

Sonderdruck aus:

DER STAAT

ZEITSCHRIFT FÜR STAATSLEHRE UND VERFASSUNGSGESCHICHTE,
DEUTSCHES UND EUROPÄISCHES ÖFFENTLICHES RECHT

Herausgegeben von

Ernst-Wolfgang Böckenförde,
Armin von Bogdandy, Winfried Brugger,
Rolf Grawert, Johannes Kunisch, Fritz Ossenbühl,
Walter Pauly, Helmut Quaritsch, Rainer Wahl



40. Band 2001 Heft 4

DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

DER STAAT

Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte,
deutsches und europäisches öffentliches Recht

Gegründet von Ernst-Wolfgang Böckenförde, Johannes Broermann, Gerhard Oestreich, Roman Schnur, Werner Weber, Hans J. Wolff.

Herausgegeben von Ernst-Wolfgang Böckenförde, Freiburg / Armin von Bogdandy, Frankfurt a. M. / Winfried Brugger, Heidelberg / Rolf Grawert, Bochum / Johannes Kunisch, Köln / Fritz Ossenbühl, Bonn / Walter Pauly, Jena / Helmut Quaritsch, Speyer / Rainer Wahl, Freiburg.

Redaktion: Prof. Dr. Armin von Bogdandy, Senckenberganlage 31, 60325 Frankfurt a. M. / Prof. Dr. Dr. h. c. Rolf Grawert, Universitätsstraße 150, 44801 Bochum-Que-
renburg / Prof. Dr. Johannes Kunisch, Albertus-Magnus-Platz, 50931 Köln / Prof.
Dr. Walter Pauly, Carl-Zeiß-Straße 3, 07743 Jena / Prof. Dr. Rainer Wahl, Wilhelm-
straße 26, 79085 Freiburg.

Geschäftsführender Redakteur: Prof. Dr. Winfried Brugger, Friedrich-Ebert-An-
lage 6 - 10, 69117 Heidelberg.

Alle Beiträge und Abbildungen in dieser Zeitschrift sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes bedarf der Zustimmung des Verlages. Dies gilt auch für Übertragungen in eine von Maschinen verwendbare Sprache.

Keine Haftung für unverlangt eingereichte Manuskripte, Rückgabe erfolgt nur, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Einreichung des Manuskripts stellt ein Angebot zur Übertragung des ausschließlichen Verlagsrechts für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts dar. Die Annahmeerklärung kann förmlich erfolgen bzw. implizit durch Abdruck des Manuskripts ausgesprochen werden. Das übertragene Verlagsrecht schließt auch die Befugnisse zur Einspeicherung in eine Datenbank sowie zu weiteren Vervielfältigungen zu gewerblichen Zwecken in jedem möglichen Verfahren ein. Dem Autor verbleibt die Befugnis, nach Ablauf eines Jahres anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen; ein eventuelles Honorar hieraus steht dem Autor zu.

Die Zeitschrift erscheint viermal jährl. im Gesamtumfang von ca. 648 Seiten. Abonnementspreis ab 2002 jährl. € 86,- / sFr 145,- zzgl. Porto, für Studenten jährl. € 68,80 / sFr 116,- zzgl. Porto, Einzelheft € 24,- / sFr 42,50 zzgl. Porto.

Bestellungen können über jede Buchhandlung oder direkt an den Verlag gerichtet werden. Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Jahresende erfolgen.

Verlag Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9, 12165 Berlin
Ruf: 0 30 / 79 00 06 - 0, Telefax: 0 30 / 79 00 06 31

Satz und Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

ISSN 0038-884 X

DISPOSITIVES VERFASSUNGSRICHTERRECHT

Von Alexander Graser, München

I. Fehlbar, aber endgültig: Die Crux der Rechtsprechung

Irren ist menschlich. Richter sind Menschen. Also können Richter ... – ein unangenehmer Gedanke! Aber was kann man machen? Solange es nicht gelingt, Herkules, *Ronald Dworkin*s Prototyp des übermenschlichen Richters¹, für die deutsche Richterlaufbahn zu gewinnen, sind die Aussichten auf eine Lösung eher gering. Gewiß, im Gerichtswesen bemüht man sich redlich, dem Problem beizukommen. Statt einzelnen Richtern läßt man ganze Spruchkörper entscheiden, statt bloßen Gerichten veritable Instanzenzüge. Das sollte helfen. Vier Augen sehen mehr als zwei. Die Gegenansicht, nämlich daß „zehn Deutsche ... (natürlich) ... dümmere ... (sind) ... als fünf“², wurde, soweit ersichtlich, allein von *Heiner Müller* vertreten, und der war schließlich kein Jurist. Dennoch scheint es, als behielten auch unter den Juristen die Zyniker das letzte Wort. Unwidersprochen beharren sie darauf, daß auch letztinstanzliche Spruchkörper zuweilen irren, und dann rechtskräftig.

Läßt sich diese Diagnose schon nicht erschüttern, so doch wenigstens differenzieren. Denn selbst im Diesseits ist Letztinstanz nicht gleich Letztinstanz. Der sprichwörtliche blaue Himmel wölbt sich längst nicht mehr in jedem Fall über den letztinstanzlichen Land(es)- oder spätestens Bundesgerichten. Vielmehr sind da, als Aller-Letztinstanzen sozusagen, immer öfter das Bundesverfassungsgericht, das freilich keine „Superrevisionsinstanz“³ sein will, in einigen Fällen der Europäische Gerichtshof und manchmal auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte. Wer von ihnen zur Aller-Aller-Letztinstanz avanciert, ist bekanntlich noch offen⁴.

Entsprechend dieser Staffelung unterscheidet sich auch, wie „endgültig“ die jeweiligen Entscheidungen sind. Und dabei geht es nicht nur um „Rechtskraft“ im technischen Sinne, also die – zugegeben: triviale – Erkenntnis, daß letztinstanzliche Entscheidungen unter Umständen in aller-

¹ Vgl. *Ronald Dworkin*, *Hard Cases*: Harvard Law Review 88 (1975), S. 1057 ff.

² *Heiner Müller*, *Wochenpost* Nr. 8 aus dem Jahr 1992.

³ *Horst Dreier* spricht insofern bereits von einem „stereotypen Verweis“ durch das Gericht, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 29.

⁴ Für eine aktuelle Bestandsaufnahme aus berufener Feder vgl. *Jutta Limbach*, *Die Kooperation der Gerichte in der zukünftigen europäischen Grundrechtsarchitektur*: EuGRZ 2000, S. 417 ff., speziell zum Konflikt von EuGH und BVerfG vgl. *Günter Hirsch*, *Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht*: NJW 2000, S. 1817 ff.

letztinstanzlichen wieder aufgehoben werden können. Vielmehr trifft dies auch für jene (Fern-)Wirkungen von Gerichtsentscheidungen zu, die über die Streitentscheidung zwischen den Parteien hinausgehen.

Der Jurist denkt dabei sofort an die Unterscheidung zwischen einerseits nur inter partes, also zwischen den Parteien wirkenden Richtersprüchen, wie sie die Regel sind, und andererseits solchen, die erga omnes, also für alle wirken – ein seltenes Privileg, das beispielsweise § 31 BVerfGG manchen Entscheidungstypen des BVerfGG verleiht. Man sollte jedoch über diese technische Unterscheidung nicht aus den Augen verlieren, daß auch die Urteile der einfachen (Bundes-)Gerichte gesetzesähnliche Wirkungen entfalten können⁵. Man denke nur an das Bundesarbeitsgericht, das jedenfalls im Arbeitskampfrecht völlig zu Recht als Ersatzgesetzgeber⁶ bezeichnet wird. Und auch über diesen Sonderfall hinaus gilt, daß die Interpretation offener Normen durch ein letztinstanzliches Gericht eine gesetzesähnliche Signalwirkung für die Rechtsunterworfenen hat.

Hierin unterscheiden sich BVerfGG und „einfache Letztinstanzen“ nicht. Worin sie sich jedoch unterscheiden, ist die Revidierbarkeit ihrer Entscheidungen durch den Gesetzgeber. Während ein einziger Federstrich des Gesetzgebers beispielsweise große Teile der Arbeitskampfrechtsprechung des BAG zu Makulatur machen könnte, liegt es beim BVerfGG anders. Weil es die Verfassung auslegt, können seine Richtersprüche in der Praxis regelmäßig⁷ auch für die Zukunft nicht durch einfaches Gesetz korrigiert werden, sondern allenfalls auf dem Weg der Verfassungsänderung, im Falle „ewigen“ Verfassungsrechts im Sinne des Art. 79 Abs. 3 GG sogar überhaupt nicht.

Nun ließe sich einwenden, daß dies eine zwar mißliche, aber letztlich unvermeidbare Konsequenz aus der Grundentscheidung sei, ein Verfassungsgericht zum „Hüter der Verfassung“ zu machen. Zwar ist diese Entscheidung selbst keineswegs gottgegeben, wie das Beispiel des Vereinigten Königreiches illustriert. Hat man sie aber getroffen, so scheinen in der Tat die Weichen gestellt. Denn wenn ein Verfassungsgericht diese Kontrollaufgabe effektiv erfüllen soll, wenn es also beispielsweise den einzelnen wirksam vor Grundrechtsverletzungen durch die Staatsgewalt schützen soll, so liegt es nahe, ihm auch das letzte Wort zuzugestehen gegenüber den zu bändigenden Gewalten⁸. Jedenfalls haben es seit *Marbury v. Madison*⁹ die Gerichte

⁵ Bejahend zur Normqualität von Richterrecht etwa *Bernd Rüthers*, *Rechtstheorie*, 1999, S. 38 f., 132 ff.; näher und mit weiteren Nachweisen zu dieser Frage vgl. unten III.1.

⁶ Mit Nachweisen für diese und ähnliche Wortprägungen vgl. *Hartmut Bauer*, in: *Dreier* (FN 3), Art. 9 Rdnr. 89.

⁷ Vorbehaltlich einer Änderung der tatsächlichen Gegebenheiten oder der Rechtsprechung; näher zu dieser Einschränkung sogleich unter III.1.

⁸ *Erhard Denninger*, *Das Bundesverfassungsgericht zwischen Recht und Politik*, in: *Brunkhorst/Niesen* (Hrsg.), *Das Recht der Republik*, 1999, S. 288 (303), hält dies sogar für „die Basis der Verfassungsgerichtsbarkeit überhaupt“.

⁹ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803); vgl. zu dieser grundlegenden Entscheidung, in welcher der Supreme Court seine Kompetenz zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle von

selbst immer wieder so gesehen. Aber auch wenn man diese Weichenstellung im Grunde akzeptiert, bleibt die Frage, ob man nicht mitunter über das Ziel hinausgeschossen ist und die verfassungsrichterlichen Sprüche mit mehr Endgültigkeit versehen hat als nötig.

II. Die Idee des Constitutional Common Law

Auch in den USA ist diese Frage gestellt worden – besonders deutlich in einem Aufsatz, der 1975 unter dem Titel „Constitutional Common Law“¹⁰ erschienen ist. *Henry Monaghan*, der Autor, unternahm dort den Versuch, den Begriff des constitutional common law in die US-amerikanische Verfassungstheorie einzuführen. Der Grundgedanke war, in seinen eigenen Worten, „... that a surprising amount of what passes as [1] authoritative constitutional ‚interpretation‘ is best understood as something of a quite different order – [2] a substructure of substantive, procedural, and remedial rules drawing their inspiration and authority from, but not required by, various constitutional provisions; in short, a constitutional common law subject to amendment, modification or even reversal by Congress“¹¹.

1. *Monaghans normative Ambition*. Daraus wird zunächst deutlich, warum Monaghan den Begriff des common law für die Verfassungsrechtsprechung gebrauchte. Es ging ihm um die Parallele zum klassischen, ohne gesetzliche Grundlage durch die Rechtsprechung entwickelten common law. Die rechtsschöpfende Qualität der Verfassungsrechtsprechung zu betonen, lag damals besonders nahe, zumal der Supreme Court zu diesem Zeitpunkt – jedenfalls im Rückblick unumstritten – auf rund zwei Dekaden des „judicial activism“ zurückblickte¹². Monaghan selbst war erklärtermaßen¹³ auf Seiten der Kritiker, und so schließt er seine Ausführungen denn auch mit

Gesetzen begründete, *Winfried Brugger*, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 1993, S. 7 ff.

¹⁰ Harvard Law Review 89 (1976), S. 1 ff.

¹¹ Ebd., S. 2 f.; Klammern von A. G.

¹² Als Beginn der Ära des judicial activism gilt die Entscheidung in *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), in welcher der Supreme Court, gestützt auf eine neue Lesart des Gleichheitssatzes, die Rassentrennung an öffentlichen Schulen für verfassungswidrig erklärte; näher zu Geschichte und Kontext dieser Entscheidung *Brugger* (FN 9), S. 12 ff. In den Folgejahren, insbesondere solange Chief Justice Warren dem Gericht vorstand (bis 1969), gab es eine Reihe weiterer bahnbrechender Entscheidungen; einen Überblick gewährt *Winfried Brugger*, Verfassungsinterpretation in den Vereinigten Staaten von Amerika: JöR NF 42 (1994), S. 571 ff. (m.w.N). Einen guten Eindruck davon, wie die Rechtsprechung des Supreme Court damals wahrgenommen wurde, vermittelt das Ende der 60er Jahre erschienene Buch von *Alpheus Mason / William Beaney*, *The Supreme Court in a Free Society – A survey of American Constitutional Law focussing on the Supreme Court as a participant in the political process*. With a new chapter on the Warren Court, New York 1968. Wörtlich heißt es dort (S. 321 f.): „The Warren Court (some call it the „Warren Revolution“), now entering its fourteenth year, continues unabated its myth-shattering precedent-breaking course ... Under Earl Warren ... the Supreme Court has become a creative force in American life.“

¹³ Harvard Law Review 89 (1976), S. 1 (44 f.)

der Hoffnung, daß wenn sich der Supreme Court schon nicht davon abbringen lasse, bislang unbekannte Verfassungsprinzipien zu verkünden, dies wenigstens in einem Rahmen geschehen sollte „... in which constitutional common law gives Congress a role in fixing the consequences“¹⁴. Gerade in Fällen besonders kreativer richterlicher Rechtsfortbildung also sollte nach Monaghan der Gesetzgeber, nicht das Verfassungsgericht das letzte Wort haben – wie beim klassischen common law eben, das ebenfalls zur Disposition des Gesetzgebers steht.

Monaghans Hoffnung hat sich in den USA bis heute nicht erfüllt, und ebensowenig hat sich sein Begriff des constitutional common law durchgesetzt. Ein Grund dafür dürfte sein, daß es ihm nicht gelungen ist zu zeigen, wo die Trennlinie zwischen verbindlicher Verfassungsinterpretation („authoritative constitutional interpretation“) und unverbindlicher verfassungsinspirierter Rechtsschöpfung („substructure of ... rules drawing their inspiration and authority from, but not required by, various constitutional provisions“) laufen soll. Ohne diese Trennlinie jedoch gäbe es entweder kein oder nur constitutional common law, hätte also entweder das Verfassungsgericht oder der Gesetzgeber das letzte Wort, und zwar immer, ohne daß die angestrebte Differenzierung möglich wäre.

Nun hätte man natürlich darauf setzen können, daß das Gericht diese Grenze selbst entwickeln würde. Nur wäre das eine heikle Angelegenheit für ein Verfassungsgericht. Denn sobald es einen Spruch als bloß „verfassungsinspirierte Rechtsschöpfung“ deklariert, um ihn zur Disposition des einfachen Gesetzgebers zu stellen, setzt es sich umgehend dem Vorwurf aus, die Rolle überdehnt zu haben, die ihm das klassische Gewaltenteilungsideal zudenkt. Verloren wäre die unschuldige Pose des „bouche (...) de la loi“¹⁵, und das Gericht käme sehr viel nüchterner daher als Institution einer zwar textgeleiteten, aber doch letztlich politischen Steuerung. Akzeptanzfördernd wäre das gewiß nicht.

2. *Monaghans analytische Ambition.* War das Scheitern von Monaghans Vorschlag demnach jedenfalls im Rückblick keineswegs überraschend, so weckt das Zweifel, warum es sich lohnen sollte, seinen Gedanken noch hier und heute nachzugehen, in einem ganz anderen Rechtskreis und über ein Vierteljahrhundert später. Aber damit würde man Monaghan nicht gerecht. Denn sein Aufsatz hatte nicht nur die bisher erörterte normativ-reformerische Komponente, die für sich genommen wirklichkeitsfremd wirkt, sondern auch eine deskriptiv-analytische, die seinem Argument deutlich mehr Realitätsbezug gibt. Wie die eingangs zitierte Passage verdeutlicht, wollte er mit seinem Begriff des constitutional common law kein völlig neues Konstrukt einführen, sondern beanspruchte vielmehr, an Bestehendes anzuknüpfen. In der Tat konnte er Beispiele aus dem US-amerikanischen Verfassungsrecht nennen, die sich als Formen eines constitutional common law deuten lassen.

¹⁴ Ebd., S. 45.

¹⁵ Vgl. dazu die klassische Stelle bei *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, 1976, S. 221 (XI. Buch, 6. Kapitel): „Doch die Richter der Nation sind ... lediglich der Mund, der den Wortlaut des Gesetzes spricht ...“.

a) Das wohl bedeutsamste Beispiel ist die Figur der sogenannten „dormant commerce clause“¹⁶. Sie regelt den Konflikt zwischen dem Interesse der Gliedstaaten an regionaler Regelungsautonomie und dem Interesse des Bundes an einem schrankenlosen überregionalen Handel. Sie bestimmt damit das Ausmaß der wirtschaftlichen Integration innerhalb des föderalen Systems der USA. In ihrer allgemeinen Formulierung besagt sie¹⁷, daß gliedstaatliche Normen, die den überregionalen Handel belasten, nur Bestand haben, wenn sie erstens einem legitimen regionalen Zweck dienen, ihre Auswirkungen für den überregionalen Handel zweitens nur zufällig sind und sie diesen Handel drittens, gemessen am verfolgten Zweck, nicht übermäßig belasten.

Das dürfte für europäische Ohren zunächst recht vertraut klingen – im Prinzip löst der EuGH das Problem nicht anders¹⁸. Aber bei genauerem Hinhören fällt doch eine Besonderheit der US-amerikanischen Lösung auf. Die oben genannten Kriterien sprechen nur von *gliedstaatlichen* Normen. Das ist kein Zufall. In der Tat gilt die dormant commerce clause nicht für den Bund. Das hat nicht nur zur Folge, daß Bundesnormen den oben genannten Beschränkungen von vornherein nicht unterliegen. Eine Konsequenz ist auch, daß der Bund eine den regionalen Handel beschränkende Norm selbst dann erlassen kann, wenn der Supreme Court zuvor eine inhaltsgleiche Norm der Gliedstaaten als verfassungswidrig kassiert hatte. Der (Bundes-)Gesetzgeber überstimmt dann also das Verfassungsgericht – ein Fall von constitutional common law.

Nun nimmt üblicherweise auch der Supreme Court für sich in Anspruch, mit der Verfassung das in der Normenhierarchie höchste Regelwerk *auszulegen* und deswegen das – vorbehaltlich einer Verfassungsänderung – *letzte* Wort zu haben. Das wirft die Frage auf, wie es zur Anerkennung dieser Ausnahme gekommen ist. Um das zu verstehen, muß man sich etwas näher mit der verfassungstextlichen Grundlage dieser Rechtsfigur der dormant commerce clause befassen.

b) Anders als der EuGH im Fall der Grundfreiheiten des EGV hat der Supreme Court die Regeln zur wirtschaftlichen Integration nicht aus subjektivrechtlichen Garantien entwickelt. Er hätte dafür auch keine explizite Grundlage in der US-amerikanischen Verfassung gehabt. Statt dessen stützt der Supreme Court seine Rechtsprechung zur *dormant commerce clause* auf die commerce clause, eine der Kompetenznormen innerhalb der

¹⁶ Für eine ausführliche Darstellung vgl. *Laurence Tribe*, *American Constitutional Law*, Bd. I, 3. Aufl., New York 2000, S. 1029 ff. (§ 6–2).

¹⁷ Vgl. zur derzeit gültigen Formulierung der Kriterien *Pike v. Bruce Church*, 937 U.S. 137, 142 (1970): „Where the statute regulates even-handedly to effectuate a legitimate local public interest, and its effects on interstate commerce are only incidental, it will be upheld unless the burden imposed on such commerce is clearly excessive in relation to the putative local benefits“.

¹⁸ Für eine differenzierte Auseinandersetzung aus vergleichender Perspektive vgl. *Donald Kommers / Michel Waelbroeck*, *Legal Integration and the Free Movement of Goods. The American and European Experience*, in: Cappelletti / Secombe / Weiler (Hrsg.), *Integration Through Law*, Bd. I, Buch 3, Berlin / New York 1986, S. 165.

US-amerikanischen Verfassung¹⁹. Sie ermächtigt den Bund, Regelungen zu treffen, die den Handel zwischen den Gliedstaaten oder mit dem Ausland betreffen. Zwar sieht man dieser Vorschrift nicht an, ob es sich dabei um eine Kompetenz zur – in der deutschen Terminologie – ausschließlichen oder konkurrierenden Gesetzgebung handeln soll. Aber der Begriff des commerce wird seit mehr als einem halben Jahrhundert so weit ausgelegt, daß nahezu jeder Regelungsgegenstand darunter fällt, der auch nur im entferntesten wirtschaftliche Bedeutung entfalten kann²⁰. Deswegen konnte man praktisch nur noch von einer konkurrierenden Kompetenz ausgehen. Sonst hätte man die Gliedstaaten buchstäblich zur Untätigkeit verurteilt. Freilich paßt der deutsche Begriff der konkurrierenden Kompetenz insofern nicht ganz, als man sich in den USA nicht wie bei uns damit begnügt, daß der Bund gliedstaatliche Regelungen, die er für zu belastend hält, per vorrangigem Bundesgesetz beseitigen kann. Vielmehr soll dies – wie gesehen – auch im Gerichtswege möglich sein, solange der Bundesgesetzgeber von seiner Kompetenz keinen Gebrauch gemacht hat (deswegen im übrigen „dormant“ commerce clause). Vor diesem dogmatischen Hintergrund war die Anerkennung der Vorläufigkeit solcher verfassungsgerichtlicher Entscheidungen geradezu zwangsläufig. Denn es wäre nicht haltbar gewesen, die inhaltlichen Beschränkungen der Rechtsprechung zur dormant commerce clause auch auf den Bundesgesetzgeber zu erstrecken. Ihre alleinige Grundlage ist schließlich eine Kompetenznorm *zugunsten* des Bundes.

Was hat Monaghan mit seiner Idee des constitutional common law erreicht? Mit seinem normativen Anliegen, die Endgültigkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen (weiter) einzuschränken, war ihm zwar bislang kein Erfolg beschieden, wohl weil es an der praktischen Umsetzbarkeit seiner allgemeinen Forderung mangelte. Sein Verdienst jedoch liegt darin, einzelne dogmatische Figuren des US-amerikanischen Verfassungsrechts im Lichte dieses Begriffs interpretiert zu haben. Und auf lange Sicht könnte das auch seiner Grundidee immerhin punktuell weitere Realisierungschancen verschaffen, wenn sich nämlich Problemkonstellationen ergeben, die jenen ähneln, bei denen man bereits jetzt constitutional common law anerkennt²¹.

¹⁹ „The Congress shall have Power . . . To regulate Commerce . . . among the several States“; Article I, sec. 8, sub 3.

²⁰ Für eine ausführliche Darstellung vgl. *Tribe* (FN 16), S. 807 ff. (§ 5–4); in deutscher Sprache *Brugger* (FN 9), S. 35 ff.

²¹ So hat erst kürzlich ein Autor den Versuch unternommen, aus Monaghans Konzept eine neue Lösung für eine aktuelle und höchst umstrittene Rechtsfrage abzuleiten. Allerdings hat auch dieser Versuch sich inzwischen als erfolglos erwiesen, denn der Supreme Court hat die Frage anders entschieden; vgl. für den neuen Lösungsvorschlag *Todd Zubler, The Right to Migrate and Welfare Reform. Time for Shapiro v. Thompson to Take a Hike: Valparaiso University Law Review* 31 (1997), S. 893 ff.; für die abweichende Entscheidung des Supreme Court in Sachen *Saenz v. Roe and Doe*, 119 S.Ct. 1518 (1999).

III. Constitutional Common Law als Vorbild für die hiesige Rechtsentwicklung?

Welchen Nutzen kann dieser Ausflug ins US-amerikanische Verfassungsrecht für die hiesige Diskussion haben? Zunächst scheint Skepsis angezeigt. Der Gedanke des constitutional common law war bereits in den USA extravagant und wenig durchsetzungsfähig – und das, obschon er zumindest begrifflich an die ureigenste Tradition des dortigen Rechts appelliert. Um so schlechtere Aussichten müßte er in Deutschland haben, wo er jedenfalls auf den ersten Blick völlig systemfremd wirkt. Doch dieser erste Eindruck trügt.

1. *Systematische Unterschiede zwischen US-amerikanischem und deutschem Recht?* Problematisch könnte die Übertragung von Monaghans Gedanken vor allem deswegen erscheinen, weil die dem common law zugrundeliegende Vorstellung einer allmählichen Rechtsfortbildung durch richterliche Entscheidungen hierzulande nicht dieselbe Anerkennung genießt wie in den USA. Insbesondere mißt man Präzedenzfällen in Deutschland nicht dieselbe formelle Bindungswirkung bei²². So hat das BVerfG ausdrücklich festgestellt, daß eine Norm, die das Gericht zuvor für verfassungswidrig erklärt hatte, nach einem inhaltsgleichen Neuerlaß durch den Gesetzgeber nicht automatisch verfassungswidrig sein müsse²³. Das folge unter anderem daraus, daß das Gericht „Akte der gesetzgebenden Gewalt an der Verfassung selbst und nicht an verfassungsgerichtlichen Präjudizien zu messen“²⁴ habe. Das klingt in der Tat so, als sei der Gedanke des constitutional common law in Deutschland unpassend. Denn wo Präzedenzfälle keine Bedeutung haben, da gibt es auch kein Richterrecht, nach dessen Dispositivität man fragen könnte. Und auch für *Verfassungsrichterrecht* gilt – trotz § 31 BVerfGG, wie das BVerfG ausdrücklich betont²⁵ – nichts anderes, jedenfalls nicht im Verhältnis zum Gesetzgeber.

Aber so einleuchtend diese Argumentation auf formaler Ebene sein mag, so unzureichend ist sie für die Frage nach den tatsächlichen Unterschieden zwischen US-amerikanischem und deutschem Recht. Denn natürlich muß auch in den USA das richtergeschöpfte common law weichen, wenn der Gesetzgeber es will – ebenso wie umgekehrt natürlich auch hierzulande höchstrichterliche Entscheidungen, obschon nicht formell bindende Präjudizien, durchaus eine handlungsleitende Wirkung für die unteren Gerichte und die Rechtsunterworfenen entfalten. Auch im speziellen Fall des Verfassungsrichterrechts hat die unterschiedliche theoretische Ausgangslage keine faktisch relevanten Implikationen. Denn selbstverständlich sind Konsistenz und Kontinuität auch in der Rechtsprechung des BVerfG zentrale

²² Über die Normqualität von Richterrecht wird hierzulande seit langem gestritten. Ein aktueller Überblick über diese Kontroverse mit zahlreichen weiteren Nachweisen findet sich beispielsweise bei *Hasso Hofmann*, Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung, 1998, S. 31 ff.

²³ BVerfGE 77, 84.

²⁴ Ebd., S. 104.

²⁵ Ebd., S. 103.

Ziele, so daß Kehrtwenden die Ausnahme bleiben und den bisherigen Entscheidungen jedenfalls quasi-präjudizielle Bedeutung zukommt. Und ebenso selbstverständlich würde auch der Supreme Court ein einmal verworfenes Gesetz nicht in alle Ewigkeit für unzulässig halten, schon weil veränderte soziale Umstände eine neue rechtliche Beurteilung erzwingen können und weil auch der Supreme Court seine Rechtsprechung mitunter ändert²⁶. Diese beiden Argumente gegen eine ewige Bindung finden sich bezeichnenderweise auch in der zuvor zitierten Entscheidung des BVerfG²⁷.

Danach läßt sich zunächst resümieren, daß trotz der unbestreitbaren Unterschiede im *Rechtsdenken* zwischen den USA und Deutschland die *Rechtswirklichkeit* in beiden Ländern doch so weitreichende Gemeinsamkeiten aufweist²⁸, daß die Frage nach den Übertragungsmöglichkeiten der Idee des constitutional common law auf das deutsche Recht sinnvoll ist. Ferner ist diese Frage zum Teil auch schon beantwortet. Denn Verfassungsrichterrecht ist, wie sich gezeigt hat, ohnehin dispositiv, hüben wie drüben – wenn auch nur in dem eingeschränkten Sinne, daß es dem Gesetzgeber nicht verwehrt ist und werden kann, sein Glück erneut zu versuchen und auf eine Änderung der Rechtsprechung zu hoffen. Erschöpfend kann diese Antwort freilich nicht sein. Denn Dispositivität kennt Grade, und Monaghan ging es offensichtlich um eine deutlich weiterreichende Form. Aber auch insofern erweist sich der Blick auf das deutsche Recht keineswegs als unergiebig.

2. *Constitutional Common Law im deutschen Verfassungsrecht?* Das wird deutlich, wenn man sich nochmals die Funktion der Rechtsprechung zur dormant commerce clause vor Augen führt, und zwar herausgelöst aus dem konkreten Kontext des US-amerikanischen Rechts. Diese Rechtsfigur bewirkt eine Staffelung der Revidierbarkeit von Urteilen des Supreme Court in Abhängigkeit davon, welche öffentliche Gewalt gerade kontrolliert wird. Zwar bleibt es dabei, daß der Supreme Court das (vorbehaltlich einer Rechtsprechungsänderung) „letzte“ Wort auch gegenüber dem Bundesgesetzgeber für sich behauptet. Aber er spricht es erst, wenn dies nötig ist – das heißt, regelmäßig nicht, wenn er lediglich ein gliedstaatliches Gesetz zu kontrollieren hat.

²⁶ Kehrtwenden hat es in der mehr als 200jährigen Geschichte des Supreme Court selbstverständlich viele gegeben. Ein besonders eindrucksvolles Beispiel ist – auch wegen der offenen Auseinandersetzung mit den Grenzen der stare decisis doctrine – die Entscheidung in *Boys Markets v. Retail Clerks Union*, 398 U.S. 235 (1970), in der die nur acht Jahre zuvor ergangene Entscheidung in *Sinclair Refining Company v. Atkinson*, 370 U.S. 195 (1962), wieder aufgegeben wurde. Sollte man die Erwägungen in einem Satz zusammenfassen, so könnte man es kaum besser tun als mit dem Aphorismus von Justice Frankfurter, den Justice Stevens in seinem zustimmenden Votum in *Boys Markets* zitiert: „Wisdom too often never comes, and so one ought not to reject it merely because it comes late“.

²⁷ BVerfGE 77, 84 (104).

²⁸ Auch Hofmann (FN 22), S. 31, konstatiert, daß „die enorme rechtspraktische Bedeutung solchen ‚Richterrechts‘ oder – terminologisch vielleicht etwas weniger provokativ und daher leichter verdaulich – solchen ‚Präjudizienrechts‘ auch für die kontinentalen Rechtsordnungen längst außer Zweifel“ stehe.

a) Dieselbe Form von Dispositivität kennt auch das deutsche Verfassungsrecht, obschon die Staffelung hier nicht entlang der vertikalen, also föderalen Gewaltenteilung verläuft, sondern entlang der horizontalen – konkret also zwischen Legislative und Exekutive. Die Rede ist von der Figur des Parlamentsvorbehalts, wie ihn die Wesentlichkeitstheorie²⁹ vorsieht. Hinsichtlich der Dispositivität ist der Effekt derselbe. Grundrechtseingriffe, welche die Exekutive aus eigener Macht (auch per Rechtsverordnung) nicht vornehmen dürfte, können selbst nach ihrer verfassungsgerichtlichen Verwerfung noch zulässig werden, wenn die Legislative sie später selbst vornimmt. Das folgende Beispiel soll zeigen, wie vorteilhaft diese hinzugewonnene Vorläufigkeit auch für das BVerfG sein kann. Es handelt sich um die Entscheidung des BVerfG zum Streikeinsatz von Beamten³⁰.

b) Zu entscheiden war, ob im Falle eines Streiks im öffentlichen Dienst Beamte verpflichtet werden können, die bestreikten Posten auszufüllen, also quasi als Streikbrecher zu fungieren. Verfassungstext und -rechtsprechung gaben offensichtlich keine eindeutige Antwort. Das war schon deswegen besonders augenscheinlich, weil BAG³¹ und Bundesverwaltungsgericht³² dieselbe Frage mit völlig unterschiedlicher verfassungsrechtlicher Argumentation entschieden hatten, bevor sich das BVerfG damit befassen mußte. Keine leichte Ausgangslage für das Gericht, noch dazu in einem politisch so sensiblen Bereich wie dem Arbeitskämpfrecht. Sollte das öffentliche Interesse am Erhalt einer funktionierenden Verwaltung überwiegen oder die persönliche Freiheit des Beamten, eventuell auch in der besonderen Ausprägung seiner negativen Koalitionsfreiheit³³. Und was geböten die „black boxes“ des Arbeitskämpfrechts, Kampfparität und Neutralitätspflicht des Staates³⁴?

Aber anders als die Vorentscheidungen ließ sich das BVerfG nicht darauf ein, die Trennlinie zwischen diesen kollidierenden Verfassungsprinzipien selbst zu bestimmen – und damit auf „ewig“ festzuschreiben. Vielmehr stellte es nur fest, daß der Streikeinsatz den Beamten zwar nicht unbedingt so sehr belaste, daß er stets verfassungswidrig sein müsse, jedenfalls aber in einem Maße, das eine ausdrückliche *gesetzliche* Regelung unentbehrlich mache. Auf den ersten Blick mag es so scheinen, als habe das BVerfG damit dem Gesetzgeber den „schwarzen Peter“ zugeschoben. Aber ist es nicht besser, wenn eine solchermaßen umstrittene Frage nicht ein- für allemal entschieden wird, sondern mit einer einfachgesetzlichen Mehrheit korrigiert werden kann?

²⁹ Vgl. dazu *Hartmut Bauer*, in: Dreier (FN 3), Art. 80 Rdnr. 19; *Helmuth Schulze-Fielitz*, ebd., Art. 20 (Rechtsstaat) Rdnr. 103 ff.

³⁰ BVerfGE 88, 103.

³¹ BAGE 49, 303, angefochten und aufgehoben im zuvor zitierten Verfahren vor dem BVerfG.

³² BVerwGE 69, 208.

³³ Dies waren die zentralen Erwägungen der Entscheidung des BVerwG, wobei letztlich die Interessen des Beamten in der Abwägung unterlagen.

³⁴ Dies waren die zentralen Erwägungen der Entscheidung des BAG. Auch mit diesen kollektiven Erwägungen gelangte das BAG zum Ergebnis der Zulässigkeit des Streikeinsatzes der Beamten.

Auch im deutschen Verfassungsrecht läßt sich also constitutional common law oder – jedenfalls im hiesigen Kontext besser – dispositives Verfassungsrichterrecht aufspüren. Systemfremd ist es also auch hierzulande nicht. Vor diesem Hintergrund erscheint es vielleicht weniger abwegig als zuvor, wenn im folgenden gefragt werden soll, ob sich noch weitere Einsatzmöglichkeiten für dieses Konzept im hiesigen Recht finden.

3. *Chancen weiterer Verbreitung dispositiven Verfassungsrichterrechts in Deutschland.* In den USA hat die Idee des constitutional common law bislang wenig Verbreitung gefunden, vielleicht – wie gesagt – weil Monaghans Vorschlag daran krankte, daß er sich für die Verfassungsrechtsprechung kaum praktisch umsetzen ließ. Die Beispiele dispositiven Verfassungsrechts im US-amerikanischen und deutschen Recht, die zuvor ein wenig näher betrachtet wurden, stützen diese Vermutung. Denn bei beiden ist die Abgrenzung zwischen verbindlicher Verfassungsinterpretation und unverbindlicher verfassungsinspirierter Rechtsschöpfung noch vergleichsweise unproblematisch. Nicht nur ist die Unterscheidung nach der kontrollierten Instanz (Bundes- oder Landesgesetzgeber, Parlament oder Exekutive) trennscharf. Auch bleibt in beiden Beispielfällen dem Gericht das ausdrückliche Eingeständnis erspart, daß Verfassungsinterpretation ein offenes, fehleranfälliges und deswegen mitunter revisionsbedürftiges Unterfangen ist. Denn es ergibt sich jeweils bereits aus dem materiellen Recht, daß die gerichtlich ausgesprochene Beschränkung nur für die kontrollierte niederrangige Instanz gilt – und nicht etwa daraus, daß sich das Verfassungsgericht im Falle einer späteren Korrektur durch den höherrangigen Bundes- oder Parlamentsgesetzgeber dessen höherer Weisheit beugt. Sollte diese Deutung zutreffen, so ergäben sich daraus auch Hinweise darauf, wo sich hierzulande weitere Anwendungsgebiete für dispositives Verfassungsrichterrecht erschließen lassen könnten.

a) Besonders naheliegend wäre demnach der Versuch, das Modell der dormant commerce clause nach Deutschland zu übertragen. Denn angesichts der strukturellen Gemeinsamkeiten mit der Wesentlichkeitstheorie sollte in diesem Fall die Anerkennung der Dispositivität leicht fallen. Das Gericht könnte auch hier einfach als zwischen zwei öffentliche Gewalten geschaltete Instanz auftreten.

Das klingt vielversprechend. Nur könnte der Versuch schon daran scheitern, daß in Deutschland das Bund-Länder-Verhältnis in bezug auf die wirtschaftliche Integration deutlich weniger Konfliktpotential birgt als in den USA. Wann streitet man bei uns schon einmal über Maßnahmen der Länder, die der bundesweiten wirtschaftlichen Integration zuwiderlaufen könnten? Selbst wenn ein Transfer der dormant commerce clause ins deutsche Recht gelänge, dürfte deren praktische Relevanz, verglichen mit dem US-amerikanischen Vorbild, eher gering sein. Völlig bedeutungslos ist diese Frage allerdings auch hier nicht, wie das nachfolgende Beispiel zu Art. 11 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 1 GG belegt³⁵.

³⁵ Ausführlich zum folgenden *Alexander Graser, Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit im föderalen Binnenmarkt? – Eine verfassungs- und sozialrechtliche Untersuchung am Beispiel der Vereinigten Staaten von Amerika, 2001, S. 338 ff.*

b) Wer in Bayern lebt und kleine Kinder hat, der kann in den Genuß einer zusätzlichen staatlichen Familienleistung kommen. Es handelt sich dabei um das Landeserziehungsgeld, das nach Ablauf des Anspruches auf Bundeserziehungsgeld unter ähnlichen Voraussetzungen und in leicht vermindelter Höhe für ein weiteres Jahr gewährt wird³⁶. Allerdings muß der Empfänger dafür seinen Wohnsitz bereits seit 12 Monaten in Bayern haben³⁷.

Nun kann man darüber streiten, ob das ein verwerflicher Akt der Abschottung und Ausgrenzung ist oder ein legitimer Versuch, eine zusätzliche staatliche Leistung jenen vorzubehalten, deren Beziehung zum Wohnsitzland eine gewisse Dauerhaftigkeit aufweist³⁸. Aber nicht nur aus moralischer, auch aus verfassungsrechtlicher Sicht ist die Beurteilung des Wohnsitzdauererfordernisses zweifelhaft. Mehrere Verfassungsnormen könnten verletzt sein. Am nächsten liegt wohl Art. 33 Abs. 1 GG³⁹. Doch auch Art. 3 Abs. 3 GG kommt in Frage⁴⁰. Und inzwischen würden manche wohl auch Art. 11 GG für einschlägig halten⁴¹. Nach bisherigem Verständnis dieser Norm läge das zwar eher fern⁴². Dafür spricht aber, daß auch aus europarechtlicher Perspektive Bedenken gegen die Zulässigkeit dieses Wohnsitzdauererfordernisses bestehen und daß es hier die Bestimmungen zur Freizügigkeit sind, mit denen es unvereinbar sein könnte.

³⁶ Derzeit beträgt es maximal 500 DM monatlich; vgl. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz.

³⁷ Vgl. Art. 1 Abs. 1 Nr. 1 Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz.

³⁸ Für eine ausführliche Diskussion der möglichen Kritik und Rechtfertigungen solcher Benachteiligungen von Hinzugezogenen Graser (FN 35), S. 27 ff., 44 ff.

³⁹ Dort ist bestimmt, daß „jeder Deutsche (...) in jedem Lande die gleichen staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten“ hat. Nach einhelliger Auffassung enthält diese Norm ein Verbot der Differenzierung nach Landesangehörigkeit; vgl. dazu statt vieler Ulrich Battis in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, Rdnr. 17 zu Art. 33 Abs. 1; Bodo Pieroth / Bernhard Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 15. Aufl. 1999, Rdnr. 471. Allerdings herrscht über die Reichweite dieser Vorschrift Streit, insbesondere hinsichtlich des Begriffs der „staatsbürgerlichen“ Rechte und Pflichten und bei der Frage, worin die „Landesangehörigkeit“, nach der nicht differenziert werden darf, bestehe.

⁴⁰ Insbesondere käme das Merkmal „Heimat“ in Betracht. Denn nach ganz herrschender Meinung ist hiermit der örtliche Aspekt der Herkunft angesprochen; vgl. aus neuerer Zeit etwa Ulrike Pfütze, Die Verfassungsmäßigkeit von Landeskinderklauseln – Eine Untersuchung zu Art. 33 Abs. 1 GG unter besonderer Berücksichtigung der verfassungshistorischen Entwicklung und veranschaulicht an Anwendungsbeispielen, 1998, S. 145 m. w. N. Dennoch kann man zweifeln, ob Art. 3 Abs. 3 GG im vorliegenden Fall eingreift. Dagegen spricht zum einen, daß das Merkmal „Heimat“ vor allem darauf gerichtet sein soll, eine Benachteiligung deutscher Flüchtlinge zu verhindern; so z. B. Pieroth / Schlink (FN 39), Rdnr. 446. Zum anderen ist zumindest zweifelhaft, ob der Begriff „Heimat“ so weit gedeht werden kann, daß er letztlich mit Wohnsitz oder Ansässigkeit gleichgesetzt werden. Das aber wäre im Erziehungsgeldfall nötig.

⁴¹ So vertritt beispielsweise Ingolf Pernice in: Dreier (FN 3), Art. 11 Rdnr. 16, daß die Freizügigkeit „... jede direkte oder indirekte Behinderung des Ortswechsels etwa durch die Diskriminierung Zugezogener...“ verbiete.

⁴² Der Grund ist, daß die wohl h. M. im Hinblick auf die äußerst begrenzten Eingriffsrechtfertigungen in Art. 11 Abs. 2 GG auch einen eher engen Eingriffsbegriff bei Art. 11 Abs. 1 GG befürwortet, so z. B. Krüger in: Sachs (FN 39), Art. 11 Rdnr. 20; auch Pieroth / Schlink (FN 39), Rdnr. 801.

Nun würde es hier zu weit führen, genauer in die Debatten zu den einzelnen Normen einzusteigen⁴³. Fest steht jedenfalls, daß bei keiner der zitierten Vorschriften die Beurteilung eindeutig ist. Das würde sich natürlich ändern, wenn das BVerfG eines Tages über das Wohnsitzdauererfordernis im bayerischen Landesrecht zu befinden hätte. Das Gericht würde die offenen Rechtsfragen klären, seine Lösung dabei zweifellos nach allen Regeln der Kunst auf den Verfassungstext gründen, und vermutlich wäre auch die politische Zweckmäßigkeit des Ergebnisses wohlbedacht. Was aber, wenn sich Jahre später ein breiter politischer Konsens darüber einstellte, daß man nunmehr das gegenteilige Ergebnis für besser hält – ein Ergebnis wohlge-merkt, das ursprünglich aus der Verfassung hätte abgeleitet werden können?

Eine Umkehr würde in dieser Situation regelmäßig eine Verfassungsänderung erfordern. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn das Verfassungsgericht bei seiner Entscheidung über das bayerische Wohnsitzdauererfordernis nach dem Muster der dormant commerce clause vorgehe, wenn es also gelänge, das Verdikt gegenüber dem Landesgesetzgeber zur Disposition des Bundesgesetzgebers zu stellen. Dank der Offenheit der bisherigen Rechtslage erscheint eine solche Lösung möglich, bei näherem Hinsehen sogar ausgesprochen „textverträglich“. Konkret müßte Art. 33 Abs. 1 GG so verstanden werden, daß er nur die Länder, nicht aber den Bund bindet. Angesichts seiner systematischen Stellung im Grundgesetz⁴⁴ liegt eine solche einschränkende Auslegung durchaus nicht fern. Bei einem solchermaßen engen Verständnis der Adressaten dieser Norm ließen sich auch die Bedenken abschwächen, die derzeit gegen eine weite Auslegung ihres *sachlichen* Anwendungsgebietes vorgebracht werden⁴⁵. Schließlich könnte der Bundesgesetzgeber allzu rigide Beschränkungen der Länder ausgleichen. Ihm stünde es frei, gegenüber den Ländern großzügiger zu sein als das BVerfG bei Anwendung des Art. 33 Abs. 1 GG und einfachgesetzlich entsprechende Regelungen selbst zu treffen oder zuzulassen⁴⁶. Im übrigen wäre nach diesem Konzept auch der Bundesgesetzgeber nicht völlig von der verfassungsgerichtlichen Kontrolle befreit. Vielmehr würde Art. 11 GG, der seiner bisherigen Interpretation getreu eng ausgelegt werden könnte, den einzelnen vor allzu weitreichenden Beschränkungen auch gegenüber dem Bundesgesetzgeber schützen.

Die hier vorgeschlagene Interpretation von Art. 11 und Art. 33 Abs. 1 GG dürfte jedenfalls dann vorzugswürdig sein, wenn man den Ausgangspunkt der hier angestellten Erwägungen teilt, wenn man es also grundsätzlich für erstrebenswert hält, die Revidierbarkeit gesellschaftlicher Steuerungsentscheidungen zu steigern. Aber wie bereits einleitend zugestanden, ist die praktische Tragweite dieser Diskussion begrenzt. Bisher lagen dem BVerfG

⁴³ Ausführlich zum Streitstand Graser (FN 35), S. 341 ff.

⁴⁴ Abschnitt II „Der Bund und die Länder“.

⁴⁵ Besonders dezidiert ist hierfür in jüngerer Zeit vor allem Gertrude Lübke-Wolf in: Dreier (FN 3), Art. 33 Rdnr. 27 ff., eingetreten, die Art. 33 Abs. 1 GG bis zur praktischen Bedeutungslosigkeit reduzieren möchte.

⁴⁶ Näher dazu, insbesondere auch zur kompetenzrechtlichen Lage, Graser (FN 35).

kaum derartige Fälle zur Entscheidung vor, und es hat noch keinen einzigen Verstoß gegen Art. 33 Abs. 1 GG ausgesprochen⁴⁷.

4. *Dispositives Richterrecht in der EU?* Praktisch bedeutsamer könnte das Konzept dispositiver *höchstrichterlicher* Entscheidungen nach Muster der dormant commerce clause dagegen im Europarecht sein. Schließlich streitet man dort fast tagtäglich über die Auswirkungen regionaler Regelungen – von Autobahngebühren über das Reinheitsgebot bis hin zum Nachtbackverbot – auf den überregionalen Wirtschaftsverkehr.

a) Allerdings springt zunächst ins Auge, daß im Europarecht ein anderer Sprachgebrauch herrscht. So klänge es zumindest ungewohnt, von *Verfassungsrichterrecht* oder *constitutional common law* zu sprechen, weil der EuGH gemeinhin nicht als *Verfassungsgericht* bezeichnet wird. Das wirft die Frage auf, ob sich dahinter auch in der Sache relevante Unterschiede verbergen. Lassen sich die zuvor zum US-amerikanischen und deutschen Verfassungsrecht angestellten Erwägungen wirklich ohne weiteres auf den supranationalen Kontext übertragen?

Auf den ersten Blick möchte man das bejahen. Schließlich geht es hier um die Revidierbarkeit letztinstanzlicher Richtersprüche, und insofern hat der EuGH keine andere Funktion als andere höchste Gerichte. Ob das ausgelegte Regelwerk dabei Verfassung heißt, dürfte keine Rolle spielen, solange es nur den obersten Rang in der Normenhierarchie beansprucht.

Trotzdem regen sich bei genauerer Betrachtung Zweifel. Nicht umsonst hat das Europarecht seine eigenen Regeln. Wo ein Gericht „Integrationsmotor“⁴⁸ und seine Auslegungstechniken dementsprechend dynamisch sind⁴⁹, da erscheint auch das Problem der Revidierbarkeit in einem anderen Licht. Einerseits kann das Gericht die Dinge vielleicht häufiger selbst gerade rücken, als dies im nationalen Kontext der Fall ist. Andererseits weckt die offener

⁴⁷ So kürzlich *Pfütze* (FN 40), S. 199. Das heißt freilich nicht, daß das BVerfG nie die Gelegenheit gehabt hätte, Art. 33 Abs. 1 GG anzuwenden. Ein Gegenbeispiel ist das NC-Urteil (BVerfGE 33, 303). Bekannt geworden ist diese Entscheidung eher im Zusammenhang mit der Frage nach einem verfassungsrechtlichen Anspruch auf gleichen Zugang zu einer staatlichen Leistung („Grundrechte als Teilhaberechte“). Daneben ging es damals aber auch um die Zulässigkeit einer landesrechtlichen Regelung in Bayern, die „Landeskinder“ bei der Studienplatzvergabe bevorzugte. (Die relevanten Passagen des angegriffenen Gesetzes sind in BVerfGE 33, 303 [312 f.] wiedergegeben.) Trotzdem stützte das BVerfG seine Entscheidung damals allein auf Art. 12 und erwähnte Art. 33 Abs. 1 GG nicht einmal; vgl. dazu insbesondere BVerfGE 33, 303 (351 ff.). Näher zum Ganzen *Graser* (FN 35), S. 341 f.

⁴⁸ Vgl. für diesen Begriff statt vieler *Torsten Stein*, Richterrecht wie anderswo auch? Der Gerichtshof der europäischen Gemeinschaften als Integrationsmotor; in: FS Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1986; für eine neuere Analyse der Rolle des EuGH vgl. *Joseph Weiler*, The Least Dangerous Branch: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration, in: *ders.* The Constitution of Europe – „Do the New Clothes Have an Emperor?“ and Other Essays on European Integration, Cambridge 1999, S. 188 ff.

⁴⁹ Für Dynamik sorgt insbesondere die *Maxime des „effet utile“*; für einen Überblick zu den Auslegungsmethoden des EuGH vgl. *Thomas Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rdnr. 680 ff.

zutage liegende politische Natur der Rechtsprechung womöglich öfter das Bedürfnis nach Korrektur.

Vorsicht ist also geboten gegenüber vorschnellen Analogien. Im folgenden soll deswegen lediglich anhand eines Beispiels angedeutet werden, wie Dispositivität richterlicher Entscheidungen entlang der vertikalen Teilung öffentlicher Gewalt in Europa aussehen könnte. Ob und wie dringend man sie bräuchte, sei dagegen dahingestellt.

b) Anfang der 90er Jahre hatte sich der EuGH in zwei Entscheidungen mit der Rechtmäßigkeit einer Hafengebühr zu befassen, die beim Import von Waren aus Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften in das französische Übersee-Departement Réunion erhoben wurde⁵⁰. Im ersten Fall⁵¹ kam er zu dem Schluß, daß diese Abgabe gegen das primärrechtliche Verbot von Zöllen und zollgleichen Abgaben verstoße. Der Sachverhalt, welcher der zweiten dieser Entscheidungen⁵² zugrunde lag, unterschied sich vom ersten unter anderem darin, daß zwischenzeitlich der Rat der (heute) Europäischen Union mit Blick auf die besondere wirtschaftliche Situation in den Übersee-Gebieten entschieden hatte, daß Frankreich diese Hafengebühren noch für eine kurze Übergangsfrist aufrechterhalten dürfe⁵³. Dieser Beschluß war zwar bereits im ersten der beiden Verfahren bekannt gewesen, hatte aber letztlich keine Bedeutung für die erste Entscheidung entfaltet, weil der zugrundeliegende Sachverhalt älter war als der Ratsbeschluß.

So stand man also in der zweiten Entscheidung vor der Frage, ob die Autorisation durch den Rat die Maßnahme rette, die der EuGH zuvor – als allein *mitgliedstaatliche* – beanstandet hatte. Dafür hätte die erste Entscheidung des Gerichts für den Rat dispositiv sein müssen. Zweckmäßig wäre eine solche Sicht wohl gewesen. Denn regelmäßig dürfte es keinen Grund geben, eine solche Maßnahme zu untersagen, wenn der Rat sie unterstützt. Der Verdacht des Protektionismus, der sie als mitgliedstaatliche suspect macht, haftet ihr dann jedenfalls nicht mehr an. So würde es zumindest der Grundgedanke nahelegen, auf dem die *dormant commerce clause* fußt.

Aber der EuGH hat anders entschieden. Die Autorisation durch den Rat spielte keine Rolle. Man mag dieses Ergebnis aus den genannten Gründen für unglücklich halten. Dem Gericht jedoch ist kein Vorwurf zu machen. Das Primärrecht schloß eine Autorisation durch den Rat in dem konkreten Fall zwar nicht ausdrücklich aus, sprach aber doch ziemlich deutlich dage-

⁵⁰ Ausführlicher zu beiden Entscheidungen (für die Fundstellen vgl. die nächsten beiden FN), allerdings aus anderer Perspektive vgl. *Alexander Graser*, Eine Wende im Bereich der Inländerdiskriminierung? – Zur Entscheidung des EuGH in der Rechtsache Lancry: EuR 1998, S. 571.

⁵¹ Urteil des EuGH vom 16. 7. 1992, Rs. C-163/90, Slg. 1992, I-4625 ff.; *Administration des Douanes et des Droits Indirects v. Léopold Legros u. a.*

⁵² Urteil des EuGH vom 9. 8. 1994 in den verbundenen Rechtssachen C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-410/93; C-411/93; Slg. I-3957 ff.; *René Lancry SA u. a. v. Direction Générale des Douanes*.

⁵³ Council Decision 89/688/EEC, Einzelheiten zu dieser Regelung auch im Votum von *Generalanwalt Tesouro* in *Lancry* (FN 52), I-3960 f.

gen. Denn für andere Fälle sah der Vertragstext eine solche Autorisationsmöglichkeit explizit vor, so daß der Umkehrschluß, auf den sich der EuGH dann auch stützte, sehr nahe lag⁵⁴.

Der Fall gibt also keinen Anlaß zur Kritik am EuGH, wohl aber dazu, das geschriebene (Primär-)Recht in Europa in dieser Frage zu überdenken. Vielleicht wäre es sinnvoll, wenn zur Verwirklichung der wirtschaftlichen Integration der EuGH grundsätzlich nur als Kontrolleur der Mitgliedstaaten aufträte, seine Entscheidungen auf europäischer Ebene jedoch durch – im Regelfall wohl differenziertere – sekundärrechtliche Regelungen ersetzt werden könnten. Ganz im Sinne Monaghans könnte also auch hier die normative „substructure“, welche das Gericht aus den abstrakten primärrechtlichen Vorschriften entwickelt, revidierbar gemacht werden.

5. *Weiterreichende Schritte?* Die bisher behandelten – bereits existenten oder nur vorgeschlagenen – Erscheinungsformen dispositiven (Verfassungs-) Richterrechts weisen zwei Gemeinsamkeiten auf. Erstens läßt sich die Begrenzung der Endgültigkeit – oder anders herum: die Steigerung der Revidierbarkeit – der richterlichen Entscheidungen aus dem materiellen Recht ableiten. Zweitens machen sie sich bestehende Teilungen innerhalb der gesetzgebenden Gewalt zunutze – vertikale oder horizontale. Offensichtlich ist es kein Zufall, daß sie diese Charakteristika teilen. Schließlich wurden ja im Vorgegangenen gerade diese Charakteristika zunächst als „Stärken“ der bereits existierenden Formen dispositiven Verfassungsrichterrechts gedeutet, um sodann als Kriterien zu dienen bei der Entwicklung von Vorschlägen zur Verbreitung des dispositiven Verfassungsrichterrechts.

Sicherlich ließen sich entlang dieser Linie noch ein paar weitere Vorschläge machen⁵⁵ und womöglich hier und da auch noch weitere bereits existente Beispiele solcher Dispositivität auffinden. Zum „Durchbruch“ jedoch könnte man dem Konzept des dispositiven Verfassungsrichterrechts mit dieser tastenden Strategie sicherlich nicht verhelfen. Was also wären die Alternativen?

a) Eine radikale Option bestünde darin, die zuvor genannten Charakteristika als Kriterien schlicht aufzugeben und unabhängig davon für mehr Dispositivität im Verfassungsrichterrecht zu plädieren. Das Problem mit diesem kruderen Ansatz wurde bereits zuvor angesprochen⁵⁶, als es um die Gründe ging, aus denen Monaghans reformerische Ambition enttäuscht wurde. Es bedürfte auch nach diesem Ansatz noch einer Trennlinie zwischen dispositivem und verbindlichem Verfassungsrichterrecht. Wovon aber soll sich das Gericht leiten lassen, wenn es manche Verkichte für dispositiv, andere für endgültig erklärt? Der Grad der eigenen Überzeugungheit von der (eigenen!) Lösung wäre wohl kein geeignetes Kriterium, und auch wenn die

⁵⁴ Die Rechtslage ist in den Urteilsgründen ausführlich dargestellt, vgl. *Lancry* (FN 52), Par. 33 ff.

⁵⁵ Vgl. dazu etwa *Graser* (FN 35), S. 356 ff., mit dem Versuch, Dispositivität auch entlang der Teilung der legislativen Gewalt zwischen Bund oder Land einerseits und den Gemeinden andererseits zu konstruieren.

⁵⁶ Vgl. oben II.1.

Rechtsprechung umgekehrt auf den Grad der Offenheit der Rechtslage abstellen wollte, geriete sie in Schwierigkeiten, weil sie damit die Fiktion unpolitischer Steuerungstätigkeit sichtbar aufgäbe. Solange die Rechtsprechung versucht (wie sie es wohl muß), diese – stets bröckelnde⁵⁷ – Fassade der bloßen Rechtsanwendung vor dem Einsturz zu bewahren, bedarf sie solcher verobjektivierter, dogmatisch verfestigter Anknüpfungspunkte für die Dispositivität, wie sie beispielsweise die beiden zuvor eingesetzten Kriterien darstellten. Vielleicht ist es deswegen sinnvoller, diese Kriterien nicht von vornherein und völlig aufzugeben, sondern schrittweise.

b) Halten wir also zunächst daran fest, daß Dispositivität entlang der bestehenden Teilungen der gesetzgebenden Gewalt eingerichtet werden soll, verzichten aber darauf, daß diese Differenzierung ihren Niederschlag auch im materiellen Recht haben muß. Man stelle sich etwa vor, daß im obigen Erziehungsgeldbeispiel⁵⁸ das Grundgesetz weniger empfänglich gewesen wäre für die vorgeschlagene Differenzierung. Nehmen wir an, daß weder Art. 3 noch Art. 33 Abs. 1 GG in Frage kämen, und die Rechtsprechung bei ihrer Lösung mithin allein mit der – eventuell weit zu fassenden – Freizügigkeitsgewährleistung des Art. 11 GG zurechtkommen müßte. Was könnte das Verfassungsgericht dann tun, um dennoch der oben vorgeschlagenen Dispositivitätslösung zur Geltung verhelfen, um also der einen legislativen Gewalt Regelungen zu erlauben, die sie der anderen zuvor untersagt hat?

Eine Möglichkeit wäre, diese unterschiedliche Bindung damit zu begründen, daß unterschiedliche Gewalten unterschiedliche – nennen wir es – Autorität beanspruchen könnten. Allerdings wäre damit nicht viel gewonnen gegenüber der radikalen Option. Denn wenn es auf die Autorität des Normsetzers ankommt, so impliziert dies das Eingeständnis, daß das positive Recht offen und das Gericht mithin eine politische Instanz ist. Auch hier würde also die Fassade unpolitischer Rechtsanwendung zumindest ins Wanken gebracht.

Andererseits mißt das deutsche Verfassungsrecht bereits jetzt der Autorität einer rechtsetzenden Institution immerhin dann Bedeutung zu, wenn es darum geht, *in welchem Verfahren* die Verfassungsmäßigkeit einer Norm überprüft wird. So müssen bekanntlich im Rahmen des Art. 100 Abs. 1 GG nur Parlamentsgesetze zur Verwerfung dem BVerfG vorgelegt werden, während Normen der Exekutive auch von den einfachen Gerichten für verfassungswidrig befunden werden können. Als Grund gilt die höhere Autorität des Parlamentsgesetzgebers, dessen (implizit im Gesetzeserlaß enthaltener) Einschätzung, daß das Gesetz verfassungskonform sei, mehr Respekt gezollt wird als einer entsprechenden Einschätzung des nichtparlamentarischen Normgebers⁵⁹. Allzu weit würde man sich also vom status quo gar nicht ent-

⁵⁷ Vgl. dazu *Denningers* Rückblick auf die Wahrnehmung des BVerfG in den vergangenen fünf Jahrzehnten, in FN 8. Er stellt dabei unter anderem fest (S. 293), daß „das Bewußtsein von der *politischen Funktion* des Verfassungsgerichts . . . in der Geschichte desselben, innerhalb wie außerhalb seiner Mauern, immer lebendig“, ja in der „Entstehungsphase des Gerichts und seiner Frühzeit wesentlich lebendiger . . . als heute“ gewesen sei.

⁵⁸ Vgl. oben III. 2 b.

fernen, wenn man die Autorität einer legislativen Gewalt zum Kriterium auch für die Dispositivität der ihr gegenüber ausgesprochenen Urteile machen wollte.

Aber es gibt in der zuvor erwogenen Konstellation noch eine zweite, vorsichtiger Handlungsmöglichkeit für das Gericht. Es könnte versuchen, die Dispositivität auch innerhalb ein- und derselben Norm abzustützen, indem es dogmatische Kriterien für die unterschiedliche Bindung entwickelt. Auch damit könnte es an Bestehendes anknüpfen. Denn bei den Grundrechtsgewährleistungen wird schon lange und auch ohne den Hintergedanken der Dispositivität versucht, nach Sphären unterschiedlicher Schutzintensität zu differenzieren. Begriffe wie Wesensgehalt⁶⁰, Menschenwürdegehalt⁶¹ oder Kernbereich⁶² sprechen für sich. Manche gehen auch davon aus, daß sich aus der Unterscheidung von objektiver und subjektiver Funktion des Grundrechtsschutzes eine Trennung entsprechender Sphären ableiten lasse⁶³. Soweit sich diese Einteilungen als tragfähig erweisen sollten, könnte es auch gelingen, die Dispositivität entlang dieser Differenzierungen einzurichten und damit innerhalb ein- und derselben Norm auf dogmatisch verfestigte Kriterien zu gründen. Zugegebenermaßen bestünde dann kaum mehr ein Unterschied zu den oben diskutierten realen Erscheinungsformen dispositiven Verfassungsrechts. Hier wie dort würde die Dispositivität an eine bestehende Teilung innerhalb der legislativen Gewalt anknüpfen und aus dem materiellen Recht folgen. Der einzige Unterschied ist, daß die Dispositivität innerhalb einer Norm und daher ohne klare *textliche* Grundlage begründet würde.

Möglich wäre schließlich auch, die Prämisse aufzugeben, daß die Dispositivität an eine bestehende Teilung innerhalb der legislativen Gewalt anknüpfen soll. Das Gericht müßte dann also gegenüber einer legislativen Gewalt eine Entscheidung treffen können, deren Inhalt für dieselbe Gewalt später (zum Teil) dispositiv wäre. Das klingt zwar zunächst befremdlich. Warum sollte das Gericht den dispositiven Teil dann nicht gleich weglassen? Zu denken wäre aber beispielsweise an den Fall, daß beim Kassieren einer bestimmten Norm das Bedürfnis nach einer Übergangsregelung entsteht, die dann später durch eine Regelung des Gesetzgebers ersetzbar sein soll. In solchen Fällen dürfte es schwieriger sein zu begründen, daß das Gericht überhaupt Übergangsregelungen treffen kann, als daß diese Regelungen dann wenigstens dispositiv sein sollten. Die grundsätzliche Anerkennung

⁵⁹ So statt vieler *Joachim Wieland*, in: Dreier (FN 3), Art. 100 Rdnr. 10.

⁶⁰ So der von Art. 19 Abs. 2 GG selbst verwendete Begriff.

⁶¹ Zum Begriff des Menschenwürdegehalts und auch zu dessen Verhältnis zum „Wesensgehalt“ i. S. d. Art 19 Abs. 2 GG vgl. *Horst Dreier*, in: ders. (FN 3), Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 97.

⁶² So die bei der grundrechtsähnlichen Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung übliche Bezeichnung, vgl. *Horst Dreier* in: ders. (FN 3), Art. 28 Rdnr. 116.

⁶³ Darstellend – und teilweise unterstützend – hierzu *Bernd Jeand’Heur*, Grundrechte im Spannungsverhältnis zwischen subjektiven Freiheitsgarantien und objektiven Grundsatznormen: JZ 1995, S. 161 (164), m. w. N. zum Diskussionsstand; für eine ausführlichere Auseinandersetzung vgl. auch *Graser* (FN 35), S. 317 ff.

der Möglichkeit dispositiven Verfassungsrechts könnte hier dazu beitragen, daß solche – wohl regelmäßig zweckmäßigen – Übergangsregelungen durch das Gericht leichter zu rechtfertigen wären und damit häufiger getroffen werden könnten.

IV. Schlußbemerkung

Weil Gesetzgeber fehlbar sind, braucht man Verfassungsgerichte. Weil aber auch die nicht unfehlbar sind, bedürfen ihre Entscheidungen mitunter ebenfalls der Korrektur⁶⁴. Beides zu gewährleisten, ist unmöglich. Aber vielleicht kann das Recht eine bessere Balance herstellen als bisher⁶⁵. Ein Mittel dazu könnte sein, manchen verfassungsgerichtlichen Entscheidungen ihre Endgültigkeit zu nehmen, sie revidierbar zu machen.

Die zuvor erörterten Beispiele dispositiven Verfassungsrichterrechts haben gezeigt, wie die Revidierbarkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen schon im geltenden Recht vereinzelt realisiert wird und wie sie womöglich weiter gesteigert werden könnte. Zugegebenermaßen ist der Anwendungsbereich eher gering, solange man der Verfassungsgerichtsbarkeit die Fassade unpolitischer Steuerungstätigkeit erhalten will. Immerhin jedoch sollten alle sich derzeit bietenden Spielräume ausgenutzt werden. Denn man kann nur dann aus Fehlern lernen, wenn sie nicht unumkehrbar sind. Auch für die „Hüter der Verfassung“ muß deswegen die Maxime gelten, daß ihre Entscheidungen so endgültig wie nötig, aber so revidierbar wie möglich sein sollten.

Nun ist die hier eingenommene Sichtweise in mindestens doppelter Hinsicht beschränkt. Zum einen gibt es noch andere Mittel, um die Folgen der Fehlbarkeit der Verfassungsrechtsprechung zu lindern, etwa die zuvor angesprochene „Möglichkeit des *overruling* eigener Entscheidungen“⁶⁶. Offensichtlich kann und soll die hier vorgeschlagene Dispositivität solche anderen Mittel nicht ersetzen, sondern allenfalls ergänzen.

Zum anderen ist Revidierbarkeit nicht das einzige Kriterium, wenn es um die Rollenverteilung im Zusammenspiel von Gesetzgeber und Verfassungsgerichtsbarkeit geht. Maßgeblich sind auch die Legitimation sowie die Erkenntnis- und Handlungsmöglichkeiten beider Gewalten. Wer mehr Dispo-

⁶⁴ Ähnlich kürzlich *Denninger* (FN 8), S. 304: „Bei den ‚Hütern der Verfassung‘ muß auf lange Sicht das Bewußtsein lebendig bleiben, daß sie mit fehlbarem Erkenntnisvermögen fehlbares Recht an vermutlich etwas weniger fehlbarem Recht zu messen haben“. Wie lebendig dieses Bewußtsein tatsächlich ist, dokumentiert der zuvor zitierte (FN 4) Aufsatz von *Limbach*. Dort heißt es auf S. 418 über das BVerfG: „... daß auch die Instanz irren kann, die aus Gründen des Rechtsfriedens das letzte Wort hat“.

⁶⁵ Mit ähnlicher Zielrichtung *Denninger* (FN 8), S. 303: „Auch Verfassungsrecht ist (...) fehlbar. Deshalb müssen in seinem Zustandekommen, also in der Praxis der Verfassungsauslegung und -konkretisierung, alle Faktoren optimiert werden, welche die Gefahr verfehlten Verfassungsrechts mindern“.

⁶⁶ Ebd.

sivität fordert, tritt damit (nahezu⁶⁷) automatisch für eine Einschränkung der gegenwärtigen Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit zugunsten des Gesetzgebers ein. Trotzdem sollte diese Forderung nicht mißverstanden werden als eine verklausulierte Spielart der gängigen Kritik an einer vermeintlich ausufernden Richtermacht. Revidierbarkeit ist ein eigenständiges Anliegen.

⁶⁷ Eine Einschränkung mag darin liegen, daß die Judikative mitunter eine aktivere Rolle spielen könnte, wenn die Last der Endgültigkeit von ihren Schultern genommen ist. Ein mögliches Beispiel wurde oben erwähnt, nämlich der Fall der gerichtlichen Übergangsregelungen, die das Gericht vielleicht eher trifft, wenn sie dispositiv sind.