

aus  
politik  
und  
zeit  
geschichte

beilage  
zur  
wochen  
zeitung  
das parlament

Karl Bruno Leder  
Einige Anmerkungen  
zur Problematik  
der Todesstrafe

Hartmut Wasser  
Das Bundesverfassungsgericht  
in Karlsruhe

Ein Vergleich mit dem  
Supreme Court  
in politikwissenschaftlicher  
und politikdidaktischer Absicht

ISSN 0479-611 X

B 49/80

6. Dezember 1980

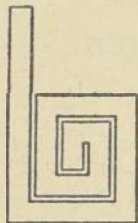


Karl Bruno Leder, geb. 1929 in Rudolstadt/Thüringen; im Herbst 1949 von der sowjetischen Besatzungsmacht verhaftet und von einem Militärtribunal wegen „antisowjetischer Propaganda“ zu 25 Jahren Arbeitslager verurteilt; sechseinhalb Jahre in Bautzen abgessen. Nach der Entlassung im Juli 1956 in West-Berlin Reifeprüfung und Studium der Publizistik, Slawistik und Theaterwissenschaft an der FU; 1959 Dramaturg und Verlagslektor; von 1964 bis 1977 wieder Dramaturg bei einem großen deutschen Filmverleih; seit 1977 freier Schriftsteller, Mitglied im Verband deutscher Schriftsteller (VS).

Veröffentlichung u. a.: Todesstrafe, München 1980.

Hartmut Wasser, Dr. phil. habil., geb. 1937; Studium der Politikwissenschaft, Geschichte, Germanistik und Anglistik in Tübingen und München; Professor für Politikwissenschaft an der Pädagogischen Hochschule Weingarten, langjähriger Gastdozent der Stanford University.

Veröffentlichungen u. a.: Die politischen Parteien, Lübeck 1966; Politische Bildung am Gymnasium. Problematik und Praxis, Lübeck 1967; Parteiwesen und parlamentarische Demokratie, Heusenstamm 1970; Wehrdienst und Zivildienst. Ein Arbeitsbuch für den Politikunterricht, Paderborn 1976<sup>2</sup>; Deutschland — deine Legenden. Berichtigungen zur deutschen Geschichte von Bismarck bis Brandt, Stuttgart 1974 (gem. mit Gerhart Binder); Parlamentarismuskritik vom Kaiserreich zur Bundesrepublik. Analyse und Dokumentation, Stuttgart 1974; Demokratie als Prinzip staatlich-politischer Herrschaftsordnung, Stuttgart 1976; Demokratisierung der Gesellschaft — Chancen und Grenzen, Stuttgart 1976 (Klett-Quellenhefte); Das parlamentarische Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1980; Weimar und Bonn — Ein historisch-politischer Systemvergleich, Stuttgart 1980 (Klett-Quellenhefte); in Kürze wird in Stuttgart eine umfangreiche Analyse der sozio-politischen Gegenwartsstrukturen der USA unter dem Titel „Die Vereinigten Staaten von Amerika. Porträt einer Weltmacht“ erscheinen.



Herausgegeben von der Bundeszentrale für politische Bildung, Berliner Freiheit 7, 5300 Bonn/Rhein.

Leitender Redakteur: Dr. Enno Bartels. Redaktionsmitglieder: Paul Lang, Dr. Gerd Renken, Dr. Klaus W. Wippermann.

Die Vertriebsabteilung der Wochenzeitung DAS PARLAMENT, Fleischstr. 61—65, 5500 Trier, Tel. 0651/46171, nimmt entgegen

- Nachforderungen der Beilage „Aus Politik und Zeitgeschichte“;
- Abonnementsbestellungen der Wochenzeitung DAS PARLAMENT einschließlich Beilage zum Preis von DM 12,60 vierteljährlich (einschließlich DM 0,72 Mehrwertsteuer) bei Postzustellung;
- Bestellungen von Sammelmappen für die Beilage zum Preis von DM 6,— zuzüglich Verpackungskosten, Portokosten und Mehrwertsteuer.

Die Veröffentlichungen in der Beilage „Aus Politik und Zeitgeschichte“ stellen keine Meinungsäußerung des Herausgebers dar; sie dienen lediglich der Unterrichtung und Urteilsbildung.



## Einige Anmerkungen zur Problematik der Todesstrafe

In der Bundesrepublik Deutschland ist bekanntlich durch den Grundgesetzartikel 102 die Todesstrafe definitiv, also auch für den Kriegsfall, abgeschafft. Diese Tatsache hat bei vielen, selbst politisch interessierten und gut informierten Bundesbürgern zu einem verringerten „Problembewußtsein“ geführt; sie ignorieren nur zu gern die Tatsache, daß von den rund 160 Staaten, die es auf unserer Welt gibt, die allermeisten die Todesstrafe noch beibehalten haben und sie praktizieren.

Nur 18 Staaten schafften sie ebenso wie die Bundesrepublik endgültig ab. Im gesamten Ostblock, in Afrika und Asien jedoch ist sie noch in Kraft und wird auch noch relativ oft vollstreckt (ganz zu schweigen von Ländern, die sich in revolutionärem Umbruch befinden, wie der Iran, aus dem fast täglich Nachrichten von Exekutionen kommen). Im übrigen meldeten aber während des letzten Jahres auch China, Südafrika, die Sowjetunion, Afghanistan, Vietnam, Algerien, Mocambique, Burundi, Nepal, Singapur und Pakistan Exekutionen. Die Dunkelziffer dürfte noch weit höher liegen, da der Vollzug einer Exekution sicher in vielen Ländern nicht zu den meldenswerten Nachrichten gehört.

Aber auch in der Bundesrepublik Deutschland ist das Problem noch längst nicht ausdiskutiert; nach dem jüngsten Umfrageergebnis fordern immer noch 26 Prozent der Befragten die Todesstrafe<sup>1)</sup>. Dieser Prozentsatz kann sich erfahrungsgemäß nach sensationellen Verbrechen auf 50 Prozent und mehr erhöhen.

Wer sich mit dem Wesen der Todesstrafe auseinandersetzen will, muß sich bewußt sein, daß sie die älteste aller Strafen ist, die von der Gemeinschaft gegen Gesetzesbrecher verhängt wurde. Sie stammt also aus archaischer, prä-rationaler Zeit, als an einen rationalen Strafbegriff noch lange nicht zu denken war. Diese Tatsache allein sollte schon hinreichend zu

Die Fragwürdigkeit der Institution Todesstrafe offenbart sich am deutlichsten in ihrem noch allzuoft anzutreffenden Mißbrauch und in ihrer Anwendung auf mißliebige politische Gegner. Obwohl gerade dies sich eigentlich am klarsten verbietet, sind die aus politischen Gründen verhängten Todesurteile noch die häufigsten. Denn leider muß es noch immer jedem Diktator einfacher erscheinen, seine politischen Gegner umzubringen, als sie zu überzeugen oder mit ihnen politisch zu argumentieren.

Gerade wir Deutschen haben in diesem Punkt aus den Tagen des nazistischen Gewaltregimes wache Erinnerungen an nur allzu böse Erfahrungen. Vielleicht ist auch dies ein Grund dafür, daß die Bundesregierung nach einer Presseveröffentlichung vom 1. September 1979 generell für eine weltweite Ächtung der Todesstrafe eintritt<sup>1a)</sup>. Falls einmal ein UNO-Antrag auf Ächtung der Todesstrafe eine internationale Mehrheit fände, so wäre zweifellos ein großer Fortschritt erzielt. Zwar könnte noch nicht garantiert werden, daß nicht weiterhin Dutzend-Diktatoren ihre Gegner umbringen. Doch sie hätten dann nicht mehr die Mehrheit auf ihrer Seite; sie könnten sich nicht mehr hinter dem schlechten Beispiel anderer verstecken, könnten nicht länger als Gerechtigkeit ausgeben, was doch nichts anderes als Tyrannei ist; ihre Untaten wären von vornherein gebrandmarkt, und diese Tatsache könnte vielleicht, zumindest auf Dauer, einen mildernden Einfluß ausüben.

### Älteste Strafe der Gesellschaft

denken geben und die Todesstrafe „verdächtig“ machen.

In der Tat ist sie in ihrem Anfangsstadium nicht als Strafinstrument, sondern als Sühnmittel gedacht, und zwar als Sühne gegenüber den (mystischen) Schicksalsmächten. Es

<sup>1)</sup> Siehe Süddeutsche Zeitung vom 5.3.1980. Dort wird Bezug genommen auf eine Umfrage des Allensbacher Institutes.

<sup>1a)</sup> Dieses Ziel verfolgt sie auch weiterhin. Nach einer Meldung der Süddeutschen Zeitung vom 8.9.1980 will die Bundesregierung den Vereinten Nationen den Abschluß einer Konvention zur weltweiten Ächtung der Todesstrafe vorschlagen.



kommt hier sehr darauf an, den Unterschied zur heutigen Strafauffassung zu begreifen. Dieser Unterschied ist fundamental; er ergibt sich aus unserer heutigen wissenschaftlichen und der damaligen animistischen Weltauffassung des frühen Menschen<sup>2)</sup>. Diese animistische Weltauffassung, der wir in allen frühen Kulturkreisen rund um die Welt begegnen, war dadurch gekennzeichnet, daß der Mensch jener Zeiten *jedes* Ereignis, das ihm oder anderen begegnete, als von Schicksalsmächten (Geistern, Dämonen, Ahnen oder Göttern) gesandt ansah. Da ihm noch die Mittel fehlten, die Umwelt rational zu begreifen und auf sie einzuwirken, blieben ihm nur magische Einflußnahmen übrig. Naturgemäß begegneten ihm viel mehr Unglücksfälle als dem heutigen Menschen, der sie zu beherrschen gelernt hat. Hunger, Wetterunbilden, wilde Tiere und Krankheiten — das alles waren Plagen, gegen die der frühe Mensch keinerlei Waffen als magische Rituale besaß. Alle Unglücksfälle glaubte er von den Schicksalsmächten gesandt; diese waren ihm also feindlich gesinnt. Vielleicht hatten er oder einer der Stammesgenossen (wenn auch nur unwissentlich) sie beleidigt, wofür sie ihn und die Gesellschaft bestrafen. Es galt also, die Schicksalsmächte unbedingt wohlgesonnen zu erhalten. Dies war möglich durch Opfer und Geschenke sowie durch Einhaltung ihres Willens. Ihren Willen aber drückten die Schicksalsmächte in den Tabugesetzen aus, jenen Gesetzen, die oft als völlige Willkürakte erscheinen, die aber doch, nach Freuds Erkenntnis, das Leben der menschlichen Gemeinschaft regelten. Es ist hier nicht der Platz, intensiver auf das Tabuproblem einzugehen. Nur so viel sei gesagt: das polynesisches Wort *tabu* bedeutet sowohl heilig als auch unrein und verdammt, ebenso übrigens wie das altlateinische *sacer*. Das Heilige ist also auf jeden Fall unberührbar, oft ist es auch todbringend. Die Tabugesetze haben im allgemeinen den Charakter eines Verbots: Du sollst nicht — du darfst nicht ... Zu den strengsten Tabugesetzen gehören sexuelle Verbote, etwa das weltweite Verbot des Inzests oder des Ehebruchs; aber auch alles, was mit dem Tod in Verbindung zu bringen ist, steht unter strengem Tabu. Das gilt sogar für Krieger. „Es will uns scheinen, als wäre auch in diesen Wilden das Gebot lebendig: Du sollst nicht töten!“ schreibt Freud in seiner Arbeit über „Das Tabu und die Ambivalenz der Gefühlsregungen“<sup>3)</sup>.

<sup>2)</sup> Diese Unterscheidung der verschiedenen Bewußtseinsstadien stammt von Sigmund Freud; siehe denselben, *Totem und Tabu*, Frankfurt 1956, S. 83.

<sup>3)</sup> Ebenda, S. 46.

Jeder Bruch der Tabugesetze, seien diese auch noch so seltsam, erregt sofort den Zorn der Schicksalsmächte und beschwört deren Strafe auf die Gemeinschaft herab. So ist es z. B. auf den Aleuten verboten, die Sterne zu zählen — es würde den Tod bringen<sup>4)</sup>.

Wer also ein Tabugebot übertritt, sei es auch unwissentlich, ist ein „Fluchträger“ und muß aus der Gemeinschaft ausgemerzt werden, um auf diese nicht den Zorn der Schicksalsmächte herabzubeschwören. Das beste Beispiel für diese grundsätzlich andere Schuldauffassung bietet der bekannte griechische Ödipus-Mythos. Bei der Geburt des Helden Ödipus wird, um den Stoff kurz zu rekapitulieren, dem Vater geweissagt, daß er von der Hand seines Sohnes umkomme. Er läßt daher den Säugling mit durchstochenen Füßen aussetzen. Doch Ödipus wird gerettet und vom König von Korinth aufgezogen. Da auch dem Ödipus geweissagt wird, er werde seinen Vater töten und seine Mutter heiraten, verläßt er seine neue Heimat Korinth. Unterwegs trifft er auf seinen ihm unbekanntem richtigen Vater und erschlägt ihn im Streit. Dann befreit er Theben von der Sphinx und erhält dafür seine ihm unbekanntem Mutter Jokaste zur Frau. Mit ihr hat er vier Kinder. Für die Götter jedoch ist er Fluchträger; sie strafen das ganze Land (!) für seine Verbrechen mit einer Pest. Das Geheimnis des Ödipus wird daraufhin von einem Seher enthüllt. Jokaste erhängt sich, Ödipus sticht sich die Augen aus, irrt im Land umher und wird in einem heiligen Hain entrückt.

Nach unserem heutigen Rechtsverständnis wäre Ödipus als wenig schuldig anzusehen, denn er zeigt nicht nur keinerlei kriminellen Willen, er tut sogar alles in seinen Möglichkeiten Liegende, um der bösen Tat auszuweichen. Unwissentlich wird er „schuldig“ und zum Fluchträger; die Tat allein ist entscheidend; durch sie ist die Weltordnung gestört und der Zorn der Götter erregt worden. Dieser Zorn trifft Gerechte und Ungerechte: „Ich, der Herr dein Gott, bin ein eifriger (eifersüchtiger?) Gott, der da heimsucht der Väter Missetat an den Kindern bis in das dritte und vierte Glied“, heißt es auch im 2. Buch Mose, 20. 5., womit klar das frühe Rechtsverständnis gekennzeichnet wird. Es ist von mythischer Weltauffassung geprägt, seine Triebfeder ist Angst, und zwar Angst vor kommendem Unglück, das wiederum auf den Zorn der Schicksalsmächte verweist, der nur durch Missetaten erregt werden kann. So ist denn in der erwähnten Ödipusgeschichte die Pest, von der das Land heimge-

<sup>4)</sup> S. R. Steinmetz, *Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe*, 2 Bde, Groningen 1928, Bd. II, S. 349.



sucht wurde, sicher das primäre Element: sie konnte nur durch Götterzorn erklärt werden, wie sie ja auch noch im Mittelalter als Gottesgeißel galt, und bei der Nachforschung nach dem Grund des Götterzorns stieß der Seher auf die Verbrechen des Ödipus.

Ebenfalls in den Rahmen des frühen Bewußtseins gehört, daß jeder Unglückliche ein Fluchträger ist. Sein Unglück läßt sich nicht anders erklären, als daß er irgendein Tabu gebrochen, ein Gesetz übertreten und die Schicksalsmächte gereizt hat; ihm zu nahe zu kommen, ja ihm zu helfen, hieße nichts anderes, als den Schicksalsmächten ihre Beute streitig zu machen und deren Zorn auf sich selbst oder auf die Gemeinschaft zu lenken. So kommt es zu der nicht selten beobachteten Tatsache, daß Schiffbrüchigen oder Ertrinkenden nicht nur nicht geholfen wird, sondern daß man im Gegenteil noch nachhilft, ihren Tod zu sichern. Auch Schwerkranken wird oft die Hilfe verweigert, weil sie als „dem Tode verfallen“ angesehen werden<sup>5)</sup>. Es wäre geradezu Sünde, ihnen noch Hilfe zu leisten. Trotz dieser scheinbaren Grausamkeit hat der frühe Mensch eine große magische Scheu davor, zu töten und Blut zu vergießen. Seinen Vorstellungen gemäß verwandelt sich die Seele des Getöteten in einen (bösen) Geist, mit dessen Nachstellungen der Täter rechnen muß — ganz abgesehen von der Blutrache, der er und seine Sippe verfallen würden. Hinter den Vorstellungen vom „Bösen Geist“ des Getöteten (oder aller Verstorbenen) verbirgt sich aber

nichts anderes als Schuldbewußtsein und „schlechtes Gewissen“, das von Selbstvorwürfen genährt wird. Der Täter hat gegen die jedem Menschen angeborene, tief sitzende Tötungshemmung gehandelt, er weiß in seinem Innern, daß es nicht richtig ist zu töten; dieses Wissen äußert sich bei ihm als Furcht vor der Rache des „bösen Geistes“, weshalb auch das Töten im Kriegsfall in den frühen Gesellschaften stets von mühseligen Reinigungsriten gefolgt ist.

Wenn die frühen Gesellschaften eines ihrer Mitglieder zum Tod bestimmten, so immer nur in dem mystisch-magischen Glauben, damit ihren Göttern wohlgefällig zu sein. Dies konnte in der Form des Menschenopfers geschehen, wobei dieses als edelste Gabe der Gemeinschaft an die Götter angesehen wurde, oder als Sühnegabe für irgendeine Beleidigung der Schicksalsmächte.

Der Unterschied in der Einschätzung der Gesinnung ihrer Götter ist nicht groß. Beide Male wird ihr zukünftiger Zorn durch eine ihnen dargebrachte menschliche Gabe besänftigt. Doch im ersten Fall ist das Opfer unschuldig und der Grund des Götterzornes unbekannt; das Menschenopfer wird gewissermaßen prophylaktisch dargebracht. Im zweiten Fall dagegen hat sich der Delinquent gegen die Götter und ihre Gebote vergangen. Es liegt eine gewisse Logik darin, ihn zu töten, ihn damit den Göttern darzubringen und deren Zorn über den Rechtsbruch zu besänftigen.

## Die frühesten „todeswürdigen“ Straftaten

In der Tat ist das älteste Recht immer ein sakrales, ein „heiliges“ Recht, wie sich sehr klar an der Gesetzgebung Mosis ersehen läßt. Dieser erhält ja bekanntlich die zehn Gebote und auch alle sonstigen Regeln, die das Zusammenleben in der Gemeinschaft ordneten, direkt von Gott und erläßt sie nicht etwa selbst. Dasselbe gilt auch für andere alte Kulturen, so daß ein Rechtsbruch auch automatisch ein Sakrileg, ein Vergehen gegen den oder die Götter darstellte. Zu den frühesten als todeswürdig angesehenen Straftaten gehören daher alle Vergehen gegen die von den Göttern gegebenen Tabugebote, besonders der Bruch der Sexualgebote, der immer und überall in allen Kulturen mit besonderer Erbitterung verfolgt wurde. Selbstverständlich wurden auch alle Formen des Sakrilegs, also alle Beleidigungen

der Gottheit, mit dem Tode geahndet; mußten doch derartige Taten ganz unabweislich den Götterzorn wecken. Ferner zählen noch Schadenszauber und Verrat zu den in fast allen frühen Gesellschaften todeswürdigen Vergehen.

Besonders Zauberei und Hexerei wurden stets mit Eifer verfolgt. Der mittelalterliche Hexenwahn ist also keineswegs eine Ausnahmeerscheinung. Der Ethnologe Irenäus Eibl-Eibesfeldt hat noch in unserer Zeit bei den Eipo, einem Bergvolk in Neuguinea, eine Hexentötung miterleben müssen<sup>6)</sup>. Man muß dazu wissen, daß es für die Naturvölker seltsamerweise keinen natürlichen Tod gibt. Falls doch einer ihrer Stammesgenossen an Krankheit oder Altersschwäche stirbt, suchen sie sofort mit Hilfe

<sup>5)</sup> L. Lévy-Bruhl, Die geistige Welt der Primitiven, München 1927, S. 261 ff.

<sup>6)</sup> I. Eibl-Eibesfeldt, Menschenforschung auf neuen Wegen, Wien 1976, S. 295.



von allerlei Ordalien den schuldigen Zauberer zu entlarven, der den Verstorbenen verzaubert haben könnte. Daß der entlarvte Zauberer sich unschuldig fühlt, hilft ihm wenig; er wird als Träger eines mystischen „bösen“ Prinzips angesehen, das nichts als Schaden unter den Menschen stiften will. Es ist also verdienstlich und außerdem die einzige Rettungsmöglichkeit, den Träger dieses Bösen Prinzips und damit dieses selbst zu vernichten.

Die Bestrafung des letzten todeswürdigen Delikts, des Verrats, scheint auf einer gewissen rationalen Grundlage zu stehen; wird doch durch den Verrat ein meßbarer materieller Schaden bewirkt. Doch diese rationale Deutung geht in die Irre. Bei genauerer psychologischer Durchleuchtung dieses Strafbestandes zeigt sich, daß ein anderes dahinterliegendes Moment am Verrat gehaßt wird: Das ist der Übergang zu den fremden Göttern und damit die Beleidigung der eigenen Götter. In frühen Zeiten war Krieg zwischen fremden Stämmen ganz selbstverständlich auch Krieg zwischen den Stammesgottheiten. Die irdischen Kämpfe fanden ihre Entsprechung im Himmel, wie man aus der Ilias ersieht. Dem Kampf zwischen Griechen und Troern entsprechen Auseinandersetzungen zwischen den Göttern, die jeweils für die eine oder andere Seite Partei ergriffen haben.

Auch bei heutigen Fällen von Verrat müssen wir uns eingestehen, daß der besondere Haß, mit welchem der Verräter verfolgt wird, aus einer ähnlichen psychischen Lage erwächst. Was wir am Verräter hassen, ist das Überlaufen zu anderen, fremden Grundwerten und Anschauungen. Unsere eigenen Grundwerte sind von uns längst verinnerlicht und damit

„heilig“ geworden. Sie gehören untrennbar zu unserer Identität; wer sie ablehnt oder verrät und sich zu anderen bekennt, der lehnt uns selbst in unserer Identität ab. Er verrät unsere „Götter“, also unsere Grundanschauungen, und das ist weit schlimmer als jeder materielle Schaden, den er anrichten mag.

Wenn wir den Katalog der als todeswürdig geltenden Straftaten noch einmal überblicken, so müssen wir feststellen, daß es sich dabei fast durchweg um sakrale Tatbestände handelte, jedenfalls ihrem innersten Wesen nach. Fast immer ging es darum, durch die Bestrafung des Täters die Götter wieder zu versöhnen. Nur allzu deutlich entlarvt sich dabei die wahre Motivation der Strafenden: Es ist ihre Angst vor zukünftigem Unheil; diese Angst aber ist eng verbunden mit eigenem Schuldbewußtsein, mit dem sprichwörtlichen „schlechten Gewissen“, ja, sie erwächst aus diesem. Denn zu derselben Untat, die der Rechtsbrecher begangen hat, besteht in den Strafenden eine zwar verdrängte, aber doch starke Neigung, „denn was niemand zu tun begehrt, das braucht man doch nicht zu verbieten“, hatte seinerzeit S. Freud sehr scharfsinnig bemerkt<sup>7)</sup>. Der ins Unbewußte verdrängte sündhafte Wunsch rumort dort und bewirkt Unbehagen, ja Schuldbewußtsein. Dieses „schlechte Gewissen“ aber, dieses verborgene Wissen um die eigene Sündhaftigkeit, bewirkt wiederum Angst, denn die Schicksalsmächte wissen um diese geheime Sündhaftigkeit und werden sie bestrafen. Als Grundlage der menschlichen Strafordnung hat Freud sehr richtig „die Gleichartigkeit der verbotenen Regungen beim Verbrecher wie bei der rächenden Gesellschaft“<sup>8)</sup> erkannt.

## Sündenbock und Menschenopfer

Nun bietet sich jedoch eine psychische Mechanik an, die es den Strafverfolgern erlaubt, sich von ihrem eigenen Schuldbewußtsein und damit auch von ihrer eigenen Angst zu befreien; das ist die Projizierung dieser eigenen Schuldgefühle auf ein dazu passendes Objekt, einen „Sündenbock“.

Betrachten wir kurz die Stelle des Alten Testaments, welcher der Begriff „Sündenbock“ entnommen ist. Dort heißt es (3. Mos. 16, 20—22): „Und wenn Aaron vollbracht hat das Versöhnen des Heiligtums, soll er einen lebendigen Bock bringen. Da soll dann Aaron seine beiden Hände auf dessen Kopf legen und bekennen alle Missetaten der Kinder Israel, alle ihre Übertretungen und ihre Sünden, und soll sie

dem Bock auferlegen und ihn durch einen Mann in die Wüste bringen lassen, daß also der Bock alle ihre Missetaten in die Wüste trage.“ Dieses magische Entsühnungsritual macht deutlich, daß hinter ihm nichts anderes steckt als die oben erläuterte Projektion eigener Schuldgefühle auf ein dazu passendes Objekt. Indem man die eigenen Missetaten einem anderen auflädt, befreit und reinigt man sich selbst von ihnen, entgeht somit künftiger Bestrafung und kann angstfrei leben.

Daß es sich bei dem biblischen Sündenbock ursprünglich um einen Menschen handelte, ist

<sup>7)</sup> Freud, a. a. O., S. 75.

<sup>8)</sup> Freud, a. a. O., S. 78.



wahrscheinlich. Ein Mensch eignet sich als Schuldträger und als Projektionsobjekt natürlich besser als ein Tier, und diese Tatsache ist die Motivation, die hinter den meisten Formen des Menschenopfers steckt.

Aus der griechischen Kolonie Massilia, dem heutigen Marseille, wird uns folgender Brauch überliefert<sup>9)</sup>: „Immer, wenn in der Stadt eine Seuche herrschte, wurde ein sogenannter Pharmakos, ein menschlicher Sündenbock, geopfert. Es war dies ein Armer, der auf Staatskosten genährt worden war. Bei Bedarf führte man ihn, mit Kränzen und festlichen Kleidern geschmückt, durch die Straßen der Stadt. Dabei wurde er vom Volk mit Flüchen und Verwünschungen überschüttet. Jeder versuchte, ihm alles eigene Schuldbewußtsein aufzuladen, von dem er sich bedrückt fühlte. Danach wurde der Pharmakos vom Felsen zu Tode gestürzt“.

Die Ähnlichkeit dieser Aktion mit der biblischen Sündenbock-Austreibung ist offensichtlich.

Übrigens enthält das Alte Testament noch mehrere Schilderungen von Menschenopfern, von denen hier nur eine ebenfalls bezeichnende gebracht sei: Im 2. Buch Könige 3, 27 erfahren wir, daß bei einer Belagerung durch die Israeliten der König der Moabiter seinen erstgeborenen Sohn auf der Stadtmauer opfert. Offenbar werden die Israeliten durch die Macht eines solchen Opfers so entmutigt, daß sie die Belagerung aufgeben und abziehen.

Das Menschenopfer scheint an eine ganz bestimmte frühe Phase der meisten Hochkulturen gebunden gewesen zu sein. Jedenfalls gibt es für eine solche Behauptung genügend Belege. Vor allem die Sagen und Märchen der Völker sind voll von kaum verhüllten Hinweisen auf dies alte, blutige Ritual.

So sind die weitverbreiteten Sagen von Jungfrauen, die alljährlich einem Untier, etwa einem feuerspeienden Drachen, dargebracht werden mußten, sicher auf alte Menschenopfer zurückzuführen (die dereinst vielleicht einer Vulkangottheit dargebracht wurden). Auch unser schönes altes Volksmärchen von „Hänsel und Gretel“ läßt das alte Menschenopfer noch recht gut erkennen; während einer Hungersnot, also in einer allgemeinen Notlage, werden die beiden Kinder in den Wald ge-

schickt und dort von der Hexe, die wohl als Priesterin des alten Kultes anzusehen ist, aufgenommen. Das Mästen des Knaben entspricht der Ernährung auf Staatskosten bei den Massilianern. Auch die Azteken ernährten das auserwählte Opfer ein Jahr lang mit ausgesuchten Speisen und erwiesen ihm große Verehrung. Der Flammentod der Hexe beendet deren böse Zaubermacht und symbolisiert das Ende des blutigen Brauchs.

Die Bibel berichtet verschiedentlich von Kinderopfern, die von den Nachbarvölkern der Israeliten dem Baal dargebracht wurden. Auch die Karthager opferten ihren Göttern Moloch und Kronos in allen Notlagen Kinder, wie Plutarch berichtet<sup>10)</sup>. Sie taten dies nicht aus Sadismus oder besonderer Herzlosigkeit, sondern aus der Überzeugung heraus, daß von den Göttern nur die wertvollsten, reinsten Opfergaben in Gnade aufgenommen werden. Der erstgeborene Sohn, die Jungfrau sind also als Opfer gerade recht (wie auch aus der Sage von Iphigenie hervorgeht, der Tochter des Agamemnon, die geopfert werden soll, weil die griechische Flotte durch widrige Winde am Auslaufen gehindert wird). Ursprünglich ist es wohl der Priesterkönig, von dem eine Selbstaufopferung für sein in Not geratenes Volk erwartet wird. Immer aber sind es gegenwärtige oder zukünftige Notlagen, die ein Menschenopfer erfordern, um den Zorn der Götter zu besänftigen. Wieder also ist es die Angst, die letztlich als Motivation zu erkennen ist, eine Angst, die zweifellos aus Schuldgefühlen, also aus dem Bewußtsein der eigenen Sündhaftigkeit, genährt wurde.

Es zeigt sich somit eine ganz gleichartige psychische Einstellung gegenüber menschlichen Opfern und Rechtsbrechern. Beide sind dazu bestimmt, den Zorn der Schicksalsmächte zu besänftigen, beide dienen als Schuldträger und sollen die Gemeinschaft entschulden. (Am klarsten kommt diese Funktion natürlich im Kreuzestod des Jesus Christus zum Ausdruck.)

Es kann nicht verwundern, daß diese Entschuldigensfunktion später immer mehr den Rechtsbrechern zugeschoben wurde. Wenn ein Straftäter zum Tode verurteilt wurde, so schien das sogar noch ein Akt der Gerechtigkeit zu sein — obwohl er mit dem Bedürfnis nach Gerechtigkeit absolut nichts zu tun hatte, wie wir oben sahen.

<sup>9)</sup> E. v. Lasaulx, Die Sühnopfer der Griechen und Römer, in: Studien des klass. Altertums, Regensburg 1854, S. 245.

<sup>10)</sup> Ebenda, S. 250.



## Sakraler Ursprung der Exekutionsformen

Die frühen Gemeinschaften kannten unseren Begriff von Gerechtigkeit, also die rationale Abwägung von individueller Schuld und Sühne, grundsätzlich nicht. Sie bewerteten den Straftäter stets emotional, also mit Haß-, Angst- und Schuldgefühlen.

Übrigens hatte Freud<sup>11)</sup> noch eine andere Emotion entdeckt, die als Kraft hinter der Forderung nach Bestrafung des Rechtsbrechers steckt: den Neid auf dessen „Erfolg“. Er, der Rechtsbrecher, hat etwas gewagt, wozu auch im Verfolger eine starke Neigung besteht. Er hat ein Tabu oder ein Gesetz übertreten und sich damit einer Entsagung entzogen, der sich alle anderen Gemeinschaftsmitglieder unterwerfen; dieser Freveltat darf er sich nicht erfreuen, weil sonst die Entsagung aller anderen als wert- und sinnlos erschiene. Ihm muß der Erfolg seines Rechtsbruchs genommen werden.

Diese psychische Haltung offenbart sich sehr klar in den früher in den USA häufigen Lynchakten, wobei dem Opfer sehr oft sexuelle Vergehen vorgeworfen wurden. Der Haß der — meist völlig unbeteiligten — Verfolger auf den Täter nährte sich also meist aus Sexualneid.

In den frühen Gesellschaften wurden die Rechtsbrecher also den Göttern zur Sühne dargebracht, weil sie deren Gebote — vielleicht nur unwissentlich — verletzt und damit deren Zorn auf die Gemeinschaft herabbeschworen hatten. Ihrer tieferen Bedeutung nach waren diese Exekutionen nichts anderes als Menschenopfer; ihr Sinn lag nicht darin, die verletzte Gerechtigkeit wiederherzustellen, sondern die Gemeinschaft von Schuld- und Angstgefühlen zu befreien. Es kann daher nicht verwundern, wenn die frühen Exekutionsmethoden stets sakral getönte Riten sind, deren Bedeutung darin liegt, den Delinquenten einer bestimmten Gottheit oder einer Gruppe von Gottheiten auszuliefern und ihnen das eigentliche Töten zu überlassen. So kann man eine vielgestaltige Urstrafe erkennen, die sich als „Auslieferung an die Macht der Elemente“ umschreiben läßt.

Da die Elemente stets als beseelt angesehen und von Gottheiten bewohnt und beherrscht gedacht wurden, bedeutete die Auslieferung an die Elemente nichts anderes als eine Überantwortung an deren Gottheiten. Hierhin gehören Hängen, Kreuzigen, Rädern, Verbrennen und Ertränken. Meist vermied man dabei sorgsam — aus alteingewurzelter Furcht vor

der Blutschuld, in Wahrheit aber natürlich wegen der Tötungshemmung —, dem Delinquenten selbst den Tod zuzufügen. Der Gehängte wurde anfänglich anscheinend um die Brust geschnürt aufgehängt und dem Sturmgott dargebracht, der sich dessen Seele holte; auch der Gekreuzigte wurde lebend den Wettergottheiten ausgesetzt. Dasselbe galt für den Geräderten, dem man zwar die Knochen gebrochen hatte, um sein Entweichen unmöglich zu machen, den man dann aber auf einem Rad, dem Symbol der Sonnenscheibe, festband und damit offensichtlich der Sonne darbrachte. Daß man die Delinquenten, die verbrannt oder ertränkt wurden, damit in Wahrheit den Feuergottheiten oder Wassergeistern übergab, muß nicht betont werden.

Aus diesem Rahmen fallen Felssturz, Steinigung und Lebendigbegraben als besonders archaische Exekutionsformen. In allen drei Fällen ist der Delinquent offenbar den Unterweltgottheiten dargebracht worden. Die Steinigung hebt sich dadurch ab, daß sie eine Exekution „zu gesamter Hand“ ist, das heißt, die gesamte Gemeinschaft muß sich an der Tötung beteiligen, die Blutschuld wird auf alle Gemeinschaftsglieder verteilt. Auch dies ist wieder eine Maßnahme, um die stets gegenwärtige Tötungshemmung zu überwinden. Wir finden diese Bemühungen noch bis in die neueste Zeit.

Bei Erschießungen, der modernen Form der Hinrichtung „zu gesamter Hand“, wurde in der deutschen Wehrmacht meist ein Gewehr „blind“, also mit einer Platzpatrone, geladen und dann an die ahnungslosen Schützen ausgegeben; so konnte sich jeder einreden, er habe nur „blind“ geschossen.

Als in den USA noch gehängt wurde, saßen jeweils drei Beamte an einem Tisch, vor dem drei Schnüre gespannt waren. Auf das Zeichen des Henkers hin mußten sie die Schnüre durchschneiden. Eine von ihnen öffnete die Falltür, durch welche der Delinquent in den Tod stürzte. Doch wußten sie nicht, welches die Todesschnur war. Auch hier also konnte sich jeder von ihnen für unschuldig am Tod des Verurteilten halten<sup>12)</sup>.

Die Steinigung ist bekanntlich die Strafe des Alten Testaments und von daher in das Islamische Recht übernommen worden. Die heutige Reislamisierung hat leider auch zu einer Wiedererweckung dieser archaischen Strafe ge-

<sup>11)</sup> Freud, a. a. O., S. 77/78.

<sup>12)</sup> Clinton D. Duffy und Al Hirshberg, Exekution, Köln 1964, S. 47.



führt, so in Pakistan und in Iran<sup>13</sup>). Im Akt der Steinigung offenbart sich sehr deutlich die These von der Projektion der Schuld. Nach alter Überzeugung besaßen Steine magische Qualitäten; sie konnten unheilvolle Ausstrahlungen, also die eigene Schuld, in sich aufnehmen. Indem man den Stein auf den Verurteilten schleuderte, wurde die eigene Befreiung von Schuld und die Schuldablutung zum anschaulichen, bildhaften Akt.

Die einzige uralte Hinrichtung „mit blutiger Hand“, wie es in der Rechtssprache hieß, ist die Enthauptung. Bei dieser Exekutionsform wurde dem Opfer der Tod direkt zugefügt. In Anbetracht der erwähnten grundsätzlichen Tötungshemmung und der magischen Angst vor der Blutschuld und dem Tötungstabu kann es keinen Zweifel geben, daß die Enthauptung ursprünglich als sakraler Akt, also als Menschenopfer vollzogen wurde. Bereits Mommsen hatte um die Jahrhundertwende darauf hingewiesen, daß die Enthauptung bei den Römern in den Ritualen des sakralen Opfers vollzogen wurde<sup>14</sup>). Die ursprünglichen Hinrichtungswerkzeuge waren sicher die Axt und das

Beil, die zwar später vom Schwert verdrängt wurden, obwohl das Beil immerhin in Deutschland beispielsweise noch in den dreißiger Jahren zur Anwendung kam. Wenn man bedenkt, daß die Axt als Symbol des Blitzes ein Attribut des obersten Himmelsgottes und vielfach ein Gegenstand kultischer Verehrung war, dem man Opfer brachte<sup>15</sup>), wenn man ferner bedenkt, daß es einen weitverbreiteten, offenbar uralten Schädelkult gab, dessen letzte Äußerungsformen bei den Kopfjägern des polynesischen Raumes angetroffen wurde, wenn man sich schließlich noch vor Augen hält, daß zum Enthaupten sehr oft auch das Aufstecken des Kopfes auf eine Stange, auf die Stadtmauer oder ähnlich exponierte Plätze gehörte, wenn man all diese Punkte bedenkt, so wird der ursprünglich sakrale Charakter der Enthauptung sehr deutlich. Somit läßt sich konstatieren, daß die auch heute noch am häufigsten gebrauchten Exekutionsformen, also Hängen, Enthaupten und Erschießen, sich auf uralte Sakralformen zurückführen lassen und diese tradieren, wobei die Erschießung als modernisierte Form der Steinigung anzusehen ist.

## Geburt der persönlichen Schuld

Die ursprüngliche Form des Tatrechts, bei dem man nicht nach der individuellen Schuld des Täters fragte, begann sich erst etwa im 12. Jahrhundert zu wandeln. Zu diesem Zeitpunkt, und zwar zuerst im südfranzösischen Raum, begann man, wie seinerzeit Achter nachgewiesen hat<sup>16</sup>), zum erstenmal in der Rechtsgeschichte nach dem „bösen Willen“ des Täters, also nach dessen persönlicher Schuld zu fragen. Es war dies wohl ein erster Lufthauch der Renaissance, jener gewaltigen Epoche eines neuen Bewußtseins, deren bedeutsamste Errungenschaften die Entdeckung des Individuums und der Durchbruch zum rationalen Denken waren.

Von nun an gab es also den Begriff des kriminellen Willens, und gleichzeitig damit wurde auch der Gedanke der Abschreckung geboren. Hatte man es bis dahin quasi als eine Selbstverständlichkeit betrachtet, einen Rechtsbrecher zu töten, so brauchte man von nun an eine Rechtfertigung dafür.

Gab es bis zu dieser Zeit noch keinen „bösen Willen“, so konnte es naturgemäß auch noch nicht den Gedanken der Abschreckung geben,

denn diese ist ja in ihrer Zielsetzung auf den kriminellen Willen gerichtet. Selbst derartige Maßnahmen wie das Belassen des Gerichteten am Galgen oder Kreuz (dem arbor infelix der Römer) oder auf dem Rad, bis sich der Körper auflöste, oder das Aufstecken des Kopfes des Enthaupteten hatten ursprünglich nur magische Bedeutung und nichts mit Abschreckung zu tun, wengleich man später den Abschreckungsgedanken auf diese Maßnahmen aufzupropfen versuchte. Die uralte wahre Funktion der Hinrichtungen als Ventil für eigene Schuld-, Angst- und gar auch Neidgefühle, ihre wahre Bedeutung als Entsühnungsmöglichkeit für die Gemeinschaft, und die Rolle des Delinquenten als Sündenbock blieb bis in die Gegenwart erhalten.

Damit behielten auch alle Exekutionen ihren wahren Charakter, der sie als Menschenopfer kennzeichnete. Offensichtlich handelte es sich hierbei um sehr starke Bedürfnisse der Gemeinschaft, die um so drängender nach Abreaktionsmöglichkeiten suchen, je rigoroser

<sup>13</sup>) J. Maringer, *Vorgeschichtliche Religion*, Zürich/Köln 1956, S. 273 und 295 ff.

<sup>16</sup>) Vgl. die grundlegende Arbeit zu diesem Thema von V. Achter, *Geburt der Strafe*, Frankfurt/M. 1951.

<sup>13</sup>) Siehe *Abendzeitung*, München, 10. 7. 1980.

<sup>14</sup>) Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, S. 916 ff.



die Lebensverhältnisse innerhalb der Gemeinschaft normiert sind, je stärker also der Normen- und Gesetzesdruck auf dem einzelnen lastet. Folgerichtig gibt es auch keine einzige Diktatur in der Menschheitsgeschichte, die auf die Todesstrafe glaubte verzichten zu können. Somit erweist sich die Todesstrafe als ein direkter Gradmesser für das Maß an Un-

freiheit, das innerhalb einer Gesellschaft herrscht.

Diese Unfreiheit geht nicht nur von staatlichen Gesetzen aus, sondern auch von den innergesellschaftlichen, ungeschriebenen Normen, von dem „Das-macht-man-Nicht“, „Das-gehört-sich-Nicht“.

## Hinrichtungen und Aberglaube

Einen Beweis dafür, daß Exekutionen immer, auch bis in die neueste Zeit, vom Volk als Sühneopfer, also als eine Art Menschenopfer, angesehen wurden, liefert verblüffenderweise der Volksaberglaube. Während nämlich einerseits der Henker bis in die neueste Zeit zu den am stärksten verfehmten „unehrlichen“ Leuten zählte und jede Berührung des Galgens schändete und „unehrlich“ machte, galten andererseits der Henker und die Hinrichtungsinstrumente sowie Körperteile des Gerichteten als stärkste Glücksbringer (s.S. 11). Hier offenbart sich eine Ambivalenz der Gefühle, eine Doppelwertigkeit, wie sie immer bei starken Tabus festzustellen ist.

Die oben erwähnte „Unehrllichkeit“ des Henkers muß man eher als eine Art Unberührbarkeit verstehen; sie nährt sich aus Scheu und Abscheu; in ihr offenbart sich das uralte, magische Tabuverständnis. Der Henker darf etwas, was niemandem sonst erlaubt ist. Er darf straflos töten, er darf also eines der stärksten Tabus straflos brechen und steht damit in enger Verbindung mit den Schicksalsmächten, ist quasi deren Erfüllungsgehilfe auf Erden. Kurz gesagt: der Henker ist seinem Amte nach nichts anderes als der alte Opferpriester. Zwar schändet schon seine Berührung; er darf oft nicht innerhalb der Stadt wohnen, darf eine Gastwirtschaft nur nach Erlaubnis aller anderen Gäste betreten, erhält einen eigenen Krug, aus dem niemand sonst trinken mag. Selbst sein Geld nimmt man nur, wenn vorher drei Kreuze darüber geschlagen wurden. Doch andererseits gilt der Henker auch als zauber- und heilkundig; er kann durch seine magische Kraft in vielerlei Notlagen helfen, und König Friedrich I. von Preußen machte den Berliner Scharfrichter Coblenz, der immerhin mehr als hundert Köpfe abgeschlagen hatte, zu seinem Leibarzt.

Die Berliner Wundärzte empfanden seinerzeit die Konkurrenz der Scharfrichter als sehr widerwärtig und richteten diesbezüglich eine Eingabe an Friedrich den Großen, auf welche dieser sehr geistreich und spitz antwortete:

Wenn die Herren Chirurgen so fähig seien, wie sie von sich behaupten, würde sich ja ohnehin jedermann lieber ihnen als den Scharfrichtern anvertrauen. Falls jedoch unter den Chirurgen Ignoranten seien, so solle das Publikum nicht darunter leiden müssen, sondern solle sich lieber vom Scharfrichter kurieren lassen, als den Chirurgen zuliebe lahm und verkrüppelt zu bleiben. Also sollten sich die Chirurgen nur um Verbesserung ihrer Kenntnisse bemühen, dann würden die Kuren der Scharfrichter von selbst und ohne Verbot aufhören<sup>17)</sup>.

Dieser Aberglaube, der den Henker, den Gerichteten und die Strafinstrumente umgab, war nicht etwa nur eine Sache früherer Jahrhunderte, sondern reicht bis in unsere Zeit. So berichtet Josef Lang, der letzte k. u. k. Scharfrichter in Wien<sup>18)</sup>, daß viele Bittsteller immer wieder von ihm Teile des Stricks erbaten, mit dem jemand gehenkt worden war, als glückbringende Talismane. Der Vorrat an „echtem“ Strick reichte längst nicht aus, alle Bitten, die selbst von Angehörigen der Hocharistokratie an ihn herangetragen wurden, zu erfüllen, so daß Lang auch Stücke von ungebrauchtem Strick verteilte. Er war sich dabei keines Betrages bewußt, vielmehr glaube er fest, daß bereits die Berührung durch ihn — den Henker — den Strick zum Glücksbringer mache. Dasselbe galt auch von seiner Visitenkarte, aber selbst sein Kot und Urin wurden von ihm erbeten. Geschlechtskranke Männer erhofften sich Heilung durch eine bloße Berührung; geschlechtskranke Frauen versprachen sich das gleiche durch einen Beischlaf mit ihm. Ohnehin drängten sich Damen aller Gesellschaftsschichten, von Prostituierten bis Damen der Hocharistokratie, zu intimen Kontakten mit ihm. Lang ist ehrlich genug, dies nicht seiner

<sup>17)</sup> Zitiert bei J. Knobloch, Der deutsche Scharfrichter und die Schelmensippe, Naumburg/S., 1921, S. 88.

<sup>18)</sup> Josef Lang, Erinnerungen des letzten k. u. k. Scharfrichters, hrsg. v. Oskar Schalk, Wien 1920, S. 80 ff.



Person, sondern nur seinem Amt zuzuschreiben.

Die glückbringende und heilkräftige Macht wurde aber nicht nur dem Henker, sondern fast mehr noch dem Gerichteten und Teilen seines Körpers zugeschrieben. Bekannt und fast sprichwörtlich ist der Diebsdaumen, der als Glücksbringer gilt; ihn in der Geldtasche getragen, läßt das Geld nie ausgehen. „Als in Breslau der alte Rabenstein (das Hochgericht) abgebrochen wurde, trieben die Arbeiter einen sehr einträglichen Handel mit den bei der Aufgrabung vorgefundenen Knochen“, schreibt Adolf Wuttke, der bedeutende Erforscher des deutschen Volksaberglaubens<sup>19)</sup>. Dieser Drang nach Körperteilen des Gerichteten steigert sich oft bis zum Kannibalismus, da z. B. dem Blut von Enthaupteten seit altersher stärkste Heilkraft, besonders bei Epilepsie, zugeschrieben wurde. „Als in Preußen die Hinrichtungen noch öffentlich waren, kam es regelmäßig zu Reibungen zwischen der die Richtstätte umschließenden bewaffneten Macht und den mit gieriger Hast sich durchdrängenden Weibern, welche um jeden Preis etwas von dem Blut des Hingerichteten haben wollten und mit Löffeln, Schüsseln und Töpfen es aufrafften“, schreibt Wuttke<sup>20)</sup>.

Der Glaube an die Heilkraft des Blutes läßt sich zurückverfolgen bis zu den römischen Gladiatoren, die wohl ursprünglich als Menschenopfer angesehen wurden; auch ihr Blut galt als äußerst heilkräftig. „Als 1864 in Berlin zwei Mörder hingerichtet wurden, tauchten die Scharfrichtergehilfen ganze Massen von weißen Schnupftüchern in das Blut und erhielten für jedes zwei Taler“, heißt es bei Wuttke<sup>21)</sup>. Und als 1823 in Sachsen ein Raubmörder gerädert wurde, fehlten dem ausgestellten Leichnam wenige Tage später sämtliche Finger und Zehen<sup>22)</sup>.

Das bezeichnende Moment dieses wüsten Aberglaubens ist, daß er sich nur auf Gerichtete und nicht etwa auf anderweitig Gestorbene bezieht. Selbst Ermordete oder Selbst-

mörder sind von sehr viel schwächerem Aberglauben umgeben. Ihre magische Aura ist bedeutend geringer als die des Gerichteten.

Bereits Mitte des vorigen Jahrhunderts hatte Wuttke sehr scharfsinnig den Grund für diese auffällige Erscheinung erkannt. „So schwebt auch dem jetzigen Volksaberglauben der Gedanke im Hintergrunde vor, daß jede Hinrichtung ein Sühneopfer sei“, schreibt er. „Der Hingerichtete hat die Sühnung der Gerechtigkeit vollbracht, ist durch seinen Tod ein Entsühneter, Geheiliger geworden, und eine Teilnahme an diesem Sühneopfer durch Aneignung irgendeines leiblichen Teils desselben, wie bei den Azteken das Essen und Trinken von dem Fleisch und Blut des Geopferten, ist darum selbst sühnend, also heilbringend und höhere Macht verleihend.“<sup>23)</sup>

Aus der Sicht der heutigen sozialpsychologischen Erkenntnisse muß man hinzusetzen, daß es die Funktion des Sündenbocks ist, die den Gerichteten „heilig“ macht. Er hat die Schuld- und Angstgefühle der Gemeinschaft auf sich genommen und sie mit seinem Tod aus der Welt geschafft; diese Funktion verschafft ihm höchste Verehrung<sup>24)</sup>. Die Aura der „Heiligung“ also ist es, die Körperteile des Gerichteten zu Glücksbringern werden läßt. Sie strahlt aber auch auf die Strafwerkzeuge aus und erfüllt diese mit magischer, glückbringender Kraft.

Diese Tatsache erhellt z. B. auch daraus, daß nicht etwa nur Rechtsbrecher mit geringer Schuld nach ihrer Hinrichtung diese hohe Verehrung genießen. Dasselbe gilt auch für entsetzenerregende Scheusale, deren Taten schaudern lassen. Doch ihr Tod entsühnt und „heiligt“ sie und läßt ihre Überreste zu magischen Glücksbringern werden. „An eine die Todesstrafe mißbilligende Bemitleidung des Hingerichteten im Volksbewußtsein ist dabei auch nicht entfernt zu denken“, meint Wuttke. „Vielmehr liegt demselben (Verhalten) die entschiedene Anerkennung der Notwendigkeit der Todesstrafe zur Sühnung zugrunde“<sup>25)</sup>.

## Der Streit um die Todesstrafe

Den frühen Gemeinschaften also war die Todesstrafe ganz unstrittig, weil deren Funktion im magisch-animistischen Weltbild unentbehrlich erschien. Mit der Aufklärung jedoch

und dem Beginn des rationalen Denkens begann sich immer drängender die Frage nach der Rechtfertigung der Todesstrafe zu stellen. In dieser Atmosphäre des Aufbruchs, der geistigen Wende, erschien 1764 das Buch des

<sup>19)</sup> A. Wuttke, Der deutsche Volksaberglaube in der Gegenwart, Berlin 1900, S. 137.

<sup>20)</sup> Ebenda, S. 137.

<sup>21)</sup> Ebenda, S. 138.

<sup>22)</sup> H. L. Strack, Das Blut in Glauben und Aberglauben der Menschheit, München 1900, S. 79.

<sup>23)</sup> Wuttke, a. a. O., S. 138.

<sup>24)</sup> Siehe hierzu E. Neumann, Tiefenpsychologie und neue Ethik, München 1964, S. 39 ff.

<sup>25)</sup> Wuttke, a. a. O., S. 138.



Mailänders Cesare Beccaria „Von den Verbrechen und Strafen“. Es erregte sofort in ganz Europa ein gewaltiges Aufsehen. Beccarias Verdienst ist es, als erster entschieden gegen die Todesstrafe aufgetreten zu sein. Zwar hatte auch die Kirche den Satz verkündet: „ecclesia abhorret a sanguine“ — „die Kirche verabscheut Blut“ —, und die Kirchenväter der Urkirche hatten auch tatsächlich die Todesstrafe verdammt, weil sie darin instinktiv noch das heidnische Menschenopfer witterten. Ihre Kritik an der Todesstrafe war jedenfalls nicht rational begründet. Im übrigen hat sich später die Staatskirche nur allzuoft zum Verfechter härtester Strafen gemacht, wie sich in den Ketzerprozessen und während des Hexenwahns erwies. Beccaria baute in seinen Überlegungen auf dem Rousseau'schen Begriff des Gesellschaftsvertrags auf und kam zu dem Schluß, daß der einzelne Bürger im (fiktiven) Gesellschaftsvertrag so wenig Rechte wie möglich dem Staat übertragen habe — so wenig, wie nötig seien, um das Staatswesen zu erhalten. Keineswegs habe er dem Staat auch das Recht übertragen, ihn eventuell töten zu dürfen. Der Staat habe also schlichtweg nicht das Recht, einen seiner Bürger zu töten.

Beccarias Schrift wurde in kürzester Zeit in alle Kultursprachen übersetzt und löste eine heftige Diskussion unter den größten Geistern der Epoche aus. Es soll hier nicht verschwiegen werden, daß beispielsweise Kant zu den erbittertesten Gegnern von Beccarias Thesen zählte. In seiner „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“ bekannte er sich zur Talion, also dem Vergeltungsrecht, und schrieb: „Hat er (der Täter) gemordet, so muß er sterben. Es gibt hier kein Surrogat zur Befriedigung der Gerechtigkeit. Es ist keine Gleichheit zwischen einem noch so kummervollen Leben und dem Tode...“

Kant fragte also ebensowenig nach der persönlichen Schuld des Täters wie die frühen Gemeinschaften. Ohnehin kam er bisweilen zu sonderbaren Urteilen; so hielt er z. B. Kindstötung an unehelichen Kindern für nicht strafbar, weil diese Kinder außerhalb des Gesetzes und somit außerhalb von dessen Schutz geboren seien. Das uneheliche Kind habe sich in die Gemeinschaft gleichsam eingeschlichen, und diese könne seine Existenz und auch seine Vernichtung ignorieren, weil es eigentlich nicht hätte existieren dürfen<sup>26)</sup>. Man sieht hieraus, wie auch große Denker sich bisweilen in Absurdität verrennen können.

Übrigens errang die Humanität bereits 20 Jahre vor Beccarias Schrift einen ersten Sieg,

<sup>26)</sup> Zitiert nach H. Büchert, Die Todesstrafe, Berlin 1956, S. 43.

und zwar ausgerechnet im finsternen, rückständigen Rußland. Dort hatte die Zarin Elisabeth, die Tochter Peters des Großen, bei ihrer Thronbesteigung 1741 erklärt, daß während ihrer Regierungszeit keine Todesstrafe vollstreckt werden solle. Dieses Versprechen wurde von ihr auch eingehalten und später noch weiter bekräftigt, und so kam es, daß ihre zwanzigjährige Regierungszeit in Europa der erste längere Zeitraum wurde, während dem in einem großen Reich die Todesstrafe ausgesetzt war. Die gebildete Welt Europas startete entgeistert auf dieses wagemutige Experiment und erwartete, Rußland in Mord und Totschlag versinken zu sehen, weil dort die Abschreckungswirkung der Todesstrafe fortfiel.

Auch die spätere Zarin Katharina war keine Anhängerin der Todesstrafe, sondern verkündete in einer Instruktion, „daß im gewöhnlichen Zustand der Gesellschaft der Tod eines Bürgers weder nützlich noch notwendig sei“, womit sie den Nagel auf den Kopf getroffen hatte. Bis zur Revolution 1917 blieb es seitdem in Rußland Tradition, daß Todesurteile nur sehr selten vollstreckt wurden. Jedenfalls hat der so oft verteufelte Zarismus unvergleichlich weniger Opfer zu verantworten als etwa der Stalinismus.

Doch bleiben wir noch bei Beccaria. Dessen Schrift machte besonders auf den Reformkaiser Joseph II. so starken Eindruck, daß er 1786 in seinen österreichischen Ländern die Todesstrafe abschaffte. Sein Bruder Leopold, Großherzog der Toskana, folgte ihm in diesem Schritt. Allerdings führten die Wirren der napoleonischen Zeit zu einem Rückschlag und zu allgemeiner Wiedereinführung der Todesstrafe. Erst das Revolutionsjahr 1848 brachte wieder einen Fortschritt.

Sowohl das Paulskirchen-Parlament als auch die kurz darauf tagende verfassunggebende preußische Nationalversammlung forderten die Abschaffung der Todesstrafe. Doch bekanntlich siegte die Reaktion über den Fortschritt und fegte dessen Forderungen vom Tisch. Die Ehre, als erstes europäisches Land von der Todesstrafe Abschied genommen zu haben, gebührt Rumänien, wo es 1865 zur Abschaffung kam (1939 wieder eingeführt). Ihm folgten 1867 Portugal und 1870 die Niederlande, dann 1905 Norwegen, 1919 Österreich, 1921 Schweden, 1930 Dänemark. In einigen Schweizer Kantonen war die Todesstrafe bereits Mitte des vorigen Jahrhunderts aufgehoben worden, in anderen blieb sie bis zum Jahr 1942 in Kraft. Die letzte Schweizer Exekution fand 1940 im Kanton Obwalden statt. Unter dem Eindruck des Zweiten Weltkrieges hatten einige der oben aufgeführten Staaten die



Todesstrafe vorübergehend wieder eingeführt; dort sind auch in den Nachkriegsjahren zahlreiche Urteile vollstreckt worden, besonders an Kollaborateuren, Verrätern und Kriegsverbrechern<sup>27)</sup>. Daß im „Dritten Reich“ die Zahl der vollstreckten Todesurteile einen schrecklichen Rekord erreichte, ist allgemein bekannt. Die genaue Zahl der Exekutionen läßt sich nicht mehr feststellen. Bei vorsichtiger Hochrechnung — ausgehend von den vorhandenen Teilzahlen — kommt man, einschließlich der militärrechtlichen Verurteilungen, auf eine Zahl von ca. 30 000 bis 35 000 „legalen“ Exekutionen. Nicht berücksichtigt sind hier natürlich die illegalen Tötungen in KZ-Lagern und Gestapokellern.

Die entsetzlichen Erfahrungen der Nazizeit ließen in vielen Politikern der Nachkriegszeit die Überzeugung reifen, daß die Todesstrafe, schon um ihren grausigen Mißbrauch für immer unmöglich zu machen, nicht länger zu den Strafmaßnahmen des Staates gehören dürfe.

Betrachten wir nun noch die Argumente, die für und gegen die Todesstrafe vorgetragen werden. Seitdem das Problem als strittig ins Bewußtsein getreten ist, hat man immer wieder versucht, es zu „rationalisieren“. Doch das war vergebliche Mühe; ein Problem, das so tief im Irrationalen wurzelt, läßt sich nun einmal nicht mit rationalen Argumenten packen. So war die Justiz, der man diese Problematik aufgebürdet hatte, damit auch stets überfordert; denn bei der Todesstrafe handelt es sich nicht um ein juristisches Problem, wie wir gesehen haben, sondern um ein sozialpsychologisches, das eng mit dem inneren Zustand der Gemeinschaft, also mit gesellschaftlichen Fragen, verbunden ist. Die Justiz hat daher auch nie eine überzeugende, rationale Antwort auf diese Problematik finden können.

Doch zunächst die Argumente der Befürworter: Als erstes wird da das uralte, auch von Kant verteidigte Gesetz der Vergeltung, die Talion, genannt, das sich auf den alttestamentlichen Satz „Auge um Auge, Zahn um Zahn“ (2. Mosis, 21. 24) stützt. Wer Blut vergießt, dessen Blut soll wieder vergossen werden — daß diese Forderung eine einleuchtende Kraft besitzt, soll nicht verkannt werden. Das eigentlich Unzeitgemäße und Überholte dieses Standpunkts liegt eben darin, daß hier, wie be-

Erstaunlicherweise war es die damalige Deutsche Partei, deren Abgeordneter und spätere Minister Seebohm im Parlamentarischen Rat 1948 den Antrag einbrachte, in der Verfassung, also im Grundgesetz, die Abschaffung der Todesstrafe zu deklarieren. Es gab einige Meinungsverschiedenheiten darüber, ob ein solcher Artikel in die Verfassung gehöre. Theodor Heuss wollte ihn lieber ins später auszuarbeitende Strafgesetzbuch aufgenommen sehen. Bei der entscheidenden Abstimmung im Plenum stimmte jedoch die Überwiegende Mehrheit der Abgeordneten für den Antrag; dagegen stimmten vier Mitglieder der FDP und einige CDU-Abgeordnete, unter ihnen Konrad Adenauer<sup>28)</sup>. Am 23. Mai 1949 trat das Grundgesetz in Kraft. Von diesem Tag an ist die Todesstrafe in Westdeutschland ohne jede Einschränkung abgeschafft.

In der DDR dagegen wird sie nach wie vor angedroht. Seit 1949 sollen mindestens 150 Todesurteile vollstreckt worden sein (genaue Zahlen sind jedoch nicht zu erhalten).

## Das Für und Wider

reits deutlich gemacht wurde, nicht nach der persönlichen Schuld des Täters gefragt wird. Selbst die Befürworter der Todesstrafe betonen, daß diese nur noch für Mord in Betracht kommen sollte. Doch gerade dieser Tatbestand ist äußerst schwer zu definieren; die Grenze zum Totschlag bleibt fließend. Auch muß man klarstellen, daß ein Täter um so weniger der Justiz gehört, je abscheulicher sein Verbrechen ist; denn um so sicherer gehört er dann der Psychiatrie.

Das nächste starke Argument, das immer wieder für die Todesstrafe ins Feld geführt wird, ist deren angeblich abschreckende Wirkung auf Gewalttäter. Noch im Frühjahr 1979 hat der französische Justizminister Peyrefitte in einem Interview mit dem „Spiegel“ (29) seinen Glauben an die Abschreckungskraft betont und die Befürchtung ausgedrückt, daß die französische Gesellschaft wieder in ein Chaos von privater Rache zurückfallen würde, wenn man auf die Todesstrafe generell verzichtete.

Diese Befürchtung hat sich in den Staaten, die schon seit längerer Zeit die Todesstrafe abgeschafft haben, nicht bewahrheitet. Die Statistiken aus Schweden, Norwegen, Holland, Finnland und nicht zuletzt unsere eigenen lassen

<sup>27)</sup> Ausführlicher zu diesem Punkt bei K. B. Leder, *Todesstrafe*, München 1980, S. 276 ff.

<sup>28)</sup> B. Düsing, *Die Geschichte der Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland*, Offenbach 1952, S. 286.

<sup>29)</sup> In: *Der Spiegel* Nr. 15 vom 9. 4. 1979.



eher das Gegenteil vermuten. Nach der jüngsten Veröffentlichung des Bundesjustizministeriums sind in der Bundesrepublik die schweren Gewaltverbrechen, darunter Mord, in den letzten Jahren zurückgegangen (laut Süddeutsche Zeitung vom 29. 8. 1980). Ob in einer Gesellschaft viel oder wenig Neigung zu Aggressionen herrscht, hängt durchaus nicht von der Todesstrafe ab, sondern von der inneren Verfassung der Gemeinschaft. Die Todesstrafe ist dann nur ein Indikator, keineswegs aber ein Regulativ für diese Aggressionen.

Auch aus psychologischer Sicht darf man eher das Gegenteil von abschreckender Wirkung der Todesstrafe vermuten. Jene einmalige Erhöhung des Todeskandidaten, die ihn zum Zentrum der allgemeinen Aufmerksamkeit macht — man denke etwa an den Rummel um Gary Gilmore —, diese einmalige Bedeutung und Wichtigkeit, die der Täter auf andere Weise niemals errungen hätte, dieser von plötzlichem Wohlwollen getragene Respekt (in dem sich noch immer die alte Befangenheit vor dem „Opfer“ wiederfindet) sind Werte, die für manchen labilen Charakter durchaus eine Faszination besitzen mögen und für deren Erlangung er wohl sein Leben „opfern“ würde.

Als weiteres Argument wird das Bedürfnis der Gesellschaft nach dauerhafter Sicherheit vor gefährlichen Gewaltverbrechern genannt. Eine solche Sicherheit könne nur durch die unabänderlichen Tatsachen, die eine Exekution schafft, erreicht werden. Solange der Gewaltverbrecher noch lebe, bestehe die Möglichkeit, daß er wieder in Freiheit gerate und neue Gewalttaten begehe. Selbst im Gefängnis sei er dazu noch in der Lage.

Statistisch ist längst bewiesen worden, daß die Rückfallsquote bei ehemaligen Mördern, die wieder in Freiheit kamen — sei es, daß sie ihre Strafe abgebußt hatten, sei es, daß sie begnadigt wurden —, äußerst gering war. Meistens wurden sie zu ordentlichen, gesetzestreuern Bürgern, die sich ängstlich mühten, sich wieder in die Gesellschaft einzuordnen. Die äußerst seltenen Fälle, in denen ein freigekommener Mörder eine neue Gewalttat beging, rechtfertigen sicher nicht die Todesstrafe.

Auf der anderen Seite liegt in der Endgültigkeit einer Exekution ein besonders fatales Moment, und zwar das des Justizirrtums, der natürlich immer wieder vorkommen kann — denn Richter sind Menschen, und Menschen können irren —, der aber gerade im Fall der Todesstrafe zu einem Justizskandal würde. Man halte diese Möglichkeit nicht für ausschließbar; unter den 123 Personen, die in England von 1949 bis 1961 gehängt wurden, war mit Sicherheit mindestens einer, der an dem

ihm vorgeworfenen Verbrechen unschuldig war. Und Lawes, der ehemalige Leiter der Strafanstalt Sing-Sing, berichtet, daß er während seiner Amtszeit die Einlieferung von 415 Todeskandidaten erlebte, unter ihnen sechs Frauen. Die Verurteilung von 53 Männern und zwei Frauen wurde aufgehoben, 30 sprach man völlig frei. „Es scheint also, daß Geschworene und Richter in 11 Prozent der ursprünglichen Verurteilungen wegen ‚schweren Mordes‘ irren,“ schreibt Lawes<sup>30)</sup>.

Besonders im Zusammenhang mit dem Terrorismus, der ja bekanntlich Morde und Morddrohungen zu seiner Strategie zählt, wird oft die Forderung erhoben, Gleiches mit Gleichem zu vergelten und gefangene Terroristen hinzurichten. So ist vor einiger Zeit in dieser Zeitschrift von Konrad Löw der Vorschlag eingebracht worden, das Parlament möge für terroristische Mordtaten die Todesstrafe wieder einführen<sup>31)</sup>. Diese sollte dann bei den Verurteilten zunächst ausgesetzt, im Falle von erpresserischer Geiselnahme durch Terroristen wie im Falle Moro als Vergeltung jedoch wieder angedroht werden. Davon verspricht sich der Autor eine tiefgreifende Wandlung der Terroristen<sup>32)</sup>.

Abgesehen von der Frage, wie sich ein Vertreter der Rechtsstaatlichkeit die Praktikierbarkeit eines solchen Vorschlags vorstellt — jemand würde also gewissermaßen vorläufig begnadigt, müßte aber unter Umständen je nach den Bedürfnissen der Staatsräson immer noch mit der Exekution rechnen —, hat Löw diesen Vorschlag wohl nicht ganz zu Ende gedacht. Was immer an Gründen für das Entstehen des Terrorismus vorgebracht werden mag, mit Sicherheit ist hier auch der uralte Generationenkonflikt im Spiel, und je mehr diese Gefühle genährt werden, desto mehr steigert sich der Haß. Ganz ohne Zweifel wäre daher eine

<sup>30)</sup> Zitiert bei H. v. Hentig, Die Strafe, 2 Bde, Berlin 1954, Bd. II, S. 147.

<sup>31)</sup> K. Löw, Begünstigt der Rechtsstaat den Terrorismus?, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament, Nr. 20/78 vom 20. 5. 1978, S. 18.

<sup>32)</sup> Der Jesuitenpater Groppe vertritt dieselben Ansichten, wie jüngst aus dem SPIEGEL zu erfahren war (Nr. 43 vom 20. 10. 1980). Auch er schlägt eine fallweise Androhung und Vollstreckung der Todesstrafe und generell deren Wiedereinführung für Terroristen vor. Der Pater scheint von einem wenig christlichen Haß gegen Sünder und verirrte Schafe erfüllt zu sein. Terroristen sind für ihn grundsätzlich „Schwerstverbrecher“, die abzuschließen für den Schützen „sittlich gerechtfertigt“ ist. Und die Verantwortlichen, die den Befehl zum Todesschuß nicht geben, „handeln im Grunde unsittlich“. Merkwürdig berührt bei dem Pater auch die Vergottung (oder Vergötzung) des Staates, für dessen Stabilität auch die „gezielte Tötung der Terroristen notwendig ist“.



Terroristenhinrichtung der beste Nährboden für ein weiteres Anwachsen der Terroristenbewegung. Das weltweite Aufsehen, das eine solche Exekution erregen müßte, würde viele junge Leute radikalisieren, die sich sonst mit verbalen Protesten zufriedengäben. Ganz zweifellos würden sich schon in der Zeit bis zur Hinrichtung die aktiven Terroristen zu weiteren Gewalttaten geradezu herausgefordert fühlen.

Ganz allgemein läßt sich zum Terrorismus sagen: Nichts nährt gewalttätiges Denken und Handeln mehr als brutale Reaktionen des Staates, denn diese scheinen den Terrorismus zu rechtfertigen. Nichts dagegen wird sicherer zu seiner Austrocknung führen als Milde und Humanität des Staates, denn diese widerlegen den Terrorismus, nehmen ihm seine (scheinbare) Existenzberechtigung und schneiden ihm dauerhaft den Nachwuchs ab.

Übrigens trug Löw seinerzeit noch weitere unbedachte Thesen vor, so etwa, wenn er das Notwehrrecht oder das Recht des Staates auf militärische Verteidigung mit der Todesstrafe gleichsetzte<sup>33)</sup>, oder wenn er argumentierte, daß die Todesstrafe zu allen Zeiten und auch in der Bibel gefordert wurde<sup>34)</sup>. So argumentieren heißt, die Problematik völlig unhistorisch zu sehen. Gerade weil die Todesstrafe aus archaischen (und nicht rational argumentierenden) Zeiten stammt, wird es höchste Zeit, ihr Wesen neu zu durchdenken.

Als Argument für die Todesstrafe wird von deren Anhängern auch noch deren Billigkeit angeführt. Mit der Behauptung, daß eine langjährige Verwahrung des Täters den Steuerzahler viel Geld koste und die Herren Mörder auf Staatskosten ein feines Leben führten, wird immer wieder versucht, vorschnelle Emotionen zu wecken. Das Argument ist freilich so primitiv, daß es keine ernsthafte Erörterung verdient.

Betrachten wir nun die wichtigsten Argumente der Todesstrafe-Gegner: An ihrer Spitze steht die Forderung, daß der Staat kein Leben nehmen dürfe, weil er das Leben nicht gegeben habe und nicht geben könne. Dieser Satz klingt nach einem Glaubensartikel, ist jedoch das Ergebnis rationaler Erwägung.

Der moderne säkularisierte Staat ist nicht mehr durch Gottesgnadentum geheiligt; die Staatenlenker führen nicht mehr an Gottes Stelle das Richtschwert, wie es noch Luther und die Kirchenväter einst verstanden. Vielmehr ist der moderne Staat heute eine sehr

menschliche, d. h. sehr fehlerhafte Institution, die irren kann und viele Schwächen aufweist. Einer solchen säkularisierten Institution das Recht über das Leben anzuvertrauen, ist völlig unzeitgemäß. Eine Institution, die sich das Recht anmaßen dürfte, Leben zu fordern, müßte unfehlbar sein und „heilig“. Dem modernen Staat wird niemand diese Qualitäten zuschreiben wollen.

Da im übrigen der Staat selbst die Heiligkeit des menschlichen Lebens deklariert und dessen Respektierung von allen Bürgern verlangt, steht es ihm schlecht an, diesen Grundsatz selbst zu verletzen. Die doppelte Moral einer solchen Handlungsweise ließe sich durch keinerlei rationale Argumente verschleiern. Wenn das Leben heilig ist, dann darf es nicht zum Objekt von allerlei Nützlichkeits erwägungen werden, sonst erhebt sich sofort die Gefahr des Mißbrauchs. Von der Unabänderlichkeit einer Exekution wurde schon gesprochen. Abgesehen aber von der damit verbundenen generellen Möglichkeit eines Justizmordes bedeutet sie jedoch auch, daß dem Täter jede Möglichkeit zur Reue, zur tätigen Sühne, zur sittlichen Besserung genommen wird. Wer hätte dazu ein Recht? Gehört nicht vielmehr die Möglichkeit, eine Untat — und sei es die schlimmste — sühnen zu können, zu den unveräußerlichen Menschenrechten? Fichte vertrat jedenfalls mit Nachdruck diesen Standpunkt und kam im Gegensatz zu Kant zur Verurteilung der Todesstrafe.

Ein weiteres gewichtiges Argument gegen die Todesstrafe ist deren grundsätzliche Ungeerechtigkeit. Alle Unterlagen bezeugen, daß die Todesstrafe immer nur die Strafe der „kleinen Leute“, der Unterprivilegierten, der Analphabeten, der rassischen Minderheiten war und noch ist.

„Das Bildungsniveau der Todeszelleninsassen ist niedriger als das der Durchschnittshäftlinge und weit niedriger noch als das des Durchschnittsbürgers draußen“, schreibt Duffy<sup>35)</sup>, der langjährige Direktor des Zuchthauses von San Quentin. Das rührt nicht etwa daher, daß klügere und wohlhabendere Leute prozentual weniger Gewaltverbrechen begehen. Aber sie können sich besser verteidigen, mehr Geld für bessere Anwälte ausgeben, und ganz allgemein wird eine von ihnen begangene Untat gnädiger beurteilt als bei einem Täter, der einer weniger geschätzten Gruppe angehört.

Unter den 123 Delinquenten, die in England zwischen 1949 und 1961 exekutiert wurden,

<sup>33)</sup> Löw, a. a. O., S. 18.

<sup>34)</sup> Löw, a. a. O., S. 17.

<sup>35)</sup> Duffy, a. a. O., S. 253.



waren 15 Ausländer, also mehr als zehn Prozent. Einige Täter waren Analphabeten, viele hatten eine nur mangelhafte Schulbildung genossen, viele waren arbeitslos. Etwa die Hälfte der Täter wies psychische Defekte auf, die von leichten Formen der Schizophrenie und Paranoia über nervöse Reizbarkeit bis zu krankhaft veranlagtem Sexualtrieb und Epilepsie reichten<sup>36)</sup>. Diese Beispiele ließen sich fortsetzen.

Nicht belanglos ist schließlich noch das Argument, daß bei jeder Form der Exekution ein gewisses Maß an Unmenschlichkeit nicht auszuschließen ist. Der schnelle, schmerzlose Tod ist auch mit den modernen Exekutionsformen, dem elektrischen Stuhl und der Gaskammer, nicht zu erzielen, wie vielfache Schilderungen beweisen. Zur Zeit wird im Staat Texas, USA,

die Absicht erwogen, zur Exekution eine sogenannte „Todesspritze“ zu verwenden. Ob damit das grundsätzliche Problem gelöst werden kann, darf bezweifelt werden.

Als bedeutungsvollstes Argument gegen die Todesstrafe, das alle anderen in sich einschließt und aufhebt, erscheint mir aber die Erkenntnis, daß diese „Strafe“ grundsätzlich nicht dem Bedürfnis nach Gerechtigkeit dient. Der Forderung nach der Todesstrafe geht es nicht um fremde Schuld, sondern um die Auflösung eigener Schuld- und Angstgefühle, für die ein Ventil gesucht wird. Ist der Sündenbock zufällig schuldig — um so besser. Ist er unschuldig — auch nicht schlimm. Seine Rolle als Entsühner der Gemeinschaft „heiligt“ ihn.

## Warum ein „Exempel“ statuiert wird

Zum Schluß sei noch ein Fall angeführt, der auf sehr überzeugende Weise die psychische Mechanik der Forderung nach dem Tod eines Mitmenschen, aber auch die Mechanik des Funktionierens einer Diktatur verdeutlicht. Der Fall wird hier nach Einsicht in die Akten des Landgerichts Freiburg wiedergegeben; aus Gründen des Personen- und Datenschutzes können die Namen der beteiligten Personen nicht genannt werden<sup>37)</sup>.

Anfang Mai 1945 liegt ein deutsches Artillerieregiment an der damaligen deutsch-ungarischen Grenze in Abwehrkämpfen mit den Russen. Ein Obergefreiter, nennen wir ihn Schack, ein Berliner, Abiturient und Pfarrerssohn, ist als Funker beim vorgeschobenen Beobachter eingesetzt und desertiert gemeinsam mit einem Unteroffizier in der Nacht vom 2. zum 3. Mai. Die beiden nehmen Eiserne Rationen und das letzte funktionstüchtige Krad der Einheit mit.

Einige Tage später setzt sich die ganze Division nach Westen ab und ergibt sich am 10. Mai einer aus Italien kommenden englischen Einheit. Sie wird in der Gegend von Mauterndorf in Österreich interniert. Zur Aufrechterhaltung der Disziplin und des Wachdienstes dürfen die Kompanien einige Karabiner und die Offiziere ihre Pistolen behalten. Am 14. Mai fährt der fahnenflüchtige Schack ahnungslos auf einem Panjewagen durch das Dorf, in dem seine Einheit interniert ist. Er

wird erkannt und auf Befehl seines Oberleutnants festgenommen. Dieser und ein Hauptmann begeben sich zum Divisionsrichter ins nächste Dorf, um die Angelegenheit zu melden. Der Divisionsrichter erklärt sich für nicht mehr zuständig, seine Amtsgewalt sei erloschen. Man möge die Frage der Einheit vortragen. Die beiden Offiziere fahren zurück. Der Oberleutnant läßt die Einheit, etwa 60 bis 70 Leute, im Halbkreis antreten. Dann trägt er ihnen vor, daß Schack Fahnenflucht begangen habe, woraufhin Rufe laut werden: „So einer gehört erschossen!“ Man wirft Schack Unkameradschaftlichkeit vor; auch die Tatsache, daß er das letzte Krad der Einheit mitnahm, wird ihm sehr verübelt. Der mit fahnenflüchtig gewordene Unteroffizier wurde, nach Schacks Aussagen, von Ostarbeitern erschossen. Der Oberleutnant fordert diejenigen seiner Leute, die für Schacks Tod stimmen, auf, rechts herauszutreten. Daraufhin treten zunächst alle Unteroffiziere, dann aber auch der Großteil der Mannschaften nach rechts. Nur etwa acht oder zehn Leute bleiben unschlüssig zurück, darunter der Fahrer des Oberleutnants.

Nunmehr befiehlt der Oberleutnant einem Leutnant, die Exekution durchzuführen. Abends gegen 21 Uhr wird der Delinquent von diesem Leutnant, einem Wachtmeister und einem Obergefreiten zum Waldrand geführt und vor ein flach ausgehobenes Grab gestellt. Der Obergefreite, der als einziger einen Karabiner mit sich führte, gibt den Todesschuß ab. Der Leutnant versetzt dem Zusammengebrochenen mit seiner Pistole noch einen Fangschuß; dann begraben sie ihn.

<sup>36)</sup> A. Koestler, *Reflections on Hanging*, London 1956, S. 105 ff.

<sup>37)</sup> Düsing, a. a. O., erwähnt ebenfalls diesen Fall, siehe S. 222.



Einige Tage später wird die Leiche entdeckt; eine englische Kommission untersucht den Fall, begnügt sich aber mit der Erklärung, daß Schack auf der Flucht erschossen worden sei.

Der Vater des Erschossenen, der Pfarrer Schack, erfährt durch einen anonymen Brief, daß sein Sohn erschossen worden sei. Er stellt auf eigene Faust Nachforschungen an und erhebt schließlich gegen den Oberleutnant, der unterdessen in Karlsruhe Referendar ist, Mordanklage. Es kommt im Herbst 1949 zu einem Gerichtsverfahren, in dessen Verlauf der Oberleutnant aussagt, daß er sich selbst nicht mehr erklären könne, wie er jenen Erschießungsbefehl geben konnte. Die als Zeugen vernommenen Mannschaftsgrade werfen dem Erschossenen noch immer seine „Unkameradschaftlichkeit“ vor. Der Oberleutnant und der Leutnant werden zu dreieinhalb Jahren bzw. zu einem Jahr und acht Monaten Haft verurteilt.

Die Tatsache, daß in den letzten Kriegstagen oder gar nach dem Waffenstillstand noch Todesurteile nach dem Militärstrafrecht vollstreckt wurden, hat nach Bekanntwerden in der Öffentlichkeit schon für viel Aufhebens und auch politischen Zündstoff gesorgt. Bisher hat man es sich immer relativ leicht damit gemacht, indem man die Schuld fanatischen Nazis oder Durchhalte-Militärriechtern zuschob. Der oben dargelegte Fall beweist jedoch, daß die Sache nicht so einfach liegt. Offensichtlich wird ein diktatorisches System doch nicht nur von einigen Fanatikern, sondern auch von breiteren Volksschichten getragen.

Was also mag jene Männer dazu gebracht haben, noch eine Woche nach dem Waffenstillstand für den Tod eines Kameraden zu stimmen? Waren sie etwa unverbesserliche Nazis? Sicher nicht. Diesen einfachen Leuten, die im Zivilleben Bauern oder Handwerker waren, hatte mit Sicherheit die nazistische Ideologie nie etwas bedeutet, ebensowenig wie für den Oberleutnant, der angab, aus einem liberal-konservativen Elternhaus zu kommen.

Von den anfänglichen Erfolgen Hitlers beeindruckt, ließ sich das deutsche Volk für ihn und seine Ziele einfangen. Bekanntlich hatte Hitler in freien Wahlen nie eine absolute Mehrheit erhalten. Doch Erfolge machen populär, und Siege berauschen — auch jene Menschen, die dem Regime mit Vorbehalten begetneten. Als sich dann das Blatt wendete, war das deutsche Volk — und die Wehrmacht — zu einer „verschworenen Gemeinschaft“, daß heißt zu einer Gemeinschaft von Schuldigen und Schuldbewußten geworden. Jeder denkende Mensch in Deutschland ahnte dumpf, daß die

geknechteten Völker Europas nach einem Sieg über die Deutschen den früheren Bedrückern ihre Rechnung präsentieren würden. Jenes zynische Sprichwort, das während der letzten Kriegsjahre in aller Munde war: „Laßt uns den Krieg genießen, der Friede wird fürchterlich“, legt von dieser dumpfen Zukunftsangst ein beredtes Zeugnis ab.

Doch wenn schon das ganze Volk auf dem Wagen saß, der unaufhaltsam dem Abgrund zusteuerte, so sollte doch niemand versuchen, noch rechtzeitig abzuspringen und die eigene Haut zu retten. Aus dieser Grundstimmung heraus — viel weniger aus nazistischer Überzeugung — billigte man im Volk die harten Maßnahmen gegen Deserteure und „Verräter“; diese Stimmung mag wohl auch der tiefste Grund für das Scheitern des Putsches vom 20. Juli 1944 gewesen sein. An eine Rettung, eine glückliche Wendung kurz vor dem Abgrund vermochte anscheinend niemand mehr recht zu glauben.

Auch die Männer jener Artillerie-Einheit haben sich offenbar als eine „verschworene Gemeinschaft“, das heißt als eine Gemeinschaft von Schuldigen und vielleicht von Verlorenen verstanden. Was ihnen bevorstand, wußten sie nicht, mit Sicherheit aber hielt die Zukunft nichts Gutes für sie bereit. Und da war einer, der sich aus dieser „Schicksalsgemeinschaft“ ausklammern wollte, der seinen eigenen Weg zu gehen versuchte, sich womöglich zu retten glaubte. Die Zukunftsangst und auch das Schuldbewußtsein der Männer, das sich kaum mehr verdrängen ließ, wurden von diesem Außenseiter, der sich zum Sündenbock förmlich anbot, wie magnetisch angezogen. Bezeichnend ist der Vorwurf der „Unkameradschaftlichkeit“, der dem Deserteur gemacht wurde. Dahinter verbirgt sich, kaum verhüllt und noch deutlich zu erkennen, der Vorwurf, daß er das allgemeine (schwere) Schicksal nicht teilen wollte, sondern seinen eigenen Weg zur Rettung suchte.

Aus dieser psychologischen Konstellation heraus kamen jene Männer damals zu dem Todesurteil über ihren Kameraden, das vielen von ihnen vier Jahre später selbst nicht mehr erklärlich schien, und dieselbe Konstellation war es auch, die das deutsche Volk bis fünf Minuten nach Zwölf zu seiner verbrecherischen Führung halten ließ. Schuldbewußtsein war der Kitt, der die „verschworene Gemeinschaft“ zusammenhielt, und dieses Gefühl reichte sehr viel tiefer als die oberflächliche Tünche der Ideologie.

Dieses eben geschilderte Beispiel spiegelt natürlich außergewöhnliche Umstände wider und ist nur unter diesen Umständen möglich



gewesen. Doch auch dort, wo unter normalen, friedlichen Verhältnissen eine an ordnungsgemäße Gesetze gebundene Justiz zu Todesurteilen kommt, liegt die Grundproblematik nicht anders.

Die Todesstrafe ist ihrem Wesen nach kein In-

strument einer rationalen Rechtspflege und kann es auch nie sein. Vielmehr ist sie Ausdruck eines archaischen Irrationalismus, und jeder Versuch, sie in ein rationales System einzubauen, muß zwangsläufig scheitern. Damit ist sie der heutigen Menschheit zutiefst unwürdig.

## Ausgewählte Bibliographie

- Achter, Viktor, Geburt der Strafe, Frankfurt/M. 1951  
Amira, Karl von, Die germanischen Todesstrafen, München 1922  
Beccaria, Cesare, Über Verbrechen und Strafen, Frankfurt/M. 1966  
Bedau, Hugo A., The Death Penalty In America, Chikago 1968  
Büchert, Herbert, Die Todesstrafe, Berlin 1956  
Danckert, Werner, Unehrlische Leute, Bern-München 1963  
Düsing, Bernhard, Die Geschichte der Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland, Offenbach 1952  
Duffy, Clinton D., und Hirshberg, Al, Exekution, Köln 1964  
Eibl-Eibesfeldt, Irenäus, Menschenforschung auf neuen Wegen, Wien 1976  
Fehr, Hans, Deutsche Rechtsgeschichte, Berlin 1948  
Freud, Sigmund, Totem und Tabu, Frankfurt/M. 1956  
Hentig, Hans von, Die Strafe, 2 Bde, Berlin 1954  
Keller, Albrecht, Der Scharfrichter in der deutschen Kulturgeschichte, Bonn 1921  
Keller, Albrecht (Herausgeber), Maister Franntzen Schmidts Nachrichten in Nürnberg all sein Richten, Leipzig 1913  
Knobloch, Joseph, Der deutsche Scharfrichter und die Schelmensippe, Naumburg/Saale 1921  
Koestler, Arthur, Reflections on Hanging, London 1956  
Koestler, Arthur, und Rolph, C. H., Hanged by the Neck, Harmondsworth 1961  
Lang, Josef (Herausgeber Oskar Schalk), Erinnerungen des letzten k. u. k. Scharfrichters, Wien 1920  
Lasaulx, E. von, Die Sühnopfer der Griechen und Römer, Regensburg 1841  
Latte, Kurt, Heiliges Recht, Aalen 1964  
Leder, Karl Bruno, Todesstrafe, München 1980  
Lipmann, Moritz, Die Todesstrafe. Ein Gutachten, Berlin 1912  
Mommsen, Theodor, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899 (in Carl Binding, Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft)  
Mommsen, Theodor, Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker, Leipzig 1905  
Naegeli, Eduard, Das Böse und das Strafrecht, München o. J.  
Neumann, Erich, Tiefenpsychologie und neue Ethik, München 1964  
Schwenn, Friedrich, Die Menschenopfer bei den Griechen und Römern, Gießen 1915  
Scott, George R., The History of Capital Punishment, London 1950  
Steinmetz, Seb. Rud., Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe, 2 Bde, Groningen 1928  
Strack, Hermann L., Das Blut in Glauben und Aberglauben der Menschheit, München 1900  
Wuttke, Adolf, Der deutsche Volksaberglaube in der Gegenwart, Berlin 1900



# Das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe

## Ein Vergleich mit dem Supreme Court in politikwissenschaftlicher und politikdidaktischer Absicht

### I. Vorbemerkung zum Stellenwert der „Rechtskunde“ im Politikunterricht

Die Situation des Politikunterrichts in einer Reihe von Bundesländern ist so diffus wie eh und je zu nennen: Die „reformerische“ Arbeit an den einschlägigen Lehrplänen für alle Schularten und Stufenbereiche reißt nicht ab, der Stellenwert des Faches im Kanon der schulischen Disziplinen bleibt aber weiterhin umstritten. Daran ändern auch jene Rufe von Politikern nach forcierter politischer Bildung nichts, die immer dann ertönen, wenn jugendliche Verirrung zum extremistischen Radikalismus Gefahren für das politisch-soziale System der Bundesrepublik zu signalisieren scheint, und ebensowenig die regelmäßig wiederkehrenden Klagen über die mangelnde Wirksamkeit der politischen Bildungsarbeit. Daß Sorge und Opportunismus hier eng beieinander liegen, ist ganz unpolemisch zu vermerken: Dieselben Politiker werden bei anderer Gelegenheit nicht müde, werbeträchtig auf „Politologen“ und „Soziologen“ als vermeintliche Elemente der „Dekomposition“ einzuschlagen, durch anfechtbare Kapazitätsberechnungen die Zahl der Politikstudenten (vor allem auch an Pädagogischen Hochschulen!) drastisch zu verringern und durch stiefmütterliche Behandlung des Politikunterrichts an den Schulen zusätzliche Abschreckungsmechanismen einzubauen.

Solche Situationsanalyse wird auch nicht durch den Umstand entkräftet, daß da und dort eine (freilich unzulängliche) Anhebung der Stundenzahl für dieses Fach stattgefunden hat; denn die quantitative Ausweitung kommt kaum der schulischen Beschäftigung mit dem Phänomen der *Politik* zugute, sondern dient der An- und Eingliederung sozialer, wirtschaftlicher und rechtlicher Stoffe in das Curriculum politischer Bildung. Was auf den ersten Blick einleuchtet, die Perspektivenerweiterung des Politischen auf jene Nachbarbereiche nämlich, die eng mit ihm verzahnt sind und in Wechselwirkung stehen, löst bei genauerer Betrachtung Unbehagen aus. Nicht

bloß fördern so geartete curriculare Intentionen das ohnehin verbreitete Gefühl fachlicher Inkompetenz bei vielen Politiklehrern<sup>1)</sup>; man darf überdies mit gutem Grund vermuten, daß die Einbeziehung soziologischer, ökonomischer und juristischer Sachverhalte in den Politikunterricht gelegentlich auch seiner „Entpolitisierung“ und „Disziplinierung“ den Weg bereiten soll<sup>2)</sup>. Um die Position des Autors zweifelsfrei zu verdeutlichen: daß die Erzeugung und Förderung gesellschaftlicher und rechtlicher Einsichten zu den fundamentalen Lernzielen jeder politischen Bildung gehört, ist völlig unbestritten; der *Rechtsunterricht*, um auf unser Thema zu kommen, gehört in den *Zusammenhang des Politikunterrichts*.

<sup>1)</sup> Zum Problem der unzureichenden fachwissenschaftlichen Qualifikation der Lehrer für „Rechtskunde“ und der mangelnden fachdidaktischen Kompetenz von Juristen für den rechtskundlichen Unterricht: Ernst H. Ott, *Recht als neue Dimension schulischen Lernens*, Stuttgart 1975, bes. S. 72 ff.; F. Sandmann, *Didaktik der Rechtskunde*, Paderborn 1975, bes. S. 141 ff. (UTB 399).

<sup>2)</sup> Der Verf. glaubt (an anderer Stelle) den Nachweis führen zu können, daß etwa die teils abgeschlossene, teils noch zu leistende Lehrplanrevision in den Hauptschulen Baden-Württembergs einer gefährlichen „Entpolitisierung“ des hiesigen als „Gemeinschaftskunde“ (!) firmierenden Politikunterrichts Wege bahnt. Durch die (auch in der Lehrerbildung wirksam werdende) Konzeption einer politisch-gesellschaftlichen Erziehung, die hälftig durch einen wirtschaftskundlichen Unterricht geleistet werden soll, wird der ohnehin suspekter Charakter des Faches als Sammelplatz disparater Stoffe noch verstärkt; dies um so mehr, als die vorgesehene Unterweisung in oeconomicis wirtschaftspolitische Aspekte tunlichst auszuklammern versucht. Insgesamt paßt die Reform zu dem nicht bloß in Baden-Württemberg zu beobachtenden Trend, den Politikunterricht zur unpolitischen „Kunde“ von institutionell-staatlichen Phänomenen zu „entschärfen“, die durch soziologische, ökonomische und juristische Sachverhalte „angereichert“ wird; darüber kann auch das üblich-wuchernde didaktische Rankenwerk nicht hinwegtäuschen, das den Eindruck eines integrativ-integrierten politisch-gesellschaftlichen Erziehungsbereichs suggerieren will.



Solches zu konstatieren darf aber nicht die Augen vor Gefahren verschließen heißen, die in der Überforderung von Ausbildern bzw. Lehrern und in Tendenzen zur „Verrechtlichung“ des Politischen beschlossen liegen. Solange Rechtskunde nicht als eigenständiges Fach an Schulen eingeführt wird (und gleiches gilt für die Wirtschaftskunde), solange sie (ohne *ausreichende* Anhebung der Stundenzahlen) dem herkömmlichen Politikunterricht untergeschoben wird, muß das Prinzip gelten, daß zuvörderst die *politischen* Implikationen von Recht (Wirtschaft u. a.) zu behandeln sind, daß *politische* Bildung die Orientierungsmarken für die Behandlung rechtlicher (oder wirtschaftlicher) Sachverhalte setzt, daß die Schule weiterhin am Ziel des *politisch* mündigen Bürgers festhält und nicht die Ausbildung juristischer und ökonomischer Experten betreiben kann.

Solche Postulate müssen sich in einer sinnvollen didaktischen Konzeption niederschlagen. Sie darf nicht in erster Linie darauf abzielen, bei Politiklehrern (oder im Nachvollzug bei Schülern) juristisches Fachwissen als Selbstzweck anzuhäufen, sondern muß ihre Fähigkeiten entwickeln helfen, politisch relevante Zusammenhänge im Bereich des Rechts zu erkennen und für die *politische* Bildung fruchtbar zu machen. In diesem Sinn versteht sich folgender Versuch, das Phänomen der Verfassungsgerichtsbarkeit als Gegenstand des Politikunterrichts vorzustellen. Sicher kann er auf die Vermittlung juristischer Sachverhalte nicht verzichten, weil eine Institution bloß angemessen zu begreifen ist, wenn man ihr organisatorisches Prinzip und ihren funktionellen Stellenwert im Systemzusammenhang kennt — eine schlichte Wahrheit, die aber nach der heftigen Schelte einer „emanzipatorischen“ Politikdidaktik gegen jedwede „Institutionenkunde“ doch mancherorten in Vergessenheit geraten ist. Vorrangiges Lernziel freilich sollen Einsichten in die *politische* Problematik sein, die der verfassungsgerichtlichen Sphäre innewohnen, in den zuweilen verlegen negierten Kontext von Macht und Recht etwa, in die klassische Gewaltenteilungslehre zuwiderlaufende Interdependenz von politischer Deziision und verfassungsrichterlichem Vermögen oder in die politischen Implikationen judikativer Entscheidungen und anderes mehr<sup>3)</sup>. Die gelegentlich eingestreuten didak-

<sup>3)</sup> Die für die Information des Lehrers relevante juristische und politikwissenschaftliche Literatur zur deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit ist vorgestellt und rezensiert von Rudolf Schäfer, Politikwissenschaftliche Analysen des Bundesverfassungsgerichts, in: Neue Politische Literatur, 19. Jg., 1974, S. 20ff., und von Ingwer Ebsen, Das Bundesverfas-

tisch-methodischen Hinweise wollen sich nicht auf eine spezifische Schul- und Altersstufe beschränken; sie möchten generell Anregungen vermitteln, die der Lehrer in geeigneter Weise in den Sekundarstufen I oder II umsetzen kann<sup>4)</sup>.

Der strukturvermittelnde Leitgedanke dieses Beitrags soll noch erwähnt und vorläufig begründet werden: gemeint ist der Vergleich zwischen deutscher und amerikanischer Verfassungsgerichtsbarkeit. Der komparatistische Ansatz gewinnt in den Sozialwissenschaften ständig an Boden, gerade und vor allem im institutionellen Bereich. Daß der Vergleich ähnlicher Realitäten sowohl im Blick auf die zeitgenössische Umwelt wie in der historischen Retrospektive die Erkenntnis politischer Gegenwartsprobleme fördern kann, läßt sich aus den Werken der „Klassiker“ von Aristoteles über Machiavelli oder Montesquieu bis hin zu Tocqueville ebenso ablesen wie aus den aktuellen Forschungsergebnissen jener politikwissenschaftlichen Teildisziplin, die unter der Bezeichnung „Comparative government“ vor allem in den USA entwickelt worden ist. In ihrem Sinn versteht sich der Versuch, die Eigentümlichkeiten der bundesrepublikanischen Verfassungsgerichtsbarkeit ebenso wie die spezifische politische Problematik, die Stellung und Wirken des Bundesverfassungsgerichts (BVG) im Herrschaftssystem der Bundesrepublik aufzuwerfen, im Vergleich mit äquivalenten Phänomenen amerikanischer Ver-

sungsgericht im politischen System der Bundesrepublik Deutschland, in: Neue Politische Literatur, 23. Jg., 1978, S. 127ff. An neuester Literatur seien genannt: R. Schlothauer, Zur Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit, Frankfurt 1979; Rolf Lamprecht und Wolfgang Malanowski, Richter machen Politik. Auftrag und Anspruch des Bundesverfassungsgerichts, Frankfurt/M. 1979 (Fischer TB 4211); Wolfgang Däubler und Gudrun Käsel, Verfassungsgericht und Politik. Kritische Beiträge zu problematischen Urteilen, Reinbek 1979 (Rowohlt TB A 4439). Das längst unüberschaubare Schrifttum zum BVG ist bibliographiert von J. Mackert/F. Schneider, Bibliographie zur Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder, Tübingen 1971, Bd. 2, Tübingen 1976. Für die Zeit nach 1976 sei auf die monatlich erscheinende „Karlsruher Juristische Bibliographie“ (Verlag C. H. Beck) verwiesen.

<sup>4)</sup> So wollen sich auch die ausführlichen fachwissenschaftlichen und fachdidaktischen Erörterungen und Materialien zu unserem Thema verstehen (die freilich den Wert des Vergleichs mit dem Supreme Court geringschätzen bzw. vernachlässigen), die unter dem Titel „Rechtsstaat und Verfassungsgerichtsbarkeit“ erschienen sind in: Politische Bildung, 10. Jg., 1977, H. 2, ergänzt um Materialien für den Unterricht, zusammengestellt von Wolfgang Perschel, Verfassungsrechtsprechung und Politik, Stuttgart 1978. In beiden Heften finden sich auch Literaturhinweise, die allesamt die fehlende politikunterrichtlich-didaktische Auseinandersetzung mit dem Thema belegen.



fassungsrechts und amerikanischer Verfassungswirklichkeit zu erhellen. Der komparatistische Ansatz rechtfertigt sich in diesem Falle zusätzlich aus der Entstehungsgeschichte des BVG: Der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee, der Parlamentarische

Rat und der Deutsche Bundestag haben bei den Diskussionen um seine angemessene konstitutionelle und gesetzgeberische Verankerung stets auch das Modell des amerikanischen Supreme Court in ihre Überlegungen einbezogen<sup>5)</sup>.

## II. Die Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit in unserer Gegenwart

„Betroffenheit“ als Ferment fruchtbareren Lernens kann der Politiklehrer beim Thema „Verfassungsgerichtsbarkeit“ mit größerer Aussicht auf Erfolg herstellen als in manchen anderen institutionenkundlichen Bereichen seines Faches: In den vergangenen Jahren hat es an Urteilen des BVG zu politischen Streitfragen nicht gefehlt, die jugendliche Existenz unmittelbar berühren; auch nicht, fügen wir es gleich hinzu, an *kontroversen* Urteilen im doppelten Sinn gegensätzlicher Rechtsauffassungen *innerhalb* des höchsten Gerichtes wie unter gesellschaftlichen Gruppen, was der didaktisch-methodischen Planung durchaus zugute kommt. So mag der kritische Vergleich von Textpassagen aus dem Urteil zu § 218 StGB<sup>6)</sup> mit der abweichenden Meinung der Richterin Rupp v. Brüneck und des Richters Dr. Simon oder aus dem Wehrpflicht-Urteil<sup>7)</sup> mit der abweichenden Meinung des Richters Hirsch als Einstieg in unseren rechtskundlichen Sachkomplex dienen, der schon *Bedeutung* wie *politische Problematik* der Verfassungsgerichtsbarkeit signalisieren soll.

*Dem Urteil zu § 218 StGB lag folgender Sachverhalt zugrunde:* Der Deutsche Bundestag hatte am 18. Juni 1974 im Fünften Gesetz zur Reform des Strafrechts (5. StrRG) die §§ 218 bis 220 StGB neu gefaßt und dabei zum einen in der sogenannten Fristenlösung die mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Abtreibung in der Dreimonatsfrist nach der Empfängnis legalisiert, zum anderen bei Vorliegen der medizinischen oder eugenischen Indikation Schwangerschaftsab-

brüche auch nach der Zwölfwochenfrist ermöglichen wollen. 193 Mitglieder des Deutschen Bundestags sowie die Landesregierungen von Baden-Württemberg, Bayern, Rheinland-Pfalz, des Saarlands und von Schleswig-Holstein stellten gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, und § 13 Nr. 6 BVerfGG den Antrag auf verfassungsrechtliche Überprüfung der revidierten Paragraphen, die nach ihrer Meinung gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 und außerdem gegen die Art. 3 sowie 6 Abs. 1, 2 und 4 GG sowie gegen das Rechtsstaatsprinzip verstießen; überdies hätte nach Rechtsauffassung der Landesregierungen das Fünfte Strafrechtsreformgesetz dem Bundesrat als Zustimmungsgesetz überwiesen werden müssen. Das BVG hat in seinem Urteil die „Fristenlösung“ der Verfassungswidrigkeit (Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) geziehen und lediglich einer Indikationslösung Rechtmäßigkeit zuerkannt, woraus der Gesetzgeber dann 1976 in einer neuerlichen Fassung der inkriminierten Paragraphen des STGB (und in Verwaltungsvorschriften einzelner Länder) Konsequenzen gezogen hat.

Eine Enquête-Kommission (14 medizinische, soziologische und psychologische Experten) hat für das Bundesfamilienministerium im Februar 1980 eine vorläufige Bilanz der Gesetzesanwendung gezogen. Der vorgelegte Bericht kritisiert die Auswirkungen der Reform (große Ungerechtigkeiten gegenüber den Frauen) und empfiehlt in einem fast die Hälfte der Mitglieder umfassenden Minderheitsvotum die „Fristenlösung“ bis zur 10. Woche nach der Empfängnis. Meinungsbefragungen signalisieren kontroverse Positionen der Bevölkerung in Sachen „Abtreibung“, wobei sich Befürworter und Gegner fast die Waage halten; und zwischen Parteien (etwa CDU — FDP) oder gesellschaftlichen Gruppen (hier Katholische Kirche, dort etwa Frauenvereinigungen) scheinen die Fronten ebenso unüberbrückbar. Klären wir sie in der Gegenüberstellung von Urteils-Auszügen aus dem Mehrheits- und Minderheitsvotum des BVG.

<sup>5)</sup> Über die verfassungsrechtlichen Beratungen dieser Gremien informiert ausführlich Heinz Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und Politischer Prozeß, Tübingen 1968; knappe Hinweise auf die Entstehungsgeschichte des BVG finden sich bei Werner Sörgel, Konsensus und Interesse. Eine Studie zur Entstehung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1969, S. 142ff.; Karlheinz Nidula, Demokratiegründung, München 1974, S. 156ff.

<sup>6)</sup> BVerfGE 39, 1ff. (Entscheidung vom 25. Februar 1975).

<sup>7)</sup> BVerfGE 48, 127ff. (Entscheidung vom 13. April 1978).



### a) Mehrheitsvotum

„Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schützt auch das sich im Mutterleib entwickelnde Leben als selbständiges Rechtsgut ...“

„Bei der Auslegung des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ist auszugehen von seinem Wortlaut: ‚Jeder hat das Recht auf Leben ...‘ Leben im Sinne der geschichtlichen Existenz eines menschlichen Individuums besteht nach gesicherter biologisch-physiologischer Erkenntnis jedenfalls vom 14. Tage nach der Empfängnis (Nidation, Individuation) an ...“

„... Die Sicherung der menschlichen Existenz gegenüber staatlichen Übergriffen wäre unvollständig, wenn sie nicht auch die Vorstufe des ‚fertigen Lebens‘, das ungeborene Leben, umfaßte ... Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu; es ist nicht entscheidend, ob der Träger sich dieser Würde bewußt ist und sie selbst zu wahren weiß. Die von Anfang an im menschlichen Sein angelegten potentiellen Fähigkeiten genügen, um die Menschenwürde zu begründen.“

„Die Schutzpflicht des Staates ist umfassend. Sie verbietet nicht nur — selbstverständlich — unmittelbare staatliche Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen, das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren ...“

„Die Verpflichtung des Staates, das sich entwickelnde Leben in Schutz zu nehmen, besteht grundsätzlich auch gegenüber der Mutter ...“

„Wäre der Embryo nur als Teil des mütterlichen Organismus anzusehen, so würde auch der Schwangerschaftsabbruch in dem Bereich privater Lebensgestaltung verbleiben, in den einzudringen dem Gesetzgeber verwehrt ist. Da indessen der Nasciturus ein selbständiges menschliches Wesen ist, das unter dem Schutz der Verfassung steht, kommt dem Schwangerschaftsabbruch eine soziale Dimension zu, die ihn in der Regelung durch den Staat zugänglich und bedürftig macht. Das Recht der Frau auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit, welches die Handlungsfreiheit im umfassenden Sinn zum Inhalt hat und damit auch die Selbstverantwortung der Frau umfaßt, sich gegen eine Elternschaft und die daraus folgenden Pflichten zu entscheiden, kann zwar ebenfalls Anerkennung und Schutz beanspruchen. Dieses Recht ist aber nicht uneingeschränkt gewährt ...“

„Ein Ausgleich, der sowohl den Lebensschutz des Nasciturus gewährleistet als auch der Schwangeren die Freiheit des Schwangerschaftsabbruchs beläßt, ist nicht möglich, da Schwangerschaftsabbruch immer Vernichtung des ungeborenen Lebens bedeutet. Bei der deshalb erforderlichen Abwägung ‚sind beide Verfassungswerte in ihrer Beziehung zur Menschenwürde als dem Mittelpunkt des Wertesystems der Verfassung zu sehen‘. Bei einer Orientierung an Art. 1 Abs. 1 GG muß die Entscheidung zugunsten des Vorrangs des Lebensschutzes für die Leibesfrucht vor dem Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren fallen.“

(BVerfGE 39, 1 ff. [Auszüge vom Verf.]).

### b) Minderheitsvotum

„Unbestritten umfaßt die verfassungsrechtliche Pflicht zum Schutz des Lebens auch seine Vorstufe vor der Geburt. Die Auseinandersetzungen im Parlament und vor dem Bundesverfassungsgericht betrafen nicht das Ob, sondern allein das Wie dieses

Schutzes. Die Entscheidung hierüber gehört in die Verantwortung des Gesetzgebers. Aus der Verfassung kann unter keinen Umständen eine Pflicht des Staates hergeleitet werden, den Schwangerschaftsabbruch in jedem Stadium der Schwangerschaft unter Strafe zu stellen. Der Gesetzgeber dürfte sich sowohl für die Beratungs- und Fristenregelung wie für die Indikationslösung entscheiden. Eine entgegen-gesetzte Verfassungsauslegung ist mit dem freiheitlichen Charakter der Grundrechtsnormen nicht vereinbar und verlagert in folgenschwerem Ausmaß Entscheidungskompetenzen auf das Bundesverfassungsgericht ...“

„Die in diesem Verfahren begehrte Prüfung verläßt den Boden der klassischen verfassungsgerichtlichen Kontrolle ... In der Skala der staatlichen Eingriffsmöglichkeiten stehen Strafvorschriften an der Spitze: Sie befehlen dem Bürger ein bestimmtes Verhalten und unterwerfen ihn bei Zuwiderhandlungen empfindlichen Freiheitsbeschränkungen oder finanziellen Belastungen. Verfassungsgerichtliche Kontrolle solcher Vorschriften bedeutet daher die Prüfung, ob der mit dem Anlaß oder der Anwendungen der Strafvorschrift verbundene Eingriff in die grundrechtspflichtgeschützte Freiheitssphäre zulässig ist, ob also der Staat überhaupt oder in dem vorgesehenen Umfang strafen darf.“

„Unser stärkstes Bedenken richtet sich dagegen, daß erstmals in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung eine objektive Wertentscheidung dazu dienen soll, eine Pflicht des Gesetzgebers zum Erlaß von Strafnormen, also zum stärksten denkbaren Eingriff in den Freiheitsbereich des Bürgers, zu postulieren. Dies verkehrt die Funktion der Grundrechte in ihr Gegenteil. Wenn die in einer Grundrechtsnorm enthaltene objektive Wertentscheidung zum Schutz eines bestimmten Rechtsgutes genügen soll, um daraus die Pflicht zum Strafen herzuleiten, so könnten die Grundrechte unter der Hand aus einem Hort der Freiheitssicherung zur Grundlage einer Fülle von freiheitsbeschränkenden Reglementierungen werden. Was für den Schutz des Lebens gilt, kann auch für andere Rechtsgüter von hohem Rang — etwa körperliche Unversehrtheit, Freiheit, Ehe und Familie — in Anspruch genommen werden.“ ...

„Nach Auffassung der unterzeichnenden Richterin ist die Weigerung der Schwangeren, die Menschwerdung ihrer Leibesfrucht in ihrem Körper zuzulassen, nicht allein nach dem natürlichen Empfinden der Frau, sondern auch rechtlich etwas wesentlich anderes als die Vernichtung selbständig existenten Lebens. Schon deswegen verbietet es sich von vornherein, die Abtreibung im ersten Stadium der Schwangerschaft mit Mord oder vorsätzlicher Tötung prinzipiell gleichzustellen. Erst recht ist es verfehlt, wenn nicht unsachlich, die Fristenlösung in die Nähe der Euthanasie oder gar der ‚Tötung unwerten Lebens‘ zu rücken, um sie von daher zu diskriminieren — wie dies in der öffentlichen Diskussion geschehen ist.“

„Nach unserer Auffassung schreibt die Verfassung nirgends vor, ethisch verwerfliches oder strafwürdiges Verhalten müsse ... ohne Rücksicht auf den damit erzielten Effekt mit Hilfe des Gesetzesrechts mißbilligt werden. In einem pluralistischen, weltanschaulich neutralen und freiheitlichen demokratischen Gemeinwesen bleibt es den gesellschaftlichen Kräften überlassen, Gesinnungspostulate zu statuieren. Der Staat hat darin Enthaltensamkeit zu üben ...“

A. a. O.



Dem Wehrpflicht-Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Deutsche Bundestag wollte im „Gesetz zur Änderung des Wehrpflichtgesetzes und des Zivildienstgesetzes“ vom 13. Juli 1977 unter Berufung auf Art. 4 GG die freie Wahl zwischen Wehr- und Zivildienst einführen. Wehrpflichtige, die aus Gewissensgründen den Dienst in der Bundeswehr verweigern wollten, sollten sich über eine Meldung an das zuständige Kreiswehrersatzamt für den 18 Monate dauernden Zivildienst entscheiden können; bereits eingezogene Wehrpflichtige aber sollten weiterhin ein (freilich verbessertes) Prüfungsverfahren absolvieren, wenn sie von Art. 4 GG Gebrauch machen wollten. Die CDU/CSU-Opposition sowie die Landesregierungen vom Bayern, Rheinland-Pfalz und Baden-Württemberg beantragten gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 Nr. 1 BVerfGG beim BVerfG, es solle das Wehrpflichtänderungsgesetz für nichtig erklären, weil es gegen Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3, 12 a Abs. 1 und 2 GG verstoße und überdies nicht nach den Vorschriften des GG zustande gekommen sei (die geplante Umgestaltung des Zivildienstes tangiere die Verwaltungskompetenz der Länder; deshalb hätte die Wehrdienstnovelle der Zustimmung des Bundesrats nach Art. 87 b Abs. 2 Satz 1 GG bedurft). Das BVerfG entsprach in seinem Urteil den Argumenten der Antragsteller und dekretierte die Nichtigkeit des Gesetzes. Seither bemüht sich der Bundesgesetzgeber — bislang ohne jeden Erfolg — um eine verfassungskonforme „Neuordnung des Rechtes der Kriegsdienstverweigerung und des Zivildienstes“; notgedrungen ist man einstweilen zum Status quo ante, zu jenem heftig umstrittenen Anerkennungsverfahren für Wehrdienstverweigerer mittels „Gewissensüberprüfung“ zurückgekehrt.

#### a) Leitsätze des Karlsruher Urteils zur Wehrdienstnovelle

„1. Die von der Verfassung geforderte militärische Landesverteidigung kann auf der Grundlage der allgemeinen Wehrpflicht, aber — sofern ihre Funktionstüchtigkeit gewährleistet bleibt — verfassungsrechtlich unbedenklich beispielsweise auch durch eine Freiwilligenarmee gewährleistet werden.

2. Die allgemeine Wehrpflicht ist Ausdruck des allgemeinen Gleichheitsgedankens. Ihre Durchführung steht unter der Herrschaft des Art. 3 Abs. 1 GG.

3. Kriegsdienstverweigerer aus Gewissensgründen sind gemäß Art. 12 a Abs. 2 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 GG von Verfassungs wegen vom Wehrdienst nach Art. 12 a Abs. 1 GG befreit.

4. Der Kerngehalt des Grundrechts aus Art. 4 Abs. 3 GG besteht darin, den Kriegsdienstverweigerer vor dem Zwang zu bewahren, in einer Kriegshandlung

einen anderen töten zu müssen, wenn ihm sein Gewissen eine Tötung grundsätzlich und ausnahmslos zwingend verbietet.

Die Ableistung von Wehrdienst außerhalb dieser Zwangslage und ihres unmittelbaren Zusammenhangs, insbesondere die Leistung von Wehrdienst in Friedenszeiten, fällt nicht schlechthin in den Kernbereich des Grundrechts aus Art. 4 Abs. 3 GG. Das Grundgesetz gibt indes durch die in Art. 12 a Abs. 2 GG erteilte Ermächtigung, auf gesetzlichem Wege eine Ersatzdienstpflicht einzuführen, zu erkennen, daß es denjenigen, der den Kriegsdienst mit der Waffe aus Gewissensgründen verweigert, auch außerhalb des von Art. 4 Abs. 3 GG geschützten Kernbereichs, mithin grundsätzlich auch in Friedenszeiten, nicht zum Dienst mit der Waffe herangezogen sehen will.

5. Der Verfassungsgeber hat nicht eine allen Staatsbürgern — also gemäß Art. 3 Abs. 2 GG auch dem weiblichen Teil der Bevölkerung — obliegende Dienstpflicht für das allgemeine Wohl zugelassen. Der in Art. 12 a Abs. 2 GG vorgesehene Ersatzdienst ist vom Grundgesetz nicht als alternative Form der Erfüllung der Wehrpflicht gedacht; er ist nur Wehrpflichtigen vorbehalten, die den Dienst mit der Waffe aus Gewissensgründen verweigern.

6. Dem Verfassungsgebot der staatsbürgerlichen Pflichtgleichheit in Gestalt der Wehrgerechtigkeit wird nicht schon dadurch genügt, daß die Wehrpflichtigen entweder zum Wehrdienst oder zum Ersatzdienst herangezogen werden. Das Grundgesetz verlangt vielmehr, daß der Wehrpflichtige grundsätzlich Wehrdienst leistet, und verbietet es deshalb, in den als Ersatz des Wehrdienstes eingerichteten Zivildienst andere als solche Wehrpflichtige einzuberufen, die nach Art. 12 a Abs. 2 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 GG den Dienst mit der Waffe aus Gewissensgründen verweigern dürfen.

7. Die Wehrgerechtigkeit fordert von jeder gesetzlichen Regelung nach Art. 12 a Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 Satz 2 GG, daß nur solche Wehrpflichtige als Kriegsdienstverweigerer anerkannt werden, bei denen mit hinreichender Sicherheit angenommen werden kann, daß in ihrer Person die Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 3 Satz 1 GG erfüllt sind.

8. Wie eine gesetzliche Regelung, welche die Ausgestaltung des Ersatzdienstes als einzige Probe auf die Gewissensentscheidung einsetzt, beschaffen sein muß, wenn sie der Verfassung entsprechen soll, hängt von zahlreichen Faktoren ab. Der Gesetzgeber hat insoweit innerhalb des von Art. 12 a Abs. 2 Satz 2 und 3 GG gezogenen Rahmens volle Gestaltungsfreiheit.“

(BVerfGE 48, S 127 ff. [Auszüge vom Verf.].)

#### b) Abweichende Meinung des Richters Hirsch

„Die jetzt erhobene Forderung des Zweiten Senats nach einem Verfahren, das gewährleistet, daß nur solche Wehrpflichtigen als Kriegsdienstverweigerer anerkannt werden, bei denen mit hinreichender Sicherheit angenommen werden kann, daß in ihrer Person (!) die Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 3 Satz 1 GG erfüllt sind, ist aus der Verfassung nicht herzuleiten. Art. 4 Abs. 3 GG ist ein Fall des Art. 4 Abs. 1 GG und will den Kriegsdienstverweigerer schützen, der nur gegen sein Gewissen mit der Waffe am Kriege teilnehmen könnte. Sein Schutz ist gegeben, wenn er durch entsprechende Erklärung



— im Krieg und Frieden (Art. 4 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 12 a GG) — von der Wehrpflicht freigestellt ist. Der mögliche Mißbrauch des Grundrechts beeinträchtigt nicht den Schutz der Gewissensfreiheit. Damit ist zwar nicht ein Verfahren zur Verhütung von Mißbrauch verboten; aber die Zulässigkeit bedeutet kein Gebot ... Diese Freiheit ist weder disponibel noch einem staatlichen Definitionsvorbehalt unterworfen ... Diese (unbequeme) Verfassungssituation wird auch nicht durch Art. 3 Abs. 1 GG relativiert. Die vom Senat hier ins Feld geführte Idee der Wehrgerechtigkeit ist lediglich ein Argument gegen die als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG subsumierte Ungerechtigkeit, daß viele Wehrpflichtige (die sich nicht auf Art. 4 Abs. 3 GG berufen können) nicht einberufen werden und deswegen weniger zu leisten haben als ihresgleichen, die (zum Teil zufällig) einberufen worden sind. Die berechtigten Kriegsdienstverweigerer kann man hingegen nicht als vergleichsweise besser gestellt ansehen. Die Wehrgerechtigkeit verlangt, daß bei der Erfüllung der Wehrpflicht nicht willkürlich oder ohne sachlich zwingenden Grund unterschiedliche Anforderungen gestellt werden (BVerfGE 38, 154). Wer aber von Verfassungen wegen nicht der Wehrpflicht unterworfen ist, kann nicht als ungerechtfertigt bevorteilt im Vergleich zum Wehrpflichtigen angesehen werden ... Der Senat unternimmt eine politische Wertung (d. Verf.), wenn er die Notwendigkeit des Prüfungsverfahrens von der ‚Bedeutung‘ des Wehrdienstes für die Allgemeinheit abhängig macht. Diese Nichtbeachtung des ‚judicial-self-restraint‘ im Sinne einer Bescheidung auf eine gerichtsförmige Kontrollfunktion zwecks Einhaltung der durch die Verfassung vorgegebenen Grenzfestlegungen birgt die Gefahr in sich, daß sich das Verfassungsgericht zu einer das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip überlagernden Verfassungsgesetzgebungsinstanz entwickelt und damit vom ‚Hüter‘ zum (unkontrollierbaren) ‚Herrn‘ der Verfassung wird ...“

A. a. O.

Die Interpretation der Texte läßt wenigstens zwei zentrale Funktionen westdeutscher Verfassungsgerichtsbarkeit erkennen und verweist auch schon auf ihre wesenseigene Problematik: In einem gerichtsförmigen Verfahren entscheidet das BVerfG über die verfassungskonforme Auslegung und Inanspruchnahme der *Grundrechte* und mißt überdies das *Handeln staatlicher Gewalt* in ihren verschie-

den Erscheinungsformen an den Wert- und Normvorstellungen des Grundgesetzes. Dabei bewegt es sich im ersten Bereich offensichtlich auf dem schlüpfrigen Boden des Gegensatzes zwischen individuellen Freiheits-, Gleichheits- oder Gerechtigkeitsforderungen und Herrschaftsansprüchen der staatlichen Institutionen; im zweiten Bereich begibt es sich auf das Glatteis zwischen „affirmativer“ Hilfestellung bei der Durchsetzung exekutiv-legislativer Entscheidungen und einer die Gewaltbalance berührenden Interpretation des richterlichen Prüfungsrechts, welche die Frage des „quis custodiet custodes“ aufwirft und über Kontrollmechanismen nachzudenken zwingt, denen das BVerfG selbst unterworfen sein muß bzw. müßte.

Wir werden uns an die politische Problematik der Verfassungsgerichtsbarkeit behutsam herantasten können, wenn wir der Konzeption nachspüren, welche die westdeutschen Verfassungsväter diesem Institut zugrunde gelegt haben, und die bundesrepublikanische Verfassungsgerichtsbarkeit mit ihrem funktionalen Äquivalent in den USA vergleichen. Der Autor teilt jene zuweilen vorgetragene Ansicht nicht, man könne sich „von Vergleichen (des BVerfG, d. Verf.) mit anderen, ähnlichen Verfassungsgerichten wenig Erkenntnis erhoffen. Dies gilt z. B. für die ... Bezugnahme auf den Supreme Court. Beide Gerichte sind nur teilweise vergleichbar.“<sup>8)</sup> Das Faktum stimmt, die Folgerung irrt: Gerade im Kontrast zum Obersten Gerichtshof der Vereinigten Staaten enthüllt sich die singuläre Position des BVerfG im zweihundertjährigen Entwicklungsprozeß der modernen Verfassungsgerichtsbarkeit, gerade im Kontrast rechtfertigen sich Einschätzungen ausländischer Kommentatoren, die das BVerfG mit seiner Kompetenzfülle als „originellste und interessanteste Institution“ im westdeutschen Verfassungssystem bezeichnet haben<sup>9)</sup>.

### III. Ursprung, Kompetenzen und Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und den USA

Zweifelsohne kommt den USA das Verdienst der Urheberschaft am Phänomen der modernen Verfassungsgerichtsbarkeit zu<sup>10)</sup>. Seit Be-

auf englische und französische Modellvorstellungen des 17. Jahrhunderts als den Vorläufern verfassungsgerichtlicher Phänomene eingehen will, die freilich gerade in den Mutterländern durch die Suprematie des Gesetzgebers bzw. die Theorie verdrängt wurden, die politischen Instanzen (speziell die Legislative) als Repräsentanten des Volkes und seines Willens seien am ehesten auch zur Wahrung der Verfassungsnormen berufen. Zu denken wäre etwa an die Idee der rechtlichen Bindung des Gesetzgebers (die in Naturrechts- und „common law“-Traditionen wurzelt), wie sie vom großen Sir Edward Coke, dem englischen Chief Justice und mutigen Verfechter der Parlamentsrechte gegen die absolu-

<sup>8)</sup> So etwa Martin Gralher, Politische oder soziale Kontrolle? Zur Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit im politischen System der Bundesrepublik, in: Rechtsstaat und Verfassungsgerichtsbarkeit, a. a. O., S. 17.

<sup>9)</sup> So etwa Alfred Grosser, Deutschlandbilanz, München 1970, S. 143.

<sup>10)</sup> Je nach Wissensstand und Aufnahmevermögen der Klasse wird der Politiklehrer entscheiden, ob er



ginn des vorigen Jahrhunderts, als Chief Justice John Marshall ein richterliches Prüfungsrecht legislativer Akte aus der US-Verfassung herausinterpretierte<sup>11)</sup>, beanspruchte der Supreme Court mit wachsendem Nach-

tistischen Herrschaftsgelüste der Stuart-Könige, in klassischen Gerichtsentscheidungen entwickelt und dann von englischen Kolonisten auch der Neuen Welt eingepflanzt wurde; an das Schrifttum John Lockes und Charles de Montesquieus, das die Vorzüge personeller und funktionaler Aufteilung der Herrschaftsgewalt und wechselseitiger Machtkontrolle der Gewalten untereinander pries und von den amerikanischen Verfassungsvätern aufmerksam studiert wurde; an die Diskussionen im philadelphischen Verfassungskonvent von 1787, wie sie sich auch in den „Federalist Papers“ niederschlugen, wobei bis zum heutigen Tage niemand die Frage zweifelsfrei klären können, ob die Gründerväter das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Bundesgesetzen stillschweigend in den Verfassungskontext einbegriffen wissen wollten oder nicht. Zur Ausbreitung des Verfassungsgerichtswezens im Gefolge der amerikanischen Entwicklung vgl. u. a. Martin Hirsch, Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsgerichte in der Bundesrepublik Deutschland sowie in anderen Staaten, in: Verfassungsgericht und Politik, a. a. O., S. 179 ff.; ebenso diverse Beiträge in: Peter Häberle (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, Darmstadt 1976 (Wege der Forschung Bd. 495).

<sup>11)</sup> Vor allem in der berühmten Entscheidung *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 177/78 (1803), abgedruckt u. a. auch bei Henry Steele Commager, *Documents of American History*, 2 vols., New York 1958<sup>7</sup>, I, S. 191 ff., in Auszügen auf dt. bei Erich Angermann, *Der Aufstieg der Vereinigten Staaten von Amerika 1607—1914*, Quellen- und Arbeitshefte zur Geschichte und Gemeinschaftskunde, H. 4237, Stuttgart o. J., S. 14 ff. Seit 1803 hat der S. C. etwa 110 Bundesgesetze ganz oder teilweise als verfassungswidrig deklariert, so Jonathan D. Casper, *The Supreme Court and National Policy Making*, in: *The American Political Science Review*, Bd. LXX, 1976, H. 1, S. 50 ff. Im 19. Jahrhundert intensivierte sich die Ausübung des „judicial review“ vor allem in der Bürgerkriegsperiode und der „Reconstruction“-Ära: In den berüchtigt-berühmten „Civil-Rights“-Entscheidungen sabotierte der S. C. die „Civil-Rights“-Gesetzgebung des Kongresses als unzulässigen Eingriff in die Staatensouveränität. Seit der Jahrhundertwende verfiel eine stetig wachsende Zahl von Bundesgesetzen höchstrichterlichem Verdikt; allein während der ersten Jahre des Roosevelt'schen „New Deal“ erklärte der S. C. ein Dutzend Gesetze sozialreformerischen Inhalts als „unanwendbar“, weil der Verfassung widersprechend. Nach dem Zweiten Weltkrieg zeichnete sich vorübergehend ein Niedergang des richterlichen Prüfungsrechts ab; erst die spektakulären Schulentscheidungen Mitte der fünfziger Jahre und die Instrumentalisierung der von der Verfassung garantierten Individualrechte für Zwecke einer forcierten Rassenintegration rückten den S. C. wieder ins Rampenlicht der Öffentlichkeit. Zur Ausübung des „judicial review“ in historisch-politischer Perspektive vgl. etwa Horst Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*. Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung, Karlsruhe 1961; Walter Haller, *Supreme Court und Politik in den USA*, Bern 1972; oder ein „Klassiker“ der europäischen Amerika-Literatur: Louis B. Boudin, *Government by Judiciary*, 2 vols., New York 1932.

druck die Kompetenz, unter gewissen Voraussetzungen Bundesgesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin kontrollieren zu können. Wenn in der politischen Theorie und Verfassungswirklichkeit Europas die Judikative bislang tatsächlich nur als fünftes Rad am Wagen des gewaltenteiligen Herrschaftsmodells gewertet worden war, so avancierte die richterliche Gewalt in den Vereinigten Staaten fortan zum ebenbürtigen Mit- und Gegenspieler von Exekutive und Legislative.

Das amerikanische Modell des „judicial review“ bestimmte gerade auch die konstitutionelle Entwicklung des Deutschen Reiches seit der Frankfurter Paulskirchenbewegung von 1848 und ließ zuguterletzt den Parlamentarischen Rat 1948/49 mit dem BVG ein Organ schaffen, das die Konsolidierung der zweiten deutschen Republik ebenso fördern sollte wie einst das Oberste Gericht der jungen amerikanischen Republik zur Festigung verholfen hatte: durch den Schutz des Rechtsstaates und der individuellen Grundrechte im Wege der Gesetzesüberprüfung einerseits und durch die Sicherung der föderalen Ordnung mittels schiedsrichterlicher Regelung von Konflikten im Beziehungsgefüge von Zentralstaat und Einzelstaaten andererseits.

Freilich zeigt der Vergleich der einschlägigen Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen (Art. III US-Verfassung und Art. 93 GG; Judiciary Act von 1789 und Bundesverfassungsgerichtsgesetz von 1951 in seiner mehrfach revidierten Form), daß beide Länder den Kompetenzenkatalog und Aktionsradius der „dritten Gewalt“ in ihrer verfassungsgerichtlichen Manifestation unterschiedlich fixieren.

### *Art. III US-Verfassung*

„Abschnitt 1. Die richterliche Gewalt der Vereinigten Staaten liegt bei einem Obersten Bundesgerichtshof und bei solchen unteren Gerichten, deren Errichtung der Kongreß von Fall zu Fall anordnen wird ...

Abschnitt 2. Die richterliche Gewalt erstreckt sich auf alle Fälle nach dem Gesetzes- und dem Billigkeitsrecht, die sich aus dieser Verfassung, den Gesetzen der Vereinigten Staaten und den Verträgen ergeben, die in ihrem Namen abgeschlossen wurden oder künftig geschlossen werden; — auf alle Fälle, die Botschafter, Gesandte und Konsuln betreffen; — auf alle Fälle der Admiralitäts- und Seegerichtsbarkeit; — auf Streitigkeiten, in denen die Vereinigten Staaten Streitpartei sind; — auf Streitigkeiten zwischen zwei oder mehreren Einzelstaaten; — zwischen einem Einzelstaat und den Bürgern eines anderen Einzel-



staates; — zwischen Bürgern verschiedener Einzelstaaten; — zwischen Bürgern desselben Einzelstaates, die auf Grund von Zuweisungen seitens verschiedener Einzelstaaten Ansprüche auf Land erheben; — und zwischen einem Einzelstaat oder dessen Bürgern und fremden Staaten, Bürgern oder Untertanen.

In allen Fällen, die Botschafter, Gesandte und Konsuln betreffen, und in solchen, in denen ein Einzelstaat Partei ist, übt das Oberste Bundesgericht ursprüngliche Gerichtsbarkeit aus. In allen anderen zuvor erwähnten Fällen ist das Oberste Bundesgericht Appellationsinstanz sowohl hinsichtlich der rechtlichen als auch der Tatsachenbeurteilung gemäß den vom Kongreß festzulegenden Ausnahme- und Verfahrensbestimmungen ..."

#### Art. 93 GG

#### „[Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts]

(1) Das Bundesverfassungsgericht entscheidet:

1. über die Auslegung dieses Grundgesetzes aus Anlaß von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten eines obersten Bundesorgans oder anderer Beteiligter, die durch dieses Grundgesetz oder in der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet sind;

2. bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit diesem Grundgesetz oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Drittels der Mitglieder des Bundestages;

3. bei Meinungsverschiedenheiten über Rechte und Pflichten des Bundes und der Länder, insbesondere bei der Ausführung von Bundesrecht durch die Länder und bei der Ausübung der Bundesaufsicht;

4. in anderen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen dem Bund und den Ländern, zwischen verschiedenen Ländern oder innerhalb eines Landes, soweit nicht ein anderer Rechtsweg gegeben ist;

4 a. über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein;

4 b. über Verfassungsbeschwerden von Gemeinden und Gemeindeverbänden wegen Verletzung des Rechts auf Selbstverwaltung

nach Artikel 28 durch ein Gesetz, bei Landesgesetzen jedoch nur, soweit nicht Beschwerde beim Landesverfassungsgericht erhoben werden kann;

5. in den übrigen in diesem Grundgesetz vorgesehenen Fällen.

(2) Das Bundesverfassungsgericht wird ferner in den ihm sonst durch Bundesgesetz zugewiesenen Fällen tätig."

Der Supreme Court nimmt laut US-Verfassung in genau definierten Sachbereichen originäre, erstinstanzliche Rechtsprechungsfunktionen wahr; er stellt die oberste Revisions- bzw. Appellationsinstanz eines (dreistufigen) Bundesgerichtssystems in konkreten Streitfällen dar; er übt schließlich durch die Inanspruchnahme des „judicial review“ Verfassungsgerichtsbarkeit aus, gemeinsam allerdings mit anderen Gerichten im Rahmen einer dezentralisierten Judikative, und beschränkt auf den Bereich „konkreter“ Normenkontrolle.

Vor dem amerikanischen Hintergrund nehmen sich Position und Kompetenzfülle des BVG über die Maßen stattlich aus: Das Bonner Grundgesetz hat einen mit dem Monopol der Verfassungsgerichtsbarkeit ausgestatteten Gerichtshof geschaffen, dessen vielfältige Funktionen folgende Tabelle veranschaulichen soll<sup>12)</sup>:

Die politische Bedeutung der einzelnen Zuständigkeiten ist unterschiedlich; die (quantitative) Aufschlüsselung der beim BVG anhängigen Verfahren, wie sie unsere Übersicht wiedergibt, vermittelt Hinweise auf Problemfelder, die offensichtlich der kontrollierenden bzw. schiedsrichterlich-integrierenden Entscheidungsprozesse des BVG in besonderem Maße bedürfen<sup>13)</sup>:

Freilich darf die Auswertung der Tabelle nicht zu dem Umkehrschluß verführen, es sei die politische Tragweite jener richterlichen Betätigungsfelder gering zu veranschlagen, die in der Verfahrensstatistik seltener auftauchen. Lediglich die gerichtliche Kompetenz nach Art. 18 GG, über die individuelle Verwirkung von Grundrechten zu befinden, hat bislang so gut wie keine Rolle gespielt (zwei von der Bun-

<sup>12)</sup> Abgedruckt bei Klaus von Beyme, Das politische System der Bundesrepublik Deutschland, München 1979, S. 217.

<sup>13)</sup> von Beyme, a. a. O., S. 222. Nähere inhaltliche Bestimmungen der einzelnen Kompetenzfelder (z. T. mit Fallbeispielen) finden sich u. a. bei Beyme, a. a. O., S. 221 ff.; bei Erhard Denninger, Staatsrecht, Bd. II, Reinbek 1979, S. 202 ff. (rororo studium 121); bei Dieter Hesselberger, Status, Aufgaben und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Rechtsstaat und Verfassungsgerichtsbarkeit, a. a. O., S. 48 ff.



## Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts

	Art des Verfahrens	Antragsberechtigte
Es kontrolliert den Gesetzgeber	konkrete Normenkontrolle	jedes Gericht
	abstrakte Normenkontrolle	BReg., Landesreg., ein Drittel der Mitglieder des BTags
	Verfassungsbeschwerde	jedermann
	kommunale Verfassungsbeschwerde (soweit nicht Landesverfassungsgerichte)	Gemeinden und Gemeindeverbände
Es kontrolliert Behörden und Gerichte	Verfassungsbeschwerde	jedermann
Es entscheidet Verfassungsverstreitigkeiten zwischen staatlichen Organen	Organstreitigkeiten	BTag, BRat, BReg., BPräs., BTagsfraktionen, einzelne Abgeordnete
	Bund-Länder-Streit Verfassungsverstreitigkeiten innerhalb eines Landes	BReg., Landesreg. Landesorgane
Es entscheidet ferner über	Beschwerden im Wahlprüfungsverfahren des BTags	u. a. der betroffene Abgeordnete (vgl. § 48 BVerfGG)
	Parteiverbote	BTag, BRat, BReg. (u. U. Landesreg.)
	Verwirkung von Grundrechten	BTag, BReg., Landesreg.
	Anklagen gegen den Bundespräsidenten und gegen Richter	BTag, BRat BTag (Landtag)

desregierung angestrengte Verfahren gegen Rechtsradikale führten nicht bis zum Urteilspruch); hier reichte die administrative Befugnis zur Auflösung verfassungsfeindlicher gesellschaftlicher Gruppen (Art. 9 GG) aus, um der Gefahr des antidemokratischen Radikalismus zu begegnen. Dagegen kommt den beiden Parteienverbotsverfahren (1952 gegen die neozistische SRP, 1956 gegen die KPD) nach Art. 21 GG insofern eminente politische Bedeutung zu, als sie zum einen dem BVerfG die Chance boten, das grundgesetzliche Modell der Parteiendemokratie normierend zu verdeutlichen, zum anderen aber die „Wehrhaftigkeit“ der zweiten deutschen Republik in der Auseinandersetzung mit linkem und rechtem

Radikalismus zu demonstrieren. Und ähnliches gilt für den Bereich der Bund-Länder-Streitigkeiten: Zwar haben der „Niedergang der Bedeutung der Länder, die wachsende Verflechtung der Landes- und Bundespartei- enstruktur und die verwaltungsrechtlichen Kontrollen . . .“<sup>14)</sup> die Zahl der föderalen Konflikte stark verringert, doch sind die wenigen Verfahren (vor allem die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit einer Volksbefragung zur Atombewaffnung in Hessen 1958 oder das Fernsehurteil von 1961) insofern zu politischen Meilensteinen auf dem Wege zur Konsolidierung der Bundesrepublik geraten, als

<sup>14)</sup> von Beyme, a. a. O., S. 224.



**Übersicht über die Verfahren des Bundesverfassungsgerichts**  
(Stand 31. 12. 1977)

Verfahren über	anhän- gig gewor- den	durch Ent- scheidung erledigt <sup>1)</sup>	auf sonstige Weise erledigt
A Grundrechtsverwirkung (Art. 18 GG)	2	2	—
B Parteiverbot (Art. 21 Abs. 2 GG)	2	2	—
C Wahlprüfungsbeschwerden (Art. 41 Abs. 2 GG)	46	38	7
D Präsidentenklage (Art. 61 GG)	—	—	—
E Organstreit (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG)	39	21	17
F Abstrakte Normenkontrolle (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG)	69	45	18
G Bund/Länder-Streit (Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG)	16	10	6
H Andere öffentlich-rechtliche Streitigkeiten (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG)	23	14	8
J Richteranklage (Art. 98 Abs. 2 u. 5 GG)	—	—	—
K Verfassungsstreitigkeit innerhalb eines Landes (Art. 99 GG)	10	7	2
L Konkrete Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG)	1 576	657	856
M Qualifikation von Völkerrecht (Art. 100 Abs. 2 GG)	8	5	3
N Vorlagen von Landesverfassungs- gerichten (Art. 100 Abs. 3 GG)	7	4	3
O Fortgelten als Bundesrecht (Art. 126 GG)	151	19	132
P Sonst durch Bundesgesetz zugewiesene Fälle	3	2	1
Q Einstweilige Anordnung (§ 32 BVerfGG)	213	100	112
R Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a u. b GG)	36 166	2 967 <sup>2)</sup> 25 425 <sup>3)</sup>	6 798
<b>Summe aller Verfahren</b>	<b>38 331</b>	<b>29 318</b>	<b>7 963</b>

<sup>1)</sup> einschließlich aller mitentschiedenen Verfahren

<sup>2)</sup> durch den Senat entschieden

<sup>3)</sup> durch den Ausschuß entschieden

sie dem BVG die Gelegenheit boten, Grundprinzipien unserer bundesstaatlichen Verfassungsordnung ins Bewußtsein der Öffentlichkeit zu rufen.

Auch im organisatorischen Bereich fallen ebenso viele Unterschiede wie Gemeinsamkeiten ins Auge, wenn man das Oberste Gericht der USA mit dem Karlsruher BVG vergleicht. Dort judiziert ein einziges Senatskollegium, das auf Lebenszeit bestellte Richter,

heute neun an der Zahl, umfaßt; hier urteilt ein Zwillingsgericht, dessen beide Senate je eigene Zuständigkeitsbereiche ausfüllen und mit derzeit je acht Richtern besetzt sind, die auf zwölf Jahre in ihr hohes Amt gewählt sind. Von Anfang an hat der Supreme Court (S. C.) den Prozeß seiner Urteilsfindung insofern an die Öffentlichkeit getragen, als er abweichende Rechtsauffassungen („dissenting opinions“) ebenso publizierte wie Sondervoten („concurring opinions“) von Richtern, die zwar



das Ergebnis der Mehrheitsentscheidung, nicht aber deren Begründung mittragen wollen; das BVG kann erst seit 1970 abweichende Meinungen einzelner Richter veröffentlichen<sup>15)</sup>.

Beide Gerichte sind im organisatorischen Bereich politischen Außeneinflüssen unterworfen, die in diesem Abschnitt bloß erwähnt sein sollen. So wie in den USA der Präsident im Einvernehmen mit dem Senat die Richter am S. C. bestellt, entscheiden in der Bundesrepublik der Bundestag (durch ein zwölfköpfiges Wahlmännergremium) und der Bundesrat mit Zweidrittelmehrheit je über die Hälfte der Richterstellen (und können sich bei der Auslese geeigneter Amtsträger vom Bundesjustizministerium beraten lassen). Und hier wie dort ermächtigt die Verfassung den Gesetzgeber, allzu kühner Rechtsprechung oder allzu großem Machtzuwachs der Judikative durch legislative Maßnahmen entgegenzutreten. Im äußersten Fall können die Parlamente beider politischen Systeme die Folgen eines Rechtsentscheids durch eine Verfassungsrevision oder Gesetzeskorrektur nachträglich neutralisieren, mögen sie auch die Kompetenzen der Gerichte beschneiden. Die US-Verfassung überträgt dem Kongreß das Recht, die Berufungszuständigkeit des Obersten Bundesgerichts nach seinem Ermessen zu regeln, ihm Revisionsbefugnisse zu entziehen oder neue zuzuweisen<sup>16)</sup>; und ebenso kann der Bundesgesetzgeber den Aufgabenkatalog des BVG ausweiten oder beschneiden. Doch fährt die Legislative so schwere Geschütze ungern auf und begnügt sich im Normalfall mit den Einflußmöglichkeiten, die aus dem Bewilligungsrecht und der Organisationsgewalt erwachsen.

Wo die Judikative auf parlamentarische Mittelbewilligung angewiesen ist (das BVG besitzt erst seit 1953 einen vom Bundesjustizministerium getrennten Haushaltsplan), wo die

Zahl der Richter (in der Bundesrepublik auch ihre Amtszeit und die Möglichkeit der Wiederwahl) nach Belieben verändert werden kann, wo Organisation und Verfahren der Gerichtsbarkeit vom Gesetzgeber geregelt werden, eröffnen sich vielerlei Möglichkeiten politischer Regulierung; und eben auf dem Feld der Operationsbedingungen finden sich mancherlei Parallelen in der Verfassungsgerichtsbarkeit der beiden Länder. Hier wie dort steht die Rechtsprechung unter einer Verfassung, die Kompetenzen zuweist und Beschränkungen verhängt: Kompetenzen der Schlichtung zuweist dort, wo die horizontale und vertikale Gewaltenteilung entscheidungshemmende Konflikte auslösen kann, Kompetenzen schiedsrichterlicher Dezision dort, wo die Garantie der Grundrechte oder die Höherrangigkeit von Verfassungsrecht gegenüber Akten des Gesetzgebers und der Exekutive gefährdet erscheinen; und Beschränkungen der geschilderten Art, die allesamt darin gipfeln, daß die Gerichte auf die (von ihnen nicht erzwingbare) Kooperation der politischen Institutionen angewiesen sind, um ihren Entscheidungen Autorität und Wirksamkeit zu sichern — Beschränkungen, die aus Erfordernissen der Gewaltenbalance genauso erwachsen wie aus dem Defizit an unmittelbarer demokratischer Legitimation. S. C. und BVG können zu bloßen demokratischen Dekorationsstücken degenerieren, wenn der (politische) Wille fehlt, bei Verletzungen der verfassungsmäßigen Ordnung richterliche Entscheidungen herbeizuführen; Funktionsfähigkeit und Aktionsradius beider Gerichte hängen in hohem Maße von der demokratischen Gesinnung politischer Machträger, gesellschaftlicher Gruppen und der Staatsbürger ab.

An dieser Stelle freilich stoßen wir nun endgültig auf die politische Problematik der Verfassungsgerichtsbarkeit, die uns nunmehr beschäftigen soll.

#### IV. Verfassungsgerichtsbarkeit und Politik

In den siebziger Jahren sind ebenso wie schon zwei Jahrzehnte zuvor erbitterte wissenschaftliche und politische Kontroversen über

den Stellenwert der Verfassungsgerichtsbarkeit in unserer gewaltenteilig-demokratischen Institutionenordnung ausgefochten worden:

<sup>15)</sup> Der Politiklehrer sollte eindringlich Nachteile und Vorzüge dieses Verfahrens schildern, das zwar gelegentlich das Gewicht eines Urteils vermindern, im Extremfall gar zu Rechtsunsicherheit führen kann, andererseits als Instrument der Eigenkontrolle der Gerichte wirkt und überdies der notwendigen Rechtsentwicklung als Konsequenz politisch-sozialen Wandels einen kontinuierlich unrevolutionären Antrieb liefert.

<sup>16)</sup> Als etwa der S. C. nach dem Bürgerkrieg in einem Habeas-Corpus-Verfahren gegen die Militär-

behörden angerufen wurde, machte er kein Hehl aus seiner Entschlossenheit, dem Antrag auf Haftentlassung stattzugeben und damit eine wichtige Phase der Rekonstruktionspolitik außer Kraft zu setzen. Ehe der Urteilsspruch gefällt werden konnte, war aber im Kongreß ein Gesetz durchgepeitscht worden, welches dem Obersten Gericht die Revisionskompetenz gegen Habeas-Corpus-Entscheidungen der Militärgerichte entzog. Der Revisionsantrag mußte daraufhin vom Gericht mangels Zuständigkeit abgewiesen werden.



So wie in der Frühphase des Bonner Staatswesens hat in der gerade zu Ende gehenden Dekade der Antagonismus der Parteien bei der Präsentation sozio-ökonomischer Zukunftsentwürfe und außenpolitischer Handlungsmuster auch das BVG in die heftigen Strudel der Polarisierung hineingerissen. Dabei brach sich eine hierzulande gerne verdrängte Wahrheit Bahn, daß nämlich Recht und Rechtsprechung, vor allem auch das Phänomen der Verfassungsgerichtsbarkeit, nicht allein im politischen Kräftefeld des Gemeinwesens angesiedelt sind, sondern auch selbst bei der Ausübung judikativer Funktionen unmittelbare politische Wirkungen zeitigen<sup>17)</sup>.

Gerade die Juristenzunft selbst hat, aus Statusgründen zumeist, an der Fiktion politikfreier Rechtsprechung und gesellschaftlicher Unabhängigkeit der dritten Gewalt festgehalten, selbst im Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit, der doch in besonderem Maße als Bestandteil der politischen Machtdynamik eines Gemeinwesens funktioniert<sup>18)</sup>. Noch in den fünfziger Jahren hat das BVG in seiner „Status-Denkschrift“ Rechtsprechung vorwiegend als „Cognition“ eines vorgegebenen Normengefüges interpretiert und die (schwer kontrollierbare) Machtfülle des Karlsruher Gerichts insofern als unbedenklich bezeichnet, als eben seine Entscheidungen allein „am Recht“ orientiert seien<sup>19)</sup>. Zwar konnten einzelne Richter wie Rudolf Wassermann mit Hinweisen auf die gesellschaftsstabilisierende

oder -verändernde Kraft des Rechts, auf richterliche „Rechtsfortbildung“ durch Nutzung weitreichender Ermessensspielräume bei der Urteilsfindung und die daraus resultierende politische Macht der Justiz das traditionelle Selbstverständnis der Zunftgenossen mindestens am Rande verunsichern. Und ebenso hat die rechtssoziologische Erkenntnis von der gesellschaftlichen Bedingtheit jeglicher Rechtsfindung, von der Prägekraft also der sozialen Herkunft und Schulbildung, der rechtswissenschaftlichen Sozialisation an Universität und im Beruf, vom Einfluß auch der sozialen und politischen Umwelt auf das Judizieren des Richters kräftig an der obrigkeitstaatlichen Legende vom unpolitischen Charakter der „dritten Gewalt“ gezehrt<sup>20)</sup>; aber dennoch vollzieht sich der Bewußtseinswandel innerhalb der Richterschaft ebenso zögernd wie in der Öffentlichkeit, was die Beziehung von Recht und Politik anbelangt.

Der Politiklehrer, der Wissen von der Judikative als einem Akteur im Herrschaftsprozeß der Bundesrepublik vermitteln soll, kann heute immerhin auf einen wachsenden Konsens rekurren, daß die Dritte Gewalt (und im besonderen ihr verfassungsgerichtlicher Zweig) in einem politischen Kontext angesiedelt ist: als Interpret der politischen Ethik, jener Gesamtheit der Werte und Normen unserer verfassungsmäßigen Ordnung also, die auch den Gesetzgeber binden; als „Instrument sozialer Kontrolle“<sup>21)</sup> gar, das gebieterisch nach einer politischen Theorie der Justiz verlangt<sup>22)</sup>.

Freilich bleibt die *spezifisch bundesrepublikanische Ausformung* des Beziehungsmusters von Verfassungsgerichtsbarkeit und Politik weiterhin kontrovers, im Lager der Sozialwissenschaften ebenso wie unter politischen Parteien und gesellschaftlichen Gruppen, wobei Bejahung oder Kritik an ablaufenden Machtprozessen häufig von opportunistischen

<sup>17)</sup> Daß Rechtsprechung „unpolitische“ Gesetzes- bzw. Normanwendung sei, ist schon ein Montesquieu'sches Theorem; es fällt in Deutschland auf besonders fruchtbaren Boden, wo einmal die historische Rechtsschule Savignys den (überparteilich-unpolitischen) „Volksgeist“ zum Schöpfer allen Rechts erhebt, wo zum anderen dann der juristische Positivismus das Recht vollends von seinem sozialen Substrat trennt und Rechtsprechung als logische Operation innerhalb einer systematisch-abstrakten Normenordnung versteht.

<sup>18)</sup> Eben dieses Faktum hat einflußreiche Vertreter der deutschen Staatsrechtslehre von Carl Schmitt bis zu Werner Weber veranlaßt, die Verfassungsgerichtsbarkeit als „politische Instanz“ von der Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichtsbarkeit abzukoppeln und ihren judikativen Charakter zu bezweifeln; dazu Laufer, a. a. O., S. 275 ff.

<sup>19)</sup> Gerhard Leibholz (Berichterstatter), Der Status des Bundesverfassungsgerichts, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 6. Bd., 1957, S. 109 ff. (S. 126). Selbst in der fast enzyklopädisch angelegten Festschrift aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des BVG finden sich noch Beiträge, die relativ unkritisch der These von der richterlichen „Cognition“ des Verfassungsrechts huldigen, während andere schon ganz selbstverständlich das BVG als „politisches“, d. h. „sozialgestalterisches“ Organ klassifizieren. Siehe: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, hrsg. von Christian Starck u. a., Bd. I: Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd. II: Verfassungsauslegung, Tübingen 1976.

<sup>20)</sup> Zu solchen Zusammenhängen, denen eine politikunterrichtlich orientierte „Rechtskunde“ in jedem Fall nachgehen muß, u. a. Rudolf Wassermann, Der politische Richter, München 1972; wertvolle rechtssoziologische Anmerkungen auch in der vorzüglichen Studie von Donald P. Kommers, Judicial Politics in West Germany. A Study of the Federal Constitutional Court, Beverley Hills/London 1976; eine ältere Studie stammt von Johannes Feest, Die Bundesrichter, in: W. Zapf (Hrsg.), Beiträge zur Soziologie der deutschen Oberschicht, Tübingen 1964, S. 95 ff.

<sup>21)</sup> So Otwin Massing, Das Bundesverfassungsgericht als Instrument sozialer Kontrolle, in: Probleme der Demokratie heute (PVS-Sonderheft 2), 1971, S. 180 ff.

<sup>22)</sup> Vgl. etwa Gerd Winter, Vorüberlegungen zu einer politischen Theorie der Justiz, in: Die öffentliche Verwaltung, 25. Jg., 1972, S. 485 ff.



Zweckmäßigkeit überlegungen getragen sind. Der politisch orientierte Rechtskunde-Unterricht wird versuchen, die wichtigsten Konfliktbereiche im Spannungsfeld von Rechtsprechung und Politik mit Fallbeispielen einsichtig zu machen, wobei gelegentliche Verweise auf amerikanische Gegebenheiten noch einmal die Szenerie der westdeutschen Verfassungswirklichkeit schärfer ausleuchten sollen.

Der Streit um das angemessene Verhältnis zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Politik läßt sich auf zwei Grundmuster reduzieren: Wo ein Lager auf Gefahren verweist, die der verfassungsmäßigen Ordnung vermeintlich vom Wirken des BVG drohen, sieht ein anderes in der politischen Außeneinwirkung auf das Verfassungsgericht ein Element der Dekomposition für unser gewaltenteilig-demokratisches Herrschaftssystem. Im unterrichtlichen Verlauf müssen beide Positionen dargestellt und nach Möglichkeit problematisiert werden.

*a) Der „Hüter der Verfassung“ als dominierende Kraft im gewaltenteiligen System*

Wo Analysen verfassungsgerichtlicher Tätigkeit in den fünfziger und sechziger Jahren überwiegend zu dem Ergebnis gelangten, das BVG befleißige sich im wesentlichen der gebotenen Zurückhaltung in politisch, drückte die Mahnung Helmut Schmidts im Herbst 1978 (anlässlich einer vom ZDF übertragenen Podiumsdiskussion in der Evangelischen Akademie Tutzing über Zustand und Zukunft der deutschen Demokratie), alle Verfassungsorgane sollten die „Notwendigkeit der Selbstbeschränkung“ beherzigen und ihre Kompetenzen nicht bis an den Rand ausschöpfen, milden Tadel am Amtsgebaren des BVG seit den späten sechziger Jahren aus, das von Sozialwissenschaftlern und einzelnen Verfassungsrichtern ungleich heftiger kritisiert wird. Als Auslöser solcher Kritik wirkten eine Reihe spektakulärer Urteile, die Sperrfeuer gegen gesetzgeberische Aktionen der sozialliberalen Koalition legten und oppositionelle Behauptungen zu untermauern schienen, die Kabinette Brandt/Scheel und Schmidt/Genscher unterliefen das Grundgesetz:

● „Mit ihrem Verdikt gegen das noch von der SPD/FDP-Koalition in Niedersachsen beschlossene ‚Vorschaltgesetz‘ zur Hochschulreform erklärten die Verfassungsrichter im Mai 1973 jede Universitäts selbstverwaltung für grundgesetzwidrig, bei der den Hochschullehrern nur 50 und nicht mindestens 51 Prozent Stimmen in den Entscheidungsgremien der Gruppenuniversität zustehen.

● Im Urteil über den von der Bundestagsmehrheit reformierten Paragraphen 218 des Strafgesetzbuches vom Februar 1975 befanden sie, die ‚Fristenlösung‘ — straffreie Schwangerschaftsunterbrechung während der ersten drei Monate nach der Empfängnis — verstoße gegen das Verfassungsgebot, Leben zu schützen.

● Im Urteil über den Grundvertrag banden sie die Bundesregierung an höchst weltfremde Interpretationen des Verhältnisses beider deutscher Staaten zueinander, etwa an den Satz, daß es sich bei der Grenze zur DDR ‚um eine staatsrechtliche Grenze handelt ähnlich denen, die zwischen den Ländern der Bundesrepublik verlaufen‘.

● Mit dem Wahlpropaganda-Urteil über die Bundestagswahl von 1976 wurde dem Kabinett Schmidt ein Keuschheitsgebot auferlegt, an das sich auch während der zwanzig Jahre christdemokratischer Herrschaft von 1949 bis 1969 keine Bundesregierung gehalten hatte: ‚Es ist mit dem Verfassungsprinzip, daß Bundestag und Bundesregierung nur einen zeitlich begrenzten Auftrag haben, unvereinbar, daß die im Amt befindliche Bundesregierung als Verfassungsorgan im Wahlkampf sich gleichsam zur Wiederwahl stellt und dafür wirbt, daß sie ‚als Regierung‘ wiedergewählt wird.‘

● Im Urteil über die Etat-Hoheit des Parlaments vom Mai 1977 wurde die Bundesregierung — besonders der seinerzeit zuständige Bundesfinanzminister Helmut Schmidt — gerügt, weil sie wiederholt Sonderbewilligungen für den Bundeshaushalt ohne das dafür von der Verfassung verlangte ‚unabweisbare Bedürfnis‘ erteilt hatte; ein vom Bundestag zu beschließender Nachtragshaushalt wäre nötig gewesen.

● Auch die Entscheidung über die Klage der CDU/CSU gegen die Wehrpflichtnovelle vom Sommer 1977 ist zum Nachteil der Regierung ausgefallen. Als nach der Abschaffung der Gewissensprüfung bei Wehrdienst-Verweigerern die Zahl der Verweigerer rasant anstieg, nahm Karlsruhe noch vor Weihnachten mit einer einstweiligen Anordnung das Ergebnis in der Hauptsache vorweg: Von sofort an mußten die Prüfungsausschüsse wieder tätig werden.“<sup>23)</sup>

Nach Meinung der Kritiker hat das BVG mit diesen Urteilen seine Kompetenzen vielfach überzogen, mehr noch, sich systemwidrig in das Getümmel der Tagespolitik gestürzt. Kon-

<sup>23)</sup> Hans Schueler, Die Konterkapitäne von Karlsruhe. Wird Bonn von den Verfassungsrichtern regiert?, in: Die ZEIT vom 24. Febr. 1978, S. 9.



rad Zweigert, Verfassungsrichter der „ersten Stunde“, diagnostiziert eine *Verschiebung der Gewalten*, die Verzerrung der funktionell-rechtlichen Balance zwischen Legislative, Exekutive und Judikative, seit das BVerfG im Entscheid zum § 218 StGB, dem Diätenurteil vom November 1975<sup>24)</sup> oder dem Judikat zur Wehrdienstnovelle die politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers durch die Vorgabe von Lösungsmodellen erheblich eingeschränkt hat<sup>25)</sup>. Nicht allein kann das Aufstellen von Wegweisern für das zukünftige Handeln von Exekutive und Legislative die Gewaltenbalance bedrohen; ebenso problematisch muß sich auf die Dauer die letztlich mehrfach zu beobachtende Übung des BVerfG auswirken, nach § 31 I BVerfGG die Bindungswirkung seiner Entscheidungen auf die *tragenden Gründe* des Urteils (und damit u. a. auf Ausführungen zu allerlei hypothetischen Fragen, die z. T. bloß sehr entfernt mit der Entscheidung im Zusammenhang stehen) auszudehnen<sup>26)</sup>. Auf diese Weise hindert es die anderen Verfassungsorgane, Gerichte und Behörden, in gleich- oder ähnlich gelagerten Fällen eine der verfassungsgerichtlichen Erkenntnis widersprechende Entscheidung zu treffen, verleiht es seiner Gesetzesauslegung eine gesetzgleiche Verbindlichkeit und stülpt ein dichtgeknüpftes Netz juristischer Normen über den (zukünftigen) Handlungsspielraum der demokratisch legitimierten politischen Instanzen.

Die Bindungswirkung auf die tragenden Gründe von Urteilssprüchen erstrecken, heißt die Zukunft rechtlich festlegen zu wollen, das juristisch Fixierbare gewaltig auszudehnen. Dies aber „führt paradoxerweise dazu, daß die Rechtsentwicklung der Entscheidungsmacht des BVerfG entgleitet. Wenn das Recht von Le-

<sup>24)</sup> Siehe dazu Uwe Thaysen, Die Volksvertretungen der Bundesrepublik und das Bundesverfassungsgericht, uneins in ihrem Demokratie- und Parlamentsverständnis, in: Zeitschrift f. Parlamentsfragen, 7. Jg., 1976, S. 3 ff.

<sup>25)</sup> So Zweigert u. a. in: Verfassungsgericht und Politik, a. a. O., S. 11 ff.

<sup>26)</sup> Dazu Rainer Eckertz, Die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts und die Eigenheit des Politischen, in: Der Staat, 17. Jg., 1978, S. 183 ff. Im Grundvertrags-Urteil etwa hat das BVerfG die deutsch-deutschen Abmachungen als „in der sich aus den Gründen ergebenden Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar“ (BVerfGE 36, 1 [3]) erklärt und am Schluß „alle Ausführungen der Urteilsbegründung, auch die, die sich nicht ausschließlich auf den Inhalt des Vertrages beziehen“, in den Rang von tragenden Gründen erhoben (BVerfGE 36, 36). Zum Umfang der Verbindlichkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen mit einleuchtender Argumentation auch Martin Kriele, Legitimitätsprobleme der Bundesrepublik, München 1977, bes. S. 177 ff. und 196 ff.

gislative, Exekutive und den Gerichten wegen der Bindung an die Gründe verfassungsgerichtlicher Entscheidungen zukünftigen Wandlungen nicht angepaßt werden darf, kann sich hinter der Fassade der offiziell aufrechterhaltenen Formel eine abweichende Praxis entwickeln. Angesichts der unübersehbaren Vielzahl von tragenden Gründen kann aber auch den anderen staatlichen Instanzen ein Entscheidungsspielraum dadurch erhalten bleiben, daß die Judikate des BVerfG einfach ignoriert oder vergessen werden. In einem Fall wird die Verfassung, im anderen das Verfassungsgericht desavouiert.“<sup>27)</sup>

Das gesetzgeberische Funktionen usurpierende BVerfG, zunehmender „Selbstentfremdung verfallend durch Verlust des Sinns für politische Realitäten“ (Zweigert), hat vor allem dort heftige Kontroversen ausgelöst, wo es seiner schiedsrichterlichen Aufgabe im Streit um die „verfassungsmäßige“ Außenpolitik zwischen Regierungskoalition und Opposition nachkommen mußte.

Der Politiklehrer wird den offenkundigen Wandel im Rollenverständnis des BVerfG von den fünfziger zu den siebziger Jahren an Beispielen aus der einschlägigen Rechtsprechung veranschaulichen. Zum Vergleich bietet sich etwa an das Urteil über das Saar-Statut aus dem Jahre 1954 und das oben erwähnte Grundvertrags-Urteil von 1973, weil sich das BVerfG in beiden Fällen mit fast identischen Tatbeständen beschäftigte — mit zwischenstaatlichen Verträgen nämlich über Gebiete, die Bestandteil des einstigen Deutschen Reichs in den Grenzen von 1937 gewesen waren. Zur Stabilisierung der deutsch-französischen Beziehungen im Rahmen der Westintegration der Bundesrepublik hatten Konrad Adenauer und seine parlamentarische Regierungsmehrheit dem Saar-Statut zugestimmt, das die weitgehende politische Autonomie des Saarlands unter zeitweiliger Aufsicht eines europäischen Kommissars vorsah und damit zwar die bisherige Abhängigkeit des Landes von Frankreich lockerte, andererseits aber auch künftige Chancen seiner Eingliederung in die Bundesrepublik schmälerte. Die oppositionelle SPD-Bundestagsfraktion klagte vor dem BVerfG mit ähnlichen Gründen, wie sie die CDU/CSU-Opposition fast zwei Jahrzehnte später gegen den Grundvertrag mit der DDR vorbrachte: Deutsches Staatsgebiet werde in verfassungswidriger Weise abgetreten und Wiedervereinigungsgebote des Grundgesetzes mißachtet. Die Karlsruher Richter wiesen die Klage der SPD postwendend ab und formulierten in der

<sup>27)</sup> Eckertz, a. a. O., S. 187.



Begründung ein weitreichendes politisches Vertrauensbekenntnis zur Regierung Adenauer: „Es muß grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß die politischen Organe der Bundesrepublik . . . nicht grundgesetzwidrige Bindungen haben eingehen wollen, daß sie vielmehr die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz geprüft haben und auch weiter auf eine grundgesetzmäßige Auslegung und Anwendung des Vertrags achten werden“; internationale Verträge von der Art des Saar-Statuts rückten „für ein Verfassungsgericht weithin in den Bereich der Nichtjustiziabilität“<sup>28)</sup> und ließen juristische Auflagen an die Adresse der Politiker als wenig hilfreich erscheinen.

Ganz anders das Grundvertrags-Urteil von 1973, das zwar die Gültigkeit des Abkommens bestätigte, in den Urteilsgründen jedoch ein unverkennbares Mißtrauen gegen die Ostpolitik der sozialliberalen Koalition zu erkennen gab und durch eine Fülle von Vertragsinterpretationen die Bundesregierung an die juristische Leine legte. „Als Grundlage für die neuen Beziehungen zwischen den beiden deutschen Staaten erwächst aus ihm in der kommenden Zeit mit Notwendigkeit eine Vielzahl von *rechtlichen Konkretisierungen* des neuen Neben- und Miteinander der beiden Staaten (vgl. Art. 7 des Vertrags). Jeder dieser weiteren rechtlichen Schritte muß nicht nur vertragsgemäß, sondern auch grundgesetzmäßig sein. Es bedarf also heute schon der Klarstellung, daß alles, was unter Berufung auf den Vertrag an weiteren rechtlichen Schritten geschieht, nicht schon deshalb rechtlich in Ordnung ist, weil die vertragliche Grundlage (der Vertrag) verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei. Deshalb sind schon in diesem Normenkontrollverfahren, soweit übersehbar, die *verfassungsrechtlichen Grenzen* aufzuzeigen, die für das ‚Ausfüllen‘ des Vertrags durch spätere Vereinbarungen und Abreden bestehen.“<sup>29)</sup> Die Tragweite dieses Diktums kann Schülern unter Verweis auf aktuelle politische Spekulationen einsichtig gemacht werden: Ein „Tauschgeschäft“ des Inhalts, eine Liberalisierung des Besucherverkehrs durch eine strafrechtliche Verfolgung der kommerziellen Fluchthilfe zu honorieren, wäre ebenso unzulässig wie etwa eine mögliche Abmachung, welche die Verwirklichung voller Freizügigkeit mit der Anerkennung einer DDR-Staatsangehörigkeit erkaufen würde und die Aufnahme von DDR-Bürgern in der Bundesrepublik nur noch im Rahmen des Asylrechts ermöglichte.

<sup>28)</sup> BVerfGE 4, 157 f.

<sup>29)</sup> BVerfGE 36, 1 f.

Der Vorwurf der Kompetenzüberschreitung und anhaltende Zweifel an der „Überparteilichkeit“ des Gerichts in den siebziger Jahren werden von einer Kritik begleitet, die auf die festzustellende Neigung des Gerichts zielt, seine Grundrechts-Interpretation zunehmend am Maßstab *politischer Zweckmäßigkeit* auszurichten. So hat etwa Verfassungsrichter Martin Hirsch in seiner eingangs zitierten „abweichenden Meinung“ zur Wehrpflichtentscheidung des Zweiten Senats die Relativierung des Grundrechts der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen (Art. 4 Abs. 3 GG) mittels politischer Überlegungen beklagt und die Gefahr beschworen, das BVG könnte sich vom Hüter zum unkontrollierbaren Herrn der Verfassung entwickeln, das Grundgesetz mitsamt den Grundrechten bloß noch in der Fassung gelten, die dem aktuellen Stand der Rechtsprechung (festgehalten in den amtlichen Entscheidungsbänden des Gerichts) entspreche.

Wo über zwei Jahrzehnte hinweg der „Hüter der Verfassung“ durch bürgernahe Auslegung und Ausweitung der Grundrechte fast grenzenlose Reputation in der bundesrepublikanischen Gesellschaft genoß, ist im vergangenen Dezennium das BVG nicht selten hinter seine eigenen Rechtssetzungen zurückgefallen und hat im Konflikt von Bürgerfreiheit und Staatsraison vorzugsweise die Rolle des „defensor rei publicae“ gespielt. Was im Urteil vom 15. Dezember 1970 zum Abhörsgesetz anklang, bei dem es um die Frage ging, ob der Gesetzgeber elementare Verfassungsprinzipien wie das Post- und Telephonheimnis antasten dürfe, ist bloß *ein* Beispiel staatspolitischer Beflisshenheit neben manchen anderen: „Grundsätze“, heißt es da, „werden als Grundsätze von vornherein nicht berührt, wenn ihnen im allgemeinen Rechnung getragen wird und sie nur für eine Sonderlage entsprechend deren Eigenart aus evident sachgerechten Gründen modifiziert werden.“ „Sonderlage“, „evident sachgerechte Gründe“, solche Kriterien können vielerlei Praktiken decken; politische Opportunität mag da leicht über Grundrechtssubstanz die Oberhand behalten. Wie im Falle jenes Wehrpflichtigen vom Panzergrenadierbataillon 292, stationiert im badischen Immenlingen, der sich von seinem Kommandeur vierzehn Tage Disziplinar-Arrest einhandelte, weil er in der militärischen Unterkunft einen anderen Soldaten zu überreden versuchte, sich gegen den Bau des Atomkraftwerks in Wyhl auszusprechen? „Die disziplinäre Bestrafung greift nicht unzulänglich in das Grundrecht des Beschwerdeführers (auf Meinungsfreiheit) ein“, entschied der Zweite Senat des



BVG mit vier gegen drei Richterstimmen<sup>30)</sup>. Wenn ein Soldat eine Bürgerinitiative unterstütze, die sich gegen den Bau von Atomkraftwerken wende, begehe er „eine verbotene und disziplinarisch zu ahndende politische Betätigung“. Daß solche Begründung freilich mit dem Leitbild des „Staatsbürgers in Uniform“ kollidiert, ist von den abweichenden Richtern in ihrer Urteilsschelte vermerkt worden. „Das dem Beschwerdeführer vorgeworfene Verhalten“, so ihre Kritik, „war ein Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage. Die disziplinare Bestrafung berührt deshalb die Meinungsfreiheit in ihrer Kernbedeutung als Voraussetzung eines freien und offenen politischen Prozesses, an dem der Beschwerdeführer auch als wehrdienstleistender Soldat grundsätzlich weiter teilnehmen darf.“

Die öffentlich vorgetragenen Beschwerden gegen das BVG lassen sich allesamt auf einen gemeinsamen Nenner bringen: der „Hüter der Verfassung“ befließige sich nicht mehr des „judicial self-restraint“ in dem Maße, wie es demokratietheoretischen Postulaten und gewaltenteiligen Ordnungsprinzipien entspreche. Wer dem BVG wohlwollte (und will), hat in den letzten Jahren verstärkt auf das amerikanische Vorbild verwiesen. Der S. C. unterwirft sich aufgrund verfassungsrechtlicher Beschränkungen (die auf die bundesdeutsche Situation nicht ohne weiteres übertragen werden können!) und schmerzlich erworbener Einsichten in die Dynamik des politischen Machtprozesses richterlicher Selbstbeschränkung in weitaus höherem Grade als das BVG.

Das Oberste Gericht der USA wird einmal durch konstitutionelle und gesetzliche Vorschriften zur Selbstbescheidung angehalten. Anders als das Grundgesetz legt Art. III Abs. 2 der US-Verfassung die Judikative auf die Entscheidung von „cases and controversies“ fest und schließt damit unmißverständlich jede *abstrakte Normenkontrolle* aus. Wo Bundesgerichte bis hin zum S. C. den Tatbestand der Verfassungswidrigkeit feststellen, geschieht dies *incidenter* am konkreten Streitfall dann, wenn eine *akzessorische* Überprüfung der mit dem Prozeß verknüpften Verfassungsnorm zur Regelung des zivil-, straf- oder verwaltungsrechtlichen Streitfalls erforderlich erscheint. Ohne „real controversy“ treten US-Gerichte nicht in Aktion. Sie stellen ihre Tätigkeit deshalb auch ein, wenn sich der zu entscheidende Fall etwa durch vorzeitige Erfüllung des Klagebegehrens oder Außerkrafttreten des ange-

griffenen Gesetzes von selbst erledigt hat. Ferner muß ein „substantial interest“, ein unmittelbares Rechtsinteresse des Klägers an der Entscheidung des konkreten Streitfalls erkennbar sein. So erfüllen beispielsweise Unterlassungsklagen von Steuerzahlern gegen eine vermeintliche rechtswidrige oder verschwenderische Verwendung öffentlicher Gelder in den einzel- bzw. bundesstaatlichen Haushalten nach amerikanischer Rechtsprechung dieses Kriterium nicht. Sind in einem konkreten Rechtsstreit Verfassungsfragen entscheidungserheblich, so setzt ihre Klärung wiederum gewisse Verfahrensweisen voraus: Das Gericht berücksichtigt Rechtsnormen grundsätzlich nur dann, wenn eine Partei sich unmißverständlich und rechtzeitig auf sie berufen hat. Schon in der Vorinstanz müssen deshalb die in einem Rechtsstreit angelegten Verfassungsaspekte aufgeworfen worden sein, wenn sie die Appellationsebene des S. C. erreichen sollen. Der S. C., der neben seinen erstinstanzlichen Kompetenzen all jene Funktionen wahrnimmt, die in der Bundesrepublik die oberen Bundesgerichte und das BVG ausüben, für ein Land obendrein, dessen Einwohnerzahl diejenige Westdeutschlands mehrfach übersteigt, kann seine Revisionsbefugnisse bloß durch drastische Beschränkung der zugelassenen Fälle ausüben. Als Guillotine für Revisionsfälle, die sich gegen verfassungsrechtliche Entscheidungen der Unterinstanzen richten, wirkt dabei das Erfordernis der „substantial federal question“: Ist die bundesweite Erheblichkeit nach Auffassung des S. C. zu verneinen, verwirft er das Rechtsmittel ohne Urteil. Die überwiegende Zahl der eingehenden Revisionsbegehren beruht freilich auf der sog. „petition of certiorari“; die nachgeordneten Gerichte werden sie einbringen, wenn sie in juristischen Zweifelsfragen eine Entscheidung des Obersten Gerichts herbeiführen wollen. Ein „certiorari“-Verfahren kommt aber bloß dann in Gang, wenn der S. C. dieser Petition (oder dem Revisionsantrag einer Prozeßpartei) durch Anweisung entgegenkommt, ihm die Akten des Falles zu überstellen; Revision ist hier kein Rechtsanspruch, sondern eher ein Privileg, welches das Oberste Gericht nur mit größter Zurückhaltung gewährt.

Zum anderen hat sich aber der S. C. im Lauf seiner Geschichte aus machtpolitischen Erfahrungen heraus einem gewissermaßen „freiwilligen“ „judicial restraint“ unterworfen und dabei ungeschriebenes Verfahrensrecht entwickelt, welches den vorgegebenen Herrschaftsstrukturen pragmatisch Rechnung trägt. Richter Brandeis hat in einer berühmten „dissenting opinion“ die Beschränkungen zusammengefaßt, die in der langen Tradition bundesrichter-

<sup>30)</sup> BVerfGE 44, 197 f.



licher Jurisdiktion entstanden sind: Das Gericht werde stets einer möglichen nicht-verfassungsrechtlichen Begründung des Urteils den Vorzug vor einer verfassungsrechtlich fixierten einräumen; es werde sich in zweifelhaften Fällen um die verfassungskonforme Auslegung eines umstrittenen Gesetzes bemühen; es werde auch über die Verfassungsmäßigkeit einer Rechtsnorm nicht auf Antrag einer Partei entscheiden, die die Vorteile des Gesetzes in Anspruch genommen habe<sup>31)</sup>. Am Beispiel der verfassungsgerichtlichen Judikate zur Abtreibungsproblematik können die unterschiedlichen Verhaltensweisen von S. C. und BVG aufgewiesen werden. Wo das BVG die vom Gesetzgeber getroffene Entscheidung nicht bloß ablehnte, sondern durch eine vom Gericht für besser gehaltene ersetzen wollte, beschränkte sich der S. C. auf bloße Überprüfung des einschlägigen Gesetzes an Verfassungsnormen; und wo der Oberste Gerichtshof der USA jede weiterreichende staatliche Beschränkung oder gar Strafandrohung im Fall der Abtreibung für unzulässig erklärte, weil sie dem Persönlichkeitsrecht der Frau auf ihre Privatsphäre widerstreite, kehrte das BVG das Grundrecht auf Leben in die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates zur Strafe um, wo Art. 2 Abs. 2 GG im Weg der Abtreibung verletzt werde.

„Judicial self-restraint“ tritt schließlich zutage in der „political question“-Doktrin, so unscharf immer ihre Konturen gezogen, so kontrovers ihr Zweck und Sinn auch sein mögen<sup>32)</sup>. In jedem Fall will der S. C. mit dem Begriff der „political question“ zum Ausdruck bringen, daß sich ein umstrittener Sachverhalt der Rechtsprechung entziehe. Bei Konflikten im Bereich der auswärtigen Beziehungen etwa (über die Geltung bzw. Einhaltung von Verträgen, Grenzstreitigkeiten, Anerkennung von Staaten, Einreiseverweigerungen für Ausländer oder deren Ausweisung etc.) stoßen richterliche Entscheidungskompetenzen an kaum überwindbare Grenzen: von Informationsschwierigkeiten abgesehen, kann die dritte Gewalt die internationalen Rückwirkungen rechtskräftiger Judikate weder übersehen noch verantworten.

Die Gefahr einer „Juridifizierung der Politik“ wird heute in der Bundesrepublik heftiger beschworen als in den USA. Wer die zugrunde liegenden Sachverhalte differenziert betrach-

tet, kann freilich solchen Cassandra-Rufen nur mit Vorbehalt zustimmen. Er wird immer wieder auf Intentionen der Verfassungsväter verweisen müssen, Demokratie als Mehrheits-herrschaft durch das Recht begrenzen zu wollen, politische Willkür im Gewand der „Legalität“ auch durch das Institut der abstrakten Normenkontrolle aufdecken zu lassen, ob schon es richterlicher Kompetenzausdehnung Wege bahnen hilft. Allein eine entsprechende Verfassungsänderung könnte das BVG künftig auf „cases and controversies“ nach amerikanischem Muster festlegen und damit seine weiterreichenden Interventionsmöglichkeiten beschneiden. Leichter zu verwirklichen wäre die Begrenzung von Richtermacht mit Hilfe der „political question“-Doktrin, welche die Annahme rein politischer Streitsachen mit der Begründung ausschließt, es fehle an entscheidungserheblichen Rechtsnormen. BVG und Gesetzgeber könnten eine solche Reform ohne größere Schwierigkeiten auf den Weg bringen. Bloß müßte das richterliche Vorrecht gesichert bleiben, autonom über die Justiziabilität von Streitigkeiten befinden zu können, weil sonst die anderen Gewalten sich allzu leicht der Rechtskontrolle unter Hinweis auf politische Dimensionen kontroverser Materien entziehen könnten.

#### b) *Der „Hüter der Verfassung“ im Sog politischer Machtdynamik*

Versuche, verfassungsgerichtliche Aktivitäten von außen zu beeinflussen, sind in den USA wie in der Bundesrepublik nicht eben selten unternommen worden, wobei die konkurrierenden Staatsgewalten ebenso als Auslöser politisch-psychologischer Nötigungskampagnen wirken mochten (und mögen) wie Parteien, gesellschaftliche Gruppen oder die öffentliche Meinung schlechthin. Wir haben das Waffenarsenal schon vorgestellt, das etwa der Legislative dort zur Verfügung steht, wo sie mißliebiger Ausschöpfung oder Überdehnung von Richtermacht begegnen will: Verfassungsänderung, Gesetzesrevision, Bewilligungsrecht und Organisationsgewalt können im Konfliktaustrag als durchaus wirkungsvolle Droh- und Druckmittel eingesetzt werden. Im Normalfall freilich nehmen die jeweiligen Träger der politischen Macht ungern so offenkundigen Einfluß auf das Wirken der dritten Gewalt, weil sie den Vorwurf systemwidriger Verfassungsmanipulation oder demokratiegefährdender Herrschaftsanmaßung scheuen. Man schätzt subtilere Methoden der Druckausübung und nutzt in erster Linie die *Chance der Richterbestellung* zur Einflußnahme auf die Verfassungsrichter, in Amerika nicht anders als in der Bundesrepublik.

<sup>31)</sup> Ashwander v. Tennessee Valley Authority, 297 U. S. 346 (1936).

<sup>32)</sup> Dazu Fritz W. Scharpf, Grenzen der richterlichen Verantwortung, Die political question-Doktrin in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court, Karlsruhe 1965; Walter Haller, Supreme Court und Politik in den USA, Bern 1972, bes. S. 353ff.



Der Politiklehrer wird den Sog politischer Machtdynamik, dem das BVG wie der S. C. unterworfen sind, an der vielschichtigen *Problematik der Personalauslese und Amtsbestellung* im Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit veranschaulichen können<sup>33)</sup>. Art. 94 Abs. 1 GG bestimmt: „Das Bundesverfassungsgericht besteht aus Bundesrichtern und anderen Mitgliedern. Die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts werden je zur Hälfte vom Bundestag und vom Bundesrat gewählt...“ Die §§ 1—12 des Bundesverfassungsgesetzes (BVerfGG) legen das Verfahren der Richterbestellung im einzelnen fest. Die Wahl durch den Bundestag erfolgt in einem eigenen Richterwahlausschuß mit zwölf Mitgliedern, im Bundesrat durch das Plenum; in beiden Gremien sind Zweidrittelmehrheiten gefordert. Der Präsident des Gerichts und sein Stellvertreter werden abwechselnd vom Bundestag und vom Bundesrat gewählt. Der Bundesjustizminister führt Kandidatenlisten, um den Wahlgremien auf Anforderung Entscheidungshilfe zu gewähren, die bei anhaltenden Einigungsnotén auch durch Vorschläge des BVG selbst vermittelt werden kann.

Freilich regulieren die Wahlvorschriften des BVerfGG die politische Wirklichkeit bloß unvollkommen; denn Obmänner und Findungskommissionen der Parteien pflegen im Vorfeld fälliger Wahlen Kandidaturen zu klären, über das jeweilige Vorschlagsrecht der Fraktionen zu befinden und Kompromisse auszuhandeln, die um so leichter zu erreichen sind, je mehr Richter gleichzeitig gewählt werden. Zwar verringern die gesetzlich fixierten Qualifikationen für das Amt eines Bundesverfassungsrichters die Gefahr, daß inkompetente *Politiker* auf Pfründensuche das Kandidatenkarussell besteigen; und ebenso wird allzu einseitige Machtverteilung im BVG durch das Gebot der Zweidrittelmehrheit verhindert, das Kompromisse erzwingt und der jeweiligen Opposition Einflußchancen zuweist. Doch schließen solche institutionellen Vorkehrungen weder eine überzogene Politisierung der Wahlen noch parteipolitische Ungleichgewichte in den Senaten des BVG aus. Wie in den ersten Jahren des Gerichts häufig vom „roten“ und vom „schwarzen“ Senat gesprochen wurde, haben sich auch in der unmittelbaren Gegenwart unterschiedliche Parteikonstellationen im Zwillingsgericht herauskristallisiert<sup>34)</sup>. Solche

Feststellungen dürfen freilich nicht in der Weise mißverstanden werden, als ließe sich ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der parteipolitischen Zuordnung eines Richters und seinem juristischen Entscheidungsverhalten herstellen. *Kommers* etwa, der die persönlichen Werthaltungen der Richter einer eindringlichen Analyse unterzogen hat, ist zu dem Schluß gelangt, daß die Parteiorientierung in wichtigen Streitfragen von individuellen Überzeugungen überlagert werde<sup>35)</sup> — ein Befund, den ähnlich strukturierte Untersuchungen auch für das Abstimmungsverhalten der Richter am S. C. erbracht haben<sup>36)</sup>.

Ganz unbestritten wirkt sich aber die politische (und berufliche) Herkunft der Richter auf ihr Judizieren aus, was die Parteien häufig veranlaßt, die *Richtungseignung* der Kandidaten als primäres Auslesekriterium zu bewerten. Mehrfach haben Richterwahlen heftige und öffentlich ausgetragene Kontroversen zwischen Regierungsmehrheit und parlamentarischer Opposition ausgelöst, wurde taktiert und finassiert, am Modus der Richterwahl herumgebastelt, „gemauert“ und verzögert. Daß das Ansehen des Gerichts unter opportunistischem Machtgerangel leiden mußte, nahmen die Parteien um so leichter in Kauf, als die Wachsamkeit der deutschen Öffentlichkeit bei Institutionenmißbrauch stets zu wünschen übrig ließ. Anders übrigens in den USA: Selbst Roosevelts „Court Packing“-Plan der dreißiger Jahre, der einen den sozialreformerischen „New Deal“ systematisch abblockenden, gegen eine überwältigende Mehrheit in beiden Häusern des Kongresses und die öffentliche Meinung gerichteten Kurs des S. C. ändern, den Gerichtshof durch personelle Umbesetzung gefügig machen und überhaupt die Bundesgerichte stärkerer Personalpatronage durch den Präsidenten unterwerfen sollte, scheiterte an eben dieser öffentlichen Meinung, die bei aller Kritik an der rückständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichts doch in der Gefahr der Beeinträchtigung richterlicher Unabhängigkeit das größere Übel erblickte.

Freilich darf der Politikunterricht an dieser Stelle nicht einfach Parteienschele betreiben und damit dem in Deutschland ohnehin seit alters verwurzelten Antiparteienaffekt zusätzlichen Auftrieb vermitteln. Denn bei näherem Zusehen spricht manches für die geübte Praxis der Richterbestellung, können demokratische und grundgesetzliche Postulate zu ihrer

<sup>33)</sup> Zum folgenden W. Billing, Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht, Berlin 1969; D. Kommers, Judicial Politics in West Germany, a. a. O., S. 125 ff.; Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, a. a. O., S. 206 ff.

<sup>34)</sup> Dazu Lamprecht/Malanowski, Richter machen Politik, a. a. O., S. 38 ff.

<sup>35)</sup> Kommers, a. a. O., S. 150 ff.

<sup>36)</sup> So hat sich etwa Chief Justice Earl Warren, als Konservativer ins Amt gerufen, zum mutigen Vorkämpfer für die Bürgerrechtsbewegung entwickelt.



Rechtfertigung ins Feld geführt werden. Zum einen ist „die Einflußnahme politischer Parteien auf die Richterauswahl im Hinblick auf die Vermittlung repräsentativ-demokratischer Legitimation positiv zu bewerten“<sup>37)</sup>; zum anderen wäre ein Rekrutierungssystem, das den Parteinfluß prinzipiell auszuschalten versuchte, „in der Parteiendemokratie des Grundgesetzes wirklichkeits- und systemfremd“<sup>38)</sup>.

Und angesichts der politischen Implikationen jeglicher Verfassungsgerichtsbarkeit kommt ausgewogenen Vertrauensbeziehungen zwischen den Richter Kandidaten und den maßgeblichen politischen Kräften auch *systemische Funktionalität* von großem Gewicht zu. In einem institutionell und ideologisch pluralen politischen System übernimmt das BVG auch den Part des unentbehrlichen Schiedsrichters, des integrierenden Staatsorgans; er kann nur dann wirksam gespielt werden, wenn die Konfliktparteien (staatlicher oder gesellschaftlicher Provenienz) gerichtliche Entscheidungen annehmen (solange sie politisch erträgliche Lösungen anbieten und gewissen Standards „rationaler“ juristischer Argumentation genügen). Nicht zuletzt deshalb stellen die Wahlgremien auch komplizierte Proporzüberlegungen an, ehe sie das Kandidatenkarussell in Bewegung setzen, suchen sie eine gewisse Balance zwischen zentralistischen und föderalistischen Einstellungen in den zwei Senaten herzustellen, achten sie auf ein ungefähres Gleichgewicht der Konfessionen (die CDU/CSU-benannten Richter waren überwiegend Katholiken, die SPD-orientierten Juristen eher Protestanten) und bedenken nicht zuletzt die Ausgewogenheit der regionalen Repräsentanz. Alles in allem haben in- und ausländische Forscher den Bundesverfassungsrichtern hohe Amtseignung bescheinigt und damit auch den bei der Auslese beteiligten Gremien Verantwortungsbewußtsein attestiert. Alle Parteien bemühten sich, dem BVG Richter mit untadeliger Vergangenheit zuzuführen und suchten im allgemeinen erfolgreich Kompromisse zwischen der Forderung nach Amtsqualifikation (d. h. „neutralem Sachverstand“) der Kandidaten und ihrer Richtungseignung.

Erst jüngst mehren sich Stimmen, die von der politischen Fraktionierung der BVG-Senate als Folge parteigebundener Ämterpatronage reden und den Vorwurf judikativen Qualitätsverfalls erheben. So sehr diese Kritik ernst zu nehmen ist, die keinesfalls allein dem radikal-„systemverändernden“ Lager entspringt, so

wenig sollte sie in eine totale Diskreditierung des Ausleseverfahrens münden. Ihre systemimmanente Hilfsfunktion erweist sie vielmehr dort, wo sie den Stellenwert einer wachsam aufgeklärten öffentlichen Meinung ins Visier rückt, ohne die eine repräsentative Demokratie auf Dauer nicht gedeihen kann. Wo in den USA nach der Verfassung der Senat die Rolle des Wächters übernehmen soll, muß in der Bundesrepublik die öffentliche Meinung als Kontrolleur und Korrektiv wirken, wenn über taktischem Machtkalkül der Parteien Institutionenrespekt und gemeinwohlorientierte Politikperspektiven auf der Strecke zu bleiben drohen.

Schwerer als die Außeneinwirkungen über die Prozedur der Richterbestellung wiegen politisch-psychologische Nötigungsakte durch Mobilisierung der öffentlichen Meinung gegen zu erwartende Judikate des BVG<sup>39)</sup>. Der jüngst ausgetragene Streit um die gesellschaftspolitischen Reizthemen Mitbestimmung bzw. Aussperrung mag die Problematik veranschaulichen, die solchen Versuchen im Hinblick auf verfassungsrechtliche und institutionelle Gebote unserer politischen Ordnung eignet. Arbeitgeberverbände und gewerkschaftliche Organisationen suchten durch drastische Stellungnahmen pro und contra Mitbestimmung, wie sie im einschlägigen Gesetz von 1976 verankert ist, die verfassungsrichterliche Entscheidung zu präjudizieren; und selbst ein Repräsentant der staatlichen Institutionenordnung, der nordrhein-westfälische Sozialminister Farthmann, glaubte zu Beginn des Jahres 1979 das BVG vor einem restriktiven Urteil über die Mitbestimmung warnen zu müssen<sup>40)</sup>. Im Frühjahr 1980 haben vor allem Pressionsversuche des DGB im Umfeld der Aussperrungsentscheidung des Bundesarbeitsgerichts an Schärfe

<sup>39)</sup> So hat schon Konrad Adenauer in den fünfziger Jahren gelegentlich von außen her das BVG unter Druck gesetzt, als er befürchten mußte, die Richter würden seine den Westalliierten gegebene Zusage eines deutschen Beitrags zur geplanten Europäischen Verteidigungsgemeinschaft zunichte machen; ebenso vor dem Urteil über das von ihm mit Frankreichs Ministerpräsidenten Pierre Mendès-France ausgehandelte Saar-Statut; vor allem aber vor und nach der Niederlage, die er in Karlsruhe mit seinen Plänen für ein Regierungsfernsehen erlitt. Und in den siebziger Jahren sah sich das BVG bei der Urteilsfindung zu § 218 StGB starkem Außen- und parteipolitischen und gesellschaftlicher Kräfte ausgeliefert, die durch Demonstrationen und Unterschriftensammlungen ihrer Forderung Nachdruck verliehen, anstelle des BVG das Volk per Abstimmung über § 218 StGB entscheiden zu lassen.

<sup>40)</sup> Zur allgemein begrüßten „maßvollen“ Urteilsbegründung Ulrich Mückenberger und Norbert Reich, in: Däubler/Käsel (Hrsg.), Verfassungsgericht und Politik, a. a. O., S. 49ff. und 70ff.

<sup>37)</sup> Denninger, Staatsrecht 2, a. a. O., S. 197.

<sup>38)</sup> Ebda.



und Lautstärke zugenommen; gewerkschaftlichem Verständnis will offensichtlich zuweilen die deutsche Justiz immer noch als bürgerliche Klassenveranstaltung erscheinen. In Hannover drohte IG-Druck-Sprecher Dreßler ganz unverblümt mit politischen Konsequenzen für den Fall eines „gewerkschaftsfeindlichen“ Urteils in Sachen Aussperrung: Man werde es nicht länger hinnehmen, daß sich eine Richter- generation im Beamtenstatus mit einem Interessenklüngel (d. h. den Arbeitgeberverbänden, d. Verf.) verbinde, um Verfassungsgebote zu ignorieren und Gesetze zu mißachten.

Solche Attacken verraten schlechten Stil, lassen den demokratienotwendigen Institutionenrespekt vermissen und nehmen für eine gesellschaftliche Organisation das Recht in Anspruch, autoritativ über die Intentionen des Grundgesetzes zu befinden. Und doch sind sie nicht unzulässig, hat doch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Rechtsstreit „Sunday Times“ gegen Contergan-Hersteller am 26. April 1979 der Pressefreiheit (bzw. öffentlichem Meinungsdruck von außen) Vorrang vor einem (angeblich übertriebenen) Schutz der Justiz bei schwebenden Verfahren eingeräumt. Einschränkungen der Meinungsfreiheit seien bloß dann erlaubt, wenn im konkreten Fall mit zweifelsfreier Sicherheit Gefahr für die Rechtspflege bestehe. Anders ausgedrückt: Solange Äußerungen der Medien oder mächtiger Verbände diesseits strafbarer Nötigung bleiben, müssen sie als zulässig gelten. Die Auswirkungen dieses wegweisenden Urteils lassen sich absehen: Das BVerfG und die übrigen Oberen Gerichte werden künftig verstärktem Außendruck unterworfen werden und können wenig mehr dagegen unternehmen, als ihre Bereitschaft zu beteuern, trotz aller Einschüchterungsversuche richterliche Unabhängigkeit zu bewahren.

Schließlich darf eine letzte Möglichkeit nicht übersehen werden, die Verfassungsgerichtsbarkeit direktem Außeneinfluß zu unterwerfen und in die Strudel politischer Machtdynamik zu zerren: die erneut in Mode gekommene Fortsetzung politischer Kontroversen vor dem BVerfG im Gewand verfassungsrechtlicher Streitigkeiten. Der damit verbundene Machtzuwachs für den „Hüter der Verfassung“ ist ebenso unverkennbar wie der Machtchwund des parlamentarisch-repräsentativen Regierungssystems. Das Institut der abstrakten Normenkontrolle verführt die Opposition, entweder als Bundestagsfraktion oder vertre-

ten durch eine Länderregierung, gegen mehrheitlich verabschiedete Gesetze zu klagen. „Ort der politischen Auseinandersetzung zwischen Regierungsmehrheit und Opposition ist aber das Parlament, dort findet sie durch Beschlußfassung ihr Ende — sowohl von der staatlichen Struktur her wie auch aus der Sicht des Bürgers. Die Möglichkeit, in Verlängerung der politischen Auseinandersetzung denselben Streit sogleich dem Bundesverfassungsgericht zur rechtlichen Entscheidung aufzugeben, hat die inzwischen sattem bekannte Folge: Weite und Möglichkeiten eines politischen Kompromisses bleiben in wichtigen Fragen unausgelotet, da der spätere Sieg der eigenen Sache vor dem Bundesverfassungsgericht bereits in das politische Kalkül einbezogen ist.“<sup>41)</sup> So wie durch anhaltende Versuche der jeweiligen Opposition (wie wir sie aus den fünfziger ebenso wie den siebziger Jahren kennen), ihre parlamentarischen Niederlagen durch Einschaltung des BVerfG in nachträgliche Siege umzuwandeln, der Bundestag als Ort verbindlicher gesamtgesellschaftlicher Dezision und politischer Integration abgewertet wird, verlieren Exekutive und Legislative insgesamt an Glaubwürdigkeit angesichts der „Überwälzung des politischen Risikos auf judikative Funktionsträger“<sup>42)</sup>.

Daß heute in solchen Zusammenhängen die eigentlichen Gefahren der viel gescholtenen „Juridifizierung der Politik“ wurzeln, ist offenkundig: Verrechtlichung der Politik, wachsende Distanz der politischen Entscheidungsträger zum Bürger und staatspolitische Verdrossenheit der Bevölkerung sind untereinander kausal verbunden. Jeder Politikunterricht, der auf Erhalt und Kräftigung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung zielt, muß über die gewiß wichtige Vermittlung von institutionellem und prozeduralem Wissen in Sachen Verfassungsgerichtsbarkeit hinaus zur Erhellung und Diskussion ihrer systemischen Schwächen vordringen; denn bloß in kritisch-problemorientierter Auseinandersetzung mit der eigenen Herrschaftsordnung bildet sich jenes konsensschaffende Bewußtsein, das auch in Krisenzeiten den demokratischen Institutionen staatsbürgerliche Loyalität sichert.

<sup>41)</sup> Konrad Zweigert/Hartmut Dietrich, Bundesverfassungsgericht — Institution mit Zukunft?, in: Verfassungsgericht und Politik, a. a. O., S. 28 ff.

<sup>42)</sup> So Otwin Massing, Das Bundesverfassungsgericht als Instrument sozialer Kontrolle, in M. Tohidipur (Hrsg.), Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik, Frankfurt 1976, S. 30 ff., 52 ff.



## **Karl Bruno Leder: Einige Anmerkungen zur Problematik der Todesstrafe**

Aus Politik und Zeitgeschichte, B 49/80, S. 3—18

Zwar ist die Todesstrafe in der Bundesrepublik Deutschland durch Grundgesetz-Gebot abgeschafft, doch in den meisten Ländern unserer Welt wird sie noch angedroht und auch vollstreckt. Da diese Strafart auch immer wieder als probates Mittel zur Bekämpfung politischer Gegner angesehen und verwendet wird, hat die Bundesregierung auch aus diesem Grund vor den Vereinten Nationen darauf gedrungen, die Todesstrafe international ächten zu lassen. Sie wird in ihrer Bemühung von Amnesty International unterstützt.

Wer sich über das Wesen der Todesstrafe Klarheit verschaffen will, muß sich auch mit ihrer Geschichte auseinandersetzen. In der weltweiten Diskussion um diese Strafe, die während der letzten zweihundert Jahre viele große Geister zu einer Stellungnahme zwang, ist immer wieder versucht worden, das Problem der Todesstrafe zu rationalisieren und zu einem Thema moderner Strafjustiz zu machen.

Wie die Untersuchung dieser ältesten gesellschaftlichen Strafe jedoch zeigt, kommt die Forderung nach der Todesstrafe aus irrationalen Schichten und hat nichts zu tun mit der Forderung nach Gerechtigkeit. Somit ist die Todesstrafe auch kein Problem der Justiz, die damit stets überfordert war und noch ist. Vielmehr handelt es sich bei der Forderung nach der Todesstrafe um einen Indikator für innergesellschaftliche Zwänge und Pressionen. Folgerichtig gibt es auch kein einziges rationales Argument, das klar für die Anwendung der Todesstrafe spräche und nicht zu widerlegen wäre. Dagegen gibt es eine Reihe von Argumenten, die eindeutig gegen die Anwendung dieser archaischen Strafe sprechen.

Es sollte daher zum politischen Allgemeingut werden, daß die Todesstrafe nicht mehr zum Instrumentarium eines modernen Staates gehören darf, sondern daß sie ebenso geächtet werden muß wie etwa die Sklaverei.

## **Hartmut Wasser: Das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe. Ein Vergleich mit dem Supreme Court in politikwissenschaftlicher und politikdidaktischer Absicht**

Aus Politik und Zeitgeschichte, B 49/80, S. 19—38

Derzeit sehen die Lehrpläne in den meisten Bundesländern die Eingliederung rechtskundlicher Stoffe in den Politikunterricht der verschiedenen Schulgattungen vor. Bei der ohnehin unzureichenden Stundenausstattung für die Beschäftigung mit sozialwissenschaftlichen Lerninhalten gilt es strikt darauf zu achten, daß der politische Bildungsauftrag die Orientierungsmarken für die Behandlung rechtlicher Sachverhalte setzt.

Auch das Thema „Verfassungsgerichtsbarkeit“ muß durch eine didaktische Konzeption aufbereitet werden, welche seine politischen Implikationen erhellt. In diesem Sinn versteht sich die vorliegende Arbeit als Versuch, die Eigentümlichkeiten der bundesrepublikanischen Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich mit ihrem funktionalen Pendant in den USA zu analysieren.

„Betroffenheit“ der Schüler kann der Politiklehrer durch einen Einstieg auslösen, der kontroverse und jugendliche Existenz berührende Urteile des BVG aus den vergangenen Jahren interpretiert. Die Textauswertung rückt schon jene Aspekte ins Blickfeld, die im folgenden den Unterrichtsgang strukturieren sollen, die Frage nämlich nach den Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit im Rahmen eines gewaltenteiligen Herrschaftssystems und die judikativen Überlegungen innewohnende politische Problematik. Ursprung, Kompetenzen und Funktionsweisen des BVG werden in komparatistischer Konfrontation mit dem Supreme Court dargestellt, wobei mehr Unterschiede als Gemeinsamkeiten in die Augen springen. Die Analyse der politischen Außeneinflüsse auf die Organisationsformen beider Gerichte macht das Spannungsverhältnis von Verfassungsgerichtsbarkeit und Politik sichtbar und führt damit ins Zentrum der Unterrichtseinheit. Denn sie soll insgesamt die Einsicht vermitteln, daß Recht und Rechtsprechung, vor allem auch das Phänomen der Verfassungsgerichtsbarkeit, nicht allein im politischen Kräftefeld eines Gemeinwesens angesiedelt sind, sondern auch selbst politische Wirkungen zeitigen. Ein Faktum, das zu heftigen Kontroversen Anlaß gibt: Wo dem einen der „Hüter der Verfassung“ inzwischen zur dominierenden Kraft im gewaltenteiligen System geraten ist, beklagen die anderen den Sog der politischen Machtdynamik, dem das BVG ausgeliefert sei.