

JONAS TAFEL

Extensives Entscheiden

*Beiträge zu normativen
Grundlagen der Gesellschaft*

17

Mohr Siebeck

Beiträge zu normativen Grundlagen der Gesellschaft

Herausgegeben von
Udo Di Fabio und Frank Schorkopf

17



Jonas Tafel

Extensives Entscheiden

Zur Rationalisierung der Rezeption von
Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs

Mohr Siebeck

Jonas Tafel, geboren 1992; Studium der Politikwissenschaft und der Rechtswissenschaft an der Georg-August-Universität Göttingen; 2014 Bachelor of Arts; 2017 Erstes Juristisches Staatsexamen; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Göttinger Institut für Völkerrecht und Europarecht; Rechtsreferendariat am Hanseatischen Oberlandesgericht; 2024 Zweites Juristisches Staatsexamen; 2026 Promotion; Rechtsanwalt in Hamburg.
orcid.org/0009-0002-6041-2624

Diese Veröffentlichung wurde aus Mitteln des Publikationsfonds NiedersachsenOPEN, gefördert aus zukunft.niedersachsen, unterstützt.

ISBN 978-3-16-200561-8 / eISBN 978-3-16-200562-5
DOI 10.1628/978-3-16-200562-5

ISSN 2569-2003 / eISSN 2625-2406 (Beiträge zu normativen Grundlagen der Gesellschaft)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2027.

© Jonas Tafel.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier. Satz: Laupp & Göbel, Gomaringen.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

Diese Arbeit entspringt meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Göttinger Institut für Völkerrecht und Europarecht von Februar 2018 bis Januar 2022. Im November 2025 wurde sie von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Bei der geringfügigen Überarbeitung des Manuskripts für die Drucklegung fanden jüngere Entwicklungen bis Anfang 2026 Berücksichtigung.

Das Interesse an der politischen Deutung und Bedeutung von Verfassungsgerichten reicht zu meinen ersten politikwissenschaftlichen Seminaren an der Universität Göttingen zurück. Seit fast ebenso langer Zeit habe ich den Lehrstuhl meines Doktorvaters, Herrn Prof. Dr. Frank Schorkopf, anfangs im Studium, später als Doktorand als einen Ort erlebt, an dem die gesellschaftlichen und politischen Implikationen staats-, verfassungs- und europarechtlicher Entwicklungen lebendig und offen diskutiert wurden. Sowohl in Lehrstuhl- und Institutsrunden als auch in Gesprächen während zahlreicher gemeinsamer Aktivitäten war eine eigene Position gefragt und Widerspruch gefordert. An diesem Ort und in dem vielfältigen Austausch, den er ermöglicht, hat diese Arbeit Gestalt angenommen. Für die fachlich wie persönlich prägenden Jahre und den großen Freiraum für ein eigenverantwortliches Promotionsvorhaben gebührt Herrn Professor Schorkopf mein herzlicher Dank.

Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Prof. Dr. Hans Michael Heinig für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und seine hellsichtigen Anmerkungen für die Veröffentlichung. Ich danke außerdem den Herausgebern für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe der *Beiträge zu normativen Grundlagen der Gesellschaft*.

Meine Kolleginnen und Kollegen am Göttinger Institut, darunter Dr. Ferdinand Weber, Dr. Michael Zornow, Dr. Anna-Lena Poppe, Dr. Maria Prietz und Dr. Sven Wedemeyer, haben das fachlich gewinnbringende und freundschaftliche Umfeld als Gelingensbedingung guten Promovierens maßgeblich geprägt, wofür ich ihnen ebenso dankbar bin wie Dr. Katrin Franz für den steten Austausch und ehrlichen Rat. Hildegard Lessmann danke ich sehr für die hilfreiche Durchsicht des Manuskripts.

Während meiner gesamten Ausbildungszeit wusste ich um das Interesse und die Unterstützung meiner Familie und ihre Freude über alles Erreichte. Meine Eltern haben mir den Spaß am Lesen und Lernen vermittelt und mich in allem

bestärkt, wofür ich mich begeistert habe – mit diesem Vertrauen habe ich dieses Vorhaben begonnen. Ihnen und vor allem Maria, die den Weg dieser Arbeit mit mir gemeinsam gegangen ist, gilt mein größter Dank.

Der stets freudigste Gesprächspartner und wohl neugierigste Leser dieses Buchs hat die Vollendung leider nicht mehr erlebt. Seiner Erinnerung ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im Frühjahr 2026

Jonas Tafel

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Einleitung	1
<i>A. Idee</i>	2
<i>B. Gang der Argumentation</i>	6
Teil I: Über Rechtsprechung reden	9
§ 1 <i>Kompetenzkritik als Phänomen</i>	10
§ 2 <i>Konturen des Rechtsmaßstabs</i>	46
§ 3 <i>Zwischenbetrachtung: Rechtlliche Sprachlosigkeit</i>	84
Teil II: Richterbilder im Widerstreit	89
§ 4 <i>Selbstbild des apolitischen Gerichts</i>	90
§ 5 <i>Dekonstruktion in Fremdbildern</i>	109
§ 6 <i>Zwischenbetrachtung: Authentizität und Akzeptanz</i>	147
Teil III: Extensives Entscheiden als analytisches Modell	153
§ 7 <i>Rechtsprechung als Kompetenzfrage</i>	154
§ 8 <i>Dimensionen von Extensivität</i>	176
§ 9 <i>Extensivität als Rezeptionsmaßstab</i>	249
Schlussbetrachtung	259
§ 10 <i>Rationale Rezeption</i>	259
§ 11 <i>Zusammenfassung in Thesen</i>	262
Literaturverzeichnis	265
Register	289

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
 Einleitung	 1
<i>A. Idee</i>	2
<i>B. Gang der Argumentation</i>	6
 Teil I: Über Rechtsprechung reden	 9
§ 1 <i>Kompetenzkritik als Phänomen</i>	10
A. Kritik in krisenhaften Zeiten	10
I. Rechtsstaatlichkeit unter Druck	11
II. Notwendigkeit des Kritisierens	16
III. Kritik und Konstruktivität	19
1. Begriff der Kompetenzkritik	19
2. Prämisse der Konstruktivität	21
B. Funde von Kompetenzkritik	24
I. Rechtsprechung und Intuition	24
II. Die „Urteilsschelte“ am Bundesverfassungsgericht	27
1. Selbstermächtigung	28
2. Selbstbehauptung	31
3. Selbstverständnis	32
4. Selbstvergewisserung	34
III. Der Europäische Gerichtshof in der Kritik	35
1. Rechtsprechung im Schatten	37
2. Rechtsprechung in Schlaglichtern	39
3. Rechtsprechung im Widerstreit	42
§ 2 <i>Konturen des Rechtsmaßstabs</i>	46
A. Annäherung an die Kompetenzgrenze	47
I. Gewaltenteilung als Ausgangspunkt	48
II. Konzeptionelle Unschärfen	49
1. Teilung und Verflechtung	49

2. Gewalten im Mehrebenensystem	52
B. Unschärfen der Kompetenzzuweisungen	53
I. Wesen der Rechtsprechung	54
1. Traditionelles Verständnis	54
2. Modernes Verständnis	55
3. Rechtsfortbildung und Richterrecht	56
II. Fachgerichtsbarkeit: Rechtsfortbildung und Präjudiz	58
1. Eignung zur Regelbildung	58
2. Begriff des Politischen	59
3. Frage der Gestaltungsbefugnis	60
III. Bundesverfassungsgericht: Politik und Kontext	61
1. Offenheit des Verfassungsrechts	62
2. Funktion des Verfassungsgerichts	63
IV. Europäischer Gerichtshof: Primat der Pragmatik	66
1. Komplexität mehrerer Ebenen	66
2. (Un)vollkommenheit der Rechtsordnung	68
3. Recht und Politik in der Union	70
4. Externe Kontrollmaßstäbe	72
C. Grenzen der Grenzziehung	75
I. Abgrenzung als Unschärferelation	76
II. Problematik der Rechtsfolgen	78
1. Fehlen einer letztentscheidenden Instanz	78
2. Leerstellen der Kompetenzkritik	79
3. Konsequenz und Ratlosigkeit	82
4. Erneut: Primat der Pragmatik	83
§ 3 <i>Zwischenbetrachtung: Rechtliche Sprachlosigkeit</i>	84
A. Rechtsprechung als Grenzüberschreitung	85
B. Was von der Grenze bleibt	86
Teil II: Richterbilder im Widerstreit	89
§ 4 <i>Selbstbild des apolitischen Gerichts</i>	90
A. Politikferne als Wesensmerkmal	91
I. Dualität von Recht und Politik	91
II. Historische Kontinuitäten	94
B. Das institutionelle Argument	96
I. Keine Initiativmöglichkeiten	96
II. Keine Themensetzung	98
C. Das professionelle Argument	99
I. Juristische Rationalität	100
II. Methodengebundenheit	103

D. Zwischentöne	104
I. Politikferne als Ideal	105
II. Offenheit des Verfassungsrechts	108
§ 5 <i>Dekonstruktion in Fremdbildern</i>	109
A. Realistische Perspektiven	110
I. Blicke hinter den Schleier	111
II. Das institutionelle Setting	113
1. Fragile Autorität	113
2. Politische Besetzung	114
3. Verfassungsgerichte als politische Akteure	116
B. Politisches in der Vorgehensweise	117
I. Grundentscheidungen und Rechtsprechungslinien	118
1. Behutsame Grundentscheidungen	119
2. Konsequente Folgeentscheidungen	121
3. Zukunft des inkrementellen Entscheidens	122
II. Initiative im Rahmen des Möglichen	123
1. Vorpreschende Ausgangsentscheidung	124
2. Zurückhaltende Folgeentscheidung	126
3. Initiativ- und Reaktionsmöglichkeiten	127
C. Politisches in den Aussagen	127
I. Individuelle richterliche Präferenzen	130
1. Zwischen Schweigsamkeit und Diskurs	130
2. Sozialisationskraft des Amtes	132
3. Verdacht der politischen Agenda	135
4. Enttabuisierung individueller Präferenzen	137
II. Institutionelles Eigeninteresse	137
1. Kein Gericht neben dem Gerichtshof	138
2. Absolutheit des letzten Wortes	139
3. Sicherung der Exklusivität	142
D. Zwischentöne	142
I. Aufbaufunktion des Gerichtshofs	143
II. Integrationsfunktion des Gerichtshofs	145
III. Realistische Rechtfertigungen	146
§ 6 <i>Zwischenbetrachtung: Authentizität und Akzeptanz</i>	147
A. Unerreichbare Authentizität	148
B. Streben nach Akzeptanz	149
I. Akzeptanz und Strategie	149
II. Akzeptanz und Überzeugungskraft	150
III. Akzeptanz als Ziel	152

Teil III: Extensives Entscheiden als analytisches Modell	153
§ 7 <i>Rechtsprechung als Kompetenzfrage</i>	154
A. Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit	156
I. Wirksamkeit von Arbeitszeitvorgaben	156
II. Notwendigkeit der Zeiterfassung	157
B. Selbstbestimmungsrecht der Kirchen	158
I. Kirchliches Arbeitsrecht	159
II. Konfessionslosigkeit und Wiederheirat	161
III. Selbstbestimmung und Kontrolle	163
C. Vorrang des Unionsrechts	166
I. Gebot effektiver Strafverfolgung	166
II. Präzisierung der Rechtsprechung	168
D. Gemeinsame Werte der Union	170
I. Werte als Rechtsmaßstab	170
II. Werturteile	172
III. Status quo	174
§ 8 <i>Dimensionen von Extensivität</i>	176
A. Initiierung: „Das Problem des ersten Zugriffs“	178
I. Arbeitszeiterfassung	181
1. Vorbefassung des Unionsgesetzgebers	181
2. Seitenblick: Umgehungsvorlage	182
3. Kein initiativer Zugriff des EuGH	183
II. Kirchliches Arbeitsrecht	184
1. Vorbefassung des Unionsgesetzgebers	184
2. Seitenblick: Strategische Prozessführung	185
3. Kein initiativer Zugriff des EuGH	189
III. Taricco-Saga	189
1. Unitarisierende Auslegung des Primärrechts	190
2. Seitenblick: Spiel über Bande	192
3. Initiativer Zugriff auf das Strafrecht	192
IV. Werte-Rechtsprechung	193
1. Dogmatik der Operationalisierung	193
2. Potentielle Erwünschtheit	194
3. Initiativer Zugriff auf die Justizorganisation	197
B. Intensität: „Der verbleibende Erkenntnis- und Handlungsspielraum“	197
I. Arbeitszeiterfassung	199
1. Verbleibender Gestaltungsspielraum	199
2. Sekundärrechtliche Grenzen	200
3. Praktische Ausgestaltungsmöglichkeiten	202
4. Begrenzte Einschränkung	202

II. Kirchliches Arbeitsrecht	203
1. Gestaltungsvorgaben des Unionsrechts	203
2. Verbleibende Ausgestaltungsmöglichkeiten	204
3. Wesentliche Einschränkung	205
III. Taricco-Saga	206
1. Primärrechtliche Minimalanforderungen	206
2. Verbleibende Ausgestaltungsmöglichkeiten	207
3. Keine unmittelbare Einschränkung	208
IV. Werte-Rechtsprechung	208
1. Rechtsstaatliche Mindestanforderungen	208
2. Unbegrenztes normatives Potential	210
3. Vorerst geringe Einschränkung	211
C. Irreversibilität: „Die Tendenz zur Konstitutionalisierung“	211
I. Arbeitszeiterfassung	215
1. Praktische Alternativlosigkeit	216
2. Grundrechtliche Aufwertung	216
3. Zwingende Erforderlichkeit	217
4. Starker Konstitutionalisierungseffekt	218
II. Kirchliches Arbeitsrecht	218
1. Primärrechtliche Aufwertung und Abwägungsvorgabe	219
2. Unitarisierung des Staatskirchenrechts	219
3. Starker Konstitutionalisierungseffekt	220
III. Taricco-Saga	221
1. Keine primärrechtliche Aufwertung	221
2. Vordergründige Rücknahme des Vorrangs	221
3. Anhaltende grundrechtliche Bindung	222
4. Kein Konstitutionalisierungseffekt	223
IV. Werte-Rechtsprechung	224
1. Unumkehrbarkeit der Operationalisierung	224
2. Verfassungswerdung der Unionsrechtsordnung	225
3. Starker Konstitutionalisierungseffekt	227
D. Determination: „Die Bestimmtheit des Rechtsmaßstabs“	228
I. Arbeitszeiterfassung	232
1. Regelungsgehalt der Arbeitszeitrichtlinie	232
2. Auslegung im Lichte der GRCh	233
3. Hohe Wirksamkeitsanforderungen	234
4. Geringe Determiniertheit	235
II. Kirchliches Arbeitsrecht	235
1. Gewährleistungen europäischer Grundrechte	235
2. Die Problematik „Religion“	237
3. Unterkomplexe Entscheidungsfindung	239
4. Geringe Determiniertheit	241

III. Taricco-Saga	241
1. Primärrechtliches Effektivitätsgebot	241
2. Taricco I: Faktische Normsetzung	242
3. Taricco II: Praktische Offenheit	243
4. Partielle Determiniertheit	244
IV. Werte-Rechtsprechung	245
1. Defizitäre Determiniertheit der Werte	245
2. Konkrete Kompetenzbetroffenheit	247
3. Keine Determiniertheit	248
§ 9 Extensivität als Rezeptionsmaßstab	249
A. Arbeitszeiterfassung	249
I. Gesamtschau: Mittleres Maß an Extensivität	249
II. Beobachtung des extensiven Regulierens	250
B. Kirchliches Arbeitsrecht	251
I. Gesamtschau: Hohes Maß an Extensivität	251
II. Beobachtung des extensiven Rationalisierens	251
C. Taricco-Saga	252
I. Gesamtschau: Geringes Maß an Extensivität	252
II. Beobachtung des extensiven Optimierens	253
D. Werte-Rechtsprechung	254
I. Gesamtschau: Hohes Maß an Extensivität	254
II. Beobachtung des extensiven Juridifizierens	255
Schlussbetrachtung	259
§ 10 Rationale Rezeption	259
A. Rezeptionspotential	259
B. Rationalitätspotential	260
C. Konstruktivitätspotential	261
§ 11 Zusammenfassung in Thesen	262
Literaturverzeichnis	265
Register	289

Einleitung

„In der Wissenschaft hat diese Frage über einen langen Zeitraum hinweg große Mengen an Literatur produziert – was, wie man aus der Theologie weiß, genau das ist, was man erwarten kann, wenn man die falsche Frage stellt.“¹

Verfassungsgerichte sind als Organe der Judikative mit Verfassungsfragen befasst, die häufig keine exklusiven Rechtsfragen sind. Daraus erwächst ein Spannungsfeld, in dem Verfassungsgerichte bisweilen unterschiedlich als Hüter der Rechtsstaatlichkeit oder als kompetenzwidrig handelnde politische Akteure wahrgenommen werden. So bewegt sich die Wahrnehmung des EuGH zwischen der eines Garanten europäischer Werte und der eines aktivistischen Unionsorgans mit integrationspolitischer Agenda.² Dies zeigt sich mit einer gewissen Regelmäßigkeit in einer Kritik an kontroversen verfassungsgerichtlichen Entscheidungen, die über die zu entscheidende Sache hinaus auf das Gericht selbst zielt und ihm das Überschreiten seiner Kompetenz vorwirft. Auch wenn das auf den ersten Blick als *argumentum ad hominem* erscheinen mag, sind Kompetenzfragen doch weiterhin der Sphäre des Rechts und dessen Institutionen zuzuordnen.³ Trotz vielfältiger Beiträge aus unterschiedlichen Disziplinen fehlen bislang allerdings akzeptierte Maßstäbe, an denen der in Rede stehende Zugriff von Verfassungsgerichten auf – insofern als politisch wahrgenommene – Entscheidungen in Macht-, Ressourcen- und Freiheitsfragen gemessen werden kann. Die schlichte Behauptung der Kompetenzwidrigkeit lässt sich unterstützen oder zurückweisen, ermöglicht aber keinen konstruktiven Diskurs.

Das verwundert nicht, denn wo eine gemeinsame Antwort auf die Frage nach dem Vorrang der einen oder der anderen Seite fehlt, wird keiner der Geltungsansprüche weichen, wie *Haltern* nach der eingangs zitierten Erkenntnis zum

¹ *Haltern*, Europarecht und ich, JöR 2020, S. 439 (456).

² Beispielhaft *Arnulf*, The European Union, 2. Aufl., 2006, S. 1 – Diese Arbeit verwendet die Bezeichnung als Verfassungsgericht im Sinne eines funktionalen Begriffsverständnisses auch für den EuGH, der als europäisches Höchstgericht mit Verfassungsfragen befasst und in vergleichbarer Weise wie nationale Verfassungsgerichte in einem Spannungsfeld aus rechtlichem und politischem Entscheiden tätig ist. Vgl. für dieses Verständnis grundlegend die Beiträge in *Schwarze* (Hrsg.), Der Europäische Gerichtshof, 1983; monographisch *Bauer*, EuGH als Verfassungsgericht, 2008, S. 49 ff.; sowie unter dem gegenwärtigen Stand der Integration *Kokott*, EuGH auf dem Weg zum Verfassungsgericht, JZ 2025, S. 278 (283 f.); *Krenn*, Gerichtshof, in: Bast/Bogdandy (Hrsg.), Unionsverfassungsrecht, 2025, S. 1169 (1175 ff.).

³ *Nettesheim*, Kompetenzdenken, JZ 2014, S. 585 (585).

Geltungsprinzip der Unionsrechtsordnung ausführt. Die Europarechtswissenschaft habe jedoch einen pragmatischen Umgang mit der unlösbaren Frage des Vorrangs gefunden und könne nun „kontextsensible, kleinteilige Entscheidungen treffen, ohne sich jedes Mal neu über den großen Rahmen verständigen zu müssen.“⁴ Der Weg dorthin habe darin bestanden, fruchtlose Bekenntnisse hinter sich zu lassen und nicht danach zu fragen, ob die Unionsrechtsordnung grundsätzlich, sondern wann sie konkret vorrangig sein solle; an die Stelle der großen Frage seien so kleinere, handhabbare Probleme getreten.⁵

Das Spannungsfeld zwischen rechtlichem und politischem Entscheiden durch Verfassungsgerichte kristallisiert sich zwar nicht an einer vergleichbar prägnanten Frage wie der nach dem Vorrang des Unionsrechts. Doch im Rahmen dieses Spannungsfeldes, so der Eindruck, ist der Fokus auf konkurrierende Ansprüche – die hier Gestaltungsansprüche sind – bislang überwiegend nicht überwunden. Insbesondere der Vorwurf der gerichtlichen Kompetenzüberschreitung führt die Diskussion um eine derart rezipierte Entscheidung an einen toten Punkt und lässt den Beobachter ratlos zurück, bis er sich an einer anderen Entscheidung erneut entzündet. Diese Arbeit hat es sich daher zur Aufgabe gemacht, in ähnlicher Weise, wie *Haltern* es für den Umgang mit der Vorrangfrage beschreibt, nach Möglichkeiten für einen pragmatischen Umgang mit dem zwangsläufig häufig auch politischen Charakter verfassungsgerichtlicher Entscheidungen zu suchen. Ein solcher Umgang sollte auch diejenigen verfassungsgerichtlichen Entscheidungen, die in der Vergangenheit als kompetenzüberschreitend, übergreifig oder aktivistisch beschrieben worden sind oder die in Zukunft den Reflex einer solchen Zuschreibung auslösen könnten, einer gewinnbringenden rechtlichen Diskussion zugänglich zu machen.

Einen solchen Umgang zu finden und einzuüben, obliegt all denjenigen, die verfassungsgerichtliche Entscheidungen rezipieren. Diese Arbeit kann dafür lediglich einen Ansatz vorschlagen; die Annahmen hinter diesem Vorhaben und der argumentative Weg werden im Folgenden skizziert.

A. Idee

Verfassungsgerichte bewegen sich in einem Spannungsfeld, das mit der geläufigen Wendung von „Recht und Politik“ zwar schlagwortartig, aber doch wenig aussagekräftig bezeichnet ist.⁶ Ausgangspunkt für eine präzisere Beschreibung

⁴ *Haltern*, Europarecht und ich, JöR 2020, S. 439 (456f.).

⁵ *Haltern*, Europarecht und ich, JöR 2020, S. 439 (456).

⁶ Vgl. *Ossenbühl*, BVerfG und Gesetzgebung, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. I, 2001, S. 33 (39): „Die Zuordnung zwischen Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber wird üblicherweise als Spannungsverhältnis charakterisiert.“; *Rath*, Der Schiedsrichterstaat, 2013, S. 19: „Meist wird in der Wissenschaft nur wolkig davon gesprochen, das Verfassungsgericht befände sich in einem ‚Spannungsfeld von Politik und Recht‘.“

ist die Funktion von Verfassungsgerichten: die verbindliche Auslegung des Verfassungstextes (oder, wo ein solcher nicht existiert, des Verfassungsrechts) und die Sicherstellung seiner Einhaltung. Sie bringt es mit sich, dass Verfassungsgerichte als Institutionen der Judikative bisweilen mit Fragen befasst sind, die grundlegend für das gesellschaftliche Zusammenleben in einem Gemeinwesen sind.⁷ Dazu bedarf es keiner vermeintlichen Unterscheidung zwischen (hoch-) politischem Verfassungsrecht und unpolitischem einfachen Recht.⁸ Doch die Streitgegenstände, mit denen Verfassungsgerichte befasst sind, lassen sich zu meist unmittelbar auf Entscheidungen über die Ausübung von Herrschaft, die Verteilung von Ressourcen oder über den Grad individueller Freiheit zurückführen – Entscheidungen also, die in besonderem Maße für außerrechtliche Wertungen zugänglich sind.⁹ Hierauf bezogen treffen Verfassungsgerichte notwendigerweise „politische“ Entscheidungen, weil die Entscheidungsgegenstände regelmäßig politische Akte sind, die solche Fragen betreffen.¹⁰ Hinzu kommt, dass Verfassungsgerichte – sofern sie nicht zugleich Oberster Gerichtshof sind – dem regulären Instanzenzug¹¹ entzogen sind und nicht lediglich als Gerichte handeln, sondern zugleich in einem besonderen Konkurrenzverhältnis zu den übrigen – genuin politischen – Staatsorganen stehen.¹² Zu dieser Funktion tritt die Rolle von Verfassungsgerichten als Letztinterpret der Verfassung hinzu. Die Auslegung und Anwendung des Verfassungsrechts begünstigt und erfordert es daher schon mangels höherrangigen Rechts, „auf einer sehr hohen Geltungs- und Abstraktionshöhe zu begründen“, ¹³ während die Entscheidungen und die

⁷ Vgl. zum Unionsrecht die Interviewaussage von Skouris, zit. nach *Grimmel*, Court of Justice, EJLS 2014, S. 56 (61): „You sometimes have to state your position on highly political and socially important questions.“

⁸ Dazu *Schönberger*, Anmerkungen zu Karlsruhe, in: Jestaedt/Lepsius/Möller/Schönberger (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht*, 2011, S. 9 (13 f.).

⁹ Vgl. aus der europarechtlichen Perspektive *Haltern*, Europarecht und ich, JöR 2020, S. 439 (454): „[D]ie europäische Integration [hat] ein Stadium erreicht, in dem sich die Vorstellung, Verteilungsfragen [...] technokratisch beantworten zu können, als Illusion herausgestellt hat und man zur Kenntnis nehmen musste, dass die Antworten immer an gesellschaftliche Diskurse zu Sinn und Zweck der Integration, zu Legitimation und Legitimität, zu rechtem Können und demokratischen Wollen, zum Selbstverständnis und zur politischen Identität angebunden werden müssen.“

¹⁰ *Grimm*, Constitutional Adjudication, in: Landfried (Hrsg.), *Judicial Power*, 2019, S. 307 (308).

¹¹ Zu den terminologischen Unzulänglichkeiten der Bezeichnung der „anderen“ Gerichte als „Instanzgerichte“ oder „Fachgerichte“ *Schlaich/Korioth*, Bundesverfassungsgericht, 13. Aufl., 2025, Rn. 51; *Zuck*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, JZ 2007, S. 1036 (1036).

¹² Vgl. für Deutschland *BVerfG*, Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1952, S. 157 ff.; dazu *Lembcke*, Status und Anerkennung, in: van Ooyen/Möller (Hrsg.), *Hdb. BVerfG*, 2015, S. 231 ff. Im internationalen Vergleich *Heun*, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, 2014, S. 3 ff.

¹³ *Roellecke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: *FG 25 Jahre BVerfG*, Bd. II, 1976, S. 22 (49).

darin enthaltenen Wertungen keiner Begutachtung durch eine weitere Instanz unterliegen. Ihre Geltung kann – von späteren Änderungen der Rechtsprechung abgesehen – nur durch eine Änderung des Interpretationsgegenstands, also der Verfassung, beeinflusst werden, soweit dafür ein rechtlicher Spielraum besteht und die erforderlichen politischen Mehrheiten gegeben sind.¹⁴ Dies sind also die Koordinaten des Spannungsfelds: Ausgehend von der Befassung mit grundlegenden Macht-, Ressourcen- und Freiheitsfragen überschneidet sich der Zugriff durch Verfassungsgerichte auf diese Bereiche mit demjenigen anderer Institutionen gesellschaftlicher Repräsentation und Entscheidungsfindung, allen voran der Gesetzgebung.¹⁵ Damit sind Fragen der Kompetenzabgrenzung und der Entscheidungslegitimation aufgeworfen, die durch den Letztentscheidungscharakter des verfassungsgerichtlichen Zugriffs maßgeblich verstärkt werden. Die Spannungen resultieren also aus der Einrichtung der Verfassungsgerichtsbarkeit als Teil der Judikative und ihrer bestimmungsgemäßen Befassung mit Verfassungsfragen, die nicht immer exklusiv als Rechtsfragen verstanden werden können.

Ihren offensichtlichsten Ausdruck finden diese Spannungen, soweit sie aus konkurrierenden Gestaltungsansprüchen folgen, in dem Vorwurf, das Verfassungsgericht habe seine gerichtliche Kompetenz überschritten. Dieser Vorwurf hat vielerlei Gestalt: Mit Blick auf einzelne Entscheidungen wird dem Verfassungsgericht die „Usurpation von evidenten Aufgaben des Gesetzgebers“¹⁶ bescheinigt oder vorgeworfen, eine „Kompetenz-Kompetenz-Praxis“¹⁷ zu üben, selbstständig Regierungsgewalt auszuüben,¹⁸ „Justizpolitik“¹⁹ zu betreiben oder schlicht „Politik“ zu machen. Das mit dem unerschöpflichen Begriff des Politischen dabei Gemeinte liegt auf der Hand: „Politische, sprich: rechtlich nicht determinierte Eigenwertungen billigen herrschende Doktrin und Rechtspraxis grundsätzlich nur der Rechtserzeugung durch den Gesetzgeber zu.“²⁰

¹⁴ Zur Korrektur der Rechtsprechung des EuGH eine Vertragsänderung nahelegend bereits *Zuleeg*, JZ 1994, 1 (3 ff.). Dieser Möglichkeit inzwischen die „Versteinerung“ des Primärrecht entgegenhaltend *Grimm*, *Constitutionalisation*, ELJ 2015, S. 460 (471); *Oeter*, *Föderale Systeme*, ZaöRV 2015, S. 733 (745 f.); zum Potential einer dezentralen, pluralen Interpretation des Vertragsrechts in den Mitgliedsstaaten anstelle von Vertragsänderungen *Davies*, *Interpretative Pluralism*, ELJ 2018, S. 358 ff.

¹⁵ Vgl. *Korinek*, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, VVDStRL 1981, S. 7 (22 f.); ähnlich *Starck*, *Verfassungsordnung*, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. I, 2001, S. 1 (7): „Das Spannungsverhältnis [...] besteht zwischen dem politischen Gestaltungswillen der demokratisch legitimierten einfachen Mehrheit der Gesetzgebung und der verfassungsrichterlichen Auslegung der demokratisch höher legitimierten Verfassung.“

¹⁶ *Zweigert*, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: FG 25 Jahre BVerfG, Bd. I, 1976, S. 63 (74).

¹⁷ Vgl. *Steiner*, *Ersatzgesetzgeber*, NJW 2001, S. 2919 (2923).

¹⁸ *Hillgruber*, *Einführung*, in: Hillgruber (Hrsg.), *Gouvernement des juges*, 2014, S. 11 (14).

¹⁹ *Lepsius*, *Bindungswirkung*, in: Scholz et al. (Hrsg.), *Realitätsprägung durch Verfassungsrecht*, 2008, S. 103 (106).

²⁰ *Jestaedt*, *Luxemburger Richterrecht*, in: Hillgruber (Hrsg.), *Gouvernement des juges*, 2014, S. 21 (40).

Mit Blick auf die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung insgesamt wird aus derart kritisierten Entscheidungen gefolgert, sie habe zu einem „verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“, ²¹ zu einem „Richterstaat“ ²² oder gar zu einer „Juristokratie“ ²³ geführt. Vor diesem Hintergrund liegt dieser Arbeit die These zugrunde, dass sich in der Rezeption verfassungsgerichtlicher Entscheidungen der wiederkehrende, spezifische Vorwurf einer gerichtlichen Kompetenzüberschreitung findet, der die Legitimation der so kritisierten Entscheidungen in Frage stellt und der keine konstruktive rechtliche Verarbeitung ermöglicht.

Derartige Zuschreibungen müssen bedenklich stimmen. Zugleich macht bereits die Skizzierung des Spannungsfeldes deutlich, dass es der Entscheidung von Verfassungsfragen immanent ist. ²⁴ Daher ist es unerheblich, ob eine Rechtsordnung in kelseanischer Tradition eine eigenständige Verfassungsgerichtsbarkeit kennt oder Verfassungsfragen einem einheitlichen obersten Gericht zuweist. ²⁵ Es kann also von vornherein weder darum gehen, Spannungen aufgrund des zugleich rechtlichen wie politischen Charakters von Verfassungsfragen zu vermeiden, noch darum, sie grundsätzlich zugunsten von einem der konkurrierenden Geltungsansprüche aufzulösen. Unter dieser Annahme ist es daher nicht zielführend, dem Vorwurf der verfassungsgerichtlichen Kompetenzüberschreitung damit zu begegnen, dass die Rolle des Verfassungsgerichts als neutraler Streitschlichter ²⁶ oder als Garant der bürgerlichen Freiheiten, der Minderheitenrechte und der Rechtsstaatlichkeit ²⁷ be-

²¹ Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 1990, S. 1 (25), in Anlehnung an Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl., 1981, S. 402, der noch vom „verfassungsvollziehenden Jurisdiktionsstaat“ sprach.

²² Prominent Rütters, Methodenrealismus, JZ 2006, S. 53 (60); sowie titelgebend Rütters, Richterstaat, 2. Aufl., 2016.

²³ Hirschl, Judicialization, ARPS 2008, S. 93 ff.; Hirschl, Towards Juristocracy, 2004.

²⁴ Vgl. Haltern, Europarecht und ich, JÖR 2020, S. 439 (444 f.) m. w. N.

²⁵ Vgl. Korinek, Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 1981, S. 7 (9 m. Fn. 5). In den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union finden sich 18 spezielle Verfassungsgerichte und, nach dem Austritt Großbritanniens, nunmehr neun oberste nationale Gerichte, vgl. Lenaerts, Kooperation und Spannung, EuR 2015, S. 3 (4 m. Fn. 6); sowie F. C. Mayer, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2009, S. 559 (560 ff.).

²⁶ Vgl. Grimm, Freund der Verfassung, 2017, S. 157 f., zur Befriedungsfunktion mündlicher Verhandlungen vor dem BVerfG; sowie Kalbheim, Über Reden und Überdenken, 2016, S. 415 ff., dessen Beschreibung des praktischen Ablaufs eines gerichtlichen Verfahrens am EuGH dagegen wenig diskursives Befriedungspotential erkennen lässt.

²⁷ Exemplarisch zum EGMR Nußberger, Verfassung für Europa, JZ 2019, S. 421 (428): „Gerichtshof als Hüter eines Gesellschaftsmodells“. Zum EuGH noch zurückhaltend Hirsch, Der EuGH, 1997, S. 20: „Aufgabe des Gerichtshofs ist es, Hüter der Verträge zu sein und Garant der Grundfreiheiten, die die Gemeinschaft zu einem Europa der Bürger machen.“; selbstbewusster Tizzano, The Role of the ECJ, in: Arnulf/Eeckhout/Tridimas (Hrsg.), Continuity and Change, 2008, S. 125 (125): „[T]he Court has construed the inclusion of fundamental rights in the Community law system“. Schließlich Kalbheim, Über Reden und Überdenken, 2016, S. 423 m. w. N. zum neuen Selbstverständnis der Richter als „Friedensgaranten“, „Freiheitsschützer“ und als dem guten Zweck verpflichtete juristische Avantgarde. Zum BVerfG beschreibt etwa Weiler, Staat „über alles“, JÖR 1996, S. 91 (93) die Selbstpräsentation des Gerichts als „Garant universeller demokratischer Werte“.

tont wird.²⁸ Vielmehr muss es darum gehen, das hieraus folgende Konfliktpotential einzuhegen und einen fortwährenden Ausgleich zu schaffen. Ein solcher Ausgleich wird schwerlich durch die Frage nach der Reichweite – mithin nach den Grenzen – rechtlicher oder politischer Entscheidungen zu erreichen sein. Denn eine Antwort auf diese Frage müsste unweigerlich über den Vorrang konkurrierender Gestaltungsansprüche entscheiden und würde durch eine absolute Festlegung an der Lösung differenzierter Abgrenzungsfragen scheitern. Sie drohte sich damit einzureihen in eine kontinuierliche Menge an Literatur und liefe Gefahr, weiterhin die falsche Frage zu stellen. Diese Arbeit will daher die Perspektive wechseln und keine Grenzen definieren; stattdessen nimmt sie die Balance des Entscheidens zwischen den Gewalten in den Blick und schlägt vor, wie dessen Gleichgewicht rechtlich erfasst und mögliche Ungleichgewichte in konstruktiver Weise verarbeitet werden können. Das Rationalisierungsanliegen dieser Idee soll dabei nicht implizieren, dass der Vorwurf der gerichtlichen Kompetenzüberschreitung eine per se irrationale Form der Rezeption sei. Es mag verschiedene Intentionen und nachvollziehbare Erklärungen für solche Entscheidungskritik geben, die es zu ergründen gilt. Ein Gewinn an Rationalität kann vielmehr daraus folgen, dass diese Auseinandersetzung in eine Argumentation überführt wird, die nicht nach dem Für und Wider des Vorwurfs der Kompetenzüberschreitung fragt, sondern es erlaubt, das eigentliche Anliegen der Kritik konstruktiv aufzugreifen.

B. Gang der Argumentation

Dieses Vorhaben erfordert es zunächst, im ersten Teil der Arbeit einige der Annahmen auszuführen, auf denen es beruht. So handelt es sich bei dem Vorwurf der verfassungsgerichtlichen Kompetenzüberschreitung um keinen gewöhnlichen Typus von Kritik. Mit dem Begriff der Kompetenzkritik soll daher das Spezifische an diesem Vorwurf beschrieben und damit eine bestimmte Rezeption verfassungsgerichtlicher Entscheidungen konzeptionell erfasst werden. Dazu beschreibt Kompetenzkritik ein wiederkehrendes Muster der kritischen, bisweilen anklagenden Auseinandersetzung mit Verfassungsgerichten, die im Kern den Vorwurf enthält, dass das Gericht mit der Entscheidung die Grenzen seiner Kompetenz überschritten habe (§ 1 A). Dieses Muster wird zunächst aus einer Zusammenschau der Kritik an Entscheidungen verschiedener Verfassungsgerichte entwickelt und am Beispiel des Europäischen Gerichtshofs weiterverfolgt. Dazu ist der Begriff der Kompetenzkritik mit Leben zu füllen und seine Relevanz zu plausibilisieren. In tatsächlicher Hinsicht folgt das Phänomen der Kompetenzkritik aus der Art und Weise, wie Verfassungsrechtsprechung im rechtswissenschaftlichen Diskurs rezipiert wird; sie lässt sich also anekdo-

²⁸ Grundsätzlich zu den unterschiedlichen „Wächtertheorien der Verfassungsgerichtsbarkeit“ *Volkmann*, in: Kischel/Kube (Hrsg.), HStR, Bd. I, 2023, § 7 Rn. 47 f.

tisch veranschaulichen und beispielhaft nachweisen (§ 1 B). In rechtlicher Hinsicht weist Kompetenzkritik ein erhebliches Irritationspotential auf. Die behauptete Kompetenzüberschreitung begründet einen Widerspruch zwischen der rechtsverbindlichen Existenz einer Letztentscheidung und ihrem (vermeintlich) kompetenzwidrigen Zustandekommen. Damit ist in rechtlich schwierig zu erfassender Weise die Legitimation der verfassungsgerichtlichen Entscheidung in Frage gestellt, denn der Vorwurf der Kompetenzwidrigkeit impliziert, dass die judikative Kompetenz nicht nur theoretisch eingegrenzt, sondern eine Überschreitung auch praktisch festgestellt werden kann. Diese Voraussetzung löst der kompetenzrechtliche Maßstab jedoch nicht ein. Mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung steht der an einzelnen Entscheidungen erhobenen Kompetenzkritik nämlich ein hochabstrakter Rechtsmaßstab gegenüber (§ 2 A), der weder die implizierte Abgrenzung leisten kann (§ 2 B) noch konkrete Rechtsfolgen für den Fall einer angenommenen Kompetenzüberschreitung beiträgt (§ 2 C). Dies führt zwangsläufig zu einer gewissen rechtlichen Sprachlosigkeit gegenüber Kompetenzkritik (§ 3 A), die sich als Chiffre für die Ausübung politischer Gestaltungsmacht begreifen lässt (§ 3 B).

Im zweiten Teil der Arbeit zeigt sich gleichwohl, dass konträr zu dieser eigentlichen Sprachlosigkeit in der Rechtswissenschaft beständig über das Können und Dürfen von Verfassungsgerichten diskutiert wird. Diese Debatten sind Ausdruck von Dissonanzen, die aus den Beschreibungen einer rechtlichen Entscheidungsfindung einerseits und widersprüchlichen Beobachtungen außerrechtlicher Handlungsmotive andererseits folgen. Die Spannungen lassen sich auf widerstreitende Selbst- und Fremdbilder von Verfassungsrechtsprechung zurückführen. Das verbreitete Selbstbild ist das eines apolitischen Gerichts, das konsequent zwischen (Verfassungs-)Rechtsprechung und (Verfassungs-)Gesetzgebung unterscheidet (§ 4 A). Es behauptet letztlich die Exklusivität von Recht und Politik und begründet dies mit den verschiedenen institutionellen (§ 4 B) und professionellen (§ 4 C) Ausprägungen der Eigenrationalität judikativen Entscheidens. Dieses Argumentationsmuster zeigt sich insbesondere in der Selbstbeschreibung von Gerichten und den Aussagen von Richtern, die mit Kompetenzkritik konfrontiert sind (§ 4 D). Dem stehen vielfältige Fremdbilder gegenüber, die sich aus rechtsrealistischen Perspektiven auf Rechtsprechung und auf Verfassungsgerichte als politische Akteure speisen (§ 5 A). Diese Fremdbilder beobachten ein strategisches Entscheidungsverhalten der Verfassungsrechtsprechung (§ 5 B) und schließen daraus auf außerrechtliche Präferenzen der Richter und ein institutionelles Eigeninteresse von Verfassungsgerichten (§ 5 C). Damit sehen sie die rechtliche Determination und objektiven Rationalität der Rechtsprechung als widerlegt an und sprechen ihr die Politikferne, die sie selbst für sich in Anspruch nimmt, ab (§ 5 D). Kompetenzkritik erscheint dabei entweder – in den Fremdbildern – als Sichtbarmachung der außerrechtlichen, mitunter (partei-)politischen Einflüsse auf die richterliche Entscheidungsfin-

dung oder – in dem Selbstbild – als ihrerseits politisch motivierte Kritik, die sich rechtlich nicht erfassen lässt und daher zurückzuweisen ist. Verstanden als Chiffre für politische Gestaltungsmacht, erweist sich Kompetenzkritik damit als Ausdruck einer Auseinandersetzung um die Authentizität von Rechtsprechung, die rechtlich nicht aufgelöst werden kann (§ 6 A). Diese Auseinandersetzung lässt sich jedoch überwinden, wenn sie auf den gemeinsamen Fluchtpunkt des Strebens nach Akzeptanz für verfassungsgerichtliche Entscheidungen ausgerichtet wird (§ 6 B).

Der dritte Teil der Arbeit entwickelt daher mit dem Modell des extensiven Entscheidens einen Vorschlag, wie an die Stelle der durch Kompetenzkritik aufgeworfenen Frage nach Abgrenzung ein situatives Bemühen um Ausgleich treten kann. Diese Argumentation wird anhand von vier Beispielen aus der Rechtsprechung des EuGH veranschaulicht, die jeweils einen spezifischen Bezug zur Frage der verfassungsgerichtlichen Kompetenz aufweisen (§ 7). Es werden vier Dimensionen der Extensivität judikativen Entscheidens vorgeschlagen, mit denen sich die Bewertung einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung vor dem Hintergrund des Verhältnisses zwischen Verfassungsgericht und Gesetzgeber strukturieren lässt. Das rationalisierende Potential dieser Kriterien wird sodann anhand des Spannungsverhältnisses zwischen dem Europäischen Gerichtshof und den Mitgliedsstaaten in den einzelnen Rechtsprechungsbeispielen demonstriert: Das Problem des ersten Zugriffs berücksichtigt, ob eine Rechtsfrage initiativ vom Verfassungsgericht adressiert wird oder ein Tätigwerden des Gesetzgebers Anlass zur Befassung gegeben hat (§ 8 A); die Intensität einer Entscheidung fragt nach den verbleibenden Erkenntnis- und Handlungsspielräumen des Gesetzgebers für die zukünftige Gestaltung des betroffenen Rechtsbereichs (§ 8 B); der Effekt der Konstitutionalisierung betrifft die Responsivität des politischen Systems und erfasst die Möglichkeit des Gesetzgebers, die Folgen der verfassungsgerichtlichen Entscheidung zu einem späteren Zeitpunkt zu revidieren (§ 8 C); und der Aspekt der Determination berücksichtigt, inwieweit die verfassungsgerichtliche Entscheidung auf aussagekräftigen rechtlichen Maßstäben beruht und inwieweit außerrechtliche Wertungen einbezogen wurden (§ 8 D). Die Zusammenschau dieser Erörterungen, in der sich die einzelnen Entscheidungen des EuGH in unterschiedlichem Maße als extensiv erweisen, zeigt die Praktikabilität und das Potential einer an diesem Begriff der Extensivität orientierten, pragmatischen Rezeption (§ 9). Die hieraus gewonnenen Erkenntnisse bilden die Grundlage des abschließenden Plädoyers für einen konstruktiven Umgang mit dem Spannungsfeld aus rechtlichem und politischem Entscheiden durch Verfassungsgerichte (§ 10). Es folgt eine Zusammenfassung in Thesen.

Diese Arbeit ist bestrebt, der spannungsvollen Entscheidungstätigkeit von Verfassungsgerichten mit einigen – im eingangs zitierten Sinne – richtigen Fragen zu begegnen. Ob das gelingt, werden die Antworten zeigen, die in Zukunft auf extensive Entscheidungen gegeben werden.

Teil I

Über Rechtsprechung reden

In der offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten ist die Auslegung der Verfassungsnormen nicht exklusiv bestimmten Akteuren vorbehalten; sie steht neben staatlichen und verfahrensmäßig Beteiligten allen Teilnehmern einer demokratischen, pluralistischen Öffentlichkeit offen, womit von der Verfassungsrechtslehre bis zum politischen Prozess alle denkbaren Interpreten erfasst sind.¹ Daran angelehnt lässt sich auch der europäische juristische Diskurs als eine offene Gesellschaft der Europarechtsinterpreten beschreiben, deren Teilnehmer an der Auslegung des konstituierenden Rechts der Europäischen Union mitwirken.² Wo sich Alle an der Interpretation des Verfassungsrechts beteiligen können, reden dementsprechend auch Viele über die letztverbindlichen Auslegungsentscheidungen der Verfassungsgerichte.

Ausgangspunkt dieser Arbeit ist die Beobachtung, dass Verfassungsgerichte und insbesondere der EuGH in diesem Reden über ihre Rechtsprechung wiederkehrend bezichtigt werden, zu weitgehende, übergreifige oder kompetenzüberschreitende Entscheidungen zu treffen. Diese Kritik, die über eine methodische Auseinandersetzung mit der Rechtsanwendung des Gerichts hinauszugehen und stattdessen seine prinzipielle Entscheidungsgewalt in Zweifel zu ziehen scheint, ist an verschiedenen Orten der Interpreten-Gesellschaften zu beobachten; in der Politik ebenso wie in der Rechtswissenschaft. Dort findet sie sich nicht nur im Schrifttum, etwa in kritischen Entscheidungsbesprechungen, sondern bisweilen auch in den abweichenden Meinungen einzelner an einer Entscheidung beteiligter Richter, nach denen die an sie herangetragene Frage nicht durch das Gericht zu entscheiden gewesen wäre.

Aus dieser Beobachtung soll in diesem ersten Teil der Gegenstand der vorliegenden Arbeit entwickelt werden. Dazu wird zunächst das Spezifische der Kritik, die gegenüber Verfassungsgerichten ausdrücklich oder implizit die Beachtung ihrer – begrenzten – Kompetenzen anmahnt, herausgearbeitet und anhand konkreter Beispiele veranschaulicht (§ 1). Anschließend wird dem Rechtsmaßstab dieser Kritik, die im Tatsächlichen so präsent ist wie sie im Rechtlichen bislang unbeantwortet bleibt, nachgespürt (§ 2). Das Reden über Rechtspre-

¹ Häberle, Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 1975, S. 297 (299).

² Kalbheim, Über Reden und Überdenken, 2016, S. 2 und passim; Krenn, Gerichtshof, in: Bast/Bogdandy (Hrsg.), Unionsverfassungsrecht, 2025, S. 1169 (1174).

chung als Kompetenzüberschreitung stellt sich dabei als ein komplexeres Phänomen heraus, als es zunächst den Anschein hat (§ 3).

§ 1 Kompetenzkritik als Phänomen

Das Reden über Rechtsprechung vollzieht sich als ein Diskurs, in dem Begriffe gesetzt, Narrative gezeichnet und Überzeugungen erreicht werden.³ Aus diesem Diskurs sticht der Vorwurf der richterlichen Kompetenzüberschreitung als ein eigenartiges Phänomen heraus. Das regelmäßige Auftreten eines solchen Vorwurfs lässt sich anhand zahlreicher Aussagen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des EuGH plausibilisieren und rechtfertigt eine nähere Befassung mit diesem Phänomen (B.). Seine Eigenarten heben es zudem von der übrigen Rezeption ab und begründen eine eigenständige Art der Kritik, für die der Begriff der Kompetenzkritik entwickelt wird; dieser Begriff ermöglicht zugleich die Abgrenzung dieses näher zu betrachtenden Phänomens von anderen Inhalten gegenwärtiger Kritik an Verfassungsgerichten, die mitunter als Ausdruck einer krisenhaften Entwicklung gelten (A.).

A. Kritik in krisenhaften Zeiten

Die europäische Einigung ist ein krisenhaftes Projekt. Schon *Jean Monnet* zeigte sich „überzeugt, daß Europa in Krisen entstehen wird, und daß es die Summe der Lösungen sein würde, die man für diese Krisen findet.“⁴ Die Krise scheint für *Monnet* nicht nur ein ständiger Begleiter, sondern eine Triebfeder der europäischen Integration zu sein. In der Tat zeigt sich mit einigem Abstand zu vergangenen Krisenmomenten regelmäßig, dass sie Anlässe für maßgebliche Integrations-schritte waren.⁵ Solche Krisen finden sich in jedem Stadium der Integration.⁶ In

³ Ausführlich zur „Diskursituation des Europäischen Gerichtshofs“ *Kalbheim*, Über Reden und Überdenken, 2016, S. 5 ff.; vgl. auch die Nachweise in Fn. 1 und 2.

⁴ *Monnet*, Erinnerungen eines Europäers, 1978, S. 528. Diese Aussage wird verschiedentlich mit leicht variierendem Wortlaut wiedergegeben, vgl. etwa die Zitate bei *Di Fabio* (Hrsg.), Die Selbstbehauptung Europas, 2022, S. 54; *Holterhus*, Äußere Souveränität, in: *Holterhus/Weber* (Hrsg.), Europäische Souveränität, 2024, S. 89 (127); oder *Immerfall*, Europa, 2. Aufl., 2018, S. 115.

⁵ Exemplarisch *Immerfall*, Europa, 2. Aufl., 2018, S. 126: „Der [...] Topos vom Fortschritt der europäischen Integration durch ihre Krisen ist so falsch nicht.“

⁶ Vgl. *M. Schmidt*, Verfassungsaufsicht, 2021, S. 33, mit dem bemerkenswerten Verweis auf zwei „Gesamtdarstellungen europäischer Krisen“ bereits bei *Läufer*, Krisen, 1974; und *Zellentin*, Krisen der europäischen Integration, Integration. Vierteljahresshefte zur Europaforschung 1970, S. 20 (20 ff.). *Zellentin* macht allein im Zeitraum von 1948 bis 1969 acht verschiedene Krisen der europäischen Integration aus (S. 22 f.) und hinterfragt angesichts dessen den Gebrauch des Krisenbegriffs: „Das gewichtige Wort Krise schafft Sensation und verdeckt nicht selten die theoretische Schwäche gegenüber den Erscheinungen des wirtschaftlichen und politischen Wandels.“ (S. 20).

Register

- Abgrenzbarkeit 25, 76, 86, *siehe auch*
Trennschärfe, Unschärfe
Abgrenzung 47, 57, 76, *siehe auch* Grenze
Agenda, politische 44, 91, 116, 135
Agenda Setting 98, 116
Akteur, politischer 71, 116 f.
Akzeptanz 24, 70 f., 149–152
Alternativlosigkeit 216
Änderbarkeit 211–215, *siehe auch*
Konstitutionalisierung
Arbeitsrecht, kirchliches 159–161, *siehe*
auch Chefarzt; Egenberger; Kirche
Arbeitszeiterfassung 156–158
Authentizität 147–149
Autorität 23, 26, 77
Autorität, fragile 113
- Bestimmtheit 128, 228
Bundesverfassungsgericht 16, 27 f.,
61–64, 72 f., 82, 94 f.
- CCOO *siehe* Arbeitszeiterfassung
Chefarzt 161 f., *siehe auch* Arbeitsrecht,
kirchliches
- Determination 108, 127, 228
Differenzierung 18, 154, 261 f.
Dogmatik 102, 110, 127 f., 170, 193 f.
- Effektivität 203, 206, 217, 241 f., *siehe*
auch Effet utile
Effet utile 41 f., 120, 157, 200, 253, *siehe*
auch Optimieren
Egenberger 162 f., *siehe auch* Arbeits-
recht, kirchliches
Eigeninteresse, institutionelles 112, 116,
137 f.
Entscheiden, inkrementelles 118 f., 122 f.
Erkenntnisraum *siehe* Spielraum
- Erwünschtheit 58, 194 f., 197
Europäischer Gerichtshof 35–46, 66–75,
142–146, 249–255, *siehe auch* Effet utile;
Entscheiden, inkrementelles
Exklusivität 56, 91, 138–142
Extensivität 153, 176 f., 249
- Fachgerichtsbarkeit 3, 58–61
Fremdbilder 90, 109, 142, 146 f., *siehe*
auch Selbstbild
Fundamentalkritik 19 f., 94
- Gesetzgebung 25 f., 47, 52, 54
Gestaltungsmacht 46, 77, 86 f., 260 f.
Gestaltungsspielraum *siehe* Spielraum
Gewaltenteilung 48 f., 52 f., 76 f.
GRCh 216 f., 219–222, 233 f., *siehe auch*
Grundrechte
Grenze 6, 24–27, 30, 47 f., *siehe auch*
Abgrenzbarkeit; Abgrenzung; Recht
und Politik
Grenzüberschreitung 49, 85–87, *siehe*
auch Kompetenzüberschreitung
Grundrechte 64, 107, 125, *siehe auch*
GRCh
Grundsatz der Gewaltenteilung *siehe*
Gewaltenteilung
- Handlungsspielraum *siehe* Spielraum
- Initiative 96–98, 123–127, 178
Intuition 24–27, 76 f., 85 f., *siehe auch*
Abgrenzbarkeit; Grenze
- Juridifizieren 255 f., *siehe auch* Konstitu-
tionalisierung; Verrechtlichung
- Kirche 160, 205, 237 f., *siehe auch*
Selbstbestimmungsrecht, kirchliches

- Kompetenz 46, 48f.
 Kompetenzgrenze *siehe* Grenze
 Kompetenzkritik 10, 19–24, 45–47, 84–87, 260f.
 Kompetenzüberschreitung 1, 10, 22, 46, 153, *siehe auch* Kompetenzkritik
 Konstitutionalisierung 43, 117f., 211–215, *siehe auch* Verrechtlichung
 Konstruktivität 21–24, *siehe auch* Kritik
 Kontextualisierung 65, 117, 177, 261
 Krise 10f., 16–19, 113, 195, 226f.
 Kritik 16–18, 21–24, *siehe auch* Fundamentalkritik; Kompetenzkritik; Rezeption
 Legitimität 71, 149f., 176
 Letztentscheidung 78, *siehe auch* Vorrang
 Mehrebenensystem 52, 213
 Methode 54–56, 102
 Methodengebundenheit 103f.
 Operationalisierung 170–175, 193f., 210f., 224f., 255, *siehe auch* Werte-Rechtsprechung
 Optimieren 64, 211, 253f.
 Political-question-Doktrin 62f.
 Politik 59, 117–142, *siehe auch* Recht und Politik
 Politikferne 91, 103, 105
 Präferenz, individuelle/richterliche 112, 130–127, 146
 Pragmatik 2, 154, 177
 Prozessführung, strategische 185–189
 PSPP 82f., *siehe auch* Letztentscheidung; Vorrang
 Rationalität 6, 260f., *siehe auch* Rezeption
 Recht und Politik 59, 70–72, 91–96, *siehe auch* Politikferne
 Rechtsfortbildung 25, 57–59, 62, 66f., 86f., *siehe auch* Grenze; Methode; Recht und Politik
 Rechtsprechungslinie 41, 118–112, *siehe auch* Entscheiden, inkrementelles
 Rechtsrealismus 110f., 142f., *siehe auch* Fremdbilder
 Rechtsstaat *siehe* Krise
 Religion 237f., *siehe auch* Kirche
 Rezeption 19–24, 27–46, 259–262, *siehe auch* Kompetenzkritik
 Richterrecht 57, *siehe auch* Methode, Rechtsfortbildung
 Selbstbestimmungsrecht, kirchliches 158–161, *siehe auch* Kirche
 Selbstbild 90, 105, 109, *siehe auch* Fremdbilder
 Sphäre, politische *siehe* Recht und Politik
 Spielraum 33f., 62f., 68f., 176, 197–199
 Sprachlosigkeit 84–87, 89
 Taricco 166–170
 Trennschärfe 51, 63, 74, *siehe auch* Abgrenzbarkeit; Unschärfe
 Umgehungsvorlage 182, 192
 Unbestimmtheit *siehe* Bestimmtheit
 Unitarisierung 190, 219, 256
 Unpolitisch *siehe* Politik, Recht und Politik
 Unschärfe 53, 76, *siehe auch* Abgrenzbarkeit
 Unumkehrbarkeit *siehe* Konstitutionalisierung
 Verfassungsgericht 1, 63–65, *siehe auch* Bundesverfassungsgericht; Europäischer Gerichtshof
 Verfassungsrecht 62f., *siehe auch* Bestimmtheit; Gewaltenteilung
 Verrechtlichung 16, 77, 256, *siehe auch* Konstitutionalisierung
 Verschiedenheit *siehe* Intuition
 Vorbefassung 178–180
 Vorrang 2, 36, 68, 82, 169, 253
 Werte 170, 246, *siehe auch* Verfassungsrecht; Bestimmtheit
 Werte-Rechtsprechung 170–175, 210f., 254f., *siehe auch* Operationalisierung