

# Rechtspolitisches Symposium

## Legal Policy Symposium

Herausgegeben im Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier  
von Bernd von Hoffmann und Gerhard Robbers

Band 10

Michael Rahe

# Begriff und Bedeutung der Staatspraxis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungs- gerichts

IRP

PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

# A. Einleitung

Unsere Staatspraxis, die auch durch das Bundesverfassungsgericht als verfassungsgemäß bestätigt wurde, ist eindeutig.

Bundeskanzler Gerhard Schröder zur Begründung der Vertrauensfrage, in: Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 15/185, S. 17465ff.

## 1) Aufgabenstellung

Aufgabe dieser Arbeit ist es, den Begriff der „Staatspraxis“ und seine Bedeutung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu untersuchen.

### a) Begriff der Staatspraxis

Im Grundgesetz selbst gibt es den Begriff der Staatspraxis nicht. Der Begriff steht zunächst ganz allgemein für ein Handeln des Staates (von griechisch *Praxis* = „Tat“, „Handlung“). Drei Beispiele sollen diesen Begriff etwas näher konturieren und konkretisieren.

#### *(1) Auflösungsgerechteste Vertrauensfrage des Bundeskanzlers*

Ein Beispiel für eine noch aktuelle Staatspraxis ist die bereits eingangs zitierte, auflösungsgerechteste Vertrauensfrage durch den Bundeskanzler. Dieser verfolgt dabei nicht etwa den Vorsatz, sich einer Mehrheit zu versichern, sondern den Bundestag bereits vor Ablauf der vierjährigen Legislaturperiode durch den Bundespräsidenten auflösen zu lassen. Bereits im Jahre 1972 hatte es einmal einen solchen Fall gegeben, aber zu Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht sollte es erst 1983 und 2005 kommen.<sup>1</sup>

#### *(2) Abstimmungsverfahren der Bundesregierung*

Ein Beispiel für eine ehemalige Staatspraxis bot das Abstimmungsverfahren der Bundesregierung bei Verordnungen. Die Bundesregierung – wie übrigens auch alle vorherigen Bundesregierungen – ließ bis 1994 einen Beschluss allein dadurch zustande kommen, dass innerhalb einer bestimmten Frist kein Widerspruch der Kabinettsmitglieder erfolgte (sog. Umlaufverfahren). 1994 entschied darüber erstmals das Bundesverfassungsgericht.<sup>2</sup>

---

1 E 62, 1 – Bundestagsauflösung I; E 114, 121 – Bundestagsauflösung II.

2 E 91, 148 (171) – Umlaufverfahren.

### **(3) Abstimmungsverfahren im Bundesrat**

Ein Beispiel für eine Staatspraxis im Verhältnis zwischen Bund und Ländern ist schließlich die Art und Weise, wie die Länder im Bundesrat bei der Gesetzgebung mitwirken. Die Mitglieder der Landesregierungen bestimmen in der Praxis selbst, wer ihre Stimmen abgibt: Die Stimmführerschaft von Einzelnen und Abstimmungswiederholungen bei Fehlern sind dabei üblich.<sup>3</sup> Den Fall von bewusst sich widersprechenden Abstimmungsbekundungen einer Landesregierung hatte es jedoch – abgesehen von einer „Panne“ im Jahre 1949<sup>4</sup> – bis dahin nicht gegeben. Im Jahre 2002 kam ein solcher Sachverhalt erstmals vor das Bundesverfassungsgericht.<sup>5</sup>

In den genannten Fällen entsteht Staatspraxis entsteht also mit der praktischen Handhabung der Verfassung durch die Staatsorgane. Die Staatsorgane entwickeln hier Regeln, die über einen bestimmten Zeitraum noch nicht durch das Bundesverfassungsgericht auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung überprüft, aber dennoch akzeptiert werden.

#### **b) Bedeutung**

Solange der Verfassung konkrete Vorgaben zu entnehmen sind, ist ein normativer Maßstab für diese Staatspraxis vorhanden. Das Grundgesetz ordnet die Bindung der Staatsorgane an die Verfassung ausdrücklich an (vgl. Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG). Die Staatspraxis muss von der Verfassung abgeleitet werden, muss damit übereinstimmen. Dies ist die Wirkung der Norm auf die Praxis. Aber nicht immer ist das Verhältnis dieser Staatspraxis zu einzelnen Bestimmungen der formellen und materiellen Verfassung so eindeutig zu bestimmen.

In vielen Fällen lassen sich der Verfassung gerade keine konkreten Vorgaben entnehmen. So entschied das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum Zuwanderungsgesetz, dass das Grundgesetz die Praxis der landesautonom bestimmten Stimmführer respektiere, „ohne seinerseits mit Geboten und Festlegungen in den Verfassungsraum des Landes überzugreifen“. <sup>6</sup> Art. 51 Abs. 3 S. 2 GG lässt die Modalität der Stimmabgabe im Bundesrat also offen. Ebenso verhielt es sich bei der Vertrauensfrage. Art. 68 Abs. 1 S. 1 GG fordert zwar einen Antrag des Bundeskanzlers „ihm das Vertrauen auszusprechen“, lässt aber offen, ob hierfür jene, nur förmliche Vertrauensfrage ausreicht: Vom Bundesverfassungsgericht wird daher auch die unechte Vertrauensfrage mit dem Ziel der Auflösung anerkannt, sofern die „Handlungsfähigkeit“ des Bundeskanzlers ein-

---

3 Vgl. *Reuter*, Praxishandbuch Bundesrat, Rn. 14ff. zu § 32 GOBR.

4 Dies konnte durch Klarstellung des Ministerpräsidenten behoben werden, vgl. *Bundesrat*, Sitzungsbericht vom 23. Dezember 1949, S. 116 Abschnitte B – C.

5 E 106, 310 (329) – Zuwanderungsgesetz.

6 Vgl. E 106, 310 (329).

geschränkt ist.<sup>7</sup> Und in der Entscheidung zum Umlaufverfahren hatte das Bundesverfassungsgericht gewisse Schwierigkeiten, aus Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG konkrete Vorgaben für das Abstimmungsverfahren innerhalb der Bundesregierung abzuleiten. Anders als das Gesetzgebungsverfahren sei das Verordnungsverfahren im Grundgesetz nämlich „nicht im einzelnen geregelt“.<sup>8</sup>

Wie die Beispiele aufzeigen, sind Normen der Verfassung gegenüber einfachen Gesetzen in einem hohen Maße abstrakt. Dort wo sich die Verfassung offen dafür zeigt, kann hier möglicherweise eine Praxis entstehen. Das Argument der Staatspraxis erhebt dabei den Anspruch einer über den Einzelfall hinausgehenden, dauerhafteren Akzeptanz und Verbindlichkeit. Zugleich liegt keine der üblichen juristischen Handlungsformen wie Gesetz, Verwaltungsakt oder Urteil vor.

Wie bereits die genannten Beispiele zeigen, werden dann ungeschriebene Regeln entwickelt, und zwar aus der Praxis heraus. Dies wirft eine Reihe von Fragen auf: Wann wird aus einer Entscheidung im Einzelfall eine Praxis? Wann wird aus dieser Praxis eine ungeschriebene Regel? Welchen Inhalt hat diese Regel? Wer legt ihn fest? Wer praktiziert hier was? Wie lange? Von wem müssen diese Regeln anerkannt werden?

Üblicherweise haben wir es mit Fragen der Bindung der Staatsorgane an die Verfassung und mit der Wirkung der Norm auf die Praxis zu tun. Was ist aber, wenn eine Norm der Verfassung offen ist und dadurch Raum für Praxis lässt? Was ist dann umgekehrt die Wirkung dieser Praxis auf die Norm? Kann die Praxis gegebenenfalls eine Norm verbindlich derart vorprägen, sodass die Verfassung etwas nicht mehr offen lässt? Sind nur die betreffenden Verfassungsorgane selbst daran gebunden? Ist auch das Bundesverfassungsgericht daran gebunden? Wenn ja, handelt es sich dann noch um eine Verfassungsinterpretation oder stellt diese Staatspraxis bereits eine eigenständige Rechtsquelle dar? Entstehen hier Normkollisionen? Was ist, wenn die Norm gerade nicht offen ist? Wo liegen rechtliche Grenzen für eine solche Praxis?

Diesen Fragen ist in den nachfolgenden Kapiteln weiter nachzugehen. Wie die genannten Beispiele zeigen, werden die Regeln der Staatspraxis von den Beteiligten tatsächlich befolgt, und zwar schon lange bevor das Bundesverfassungsgericht über diese Regeln zu entscheiden hat.

### **c) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**

Mit der Staatspraxis wird nicht nur vor dem Bundesverfassungsgericht argumentiert, sondern auch im Deutschen Bundestag. So wurden zum Beispiel An-

---

<sup>7</sup> Vgl. E 62, 1 (Leitsätze 5 bis 7) – Bundestagsauflösung I, im Ergebnis bestätigt durch E 114, 121 (Leitsatz 2) – Bundestagsauflösung II, kritisch gegenüber dieser restriktiven Auslegung: Sondervotum *Osterloh* und *Lübbe-Wolff*, E 114, 121 (182).

<sup>8</sup> E 91, 148 (165) – Umlaufverfahren.

derungen am Wahlverfahren der Richterinnen und Richter am Bundesverfassungsgericht mit dem Argument abgelehnt, die bestehende Staatspraxis habe sich „bestens bewährt“. <sup>9</sup> Es griffe aber zu kurz, der Staatspraxis unter dem Grundgesetz nur politische Bedeutung zuzusprechen. Auch das Bundesverfassungsgericht berücksichtigt eine solche Staatspraxis mit.

Wer sich vor dem Bundesverfassungsgericht auf eine solche „Staatspraxis“ berufen kann, der hat in der verfassungsrechtlichen Auseinandersetzung ein Argument in der Hand. Die Literatur konnte zum Beispiel nachweisen, dass die traditionale Argumentationsweise häufig die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts trägt. <sup>10</sup>

Umgekehrt werden die anderen Verfahrensbeteiligten versuchen, diese Argumentation dadurch zu erschüttern, dass sie diese als „bloße“ oder „falsche“ Praxis darstellen. Spätestens dann steht das Bundesverfassungsgericht vor der Frage, wie dieses „etwas“ eigentlich rechtlich zu qualifizieren ist. Das Bundesverfassungsgericht muss mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Maßstab entscheiden, wann eine Staatspraxis als solche den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt und, umgekehrt, welchen Einfluss die Staatspraxis bei der Auslegung der Verfassung hat. Das Bundesverfassungsgericht muss auch entscheiden, wann für ein Handeln eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage erforderlich ist und umgekehrt, wann eine vorhandene gesetzliche Grundlage eine Praxis nicht mehr abdeckt.

Entscheidet das Bundesverfassungsgericht über das Verhältnis einer Staatspraxis zur Verfassung, dann ist unter Umständen auch diese Entscheidung als solche verbindlich. Dies wirft schließlich die Frage auf, welche Bindungswirkung die Staatspraxis entfaltet, die zum Bestandteil der (tragenden) Entscheidungsgründe des Bundesverfassungsgerichtes geworden ist. Eine solche Staatspraxis ist dann nicht mehr originär verbindlich, vielmehr wäre diese Bindungswirkung dann abzuleiten, beispielsweise aus § 31 BVerfGG.

## 2) Untersuchungsgegenstand

Auffällig ist, dass der Begriff „Staatspraxis“ in den Registerbänden der amtlichen Sammlung kaum eine Rolle spielt. Eine Ausnahme bilden die ersten beiden Bände. In diesen Bänden verweist das Register bei dem Begriff weiter auf das Stichwort „Verfassungswirklichkeit“ und dort wiederum auf die Begriffe „Rechtsfindungsmethode“, „Tatsächlichkeit und Recht“ sowie „Verfassungspra-

---

<sup>9</sup> So der Abgeordnete *Dr. Götzer* (CDU/CSU), Plenarprotokoll 16/173 vom 27. Juni 2008, S. 18535, dagegen kritisierte der Abgeordnete *Ströbele* (Bündnis 90 / DIE GRÜNEN), er sei bislang entgegen Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG von der Wahl ausgeschlossen, a.a.O., S. 18513.

<sup>10</sup> Vgl. *Blankenagel*, Tradition und Verfassung, S. 155.

xis“.<sup>11</sup> Zudem hat das Bundesverfassungsgericht in einigen Entscheidungen – etwa bei der Stimmführerschaft<sup>12</sup> – nur von einer „Praxis“, nicht aber von einer Staatspraxis gesprochen.

Diese Untersuchung kann sich daher nicht einfach darauf beschränken, nur diejenigen Entscheidungen zu untersuchen, die den Suchbegriff „Staatspraxis“ enthalten. Auch wenn das Bundesverfassungsgericht den Begriff der Staatspraxis nicht immer ausdrücklich verwendet, finden sich doch häufig vergleichbare traditionale Argumentationsmuster. Ein Beispiel dafür ist die Entscheidung zum Maastricht-Vertrag: Die verselbständigte Währungspolitik in der Hoheitskompetenz einer unabhängigen Europäischen Zentralbank sei auch unter dem Aspekt des Demokratieprinzips vertretbar. Zur Begründung wird ausgeführt, dass sie einer in der deutschen Rechtsordnung erprobten und auch aus wissenschaftlicher Sicht „bewährten“ Besonderheit Rechnung trage.<sup>13</sup> Die Argumentation, dass etwas „schon immer so“ gemacht worden ist und sich „bewährt“ hat, ist ebenso ein traditionales Argument, wie das der „Staatspraxis“.

Viele dieser Argumentationsmuster stammen aus dem Bereich der Staatsorganisation. Auch allen oben genannten Beispielen ist gemeinsam, dass es dort um Entscheidungsverfahren im Bereich der Staatsorganisation ging. Nur beim Umlaufverfahren waren auch Grundrechte des Beschwerdeführers betroffen. Eine Staatspraxis kann sich aber durchaus auch im Grundrechtsbereich entwickeln. So hat das Bundesverfassungsgericht zum Beispiel an der Praxis der Gerichte und Strafverfolgungsbehörden Kritik geübt, sich bei Wohnungsdurchsuchungen zunehmend auf „Gefahr im Verzug“ zu berufen. Gerichte und Strafverfolgungsbehörden hätten im Rahmen des Möglichen tatsächliche und rechtliche Vorkehrungen zu treffen, damit die in der Verfassung vorgesehene Regelzuständigkeit des Richters auch in der Masse der Alltagsfälle gewahrt bleibe.<sup>14</sup>

Eher selten ist eine Staatspraxis dort, wo gar keine gesetzliche Grundlage vorhanden ist. Ein Beispiel dafür ist die verdeckte Online-Durchsuchung zum Zwecke der Strafverfolgung, die das Bundesverfassungsgericht für prinzipiell gerechtfertigt hält, über die es selbst aber noch nicht entschieden hat.<sup>15</sup> Die Un-

---

11 Registerband 1 – 10, S. 277 verweist auf E 7, 12 – Berlins Rechtsstellung, E 10, 6 [= E 10, 4 – Redezeit]; E 10, 15 – Bundestag; E 2, 224 – Straffreiheitsgesetz. Registerband 11 – 20 verweist auf E 11, 87 [= E 11, 77 – Ermächtigungsadressaten] und E 16, 9 [= E 16, 6 – Verkündungszeitpunkt].

12 E 106, 310 (329) – Zuwanderungsgesetz, vgl. aber das Sondervotum *Osterloh und Lübbecke-Wolff*, a.a.O., S. 337.

13 Vgl. E 89, 155 (218f.) – Maastricht.

14 Vgl. E 103, 142 (155) – Wohnungsdurchsuchung.

15 Vgl. zur Überschreitung der Ermächtigungsgrundlage im präventiven Bereich: E 120, 274 – Online-Durchsuchung; zuvor war über Durchsuchungen ohne gesetzliche Grundlage entschieden worden: *BGHSt* 51, 211, Beschluss vom 31. Januar 2007, AZ: StB 18/06. Gegen § 20k (Verdeckter Eingriff in informationstechnische Systeme) des BKA-Gesetzes