

# Verfassungsgestaltung durch Staatspraxis

## Ein Vergleich des deutschen und britischen Rechts

Peter Rädler\*

### I. Einleitung

Seit dem Erscheinen des "Verfassungsgewohnheitsrecht?" von C. Tomuschat im Jahre 1972 hat sich das Bundesverfassungsgericht in zwei grundlegenden Entscheidungen zur Fortentwicklung von Verfassungsrecht durch Verfassungsorgane geäußert. Sowohl im Urteil von 1983 zur Bundestagsauflösung<sup>1</sup> als auch im Beschluß von 1994 zum Umlaufverfahren der Bundesregierung<sup>2</sup> verwendet das Gericht allerdings den eher deskriptiven Begriff der "Staatspraxis". Dieser Begriff beschränkt die Frage nach dem Verfassungsgewohnheitsrecht auf die Organisation und das Verfahren innerhalb und zwischen Verfassungsorganen und klammert damit Rechtspraxis und Rechtsüberzeugung im Verhältnis des Staates zum Bürger aus<sup>3</sup>. Gerade für den engeren Bereich der Staatspraxis hat sich im deutschen Recht auch der Begriff der "Konventionalregeln" herausgebildet – und zwar in deutlicher Anlehnung an die *conventions* des britischen Rechts<sup>4</sup>.

Der vorliegende Beitrag wählt das britische Verfassungsrecht und seine Diskussion um *conventions* als Hintergrund für eine Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Staatspraxis im deutschen Verfassungsrecht. Dabei ist die Darstellung des britischen Verfassungsrechts auf solche Grundsätze beschränkt, die im Anschluß daran die Besonderheiten des deutschen Verfassungsrechts beleuchten können.

### II. Verfassung und Staatspraxis im britischen Verfassungsrecht

Der britischen Verfassungsordnung fehlt eine einheitliche Verfassungsurkunde ebenso wie ein förmliches Rangverhältnis von Verfassungsrecht einerseits und "einfachem" Recht andererseits. Man spricht gleichwohl von "constitutional law" und bezieht sich damit auf Parlamentsgesetze (*statutes*) und richterrechtlich aner-

---

\* Dr. iur., LL.M. (Cantab.), Rechtsanwalt in Düsseldorf, von 1994 bis 1997 wiss. Referent am Institut.

<sup>1</sup> BVerfGE 62, 1.

<sup>2</sup> BVerfGE 91, 148.

<sup>3</sup> Vgl. dazu BVerfGE 1, 208 (249); 82, 322 (358); 93, 373 (376f.); BVerfG NJW 1997, 1568.

<sup>4</sup> Vgl. dazu bereits J. Hatschek, Englische Verfassungsgeschichte, 1913, 581 f.; s.a. ders., Konventionalregeln oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentlichen Recht, JöR 3 (1909), 1 ff. (3); i.ü. schon G. Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, 1906, 24.

kanntes und fortentwickeltes Gewohnheitsrecht (*common law*) von jeweils grundlegender Bedeutung. Neben *statutes* und *common law* bilden allerdings Konventionalregeln der Verfassungsorgane (*conventions*) die dritte Säule der britischen Verfassungsordnung. Die Bedeutung von *conventions* im britischen Verfassungsrecht rührt daher, daß das Verhältnis der Verfassungsorgane zueinander und die Verfassungslage innerhalb dieser Organe nur sehr lückenhaft durch Parlamentsgesetze bestimmt werden. Beispielhaft ist dafür die verfassungsrechtliche Stellung der Krone, die zwar im *common law* verfestigt ist und durch einzelne Parlamentsgesetze geregelt wird, deren Verhältnis zu den Kammern des Parlaments und zur Regierung jedoch im wesentlichen auf *conventions* beruht. Dadurch stellt sich die Frage, wie der normative Charakter von *conventions* im Verhältnis zu *statutes* und *common law* bestimmt werden soll. Das ist nicht nur eine rechtstheoretische Frage, sondern berührt ganz grundlegend das praktische Verfassungsverständnis des britischen Rechts.

A. V. Dicey, der in seinem 1885 erschienenen Werk "An Introduction to the Study of the Law of the Constitution"<sup>5</sup> Begriff und Bedeutung von Konventionalregeln entscheidend prägte, bezeichnete Parlamentsgesetze und richterrechtliche Regeln mit Verfassungsrang als "the law of the constitution". Diese wiederum faßte er zusammen mit den "conventions of the constitution" unter das "constitutional law"<sup>6</sup>. Dadurch war einerseits der enge Bezug der *conventions* zur Verfassungsordnung hergestellt, andererseits entstand aber eine eher verwirrende Gegenüberstellung von "law of the constitution" und "constitutional law", in der unklar bleibt, inwieweit Konventionalregeln dem Recht (*law*) zuzuordnen sind.

### 1. Staatspraxis und *conventions*

Während sich Parlaments- und Richterrecht als förmliche Akte des Parlaments einerseits und der Gerichte andererseits kennzeichnen lassen, werden *conventions* in einem materiellen Sinn definiert, nämlich als Regeln der Verfassungsordnung, die auf "Gewohnheit, Praxis oder Zweckmäßigkeit" der Verfassungsorgane beruhen<sup>7</sup>. Ihre Funktionsweise wird darin gesehen, daß sie die "strictly legal structure" von Parlaments- und Richterrecht ergänzen, indem sie die Ausübung der Kompetenzen einzelner Verfassungsorgane regeln<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, hier zitiert nach 10. Aufl. (1959). Zur Behandlung von Staatspraxis in der britischen Staatslehre in der Zeit vor Dicey vgl. O. Hood Philipps, *Constitutional Conventions: Dicey's Predecessors*, *Modern Law Review* 29 (1966), 137.

<sup>6</sup> *Ibid.*, 24.

<sup>7</sup> So E.W. Ridges/G.A. Forrest, *Constitutional Law*, 8. Aufl. (1950), 6f.; s.a. O. Hood Philipps/P. Jackson, *Constitutional and Administrative Law*, 7. Aufl. (1987), 113: "rules of political practice"; S.de Smith/R. Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, 7. Aufl. (1994), 15: "binding usages"; vgl. auch *Halsbury's Laws of England* (Hrsg. Lord Hailsham of St. Marylebone), 14. Aufl., Reissue (1996), Vol. 8 (2) [Lord Lester of Herne Hill/D. Oliver/K. Lester], Rdnr. 19: "habitually obeyed and generally regarded as binding".

<sup>8</sup> Ridges/Forrest (Anm. 7), 6.

Wichtigstes Beispiel dafür bilden die Befugnisse der Krone (*prerogative powers*). Diese können zwar grundsätzlich durch Parlamentsgesetze eingeschränkt und insoweit derogiert werden<sup>9</sup>. Das Verhältnis der Krone zu den beiden Kammern des Parlaments und zur Regierung ist jedoch grundsätzlich weder durch Parlamentsgesetz noch durch Richterrecht geregelt. Ihre Befugnisse gegenüber den anderen Verfassungsorganen stehen daher vom Blickwinkel der "strictly legal structure"<sup>10</sup> in ihrem freien Ermessen. Da es beispielsweise zu den Vorrechten der Krone gehört, das Parlament einzuberufen und aufzulösen<sup>11</sup>, läge es insofern auch in ihrem Ermessen, ob und wann Neuwahlen zum Parlament stattfinden. Ebenso wenig festgelegt durch Parlamentsgesetz oder Richterrecht ist die Frage, ob die Krone einem Gesetzentwurf zustimmen muß, der vom House of Commons und House of Lords verabschiedet wurde. Nach der "strictly legal structure" könnte die Krone jederzeit ihre nach dem *common law* erforderliche<sup>12</sup> Zustimmung verweigern.

In den beiden hier genannten Fällen wird das Ermessen der Krone allerdings durch Konventionalregeln beschränkt. Dabei ist es eine grundlegende, wenn nicht die wichtigste *convention*, daß die Krone den "Ratschlägen" ihrer Regierung folgt. Die Krone ist durch diese Konventionalregel gehalten, das Parlament auf Anweisung des Premierministers aufzulösen. Ebenfalls durch Konventionalregel ist bestimmt, daß die Krone einem Gesetzentwurf, den die beiden Kammern des Parlaments verabschiedet haben, ihre Zustimmung nicht verweigern darf.

Konventionalregeln bestimmen aber nicht nur das Verhältnis der Krone zur Regierung, sondern auch der Regierung zu den beiden Kammern, insbesondere zum House of Commons. Danach hat die Krone den Vorsitzenden der stärksten Partei im House of Commons zum Premierminister und auf dessen Vorschlag die weiteren Mitglieder der Regierung zu ernennen. Die Einrichtung eines Kabinetts als Verfassungsorgan ist weder durch Parlamentsgesetz noch durch Richterrecht vorgesehen, sondern beruht als solche nur auf *convention*<sup>13</sup>. Gegenüber dem House of Commons besteht die wichtigste Konventionalregel darin, daß die Regierung nur so lange im Amt bleiben kann, wie sie das Vertrauen des House of Commons besitzt; zudem sind das Kabinett kollektiv und die Minister individuell gegenüber dem House of Commons für die Regierungspolitik und Maßnahmen der einzelnen Ministerien verantwortlich<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Grundlegend dazu *Attorney-General v. DeKeyser's Royal Hotel Ltd.*, (1920) Appeal Cases (House of Lords) 508; vgl. deSmith/Brazier (Anm. 7), 144.

<sup>10</sup> Ridges/Forrest (Anm. 7), 7.

<sup>11</sup> C.J. Boulton (Hrsg.), *Erskine May's Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usages of Parliament*, 21. Aufl. (1989), 255 f.

<sup>12</sup> Vgl. aus jüngerer Zeit die Grundsatzentscheidung des House of Lords in *British Railway Board v. Pickin*, (1974) Appeal Cases 765 sowie *Edinburgh and Dalkeith Railway Co. v. Wauchope*, (1842) 8 Cl. & F. (House of Lords) 710 (725, per Lord Campbell, zit. nach deSmith/Brazier [Anm. 7], 92).

<sup>13</sup> Allerdings bestehen Parlamentsgesetze, welche an das Bestehen eines Kabinetts anknüpfen, z. B. Ministerial and Other Salaries Act 1975, Public Generals Acts 1975, chapter 27.

<sup>14</sup> Vgl. zu den dargestellten *conventions*: Hood Philipps/Jackson (Anm. 7), 124 ff.; E.C.S. Wade/A.W. Bradley, *Constitutional and Administrative Law*, 11. Aufl. (1993), 20 ff.;

Diese grundlegenden *conventions* im Verhältnis der Krone zur Regierung einerseits und der Regierung zum House of Commons andererseits verdeutlichen, daß – in der regulären Verfassungslage – die britischen Konventionalregeln die prinzipiell unbegrenzte Staatsgewalt der Krone auf eine bestimmte Handlung festlegen und auf diese Weise auf das House of Commons verlagern. Mittels der Regierung übt das House of Commons auf der Grundlage der Konventionalregeln politische Gewalt auch über die Krone aus. Nicht die “strictly legal structure”, sondern *conventions* gestalten insofern das britische Staatswesen im Sinne einer konstitutionellen – auf demokratisch legitimierte Verfassungsorgane aufbauenden – Monarchie<sup>15</sup>.

## 2. Wirkungsweise von *conventions*

Die hier nur grob umschriebenen Beispiele für Konventionalregeln zeigen, daß ihre Wirkungsweise darin besteht, den Gestaltungsspielraum oder das Ermessen von Verfassungsorganen in einer bestimmten Richtung einzugrenzen. Dicey hatte die Funktionsweise von *conventions* beschrieben als “Festlegung der Art und Weise, in der das Ermessen der Exekutive ausgeübt werden soll”<sup>16</sup>. Da diese Ausübung von Gestaltungsspielräumen bzw. diese Lenkung einer Ermessensausübung durch die jeweils von einer Konventionalregel erfaßten Verfassungsorgane selbst erfolgt, stellen *conventions* eine Selbstbindung von Verfassungsorganen innerhalb der Gestaltungs- und Ermessensausübungsfreiheit des parlamentarisch gesetzten oder richterrechtlich entwickelten Rechts dar.

Der Begriff “Selbstbindung”<sup>17</sup> bringt zum Ausdruck, daß die Verfassungsorgane zugleich Rechtserzeugungsorgan und Regelungsadressat sind. Dabei wird als kennzeichnend angesehen, daß die jeweiligen Verfassungsorgane ihre Praxis als verbindlich betrachten<sup>18</sup>. Es reicht mithin nicht aus, daß eine Praxis befolgt wird; erforderlich für das Bestehen einer *convention* ist vielmehr, daß die jeweiligen Verfassungsorgane anerkennen, daß sie durch eine eigene Praxis gebunden sind<sup>19</sup>.

ausführlich dazu G. Marshall, *Constitutional Conventions*, 1984, 19 ff.; jeweils mit weiteren Nachweisen auch zu den Konventionalregeln, die das Verhältnis Großbritanniens zu den Kolonien bzw. zu den Commonwealth-Staaten prägten.

<sup>15</sup> Vgl. Hood Philipps/Jackson (Anm. 7), 119. Neben diesen Konventionalregeln, die das Verhältnis zwischen Verfassungsorganen betreffen, erfassen *conventions* aber auch einen Teil der Verfahren und Verhaltensregeln innerhalb von kollegial organisierten Verfassungsorganen. Das gilt insbesondere für das Kabinett, für dessen Organisation und Verfahren einfachgesetzliche Bestimmungen oder richterrechtliche Regeln völlig fehlen, s. dazu m.w.N. deSmith/Brazier (Anm. 7), 173. Das gleiche gilt für die beiden Kammern des Parlaments; ein Teil dieser Regeln ist allerdings durch Geschäftsordnungen (*standing orders*) schriftlich festgelegt (vgl. unten Anm. 32 zu der Frage, ob auch Geschäftsordnungen als *conventions* anzusehen sind).

<sup>16</sup> “... determining the mode in which the discretionary power of the executive ... ought to be employed”, Dicey (Anm. 5), 429, s.a. J.D.B. Mitchell, *Constitutional Law*, 1968, 29.

<sup>17</sup> Der Begriff ist in der englischen Diskussion nicht gebräuchlich.

<sup>18</sup> Halsbury's Laws of England (Anm. 7), Rdnr. 20; deSmith/Brazier (Anm. 7), 41; Marshall (Anm. 14), 11; Mitchell (Anm. 16), 33

<sup>19</sup> I. Jennings, *Cabinet Government*, 3. Aufl. (1959), 2; s.a. Marshall (Anm. 14), 11 f., 214 f.

Dieser Maßstab einer für verbindlich angesehenen Praxis gleicht den Kriterien, die (auch im britischen Recht) herkömmlich an Gewohnheitsrecht gestellt werden<sup>20</sup>. Entscheidend für Gewohnheitsrecht ist, daß eine lang andauernde Praxis als normativ verbindlich angesehen wird. Da eine nicht geringe Zahl der *conventions* auf einer jahrzehntelangen Übung der jeweiligen Verfassungsorgane beruht, könnte man geneigt sein, *conventions* als Verfassungsgewohnheitsrecht zu betrachten. Allerdings ist anerkannt, daß *conventions* – im Gegensatz zum Verfassungsgewohnheitsrecht – auch ohne langjährige Übung entstehen können. So kann etwa zur Bildung einer Konventionalregel zwischen Verfassungsorganen die Erklärung eines Organs oder eine Vereinbarung beider Organe ausreichen, in Zukunft ein bestimmtes Verfahren einzuhalten<sup>21</sup>. Insofern beruhen *conventions* zwar typischer-, aber nicht notwendigerweise auf einer lang andauernden Praxis oder Übung, die für verbindlich gehalten wird<sup>22</sup>.

Das bedeutet, daß es für die Entstehung von *conventions* ausreicht, daß die Verfassungsorgane ihre Selbstbindung zum Ausdruck bringen. Dies kann *expressis verbis* geschehen in einseitigen Erklärungen oder in Vereinbarungen. Meist fehlt es aber an einer eindeutigen Bekundung einer Selbstbindung. In diesen Fällen kann eine *convention* nur bestehen, wenn die frühere Praxis konkludent eine Selbstbindung erkennen läßt.

### 3. Inhalt einer *convention*

Da *conventions* auf einer Selbstbindung der beteiligten Verfassungsorgane beruhen, ist es nur folgerichtig, daß dieselben Organe ihre Selbstbindung auch wieder aufheben können. Das ist unproblematisch, soweit nur innerhalb eines Kollegialorgans geltende Konventionalregeln in Frage stehen und die Änderung in irgendeiner Weise formalisiert ist (wie etwa bei den Geschäftsordnungen der beiden Häusern des Parlaments). Anders ist es jedoch bei Konventionalregeln zwischen mehreren Verfassungsorganen. Hier kann zweifelhaft sein, ob ein Verfassungsorgan durch ein bestimmtes Verhalten an einer früheren Praxis festhält oder einseitig eine neue Praxis einleitet. Ein Beispiel dafür bietet das "agreement

<sup>20</sup> S.G.M. Walker/R.J. Walker, *The English Legal System*, 6. Aufl. (1985), 62 ff.; zum Verhältnis von "customary law" und *conventions*: I. Jennings, *The Law and the Constitution*, 5. Aufl. (1959), 135.

<sup>21</sup> Beispiel für eine Erklärung eines Organs ist die "Ponsonby-Rule", eine Erklärung des Staatssekretärs Ponsonby aus dem Jahre 1921, wonach die beiden Häuser des Parlaments drei Wochen vor der Ratifikation völkerrechtlicher Verträge unterrichtet werden (*House of Commons, Debates*, 1.4.1921, vol. 171, col. 2001); Beispiel für eine Vereinbarung gibt die Übereinkunft der Imperial Conference von 1930, in Zukunft den Governor-General einer Dominion nur mit Zustimmung der betreffenden Dominion zu ernennen, deSmith/Brazier (Anm. 7), 41.

<sup>22</sup> Es ist möglich, die Erklärung eines oder die Vereinbarung zweier Verfassungsorgane als "anticipatory convention" zu begreifen (E. Colvin, *Constitutional Jurisprudence in the Supreme Court of Canada*, *Supreme Court Law Review* 4 (1982), 3 [15]). Damit wird aber nur verdeutlicht, daß angesichts der Selbstbindung eines Organs eine bestimmte Praxis in der Zukunft vorgegeben sein soll. An dem zentralen Unterschied zum Gewohnheitsrecht, das sich erst auf der Grundlage einer zurückliegenden Praxis bilden kann, ändert sich dadurch nichts.

to differ" aus dem Jahre 1932<sup>23</sup>: Grundsätzlich ist als Konventionalregel anerkannt, daß die Regierung dem House of Commons kollektiv verantwortlich ist und daß politische Fragen deshalb einstimmig von der Regierung im Unterhaus vertreten werden. Gleichwohl entschied sich das Kabinett unter Premierminister MacDonald, von dieser Regel abzuweichen, um auf diese Weise den Rücktritt von vier Ministern, welche eine wirtschaftspolitische Entscheidung des Kabinetts nicht mitzutragen bereit waren, zu verhindern. Ein weiteres Beispiel bildet die Südrhodesien-Krise im Jahre 1965. Die britische Regierung hatte 1961 förmlich anerkannt, daß es "established convention for Parliament at Westminster" geworden sei, für Südrhodesien geltende Gesetze nur mit Zustimmung der südrhodesischen Legislative Assembly zu erlassen<sup>24</sup>. Als sich Südrhodesien von seinem Status als Kronkolonie des Vereinigten Königreichs unabhängig erklärte, erließ das britische Parlament – ohne Abstimmung mit der Legislative Assembly – als Gegenmaßnahme den Southern Rhodesia Act 1965.

In solchen Fällen, in denen von einer Konventionalregel zwischen verschiedenen Organen abgewichen wird, lassen sich nach abstrakter Rechtslogik drei Konstellationen unterscheiden: (1) das zu beurteilende Handeln kann eine neue Konventionalregel begründen, die an die Stelle einer früheren Konventionalregel tritt; (2) es kann ein Verstoß gegen eine Konventionalregel vorliegen, den ein anderes Verfassungsorgan (insbesondere das House of Commons) entweder hinnimmt oder auf den mit einer Sanktion reagiert wird; und (3) es kann eine Situation vorliegen, die von der früheren Konventionalregel gar nicht erfaßt war.

Wie ein bestimmtes Handeln eines Verfassungsorgans zu beurteilen ist, hängt von dem Gehalt und der Reichweite einer Konventionalregel ab: Im Fall der Südrhodesien-Krise hätte ein Verstoß gegen eine Konventionalregel nur vorgelegen, wenn man die Erklärung von 1961 dahin auslegt, daß sie ausnahmslos für alle Fälle gelten sollte; es wäre dagegen kein Verstoß gegen die Konventionalregel gewesen, wenn die Erklärung unter dem stillschweigenden Vorbehalt stand, daß das bisherige Rechtsverhältnis der Kronkolonie zum Vereinigten Königreich anerkannt bleiben würde. In der Entscheidung *Madzimbamuto v. Lardner-Burke* formulierte das Privy Council diese Situation in folgender Weise<sup>25</sup>:

"Vor 1965 mag man angenommen haben, daß es gegen die Verfassung verstoße, diese Konventionalregel zu mißachten. Es ist aber auch möglich, daß die einseitige Unabhängigkeitserklärung das Vereinigte Königreich von jeder Verpflichtung freistellte, diese Konventionalregel zu beachten".

Diese Schwierigkeiten, den Gehalt einer *convention* zu erfassen, hängen mit der Offenheit und Unbestimmtheit zusammen, die mit dem allmählichen Herausbilden einer *convention* durch eine Praxis von Präzedenzfällen verbunden sind. In der britischen Staatsrechtslehre hat dabei vor allem I. Jennings auf die Ähnlich-

<sup>23</sup> Zitiert nach C. Turpin, *British Government and the Constitution, Text, Cases and Materials*, 3. Aufl. (1995), 89.

<sup>24</sup> Public General Acts 1965, chapter 76.

<sup>25</sup> *Madzimbamuto v. Lardner-Burke*, (1969) 1 Appeal Cases (Privy Council) 645 (723).

keit hingewiesen, die zwischen der Auslegung offener Konventionalregeln und der richterrechtlichen Weiterentwicklung des *common law* besteht. Jennings stellte für Konventionalregeln – neben der Praxis und deren Anerkennung als verbindlich – ein drittes Kriterium auf, wonach “die Bildung einer Konventionalregel auf dem Grund der Sache (*reason of the thing*) beruhen muß, da sie mit der überwiegenden politischen Philosophie übereinstimmt”<sup>26</sup>. Dieses dritte Kriterium war der Staatsrechtslehre bis dahin unbekannt, und es wird auch heute nicht einhellig für erforderlich gehalten. *G. Marshall* und *G. C. Moodie* haben allerdings zu Recht darauf verwiesen, daß “das dritte Kriterium, das des sachlichen Grundes, im Falle einer grundlegenden Auseinandersetzung über eine Konventionalregel das entscheidende ist”<sup>27</sup>.

Mit diesem Kriterium eines “*reason*” verlagert sich die Frage nach dem Gehalt einer Konventionalregel weitgehend auf eine Interpretation der sie tragenden Präzedenzfälle. Ob eine neue, eine andere oder ein Verstoß gegen eine bisherige Konventionalregel vorliegt, ist damit jedoch nicht leichter zu entscheiden. Im Regelfall ist im britischen Verfassungsrecht eine solche Klärung im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit dem fraglichen Handeln eines Verfassungsorgans auch nicht möglich<sup>28</sup>. Unabhängig von einer rechtlichen Klärung ist vielmehr entscheidend, wie das House of Commons auf das fragliche Handeln der Regierung reagiert. Es steht im politischen und damit freien Ermessen des House of Commons, das Verhalten als Verstoß gegen eine Konventionalregel anzusehen und aus diesem Grund den Rücktritt eines Ministers oder des Kabinetts zu erzwingen. Mit dieser politischen Sanktion übt das Unterhaus eine Kontrolle über die Auslegung aus, welche eine bestimmte Konventionalregel durch die Regierung erhalten hat.

Vor dem Hintergrund der oben dargestellten rechtslogischen Unterscheidung, die beim Abweichen von einer *convention* möglich ist, ergibt sich, daß die Auslegung des offenen Gehalts von Konventionalregeln in erster Linie durch die Regierung erfolgt. Im politischen Bereich wird die Regierung darzulegen zu haben, weshalb ihr Handeln mit den anerkannten Konventionalregeln im Einklang steht und daher verfassungsmäßig ist. Mangels einer verbindlichen (gerichtlichen) Klärung wird dabei in der Regel offenbleiben, ob ein Verstoß gegen eine Konventionalregel vorgelegen hat. Auch auf der Grundlage der nachfolgenden Staatspraxis werden unterschiedliche Auffassungen darüber bestehen können, ob der fragliche Präzedenzfall eine sanktionslose Durchbrechung der Konventionalregel oder ein Handeln außerhalb einer bestimmten Konventionalregel darstellt<sup>29</sup>. Die Auslegung von *conventions* durch die Regierung unterliegt allein der freien politischen Kontrolle des Unterhauses und der Kritik der Öffentlichkeit.

<sup>26</sup> Jennings (Anm. 20), 136: “the creation of a convention must be due to the reason of the thing because it accords with the prevailing political philosophy”.

<sup>27</sup> *G. Marshall/G.C. Moodie*, *Some Problems of the Constitution*, 1959, 41.

<sup>28</sup> Zur fehlenden Möglichkeit, die Verletzung einer Konvention gerichtlich festzustellen, unten II.4.

<sup>29</sup> Jennings (Anm. 20), 135.

Die Unbestimmtheit einer Konventionalregel ist für das reguläre politische Geschehen ohne Bedeutung. Erst in politischen Krisensituation wird relevant, daß Konventionalregeln hinreichend "flexibel" sind, "um für unvorhergesehene Umstände zu passen"<sup>30</sup>. Ein Verfassungsorgan mag in diesem Fall eine frühere Selbstbindung aufgeben; ein anderes Verfassungsorgan mag darin – wie im Fall der Unabhängigkeitserklärung Südrhodesiens – einen Umstand sehen, der von der Bindung an eine Konventionalregel befreit. In solchen Verfassungskrisen liegt die politische Kontrolle über die Regierung, wenn auch nicht über die Krone, beim House of Commons.

#### 4. Feststellung oder Klärung einer *convention* durch die Gerichte?

Unstimmigkeiten über den Gehalt und die Reichweite von *conventions* können dadurch ausgeräumt werden, daß durch Parlamentsgesetz eine Klärung herbeigeführt wird. Diese Möglichkeit ergibt sich daraus, daß Konventionalregeln gegenüber Parlamentsgesetzen nachrangig sind. Neben Beispielen, in denen Konventionalregeln durch Parlamentsgesetze bestätigt wurden, zeigt die britische Verfassungsgeschichte Beispiele dafür, daß Zweifelsfragen im Hinblick auf Konventionalregeln gesetzlich geklärt wurden. Allerdings setzt auch eine gesetzliche Klärung – entsprechend der Doktrin der *Queen-in-Parliament* – die Zustimmung der beiden Kammern des Parlaments und der Krone voraus. Das illustriert die Vorgeschichte des Parliament Act von 1911, in dem heute die Kompetenzen des House of Lords im Gesetzgebungsverfahren geregelt sind<sup>31</sup>. Auch hier war eine Einigung über die Kompetenzen des House of Lords nur mit dessen Zustimmung möglich.

Neben der gesetzlichen Klärung einer bisher durch *convention* geregelten Frage ist eine gerichtliche Klärung nicht möglich. Schon Dicey sah das entscheidende Kriterium der *conventions* darin, daß ein Verstoß gegen *conventions* nicht gericht-

<sup>30</sup> E.C.S. Wade, Introduction to "Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution", 1959, 160. Vgl. ausführlicher zur Abänderung von Konventionalregeln während der beiden Weltkriege K.-U. Meyn, Die Verfassungs-Konventionalregeln im Verfassungssystem Großbritanniens, 1975, 146 ff.

<sup>31</sup> Als Regel des *common law* haben, wie erwähnt, beide Kammern des Parlaments und die Krone einem Gesetz zuzustimmen. Gleichwohl kam es 1909 zwischen den beiden Kammern in der Frage der Sozialpolitik zu einer Situation, in der das House of Lords nicht nachzugeben bereit war. Darin wurde zwar ganz überwiegend ein Verstoß gegen die frühere "convention" gesehen, ein konventionsgemäßes Verhalten war jedoch gegenüber dem House of Lords nicht erzwingbar. Erst durch den Parliament Act von 1911 wurde die Stellung des House of Lords – im Regelfall – auf ein Vetorecht beschränkt (vgl. im einzelnen deSmith/Brazier [Anm. 7], 321 ff.). Letztlich setzte sich hier das politische Machtverhältnis durch, das zugunsten des House of Commons bestand und weiterhin besteht; zur Verfassungskrise von 1909/1910 vgl. auch D.L. Keir, The Constitutional History of Modern Britain since 1485, 9. Aufl. (1969), 412 ff.

lich geklärt ("enforced"<sup>32</sup>) werden kann<sup>33</sup>. Grund hierfür ist in erster Linie das Fehlen von Organstreitverfahren in der britischen Verfassungsordnung, da sowohl das House of Lords als auch das House of Commons Rechtsfähigkeit als "corporate body" nur im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens und bei der Durchsetzung ihrer anerkannten Rechte (*privileges*) besitzen<sup>34</sup>. Dadurch ist bereits mangels Rechtsfähigkeit ausgeschlossen, daß die Verfassungsorgane ein Verfahren vor den Gerichten führen.

Hinzu kommt, daß der Individualrechtsschutz vor den Gerichten die Verletzung staatsorganisatorischer Regelungen – *statutes* oder *conventions* – nicht umfaßt. Es ist vielmehr eine anerkannte Regel des *common law*, daß die Gerichte ein Parlamentsgesetz als gültig anzusehen haben, soweit urkundlich die Zustimmung der beiden Kammern des Parlaments und der Krone festgestellt ist<sup>35</sup>. Damit kann auch inzidenter in einem Gerichtsverfahren die Verletzung von *conventions* nicht gerügt werden. Unabhängig von Diceys Lehre, daß Konventionalregeln nicht durch die Gerichte "enforced" würden, stellt die "enrolled bill rule" eine verfahrensrechtliche Absicherung dafür dar, daß das Verhältnis der Verfassungsorgane zueinander den politischen Kräften überlassen bleibt.

<sup>32</sup> "Enforcement" meint die Möglichkeit, Konventionalregeln zum Gegenstand eines Gerichtsverfahrens zu machen, wie hier C.R. Munro, *Constitutional Law*, 1985, 42; anders Jennings (Anm. 20), 131, der den Begriff im Sinne einer fehlenden Vollstreckbarkeit von Gerichtsurteilen gegen Verfassungsorgane verstand. Diceys Gegenüberstellung von Konventionalregeln einerseits und "common law" und "statutes" andererseits macht im übrigen deutlich, daß sich die Textstellen auf die ordentlichen Gerichte beziehen. Die Hausgewalt, die intern von den beiden Kammern des Parlaments ausgeübt wird, und die Gerichtsbarkeit, die das Parlament als "High Court of Parliament" besitzt (Erskine May [Anm. 11], 116 ff.), blieben von Dicey unberücksichtigt. Deshalb unterfallen die Geschäftsordnungen der beiden Kammern des Parlaments nur dann dem Begriff der "convention", wenn man die eigene Gerichtsbarkeit des Parlaments außer acht läßt. Hierzu finden sich im britischen Schrifttum unterschiedliche Antworten. Wade, *Introduction* (Anm. 30), 185, und Halsbury's *Laws of England* (Anm. 7), Rdnr. 8, sehen Geschäftsordnungen als "conventions" an, während Hood Philipps/Jackson (Anm. 7), 113, und Marshall/Moodie (Anm. 27), 29, wegen der Gerichtsbarkeit des Parlament diese Zuordnung ablehnen.

<sup>33</sup> Dicey (Anm. 5), 24. An anderer Stelle heißt es noch darüber hinausgehend, Konventionalregeln seien "not enforced or recognised by the courts" (*ibid.*, 417); zur Frage der "recognition" s. weiter unten in diesem Kapitel. Dicey, *ibid.*, 445 ff., vertrat daneben die Auffassung, die Verletzung einer Konventionalregel ziehe zwangsläufig einen Rechtsverstoß herbei, vgl. kritisch zu Diceys Diktum: Jennings (Anm. 20), 128 f.; Mitchell (Anm. 16), 35.

<sup>34</sup> Vgl. O. Hood Philipps, *Constitutional Conventions: A Conventional Reply*, *Journal of the Society of Public Teachers in Law* 8 (1964), 60 (63); vgl. auch Jennings (Anm. 20), 132.

<sup>35</sup> Zur sog. "enrolled bill rule" vgl. deSmith/Brazier (Anm. 7), 91 f.; Halsbury's *Laws of England* (Anm. 7), Rdnr. 232. 1842 führte das House of Lords dazu aus: "... no court can inquire into the mode in which it [the Act] was introduced into Parliament, nor into what was done previous to its introduction, or what passed in Parliament during its progress in its various stages through Parliament" (*Edinburgh and Dalkeith Railway Co. v. Wauchope*, [1842] 8 Cl. & F. [House of Lords] 710 [725, per Lord Campbell, zit. nach deSmith/Brazier [Anm. 7], 92).

a) *Fehlendes "enforcement" der Gerichte*

Diceys Diktum, Konventionalregeln würden nicht gerichtlich "enforced", wurde von den Gerichten mehrfach bestätigt. Die fehlende Durchsetzung von Konventionalregeln hat das Privy Council in der bereits erwähnten Entscheidung *Madzimbamuto v. Lardner-Burke*<sup>36</sup> anerkannt. Nachdem das Privy Council darlegte, daß der Southern Rhodesia Act 1965 entweder als Bruch gegen die frühere Konventionalregel zu verstehen sei oder die Unabhängigkeitserklärung Südrhodesiens zum Wegfall dieser Konventionalregel führte, heißt es in der Entscheidung lapidar<sup>37</sup>:

"Bei der Feststellung des Rechts (*law*) ist das Gericht mit diesen Dingen nicht befaßt."

Das Privy Council weigerte sich damit, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob eine Konventionalregel bestanden hat, ob sie verletzt wurde oder obsolet geworden war. Tragender Gesichtspunkt dafür war, daß das Privy Council seine Gerichtsbarkeit für beschränkt hielt und nur auf die Auslegung des "law" erstreckte. In diese Richtung hatte sich das Privy Council bereits in der Entscheidung *Adegbenro v. Akintola* geäußert. Zur der Frage, ob der Gouverneur von Nigeria gegen eine Konventionalregel verstoßen hatte, heißt es in dieser Entscheidung, Beschränkungen durch Konventionalregeln seien

"keine rechtlichen Beschränkungen, deren Beachtung ein Gerichtshof (*court of law*) zu seiner Pflicht machen könne"<sup>38</sup>.

b) *Gerichtliche Anerkennung als Auslegungshilfe*

Diese Urteile bestätigen, daß *conventions* nicht zu dem System von Regeln gehören, deren Verletzung gerichtlich sanktioniert werden kann. Die mangelnde gerichtliche Durchsetzung bedeutet, daß sich Verstöße gegen Konventionalregeln nur auf politischer Ebene sanktionieren lassen. Damit ist aber noch nicht geklärt, ob Konventionalregeln – trotz fehlendem "enforcement" im Sinne Diceys – vor den Gerichten Berücksichtigung finden können, soweit das Gerichtsverfahren nicht gerade den Inhalt einer bestimmten *convention* zum Verfahrensgegenstand hat. Gegen die nur beiläufig geäußerte Annahme Diceys, *conventions* würden von den Gerichten weder "enforced" noch "recognised"<sup>39</sup>, sprechen in der Tat eine Reihe von gerichtlichen Entscheidungen, in denen eine Rechtsfrage unter Bezugnahme auf bestehende *conventions* gelöst wurde<sup>40</sup>. So hat das House of Lords im Fall *Liversidge v. Anderson* die als Konventionalregel anerkannte Verantwortlichkeit eines Ministers gegenüber dem Parlament herangezogen, um zu begrün-

<sup>36</sup> S.o. Anm. 25.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 723: "Their Lordships in declaring the law are not concerned with these matters."

<sup>38</sup> 1963 Appeal Cases 614 (630): "... not legal restrictions which a court of law ... can ... make it his legal duty to observe."

<sup>39</sup> Vgl. oben Anm. 33.

<sup>40</sup> Jennings (Anm. 20), 122 ff.; deSmith/Brazier (Anm. 7), 30f.; Munro (Anm. 32), 44f.

den, warum die Ermessensausübung dieses Ministers von den Gerichten nicht überprüft wurde<sup>41</sup>. Hier diente also eine Konventionalregel als Auslegungshilfe, um eine Frage gerichtlicher Ermessensüberprüfung zu entscheiden. In der späteren Entscheidung *Attorney General v. Jonathan Cape*<sup>42</sup> stand die kollektive Verantwortlichkeit der britischen Regierung in Frage, als die politischen Tagebücher eines früheren Ministers ohne Absprache mit den früheren Kabinettsmitgliedern und ohne Zustimmung der gegenwärtigen Regierung veröffentlicht werden sollten. Lord Widgery führte in dieser Entscheidung zur Konventionalregel der kollektiven Verantwortlichkeit aus:

“Es ist im öffentlichen Interesse, die Doktrin kollektiver Kabinettsverantwortlichkeit aufrechtzuerhalten, und die Anwendung dieser Doktrin wäre beeinträchtigt, wenn die Ansichten einzelner Minister frühzeitig veröffentlicht würden.”<sup>43</sup>

Die Besonderheit dieser Entscheidung lag darin, daß der Attorney General die Vertraulichkeit bestimmter Informationen gegen eine Privatperson (den Verlag) durchzusetzen versuchte. Insofern handelte es sich nicht um einen Prozeß zwischen den unmittelbar durch eine Konventionalregel berechtigten und verpflichteten Verfassungsorganen. Das Gericht nahm gleichwohl auf die Konventionalregel kollektiver Kabinettsverantwortlichkeit als Auslegungshilfe für die Frage der Vertraulichkeit von Regierungsinformationen Bezug.

Im britischen Schrifttum wird hervorgehoben, daß diese inzidente Bezugnahme der Gerichte auf *conventions* zu ihrer gerichtlichen Anerkennung (*recognition*) führe. In der Tat machen die Entscheidungen deutlich, daß *conventions* einen Bestandteil der britischen Verfassungsordnung darstellen. Es sind prozessuale Gründe, die einer unmittelbaren Auslegung von *conventions* durch die Gerichte entgegenstehen. Dies zeigt sich im Vergleich zu solchen Commonwealth-Ländern, in denen die Gerichte auch Gutachtenanfragen beantworten dürfen.

In Kanada kam es 1982 zu einer viel diskutierten Entscheidung des Supreme Court über den Inhalt einer Konventionalregel, da das Prozeßrecht einiger Provinzen vorsah, daß “any matter” von den Provinzgouverneuren den Gerichten zur Klärung vorgelegt werden kann<sup>44</sup>. Aufgrund dieser Antragsbefugnis sah sich die Mehrheit des Supreme Court (sechs der neun Richter) gehindert, eine Beantwortung der vorgelegten Fragen zu verweigern. Die Mehrheit des Gerichts folgte Dicey zwar darin, daß kein “enforcement” von Konventionalregeln möglich sei. Gleichwohl vertrat sie die Ansicht:

“Wir sind nicht aufgefordert zu entscheiden, daß eine *convention* eine Bestimmung des British North America Act tatsächlich außer Kraft gesetzt hat. ... Noch sind wir aufgefordert, eine *convention* durchzusetzen. Wir sind aufgefordert anzuerkennen, daß sie besteht. Genau dies haben Gerichte in England und im Commonwealth vielfach un-

<sup>41</sup> (1942) Appeal Cases 206.

<sup>42</sup> (1976) Queen's Bench Decisions 752.

<sup>43</sup> *Ibid.*, 771.

<sup>44</sup> Reference *re Amendment of the Constitution of Canada* (1982) Dominion Law Reports, Third Series, 1 (16f.).

ternommen, um Hilfe und Hintergrund der Verfassungs- oder Gesetzesauslegung beizustellen“<sup>45</sup>.

Für die Staatslehre Großbritanniens und für den Rechtsraum des Commonwealth bedeutet diese Entscheidung einen spektakulären Höhepunkt, der die klassische Trennung von “enforcement” und “recognition” aufzuheben scheint<sup>46</sup>. In seiner gutachterlichen Stellungnahme kam der Supreme Court letztlich zu dem Ergebnis, daß die bestehende Konventionalregel verletzt werde, wenn sich die Mehrheit der kanadischen Provinzen gegen das Ersuchen der Bundesregierung gegenüber dem britischen Parlament ausspricht<sup>47</sup>. Indem die Existenz einer Konventionalregel im Grundsatz anerkannt wurde, lag eine gerichtliche Entscheidung darüber vor, daß die kanadische Bundesregierung gegen die Verfassungsordnung (*unconstitutional*) handeln würde, wenn sie gegen die Mehrheit der Provinzen das geplante Ersuchen einer Verfassungsänderung an das britische Parlament richtet. Der Verstoß gegen die *convention* stellte zwar keinen Verstoß gegen Parlaments- oder Richterrecht dar und war daher nicht “illegal”. Daher bestand auch keine Möglichkeit, ein entsprechendes Unterlassen der kanadischen Regierung gerichtlich zu erzwingen. Gleichwohl ist nicht zu übersehen, daß in politischer Hinsicht ein Unterschied zwischen einer solchen gutachterlichen Stellungnahme und einem gerichtlichen Unterlassungsurteil zu erkennen ist.

##### 5. Rechtsnatur von *conventions*

Obwohl die Entscheidung des kanadischen Supreme Court die gerichtliche Anerkennung von *conventions* in besonderem Maße verdeutlicht, bleibt darin gleichwohl offen, ob das Gericht die untersuchte Konventionalregel “as a matter of fact”

<sup>45</sup> *Ibid.*, 88: “We are not asked to hold that a convention has in effect repealed a provision of the British North America Act ... Nor are we asked to enforce a convention. We are asked to recognize it if it exists. Courts have done this very thing many times in England and the Commonwealth to provide aid for and background to constitutional or statutory construction.”

<sup>46</sup> T.R.S. Allan, *Law, Convention, Prerogative: Reflections prompted by the Canadian Constitutional Case*, *Cambridge Law Journal* 45 (1986), 305 (313): “To recognise a convention, in a context where legal doctrine can be invoked in its support, is in practice to enforce it”; s.a. R. Brazier/St. John Robilliard, *Constitutional Conventions: The Canadian Supreme Court’s View Reviewed*, *Public Law* 1982, 28 (34): “... the question of the existence, but not the precise limits, of a convention is now unquestionable a justiciable issue ...”; vgl. auch E. Colvin, *Constitutional Jurisprudence in the Supreme Court of Canada*, *Supreme Court Law Review* 4 (1982), 3 (16f.).

<sup>47</sup> Nach der damals geltenden kanadischen Verfassungslage konnte eine Änderung der kanadischen Verfassung nur durch ein Gesetz des britischen Parlaments – wenn auch auf Antrag der kanadischen Bundesregierung – herbeigeführt werden. Allerdings hatte sich die Konventionalregel herausgebildet, daß eine Verfassungsänderung, welche die Rechtslage der kanadischen Provinzen berührte, von der Bundesregierung nicht ohne die Zustimmung der Provinzen beantragt werden konnte. Gegen den Widerstand der Mehrheit der Provinzen beabsichtigte die kanadische Bundesregierung im Jahre 1981, das britische Parlament darum zu ersuchen, eine “Charter of Rights” in die Verfassung einzufügen und damit auch die Befugnisse der Provinzen zu beschränken. Daraufhin legten drei Provinzen den jeweils zuständigen Provinzgerichten die Frage vor, ob die Verfassungskonvention, mit der die Zustimmung der Provinzen erforderlich sei, durch die Vorlage des Entwurfs an das britische Parlament verletzt würde.

oder "as a matter of law" feststellte<sup>48</sup>. Das wirft die Frage auf, ob *conventions* als bloße Staatspraxis oder als normativer Verfassungsbestandteil anzusehen sind.

Die Problematik dieser Frage liegt darin, inwieweit die sekundären Regeln über die Anerkennung, Auslegung, Durchsetzung und Änderung des primären Inhalts von *conventions* in den Begriff des Rechts hineingezogen werden<sup>49</sup>. Die Besonderheit von Konventionalregeln liegt im Element der Selbstbindung, insofern nämlich die Verpflichteten und zur Änderung einer Verhaltensregel Befugten identisch sind und in der Regel ein formalisiertes Verfahren fehlt, mit dem die Selbstbindung begründet wird. Zudem ist für Konventionalregeln anerkannt, daß eine gerichtliche Durchsetzung bei Verstoß nicht eröffnet ist. Das schließt umgekehrt nicht aus, daß die gerichtliche Anerkennung und Auslegung von Konventionalregeln möglich bleiben, wenn Prozeßparteien nicht die gebundenen Verfassungsorgane selbst sind (*Liversidge v. Anderson*<sup>50</sup>) und damit der Verfahrensgegenstand nicht unmittelbar auf den Inhalt der *convention* gerichtet ist oder wenn ein Gericht zu einer gutachterlichen Stellungnahme befugt ist (*re Amendment of the Constitution of Canada*<sup>51</sup>).

Dicey ging hier im Anschluß an die Rechtsphilosophie von Austin davon aus, daß die gerichtliche Durchsetzung einer Verpflichtung notwendige Bedingung ihrer Anerkennung als Recht sei<sup>52</sup>. Die heutige Staatsrechtslehre ist in dieser Frage gespalten. Zum Teil wird an einer strengen Unterscheidung von *law* und *conventions* anhand des von Dicey eingeführten Kriteriums der gerichtlichen Durchsetzung festgehalten<sup>53</sup>, zum Teil wird die Rechtsnatur von *conventions* unabhängig von prozessualen Fragen bestimmt und aufgrund der "allgemeinen Einwilligung" (*general acquiescence*) bejaht<sup>54</sup>.

Eine solche "allgemeine Einwilligung" kann jedoch allenfalls für eine Untergruppe von Konventionalregeln angenommen werden, nämlich für den Kernbestand derjenigen Konventionalregeln, die aufgrund jahrzehntelanger Übung und damit gewohnheitsmäßig Bestandteil der Verfassungsordnung geworden sind. Zu diesem Kernbestand gehören sicherlich die *convention*, daß die Krone den Rat-

<sup>48</sup> Vgl. Munro (Anm. 32), 45f., der selbst die Auffassung vertritt, der Supreme Court habe die Konventionalregel nur als "matter of fact" berücksichtigt. Es kann allerdings irreführend sein, die Perspektive des Supreme Court für maßgeblich zu halten, da die Rechtsordnung und Teile derselben trotz ihres normativen Charakters selbst feststellbare Tatsachen darstellen.

<sup>49</sup> DeSmith hat wohl als erster die Unterscheidung H.L.A. Harts zwischen "primary" und "secondary rules" auf Konventionalregeln übertragen, vgl. dazu jetzt deSmith/Brazier (Anm. 7), 40f., s. a. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 1961, insb. 94f.; die Überlegung von deSmith wurde vor allem fortgeführt von C.R. Munro in seinem Aufsatz "Laws and Convention Distinguished", *Law Quarterly Review* 91 (1975), 218 (231 ff.).

<sup>50</sup> S.o. Anm. 41.

<sup>51</sup> S.o. Anm. 44.

<sup>52</sup> Vgl. zu den Bezügen zur Rechtsphilosophie Austins: Wade, *Introduction* (Anm. 30), 188f.; s. aber auch G. Marshall, *Constitutional Theory*, 1971, 3f.

<sup>53</sup> Marshall/Moodie (Anm. 27), 26; Munro (Anm. 32), 55, Hood Philipps/Jackson (Anm. 7), 114.

<sup>54</sup> Jennings (Anm. 20), 117; vgl. auch Wade (Anm. 30), 187: "no necessary difference in their nature"; Mitchell (Anm. 16), 39; m.w.N. – im Ergebnis aber anders – Marshall (Anm. 52), 10ff.

schlagen ihrer Regierung zu folgen hat, sowie die *convention* der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Regierung<sup>55</sup>. Ob man im Hinblick auf diesen Kernbestand von Verfassungsgewohnheitsrecht spricht, ist in erster Linie eine begriffliche Frage<sup>56</sup>. Die Frage nach der Rechtsnatur des überwiegenden Teils der *conventions*, deren Inhalt nicht zweifelsfrei bestimmt werden kann, ist dadurch noch nicht geklärt. Angesichts eines fehlenden normativen Gehalts läßt sie sich dadurch bestimmen, daß die Praxis der Verfassungsorgane eine Konkretisierung der "strictly legal structure" von Parlaments- und Richterrecht darstellt.

#### 6. *Conventions* im System des britischen Staatsrechts

Die Erörterung von *conventions* verdeutlicht, daß das Parlaments- und Richterrecht die britische Verfassungswirklichkeit nicht widerspiegeln können. Während das Vereinigte Königreich durch das *common law* noch als mittelalterliche Monarchie verfaßt ist, erhält es erst durch *conventions* seine Gestalt als moderne parlamentarische Demokratie.

Bereits Dicey hatte diesen grundlegenden Charakter von Konventionalregeln hervorgehoben. "Unser moderner Kodex der Verfassungsmoral (*constitutional morality*)", äußerte er im Hinblick auf Konventionalregeln, "stellt, wenn auch auf einem Umweg, das sicher, was anderswo 'Volkssouveränität' genannt wird"<sup>57</sup>. Vergewenigt man sich die fragile Struktur, auf der im britischen Staatsrecht die politische Grundentscheidung (im Sinn Carl Schmitts<sup>58</sup>) beruht, dann kann kaum überraschen, daß den Gerichten verwehrt ist, im Verhältnis der Verfassungsorgane über Konventionalregeln zu judizieren. Der Kernbestand der Konventionalregeln enthält die gewohnheitsmäßig entwickelten "Rechte" und "Pflichten" der Verfassungsorgane zueinander, wie sie in anderen Staaten nach einem Umsturz der monarchischen Staatsform festgelegt wurden. Insofern Konventionalregeln eine streng normative Festlegung der politischen Grundentscheidung vermeiden, wird verständlich, daß ein gerichtliches Eingreifen in dieses Gefüge des Staatsorganisationsrechts ausgeschlossen sein muß.

Neben der politischen Grundentscheidung zugunsten einer parlamentarischen Demokratie werden durch *conventions* aber auch Einzelfragen der Staatsorganisation geregelt. Das gilt etwa für das Verhältnis der Regierung zum House of Commons, für die Stellung einzelner Minister, aber auch für die Frage nach der Berechtigung oder Verpflichtung einer unmittelbaren demokratischen Legitimation bestimmter grundlegender politischer Entscheidungen. Außerhalb der Bereiche, die durch Parlamentsgesetz geregelt sind, fehlen dem britischen Recht damit über-

<sup>55</sup> Halsbury's Laws of England (Anm. 7), Rdnr. 20; vgl. auch oben II.1.

<sup>56</sup> Vgl. die Bezüge auf "customary law" bzw. "custom" bei Jennings (Anm. 20), 135; Mitchell (Anm. 16), 26; Wade (Anm. 30), 186. Zu "conventions" als "Verfassungsgewohnheitsrecht eigener Art": H. Schulte-Noelle, Die Konventionen der britischen Verfassung, 1970, 132; dagegen Meyn (Anm. 30), 5.

<sup>57</sup> Dicey (Anm. 5), 431.

<sup>58</sup> Verfassungslehre, 1928, 21 f.

geordnete Verfassungsprinzipien, aus deren normativem Gehalt im Wege der Auslegung bestimmte Lösungen abgeleitet werden können. Als Verfassungsprinzipien kennt das britische Verfassungsrecht weder die parlamentarische Demokratie noch die Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament. Die beiden Begriffe tauchen vielmehr allein deskriptiv zur Kennzeichnung einer Verfassungsordnung auf, wie sie induktiv aus einer Vielzahl von *conventions* gewonnen wird<sup>59</sup>.

Diceys verwirrende Gegenüberstellung von "constitutional law" (für *statutes* und *common law*) und "law of the constitution" (einschließlich *conventions*)<sup>60</sup> führt in erster Linie in eine wenig fruchtbare Diskussion über die Rechtsnatur von Konventionalregeln. Bei einem weniger rechtstheoretischen Ansatz zeigt die begriffliche Unsicherheit, daß sich der Inhalt der Verfassung an der durch *conventions* gebildeten Verfassungswirklichkeit ausrichtet. In der britischen Rechtsordnung kann der Begriff der Verfassung entweder auf das Parlaments- und Richterrecht beschränkt bleiben und damit eine deutliche Diskrepanz gegenüber der Verfassungswirklichkeit in Kauf nehmen oder die Staatspraxis einbeziehen und damit seine normative Kraft verlieren. Verfassung und Verfassungswirklichkeit fallen dann zusammen.

Nimmt man Konventionalregeln in den Inhalt der Verfassung auf, dann bewirken *conventions* einen fortwährenden Verfassungswandel. Dieser vollzieht sich nicht *contra legem*, da *conventions* nicht im Widerspruch zum Inhalt von Parlaments- und Richterrecht stehen<sup>61</sup>, andererseits aber auch nicht *praeter legem*, da das *common law* mit den grundsätzlich unbegrenzten Befugnissen der Krone keine Regelungslücken kennt. Konventionalregeln sind vielmehr jeweils eine Konkretisierung parlamentarisch gesetzter oder richterrechtlich anerkannter Gestaltungsräume.

Da *conventions* auf einer Selbstbindung der jeweiligen Verfassungsorgane beruhen, fallen Adressat und Garant dieser Konkretisierungen zusammen. Hüter der Verfassung sind die Verfassungsorgane selbst – angesichts der derzeit bestehenden *conventions* zuallererst das House of Commons und im Verhältnis zu diesem die "Öffentlichkeit". Diese demokratische Rückbindung der offenen Verfassungsanwendung ist ein Gesichtspunkt, der – trotz seiner praktischen Schwächen – seit Dicey in der Verfassungslehre besonders betont wird<sup>62</sup>.

Die Funktionsweise von *conventions* schützt damit den politischen Charakter von Staatsorganisationsrecht, dessen Wirklichkeit sich öffentlich vollzieht und nur der Akzeptanz der "Öffentlichkeit" unterliegt. Darin liegt der eigentliche Sinn

<sup>59</sup> Vgl. die "general characteristics" bei Hood Philipps/Jackson (Anm. 7), 25f.; ähnlich deSmith/Brazier (Anm. 7), 14f. Ähnlich wie hier schon Schulte-Noelle (Anm. 56), 71f.

<sup>60</sup> S.o. Anm. 5.

<sup>61</sup> Mißverständlich ist aber die Beschreibung des kanadischen Supreme Court in der Entscheidung *Reference "Re Amendment of the Constitution of Canada"* (Anm. 44), 1982 D.L.R., 85: "they [the conventional rules] are generally in conflict with the legal rules which they postulate", vgl. oben bei Anm. 16.

<sup>62</sup> Vgl. Dicey (Anm. 5), 431.

von *conventions*, und er bleibt in der britischen Verfassungsordnung auch dort sichergestellt, wo bisher von Konventionalregeln erfaßte Bereiche nunmehr durch Parlamentsgesetz geregelt werden<sup>63</sup>.

### III. Zur "Staatspraxis" im deutschen Verfassungsrecht

Daß sich innerhalb oder neben einer Verfassungsordnung Übungen und Überkommen der Verfassungsorgane bilden, ist als solches keine spezifische Erscheinung des britischen Verfassungsrechts. Auch im deutschen Organisationsrecht des Bundes und der Länder haben sich zwischen und innerhalb der Verfassungsorgane Regeln entwickelt, die herkömmlicherweise befolgt werden, ohne daß eine ausdrückliche verfassungsrechtliche oder einfachgesetzliche Grundlage dafür bestünde. Die dafür verwendeten Begriffe sind unterschiedlich: Teils wird von "Grundregeln der politischen und gesellschaftlichen Sittlichkeit"<sup>64</sup> gesprochen, teils von "informalen Verfassungsregeln"<sup>65</sup> oder – ausdrücklich im Anschluß an das britische Recht – von "Verfassungskonventionalregeln"<sup>66</sup>, zum Teil von "einer dem Gewohnheitsrecht nahestehenden verfassungsmäßigen Übung"<sup>67</sup> oder sogar von "Verfassungsgewohnheitsrecht"<sup>68</sup>. Mit diesen Begriffen sind erkennbar auch Wertungen im Hinblick auf den rechtlichen Charakter solcher Verhaltensregeln verbunden. Daher bietet es sich an, zunächst einmal deskriptiv von "Staatspraxis" zu sprechen – ein Begriff, den auch das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung für die Bezeichnung einer Praxis oder Übung von Verfassungsorganen verwendet<sup>69</sup>.

Auf der Grundlage dessen, was für die Konventionalregeln des britischen Staatsrechts entwickelt wurde, lassen sich auch für das deutsche Staatsrecht zwei

<sup>63</sup> In diesem Fall wird vielfach der politische Charakter des jeweiligen Bereichs der Staatsorganisation durch einen ausdrücklichen Ausschluß der gerichtlichen Kontrolle erhalten. Ein Beispiel dafür ist der Parliament Act von 1911 (s.o. bei Anm. 31), der für Haushaltsgesetze eine von sonstigen Gesetzgebungsverfahren abweichende Mitwirkung des House of Lords vorsieht. Ob ein Gesetzentwurf als Haushaltsgesetz anzusehen ist, entscheidet der Speaker des House of Commons; dessen Einordnung nimmt das Gesetz ausdrücklich von einer gerichtlichen Kontrolle aus (Section 1, vgl. deSmith/Brazier [Anm. 7], 328f.). Weitere Beispiele einer fehlenden Gerichtsbarkeit im Bereich des Staatsorganisationsrechts finden sich in den frühen Verfassungsurkunden einiger Commonwealth-Staaten. Hier sah etwa die Verfassung von Ceylon vor, daß der Governor-General als Vertreter der Krone "in accordance with the constitutional conventions", also auf Ratschlag des Premierministers zu handeln habe; eine gerichtliche Überprüfung dieser verfassungsgesetzlichen Verpflichtung wurde jedoch ausdrücklich ausgeschlossen (Section 4 [2] des Ceylon [Constitution] Order in Council von 1946, s. dazu I. Jennings, *The Constitution of Ceylon*, 3. Aufl. [1953], 169.).

<sup>64</sup> M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, 5. Aufl. (1994), 272; ähnlich H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, 1964, 487.

<sup>65</sup> H. Schulze-Fielitz, *Der informale Verfassungsstaat*, 1984, 124.

<sup>66</sup> K.-U. Meyn, *Parlamentsbrauch und Fraktionsgemeinschaft*, JZ 1977, 167 (167), m.w.N.

<sup>67</sup> T. Oppermann, *Das Parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes*, VVDStRL 33 (1975), 7 (53).

<sup>68</sup> H.-J. Mengel, *Die Verfassung der V. Republik Frankreichs*, JöR n.F. 30 (1981), 21 (61). Vgl. weiter zum Schrifttum Schulze-Fielitz (Anm. 65), 123.

<sup>69</sup> Vgl. nur BVerfGE 1, 351 (368); 45, 1 (33); 62, 1 (49); 89, 359 (363); 91, 148 (169f.).

Hauptfragen unterscheiden. Zum einen stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von Staatspraxis und formellem Verfassungsrecht; zum anderen ist zu klären, inwieweit die Gerichte, insbesondere die Verfassungsgerichte, eine solche Staatspraxis berücksichtigen bzw. dadurch gebunden sind.

Ebenso wie im britischen Staatsrecht kreisen diese Fragen um die Problematik, ob sich aus der Staatspraxis deutscher Verfassungsorgane "Verfassungsgewohnheitsrecht" – also materielles Verfassungsrecht außerhalb des formellen Verfassungsrechts – bilden kann. Diese zugrunde liegende Frage betrifft einen allgemeinen Gesichtspunkt des deutschen Verfassungsrechts. Praktische Bedeutung erlangt sie für einige seit längerem entwickelte Regeln, für die das Bestehen von Verfassungsgewohnheitsrecht diskutiert wird. So sind einige Autoren der Auffassung, die Wahl des Bundestagspräsidenten auf Vorschlag der stärksten Fraktion im Bundestag sei eine Regel des Verfassungsgewohnheitsrechts<sup>70</sup>; das gleiche nimmt Maunz für die Pflicht von Regierungsmitgliedern an, vor dem Bundestag und seinen Ausschüssen Auskunft zu geben<sup>71</sup>; v. Mangoldt/Klein und Scheuner sehen für den Grundsatz der Diskontinuität des Bundestages eine verfassungsgewohnheitsrechtliche Grundlage<sup>72</sup>. Für den Bereich des völkerrechtlichen Verkehrs werden gewohnheitsrechtliche Ausnahmen von der Vertretungskompetenz des Bundespräsidenten (Art. 59 Abs. 1 GG) diskutiert. Sie betreffen zum einen die Kompetenz zur Verhandlung völkerrechtlicher Verträge, zum anderen den Abschluß von Regierungsabkommen: Für beide Bereiche nehmen manche Autoren eine (verfassungs-)gewohnheitsrechtliche Kompetenz der Bundesregierung an<sup>73</sup>.

### 1. Staatspraxis im Verhältnis zu formellem Verfassungsrecht

Die deutsche Verfassungsordnung gründet auf den Verfassungsbestimmungen des Grundgesetzes, ergänzt durch Geschäftsordnungen und Bundesgesetze im Range materiellen Verfassungsrechts sowie durch materielle, richterrechtlich entwickelte Verfassungsgrundsätze<sup>74</sup>. Die staatsorganisationsrechtlichen Bestimmungen des Grundgesetzes enthalten zum Teil eindeutige, aber sachlich sehr begrenzte

<sup>70</sup> J. Bückler, in: H. G. Ritzel/ders., Handbuch für die Parlamentarische Praxis, § 10 (Bearbeitung 1993), Rdnr. 1e; Mengel (Anm. 68), 61; s.a. K. Stern, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 1980, wonach es "schwer auszumachen" sei, wie weit sich parlamentarischer Brauch, "zu einem (materiellen) Verfassungsgewohnheitsrecht verdichtet hat" (*ibid.*, 90).

<sup>71</sup> T. Maunz, in: ders./G. Dürig/R. Herzog, Grundgesetz, Kommentar, Art. 43 (Bearbeitung 1960), Rdnr. 8.

<sup>72</sup> H. v. Mangoldt/F. Klein, Bonner Grundgesetz, Bd. 2, 2. Aufl. (1966), Art. 39 III 5b; U. Scheuner, Vom Nutzen der Diskontinuität zwischen Legislaturperioden, DÖV 1965, 510 (512): "echtes Gewohnheitsrecht, freilich nur mit dem Rang einfachen Gesetzesrechts"; mit dieser Einschränkung jetzt auch N. Achterberg/M. Schulte, in: H. v. Mangoldt/F. Klein, Bonner Grundgesetz, Bd. 6, 3. Aufl. (1991), Art. 39 Rdnr. 13.

<sup>73</sup> Vgl. dazu m.w.N. R. Streinz, in: M. Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 1996, Art. 59 Rdnr. 11; s.a. U. Fastenrath, Kompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt, 1985, 206 ff.; zu den Beispielen auch C. Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht?, 1972, 29 ff.

<sup>74</sup> K. Stern, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. (1984), 69 ff.

Normen, zum Teil Normen, welche die Strukturprinzipien des Grundgesetzes enthalten. In Anlehnung an die von R. Alexy entwickelte Unterscheidung zwischen dem Regel- und Prinzipiencharakter von Grundrechtsnormen<sup>75</sup> kann man auch im Staatsorganisationsrecht von Verfassungsregeln und Verfassungsprinzipien sprechen. Überwiegend lassen sich staatsorganisationsrechtliche Normen eindeutig als Verfassungsregeln (z. B. Art. 39; 51; 54; 62 GG) oder Verfassungsprinzipien (z. B. Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG) einordnen. Zum Teil sind die Verfassungsnormen aber auch durch einen Doppelcharakter gekennzeichnet (z. B. Art. 38; 50; 65 GG). Der begrenzte Anwendungsbereich von Verfassungsregeln führt zu Regelungslücken, die – jedenfalls im Verhältnis der Bundesorgane zueinander<sup>76</sup> – nicht dadurch geschlossen werden, daß ein Verfassungsorgan subsidiär kompetent bleibt, soweit nicht ausdrückliche Kompetenzen anderer Verfassungsorgane bestehen. Anders als im britischen *common law*, das der Krone prinzipiell unbegrenzte Kompetenzen zuweist, kennt das Grundgesetz keine solche Auffangzuweisung von Kompetenzen an den Bundestag oder andere Verfassungsorgane<sup>77</sup>. Die sich dadurch ergebenden Regelungslücken sind unter Rückgriff auf Verfassungsprinzipien bzw. den Prinzipiencharakter von Verfassungsnormen zu lösen. Die Verfassungsprinzipien bilden gewissermaßen den Boden, der die einzelnen Verfassungsregeln umgibt.

Die Besonderheit in der Wirkungsweise von Verfahrensprinzipien besteht darin, daß – um Alexys Ansatz insoweit noch einmal aufzugreifen<sup>78</sup> – Verfassungsprinzipien anders als Verfassungsregeln keine Festlegung bestimmter rechtlicher oder tatsächlicher Möglichkeiten enthalten. Sie stellen Optimierungsgebote dar, deren Verwirklichung den jeweils zuständigen Verfassungsorganen obliegt. Aufgrund des normativen Charakters von Prinzipien kennt das deutsche Staatsrecht aber nur rechtlich gebundene Gestaltungs- und Ermessensräume. Auch dort, wo die Gesamtheit der Verfassungsregeln bestimmte Bereiche der eigenen Bestimmung durch die Verfassungsorgane überläßt, unterliegt deren Handeln notwendig den rechtlichen Vorgaben der Prinzipien der Demokratie, des Bundes-, Sozial- und Rechtsstaates. Mit der Unterscheidung von Verfassungsregeln und -prinzipien wird also hervorgehoben, daß die Verfassung "Rahmenordnung"<sup>79</sup> für den Prozeß und die Ausübung politischer Entscheidungen ist. Dies trifft vor allem auf den organisatorischen Teil des Grundgesetzes zu, der durch zwar eindeutige, in systematischer Hinsicht aber ausschnittshafte Bestimmungen geprägt wird<sup>80</sup>. In diesem

<sup>75</sup> R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, 71 ff.

<sup>76</sup> Anders im Verhältnis des Bundes zu den Ländern: Art. 30, 83, 104a GG.

<sup>77</sup> BVerfGE 49, 89 (125); 68, 1 (109). Anders aber z. B. die Estnische Verfassung, die in Art. 65 Ziff. 16 eine Auffangklausel zugunsten des Parlaments besitzt.

<sup>78</sup> Vgl. Alexy (Anm. 75), 88.

<sup>79</sup> E.-W. Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik*, NJW 1976, 2089 (2099).

<sup>80</sup> Vgl. m.w.N.: A. Roßnagel, *Verfassungsänderung und Verfassungswandel in der Verfassungspraxis*, Der Staat 1983, 551 (557).

Bereich ist politischer Gestaltungsraum notwendig, gleichzeitig bietet sich dadurch die Möglichkeit einer Verfestigung politischer Abläufe zu Staatspraxis.

Aufgrund der Geschlossenheit der Verfassung durch Verfassungsprinzipien scheidet zwar eine sich *praeter constitutionem*<sup>81</sup> entwickelnde Staatspraxis aus. Von einer sich neben dem Verfassungsrecht bildenden Staatspraxis kann gleichwohl sinnvoll die Rede sein, wenn man sich auf die Unterscheidung zwischen Verfassungsregeln einerseits und Verfassungsprinzipien andererseits einläßt und nur jene Verfassungsbestimmungen zum Bezugspunkt für die Staatspraxis *praeter legem*<sup>82</sup> wählt. Staatspraxis *praeter legem* kommt dann außerhalb des Anwendungsbereichs von Verfassungsregeln, aber nur unter Beachtung der sonstigen Verfassungsprinzipien in Betracht. Mit diesem Begriff der Staatspraxis *praeter legem* wird auf den Gestaltungsraum verwiesen, der durch den begrenzten Anwendungsbereich der Verfassungsregeln eröffnet und durch Prinzipien nicht ausgefüllt ist.

Im Vergleich zum britischen Verfassungsrecht ergibt sich daraus bereits eine wesentliche Unterscheidung insofern, als sich Staatspraxis immer nur im Verhältnis zu der relativen Offenheit *normativer Bestimmungen* entwickeln kann. Gegenüber den britischen Konventionalregeln, die Verfassungsprinzipien nur in einem deskriptiven Sinne herausbilden, zeigt das deutsche Verfassungsrecht eine Umkehrung des Bezugspunktes. Staatspraxis kann sich allein bei der Auslegung und Anwendung von Verfassungsregeln und Verfassungsprinzipien herausbilden. Soweit im deutschen Recht Verfassungsregeln nur unvollständige Vorgaben an politische Abläufe enthalten, sind die sich daraus ergebenden Regelungslücken bereits normativ durch Verfassungsprinzipien vorgeprägt.

Der zweite wesentliche Unterschied muß darin liegen, daß dem britischen Verfassungsrecht die gerichtliche Kontrolle der *Queen-in-Parliament* und damit das Verhältnis der höchsten Verfassungsorgane zueinander fremd sind. Die durch *conventions* geformte Staatspraxis betrifft den genuin politischen und damit den Gerichten entzogenen Kern des britischen Staatsorganisationsrechts. Insofern ist es bemerkenswert, daß sich die Frage nach einem Verfassungswandel durch Staatspraxis im deutschen Verfassungsrecht vor allem zu einer Zeit stellte, als keine bzw. nur eine sehr beschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit, insbesondere keine über Bundesorganstreitigkeiten, bestand<sup>83</sup>. Obwohl die Verfassungsrechtslehre bis

<sup>81</sup> Gegen Verfassungsgewohnheitsrecht *praeter constitutionem* P. Ba d u r a, Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 7, 1992, Rdnr. 10: "Angesichts der Flexibilität und Effektivität der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes ist Verfassungsgewohnheitsrecht eine nur theoretische Rechtsquelle." Anders aber T o m u s c h a t (Anm. 73), 66 ff. mit weiteren Nachweisen zur Problematik, systematische Auslegung und Lückenfüllung voneinander abzugrenzen.

<sup>82</sup> "Lex" meint hier die Verfassungsnorm; der Begriff "intra constitutionem" (B.-O. B r y d e, Verfassungsentwicklung, 1982, 446, ihm folgend S t e r n [Anm. 74], 111) ist mißverständlich, weil er sich nicht ausreichend gegenüber einer Staatspraxis abgrenzt, die sich außerhalb des Anwendungsbereichs einzelner Verfassungsbestimmungen entwickelt. Zum "Gewohnheitsrecht *intra legem*" wie hier T o m u s c h a t (Anm. 73), 59.

<sup>83</sup> Vgl. K. H e s s e, Grenzen der Verfassungswandlung, in: Festschrift für U. S c h e u n e r, 1973, 123 (128 ff.); R o ß n a g e l (Anm. 80), 552 f.

heute von diesem vorkonstitutionellen Überlegungen geprägt ist, kann angesichts der umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit des Grundgesetzes die Bedeutung von Staatspraxis nur im Verhältnis zur Bundes- und Landesverfassungsgerichtsbarkeit erfaßt werden<sup>84</sup>. Die Konkretisierung, die bei Verfassungsregeln und Verfassungsprinzipien gleichermaßen erforderlich ist, muß unter der Geltung des Grundgesetzes kompetenzrechtlich begriffen werden. Der verfassungsrechtliche Stellenwert von Staatspraxis kann sich deshalb nur aus dem von der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht erfaßten Bereich ergeben.

## 2. Staatspraxis in der Rechtsprechung des BVerfG

### a) *Staatspraxis intra legem*

Auf Staatspraxis *intra legem* hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung vielfach im Sinne einer Auslegungshilfe Bezug genommen. In der Entscheidung zum Petersberger Abkommen von 1952 bezieht sich das Gericht zum ersten Mal auf die Weimarer Staatspraxis zur parlamentarischen Mitwirkung bei völkerrechtlichen Verträgen<sup>85</sup>; ganz allgemein auf die "deutsche Staatspraxis" wird in der Entscheidung zum Nato-Doppelbeschluß rekuriert<sup>86</sup>. Darüber hinaus zieht das Gericht in ständiger Rechtsprechung vor- und nachkonstitutionelle "Staatspraxis" heran, wenn Kompetenznormen – insbesondere einzelne Gegenstände der konkurrierenden Kompetenz in Art. 74 GG – Unklarheiten aufwerfen. Die klassische Formel des Gerichts lautet dazu, daß Entstehungsgeschichte und Staatspraxis für die Auslegung der Kompetenzordnung von "besonderem Gewicht" seien<sup>87</sup>. Die Formulierung verdeutlicht, daß der Staatspraxis bei der Auslegung offener Verfassungsregeln die Wirkung einer "Vor-Interpretation" (Schulze-Fielitz)<sup>88</sup> zukommen kann, ohne dabei aber Bindungswirkung für das Gericht zu entfalten. Die Staatspraxis stützt hier lediglich die Interpretation des Bundesverfassungsgerichts, wobei die Auslegung des Gerichts entweder mit dem Verständnis eines Begriffs in der Staatspraxis beginnt oder durch den Hinweis auf die Staatspraxis bestätigt wird. Nicht aus der Rechtsprechung des BVerfG zu begründen ist dagegen die Auffassung, die auf eine Verfassungsregel bezogene Staatspraxis gehe über eine Auslegungshilfe hinaus und sei inhaltsdeterminierend in dem Sinne, daß die Verfassungsgerichte an die Staatspraxis gebunden seien<sup>89</sup>.

<sup>84</sup> Neben der Zulässigkeit von Organstreitigkeiten spricht hierfür die grundsätzlich umfassende Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG, welche grundsätzlich auch die Verletzung staatsorganisationsrechtlicher Normen einschließt.

<sup>85</sup> BVerfGE 1, 351 (368).

<sup>86</sup> BVerfGE 68, 1 (83); vgl. auch *Kehler Hafen*-Entscheidung, BVerfGE 2, 347 (370).

<sup>87</sup> Vgl. BVerfGE 33, 125 (152); 41, 205 (220); 42, 20 (29); 61, 49 (175 f.); 68, 319 (328).

<sup>88</sup> Schulze-Fielitz (Anm. 65), 125.

<sup>89</sup> So aber O. Bachof, *Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik*, in: *Summum Ius, Summa Iniuria*, 1963, 41 (51).

*b) Besonderheit: Staatspraxis und Bestandsgarantie*

Auf den ersten Blick identisch, in der Sache jedoch qualitativ anders ist die Passage, die sich im 77. Band zur Bedeutung der Staatspraxis bei der Auslegung von Kompetenznormen findet<sup>90</sup>:

“Sie [die Staatspraxis] ist für die Auslegung der Art. 70ff. GG von besonderem Gewicht. Sie zeigt, ob und wie der historische Gesetzgeber seine Kompetenz genutzt hat und inwieweit sich dadurch unter dem übergeordneten Gesichtspunkt der Kontinuität der Kompetenzordnung eine Bestandsgarantie herausgebildet hat (BVerfGE 61, 49 [175f.]; 68, 319 [328]).”

In diesem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts geht der Verweis auf die beiden früheren Entscheidungen ins Leere, da die ausdrückliche Betonung einer Bestandsgarantie hier zum ersten Mal erfolgt. Gegenstand des Verfassungsbeschwerdeverfahrens im 77. Band war die Frage, ob der Bund mit Sperrwirkung gegenüber den Ländern von seiner Gesetzgebungskompetenz zur Arbeitnehmerweiterbildung Gebrauch gemacht hatte. Das Gericht verweist auf die bestehenden Gesetze einiger Bundesländer zur Arbeitnehmerweiterbildung und fügt hinzu, daß insofern die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz der Länder auf Bundesebene “bislang nicht ernsthaft in Frage gestellt worden sei”<sup>91</sup>. Dieser Zusammenhang kann allerdings nicht erklären, warum das Bundesverfassungsgericht seine bisherige Formel um die “Bestandsgarantie” erweitert<sup>92</sup>.

Das Diktum im 77. Band bleibt gleichwohl von allgemeinem Interesse. In Art. 70ff. GG ist nicht geregelt, ob eine Bindungswirkung *pro futuro* eintritt, wenn der Bund eine konkurrierende Kompetenz über längere Zeit nicht ausgeübt hat. Das Bundesverfassungsgericht entnimmt diese Bindungswirkung dem “übergeordneten Gesichtspunkt der Kontinuität”. Aufgrund dieser Bezugnahme auf einen übergeordneten Verfassungsgrundsatz geht der Hinweis auf die “Bestandsgarantie” aber über die Bedeutung von Staatspraxis als Auslegungshilfe *intra legem* hinaus. Das heißt nicht, daß Staatspraxis damit selbständige Bedeutung gewinnen und sich zu einem Rechtssatz verdichten würde. Staatspraxis kann vielmehr im Rahmen der vom Bundesverfassungsgericht angenommenen “Bestandsgarantie” nur Tatbestandsmerkmal dieses ungeschriebenen Verfassungsgrundsatzes sein und unterliegt als ein solches der umfassenden Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht.

*c) Staatspraxis praeter legem*

Daneben findet sich eine praktisch wichtigere Gruppe von Entscheidungen, in der es um die verfassungsgerichtliche Klärung des Anwendungsbereichs von

<sup>90</sup> BVerfGE 77, 308 (331).

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> Eine Bestandsgarantie könnte zwar von Bedeutung sein, wenn zu klären ist, ob der Bund in der Zukunft von einer bisher nicht in Anspruch genommenen Kompetenz noch Gebrauch machen kann; für die Entscheidung zur Arbeitnehmerweiterbildung war die Frage jedoch ohne Bedeutung, da nur in Frage stand, ob der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht Gebrauch gemacht hatte.

Organisationsnormen oder um die verfassungsgerichtliche Konkretisierung von Verfassungsprinzipien geht. Soweit sich hier Staatspraxis *praeter legem* gebildet hat, taucht die Frage auf, inwieweit das Gericht eine solche Entwicklung anerkennt und einer eigenen Prüfung unterzieht<sup>93</sup>. In der Entscheidung aus dem Jahre 1986 zu der Frage, ob die Fraktion der Grünen Anspruch auf einen Sitz im Parlamentarischen Kontrollausschuß des Bundestages besaß, entwickelt die Senatsmehrheit aus dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) den Schutz parlamentarischer Minderheiten, verneint aber ein verfassungsrechtliches Gebot einer "absolut gleichen" Beteiligung aller Gruppierungen am parlamentarischen Geschäftsgang. Da es "im Regelfall zulässig ist und parlamentarischer Praxis entspricht", fraktionslosen Abgeordneten und Gruppierungen ohne Fraktionsstärke die Mitgliedschaft in Ausschüssen zu verwehren, könne es unter bestimmten Umständen hinzunehmen sein, daß auch einzelne Fraktionen bei der Besetzung eines Ausschusses unberücksichtigt bleiben<sup>94</sup>. Die Entscheidung zeigt, daß das Bundesverfassungsgericht die Praxis eines Verfassungsorgans heranzieht, um in einer vom Grundgesetz nicht ausdrücklich geregelten Frage ein Verfassungsprinzip – das Demokratieprinzip – zu konkretisieren. Gewiß spielte hierbei eine Rolle, daß die Frage der Besetzung von Ausschüssen dem Bereich der Geschäftsordnungsautonomie des Bundestages unterfällt<sup>95</sup>. Daraus erwächst allerdings kein verfassungsrechtlicher Raum; die Ermächtigung in Art. 40 GG entbindet den Bundestag nicht von der Einhaltung verfassungsgerichtlich überprüfbarer Verfassungsgrundsätze und Strukturprinzipien<sup>96</sup>. In der Entscheidung zur Mitgliedschaft der Grünen im Parlamentarischen Kontrollausschuß scheint die Senatsmehrheit allerdings die von der Verfassung gesetzten Vorgaben und die "parlamentarische Praxis" nebeneinanderzustellen<sup>97</sup>. Das ist nicht unproblematisch und führte zu einer abweichenden Meinung des Richters Mahrenholz<sup>98</sup>. Hier deutet sich bereits ein Konflikt um die Frage an, inwieweit eine bestimmte Staatspraxis den Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf Verfassungsgrundsätze einschränken kann.

In der Entscheidung aus dem Jahre 1994 zu der Frage, ob ein amtierender Richter am Bundesverfassungsgericht an einer weiteren Ausübung des Richteramtes

<sup>93</sup> Manche Stellungnahmen des Gerichts sind dabei schwer zu deuten. Vereinzelt greift das Gericht eine Staatspraxis zwischen Verfassungsorganen auf und läßt dann aber offen, inwieweit diese in Übereinstimmung steht mit einer Verfassungsbestimmung. Vgl. dazu BVerfGE 72, 175 (190); hier zitiert das Gericht aus Parlamentsunterlagen die "ständig geübte und bislang unbeanstandet gebliebene Staatspraxis", wonach sich der Gegenstand des Vermittlungsverfahrens primär aus dem Gesetzesentwurf des Bundestages und eventuellen Anträgen etc. im Gesetzgebungsverfahren sowie durch das Anrufungsbegehren bestimmt; Stellungnahmen des Bundesrats seien dabei einzubeziehen.

<sup>94</sup> BVerfGE 70, 324 (366).

<sup>95</sup> Vgl. auch *ibid.*, 360f.

<sup>96</sup> Vgl. nur BVerfGE 80, 188 (218); weniger deutlich BVerfGE 1, 144 (148).

<sup>97</sup> Vgl. das Zitat oben Anm. 94.

<sup>98</sup> "Wird die Auslegung der Fundamentalnorm der Verfassung [gemeint ist Art. 20 GG] vom Ausnahmefall her bestimmt, über dessen Vorliegen die Mehrheit entscheidet, dann schwächt die Mehrheit die normierende Kraft der Verfassung", BVerfGE 70, 324 (373).

durch seine Bereitschaftserklärung gehindert sei, sich der Wahl zum Bundespräsidenten zu stellen, hebt das Gericht die parteipolitische Neutralität hervor, zu der sowohl das Richteramt als auch das Amt des Bundespräsidenten verpflichtet. Dann heißt es<sup>99</sup>:

“Das strahlt auf das Vorfeld der Wahl des Bundespräsidenten aus. Insbesondere entspricht ein Wahlkampf um dieses Amt nicht der bisherigen Staatspraxis.”

Aus dem Blickwinkel des britischen Staatsrechts bilden beide Entscheidungen ein Beispiel dafür, daß Staatspraxis vom Bundesverfassungsgericht “recognised” wird. Das Gericht anerkennt Staatspraxis als eigenständige Quelle, die nicht für die Auslegung eines unmittelbar verfahrensrelevanten Begriffs herangezogen wird, sondern in einen systematischen Zusammenhang der Verfassungsordnung insgesamt gestellt ist. Offen bleibt bei einer solchen Bezugnahme – ebenso wie im britischen Recht –, ob bzw. welcher Rechtscharakter einer Staatspraxis zukommen kann.

#### d) Verbot der Verfassungsdurchbrechung

Eine eindeutige Grenze der Verfassungskonkretisierung besteht in dieser Hinsicht dadurch, daß – ebenso wie im britischen Recht – eine Staatspraxis im Widerspruch zum formellen Verfassungsrecht ausgeschlossen ist. Staatspraxis kann der Konkretisierung von Verfassungsrecht dienen, bleibt aber in seiner Fortbildung an den Verfassungstext gebunden. Dies ist im Grundgesetz ausdrücklich durch Art. 79 Abs. 1 GG gewährleistet, durch den die “Urkundlichkeit und Einsichtbarkeit jeder Verfassungsänderung” gesichert werden<sup>100</sup>. Aufgrund dieser Zweckrichtung und wegen der beabsichtigten Abgrenzung zur Entwicklung unter der Weimarer Verfassung ist Art. 79 Abs. 1 Satz 1 GG in erster Linie auf gesetztes Recht (Parlaments- und Verordnungsrecht) zu beziehen<sup>101</sup>. Die Bestimmung bildet aber zugleich eine Grenze, soweit die Unbestimmtheit von Verfassungsnormen durch Staatspraxis konkretisiert und damit der Norminhalt fortentwickelt wird. Art. 79 Abs. 1 GG läßt sich zwar – *e contrario* – auch dahin verstehen, daß die Bestimmung Raum läßt für einen Verfassungswandel, bei dem die Staatspraxis von Verfassungsorganen eine Ausfüllung oder Fortentwicklung eines offenen Norminhalts bewirkt<sup>102</sup>. Eine solche Staatspraxis kann jedoch nicht zu einem Verfassungswandel führen, der im Widerspruch zum Text des Grundgesetzes<sup>103</sup> steht. Unmißverständlich stellt das Bundesverfassungsgericht insoweit fest:

<sup>99</sup> BVerfGE 89, 359 (363).

<sup>100</sup> BVerfGE 9, 334 (336).

<sup>101</sup> Ausdrücklich J. Lücke in: Sachs, Grundgesetz (Anm. 73), Art. 79 Rdnr. 7; in diese Richtung wohl auch Badura (Anm. 81), Rdnr. 23.

<sup>102</sup> Weiterführend Stern (Anm. 74); Badura (Anm. 81), Rdnr. 13 ff. – Zum Begriff Verfassungswandel vgl. zusammenfassend E.-W. Böckenförde, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: Festschrift für P. Lerche, 1993, 3 ff.

<sup>103</sup> So wohl zuerst Tomuschat (Anm. 73), 91 f.; zustimmend Mengel (Anm. 68), 62; Bryde (Anm. 82), 454 f.

“Mit dieser verfassungsrechtlichen Lage steht die bisherige langjährige Praxis [einer Umgehung von Art. 111 GG] schwerlich im Einklang. ... Auf diese Weise kann jedoch der Vorrang des Haushaltsgesetzgebers nur unzulänglich gewahrt werden. ... Ein solches Gebaren, wo immer seine Gründe im übrigen liegen mögen, kann nicht dazu führen, einen Verfassungswandel dahin anzunehmen, daß hierdurch die Kompetenz und Verantwortung des Gesetzgebers verkürzt und die Kompetenz des Bundesministers der Finanzen erweitert worden seien”<sup>104</sup>.

Art. 79 Abs. 1 Satz 1 GG bezieht sich damit nicht nur auf gesetztes Recht, sondern erfaßt auch die Staatspraxis von Verfassungsorganen<sup>105</sup>.

### 3. Entscheidung von 1983 zur Bundestagsauflösung

Die bislang wohl weitreichendste Stellungnahme zur Bedeutung von Staatspraxis findet sich im Urteil des Zweiten Senats von 1983 zur Bundestagsauflösung. Nachdem der Senat Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Art. 68 GG analysiert hat, ohne eindeutige Schlußfolgerungen zu ziehen, greift die Senatsmehrheit den Präzedenzfall aus dem Jahre 1972 auf, bei dem nach seiner Auffassung in vergleichbarer Weise die Vertrauensfrage nach Art. 68 GG mit dem Ziel der Auflösung des Bundestages gestellt worden war<sup>106</sup>. Das Bundesverfassungsgericht könne die einhellige Überzeugung der obersten Verfassungsorgane über die Zulässigkeit dieses Vorgehens im Jahre 1972 nicht unberücksichtigt lassen, zumal wenn “in dieser Rechtsauffassung” die gleiche Zielsetzung zum Ausdruck komme, von der sich auch der Parlamentarische Rat ersichtlich habe leiten lassen. Die Senatsmehrheit stellt in diesem Zusammenhang fest<sup>107</sup>:

“Es ist nicht der Vorgang eines Verfassungswandels, der im Rückblick auf diese Entscheidungen der betroffenen obersten Verfassungsorgane sichtbar wird; es ist der Beginn einer Staatspraxis, die einem neuen, besonderen politischen Sachverhalt gerecht zu werden versuchte und auf diesem Wege die Krise löste. Das darin zum Ausdruck kommende schöpferische Moment der Rechtsfindung und Rechtsgewinnung ist der Verfassungsordnung nicht fremd. Es muß hier berücksichtigt und in die festgestellten tat-

<sup>104</sup> BVerfGE 45, 1 (33) (Klammerzusatz durch den Verf.).

<sup>105</sup> In diesem Sinn sind auch Stellungnahmen des Bundesverfassungsgerichts zu verstehen, die von der Möglichkeit einer die Verfassung derogierenden Staatspraxis auszugehen scheinen, vgl. BVerfGE 2, 213 (224): “In Anbetracht dieser zwar schwankenden, keinesfalls aber eindeutig zugunsten ausschließlicher Zuständigkeit der Länder zu sprechenden Staatspraxis in Deutschland kann von einem Staatsgewohnheitsrecht, das der aus Art. 74 Ziff. 1 GG abgeleiteten Bundeskompetenz entgegenstehen könnte, nicht die Rede sein”; BVerfGE 22, 178 (210): “Die getroffene [mit Art. 84 Abs. 1 unvereinbare] Regelung läßt sich auch nicht aus der Staatspraxis rechtfertigen”; schließlich auch BVerfGE 24, 184 (201): “Einerseits hat die Bundesregierung Rechtsverordnungen ohne Zustimmung des Bundesrates erlassen, die nach Ansicht des Bundesrates seiner Zustimmung bedurft hätten, ohne daß der Bundesrat daraus Konsequenzen gezogen hat. Andererseits hat die Bundesregierung auch solche Rechtsverordnungen dem Bundesrat zur Zustimmung zugeleitet, bei denen nach ihrer Rechtsauffassung eine Zustimmung des Bundesrats nicht geboten gewesen wäre. Die Staatspraxis ist also nicht eindeutig. Auf sie kann sich weder der Bundesrat noch die Bundesregierung berufen” (Klammerzusätze und Hervorhebungen durch den Verf.).

<sup>106</sup> BVerfGE 62, 1 (48); dagegen aber das Sondervotum von Richter Rinck, *ibid.*, 83 ff.

<sup>107</sup> *Ibid.*, 49.

bestandlichen Grenzen des Art. 68 GG einbezogen werden. Von einer Durchbrechung der Verfassung kann in diesem Fall, wie aufgezeigt, nicht die Rede sein."

Diesem zentralen Satz der Entscheidung kann eine orakelnde Dunkelheit kaum abgesprochen werden. Es fällt schon schwer zu beantworten, ob die Senatsmehrheit von einer Staatspraxis innerhalb von Art. 68 GG ausgeht – dafür sprechen die "festgestellten tatbestandlichen Grenzen" dieses Artikels – oder von einer Staatspraxis *praeter legem* – dafür spricht das "schöpferische Moment der Rechtsfindung und Rechtsgewinnung". Die Frage wird auch nicht geklärt durch die vom Senat im Hinblick auf Art. 68 GG betonte "Offenheit der Norm für die Bewältigung außergewöhnlicher politischer Krisensituationen im Verhältnis von Bundeskanzler und Bundestag"<sup>108</sup>. Für eine Staatspraxis *praeter legem* spricht, daß die vom Bundesverfassungsgericht berücksichtigte Staatspraxis nicht unmittelbar die Auslegung des Begriffs "Vertrauen" betrifft, sondern die Frage nach den politischen Konstellationen, auf die Art. 68 GG zugeschnitten ist. Diese Frage bleibt in Art. 68 GG nicht – wie die Senatsmehrheit annimmt – wegen der "Offenheit der Norm" (im Sinne ihrer begrifflichen Unbestimmtheit) unbeantwortet, sondern aufgrund ihres begrenzten ausdrücklichen Regelungsinhalts. Die Senatsmehrheit bemerkt selbst an anderer Stelle, daß sich das Verfahren um die Auslegung des "ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals" drehe, daß "der Bundeskanzler der stetigen parlamentarischen Unterstützung durch die Mehrheit des Bundestages nicht mehr sicher sein kann"<sup>109</sup>.

Im vorliegenden Zusammenhang interessiert allerdings in erster Linie das von der Senatsmehrheit herausgestellte "schöpferische Moment der Rechtsfindung und Rechtsgewinnung" einer Staatspraxis. Man wird die Passage wohl als mißverständlich und in ihrer Formulierung mißglückt bezeichnen müssen. Was letztlich gemeint ist, erklärt sich aus einer vorausliegenden Stelle, in der die Senatsmehrheit einräumt, die Befugnis, den hohen Grad an Allgemeinheit von Verfassungsnormen zu konkretisieren, obliege nicht allein dem Bundesverfassungsgericht, sondern auch anderen obersten Verfassungsorganen. Es verstehe sich aber von selbst, "daß bei dieser Konkretisierung die bereits vorgegebenen Wertungen, Grundentscheidungen, Grundsätze und Normen der Verfassung zu wahren sind"; auch sei ein "hohes Maß an Übereinstimmung" zwischen den möglichen betroffenen obersten Verfassungsorganen unabdingbar und "eine auf Dauer angelegte, stetige Handhabung unerlässlich"<sup>110</sup>.

Es ist nicht zu übersehen, daß die zuletzt genannten Anforderungen große Ähnlichkeit aufweisen mit den allgemeinen Kriterien für Gewohnheitsrecht – lang andauernde Übung und einhellige Rechtsüberzeugung. Da aber die Senatsmehrheit von der aus Übung und Übereinstimmung der betroffenen Verfassungsorgane folgenden "Konkretisierung" einer Verfassungsnorm spricht, kann das an anderer

<sup>108</sup> *Ibid.*

<sup>109</sup> *Ibid.*, 42. Natürlich entfällt die Möglichkeit von Staatspraxis *praeter legem*, wenn durch systematische Auslegung Lücken im ausdrücklichen Regelungsinhalt von Verfassungsnormen geschlossen und ungeschriebene Tatbestandsmerkmale fingiert werden.

<sup>110</sup> *Ibid.*, 39.

Stelle hervorgehobene "schöpferische Moment der Rechtsfindung und Rechtsgewinnung" nur dahin verstanden werden, daß es im Rahmen einer als offen angesehenen Verfassungsnorm Bedeutung erlangt. Funktionell entsprechen Praxis und Konsens von Verfassungsorganen daher nicht der Herausbildung von Gewohnheitsrecht, sondern der rechtsprechenden Tätigkeit, für die das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung eine "schöpferische Rechtsfindung" anerkennt<sup>111</sup>.

Der Ansatz der Senatsmehrheit ist im Schrifttum auf – zum Teil heftige – Kritik gestoßen. Der Senat mußte sich fragen lassen, inwieweit eine unabhängige Verfassungsgerichtsbarkeit fortbestehen kann, wenn das Bundesverfassungsgericht einer Rechtsauffassung und auf Dauer angelegten Praxis anderer Verfassungsorgane nachgibt<sup>112</sup>. Dieser Hinweis auf die Aufgaben des BVerfG geht zwar in die richtige Richtung, erreicht aber möglicherweise nicht den methodischen Kern des Urteils. Soweit Verfassungsrecht notwendig auf Konkretisierung angewiesen ist und eine Konkretisierung immer auch schöpferischen Charakter trägt<sup>113</sup>, bedarf es einer Zuordnung und Zuteilung der Konkretisierungskompetenz an die Verfassungsgerichte einerseits und an die übrigen Verfassungsorgane andererseits. Dadurch verlagert sich die beinahe klassische Frage nach der Normausfüllung bzw. Normüberschreitung einer Konkretisierung von Rechtsnormen auf die Frage nach den Organen der Konkretisierung. Es ist bemerkenswert, daß die Senatsmehrheit in ihrer Bewertung der historischen Verfassungsauslegung sowohl auf Stellungnahmen von K. Hesse als auch von E.-W. Böckenförde verweist<sup>114</sup>. Die Senatsmehrheit nimmt der Sache nach beide Autoren für eine historisch nicht prädestinierte, sich weiterentwickelnde Verfassung in Anspruch. Dadurch tritt in den Hintergrund, daß sich bei Hesse und Böckenförde unterschiedliche Verankerungen einer Verfassungskonkretisierung finden. Bei Hesse scheint Verfassungskonkretisierung wesentlich auf die Verfassungsgerichte bezogen zu sein<sup>115</sup>, während Böckenförde für ein Verfassungsverständnis plädiert, in dem vor allem im staatsorganisationsrechtlichen Bereich Raum für "wechselnde Gestaltungsmöglichkeiten" besteht<sup>116</sup>. Obwohl die Senatsmehrheit diesem Ansatz von Böckenförde zuzuneigen scheint, begreift sie die Verfassung wohl anders als

<sup>111</sup> BVerfGE 3, 225 (243); sowie BVerfGE 34, 269 (287); vgl. auch BVerfGE 75, 223 (243): "richterliche Rechtsschöpfungen".

<sup>112</sup> Vgl. nur N. Achterberg, Vertrauensfrage und Auflösungsanordnung, 1983, 477 (481); H.P. Schneider, Sibyllinisch oder salomonisch? – Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Parlamentsauflösung, NJW 1983, 1529 (1529); G. Schlichting, Zur Auslegung von Art. 68 GG durch das Bundesverfassungsgericht, JZ 1984, 120 (124). Soweit dabei auch die Gefahr gesehen wurde, das Bundesverfassungsgericht werde zum "Wegbereiter von Verfassungsänderungen außerhalb von Art. 79 GG" (Achterberg, *ibid.*) ist dieser Vorwurf jedenfalls methodisch zurückzuweisen, da aus der Sicht der Senatsmehrheit gerade keine Staatspraxis *contra legem*, sondern *praeter legem* vorlag.

<sup>113</sup> Vgl. K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. (1995), § 2 Rdnr. 60 ("schöpferischer Charakter"), und Böckenförde (Anm. 79), 2097 Fn. 97.

<sup>114</sup> Vgl. BVerfGE 62, 1 (45).

<sup>115</sup> Hesse (Anm. 115), § 2 Rdnr. 50f.

<sup>116</sup> Böckenförde (Anm. 79), 2099.

Böckenförde nicht als eine "Rahmenordnung", welche Raum für Gestaltungsmöglichkeiten offenhält. Die Kontrolle durch das BVerfG tritt im Ansatz der Senatsmehrheit offenbar nur insoweit zurück, als offene Verfassungsnormen durch Staatspraxis konkretisiert wurden, mithin ein eigentlicher Gestaltungsraum bereits ausgefüllt ist. Staatspraxis kann nach Auffassung der Senatsmehrheit in die "tatbestandlichen Grenzen" einer Verfassungsnorm "einbezogen werden"<sup>117</sup>, soll aber selbst begrifflich bereits eine übereinstimmende, "auf Dauer angelegte" Handhabung voraussetzen<sup>118</sup>.

#### 4. Entscheidung von 1994 zum Umlaufverfahren der Bundesregierung

Um eine Klarstellung der durch die Entscheidung des Zweiten Senats aufgeworfenen Fragen bemühte sich der Erste Senat des Gerichts in seiner Entscheidung von 1994 zum Umlaufverfahren der Bundesregierung. Für Ermächtigungen "der Bundesregierung" nach Art. 80 Abs. 1 GG hatte sich die Praxis gebildet, auf eine ausdrückliche Stellungnahme der Ministerien und des Bundeskanzleramts zu verzichten und statt dessen einen Beschluß der Bundesregierung im Umlaufverfahren dadurch zustandekommen zu lassen, daß innerhalb einer bestimmten Frist von keinem Mitglied Widerspruch erhoben wurde. Das Gericht sah darin einen Verstoß gegen Art. 80 Abs. 1 GG, da bei diesem Verfahren eine Willensbildung der Bundesregierung als Kollegialorgan nicht feststellbar sei. Die entgegenstehende Staatspraxis wies das Gericht in wenigen, aber markanten Sätzen zurück:

"Die Staatspraxis ist Gegenstand, nicht Maßstab verfassungsgerichtlicher Beurteilung von Akten der öffentlichen Gewalt. ... Das kann ... nur bedeuten, daß eine Staatspraxis, die sich im Auslegungsrahmen der Verfassung hält, nicht durch die Interpretation eines Gerichts ersetzt werden darf, selbst wenn es diese für vorzugswürdig hält. Ferner ist es geboten, bei Zweifeln über den Sinn einer Norm der Staatspraxis Rechnung zu tragen. Dagegen kann die Staatspraxis nicht die eindeutigen oder durch Auslegung ermittelten Anforderungen einer Verfassungsnorm verdrängen. Das hat auch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Bundestagsauflösung, das der Staatspraxis große Bedeutung beimißt, nicht in Frage gestellt (vgl. BVerfGE 62, 1 [38 f.])"<sup>119</sup>.

Dieses Diktum des Bundesverfassungsgerichts im 91. Band bringt zunächst einmal methodische Klarheit durch die Feststellung, daß die Staatspraxis von Verfassungsorganen keine Rechtsquelle der Verfassungsordnung darstellen kann, an die das Gericht gebunden sein könnte. Nur innerhalb des "Auslegungsrahmens der Verfassung" könne das Gericht die sich in einer Staatspraxis anderer Verfassungs-

<sup>117</sup> S. Anm. 107.

<sup>118</sup> S. Anm. 110. Vgl. aber Anm. 107, wo für das dortige Verfahren "der Beginn einer Staatspraxis" bereits Berücksichtigung findet.

<sup>119</sup> BVerfGE 91, 148 (171 f.). Die Klarstellung wendet sich wohl auch gegen die Rechtsauffassung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. *ibid.*, 157). Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich allerdings auf die Staatspraxis der Bundesregierung nur insofern bezogen, als es um die Vereinbarkeit des Umlaufverfahrens mit der Geschäftsordnung der Bundesregierung ging (BVerwGE 89, 121 [127]).

organe herausbildende Staatspraxis als zulässige Auslegung hinnehmen. Der Zusammenhang dieser Passage macht deutlich, daß der Auslegungsrahmen selbst – also die Grenzen zulässiger Auslegung – der Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht unterliegt und durch dessen Rechtsprechung festgelegt wird. Der Bindung des Bundesverfassungsgerichts an das Verfassungsrecht entspricht dabei, daß eine Staatspraxis von Verfassungsorganen die “Anforderungen” einer Verfassungsnorm nicht verdrängen kann. Auf diese Weise wird die Einhaltung von Art. 79 Abs. 1 GG sichergestellt.

Die zitierte Passage des Ersten Senats läßt aber nicht klar erkennen, ob die Bedeutung von Staatspraxis auf der Tatbestands- oder Rechtsfolgenseite angesiedelt wird. Methodisch suggeriert der Begriff des “Auslegungsrahmens” eine Ähnlichkeit zur Beurteilungsermächtigung, welche der Exekutive bei der Auslegung einfachgesetzlicher Begriffe für bestimmte Teilbereiche zugestanden wird. Der Vergleich verdeutlicht, daß Staatspraxis in diesem Sinne nicht nur eine Auslegungshilfe darstellt, sondern daß der Praxis von Verfassungsorganen innerhalb eines vom Bundesverfassungsgericht bestimmten Rahmens die Bedeutung einer verbindlichen verfassungsinternen Konkretisierung zufällt<sup>120</sup>. In dieser Hinsicht geht die Entscheidung des Ersten Senats noch über die Feststellungen des Zweiten Senats im Urteil zur Bundestagsauflösung hinaus, da dort offengeblieben war, welches Gewicht der Konkretisierung offener Verfassungsnormen durch andere Verfassungsorgane zukommt.

Allerdings ist der Begriff des “Auslegungsrahmens der Verfassung” nicht unproblematisch. Der Begriff verhindert eine genaue Zuordnung, ob es sich um Staatspraxis im Hinblick auf die Auslegung einer Verfassungsnorm (Verfassungsregel) oder um Staatspraxis innerhalb des Rahmens von Verfassungsprinzipien handelt. Das Gericht sieht in der Praxis der Bundesregierung über die Gestaltung des Umlaufverfahrens eine Frage der Auslegung des Begriffs “Bundesregierung” im Sinne von Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG, während das Bundesverwaltungsgericht als Vorinstanz noch davon ausging, “das Grundgesetz [enthalt] ... selbst keine Bestimmung darüber, wie Entscheidungen der Bundesregierung zu fällen sind”<sup>121</sup>. Auf diese Weise handelte es sich für das Bundesverfassungsgericht um Staatspraxis *intra legem*, für das Bundesverwaltungsgericht um Staatspraxis *praeter legem*. Hieran zeigt sich auch ein Unterschied zur früheren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Bundestagsauflösung, wo ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in Streit stand und damit ebenfalls eine Staatspraxis *praeter legem*<sup>122</sup>. Man kann sich die Frage stellen, ob die großzügigere Handhabung von Staatspraxis durch den Zweiten Senat in der Entscheidung zur Bundestagsauflösung nicht gerade damit zusammenhängt, daß es um die Klärung von Rechtsfragen ging, für die nach Auffassung der Senatsmehrheit keine Regelung im Wortlaut

<sup>120</sup> Vgl. E. Schmidt-Aßmann, der Beurteilungsermächtigungen an die Verwaltung als “begriffsinterne” Letztentscheidungsbefugnis” bezeichnet (in: T. Maunz/G. Dürig/R. Herzog, Grundgesetz, Kommentar, Art. 19 Abs. 4 [Bearbeitung 1985], Rdnr. 191).

<sup>121</sup> BVerwG 89, 121 (124, Hervorhebung des Verf.).

<sup>122</sup> S.o. Anm. 109.

des Grundgesetzes zu finden war. Diese Frage und der sich damit andeutende Unterschied zur Entscheidung im 91. Band verlieren allerdings methodisch an Boden, wenn ohne weitere Differenzierung von dem "Auslegungsrahmen der Verfassung" gesprochen wird.

Die kurze, weil letztlich auf eine Zurückweisung der Staatspraxis im konkreten Fall zielende Stellungnahme des Ersten Senats läßt grundsätzliche Fragen zur Bedeutung von Staatspraxis offen. In erster Linie wird nicht erläutert, welcher Art eine Staatspraxis sein muß, um innerhalb des Auslegungsrahmens der Verfassung eine verbindliche Konkretisierung zu beurteilen. Mit den mangelnden Kriterien für die Entstehung von Staatspraxis hängt zusammen, daß sich auch keine Anhaltspunkte dafür finden lassen, ob und inwieweit sich Verfassungsorgane von ihrer früheren Konkretisierung eines Begriffs bzw. einer Regelungslücke der Verfassung lösen können. Zudem muß auffallen, daß der Senat nicht erkennen läßt, auf welcher verfassungsrechtlichen Grundlage die von ihm angenommene verbindliche Konkretisierungsbefugnis innerhalb eines Auslegungsrahmens der Verfassung beruht.

##### 5. Bindung des Bundesverfassungsgerichts?

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1994 zu dem von der Bundesregierung praktizierten Umlaufverfahren, Staatspraxis sei "Gegenstand, nicht Maßstab verfassungsgerichtlicher Beurteilung", bestätigt die Ergebnisse, die C. Tomuschat 1972 zum Verfassungsgewohnheitsrecht veröffentlichte. Tomuschat vertrat darin die Auffassung, eine jahrelange Praxis besitze zwar als "Indiz für die Rechtslage ein erhebliches Gewicht"<sup>123</sup>; nach der Systematik des Grundgesetzes könne das Handeln anderer Verfassungsorgane für das Bundesverfassungsgericht jedoch nur "Kontrollmaterie und Prüfungsgegenstand", jedoch keine verbindliche Setzung darstellen<sup>124</sup>. Aus diesem Grund kann sich nach Auffassung von Tomuschat unter der Ordnung des Grundgesetzes jedenfalls aus der Praxis von Verfassungsorganen auch kein Verfassungsgewohnheitsrecht entwickeln<sup>125</sup>. Denn als Rechtsquelle von materiellem Verfassungsrecht würde die Staatspraxis einer Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht entzogen sein.

<sup>123</sup> Tomuschat (Anm. 73), 94.

<sup>124</sup> *Ibid.*, 139 sowie 140f.

<sup>125</sup> Zustimmend Bryde (Anm. 82), 451f.; ders., in: I. v.Münch/P. Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. (1996), Art. 79, Rdnr. 11a. – Hier ist nicht zu erörtern, ob das Grundgesetz der Bildung von Verfassungsgewohnheitsrecht generell entgegensteht, insbesondere im Falle einer Bestätigung durch das Bundesverfassungsgericht selbst. Im Schrifttum finden sich vielfach – zum Teil pauschale – Stellungnahmen zugunsten von Verfassungsgewohnheitsrecht, vgl. m.w.N. F. Ossenbühl, Gesetz und Recht, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 1988, §61 Rdnr. 43; P. Kirchhof, Rechtsquellen und Grundgesetz, in: M. Draht/E. Friesenhahn, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 1976, 50 (92f.); kritisch aber Stern (Anm. 74), 111; Bryde (Anm. 82), 452.

Insbesondere Art. 93 GG läßt sich als Argument für diese Auffassung heranziehen. Es würde dem Gesamtgefüge des Grundgesetzes widersprechen, bei einem Rechtsstreit von Verfassungsorganen über die Auslegung von Verfassungsrecht eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts herbeiführen zu können, andererseits aber eine Bindungswirkung des Gerichts durch vorausliegende Praxis dieser Organe annehmen zu wollen. Akzeptiert man die Grundthese von Tomuschat, bleibt gleichwohl fraglich, wie die von ihm angenommene Indizwirkung näher zu bestimmen ist<sup>126</sup>. Insoweit ist inzwischen weithin anerkannt, daß die Praxis von Verfassungsorganen eine Vor-Interpretation darstellt, von der das Bundesverfassungsgericht nur ausnahmsweise und unter erhöhten Begründungszwängen abweichen wird<sup>127</sup>. Diese Überlegungen im Schrifttum finden ihre Grundlage in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Kompetenznormen, soweit dort zur Auslegung der in Frage stehenden Normen an frühere Staatspraxis angeknüpft wird<sup>128</sup>. Das "besondere Gewicht"<sup>129</sup>, das danach der Staatspraxis in diesem Bereich zukommen soll, legt es nahe, daß das Gericht nur dann eine frühere Staatspraxis zurückweisen wird, wenn eine abweichende Auslegung aus verfassungsrechtlich eindeutigen oder überzeugend darstellbaren Erwägungen begründet werden kann.

B.-O. Bryde hat für diese Indizwirkung einen Vergleich gezogen zu der präjudiziellen Bindung, die für das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf seine eigenen Entscheidungen bestehe<sup>130</sup>. Der Reiz dieses Gedankens liegt im Zusammenhang einer Gegenüberstellung des britischen und deutschen Verfassungsrechts darin, daß auch für die britischen Konventionalregeln eine solche präjudiziengleiche Wirkung angenommen werden kann<sup>131</sup>. Allerdings ist hervorzuheben, daß eine präjudizielle Bindung des Bundesverfassungsgerichts nur als eine beschränkte Selbstbindung des Gerichts eintreten könnte, während Bryde eine derartige Bindung auch als Folge des Handelns anderer Verfassungsorgane annimmt. Für eine so weitreichende Anerkennung einer Bindungswirkung durch Staatspraxis sind keine Anhaltspunkte erkennbar. Der Unterschied zwischen der judizierten Rechtsauffassung eines Gerichts und der Rechtsauffassung eines oder mehrerer anderer Verfassungsorgane würde verwischt, wenn durch vorausgehende Staatspraxis die gleiche Bindung eintreten würde wie durch eigene frühere Entscheidungen des Gerichts.

Gleichwohl ist von wesentlicher Bedeutung, daß jüngere Entscheidungen des BVerfG, insbesondere die Entscheidung zum Umlaufverfahren der Bundesregie-

<sup>126</sup> Das gleiche gilt für die These von A. Blankenagel (Tradition und Verfassung, 1987, 139), wonach der Staatspraxis "nur eine begrenzte und subsidiäre rechtliche Relevanz" zukommen kann.

<sup>127</sup> So Schulze-Fielitz (Anm. 65), 125; s.a. Bryde (Anm. 82), 440f.; Stern (Anm. 74), 111; Badura (Anm. 81), Rdnr. 15.

<sup>128</sup> Vgl. oben Anm. 85 f.

<sup>129</sup> S.o. Anm. 87.

<sup>130</sup> Bryde (Anm. 82), 441 f., 426 f.

<sup>131</sup> S.o. bei Anm. 26.

rung, über den traditionellen Stellenwert von Staatspraxis als Auslegungshilfe hinausgegangen sind. Staatspraxis entfaltet hier Wirkung gerade nicht nur als Vor-Interpretation, sondern kann eine vom Bundesverfassungsgericht hinzunehmende Konkretisierung darstellen, soweit die Verfassung einen "Auslegungsrahmen" eröffnet<sup>132</sup>. In einem beschränkten Rahmen fällt Staatspraxis damit die Funktion einer verbindlichen Konkretisierung zu. Die beteiligten Verfassungsorgane besitzen dabei nicht nur ein "Konkretisierungsprimat"<sup>133</sup> (ein solches ginge über die bereits erörterte Vor-Interpretation nicht hinaus), sondern eine beschränkte verfassungsinterne Konkretisierungsbefugnis.

Das Bundesverfassungsgericht läßt nicht erkennen, welche verfassungsrechtliche Grundlage für diese Konkretisierungsbefugnis besteht. Im Vergleich zu der herkömmlichen Wirkung einer Vor-Interpretation durch Staatspraxis kann man annehmen, es handle sich lediglich um einen noch weiter abgestuften Kontrollmaßstab des Gerichts<sup>134</sup>. Die Metapher vom "Auslegungsrahmen" legt dabei nahe, innerhalb dieses Rahmens finde keine verfassungsgerichtliche Kontrolle statt<sup>135</sup>. Den Vorzug vor einer solchen auf Null reduzierten Kontrolle verdient allerdings die Auffassung, innerhalb des "Auslegungsrahmens der Verfassung" bestünden mehrere verfassungsrechtlich zulässige und gleichwertige Lösungen. Bei dieser Sichtweise verzichtet das Bundesverfassungsgericht in der Sache nicht auf eine Kontrolle, sondern überläßt der Staatspraxis allein die Festlegung innerhalb von Lösungen, die bei einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle als gleichwertig anerkannt wurden.

Ob eine Staatspraxis als Vor-Interpretation oder als in diesem Sinne verbindliche konkretisierende Staatspraxis Bedeutung erlangt, wird deshalb wesentlich davon abhängen, welche Verfassungsnormen den Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts bilden. Die hier angestellte Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts konnte zeigen, daß eine verbindliche Konkretisierung durch andere Verfassungsorgane insbesondere dann möglich ist, wenn es an einer klaren Verfassungsregel fehlt – also in den Fällen, in denen sich Staatspraxis *praeter legem* als Konkretisierung eines Verfassungsprinzips entwickelt. Noch schwer einzuschätzen ist allerdings, ob Grundrechte in stärkerem Maße einer Konkretisierungsbefugnis von Verfassungsorganen entgegenstehen als der Bereich des Staatsorganisationsrechts. Hervorheben läßt sich insoweit, daß die Entscheidung zum Umlaufverfahren der Bundesregierung im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde erging und letztlich die Zuordnung einer Norm des Außenwirtschaftsgesetzes in Frage stand. Bei der Entscheidung über die Bundestagsauflösung

<sup>132</sup> S.o. Anm. 119.

<sup>133</sup> So K. Vogel, Das Bundesverfassungsgericht und die übrigen Verfassungsorgane, 1988, 143, im Anschluß an die Begriffsbildung von D.C. Göldner, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, 1969, 182.

<sup>134</sup> Zur Überlegung abgestufter Kontrollmaßstäbe Vogel (Anm. 133), 144.

<sup>135</sup> Dafür spricht auch der Hinweis in der Entscheidung zur Bundestagsauflösung, wonach der Staatspraxis "ein schöpferisches Moment der Rechtsfindung und Rechtsgewinnung" zukommen soll, s.o. Anm. 107.

waren Grundrechte nicht berührt; das BVerfG zog daher wohl unbefangener seine eigene Prüfung zurück zugunsten "der freien Kontrolle des Parlaments" und "der Kritik der Öffentlichkeit"<sup>136</sup>.

## 6. Zur Bedeutung von Staatspraxis

Insgesamt zeigt sich, daß die Verdichtung einer Staatspraxis zu Verfassungsge-  
wohnheitsrecht angesichts der Prüfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts  
ausscheidet. Auch "eine Fixierung des Inhalts" einer grundgesetzlichen Vorschrift,  
die das Gericht noch 1960 für möglich erachtete<sup>137</sup>, kann nicht in Betracht kom-  
men, wenn die Auslegung von Verfassungsnormen nicht dem Bundesverfassungs-  
gericht und der verfassungsgerichtlichen Entwicklung entzogen werden soll.

Wenn Staatspraxis vom Bundesverfassungsgericht als zu berücksichtigende Vor-  
interpretation durch andere Verfassungsorgane oder als Festlegung innerhalb ver-  
fassungsrechtlich gleichwertiger Lösungen anerkannt wird, besitzt die Staatspraxis  
zwar nicht nur eine rein faktische Bedeutung. Ein eigenes "schöpferisches Mo-  
ment der Rechtsfindung und Rechtsgewinnung"<sup>138</sup> kann damit aber nur insofern  
gemeint sein, als es um eine der Judikatur vergleichbare Auslegung, nicht Schaf-  
fung, von Verfassungsnormen geht. Allerdings wird man, wie dargestellt, diese  
Formulierung ("schöpferisches Moment der Rechtsfindung und Rechtsgewin-  
nung") als zumindest mißverständlich ansehen müssen, da auch in dieser, bisher  
wohl weitreichendsten Stellungnahme eine zum Bundesverfassungsgericht paral-  
lele und dieses bindende Verfassungsauslegung nicht gemeint ist.

Soweit sich das Bundesverfassungsgericht mit einer abweichenden Staatspraxis  
auseinanderzusetzen hätte (Vor-Interpretation), tritt eine beschränkte rechtliche  
Bedeutung durch Staatspraxis nur in argumentativer Hinsicht ein. Stärker norma-  
tiv geprägt ist die verbindliche Konkretisierung von Auslegungsspielräumen der  
Verfassung. Sind hier verfassungsrechtlich gleichwertige Lösungen durch Staats-  
praxis festgelegt, ist es eine begriffliche (rechtstheoretische) Frage, ob man ange-  
sichts des beschränkten Rahmens noch von einer Rechtsfindung sprechen  
möchte.

Klärungsbedürftig bleibt jedoch der Begriff der Staatspraxis selbst. Die Recht-  
sprechung des Bundesverfassungsgerichts, aber auch Teile des Schrifttums ver-  
wenden den Begriff meist ohne nähere Darstellung der faktischen Hintergründe,  
so daß nicht erkennbar wird, welche Art von Übung und welche Art von Über-  
einstimmung zwischen den Verfassungsorganen erforderlich ist. Die Senatsmehr-  
heit im Urteil zur Bundestagsauflösung fordert neben der auf Dauer angelegten  
Handhabung einer Praxis eine hohe Übereinstimmung zwischen den Verfassungs-  
organen. Daran fehle es, wenn die Praxis "politisch umkämpft oder rechtlich um-  
stritten" sei<sup>139</sup>. Darin mag man in der Tat den Idealfall einer Staatspraxis sehen,

<sup>136</sup> Vgl. BVerfGE 62, 1 (49).

<sup>137</sup> BVerfGE 44, 77 (87).

<sup>138</sup> S.o. Anm. 107.

<sup>139</sup> BVerfGE 62, 1 (39).

aber es wäre näher zu untersuchen, ob das Bundesverfassungsgericht diese Kriterien durchgängig angelegt hat oder ob es – was eher anzunehmen ist – von der jeweiligen praktischen Verfestigung einer Rechtsauffassung abhängt, welche Bedeutung das Gericht der “Staatspraxis” einzuräumen bereit ist.

Indem die Bedeutung von Staatspraxis an der Prüfungsdichte des Bundesverfassungsgerichts orientiert wird und die Voraussetzungen für “Staatspraxis” kaum eigens hervorgehoben werden, bleibt auch im Hintergrund, ob durch Staatspraxis eine Selbstbindung der Verfassungsorgane eintreten kann. Da Staatspraxis nicht *contra legem* zu bestehen vermag und zudem der Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht unterliegt, steht zunächst außer Zweifel, daß eine eventuelle Selbstbindung nicht zu einer Verfassungsänderung führen kann. Fraglich ist vielmehr, ob Staatspraxis unterhalb der Ebene einer Verfassungsänderung Rechtswirkungen entfaltet. In dem Verfassungsbeschwerdeverfahren im 77. Band, in dem die Kompetenz zur Gesetzgebung in bezug auf Arbeitnehmerweiterbildung in Frage stand, deutet das Bundesverfassungsgericht an, daß sich “unter dem übergeordneten Gesichtspunkt der Kontinuität der Kompetenzordnung eine Bestandsgarantie” herausbilden kann<sup>140</sup>. Schon die Betonung des “übergeordneten Gesichtspunkts” zeigt allerdings, daß die Staatspraxis hier nicht genuine Quelle einer möglichen Bindungswirkung ist, sondern daß insofern ein aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleiteter und verfassungsgerichtlich entwickelter Rechtsgrundsatz Bedeutung gewinnt. Staatspraxis führt also auch unterhalb der Schwelle einer Verfassungsänderung nicht zu einer Selbstbindung. Eine Beschränkung der an sich bestehenden Gestaltungsmöglichkeiten kann sich daher nur aus dem Gesichtspunkt der Kontinuitätsgewähr ergeben. Eine solche Kontinuitätsgewähr wird man aber weitgehend dem Bereich der Verfassungsorgantreue zuzuordnen haben.

#### IV. Zusammenfassung

Das britische und deutsche Verfassungsrecht zeigen erhebliche Unterschiede, die einem Vergleich der rechtlichen Bedeutung von Staatspraxis auf den ersten Blick entgegenstehen. Das gilt insbesondere für das Fehlen eines formellen Staatsorganisationsrechts und einer Gerichtsbarkeit über Organstreitigkeiten, welches das britische Verfassungsrecht kennzeichnet. Die grundlegenden Unterschiede zwischen dem britischen und deutschen Verfassungsrecht schließen jedoch nicht aus, fördern möglicherweise sogar, daß die Diskussion von Konventionalregeln in der britischen Rechtsprechung und Literatur wichtige Perspektiven auf das deutsche Verfassungsrecht eröffnen.

Konventionalregeln entwickeln sich im britischen Verfassungsrecht außerhalb normativer Bindungen von Parlaments- oder Richterrecht. Vom Parlament erlassene Gesetze besitzen zwar einen über *conventions* stehenden Geltungsrang, soweit solche aber fehlen, bestehen für die Bildung von *conventions* keine subsidiären Vorgaben durch ungeschriebene Verfassungsprinzipien. Insofern zeigt das

<sup>140</sup> S.o. Anm. 90.

deutsche Verfassungsrecht eine Umkehrung des Bezugspunktes. Staatspraxis kann sich allein bei der Auslegung und Anwendung von Verfassungsregeln und Verfassungsprinzipien herausbilden. Soweit im deutschen Recht Verfassungsregeln nur unvollständige Vorgaben an politische Abläufe enthalten, sind die sich daraus ergebenden Regelungslücken bereits normativ durch Verfassungsprinzipien vorgeprägt.

Während britischen Gerichten sowohl die Zuständigkeit als auch die Prüfungsbefugnis über staatsorganisationsrechtliche Fragen fehlt, muß der rechtliche Stellenwert von Staatspraxis im deutschen Recht vorrangig in Abgrenzung zu der grundsätzlich umfassenden Kompetenz der Verfassungsgerichte bestimmt werden. In der Rechtsprechung des BVerfG kann man dabei Entscheidungen zur Staatspraxis als Auslegungshilfe von Verfassungsregeln einerseits von Entscheidungen zu einer sich außerhalb von Verfassungsregeln bildenden Staatspraxis andererseits unterscheiden. Im Urteil des Zweiten Senats zur Bundestagsauflösung aus dem Jahre 1983 findet sich dabei die bisher weitreichendste Beurteilung von Staatspraxis im Sinne einer rechtsschöpferischen Konkretisierung von Verfassungsrecht. Sehr stark im Dunkeln bleibt dort jedoch, wie die Möglichkeit von Verfassungsorganen zur Konkretisierung von Verfassungsrecht einzuordnen ist. Den Versuch einer Klarstellung bietet der Beschluß des Ersten Senats aus dem Jahre 1994 zum Umlaufverfahren der Bundesregierung. Während dort einerseits die Bedeutung von Staatspraxis als Auslegungshilfe wiederholt wird, erfolgt zum ersten Mal der Hinweis auf die Möglichkeit einer Staatspraxis, die eine auch vom BVerfG zu beachtende Konkretisierung eines "Auslegungsrahmens der Verfassung" darstellt. Das BVerfG anerkennt hier offenbar, daß bei mehreren verfassungsrechtlich zulässigen und gleichwertigen Lösungen eine Festlegung durch andere Verfassungsorgane im Wege der Staatspraxis erfolgen kann.

Soweit sich aber im britischen Recht Regeln darüber entwickelt haben, auf welche Weise Konventionalregeln von einer "bloßen Praxis" abzugrenzen sind und wann demnach eine Selbstbindung von Verfassungsorganen eintreten kann, fehlen im deutschen Recht solche anerkannten Kriterien. Grund dafür ist, daß die Unterscheidung zwischen einer "bloßen" und rechtlich irgendwie bedeutsamen Praxis an Sinn verliert, soweit eine grundsätzlich umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit besteht, in dessen Rahmen auch eine lang andauernde Praxis und hohe Übereinstimmung zwischen den Verfassungsorganen rechtliche Verbindlichkeit nicht gewinnen kann. Dem entspricht, daß ein Teil des britischen Schrifttums für den Kernbestand der Konventionalregeln anerkennt, daß es sich um Rechtssätze (*law*) handelt, während im deutschen Recht eine Verdichtung von Staatspraxis zu Verfassungsgewohnheitsrecht ausscheidet.

Summary<sup>141</sup>

## The Forming of the Constitution through State Practice

Since its very early cases the Bundesverfassungsgericht (Federal Constitutional Court) uses the term "State Practice" to describe those rules, policies or understandings of non-judicial state organs established outside or independent of legal stipulations. It was, however, not before the judgement of the Bundesverfassungsgericht on the dissolution of the Bundestag in 1982 and the ruling of 1994 on the so-called "circular procedure" (*Umlaufverfahren*) of the Federal Government that the Court addressed the relevance of state practice for the application and development of constitutional law. This article deals with the relevant case law of the Bundesverfassungsgericht and in particular with its somewhat contradictory decisions of 1983 and 1994. It takes its starting point in an analysis of "conventions" in English law (Part I) and proceeds on this comparative basis to the German law (Part II).

Unlike the German law the practice ("the conventions") of state organs form an established part of the English legal system. According to Dicey's classic formula, conventions are "Constitutional law" but not "law of the Constitution" – the latter term being confined to statutory law and common law. Notwithstanding the ambiguous use of "law", this formula can show that conventions develop outside the binding effect of statutes and common law. The paradigm for the functioning of conventions is the rule that the Queen follows the advice of her government although under the "Strictly Legal Structure" (Ridges/Forrest) Her Majesty is free to act one way or the other. However, neither the statutory law nor the common law knows principles which govern the discretion of state organs.

According to Dicey, conventions are neither recognised nor enforced by the courts. Yet in a number of cases English courts have referred to conventions so as to determine how statutory or common law powers are to be exercised. In the broader context of the Commonwealth the Canadian "Re amendment of the Constitution" case of 1982 shows that courts do decide on the content and entailed obligations of conventions. But Dicey's dictum remains correct, if it is not understood as a definition of conventions, but as a limitation of the judicial power of English courts. For their jurisdiction is restricted from two sides: Firstly, they may not ascertain whether a statute once it is "enrolled on the bill" was correctly brought into force by the two Houses and the Queen. Secondly, courts have no jurisdiction on conflicts between the three state organs forming the Queen-in-Parliament. Thus, conventions can be seen as a corollary of an intrinsic non-judiciability of the relationship between state organs. In this understanding it is very much a matter of terminology whether or not established rules are regarded as law even if they are not enforced by the courts.

In German law, the relevance of state practice has to be ascertained with regard to – first – the written and superior character of the Grundgesetz and – second – with regard to the broad powers of the Constitutional Courts. As amendments to the Constitution have to be incorporated into the text of the Grundgesetz (see Art. 79 para. 1 GG), state practice

---

<sup>141</sup> Summary by the author.

can not replace provisions of the Grundgesetz. This, to a certain extent, resembles the superiority of statutory law over conventions in English law.

As far as constitutional provisions leave a scope for action, the use of discretion is strongly influenced by constitutional principles (democracy, rule of law [*Rechtsstaat*], social and federal state). This is an important if not the essential difference to the English law for which constitutional principles are acknowledged not in a normative, but in a descriptive sense only. As these constitutional principles are covered by the jurisdiction of the Bundesverfassungsgericht, the respective ambit for state practice depends on the application of the constitutional principles through the court. The caselaw of the Bundesverfassungsgericht thus reflects two different aspects of state practice. A great number of cases refers to state practice which shows a certain understanding of a particular provision in the Constitution; in these cases the Bundesverfassungsgericht often takes state practice as a persuasive, but non-binding pre-interpretation (*Vor-Interpretation*) of the law. In other cases state practice fills up a gap within the network of constitutional provisions. An example of this second type of constitutional practice is the discretion of the Bundespräsident to dissolve the Bundestag if the Bundeskanzler has lost a vote of confidence in the Bundestag (Art. 68 of the Grundgesetz). In its decision of 1983 on the dissolution of the Bundestag in 1982 the Second Senate of the Bundesverfassungsgericht acknowledged that state practice may have a "creative element of law-finding and law-making" which was not unknown to the Grundgesetz. This judgement is the Court's most far reaching albeit fairly cryptic remark on state practice. The Second Senate must be taken to say that state practice can concretise and fix the use of constitutional discretion. The Second Senate, however, left open both the character of the law making by state practice as well as the extent to which it was binding on the Bundesverfassungsgericht.

The First Senate of the Bundesverfassungsgericht sought to clarify these questions in its ruling of 1994 on the "Circular Procedure" (*Umlaufverfahren*) of the Bundesregierung. It had become established practice that regulations of the Bundesregierung came into being although those ministries not directly involved had not agreed but simply had not disagreed within a certain time-limit. The First Senate rejected a binding effect entailed with this established practice. In a very clear wording the Bundesverfassungsgericht stressed that state practice is the object and not the yardstick of judicial scrutiny. The Court repeated that state practice cannot be replaced by clear or otherwise ascertained stipulations of the Constitution. Yet it accepted that state practice which obtains within the framework of interpretation (*Auslegungsrahmen*) may not be substituted by an interpretation the Bundesverfassungsgericht considers more appropriate. It is remarkable that the First Senate does acknowledge the yielding of the Court if state practice determines the meaning of the law within a number of equivalent interpretations. To be sure, it is for the Bundesverfassungsgericht to determine the scope of this framework of interpretation. Against first sight, however, the concretising of the Constitution's framework confirms the element of law-making which the Second Senate acknowledged in its judgement of 1983. If the Bundesverfassungsgericht adheres to this self-constrained approach the Court's next task will be to set criteria so as to distinguish between mere practice, and state practice which can have a qualified binding effect on the Bundesverfassungsgericht. The English law, in this respect, reveals a long but barely fruitful discussion which can hardly lend itself as a model for development in German law.