

5. Karlsruher Zukunft

Alles in allem ist das Bundesverfassungsgericht ein erfolgreicher Dreh- und Angelpunkt der deutschen Demokratie. Es hält der Politik meist den Rücken frei, bindet Kritiker ein und sorgt gelegentlich für verfassungsrechtliche Innovationen.

Was also könnte man noch besser machen?

5.1 Karlsruhe bleibt Karlsruhe

Alle Staatsorgane sind verpflichtet, das Grundgesetz zu beachten. Dennoch ist eine Verfassungsgerichtsbarkeit, wie gesehen, in zumindest dreierlei Hinsicht sinnvoll:

- Als Regel-Schiedsrichter kann ein Verfassungsgericht Konflikte zwischen den Verfassungsorganen oder zwischen Bund und Ländern schlichten. Es kann eindeutige Regeln durchsetzen (was es aber meist nicht muss, weil jeder weiß, dass das Verfassungsgericht einen Regelverstoß sanktionieren wird), es kann uneindeutige Regeln klären und offene Regeln konkretisieren. So kann es Streit befrieden und Rechtssicherheit für die Zukunft schaffen.
- Als Schutz-Schiedsrichter kann ein Verfassungsgericht verhindern, dass die Starken im Staat Gesetze zulasten der Schwachen machen, vor allem Gesetze zulasten von stigmatisierten Minderheiten. Aber auch der Schutz der parlamentarischen Opposition und von Einzelpersonen gegen Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen gehört hierzu.

- Als Akzeptanz-Schiedsrichter kann ein Verfassungsgericht zugunsten von unzufriedenen Akteuren in politischen Konflikten intervenieren und die Ergebnisse des politischen Prozesses verändern. Es kann Aufmerksamkeit, Trost, Korrektur und ganz selten sogar den vollständigen Sieg gewähren. Wie oft, wie stark und in welchen Fällen sich das Verfassungsgericht einmischt, ist seiner politischen Klugheit überlassen.

Vor allem die dritte Rolle als Akzeptanz-Schiedsrichter ist heikel. Denn hier agiert das Bundesverfassungsgericht nur noch formal wie ein Gericht, faktisch aber wie ein politischer Akteur mit Veto- und übergeordnetem Gestaltungsrecht. Es ist der weise Ritter der Demokratie.

So gesehen ist das Bundesverfassungsgericht ein weiterer Akteur im spezifisch deutschen System der Gewaltenteilung und -verschränkung.³⁵ So wie der Bundesrat nicht nur Länderinteressen wahrt, steht das Bundesverfassungsgericht nicht nur für bloße Rechtsanwendung.

Während in der Schweiz die parlamentarische Demokratie durch plebiszitäre Zugriffsrechte der Staatsbürger ergänzt wird, steht die deutsche Demokratie unter der Kontrolle eines starken Bundesverfassungsgerichts. Wer diese Besonderheiten gegenüber anderen Demokratien betonen will, kann die Schweiz einen Abstimmungsstaat nennen und die Bundesrepublik einen Schiedsrichterstaat.

— *Deutschland ohne Verfassungsgericht?*

Allerdings ist der Nutzen der Karlsruher Staatsmoderation sehr ungleich verteilt. Während das Bundesverfassungsgericht immer wieder aufs Neue seine Popularität festigt, stehen die Politiker in der Öffentlichkeit oft als Anfänger da, die keine verfassungskonformen Gesetze machen können und von Karlsruhe regelmäßig korrigiert und angeleitet werden müssen.

Wohl auch deshalb hat der Berliner Rechtsprofessor Christoph Möllers die Frage aufgeworfen, ob das staatliche System

ohne das Bundesverfassungsgericht möglicherweise mehr Akzeptanz hätte. Aus der Beliebtheit des Bundesverfassungsgerichts könne man jedenfalls nicht automatisch auf eine höhere Akzeptanz der Gesamtordnung schließen. Gewissheit könne nur eine empirische Gegenprobe – also ein Deutschland ohne Verfassungsgericht – bringen.³⁶ Das stimmt natürlich.

Allerdings sprechen die Indizien gegen diese These. So gibt es keinerlei Diskussion, das Bundesverfassungsgericht abzuschaffen. Selbst in den schärfsten Krisen wurde von Karlsruhe allenfalls Mäßigung, Ausgewogenheit und politische Zurückhaltung gefordert. Ein Deutschland ohne Verfassungsgericht scheint offensichtlich keine attraktive Alternative zu sein.

Vermutlich würde in einem Deutschland ohne Verfassungsgericht auch nicht der Parlamentarismus aufblühen, sondern eher der populistische Protest. Nach jüngsten Untersuchungen wünscht sich in Deutschland gut jeder Vierte eine „starke Partei“, die die „Volksgemeinschaft insgesamt verkörpert“. Mehr als jeder Zehnte wünscht sich einen „Führer“, der „Deutschland zum Wohle aller mit harter Hand regiert“.³⁷ Dennoch gibt es in Deutschland keine erfolgreiche rechtspopulistische Partei wie etwa in den vergleichbaren Nachbarländern Österreich, Schweiz, Frankreich, Belgien und den Niederlanden. Bisher wurde das überwiegend mit der deutschen Faschismuserfahrung erklärt, die zu einer besonderen Stigmatisierung rechtsextremer Positionen führt.

Möglicherweise ist ein weiterer Grund aber auch die Existenz und große Akzeptanz des Bundesverfassungsgerichts. In seiner Position „jenseits der Politik“ lädt es auch parlamentsverdrossene und anti-pluralistisch eingestellte Teile der Bevölkerung zur Identifikation ein. Die Vorstellung einer Institution, die über Recht und Ordnung wacht und der Politik sagt, wo es langgeht, ist durchaus kompatibel mit einer solchen Autoritätsfixierung.

Die Werte, die in der Verfassung garantiert und vom Bundesverfassungsgericht verkörpert werden, erlauben auch eine politikkritische Radikalität der Mitte. Ohne Heilserwartung einer linken oder rechten Utopie lässt sich der Einsatz für die hohen Ziele, mit denen das Bundesverfassungsgericht identifiziert wird, gleich im Hier und Heute verwirklichen: durch den „Gang nach Karlsruhe“.

So ersetzt das Bundesverfassungsgericht in gewisser Weise auch das Fehlen direkter Demokratie auf Bundesebene. Statt für Volksbegehren werden neuerdings Unterschriften für Massenverfassungsbeschwerden gesammelt, etwa gegen die Vorratsdatenspeicherung (rund 34 000 Kläger) oder den ESM-Rettungsschirm (rund 37 000 Kläger).

Das Bundesverfassungsgericht dürfte einen hohen Anteil des populistischen Potenzials in Deutschland kanalisieren und damit neutralisieren. Das ist eine bemerkenswerte Kulturleistung. Unter dem Strich stabilisiert es das Gesamtsystem also gerade auch dadurch, dass es Bedürfnisse bedient, die in der auf Abgrenzung, Profilierung und Konfrontation ausgerichteten Parteiendemokratie schwer befriedigt werden können.

— *Transparenz und Verdunkelung*

Es bleibt allerdings die Frage, ob die Beliebtheit des Bundesverfassungsgerichts nicht wie in einem Nullsummenspiel die Abneigung gegen die konventionelle Politik bedingt. Stellt nicht jede Aufhebung oder Beanstandung eines Gesetzes zugleich der Politik ein öffentliches Unfähigkeitszeugnis aus? Profiliert sich das Verfassungsgericht hier auf Kosten derjenigen, die es kontrolliert?

Soweit es diese Effekte gibt, haben sie vor allem damit zu tun, dass in der Bevölkerung eine eher grobe Vorstellung von der Arbeit des Bundesverfassungsgerichts besteht. Es herrscht der Glaube, dass sich im Grundgesetz bereits die Lösung aller vom Bundesverfassungsgericht zu entscheidenden Fragen

finde. Wenn also Karlsruhe ein Gesetz beanstandet, müsse offensichtlich der Gesetzgeber einen Fehler gemacht haben, weil er entweder fahrlässig nicht das Grundgesetz gelesen hat oder zu dumm war, das Grundgesetz richtig zu verstehen, oder – am schlimmsten – das Grundgesetz sogar bewusst missachtet hat.

Diese etwas simple Idee von Verfassungsrechtsprechung ist niemandem zu verübeln. Schließlich beruft sich ja auch das Bundesverfassungsgericht direkt auf das Grundgesetz und betont stets, dass es nur juristisch und nicht politisch entscheide. Dass das Verfassungsgericht die Maßstäbe für die eigene juristische Argumentation in der Regel selbst setzt, ist für juristische ungeschulte Bürger schwer zu verstehen.

Dabei kann der Gesetzgeber aber tatsächlich oft nicht wissen, ob er ein verfassungskonformes Gesetz produziert oder nicht. Da das Bundesverfassungsgericht teilweise erst im Urteil den Maßstab zur Lösung des Falles entwickelt, müsste der Gesetzgeber hellsehen können. Auch die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist so unberechenbar, dass ein Gesetzgeber immer gewisse Risiken eingeht. Völlig hilflos ist ein Gesetzgeber schließlich, wenn das Bundesverfassungsgericht den Maßstab, an den er sich gehalten hat, in einer neuen Entscheidung einfach verändert.

Radikale Transparenz könnte sicher helfen, den Ansehensverlust des Gesetzgebers zu lindern. Normalerweise haben aber weder das Gericht noch die Kläger noch die Medien ein Interesse daran, die Schwierigkeit des Gesetzgebers herauszuarbeiten, eine Entscheidung des Verfassungsgerichts vorherzusehen.

Und solange das Bundesverfassungsgericht als Akzeptanzmaschine wirken soll, ist eine völlige Entzauberung auch nicht sinnvoll. Das Verfassungsgericht agiert nun mal unter der Prämisse, dass es die Geltung des Grundgesetzes sichere. Nur dann steht es jenseits der Politik. Ein Bundesverfassungsgericht, das sich vor allem auf selbst geschaffenes Verfassungs-

recht und die Freiheit der eigenen Abwägung beruft, wirkt vermutlich ähnlich attraktiv wie eine Kirche, die Gott als kluge Erfindung preist.

Deshalb sind die hier vorgeschlagenen Reformschritte eher behutsam. Sie sollen den Zauber des Verfassungsgerichts nicht zerstören.

5.2 Schutz der Politik

Im Verhältnis von Verfassungsgericht und Politik geht es vor allem um eine klarere Rollenverteilung.

— *Nichtigkeit als Ausnahme*

Derzeit gilt ein vom Bundesverfassungsgericht als verfassungswidrig erkanntes Gesetz automatisch als nichtig. Es ist damit sofort nicht mehr anwendbar. In vielen Fällen ist Karlsruhe aber gnädig und lässt das Gesetz für eine Übergangszeit weitergelten. Dies sollte künftig im Gesetz über das Bundesverfassungsgericht als Regel festgeschrieben werden. Durch den grundsätzlichen Verzicht auf eine solch recht dramatische Rechtsfolge könnte deutlich gemacht werden, dass auch der Gesetzgeber in der Regel eine verantwortungsbewusste Entscheidung getroffen hat – auch wenn das Bundesverfassungsgericht zu einer anderen Abwägung gekommen ist.

Ausnahmen sollte es nur geben, wenn Grundrechte bewusst missachtet wurden, etwa wenn Gesetzgeber oder Behörden Maßnahmen gegen stigmatisierte Minderheiten beschließen, um ihre eigene Popularität zu erhöhen. Solche vorsätzlichen Verfassungsverstöße sollten keinen auch nur vorübergehenden Schutz genießen. Das gleiche gälte für Regeln der Staatsorganisation, die gezielt Rechte der parlamentarischen Minderheit oder der Länder verletzen, um die Position der Regierungsmehrheit zu stärken.

— *Offenes Grundgesetz*

Das Grundgesetz ist keine mythische und unberührbare Ordnung. Anders als die Zehn Gebote der Bibel kann es geändert werden, was auch schon rund sechzig Mal erfolgt ist. Es enthält die Regeln, die für das Funktionieren des deutschen Staatslebens und den Schutz der Bürger als grundlegend angesehen werden. Diese Regeln wurden zwar mit großen Mehrheiten eingeführt und sind auf eine lange Geltungsdauer angelegt. Sie können aber, wenn es erforderlich erscheint, mit Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat verändert werden. Ausgenommen davon sind nur die so genannten Ewigkeitswerte des Grundgesetzes wie Menschenwürde, Demokratie und Rechtsstaat.

Es ist deshalb legitim, wenn nach einem für den Gesetzgeber negativen Karlsruher Urteil die Forderung erhoben wird, das Grundgesetz zu korrigieren. Zwar wird Derartiges in Deutschland schnell als Angriff auf das Bundesverfassungsgericht eingestuft.³⁸ Das Grundgesetz ist aber kein Privateigentum des Bundesverfassungsgerichts. Karlsruhe hat vielmehr das Grundgesetz in seiner jeweiligen Form auszulegen und anzuwenden.

So hatte das Bundesverfassungsgericht 2007 die Bund-Länder-Mischverwaltung bei den Hartz-IV-Jobcentern beanstandet. Da die Zusammenarbeit von Arbeitsagentur und Kommunen in so genannten Argen aber beibehalten werden sollte, wurde dies 2010 durch einen neuen Artikel 91e im Grundgesetz ausdrücklich erlaubt. Die CDU/CSU-Fraktion hatte anfangs protestiert, hier werde das Karlsruher Urteil unterlaufen und das Bundesverfassungsgericht missachtet, sie musste am Ende aber einsehen, dass es gute politische Gründe für Betreuung und Geldleistung „aus einer Hand“ (nämlich durch die Arge) gibt.

Das Bundesverfassungsgericht weist selbst in seinen Entscheidungen oft darauf hin, dass die Politik das Grundgesetz ändern müsse, wenn sie mit dem Ergebnis unzufrieden sei.³⁹

Allerdings steht ein Vorschlag im Raum, der in eine andere Richtung weist. Die Verfassungsrichter Andreas Voßkuhle und Johannes Masing schlugen vor, Verfassungsänderungen künftig zusätzlich per Volksentscheid bestätigen zu lassen.⁴⁰ Voßkuhle sagte offen, dass er die große Zahl der Verfassungsänderungen seit 1949 skeptisch sieht.⁴¹

Mit diesem Vorschlag würde aber nur scheinbar die direkte Demokratie gestärkt, denn ein zwingendes Referendum über Verfassungsänderungen öffnet nicht den politischen Prozess, sondern zielt eher auf dessen Blockade. Würde der Masing/Voßkuhle-Vorschlag aufgegriffen, hätte dies zwei Folgen: Einerseits würde es für die Politik schwerer, eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu korrigieren. Vor allem aber wäre es auch schwieriger, das Grundgesetz an neue Entwicklungen anzupassen. Die einzige Instanz, die das dann noch zuverlässig könnte, wäre das Bundesverfassungsgericht, das dadurch noch mehr zum Herr über die Verfassung würde. Das mag im Interesse der Verfassungsrichter sein, im Interesse der Demokratie ist es sicherlich nicht.

— *Ein Update für das Grundgesetz*

Rund sechzig Mal wurde das Grundgesetz schon geändert. Darunter sind viele eher technische Verschiebungen. Mal bekommt der Bund Kompetenzen von den Ländern, dann wieder die Länder Kompetenzen vom Bund. Andere Verfassungsänderungen waren heiß umkämpft: Deutschland bekam wieder eigenes Militär (1956), der Einsatz der Bundeswehr bei Unglücksfällen und Aufständen im Innern wurde erlaubt (1968), das Grundrecht auf Asyl wurde weitgehend eingeschränkt (1993) und das heimliche Abhören von Wohnungen zur Strafverfolgung erlaubt (1997).

Dem standen zwar auch einige positiv besetzte Grundgesetzänderungen gegenüber, die aber in der Praxis nicht allzu viel Wirkung zeigten. So wurde der Staat verpflichtet, sich für die Gleichstellung der Geschlechter einzusetzen (1994), der

Umweltschutz wurde zum Staatsziel erklärt (1994), später auch der Tierschutz (2002).

Noch viel stärker hat sich in all den Jahren der Inhalt des Grundgesetzes aber durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verändert – ohne dass die Bürger dies in ihrer Verfassung nachlesen können. Hier nur einige Beispiele:

- Artikel 1 (Menschenwürde) garantiert auch das Existenzminimum.
- Artikel 2 (Persönlichkeit) schützt auch das Recht auf Privatsphäre, das Recht auf das eigene Bild, das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das Recht auf eine integrale Computer-Festplatte.
- Artikel 3 (Gleichheit) schützt allgemein vor staatlicher Willkür.
- Artikel 5 (Meinungs-, Presse und Rundfunkfreiheit) schützt die Existenz und Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.
- Artikel 12 (Beruf) schützt auch das Recht am Gewerbebetrieb.
- Artikel 14 (Eigentum) schützt auch den Besitz des Mieters sowie die Ansprüche des Beitragszahlers an die Sozialversicherung.
- Artikel 20 (Rechtsstaat) enthält auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip.
- Artikel 38 (Wahlrecht) gibt auch einen Anspruch auf ausreichende Kompetenzen des Bundestags.
- Den Parlamentsvorbehalt für Auslandseinsätze der Bundeswehr konnte das Bundesverfassungsgericht keinem konkreten Grundgesetz-Artikel zuordnen. Es entnahm ihn ganz unbestimmt aus „dem Grundgesetz“.

Ohne Änderung der Verfassungslage könnte das Grundgesetz allein dadurch bereichert werden, dass all diese vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Verfassungsgarantien künftig auch in der Verfassung nachzulesen wären. Warum

sollen all diese Blumen nur im Verborgenen blühen? In Rechtsprechungssammlungen und Grundgesetzkommentaren, wo sie nur eingeweihte Juristen finden? Es wäre für die Bevölkerung nebenbei eine verfassungsrechtliche Bestandsaufnahme, die zeigt, dass das Grundgesetz im Lauf der Jahrzehnte keineswegs nur verwässert wurde, sondern auch gehörig angedickt.

Jährlich feiert das Grundgesetz am 23. Mai seinen Geburtstag. An einem dieser Verfassungstage könnte dem Grundgesetz ein Update geschenkt werden, indem die geschriebene Verfassung auf den Stand des tatsächlich geltenden Verfassungsrechts gebracht wird.⁴²

Natürlich kann nicht die gesamte Karlsruher Rechtsprechung der letzten 62 Jahre in das schmale Grundgesetz eingebaut werden, auch nicht alle Leitsätze, wohl nicht einmal alle wichtigen Urteile. Es müsste gut ausgewählt werden: Welche Karlsruher Innovationen sind von breiter Bedeutung? Welche Neuerungen gingen deutlich über den Wortlaut der Grundgesetzbestimmung hinaus, aus der sie abgeleitet wurden?⁴³

Wie nach der Wiedervereinigung könnte eine Gemeinsame Verfassungskommission von Bund und Ländern eingerichtet werden. Sie könnte die geeignetsten Inhalte für eine Grundgesetz-Aktualisierung zusammenstellen und die Formulierungen ausarbeiten. Diesmal müssten aber auch Verfassungsrichter und Rechtsprofessoren beteiligt werden – sie kennen die Rechtsprechung schließlich am besten.

Dies wäre zugleich eine Wiederaneignung des Grundgesetzes durch die Politik. Es würde dabei deutlich, dass Bundestag und Bundesrat das Grundgesetz nicht einfach dem Bundesverfassungsgericht zur freien Ausgestaltung überlassen haben.⁴⁴

— *Verfassungsbestellung*

Eigentlich ist die Arbeitsteilung klar. Für Verfassungsänderungen ist die Politik zuständig, für die Interpretation und

Konkretisierung des Grundgesetzes das Bundesverfassungsgericht.

Wie gesehen ist Karlsruhe jedoch manchmal recht großzügig, was die Wahrnehmung der eigenen Rolle angeht. De facto ändert das Bundesverfassungsgericht die Verfassung dann einfach selbst.

Es gibt aber ein Modell, das die Gestaltungsbedürfnisse der Verfassungsrichter und die Gestaltungskompetenz der Politik versöhnt. Die Richter haben es sogar selbst entwickelt. Man könnte es „Verfassungsbestellung“ nennen oder, etwas zurückhaltender, „Verfassungsanregung“.

Wie das Modell funktioniert, zeigt ein Karlsruher Urteil von 2007. Damals musste das Bundesverfassungsgericht auf Klage von CDU/CSU und FDP prüfen, ob der rot-grüne Bundeshaushalt von 2004 den Anforderungen des Grundgesetzes entsprach. Die Klage wurde abgelehnt, obwohl der Bund in diesem Jahr mehr Schulden machte, als er für Investitionen ausgab, was gegen die damals im Grundgesetz vorgesehene Grenze verstieß. Der Bund konnte sich nämlich darauf berufen, dass das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht gestört war.

Allerdings kritisierten die Richter dabei auch ganz offen das Grundgesetz, das sie eigentlich nur anzuwenden und auszulegen haben. An dessen „Revisionsbedürftigkeit“ sei „kaum noch zu zweifeln“, betonten die Richter, nachdem die Schuldenlast des Bundes fast vier Jahrzehnte lang nur gestiegen sei.⁴⁵ Vieles spräche dafür, „wirksame Instrumente“ ins Grundgesetz einzubauen, folgerten sie. Statt aber selbst die bestehenden Grundgesetzbestimmungen zum Haushaltsrecht neu zu interpretieren, hielten sie sich zurück und forderten Bundestag und Bundesrat indirekt auf, das Grundgesetz entsprechend zu ändern.

Nun könnte man sagen, auch das gehe schon zu weit. Aber in der Öffentlichkeit gab es so gut wie keine Proteste. Das Bundesverfassungsgericht wurde eher für seine Zurückhaltung gelobt oder genau dafür manchmal auch kritisiert.

Auch die verfassungspolitische Analyse, dass das Grundgesetz an diesem Punkt reformbedürftig sei, wurde sofort zum Allgemeingut. Und tatsächlich änderten Bundestag und Bundesrat zwei Jahre später die Verfassung und führten eine Schuldenbremse ein, wie sie sich das Bundesverfassungsgericht offensichtlich gewünscht hatte. Ab 2020 soll der Bundeshaushalt grundsätzlich ausgeglichen sein. Zwar dürfen in der Krise auch mal antizyklisch höhere Schulden gemacht werden, was in überdurchschnittlich guten Jahren dann aber wieder eingespart werden muss.

Man könnte also sagen: Das Modell „Verfassungsbestellung“ hat im ersten Anlauf sehr gut funktioniert. Die Verfassungsrichter bekommen, was sie wollen, müssen zuvor aber nicht Wochen damit zubringen, selbst ein Modell auszutüfteln. Stattdessen wird die Verfassungsänderung von Regierung und Parlament entwickelt, unter Beteiligung der Opposition und im Lichte der Öffentlichkeit. Auch demokratietheoretisch ist die Verfassungsbestellung in Ordnung, da Bundestag und Bundesrat den Karlsruher Wunsch ja auch zurückweisen könnten.

Bisher blieb dieses Vorgehen aber singulär. Sinnvoll wäre deshalb eine gesetzliche Regelung, die dem Bundesverfassungsgericht ausdrücklich das Recht einräumt, Vorschläge zur Veränderung des Grundgesetzes zu machen.

Im Umkehrschluss wäre damit aber auch das politische Interesse geäußert, dass sich die Richter bei Unzufriedenheit mit dem Wortlaut der Verfassung mit Vorschlägen zur Änderung begnügen, statt selbst Hand anzulegen.⁴⁶

Das Verfassungsgericht könnte auch selbst ein Interesse an dieser Form der Arbeitsteilung haben. Denn seine Autorität beruht nicht zuletzt auf der Erwartung, dass es das Grundgesetz gegen die Politik durchsetzt. Wenn es zu häufig ersichtlich selbst Recht schafft, statt es nur anzuwenden, hätte dies wohl auch negative Folgen für seine Legitimation.