsächlichen Wahlpraxis keine unzulässige

[329] *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 185 f.

[330] *Wewer*, Die funktionale Notwendigkeit informeller Gremien, S. 201.

[331] Vgl. hierzu näher *Lenski*, Regierungs- und Fraktionsarbeit als Parteiarbeit, S. 585 ff.

[332] Vgl. *Gusy*, Der Bundestag im Verhältnis zum Bundesverfassungsgericht, Rn. 16.

[333] *Wewer*, Die funktionale Notwendigkeit informeller Gremien, S. 201.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Beschränkung des Kandidatenkreises zu sehen ist. Weder verstößt sie gegen das Leistungsprinzip noch wird durch sie das allgemeine Gleichheitsgebot verletzt. Auch entspricht es der allgemeinen parlamentarischen Praxis, der Wahlentscheidung durch das Wahlorgan informelle Absprachen vorzuschalten, im Rahmen derer sich die Mehrheitsbildung vollziehen kann. Dass den Parteien im Rahmen der tatsächlichen Walpraxis eine tragende Rolle zukommt, ergibt sich aus deren gewaltenverschränkender Funktion und mit Hinblick auf den interorganschaftlichen Konsenszwang, welcher aus dem Zwei-Drittel-Erfordernis folgt.

Mit dem Befund seiner Verfassungsmäßigkeit ist das Wahlverfahren der Bundesverfassungsrichterwahl jedoch nicht von demokratietheoretischen Bedenken freigesprochen. So muss zunächst ein Legitimationsgefälle zwischen den beiden Wahlorganen konstatiert werden: Ob der Legitimationskonsumption entlang der „längeren" Legitimationskette kann dem vom Bundesrat gewählten Richter des Bundesverfassungsgerichts keine mit dem vom Bundestag gewählten Richter äquivalente, personelle demokratische Legitimation attestiert werden. Dies lässt eine Reform der Wahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts unter legitimatorischen Gesichtspunkten vielleicht noch nicht als geboten, zumindest aber als wünschenswert erscheinen.

aa) Das zweistufige Wahlverfahren als Ausgangspunkt

An anderer Stelle wurde bereits auf den Ansatz Krögers verwiesen, nach welchem sich durch ein einheitliches, zweistufiges Wahlverfahren sowohl bundesstaatlichen Erwägungen Rechnung tragen als auch eine einheitliche demokratische Legitimation vermitteln ließe.[334] Wie bereits erläutert, bedarf es im Rahmen eines zweistufigen Wahlverfahrens einer gemeinsamen Kandidatenauswahl von Bundesrat und Bundestag. Eine gemeinsame Kandidatenauswahl würde freilich eine Abkehr der Regelung des Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG, welche Bundesrat und Bundestag als jeweils eigenständige Wahlorgane bestimmt, bedeuten. Allerdings wird dieser Regelungsgehalt von Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG bereits durch die tatsächliche Wahlpraxis unterlaufen, da hinsichtlich der Abreden über gegenseitige Vorschlagszubilligungen nicht nach dem jeweiligen Wahlorgan differenziert wird, sondern auf Parteiebene organübergreifende „Richterpakete" geschnürt werden.[335] Dass die Bedeutung der in Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG angelegten Legitimationsketten somit ohnehin geschmälert ist,[336] untermauert die Reformbedürftigkeit der Kandidatenauswahl nur noch.

[334] Vgl. hierzu oben, S. 150 ff.

[335] Vgl. hierzu oben, S. 152 ff.

[336] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 182 f.; *Gusy*, Der Bundestag im Verhältnis zum Bundesverfassungsgericht, Rn. 16.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bb) Transparenz im dreistufigen Wahlverfahren

Hinsichtlich der Kritik an der Kandidatenauswahl sticht die Intransparenz des Verfahrens heraus.[337] So lässt sich, nach Geck, die Tatsache, dass sich die intransparente Kandidatenauswahl nicht negativ auf das Ansehen des Gerichts auswirkt, darauf zurückführen, dass sich die „Massenmedien […] nicht oder nur sporadisch für die Praxis des Wahlverfahrens“[338] interessieren. Es sei indes zu erwarten, dass sich dies ändern und die tatsächliche Wahlpraxis der breiten Öffentlichkeit bekannt werden wird, weshalb Geck bereits 1986 konstatiert, dass dem Bundesverfassungsgericht „schwerwiegende Folgen für Ansehen und Autorität“[339] droht. Eine Betrachtung der gegenwärtigen Lage vor dem Hintergrund der Prognose Gecks lässt zweierlei klar werden: Zum einen ist die kritische Diskussion über die Wahlpraxis der Verfassungsrichterwahlen nicht mehr auf Fachkreise beschränkt, es findet durchaus eine breite mediale Berichterstattung statt, welche die breite Öffentlichkeit erreicht. Geck ist somit zuzustimmen, wenn er davon ausgeht, die Modalitäten der Kandidatenauswahl werden sich irgendwann „herumsprechen“.[340] Der befürchtete Ansehensverlust hingegen blieb aus. Ungeachtet der zunehmend kritischen medialen Auseinandersetzung mit der Wahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts, erfreut sich das Bundesverfassungsgericht nach wie vor größter Akzeptanzwerte.[341] Ebenjenes anhaltend hohe Ansehen des Gerichts hält Grimm dem Bestreben, das Wahlverfahren im Sinne einer größeren Transparenz zu reformieren, entgegen. So sei das Bedürfnis nach Transparenz nachvollziehbar, müsse aber dem Ansehen des Gerichts untergeordnet werden.[342] Zwar könne das Wahlverfahren, in seiner momentanen, intransparenten Form keine Garantie für gute Ergebnisse bieten, in Ansehung des anhaltend hohen Ansehens des Gerichts habe sich das Verfahren jedoch bewährt.[343] Es sollte somit nicht „leichtfertig ungewissen Neuerungen“[344] geopfert werden.[345]

Zudem sieht Grimm eine Reform der Verfassungsrichterwahl im Sinne einer transparenteren Kandidatenauswahl Bedenken hinsichtlich deren Umsetzbarkeit ausgesetzt. So sei die von Kritikern der tatsächlichen Wahlpraxis geforderte öf-

[337] Vgl. hierzu oben, S. 152 ff.

[338] *Geck*, Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter, S. 41.

[339] *Geck*, Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter, S. 41.

[340] *Geck*, Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter, S. 41.

[341] Vgl. https://de.statista.com/statistik/daten/studie/176867/umfrage/vertrauen-in-das-bundesverfassungsgericht.

[342] Vgl. *Grimm*, Verfassungsrichterwahlen, S. 316 f.

[343] Vgl. *Grimm*, Verfassungsrichterwahlen, S. 317.

[344] *Grimm*, Verfassungsrichterwahlen, S. 317.

[345] Vgl. *Gärditz*, Wahlen zum Bundesverfassungsgericht, S. 350, nach welchem sich eine „funktionsadäquate Intransparenz hierzulande bewährt“ habe.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

fentliche Anhörung der Richterkandidaten[346] abzulehnen: Zum einen hätte eine Befragung zu konkreten Problemen des Verfassungsrechts eine Befangenheit des Kandidaten im betreffenden Themenfeld zur Folge, zum anderen könne der Kandidat auch kein Programm seiner Rechtsprechungslegislatur verkünden, da das Grundgesetz als einziger Leitfaden dienen müsse.[347] Skeptisch hinsichtlich der Möglichkeit der öffentlichen Anhörung von Richterkandidaten äußert sich auch Kischel: Zwar erscheine die öffentliche Anhörung auf den ersten Blick ideal zur Schaffung von Transparenz, mit ihr gingen jedoch zwangsläufig Folgen einher, welche „nur als abschreckend bezeichnet werden“[348] könnten. So mache der Blick in die USA, in welchen die öffentliche Anhörung der Kandidaten eine prominente Rolle im Berufungsverfahren an den Supreme Court einnimmt, die Gefahr einer Politisierung allzu deutlich. Auf dem Prüfstand ständen neben der fachlichen Einstellung der Richterkandidaten deren persönliche Eigenschaften sowie deren Integrität, weshalb das Ansehen der Kandidaten durch die Anhörung teils schwer beschädigt werde.[349] Die regressierenden Zufriedenheitswerte des Supreme Court[350] legen nahe, dass sich die Politisierung und Polemisierung des Berufsverfahrens nicht nur negativ auf das Ansehen der Richterkandidaten, sondern ebenfalls negativ auf das Ansehen des Gerichts auswirken. Der Möglichkeit, die Anhörung von Richterkandidaten so auszugestalten, dass eine Politisierung ausgeschlossen wird, steht Kischel skeptisch gegenüber: Es sei zwar denkbar, den Bereich legitimer Fragen im Rahmen der Anhörung auf solche des beruflichen Werdegangs zu beschränken,[351] und Fragen, welche den höchstpersönlichen Bereich betreffen, von vornherein als illegitim zu erklären.[352] Jedoch ließe sich die Sinnhaftigkeit einer solchen Anhörung bezweifeln, die sich auf bereits Aktenkundiges beschränken würde.[353] Da eine öffentliche Anhörung zudem nicht den Rahmen bietet, um die fachliche Eignung des Richterkandidaten angemessen abzufragen, hält Kischel fest: „Es wird das Mehr an Öffentlichkeit mit einem Mehr an Politisierung und Ideologisierung erkauft.“[354]

---

[346] Vgl. *Kröger*, Richterwahl, S. 99; *Preuß*, Die Wahl der Mitglieder des BVerfG als verfassungsrechtliches und -politisches Problem, S. 394; *Lamprecht*, Vom Mythos der Unabhängigkeit, S. 83 f.

[347] Vgl. *Grimm*, Verfassungsrichterwahlen, S. 316 f.

[348] *Kischel*, Amt, Unbefangenheit und Wahl der Bundesverfassungsrichter, Rn. 41.

[349] Vgl. *Kischel*, Amt, Unbefangenheit und Wahl der Bundesverfassungsrichter, Rn. 41 f.; vgl. auch Vgl. *Gärditz*, Wahlen zum Bundesverfassungsgericht, S. 349 f.

[350] Vgl. https://www.pewresearch.org/politics/2022/09/01/positive-views-of-supreme-court-decline-sharply-following-abortion-ruling/.

[351] Vgl. *Trautwein*, Bestellung und Ablehnung von Bundesverfassungsrichtern, S. 40.

[352] Vgl. *Preuß*, Die Wahl der Mitglieder des BVerfG als verfassungsrechtliches und -politisches Problem, S. 395.

[353] Vgl. *Kischel*, Amt, Unbefangenheit und Wahl der Bundesverfassungsrichter, Rn. 45; *Zätzsch*, Richterliche Unabhängigkeit und Richterauswahl in den USA und Deutschland, S. 151.

[354] *Kischel*, Amt, Unbefangenheit und Wahl der Bundesverfassungsrichter, Rn. 45.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ein Festhalten an dem bisherigen, zweifelsfrei durch Intransparenz geprägten Wahlverfahren, unter Verweis auf das kontinuierlich hohe Ansehen, welches das Bundesverfassungsgericht in der Bevölkerung genießt, mag zunächst ebenso überzeugend wirken, wie die Untermauerung dieses Befundes mit dem Verweis auf die Politisierung der Kandidatenauswahl in den USA. Das in einer übermäßigen Politisierung des Wahlverfahrens eine Gefahr für das Ansehen des Bundesverfassungsgerichts liegt, soll hier nicht bestritten werden. Doch sollte sich auch nicht der Illusion hingegeben werden, die gegenwärtige Wahl der Bundesverfassungsrichter sei unpolitisch. Die „weiten" Normen des Grundgesetzes machen deren Interpretation und Konkretisierung notwendig, der stets eine verfassungspolitische Festlegung immanent ist.[355] Grimm spricht insofern von einem Anteil des Bundesverfassungsgerichts „an der politischen Herrschaft", soweit sie durch das Grundgesetz unterlegt ist.[356] Dies verdeutlicht die personelle Verflechtung von Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit. So waren bislang acht Richter des Bundesverfassungsgerichts vor ihrer Amtszeit als Mitglieder des Bundestages an Gesetzgebungsverfahren beteiligt.[357] Das politische Moment der Verfassungsrichterwahl zu leugnen erscheint ebenso wenig überzeugend, wie dessen Verschleierung in einem intransparenten Verfahren als Ursache für das stetig hohe Ansehen des Gerichts anzuführen. Dass die politische Natur der Verfassungsrichterwahl kein Geheimnis ist, welches es zu hüten gilt, um das Gericht vor einem ansonsten drohenden Akzeptanzverlust zu bewahren, zeigen bereits die zahlreichen kritischen medialen Auseinandersetzungen mit der Nichtöffentlichkeit des Verfahrens.[358]

Da es nicht überzeugt, das politische Moment der Verfassungsrichterwahl zu negieren, erscheint es im Hinblick auf die Akzeptanz und das Ansehen des Gerichts dienlicher, dieses in ein über informelle Absprachen hinausgehendes, formales Verfahren einzubetten, mithin die Verfassungsrichterwahl transparenter zu gestalten. Daran ändert auch ein Verweis auf das Negativbeispiel des Berufungsverfahrens zum Supreme Court in den USA nichts. Die Tatsache, dass eine ungezügelte Politisierung zur Polemisierung der Auseinandersetzung mit den einzelnen Richtern, letztlich auch des gesamten Gerichts, führen kann, gebietet noch keine Intransparenz des Wahlverfahrens.[359] Die Virulenz einer ungezügelten Politisierung, welche der Blick

[355] Vgl. *Frank*, Die „neutralen" Richter des Bundesverfassungsgerichts, S. 163 ff.

[356] *Grimm*, Verfassungsrichterwahlen, S. 316.

[357] Vgl. *Orth*, Verfassungsrichter und ihre frühere Beteiligung an Gesetzgebungsverfahren, S. 230.

[358] Vgl. hierzu oben, S. 152 ff.

[359] Zumal einer Übertragung der US-amerikanischen Verhältnisse gewichtige Unterschiede zwischen den Verfassungsgerichtsbarkeiten in Deutschland und den USA entgegensteht. So weist *Kischel*, Amt, Unbefangenheit und Wahl der Bundesverfassungsrichter, Rn. 45, selbst darauf hin, dass die Anhörung der Richterkandidaten in den USA, anders als dies in Deutschland der Fall wäre, von dem politischen Kampf zwischen dem Präsidenten und dem Senat bestimmt sei. *C. Möllers*, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, S. 288 f., sieht in den unterschiedlichen Entstehungsgeschichten beider Verfassungsgerichte einen Grund, welcher gegen die Übertragung des US-amerikanischen Dis-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

auf die USA verdeutlicht, lässt den Versuch der Verschleierung des politischen Moments der Richterwahl jedenfalls nicht als geboten erscheinen. Als Schluss, den es aus diesem Umstand zu ziehen gilt, drängt sich die Notwendigkeit eines maßvollen Umgangs mit diesem auf. Ein solch maßvoller Umgang erscheint nicht zuletzt im Hinblick auf die Risiken, welche mit der aktuellen Ausgestaltung des Wahlverfahrens einhergehen, als geboten. Die Intransparenz der Kandidatenauswahl samt ihrer in der Fachliteratur fast durchgängig negativen Bewertung[360] birgt das Risiko, als Versuch einer Verschleierung gewertet zu werden.[361] Dies kann sich enorm negativ auf das Ansehen des Bundesverfassungsgerichts auswirken, sollte sich der Eindruck eines Versuchs der Verschleierung in Teilen der Gesellschaft verfestigen. Dies gilt umso mehr, da nunmehr eine negative mediale Berichterstattung stattfindet, welche sich nicht lediglich auf Fachkreise beschränkt.[362]

---

kurses auf den deutschen spricht. Die Rede Möllers von einer „rechtlich makellosen Entstehungsgeschichte des Bundesverfassungsgerichts" (S. 288) droht aus dem Blick zu verlieren, dass auch der Geschichte des Bundesverfassungsgerichts Elemente einer Selbstermächtigung – freilich nicht in dem Maße, wie es beispielsweise in Israel, vgl. hierzu *Hirschl*, Towards Juristocracy, S. 172 ff., oder den USA, vgl. hierzu *Heun*, Die Geburtsstunde der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 267 ff., der Fall ist – immanent sind. Hervorzuheben ist insoweit insbesondere die auf Leibholz zurückgehende Denkschrift aus dem Jahre 1952, vgl. Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts v. 27. Juni 1952, in: JöR 6 (1957), S. 144 f., in welcher das Bundesverfassungsgericht sich zum „Hüter der Verfassung" aufschwung und zugleich erklärte, „ein mit höchster Autorität ausgestattetes Verfassungsorgan" zu sein, vgl. vertiefend hierzu *Papier*, Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Grundrechte, Rn. 2. Kritisch dazu *Schlaich*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, S. 101, nach welchem das Bundesverfassungsgericht mit der vorstehenden Selbstdeklaration zum Verfassungsorgan „handstreichartig in das Gefüge der Staatsfunktionen nach dem Grundgesetz eingebrochen" sei. Ebenfalls kritisch äußert sich *Großfeld*, Zur Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Grundgesetz, S. 3544 f.

[360] Vgl. *Geuther/Remme*, Undemokratischer als die Papstwahl?, in: Deutschlandfunk online, 15. 02. 2008, https://www.deutschlandfunk.de/undemokratischer-als-die-papstwahl-100.html (abgerufen am: 30. 08. 2023); *Müller*, Richter im Paket, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 11. 04. 2014; *Rath*, Ein Trio für Karlsruhe, in: Legal Tribune Online, 09. 12. 2022, https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/neue-verfassungsrichter-bverfg-wahl-ampel-2022-karlsruhe-martin-eifert-rhona-fetzer-thomas-offenloch/ (zuletzt abgerufen am 05. 04. 2024); *Rath*, Grüne müssen warten: Neue Abrede für BVerfG-Richterwahlen, in: Legal Tribune Online, 01. 06. 2018, https://www.lto.de/persistent/a_id/28925/ (zuletzt abgerufen am: 05. 04. 2024).

[361] Vgl. nur *Rath*, Ein Trio für Karlsruhe, in: Legal Tribune Online, 30. 08. 2023, https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/neue-verfassungsrichter-bverfg-wahl-ampel-2022-karlsruhe-martin-eifert-rhona-fetzer-thomas-offenloch/ (zuletzt abgerufen am: 05. 04. 2024): „Doch die Politik gestaltet das Verfahren wieder einmal möglichst intransparent – so als ob man etwas zu verbergen hätte".

[362] Vgl. nur *Müller*, Richter im Paket, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 11. 04. 2014; *Rath*, Ein Trio für Karlsruhe, in: Legal Tribune Online, 30. 08. 2023, https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/neue-verfassungsrichter-bverfg-wahl-ampel-2022-karlsruhe-martin-eifert-rhona-fetzer-thomas-offenloch/ (zuletzt abgerufen am: 05. 04. 2024); *Geuther/Remme*, Undemokratischer als die Papstwahl?, in: Deutschlandfunk online, 15. 02. 2008, https://www.deutschlandfunk.de/undemokratischer-als-die-papstwahl-100.html (zuletzt abgerufen am: 05. 04. 2024).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Diesem Einwand kann nun, mit den Befürwortern der aktuellen Ausgestaltung der Verfassungsrichterwahl, das ungebrochen hohe Ansehen des Gerichts entgegengehalten werden. Doch spricht die Dynamisierung der bundesdeutschen Parteienlandschaft gegen ein Festhalten an der gegenwärtigen Ausgestaltung der Wahl zum Bundesverfassungsgericht nach dem Motto „bekannt und bewährt". So erkennt auch Grimm, welcher das aktuelle Wahlverfahren zunächst verteidigte, inzwischen an, dass die „Geräuschlosigkeit" dieses Wahlverfahrens zumindest auch der Tatsache geschuldet ist, dass die Fraktionen von CDU/CSU und SPD weitestgehend über eine Zwei-Drittel-Mehrheit im Bundestag verfügten.[363] Da dieser Zustand nunmehr nachhaltig der Vergangenheit anzugehören scheint und fortan stets weitere Parteien zur Erreichung des Quorums gebraucht werden, liegt nahe, dass diese ihre Zustimmung an personelle Forderungen knüpfen werden.[364] Dadurch erhöhe sich wiederum die Gefahr der Gerichtsbesetzung nach Parteienproporz, was der „Funktion des Gerichts und seinem Ansehen, das gerade auf der Überparteilichkeit beruht, […] nicht gut bekommen"[365] würde.

Das mit der Dynamisierung der Parteienlandschaft auch gesteigerte Ansprüche mancher sich im politischem Bedeutungszuwachs befindlichen Parteien hinsichtlich des Vorschlags von Verfassungsrichterkandidaten einhergeht, zeigt die Kontroverse um das Vorschlagsrecht von Bündnis 90/Die Grünen, welche zu einer Änderung der Formel des Vorschlagerechts führte.[366] Das sich die Änderung der parteipolitischen Verhältnisse in einer Änderung der Vorschlagsformel niederschlug, soll hier nicht kritisiert werden; nicht bloß kurzfristig angelegte politische Veränderungen müssen sich im Rahmen der Kandidatenauswahl der Bundesverfassungsrichter niederschlagen. Als sehr wohl kritikwürdig erscheint indes, dass nicht nur die Änderung der Vorschlagsformel sich gänzlich im informellen Rahmen abspielte, sondern die Formel selbst eine informelle Abrede darstellt. Dass die neue Formel gleichwohl Gegenstand kritischer Berichterstattung[367] war, spricht nicht nur gegen den Schutz vor Politisierung durch Intransparenz, sondern verdeutlicht zudem die Notwendigkeit, die Kandidatenauswahl in ein formales Verfahren einzubetten.[368]

[363] Vgl. *Grimm*, Verfassungsrichterwahlen, S. 317.

[364] Vgl. *Grimm*, Verfassungsrichterwahlen, S. 317.

[365] *Grimm*, Verfassungsrichterwahlen, S. 317.

[366] Vgl. hierzu oben, S. 152 ff.

[367] Vgl. *Rath*, Ein Trio für Karlsruhe, in: Legal Tribune Online, 09. 12. 2022, https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/neue-verfassungsrichter-bverfg-wahl-ampel-2022-karlsruhe-martin-eifert-rhona-fetzer-thomas-offenloch/ (zuletzt abgerufen am: 05. 04. 2024); *Rath*, Grüne müssen warten: Neue Abrede für BVerfG-Richterwahlen, in: Legal Tribune Online, 01. 06. 2018, https://www.lto.de/persistent/a_id/28925/ (zuletzt abgerufen am: 05. 04. 2024).

[368] A. A. *Gärditz*, Wahlen zum Bundesverfassungsgericht, S. 351.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(1) Transparenz durch Kodifikation: Die Vorschlagsformel als Gesetz

Vorgeschlagen wurde, die informelle Formel des alternierenden Vorschlagerechts als Gesetz zu erlassen.[369] Etwaige Änderungen der Formel müssten in diesem Fall von Bundestag und Bundesrat – das Gesetz wäre in Anbetracht des zweistufigen Wahlverfahrens zustimmungsbedürftig – öffentlich verhandelt werden. Der Gefahr der Politisierung, welche in einer öffentlichen Verhandlung einer etwaigen Änderung der Vorschlagsformel gesehen werden kann, wäre mit einem qualifizierten Mehrheitserfordernis zu begegnet. So könnte das Erfordernis einer Zwei-Drittel-Mehrheit eine konsensfördernde Wirkung entfalten und zugleich einen Gleichlauf mit dem Zwei-Drittel-Erfordernis der Verfassungsrichterwahl herstellen. Um das qualifizierte Mehrheitserfordernis zu gewährleisten und die Änderungsmöglichkeit der Vorschlagsformel dem einfachen Gesetzgeber zu entziehen, wäre es denkbar, die Formel der Verfassung einzuschreiben.[370]

Ohnehin muss konstatiert werden, dass die Bedenken, welcher einer öffentlichen Anhörung der Richterkandidaten ebenso wie einer öffentlichen Abstimmung über jene Kandidaten entgegengebracht werden – die Beschädigung des Ansehens der Kandidaten und letztlich des Bundesverfassungsgerichts durch übermäßige Politisierung – nicht auf eine öffentliche Diskussion beziehungsweise Abstimmung über die Änderung der Vorschlagsformel übertragen werden können. Da die Formel zwar gesetzlich festgehalten aber gleichwohl der Öffentlichkeit bekannt ist, würde mit ihrer gesetzlichen Kodifizierung ein Mehr an Transparenz gewonnen werden. Mit diesem Transparenzgewinn würde freilich auch eine gewisse Politisierung des Wahlverfahrens einhergehen, indes nicht in dem Maße, wie es im Falle einer öffentlichen Anhörung der Richterkandidaten zu erwarten wäre.

[369] Vgl. *Duden*, Die Wahl der Richterinnen und Richter des BVerfG und der obersten Bundesgerichte, S. 864, welcher dafür plädiert, die „Eckpfeiler" – ohne diese näher zu konkretisieren – der gegenwärtigen Wahlpraxis im Grundgesetzt zu verankern, um Reformbestrebungen, welche eine bewusste politische Einflussnahme auf das Verfassungsgericht zum Ziel haben, zu verhindern. Dies Diskussion darüber, ob und wie das Bundesverfassungsgericht vor politischer Einflussnahme zu schützen ist, ist durch das Erstarken der Partei „Alternative für Deutschland" neu entfacht, vgl. nur *Zimmermann/Schroeter*, Bundesjustizministerium schlägt Grundgesetzänderung vor, in: Legal Tribune Online, 28. 03. 2024, https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/resilienz-schutz-bverfg-gesetzesentwurf-bmj-grundgesetz-nderung-verfassung/ (zuletzt abgerufen am 05. 04. 2024).

[370] So plädieren auch die ehemaligen Richter am Bundesverfassungsgericht Gabriele Britz und Michael Eichberger dafür, das Bundesverfassungsgericht dem Zugriff des einfachen Gesetzgebers mehr zu entziehen, als es gegenwärtig der Fall ist, vgl. *Britz/Eichberger*, Mehr Widerstandskraft, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 10. 01. 2024, vgl. auch *Kirchhoff*, Die „offene Flanke" des Bundesverfassungsgerichts schließen!, in: Legal Tribune Online, 28. 03. 2024, https://www.lto.de/recht/meinung/m/ferdinand-kirchhof-kommentar-schutz-bverfg-ampel-union/ (zuletzt abgerufen am 05. 04. 2024).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(2) Transparenz dank Triade: Das vorschlagende Gremium als „dritte" Stufe

Der hier skizzierte Reformansatz sollte nicht dahingehend missverstanden werden, dass er die Praxis der informellen Abreden zu beenden sucht. Der tatsächlichen Entscheidung vorausgehende, informelle Absprachen sind eine vom Grundgesetz akzeptierte Realisierung einer formal-rechtlich angelegten Verhaltensweise[371] und als solche nicht per se problematisch.[372] Kritikwürdig sind daher nicht die informellen Absprachen an sich, sondern deren fehlende Einbindung in die formale Ausgestaltung des Wahlverfahrens. So ist die der Richterwahl vorgeschaltete Kandidatenauswahl zwar de iure – zumindest im Falle der Verfassungsrichterwahl durch den Bundestag – dem Wahlausschuss anvertraut, de facto wird sie indes im Rahmen inoffizieller Abreden von Parteifunktionären getroffen.[373] Um diesem Zustand Abhilfe zu schaffen und zugleich eine Annäherung beider Wahlorgane im Rahmen der zweistufigen Wahl zu bewirken,[374] empfiehlt sich eine gemeinsame, intraorganschaftliche Kandidatenauswahl. Wie vorstehend erläutert, bewirkt das Erfordernis der Zwei-Drittel-Mehrheit ohnehin eine intraorganschaftliche Machtaggregation.[375] Soll die Regelungslage mit der Verfassungspraxis in Einklang gebracht werden, so liegt die Schaffung eines Gremiums mit hochrangigen Vertretern aller in den Wahlorganen vertretenen Parteien nahe. Somit könnte zumindest Transparenz hinsichtlich der die Kandidatenauswahl vornehmenden Personen geschaffen werden, weshalb ein solches Vorschlagsgremium gegenüber dem lediglich noch formal entscheidenden Wahlausschuss vorzugswürdig erscheint.

Gegen die Schaffung eines solchen Gremiums könnte jedoch der vorstehend skizzierte Ansatz zur gesetzlichen Ausgestaltung der Vorschlagsformel sprechen: Wozu braucht es ein mit der Kandidatenauswahl betrautes Gremium, wenn den Parteien gesetzlich ein alternierendes Vorschlagerecht zugesprochen wird?

Zum einen würde eine Vorauswahl in einem solchen Gremium der Politisierung des Wahlverfahrens, welche durch die Kodifizierung der Vorschlagsformel zu erwarten wäre, entgegenwirken. Der Wahl durch Bundestag und Bundesrat eine Stufe vorzuschalten, in welcher Parteivertretern die Möglichkeit zur Einigung auf einen Kandidaten eingeräumt wird, minimiert die Gefahr einer erfolglosen Wahl eines Kandidaten, welche unmittelbar dem Ansehen des Kandidaten und mittelbar dem des Gerichts schaden könnte. Zwar legt die gegenwärtige Wahlpraxis eine der tatsäch-

[371] Vgl. *Schulze-Fielitz*, Das Verhältnis von formaler und informaler Verfassung, S. 27; vgl. auch *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 184 f.; *Wewer*, Spielregeln, Netzwerke, Entscheidungen – auf der Suche nach der anderen Seite des Regierens, S. 22 ff.

[372] Vgl. hierzu oben, S. 163 ff.

[373] Vgl. hierzu oben, S. 163 ff.

[374] Die Rede ist hier von einer Annäherung anstelle einer Gleichstellung von Bundestag und Bundesrat, da eine Gleichstellung aufgrund der zumindest formal nachrangigen Bestätigung durch den Bundesrat auf zweiter Stufe schwerlich attestiert werden kann, was indes mit Blick auf die konstitutionelle Funktion beider Wahlorgane hinzunehmen ist.

[375] Vgl. hierzu oben, S. 163 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

lichen Wahl vorgelagerte, inoffizielle Abrede hinsichtlich der Kandidatenauswahl nahe. Es könnte mithin argumentiert werden, ohnehin werde eine der eigentlichen Wahl vorgelagerte, Vorauswahl getroffen, womit das Risiko einer erfolglosen Wahl ohnehin als gering einzuschätzen wäre. Indes würde durch die formale Schaffung eines mit hochrangigen Parteivertretern besetzten Gremiums ein Gleichlauf von kodifiziertem Wahlverfahren und tatsächlicher Reglungspraxis geschaffen werden; die Vorauswahl würde von den formal zuständigen Personen in dem hierfür vorgesehenen Rahmen getroffen werden. Obschon sich für das vorschlagende Gremium eine nichtöffentliche Beratung aus den gleichen Gründen empfiehlt, aufgrund derer auch der gegenwärtige Wahlausschuss nichtöffentlich berät,[376] so würde sich das Wahlverfahren dennoch transparenter gestalten. Es wäre für die Öffentlichkeit erkennbar, durch wen die Kandidatenauswahl vorgenommen wird. Um den Gleichlauf der formalen Ausgestaltung des Wahlverfahrens mit der tatsächlichen Wahlpraxis zu gewährleisten, ist eine Besetzung des vorschlagenden Gremiums mit den tatsächlich die Vorauswahl Treffenden erforderlich; andernfalls droht eine nicht weiterführende[377] „Scheintransparenz", welche sich aus der Bestätigung einer anderorts getroffenen Vorauswahl speist. Es empfiehlt sich daher, den Parteien die Auswahl der Mitglieder des Gremiums freizustellen, ohne die Mitgliedschaft an formale Hürden, wie beispielsweise die Mitgliedschaft in Bundestag oder Bundesrat, zu knüpfen.

Um etwaigen Bedenken hinsichtlich einer Politisierung der Kandidatenauswahl durch die Kodifizierung der alternierenden Vorschlagsformel zu entkräften, wäre es denkbar, dem vorschlagenden Gremium ebenfalls ein Vorschlagsrecht über etwaige Änderungen der Vorschlagsformel zuzubilligen. So könnte eine politische Auseinandersetzung über eine Anpassung der Formel an etwaige Änderungen der parteipolitischen Lage auf „offener Bühne" verhindert werden. Sollte in dem nicht öffentlich beratenden Gremium ein Konsens zur Anpassung der Formel erzielt werden, so wäre ein entsprechender Antrag an die beiden Wahlorgane Bundestag und Bundesrat zu stellen. So könnte das Risiko eines erfolglosen Antrags auf Änderung der Formel, welcher als Ausweis machtpolitischer Stilisierung der Verfassungsrichterwahl gewertet werden könnte, minimiert und zugleich die Gefahr der Politisierung durch öffentliche Verhandlungen über etwaige Änderungen der Vorschlagsformel reduziert werden. Auf eine öffentliche Verhandlung müsste nicht gänzlich verzichtet werden; deren Zuspitzung würde jedoch, neben dem konsensfördernden Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit, qua vorausgehender Sondierung im vorschlagenden Gremium entgegengewirkt.

Ein weiterer Kritikpunkt an der gegenwärtigen Wahlpraxis ist die Ämterpatronage. Eine Möglichkeit, dieser entgegenzuwirken, zeigt ein Vorschlag Lamprechts auf. So könne der Proporz-Praxis mit dem Erfordernis einer „Dreierliste" „auf verhältnismäßig einfache Weise ein Riegel vorgeschoben werden."[378] Die „Dreier-

[376] Vgl. hierzu oben, S. 138 ff.

[377] Vgl. hierzu oben, S. 162 ff.

[378] *Lamprecht*, Vom Mythos der Unabhängigkeit, S. 95.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

liste“ findet sich bereits im gegenwärtigen Wahlverfahren wieder, ihre Anwendbarkeit ist aber auf Sonderkonstellationen beschränkt. So statuiert § 7a Abs. 1 BVerfGG, dass in besonderen Fällen das Bundesverfassungsgericht selbst Kandidaten zur Richterwahl vorzuschlagen hat. Gemäß § 7a Abs. 2 S. 2 Var. 1 BVerfGG hat das Gericht im Falle der Vakanz von einer Richterstelle drei Kandidatenvorschläge vorzubringen. Die „Dreierliste“ über § 7a Abs. 2 S. 2 Var. 1 BVerfGG hinaus Anwendung finden zu lassen, hätte nach Lamprecht zur Folge, dass den Parteien bei der Durchsetzung ihrer personellen Wünsche durch ein Mindesterfordernis von drei anstatt eines Kandidatenvorschlags Grenzen gesetzt wären.[379] Versagte man es der vorschlagsberechtigten Partei, genau einen bestimmten Kandidaten ins Amt zu hieven, würde sich dies insofern konsensfördernd auswirken, als dass den Parteien, deren Zustimmung es bedarf, eine beschränkte Auswahlmöglichkeit gegeben wird.[380]

Lamprechts Vorschlag erscheint erwägenswert, könnte sich aber Bedenken hinsichtlich einer möglichen Politisierung der Kandidatenauswahl ausgesetzt sehen. So wäre nach Lamprecht selbst eine Anhörung der Richterkandidaten, im Falle des Erfordernisses einer Dreierliste, „eine conditio sine qua non“.[381] Auch wenn, mit Kischel, zu bezweifeln ist, dass eine öffentliche Anhörung der Richterkandidaten in Deutschland (anders als es in den USA der Fall ist) „in ruhigen, sachlichen und angemessenen Bahnen abliefe und so einen positiven Zuwachs an Öffentlichkeit und gelebter Demokratie brächte“[382], böte das dreistufige Wahlverfahren doch die Möglichkeit, die Anhörung dergestalt durchzuführen, dass eine Politisierung und Personalisierung der Kandidatenauswahl nicht im Übermaß zu befürchten ist. So könnte die Anhörung der drei vorgeschlagenen Richterkandidaten auf der ersten Stufe verortet werden, mithin im vorschlagenden Gremium stattfinden. Hier bestände die Möglichkeit einer nichtöffentlichen Anhörung durch die ohnehin nichtöffentlich beratenden und mit der Kandidatenauswahl betrauten Gremiumsmitglieder. Die vorschlageberechtigte Partei müsste zunächst eine Dreierliste in das Gremium einbringen. Nach nichtöffentlicher – und somit der Gefahr der Politisierung durch Vertraulichkeit entgegenwirkender – Anhörung müsste sich sodann gremiumsintern auf einen der drei Kandidaten geeinigt werden. Dieser Kandidat würde, die erste Stufe des dreistufigen Wahlverfahrens abschließend, dem Bundestag oder Bundesrat zur Wahl vorgeschlagen werden.

[379] Vgl. *Lamprecht*, Vom Mythos der Unabhängigkeit, S. 95 f.

[380] Vgl. *Lamprecht*, Vom Mythos der Unabhängigkeit, S. 95 f.

[381] *Lamprecht*, Vom Mythos der Unabhängigkeit, S. 95.

[382] *Kischel*, Amt, Unbefangenheit und Wahl der Bundesverfassungsrichter, Rn. 45.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

cc) Nicht zwingend reformierungsbedürftig, wohl aber reformierungswürdig

Obschon das Verfahren zur Wahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts sich als verfassungsgemäß erweist, sieht es sich dennoch Bedenken demokratietheoretischer Art ausgesetzt. Es ist zuzugestehen, dass die Intransparenz des Wahlverfahrens dem hohen Ansehen des Gerichts in der Vergangenheit, trotz anhaltend starker Kritik, scheinbar nicht abträglich war. An der bisherigen Ausgestaltung des Wahlverfahrens festzuhalten, empfiehlt sich dennoch nicht. Neben der de facto Verlängerung der Legitimationskette um ein (informelles) Glied, mit welcher eine Legitimationskonsumption einhergeht, ist es letztlich die gegenwärtige Dynamisierung der parteipolitischen Lage, welche einem Festhalten am gegenwärtigen Wahlverfahren als „bekannt und bewährt" entgegensteht.

Der vorstehend skizzierte Reformansatz erhebt nicht den Anspruch, die optimale Lösung für die Wahl der Richter des Bundesverfassungsgerichts zu präsentieren. Vielmehr soll anhand des dreistufigen Wahlverfahrens (1. Stufe: Kandidatenauswahl im vorschlagenden Gremium – 2. Stufe: Wahl durch den Bundestag – 3. Stufe: Bestätigung der Wahl durch den Bundesrat) lediglich dargelegt werden, dass eine transparentere Gestaltung des Wahlverfahrens möglich ist, ohne dabei eine derart bedenkliche Politisierung der Verfassungsrichterwahl, wie sie in den USA zu beobachten ist, in Kauf nehmen zu müssen. Der vorstehende Ansatz stellt auch keinen Gegenentwurf zum gegenwärtigen Wahlverfahren dar, sondern zielt darauf ab, die in diesem Verfahren ausgemachten Defizite zu beheben. So kann der Entkopplung der tatsächlichen Wahlpraxis von dem gesetzlich geregelten Wahlverfahren durch Schaffung eines gemeinsamen Gremiums, welches mit der Kandidatenauswahl betraut ist, entgegengewirkt werden, während sich das Wahlverfahren durch eine Kodifizierung der Vorschlagsformel signifikant transparenter gestalten lässt. Durch das Erfordernis einer Dreierliste kann der Ämterpatronage entgegengewirkt werden. Vor allem aber vermittelt das dreistufige Wahlverfahren eine einheitliche demokratische Legitimation aller Richter des Bundesverfassungsgerichts.

2. Organisatorische Legitimationsmechanismen

Wie bereits erwähnt, wird die personelle Legitimationskomponente um ein Verantwortlichkeitsmodell ergänzt. Der jeweilige Amtswalter ist entlang der Berufungskette organisatorisch rückgebunden.[383] Diese Rückbindung erfolgt qua Weisungsabhängigkeit sowie abstrakt-genereller Gesetzesbindung.[384] Im Falle des

[383] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 54; *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 269; *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 106.

[384] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 54.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Bundesverfassungsgerichts steht einer solchen organisatorischen Rückbindung qua Weisung die persönliche Unabhängigkeit der Bundesverfassungsrichter entgegen.[385]

a) Die persönliche Unabhängigkeit als Ausprägung der richterlichen Unabhängigkeit

Hinsichtlich der richterlichen Unabhängigkeit kann zwischen der sachlichen und der persönlichen Unabhängigkeit differenziert werden.[386] In Bezug auf die persönliche Unabhängigkeit des Richters hielt das Bundesverfassungsgericht fest, diese gebiete, dass es zur Amtsenthebung eines Richters eines besonderen Disziplinarverfahrens bedarf.[387] Bedeutung gewinnt die persönliche Unabhängigkeit darüber hinaus im Hinblick auf die Versorgungssicherheit des Richters.[388] Eine persönliche Abhängigkeit der Richterschaft, aus welcher sich ein mittelbarer Einfluss der Exekutive auf die Entscheidungspraxis ergeben könnte, soll verhindert werden.[389] So droht die sachliche Unabhängigkeit ins Leere zu laufen, müsste der entscheidende Richter eine persönliche Sanktionierung für die im Rahmen der sachlichen Unabhängigkeit getroffenen Entscheidung in Form von Lohnkürzungen oder einer Versetzung fürchten.[390] Das Bundesverfassungsgericht führt die persönliche Unabhängigkeit des Richters nicht auf das allgemeine Unabhängigkeitsgebot in Art. 97 Abs. 1 GG zurück, sondern stellt auf die allgemeinen Grundsätze des richterlichen Amtsrechts ab, Art. 33 Abs. 5 GG:[391]

> „Was zu den für das Amtsrecht der Richter charakteristischen hergebrachten Grundsätzen im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG gehört, braucht im vorliegenden Fall nicht abschließend erörtert zu werden. Jedenfalls gehört dazu der elementare Grundsatz der persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit des Richters."

b) Die persönliche Unabhängigkeit im Spannungsfeld zum formalen Verantwortlichkeitsmodell

Das Verantwortlichkeitsmodell verhindert die Verflüchtigung des legitimierenden Gehalts einer vormaligen Personalauswahl. Die formale Rückbindung entlang der Berufungskette aktualisiert den legitimatorischen Gehalt der Berufung.[392] Ebenjener Rückkoppelung entlang der Berufungskette steht indes die persönliche Unabhängigkeit des Richters entgegen. Zwar sind die Richter des Bundesverfas-

[385] Vgl. zur abstrakt-generellen Gesetzesbindung unten, S. 186 ff.

[386] Vgl. *Herzog*, Art. 97 Rn. 8 ff.

[387] Vgl. BVerfGE 3, 213 (224).

[388] Vgl. BVerfGE 12, 81 (88); 55, 372 (391).

[389] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 160.

[390] Vgl. *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 178.

[391] BVerfGE 12, 81 (88).

[392] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 54.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sungsgerichts nicht auf Lebenszeit ernannt, da § 4 Abs. 1 BVerfGG die Amtsdauer der Verfassungsrichter auf 12 Jahre begrenzt, was, mit Schreier, auf die Notwendigkeit demokratischer Legitimation zurückzuführen ist.[393] Jedoch setzt mit dem Ernennungsakt ebenjene Verflüchtigung des der Richterwahl immanenten Legitimationsgehalts ein, welcher das Verantwortungsmodell entgegenzuwirken sucht; weder unterliegt der Ernennungsakt einer periodischen Erneuerung, noch ist er rücknehmbar.[394] Nach Tschentscher führt die persönliche Unabhängigkeit zu einer „personell-organisatorischen Loslösung von den Amtsträgern, die bei der Berufung tätig waren".[395]

Dem Befund einer mangelnden organisatorischen Rückführbarkeit ob der persönlichen Unabhängigkeit des Richters stellt sich Wittreck entgegen: eine hinreichende Rückführbarkeit sei über die Dienstaufsicht gegeben.[396] Dieser Ansatz, wonach die Dienstaufsicht über Richter zu deren demokratischer Legitimation beiträgt, ist kritikfähig,[397] trägt aber ohnehin nicht für die Verfassungsgerichtsbarkeit. So finden die Regelungen zur Dienstaufsicht von Richtern keine Anwendung auf Richter des Bundesverfassungsgerichts. Die einzige Möglichkeit, einen solchen zu disziplinieren, stellt, wie das Bundesverfassungsgericht selbst hervorhebt, das Verfahren nach § 105 BVerfGG dar:[398]

> „Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz hat deutlich gemacht, wie hoch es die Unabhängigkeit des Bundesverfassungsrichters hält und wie sehr es vertraut, daß der Verfassungsrichter von sich selbst dieser Einschätzung des Gesetzgebers gerecht werden wird. Es hat jede Disziplinierung des Verfassungsrichters außerhalb des Verfahrens nach § 105 BVerfGG ausgeschlossen, auch – auf die Dauer ihrer Zugehörigkeit zum Bundesverfassungsgericht – für diejenigen, die etwa als Bundesrichter eines obersten Bundesgerichts oder als Hochschullehrer wegen ihres Verhaltens einem förmlichen Disziplinarverfahren an sich unterworfen wären."

Die Besonderheit des Verfahrens nach § 105 BVerfGG, welche darin liegt, dass lediglich den Bundesverfassungsrichtern selbst die Entscheidung über die Amtsenthebung zukommt, steht der Herleitung eines *organisatorisch*-personellen Legitimationsgehalts aus der Möglichkeit einer Amtsenthebung entgegen. Da dem Par-

[393] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 132.

[394] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 161, welcher sich zwar nicht auf die Richter des Bundesverfassungsgerichts im Speziellen, sondern auf die Richterschaft im Allgemeinen bezieht. Die Ausführungen Tschentschers sind auf die Richterschaft der Verfassungsgerichtsbarkeit übertragbar.

[395] *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 161.

[396] Vgl. *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 140 ff.

[397] Vgl. *Groß*, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Begrenzungen für eine Selbstverwaltung der Justiz, S. 363; *ders.*, Selbstverwaltung der Gerichte als Voraussetzung ihrer Unabhängigkeit, S. 301; *Röhl*, Justiz als Wirtschaftsunternehmen, S. 227; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 155; *Simon*, Rechtsprechung und Bürokratie, S. 91 f.

[398] BVerfGE 46, 34 (41).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

lament diesbezüglich keine Kontrollfunktion zukommt, dient die Vorschrift des § 105 BVerfGG nicht der Rückbindung an das Parlament durch Schaffung einer demokratischen Abrufbarkeit der Bundesverfassungsrichter, sondern stärkt die Verfassungsrichter in ihrer Unabhängigkeit.[399] Diese Funktion des Verfahrens nach § 105 BVerfGG hebt auch das Bundesverfassungsgericht hervor, nach welchem § 105 BVerfGG „besondere Kautelen zur Sicherung der Unabhängigkeit des Bundesverfassungsrichters"[400] enthält:[401]

> „Das Verfahren kann nur durch Entscheidung des Plenums des Bundesverfassungsgerichts eingeleitet werden; das Plenum kann nicht selbst die Entlassung des Richters aus dem Amt aussprechen; es kann nur den Bundespräsidenten ermächtigen (und das heißt nicht verpflichten), die Entlassung auszusprechen; und diese Ermächtigung bedarf einer Zweidrittelmehrheit der Mitglieder des Gerichts, also mindestens 11 von 16 Stimmen."

Das Spannungsfeld zwischen dem Erfordernis einer *organisatorisch*-personellen Legitimation und der persönlichen Unabhängigkeit des Bundesverfassungsrichters lässt sich auch nicht durch einen Hinweis darauf auflösen, dass es der Gesetzgeber ist, welcher die finanzielle Ausstattung des Gerichts bestimmt – was die ehemalige Richterin am Bundesverfassungsgericht Britz als Einwirkungsmöglichkeit des Gesetzgebers auf das Bundesverfassungsgericht qualifiziert[402]. Doch betrifft diese Einwirkungsmöglichkeit das Bundesverfassungsgericht als Ganzes, während der jeweilige Richter Bezugspunkt der persönlichen Unabhängigkeit ist.[403]

III. Zusammenfassung

Hinsichtlich der Vermittlung personeller Legitimation nimmt die Wahl der Bundesverfassungsrichter eine zentrale Stellung ein. Der hohen Bedeutung der Verfassungsrichterwahl entsprechend schwer wiegen Bedenken, welche der aktuellen Ausgestaltung des Wahlverfahrens entgegenstehen. Zwar lassen sich die Zweifel hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der indirekten Wahl durch die Reform des § 6 BVerfGG ausräumen, das Wahlverfahren erweist sich indes nichtsdestotrotz als reformwürdig. So ist zunächst das Legitimationsgefälle bei der Richterwahl durch den Bundesrat zu monieren. Aufgrund der Legitimationskonsumption entlang der Berufungskette vermag die Wahl durch den Bundesrat nicht die gleiche Legitimationskraft zu entfalten, wie es bei der Wahl durch den Bundestag der Fall ist. Ein einheitliches Legitimationsniveau aller Richter des Bundesverfassungsgerichts kann somit nicht attestiert werden.

---

[399] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 133 ff.

[400] BVerfGE 46, 34 (41).

[401] BVerfGE 46, 34 (41 f.).

[402] Vgl. *Britz*, Das Verhältnis von Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, S. 324.

[403] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 160.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Auch die häufig kritisierte tatsächliche Wahlpraxis erweist sich nicht als verfassungswidrig. Zwar wird die politische Anschauung des Richterkandidaten faktisch zum Auswahlkriterium, während eine an der Qualifikation orientierte Kandidatenauswahl von Kritikern als „Glücksfall" bezeichnet wird.[404] Eine unzulässige Beschränkung des Kandidatenkreises kann darin jedoch nicht gesehen werden. Weder liegt ein Verstoß gegen das Leistungsprinzip noch gegen das allgemeine Gleichheitsgebot vor. Auch die Bedenken hinsichtlich der Rolle, welche den Parteien in der tatsächlichen Wahlpraxis zukommt, vermag nicht durchzuschlagen. Es ist insofern zu konstatieren, dass die Prägung des politischen Prozesses durch Parteien ebenso wie der formalen Abstimmung vorausgehende informelle Absprachen – beide Phänomene werden im Falle der Verfassungsrichterwahl durch das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit zusätzlich bestärkt – zur Normalität parlamentarischer Arbeitsweise gehören. Kritisch hervorzuheben bleibt indes, dass die Kandidatenauswahl durch Parteifunktionäre eine interorganschaftliche Machtverschiebung bewirkt, welche die Ausgestaltung von Bundestag und Bundesrat als jeweils eigenständige und unabhängige Wahlorgane zu unterlaufen droht. Auch muss in der „Auslagerung" der Kandidatenauswahl auf eine informelle Ebene eine *de facto* Verlängerung der Legitimationskette gesehen werden, was in Anbetracht der Legitimationskonsumption zu „Reibungsverlusten" führt.

Vehementen Bedenken sieht sich die Intransparenz des Auswahlverfahrens der Richterkandidaten ausgesetzt. Zwar ist den Befürwortern der aktuellen Verfahrensausgestaltung zuzustimmen, wenn diese vor einer Annäherung an „US-amerikanische Verhältnisse" bei der Verfassungsrichterwahl warnen. In der Tat dürfte eine polemisch zugespitzte Debatte um einzelne Richterkandidaten dem Ansehen des Gerichts schaden. Dennoch vermag es nicht zu überzeugen, von jedweder Reform des Wahlverfahrens aufgrund der „Gefahr einer Politisierung" des Bundesverfassungsgerichts abzulassen. Vielmehr droht die Intransparenz der Kandidatenauswahl gegenwärtig selbst die Debatte aufzuladen. Dem kann entgegengehalten werden, die intransparente Kandidatenauswahl habe sich bewährt, wofür sich in der Tat die ungebrochen hohe Akzeptanz des Bundesverfassungsgerichts in der Bevölkerung[405] anführen lässt. Einem Festhalten an dem aktuellen Wahlverfahren steht indes die zunehmende Dynamisierung der parteipolitischen Lage entgegen, welche sich auch auf die Kandidatenauswahl auswirkt. Zwar sollte nicht bereits auf kurzfristige Trends mit einer Anpassung der Vorschlagsformel reagiert werden, welche besagt, welcher Partei das Vorschlagsrecht zukommt. Vielmehr soll sich lediglich eine etablierte Kräfteverschiebung in einer solchen Änderung niederschlagen. Doch bereits die Frage, wann es sich bei einer Verschiebung der parteipolitischen Kräfte um einen kurzfristigen Trend handelt und wann von einer Verfestigung die Rede sein kann, ist

[404] Vgl. *Kröger*, Richterwahl, S. 92; *Pagenkopf*, Fachkompetenz und Legitimation der Richter des BVerfG, S. 231.

[405] Zum Vertrauen der Bevölkerung in das Bundesverfassungsgericht vgl. https://de.statista.com/statistik/daten/studie/3612/umfrage/institutionen-denen-die-deutschen-vertrauen/. Vgl. auch oben, S. 17 Fn. 13.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

eine *politische* (deren Beantwortung noch dazu den politischen Parteien selbst obliegt). Dass die Frage nach einer etwaigen Änderungsbedürftigkeit der Vorschlagsformel Konfliktpotential birgt, zeigte sich bereits in der jüngeren Vergangenheit. Auch zeigte sich an dieser Stelle, dass die im „Verborgenden" stattfindende politische Auseinandersetzung zu diesem Thema sich dennoch in der medialen Auseinandersetzung wiederfindet. Ob der Dynamisierung der parteipolitischen Kräfteverhältnisse sind weitere Auseinandersetzungen im Hinblick auf die Vorschlagsformel zu erwarten. Somit erscheint der Versuch, durch eine möglichst intransparente Verfahrensgestaltung das zu verbergen, was dem interessierten Betrachter ohnehin klar ist – dass es sich bei der Frage, wann welche Partei einen Richterkandidaten vorschlagen darf, ebenso wie bei der Kandidatenauswahl selbst um (zumindest auch) *politische* Fragen handelt – dem Ansehen des Bundesverfassungsgerichts nicht zuträglich.

Wie eine polemische Zuspitzung der Verfassungsrichterwahl, wie sie regelmäßig in den USA bei den öffentlichen Anhörungen der Richterkandidaten zu beobachten ist,[406] vermieden werden und das Wahlverfahren dennoch transparenter gestaltet werden kann, wurde anhand des Modells einer dreistufigen Verfassungsrichterwahl – 1. Stufe: Kandidatenauswahl im vorschlagenden Gremium, 2. Stufe: Wahl durch den Bundestag, 3. Stufe: Bestätigung der Wahl durch den Bundesrat – skizziert. So ermöglicht die Kodifikation der Vorschlagsformel einen maßvollen Umgang mit dem politischen Moment, welches der Verfassungsrichterwahl zweifelsohne innewohnt, ohne diese dem Vorwurf der Intransparenz oder der übermäßigen Politisierung auszusetzen. Ein weiterer Vorzug des dreistufigen Wahlmodells ist die Behebung des Legitimationsgefälles, welches der zwischen Bundesrat und Bundestag alternierenden Verfassungsrichterwahl zu attestieren ist. Ein weiterer Eckpunkt des Modells ist das Erfordernis einer durch das vorschlagende Gremium vorzulegenden Dreierliste.

Der Befund der Reformbedürftigkeit des Verfahrens der Verfassungsrichterwahl wird noch dadurch verstärkt, dass einer organisatorischen Rückbindung der Bundesverfassungsrichter im Sinne des Verantwortungs- und Kontrollmodells deren persönliche richterliche Unabhängigkeit entgegensteht. Die ohnehin schon hervorgehobene Stellung, welche der Richterwahl im Rahmen der Vermittlung personell-organisatorischer Legitimation zukommt, wird durch das Fehlen eines flankierenden organisatorischen Elements untermalt. Lediglich die *personelle*, nicht aber die personell-*organisatorische* Legitimation des Bundesverfassungsgerichts ist gegeben.

[406] Vgl. hierzu *Kischel*, Amt, Unbefangenheit und Wahl der Bundesverfassungsrichter, Rn. 41 f.; vgl. auch Vgl. *Gärditz*, Wahlen zum Bundesverfassungsgericht, S. 349 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

C. Die sachlich-inhaltliche Legitimation des Bundesverfassungsgerichts

Die sachlich-inhaltliche Komponente hat die materielle Rückbindung der ausgeübten Staatsgewalt an das Parlament als „Legitimationsquell" zum Gegenstand. Im Rahmen der sachlich-inhaltlichen Legitimation nimmt das demokratische Verantwortungs- und Kontrollmodell eine tragende Rolle ein. Flankiert wird es von der Gesetzesbindung als zweiter Säule der Komponente materieller demokratische Legitimation.[407]

Anhand der sachlich-inhaltlichen Legitimationskomponente zeigt sich abermals deutlich, dass die Legitimationskettentheorie auf den Idealtyp der hierarchisch organisierten Ministerialverwaltung ausgelegt ist. Die für das Modell konstitutive Kontroll- und Weisungsstufung, welche sich entlang der Berufungskette vollzieht, lässt sich nicht auf die Rechtsprechung übertragen. Das Verantwortungs- und Kontrollmodell gerät mit einem wesentlichen Charakteristikum der rechtsprechenden Gewalt in Konflikt: Einer Weisungsabhängigkeit eines Richters steht die richterliche Unabhängigkeit in ihrer Ausprägung als sachliche Unabhängigkeit unversöhnlich entgegen. Kann für die Rechtsprechung im Allgemeinen noch auf die, deren Mangel an materieller Einflussnahme durch Weisungen kompensierende, Gesetzesbindung abgestellt werden, so erscheint die kompensatorische Wirkung der Gesetzesbindung im Falle des Bundesverfassungsgerichts nur noch bedingt einschlägig: Jedenfalls die besonders konkretisierungs- und interpretationsbedürftigen Vorgaben des Grundgesetzes, wie etwa die Bestimmungen der Grundrechte, vermögen lediglich eine geringe Steuerungswirkung zu entfalten.

I. Die sachlich-inhaltliche Komponente in Rechtsprechung und Literatur

Die sachlich-inhaltliche Legitimationskomponente soll eine materielle Bindung der staatlichen Organe und Amtsträger an den Volkswillen bewirken.[408] Die Vermittlung der materiellen Legitimation erfolgt auf zwei Wegen, welche in einem korrelativen Verhältnis stehen: Zum einen durch die Gesetzesbindung aller staatlichen Organe und zum anderen mittels eines demokratischen Verantwortungs- und

[407] Das Verantwortungs- und Kontrollmodell spielt auch im Bereich der organisatorischen Legitimation eine Rolle, vgl. oben, S. 178 ff. Trotz dieser Überschneidung ist an der Unterscheidbarkeit von personell-organisatorischer und sachlich-inhaltlicher Legitimation als eigenständigen Legitimationsmodi geboten, vgl. hierzu unten, S. 193 f.

[408] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 21.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kontrollmodells, welches die Art der Wahrnehmung der eingeräumten Aufgaben betrifft.[409]

Die antiplebiszitäre Grundhaltung des Grundgesetzes[410] hat zur Folge, dass dem Parlament, als dem einzigen durch unmittelbaren Wahlakt legitimierten Organ, auch im Rahmen der sachlich-inhaltlichen Legitimation als Gesetzgeber und Kontrollorgan eine herausragende Stellung zukommen muss.[411] Das vom Parlament beschlossene Gesetz wird somit, als „inhaltliche Verkörperung des Volkswillens", zum Maßstab der vollziehenden Gewalt, wodurch ein materieller „Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Herrschaft" hergestellt werden kann.[412]

Ferner soll durch das demokratische Verantwortungs- und Kontrollmodell ein Handeln der vollziehenden Gewalt „im Geist der Volksvertretung"[413] gewährleistet werden. Während durch die Gesetzesbindung ein „allgemeines Abhängigkeitsverhältnis" vermittelt wird, soll durch das Verantwortungs- und Kontrollmodell ein „besonderes Abhängigkeitsverhältnis des je einzelnen Funktionsträgers" vermittelt werden.[414] Vom Parlament ausgehend konstituiert sich so eine dem Grundsatz nach durchgängige Kontroll- und Weisungsstufung, über die Regierung und die jeweiligen Minister bis hin zum einzelnen Amtswalter.[415] Während sich die Kontrolle der den Ministerien nachgeordneten Behörden über die Steuerungsinstrumente der Aufsicht und Weisung vollzieht, besteht die Verantwortlichkeit der gewählten Volksvertreter des Parlaments nur gegenüber dem Volk selbst.[416] Mangels imperativen Mandats oder sonstigen Ingerenzbefugnissen, bleibt dem Volk lediglich der periodisch wiederkehrende Wahlakt als Möglichkeit der Sanktionierung und zur Ausübung von zumindest mittelbaren Kontrollbefugnissen.[417] Ansonsten unterliegt das Parlament (materielle Bindungen, welche von der Verfassung selbst ausgehen, ausgenommen) keinen sachlich-inhaltlichen Vorgaben von anderer Seite.[418]

Gesetzesbindung und demokratische Verantwortlichkeit fungieren somit als Korrelat zueinander. Sollte eines von beiden eingeschränkt sein oder gänzlich ent-

[409] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 21 f.; *Schliesky*, Souveränität und Legitimation von Herrschaftsgewalt, S. 295 f.

[410] Von Abstimmungen im Rahmen von Art. 29, 118 des Grundgesetzes sei insoweit abgesehen.

[411] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 21; *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 271.

[412] *Schliesky*, Souveränität und Legitimation von Herrschaftsgewalt, S. 295 f.

[413] *von Stein*, Die Verwaltungsrechtslehre, S. 345.

[414] *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 273.

[415] Vgl. *Voßkuhle/Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, S. 678.

[416] Vgl. *Voßkuhle/Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, S. 678; *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 272; *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 21.

[417] Vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 272.

[418] Vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 272.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

fallen, so kommt dem anderen eine umso größere Bedeutung zu.[419] In ihrem Zusammenwirken sollen sie der Entstehung demokratisch exemter Entscheidungsbereiche, welche lediglich in Ausnahmefällen kraft zwingender Gründe oder besonderer verfassungsrechtlicher Vorgaben zugelassen werden können, entgegenwirken.[420]

II. Anwendung auf das Bundesverfassungsgericht

Eine Betrachtung des Bundesverfassungsgerichts unter dem Gesichtspunkt einer materiellen Rückbindung der Verfassungsrichter an das Parlament legt ein Spannungsfeld zwischen dem legitimatorischen Erfordernis der sachlichen Steuerbarkeit auf der einen und dem Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit auf der anderen Seite offen. Die grundgesetzliche Norm des Art. 97 Abs. 1 GG, welche den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit statuiert, enthält zugleich die Anordnung der Gesetzesbindung:

„Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen."

Bereits die Norm des Art. 97 Abs. 1 GG, welche die beiden zentralen Reglungsgehalte nebeneinander stellt, legt ein kompensatorisches Verhältnis der Gesetzesbindung zur richterlicher Unabhängigkeit nahe. Entstehen Kontrollverluste ob der (richterlichen) Unabhängigkeit, soll eine besonders strikt verstandene Gesetzesbindung diese kompensieren.[421] Im Falle des Bundesverfassungsgerichts ist eine Kompensation der, aus der richterlichen Unabhängigkeit resultierenden, Kontrollverluste materieller Natur durch eine enge Gesetzesbindung mit Blick auf die in besonderem Maße auslegungs- und konkretisierungsbedürftigen Normen des Grundgesetzes – insbesondere die Grundrechte sind insofern hervorzuheben – kaum anzunehmen.

1. Materielle Rückbindung und sachliche Unabhängigkeit

Vorstehend wurde bereits im Rahmen der personell-organisatorischen Legitimation des Bundesverfassungsgerichts das Spannungsfeld zwischen der persönlichen Unabhängigkeit der Richter und dem formalen Verantwortungsmodell darge-

[419] *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 21.

[420] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 22.

[421] Vgl. *Voßkuhle/Kaiser*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Demokratische Legitimation, S. 804; *Dreier*, Art. 20 (Demokratie) Rn. 140; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 160; *Classen*, Art. 97 Rn. 5; vgl. auch *Herzog*, Art. 97 Rn. 13, nach welchem es sich bei dem insofern gegenläufigen Verhältnis zwischen richterlicher Unabhängigkeit und Gesetzesbindung um eine zentrale Problematik der Dritten Gewalt im modernen Gesetzgebungsstaat handelt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

legt.[422] Der Konflikt zwischen dem Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit und dem legitimatorischen Erfordernis einer Rückbindung der ausgeübten Hoheitsgewalt auf das Parlament erschöpft sich indes nicht in diesem Spannungsfeld. Auch im Rahmen der sachlich-inhaltlichen Legitimation konfligiert der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit, nunmehr in seiner Ausprägung als sachliche Unabhängigkeit, mit dem demokratischen Verantwortungs- und Kontrollmodell.

a) Die sachliche Unabhängigkeit

Die sachliche Unabhängigkeit sichert als „grundlegendste Form der richterlichen Unabhängigkeit"[423] die Unabhängigkeit der Entscheidungsverantwortlichen der Judikative von externer Einflussnahme[424]; mithin die Unabhängigkeit von Weisungen, Anregungen und „jeder vermeidbaren Einflußnahme",[425] welche den konkreten Verfahrensausgang zum Gegenstand hat. Im Falle einer (evident unzulässigen) Einflussnahme qua Weisung wird dem betroffenen Richter gar eine Dienstpflicht zum Ungehorsam zuerkannt, um schon den Schein einer Parteilichkeit zu zerstören.[426]

Die Schutzrichtung der sachlichen Unabhängigkeit richtet sich insbesondere gegen die Legislative. Weder darf der Ausgang eines Verfahrens durch ein auf diesen Einzelfall zugeschnittenes Parlamentsgesetz beeinflusst werden, noch darf durch schlichte Parlamentsbeschlüsse ein konkreter Entscheidungsdruck aufgebaut werden.[427] Der Richter muss in seiner Entscheidungsfindung frei von jeglicher konkreten legislativen, exekutiven oder auch judikativen Einflussnahme bleiben. Eine solche ist selbst durch eine nachträgliche authentische Gesetzesinterpretation im Rahmen eines Parlamentsbeschlusses nicht zulässig.[428]

b) Das Spannungsfeld zwischen sachlicher Unabhängigkeit und dem Verantwortungs- und Kontrollmodell

Dass die sachliche Unabhängigkeit, welche den (Bundesverfassungs-)Richter insbesondere vor der Einflussnahme durch die Legislative schützt, mit dem demokratischen Verantwortungs- und Kontrollmodell konfligiert, erscheint evident.

[422] Vgl. hierzu oben, S. 178 ff.

[423] *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 150.

[424] „*Externe* Einflussnahme" bezieht sich hier nicht auf die gesamte Judikative, sondern den jeweiligen Spruchkörper, da die sachliche Unabhängigkeit auch die Weisungsunabhängigkeit der Richter untereinander garantiert. Vgl. vertiefend hierzu *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 156 ff.

[425] BVerfGE 12, 81 (88).

[426] Vgl. *Schulze-Fielitz*, Art. 97 Rn. 20.

[427] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 150 f.; *Schulze-Fielitz*, Art. 97 Rn. 25.

[428] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 151.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schließlich ist das Verantwortungs- und Kontrollmodell gerade darauf ausgerichtet, was die sachliche Unabhängigkeit zu verhindern sucht: Die materielle Rückbindung der konkret ausgeübten hoheitlichen Handlung an das Parlament. Rennert spricht insofern vom „Skandalon der richterlichen Unabhängigkeit".[429] Nach Schreier sind die Bundesverfassungsrichter allerdings „aus der materiell-demokratischen Verantwortungskette herausgenommen".[430] An dem Verantwortungs- und Kontrollmodell zeigt sich jedenfalls deutlich, dass die Legitimationskettentheorie auf das Idealbild der hierarchisch organisierten Ministerialverwaltung ausgerichtet ist. Zum anderen zeigt sich an der judikativen Besonderheit der richterlichen Unabhängigkeit, dass sich diese Grundsätze nicht ohne weiteres auf die Judikative übertragen lassen.

2. Kompensation durch Gesetzesbindung?

Steht der sachlichen Steuerung des Bundesverfassungsgerichts durch Weisungen oder Anordnungen also die (sachliche) richterliche Unabhängigkeit entgegen, so kann das Vakuum materieller Rückbindung des Gerichts an das Parlament nur durch die Gesetzesbindung gefüllt werden. Die Verwerfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts steht der Bindung des Gerichts an das „einfache" Recht nicht schlechterdings entgegen; auch das Bundesverfassungsgericht ist neben dem Grundgesetz an das parlamentarische Gesetz, insbesondere das BVerfGG, gebunden.[431] Nach Classen vermag die Gesetzesbindung „die demokratische Legitimation der richterlichen Gewalt in sachlicher Hinsicht"[432] zu gewährleisten. Der Gesetzesbindung käme damit eine kompensatorische Funktion zu.[433]

Deswegen sieht Schulze-Fielitz gerade kein Spannungsverhältnis zwischen Gesetzgebung und richterlicher Unabhängigkeit, zumal letztere „gerade der möglichst neutralen Realisierung der Gesetzesbindung"[434] diene. Der Richter solle lediglich „feststellen, was nach geltenden Recht richtig ist, auch wenn dieses unbestimmt, unklar oder lückenhaft ist".[435] Die Gesetzesbindung sei somit nicht eine Ausnahme von der sachlichen Unabhängigkeit, sondern deren Korrelat und als solches „Ausdruck der sachlichen demokratischen Legitimation des Richters".[436]

Eine Kompensation der richterlichen Unabhängigkeit unter dem Gesichtspunkt (sachlich-inhaltlicher) demokratischer Legitimation wäre überzeugend, sofern sich

[429] *Rennert*, Legitimation und Legitimität des Richters, S. 530.

[430] *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 102.

[431] Vgl. *C. Möllers*, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, S. 288 ff.

[432] *Classen*, Art. 97 Rn. 5; *Dreier*, Art. 20 (Demokratie) Rn. 140.

[433] Vgl. *Voßkuhle/Kaiser*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Demokratische Legitimation, S. 804.

[434] *Schulze-Fielitz*, Art. 97 Rn. 21.

[435] *Schulze-Fielitz*, Art. 97 Rn. 21.

[436] *Schulze-Fielitz*, Art. 97 Rn. 21.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die richterliche Tätigkeit in einer neutralen Subsumtion des Gesetzes erschöpfen würde. Dies ist evident nicht der Fall. Bereits der Auslegung sind rechtschöpferische Elemente immanent.[437] Zudem drängt sich die Rechtsfortbildung als „Richterrecht" insoweit als problematisch auf.[438] Dies gilt insbesondere für das Bundesverfassungsgericht, dessen Rechtsprechung sich zunehmend als „Case Law" geriert.[439]

So stellt sich die richterliche Rechtsfortbildung nach Dreier „gerade unter dem Aspekt demokratischer Legitimation als durchaus prekär dar".[440] Nach Tschentscher wäre es „unlauter, der Gesetzesbindung nennenswerte Legitimationskraft zuzumessen, wenn eine Bindung der richterlichen Rechtsanwendung an das Gesetz schon aus methodischen Gründen illusorisch wäre".[441] Es entspricht inzwischen der vorherrschenden Auffassung, dass sich jedenfalls die Vorstellung, die richterliche Tätigkeit erschöpfe sich in der Subsumtion eines wertfrei festgestellten Sachverhalts unter die vom Gesetzgeber erlassene Norm, aus methodologischen Gründen nicht aufrechterhalten lässt.[442]

Stehen einer legitimatorischen Kraft der Gesetzesbindung bereits bei Anwendung des einfachen Rechts rechtschöpferische Elemente entgegen, welche die Rechtsanwendung stets zwingend umfasst, so gilt dies erst recht für das in besonderem

[437] Vgl. *Dreier*, Art. 20 (Demokratie) Rn. 140, nach welchem die kompensatorische Wirkung der Gesetzesbindung nicht den evidenten Befund determinieren könne, „demzufolge sich Rechtsanwendung niemals auf einen rein formal-logischen Subsumtionsvorgang reduzieren" lasse.

[438] Dass die richterliche Rechtsfortbildung zumindest potentiell in einem Kompetenzkonflikt mit dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber mündet, erkennt auch das Bundesverfassungsgericht an, vgl. BVerfGE 128, 193 (210): „Eine Interpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den klaren Wortlaut des Gesetzes hintanstellt, keinen Widerhall im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich oder – bei Vorliegen einer erkennbar planwidrigen Gesetzeslücke – stillschweigend gebilligt wird, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein". Überwiegend ordnet das Bundesverfassungsgericht die Problematik indes dem Rechtsstaatsprinzip zu und entnimmt die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung ebenjenem, vgl. BVerfGE 65, 182 (190 f.); 111, 54 (81 f.).

[439] Vgl. nur *Bumke/Voßkuhle*, Casebook Verfassungsrecht, Vorwort zur Neuauflage, welche auf „die zunehmende Bedeutung des verfassungsrechtlichen ‚Case-Law'" hinweisen. A. A. ist hingegen *Wiederin*, Entgrenzung der Verfassungsgerichtsbarkeit?, S. 585, welcher entgegenhält: „Mit *case law* hat diese Rechtssatztechnik nichts zu tun, sie ist das exakte Gegenteil, der Sachverhalt mit seinen Eigenheiten bleibt ausgeblendet, wenngleich die Maßstäbe naturgemäß geschneidert wurden, um den Fall zu entscheiden".

[440] *Dreier*, Art. 20 (Demokratie) Rn. 140.

[441] *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 184.

[442] Vgl. *A. Kaufmann*, Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit, S. 299, welcher insofern von einem „Subsumtionsdogma" spricht, welches „nicht nur ausnahmsweise nicht", sondern „überhaupt nicht" stimme; *Starck*, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, S. 49 spricht von „naiv-positivistischen Interpretationsauffassungen"; auch nach *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 184 lässt sich ein solches Verständnis „schon methodologisch nicht halten".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Maße auslegungs- und konkretisierungsbedürftige Verfassungsrecht.[443] Zumal sich die Bindungswirkung des Bundesverfassungsgerichts auf das – von ihm selbst als solches erklärte – verfassungsmäßige einfache Recht beschränkt. Zudem lässt der immer wieder erhobene Anspruch des Bundesverfassungsgerichts, grundgesetzliche Bestimmungen gegebenenfalls fortzuentwickeln,[444] die materielle Rückbindung des Verfassungsrechts als schwach erscheinen.[445]

Demgegenüber kann als Ausweis einer hohen Steuerungswirkung des Verfassungsrechts auf die Regelungen der prozessualen Befugnisse des Bundesverfassungsgerichts – Art. 93 GG – verwiesen werden. So erteilt das Gericht bereits 1952 einer über die einfachgesetzlichen Regelungen hinausgehenden Erweiterung der eigenen Zuständigkeiten eine Absage:[446]

> „Denn dies [die Erwägung, wonach das Bundesverfassungsgericht seine Verfahren in gewissem Umfang frei gestalten kann] kann nur bedeuten, daß das Gericht ein an sich zulässiges Verfahren in seinem Verlauf frei gestalten, nicht aber, daß es ein zugelassenes Verfahren über das Gesetz hinaus gegenständlich erweitern kann. Ebensowenig kann aus der Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, Hüter der Verfassung zu sein, etwas anderes hergeleitet werden; denn das Bundesverfassungsgericht hat diese Aufgabe nur in den ihm durch das Gesetz gesteckten Grenzen zu erfüllen."

Ein Jahr später konkretisierte das Bundesverfassungsgericht seine Äußerungen explizit dahingehend, dass es eine analoge Anwendung der Zuständigkeitsbestimmungen ausschloss.[447] Mithin kann der grundgesetzlichen Normierung der prozessualen Befugnisse des Bundesverfassungsgerichts durchaus eine Steuerungswirkung und damit eine kompensatorische Funktion zugesprochen werden. Die Regelungen der verfassungsgerichtlichen Befugnisse stellen indes einen Ausnahmebereich dar, in welchem sich das Gericht „in eigener Sache" auffallend zurückhaltend zeigt. Wie Bäcker darlegt, nimmt das Bundesverfassungsgericht an anderen Stellen durchaus Verfassungsanalogien vor.[448] Neben der Verwerfungskompetenz sowie der (verdeckten)[449] Verfassungsanalogie hat sich das Bundesverfassungsgericht das Instru-

[443] Vgl. *Voßkuhle*, Art. 93 Rn. 26; *Exner*, „Verfassungswidrige Verfassungsrechtsprechung?", S. 541; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, Rn. 14; *Honer/Rudolff*, Die Leistungsfähigkeit der Legitimationskettentheorie, S. 465.

[444] Vgl. BVerfGE 6, 222 (240).

[445] Vgl. *Exner*, „Verfassungswidrige Verfassungsrechtsprechung?", S. 541, welcher insofern von einer Leerformel des funktionalistischen Ansatzes spricht, da das Bundesverfassungsgericht „die Grenzen des materiellen Verfassungsrechts bei Bedarf des konkreten Einzelfalls anzupassen" vermöge.

[446] BVerfGE 1, 396 (408 f.).

[447] Vgl. BVerfGE 2, 341 (346).

[448] Vgl. *Bäcker*, Verfassungsanalogien – Das Bundesverfassungsgericht an der Grenze der Verfassungsinterpretation, S. 13 ff.

[449] Vgl. *Bäcker*, Verfassungsanalogien – Das Bundesverfassungsgericht an der Grenze der Verfassungsinterpretation, S. 19 ff., der darin den Regelfall sieht und dies methodologisch kritisiert.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ment der verfassungskonformen Auslegung[450] geschaffen,[451] welches die These der Rechtsanwendung als lediglich wertungsfreie Subsumtion noch fernliegender erscheinen lässt, als sie dies ohnehin schon tut.

Die Begründung der verfassungskonformen Auslegung damit, dem Willen des Gesetzgebers zur größtmöglichen Geltung zu verhelfen, da die Kassation des Gesetzes eine härtere Sanktion darstelle, wirkt, mit Jestaedt, „doch recht bemüht".[452] Vielmehr handele es sich um eine „Normverwerfung in anderem Gewande", welche ihre „Rechtfertigung aus der Verwechslung oder doch zumindest Vermischung von Inhalts- und Geltungsfrage zieht".[453] Auch nach Lembke vermengt die verfassungskonforme „Auslegungsmethode"[454] die Frage nach dem Gesetzesinhalt mit der Frage danach, ob der durch Auslegung ermittelte Norminhalt verfassungskonform ist.[455]

Nach Dreier wird man „eine Stärkung der sachlich-inhaltlichen Legitimation durch die Aktivierung solcher Instrumente nicht außer acht lassen dürfen, die für die Implementierung der Gesetzesbindung im Einzelfall bürgen".[456] Insbesondere öffentlich-rechtliche Ingerenzmöglichkeiten wie die Dienstaufsicht und Disziplinargewalt der parlamentarisch verantwortlichen Exekutive seien insoweit, neben dem Instanzenzug und der richterlichen Amtshaftung, hervorzuheben.[457] Während ein Legitimationsbeitrag durch die Möglichkeit der Kassation der getroffenen Entscheidung im Instanzenzug im Falle des Bundesverfassungsgerichts von vornherein ausscheidet, misst auch Wittreck Dienstaufsicht und Disziplinarrecht eine legitimationsstiftende Wirkung zu.[458] Ist dieser Ansatz schon für die Judikative im Allgemeinen umstritten,[459] so erscheint er – wie vorstehend dargelegt – jedenfalls für das Bundesverfassungsgericht als kaum haltbar.

---

[450] Bevor die Verfassungswidrigkeit einer Norm zum Ergebnis des Verfassungsverstoßes führt, muss im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung versucht werden, ihr einen, mit der Verfassung im Einklang stehenden Sinn zu geben. Ergibt sich durch eine Auslegung ein mit der Verfassung im Einklang stehender Norminhalt, so ist diese Auslegung zugrunde zu legen, vgl. *Wank*, Juristische Methodenlehre, S. 26.

[451] Vgl. BVerfGE 51, 304 (323).

[452] *Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht, S. 140; insoweit kritisch äußert sich ebenfalls *Lembke*, Einheit aus Erkenntnis?, S. 79.

[453] *Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht, S. 140.

[454] Zur Frage, ob es sich bei der verfassungskonformen Auslegung um eine Auslegungs- oder Argumentationsfigur handelt, vgl. *T. Möllers*, Juristische Methodenlehre, S. 378 ff.

[455] Vgl. *Lembke*, Einheit aus Erkenntnis?, S. 222 ff.

[456] *Dreier*, Art. 20 (Demokratie) Rn. 142.

[457] Vgl. *Dreier*, Art. 20 (Demokratie) Rn. 142.

[458] Vgl. *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 142 ff.

[459] Vgl. zur a. A. *Groß*, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Begrenzungen für eine Selbstverwaltung der Justiz, S. 363; *ders.*, Selbstverwaltung der Gerichte als Voraussetzung ihrer Unabhängigkeit, S. 301; *Röhl*, Justiz als Wirtschaftsunternehmen, S. 227; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 155; *Simon*, Rechtsprechung und Bürokratie, S. 91 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

III. Zusammenfassung

Da die richterliche Unabhängigkeit der sachlichen Einflussnahme des Parlaments auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts entgegensteht, bleibt als Träger der sachlich-inhaltlichen Legitimation nur die Gesetzesbindung. Da das Bundesverfassungsgericht neben dem Verfassungsrecht auch an das einfache Recht gebunden ist, kann der Gesetzesbindung in der Tat eine gewisse kompensatorische Wirkung in Bezug auf die richterliche Unabhängigkeitsgewähr zugesprochen werden.

Erscheint es jedoch schon für die Judikative im Allgemeinen aus methodologischer Sicht fraglich, der Gesetzesbindung eine *tragende* legitimatorische Wirkung beizumessen, so verstärken die Spezifika der Verfassungsgerichtsbarkeit diese Zweifel noch zusätzlich. Die Gesetzesbindung an das einfache Recht wird durch die Verwerfungskompetenz sowie die verfassungskonforme Auslegung relativiert. Die Bindung an das Verfassungsrecht leidet hingegen an seiner Konkretisierungs- und Interpretationsbedürftigkeit. Mindern Rechtsfortbildung und Richterrecht ohnehin die Legitimationskraft der Gesetzesbindung, so muss dies in besonderem Maße für das Bundesverfassungsgericht gelten.

Damit ist freilich die Gesetzesbindung als Träger der sachlich-inhaltlichen Legitimation des Bundesverfassungsgerichts nicht gänzlich in Abrede gestellt. Die vorstehend genannten Einwände relativieren diese jedoch erheblich. Auch auf die Gerichtsverwaltung als Legitimationsträger abzustellen, kommt im Falle des Bundesverfassungsgerichts nicht in Betracht. Sieht sich ein solches Vorgehen schon im Allgemeinen gewichtigen Einwänden ausgesetzt, so ist es im Falle der Bundesverfassungsrichter noch zusätzlich so, dass diese vermöge ihrer besonderen Stellung nicht wie andere Bundesrichter nach Art. 98 Abs. 2 GG angeklagt und entlassen werden können.[460]

Da das Bundesverfassungsgericht letztlich autoritativ über die Auslegung der Verfassung entscheidet, kann das Parlament auch nicht durch einfachen Gesetzeserlass Entscheidungen des Gerichts „korrigieren". Als Reaktionsmöglichkeit verbleibt lediglich die durch Art. 79 GG begrenzte Verfassungsänderung. Insgesamt ist die sachlich-inhaltliche Legitimation des Bundesverfassungsgerichts somit äußerst schwach ausgeprägt. Sie erscheint defizitär.[461]

[460] Vgl. hierzu oben, S. 188 ff.

[461] Vgl. *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 104, welche konstatiert, dass die materielle Legitimation der Bundesverfassungsrichter „aufgrund ihrer umfassenden Unabhängigkeit sowie der nur partiellen Gesetzesbindung äußerst schwach" sei.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

D. Das hinreichende Legitimationsniveau

Das erreichte Legitimationsniveau ergibt sich aus einem Zusammenwirken der verschiedenen Komponenten demokratischer Legitimation. Wie bereits dargestellt vermittelt die Komponente der funktionell-institutionellen Legitimation keine konkrete demokratische Legitimation. Sie wurzelt in der Ebene des pouvoir constituant und ist dem wechselseitigen Zusammenwirken der Komponenten als insofern inkompatibel entzogen.[462] Der funktionell-institutionellen Komponente kommt eine rahmensetzende Funktion zu. Mithin läuft die Frage nach der erreichten Legitimationshöhe auf ein Zusammenwirken der personell-organisatorischen sowie der sachlich-inhaltlichen Legitimationskomponente hinaus, welches einer näheren Betrachtung bedarf. Ob die erreichte Legitimationshöhe auch hinreichend ist, richtet sich wiederrum nach der funktionell-institutionellen Legitimation.

I. Unterscheidbarkeit von personell-organisatorischer und sachlich-inhaltlicher Legitimation

Regelmäßig vollzieht sich die Weisungs- und Kontrollkette entlang der die personelle Legitimation vermittelnden Berufungskette, wodurch die Verbindung zwischen der personell-organisatorischen und der sachlich inhaltlichen Legitimation deutlich wird. Die Nähe der beiden Legitimationsmodi veranlasste Schliesky eine „kaum mögliche Abschichtung“[463] zu attestieren. Obschon eine Verbindung offenkundig erscheint, stehen der Conclusio einer mangelnden Unterscheidbarkeit grundlegende Unterschiede der beiden Legitimationsmodi entgegen, welche zu einem Verhältnis als voneinander abweichende, eigenständige Legitimationsformen führen.

So hat die personelle Legitimationskomponente, welche sich primär auf die Ermächtigung zur Ausübung von Herrschaftsmacht bezieht, einen *originären* Charakter; die ursprüngliche, auf das Volk als Legitimationssubjekt zurückgehende Legitimation wird lediglich weitervermittelt.[464] Die materielle Legitimationskomponente ist hingegen stets Produkt einer bereits in Anspruch genommenen Legitimation der jeweiligen Legitimationsmittler; sie ist mithin *derivativer* Natur.[465] Die materielle Legitimation bezweckt zudem zuvörderst die verbindliche Rückanbindung an den Willen des in der Legitimationshierarchie höherstehenden Organs.[466] Zwar haben beide Modi der Vermittlung demokratischer Legitimation in Teilen identische Anknüpfungspunkte, dies bewirkt jedoch kein über die genannten fun-

[462] Vgl. hierzu oben, S. 120 ff.

[463] *Schliesky*, Souveränität und Legitimation von Herrschaftsgewalt, S. 291.

[464] Vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 273 ff.

[465] Vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 274.

[466] Vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 274.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

damentalen Unterschiede hinwegführendes Ineinandergreifen. Zwar kommt jenen Anknüpfungspunkten eine Doppelwirkung zu; so wie dem demokratischen Verantwortungsmodell sowohl auf inhaltlicher Ebene eine beschränkende, die Berufungskette ergänzende Funktion zukommt, so vermittelt auch das Erfordernis der periodischen Wiederwahl des Parlaments sowohl auf personeller als auch auf materieller Ebene demokratische Legitimation. Dieses Ineinandergreifen der Wirkweise beider Legitimationsmodi steht der Unterscheidbarkeit beider Legitimationsmodi nicht entgegen. Eine Differenzierung zwischen materiell-inhaltlicher und personell-organisatorischer Legitimation als je eigenständige Legitimationsmodi ist mithin beizubehalten.

II. Wechselseitigkeit der Komponenten demokratischer Legitimation

Hinsichtlich dieses Zusammenspiels von personell-organisatorischer und sachlich-inhaltlicher Legitimation lässt sich zunächst festhalten, dass der Annahme eines generellen Subordinationsverhältnisses der beiden Komponenten mit Skepsis zu begegnen ist.[467] Zunächst könnte eine Unterordnung der sachlich-inhaltlichen unter die personell-organisatorische Komponente aus dem Fehlen einer unmittelbaren, unvermittelten materiellen Rückführung der demokratischen Legitimation auf das Volk geschlossen werden.[468] Schließlich muss jeder Akt der Staatsorgane in demokratischer Hinsicht auf die Parlamentswahl als ursprünglichen legitimatorischen Kreationsakt rückführbar sein, weshalb letztlich auch jede materielle Vorabfestlegung „auf Akten personell-organisatorischer Legitimation“ beruht.[469] Dies ist jedoch eher als Ausdruck des antiplebiszitären Charakters des Grundgesetzes denn als kennzeichnend für das Verhältnis der beiden Komponenten zu qualifizieren, und folglich mit Jestaedt als lediglich „kontingente, nicht hingegen logisch zwingende Konsequenz des Verhältnisses personeller zu materieller Rückbindung“[470] zu betrachten.

Für einen Vorrang der sachlich-inhaltlichen vor der personell-organisatorischen Komponente könnte wiederum sprechen, dass letztlich Entscheidungen im Aus-

[467] So aber vertreten von *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionellen Selbstverwaltung, S. 46, nach welchem die personelle Legitimation lediglich eine „dienende Rolle“ einnehme; *Oebbecke*, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume, S. 76 f., ordnet wiederum die materielle Legitimation der personellen unter.

[468] Vgl. *Oebbecke*, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume, S. 76 f., welcher die personelle Legitimation als Voraussetzung dafür sieht, dass materiell legitimiert werden kann; ähnlich äußert sich *Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 79, wenn er von einer Ergänzung des personell-organisatorischen Weges durch einen inhaltlichen Weg spricht.

[469] *Oebbecke*, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume, S. 84; vgl. auch *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 271.

[470] *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 281.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gangspunkt der legitimationswürdigen Ausübung von Hoheitsgewalt stehen. Gegenstand der Rechtfertigung sind daher stets Entscheidungen, nicht aber Personen oder Institutionen.[471] Dies könnte dafürsprechen, der personell-organisatorischen Komponente mit Emde eine lediglich dienende Rolle zuzusprechen.[472] Dagegen spricht, dass auch die personell-organisatorische Komponente dazu dient, den Entscheidungsbeitrag des jeweiligen Amtswalters, welcher nicht durch die sachlich-inhaltliche Legitimationskomponente abgedeckt ist, in einen demokratischen Legitimationskontext zu stellen.[473] Da auch eine dienende Funktion zum gleichen Zweck führen kann, ist die Annahme einer lediglich dienenden Funktion der personell-organisatorischen Legitimation schwerlich widerlegt. Dass die personelle Komponente ebenfalls auf die Legitimation der Ausübung von Staatsgewalt gerichtet ist,[474] lässt jedoch zumindest Zweifel an der vorstehenden Argumentation aufkommen.

Von der Frage eines solchen Subordinationsverhältnisses zu trennen ist die Frage nach der Möglichkeit der Totalsubstitution von personeller und materieller Legitimationskomponente.[475] Kann eine Komponente die andere im Extremfall gänzlich ersetzen? Dieser Annahme stehen erhebliche Bedenken gegenüber.

Zunächst könnte die ergebnisbezogene Betrachtungsweise hinsichtlich des Legitimationsniveaus dafür sprechen, im Rahmen eines flexiblen Zusammenspiels auch eine Ersetzung der einen Legitimationskomponente durch die andere zuzulassen. Das Zusammenwirken der Legitimationskomponenten ist dem Grundsatz nach frei und flexibel gestaltet; nicht Legitimationsweg beziehungsweise Legitimationsform, sondern ein hinreichendes Legitimationsniveau im Ergebnis ist maßgeblich.[476] Aus dem flexiblen Zusammenspiel der Legitimationskomponenten die Möglichkeit einer Totalsubstitution abzuleiten, erscheint gleichwohl nicht zwingend; das Vorhandensein beider Komponenten steht einem korrelativem, flexiblen Verhältnis hinsichtlich deren Intensität nicht per se entgegen.[477] Zudem er-

[471] Vgl. *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 46.

[472] Vgl. *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 46.

[473] Vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 281 f.

[474] Vgl. BVerfGE 77, 1 (40).

[475] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 23, welcher zwar vom Bestehen eines Subordinationsverhältnisses ausgeht, vgl. Rn. 22, sich aber gegen die Möglichkeit einer Totalsubstitution wendet (Rn. 23: „in gewissem Umfang"); auf der anderen Seite geht *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 281, von einer Gleichordnung zwischen personeller und materieller Legitimationskomponente aus, ohne dass daraus folgen müsse, dass eine Komponente die andere nicht „ausgleichen oder jene sogar in toto substituieren könne".

[476] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 14; BVerfGE 83, 60 (72).

[477] So auch im Ergebnis *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 23.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

scheint beim Vorhandensein lediglich einer Komponente die Bezeichnung des „Zusammenspiels“ schon terminologisch fragwürdig.[478]

Die Totalsubstitution könnte aber aus der normativ zielidentischen Ausrichtung beider Komponenten – der Herstellung und Gewährleistung der Volkssouveränität – abgeleitet werden.[479] Ein solches Vorgehen birgt die Gefahr der Vermengung zweier eigenständiger Komponenten, welche lediglich in ihrer Wirkungsebene ineinander übergreifen; auch eine normativ zielidentische Ausrichtung lässt die Eigenständigkeit der Komponenten nicht entfallen.[480]

Eine ablehnende Haltung gegenüber der Möglichkeit einer Totalsubstitution wird andererseits nicht von einem Rekurs auf Art. 20 Abs. 2 GG getragen. Dieser Vorschrift lässt sich keine Aussage hinsichtlich des Verhältnisses beider Komponenten zueinander entnehmen.[481] Anderes vertritt Emde, welcher die Möglichkeit der Totalsubstitution unter Verweis auf ebenjene Vorschrift ablehnt.[482] Da er zuvor statuiert, Art. 20 Abs. 2 GG selbst sei weder die materielle noch die personelle Legitimation zu entnehmen,[483] muss sich Emde von Jestaedt entgegenhalten lassen, dass es „unerfindlich“ bleibe, inwiefern eine Norm eine Aussage zu einem Rechtsverhältnis zweier Rechtsfiguren zueinander treffen könne, welche sie gar nicht vorsieht.[484]

Den beiden Komponenten wird nur ein komplementäres Verhältnis gerecht, da es neben der personell-organisatorischen Komponente zugleich die sachlich-inhaltliche bedarf, um zu verhindern, dass aus den, ihrer Einsetzung nach legitimierten, Entscheidungsträgern eine dem Inhalt nach vom Volkswillen unabhängige Herrschaftsgewalt hervorgeht.[485] Die Möglichkeit der Totalsubstitution ist deswegen abzulehnen.

Dieses Ergebnis wird durch eine folgenorientierte Überlegung gestützt. So würde die Rechtsaufsicht bei einem Verzicht auf die sachlich-inhaltliche Komponente entfallen. Im Falle des Handelns autonomer Organe würde letztlich, bedingt durch den Wegfall der Rechtsaufsicht, nur noch der Entzug von deren Unabhängigkeit als

[478] Von einem „Zusammenspiel“ der Komponenten ist die Rede bei *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt, S. 58, welcher die Möglichkeit der Totalsubstitution zumindest offenlässt.

[479] Vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 282 f., welcher beide Komponenten in einem Austauschverhältnis sieht und aufgrund dessen die Möglichkeit der Totalsubstitution bejaht.

[480] Vgl. *Schäfer*, Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, S. 46.

[481] Vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 283 f.

[482] Vgl. *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 329 ff.

[483] Vgl. *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 329, 321.

[484] Vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 284 Fn. 80.

[485] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 23.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Sanktionsmöglichkeit in Betracht kommen.[486] Dies käme, wenn nicht einer vollständigen Aufhebung, so doch zumindest einer starken Einschränkung der Verantwortlichkeit jener Organe vor dem Volk gleich; eine Ahndung qua Reorganisation durch die öffentliche Verwaltung dürfte, insbesondere bei vereinzelten Kompetenzüberschreitungen, selten der Fall sein.[487] Verschieden starke Ausprägungen der Legitimationsmodi können mithin wechselseitig nivelliert, nicht jedoch in toto substituiert werden. Das Wechselspiel der Komponenten ist somit als kompensatorisch, nicht als substitutiv zu qualifizieren.[488]

III. Das Legitimationsniveau des Bundesverfassungsgerichts

Das Legitimationsniveau des Bundesverfassungsgerichts speist sich zuvörderst aus der personellen Legitimation der Bundesverfassungsrichter. Eine Kompensation der mangelnden sachlich-inhaltlichen Rückkopplung an das Parlament kann durch die geringe Gesetzesbindung des Bundesverfassungsgerichts nicht gänzlich erreicht werden. Der sachlich-inhaltlichen Legitimationskomponente kommt ob der Auslegungs- und Konkretisierungsbedürftigkeit der Normen des Grundgesetzes allenfalls eine stützende Rolle zu. Als zentraler Legitimationsquell fungiert mithin die Wahl der Verfassungsrichter. Einer über den Wahlzeitpunkt hinausgehenden inhaltlichen Einflussnahme auf die Bundesverfassungsrichter steht deren richterliche Unabhängigkeit entgegen. Somit stellt sich die Wahl der Verfassungsrichter, mangels einer organisatorischen oder materiellen – über die Gesetzesbindung hinausgehenden – Rückbindung an das Parlament, als nahezu singulärer Legitimationsakt dar.

1. Die institutionelle Ausgestaltung des Bundesverfassungsgerichts als Ausgangspunkt

Für die Frage, ob das Legitimationsniveau des Bundesverfassungsgerichts als hinreichend erachtet werden kann, ist dessen funktionell-institutionelle Legitimation maßgeblich, welcher insoweit eine rahmensetzende Funktion zukommt.[489] Es gilt folglich, die institutionelle Ausgestaltung des Bundesverfassungsgerichts in den Blick zu nehmen.

Hinsichtlich der Stellung, welche das Bundesverfassungsgericht im Grundgesetz einnimmt, ist zunächst die Kompetenzfülle auffällig, mit welcher das Gericht aus-

[486] Vgl. *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 330.

[487] Vgl. *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 330.

[488] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 23; *Schäfer*, Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften, S. 46.

[489] Vgl. hierzu oben, S. 120 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gestattet ist.[490] Über die abstrakte Normkontrolle als dem „erste[n] Stützpfeiler für die Macht des Bundesverfassungsgerichts“[491] bis hin zum Parteiverbotsverfahren erstreckt sich das umfassende Aufgabenspektrum des Gerichts. So konstatiert Wiederin: „Kaum eine Angelegenheit ist ausgespart, alle drei Staatsgewalten sind erfasst, fast der gesamte politische Prozess ist auf den Prüfstand gestellt.“[492]

Diese überaus starke Stellung, welche dem Bundesverfassungsgericht im Gefüge des Grundgesetzes zukommt – die Ermangelung ausdrücklicher Grenzen der eingeräumten Kompetenzen ist insofern gesondert hervorzuheben[493] – darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass der grundsätzlichen Stellung des Gerichts bereits eine begrenzte Funktion immanent ist. Während das Grundgesetz in Art. 20 Abs. 2 GG eine parlamentarische Demokratie konstituiert, findet sich erst im IX. Abschnitt „Die Rechtsprechung“ eine Erwähnung des Bundesverfassungsgerichts.[494] Das Grundgesetz erteilt einer „gemischten Verfassung“ mit Elementen einer richterlichen Oligarchie eine klare Absage.[495] Aus dem Gesamtzusammenhang der Stellung des Bundesverfassungsgerichtes im Grundgesetz ergibt sich eine Absage an eine „entgrenzte“ Verfassungsgerichtsbarkeit. Dem Bundesverfassungsgericht kommt keine „staatsleitende“ Funktion zu,[496] vielmehr hat es sich als Rechtsprechungsorgan in die Funktionsordnung des Grundgesetzes einzufügen. Das Bundesverfassungsgericht bleibt eben, auch in Ansehung seiner weitreichenden Kompetenzen, ein Gericht, wenn auch ein „nach Aufgabe und Struktur besonderes“[497]. Soweit sich aus den Kompetenzen, welche dem Gericht zukommen, die Gefahr einer das institutionelle Gefüge des Grundgesetzes sprengenden, weil den parlamentarischen Gesetzgeber als Torso zurücklassenden „Entgrenzung“ der Verfassungsgerichtsbarkeit ergibt, so gebietet der Gesamtzusammenhang der bundesverfassungsgerichtlichen Stellung im Grundgesetz eine funktionsrechtliche Begrenzung. Insofern ist Brohm zuzustimmen, wenn dieser konstatiert,[498]

---

[490] Vgl. *Wiederin*, Entgrenzung der Verfassungsgerichtsbarkeit?, S. 583: „Zuallererst springt die erstaunliche Fülle an Kompetenzen ins Auge“.

[491] *Schulze-Fielitz*, Schattenseiten des Grundgesetzes, S. 13.

[492] *Wiederin*, Entgrenzung der Verfassungsgerichtsbarkeit?, S. 583.

[493] Vgl. *Schulze-Fielitz*, Schattenseiten des Grundgesetzes, S. 12 f., welcher darlegt, dass eine Normkontrolle zu Lasten des Parlaments durch die Verfassungsgerichte anderer Länder entweder gar nicht oder lediglich eingeschränkt möglich ist.

[494] Vgl. auch *Wolff*, Art. 93 Rn. 1, nach welchem Art. 93 f. GG maßgeblich für die „Stellung und Bedeutung“ des Bundesverfassungsgerichts seien. So werde das Gericht „ausdrücklich zur rechtsprechenden Gewalt“ gerechnet.

[495] Vgl. *Brohm*, Die Funktion des BVerfG – Oligarchie in der Demokratie?, S. 9, welcher ebenfalls betont, dass „uns die Verfassung eindeutig auf die Demokratie und keine richterliche Oligarchie“ festlege.

[496] Vgl. hierzu näher Vgl. *Brohm*, Die Funktion des BVerfG – Oligarchie in der Demokratie?, S. 9.

[497] *Wolff*, Art. 93 Rn. 1.

[498] *Brohm*, Die Funktion des BVerfG – Oligarchie in der Demokratie?, S. 9.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„[…] dass die Rechtsetzung wie auch eine über die juristische Interpretation hinausgehende Fortentwicklung oder gar Umgestaltung der Rechtsordnung allein den Repräsentanten des Volkes zukommen. Das von der Verfassung der Rechtsprechung zugeordnete BVerfG hat lediglich darauf zu achten, dass dabei die Grenzen der Verfassung […] eingehalten werden."

2. Konkretisierungsbedürftigkeit des legitimatorischen Grenzwertes

Mit dem Befund der funktionsrechtlichen Begrenzung ist freilich noch nichts über deren konkrete Ausgestaltung gesagt. Die institutionelle Ausgestaltung des Bundesverfassungsgerichts im Grundgesetz fungiert insofern lediglich als Ausgangspunkt: Sie vermag es zwar, eine funktionsrechtliche Begrenzung desselbigen nahezulegen, die konkrete Ausgestaltung einer Begrenzung des Verfassungsgerichts lässt sich ihr jedoch nicht entnehmen. Der Frage nach den Grenzen, welche dem Bundesverfassungsgericht legitimationstheoretisch zu setzen sind, wird im Folgenden nachgegangen, indem die legitimationsadäquate Funktion des Bundesverfassungsgerichts prinzipientheoretisch zu rekonstruieren versucht wird.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Drittes Kapitel

Die prinzipientheoretische Rekonstruktion des „hinreichenden" legitimatorischen Grenzwerts

Vorstehend wurde bereits aufgezeigt, dass die funktionell-institutionelle Legitimation des Bundesverfassungsgerichts die Frage nach der demokratischen Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit einer grundsätzlich negativen Beantwortung entzieht. Da das Grundgesetz die Verfassungsgerichtsbarkeit als Instanz vorsieht, kann deren demokratische Legitimation vermöge dieser funktionell-institutionellen Legitimation nicht per se bestritten werden.[1] Es stellt sich aber die Frage, ob das Bundesverfassungsgericht im tatsächlichen Gebrauch seiner Kompetenzen hinreichend demokratisch legitimiert ist. Die personell-organisatorische und die sachlich-inhaltliche Legitimation des Bundesverfassungsgerichts müssten dazu ein Legitimationsniveau begründen können, welches als kompetenz-äquivalent zu qualifizieren ist. Hinsichtlich der Qualifikation der konkret erreichten Legitimationshöhe als hinreichend ist daher auf die funktionell-institutionelle Legitimationskomponente abzustellen, welcher insoweit eine rahmensetzende Funktion zukommt.[2]

In dem Versuch, das Legitimationsniveau zu konkretisieren offenbart sich der begrenzte Aussagegehalt der Legitimationskettentheorie. Sie operationalisiert die Rechtsregel des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG und ist auf die Wahrung des Mindestzusammenhangs zwischen dem Volk und der Ausübung von Hoheitsgewalt ausgerichtet.[3] Eine darüberhinausgehende, graduelle Gewichtung der legitimatorischen Kraft im Sinne einer besonders „starken" oder besonders „schwachen" Legitimation vermag die Theorie der Legitimationsketten hingegen nicht zu leisten. Sie operiert gleichsam binär. Ob der demokratische Mindestzusammenhang gewahrt wurde, richtet sich danach, ob die personell-organisatorischen und sachlich-inhaltlichen Legitimationsmodi ein hinreichendes Legitimationsniveau zu begründen vermögen. Der flexible Topos des Legitimationsniveaus begründet allerdings Dynamisierungspotentiale, welche eine Anwendung der Theorie über das Idealbild der hierarchisch organisierten Ministerialbürokratie hinaus ermöglicht.

Hinsichtlich der Präzisierung des Grenzwertes des hinreichenden Legitimationsniveaus erweist sich die Legitimationskettentheorie als konkretisierungsbedürftig. Zeichnet sich die Theorie „innerhalb" der Legitimationsmodi noch durch

[1] Vgl. hierzu oben, S. 120 ff.

[2] Vgl. hierzu oben, S. 131 f.

[3] Vgl. hierzu unten, S. 212 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

eine fein ausdifferenzierte Dogmatik aus, so verbleibt sie hinsichtlich des Grenzwertes, nach welchem sich das Ergebnis der Betrachtung richtet, nebulös. In Ermangelung einer konkreten, über das Erfordernis der Funktionsadäquanz hinausgehenden, Bestimmung eines legitimatorischen Grenzwertes, droht die kriterielle Schärfe der einzelnen Legitimationsmodi jedoch ins Leere zu laufen. An dieser Lücke setzen die folgenden Überlegungen an. Vermag die Legitimationskettentheorie die Konkretisierungsleistung des legitimatorischen Grenzwertes nicht selbst zu erbringen, lässt sich dieser anhand einer prinzipientheoretischen Rekonstruktion präzise benennen.

Grundlage der Prinzipientheorie Alexys ist die dichotome Normkategorisierung in Rechtsprinzipien und Rechtsregeln. Die Prinzipientheorie beeinflusst die rechtstheoretische Diskussion – national[4] wie international[5] – nachthaltig. Stößt die Rechtstheorie Alexys auch auf teilweise starken Widerstand, so ist die rekonstruktive Leistung der Prinzipientheorie doch auch unter ihren Kritikern anerkannt.[6] So kann exemplifizierend auf Jestaedt als einen der profiliertesten Kritiker der Prinzipientheorie verwiesen werden, welcher konstatiert, dass „Robert Alexy mit seiner Prinzipienlehre mit großer Durchschlagskraft demonstriert hat“,[7] dass sich mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts leicht ein Optimierungsgedanke der Grundrechte verbinden lässt.[8]

Eine der großen Leistungen der Prinzipientheorie ist die Strukturierung der Abwägung durch eine arithmetische Darstellung, die sogenannte Gewichtsformel.[9] Die Gewichtsformel, verweist auf das Erfordernis externer Wertungen;[10] sie vermag es, diese externen normativen Wertungen aufzunehmen und prinzipientheoretisch einzubetten. Diese Offenheit für externe Wertungen in Zusammenschau mit der arithmetischen Darstellung innerhalb der Gewichtsformel, erlaubt eine, so die These des folgenden Abschnitts, präzise Rekonstruktion des legitimatorisch hinreichenden Grenzwertes.

Im Folgenden wird zunächst zu rekonstruieren sein, in welcher Funktion das Bundesverfassungsgericht – bei Zugrundelegung der Legitimationskettentheorie – legitimiert ist. Die prinzipientheoretische Rekonstruktion knüpft dabei an das Legitimationsniveau als variablen Maßstab, mit der Struktur einer „Je-Desto-Formel“,

[4] Vgl. zum Einfluss der Prinzipientheorie Alexys auf die Debatte um absolut geschützte Rechte *Hong*, Abwägungsfeste Rechte, S. 15 ff.

[5] Vgl. zur internationalen Wahrnehmung Alexys als Vertreter des Abwägungsgedankens *Hong*, Abwägungsfeste Rechte, S. 22 f. mit weiteren Quellennachweisen in S. 22 Fn. 76, 78.

[6] Vgl. *Hong*, Abwägungsfeste Rechte, S. 23 ff.

[7] *Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht, S. 140.

[8] Vgl. *Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht, S. 140 f.

[9] Vgl. nur *Borowski*, Die Abwägung im Stufenbau des Rechts, S. 287.

[10] Vgl. *Bäcker*, Juristisches Begründen, S. 326: „Die Abwägungsformel versteht sich dabei, analog zum Justizsyllogismus, als eine Rekonstruktion der internen Struktur (‚der Logik‘) des Begründungsvorgangs von Abwägungen – der wiederum nicht mit dem Findungsvorgang des Abwägungsergebnisses zu verwechseln ist“.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

an. Gibt die Legitimationskettentheorie mithin vor, die personell-organisatorisch und sachlich-inhaltlich vermittelte Legitimation müsse ein hinreichendes Niveau erreichen, so gilt es im Folgenden anhand einer prinzipientheoretischen Rekonstruktion der Funktion des Bundesverfassungsgerichts den Grenzwert des hinreichenden Legitimationsniveaus zu ermitteln. Es gilt mithin präzise darzustellen, *wie weit* das Bundesverfassungsgericht in Ansehung seiner personellen und sachlichen Legitimation sowie seiner konstitutionellen Ausgestaltung demokratisch legitimiert ist. Während die Legitimationskettentheorie das Erfordernis der Funktionsadäquanz des jeweiligen Legitimationsniveaus statuiert, wird nunmehr die *legitimationsäquivalente Funktion* des Bundesverfassungsgerichts rekonstruiert.

A. Kompatibilität einer prinzipientheoretischen Rekonstruktion

Soweit im Folgenden eine prinzipientheoretische Rekonstruktion der Funktion des Bundesverfassungsgerichts, in welcher diesem ein hinreichendes Legitimationsniveau zukommt, vorgenommen wird, könnte sich dieses Vorgehen dem Einwand der Inkompatibilität ausgesetzt sehen. Schließlich werden mit der Legitimationsketten- und der Prinzipientheorie zwei gänzlich verschiedene Modelle zusammengeführt. Bei näherer Betrachtung erweisen sich jedoch beide Theorien als ergänzungsfähig und ergänzungsbedürftig. Der Einwand der Inkompatibilität lässt sich der hier angestrebten Rekonstruktion deswegen nicht entgegenhalten.

I. Die Ausfüllungsbedürftigkeit der Legitimationskettentheorie

Obschon die Legitimationskettentheorie aufgrund ihrer fein ausdifferenzierten Dogmatik zunächst den Eindruck einer in sich geschlossenen, kohärenten und vollständigen Theorie erwecken mag, kommt sie nicht ohne eine extern zu erbringende Konkretisierungsleistung aus. Zwar vermag es die Theorie, innerhalb der Legitimationsmodi aufgrund des formalistischen Ansatzes inhaltliche Einflüsse zu abstrahieren und so auf eine materielle Gewichtung des Grads der Verwirklichung des Grundsatzes der Volkssouveränität zu verzichten.[11] Hinsichtlich des Zusammenwirkens der einzelnen Legitimationsmodi erweist sich die Legitimationskettentheorie indes ergänzungsbedürftig; sie vermag eine Gewichtung der jeweilig in den Blick zu nehmenden staatlichen Handlung nicht selbst vorzunehmen. Zur Beantwortung der Frage nach einem hinreichenden Legitimationsniveau ist die Theorie mithin von einer externen Konkretisierung abhängig.

[11] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 75.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

1. Die Legitimationskettentheorie als struktureller Rahmen

Die Legitimationskettentheorie stellt den „strukturellen Rahmen für staatlich-amtliches Handeln“[12] dar. Dieser strukturelle Rahmen gibt vor, dass die Komponenten der personell-organisatorischen, sachlich-inhaltlichen sowie funktionell-institutionellen Legitimation in einem Gesamtkonzept fungieren, in welchem ein hinreichendes Legitimationsniveau gesichert werden soll.[13] Innerhalb der einzelnen Legitimationsmodi ist eine fein ausdifferenzierte Dogmatik zu konstatieren. Tschentscher spricht insofern von einem „fein verästelten Kalkül der rechnerisch ermittelbaren Verantwortlichkeit“[14] und hebt die formale Klarheit und Trennschärfe als besondere Stärke der Legitimationskettentheorie hervor.[15] Die Kehrseite dieser ausdifferenzierten Dogmatik ist freilich, dass es, sofern der Anwendungsbereich der Theorie nicht auf die hierarchisch organisierte Ministerialverwaltung beschränkt werden soll, einer Dynamisierung außerhalb der formalistisch geprägten Legitimationsmodi bedarf. Um dem umfassenden Anspruch gerecht zu werden, den strukturellen Rahmen des amtlich-staatlichen Handelns darzustellen, müssten auch jene Fälle, welche vom Idealtyp der Ministerialverwaltung abweichen, erfasst werden können. Diese Dynamisierungspotentiale, welche der Theorie der Legitimationsketten über den Anwendungsbereich der Ministerialverwaltung hinaus Geltung verschaffen, wurden einerseits vonseiten des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen seiner Demokratiejudikatur herausgearbeitet[16], und waren andererseits bereits in der Konzeption Böckenfördes angelegt. Dieser konstatierte, dass es im Rahmen der Legitimationskettentheorie „nicht um einen Legitimationsfetischismus, sondern um den Bestand und Erhalt eines strukturellen Rahmens für staatlich-amtliches Handeln“[17] gehe. So zeigt sich die Legitimationskettentheorie hinsichtlich des Zusammenwirkens der Legitimationsmodi dynamisch:[18] Nicht eine statische Kombination der Legitimationsmodi, sondern die Effektivität der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns im jeweiligen Einzelfall ist entscheidend.[19]

---

[12] *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 23.

[13] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 58.

[14] *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 58.

[15] Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 111.

[16] Vgl. hierzu oben, S. 93 ff.

[17] *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 23.

[18] Vgl. *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 306, welcher es als positiven Aspekt des Legitimationsniveaus hervorhebt, dass dieses „eine größere, situationsangepasste Flexibilität der Legitimationskonzeption“ ermöglicht.

[19] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 23; *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 328; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 58; *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 106 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Ausfüllungsbedürftigkeit des Erfordernisses der Funktionsadäquanz

Insgesamt zielt die Theorie der Legitimationsketten auf die Ermittlung eines im Einzelfall angemessenen legitimatorischen Grenzwertes im Sinne einer Mindestanforderung.[20] Die Frage nach der demokratischen Legitimation der jeweilig ausgeübten Staatsgewalt kann dann lediglich bejaht oder aber verneint werden. Auch der flexible Topos des Legitimationsniveaus macht diese Frage im Ergebnis nicht einer graduellen Betrachtung zugänglich.[21] Dem steht auch nicht die dynamische „Je-Desto-Struktur“ des Legitimationsniveaus entgegen, betrifft diese schließlich lediglich die Bestimmung des legitimatorisch hinreichenden Grenzwertes. Anders gewendet: Das Maß, in welchem die einzelnen Legitimationsmodi erfüllt sein müssen, um von einem hinreichenden Legitimationsniveau sprechen zu können, muss in einer Einzelfallbetrachtung graduell bestimmt werden. Die Frage, ob dieser Grenzwert erreicht wurde, kann hingegen nur bejaht oder verneint werden.

Auch das Bundesverfassungsgericht betont, in Anlehnung an Böckenförde,[22] zunächst im Rahmen des Urteils zum Ausländerwahlrecht II[23] und sodann ebenfalls in zahlreichen Folgeentscheidungen,[24] die Effektivität der demokratischen Legitimation als maßgebend:[25]

> „Aus verfassungsrechtlicher Sicht entscheidend ist nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, sondern deren Effektivität; notwendig ist ein bestimmtes Legitimationsniveau.“

Des Weiteren hebt das Gericht das Legitimationsniveau als variable Größe hervor. Die Ausführungen des Gerichts im Rahmen der Entscheidung zum Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein lassen die Struktur einer „Je-Desto-Formel“ erkennen. Je mehr Staatsgewalt ausgeübt wird, desto höher sind die legitimatorischen Anforderungen an die Herrschaftsausübung:[26]

> „Je weniger die zu treffende Entscheidung typischerweise die verantwortliche Wahrnehmung des Amtsauftrags und je nachhaltiger sie die Interessen der Beschäftigten berührt, desto weiter kann die Beteiligung der Personalvertretung reichen.“

---

[20] Vgl. *Dreier/Kuch*, Demokratische Legitimation der Verwaltung, Rn. 41; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 58.

[21] Vgl. *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, S. 197; *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 305.

[22] Vgl. *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 23; vgl. näher zur Prägung der bundesverfassungsgerichtlichen Demokratiejudikatur oben, S. 60 ff.

[23] Vgl. BVerfGE 83, 37 (67).

[24] Vgl. BVerfGE 107, 59 (87); 130, 76 (124).

[25] BVerfGE 83, 60 (72).

[26] BVerfGE 93, 37 (70); kritisch hierzu *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, S. 496, nach welchem „es sich bei der Ausübung von Staatsgewalt schließlich um ein Tatbestandsmerkmal des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG“ handele, „das entweder erfüllt ist oder eben nicht.“.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Eine die im Grundsätzlichen verbleibende Aussage präzisierende Definition des *hinreichenden* Legitimationsniveaus bleibt das Bundesverfassungsgericht schuldig. Lediglich die Relevanz der Qualität und Quantität der ausgeübten Staatsgewalt für die Bestimmung des hinreichenden Legitimationsniveaus, wird an anderer Stelle deutlich.[27] So attestierte das Gericht einer Gleichstellungsbeauftragten zwar ein Legitimationsniveau, welches niedriger als sonst in der Verwaltung sei, führte aber sodann aus, dass ob der fehlenden eigenen Sachentscheidungsbefugnisse darin kein Verstoß gegen das Demokratieprinzip zu sehen sei.[28]

Obschon sich das Bundesverfassungsgericht Kritik dahingehend ausgesetzt sieht, dass seiner Judikatur „nicht mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen ist, wie sich die je konkreten Legitimationsanforderungen ihrer Höhe nach bestimmen",[29] vermag auch vonseiten der Literatur, so Mehde, „bislang keine Antwort auf die Frage gegeben werden […], wo genau die Charakterisierung des Maßes demokratischer Legitimation als hinreichend anfängt".[30] Lediglich das Erfordernis der Funktionsadäquanz hat sich als gemeinsame Linie in der verfassungsgerichtlichen Demokratiejudikatur[31] und weiten Teilen der Literatur[32] herausgebildet – welches seinerseits freilich konkretisierungsbedürftig bleibt.

[27] Vgl. BVerfGE 47, 253 (271 ff.); 91, 228 (244).

[28] Vgl. BVerfGE 91, 228 (244): „Zwar kann die Tätigkeit der Gleichstellungsbeauftragten wegen deren Unabhängigkeit nicht im Einzelnen von der Gemeindevertretung oder einem ihr unmittelbar verantwortlichen Exekutivorgan gesteuert werden. Insofern ist das Legitimationsniveau der Gleichstellungsbeauftragten niedriger als typischerweise sonst in der Verwaltung. Dadurch ist jedoch ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip vorliegend nicht begründet. Die Gleichstellungsbeauftragte wird von der Gemeindevertretung bestellt und abberufen und ist insofern demokratisch legitimiert. Zudem hat sie keine eigenen Sachentscheidungsbefugnisse. Ihre in Unabhängigkeit wahrzunehmende Funktion beschränkt sich darauf, allein durch Kraft des Arguments für die Gleichstellung von Frau und Mann in der Gemeindeverwaltung und der Öffentlichkeit einzutreten".

[29] *Jestaedt*, Demokratie unter Bagatellvorbehalt?, S. 52 f.; vgl. auch *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, S. 199.

[30] *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, S. 199; vgl. auch *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 302, nach welchem es offenbleibe, „wie genau das Legitimationsniveau für welche Art von Herrschaftsgewalt beschaffen sein muß, um als hinreichend zu gelten".

[31] Vgl. BVerfGE 47, 253 (271 ff.); 91, 228 (244).

[32] Vgl. *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, S. 199 ff.; *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 302 f.; *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 288 ff.; *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 107; *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 42.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Die Ausfüllungsbedürftigkeit der prinzipientheoretisch rekonstruierten Abwägung

Auch die prinzipientheoretisch Rekonstruierte Abwägung zeigt sich insofern „ausfüllungsbedürftig“, als dass sie von externen Wertungen abhängig ist. Nach Alexy ist zwischen der internen und der externen Rechtfertigung juristischer Begründungen zu differenzieren.[33] Exemplifiziert man diese Differenzierung anhand der Begründung eines gerichtlichen Urteils, so betrifft die interne Rechtfertigung die Frage, ob das Urteil logisch aus den Sätzen folgt, die zur Begründung aufgeführt wurden, während Gegenstand der externen ob „die Wahrheit, Richtigkeit oder Akzeptabilität der Prämissen der internen Rechtfertigung ist“.[34] Die interne Rechtfertigung betrifft also die Frage, ob das Abwägungsergebnis aus den aufgestellten Prämissen abgeleitet werden kann, bezieht sich mithin auf die im Folgenden noch näher zu beleuchtende Gewichtsformel.[35] Vermag es die Gewichtsformel zwar, der Abwägung eine formale Struktur zu verleihen, führt dies jedoch nicht zu einer argumentativen Entlastung des Abwägenden. Die Struktur der Gewichtsformel mag inhaltlich neutral sein, gerade deswegen entbindet sie nicht von einer argumentativen Gewichtung: Die Werte, welche den jeweiligen Variablen im Rahmen der Skalierung beigemessen werden, müssen extern ersonnen werden, und bleiben so einer argumentativen Auseinandersetzung voll zugänglich.[36] So betrifft die externe Rechtfertigung die Prämissen selbst, bezieht sich folglich (auch) auf die zur Abwägung erforderliche Einstufung im Rahmen der triadischen Skalierung.[37] Eine Beschränkung der Argumentationslast ist somit nicht ersichtlich; die Gewichtsformel bewirkt keine argumentative Entlastung, sondern strukturiert vielmehr die nach wie vor zu leistende Argumentation.

Die Gewichtsformel verlangt externere Rechtfertigungen, da sie ohne externe Argumente zu einem bloßen Formalismus verkommen würde.[38] Hinsichtlich der Theorie, welcher die externe Rechtfertigung genügen muss, zeigt sich die Prinzipientheorie offen:[39] Im Rahmen der externen Rechtfertigung kann die gesamte

[33] Vgl. *Alexy*, Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, S. 16 ff.; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 273 ff.

[34] *Alexy*, Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, S. 17 f.

[35] Vgl. *Klatt/Meister*, Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip, S. 172.

[36] Vgl. *Klatt*, Abwägung im Erkenntnisvakuum, S. 291 f.

[37] Vgl. *Klatt/Meister*, Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip, S. 172.

[38] Vgl. *Klatt*, Abwägung im Erkenntnisvakuum, S. 291 f.

[39] Obschon sich die Prinzipientheorie dem Grunde nach offen zeigt, verweist *Alexy*, Grundrechte, Demokratie und Repräsentation, S. 212, deutlich auf die Diskurstheorie. So begründet Alexy (S. 210 f.) – ausgehend von dem Befund, „dass Verfassungsgerichtsbarkeit Ausübung von Staatsgewalt ist“, welche nur dann legitim sei, wenn sie vom Volk ausgehe – die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie dadurch, dass in der Handlungsweise der Verfassungsrichter eine Repräsentation des Volkes zu sehen sei: Das Verfassungsgericht sei die „argumentative Repräsentation“ des Volkes. Vgl. zur These der argumentativen Repräsentation auch *Alexy*, Grund- und Menschenrechte, S. 71 f. Vgl. zur Rezep-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Klaviatur der juristischen Argumentation bedient werden.[40] In dieser Offenheit für verschiedene Theorien ist nach Alexy eine der Stärken der Prinzipientheorie zu sehen.[41]

III. Prinzipientheoretische Rekonstruktion der legitimationsäquivalenten Funktion des Bundesverfassungsgerichts

Die Ermangelung einer Konkretisierung des Grenzwertes eines hinreichenden Legitimationsniveaus steht im Kontrast zu der ansonsten fein ausdifferenzierten Dogmatik „innerhalb" der Legitimationsketten. Eine prinzipientheoretische Rekonstruktion des legitimatorischen Grenzwertes des hinreichenden Legitimationsniveaus des Bundesverfassungsgerichts erbringt ebenjene Konkretisierungsleistung, welche die Legitimationskettentheorie selbst nicht zu erbringen vermag. Die Prinzipientheorie flankiert mithin die Legitimationskettentheorie gleichsam; sie verhindert, dass die dogmatische Schärfe der Legitimationskettentheorie ohne präzise Charakterisierung des hinreichenden Maßes demokratischer Legitimation ins Leere läuft.

Dieses Vorgehen mag sich dem Einwand der Inkompatibilität ausgesetzt sehen. Ein Indiz dafür ist die Ablehnung der Auffassung des Demokratieprinzips als Optimierungsgebot innerhalb der Legitimationskettentheorie. Doch lässt sich diesem Einwand anhand einer normtheoretischen Differenzierung zwischen Art. 20 Abs. 1 GG und Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG begegnen. Die Legitimationskettentheorie operationalisiert Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG, welcher das in Art. 20 Abs. 1 GG niedergelegte demokratische Prinzip regelförmig konkretisiert.[42] Wird das Verständnis des Demokratieprinzips als Optimierungsgebot aus der Legitimationskettentheorie heraus abgelehnt, so ist dies kein Zeugnis der Inkompatibilität beider Theorien, sondern verdeutlicht vielmehr den insofern regelförmigen Charakter der Theorie.

1. Das Demokratieprinzip als Optimierungsgebot?

Ob der vorstehend dargelegten Ermangelung einer Konkretisierung des hinreichenden legitimatorischen Grenzwertes, verbleibt ein ausfüllungsbedürftiger Raum, welcher verschiedenen Ansätzen zugänglich ist. Die Heterogenität der Ansätze zur Konkretisierung des hinreichenden Grenzwerts zeigt sich bereits in der Auseinandersetzung über den Charakter ebenjenes Grenzwertes. So lässt sich zwar ein

tion der These der argumentativen Repräsentation *de Lima*, Verhältnismäßigkeit und Verfassungsgerichte als Rechtfertigungsinstanzen, S. 119 f. Fn. 227.

[40] Vgl. *Klatt*, Die Abwägung von Rechtsprinzipien, S. 8 f., 12 f.

[41] Vgl. *Alexy*, Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, S. 18.

[42] Vgl. *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, S. 282 ff., 286 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Konsens der Vertreter der Legitimationskettentheorie dahingehend konstatieren, dass der Grenzwert des hinreichenden Legitimationsniveaus die Untergrenze der notwendigen demokratischen Legitimation statuiert.[43] Der Grenzwert des hinreichenden Legitimationsniveaus verdeutlicht demnach „den primär schrankensetzenden Charakter des Demokratieprinzips“.[44]

Schliesky hingegen wertet den im abstrakten verbleibenden „Effektuierungsgedanken, der in der Kategorie des Legitimitätsniveaus zum Ausdruck kommt“[45], als Ausweis einer Charakterisierung des „Demokratieprinzips als Rechtsprinzip und damit als Optimierungsgebot.“[46] Das Demokratieprinzip müsse im Falle von Kollisionen mit anderen Verfassungsprinzipien abgewogen werden, ohne das es hierbei einen automatischen Vorrang genieße; der richtige Ort für den Abwägungsvorgang im Optimierungsprozess sei das Legitimationsniveau.[47] Schliesky beantwortet die Frage nach einer Kompatibilität von Prinzipien- und Legitimationskettentheorie klar positiv, indem er letztere im Lichte der Prinzipientheorie auslegt. Er verfolgt dabei einen pluralistischen Legitimationsansatz, welcher die „Enge der monistischen Legitimationskonstruktion“[48] zu überwinden sucht, indem er „Demokratie nicht nur als formales Bauprinzip der Herrschaftsableitung“[49] begreift, sondern ebenfalls materielle Elemente wie die „Output-Legitimation“ berücksichtigt.[50]

a) Legitimation durch „Output“?

Erst durch eine legitimatorische Berücksichtigung von „Output“-Aspekten gerate die Demokratie, so Schliesky, zur Herrschaft für das Volk.[51] Folglich müsse „der Herrschaftsgewalt Legitimität bei einer inhaltlich möglichst guten Herrschaftsbetätigung für das Volk zugesprochen“[52] werden. Diesem Ansatz einer „Output“-orientierten Legitimation stehen erhebliche Bedenken gegenüber.

---

[43] Vgl. *Herzog*, Art. 20 II Rn. 33; *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 147; *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 23; *Dreier/Kuch*, Demokratische Legitimation der Verwaltung, Rn. 41; *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 106; *Pünder*, Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie, S. 210 ff.

[44] *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 298.

[45] *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 618.

[46] *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 618.

[47] Vgl. *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 618 f., 621.

[48] *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 622.

[49] *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 622.

[50] Vgl. *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 620 ff.

[51] Vgl. *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 598 f., welcher insoweit auf die Gettysburg-Address Abraham Lincolns – „Gouvernment oft he people, by the people and for the people“ – verweist.

[52] *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 598.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Um einer „inhaltlich möglichst guten Herrschaftsbetätigung“[53] legitimatorische Wirkung zuzusprechen, bedarf es zunächst auch materieller Maßstäbe. Diese wiederum müssten in demokratischen Verfahren hergestellt werden, welche ihrerseits – sofern Demokratie nicht lediglich auf ein rein formales Prinzip der Herrschaftsableitung reduziert werden soll – an inhaltlichen Maßstäben zu messen wären.[54] Es ist somit Unger zuzustimmen, wenn er das Konzept der Ergänzung durch „Output“-Legitimation als zirkulär ablehnt.[55] Ohnehin stellt sich die Frage, ob die Annahme materieller Maßstäbe zur Bestimmung „guter“ Herrschaft, welcher wiederum demokratische Legitimität entspringt, nicht der die pluralistische Gesellschaft tragenden Annahme entgegensteht, nach welcher verschiedene Auffassungen darüber, was als „gute“ Herrschaftsausübung anzusehen ist, gleichermaßen legitim sind.[56] Auch aus einer materiellen Mehrheitsentscheidung kann demnach kein Anspruch auf materielle Richtigkeit der jeweiligen Position erwachsen. So liegt nach Lepsius der Grund für das Majoritätsprinzip „weder in der quantitativen Überlegenheit noch in einer daraus abzuleitenden qualitativen Richtigkeit“.[57] Vielmehr stecke hinter dem Majoritätsgrundsatz ein „Organisationsgrundsatz, keine Gewähr materieller Richtigkeit.“[58] Da sich die Mehrheitsverhältnisse ändern können, „hat auch die Mehrheit ein Interesse, jedenfalls die formalen, verfahrensbezogenen Positionen der Minderheit zu achten“.[59] Somit folgt aus dem Befund der rein quantitativen Überlegenheit der Mehrheit das Erfordernis der Revisibilität der Mehrheitsentscheidung; die „Position der Mehrheit muss umgesetzt werden, aber nur um den Preis ihrer Relativierung.“[60] Insoweit ist Huber zuzustimmen, wenn er konstatiert, dass „Akzeptanz aus Legitimität, nicht Legitimität aus Akzeptanz“[61] folgt. Inwieweit sich normative Maßstäbe statuieren lassen, welche nicht dem Befund der materiellen Relativität entgegenlaufen, erscheint fraglich.[62]

---

[53] *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 598.

[54] Vgl. *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, S. 279.

[55] Vgl. *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, S. 278 ff.

[56] Vgl. *Honer/Rudolff*, Die Leistungsfähigkeit der Legitimationskettentheorie, S. 463; *Lepsius*, Rechtswissenschaft in der Demokratie, S. 169.

[57] *Lepsius*, Rechtswissenschaft in der Demokratie, S. 169.

[58] *Lepsius*, Rechtswissenschaft in der Demokratie, S. 169.

[59] *Lepsius*, Rechtswissenschaft in der Demokratie, S. 169.

[60] *Honer/Rudolff*, Die Leistungsfähigkeit der Legitimationskettentheorie, S. 463.

[61] *Huber*, Demokratie in Europa – Zusammenfassung und Ausblick, S. 512; vgl. auch *C. Möllers*, Gewaltengliederung, S. 37 f., welcher ebenfalls hervorhebt, beispielsweise eine Umverteilungsmaßnahme könne „die Akzeptanz der Rechtsordnung auch dann erhöhen, wenn sie nicht in demokratischen Verfahren beschlossen wurde.“ Es stelle sich insgesamt die Frage, ob das Konzept der „Output-Legitimation“ „überhaupt unter einen semantisch sinnvollen Begriff von Demokratie gebracht werden kann, denn auch eine benevolente Monarchie kann erwünschte Ergebnisse vorweisen und deswegen Legitimität, aber eben nicht Legitimation beanspruchen“.

[62] So auch *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, S. 278 ff.; a. A. hingegen *Bredt*, Constitutional Economics und gewaltenteiliges Demokratieverständnis, S. 599 ff., 602 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Lediglich auf die Grundrechte könnte, unter Rekurs auf den Zusammenhang von individueller und kollektiver Freiheit,[63] als normativer Maßstab abgestellt werden. Die legitimatorische Wirkung des subjektiven Rechtsschutzes findet jedoch schon an anderer Stelle Berücksichtigung – wie bereits am Beispiel des Bundesverfassungsgerichts dargelegt wurde, welches aufgrund seiner Funktion als „Hüter der Grundrechte“ bereits *funktionell*-institutionell demokratisch legitimiert ist.[64] Die sogenannte „Output-Legitimation“ sieht sich folglich schweren Bedenken ausgesetzt und erweist sich, sofern sie sich lediglich auf die Grundrechte als normativen Maßstab bezieht, als obsolet.

Auch über die Frage nach normativen Maßstäben „guter“ Herrschaft hinausgehend, stehen dem Konzept der „Output-Legitimation“ Bedenken gegenüber. Wenn, wie Schliesky es fordert, das Ergebnis beziehungsweise die Auswirkung herrschaftlichen Handelns als „materielle Komponente der Legitimationskonstruktion“[65] berücksichtigt werden muss, stellt sich die Frage, wie diese materielle Komponente zu messen ist. Der Ansatz Schlieskys, wonach „Orientierungspunkt für die demokratische Legitimation in materieller Hinsicht […] der *Grundkonsens* der Legitimationssubjekte“ sein müsse, „der den Maßstab für die materielle Komponente demokratischer Legitimation“ darstelle, vermag keine überzeugende Antwort zu geben.[66] Zumal, da der Idealfall einer „Kongruenz der Willen der Legitimationssubjekte mit der Betätigung der Herrschaftsgewalt“, wie Schliesky selbst einräumt „kaum jemals eintreten wird“, es „immer nur um eine größtmögliche Annährung gehen“ könne.[67] Wie aber soll die normative Gewichtung vorgenommen, wie die Annährung der ausgeübten Herrschaftsgewalt am „Grundkonsens der Legitimationssubjekte“ gemessen werden? Im Hinblick darauf ist Möllers zuzustimmen, wenn er festhält, „Output“-Aspekte müssten für eine rechtswissenschaftliche Konzeption demokratischer Legitimation außer Betracht gelassen werden, „denn weder die empirische Messung noch die politische Bewertung des Erreichens bestimmter Ziele lassen sich mit den rechtswissenschaftlich zur Verfügung stehenden Instrumenten unmittelbar erfassen“.[68] Es darf somit bezweifelt werden, ob sich das Konstrukt der „Legitimation durch Output“ über den politik- beziehungsweise sozialwissenschaftlichen Bereich hinaus auch für die Rechtswissenschaft als tragfähig erweist.[69]

---

[63] Vgl. hierzu oben, S. 129 ff.

[64] Vgl. hierzu oben, S. 125 ff.

[65] *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 598.

[66] *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 600 (beide Zitate).

[67] *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 600 (alle drei Zitate).

[68] *C. Möllers*, Gewaltengliederung, S. 38.

[69] Vgl. *Bogdandy*, Buchbesprechung, S. 457, nach welchem die Kategorie Bildung von „Input“ und „Output“ Aspekten aus juristischer Perspektive wenig sinnvoll erscheine; Ebenfalls kritisch äußert sich *Droege*, Herrschaft auf Zeit: Wahltage und Übergangszeiten in der repräsentativen Demokratie, S. 654.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

b) Untergrenze contra Optimierungsgebot

Dem Demokratieprinzip wird von Seiten der Literatur aus vielfach ein Optimierungsgebot entnommen.[70] Richtet sich die Betrachtung hingegen auf die Anhänger der Legitimationskettentheorie, so ist ein gegenteiliger Konsens zu konstatieren: Gehen die Meinungen zwar hinsichtlich des Zusammenwirkens der Legitimationsmodi in einigen Detailfragen auseinander – wie beispielsweise hinsichtlich der Wirkweise der funktionell-institutionellen Legitimation[71] oder auch der Möglichkeit der Totalsubstitution[72] – so herrscht doch dahingehend Einigkeit, dass kein „Legitimationsmaximum“[73] zu fordern ist; in der Wendung vom hinreichenden Legitimationsniveau liege implizit eine Absage an ein Gebot einer vollständigen Ausschöpfung der Legitimation begründet.[74] So statuiere das Erfordernis eines hinreichenden Legitimationsniveaus gerade „kein Optimierungsgebot, sondern eine Untergrenze“.[75] Der Gegenpol zur Qualifikation des Demokratieprinzips als Optimierungsgebot ist in der Auffassung zu sehen, wonach Art. 20 Abs. 2 GG lediglich einen Minimalstandart im Sinne einer „demokratischen Mindestration“[76] enthalte.

Wird das Demokratieprinzip als „Optimierungsgebot“ gedeutet, so geschieht dies zumeist in – mehr oder minder offener – Abgrenzung zur Legitimationskettentheorie.[77] Der Ansatz Schlieskys sticht insoweit hervor, als dass er zumindest *prima*

[70] Vgl. *Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, S. 305; *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 618; *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, S. 104 ff.; *Müller-Franken*, Unmittelbare Demokratie und Direktiven der Verfassung, S. 492; *Droege*, Herrschaft auf Zeit: Wahltage und Übergangszeiten in der repräsentativen Demokratie, S. 654; *Bogdandy*, Demokratisch, demokratischer, am demokratischsten?, S. 369 ff.

[71] Vgl. hierzu oben, S. 121 ff.

[72] Vgl. hierzu oben, S. 194 ff.

[73] *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 99.

[74] Vgl. *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, S. 199; *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 147; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, S. 58; *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, Rn. 23; *Dreier/Kuch*, Demokratische Legitimation der Verwaltung, Rn. 41; *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, S. 106; *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 302; *Pünder*, Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie, S. 210 ff.; *Herzog*, Art. 20 II Rn. 33.

[75] *Dreier/Kuch*, Demokratische Legitimation der Verwaltung, Rn. 41; vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, S. 99.

[76] *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 326.

[77] Vgl. *Bogdandy*, Demokratisch, demokratischer, am demokratischsten?, S. 369 ff., welcher das Verständnis des Demokratieprinzips als Optimierungsgebot jener Auffassung entgegenstellt, welche den Demokratiebegriff etymologisch auffasse und das Volksmoment in den Vordergrund stelle. Hinsichtlich letztgenannter Auffassung rekurriert Bogdandy ausdrücklich auf den Beitrag Böckenfördes im Handbuch des Staatsrechts (*Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip) in welchem jener die Legitimationskettentheorie darlegt, vgl. S. 369 Fn. 30. Auch *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, S. 56 ff., 75 ff., welcher die Legitimationskettentheorie als „holistisch-monistisches Demokratieverständnis“ dem „indi-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

facie den Eindruck erweckt, die Qualifikation des Demokratieprinzips als Optimierungsgebot in die Legitimationskettentheorie zu integrieren. So kann in der Verortung der Abwägung als Optimierungsprozess des demokratischen Prinzips innerhalb des Legitimationsniveaus[78] der Versuch gesehen werden, die beiden Theorien zu verbinden. Bei näherer Betrachtung des Ansatzes Schlieskys zeigt sich indes, dass dieser nicht die Verbindung der Prinzipientheorie mit der Legitimationskettentheorie in ihrer tradierten Form anstrebt. Vielmehr konstatiert er mit Blick auf die europäische Einigung, das Axiom der Theorie der Legitimationsketten (die Rückführung staatlichen Handelns auf ein einheitliches Legitimationssubjekt) sei „in einem komplexen Mehrebenensystem nicht mehr durchzuhalten“.[79] Erforderlich sei folglich eine Neuorientierung im Sinne eines Wandels zum offenen Verfassungsstaat, was wiederrum die Zuordnung des Ansatzes Schlieskys zur Position des Verfassungsdenkens nahelegt.[80] Im Rahmen seiner Neuorientierung hält Schliesky zwar in Teilen an Kategorien der Legitimationskettentheorie fest, wie das Aufgreifen der Kategorie des Legitimationsniveaus verdeutlicht, löst diese ber von dem gedanklichen Fundament der Legitimationsketten und überführt sie in ein pluralistisches Legitimationsmodell.[81] Der Eindruck, wonach die Qualifikation des Demokratieprinzips als Optimierungsgebot der Legitimationskettentheorie zuwiderläuft, wird somit letztlich auch durch die Position Schlieskys verstärkt.

c) Die Legitimationskettentheorie als regelförmige Konkretisierung des demokratischen Prinzips

Der Befund, wonach ein Verständnis des Demokratieprinzips als Optimierungsgebot der Legitimationskettentheorie zumeist als Alternativmodell entgegengestellt wird, mag zunächst den Eindruck einer Unvereinbarkeit des Verständnisses des demokratischen Prinzips als Optimierungsgebot mit der Theorie der Legitimationsketten erwecken. Danach legt bereits die Normstruktur des Art. 20 GG eine differenziertere Betrachtung nahe. Hinsichtlich der Frage, ob dem demokratischen Prinzip ein Regel- oder ein Prinzipiencharakter[82] beizumessen ist, ist zwischen Art. 20 Abs. 1 GG und Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG zu differenzieren.

Das grundgesetzliche Demokratieprinzip findet seine Grundlage in Art. 20 Abs. 1 GG, während Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG eine besondere Ausführungsbestimmung

---

vidualistisch-pluralistischen Demokratieverständnis“ gegenüberstellt, welches „ein recht flexibles Gerüst abwägungsfähiger und abwägungsbedürftiger Gesichtspunkte zur Verfügung“ (S. 84) stelle; *Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, S. 305, formuliert die Qualifikation des Demokratieprinzips als Optimierungsgebot ausdrücklich als Gegenentwurf zur Legitimationskettentheorie wie sie Böckenförde darlege.

[78] Vgl. *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 618 f., 621.

[79] *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 441.

[80] Vgl. zur Gegenüberstellung des Verfassungs- und des Staatsdenkens oben, S. 57 ff.

[81] Vgl. *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 439 ff., 588 ff.

[82] Vgl. zur Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien durch Alexy unten, S. 215 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

enthält.[83] Normtheoretisch betrachtet statuiert Art. 20 Abs. 1 GG das Demokratiegebot als Prinzip, wohingegen Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG eine regelförmige Konkretisierung dieses Rechtsprinzips darstellt.[84] Entsprechend äußert sich Kaufmann, welcher den besonderen Normcharakter des Demokratieprinzips betont:[85]

> „Eine Vorschrift wie Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG ist auf eine Alles-oder-nichts-Weise anwendbar; ihre unvollständige Erfüllung wäre als Verletzung anzusehen. Das allgemeine Demokratieprinzip hingegen umfaßt Gründe, die für Abwägungen in juristischen Entscheidungsprozessen von Gewicht sind, aber keine Rechtsfolge zwingend festlegen."

Die Differenzierung zwischen Art. 20 Abs. 1 GG und Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG, welche sich auch anderorts in der Literatur findet,[86] ermöglicht eine Dekonstruktion des Widerspruchs der Auffassung des Demokratieprinzips als Optimierungsgebot und der Legitimationskettentheorie. Der prinzipielle Charakter des Grundsatzes der Demokratie, wie er in Art. 20 Abs. 1 GG niedergelegt ist, wird von ihr nicht bestritten.[87] Wird der Optimierungscharakter des Demokratieprinzips bestritten, so ist tatsächlich die regelförmige Konkretisierung des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG Gegenstand der Ausführungen.[88] So konstatiert Herzog zwar, dass das Prinzip der Volkssouveränität im Grundgesetz „nicht nur als ‚Grundsatz', sondern als ‚Vollregelung' verankert"[89] sei, bezieht sich aber insofern lediglich auf Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG.[90] Auch Schmidt-Aßmann bezieht sich auf Art. 20 Abs. 2 GG, wenn er betont, es handele sich bei der dort normierten Legitimationsordnung nicht um ein „bloßes Prinzip, das Ausnahmen in nahezu beliebiger Zahl zuließe."[91] Auch Jestaedt, welcher sich dezidiert gegen den Ansatz wandte, im Rahmen des Legitimationsniveaus ein Legitimationsmaximum zu fordern, spricht dem „Demokratieprinzip in seiner Fundierung im Grundsatz der Volkssouveränität gem. Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG",[92] in

[83] Vgl. *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, S. 282 ff., 286 ff.; *Honer/Rudolff*, Die Leistungsfähigkeit der Legitimationskettentheorie, S. 468.

[84] Vgl. *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, S. 160 f.; *Honer/Rudolff*, Die Leistungsfähigkeit der Legitimationskettentheorie, S. 468; vgl. zum Konzept der regelförmigen Konkretisierung eines Rechtsprinzips am Beispiel des Rückwirkungsverbots *Bäcker*, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, S. 225 Fn. 548.

[85] *M. Kaufmann*, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 65.

[86] Vgl. *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, S. 158 ff.; *Honer/Rudolff*, Die Leistungsfähigkeit der Legitimationskettentheorie, S. 467 f.; *Ehlers*, Die Staatsgewalt in Ketten, S. 129.

[87] Vgl. *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, S. 158 ff.

[88] Vgl. *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, S. 160 Fn. 314: „Daß das Demokratieprinzip gleichwohl im Ergebnis ähnlich einer Rechtsregel angewendet wird, resultiert daraus, daß das Rechtsprinzip in Art. 20 I GG als durch die Rechtsregel in Art. 20 II 1 GG weitgehend verdrängt angesehen wird und daher auf die Anwendung des Demokratieprinzips nicht durchschlagen können soll".

[89] *Herzog*, Art. 20 II Rn. 33.

[90] Vgl. *Herzog*, Art. 20 II Rn. 33.

[91] *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, S. 369.

[92] *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 585.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ausdrücklicher Bezugnahme auf die Prinzipientheorie Alexys, einen Regelcharakter zu.[93] An anderer Stelle erkennt Jestaedt indes den integralen Charakter des offenen Demokratieprinzips an,[94] und erinnert damit, so Unger, „(jedenfalls der Sache nach) deutlich an die Beschreibung von Rechtsprinzipien bei Alexy“.[95] Mithin kann die Aussage Schlieskys, wonach sowohl Kaufmann als auch Jestaedt das Demokratieprinzip als Regel im Sinne der Prinzipientheorie Alexys einordnen,[96] in dieser Pauschalität nicht aufrecht erhalten werden.

Das Verständnis des Demokratieprinzips als Prinzip im Sinne der Prinzipientheorie Alexys konfligiert mithin gerade nicht *per se* mit der Legitimationskettentheorie. Vielmehr knüpft die Theorie der Legitimationsketten an die regelförmige Konkretisierung des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG an und operationalisiert den dort verankerten Grundsatz der Volkssouveränität. Davon unabhängig kann dem Demokratiegebot, welches Art. 20 Abs. 1 GG statuiert, ein prinzipieller Charakter zugeschrieben werden. Die Zugrundelegung des Verständnisses von Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG als Regel erhellt überdies den Aussagegehalt der Legitimationskettentheorie; als Rechtsregel kann die Theorie lediglich Auskunft darüber geben, ob ein staatliches Organ respektive dessen Handlung demokratisch legitimiert ist oder nicht.[97] Eine Antwort auf die Frage der Intensität dieser Legitimation vermag sie hingegen nicht zu geben.

2. Prinzipientheoretische Rekonstruktion des hinreichenden Grenzwertes des Bundesverfassungsgerichts

Nicht nur kann – wie vorstehend gezeigt – der Einwand der Inkompatibilität von Prinzipien- und Legitimationskettentheorie entkräftet werden. Darüber hinaus vermag es die Prinzipientheorie vermöge ihrer dogmatischen Klarheit,[98] die Legitimationskettentheorie um konkrete Erkenntnisse anzureichern.

Legt der flexible Topos des Legitimationsniveaus zwar einerseits Dynamisierungspotentiale frei, so steht die Ermangelung einer Konkretisierung des Grenzwertes eines *hinreichenden* Legitimationsniveaus im Kontrast zu der ansonsten fein

[93] Vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 584 ff.

[94] Vgl. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 146 ff.

[95] *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, S. 161.

[96] Vgl. *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 616 Fn. 146; vgl. auch *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, S. 160 Fn. 314.

[97] Vgl. *Honer/Rudolff*, Die Leistungsfähigkeit der Legitimationskettentheorie, S. 468; Im Ergebnis zustimmend aber ohne Rekurs auf die Normtheoretische Differenzierung zwischen Art. 20 Abs. 1 GG und Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG *Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, S. 197; *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 305.

[98] Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 22 f., welcher den Charakter der Prinzipientheorie als „dogmatische Theorie“ hervorhebt. Darüber hinaus kann, in Anbetracht der Tatsache, dass anhand der Prinzipientheorie eine (Grundrechts-)Dogmatik entwickelt werden kann, von einer Metadogmatik der Prinzipientheorie gesprochen werden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ausdifferenzierten Dogmatik „innerhalb" der Legitimationsketten. Ohne präzise Charakterisierung des Maßes demokratischer Legitimation als hinreichend droht die dogmatische Schärfe der Legitimationskettentheorie ins Leere zu laufen. So äußert Bredt, welcher dem Legitimationsniveau grundsätzlich Dynamisierungspotential zuspricht, dieses bleibe ohne „wirklich präzise abgrenzbare Ergebnisse".[99] An dieser Stelle setzt die im Folgenden darzulegende prinzipientheoretische Rekonstruktion an. Der Grenzwert des hinreichenden Legitimationsniveaus des Bundesverfassungsgerichts wird anhand eines Rückgriffs auf die Prinzipientheorie zu bestimmen sein. Während Bredt aus dem Befund einer mangelnden Präzision die Notwendigkeit einer Abkehr von der Legitimationskettentheorie schließt, wird es im Folgenden unternommen, die dogmatische „Lücke" der Ermangelung eines *konkreten* Grenzwerts des hinreichenden Legitimationsniveaus anhand einer prinzipientheoretischen Rekonstruktion zu schließen. Die Prinzipientheorie soll die Legitimationskettentheorie flankieren, anstatt dieser als Alternative gegenübergestellt zu werden.[100]

Anknüpfend an das Legitimationsniveau als variablen Maßstab, mit der Struktur einer „Je-Desto-Formel", ist präzise darzustellen, *wie weit* das Bundesverfassungsgericht in Ansehung des Grades seiner personellen[101] und sachlichen Legitimation[102] demokratisch legitimiert ist. Der gewählte Ansatz ist dabei ein rekonstruktiver, welcher an die normativen Aussagen der Legitimationskettentheorie anknüpft. Statuiert die Legitimationskettentheorie mithin das Erfordernis eines legitimatorischen Grenzwertes und knüpft dessen Bestimmung an die Komponenten der personell-organisatorischen sowie der sachlich-inhaltlichen Legitimation, vermag es die Prinzipientheorie, jenen Grenzwert zu konkretisieren: Durch die Rekonstruktion der *legitimationsadäquaten* Funktion des Bundesverfassungsgerichts kann präzise bestimmt werden, in welcher Funktion dem Bundesverfassungsgerichts ein hinreichendes Legitimationsniveau attestiert werden kann.

B. Die Prinzipientheorie Alexys

In ihrem Ursprung geht „die Prinzipientheorie" auf Dworkin zurück.[103] Alexy entwickelte diese in seiner Theorie der Grundrechte weiter und schuf jenes Fun-

[99] *Bredt*, Constitutional Economics und gewaltenteiliges Demokratieverständnis, S. 595.

[100] In diese Richtung geht hingegen der Ansatz von *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, S. 89 ff.; vgl. auch *Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, S. 439 ff., 588 ff.

[101] Vgl. hierzu oben, S. 132 ff.

[102] Vgl. hierzu oben, S. 184 ff.

[103] Vgl. *Dworkin*, Taking Rights Seriously. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 77, sieht den entscheidenden (freilich nicht einzigen) Unterschied zur Lehre *Dworkins* in „der Kennzeichnung der Prinzipien als Optimierungsgebote".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dament, welches sich vielfacher Rezeption und Ausarbeitung erfreut.[104] Ausgangspunkt der Prinzipientheorie Alexys[105] ist die These einer strikt dichotomen Klassifizierbarkeit von Normen: Es sei zwischen Regeln einerseits und Prinzipien andererseits zu unterscheiden. [106]

Prinzipien gebieten als Optimierungsgebote, „daß etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird“.[107] Die rechtlichen Möglichkeiten, nach denen sich der Grad der Realisierbarkeit eines Prinzips bemäße, seien anhand gegenläufiger Prinzipien zu bestimmen.[108] So seien Prinzipien also einer graduellen Verwirklichung zugänglich, während Regeln demgegenüber einen binären Charakter haben; es handelt sich um definitive Gebote, welche „stets entweder nur erfüllt oder nicht erfüllt werden können“.[109] Es könne somit das „definitive Sollen“ der Regel dem „prima-facie-Sollen“ des Prinzips gegenübergestellt werden.[110] Während bei einem Prinzip der Grad der definitiv gebotenen Verwirklichung noch zu bestimmen sei, sei der Regel bereits die Festsetzung des rechtlich und tatsächlich Möglichen eingeschrieben: Die Geltung der Regel vorausgesetzt, „ist es geboten, genau das zu tun, was sie verlangt, nicht mehr und nicht weniger“.[111] Ein Konflikt zweier Regeln könne demnach, sofern nicht in eine der betroffenen Regeln eine entsprechende Ausnahmeklausel eingeschrieben wird, nur aufgelöst werden, indem mindestens eine Regel für ungültig erklärt wird.[112] Die Auflösung einer Prinzipienkollision gestalte sich demgegenüber weitaus komplexer: Kollidieren zwei Prinzipien miteinander, so ist weder eines der beiden Prinzipien für ungültig zu erklären, noch muss auf eine Ausnahmeklausel zurückgegriffen werden; vielmehr muss eines der beiden Prinzipien im Kollisionsfall *zurücktreten.*[113] Das gebotene Verhalten ist mithin durch *Abwägung* der Prinzipien zu ermitteln.[114] Neben die Subsumtion als Anwendungsform der Regeln, tritt somit die

[104] Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte; vgl. u. a. *Borowski*, Prinzipien als Grundrechtsnormen, S. 308; *Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, S. 65; *Bäcker*, Regeln, Prinzipien und Defeasibility, S. 81 ff.; *Portocarrero Quispe*, Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung, S. 165.

[105] Wird im Folgenden von „der Prinzipientheorie“ gesprochen, so ist stets die Prinzipientheorie Alexys gemeint.

[106] Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 71 ff.; vgl. zur Doppelnormstruktur am Beispiel der Menschenwürde *Bäcker*, Begrenztes Abwägen, S. 450 ff.

[107] *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 75.

[108] Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 75 f.

[109] *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 76.

[110] Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 87 ff.

[111] *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 76.

[112] Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 77 f., wonach der Begriff der juristischen Geltung eben nicht abstufbar ist – anders jener der sozialen Geltung. Gilt die Regel, so auch ihre Rechtsfolge, die Geltung zweier sich wiedersprechender Sollensurteile ist ausgeschlossen.

[113] Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 78 ff.

[114] Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 78 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abwägung als Anwendungsform der Prinzipien.[115] Die Unterscheidung zwischen Prinzipien und Regeln ist mithin qualitativ, mit universellem Geltungsanspruch: „Jede Norm ist entweder eine Regel oder ein Prinzip."[116]

Nach Alexy zeigt sich der Unterschied zwischen Regeln und Prinzipien „am deutlichsten bei Prinzipienkollisionen und Regelkonflikten".[117] Ob das unterschiedliche Vorgehen im Rahmen der Auflösung eines Regelkonflikts respektive einer Prinzipienkollision als Differenzierungsmerkmal der beiden Normkategorien geeignet ist, erscheint jedoch fraglich, betrifft es doch vielmehr die Frage nach dem *wenn*, denn die nach dem *ob.* Die Prinzipientheorie sieht sich der Kritik ausgesetzt, keine klare Antwort auf die Frage nach *dem Vorliegen* einer Prinzipienkollision zu geben.[118] Anders gewendet: Es bestehe Unklarheit darüber, wie einer Norm anzusehen sei, ob sie als Regel oder als Prinzip zu qualifizieren sei. Normtheoretisch herrscht allerdings große Klarheit: Alexy belässt es nicht bei der Betonung der unterschiedlichen Methoden zur Auflösung von Prinzipienkollisionen respektive Regelkonflikten, sondern stellt auf das „Erfülltwerden" der jeweiligen Norm als Differenzierungsmerkmal ab. Während Regeln stets entweder erfüllt oder eben nicht erfüllt werden können, seien Prinzipien einer graduellen Erfüllbarkeit zugänglich.[119] Diese Unterscheidung anhand der absoluten Erfüllbarkeit auf der einen und der graduellen Erfüllbarkeit auf der anderen Seite sieht sich schon innerhalb der Prinzipientheorie Kritik ausgesetzt. So trägt Sieckmann vor, es handle sich auch bei Prinzipien um definitive Gebote: Sie gebieten definitiv etwas zu optimieren.[120] Dieses Optimierungsgebot könne wiederum lediglich erfüllt oder eben nicht erfüllt werden, sei also keiner graduellen Erfüllung zugänglich.[121] Auf diesen Einwand reagierte Alexy, indem er eine neue Differenzierungsebene in die Prinzipientheorie

[115] Alexy stellt die Analogie als dritte Grundform der juristischen Argumentation neben die Subsumtion und die Abwägung; „Was die *Regel* bei der Subsumtion ist und das *Prinzip* bei der Abwägung, ist der *Fall* bei der Analogie", *Alexy*, Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung, S. 65 (Hervorhebungen im Original). Demgegenüber kann die Analogie nach Bäcker „nicht als eigenständige Grundform der juristischen Argumentation angesehen werden", *Bäcker*, Begründen und Entscheiden, S. 298. Vielmehr sei in der Analogie nach dem Schema Alexys keine eigenständige Grundform der juristischen Argumentation, „sondern nur eine Kombination aus Subsumtion (als Deduktion) und Abwägung" zu sehen, *Bäcker*, Begründen und Entscheiden, S. 299. Vgl. zur Replik auf den Einwand Bäckers: *Alexy*, Zwei oder drei?, S. 3 ff., 10 f.).

[116] *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 77.

[117] *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 77.

[118] Vgl. *Jestaedt*, Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen, S. 261 ff.; *Klement*, Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt, S. 760 f.; *Mori*, Wirkt in der Abwägung wirklich das formelle Prinzip?, S. 555 Fn. 5: „Alexy erklärt nicht klar, wie man in den fast unzählbar vielen positiven Rechtsnormen Regeln und Prinzipien unterscheiden kann".

[119] *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 75 ff.; vgl. auch *Bäcker*, Regeln, Prinzipien und Defeasibility, S. 82, nach welchem die Unterscheidung anhand des „Erfülltwerdens" als die klassische Unterscheidung innerhalb der Prinzipientheorie bezeichnet werden kann.

[120] Vgl. *Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, S. 65.

[121] Vgl. *Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, S. 65.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

einführte: In Bezug auf Prinzipien müsse zwischen zu optimierenden Geboten als Optimierungsgegenstand und Geboten zu optimieren unterschieden werden.[122] Das Optimierungsgebot setze sich aus dem Optimierungsgegenstand – dem Prinzip – und dem Gebot zu optimieren – der Regel – zusammen. Es sei indes weiterhin sinnvoll, von Prinzipien als Optimierungsgeboten zu sprechen, denn diese bringen „auf denkbar einfachste Weise zum Ausdruck, um was es bei den Prinzipien geht“.[123]

Einen anderen Ansatz verfolgt Bäcker, indem er die „Defeasibility“ als Differenzierungsmerkmal hervorhebt: Rechtliche Regeln seien strukturell offen für Ausnahmen, somit durch die Eigenschaft gekennzeichnet, zumindest potentiell Ausnahmen haben zu können.[124] Prinzipien hingegen seien als Optimierungsgebote nicht ausnahmefähig, mithin, anders als Regeln, nicht defeasible.[125] Anhand der Frage nach der Defeasibility einer Norm lasse sich diese somit als Regel oder als Prinzip klassifizieren und es könne die Unterscheidung dieser beiden Normkategorien „als zentrales Axiom der Prinzipientheorie aufrechterhalten werden“.[126]

Die Prinzipientheorie sieht sich zunehmend weiterer Einlassungen im Hinblick auf die Unterscheidbarkeit von Regeln und Prinzipien ausgesetzt. So unterstellt Jestaedt dahingehend einen „bloß hypothetischen und apriorischen Charakter“ der Einordnung von Normen als Prinzipien oder Regeln.[127] Nach Poscher handelt es sich bei der Prinzipientheorie mangels Unterscheidbarkeit von Prinzipien und Regeln gar um eine gegenstandslose „Theorie eines Phantoms“.[128]

Eine eingehende Auseinandersetzung mit den normtheoretischen Grundannahmen der Prinzipientheorie und ihrer Kritik[129] soll hier unterbleiben. Im Folgenden wird unterstellt, dass sich Regeln und Prinzipien im Sinne der Prinzipientheorie unterscheiden lassen. Eine Betrachtung der konkreten, im Grundgesetz festgelegten Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts ergibt, dass es dem Gericht obliegt, die Geltung der Grundrechte zu gewährleisten.[130] Es kann somit davon ausgegangen werden, dass jedenfalls die Grundrechte nicht definitiv gebieten sollen, es sich mithin um Prinzipien handelt.[131]

---

[122] Vgl. *Alexy*, Zur Struktur der Rechtsprinzipien, S. 38.

[123] Vgl. *Alexy*, Zur Struktur der Rechtsprinzipien, S. 39.

[124] Vgl. *Bäcker*, Regeln, Prinzipien und Defeasibility, S. 84 ff.

[125] Vgl. *Bäcker*, Regeln, Prinzipien und Defeasibility, S. 84, 88 ff.

[126] *Bäcker*, Regeln, Prinzipien und Defeasibility, S. 84.

[127] *Jestaedt*, Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen, S. 261 Fn. 41.

[128] *Poscher*, Theorie eines Phantoms, S. 370.

[129] Siehe dazu etwa *Jestaedt*, Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen, S. 261 ff.; *Klement*, Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt, S. 760 ff.; *Poscher*, Theorie eines Phantoms, S. 370 ff.

[130] Vgl. *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 192.

[131] Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 100: „[…] wenn Grundrechtsnormen Prinzipiencharakter haben.“; S. 104: „Eine Ausnahme hiervon könnte der Schutz der Menschenwürde darstellen, welcher vom Bundesverfassungsgericht als absolute, nicht abzuwägende Garantie ausgelegt wird“, vgl. BVerfGE 34, 238 (245). Nach *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 95 f.,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

C. Die Kritik Böckenfördes als Ausgangspunkt einer prinzipientheoretischen Betrachtung

Die Prinzipientheorie sieht sich dem kompetenzrechtlichen Einwand ausgesetzt, durch die Optimierungsthese ein Ungleichgewicht zwischen Kontroll- und Entscheidungsorgan zu bewirken.[132] Konkretisiert auf die Frage nach der demokratischen Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit ergibt sich daraus der Einwand der Überkonstitutionalisierung: Mit der Verrechtlichung respektive Entdemokratisierung der Politik, gehe eine Aufwertung des Bundesverfassungsgerichts einher.[133] Durch die Qualifikation der Grundrechte als Optimierungsgebote verkomme Politik „allein zu einer Frage der Grundrechtsabwägung, die letztlich dem BVerfG obliegt".[134] Exemplarisch für diese Kritik ist die Auffassung Böckenfördes,[135] welche es im Folgenden näher zu betrachten gilt.[136]

Der Einwand der Überkonstitutionalisierung würde, sofern er sich nicht entkräften ließe, einer die Legitimationskettentheorie flankierenden prinzipientheoretischen Rekonstruktion entgegenstehen: Wäre der Prinzipientheorie die Tendenz zur Verrechtlichung der Politik tatsächlich immanent, so ließe sich durch ihre Anwendung die hinreichende Legitimation *im Sinne des Legitimationskettenmodells* nicht rekonstruieren. Wäre der Qualifikation der Grundrechte als Optimierungsgebote bereits die Entdemokratisierung der Politik eingeschrieben, so wäre eine, den normativen Anforderungen der Legitimationskettentheorie gerecht werdende – eine der begrenzten personell-organisatorischen und sachlich-inhaltlichen Legitimation entsprechend *begrenzte* Funktion des Bundesverfassungsgerichts – prinzipientheoretische Rekonstruktion nicht möglich. Die Frage zu stellen hieße sodann, sie negativ zu beantworten. Daher dient diese Auseinandersetzung als Ausgangspunkt der Betrachtung einer Möglichkeit der Flankierung der Legitimationskettentheorie

---

handelt es sich bei der Menschenwürde allerdings nicht „nur" um eine Regel. Vielmehr komme der Menschenwürde ein Doppelnorm Charakter zu; sie sei teils als Regel und teils als Prinzip zu behandeln; vgl. auch *Mori*, Wirkt in der Abwägung wirklich das formelle Prinzip?, S. 555.

[132] Vgl. *Portocarrero Quispe*, Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung, S. 165.

[133] Vgl. *Reimer*, Verfassungsprinzipien, S. 333; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, § 4 Rn. 106; *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 239 ff.; die Kritik in Grundzügen teilen, ohne allerdings direkten Bezug auf die Prinzipientheorie zu nehmen, äußerte sich *Isensee*, Verfassungsrecht als „politisches Recht", Rn. 46; *Portocarrero Quispe*, Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung, S. 165.

[134] *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, § 4 Rn. 106.

[135] Die Kritik Böckenfördes erfuhr eine Erwiderung durch Alexy selbst, vgl. *Alexy*, A Theory of Constitutional Rights, S. 390 f.

[136] Vgl. auch *Großfeld*, Zur Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Grundgesetz, S. 3546, dessen Kritik eine ähnliche Stoßrichtung aufweist, wenn er konstatiert, dass sich das Bundesverfassungsgericht in seiner (staatsrechtlichen) Rechtsprechung zu sehr auf die Grundrechte konzentriere, wodurch diese „in das ganze Recht hineinwuchern".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

durch prinzipientheoretische Betrachtungen. Insbesondere gilt es in den Blick zu nehmen, ob die (auch) auf formelle Prinzipien gestützte Spielraumdogmatik Böckenfördes Einwand der Verrechtlichung zu entkräften vermag.

I. Böckenfördes Kritik: Entdemokratisierung durch Verrechtlichung

Böckenfördes erkennt in dem objektivrechtlichen Gehalt der Grundrechte die Struktur eines Prinzips im Sinne der Prinzipientheorie:[137]

> „Die objektive Grundsatzwirkung der Grundrechte ist, wie sich gezeigt hat, universal gerichtet, ergreift potentiell alle Rechtsgebiete; sie ist zugleich aus sich nicht vorab bestimmt und festgelegt, sondern nach Umfang und Intensität offen, der Ausdehnung und Entwicklung zugänglich. Damit entspricht sie in ihrer Struktur genau dem, was Alexy als Prinzipien-Norm gekennzeichnet und auf den Begriff gebracht hat.“

Böckenförde stimmt also der Klassifizierung der Grundrechte als Prinzipien, den objektivrechtlichen Gehalt der Grundrechte prämissierend, zu.[138] Aufgrund seiner normativen Tendenz auf Optimierung sei der Prinzipiencharakter im Sinne der Prinzipientheorie, ohne dabei auf einen bestimmten Gehalt fixiert zu sein[139]

> „[…] geeignet, den dogmatischen Grundbegriff der Grundrechte abzugeben, weil er alle Grundrechtsfunktionen überdachend in sich aufnehmen kann und umgekehrt sich solche Funktionen variabel aus ihm entfalten lassen.“

Die Grundrechte entfalten als Optimierungsgebote eine über das Bürger-Staat Verhältnis hinausgehende Wirkung, werden als allseitiger Handlungsauftrag an den Staat einklagbar.[140] Dies habe auch Auswirkungen auf die Anwendung der Grundrechte. Insofern sei zwischen der *Interpretation* – die bloße Sinnermittlung von etwas bereits Vorgegebenem, welches im Zuge der Interpretation womöglich vervollständigt und somit inhaltlich reicher wird – und der *Konkretisierung* – die schöp-

[137] *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 185.

[138] Vgl. *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 185; *Böckenförde*, Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, S. 12 f. *Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, S. 2091, hatte sich bereits einige Jahre vor der hier dargestellten Kritik, welche die überarbeitete Fassung eines Referats, welches 1989 gehalten wurde, darstellt, ähnlich äußert: „Ihre Bestimmungen [die der Verfassung] enthalten – neben den vergleichsweise detaillierten Regelungen im Kompetenzbereich und bei einigen Organisationsfragen – im wesentlichen Prinzipien, die erst der Ausfüllung und Konkretisierung bedürfen“.

[139] *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 185.

[140] Vgl. *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 188. Ähnlich äußert sich *Jestaedt*, Phänomen Bundesverfassungsgericht, S. 140 f., wenn er den Optimierungsgedanken des Prinzips hervorhebt und das Streben der grundgesetzlich gewährleisteten Rechtspositionen „als Prinzipien nach weitestgehender Realisierung“ als Folge einer prinzipientheoretischen Betrachtung ausmacht.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ferische Ausfüllung von etwas lediglich der Richtung respektive dem Prinzip nach Vorgegebenem – zu unterscheiden.[141] Die Differenzierung zwischen Interpretation und Konkretisierung ist angelehnt an Hesse.[142] Nach Hesse ist der Begriff der Verfassungsinterpretation von der Vorstellung, es gehe um die Ermittlung von etwas an sich Vorgegebenem zu lösen; vielmehr müsse davon ausgegangen werden, dass das Ziel der Interpretation „nicht bereits real existent ist".[143] Es handele sich somit bei der Verfassungsinterpretation um eine rechtsschöpferische Konkretisierung, welche insbesondere bei Verfassungsnormen, welche lediglich einen Grundsatzinhalt haben, zum Tragen komme.[144] Böckenförde stellt eine Verbindung dieser Ausführungen mit der Prinzipientheorie her: Die Anwendbarkeit der Grundrechte verändere sich in „dem Maße, in dem die Grundrechte den Charakter von solchen Prinzipien-Normen annehmen", von der Interpretation zur Konkretisierung.[145] Im Zuge der *Konkretisierung* durch das Bundesverfassungsgericht entstehe eine Art „case law", welches wiederum „Verfassungsrang hat, insofern Verfassungsgesetzgebung darstellt".[146] Die sich aus dem Prinzipiencharakter ergebene, objektivrechtliche Wirkung der Grundrechte bewirke eine Annährung parlamentarischer und verfassungsgerichtlicher Rechtsbildung:[147]

> „Die erstere wird von originärer Rechtsetzung zur Konkretisierung herabgestuft, die letztere von interpretativer Rechtsanwendung zur rechtsschöpferischen Konkretisierung heraufgestuft. […] Der vordem qualitative Unterschied zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung ebnet sich insoweit ein. Beide – Gesetzgeber und BVerfG – betreiben Rechtsbildung in Form der Konkretisierung und konkurrieren darin. In diesem Konkurrenzverhältnis hat der Gesetzgeber die Vorhand, das Verfassungsgericht aber den Vorrang."

Dies hat nach Böckenförde einen Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat hin zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat zur Folge – und werfe die Frage nach der demokratischen Legitimation des Verfassungsgerichts auf.[148] Der von Böckenförde hergestellte Konnex zwischen der Prinzipientheorie und dem Legitimationsdefizit der Verfassungsgerichtsbarkeit wird im Folgenden in den Blick zu nehmen sein.

---

[141] Vgl. *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 185 f., weist außerdem darauf hin, dass der Begriff der Konkretisierung, als „gestaltend-schöpferische Entwicklung anwendungsfähiger rechtlicher Normen", von dem Begriff der Konkretisierung als Bildung von Untersätzen, welche die Subsumtion eines Sachverhalts ermöglichen, zu unterscheiden ist. Vgl. auch *Böckenförde*, Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, S. 12 f.

[142] Vgl. *Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, S. 2095.

[143] *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 23.

[144] Vgl. *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 25; *Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, S. 2095 f.

[145] *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 185 f.

[146] *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 186 f.

[147] *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 189 f.

[148] Vgl. *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 190 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Das Grundgesetz als Rahmen- oder als Grundordnung? Der verfassungstheoretische Kontext der Kritik Böckenfördes

Die Kritik Böckenfördes nimmt die Kontrolldichte der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Blick. Es stellt sich die Frage nach Spielräumen des Gesetzgebers, welche eng mit dem Grundverständnis der Verfassung verknüpft ist. In der Auseinandersetzung über die Reichweite der Grundrechte spiegelt sich die Auseinandersetzung über das Grundverständnis der Verfassung: Umfang, Wirkmacht und Reichweite der Verfassung sind untrennbar mit der Reichweite der Grundrechte verbunden. Gleiches gilt für die Verfassungsgerichtsbarkeit[149], welche gar als Voraussetzung einer effektiven Grundrechtsbindung betrachtet werden kann. Insofern ist der Frage nach dem Grundverständnis der Verfassung eine hohe Bedeutung beizumessen – in Bezug auf die demokratische Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit im Allgemeinen, ebenso wie in Bezug auf die zu fordernde Legitimationshöhe des Bundesverfassungsgerichts im konkreten. Böckenförde weist auf den verfassungstheoretischen Kontext seiner Kritik ausdrücklich hin: Bei Zugrundelegung der Verfassung als Grundordnung sei die von ihm kritisierte Auffassung der Grundrechte als Optimierungsgebote folgerichtig.[150] In der von Böckenförde favorisierten Auffassung sind die Grundrechte hingegen auf ihre Funktion als subjektive Abwehrrechte gegen den Staat beschränkt; dies entspräche dem Verständnis der Verfassung als Rahmenordnung.[151] Der Frage nach dem verfassungstheoretischen Grundverständnis misst Böckenförde deshalb eine zentrale Bedeutung zu, da diese auch dem verfassungsändernden Gesetzgeber entzogen ist: Die Verfassungsinterpretation beinhalte auch die Kompetenz,[152]

> „[…] mit dem Grundverständnis der Verfassung auch Reichweite und Umfang der Kontroll- und Prüfungsbefugnisse des Verfassungsgerichts zu bestimmen – ein Stück Kompetenz-Kompetenz für die Verfassungsgerichtsbarkeit.“

Im Folgenden soll das Vorverständnis der Verfassung als Rahmen- respektive als Grundordnung näher betrachtet werden. Ebenso ist die Frage zu stellen, ob die strikt dichotome Gegenüberstellung von der Verfassung als Rahmen- oder als Grundordnung aufrechterhalten werden kann.

---

[149] Vgl. *Böckenförde*, Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, S. 13; *Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, S. 2097: „Es besteht durchgehend ein wechselseitiger Zusammenhang zwischen Methode der Verfassungsinterpretation und zugrundeliegender Verfassungstheorie bzw. Verfassungsbegriff. […] Darin bestätigt sich die alte Erfahrung der Methodendiskussion von der wechselseitigen Abhängigkeit von Gegenstand und Methode.“.

[150] Vgl. *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 198.

[151] Vgl. *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 197 f.

[152] *Böckenförde*, Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, S. 13.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

1. Die Verfassung als Rahmenordnung

Der Konzeption der Verfassung als Rahmenordnung liegt die Auffassung zu Grunde, die Verfassung setzte den Rahmen für politische Handlungs- und Entscheidungsprozesse.[153] Als Rahmenordnung entzieht die Verfassung dem Gesetzgeber manches; einiges wird durch Schutzrechte geboten, anderes durch Abwehrrechte verboten.[154] Die definitiven Ge- und Verbote, welche die Verfassung enthält, setzen den Rahmen, innerhalb dessen sich dem Gesetzgeber ein Feld des freien Tätigwerdens eröffnet. Innerhalb des definitiven Rahmens ist allerdings vieles nicht normativ vorbestimmt und verbleibt verfassungsrechtlich freigestellt.[155] Die Rechtsordnung stellt demnach keine bloße Konkretisierung der Verfassung dar, da die Verfassung von vornherein nicht „das Ganze des staatlichen und gesellschaftlichen Lebens reguliert".[156] Der Charakter der Verfassung als Rahmenordnung zeige sich, so Isensee, beispielsweise an der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes: Zwar habe sich der Verfassungsgesetzgeber nicht ausdrücklich für ein Wirtschaftssystem entschieden, weshalb es dem Gesetzgeber grundsätzlich offensteht, die ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen.[157] Indes ist die Verfassung kein Passepartout der Wirtschaftspolitik; das Feld des freien gesetzgeberischen Tätigwerdens wird durch die Grundrechte, welche eine wirtschaftspolitische Neuorientierung zwangsläufig berührt, abgesteckt.[158]

Böckenförde hebt die Auswirkungen hervor, welche die Klassifikation der Verfassung als Rahmenordnung sowohl für das Verständnis der Grundrechte als auch für die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts hat. Der Verfassung als Rahmenordnung entspräche „das Verständnis der Grundrechte als subjektive Freiheitsrechte in Abwehrrichtung gegen den Staat".[159] Die Folgen für die Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit lägen auf der Hand:[160]

> „Beschränkt sich die Verfassung darauf, einen Rahmen zu setzen, ist dem Gericht, das die Verfassung zu wahren hat, der Zugriff auf die Ausfüllung des Rahmens, insbesondere die Ausmittlung der einzelnen Rechtspositionen, grundsätzlich versagt."

---

[153] Vgl. *Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, S. 2099.

[154] Vgl. *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 14.

[155] Vgl. *Starck*, Die Verfassungsauslegung, Rn. 5; *Palu*, Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen, S. 199.

[156] *Isensee*, Verfassungsrecht als „politisches Recht", Rn. 43.

[157] Vgl. BVerfGE 4, 7 (17 f.); *Isensee*, Verfassungsrecht als „politisches Recht", Rn. 44.

[158] Vgl. *Isensee*, Verfassungsrecht als „politisches Recht", Rn. 44; *Isensee*, Wirtschaftsdemokratie – Wirtschaftsgrundrechte – soziale Gewaltenteilung, S. 165 ff.; BVerfGE 50, 290 (338 ff.).

[159] *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 198.

[160] *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 198.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Die Verfassung als Grundordnung

Das Verständnis der Verfassung als Grundordnung stellt nach tradierter Auffassung den Gegenbegriff zur Verfassung als Rahmenordnung dar.[161] Ist die Verfassung Grund- und nicht Rahmenordnung, so stellt die Rechtsordnung lediglich eine Konkretisierung der Verfassung dar; jede denkbare Rechtsfrage wird idealtypisch durch sie geregelt.[162] Prägnanten Ausdruck findet das Verständnis der Verfassung als Grundordnung bei Forsthoff, welcher von der „Verfassung als juristisches Weltenei, aus dem alles hervorgeht, vom Strafgesetzbuch bis zum Gesetz über die Herstellung von Fieberthermometern“[163], spricht. Der Verfassung als rechtlicher Grundordnung des Gemeinwesens insgesamt entspricht nach Böckenförde die Klassifizierung der Grundrechte als Prinzipien im Sinne der Prinzipientheorie: Lege man das Verständnis der Verfassung als Grundordnung zugrunde, so sei[164]

> „[…] es folgerichtig, ja notwendig, daß alle Rechtsprinzipien und Ausgleichsmöglichkeiten für die Gestaltung der Rechtsordnung in nuce schon in ihr enthalten sind. Sie ist dann eine dirigierende Verfassung, die auf Verwirklichung der in ihr enthaltenen Grundsätze drängt.“

Dieses Verfassungsverständnis wirke sich auch auf die Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit aus; die allseitig dirigierende Funktion der Verfassung als Grundordnung schlägt auf das Verfassungsgericht durch: Das zum „Herrn der Verfassung“ geratende Verfassungsgericht habe aus den zwar allseitig geltenden, doch unbestimmten Vorgaben der Verfassung durch Konkretisierung einzelne Rechtspositionen herauszubilden.[165] An dieser Stelle zeigt sich der von Böckenförde behauptete Konnex zwischen dem verfassungstheoretischen Vorverständnis und der Klassifikation der Grundrechte als Prinzipien besonders deutlich: Das Verständnis der Grundrechte als Prinzipien impliziert nach Böckenförde das Verständnis der Verfassung als Grundordnung.[166]

Alexy reichert das Verständnis der Verfassung als Grundordnung um eine weitere Ebene an: Der Begriff der Grundordnung könne sowohl qualitativ als auch quantitativ gefasst werden.[167] Die Grundordnung im quantitativen Sinne umschreibt das

---

[161] Vgl. *Starck*, Die Verfassungsauslegung, Rn. 5; *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 197 f.; *Wahl*, Der Vorrang der Verfassung, S. 507.

[162] Vgl. *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 14; *Palu*, Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen, S. 201.

[163] *E. Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, S. 144.

[164] *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 198.

[165] Vgl. *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 198.

[166] Vgl. *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 198 f.; vgl. auch *Palu*, Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen, S. 200 f., welcher noch weitergehend aus den Ausführungen Böckenfördes folgt, die Vorstellung der Grundrechte als Optimierungsgebote sei nach dessen Auffassung „nicht mit dem Konzept der Verfassung als Rahmenordnung“ vereinbar.

[167] Vgl. *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 14.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

vorstehend erläuterte Verständnis, sie „ist das Forsthoffsche Weltenei".[168] Kernaussage dieses Verständnisses ist, dass die Verfassung *jegliche* Rechtsfrage regelt, demnach im quantitativen Sinne eine Grundordnung darstellt. Demgegenüber drückt das Verständnis einer qualitativen Grundordnung aus, dass die Verfassung „diejenigen fundamentalen Fragen der Gemeinschaft entscheidet, die der Entscheidung durch die Verfassung fähig und bedürftig sind".[169]

3. Die Verortung der Prinzipientheorie

Wie dargestellt, sieht Böckenförde einen Konnex zwischen einem prinzipientheoretischen Verständnis der Grundrechte und einem Verständnis der Verfassung als Grundordnung. Ein prinzipientheoretisches Verständnis der Grundrechte, mithin eine Klassifikation der Grundrechtsnormen als Optimierungsgebote, setze ein Verständnis der Verfassung als Grundordnung voraus. Er stellt das Verständnis der Rahmenordnung dem der Grundordnung, und damit auch das Verständnis der Grundrechte als Prinzipien ein anderes, eher regelförmiges Grundrechtsverständnis als fundamentales Alternativmodell gegenüber.[170]

Die Differenzierung Alexys zwischen einem quantitativen und einem qualitativen Verständnis der Verfassung als Grundordnung könnte ein Aufrechterhalten dieser Gegenüberstellung, zumindest in der Intransigenz Böckenfördes, zweifelhaft erscheinen lassen. Spricht Böckenförde von der Verfassung als „Grundlegung der Rechtsordnung insgesamt", welcher eine „allseitig dirigierende Funktion"[171] zukommt, so liegt seiner Kritik lediglich ein Verständnis der Grundordnung im quantitativen Sinne zugrunde. Setzt man die Grundordnung im qualitativen Sinne in Bezug zum Verständnis der Verfassung als Rahmenordnung, so gleichen sich die vormals gegensätzlichen Verständnisse an und erscheinen kompatibel.[172] Die Vereinbarkeit beider Verständnisse findet Ausdruck bei Alexy, welcher hervorhebt, dass eine Verfassung „fundamentale Fragen entscheiden und insofern eine Grundordnung sein und dennoch vieles offen lassen und insofern eine Rahmenordnung sein"[173] könne. Die Verfassung ziele darauf ab, fundamentale Fragen des Gemeinwesens endgültig zu entscheiden, ohne Spielräume des Gesetzgebers gänzlich zu vermeiden:

---

[168] Vgl. *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 14 f.

[169] *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 15.

[170] Vgl. *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 197 f.; *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 14.

[171] *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 198.

[172] Vgl. *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 15.

[173] *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 15.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Eine gute Verfassung im Sinne der Prinzipientheorie sei sowohl (im qualitativen Sinne) Grund- als auch Rahmenordnung.[174]

Legt man das Verständnis der Verfassung als Grundordnung im qualitativen Sinne zugrunde, so können zwei der Thesen jener Kritik angezweifelt werden. Zum einen erscheint die Gegenüberstellung von Grund- und Rahmenordnung als unversöhnliche Alternativen nicht haltbar, zum anderen lässt sich die klare Verortung der Prinzipientheorie im Verständnis der Verfassung als Grundordnung nicht aufrechterhalten.

Die Differenzierung Alexys zwischen einem quantitativen und einem qualitativen Verständnis der Grundordnung, erscheint jedoch nicht zwingend. Wenn eine Verfassung als qualitative Grundordnung lediglich solche Fragen, welche „der Entscheidung durch die Verfassung fähig und bedürftig sind“[175], definitiv entscheidet, sonstiges hingegen offenlässt, so stellt sich die Frage nach dem Unterschied zum Verständnis der Verfassung als Rahmenordnung. Schließlich gebietet die Verfassung auch als Rahmenordnung manches definitiv, während anderes freigestellt bleibt. Folgt man den Ausführungen Alexys, so kann der Unterschied zumindest nicht daran festgemacht werden, ob Fragen definitiv durch die Verfassung geregelt werden und ob andere offen bleiben, da dies „Probleme der materiellen Verfassungstheorie sowie der allgemeinen und der speziellen Grundrechtsdogmatik“ seien, welche von der Frage des Grundverständnisses der Verfassung getrennt werden müssen.[176]

Die in der jüngeren Vergangenheit entstandene Replik Palus zur Kritik Böckenfördes knüpft an die Ausführungen Alexys zu dem qualitativen Verständnis der Verfassung als Grundordnung an. Palu sieht die Kritik Böckenfördes bereits dadurch widerlegt, dass sich eine Einstufung der Grundrechte als Prinzipien sehr wohl mit einem Verständnis der Verfassung als Rahmenordnung vereinbaren lässt. Er führt aus:[177]

> „Der Einwand Böckenfördes gegen die Alexysche Prinzipientheorie geht von der Prämisse aus, Grundsatznormen (Optimierungsgebote) bestimmen definitiv den Inhalt der gesamten Rechtsordnung und schaffen jeglichen gesetzgeberischen Entscheidungsspielraum ab. […] Dieser Einwand erweist sich aber als unbegründet. Die Deutung der Grundrechte als Optimierungsgebote ist nämlich keineswegs inkompatibel mit dem Verständnis der Verfassung als Rahmenordnung.“

[174] Vgl. *Alexy*, A Theory of Constitutional Rights, S. 394; *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 15; vgl. auch *Palu*, Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen, S. 201.

[175] *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 15.

[176] *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 15.

[177] *Palu*, Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen, S. 202.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Palus Kritik beruht auf der Figur der formellen Prinzipien. Mit dieser werden Kompetenzen und damit einhergehend Entscheidungsspielräume in der Abwägung rekonstruiert.[178] Darauf wird sodann einzugehen sein.

Zunächst könnte jedoch bezweifelt werden, dass Böckenförde in seiner Kritik tatsächlich davon ausgeht, dass Grundrechte als Optimierungsgebote *jeglichen* gesetzgeberischen Entscheidungsspielraum abschaffen. Dies geht nicht ohne weiteres aus der Kritik hervor. Böckenförde sieht das „Fortschreiten zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat" als Folge eines prinzipientheoretischen Grundrechtsverständnisses – und hält fest, dass die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zwar versuchen mag, „dem Gesetzgeber fallbezogen einen weiten Gestaltungsspielraum offenzuhalten", ihr jedoch strukturell eine umfassende Zugriffsmöglichkeit zustehe.[179] Die Rede von einer strukturell umfassenden Zugriffsmöglichkeit des Verfassungsgerichts spricht dafür, dass Böckenförde tatsächlich davon ausgeht, dem Gesetzgeber verbliebe (strukturell) gar kein Spielraum. Die wenig später folgende Rede von einem „Netz verfassungsrechtlicher Vorgaben für den Gesetzgeber", welches „fortschreitend auch enger geknüpft"[180] wird, kann wiederum als Indiz dafür gewertet werden, dass Böckenförde von dem Vorhandensein eines, wenn auch kleiner werdenden, Spielraums eben doch ausgeht. Insbesondere könnte der strukturell umfassenden Zugriffsmöglichkeit die einen gesetzgeberischen Spielraum schaffende Figur eines „judicial-self-restraint" entgegengehalten werden. Ein solcher Ansatz würde nach Böckenförde jedoch lediglich zur Folge haben, dass die Problematik von dem Bereich verfassungsrechtlicher Dogmatik in das Feld des richterlichen Ethos verschoben werde, wo sie „rein subjektiv, ohne greifbaren Maßstab und folglich ohne Objektivierbarkeit"[181] verbleibe.

Da sich auch der Gedanke einer funktionellrechtlichen Begrenzung in sich selbst verfange, gebe es keine tragfähigen Lösungen, welche der aufgezeigten Entwicklung entgegenwirken könnte; die Rückkehr zu den Grundrechten als (lediglich) subjektive Freiheitsrechte sei die einzige Möglichkeit, der Entwicklung hin zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat entgegenzuwirken.[182] Die Vorstellung der Grundrechte als Optimierungsgebote habe eine Ausdehnung der Grundrechtsgeltung „unter dem Regime einer Verfassungsgerichtsbarkeit" zur Folge und sei nicht ohne die dargelegte Angleichung des Gesetzgebers und der Verfassungsgerichtsbarkeit zu haben:[183]

> „Will man das eine, muß man das andere mitwollen. Und ebenso umgekehrt. Wer die maßgebliche Funktion des vom Volk gewählten Parlaments für die Rechtsbildung festhalten, einen fortschreitenden Umbau des Verfassungsgefüges zugunsten eines verfas-

[178] Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 120; näher hierzu unten, S. 229 ff.

[179] *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 196.

[180] *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 196 f.

[181] *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 192.

[182] Vgl. *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 191 ff.

[183] *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 194.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

> sungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaates vermeiden will, muß auch daran festhalten, daß die – gerichtlich einforderbaren – Grundrechte ‚nur‘ subjektive Freiheitsrechte gegenüber der staatlichen Gewalt und nicht zugleich (verbindliche) objektive Grundsatznormen für alle Bereiche des Rechts sind.“

Den Ausführungen, wonach ein Verständnis der Grundrechte als Optimierungsgebote eine Abschaffung jeglichen gesetzgeberischen Spielraums zur Folge haben muss, lässt sich die Spielraumdogmatik Alexys entgegenhalten.[184] Insbesondere die sogenannten formellen Prinzipien nehmen insoweit eine tragende Rolle ein, indem sie Kompetenzen und somit Spielräume rekonstruieren.[185] Aufgrund ihrer Intransigenz ist die Kritik Böckenfördes damit bereits in Teilen widerlegt. Dies gilt unabhängig davon, ob der Differenzierung Alexys zwischen dem Verständnis der Verfassung als Grundordnung im qualitativen und quantitativen Sinne gefolgt wird. Zu der Frage, inwieweit es mit der Prinzipientheorie gelingen kann, dem Gesetzgeber *hinreichende* Spielräume zu gewähren, ist damit freilich noch nichts gesagt. Das dem Gesetzgeber im Rahmen der prinzipientheoretischen Betrachtung überhaupt Spielräume zukommen, dürfe aber die gegenteiligen Ausführungen Böckenfördes entkräften. Hingegen ist der Einwand der Annährung von verfassungsgerichtlicher und gesetzgeberischer Rechtsbildung davon nicht betroffen.

Hinsichtlich der Replik von Palu stellt sich die Frage, inwieweit der Befund der Kompatibilität eines prinzipientheoretischen Grundrechtsverständnisses mit einem Verfassungsverständnis als Rahmenordnung die Kritik Böckenfördes tatsächlich zu entkräften vermag. Dass die von Böckenförde postulierte klare Verortung der Prinzipientheorie im Verständnis der Verfassung als Grundordnung nicht zu halten ist, wurde bereits festgestellt. Dass damit bereits die Kritik gänzlich widerlegt ist, darf bezweifelt werden. Mit der Annäherung der Verfassungsverständnisse einer Rahmen- sowie einer Grundordnung nimmt auch die Aussagekraft der Zuordnung zu einem der Verständnisse ab: Wenn eine Verfassung ohnehin sowohl Grund- als auch Rahmenordnung ist, welche Bedeutung ist der Zuordnung eines Grundrechtsverständnisses zu einem dieser Verfassungsvorverständnisse dann noch beizumessen? Geht man, mit Alexy, davon aus, dass beide Verfassungsverständnisse kompatibel sind,[186] so handelt es sich bei diesen weder um zwei sich fundamental gegenüberstehende Alternativen, noch handelt es sich bei der Entscheidung für eines der Verständnisse um eine Entscheidung über das Grundverständnis der Verfassung.[187] Legt man den Befund der Kompatibilität beider Verständnisse zugrunde, wandelt sich die Frage nach dem Grundverständnis der Verfassung von einem Entweder-oder,

---

[184] Vgl. die zusammenfassende Darstellung von *Palu*, Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen, S. 203 ff.

[185] Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 120; vgl. näher hierzu unten, S. 229 ff.

[186] Vgl. *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 15.

[187] Vgl. hingegen *Böckenförde*, Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, S. 13.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hin zur Frage nach dem Gleichgewicht von Grund- und Rahmenordnung.[188] Anhand der Frage nach diesem Gleichgewicht bestimmt sich nach Alexy, die „Fähigkeit zur Lösung des Spielraumproblems".[189] Vor diesem Hintergrund ist mit der Feststellung Palus, die Deutung der Grundrechte als Optimierungsgebote sei keinesfalls inkompatibel mit einem Verständnis der Verfassung als Rahmenordnung und beseitige gesetzgeberische Spielräume nicht gänzlich,[190] wenig gewonnen.

Zwar ist Palu insoweit zuzustimmen, dass sich – zumindest sofern der Differenzierung Alexys zwischen einem qualitativen und einem quantitativen Verständnis der Grundordnung gefolgt wird – die Gegenüberstellung der Verständnisse der Verfassung als Grund- oder Rahmenordnung in der Intransigenz Böckenfördes ebenso wenig aufrechterhalten lässt, wie die zwingende Zuordnung der prinzipientheoretischen Grundrechtsauffassung zum Verständnis der Grundordnung. Indes bleibt der Kern der Kritik Böckenfördes davon unberührt: Die postulierte Annährung von verfassungsgerichtlicher und gesetzgeberischer Rechtsbildung ist nicht schon durch den Befund der Kompatibilität der beiden Grundverständnisse widerlegt. Vielmehr gilt es, den Kern der Kritik Böckenfördes in den Blick zu nehmen. Dafür ist die Frage zu stellen, ob es der Prinzipientheorie gelingt, vor allem die gesetzgeberischen Spielräume in dem Maße zu rekonstruieren, dass sich die Kritik des Legitimationsdefizits, welches aus der Annährung von verfassungsgerichtlicher und gesetzgeberischer Rechtsbildung resultiert, widerlegen lässt. Zu betrachten ist daher die Rolle, welche formelle Prinzipien in der Abwägung einnehmen.

D. Exkurs: Kombination, Trennung oder Metaebene? Formelle Prinzipien in der Abwägung

Innerhalb der Normkategorien von Prinzipien und Regeln ist weiter zu differenzieren. So wird zwischen materiellen (oder auch inhaltlichen) und formellen (oder auch prozeduralen) Prinzipien differenziert.[191] Ein formelles Prinzip stellt nach Alexy das Demokratieprinzip dar:[192]

> „Ein formelles oder prozedurales Prinzip ist das Prinzip, das sagt, daß der demokratische Gesetzgeber die für die Gemeinschaft wichtigen Entscheidungen treffen soll."

Die Rolle, welche das formelle Prinzip in der Abwägung einnimmt, wirkt sich entscheidend auf das Kompetenzgefüge zwischen Gesetzgeber und Bundesverfas-

[188] Vgl. *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 15.

[189] *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 15.

[190] Vgl. *Palu*, Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen, S. 202.

[191] Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 120.

[192] Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 120.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sungsgericht aus und stellt somit den Schlüssel für eine Replik zur Kritik Böckenfördes dar, wonach der Gesetzgeber eben nicht die für die Gemeinschaft wichtigen Entscheidungen trifft, sofern die Grundrechte als Prinzipien klassifiziert werden.[193] Ob der Heterogenität der Positionen zur Wirkweise formeller Prinzipien innerhalb der Prinzipientheorie, gilt es zunächst, die Kernpositionen[194] im Rahmen eines Exkurses näher darzustellen. Erst dann kann in den Blick genommen werden, wie der Einwand Böckenfördes mit einem Verweis auf die Wirkweise der formellen Prinzipien entkräftet werden kann.

I. Die Kombinationspositionen

In seiner ursprünglichen Position lässt Alexy das formelle Prinzip verstärkend neben ein materielles Prinzip treten, welches sich in einer Abwägung befindet.[195] Dieser Ansatz wurde ausdifferenziert und in die Gewichtsformel integriert.[196] Während die Kombination eines formellen mit einem materiellen Prinzip alle Konzepte prägt, welche der sogenannten Kombinationsposition zuzurechnen sind, wäre die Kombinationsposition als monolithisch missverstanden. Im Folgenden werden die verschiedenen Konzeptionen, welche sich der Kombinationsposition zurechnen lassen, kursorisch dargestellt und voneinander abgegrenzt. Im Rahmen dessen erfolgt auch eine knappe Erörterung der Gewichtsformel, welche der Abwägung ein Gerüst gibt und diese strukturiert.

1. Die ursprüngliche Konzeption Alexys

In der „Theorie der Grundrechte“ konstituiert Alexy das formelle Prinzip, um anhand dessen die Spielräume, welche dem Gesetzgeber vom Bundesverfassungsgericht gewährt werden, zu rekonstruieren. So tritt das formelle Prinzip neben das materielle, ein Grundrecht einschränkende Prinzip und verstärkte dieses; in der Abwägung steht das formelle Prinzip mit dem inhaltlichen Prinzip dem individuelle Rechte gewährenden Prinzip kumulativ gegenüber.[197] Die Abwägung im Falle einer Prinzipienkollision wird somit um die Wirkweise des formellen Prinzips erweitert. Alexy exemplifiziert dies anhand des Demokratieprinzips und führt aus, dass durch Anerkenntnis der Additionswirkung des formellen Prinzips das Schutzniveau der Grundrechte sinkt:[198]

---

[193] Vgl. hierzu oben, S. 219 ff.

[194] Als Kernpositionen wurden vorliegend die Kombinationspositionen, die Trennungsposition, das rein materiell-formelle Modell sowie das epistemische Modell ausgemacht.

[195] Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 120.

[196] Vgl. *Alexy*, Die Gewichtsformel, S. 789 ff.

[197] Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 120.

[198] *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 120.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

„Jenes formelle Prinzip ist ferner der Grund für die zahlreichen Spielräume, die das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber einräumt. Soweit die Einräumung von Spielräumen dazu führt, daß weniger Grundrechtsschutz besteht als bestehen würde, wenn es keine Spielräume gäbe, kann jenes Prinzip als selbstständiger Schrankengrund qualifiziert werden."

Die ursprüngliche Konzeption der formellen Prinzipien erfolgt zunächst kursorisch: Alexy äußert sich in der „Theorie der Grundrechte" eher beiläufig und spricht selbst von einem kurzen und keinesfalls erschöpfenden Blick.[199] Doch auch diese knappen Ausführungen zu den formellen Prinzipien werfen bereits gewichtige Fragen auf. Neben der Frage, wann eine Entscheidung für die Gesellschaft so wichtig ist, dass der Gesetzgeber sie zu treffen hat, bleibt unklar, warum die Wirkweise des formellen Prinzips[200] auf solch „wichtige" Entscheidungen beschränkt wird. Jedes Gesetz ist demokratisch legitimiert. Auch die gesetzgeberische Entscheidung für „unwichtige" Entscheidungen muss ebenfalls respektiert, somit das formelle Prinzip immer im Rahmen der Abwägung berücksichtigt werden.[201]

Mit der Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts stimmt Alexys ursprüngliche Position zu den formellen Prinzipien jedenfalls nicht überein. Das Gericht räumt dem Gesetzgeber zwar Spielräume ein, erklärt indes keine an sich materiell verfassungswidrigen Gesetze unter Bezugnahme auf die ihnen innewohnende demokratische Legitimation für verfassungsgemäß.[202] Gegenteiliges suggeriert jedoch Klatt, wenn er ausführt, Alexy habe formelle Prinzipien ursprünglich zur Rekonstruktion *epistemischer* Spielräume des Gesetzgebers verwendet.[203] So seien sie, nach Klatt, die Frage zu klären geeignet, wann der Gesetzgeber auch auf Basis unsicherer Prämissen in Grundrechte eingreifen darf.[204] Diese Position passt wiederum zu den Ausführungen, welche das Bundesverfassungsgericht im Rahmen des Mitbestimmungsurteils tätigte.[205] In der „Theorie der Grundrechte" findet sich allerdings kein solcher Zusammenhang zwischen epistemischen Unsicherheiten und

[199] Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 120.

[200] Hier wird von *dem* formellen Prinzip im Singular gesprochen, da *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 120, es, hinsichtlich konkreter Äußerungen zur Wirkweise formeller Prinzipien, zunächst bei Ausführungen zum Demokratieprinzip beließ.

[201] Vgl. *Mori*, Wirkt in der Abwägung wirklich das formelle Prinzip?, S. 558 f.

[202] Vgl. *Mori*, Wirkt in der Abwägung wirklich das formelle Prinzip?, S. 555. Zum Einräumen von Spielräumen zu Gunsten des Gesetzgebers durch das Bundesverfassungsgericht vgl. BVerfGE 50, 290 (332).

[203] Vgl. *Klatt*, Abwägung im Erkenntnisvakuum, S. 299.

[204] Vgl. *Klatt*, Abwägung im Erkenntnisvakuum, S. 299.

[205] Vgl. BVerfGE 50, 290 (332): „Ungewissheit über die Auswirkungen eines Gesetzes in einer ungewissen Zukunft kann nicht die Befugnis des Gesetzgebers ausschließen, ein Gesetz zu erlassen, auch wenn dieses von großer Tragweite ist. Umgekehrt kann Ungewissheit nicht schon als solche ausreichen, einen verfassungsgerichtlicher Kontrolle nicht zugänglichen Prognosespielraum des Gesetzgebers zu begründen." *Klatt*, Abwägung im Erkenntnisvakuum, S. 299, bezieht sich im Rahmen seiner Darstellung der „ursprünglichen" Position Alexys auf diese Passagen des Gerichts.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

formellen Prinzipien.[206] Klatt bezieht sich in seiner Darstellung der „ursprünglichen“ Position Alexys zu formellen Prinzipien auf Ausführungen des „Postscripts“ aus „A Theory of Constitutional Rights“.[207] In der Tat führt Alexy im „Postscript“ aus, dass die Akzeptanz unsicherer Prämissen des Gesetzgebers durch das Bundesverfassungsgericht durch (andere) formelle Prinzipien zu erklären ist.[208] Das „Postscript“ findet sich allerdings ebenso wenig wie ein sonstiger Bezug formeller Prinzipien zu epistemischen Spielräumen in der „Theorie der Grundrechte“, sondern wurde in der deutlich später erschienenen englischen Übersetzung neu aufgenommen. Die Ausführungen bauen zudem auf der, ebenfalls erst lange nach der „Theorie der Grundrechte“ von Alexy entwickelten, Gewichtsformel auf, im Rahmen derer auf epistemische Unsicherheiten ausdrücklich eingegangen wurde.[209] Klatts Bezeichnung der Position Alexys, welche im Rahmen des „Postscripts“ dargelegt wird, als „ursprünglich“, ist somit wenigstens missverständlich, weshalb sie im Folgenden als die zweite Position Alexys bezeichnet wird. Auf diese zweite Position wird zurückzukommen sein.

2. Rationalität durch Arithmetik: Die Gewichtsformel als formelle Struktur der Abwägung

Die Differenzierung auf der normtheoretischen Ebene zwischen Regeln und Prinzipien schlägt auch auf die Ebene der Rechtsanwendung durch. Auf Anwendungsebene tritt neben die Subsumtion die Abwägung, welcher nicht zuletzt im Verfassungsrecht eine große Bedeutung zukommt.[210] Während die Regel durch Subsumtion anzuwenden sei, ist beim Vorliegen von Prinzipien die Abwägung als Anwendungsmethode typisch.[211] Gegenstand der folgenden Betrachtung ist allein die Struktur der Abwägung aus der Sicht der Prinzipientheorie.

Wie bereits dargestellt, hängt im Falle einer Prinzipienkollision der Grad der rechtlichen Realisierbarkeit von dem entgegenstehenden Gewicht des gegenläufigen Prinzips ab; das gebotene Verhalten ist also durch Abwägung der relevanten Gründe zu ermitteln.[212] Die Abwägung vollzieht sich dabei nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.[213] Laut Alexy impliziert der Prinzipiencharakter den Ver-

[206] Vgl. *Mori*, Wirkt in der Abwägung wirklich das formelle Prinzip?, S. 559 Fn. 23.

[207] Vgl. *Klatt*, Abwägung im Erkenntnisvakuum, S. 299.

[208] Vgl. *Alexy*, A Theory of Constitutional Rights, S. 415.

[209] Vgl. *Alexy*, Die Gewichtsformel, S. 789 ff.

[210] Vgl. *Borowski*, Formelle Prinzipien und Gewichtsformel, S. 151, wonach Rechtsanwendung ohne Abwägung im demokratischen Verfassungsstaat „schlicht nicht vorstellbar“ sei.

[211] Vgl. *Palu*, Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen, S. 138; *Borowski*, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, S. 201.

[212] Vgl. hierzu oben, S. 215; grundlegend: *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 100 f.

[213] Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 100 f.; *Palu*, Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen, S. 143.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hältnismäßigkeitsgrundsatz: Dieser folge logisch aus dem Prinzipiencharakter der einschlägigen Verfassungsnorm, sei mithin aus dem Prinzipiencharakter derselben heraus deduzierbar.[214] In diesem Lichte betrachtet stützen die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts, wonach sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit „im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst"[215] ergebe, die Qualifikation der Grundrechte als Prinzipien.[216]

Die Abwägung erfolgt anhand einer formalen Struktur, welche die Rationalität des Abwägungsprozesses illustrieren soll. Die *Gewichtsformel* stellt die Abwägung arithmetisch dar. Die Formel lautet in ihrer Grundform:[217]

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i}{I_j \cdot G_j}$$

Anhand dieser Formel lässt sich die Abwägung zweier kollidierender Prinzipien vornehmen.[218] Der Quotient $G_{i,j}$ beschreibt hierbei das konkrete Gewicht des Prinzips *Pi* relativ zu dem Prinzip *Pj*. In die Formel miteinbezogen wird neben dem abstrakten Gewicht der beiden Prinzipien auch die konkrete Wichtigkeit des Schutzes der Prinzipien im Falle eines Konfliktes. G_i bezeichnet dabei das abstrakte Gewicht des Prinzips *Pi*, G_j hingegen das abstrakte Gewicht des Prinzips *Pj*. Mit I_i wird die konkrete Wichtigkeit des Schutzes des Prinzips *Pi* bezeichnet, mit I_j hingegen die konkrete Wichtigkeit der Realisierung des kollidierenden Prinzips *Pj*. I_i und I_j hängen stets vom konkreten Einzelfall ab, wohingegen G_j und G_i nicht einzelfallbezogen sind. Hinsichtlich der Gewichtung der einzelnen Variablen empfiehlt Alexy eine triadische Skalierung mit den Werten $2^0 = 1$ (leicht), $2^1 = 2$ (moderat) und $2^2 = 4$ (schwer). Ist das Resultat $G_{i,j}$ größer als der Wert 1, so wiegt der Schutz des Prinzips *Pi* im konkreten Fall schwerer, ist es hingegen kleiner als der Wert 1, so wiegt die Realisierung des Prinzips *Pj* schwerer. Ein Abwägungspatt entsteht wiederum, sofern das Resultat genau 1 beträgt.

Die Bezeichnung der dargestellten Formel als „Grundform" suggeriert bereits deren eingestandene Unvollständigkeit. So hebt Alexy hervor, dass „bei den empirischen Prognosen, die der Gesetzgeber in seinen Einschätzungen der Verhältnismäßigkeit zugrunde legt, weder stets Gewißheit zu fordern noch Ungewißheit beliebig zuzulassen"[219] ist. In die Gewichtsformel müsse noch der „Grad der Sicherheit

[214] Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 100.

[215] *BVerfG*E 19, 342 (348 f.).

[216] Inwieweit der Prinzipiencharakter den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz tatsächlich impliziert, wird an dieser Stelle nicht näher erläutert. Freilich vermag das Zitat des Bundesverfassungsgerichts allein diese These nicht zu tragen. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 100, spricht selbst von einer „etwas dunklen Wendung".

[217] Vgl. vertiefend zu den folgenden Ausführungen der Grundform der Gewichtsformel: *Alexy*, Die Gewichtsformel, S. 788.

[218] Vgl. zu den nachfolgenden Ausführungen vertiefend *Alexy*, Die Gewichtsformel, S. 785 ff.

[219] *Alexy*, Die Gewichtsformel, S. 789.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der empirischen Annahmen“ aufgenommen werden.[220] Prinzipien sind demnach nicht nur hinsichtlich ihres materiellen Zieles Optimierungsgebote, sondern erfordern ebenfalls in Bezug auf ihre Erkenntnissicherheit Optimierung.[221] Hinsichtlich der Berücksichtigung der epistemischen Unsicherheit ist das „epistemische Abwägungsgesetz“ zu bemühen, welches auf die epistemische Qualität der den Eingriff tragenden Gründe abstellt:[222]

> „Je schwerer ein Eingriff in ein Grundrecht wiegt, desto größer muß die Gewißheit der den Eingriff tragenden Prämissen sein.“

Alexy empfiehlt auch beim epistemischen Abwägungsgesetz eine triadische Skalierung, deren Stufen er an die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im Mitbestimmungsurteil anlehnt. Dort hatte das Gericht zwischen einer „intensivierten inhaltlichen Kontrolle“, einer „Vertretbarkeitskontrolle“ sowie einer „Evidenzkontrolle“ differenziert.[223] Dieser Differenzierung entsprechen die drei epistemischen Stufen „gewiß oder sicher (*g*)“, „vertretbar oder plausibel (*p*)“ sowie „nicht evident falsch (*e*)“.[224] In der Gewichtsformel findet dieses „epistemische Abwägungsgesetz“ durch Aufnahme der epistemischen Variable *S* Ausdruck, die drei epistemischen Stufen sind dabei wie folgt auszudrücken: *g* mit $2^0 = 1$, *p* mit $2^{-1} = 1/2$ und *e* mit $2^{-2} = 1/4$.[225] Die vollständige Gewichtsformel[226] lautet damit:[227]

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

3. Das zweite Modell Alexys

Aufbauend auf seiner ursprünglichen Position entwickelte Alexy seine Lehre zu den formellen Prinzipien weiter und stellte einen Zusammenhang zu den mitzuberücksichtigenden epistemischen Unsicherheiten her: Es sei durch formelle Prinzipien zu erklären, dass das Bundesverfassungsgericht bis zu einem bestimmten Grad auch unsichere Prämissen des Gesetzgebers akzeptiert.[228] Der Grundgedanke der ursprünglichen Position, wonach das formelle Prinzip im Falle einer Prinzipienkollision an die Seite eines materiellen Prinzips tritt und dieses in der Abwägung mit

[220] *Alexy*, Die Gewichtsformel, S. 785 ff.; vgl. auch vertiefend *Mori*, Wirkt in der Abwägung wirklich das formelle Prinzip?, S. 560 ff.

[221] Vgl. *Klatt*, Abwägung im Erkenntnisvakuum, S. 292.

[222] *Alexy*, Die Gewichtsformel, S. 789.

[223] BVerfGE 50, 290 (333); vgl. *Alexy*, Die Gewichtsformel, S. 789.

[224] *Alexy*, Die Gewichtsformel, S. 789.

[225] Vgl. *Alexy*, Die Gewichtsformel, S. 790.

[226] Über diese hinaus gibt es noch weitere, erweiterte Formulierungen der Gewichtsformel, vgl. nur Vgl. *Klatt*, Abwägung im Erkenntnisvakuum, S. 295 ff.

[227] *Alexy*, Die Gewichtsformel, S. 790.

[228] Vgl. *Alexy*, A Theory of Constitutional Rights, S. 415.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dem kollidierenden (materiellen) Prinzip verstärkt, trägt auch das zweite Modell. Diesen Grundgedanken entwickelte Alexy mit der Gewichtsformel weiter.[229] Bereits im Rahmen der Entwicklung der Gewichtsformel setzte sich Alexy mit epistemischen Unsicherheiten auseinander: Das konkrete Gewicht eines Prinzips werde nicht nur anhand seines abstrakten Gewichts sowie dem Grad seiner Erfüllung respektive der Eingriffsintensität bestimmt, sondern es sei ebenfalls die Sicherheit der Erkenntnis, die für das einschlägige Prinzip relevanten Prämissen betreffend, berücksichtigt.[230] Um auch das epistemische Element zu berücksichtigen, wurde, wie gezeigt, die Variable S in die vollständige Gewichtsformel aufgenommen. Das zweite Abwägungsgesetz, wonach der gebotene Grad an epistemischer Sicherheit von der Intensität des Eingriffs in das materielle Prinzip abhängig gemacht wird, lässt sich nach dem zweiten Modell durch formelle Prinzipien rekonstruieren.[231]

Ob der diesbezüglich vagen Äußerungen Alexys bleibt fraglich, wie genau sich das formelle Prinzip in dem zweiten Modell niederschlägt. Die Gewichtsformel selbst drückt kein formelles Prinzip aus, sondern erklärt den Inhalt der materiellen Abwägung.[232] Wenn es darum geht, auch unter unsicheren Bedingungen Beschränkungen von (materiellen) Prinzipien zu ermöglichen, wirken sich formelle Prinzipien aus[233] – der Bezug zu epistemischen Unsicherheiten wird auch an dieser Stelle nochmals deutlich. Unklar bleibt jedoch, wie genau das formelle Prinzip wirkt. Die Variable *S* wurde zwar unter Hinweis auf formelle Prinzipien begründet, stellt jedoch nicht selbst ein formelles Prinzip dar.[234] Vielmehr liegt die Annahme einer Kompetenzregel nahe, welche auf einer Abwägung formeller Prinzipien beruht.

Die Schwierigkeiten, das formelle Prinzip in dieser Funktion konkret greifbar zu machen, waren Anknüpfungspunkt kritischer Repliken.[235] Nach Klatt spielt das formelle Prinzip zur Begründung epistemischer Spielräume keine Rolle.[236] Es läge jedenfalls kein direkter, sondern nur ein mittelbarer Zusammenhang zwischen epistemischen Unsicherheiten und formellen Prinzipien vor: Die Entscheidungskompetenz des Gesetzgebers sei keine „entry- sondern eine exit-Erwägung“[237], da das formelle Prinzip lediglich an die Feststellung eines Spielraums anknüpfe und

[229] Vgl. *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 458.

[230] Vgl. *Alexy*, Die Gewichtsformel, S. 789 f.

[231] Vgl. *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 458.

[232] Vgl. *Borowski*, Formelle Prinzipien und Gewichtsformel, S. 177 f.

[233] Vgl. *Alexy*, A Theory of Constitutional Rights, S. 416 f.

[234] Vgl. *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 459; *Mori*, Wirkt in der Abwägung wirklich das formelle Prinzip?, S. 561.

[235] Vgl. *Mori*, Wirkt in der Abwägung wirklich das formelle Prinzip?, S. 558 ff.; *Borowski*, Formelle Prinzipien und Gewichtsformel, S. 177 f.; vgl. *Klatt*, Abwägung im Erkenntnisvakuum, S. 299 f.

[236] Vgl. *Klatt*, Abwägung im Erkenntnisvakuum, S. 301 f.; vgl. auch *Klatt/Schmidt*, Spielräume im Öffentlichen Recht, S. 63 ff.

[237] *Klatt*, Abwägung im Erkenntnisvakuum, S. 302.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sodann für diesen die Kompetenzen zuordnet, nicht aber selbst einen Spielraum begründet.[238]

Auch nach Borowski vermag die Variable *S* keinen epistemischen Spielraum zu begründen, sondern lediglich das relative Gewicht eines der materiellen Prinzipien zu verschieben: Der die Unsicherheit der Erkenntnis berücksichtigende „Gewichtsabschlag“ könne zwar mit der Variable *S* rekonstruiert werden, habe jedoch nichts mit formellen Prinzipien zu tun.[239] Ein solcher „epistemischer Gewichtsabschlag“ beziehe sich grundsätzlich auf die Abwägung materieller Prinzipien, nicht auf die Frage der Kontrolldichte des kontrollierenden Organs.[240] Die Aufnahme der Variable *S* in die Gewichtsformel erkläre demnach nicht, warum das Bundesverfassungsgericht unsichere Prämissen des Gesetzgebers bis zu einem bestimmten Grad akzeptiert. Die epistemische Sicherheit der zugrunde liegenden Prämissen beeinflusse die Kontrolldichte des kontrollierenden Organs zwar – „je sicherer die Erkenntnis, desto weniger Grund besteht für die Einräumung eines epistemischen Spielraums und desto kleiner fällt dieser Spielraum aus“.[241] Dennoch müsse zwischen der Berücksichtigung epistemischer Unsicherheiten im Rahmen der Abwägung, zwei materielle Prinzipien betreffend, und der Kontrolldichte eines Kontrollorgans differenziert werden.[242] Durch die Einführung der Variable *S* werde die Abwägung materieller Prinzipien um das Element der Erkenntnis epistemischer Prämissen erweitert, allerdings ohne direkten Bezug zu dem Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber. Wird ein materielles Prinzip von einer unsicheren Prämisse getragen, so verschiebe sich das relative Gewicht im Falle einer Prinzipienkollision, unabhängig von der Perspektive, aus welcher heraus die Abwägung vorgenommen wird.[243] Der „epistemische Gewichtsabschlag“ betrifft somit Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht gleichermaßen: Das formelle Prinzip, wonach der Gesetzgeber die für die Gesellschaft wichtigen Entscheidungen treffen soll, kommt nicht zum Tragen.[244]

---

[238] Vgl. auch *Klatt/Schmidt*, Spielräume im Öffentlichen Recht, S. 63 f.

[239] Vgl. *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 459 ff.

[240] Vgl. *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 460 f.

[241] *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 461.

[242] Vgl. *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 461.

[243] Vgl. *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 460 f.

[244] *Borowski*, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, S. 214, führte an anderer (früherer) Stelle selbst aus, das Demokratiegebot verlange, „daß dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber in Fällen der Unsicherheit die Letztbeurteilung der empirischen Prämissen zusteht.“ Als Folge können Grundrechtseingriffe gerechtfertigt werden, welche bei Zugrundelegung der wahren empirischen Prämissen nicht gerechtfertigt wären. Letzterem ist zuzustimmen. Es stellt sich indes die Frage, ob die Kritik Borowskis an dem zweiten Modell Alexys nicht auch auf dessen eigene Ausführungen Anwendung findet: Ergibt sich, sofern das formelle Prinzip zur Konstruktion epistemischer Spielräume nicht benötigt wird, die Rechtfertigung solcher Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht aus der Miteinbeziehung epistemischer Unsicherheiten in die Abwägung zweier *materieller* Prinzipien? Vgl. hierzu auch *Klatt/Schmidt*, Spielräume im Öffentlichen Recht, S. 63 ff. (Zitat, S. 63), wonach sich solche

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

4. Das Kombinationsmodell

Der Grundgedanke, auf welchen das Kombinationsmodell – von Alexy auch als „gemischt substantiell-formelles Modell“ bezeichnet[245] – aufbaut, findet sich schon in der „Theorie der Grundrechte“ wieder. So führte Alexy aus, das formelle Prinzip könne „zusammen mit einem […] inhaltlichen Prinzip gegen ein individuelle Rechte gewährendes grundrechtliches Prinzip abgewogen werden.“[246] Das Kombinationsmodell greift die ursprüngliche Position Alexys auf und entwickelt diese weiter. Die namensgebende Kombination rührt daher, dass formelle Prinzipien nie isoliert mit materiellen Prinzipien abgewogen werden, sondern lediglich in Kombination mit einem materiellen Prinzip in die Abwägung eintreten können.[247] Alexy hebt das Erfordernis der Kombination hervor, welches Borowski als „Verbundgrundsatz“[248] beschreibt:[249]

> „Procedural formal principles can override substantive constitutional rights principles only in connection with other substantive principles.“

Innerhalb der Kombinationsmodells kann zwischen zwei Wegen, wie formelle Prinzipien in die Abwägung miteinzubeziehen sind, unterschieden werden: Nachfolgend soll zwischen der internen und der externen Lösung differenziert werden.

Die interne Lösung wird von Borowski vertreten und bezieht die formellen Prinzipien direkt in die Gewichtsformel mit ein. Zunächst differenziert Borowski zwischen zwei Arten formeller Prinzipien, selbstständigen und unselbstständigen.[250] Während sich die folgenden Ausführungen auf unselbstständige formelle Prinzipien beziehen, gilt für selbstständige formelle Prinzipien der Verbundgrundsatz nicht; diese können alleinstehend mit einem materiellen Prinzip abgewogen werden.[251] Die unselbstständigen, auch „akzessorisch“ genannten, formellen Prinzipien werden „in eine gemeinsame Abwägung mit den materiellen Prinzipien eingestellt“.[252] Ausdruck findet ein (unselbstständiges) formelles Prinzip in der Gewichtsformel entweder im Zähler oder im Nenner, nicht aber in Zähler und Nenner zugleich.[253]

Rechtfertigungen von Grundrechtseingriffen auf dem sich aufgrund der epistemischen Unsicherheit ergebenen Spielraum beruhe – „völlig unabhängig davon, wem aus welchen Gründen die Letztentscheidungskompetenz zukommt.“.

[245] Vgl. *Alexy*, Formal Principles: Some Replies to Critics, S. 518.

[246] *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 120.

[247] Vgl. *Alexy*, A Theory of Constitutional Rights, S. 82, 423.

[248] Vgl. *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 453.

[249] *Alexy*, A Theory of Constitutional Rights, S. 423.

[250] Vgl. *Borowski*, Formelle Prinzipien und Gewichtsformel, S. 188 ff.; *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 453 f.

[251] Vgl. *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 454; *Borowski*, Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung, S. 115.

[252] *Borowski*, Formelle Prinzipien und Gewichtsformel, S. 192.

[253] Vgl. *Borowski*, Formelle Prinzipien und Gewichtsformel, S. 194. Etwas anderes kann gelten, sofern zwei verschiedenen unselbstständige formelle Prinzipien innerhalb einer Ab-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kontrolliert das Bundesverfassungsgericht eine Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers und kommt zu einem anderen Ergebnis, so ist das die Entscheidung des Gesetzgebers stützende formelle Prinzip auf der Seite desjenigen materiellen Prinzips einzuordnen, welches in der Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers überwogen hat.[254]

Borowski selbst exemplifiziert dies anhand einer Abwägung des materiellen Prinzips der Berufsfreiheit mit dem des Umweltschutzes.[255] Der Gesetzgeber hält eine Obergrenze von 1000 mg Schwefeloxid pro m^3 Abluft von Kohlekraftwerken für das richtige Abwägungsergebnis. Das Bundesverfassungsgericht, welches diese Abwägungsentscheidung kontrolliert, kommt hingegen auf den Wert von 800 mg. Da das Gericht mit seinem Abwägungsergebnis von dem des Gesetzgebers abweicht, ist nun das (akzessorische) formelle Prinzip der Entscheidungskompetenz des Gesetzgebers auf Seiten des vom Gesetzgeber stärker gewichteten materiellen Prinzips der Berufsfreiheit einzuordnen. Es entsteht dadurch ein Spielraum, welchen das Gericht dem Gesetzgeber zu gewähren hat. Borowski setzt diesen auf plus/minus 300 mg Schwefeloxid pro m^3 fest.[256] Obwohl das Gericht das Abwägungsergebnis des Gesetzgebers in der Sache für materiell falsch hält, erweist es sich letztlich gleichwohl als noch verfassungsgemäß. Die Rolle, welche das formelle Prinzip in der Abwägung einnimmt, hängt somit von der Perspektive des Abwägenden sowie der materiellen Abwägung selbst ab. Nach Klatt wird die Funktion formeller Prinzipien dadurch kontingent.[257] Überdies liege es deutlich näher, auch das kollidierende materielle Prinzip durch ein formelles Prinzip zu stärken oder zu schwächen.[258] Dies widerspräche allerdings der Konzeption Borowskis, wonach die Perspektive des Abwägenden entscheidend für die Einordnung des formellen Prinzips sei.

Im Rahmen der externen Lösung werden formelle Prinzipien nicht direkt in die Gewichtsformel miteinbezogen, sondern wirken in der externen Rechtfertigung. Anstatt Ausdruck in einer eigenen Variable innerhalb der Formel zu finden, rechtfertigen sie „extern“ die Werte, welche den materiellen Prinzipien beigemessen werden.[259]

Das Kombinationsmodell sieht sich einem Allens, welcher nicht zwischen interner und externer Lösung differenziert, sondern sich auf beide gleichermaßen

---

wägung zu berücksichtigen sind. Dann ist es möglich, dass „in Nenner und Zähler der Gewichtsformel verschiedene akzessorische formelle Prinzipien stehen.“ (Fn. 159).

[254] Vgl. *Borowski*, Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung, S. 115 f.

[255] Vgl. zu der Darstellung des folgenden Beispielsfalles *Borowski*, Formelle Prinzipien und Gewichtsformel, S. 191 ff.

[256] Vgl. *Borowski*, Formelle Prinzipien und Gewichtsformel, S. 193 f.

[257] Vgl. *Klatt*, Abwägung im Erkenntnisvakuum, S. 304 f.

[258] Vgl. *Klatt*, Abwägung im Erkenntnisvakuum, S. 305.

[259] Vgl. *Klatt*, Abwägung im Erkenntnisvakuum, S. 305; *Klatt*, Die praktische Konkordanz von Kompetenzen, S. 186 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bezieht, ausgesetzt: Wie kann es moralisch gerechtfertigt werden, von den materiellen Erfordernissen eines Rechts abzuweichen, nur weil eine Autorität diese Abweichung für angemessen hält?[260] Alexy jedenfalls distanzierte sich von dem Kombinationsmodell. Dieses führe dazu, dass (materiell) verfassungswidrige Gesetze verfassungsmäßig werden, was die Stellung der Verfassung als über dem einfachen parlamentarischen Gesetzgeber stehend untergraben würde.[261] Dies erscheint zumindest für die Fälle zweifelhaft, in denen die Einschätzungsprärogative ebenfalls aus der Verfassung folgt. Klatt sieht den Einwand Allens als ursächlich dafür, dass Alexy den Verbundgrundsatz[262] aufgestellt hat.[263] Dem kann entgegengehalten werden, dass der Verbundgrundsatz diesen Einwand nicht nur nicht adressiert, sondern den Grundgedanken des Modells darstellt, auf welches die Kritik abzielt. Überdies hat Alexy bereits in seiner „Theorie der Grundrechte" das formelle Prinzip *zusammen* mit einem materiellen Prinzip einem anderen materiellen Prinzip gegenübergestellt – freilich ohne diesen Verbund explizit zur Voraussetzung zu erklären.[264]

Borowski verteidigt das Kombinationsmodell gegen diese Kritik, indem er die epistemischen Probleme hervorhebt: Sofern epistemische Unsicherheiten im Rahmen der Abwägung berücksichtigt werden, führe das formelle Prinzip gerade nicht zu einer Verfassungsmäßigkeit definitiv verfassungswidriger Gesetze.[265]

II. Die Trennungsposition

Während das Hinzutreten des formellen zu einem materiellen Prinzip die Kombinationsposition kennzeichnet, wird die Trennungsposition von einer Differenzierung zwischen der Abwägung auf der formellen und der materiellen Ebene geprägt. Die Darstellung beschränkt sich vorliegend auf die Grundposition Sieckmanns und die Verbindung dieser mit der Gewichtsformel durch Klatt.

1. Das Trennungsmodell Sieckmanns

Das Trennungsmodell stellt den Gegenentwurf zum Kombinationsmodell dar. Nach Sieckmann stehen sich die eigene und die fremde Rechtsauffassung, jeweils durch formelle Prinzipien repräsentiert, mit prinzipiellem Geltungsanspruch in der Abwägung gegenüber.[266] Das Trennungsmodell stellt die formellen Prinzipien in den

[260] Vgl. *Allen*, Constitutional Rights and the Rule of Law, S. 136.

[261] Vgl. *Alexy*, Formal Principles: Some Replies to Critics, S. 511, 519.

[262] Vgl. *Alexy*, A Theory of Constitutional Rights, S. 423.

[263] Vgl. *Klatt*, Abwägung im Erkenntnisvakuum, S. 307.

[264] Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 120.

[265] Vgl. *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 465 ff.

[266] Vgl. *Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, S. 160 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vordergrund und verzichtet auf das Erfordernis des Verbundgrundsatzes; formelle Prinzipien werden, ohne dass sie mit materiellen kombiniert werden, miteinander abgewogen. Kompetenzkonflikte seien somit im Rahmen einer Abwägung ausschließlich formeller Prinzipien zu lösen, eine Trennung zwischen formeller und materieller Ebene wird ermöglicht. Aus diesem Grunde trifft, so Klatt, der dem Kombinationsmodell entgegengehaltene Einwand (es könne nicht moralisch gerechtfertigt werden, aufgrund der Autorität des Abwägenden von den materiellen Erfordernissen eines Rechts abzuweichen) das Trennungsmodell nicht: Die Abwägung materieller Prinzipien werde von Kompetenzkonflikten freigehalten und somit „alle Instanzen staatlicher Gewalt an die Substanz verfassungsrechtlich gewährleisteter Rechte gebunden“.[267] Die Verbindung materieller Prinzipien mit Kompetenzerwägungen, wie sie nach dem Kombinationsmodell vorzunehmen ist, kompromittiere diese Bindung.[268] Dem hält Borowski entgegen, dass auch im Trennungsmodell die formelle Ebene wieder mit der materiellen Ebene verbunden werden muss: Der aus der Abwägung formeller Prinzipien resultierende epistemische Spielraum hänge insbesondere von der Intensität des Grundrechtseingriffs ab.[269] Auch Sieckmann räumt ein, dass in der Bestimmung des Gewichts formeller Prinzipien auch materielle Aspekte von Bedeutung sind.[270]

2. Die Verknüpfung des Trennungsmodells mit der Gewichtsformel

Das Trennungsmodell nahm in seiner ursprünglichen Form keinen Bezug zur Gewichtsformel, da Sieckmann diese als „inferentielles Schlussschema“ kritisierte und ablehnte: In der Gewichtsformel verschwinde der qualitative Unterschied zwischen Prinzipien und Regeln, wodurch Alexy zum „Vater, der seine Kinder frisst“, gerate.[271] Klatt hingegen entwickelte den Ansatz Sieckmanns dessen ungeachtet weiter und verknüpfte die Grundposition des Trennungsmodells mit der Gewichtsformel. Auch nach Klatt ist die Abwägung materieller Prinzipien von kompetenzrechtlichen Konflikten freizuhalten, weshalb die Abwägung materieller und formeller Prinzipien zu trennen ist.[272] Die Abwägung zweier formeller Prinzipien vollziehe sich analog nach einem „formellen Abwägungsgesetz“, dessen interne Struktur sich durch die Gewichtsformel rekonstruieren ließe: „Je höher der Grad der

[267] *Klatt*, Abwägung im Erkenntnisvakuum, S. 308.

[268] Vgl. *Klatt*, Abwägung im Erkenntnisvakuum, S. 308.

[269] Vgl. *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 457.

[270] Vgl. *Sieckmann*, Recht als normatives System, S. 204; *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 457.

[271] *Sieckmann*, Zur Prinzipientheorie Robert Alexys, S. 280 ff., 294 f.; vgl. auch *Mori*, Wirkt in der Abwägung wirklich das formelle Prinzip?, S. 560 Fn. 25.

[272] Vgl. *Klatt/Schmidt*, Spielräume im Öffentlichen Recht, S. 65 ff. Die ursprüngliche Bezeichnung als „Zwei-Ebenen Modell“ wurde zugunsten der Bezeichnung als „Trennungsmodell“ aufgegeben, vgl. *Klatt*, Abwägung im Erkenntnisvakuum, S. 308 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Nichterfüllung eines formellen Prinzips ist, desto wichtiger muss die Realisierung des anderen formellen Prinzips sein.“[273]

III. Das rein materiell-formelle Modell

Das rein materiell-formelle Modell nimmt unter den hier dargestellten Modellen eine Sonderrolle ein: Es wird als einziges bislang von keinem Vertreter der Prinzipientheorie zur Rekonstruktion verfassungsgerichtlicher Entscheidungen vertreten.[274] Alexy erwähnt das rein materiell-formelle Modell lediglich als eines von drei möglichen Modellen für die Rekonstruktion formeller Prinzipien, um diese von der von ihm vertretenen Position, dem epistemischen Modell, abzugrenzen.[275] Das rein materiell-formelle Modell ist gewissermaßen zwischen Kombinations- und Trennungsmodell angesiedelt: Anders als im Kombinationsmodell gilt aber der Verbundgrundsatz nicht; ein formelles Prinzip kann im Rahmen der Abwägung materiellen Prinzipien allein gegenüberstehen. Im Gegensatz zum Trennungsmodell kann im rein materiell-formellen Modell das dem formellen Prinzip gegenüberstehende Prinzip also auch ein materielles sein; eine Trennung zwischen einer formellen und einer materiellen Abwägung ist somit nicht gegeben.[276]

Alexy hält dem materiell-formellen Prinzip grundsätzlich die gleichen Bedenken entgegen, aus welchen er auch das Kombinationsmodell für ungeeignet hält, die grundrechtliche Abwägung im demokratischen Verfassungsstaat zu rekonstruieren. Der Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Recht würde ausgehöhlt werden.[277] Anders als im Kombinationsmodell, in welchem das formelle Prinzip verstärkend an die Seite eines materiellen Prinzips tritt, kann im reinen materiell-formellen Modell das formelle Prinzip einem grundrechtlichen Prinzip alleine gegenübertreten, wodurch sich die Gefahr der Aushöhlung der Verfassung noch verstärke.[278] Aus diesem Grund hält auch Borowski, welcher das Kombinationsmodell verteidigt, das rein materiell-formelle Modell für den falschen Weg.[279] Angemerkt sei, dass das rein materiell-formelle Modell einen strukturellen Ansatzpunkt für die Abwägung selbstständiger formeller Prinzipien liefert, für welche nach Borowski der Verbundgrundsatz gerade nicht gilt. Da diese selbstständigen formellen Prinzipien auch

[273] *Klatt*, Abwägung im Erkenntnisvakuum, S. 310; vgl. auch *Klatt*, Die praktische Konkordanz von Kompetenzen, S. 209 ff.

[274] Vgl. *Trivisonno*, Die formellen Prinzipien und der Begriff des Rechts, S. 439.

[275] Vgl. *Alexy*, Formal Principles: Some Replies to Critics, S. 516 ff.; siehe auch *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 453.

[276] Vgl. *Alexy*, Formal Principles: Some Replies to Critics, S. 516 ff.; vgl. *Trivisonno*, Die formellen Prinzipien und der Begriff des Rechts, S. 441 f.

[277] Vgl. *Alexy*, Formal Principles: Some Replies to Critics, S. 518; *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 464.

[278] Vgl. *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 464.

[279] Vgl. *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 464.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

alleinstehend mit materiellen Prinzipien abgewogen werden können,[280] erscheint fraglich, inwieweit die Kritik Borowskis am rein materiell-formellen Modell – „in diesem Modell gibt es keine Ausgangsabwägung, zu der das formelle Prinzip in der kontrollierten Abwägung hinzutreten könnte“[281] – nicht auch auf die selbstständigen formellen Prinzipien zutrifft.

Obschon Alexy das rein materiell-formelle Modell lediglich im Rahmen der Entwicklung seiner eigentlichen Position erwähnt und ausdrücklich ablehnt, so können seine Äußerungen an früherer Stelle doch zur Annahme verleiten, er habe das Modell selbst angewendet. So führt er im Rahmen seiner Untersuchung von epistemischen Spielräumen und formellen Prinzipien im „Postscript“ aus:[282]

> „[T]he decision-taking competence of the legislature demanded prima facie by the formal principle includes the competence to determine the issue even in a situation of uncertainty. And with this, the formal principle competes with the substantive constitutional rights principle.“

Diese Ausführungen weisen auf eine Kollision zweier Prinzipien, eines formellen und eines materiellen Prinzips, hin.[283] Dies entspräche der Struktur des rein materiell-formellen Modells.[284] Es ist jedoch, mit Borowski, festzuhalten, dass auch inm der „Postscript“ jene Formulierungen, wonach das formelle Prinzip zu einem materiellen hinzutritt, klar überwiegen.[285] Hinzu kommt, dass der Verbundgrundsatz erstmals ausdrücklich im „Postscript“ aufgestellt wurde. Obgleich Alexy an der zitierten Stelle von einer Abwägung eines formellen mit einem materiellen Prinzip auszugehen scheint, kann deswegen nicht davon ausgegangen werden, dass das rein materiell-formelle Modell ernstlich erwogen wurde.

IV. Das epistemische Modell: Die dritte Position Alexys

Die weiterentwickelte Position Alexys kann als „epistemisches Modell“ bezeichnet werden.[286] Dieses Modell zeichnet sich bereits dadurch aus, dass ihm eine

[280] Vgl. *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 454.

[281] *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 464.

[282] *Alexy*, A Theory of Constitutional Rights, S. 417.

[283] Vgl. *Borowski*, Formelle Prinzipien und Gewichtsformel, S. 179.

[284] Vgl. *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 453.

[285] Vgl. *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 453.

[286] *Alexy*, Formal Principles: Some Replies to Critics, S. 520, schlägt die Bezeichnung als „drittes Modell“ oder „epistemisches Modell“ vor. *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 449, kritisiert die Bezeichnung als „epistemisches Modell“ als „eher unglücklich“, da „alle erwähnten Modelle formeller Prinzipien den Anspruch erheben, die epistemische Frage in der Abwägung angemessen abzubilden“, weshalb alle Modelle „epistemisch“ seien. Die konstituierende Position Alexys in der „Theorie der Grundrechte“ weist allerdings noch keinen Bezug zur epistemischen Unsicherheit auf. So auch *Mori*, Wirkt in der Abwägung wirklich das formelle Prinzip?, S. 559 Fn. 23, sodass die Bezeichnung passend erscheint.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

spezifische Definition formeller Prinzipien zu Grunde liegt. Verblieb Alexy diesbezüglich zuvor im Ungefähren, äußerte er sich im Rahmen der Darstellung des epistemischen Modells erstmals genauer zu den Charakteristika formeller Prinzipien. Zunächst gelten die allgemeinen Ausführungen zu den Merkmalen von Prinzipien auch für formelle Prinzipien: Diese stellen Prinzipien im Sinne der Prinzipientheorie dar. Der Unterschied zu materiellen Prinzipien ist, dass der Optimierungsgegenstand in rechtlichen Entscheidungen unabhängig von deren Inhalt besteht.[287]

Kennzeichnend für das epistemische Modell ist es, dass sich die formellen Prinzipien nicht in der Gewichtsformel selbst, sondern in einer Abwägung auf einer Metaebene wiederfinden. Ausgangspunkt des Modells ist die epistemische Optimierungsdimension (materieller) grundrechtlicher Prinzipien: Diese neben die der substantiellen Optimierung tretende Optimierungsdimension verlange, dass im Rahmen der Abwägung die für das grundrechtliche Prinzip günstig erscheinenden empirischen und normativen Prämissen zugrunde gelegt werden.[288] Diese epistemische Optimierungsdimension des materiellen Prinzips tritt nun dem formellen Prinzip gegenüber, nach welchem die vom Gesetzgeber festgelegten empirischen und normativen Prämissen zugrunde zu legen sind. Sowohl die epistemische Optimierungsdimension als auch das formelle Prinzip haben einen prima-facie Anspruch auf Geltung und müssen in der Metaebene abgewogen werden.[289] Diese Meta-Abwägung wirkt sich insofern auf die Gewichtsformel aus, als dass sie die Werte rechtfertigt, welche der Variable *S* zugeschrieben werden.[290] Alexy spricht insoweit von einem „second-order-balancing“[291] – einer Abwägung zweiter Stufe. Das formelle Prinzip wirkt somit in der externen Rechtfertigung.

Darin liegt eine nicht unerhebliche Erweiterung der Gewichtsformel. Zuvor beschränkte sich die Gewichtsformel darauf, der Abwägung eine Rechtfertigungsstruktur zu verleihen, während die externe Rechtfertigung der Werte, welche den Variablen zugeschrieben werden, als indeterminierter Raum der argumentativen Auseinandersetzung verblieb.[292] Indem Alexy die Abwägung formeller Prinzipien der externen Rechtfertigung zurechnet, wird ein Teilbereich dieser externen Rechtfertigung prinzipientheoretisch erschlossen. Die Abwägung zweiter Stufe strukturiert nunmehr auch einen Teil der externen Rechtfertigung.

---

[287] Vgl. *Alexy*, Formal Principles: Some Replies to Critics, S. 516. Dies entspricht den Positionen, welche *Borowski*, Formelle Prinzipien und Gewichtsformel, S. 186 ff., und *Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, S. 147, herausgearbeitet haben.

[288] Vgl. *Alexy*, Formal Principles: Some Replies to Critics, S. 520 f.; *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 454 f.

[289] Vgl. *Alexy*, Formal Principles: Some Replies to Critics, S. 521.

[290] Vgl. *Alexy*, Formal Principles: Some Replies to Critics, S. 521.

[291] *Alexy*, Formal Principles: Some Replies to Critics, S. 520 f.

[292] Vgl. *Klatt*, Abwägung im Erkenntnisvakuum, S. 291.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

E. Zur Kritik Böckenfördes

Die Kritik Böckenfördes bleibt, obschon der Zeitpunkt ihrer Erhebung über drei Jahrzehnte zurückliegt, aktuell. Die Konkretisierung qua Abwägung als Anwendungsform der Grundrechte birgt die Gefahr einer Annäherung der Kompetenzsphären von Gesetzgeber und Verfassungsgerichtsbarkeit. Die prinzipientheoretische Betrachtungsweise adressiert diesen Kompetenzkonflikt: Mit dem Optimierungscharakter der Grundrechte kann ein expansives Grundrechtsverständnis, welches sich auch auf das Verhältnis zwischen dem Gesetzgeber und dem Bundesverfassungsgericht auswirkt, einhergehen. Gleichwohl bietet die Prinzipientheorie ebenso Einhegungsmöglichkeiten. So steht die Spielraumdogmatik einer Angleichung der Verfassungsgerichtsbarkeit an den Gesetzgeber entgegen.

Der Rekurs auf die Spielraumdogmatik alleine vermag es allerdings nicht, eine verfassungsgerichtliche Kontrollfunktion zu begründen, welche der tatsächlich erreichten Legitimationshöhe des Bundesverfassungsgerichts entspricht. Um eine Legitimationsadäquanz attestieren zu können, bedarf es einer weiteren Begrenzung der Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts: Hinreichend demokratisch legitimiert ist das Bundesverfassungsgericht in einer gebundenen Kontrollfunktion.

I. Die Spielraumdogmatik als Einwand gegen die Kritik Böckenfördes

Nach Alexys Replik auf die Kritik Böckenfördes steht einer „Überkonstitutionalisierung“, welche einen Jurisdiktionsstaat zur Folge hätte, die Spielraumdogmatik der Prinzipientheorie entgegen: „Die Probleme der Konstitutionalisierung lassen sich in einer Spielraumdogmatik lösen.“[293] Hinsichtlich dieser Spielraumdogmatik stelle die Differenzierung zwischen strukturellen und epistemischen Spielräumen die entscheidende Dichotomie dar[294]: Alle Spielräume seien „entweder struktureller oder epistemischer Art“.[295]

Hinsichtlich der Rekonstruktion epistemischer Spielräume kann auf die Ausführungen zur Wirkweise der formellen Prinzipien, im Speziellen auf das epistemische Modell, verwiesen werden.[296] Während bei epistemischen Spielräumen die formellen Prinzipien wirken, so spielen sie bei strukturellen Spielräumen keine

[293] *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 30.

[294] Vgl. *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 16.

[295] *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 32.

[296] Vgl. hierzu oben, S. 242 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rolle.[297] Ein struktureller Spielraum ergibt sich im Falle eines Abwägungspatts. In diesem Fall hat das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber die Entscheidungsbefugnis zuzubilligen.[298] Dies ergebe sich bereits daraus, dass die verfassungsgerichtliche Kontrolle ausschließlich die Verfassung zum Maßstab habe; stellt diese – wie im Falle eines strukturellen Spielraums – etwas frei, so endet nach Alexy an dieser Stelle jede verfassungsgerichtliche Kontrolle.[299] Folgt der gesetzgeberische Spielraum im Falle eines strukturellen Spielraums zwar nicht unmittelbar aus dem Wirken des formellen Prinzips, so ist zumindest ein mittelbarer Zusammenhang denkbar. So kann sich ein Abwägungspatt, infolge der Aufnahme der Variable *S* in die Gewichtsformel, auch aufgrund der Berücksichtigung epistemischer Unsicherheiten ergeben, im Rahmen derer das formelle Prinzip nach dem epistemischen Modell Wirkung entfaltet.

II. Die durch die Spielraumdogmatik begrenzte Funktion des Bundesverfassungsgerichts

Der Ausgangspunkt der Kritik Böckenfördes trifft zu. Die Klassifizierung der Grundrechte als Prinzipien wirkt sich auf deren Anwendung aus. Die „(schöpferische) Ausfüllung von etwas nur der Richtung oder dem Prinzip nach Festgelegtem“[300] kennzeichnet die Anwendung von Optimierungsgeboten, deren gebotenes Maß der Erfüllung eben auch von dem Grad der rechtlichen Erfüllbarkeit abhängt.[301] Dies hat Konsequenzen für die staats- und verfassungstheoretische Funktion der Grundrechte. Die Conclusio Böckenfördes, wonach sich, infolge des Prinzipiencharakters der Grundrechte, die Rolle des Bundesverfassungsgerichts „von rechtsanwendender Rechtsprechung zu verfassungsbezogener Jurisdictio im alten Sinn“[302] wandele, ist hingegen damit noch nicht zwingend verknüpft. Vielmehr lässt sich die Kritik Böckenfördes unter Verweis auf die Spielraumdogmatik entkräften.

1. Rekonstruktion des hinreichenden Legitimationsniveaus durch Spielraumdogmatik?

Zunächst ist festzuhalten, dass Böckenförde im Rahmen seiner Kritik lediglich von „Prinzipien-Normen“ spricht, ohne innerhalb dieser Kategorie näher zu diffe-

[297] Vgl. *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 16 f.

[298] Vgl. *Klatt/Schmidt*, Spielräume im Öffentlichen Recht, S. 63 ff.

[299] Vgl. *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 16.

[300] *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 186.

[301] Vgl. hierzu oben, S. 215 ff.

[302] *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 185 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

renzieren; auf das Konstrukt formeller Prinzipien wird nicht eingegangen.[303] Es kann mithin konstatiert werden, dass das formelle Prinzip, unabhängig von seiner konkreten Wirkweise, die Kritik Böckenfördes relativiert, sie gleichwohl nicht gänzlich zu entkräften vermag. Bereits in seiner ursprünglichen Konzeption bezeichnete Alexy es als formelles Prinzip, „daß der demokratische Gesetzgeber die für die Gemeinschaft wichtigen Entscheidungen treffen soll.“[304] Diese Ausführungen sind Ausweis dafür, dass Alexy zu keinem Zeitpunkt eine Gleichstellung von Verfassungsgerichtsbarkeit und Parlament anstrebte. Vielmehr stellen die formellen Prinzipien einen Versuch dar, den Kompetenzkonflikt zwischen Gesetzgeber und Verfassungsgerichtsbarkeit rekonstruktiv zu lösen. Die formellen Prinzipien fungieren gleichsam als Korrelat zum Optimierungscharakter der Grundrechte, welchem die Tendenz zu einem expansiven Charakter der Grundrechtsjudikatur eingeschrieben ist.

Ob es zur Auflösung dieses Kompetenzkonflikts ausreicht, das Wirken der formellen Prinzipien auf epistemische Spielräume zu begrenzen, ist damit freilich noch nicht gesagt. Angesichts der, wie dargelegt, äußerst schwach ausgeprägten materiell-inhaltlichen Legitimation des Bundesverfassungsgerichts erscheint es als äußerst fraglich, die Funktion des Bundesverfassungsgerichts schon unter Verweis auf die Einräumung epistemischer Spielräume des Gesetzgebers als hinreichend legitimiert anzusehen. Auch die neben die epistemischen Spielräume tretenden strukturellen Spielräume vermögen diese Zweifel lediglich bedingt auszuräumen. Zwar vermag die Differenzierung Alexys zwischen dem Zwecksetzungs-, dem Mittelwahl- sowie dem Abwägungsspielraum als Kategorien des strukturellen Spielraums[305] zu überzeugen.

Jedoch lässt sich im Hinblick auf den Abwägungsspielraum – nach Alexy das „Kernstück der Rahmendogmatik“[306] – festhalten, dass dieser, ohne das Hinzutreten eines *normativen* Spielraums des Gesetzgebers *innerhalb* der Abwägung letztlich in das Belieben des Bundesverfassungsgerichts gestellt wird. Es verdient Zustimmung, dass, das was „die Verfassung nicht entscheidet, […] durch sie freigestellt“[307] ist, sich mithin im Falle eines Abwägungspatts ein struktureller Spielraum ergibt. Die Antwort auf die Frage, wann ein solches Abwägungspatt und somit ein Spielraum des Gesetzgebers vorliegt, obläge bei Zugrundelegung der Spielraumdogmatik stets und alleinig dem Verfassungsgericht als Kontrollinstanz. Sofern das Bundessverfassungsgericht den Variablen der Gewichtsformel – abgesehen von epistemischen Spielräumen – unabhängig vom Gesetzgeber eigene Werte einschreiben kann, mithin

[303] Vgl. *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 185 ff.

[304] *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 120.

[305] Vgl. *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 16 ff.

[306] *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 18.

[307] *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 22.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

eine gänzlich unabhängige Eigenabwägung vornimmt, so kann es nach Belieben darüber befinden, ob ein Abwägungspatt und damit ein gesetzgeberischer Spielraum vorliegt oder nicht. Die begrenzende Wirkung des strukturellen Spielraums droht somit, ohne einen damit korrespondierenden normativen Spielraum, leerzulaufen. Eingedenk dessen prekärer sachlich-inhaltlicher Legitimation kann in der Spielraumdogmatik keine hinreichende normative Eingrenzung der Funktion des Bundesverfassungsgerichts gesehen werden.

2. Funktionsbeschränkung durch „judicial self-rastraint"?

Gleiches gilt im Ergebnis auch für die richterliche Selbstbeschränkung. Den Grundsatz der richterlichen Zurückhaltung legte sich das Bundesverfassungsgericht 1973 selbst auf, indem es „den Verzicht ‚Politik zu treiben', d. h. in den von der Verfassung geschaffenen und begrenzten Raum freier politischer Gestaltung einzugreifen"[308], erklärte. Mag aus diesen Ausführungen zunächst der Eindruck erwachsen, das Gericht gelobe Zurückhaltung hinsichtlich der Ausschöpfung seines Prüfungsumfangs, wird dieser dadurch konterkariert, dass das Gericht an anderer Stelle betont, der Verletzung verfassungsrechtlicher Maßstäbe durch politisches Handeln überall dort entgegenzutreten, wo solche normiert sind.[309] Hat der Grundsatz des „judicial self-restraint" folglich lediglich die grundsätzliche Anerkennung des von der Verfassung garantierten Raumes freier politischen Gestaltung zum Gegenstand,[310] so stellt sich die Frage, inwiefern tatsächlich von richterlicher Zurückhaltung[311] die Rede sein kann: Eine Zurückhaltung im Sinne einer Selbstbeschränkung kann angesichts der Tatsache, dass das Bundesverfassungsgericht sehr wohl gedenkt, den ihm eingeräumten Prüfungsumfang bei Bedarf voll auszuschöpfen, jedenfalls nicht attestiert werden.[312]

3. Funktionsbeschränkung durch „unsichtbare Grenzen"?

Reichen epistemische und strukturelle Spielräume nicht aus, um eine hinreichend legitimierte Funktion des Bundesverfassungsgerichts zu begründen, so könnte das Hinzutreten weiterer, „unsichtbarer" Grenzen des Bundesverfassungsgerichts die gebotene Funktionsbeschränkung bewirken. In diesem Sinne hält der ehemalige

[308] BVerfGE 36, 1 (14).

[309] Vgl. BVerfGE 62, 1 (51).

[310] Vgl. BVerfGE 36, 1 (14 f.).

[311] Vgl. zu der Frage, ob eine solche richterliche Selbstbeschränkung überhaupt zulässig wäre *Murswiek*, Der Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolle staatlicher Öffentlichkeitsarbeit, S. 532; *Exner*, „Verfassungswidrige Verfassungsrechtsprechung?", S. 543.

[312] Vgl. *Exner*, „Verfassungswidrige Verfassungsrechtsprechung?", S. 543; vgl. auch *Großfeld*, Zur Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Grundgesetz, S. 3544, welcher von der Ermahnung zum „selfrestraint" als „Beschwichtigungsrhetorik" und „Erbauungsliteratur" spricht.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Präsident des Bundesverfassungsgerichts Voßkuhle kritischen, eine „Entgrenzung“[313] des Bundesverfassungsgerichts postulierenden Stimmen, sogenannte „unsichtbare“ Grenzen des Gerichts entgegen, welche „die Arbeit des Bundesverfassungsgerichts seit Langem prägen, […] aber in der Öffentlichkeit wenig bekannt sind und auch von der Rechtswissenschaft mitunter (zu) wenig beachtet werden“.[314] Voßkuhle hebt unter anderem den Diskurszusammenhang mit den wissenschaftlichen Mitarbeitern,[315] den Gerichtsverbund im europäischen Mehrebenensystem[316] sowie die „Beobachtung“ durch die Rechtswissenschaft – nach Voßkuhle stellt sich der „Einfluss der Wissenschaft als anregender, aber auch korrigierender und disziplinierender Faktor bei der Entscheidungsfindung“[317] dar – als Beschränkungen der richterlichen Gestaltungsmacht hervor.

Diesen „unsichtbaren Grenzen“ kann entgegengehalten werden, dass es sich allenfalls um soziale Beschränkungen handelt. Zwar mögen Bedenken, welche von einem wissenschaftlichen Mitarbeiter des Gerichts vorgetragen werden, ebenso wie die Aussicht einer negativen Resonanz aus der Literatur eine hemmende Wirkung auf einzelne Bundesverfassungsrichter entfalten. Es handelt sich jedoch um Hemmnisse, welche die sozialen Folgen der Ausübung von Kompetenzen verdeutlichen, ohne jedoch die materielle Reichweite der Kompetenzen zu beschränken. Die genannten Faktoren betreffen mithin die Frage, welche sozialen Konsequenzen die Kompetenzausübung der Bundesverfassungsrichter zeitigen, nicht die nach der abstrakten Reichweite dieser Kompetenzen. So mag ein Bundesverfassungsrichter eine bestimmte Entscheidung, bei welcher kritische Repliken aus der Literatur zu erwarten sind, gegebenenfalls nicht treffen wollen, er *kann* es aber gleichwohl. Hält Böckenförde der Möglichkeit des judicial-self-restrain entgegen, dieser Ansatz verbleibe „rein subjektiv, ohne greifbaren Maßstab und folglich ohne Objektivierbarkeit“,[318] so gilt dies in nur noch stärkeren Maße für die von Voßkuhle vorgebrachten „unsichtbaren Grenzen“. Es handelt sich mithin allenfalls um Aspekte, welche (mittelbar) die *Legitimität*, nicht aber die *Legitimation* des Bundesverfassungsgerichts betreffen.[319] Ein spezifisch demokratietheoretischer Bezug der genannten Beschränkungen ist nicht ersichtlich.[320]

---

[313] Vgl. *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger*, Das entgrenzte Gericht.

[314] *Voßkuhle*, Karlsruhe Unlimited? Zu den (unsichtbaren) Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 578.

[315] Vgl. *Voßkuhle*, Karlsruhe Unlimited? Zu den (unsichtbaren) Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 579 f.

[316] Vgl. *Voßkuhle*, Karlsruhe Unlimited? Zu den (unsichtbaren) Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 580 f.

[317] *Voßkuhle*, Karlsruhe Unlimited? Zu den (unsichtbaren) Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 582.

[318] *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 191 ff.

[319] Vgl. zur Differenzierung zwischen den Begriffen der Legitimität und der Legitimation *Voßkuhle/Sydow*, Die demokratische Legitimation des Richters, S. 674.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

4. Keine hinreichend begrenzte Funktion des Bundesverfassungsgerichts

Der Kritik Böckenfördes, wonach der Klassifizierung der Grundrechte als Optimierungsgebote die Rolle des Bundesverfassungsgerichts als „Jurisdictio im alten Sinn“[321] immanent sei, kann die Spielraumdogmatik Alexys entgegengehalten werden: Der Grundsatz, wonach dem Gesetzgeber die zentralen gesellschaftlichen Entscheidungen obliegen, findet als formelles Prinzip innerhalb der Prinzipientheorie Berücksichtigung und wird von strukturellen Spielräumen flankiert. Gleichwohl vermag es diese Spielraumdogmatik nicht, die Funktion des Bundesverfassungsgerichts in dem Maße einzugrenzen, das dem legitimationstheoretischen Erfordernis der Funktionsadäquanz[322] genüge getan wird.

Eingedenk der prekären sachlich-inhaltlichen Legitimation des Bundesverfassungsgerichts[323] sowie dessen eingeschränkter personeller Legitimation, welche sich mangels organisatorischer Rückbindung als einmaliger Akt darstellt,[324] übersteigt die verfassungsgerichtliche Kontrollfunktion, welche lediglich durch die Spielraumdogmatik umschränkt wird, die Legitimationshöhe, welche dem Bundesverfassungsgericht konstatiert werden kann. Es bedarf einer schärferen Begrenzung der Funktion des Bundesverfassungsgerichts, um eine Äquivalenz zu dessen Legitimationshöhe konstatieren zu können.

F. Das Modell gebundener Kontrolle

Die über die Spielraumdogmatik Alexys hinausgehende Eingrenzungsbedürftigkeit der verfassungsgerichtlichen Kontrollfunktion resultiert aus der zu geringen Legitimationshöhe des Bundesverfassungsgerichts. Es gilt daher, ausgehend von diesem Befund, die Funktion zu rekonstruieren, in welcher das Bundesverfassungsgericht hinreichend legitimiert ist, um die verfassungsgerichtliche Funktion in Einklang mit der Legitimationshöhe des Bundesverfassungsgerichts zu bringen.

---

[320] Anders steht es immerhin um die „soziale Kontrolle des einzelnen Richters durch das Kollegium“, welche *Voßkuhle*, Karlsruhe Unlimited? Zu den (unsichtbaren) Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 579, ebenfalls als beschränkenden Faktor hervorhebt. Zwar mag die *soziale* Natur dieser Kontrolle ebenfalls in Richtung der Legitimität weisen. Jedoch ist die pluralistische Besetzung der Senate des Bundesverfassungsgerichts Ausfluss des Zwei-Drittel Erfordernisses der Verfassungsrichterwahl – vgl. hierzu oben, S. 152 ff. – und weist somit zumindest einen demokratietheoretischen Bezug auf. Auch sind die Sondervoten, welche Voßkuhle ebenfalls hervorhebt, Ausfluss der pluralistischen Besetzung der Senate des Bundesverfassungsgerichts und haben mithin auch demokratietheoretische Relevanz.

[321] *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 186.

[322] Vgl. hierzu oben, S. 204 ff.

[323] Vgl. hierzu oben, S. 186 ff.

[324] Vgl. hierzu oben, S. 178 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Differenz zwischen der lediglich durch die Spielraumdogmatik beschränkten Funktion des Bundesverfassungsgerichts sowie dessen Legitimationshöhe ist maßgeblich auf die äußerst schwach ausgeprägte materielle Rückbindung des Verfassungsgerichts an den Gesetzgeber zurückzuführen. Da einer sachlich-inhaltlichen sowie organisatorischen Rückbindung des Verfassungsgerichts die richterliche Unabhängigkeit der Bundessverfassungsrichter entgegensteht, beruht deren Legitimation im Kern auf einem einmaligen (Wahl-)Akt. Hinsichtlich der Rekonstruktion einer legitimationsadäquaten Funktion des Bundesverfassungsgerichts drängt sich als Korrelat jener Ermangelung einer materiellen legitimatorischen Rückbindung eine Rückbindung an die Wertungen des Gesetzgebers im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle auf. Die im Folgenden darzulegende Kontrollbindung korrespondiert mit der schwach ausgeprägten materiellen Rückbindung des Gerichts.

Das Modell gebundener Kontrolle verschafft den Wertungen des Gesetzgebers auch auf materieller Ebene Geltung: Es statuiert ein Gewichtigkeitserfordernis.[325] Nur bei einer hinreichend gewichtigen Abweichung von den gesetzgeberischen Prämissen kann das Bundesverfassungsgericht von diesen abweichen.[326] Somit wird dem Gesetzgeber ein normativer Spielraum eingeräumt,[327] welcher sich nicht le-

[325] Vgl. auch *Murswiek*, Der Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolle staatlicher Öffentlichkeitsarbeit, S. 537, welcher ebenfalls dafür plädiert, den Umfang der verfassungsgerichtlichen Nachprüfung in dem Sinne einzuschränken, dass lediglich in einer gewichtigen Grenzüberschreitung ein materieller Verfassungsverstoß zu sehen ist.

[326] Die Figur eines Gewichtigkeitserfordernisses findet sich auch – wenngleich in anderem Gewand – in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wieder, vgl. hierzu *Murswiek*, Der Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolle staatlicher Öffentlichkeitsarbeit, S. 537.

[327] Vgl. hierzu *E. Forsthoff*, Über Maßnahme-Gesetze, S. 232 f.: „Die Bindung der Gesetzgebung an die Verfassung und die Kontrolle darüber, ob diese Bindung beachtet worden ist, durch ein Gericht sind dem Umfang nach nicht gleich. Die Bindung des Handelnden geht weiter als die Funktion des Kontrollierenden, weil sie in einem gewissen Umfang der Kontrolle notwendig entzogen ist. Im Zweifel hat der Handelnde vor dem Kontrollierenden recht und das hat seinen guten Sinn. Das gilt in erhöhtem Maße für die moderne, geistig nicht homogene Gesellschaft, die nur wenige gemeinverbindliche Maßstäbe kennt, nach denen Gleichheit und Ungleichheit, Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit überzeugend in jedem Falle geschieden werden können. In dem weiten Bereich, in dem Meinung gegen Meinung steht, kann es nicht Aufgabe des Gerichts sein, seine subjektive Meinung als gemeinverbindlich festzusetzen. Es muß der Tatsache des Meinungswiderstreits Rechnung tragen, selbst wenn es eine der widerstreitenden Meinungen für richtig, die andere für falsch hält. Nur dann, wenn sich zugunsten eines Gesetzes überhaupt kein vernünftiges und vor dem ethischen Bewußtsein bestehendes Argument anführen läßt, wird die richterliche Kontrolle wirksam.“ Dieses Zitat Forsthoffs datiert aus der Frühphase der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 1 GG, welche Anknüpfungspunkt der vorstehenden Ausführungen ist. In der Folgezeit hat sich der gesetzgeberische Spielraum in diesem Bereich im Verlaufe der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, über die Ergänzung der Willkürformel, vgl. BVerfGE 1, 14 (52); 1, 208 (247), mit der Neuen Formel, vgl. BVerfGE 55, 72 (89); 78, 232 (248), enorm eingeschränkt. Ob nunmehr das Bundesverfassungsgericht im Rahmen seiner Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 3 GG noch die „starke Zurückhaltung“ (S. 232) auferlegt, welche Forsthoff 1955

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

diglich auf die Variable *S* beschränkt. Dieser normative Spielraum tritt neben den epistemischen sowie den strukturellen Spielraum. Die mit dem gebundenen Kontrollmodell angereicherte Spielraumdogmatik vermag es, die Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts auf ein legitimationsadäquates Niveau zu begrenzen.

I. Demokratie in der Metaebene: Das epistemische Modell Alexys als Anknüpfungspunkt

Das Modell gebundener Kontrolle knüpft an das epistemische Modell Alexys an. Im epistemischen Modell wirkt das formelle Prinzip in der Abwägung zweiter Stufe, um den Wert der Variable S zu rechtfertigen. Es tritt dabei der epistemischen Optimierungsdimension des materiellen grundrechtlichen Prinzips entgegen. Bemisst sich der Wert einer Variable anhand normativer Gegenstände, so liegt es nahe, diese in einer Abwägung zu fassen.[328] Die Konzeption einer solchen Abwägung zweiter Stufe birgt den Vorteil, die Rationalität der externen Rechtfertigung zu gewährleisten. Dies gilt grundsätzlich für alle Variablen, nicht nur für die epistemische Variable S.[329] Vor diesem Hintergrund erscheint es – mit Blick auf das Bundesverfassungsgericht – nicht überzeugend, das formelle Prinzip lediglich auf die epistemische Metaebene zu beschränken. Die schwach ausgeprägte materielle Rückbindung des Bundesverfassungsgerichts an den Gesetzgeber[330] lässt es als geboten erscheinen, das formelle Prinzip, wonach der Gesetzgeber die für die Gemeinschaft wichtigen Entscheidungen zu treffen hat, auch auf materieller Ebene zu berücksichtigen.

Es stellt sich die Frage, wie genau sich formelle Prinzipien in die Gewichtsformel integrieren lassen. Die Werte der Variablen *I* und *G* ebenfalls durch eine Abwägung zweiter Stufe zu rechtfertigen, in welche das formelle Prinzip eingestellt wird, ist nicht möglich, da es an einem Äquivalent zur epistemischen Optimierungsdimension fehlt, welches dem formellen Prinzip in der Abwägung zweiter Stufe entgegentritt. Die materielle Optimierungsdimension kann nicht zur externen Rechtfertigung herangezogen werden. Sie ist als Prinzipien-Charakteristikum mitursächlich für die Abwägung als Anwendungsform der Prinzipien, findet somit bereits in der Abwägung an sich Ausdruck. Das formelle Prinzip wirkt folglich in der Metaebene, jedoch nicht in einer Abwägung zweiter Stufe: Es bewirkt mangels abwägungsfähigen Äquivalents stets eine begrenzte Kontrollbindung des Bundesverfassungsgerichts.

konstatierte, darf bezweifelt werden. Dennoch geht die Stoßrichtung Forsthoffs, nach welcher die Bindung des Handelnden weiter geht als die Funktion des Kontrollierenden, mit dem hier verfolgten Ansatz, dem Gesetzgeber einen über die bloße Zustimmung des Bundesverfassungsgerichts hinausgehenden Spielraum einzuräumen, d'accord.

[328] Vgl. *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 469.

[329] Vgl. *Borowski*, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, S. 469.

[330] Vgl. zur sachlich-inhaltlichen Legitimation des Bundesverfassungsgerichts oben, S. 186 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Der Rahmen der Verfassungsmäßigkeit: Gesetzgeberischer Spielraum jenseits verfassungsgerichtlicher Zustimmung

Der Grundgedanke des gebundenen Kontrollmodells lässt sich anhand eines Rückgriffs auf die vorstehend erörterten Vorverständnisse der Verfassung als Grund- oder als Rahmenordnung illustrieren. Ein solcher Rückgriff könnte sich freilich bereits deshalb Kritik ausgesetzt sehen, da Alexy die Vereinbarkeit des Rahmenordnungsverständnisses mit dem der Verfassung als Grundordnung darlegt. Demnach eignen sich die Verständnisse nicht als klar ausdifferenzierte Gegenentwürfe, anhand derer sich eine Grundentscheidung über die Verfassung treffen lässt.[331] Die Kompatibilität der beiden Verfassungsverständnisse hebt diese indes nicht auf, sie verbleiben vielmehr als Idealtypen mit eigenem Aussagegehalt, welche sich für die Grundrechtstheorie fruchtbar machen lassen. Einem Rückgriff auf das Verfassungsverständnis der Rahmenordnung steht der treffende Befund von dessen Kompatibilität mit dem Verständnis der Grundordnung demnach nicht entgegen.

Mit Wahl bietet das Verständnis der Verfassung als Rahmenordnung die Möglichkeit, der Angleichung der Kompetenzen von Gesetzgeber und Verfassungsgerichtsbarkeit entgegenzuwirken.[332] Das Rahmenverständnis wird dabei nicht lediglich auf die Verfassung in ihrer Gänze, sondern auch auf die einzelnen Verfassungsnormen bezogen:[333]

> „Eine als Rahmen verstandene Verfassungsnorm als Maßstab für ein Gesetz einzusetzen, richtet das Urteil nicht darauf, ob der Mittel-, der Höhe- oder Optimalpunkt getroffen ist, sondern ob das konkrete Gesetz ebenso ‚innerhalb des Rahmens‘ liegt, wie es andere Ausgestaltungen auch könnten.“

An diese Überlegungen Wahls knüpft das gebundene Kontrollmodell an. Das Bundesverfassungsgericht hat im Rahmen seiner Kontrollfunktion nicht zur Aufgabe, durch eine genuine Eigenabwägung den Optimalpunkt der materiellen Kollisionslage zu bestimmen. Vielmehr gilt es zu bestimmen, ob sich das Abwägungsergebnis des Gesetzgebers noch innerhalb des „Rahmens der Verfassungsmäßigkeit“ befindet.

Um den „Rahmen der Verfassungsmäßigkeit“ zu bestimmen, bieten sich im Wesentlichen zwei Möglichkeiten an. Zum einen könnte auf das Abwägungsergebnis insgesamt, zum anderen auf die Werte, welche den Variablen eingeschrieben werden, abgestellt werden. Die erste Möglichkeit wirft Bedenken hinsichtlich der Wahrung der Rationalität der Abwägung auf. Hinsichtlich der Rationalität der Abwägung ist zwischen der internen und der externen Rechtfertigung der Abwägung zu diffe-

[331] Vgl. *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 15.

[332] Vgl. *Wahl*, Der Vorrang der Verfassung, S. 506 f.

[333] *Wahl*, Der Vorrang der Verfassung, S. 507.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

renzieren.[334] Die interne Rechtfertigung betrifft die formale Struktur der Abwägung: die Gewichtsformel.[335] Die in die Abwägung einzufügenden Prämissen wiederrum sind Gegenstand der externen Rechtfertigung.[336] Um hinsichtlich der Bestimmung des „Rahmens der Verfassungsmäßigkeit" auf das Abwägungsergebnis abzustellen, müsste dem zu kontrollierenden Organ ein über ein Abwägungspatt hinausgehender Spielraum eingeräumt werden. Dazu müssten das Bundesverfassungsgericht und der Gesetzgeber zunächst zu voneinander abweichenden Abwägungsergebnissen kommen. In einem zweiten Schritt müsste sodann festgestellt werden, ob die Abweichung noch innerhalb des dem Gesetzgeber zuzubilligenden Spielraums liegt. Hinsichtlich der unterschiedlichen Abwägungsergebnisse ist jedoch lediglich eine Ursache ersichtlich, welche nicht die Gewährleistung der Rationalität der Abwägung durch arithmetische Darstellung als eine der großen Leistungen der Gewichtsformel untergräbt: Den Variablen wurden von den Instanzen jeweils unterschiedliche Werte eingeschrieben. Bei gleicher Bewertung der Variablen können indes rational keine zwei unterschiedlichen Abwägungsergebnisse begründet werden. Obschon es zunächst Zweifel an der internen Rechtfertigung hervorrufen könnte, dem Gesetzgeber einen Spielraum im Hinblick auf das Abwägungsergebnis einzuräumen, ist die Richtigkeit der in die Abwägung eingefügten Prämissen – mithin die externe Rechtfertigung – Gegenstand der Betrachtung. Daran anknüpfend wäre es konsequent, sogleich auf die Werte, welche den Variablen eingeschrieben werden, abzustellen. Zumal ebenjener Einschreibung von Werten ein normativer Gehalt innewohnt, welcher über die bloße Rechtsanwendung hinausgeht und zuvörderst dem gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum zuzurechnen ist. Es erscheint daher vorzugswürdig, nicht am Abwägungsergebnis insgesamt, sondern an den Werten, welche den Variablen einzuschreiben sind, anzusetzen, um den „Rahmen der Verfassungsmäßigkeit" zu bestimmen.

III. Die Darstellung des gesetzgeberischen Spielraums in der Doppeltriade

Das Modell gebundener Kontrolle knüpft insoweit an das epistemische Modell an, als dass das formelle Prinzip ebenfalls in der Metaebene wirkt. Während sich die Wirkweise des formellen Prinzips in Bezug auf die Variable S nicht ändert, wirkt es im gebundenen Kontrollmodell ebenfalls in der Metaebene der Variablen I und G. Die Wirkweise des formellen Prinzips stellt sich hier jedoch nicht als Abwägung zweiter Stufe dar, sondern bewirkt vielmehr eine (begrenzte) Perspektivbindung.

[334] Vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 273.

[335] Vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 273: „In der internen Rechtfertigung geht es darum, ob das Urteil aus den zur Begründung angeführten Prämissen logisch folgt."; vgl. auch *Palu*, Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen, S. 145; *Portocarrero Quispe*, Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung, S. 63.

[336] Vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 273.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Kontrollinstanz nimmt keine originäre Eigenabwägung vor und setzt sodann die Werte der Variablen selbst fest, sondern ist an die Wertung der zu kontrollierenden Instanz als Ausgangspunkt gebunden.[337] Lediglich unter bestimmten Voraussetzungen kann die Kontrollinstanz von der Wertung der zu kontrollierenden Instanz abweichen und der jeweiligen Variable einen eigenen Wert beimessen – dann, wenn sich die nicht mehr innerhalb des Rahmens der Verfassungsmäßigkeit befindet. Dieser Rahmen ist anhand einer Eigenwertung zu bestimmen; die Wertung der zu kontrollierenden Instanz muss also von der Kontrollinstanz bewertet werden. Hinsichtlich der Darstellung dieser Wertung innerhalb der Abwägung könnte auf die triadische Skalierung zurückgegriffen werden. Die Wertung der zu kontrollierenden Instanz könnte mit zu niedrig (1), passend (2) oder zu hoch (4) gewichtet bewertet werden.

An dieser Stelle zeigt sich das Problem der Unterkomplexität der triadischen Skalierung: Innerhalb der drei Stufen lässt sich die Intensität einer Abweichung der kontrollierenden von der zu kontrollierenden Instanz nicht ausdrücken.[338] Die Kontrollinstanz wertet die Wertung entweder als passend oder unpassend (zu hoch respektive zu niedrig). Bei Zugrundelegung der triadischen Skalierung müsste die Kontrollinstanz die Wertung der zu kontrollierenden Instanz entweder stets oder lediglich bei einer Zustimmung ihrerseits übernehmen. Keine der beiden Möglichkeiten entspricht dem Ansatz des gebundenen Kontrollmodells. Der zu kontrollierenden Instanz soll gerade ein über die bloße Zustimmung der Kontrollinstanz hinausgehender Spielraum gewährt werden. Zugleich soll eine Kontrollfunktion gewahrt bleiben. Die Unterkomplexität der triadischen Skalierung ist ein bekanntes Problem, welches bereits an der Unmöglichkeit, zwischen extremen und nicht-extremen Unrecht zu unterscheiden, festgemacht wurde.[339] Eine Lösung des Problems

[337] An die Grenzen seiner praktischen Durchsetzbarkeit gerät das Modells gebundener Kontrolle freilich, wenn die Wertungen des Gesetzgebers dem Bundesverfassungsgericht unbekannt sind. Zwar wird das Abwägungsergebnis als solches der Kontrollinstanz stets bekannt sein, für die Werte der Variablen ist dies allerdings keinesfalls zwingend. Zwar wäre eine der Entscheidung vorgeschaltete Informationseinholung dem Grunde nach denkbar. Letztlich verdeutlicht diese Problematik im Rahmen der praktischen Durchsetzbarkeit jedoch den Charakter des Modells gebundener Kontrolle als rein theoretische Grenzziehung. Zur Frage der praktischen Durchsetzbarkeit vgl. unten, S. 256 ff.

[338] Wird an dieser Stelle die Unterkomplexität der triadischen Skalierung als problematisch hervorgehoben, so soll dies nicht ohne Benennung der Vorteile einer solch „groben“ Skalierung geschehen. So betont *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, S. 25, dass die strukturellen Spielräume ihre Existenz im Wesentlichen der triadischen Skalierung verdanken: „Je feiner die Skala wird, desto weniger Patts entstehen.“ Eine Verfeinerung dieser Skalierung sei möglich, jedoch „nicht überall sinnvoll“. Dem ist zuzustimmen, weshalb im Folgenden die triadische Skalierung für die Werte, welche den Variablen eingeschrieben werden, beibehalten werden soll. Lediglich hinsichtlich der Perspektivbindung in der Metaebene erweist sich die Unterkomplexität der triadischen Skalierung als problembehaftet.

[339] Vgl. *Trivisonno*, Die formellen Prinzipien und der Begriff des Rechts, S. 443 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

der Unterkomplexität findet sich ebenfalls innerhalb der Prinzipientheorie: Die doppeltriadische Skalierung.[340]

Die doppeltriadische Skalierung hat die Werte leicht-leicht (1), mittel-leicht (2), schwer-leicht (3), leicht-mittel (4), mittel-mittel (5), schwer-mittel (6), leicht-schwer (7), mittel-schwer (8) und schwer-schwer (9).[341] Im Rahmen des Modells gebundener Kontrolle ist eine dynamische Skalierung vorzunehmen, mit dem Wert 5 als Mediator. Veranschaulichen lässt sich dies am Beispiel einer Abwägung der Berufsfreiheit mit der Eigentumsgarantie: Nach der Einschätzung des Gesetzgebers kommt dem Schutz der Berufsfreiheit im konkreten Fall ein hohes Gewicht zu, I_i wird daher in der Abwägung der Wert 4 eingeschrieben. Der Gesetzgeber kommt zu dem Abwägungsergebnis $Gi,j{=}2$, die Berufsfreiheit überwiegt demnach. Das Bundesverfassungsgericht als Kontrollinstanz kann nun nicht ohne weiteres der Variable I_i den, nach eigener Ansicht passenden, Wert 2 einschreiben und sodann, zu einem anderen Abwägungsergebnis kommend, die Entscheidung des Gesetzgebers als verfassungswidrig verwerfen. Vielmehr ist die Entscheidung, der Variable I_i den Wert 4 einzuschreiben, selbst zu bewerten. Stimmt das Gericht der Einschätzung des Gesetzgebers zu, so ist diese als 5 einzustufen. Hält das Gericht die Wertung für graduell zu hoch, wäre sie als 6 und hält es sie für zu hoch als 7 einzustufen. Eine 8 entspräche einer deutlich zu hohen Wertung durch den Gesetzgeber. Soweit die Wertung des Gesetzgebers als unhaltbar hoch gewertet wird, so würde dieser Extremfall in einer Bewertung mit 9 Ausdruck finden. Sieht nun also das Bundesverfassungsgericht die Wertung des Gesetzgebers als zu hoch an und bewertet diese folglich mit einer 7, so ist es gleichwohl an die gesetzgeberische Wertung gebunden. Lediglich im Falle einer deutlich zu hohen Wertung oder gar im Extremfall einer im unhaltbaren Maße zu hohen Wertung, könnte das Bundesverfassungsgewicht von der Wertung des Gesetzgebers abweichen und der Variable den eigenen Wert – im zugrundeliegenden Beispielsfall eine 2 – einschreiben.

Bei Zugrundelegung des hier verfolgten Ansatzes – der Einräumung eines gesetzgeberischen, über die bloße Zustimmung hinausgehenden Spielraums, ohne die verfassungsgerichtliche Kontrolle auf eine Evidenzkontrolle zu beschränken – erscheint es als zwangsläufig, den nicht anfechtbaren Spielraum auf die Spanne von 3 bis 7 zu beziffern. Die Werte 3 und 7 fungieren mithin als Schwellenwerte. Dürfte das Bundesverfassungsgericht nur dann von der gesetzgeberischen Wertung abweichen, wenn es diese für unhaltbar halten würde – dem Gesetzgeber wäre in diesem Fall ein Spielraum bei einer Bewertung von 2 bis 8 zu gewähren – so käme dem Bundesverfassungsgericht lediglich die Funktion einer Evidenzkontrolle zu. Dies würde weder dessen institutioneller Ausgestaltung noch der erreichten Legitimationshöhe des Bundesverfassungsgerichts entsprechen. Auch damit, den Spielraum auf eine Spanne von 4 bis 6 zu beziffern, wäre nichts gewonnen. Zwar wäre der Grad der

[340] Vgl. *Alexy*, A Theory of Constitutional Rights, S. 412.

[341] Vgl. *Alexy*, Die Gewichtsformel, S. 786 ff.; *Alexy*, A Theory of Constitutional Rights, S. 412; vgl. *Trivisonno*, Die formellen Prinzipien und der Begriff des Rechts, S. 444.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Zustimmung durch das Bundesverfassungsgericht feiner ausdifferenziert darstellbar, als es bei Zugrundelegung der triadischen Skalierung der Fall wäre, ein über die bloße Zustimmung hinausgehender Spielraum wäre indes nicht begründet. Die Spanne von 4 bis 6 in der doppeltriadischen Skalierung entspräche einer 2 in der triadischen Skalierung, welche die Zustimmung zu der gesetzgeberischen Wertung ausdrückt. Bindet man das Bundesverfassungsgericht hingegen an die vom Gesetzgeber getroffene Wertung, sofern es diese nicht als deutlich abweichend oder gar unhaltbar wertet – dies entspräche einer Spanne von 3 bis 7 – so lässt sich ein dem hier verfolgten Ansatz entsprechender normativer Spielraum begründen.

IV. Theoretische Grenzziehung ohne praktische Durchsetzbarkeit

Diesem Vorgehen lässt sich der Einwand entgegenhalten, dass die Bewertung der gesetzgeberischen Wertung und damit auch die Möglichkeit der Abweichung von dieser, letztlich ins Belieben des Bundesverfassungsgerichts gestellt wird. Wenn an vorstehender Stelle konstatiert wurde, der strukturelle Spielraum drohe ohne normatives Korrelat leerzulaufen, da die Herbeiführung respektive Vermeidung eines solchen stets ins Belieben des Bundesverfassungsgerichts gestellt werde,[342] liegt die Frage nahe, ob dieser Einwand nicht in gleichem Maße das Modell gebundener Kontrolle betrifft. Wird mithin in der Theorie eine Grenze gezogen, welche in der Praxis keine ist?

In der Tat ist der Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts, letztverbindlich zu entscheiden, die Ermangelung einer Kassationsmöglichkeit bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen inhärent. Das „Monopol der letzten Entscheidung“ – nach Schmitt der ausschlaggebende Faktor für die Frage, wo die Macht liegt[343] – kommt dem Bundesverfassungsgericht zu. Die Ermangelung einer praktischen Durchsetzbarkeit – in dem Sinne, dass im Falle einer Nichtbeachtung durch das Bundesverfassungsgericht eine rechtliche Handhabe bestünde – ist allen Versuchen der Begrenzung der letztinstanzlichen Verfassungsgerichtsbarkeit gemein.[344] Dies gilt mithin für die von Voßkuhle vorgebrachten „unsichtbaren Grenzen“ des Bundesverfassungsgerichts[345] ebenso wie für den Grundsatz des „judicial self-restraint“. Nach Exner ist selbst im materiellen Verfassungsrecht keine wirksame Grenze für das Bundesverfassungsgericht zu sehen, da sich dieses vorbehalte, „die Grenzen des

[342] Vgl. hierzu oben, S. 245 ff.

[343] Vgl. *Schmitt*, Politische Theologie, S. 13, welcher schlussfolgert, dass Wesen staatlicher Souveränität sei „nicht als Zwangs- oder Herrschaftsmonopol, sondern als Entscheidungsmonopol juristisch zu definieren“.

[344] Vgl. zur Letztinterpretationskompetenz des Bundesverfassungsgerichts *Bäcker*, Nichtbegründetes Nichtannehmen, S. 495 ff.

[345] Vgl. *Voßkuhle*, Karlsruhe Unlimited? Zu den (unsichtbaren) Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 577 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

materiellen Verfassungsrechts bei Bedarf den Erfordernissen des konkreten Einzelfalls anzupassen".[346]

In Anbetracht der eine „Entgrenzung" des Bundesverfassungsgerichts diagnostizieren andere Stimmen,[347] steht die Ermangelung einer praktischen Durchsetzbarkeit der theoretischen Grenzziehung der verfassungsgerichtlichen Kompetenzen dieser nicht entgegen, sondern verdeutlicht vielmehr deren Notwendigkeit: Gerade die Tatsache, dass dem Bundesverfassungsgericht de facto und de jure das „letzte Wort" zukommt, verlangt eine Bestimmung, wann dieses gesprochen werden darf. Dieser Befund wird durch die insoweit paradigmatischen Äußerungen Exners, wonach eine „rechtlich (effektiv) ungebundene Verfassungsgerichtsbarkeit […] im modernen Staatsgefüge der Bundesrepublik Deutschland keinen Platz"[348] habe, oder auch Schönbergers, wonach die Verfassungsgerichtsbarkeit in gefestigten demokratischen Verhältnissen Eltern gleicht, „die das Erwachsenwerden ihres Kindes einfach nicht zur Kenntnis nehmen wollen oder durch Überfürsorge sogar behindern"[349], nur unterstrichen. Eine Begrenzung des Bundesverfassungsgerichts erscheint im Hinblick auf dessen begrenzte Legitimation als konsequent, ebenso aber im Hinblick auf dessen Legitimität als geboten. Die hier vorgenommene Begrenzung des Bundesverfassungsgerichts durch das Modell gebundener Kontrolle ist somit eine Begrenzung, welche im Sinne des Bundesverfassungsgerichts vorgenommen wird.

Einem Vorgehen, welches in Ermangelung einer praktischen Durchsetzbarkeit der hier vorgenommenen dogmatischen Begrenzung auf eine „Selbstbegrenzung" des Bundesverfassungsgerichts setzt, sind gewichtige Bedenken entgegenzuhalten: Nicht nur ermangeln diese ebenso der Sanktionierungsmöglichkeit bei Nichtbeachtung, sie vermögen es außerdem nicht, eine rechtliche Kompetenzbegrenzung der Verfassungsgerichtsbarkeit vorzunehmen.[350] An dieser Stelle zeigt sich die Stärke des Modells gebundener Kontrolle: Obschon das Bundesverfassungsgericht von der gesetzgeberischen Wertung abweichen und der betreffenden Variable einen eigenen Wert einschreiben darf, muss es hierfür zunächst eine entsprechende Bewertung der gesetzgeberischen Wertung vornehmen. Die normativ begrenzende Kontrollbindung bewirkt somit selbst im Falle eines böswillig handelnden Bundesverfassungsgerichts zumindest einen Transparenzgewinn.

---

[346] *Exner*, „Verfassungswidrige Verfassungsrechtsprechung?", S. 541. Dem Befund eines „grenzenlosen Bundesverfassungsgerichts" sucht Exner dadurch beizukommen, dass er diesem das „Monopol zur Verfassungsinterpretation" abspricht (540). Dieses Vorgehen sieht *Bäcker*, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, S. 239 Fn. 602, zwar als berechtigt, aber kontrarechtlich an.

[347] Vgl. *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger*, Das entgrenzte Gericht.

[348] *Exner*, „Verfassungswidrige Verfassungsrechtsprechung?", S. 541.

[349] *Schönberger*, Anmerkungen zu Karlsruhe, S. 45.

[350] Vgl. *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznorm, S. 192.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schlussbemerkungen

Im Zuge dieser Abhandlung ist dargelegt worden, dass sich der Demokratiejudikatur des Bundesverfassungsgerichts allgemeine Maßstäbe für das Erfordernis der demokratischen Legitimation hoheitlichen Handelns entnehmen lassen. Obschon sich das Gericht naturgemäß nie näher zur eigenen Legitimation äußerte, liegt es nahe, diese Maßstäbe für eine Anwendung auf das Gericht selbst fruchtbar zu machen. Der anschließende Gang der Untersuchung – die Bemessung der demokratischen Legitimation des Bundesverfassungsgerichts an dessen eigenen Maßstäben – offenbarte zwei wesentliche Probleme, deren Lösung sodann unternommen wurde.

Zum einen konnte die Konkretisierungsbedürftigkeit der tradierten Legitimationskettentheorie dargelegt werden. Vermag es die Theorie zwar, innerhalb der jeweiligen Legitimationsmodi durch eine ausdifferenzierte Dogmatik zu bestechen, so verbleibt die Ermangelung einer Präzisierung des Grenzwertes eines hinreichenden Legitimationsniveaus als offene Flanke. Die kriterielle Schärfe, welche die Legitimationskettentheorie auszeichnet, droht so ins Leere zu laufen.

Zum anderen konnte anhand der institutionellen Ausgestaltung des Bundesverfassungsgerichts in Ansehung dessen prekärer sachlicher sowie organisatorischer Rückbindung an den parlamentarischen Gesetzgeber – die Legitimation des Gerichts stellt sich als nahezu singulärer (Wahl-)Akt dar – das Bedürfnis einer Begrenzung des Bundesverfassungsgerichts dargelegt werden: Das Grundgesetz konstituiert keine Richteraristokratie, sondern eine parlamentarische Demokratie, in welcher das Bundesverfassungsgericht der rechtsprechenden Gewalt zugewiesen wird. Demokratisch legitimiert ist das Bundesverfassungsgericht somit in einer begrenzten, weil rechtsprechenden und eben nicht (de facto) staatsleitenden Funktion. Diese Begrenzung kann nicht in einer vorgeblichen Zurückhaltung seitens des Gerichts im Sinne des „judicial-self-restraint“ eingelöst werden; auch ein potentiell entgrenztes Gericht, welches von seinen Kompetenzen (aktuell) keinen umfassenden Gebrauch machen „will“, ist als solches nicht (hinreichend) demokratisch legitimiert. Wenn nicht jenen Stimmen Vorschub geleistet werden soll, welche ein entgrenztes Verfassungsgericht geradezu fordern, von welchem die relevanten gesellschaftlichen Fragen beantwortet werden mögen, während dem Gesetzgeber lediglich jene Fragmente zur politischen Entscheidung verblieben, welche das Gericht ihm überlässt, so bedarf es einer dogmatischen, gerade nicht ins Belieben des Gerichts gestellten Begrenzung.

Beiden Problemen lässt sich mit der Prinzipientheorie Alexys begegnen. Anhand einer prinzipientheoretischen Rekonstruktion der dem Legitimationsniveau ad-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

äquaten Funktion des Bundesverfassungsgerichts lässt sich jene Lücke der Legitimationskettentheorie schließen, welche sich in Folge einer Ermanglung der Präzisierung des im konkreten Fall hinreichenden Legitimationsniveaus auftut. Außerdem vermag es das auf der These der formellen Prinzipien aufbauende Modell gebundener Kontrolle, eine normative Bindung des Verfassungsgerichts zu bewirken. Dem Gesetzgeber verbleibt ein normativer Spielraum auch jenseits verfassungsgerichtlicher Zustimmung zu seinen Wertungen. Die begrenzte Bindung an die Prämissen des Gesetzgebers schafft das Korrelat zur schwach ausgeprägten sachlich-inhaltlichen Legitimation des Bundesverfassungsgerichts.

Letztlich versteht sich diese Abhandlung nicht als Plädoyer für eine begrenzte Verfassungsgerichtsbarkeit, sondern als konstruktiver Beitrag zu ihrem Erhalt: Anhand des Modells gebundener Kontrolle wurde die Möglichkeit einer abstrakten Grenzziehung dargelegt, welche als Prüfstein für künftige verfassungsgerichtliche Entscheidungen fungieren kann. Die in ihrer Kontrolle gebundene Verfassungsgerichtsbarkeit fügt sich, da hinreichend demokratisch legitimiert, in das Funktionsgefüge des Grundgesetzes ein.

Abschließend seien die Kernthesen dieser Abhandlung wie folgt zusammengefasst:

1. Die Legitimationskettentheorie prägt die Demokratiejudikatur des Bundesverfassungsgerichts seit deren Beginn. Die Rechtsprechungsphase um 1990 ist nicht als Beginn der „Rechtsprechung zu den Legitimationsketten“, sondern als deren Höhepunkt zu verstehen (vgl. S. 51 ff.).
2. Die Legitimationskettentheorie kann als die Demokratiekonzeption des Bundesverfassungsgerichts qualifiziert werden (vgl. S. 115 f.).
3. Bemisst man die demokratische Legitimation des Bundesverfassungsgerichts anhand der Legitimationskettentheorie, so stellt sich dessen Legitimation eingedenk der prekären materiellen und organisatorischen Rückbindung des Gerichts als nahezu singulärer Akt dar (vgl. S. 184 ff.).
4. Die Wahl der Bundesverfassungsrichter, welcher insoweit zentrale legitimatorische Bedeutung zukommt, erscheint reformbedürftig – insbesondere, da sich nach den Maßstäben der Legitimationskettentheorie ein Legitimationsgefälle zwischen Bundesverfassungsrichtern, welche durch den Bundestag und solchen, welche durch den Bundesrat gewählt wurden, ergibt (vgl. S. 147) – nicht aber verfassungswidrig (vgl. S. 152 ff.).
5. Die Legitimationskettentheorie vermag es in ihrer tradierten Form nicht, den Grenzwert des hinreichenden Legitimationsniveaus (des Bundesverfassungsgerichts) zu bestimmen (vgl. S. 202 ff.).
6. Diese Lücken kann die Prinzipientheorie füllen: Der Grenzwert des hinreichenden Legitimationsniveaus lässt sich anhand einer prinzipientheoretischen Rekonstruktion der legitimationsäquivalenten Funktion des Bundesverfassungsgerichts präzisieren (vgl. S. 214 ff.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

7. Dieser prinzipientheoretischen Lückenfüllung kann – obschon die Qualifikation des grundgesetzlichen Demokratieprinzips als Optimierungsgebot aus der Legitimationskettentheorie heraus nahezu einhellig auf Ablehnung stößt – nicht der Einwand der Inkompatibilität mit der Legitimationskettentheorie entgegengehalten werden (vgl. S. 202).
8. Eine Verrechtlichung der Politik hin zum Jurisdiktionsstaat, vgl. hierzu S. 219 ff., ist der für die Prinzipientheorie charakteristischen Qualifikation der Grundrechte als Optimierungsgebote nicht immanent. Die Spielraumdogmatik Alexys vermag es, diese Kritik Böckenfördes zu entkräften (vgl. S. 244 ff.).
9. Eine Möglichkeit, die legitimationsadäquate Funktion des Bundesverfassungsgerichts zu rekonstruieren, stellt die Ergänzung der Spielraumdogmatik Alexys um das Modell gebundener Kontrolle dar: Durch eine (begrenzte) normative Bindung an die Wertungen des Gesetzgebers entspricht die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit ihrem Legitimationsniveau (vgl. S. 249 ff.).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Literaturverzeichnis

Achterberg, Nobert, Das Leistungsprinzip im öffentlichen Dienstrecht, in: Deutsche Verwaltungsblätter 1977, S. 541 – 550.

Alexy, Robert, Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, in: Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1995.

Alexy, Robert, Zur Struktur der Rechtsprinzipien, in: Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, hrsg. v. B. Schilcher/P. Koller/B.-C. Funk, Wien: Verlag Österreich 2000, S. 31 – 52.

Alexy, Robert, A Theory of Constitutional Rights, Oxford: Oxford University Press 2002.

Alexy, Robert, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 61, Berlin: De Gruyter 2002, S. 7 – 33.

Alexy, Robert, Die Gewichtsformel, in: Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, hrsg. v. J. Jikkeli/P. Kreutz/D. Reuter, Berlin: De Gruyter 2003, S. 771 – 792.

Alexy, Robert, Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung, in: Verantwortetes Recht. Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns, hrsg. v. U. Neumann/W. Hassemer/U. Schroth, Stuttgart: Franz Steiner 2005, S. 47 – 66.

Alexy, Robert, Grund- und Menschenrechte, in: Verfassung und Argumentation, hrsg. v. J.-R. Sieckmann, Baden-Baden: Nomos 2005, S. 61 – 72.

Alexy, Robert, Zwei oder drei?, in: Festschrift für Helmut Rüßmann, hrsg. v. J. Stamm, Saarbrücken: Juris 2013, S. 3 – 15.

Alexy, Robert, Formal Principles: Some Replies to Critics, in: International Journal of Constitutional Law 12 (2014), S. 511 – 524.

Alexy, Robert, Grundrechte, Demokratie und Repräsentation, in: Der Staat 58 (2019), S. 201 – 212.

Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden: Nomos 1985; Neudr. Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1986, 9. Aufl. 2020.

Alexy, Robert, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1978, unv. Neudruck 1983, 10. Aufl. 2022.

Allen, T. R. S., Constitutional Rights and the Rule of Law, in: Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy, hrsg. v. M. Klatt, Oxford: Oxford University Press 2012, S. 132 – 151.

Anschütz, Gerhard, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 4. Bearbeitung, 14. Aufl. Berlin: Stilke 1933.

Aristoteles, Politik. Schriften zur Staatstheorie, Ditzingen: Reclam 1998.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Arnim, Hans Herbert von, Das System. Die Machenschaften der Macht, München: Droemer 2001.

Bäcker, Carsten, Regeln, Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts, 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos 2008.

Bäcker, Carsten, Regeln, Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheo Nichtbegründetes Nichtannehmen. § 93d Abs. 1 S. 3BVerfGG als verfassungsprozessualer Irrweg, in: Rechtswissenschaft 5 (2014), S. 481 – 500.

Bäcker, Carsten, Regeln, Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheo Gerechtigkeit im Rechtsstaat. Das Bundesverfassungsgericht an der Grenze des Grundgesetzes, Tübingen: Mohr Siebeck 2015.

Bäcker, Carsten, Regeln, Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen DiskurstheoBegrenzte Abwägung. Das Menschenwürdeprinzip und die Unantastbarkeit, in: Der Staat 55 (2016), S. 433 – 460.

Bäcker, Carsten, Regeln, Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheo Juristisches Begründen. Subsumtion und Ponderation als Grundformen der Juristischen Methodenlehre, in: Juristische Schulung 2019, S. 321 – 327.

Bäcker, Carsten, Regeln, Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheo Verfassungsanalogien. Das Bundesverfassungsgericht an der Grenze der Verfassungsinterpretation, in: Der Staat 60 (2021), S. 7 – 41.

Bäcker, Carsten, Regeln, Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen DiskurstheoPrinzipien und Defeasibility, in: Rechtsphilosophie – Zeitschrift für Grundlagen des Rechts 2022 (1), S. 81 – 92.

Bäcker, Carsten, Regeln, Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheo Die lange „Stunde der Gubernative". Covid-19 und der Parlamentsvorbehalt in Deutschland, in: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragestellungen der COVID-Pandemie in Europa, hrsg. v. E. J. Lohse/V. Derka/J. Grinc, Berlin: BWV 2022, S. 5 – 22.

Bäcker, Carsten, Regeln, Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheo Deutsche Sprache, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. v. U. Kischel/H. Kube, Band II: Gewinnung und Grundprinzipien des Staatsrechts, Heidelberg: C. F. Müller, 4. Aufl. 2024, § 48.

Badura, Peter, Die politische Freiheit in der Demokratie, in: Ein Richter, ein Bürger, ein Christ. Festschrift für Helmut Simon, hrsg. v. W. Brandt/H. Gollwitzer/J. F. Henschel, Baden-Baden: Nomos 1987, S. 193 – 207.

Becker, Joachim, Das Demokratieprinzip und die Mitwirkung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts „Lipperverband und Emschergenossenschaft" vom 05. Dezember 2002, in: Die Öffentliche Verwaltung 2004, S. 910 – 915.

Bettermann, Karl August, Opposition und Verfassungsrichterwahl, in: Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, hrsg. v. H. Bernstein/U. Drobnig/H. Kötz, Tübingen: Mohr Siebeck 1981, S. 723 – 746.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Bickenbach, Christian, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Analyse einer Argumentationsfigur in der (Grundrechts-)Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen: Mohr Siebeck 2014.

Billig, Werner, Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema „Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit", Berlin: Duncker & Humblot 1969.

Blanke, Thomas, Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip. Anmerkungen zu den Vorlagebeschlüssen des Bundesverwaltungsgerichts v. 17. 12. 1997, in: Demokratie und Grundgesetz. Eine Auseinandersetzung mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, hrsg. v. Redaktion kritische Justiz, Baden-Baden: Nomos 1996, S. 32 – 58.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag 1972.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Verfassungsfragen der Richterwahl. Dargestellt anhand der Gesetzesentwürfe zur Einführung der Richterwahl in Nordrhein-Westfalen, Berlin: Duncker & Humblot 1974.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, in: Neue Juristische Wochenzeitschrift 1976, S. 2089 – 2099.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Der Staat als sittlicher Staat, Berlin: Duncker & Humblot 1978.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Kirchliches Naturrecht und politisches Handeln, in: Naturrecht in der Kritik, hrsg. v. F. Böckle/E. W. Böckenförde, Mainz: Grünewald 1982, S. 96 – 125.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes: ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, Frankfurt a. M.: Metzner 1986.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. v. J. Isensee/P. Kirchhof, Band II: Verfassungsstaat, Heidelberg: C. F. Müller, 1. Aufl. 1987, § 30 (S. 29 – 48).

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts, in: Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1991, S. 344 – 366.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Demokratie und Repräsentation. Zur Kritik der heutigen Demokratiediskussion, in: Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1991, S. 379 – 405.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Grundrechte als Grundsatznorm. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, in: Staat, Verfassung, Demokratie, hrsg. v. ders., Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1991, S. 159 – 199.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Welchen Weg geht Europa, München: Siemens-Stiftung 1997.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung. Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Berlin: Duncker & Humblot, 2. Aufl. 1998.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, in: Neue Juristische Wochenzeitschrift 1999, S. 9 – 17.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. v. J. Isensee/P. Kirchhof, Band II: Verfassungsstaat, Heidelberg: C. F. Müller, 2. Aufl. 2004, § 24 (S. 429 – 496).

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisierung, in: Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, erw. Ausg. 2006, S. 92 – 114.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang/*Grawert*, Rolf, Sonderverordnungen zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse, in: Archiv des öffentliches Recht 1970, S. 1 – 37.

Boehme-Neßler, Volker, Politiker als Richter?, in: Zeit Online, 25. 12. 2018.

Bogdandy, Armin von, Buchbesprechung, in: Der Staat 39 (2000), S. 457 – 459.

Bogdandy, Armin von, Demokratisch, demokratisch, am demokratischsten? Zu Steigerungsfähigkeit eines Verfassungsprinzips am Beispiel einer Neugestaltung der Verordnungsgebung, in: Verfassung – Philosophie – Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, hrsg. v. J. Bohnert/C. Gramm/U. Kindhäuser/J. Lege/A. Rinken/G. Robbers, Berlin: Duncker & Humblot 2001, S. 363 – 401.

Bogdandy, Armin von, Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum. Überlegungen zum Lissabon-Urteil des BVerfG, in: Neue Juristische Wochenschrift 2010, S. 1 – 5.

Borchert, Hartmut, Die Fraktion: eine eigenständige, demokratisch legitimierte Repräsentation im parteienstaatlichen System, in: Archiv des öffentlichen Rechts 1977, S. 210 – 242.

Borowski, Martin, Prinzipien als Grundrechtsnormen, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 53 (1998), S. 307 – 335.

Borowski, Martin, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, Tübingen: Mohr Siebeck 2006.

Borowski, Martin, Die Bindung an Festsetzungen des Gesetzgebers in der grundrechtlichen Abwägung, in: Grundrechte, Prinzipien und Argumentation: Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys, hrsg. v. L. Clérico/J. R. Sieckmann, Baden-Baden: Nomos 2009, S. 99 – 128.

Borowski, Martin, Formelle Prinzipien und Gewichtsformel, in: Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, hrsg. v. M. Klatt, Tübingen: Mohr Siebeck 2013, S. 151 – 199.

Borowski, Martin, Die Abwägung im Stufenbau des Rechts, in: Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales, hrsg. v. M. Elósegui, Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Auttonómico 2016, S. 271 – 300.

Borowski, Martin, Alexys drittes Modell formeller Prinzipien, in: Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie, hrsg. v. M. Borowski/S. L. Paulson/J. R. Sieckmann, Tübingen: Mohr Siebeck 2017, S. 449 – 476.

Bowitz, Hans Hermann, Zur Bedeutung des Votums des Präsidialrats bei der Bundesrichterwahl, in: Die Öffentliche Verwaltung 2016, S. 638 – 645.

Bredt, Stephan, Constitutional Economics und gewaltenteiliges Demokratieverständnis, in: Der Staat 46 (2007), S. 589 – 604.

Breitenband, Detlef, Konsens – der Grund der Legitimität. Studie zu Kants und Habermas' Theorien der Legitimation des Rechts, Wiesbaden: Springer 2019.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Breuer, Rüdiger, Gefahrenabwehr und Risikovorsorge im Atomrecht. Zugleich ein Beitrag zum Streit um die Berstsicherung für Druckwasserreaktoren, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1978, S. 829 – 839.

Britz, Gabriele, Das Verhältnis von Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, in: Juristische Ausbildung 2015, S. 319 – 325.

Brohm, Winfried, Die Funktion des BVerfG – Oligarchie in der Demokratie?, in: Neue Juristische Wochenschrift 2001, S. 1 – 10.

Brünneck, Alexander von, Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien. Ein systematischer Verfassungsvergleich, Baden-Baden: Nomos 1992.

Bryde, Brun-Otto, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis: rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Beiträge zum staatlichen Handeln 1994 (3), S. 305 – 330.

Bumke, Christian/*Voßkuhle*, Andreas, Casebook Verfassungsrecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2013.

Burandt, Horst, Die Stellung des Personalrats im Verfassungsrechtssystem. Dargestellt am neuen Personalvertretungsgesetz für Rheinland-Pfalz, in: Zeitschrift für Beamtenrecht 1978, S. 317 – 326.

Calliess, Christian, Konfrontation statt Kooperation zwischen BVerfG und EuGH? Zu den Folgen des Karlsruher PSPP-Urteils, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2020, S. 987 – 904.

Classen, Claus Dieter, Wahl contra Leistung? – Zu Wahlbeamten und Richterwahlen, in: JuristenZeitung 2002, S. 1009 – 1020.

Classen, Claus Dieter, Legitime Stärkung des Bundestages oder verfassungsrechtliches Prokrustesbett? Zum Urteil des BVerfG zum Vertrag von Lissabon, in: JuristenZeitung 2009, S. 881 – 889.

Classen, Claus Dieter, Art. 97, in: H. v. Mangoldt (Begr.), Kommentar zum Grundgesetz, fortgeführt von F. Klein und C. Starck, hrsg. v. P. M. Huber/A. Voßkuhle, Band III, Artikel 83 – 146, München: C. H. Beck, 7. Aufl. 2018.

Cornils, Matthias, Aufgabenverteilung statt Verhältnismäßigkeit: Die Neuorientierung der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, in: Verfassungsrechtsprechung. Ausgewählte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive, hrsg. v. J. Menzel/R. Müller-Terpitz, Tübingen: Mohr Siebeck, 2. Aufl. 2011, S. 410 – 416.

Cornils, Matthias, Der schnelle Brüter im Spannungsfeld zwischen Gesetzesvorbehalt und dynamischem Grundrechtsschutz, in: Verfassungsrechtsprechung. Ausgewählte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive, hrsg. v. J. Menzel/R. Müller-Terpitz, Tübingen: Mohr Siebeck, 2. Aufl. 2011, S. 317 – 322.

Cornils, Matthias, Gerichtskooperation im Staatenverbund: Das Wächteramt des BVerfG über die Kompetenzen der Europäischen Union, in: Verfassungsrechtsprechung. Ausgewählte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive, hrsg. v. J. Menzel/R. Müller-Terpitz, Tübingen: Mohr Siebeck, 2. Aufl. 2011, S. 529 – 537.

Crolly, Hannelore, Als Verfassungshüter urteilt er über Gesetze, die er selbst beschlossen hat, in: Welt Online, 15. 05. 2020.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Darnstädt, Thomas, Die Suche nach dem richtigen Weg. Die Auslegung des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht, Neue Juristische Wochenzeitschrift 2019, S. 1580 – 1586.

Dederer, Hans-Georg, Die Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts. Zur Vereinheitlichung von Grundrechts-, Ultra-vires- und Identitätskontrolle, in: JuristenZeitung 2014, S. 313 – 322.

Deutelmoser, Anna, Die Rechtsstellung der Bezirke in den Stadtstaaten Berlin und Hamburg, Berlin: Duncker & Humblot 2000.

Di Fabio, Udo, Der neue Art. 23 des Grundgesetzes. Positivierung des vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung?, in: Der Staat 32 (1993), S. 191 – 217.

Di Fabio, Udo, Schwankender Westen. Wie sich ein Gesellschaftsmodell neu erfinden muss, München: C. H. Beck 2015.

Drath, Martin, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 9, Berlin: De Gruyter 1952, S. 17 – 116.

Dreier, Horst, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat. Genese, aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen eines Bauprinzips der Exekutive, Tübingen: Mohr Siebeck 1991.

Dreier, Horst, Art. 20, in: Grundgesetz. Kommentar, hrsg. v. H. Dreier, Band II Artikel 20 – 82, Tübingen: Mohr Siebeck, 3. Aufl. 2013.

Dreier, Horst, Rechtsstaat, Föderalismus und Demokratie in der Corona-Pandemie, in: Die Öffentliche Verwaltung 2021, S. 229 – 243.

Dreier, Horst/*Kuch*, David, Demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Handbuch des Verwaltungsrechts, hrsg. v. W. Kahl/M. Ludwigs, Band III: Verwaltung und Verfassungsrecht, § 60 (S. 79 – 125).

Droege, Michael, Herrschaft auf Zeit: Wahltage und Übergangszeiten in der repräsentativen Demokratie, in: Die Öffentliche Verwaltung 2009, S. 649 – 657.

Duden, Konrad, Die Wahl der Richterinnen und Richter des BVerfG und der obersten Bundesgerichte, in: Juristische Schulung 2019, S. 859 – 864.

Dworkin, Ronald, Taking Rights Seriously, Cambridge: Harvard University Press 1978.

Ehlers, Dirk, Die Staatsgewalt in Ketten. Zum Demokratiegebot im Sinne des Grundgesetzes, in: Demokratie in Staat und Wirtschaft. Festschrift für Ekhard Stein zum 70. Geburtstag, hrsg. v. H. Faber/G. Frank, Tübingen: Mohr Siebeck 2002, S. 125 – 142.

Emde, Ernst Thomas, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung. Eine verfassungsrechtliche Studie anhand der Kammern, der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit, Berlin: Duncker & Humblot 1991.

Exner, Thomas, „Verfassungswidrige Verfassungsrechtsprechung"? Zu den Grenzen verfassungsgerichtlicher Interpretationsarbeit, in: Die Öffentliche Verwaltung 2012, S. 540 – 547.

Forsthoff, Ernst, Über Maßnahme-Gesetze, in: Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, hrsg. v. O. Bachof/M. Drath/O. Gönnenwein/E. Walz, München: Günter Olzog 1955, S. 221 – 236.

Forsthoff, Ernst, Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, München: C. H. Beck 1971.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Forsthoff, Ulrich, Bankenunion und Bundesverfassungsgericht – Von der politischen Erfolgsgeschichte zur verfassungsrechtlichen Verlustsaga?, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2019, S. 977 – 982.

Frank, Hennig, Die Mitwirkung des Bundesverfassungsgerichts an den Richterwahlen, in: Festschrift für Hans Joachim Faller, hrsg. v. W. Zeidler/T. Maunz/G. Roellecke, München: C. H. Beck 1984, S. 37 – 52.

Frank, Hennig, Die „neutralen" Richter des Bundesverfassungsgerichts, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 1, hrsg. v. W. Fürst/R. Herzog/D. C. Umbach, Berlin: De Gruyter 1987, S. 163 – 173.

Frotscher, Werner, Stadtparlament und Stadtregierung: BVerfGE zugunsten des repräsentativ-demokratischen Prinzips auf kommunaler Ebene, in: Zeitschrift für Parlamentsfragen 1976, S. 494 – 501.

Gärditz, Klaus F., Wahlen zum Bundesverfassungsgericht, in: Deutsche Richterzeitung 2020 (10), S. 348 – 351.

Gärditz, Klaus F./*Hillgruber*, Christian, Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen – Zum Lissabon-Urteil des BVerfG, in: JuristenZeitung 2009, S. 872 – 881.

Geck, Wilhelm Karl, Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter, Baden-Baden: Nomos 1986.

Geck, Wilhelm Karl, Wahl und Status der Bundesverfassungsrichter, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. v. J. Isensee/P. Kirchhof, Band II: Demokratische Willensbildung – Die Staatsorgane des Bundes, Heidelberg: C. F. Müller, 1. Aufl. 1987, § 55 (S. 697 – 735).

Geiger, Willi, Zur Reform des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, in: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, hrsg. v. T. Maunz, München: Isar 1956, S. 211 – 236.

Gentzsch, Markus/*Brade*, Alexander, Die Bankenunion vor dem Bundesverfassungsgericht. Neue Impulse für grundlegende Fragestellungen des Verfassungs- und Unionsrechts, in: Europarecht 2019, S. 602 – 637.

Geuther, Gudula/*Remme*, Klaus, Undemokratischer als die Papstwahl, in: Deutschlandfunk Online, 15. 02. 2008.

Gosewinkel, Dieter, Biographisches Interview mit Ernst-Wolfgang Böckenförde, in: Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht. Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 2011, S. 307 – 490.

Grabendorff, Walter, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Bremischen Personalvertretungsgesetz, in: Zeitschrift für Beamtenrecht 1959, S. 169 – 172.

Grimm, Dieter, Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: Der Staat 48 (2009), S. 475 – 495.

Grimm, Dieter, Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie, München: C. H. Beck 2016.

Grimm, Dieter, Verfassungsrichterwahlen, in: Verfassungsgerichtsbarkeit, Frankfurt am Main: Suhrkamp 2021, S. 314 – 320.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Groß, Thomas, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Begrenzungen für eine Selbstverwaltung der Justiz, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 1999, S. 361 – 365.

Groß, Thomas, Selbstverwaltung der Gerichte als Voraussetzung ihrer Unabhängigkeit?, in: Justiz und Justizverwaltung zwischen Ökonomisierungsdruck und Unabhängigkeit, hrsg. v. H. Schulze-Fielitz/C. Schütz, Berlin: Duncker & Humblot 2002, S. 217 – 234.

Großfeld, Bernhard, Zur Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Grundgesetz, in: Neue Juristische Wochenschrift 1998, S. 3544 – 3547.

Grünewald, Benedikt, § 6, in: Beck'scher Online-Kommentar Bundesverfassungsgerichtsgesetz, hrsg. v. C. Walter/B. Grünewald, München: C. H. Beck, 13. Edition, Stand: 01. 12. 2022.

Grzeszick, Bernd, Art. 20 II. Die Verfassungsentscheidung für die Demokratie, in: Grundgesetz. Kommentar, begr. V. T. Maunz und G. Dürig, 57. Lfg. München: C. H. Beck 210 (Stand des Gesamtwerks: 97. Lfg. München: C. H. Beck 2022).

Gusy, Christoph, Lehrbuch der Versammlungsfreiheit – BverfGE 69, 315, in: Juristische Schulung 1986, S. 608 – 614.

Gusy, Christoph, Das Parlament als Wahlorgan, Gesetzgeber und Prozeßpartei im Verhältnis zum Bundesverfassungsgericht, in: Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. v. H.-P. Schneider/W. Zeh, Berlin: De Gruyter 1989, §60 (S. 1619 – 1656).

Häberle, Peter, Die Abhörentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15. 12. 1970. Analyse und Kritik des Urteils sowie des Minderheitsvotums vom 4. Januar 1971, in: JuristenZeitung 1971, S. 145 – 156.

Häberle, Peter, Berufs„ständische" Satzungsautonomie und staatliche Gesetzgebung, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1972, S. 909 – 913.

Häberle, Peter, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, in: JuristenZeitung 1975, S. 297 – 305.

Häberle, Peter, Klassikertexte im Verfassungsleben, Berlin: De Gruyter 1981.

Häberle, Peter, Die europäische Verfassungsstaatlichkeit, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 78 (1995), S. 298 – 312.

Häberle, Peter, Das Bundesverfassungsgericht als Muster einer selbstständigen Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Erster Band: Verfassungsgerichtsbarkeit Verfassungsprozeß, hrsg. v. P. Badura/H. Dreier, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, S. 311 – 331.

Häberle, Peter, Das retrospektive Lissabon-Urteil als versteinernde Maastricht II-Entscheidung, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 2010, S. 317 – 336.

Habermas, Jürgen, Staatsbürgerschaft und nationale Identität, in: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1998, S. 632 – 660.

Haltern, Ulrich, Europarecht. Dogmatik im Kontext, Band II: Rule of Law. Verbunddogmatik. Grundrechte, Tübingen: Mohr Siebeck, 3. Aufl. 2017.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Haltern, Ulrich, Ultra-vires-Kontrolle im Dienst der europäischen Demokratie, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2020, S. 817 – 823.

Hanebeck, Alexander, Bundesverfassungsgericht und Demokratieprinzip – Zwischen monistischem und pluralistischem Demokratieverständnis, in: Die Öffentliche Verwaltung 2004, S. 901 – 909.

Hanebeck, Alexander, Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes, Berlin: Duncker & Humblot 2004.

Haratsch, Karin, § 6 BVerfGG, in: Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, begr. v. T. Maunz, hrsg. v. Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, München: C. H. Beck, Werkstand: 61. EL Juli 2021.

Heinrichsmeier, Paul, § 2, in: Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, hrsg. v. C. Burkiczak/F. W. Dollinger/F. Schorkopf, Heidelberg: C. F. Müller, 2. Aufl. 2022.

Heintzen, Markus, Fremde in Deutschland. Geschichtliche Entwicklung und aktuelle Regelungsprobleme des deutschen Ausländer- und Staatsangehörigkeitsrechts, in: Der Staat 36 (1997), S. 327 – 347.

Henne, Thomas/*Riedlinger*, Arne, Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht: Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, Berlin: Berliner Wissenschaftsverlag 2005.

Herzog, Roman, Allgemeine Staatslehre, Frankfurt am Main: Athenäum 1971.

Herzog, Roman, Art. 97, in: Grundgesetz. Kommentar, Band V, Begr. v. T. Maunz und G. Dürig, München: C. H. Beck, Sand: 1977.

Herzog, Roman, Art. 20, in: Grundgesetz. Kommentar, Band II, Begr. v. T. Maunz und G. Dürig, München: C. H. Beck, Sand: 1980.

Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg: C. F. Müller, 20. Aufl. 1999.

Heun, Werner, Die Geburt der Verfassungsgerichtsbarkeit – 200 Jahre Marbury v. Madison, in: Der Staat 42 (2003), S. 267 – 283.

Heun, Werner, Art. 3, in: Grundgesetz. Kommentar, hrsg. v. H. Dreier, Band I Artikel 1 – 19, Tübingen: Mohr Siebeck, 3. Aufl. 2013.

Hilpert, Johannes, Begründungspflicht des Bundesverfassungsgerichts? § 93d Abs. 1 S. 3 BVerfGG im Widerstreit mit verfassungs- und konventionsrechtlichen Vorgaben, Tübingen: Mohr Siebeck 2019.

Hirschl, Ran, Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism, Cambridge: Harvard University Press 2004.

Höfling, Wolfram, Art. 33 Abs. 1 bis 3, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Ordner 9: Art. 28 – 34, hrsg. v. W. Kahl/C. Waldhoff/C. Walter, Heidelberg: C. F. Müller, (Stand: August 2007).

Hofmann, Hasso, Legitimität und Rechtsgeltung. Verfassungstheoretische Bemerkungen zu einem Problem der Staatslehre und der Rechtsphilosophie, Berlin: Duncker & Humblot 1977.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Hofmann, Hasso, Die versprochene Menschenwürde, in: Archiv des öffentlichen Rechts, Nr. 118 (1991), S. 353 – 377.

Huber, Peter M., Demokratie in Europa. Zusammenfassung und Ausblick, in: Demokratie in Europa, hrsg. v. H. Bauer/P. M. Huber/K.-P. Sommermann, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, S. 491 – 512.

Huber, Peter M., Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis. Zur Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa, in: Der Staat 56 (2017), S. 389 – 414.

Ipsen, Jörn, Empfiehlt es sich, die vollständige Selbstverwaltung aller Gerichte im Rahmen des Grundgesetzes einzuführen?, in: Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentags, Band 2 S. C 5 – 21.

Ipsen, Knut, Die Richterwahl in Bund und Ländern, in: Die Öffentliche Verwaltung 1971, S. 469 – 475.

Isensee, Josef, Wirtschaftsdemokratie – Wirtschaftsgrundrechte – soziale Gewaltenteilung, in: Der Staat 17 (1978), S. 161 – 182.

Isensee, Josef, Staat und Verfassung, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. v. J. Isensee/P. Kirchhof, Band I: Grundlagen von Staat und Verfassung, Heidelberg: C. F. Müller, 1. Aufl. 1987, §13 (S. 591 – 661).

Isensee, Josef, Verfassungsrecht als „politisches Recht", in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. v. J. Isensee/P. Kirchhof, Band VII: Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, Heidelberg: C. F. Müller, 1. Aufl. 1992, §162 (S. 103 – 163).

Isensee, Josef, Union – Nation – Region: eine schwierige Allianz, in: Staat und Verfassung. Gesammelte Abhandlungen zur Staats- und Demokratietheorie, hrsg. v. O. Depenheuer, Heidelberg: C. F. Müller 2018, S. 623 – 640.

Jachmann-Michael, Monika/*Kaiser*, Anna-Bettina, Art. 33 Abs. 2, in: H. v. Mangoldt (Begr.), Kommentar zum Grundgesetz, fortgeführt von F. Klein und C. Starck, hrsg. v. P. M. Huber/A. Voßkuhle, Band II, Artikel 20 – 82, München: C. H. Beck, 7. Aufl. 2018.

Jarass, Hans, Art. 3, in: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG, Begr. v. H. Jarass und B. Pieroth, München: C. H. Beck, 17. Aufl. 2022.

Jellinek, Georg, Die Entwicklung des Ministeriums in der konstitutionellen Monarchie, in: Ausgewählte Schriften und Reden, Aalen: Scientia 1970, Band 2, S. 89 – 139.

Jellinek, Georg/*Jellinek*, Walter, Allgemeine Staatslehre, Berlin: Springer, 3. Aufl. 1921.

Jesch, Dietrich, Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips, Tübingen: Mohr Siebeck 1961.

Jestaedt, Matthias, Demokratie unter Bagatellvorbehalt? Zu Bedeutung und Rechtfertigung eines demokratischen Bagatellvorbehalts, in: Der Staat 32 (1993), S. 29 – 56.

Jestaedt, Matthias, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung. Entscheidungsteilhabe Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie, Berlin: Duncker & Humblot 1993.

Jestaedt, Matthias, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmaik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen: Mohr Siebeck 1999.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Jestaedt, Matthias, Demokratische Legitimation – quo vadis?, in: Juristische Schulung 2004, S. 649 – 653.

Jestaedt, Matthias, Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen, in: Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, hrsg. v. O. Depenheuer/M. Heintzen/M. Jestaedt/P. Axer, Heidelberg: C. F. Müller 2007, S. 253 – 275.

Jestaedt, Matthias, Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab so nah liegt? Verfassungshandwerkliche Anfragen an das Lissabon-Urteil des BVerfG, in: Der Staat 48 (2009), S. 497 – 516.

Jestaedt, Matthias, Phänomen Bundesverfassungsgericht – Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: Schönberger, Christoph/Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 2011, S. 77 – 157.

Jouanjan, Olivier, Demokratietheorie als Verfassungslehre, in: Der Staat 58 (2019), S. 223 – 241.

Kahl, Wolfgang, Optimierungspotenzial im „Kooperationsverhältnis" zwischen EuGH und BVerfG, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2020, S. 824 – 828.

Kalkbrenner, Helmut, Anmerkungen zum Urt. v. 15. 12. 1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 308/69, in: Bayrische Verwaltungsblätter 1971, S. 146 – 147.

Karpenstein, Ulrich/*Langner*, Olaf, Das Urteil des BVerfG zur Bankenunion: Bis hierher und nicht weiter?, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2020, S. 270 – 274.

Kaufmann, Arthur, Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit, in: Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, hrsg. v. J. Baumann/K. Tiedemann, Tübingen: Mohr Siebeck 1974, S. 295 – 309.

Kaufmann, Erich, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 9, Berlin: De Gruyter 1952, S. 1 – 16.

Kaufmann, Marcel, Europäische Integration und Demokratieprinzip, Baden-Baden: Nomos 1997.

Kelsen, Hans, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 5, Berlin: De Gruyter 1929, S. 30 – 84.

Kenntner, Markus, Zehn Jahre nach „Rastede". Zur dogmatischen Konzeption der kommunalen Selbstverwaltung im Grundgesetz, in: Die Öffentliche Verwaltung 1998, S. 701 – 712.

Kersten, Jens, Legitimationsgrenzen im Personalvertretungsrecht. Die Novelle des schleswig-holsteinischen Mitbestimmungsgesetzes: ein Vorbild?, in: Recht der Arbeit 2001, S. 23 – 27.

Kingreen, Thorsten, Der demokratische Rechtsstaat in der Corona-Pandemie, in: Neue Juristische Wochenschrift 2021, S. 2766 – 2771.

Kingreen, Thorsten/*Poscher*, Ralf, Grundrechte. Staatsrecht II, Heidelberg: C. F. Müller, 37. Aufl. 2021.

Kirchhof, Paul, Deutsches Verfassungsrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, in: Europarecht Beiheft 1, hrsg. v. P. Kirchhof/C.-D. Ehlemann, Baden-Baden: Nomos 1991.

Kirchhof, Paul, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. v. J. Isensee/P. Kirchhof, Band VII:

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, Heidelberg: C. F. Müller, 1. Aufl. 1992, § 183 (S. 855 – 887).

Kirchhof, Paul, Die Rechtsarchitektur der Europäischen Union, in: Neue Juristische Wochenschrift 2020, S. 2057 – 2063.

Kischel, Uwe, Amt, Unbefangenheit und Wahl der Bundesverfassungsrichter, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. v. J. Isensee/P. Kirchhof, Band III: Demokratie – Bundesorgane, Heidelberg: C. F. Müller, 3. Aufl. 2005, § 69 (S. 1221 – 1283).

Kischel, Uwe, Art. 3 GG, in: Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, hrsg. v. V. Epping/C. Hillgruber, 52. Edition, München: C. H. Beck, Stand: 15. 08. 2022.

Klatt, Matthias, Die praktische Konkordanz von Kompetenzen. Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz, Tübingen: Mohr Siebeck 2014.

Klatt, Matthias, Die Abwägung von Rechtsprinzipien, in: Handbuch Gemeinwohl, hrsg. v. C. Hiebaum, Wiesbaden: Springer 2021, S. 1 – 16.

Klatt, Matthias, Abwägung im Erkenntnisvakuum. Zur Bedeutung und Funktion formeller Prinzipien, in: Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien, Rechtsbegriff, hrsg. v. C. Bäcker, Tübingen: Mohr Siebeck 2022, S. 287 – 317.

Klatt, Matthias/*Meister*, Moritz, Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip, in: Der Staat 51 (2012), S. 159 – 188.

Klatt, Matthias/*Schmidt*, Johannes, Spielräume im Öffentlichen Recht. Zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie, Tübingen: Mohr Siebeck 2010.

Klein, Hans H., Der Bundesrat der Bundesrepublik Deutschland – die „Zweite Kammer", in: Archiv des öffentlichen Rechts 1983, S. 329 – 370.

Klein, Hans H., Die Legitimation des Bundesrates und sein Verhältnis zu Landesparlamenten und Landesregierungen, in: Vierzig Jahre Bundesrat. Tagungsband zum wissenschaftlichen Symposion in der Evangelischen Akademie Tutzing vom 11. Bis 14. April 1989, hrsg. v. Bundesrat, Baden-Baden: Nomos 1989, S. 95 – 111.

Klement, Jan Henrik, Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt, in: JuristenZeitung 63 (2008), S. 756 – 763.

Kloepfer, Michael, Verfassungsrecht Band I. Grundlagen, Staatsorganisationsrecht, Bezüge zum Völker- und Europarecht, München: C. H. Beck 2011.

Knemeyer, Franz-Ludwig, Staat – Kommunen, Gemeinden – Landkreise. Die Rastede-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: Der Staat 29 (1990), S. 406 – 414.

Köller, Sandra, Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation. Eine Untersuchung am Beispiel der Wasserverbände Lipperverband und Emschergenossenschaft, Berlin: Duncker & Humblot 2009.

Köppe, Olaf, Politische Einheit und pluralistische Gesellschaft. Ambivalenzen der Verfassungstheorie Ernst-Wolfgang Böckenfördes, in: Kritische Justiz 1997, S. 45 – 62.

Korioth, Stefan, Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen, begr. v. K. Schlaich, München: C. H. Beck, 12. Aufl. 2021.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kossens, Michael, Die Konsequenzen für das Personalvertretungsrecht nach dem Beschluss des BVerfG zum Schleswig-Holsteinischen Mitbestimmungsgesetz. Die Typisierung von Beteiligungstatbeständen, Berlin: Tenea 2002.

Kranenpohl, Uwe, Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften 2009.

Kriele, Martin, Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. v. J. Isensee/P. Kirchhof, Band V: Allgemeine Grundrechtslehren, Heidelberg: C. F. Müller, 1. Aufl. 1992, § 110 (S. 101 – 141).

Kröger, Klaus, Richterwahlen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Band 1: Verfassungsgerichtsbarkeit, hrsg. v. C. Starck, Tübingen: Mohr Siebeck 1976, S. 76 – 103.

Krüger, Herbert, Allgemeine Staatslehre, Stuttgart: Kohlhammer 1964.

Kundoch, Harald G., Anm. zu BVerfG, Urt. v. 10. 12. 1974 – 2 BvK 1/73 u. 2 BvR 902/73, in: Die Öffentliche Verwaltung 1975, S. 675 – 679.

Kunig, Philip, Grundgesetz. Kommentar, Band I: Präambel bis Art. 69, hrsg. v. I. von Münch/P. Kunig, München: C. H. Beck, 6. Aufl. 2012.

Kutscha, Martin, Grundrechte als Minderheitenschutz, in: Juristische Schulung 1998, S. 673 – 679.

Lamprecht, Rolf, Oligarchie in Karlsruhe: Über die Erosion der Gewaltenteilung, in: Neue Juristische Wochenschrift 1994, S. 3272 – 3274.

Lamprecht, Rolf, Vom Mythos der Unabhängigkeit. Über das Dasein und Sosein der deutschen Richter, Baden-Baden: Nomos 1995.

Landfried, Christine, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber. Wirkung der Verfassungsrechtsprechung auf parlamentarische Willensbildung und soziale Realität, Baden-Baden: Nomos 1984.

Landfried, Christine, Sollen Bundesverfassungsrichter vom Plenum gewählt werden?, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 2012, S. 191.

Landfried, Christine, Die Wahl der Bundesverfassungsrichter und ihre Folgen für die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, hrsg. v. R. van Ooyen/M. Möllers, Berlin: Springer, 2. Aufl. 2015, S. 369 – 387.

Lassahn, Philipp, Rechtsprechung und Parlamentsgesetz. Überlegungen zu Anliegen und Reichweite eines allgemeinen Vorbehalts des Gesetzes, Tübingen: Mohr Siebeck 2017.

Lembke, Ulrike, Einheit aus Erkenntnis? Die Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation, Berlin: Duncker & Humblot 2009.

Lenski, Sophie-Charlotte, Regierungs- und Fraktionsarbeit als Parteiarbeit. Skizze einer Kontrolltrias, in: Die Öffentliche Verwaltung 2014, S. 585 – 594.

Lepsius, Oliver, Rechtswissenschaft in der Demokratie, in: Der Staat 52 (2013), S. 157 – 186.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Lepsius, Oliver, Entscheiden durch Maßstabbildung, in: Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, hrsg. v. R. van Ooyen/M. Möllers, Berlin: Springer, 2. Aufl. 2015, S. 119 – 135.

Lepsius, Oliver, Versammlungsrecht und gesellschaftliche Integration, in: Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 1985, hrsg. v. A. Doering-Manteuffel/B. Greiner/O. Lepsius, Tübingen: Mohr Siebeck 2015, S. 113 – 165.

Lima, Rafael Bellem de, Verhältnismäßigkeit und Verfassungsgerichte als Rechtfertigungsinstanzen, Baden-Baden: Nomos 2023.

Loening, Hellmuth, Der ministerialfreie Raum in der Selbstverwaltung, Deutsches Verwaltungsblatt 1954, S. 173 – 180.

Loschelder, Wolfgang, Weisungshierarchie und persönliche Verantwortung, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. v. J. Isensee/P. Kirchhof, Band III: Das Handeln des Staates, Heidelberg: C. F. Müller, 1. Aufl. 1988, § 68 (S. 521 – 566).

Lovens, Sebastian, Parteiverbote in der Bundesrepublik Deutschland. Zur verfassungsrechtlichen Ausgangslage der Anträge gegen die NPD, in: Zeitschrift für Parlamentsfragen 2001, S. 550 – 572.

Ludwigs, Markus/*Pascher*, Tobias/*Sikora*, Patrick, Das Bankenunion-Urteil als judikativer Kraftakt des BVerfG – Detailanalyse von SSM und SRM im Karlsruher Alleingang (Teil II), in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 2020, S. 85 – 93.

Mallmann, Walter, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer 19, Berlin: De Gruyter 1960, S. 165 – 205.

Masing, Johannes, Art. 33, in: Grundgesetz Kommentar, Band II: Art. 20 – 82, hrsg. v. H. Dreier, Tübingen: Mohr Siebeck, 2. Aufl. 2006.

Maus, Ingeborg, Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluß an Kant, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1994.

Mehde, Veith, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, Berlin: Duncker & Humblot 2000.

Menzel, Jörg, Staatsvolk, Wahlvolk und die Grenzen der Ausländerpartizipation im örtlichen Bereich, in: Verfassungsrechtsprechung. Ausgewählte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive, hrsg. v. J. Menzel/R. Müller-Terpitz, Tübingen: Mohr Siebeck, 2. Aufl. 2011, S. 455 – 462.

Merten, Detlef, Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 55, Berlin: De Gruyter 1995, S. 7 – 47.

Meyer, Hans, Die Stellung der Parlamente in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, in: Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. v. H.-P. Schneider/W. Zeh, Berlin: De Gruyter 1989, §60 (S. 117 – 163).

Mock, Erhard, Richter machen Politik. Sinn und Widersinn der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Auf dem Weg zum Richterstaat. Die Folgen politischer Impotenz, hrsg. v. G.-K. Kaltenbrunner, München: Herderbücherei 1979, S. 170 – 179.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Möllers, Christoph, Der parlamentarische Bundesstaat – Das vergessene Spannungsverhältnis von Parlament, Demokratie und Bundesstaat, in: Föderalismus – Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, hrsg. v. J. Aulehner u. a., München: Richard Boorberg 1997, S. 81 – 111.

Möllers, Christoph, Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, Tübingen: Mohr Siebeck 2005.

Möllers, Christoph, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Schönberger, Christoph/Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 2011, S. 281 – 422.

Möllers, Thomas M. J., Juristische Methodenlehre, München: C. H. Beck, 2. Aufl. 2019.

Mori, Toru, Wirkt in der Abwägung wirklich das formelle Prinzip? Eine Kritik an der Deutung verfassungsrechtlicher Entscheidungen durch Robert Alexy, in: Der Staat 58 (2019), S. 555 – 573.

Morlok, Martin, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdung der Verfassung?, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 62, Berlin: De Gruyter 2003, S. 39 – 84.

Müller, Reinhard, Richter im Paket, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung Online, 11. 04. 2014.

Müller-Franken, Sebastian, Unmittelbare Demokratie und Direktiven der Verfassung. Zur Frage eines nicht erfüllten Auftrags des Grundgesetzes zur Einführung unmittelbarer Demokratie, in: Die Öffentliche Verwaltung 2005, S. 489 – 498.

Murswiek, Dietrich, Der Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolle staatlicher Öffentlichkeitsarbeit. Zum „Grundsatz des judicial self-restraint", in: Die Öffentliche Verwaltung 1982, S. 529 – 541.

Musil, Andreas, Das Bundesverfassungsgericht und die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, in: Die Öffentliche Verwaltung 2004, S. 116 – 120.

Nettesheim, Martin, Das PSPP-Urteil des BVerfG – ein Angriff auf die EU?, in: Neue Juristische Wochenzeitschrift 2020, S. 1631 – 1634.

Niebler, Engelberg, Die Stellung des Richters in der Bundesrepublik Deutschland, in: Deutsche Richterzeitung 1981, S. 281 – 288.

Oebbecke, Janbernd, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, Stuttgart: Deutscher Gemeindeverlag Kohlhammer 1986.

Oeter, Stefan, Allgemeines Wahlrecht und Ausschluß von der Wahlberechtigung: Welche Vorgaben enthält das Grundgesetz?, in: Politische Integration der ausländischen Wohnbevölkerung, hrsg. v. U. Davy, Baden-Baden: Nomos 1999, S. 30 – 57.

Ooyen, Robert van, Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, Berlin: Duncker & Humblot 2005.

Ooyen, Robert van, „Volksdemokratie" und „Präsidialisierung". Schmitt-Rezeption im liberalkonservativen Etatismus: Herzog – von Arnmin – Böckenförde, in: Der Staat des Dezisionismus. Carl Schmitt in der internationalen Debatte, hrsg. v. R. Voigt, Baden-Baden: Nomos 2007, S. 39 – 59.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ooyen, Robert van, Der Brokdorf-Beschluss (1985) und die andere Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts. Das Pluralismuskonzept des Ersten Senats (Kelsen und Popper/Hesse und Häberle) als Alternative zum Legitimationsketten-Modell (Schmitt und Böckenförde), in: Recht und Politik 2015, S. 225–232.

Ooyen, Robert van, Karl R. Popper: The open Society and ist Enemies, in: Klassiker der Sozialwissenschaften, hrsg. v. S. Salzborn, Wiesbaden: Springer, 2. Aufl. 2016.

Ooyen, Robert van, Homogenes Staatsvolk statt EU-Bürgerschaft: Das BVerfG zitiert Heller, meint Schmitt und verwirft Kelsens postnationales Konzept demokratischer Rechtsgenossenschaft, in: Hans Kelsen und die offene Gesellschaft, hrsg. v. R. van Ooyen, Berlin: Springer, 2. Aufl. 2017, S. 233–248.

Ooyen, Robert van, Viel Smend und auch Schmitt – wenig Kelsen, Radbruch und Thoma: zur Rezeption in Deutschland, in: Hans Kelsen und die offene Gesellschaft, hrsg. v. R. van Ooyen, Baden-Baden: Nomos 2017, S. 219–231.

Oppermann, Thomas, Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, hrsg. v. P. Badura/H. Dreier, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, S. 421–460.

Orth, Christopher, Verfassungsrichter und ihre frühere Beteiligung an Gesetzgebungsverfahren. Eine Untersuchung über Richterausschluss und -ablehnung in Deutschland und dem Vereinigten Königreich, Berlin: Duncker & Humblot 2022.

Ossenbühl, Fritz, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, Bad Homburg/Berlin/Zürich: Gehlen 1968.

Ossenbühl, Fritz, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. v. J. Isensee/P. Kirchhof, Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, Heidelberg: C. F. Müller, 3. Aufl. 2007, §101 (S. 183–221).

Pabel, Katharina, Zum Grundrecht der Versammlungsfreiheit, in: Verfassungsrechtsprechung. Ausgewählte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive, hrsg. v. J. Menzel/R. Müller-Terpitz, Tübingen: Mohr Siebeck, 2. Aufl. 2011, S. 396–403.

Pagenkopf, Martin, Fachkompetenz und Legitimation der Richter des BVerfG, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 2011, S. 229–232.

Palu, Guilherme Augusto Azevedo, Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen. Eine Untersuchung formeller Prinzipien vor dem Hintergrund der Prinzipientheorie, Baden-Baden: Nomos 2019.

Papier, Hans-Jürgen, Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Grundrechte, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, hrsg. v. D. Merten/H.-J. Papier, Band III: Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg: Müller 2009, S. 1007–1029.

Pieper, Stefan Ulrich, Verfassungsrichterwahlen, Berlin: Duncker & Humblot 1998.

Pieroth, Bodo, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, in: Juristische Schulung 2010, S. 473–481.

Portocarrero Quispe, Jorge A., Der autoritative Charakter der Grundrechtsabwägung. Eine Untersuchung über die Rolle der formellen Prinzipien in der Grundrechtsinterpretation, Baden-Baden: 2014.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Poscher, Ralf, Theorie eines Phantoms. Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand, in: Rechtswissenschaft 2010, S. 349 – 372.

Pötters, Stephan/*Traut*, Johannes, Die ultra-vires-Kontrolle des BVerfG nach „Honeywell" – Neues zum Kooperationsverhältnis von BVerfG und EuGH?, in: Europarecht 2011, S. 580 – 592.

Preuß, Ulrich K., Die Wahl der Mitglieder des BVerfG als verfassungsrechtliches und -politisches Problem, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 10 (1988), S. 389 – 395.

Preuß, Ulrich K., Plebiszite als Formen der Bürgerbeteiligung, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 26 (1993), S. 131 – 138.

Reimer, Franz, Verfassungsprinzipien. Ein Normtyp im Grundgesetz, Berlin: Duncker & Humblot 2001.

Rennert, Klaus, Legitimation und Legitimität des Richters, in: JuristenZeitung 2015, S. 529 – 538.

Rinken, Alfred, Demokratie und Hierarchie. Zum Demokratieverständnis des zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts, in: Demokratie und Grundgesetz. Eine Auseinandersetzung mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, hrsg. v. Redaktion kritische Justiz, Baden-Baden: Nomos 1996, S. 125 – 147.

Ritgen, Klaus, Satzungsautonomie und Parlamentsvorbehalt: Verfassungsrechtliche Grenzen autonomer Rechtsetzung, in: Verfassungsrechtsprechung. Ausgewählte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive, hrsg. v. J. Menzel/R. Müller-Terpitz, Tübingen: Mohr Siebeck, 2. Aufl. 2011, S. 212 – 216.

Rittstieg, Helmut, Kommunales Wahlrecht für Ausländer, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1987, S. 315 – 321.

Roellecke, Gerd, Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit. Über immanente Grenzen der richterlichen Gewalt des Bundesverfassungsgerichts, Heidelberg: Verlagsgesellschaft „Recht und Wirtschaft" 1960.

Roetteken, Torsten, Verfassung und Personalvertretungsrecht, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1996, S. 552 – 554.

Röhl, Klaus F., Justiz als Wirtschaftsunternehmen. Budgetierung, Controlling und Personalisierung der Justizverwaltung, in: Deutsche Richterzeitung 2000 (78), S. 220 – 230.

Ruffert, Matthias, An den Grenzen des Integrationsverfassungsrechts: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon, in: Deutsches Verwaltungsblatt 2009, S. 1197 – 1208.

Rupp, Hans Heinrich, Anmerkungen zum Urt. v. 15. 12. 1970 – 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 308/69, in: Neue Juristische Wochenzeitschrift 1971, S. 275 – 277.

Sachs, Michael, BVerfG, 19. 06. 2012 – 2 BvC 2/10: Verfassungsprozessrecht: Indirekte Wahl der Richter des BVerfG durch den Bundestag, in: Juristische Schulung 2013, S. 285 – 287.

Sachs, Michael, Art. 20, in: Grundgesetz. Kommentar, hrsg. V. M. Sachs, München: C. H. Beck, 9. Aufl. 2021.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schäfer, Ralf, Mitbestimmung in kommunalen Eigengesellschaften. Die rechtsgeschäftliche Einführung und Erweiterung von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat aus verfassungsrechtlicher und kommunalrechtlicher Sicht, Berlin: Duncker & Humblot 1988.

Scheid, Christopher, Demokratieimmanente Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit. Eine funktionelle und institutionelle Betrachtung, in: Der Staat 59 (2020), S. 227 – 275.

Schenke, Wolf-Rüdiger, Anmerkungen zum Urteil des BVerfG v. 14. 5. 1985, 1 BvR 233/81 (Brokdorf-Entscheidung), in: JuristenZeitung 1986, S. 35 – 37.

Schlaich, Klaus, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 39, Berlin: De Gruyter 1981, S. 99 – 146.

Schliesky, Utz, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt. Die Weiterentwicklung von Begriffen der Staatslehre und des Staatsrechts im europäischen Mehrebenensystem, Tübingen: Mohr Siebeck 2004.

Schmidt-Aßmann, Eberhard, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, in: Archiv des öffentlichen Rechts 116 (1991), S. 329 – 390.

Schmidt-Aßmann, Eberhard, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin: Springer, 2. Aufl. 2006.

Schmitt, Carl, Verfassungslehre, München/Leipzig: Duncker & Humblot 1928.

Schmitt, Carl, Freiheitsrechte und institutionelle Garantin der Reichsverfassung, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 – 1954. Materialien zu einer Verfassungslehre, hrsg. v. C. Schmitt, Berlin: Duncker & Humblot 1958, unv. Neudruck 1973, S. 140 – 173.

Schmitt, Carl, Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien, Berlin: Duncker & Humblot 1991, 3. Aufl. der Ausg. Von 1963.

Schmitt, Carl, Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, Berlin: Duncker & Humblot, 10. Aufl. 2015.

Schmitt, Carl, Der Hüter der Verfassung, Berlin: Duncker & Humblot, 5. Aufl. 2016.

Schmitt, Carl, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, Berlin: Duncker & Humblot, 10. Aufl. 2017.

Schneider, Hans, Anm. zu BVerfG, Beschl. v. 14. 5. 1985 – 1 BvR 233/81 u. a., in: Die Öffentliche Verwaltung 1985, S. 783 – 785.

Schnelle, Eva Marie, Die indirekte Wahl der Bundesverfassungsrichter durch den Wahlausschuss des Bundestags vor dem Hintergrund der parlamentarischen Repräsentationsfunktion, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2012, S. 1597 – 1600.

Scholz, Rupert, Sollen Bundesverfassungsrichter vom Plenum gewählt werden?, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 2012, S. 191.

Schönberger, Christoph, Die europäische Union zwischen „Demokratiedefizit" und Bundesstaatsverbot. Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: Der Staat 48 (2009), S. 535 – 558.

Schorkopf, Frank, Die europäische Union im Lot. Karlsruhes Rechtsspuch zum Vertrag von *Lissabon*, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2009, S. 718 – 724.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schreier, Nicole, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern. Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des Bundesverfassungsgerichts und des United States Supreme Court, Baden-Bade: Nomos 2016.

Schröder, Meinhard, Verfassungsrichterwahl im transparenten Konsens?, in: Zeitschrift für Gesetzgebung 2/2015, S. 150 – 167.

Schulz-Schaeffer, Helmut, Die Staatsform der Bundesrepublik Deutschland. Versuch der Theorie des materialen Rechtsstaates, Berlin: Duncker & Humblot 1966.

Schulze-Fielitz, Helmuth, Der informale Verfassungsstaat. Aktuelle Beobachtungen des Verfassungslebens der Bundesrepublik Deutschland im Lichte der Verfassungstheorie, Berlin: Duncker & Humblot 1984.

Schulze-Fielitz, Helmuth, Das Verhältnis von formaler und informaler Verfassung, in: Informale Verfassung, hrsg. v. A. Görlitz/H.-P. Burth, Baden-Baden: Nomos 1998, S. 25 – 53.

Schulze-Fielitz, Helmuth, Art. 97, in: Grundgesetz Kommentar, Band III: Art. 83 – 146, hrsg. v. H. Dreier, Tübingen: Mohr Siebeck, 2. Aufl. 2006.

Schulze-Fielitz, Helmuth, Schattenseiten des Grundgesetzes, in: Macht und Ohnmacht des Grundgesetzes. Sechs Würzburger Vorträge zu 60 Jahren Verfassung, hrsg. v. H. Dreier, Berlin: Duncker & Humblot 2009, S. 9 – 50.

Schulze-Fielitz, Helmuth, Staatsrechtslehre als Mikrokosmos, Tübingen: Mohr Siebeck 2. Aufl. 2022.

Schuppert, Gunnar Folke, Verfassungsrecht und Verwaltungsorganisation, in: Der Staat 32 (1993), S. 581 – 610.

Seibert-Fohr, Anja, Richterbestellung im Verfassungswandel. Der Einfluss des Individualrechtschutzes auf Funktion und Auswahl oberster Richter in Europa, in: Der Staat 49 (2010), S. 130 – 156.

Sieckmann, Jan-Reinard, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden: Nomos 1990.

Sieckmann, Jan-Reinard, Recht als normatives System. Die Prinzipientheorie des Rechts, Baden-Baden: Nomos 2009.

Sieckmann, Jan-Reinard, Zur Prinzipientheorie Robrt Alexys, in: Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, hrsg. v. M. Klatt, Tübingen: Mohr Siebeck 2013, S. 271 – 295.

Simon, Dieter, Rechtsprechung und Bürokratie, in: Deutsche Richterzeitung 1980 (58), S. 90 – 94.

Starck, Christian, Regelungskompetenzen im Bereich des Art. 12 Abs. 1 GG und ärztliches Berufsrecht. Bemerkungen zum Facharzt-Beschluß des BVerfG, in: Neue Juristische Wochenzeitschrift 1972, S. 1489 – 1493.

Starck, Christian, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung. Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 34, Berlin: De Gruyter 1976, S. 43 – 88.

Starck, Christian, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. v. J. Isensee/P. Kirchhof, Band II: Demokratische

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Willensbildung – Die Staatsorgane des Bundes, Heidelberg: C. F. Müller, 1. Aufl. 1987, § 29 (S. 3 – 27).

Starck, Christian, Die Verfassungsauslegung, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. v. J. Isensee/P. Kirchhof, Band VII: Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, Heidelberg: C. F. Müller, 1. Aufl. 1992, §164 (S. 189 – 230).

Starck, Christian, Art. 3, in: H. v. Mangoldt (Begr.), Kommentar zum Grundgesetz, fortgeführt von F. Klein und C. Starck, hrsg. v. P. M. Huber/A. Voßkuhle, Band I, Artikel 1 – 19, München: C. H. Beck, 7. Aufl. 2018.

Stein, Lorenz von, Die Verwaltungslehre. Teil 1 Abt. 1: Verfassungsmäß. Verwaltungsrecht, Stuttgart: Cotta 1869, 2. unv. Neudruck, Aalen: Scientia 1975.

Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung, München: C. H. Beck, 1. Aufl. 1980.

Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, München: C. H. Beck, 2. Aufl. 1984.

Stern, Klaus, Gedanken zum Wahlverfahren für Bundesverfassungsrichter, in: Verfassungsrecht und Völkerrecht. Gedächtnisschrift für Wilhelm Karl Geck, hrsg. v. W. Fiedler/G. Ress, Köln: Carl Heymanns Verlag 1989, S. 885 – 896.

Taupitz, Jochen, Die Standesordnung der freien Berufe. Geschichtliche Entwicklung, Funktionen, Stellung im Rechtssystem, Berlin: De Gruyter 1991.

Teubner, Ernst, Die Bestellung zum Berufsrichter in Bund und Ländern. Entwicklung, Modelle, Analysen, Köln: Carl Heymanns Verlag 1984.

Thym, Daniel, Europäische Integration im Schatten souveräner Staatlichkeit. Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: Der Staat 48 (2009), S. 559 – 586.

Trautwein, Thomas, Bestellung und Ablehnung von Bundesverfassungsrichtern, München: Verlag V. Florentz 1994.

Triepel, Heinrich, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 5, Berlin: De Gruyter 1929, S. 2 – 29.

Trivisonno, Alexandre Travessoni Gomes, Die formellen Prinzipien und der Begriff des Rechts, in: Rechtsdiskurs, Rechtsprinzipien, Rechtsbegriff, hrsg. v. C. Bäcker, Tübingen: Mohr Siebeck 2022, S. 439 – 451.

Tschentscher, Axel, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, Tübingen: Mohr Siebeck 2006.

Unger, Sebastian, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, Tübingen: Mohr Siebeck 2008.

Vogel, Klaus, Das Bundesverfassungsgericht zum Bremer Personalvertretungsgesetz. Probleme der Gewaltenteilung, der Regierungsverantwortung und der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, in Monatsschrift für Deutsches Recht 1959, S. 894 – 897.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Voßkuhle, Andreas, Art. 94 und 95, in: H. v. Mangoldt (Begr.), Kommentar zum Grundgesetz, fortgeführt von F. Klein und C. Starck, hrsg. v. P. M. Huber/A. Voßkuhle, Band III, Artikel 83 – 146, München: C. H. Beck, 7. Aufl. 2018.

Voßkuhle, Andreas, Karlsruhe Unlimited? Zu den (unsichtbaren) Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Bayrische Verwaltungsblätter 2020, S. 577 – 582.

Voßkuhle, Andreas/*Kaiser*, Anna-Bettina, Grundwissen – Öffentliches Recht: Demokratische Legitimation, in: Juristische Schulung 2009, S. 803 – 805.

Voßkuhle, Andreas/*Sydow*, Gernot, Die demokratische Legitimation des Richters, in: JuristenZeitung 2002, S. 673 – 682.

Wahl, Rainer, Der Vorrang der Verfassung, in: Der Staat 20 (1981), S. 484 – 516.

Wahl, Rainer, Die Schwebelage im Verhältnis von Europäischer Union und Mitgliedsstaaten. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: Der Staat 48 (2009), S. 587 – 614.

Wank, Rolf, Juristische Methodenlehre. Eine Anleitung für Wissenschaft und Praxis, München: Vahlen 2020.

Weber, Hellmuth von, Zum SRP-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: JuristenZeitung 1953, S. 293 – 298.

Weber, Max, Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie, hrsg. v. J. Winckelmann, Tübingen: Mohr Siebeck, 5. Aufl. 2002.

Weiler, J. H. H., Der Staat „über alles". Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart 44, Tübingen: Mohr Siebeck 1996.

Wewer, Göttrik, Die funktionale Notwendigkeit informeller Gremien für das Regieren in der Bundesrepublik – diskutiert am Beispiel der Personalrekrutierung für das Bundesverfassungsgericht, in: Regieren in der Bundesrepublik II. Formale und informale Komponenten des Regierens, hrsg. v. H.-H. Hermann/G. Wewer, Opladen: Leske Budrich 1991, S. 193 – 202.

Wewer, Göttrik, Spielregeln, Netzwerke, Entscheidungen – auf der Suche nach der anderen Seite des Regierens, in: Regieren in der Bundesrepublik II. Formale und informale Komponenten des Regierens, hrsg. v. H.-H. Hermann/G. Wewer, Opladen: Leske Budrich 1991, S. 9 – 30.

Wiederin, Ewald, Entgrenzung der Verfassungsgerichtsbarkeit?, in: Bayrische Verwaltungsblätter 2020, S. 583 – 586.

Wittreck, Fabian, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, Tübingen: Mohr Siebeck 2006.

Wolf, Martin, Reichsverfassung und Eigentum, in: Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum, Tübingen: Mohr Siebeck 1923, S. 3 – 30.

Wolff, Heinrich Amadeus, Art. 93, in: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Handkommentar, begr. v. K.-H. Seifert u. D. Hömig, hrsg. v. H. A. Wolff, Baden-Baden: Nomos, 12. Aufl. 2018.

Zätzsch, Jörg, Richterliche Unabhängigkeit und Richterauswahl in den USA und Deutschland, Baden-Baden: Nomos 2000.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Zuck, Rüdiger, Politische Sekundärtugenden: Über die Kunst, Pakete zu schnüren, in: Neue Juristische Wochenzeitschrift 1994, S. 497–498.

Zuck, Rüdiger, § 5, in: Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar, begr. v. H. Lechner, hrsg. v. R. Zuck, München. C. H. Beck, 4. Aufl. 1996.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Stichwortverzeichnis

Ausländerwahlrecht *52 ff.*, 62 f., 77 ff., 92 ff., 204

Diskurstheorie *206*

Einschätzungsprärogative *144*, 239
epistemisches Modell *242 ff.*, 253
– epistemische Optimierungsdimension *243*, 251
– epistemische Variable *234 ff.*
Etatismus *70 ff.*
– neo-etatistisch *58*, 73, 75

gebundene Kontrolle *249 ff.*, 19
– begrenzte Perspektivbindung *253*
– normativer Spielraum *250 f.*, 256, 259
Gesetzesvorbehalt *39*, 41 f.
Gewichtsformel *232 ff.*, 201, 206, 230 f., 246, 251, 253
– Abwägung zweiter Stufe *243*, 251, 253
– Doppeltriade *253 f.*
– Externe Rechtfertigung *206*, 238, 243, 251 ff.
– Triadische Skalierung *206*, 233 f., 254 ff.
Grundordnung *224 ff.*, 252

Hierarchieprinzip *74*, 92

judicial self-rastraint *247 f.*, 227, 256 f.
Jurisdiktionsstaat *227 f.*, 244, 260

kommunale Selbstverwaltung *49 ff.*, 43

Legitimationsdefizit *95*, 149, 221
Legitimationsgefälle *147 ff.*, 132, 136, 181, 183
Legitimationskettentheorie *115 ff.*, 22, 31, 38, 41 f., 51 f., 60, 72 ff., 88, 90 ff., 118 ff., 184, 200 ff., 212 ff., 259
– funktionell-institutionelle Legitimation *120 ff.*, 39 ff., 193, 197, 200, 211
– personell-organisatorische Legitimation *132 ff.*, 22, 88, 120, 123 ff., 180, 183 f., 186, 193 ff., 203, 219
– sachlich-inhaltliche Legitimation *184 ff.*, 22, 88, 109 ff., 123 ff., 131, 192, 196 f., 200, 203, 215, 219, 247 ff.
Legitimationskonsumption *162 ff.*, 133, 136, 145, 146, 178
Legitimationsniveau *193 ff.*, 18, 54 f., 89 ff., 109, 120 ff., 162, 181, 200 ff., 245 f.
– Legitimationsäquivalente Funktion *207 ff.*, 18 f.
– Funktionsadäquanz *204 f.*, 201 f., 249
Legitimationsquell *59*, 73 f., 85, 133, 147, 184, 197
Legitimität *46*, 119, 206, 208 f., 248 f., 257

Ministerialverwaltung *74*, 116, 137, 184, 188, 203

Output-Legitimation *208 ff.*

Parteiverbotsverfahren *22*, 31, 198
– KPD-Verbot *25 ff.*, 23, 31, 46
– NPD-Verbotsverfahren *25*
– SRP-Verbot *23 ff.*
Prinzipientheorie *215 ff.*, 116, 201 f., 212, 214
– formelle Prinzipien *229 ff.*, 220, 227 f., 244 ff.
– Optimierungsgebote *216 ff.*, 234, 245, 260
– prinzipientheoretische Rekonstruktion *200 ff.*, 207, 214 f., 219, 258 f.
– regelförmige Konkretisierung *212 ff.*

Rahmenordnung *223 ff.*, 252
Relative Homogenität *64*, 66, 70, 76 ff.
Richterliche Unabhängigkeit *120*, 136 f., 161
– persönliche Unabhängigkeit *179 f.*, 137

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

– sachliche Unabhängigkeit *187 ff.*, 120, 179, 184

Spielraumdogmatik *244 ff.*, 220, 228
– epistemischer Spielraum *231*, 235 f., 234 ff.
– gesetzgeberischer Spielraum *252 ff.*, 247
– struktureller Spielraum *245 f.*

Trennungsmodell *239 ff.*

ultra-vires *105 f.*, 110, 112 ff.

Verfassungsidentität *70*, 100, 113, 125 f.
verfassungskonforme Auslegung *191 f.*
Verfassungsrichterwahl *137 ff.*, 132, 151, 156 f., 159 ff.
– dreistufige Verfassungsrichterwahl *167 ff.*, 181 f.
– Gleichheitsgebot *161 f.*, 158, 168, 182
– Leistungsprinzip *158 ff.*, 168, 182
– Wahlpraxis *152 ff.*, 136, 139, 162 ff., 174 ff., 182
– Zwei-Drittel Mehrheit *138*, 146, 163, 165, 168, 173 ff.
– zweistufiges Wahlmodell *150*
Versammlungsfreiheit *43 ff.*
Volkssouveränität *102*, 26, 30, 35, 57, 71, 80, 87, 120, 129, 196, 202, 213 f.

Wahlausschuss *138 ff.*, 159 ff., 175 f.
Wahlorgane *136 f.*, 151, 159 ff., 175 f., 182
– Bundesrat *146 ff.*, 132, 136 f., 174 ff.
– Bundestag *136 ff.*, 107 f., 132, 163 f., 168, 171, 173 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-59388-0 | Generated on 2025-12-20 23:05:24
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/