

Buchbesprechungen

Gaillet, Aurore: La Cour constitutionnelle fédérale allemande. Reconstruire une démocratie par le droit (1945-1961). Paris: Éditions La Mémoire du Droit, 1. Aufl. 2021. ISBN 978-2-84539-059-1. 549 S. € 64,-

Das hier zu besprechende Buch enthält im Kern eine Darstellung der Gründerjahre des Bundesverfassungsgerichts. Dass es dafür den Zeitraum von 1945 bis 1961 angibt, wird durch die Einbeziehung der Vorgeschichte zwar unmittelbar einsichtig; irritieren muss diese Bezugnahme auf die vor-konstitutionelle Zeit gleichwohl. Von Vorworten von Dieter Grimm und Michael Stolleis begleitet, zeichnet Verf.in das erste Jahrzehnt des höchsten deutschen Gerichts detailliert nach und sichert diese Erzählung rechtshistorisch, rechtsdogmatisch, zeitgeschichtlich und rechtsvergleichend ab. Die Erzählung ist ebenso kenntnisreich wie durchdacht und wartet auch für den deutschen und mit der Materie vertrauten Leser mit einer Fülle neuer und überraschender Aspekte und Nuancen auf. Am Ende des Buches finden sich eine umfangreiche Bibliographie, ein Stichwortverzeichnis, eine chronologische Auflistung wichtiger Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, ein Inhaltsverzeichnis sowie eine allgemeine Zeittafel, die die deutsche (Rechts-)Geschichte auf die Zeitspanne zwischen Konrad I. (911) und der Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (BVerfGG) im Jahre 2013 festlegt und damit zu Recht die Pfadabhängigkeit der heutigen Stellung des Bundesverfassungsgerichts unterstreicht sowie die Unterschiede zum Conseil Constitutionnel der V. Republik akzentuiert.

1. Der erste – einführende – Teil des Buches dient der Klärung des Forschungsanliegens und der Rechtfertigung, warum und mit welchem Erkenntnisinteresse die Autorin ein französisches, d. h. für französische Leserinnen und Leser bestimmtes Buch über ein deutsches Gericht schreibt (S. 31 ff.).

Im 1. Kapitel werden dazu Besonderheit und Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts vorgestellt – vom Sitz in Karlsruhe über seine in den Anfangsjahren bekanntlich wiederholt geänderte Zusammensetzung bis zu den Kompetenzen (S. 37 ff.). Dabei wird deutlich, dass seine Ausgestaltung nicht einem bestimmten Modell von Verfassungsgerichtsbarkeit folgt (S. 45 ff.). Dessen ungeachtet sei das Gericht zu einem zentralen Akteur im politischen, sozialen und juristischen Leben Deutschlands geworden (S. 48 ff.). An dieser Stelle geht Verf.in aber auch auf die – gerade in Frankreich mit seiner Angst vor einem *gouvernement des juges* geläufigen – unvermeidlichen Einwände gegen dieses Konzept ein: die Schwierigkeit, die Verfassungsgerichtsbarkeit im (strikt verstandenen) System der Gewaltenteilung zu verorten, das Spannungsverhältnis zur Demokratie und die mit der Selbstetikettierung als „Bür-

gergericht“ verbundenen Herausforderungen. „*Mythe ou réalité?*“ fragt sie insoweit herausfordernd (S. 68).

Das 2. Kapitel (S. 71 ff.) behandelt Perspektiven unterschiedlicher Disziplinen auf das Bundesverfassungsgericht. Nachdem durch die Neufassung von § 35b Abs. 5 Satz 2 BVerfGG im Jahre 2013 im Bundesarchiv vorhandene Entwürfe von Urteilen, Beschlüssen und Verfügungen, Arbeiten zu ihrer Vorbereitung und Dokumente, die Abstimmungen betreffen, nach 60 Jahren zugänglich gemacht worden sind, macht sie zudem ein neues Interesse an der Geschichte des Bundesverfassungsgerichts aus, was sie zu einer Periodisierung dieser Geschichte veranlasst. Diese lasse sich in eine „Phase der Formierung“ zwischen 1945 und 1961 (S. 81) sowie die nachfolgenden Phasen einteilen und mit der Entwicklung in Frankreich und der völlig anders konzipierten Rolle des *Conseil Constitutionnel* kontrastieren, auf dass dieser Vergleich mit Karlsruhe französischen Juristen ein besseres Verständnis der eigenen Rechtsordnung ermögliche (S. 92 ff.). Der Vergleich lade geradezu dazu ein, Recht „im Plural“ zu denken, als Vergleich zweier Rechtsordnungen und der ihnen zugrunde liegenden Kulturen.

Mit Blick auf die Formierungsphase des Bundesverfassungsgerichts seien letztlich vor allem drei Perspektiven von Bedeutung: die Anfänge, seine institutionelle Verankerung und deren Operationalisierung durch die Rechtssprechungstätigkeit als solche.

2. Der Erste Teil widmet sich daher den Anfängen, die *Verf.in*, wie gezeigt, auf die Zeit zwischen 1945 und 1951 datiert (S. 107 ff.). Das 1. Kapitel ist der Entstehung des Grundgesetzes im weiteren Sinne gewidmet und beschreibt die sog. Stunde Null, den mühsamen Wiederaufbau staatlicher Strukturen mit der Errichtung der Länder bzw. der Herstellung ihrer Handlungsfähigkeit als erstem Schritt eines Aufbaus von unten (S. 115 ff.) sowie die Rahmenbedingungen der Verfassungsgebung. Dass die Distanzierung vom Weimarer Erbe nach dem Motto „Bonn ist nicht Weimar“ dabei zentrale Bedeutung hatte, wird anhand einer Reihe von Beispielen ebenso überzeugend dargelegt, wie der Umstand, dass 1945 keine Stunde Null gewesen ist – weder staatsrechtlich noch staatstheoretisch noch intellektuell, denn die Schatten des Weimarer Methodenstreits waren nach wie vor sehr präsent. Insbesondere die Ideen von einer in der Verfassung niedergelegten „objektiven Wertordnung“ und der Integrationslehre Rudolf Smends hätten dem neu errichteten Bundesverfassungsgericht letztlich die Entwicklung einer methodisch differenzierten und für unterschiedlichste Einflüsse offenen Rechtssprechung ermöglicht.

Im 2. Kapitel wird die Errichtung des Bundesverfassungsgerichts als ein Akt zwischen Kontinuität und Ruptur verortet (S. 141 ff.). Einerseits stehe die Verfassungsgerichtsbarkeit in einer langen Traditionslinie, die bis zu den

Reichsgerichten des Heiligen Römischen Reichs Deutscher Nation, zum Reichsgericht der Paulskirchenverfassung und dem Staatsgerichtshof der Weimarer Republik zurückreiche; andererseits habe die Errichtung des Bundesverfassungsgerichts auch eine Modifikation der Vorstellungen von Gewaltenteilung erforderlich gemacht. *Verf.in* gibt dabei nicht nur einen kurzen Überblick über die Gerichtsorganisation des Grundgesetzes im Allgemeinen, sondern auch über die auf dem Weg zur endgültigen Gestalt des Bundesverfassungsgerichts verworfenen Varianten und Modelle. Ausführungen über die Kompetenzen des Gerichts, seine Zusammensetzung und die Richterinnen und Richter der ersten Generation – zwischen Widerstandskämpfern und Alt-Nazis – vermitteln dabei ein ebenso anschauliches wie nüchternes Bild.

3. Der Zweite Teil des Buches (S. 199 ff.) widmet sich der institutionellen Geschichte des Bundesverfassungsgerichts. Im 1. Kapitel behandelt *Verf.in* dessen Emanzipation zum obersten Verfassungsorgan des Bundes auf der Grundlage der sog. Status-Denkschrift und zahlreicher Konflikte mit der Regierung Adenauer und ihrem Justizminister Thomas Dehler sowie – am Beispiel der Entscheidung zum *Deutschlandvertrag* (BVerfGE 1, 351 ff.), dem *Plenargutachten Heuss* (BVerfGE 2, 79 ff.) sowie der Entscheidung zum *EVG-Vertrag* (BVerfGE 2, 143 ff.) – die erfolgreiche Abwehr aller Versuche, sich auch von der Opposition politisch instrumentalisieren zu lassen. Das 2. Kapitel schildert demgegenüber, wie es dem Gericht gegen Widerstände einerseits vor allem von Seiten des Bundesgerichtshofs und seines Präsidenten Weinkauff und andererseits von der eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte propagierenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unter Hans Carl Nipperdey gelungen ist, sich das letzte Wort in allen Fragen der Verfassung zu sichern. Die Funktion der Grundrechte als objektive Werteentscheidungen und ihre Ausstrahlungswirkung auf das einfache Recht – heute spricht man von ihren norminternen Direktiven – werden dabei ebenso kundig entwickelt wie die Konstruktion der mittelbaren Drittwirkung im *Lüth*-Urteil (BVerfGE 7, 198 ff.). Diese Entwicklung bilanzierend greift *Verf.in* auf ein Zitat aus dem Festvortrag Rudolf Smends zum 10-jährigen Bestehen des Bundesverfassungsgerichts 1961 zurück, in dem dieser unter Rückgriff auf die aus dem US-amerikanischen Verfassungsrecht bekannte Formel „*the constitution is what the Supreme Court says it is*“ feststellt, dass das Grundgesetz nun praktisch so gelte, wie es vom Bundesverfassungsgericht interpretiert werde und dass das Schrifttum es auch in diesem Sinne kommentiere (S. 294).

4. Im Dritten Teil widmet sich *Verf.in* schließlich den juristischen Grundlagen im engeren Sinne (*assises jurisprudentielles*). Das 1. Kapitel (S. 303 ff.) behandelt die Konstitutionalisierung des politischen Lebens und verhandelt

unter den Stichworten Rechtsstaat, repräsentative Demokratie und Parteienstaat zunächst einen von der *Verf.in* ausgemachten Paradigmenwechsel zu einer modernen Demokratie und einem juristischen Konzept der Demokratie mit dem Bundesverfassungsgericht als wesentlichem Akteur (S. 310f.), das diesen Paradigmenwechsel mit einer Nivellierung der Verfahrensorderungen und unter Zuhilfenahme der Grundrechte vorangetrieben habe. Dies sei allgemein akzeptiert worden. Diese weite Vorstellung von „Demokratie“ – im Grunde geht es um die wesentlichen Charakteristika des Staatsorganisationsrechts – vertieft *Verf.in* anhand von Leitentscheidungen zu außenpolitischen Fragen, dem Föderalismus, wobei vor allem dem 1. *Fernsehurteil* (BVerfGE 12, 205 ff.) breiter Raum eingeräumt wird, sowie zum Demokratieprinzip im engeren Sinne (S. 353 ff.). Für dessen Entfaltung werden wiederum das *Lüth-Urteil* (BVerfGE 7, 198 ff.), das Urteil zur 7,5 %-*Sperrklausel in Schleswig-Holstein* (BVerfGE 1, 208 ff.), die Entscheidung zur *Bremer Personalvertretung* (BVerfGE 9, 268 ff.) und die *Parteiverbotsverfahren gegen die SRP* (BVerfGE 2, 1 ff.) und die *KPD* (BVerfGE 5, 45 ff.) herangezogen. Das ist zwar richtig, vernachlässigt jedoch, dass das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 und 2 GG i. V. m. Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG erst nach der Wiedervereinigung und im Angesicht der demokratischen Herausforderungen der europäischen Integration seinen entscheidenden Schliff bekommen hat (vgl. Bauer/Huber/Sommermann (Hrsg.), *Demokratie in Europa*, 2005).

Das abschließende 2. Kapitel widmet sich der Konstitutionalisierung des juristischen, sozialen und wirtschaftlichen Lebens unter dem Grundgesetz (S. 385 ff.) und greift dabei auf die drei „großen“ Entscheidungen der 1950er Jahre zur Grundrechtsdogmatik zurück: *Elfes* (BVerfGE 6, 32 ff.), *Lüth* (BVerfGE 7, 198 ff.) und das *Apotheken-Urteil* (BVerfGE 7, 377 ff.). Sie haben, so die *Verf.in* zu Recht, dem Bundesverfassungsgericht nach nicht einmal 10 Jahren seines Bestehens die Grundlage dafür geboten, seine „Macht“ in der bzw. über die deutsche Rechtsordnung zu sichern (S. 397). Abschnitte zur Konsitutionalisierung des Privat- und des Strafrechts (S. 417 ff.) sowie des Verwaltungsrechts (S. 431 ff.) runden die Darstellung ab. Sie beschreiben zudem Rechtsgebiete, in denen die Konstitutionalisierung bis heute nach wie vor in den Kinderschuhen steckt. Das gilt für das Zivilrecht, das trotz der grundlegenden Arbeiten von Claus Wilhelm Canaris (*Claus Wilhelm Canaris*, AcP 184 (1984), 201 ff.) noch immer an der *Bürgern-Entscheidung* (BVerfGE 89, 214 ff.) zu knabbern hat, erst recht aber für das Strafrecht. Wenn *Verf.in* die *Homosexuellen-Entscheidung* vom 10. Mai 1957 (BVerfGE 6, 389 ff.) kritisch bewertet und darin einen tendenziellen Widerspruch zum weiten, liberalen Verständnis der allgemeinen Handlungsfreiheit des *Elfes-Urteils* ausmacht, so darf dabei nicht übersehen werden, dass das Bundesverfassungsgericht erst am 26. Februar 2020 mit dem Urteil

zur Suizidhilfe (BVerfGE 153, 182 ff. – *Suizidhilfe*) erstmals eine Norm des Kernstrafrechts – § 217 StGB – für nichtig erklärt hat, weil es auch 75 Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes nicht gelungen ist, die Befugnis des Gesetzgebers zur Markierung sozialemischer Unwerturteile über bestimmte Handlungen und deren Pönalisierung am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen.

Ähnlich verhält es sich mit dem Steuerrecht, bis heute das zweite „schwarze Loch“ im Schutzbereich der Grundrechte (vgl. jüngst immerhin BVerfGE 164, 76 ff. – *Körperschaftssteuererminderungspotenzial II*; BVerfGE 164, 130 ff. – *Körperschaftssteuererminderungspotenzial III*; BVerfGE 164, 367 ff. – *Körperschaftsteuererhöhungspotenzial*).

Auch wenn Gegenstand des Buches das erste Jahrzehnt des Bundesverfassungsgerichts und seiner Rechtsprechung im weiteren Sinne ist, so bleibt die Darstellung nie allein auf diese „Formierungsphase“ beschränkt. Es gehört zu den großen Vorzügen des Buches, dass die in der „Formierungsphase“ angelegten Weichenstellungen und ihre Modifikationen bis in die Gegenwart immer im Blick behalten werden. Dadurch erfahren die französischen Leser nicht nur viel über die deutsche Verfassungsgeschichte der 1950er Jahre; sie erhalten zugleich eine Einführung in die aktuelle Ausgestaltung der deutschen Verfassungsordnung und in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bis heute. So wird etwa mit Blick auf die Grundrechtsdogmatik nicht nur die zunächst dominierende abwehrrechtliche Dimension erläutert und wie aus ihr das Verhältnismäßigkeitsprinzip hervorgegangen ist (dass *Peter Lerche* in diesem Zusammenhang keine Erwähnung findet, ist allerdings ein Schönheitsfehler), sondern auch die auf der Basis der Grundrechte als objektive Wertentscheidungen entwickelte Figur der Schutzpflichten und das Untermaßverbot. Mit Blick auf das Parteiverbot beschreibt die *Verf.in* auch den jüngsten Wandel der Rechtsprechung, so dass der Leser nicht nur etwas über das *SRP-Verbot* (BVerfGE 2, 1 ff.) und das *KPD-Verbot* (BVerfGE 5, 45 ff.) erfährt, sondern auch darüber, was sich in den folgenden 60 Jahren getan hat. Das 2017 abgelehnte *NPD-Verbot* (vgl. BVerfGE 144, 20 ff.) kommt dabei ebenso zur Sprache wie die in seiner Folge geschaffene Möglichkeit, einer verfassungsfeindlichen Partei die Beteiligung an der staatlichen Teilfinanzierung zu entziehen (Art. 21 Abs. 3 GG).

La Cour constitutionnelle fédérale allemande bietet einen historisch fundierten, akribisch recherchierten Schlüssel zum Verständnis des deutschen Verfassungsrechts, der deutschen Staatsrechtslehre, ihrer Wurzeln und der Etappen ihrer Entwicklung nicht nur nach 1949. Das Buch liefert dem ausländischen Leser eine verlässliche Bestandsaufnahme des deutschen Verfassungsrechts und ist auch hinsichtlich seines aktuellen Standes aussagekräftig. Knapp, aber aufschlussreich werden an geeigneter Stelle zudem immer wieder

die Unterschiede zu Frankreich markiert. *Verf.in* ist gleichwohl kein „*Grompie*“ des Bundesverfassungsgerichts. Sie wahrt durchgängig die für eine Wissenschaftlerin gebotene nüchterne Distanz, was es ihr ermöglicht, auch über die Schwachstellen des Bundesverfassungsgerichts, seiner Rechtsprechung und die Defizite der deutschen Staatsrechtslehre zu sprechen.

Am wenigsten überzeugt in diesem Zusammenhang die Zusammenstellung der in den letzten Jahren gewachsenen Kritik: Das zum 60. Jubiläum des Bundesverfassungsgerichts 2011 erschienene Buch „Das entgrenzte Gericht“ (*Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger*, Das entgrenzte Gericht, 2011) mag in einigen akademischen Zirkeln Aufmerksamkeit erregt haben; eine erkennbare Wirkung auf die deutsche Rechtsordnung oder die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat es jedenfalls bislang nicht entfaltet. Die Kritik am *PSPP*-Urteil vom 5. Mai 2020 (*Martha Cartabia, Vicarious Hegemony an the Anti-hegemonic Thrust of European Law*, *VerfBlog* Oktober 2020) unterschlägt nicht nur das offenkundige Interesse Italiens an einem anderen Ausgang des Verfahrens, sondern auch die parallel gelagerte Vorgehensweise der *Corte Costituzionale* in der Rs. *Taricco II* (*Corte Costituzionale*, No. 24/2017, 115/2018, 10.4.2018, ECLI:IT:COST:2018:115 – *Taricco II*) oder die Entscheidung des *Conseil d’Etat* in Sachen „*Data France*“ (*Conseil d’Etat*, Dec. 393099 de 21 avril 2021, par. 5 – *Data France*).

Dies ändert jedoch nichts daran, dass es sich bei dem Buch von Aurore Gaillet um eine überragende wissenschaftliche Leistung handelt, die auch für Deutschland eine Lücke schließt. Eine deutsche Ausgabe wäre insoweit mehr als wünschenswert.

Peter M. Huber, München