

# AUS POLITIK UND ZEITGESCHICHTE

## Herrschaft des Rechts

*Tine Stein*

SELBSTBINDUNG DURCH  
RECHT IM DEMOKRATISCHEN  
VERFASSUNGSSTAAT

*Oliver Lepsius*

DIE POLITISCHE  
FUNKTION DES BUNDES-  
VERFASSUNGSGERICHTS

*Udo Di Fabio*

WIRKUNGSMACHT UND  
GRENZEN DES BUNDES-  
VERFASSUNGSGERICHTS

*Christian Rath*

DIE ÖFFENTLICHE WAHR-  
NEHMUNG DES BUNDES-  
VERFASSUNGSGERICHTS

*Kriszta Kovács · Kim Lane Scheppele*

RECHTSSTAAT UNTER DRUCK.  
UNGARN, POLEN UND  
DIE ROLLE DER EU

*Michael Krennerich*

MENSCHENRECHTSSCHUTZ  
IN EUROPA

*Michael Wrase · Leonie Thies ·  
Johanna Bebr · Tim Stegemann*

GLEICHER ZUGANG  
ZUM RECHT.  
(MENSCHEN-)RECHTLICHER  
ANSPRUCH UND WIRKLICHKEIT

# APuZ

ZEITSCHRIFT DER BUNDESZENTRALE  
FÜR POLITISCHE BILDUNG

Beilage zur Wochenzeitung Das **Parlament**

# Herrschaft des Rechts

APuZ 37/2021

**TINE STEIN**

**SELBSTBINDUNG DURCH RECHT IM DEMOKRATISCHEN VERFASSUNGSSTAAT**  
Wie sich Odysseus wegen des Gesangs der Sirenen an den Mast bindet, so bindet sich das Volk im Verfassungsstaat an die Verfassung, um Machtmissbrauch zu verhindern und Freiheit zu ermöglichen. Der Selbstbindung durch Recht kommt auch in der Klimakrise Bedeutung zu.  
**Seite 04–11**

**OLIVER LEPSIUS**

**DIE POLITISCHE FUNKTION DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS**  
Das Bundesverfassungsgericht ist Gericht und Verfassungsorgan zugleich. Der ihm von der Verfassung zugewiesenen politischen Rolle wird es am besten dadurch gerecht, dass es klug und situationsabhängig zwischen der Kontrolle von politischen Zielen und Mitteln unterscheidet.  
**Seite 13–18**

**UDO DI FABIO**

**WIRKUNGSMACHT UND GRENZEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS**  
Das Bundesverfassungsgericht ist sich in den vergangenen 70 Jahren seiner Wirkungen und Grenzen meist sehr bewusst gewesen. Auch deshalb sollte die EU-Kommission gut überlegen, ob sie über ein Vertragsverletzungsverfahren Einfluss auf seine Unabhängigkeit nehmen will.  
**Seite 19–23**

**CHRISTIAN RATH**

**DIE ÖFFENTLICHE WAHRNEHMUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS**  
Das Bundesverfassungsgericht ist eine politische Institution, die als Gericht wahrgenommen werden will und von der Öffentlichkeit auch als solches wahrgenommen wird. Neben seinen meist ausgewogenen Entscheidungen ist vor allem dies das Geheimnis seines Erfolgs.  
**Seite 25–30**

**KRISZTA KOVÁCS · KIM LANE SCHEPPELE**

**RECHTSSTAAT UNTER DRUCK. UNGARN, POLEN UND DIE ROLLE DER EU**  
Die EU ging bislang davon aus, dass ihre Mitgliedsstaaten die verfassungsrechtlichen Bedingungen respektieren würden, die ihnen den Beitritt zur Gemeinschaft ermöglichten. Ungarn und Polen stellen diese Grundannahme mit den Attacken auf ihre Justiz gründlich infrage.  
**Seite 32–39**

**MICHAEL KRENNERICH**

**MENSCHENRECHTSSCHUTZ IN EUROPA**  
Eigentlich müsste es um den Menschenrechtsschutz in Europa gut bestellt sein. Doch bei näherer Betrachtung lassen sich Lücken in Recht und Praxis erkennen, deutlich sichtbar am Schutz von Geflüchteten und am Umgang mit Autokraten.  
**Seite 41–47**

**MICHAEL WRASE · LEONIE THIES · JOHANNA BEHR · TIM STEGEMANN**

**GLEICHER ZUGANG ZUM RECHT. (MENSCHEN-)RECHTLICHER ANSPRUCH UND WIRKLICHKEIT**  
Zwischen dem rechtlichen Anspruch auf einen gleichen Zugang zu Recht und Justiz und seiner faktischen Inanspruchnahme klafft offenkundig eine große Lücke. Gesellschaftlich benachteiligte Personengruppen machen deutlich seltener von ihrem Recht Gebrauch.  
**Seite 48–54**

# EDITORIAL

Wie wichtig der Rechtsstaat für die Demokratie ist, fällt oft erst dann auf, wenn er nicht mehr richtig funktioniert. Zum ersten Mal seit Bestehen der Europäischen Union weisen gleich mehrere Demokratieindizes zwei EU-Mitgliedsländer, Ungarn und Polen, nicht mehr als vollwertige Demokratien aus. Neben der gezielten Unterdrückung zivilgesellschaftlicher Aktivitäten und der Verhinderung von Medienpluralität war es vor allem die Abschaffung der Unabhängigkeit der Justiz, die in beiden Ländern zu diesem für die EU wie für die betroffenen Gesellschaften desaströsen Ergebnis geführt hat.

Demokratie funktioniert nicht ohne Rechts- und Verfassungsstaat. Grundrechte bleiben unwirksam, wenn sie nicht vor unabhängigen Gerichten eingeklagt werden können. Eine Kontrolle der Regierenden läuft ins Leere, wenn die Kontrollierenden von den Regierenden abhängig sind. Verfassungen können nicht mehr als „Selbstbindungen“ des Volkes verstanden werden, wenn sie von politischen Mehrheiten beliebig geändert und manipuliert werden können. Wer meint, dass Demokratie vor allem die Herrschaft der Mehrheit bedeute, der hat sie nicht verstanden.

In der Bundesrepublik wacht seit nunmehr 70 Jahren das Bundesverfassungsgericht über die „Herrschaft des Rechts“. Auch wenn es in dieser Zeit hin und wieder Kritik auf sich zog und kleinere und größere Krisen zu überwinden hatte, hat es doch wie kein anderes Verfassungsorgan im öffentlichen Bewusstsein verankert, wie wertvoll einklagbare Grundrechte und der Zugang zu einer unabhängigen Justiz für die freiheitliche Demokratie und den Rechtsstaat sind. Seine Rolle bei der Konsolidierung und steten Verbesserung der deutschen Demokratie kann gar nicht hoch genug geschätzt werden. Doch dieser Erfolg ist nicht selbstverständlich. Wie nicht zuletzt der Blick auf Polen und Ungarn zeigt, ist er abhängig vom klugen Agieren aller Beteiligten in Recht und Politik.

*Sascha Kneip*

# SELBSTBINDUNG DURCH RECHT IM DEMOKRATISCHEN VERFASSUNGSSTAAT

*Tine Stein*

Die Vereinigten Staaten, Frankreich, die Bundesrepublik Deutschland, das Vereinigte Königreich, Israel, Japan, Südkorea – diese und weitere Länder können bei aller Unterschiedlichkeit als demokratische Verfassungsstaaten bezeichnet werden. Was ist bei diesem Typus politischer Ordnung das Wesentliche: die Demokratie, die Verfassung oder der Staat? Aus politiktheoretischer Perspektive möchte man sagen, dass die Frage falsch gestellt ist, denn das Wesentliche des demokratischen Verfassungsstaates liegt gerade in der Verbindung von jeweils drei gleichwertigen Prinzipien. Es geht um die Legitimation und Ausübung politischer Herrschaft durch das Volk und in seinem Interesse, um die umfassende Bindung an Recht, für das eine besondere Geltungskraft anerkannt wird und in dessen Rahmen Herrschaft ausgeübt wird, sowie um die Souveränität von Herrschaft in einem definierten Territorium. Zwischen diesen Prinzipien besteht ein dynamisches Spannungsverhältnis, das es in einem ersten Schritt begrifflich zu entfalten und dessen innere Logik es herauszuarbeiten gilt: die Selbstbindung der Bürgerschaft durch Recht. Das Verständnis dieser Form politischer Ordnung bliebe unvollständig, wenn neben die politiktheoretische nicht auch eine empirische Rekonstruktion träte, bei der auch die im Detail variierenden Gewichtungen der Prinzipien vor dem Hintergrund jeweils unterschiedlicher historischer Entwicklungspfade nachzuzeichnen sind. Das soll mit wenigen Strichen in einem zweiten Schritt für England, die USA und Frankreich geschehen, die für drei historisch einflussreiche Strömungen im Verfassungsdenken stehen.

Welche Zukunft hat dieser Typus politischer Ordnung? Für das globalisierte 21. Jahrhundert sind zahlreiche Abgesänge auf den Staat als territorial definierte Ordnung zu hören. Autoritäre Bewegungen fordern das demokratische Legitimationsprinzip heraus, und insbesondere die Klimakrise stellt die Freiheitlichkeit der modernen Verfassung auf die Probe. Hier wird die

These vertreten, dass der demokratische Verfassungsstaat eine entwicklungsfähige Ordnung ist, innerhalb der die Selbstbindung durch Recht neuen Herausforderungen angepasst werden kann (und muss). Anhand des Klimabeschlusses des Bundesverfassungsgerichts soll daher in einem dritten Schritt das Innovationspotenzial des demokratischen Verfassungsstaates beleuchtet werden.

## ERMÖGLICHUNG UND BEGRENZUNG DEMOKRATISCHEN HANDELNS

In der griechischen Mythologie findet sich in Homers Odyssee eine Erzählung, die in der Verfassungstheorie häufig herangezogen wird, um den Clou der Verbindung von Demokratie und Verfassung zu veranschaulichen.<sup>91</sup> Odysseus muss auf seiner Heimreise die Insel der Sirenen passieren. Er weiß um die Gefahr, die von diesen Mischwesen ausgeht. Mit ihrem betörenden Gesang locken sie vorüberfahrende Seefahrer heran, woraufhin deren Schiffe an den Klippen der Insel zerschellen. Auf Anraten der Zaubergöttin Kirke greift Odysseus zu einer List. Seinen rudernden Gefährten verstreicht er die Ohren mit Wachs, und sich selbst lässt er an den Mast des Schiffes binden. Zuvor hat er den Gefährten eingeschärft, dass sie ihn unter keinen Umständen von den Fesseln lösen dürfen, sondern Kurs halten und an der Insel vorbeirudern sollen. Es kommt wie erwartet: Sobald Odysseus den Gesang vernimmt, möchte er nur noch zu den Sirenen. Aber die Gefährten, die selbst den Gesang ja nicht hören können, binden ihn – wie vorher verabredet – nur noch fester an den Mast und bringen das Schiff aus der Gefahrenzone. Mit dieser Bindung und den vorausschauenden weiteren Vorkehrungen entgeht Odysseus nicht nur dem sicheren Tod, sondern verschafft sich zugleich die Möglichkeit, den Gesang der Sirenen zu genießen.

Begrenzung des Handlungsspielraums als Schutz vor Gefahr und Ermöglichung von Handlungen, die ohne dies nicht möglich wären – das sind auch die beiden zentralen Wirkungen, die die Bindung des Souveräns an eine Verfassung beinhaltet.<sup>02</sup> So wie sich der um seine Schwächen wissende Odysseus aus weiser Voraussicht an den Mast bindet, so bindet sich das Volk im Wissen um seine Angewiesenheit auf Regeln an eine Verfassung, wodurch sein Handlungsspielraum einerseits begrenzt wird, ihm andererseits aber auch Möglichkeiten geschaffen werden, die ohne diese Bindung nicht bestünden. Damit diese Bindung nicht schon bei der ersten Versuchung wieder gelöst wird, bedarf es für die Verfassung einer besonderen Bestandsgarantie: Sie wird als Recht zweiter Ordnung konzipiert, das gegenüber dem Recht erster Ordnung höherrangig ist. Hervorgebracht werden kann es nur aufgrund eines besonderen Willensentschlusses des Volkes, das sich mit diesem Recht selbst binden will, und geändert werden kann es nur unter erschwerten Bedingungen qualifizierter Mehrheitserfordernisse.

Die Verfassung bewirkt also die Bändigung einer – vermeintlichen oder tatsächlichen – Irrationalität, die sich in politischer Macht Bahn brechen und für die Freiheit des Einzelnen wie auch für das Gemeinwohl zur Gefahr werden kann. Dass solche Gefahren auch der Demokratie drohen, wenn das Volk mit Mehrheit entscheidet, ist eine der zentralen Erfahrungen der politischen Moderne, weshalb auch diese Herrschaftsform auf institutionelle Sicherungsmaßnahmen zur Kontrolle von Machtausübung und Begrenzung ihrer Verfügungsgewalt angewiesen ist. Das ist der Sinn vielerlei Vorkehrungen im Verfassungsstaat, angefangen bei der Differenzierung zwischen dem Innehaben und dem Ausüben der Staatsgewalt.<sup>03</sup> Die Staatsgewalt geht vom Volk aus, es bildet die – unter der normativen Prämisse gleicher Freiheit einzig überzeugende – Legitimationsquelle, aber ausgeübt wird die Staatsgewalt durch eigens ein-

gesetzte Regierungsinstitutionen, für die Repräsentanten in periodisch wiederkehrenden Wahlen bestimmt werden. Die gewählten Repräsentanten üben ihr Wahlmandat im Rahmen eines Amtes aus – das heißt, ihre Handlungsvollmacht ist erstens eine übertragene und zweitens eine rechtlich begrenzte, die drittens inhaltlich durch die aufgegebenen Ausrichtung am Gemeinwohl bestimmt ist. Viertens sind die gewählten Amtsinhaber denen gegenüber, die sie repräsentieren, für ihre Tätigkeit politisch verantwortlich.<sup>04</sup>

Die Unterscheidung zwischen Innehaben und Ausüben der Staatsgewalt drückt sich auch in der Lehre der verfassungsgebenden Gewalt aus, wonach das Volk als Souverän die die Verfassung „hervorbringende Gewalt“ ist (*pouvoir constituant*) und in ihrem Rahmen als „verfasste Gewalt“ (*pouvoir constitué*) handelt.<sup>05</sup> Die Souveränität im Verfassungsstaat wird durch diese umfassende Verrechtlichung, die selbst den verfassungsändernden Gesetzgeber miteinschließt, latent.<sup>06</sup> Für eine Kontrolle der Regierungsinstitutionen untereinander soll die horizontale Gewaltenteilung beziehungsweise -verschränkung sorgen, sodass keine der jeweiligen Institutionen die rechtlich umgrenzten Kompetenzen überschreitet und über die begrenzten Aufgabenbereiche hinausgeht. Die Rechtsbindung aller staatlichen Gewalt bildet im Verfassungsstaat damit nicht nur eine hehre Norm, sondern wird auch durch die Praxis eingeholt. Das gilt vor allem auch für die Grundrechte der Einzelnen, die neben der Gewaltenteilung wohl die wichtigste Sicherungsmaßnahme darstellen, mit der das Prinzip der Rechtsbindung aller staatlichen Gewalt eingelöst wird. Voraussetzung für die Geltung des grundrechtlichen Anspruchs ist die Rechtsweegegarantie und eine unabhängige Rechtsprechung.<sup>07</sup> Die Grundrech-

**01** Vgl. Jon Elster, *Ulysses and the Sirens*, Cambridge 1984, S. 36; Stephen Holmes, *Verfassungsförmige Vorentscheidungen und das Paradox der Demokratie*, in: Ulrich K. Preuß (Hrsg.), *Zum Begriff der Verfassung*, Frankfurt/M. 1994, S. 133–170, hier S. 153.

**02** Vgl. dazu neben Holmes (Anm. 1) auch Ulrich K. Preuß, *Einleitung: Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik*, in: ders. (Anm. 1), S. 7–33.

**03** Vgl. Dieter Grimm, *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, Berlin 2009, S. 72.

**04** Vgl. Peter Graf Kielmansegg, *Die Grammatik der Freiheit. Acht Versuche über den demokratischen Verfassungsstaat*, Baden-Baden 2013, S. 54.

**05** Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – ein Grenzbezug des Verfassungsrechts*, in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt/M. 1991, S. 90–112.

**06** Vgl. Grimm (Anm. 3), S. 72.

**07** Dass Grundrechte und Gewaltenteilung zu einem normativ anspruchsvollen Begriff der Verfassung gehören, begleitet das moderne Verfassungsdenken seit der Französischen Revolution. In Art. 16 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 heißt es: „Eine Gesellschaft, in der die Verbürgung der Rechte nicht gesichert und die Gewaltenteilung nicht festgelegt ist, hat keine Verfassung.“

te begrenzen den Verfügungsbereich der Politik und richten zugleich den Inhalt in eine bestimmte Richtung aus. Sie verlangen nicht nur ein Unterlassen des Staates, sondern auch ein Tun, da der Bereich, den die Grundrechte schützen, nicht nur durch ein Zuviel an staatlicher Politik bedroht sein kann, sondern auch durch ein Zuwenig. Denn ein staatliches Tun ist dann erforderlich, wenn die Freiheitssphären Einzelner konfliktieren und eine rechtlich faire Abgrenzung vonnöten ist, damit nicht andernfalls im „freien“ gesellschaftlichen Spiel der Kräfte das (vermeintliche) Recht des Stärkeren handlungsleitend ist.

Wie in der Geschichte von Odysseus und den Sirenen hat dieses institutionelle Arrangement im Verfassungsstaat aber noch eine zweite Wirkung: Zur begrenzend-bändigenden tritt die ermöglichende Wirkung hinzu. So dient die Gewaltenteilung nicht nur der Machtkontrolle, sondern steigert durch die Aufteilung von Kompetenzbereichen auch die Rationalität. Wie in der ökonomischen Sphäre der modernen Gesellschaft ist auch hier die Arbeitsteilung ein intelligentes Organisationsverfahren, mit dem bessere und effizientere Ergebnisse erzeugt werden können: Die funktionale Differenzierung staatlicher Aufgaben – Gesetze geben, ausführen und den Inhalt und Prozess auf Rechtmäßigkeit überprüfen – und die Verteilung auf unterschiedliche Institutionen bieten die Chance differenzierter Problemwahrnehmung und angemessener Aufgabenerfüllung.<sup>08</sup> Diese ermöglichende Seite kann in vielen verfassungsrechtlichen Regelungen entdeckt werden, allen voran den Grundrechten. So kann eine Gesellschaft von vorhandenem Sachverstand sehr viel besser Gebrauch machen, wenn die Grundrechte einen freien Entfaltungsbereich des Individuums markieren und auch den freien Austausch der Individuen untereinander schützen. Wissenschaftsfreiheit, der freie Austausch von Meinungen in einer pluralistischen Gesellschaft, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit – all dies sichert die Innovationsfähigkeit einer Gesellschaft. Und noch etwas ermöglichen Verfassungen: Als vorab festgelegte Spielregeln entlasten sie den politischen Prozess und geben damit Raum für die Auseinandersetzung über kontroverse Inhalte und Lösungsansätze bei divergierenden Problemwahrnehmungen und un-

<sup>08</sup> Vgl. auch Ulrich K. Preuß, *Revolution, Fortschritt, Verfassung*, Berlin 1991, S. 76f.

terschiedlichen Interessen, mit dem Ziel einer Kompromissfindung.

Damit dieses anspruchsvolle Arrangement funktioniert, ist allerdings eine entscheidende Voraussetzung notwendig. Die handelnden politischen Akteure und auch die Bürgerschaft sollten von einem Konsens über das „Unabstimmbare“ getragen sein, wie es Adolf Arndt, einer der wichtigen Rechtspolitiker der frühen Bundesrepublik, ausgedrückt hat. Sie müssen sich einig wissen über das, was nicht kontrovers sein sollte, wie es Ernst Fraenkel, Remigrant und einer der Gründerväter der deutschen Politikwissenschaft, in seiner Theorie pluralistischer Demokratie konzeptualisiert hat. Denn bei allem Pluralismus der Werte bedarf es im demokratischen Verfassungsstaat einer geteilten ethischen Überzeugung, begleitet von einer entsprechenden Haltung in der Praxis: dass allen Menschen die gleiche unantastbare und zu respektierende Würde innewohnt, dass allen Bürgerinnen und Bürgern in der Demokratie gleiche Freiheit zukommt (und folglich faire Lösungen bei widerstreitenden Interessen zu suchen sind) und es nicht zuletzt eines bürgerschaftlichen Engagements bedarf, das weit über die Erfüllung geschriebener Rechtspflichten, wie etwa Steuern zu zahlen, hinausgeht. Um eine viel zitierte Sentenz Ernst-Wolfgang Böckenfördes auf einen Begriff zu bringen: Der demokratische Verfassungsstaat ist auf ein *demokratisches Ethos* seiner Bürgerinnen und Bürger angewiesen, das seine Institutionen lebendig hält.<sup>09</sup>

## ENTWICKLUNGSPFADE

Die Ideen- und Realgeschichte des modernen Konstitutionalismus ist eng verknüpft mit der Geschichte des Rechtsstaats. Verfassungsstaat und Rechtsstaat stehen beide für die Rechtsbindung politischer Herrschaft, sind allerdings nicht deckungsgleich – das Konzept des Rechtsstaats kann, ahistorisch gedacht und ohne hier die deutsche Herkunft des Begriffs einzubeziehen, im Kern auf die Gesetzmäßigkeit politischer Herrschaft und das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz konzentriert werden, ohne dass eine Verbindung mit einer demokratischen Legitimation

<sup>09</sup> Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in: ders., *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt/M. 1976, S. 42–64, hier S. 60.

von Herrschaft und einer konstitutionellen Garantie individueller Rechte begriffsnotwendig ist.<sup>10</sup> In der historischen Entwicklung nimmt der Verfassungsstaat im hier verwendeten, normativ anspruchsvollen Sinn den Begriff des Rechtsstaats in sich auf, wobei sich in den wirkmächtigen Traditionen Englands, der USA und Frankreichs jeweils Besonderheiten zeigen.

In der politischen Tradition des Vereinigten Königreichs sind die Parlamentssoveränität und das Rule-of-Law-Prinzip Ausdruck eines Konstitutionalismus ohne eine förmliche Verfassungsurkunde.<sup>11</sup> Die Verfassung wird verstanden als ein „instrument of government“, und die zentrale Institution dieser Regierung ist das Parlament mit seiner Dreifaltigkeit von House of Commons, House of Lords und der Queen. Souverän ist das Parlament, insofern es als Vertretung der souveränen Bürgerschaft handelt, von deren Legitimation durch Wahlen es abhängig ist. In der Bill of Rights von 1689 – einem der Basisdokumente der nicht kodifizierten britischen Verfassung – ist insbesondere festgehalten, dass die Krone im Konsens mit dem Volk, repräsentiert im Parlament, handeln soll, dass es hierfür freier Wahlen bedarf, das Parlament der Erhebung von Steuern zustimmen muss und die Mitglieder in den Debatten frei sprechen können sollen. Vor allem aber werden Rechte des Individuums festgeschrieben und bestimmt, dass die Bürger durch Gerichte Schutz vor ungerechtfertigten Eingriffen in diese Rechte erhalten.

Die Siedler in den Kolonien der Neuen Welt forderten die Garantien der Bill of Rights auch für sich ein. Die Kolonisten sahen sich vom Parlament des Mutterlands nicht repräsentiert, obwohl sie der britischen Krone Steuern zu zahlen hatten. Der Ruf der Unabhängigkeitsbewegung, „No Taxation Without Representation“, nimmt einen genuinen Bestandteil der englischen Parlamentssoveränität und verwandelt ihn in eine

Begründung für die Unabhängigkeit: In der Gründung der Vereinigten Staaten von Amerika erlebt der Konstitutionalismus gewissermaßen seine Geburtsstunde in nahezu vollendeter Form. Auch wenn der Konvent von Philadelphia „eigentlich“ nur zusammentrat, um das Gerüst für eine bessere Union („to form a more perfect Union“, wie es in der Präambel heißt) der Einzelstaaten zu entwickeln,<sup>12</sup> so handelte es sich doch um eine verfassungsgebende Versammlung, die auf der Basis eines wechselseitig geschlossenen Vertrags einen neuen Staat mit konstitutioneller Grundlage verabredete. In den für die Annahme des Verfassungsentwurfs werbenden *Federalist Papers* findet sich die politiktheoretische, gleichwohl praktisch argumentierende Begründung für die wesentlichen Grundsätze des demokratischen Verfassungsstaates: für das Prinzip der repräsentativen Demokratie als Mehrheits-herrschaft – die zugleich auf *checks and balances* durch Gewaltenverschränkung angewiesen ist, um die Rechte der Einzelnen und auch das öffentliche Wohl zu schützen –, für die Legitimität der Interessen der Bürger und auch für den Grundsatz einer unabhängigen Gerichtsbarkeit als Kontrollinstanz. In einem der Briefe wird von Alexander Hamilton entwickelt, was sich aus der Logik der Verfassung als übergeordneter Rechtsnorm ergibt: dass auch die Legislative bei der Verabschiedung von Gesetzen an die Verfassung gebunden ist und dass es der Gerichtsbarkeit zusteht, die Gesetze auf Rechtmäßigkeit, das heißt auf Übereinstimmung mit der Verfassung, zu prüfen, um der Selbstbindung der Bürgerschaft zur Geltung zu verhelfen.

Der Supreme Court hat sich 1803 diese verfassungsgerichtliche Kontrollkompetenz bekanntlich in einem seiner ersten Urteile in einem Akt richterlicher Selbstermächtigung selbst zugesprochen, denn eine explizite Kompetenzzuweisung sieht die Verfassung nicht vor.<sup>13</sup> In einer Hinsicht stellt sich der US-amerikanische Konstitutionalismus zur Zeit seiner Gründung allerdings nicht als vollendet dar: Den gewaltsam entführten Af-

**10** Die Frage, ob noch von einem konstitutionellen System gesprochen werden kann, wenn autoritäre Kräfte freie Wahlen behindern, Grundrechte beschneiden und damit politische und bürgerliche Freiheiten einschränken, ist eine der derzeit wichtigsten Debatten in Politik- und Rechtswissenschaft. Siehe etwa Mark Tushnet, *Authoritarian Constitutionalism*, in: *Cornell Law Review* 2/2015, S. 391–461; Kim Lane Scheppele, *Autocratic Legalism*, in: *The University of Chicago Law Review* 2/2018, S. 545–584; Steven Levitsky/Daniel Ziblatt, *How Democracies Die*, New York 2018.

**11** Vgl. hierzu und zum Folgenden Preuß (Anm. 2), S. 14f.

**12** Vgl. hierzu Louis Henkin, *Revolutions and Constitutions*, in: *Louisiana Law Review* 5/1989, S. 1023–1056, hier S. 1036f., der dies auch als Erklärung dafür anführt, warum der Verfassungstext zunächst keine Grundrechte enthielt, sondern diese erst später mit der Bill of Rights hinzugefügt wurden.

**13** Vgl. dazu umfassend Lukas Wolfgang Lübber, *Ursprünge der richterlichen Normenkontrolle im Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten, 1761–1803*, Tübingen 2021.

rikanern und ihren Nachkommen wird im System der Sklaverei die Gleichheit vor dem Gesetz in grausamer Weise verwehrt. Der Rassismus, der diese rechtliche Diskriminierung stützt, stellt in ethischer Hinsicht gewissermaßen die Erbsünde des Verfassungsstaates der USA dar. Die Verweigerung der angeborenen Rechte für die versklavte Bevölkerung ist qualitativ noch gravierender als die ebenfalls das Gleichheitsprinzip verletzende Verweigerung des allgemeinen Frauenwahlrechts, geht es doch bei der Sklaverei darum, Menschen gewalttätig zu unterwerfen und zu verdinglichen und sie damit kategorial nicht als gleiche Geschwister der einen Menschheitsfamilie anzuerkennen.

Die französische Entwicklungslinie des Konstitutionalismus schließlich hat vor dem Hintergrund des umfassenden sozial-revolutionären Bruchs von 1789 viel stärker neben die Forderung der Freiheit auch die der Gleichheit gestellt und dies mit sozialen Ansprüchen verknüpft: „Fraternité“ verbindet sich mit der Vorstellung der Gesellschaft als Solidargemeinschaft, was sich auch in einer früheren und umfassenderen Institutionalisierung des Staates als Wohlfahrtsstaat niedergeschlagen hat.<sup>14</sup> Aber generell ist die Verwirklichung der Verheißungen der französischen Erklärung der Bürger- und Menschenrechte in die Hände der politischen, nicht der rechtlichen Institutionen der Republik gelegt. Und anders als in den USA nimmt das Verfassungsdenken seinen Ausgang nicht im Individuum und der potenziellen Bedrohung seiner Rechte durch eine demokratische Mehrheit, sondern in dem politischen Kollektiv der Nation. Die politische Nation gibt sich in den auf die Revolution folgenden zahlreichen Verfassungen eine Form, aber sie geht diesen ideell voraus – die Verfassung begründet hier nicht, wie in den USA, die Herrschaft der Nation, sondern gibt ihr einen institutionellen Ausdruck.<sup>15</sup> Auch in Frankreich können die Bürger rechtlichen Schutz gegen Akte der exekutiven Staatsgewalt vor der Verwaltungsgerechtigbarkeit erlangen. Aber in der republikanischen Tradition Frankreichs ist es das starke Parlament, das mit dem Gesetz die Rechte schützt. Diese werden als vom Gesetz geschaffene Rechte verstanden – und nicht als vorpositive Rechte, die auch gegen legislative Akte eingesetzt werden

können.<sup>16</sup> Erst in der jüngeren Vergangenheit hat sich eine verfassungsgerichtliche Normenkontrolle entwickelt, die allerdings mit Blick auf die Zugänge zu Gericht nicht so weitreichend wie etwa in der Bundesrepublik ist.

Dass sich das Grundgesetz zu einer Art Fixpunkt des deutschen Gemeinwesens entwickelt hat, mit Integrationskraft sowohl was die Akteure im politischen Wettbewerb angeht als auch in symbolischer Hinsicht als gemeinsamer Nenner der Bürgerschaft, hängt wesentlich mit der Anrufbarkeit seines Hüters zusammen: Die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde hat das Bundesverfassungsgericht zu einem Bürgergericht gemacht, und die verhältnismäßig niedrigen Zugangshürden für die politischen Akteure bewirken die Realisierung der Rechtsbindung bereits im Vorfeld eines Prozesses. Der mögliche Gang nach Karlsruhe und sein Ergebnis werden dauerhaft antizipiert. Auch wenn das Grundgesetz nahezu von Beginn an von der kontroversen Debatte begleitet wird, ob es „nur“ als Rahmen oder auch als Programm, nur in seiner ordnenden oder auch mit einer inhaltlich orientierenden und integrierenden Funktion zu verstehen ist.<sup>17</sup> Die Bundesrepublik zeigt sich als ein Paradebeispiel eines demokratischen Verfassungsstaates, der in umfassender Weise auf die Verfassung gegründet und durch sie geprägt ist. Ob dies auch in Zukunft so sein wird, hat nicht nur, wie häufig diskutiert, mit der Frage eines geschärften Verständnisses richterlicher Selbstbeschränkung und der Wahrung legislativer Freiräume zu tun.<sup>18</sup> Es kommt auch auf die innovative Weiterentwicklung der rechtlichen Selbstbindung für neue Herausforderungen an, sei es im Wege der expliziten Verfassungsänderung durch den Gesetzgeber oder im Wege des Verfassungswandels durch Interpretation. In einem letzten Schritt soll anhand der Klimakrise aufgezeigt werden, warum der demokratische Verfassungsstaat das Vermögen der Begrenzung und Ermöglichung in Bezug auf diese Herausforderung bislang nicht realisiert hat und warum

<sup>16</sup> Vgl. hierzu Henkin (Anm. 12), S. 1031.

<sup>17</sup> Vgl. dazu Verena Frick, Abschied von der Ordnung. Zur Ideengeschichte des Verfassungsdenkens angesichts ihrer schwindenden Normativität, in: Politische Vierteljahresschrift 1/2019, S. 21–43.

<sup>18</sup> Dazu statt anderer Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011.

<sup>14</sup> Vgl. Henkin (Anm. 12), S. 1033f.

<sup>15</sup> Vgl. Preuß (Anm. 2), S. 23f.

vor diesem Hintergrund der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts tatsächlich das Adjektiv „epochal“ verdient.<sup>19</sup>

### ÖKOLOGISCH MOTIVIERTE SELBSTBINDUNG

Um in der Bildersprache der griechischen Mythologie zu bleiben: Es gibt eine Achillesferse im demokratischen Verfassungsstaat. Eigentlich müssten die beiden Wirkungen der rechtlichen Selbstbindung, Begrenzen und Ermöglichen, besonders hilfreich bei der Bewältigung der ökologischen Herausforderung, speziell der Klimakrise, sein.<sup>20</sup> Denn es bedarf kollektiver und rechtlich stabilisierter Verabredungen zugunsten der Begrenzung jener menschlichen Handlungen, deren Folgen die Selbstregulationsfähigkeit natürlicher Systeme überstrapazieren und die gefährlichen Kettenreaktionen in der Biosphäre in Gang setzen. Zugleich müssen rechtliche Arrangements, die Kreativität und Innovation freisetzen, gestärkt werden, um jetzt noch unbekanntes Lösungen, etwa für die Anpassung an den unvermeidlichen Klimawandel mit seinen katastrophalen Wetterereignissen, zu ermöglichen. Seit rund einem halben Jahrhundert sind diese Zusammenhänge auch einer immer breiter werdenden Öffentlichkeit bekannt. Warum aber hat sich das Potenzial der Verfassung hier nicht entfaltet, warum hat der demokratische Souverän nicht eingedenk seiner eigenen Schwäche die rechtliche Selbstbindung auf diese Herausforderung hin aktualisiert? Warum also konnte trotz der vorhandenen Erkenntnis der Gesang der Sirenen von immerwährendem Luxus als Genuss ohne Reue das Schiff näher und näher an die Klippen ziehen?

Die Antwort ist banal: Erkenntnis und Interesse sind auseinandergefallen. Die relevanten Akteure in der Wettbewerbsdemokratie, also die demokratischen Mehrheiten und ihre Repräsentanten, haben die Gegenwartspräferenz in der Nutzenfunktion nicht überwinden können. Gegenwärtig anfallende Kosten und im Hier und

Jetzt realisierte Gewinne von Entscheidungen sind systematisch stärker gewichtet worden als zukünftige. Solange die Kosten einer auf fossiler Energie beruhenden Lebensweise zeitlich und räumlich externalisiert werden konnten, ist eine auf Dekarbonisierung zielende Transformationspolitik aufgrund ihrer – von den politischen Konkurrenten auch noch beschworenen – Kosten für die Durchsetzung von Verhaltensänderungen, der Einkommenseinbußen durch geringere gesamtgesellschaftliche Wachstumsraten und des sich erst in Zukunft einstellenden „Gewinns“ (der kein Zugewinn ist, sondern nur die Abwendung einer Verschlechterung in Form eines geringeren Temperaturanstiegs) nicht wettbewerbsfähig gewesen. Die Kurzfristigkeit im Entscheidungshorizont demokratisch gewählter Politiker, die zu einer strukturellen Vernachlässigung der Zukunft führt, spiegelt also nicht einfach nur eine angenommene Kurzfristigkeit in der Präferenzordnung der Wähler wider, sondern wird durch die Funktionsbedingungen der Wettbewerbsdemokratie auch systematisch erzeugt. Dieser Mechanismus relativiert sich freilich in dem Moment, in dem eine hinreichend einflussreiche Zahl von Bürgerinnen und Bürgern eine zukunftsverantwortliche Politik einfordert. Allem Anschein nach hat die neue soziale Bewegung „Fridays for Future“ Klimapolitik in Europa bereits konfliktfähiger gemacht, auch wenn den Aktivistinnen – und auch den Klimaforschern – der Green New Deal der EU und die jeweiligen nationalstaatlichen Maßnahmen zur Umsetzung des Pariser Klimaschutzabkommens bei weitem nicht ausreichend erscheinen.

Doch die Beharrungskräfte sind groß, und das hängt neben der immer noch vergleichsweise schwachen Priorität, die die Wählerschaft der Thematik einräumt, mit einer weiteren Schwachstelle an der Achillesferse des demokratischen Verfassungsstaates zusammen: Die Grundrechte als liberale Abwehrrechte schützen eine von staatlichem Reglement grundsätzlich frei zu haltende Handlungssphäre. Jede Handlung kann sich auf den Schutz eines Grundrechts berufen, entweder auf ein bestimmtes oder aber auf die allgemeine Handlungsfreiheit aus Artikel 2 GG. Ein die grundrechtliche Freiheit regulierender staatlicher Eingriff kann nur dann erfolgen, wenn es um den im Wege der Verhältnismäßigkeitsprüfung als notwendig erachteten Ausgleich mit anderen grundrechtlichen oder weiteren in der Verfassung

<sup>19</sup> So z. B. Maximilian Steinbeis, *Ok, Boomer*, 20. 4. 2021, <https://verfassungsblog.de/ok-boomer>.

<sup>20</sup> Ausführlich hierzu: Tine Stein, *Demokratie und Verfassung an den Grenzen des Wachstums. Zur ökologischen Kritik und Reform des demokratischen Verfassungsstaates*, Opladen–Wiesbaden 1998.

geschützten Rechtsgütern geht. Dass die mit der Emission von Treibhausgasen verbundenen individuellen Handlungen als Ausübung der Freiheit des einen die grundrechtliche Sphäre – Gesundheit, Eigentum, Berufsfreiheit – einer anderen berühren und deswegen von Verfassungen wegen staatliche Maßnahmen erforderlich sind, galt bis zum Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts als schwer vorstellbar. Fragen der Klageberechtigung, der Betroffenheit, Probleme der Zurechenbarkeit und wissenschaftlichen Beweisbarkeit von Kausalität, gerade mit Blick auf Ursachen und Folgen, die geläufige Grenzen in Zeit und Raum überschreiten, und auch die Einschätzung, ob „nur“ ein Risiko oder „schon“ eine Gefahr vorliegt – all diese und weitere Aspekte ließen das Rechtssystem eher als Hindernis für eine ökologisch verantwortliche Politik erscheinen.

Deswegen sind seit den siebziger Jahren bis heute immer wieder Verfassungsänderungen vorgeschlagen worden, um ökologische Interessen rechtlich konfliktfähiger zu machen: angefangen von einem Umweltgrundrecht über eine ökologische Grundrechtsschranke bis hin zu einem durch Ombudspersonen oder Verbände einklagbaren Grundrecht für zukünftige Generationen. Das Umweltstaatsziel in Art. 20a GG, zu dem sich der verfassungsändernde Gesetzgeber schließlich in den neunziger Jahren mit einer Kompromissformel durchgerungen hatte, erschien vor dem Hintergrund dieser weitreichenden Forderungen als sehr kurz gesprungen, zumal es in der intensiv geführten verfassungspolitischen Debatte auch institutionelle Vorschläge gab, zugunsten ökologischer Politik tief in den politischen Prozess einzugreifen – etwa durch ein aufschiebendes Vetorecht eines Ökologischen Rates als einer Art Dritten Kammer oder ein Vetorecht für die Umweltministerin.<sup>21</sup> Aber die Aufnahme des Umwelt-Staatsziels markierte gleichwohl eine Wende, denn die explizite Verpflichtung, die natürlichen Lebensgrundlagen auch in Verantwortung für die künftigen Generationen zu schützen, hat in die Verfassung einen Blickwinkel eingebaut, von dem aus in Auslegungs- und Abwägungsprozessen Grundrechte in geändertem Licht interpretiert werden können.

<sup>21</sup> Vgl. ebd., S. 229–266. Siehe dazu aktuell Sachverständigenrat für Umweltfragen, *Demokratisch regieren in ökologischen Grenzen: Zur Legitimation von Umweltpolitik, Sondergutachten*, Berlin 2019.

Und diesen Blickwinkel hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Klimabeschluss eingenommen:<sup>22</sup> Zwar sieht es mit dem Klimaschutzgesetz weder grundrechtliche Schutzpflichten des Gesetzgebers gegenüber den Beschwerdeführenden verletzt, noch erkennt es einen Verstoß des Gesetzgebers gegen das aus Art. 20a ableitbare Klimaschutzgebot. Aber das Urteil stellt gleichwohl eine Wende dar. Auch Karlsruhe stellt sich nun in die Reihe jener Gerichte, die sich als neue Hüter der Natur verstehen.<sup>23</sup> Die erste zentrale Aussage ist epistemischer Natur: Das Gericht folgt den Berechnungen der Klimaforschung, wonach zur Einhaltung der im Pariser Abkommen festgelegten Temperaturschwelle, die auch verfassungsrechtlich maßgeblich ist, in Deutschland nur noch ein begrenztes CO<sub>2</sub>-Budget in den nächsten drei Jahrzehnten emittiert werden kann.

Die zweite zentrale Aussage ist eine grundrechtsdogmatische Innovation:<sup>24</sup> Das Gericht erkennt eine Freiheitsverletzung der jungen Beschwerdeführenden gewissermaßen in futuro an, die heute schon in Anschlag zu bringen ist. Denn das Klimaschutzgesetz verlagere die wesentliche Reduktionslast klimarelevanter Gase in den Zeitraum nach 2030, was dann zu einer Gefährdung „praktisch jegliche[r] grundrechtlich geschützte[r] Freiheit“ führe.<sup>25</sup> Mit dem Aufschieben der wesentlichen Reduktionslasten auf die Zeit nach 2030 hat der Gesetzgeber in den Augen des Gerichts den grundrechtlich gebotenen intertemporalen Freiheitsschutz verletzt;<sup>26</sup> die jetzige Emissionsmengenregelung, die den Ausstoß des größten Teils des noch zur Verfügung stehenden Budgets für das nächste Jahrzehnt erlaubt, komme einer „eingriffsähnlichen Vorwirkung“ gleich.<sup>27</sup> Damit wird verfassungsrechtlich anerkannt, dass eine wahrscheinliche Verletzung von Grundrechtsansprüchen, die jemanden in der Zukunft treffen wird, schon in der Gegenwart beklagt werden kann.

<sup>22</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021, 1 BvR 2656/18, [www.bverfng.de/e/rs20210324\\_1bvr265618.html](http://www.bverfng.de/e/rs20210324_1bvr265618.html).

<sup>23</sup> Vgl. Claudio Franzius, *Die Rolle von Gerichten im Klimaschutzrecht*. Arbeitspapier Nr. 10 der Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht der Universität Bremen, Februar 2021.

<sup>24</sup> Vgl. zur Kritik Christian Calliess, „Elfes“ Revisited? Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts, 25.5.2021, <https://verfassungsblog.de/elfes-revisited>.

<sup>25</sup> Vgl. [www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemittelungen/DE/2021/bvg21-031.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemittelungen/DE/2021/bvg21-031.html).

<sup>26</sup> Vgl. BVerfG (Anm. 22), Leitsätze, Rn. 122, 183.

<sup>27</sup> Vgl. ebd., Rn. 183, 184, 187.

Die dritte zentrale Aussage schließlich ist die Aktualisierung des universalistischen Geltungsanspruchs der Menschenrechte als der normativen Legitimitätsgrundlage der Verfassung. Denn auch wenn die Beschwerdeführenden aus Nepal und Bangladesch am Ende in der Sache nicht erfolgreich waren – die Tatsache, dass ihre Klage die Zulassungshürde übersprungen hat, kommt einer generellen Anerkennung der Verantwortlichkeit des Nationalstaats im Bereich des Klimaschutzes für mögliche Folgen seiner Gesetzgebung für Menschen in anderen Teilen der Welt gleich.

Indem das Bundesverfassungsgericht die Politik auf den verfassungsrechtlich gebotenen Schutz des Klimas und die Achtung der planetaren Grenzen verpflichtet hat, hat es ein neues Kapitel im Buch der Selbstbindung durch Recht aufgeschlagen. Die Veränderung erfolgt hier nicht durch explizite Verfassungsänderung, sondern im Wege des Wandels durch verfassungsgerichtliche Rechtsprechung. Hier liegt in einem sehr fundamentalen Sinn eine Selbstbindung des demokratischen Souveräns vor, denn das Verfassungsgericht

ist von diesem autorisiert, die grundgesetzliche Ordnung auch für die Zukunft zu bewahren. Wenn nicht heute in effektiver Weise eine Politik des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen betrieben wird, dann droht der ökologische Notstand zum neuen Normalzustand zu werden, wie er in diesem Sommer im Ahrtal und an anderen Orten zwar lokal und zeitlich begrenzt Einzug gehalten hat, aber gleichwohl mit existentiellen Folgen für die dort lebenden Menschen. Dass sich der Staat in einer solchen Situation der Verwaltung des Mangels und des Managements von Katastrophen grundrechtlichen Freiheiten und den Prinzipien demokratischer Entscheidungsbildung verpflichtet fühlt, ist nach aller Erfahrung nicht zu erwarten.

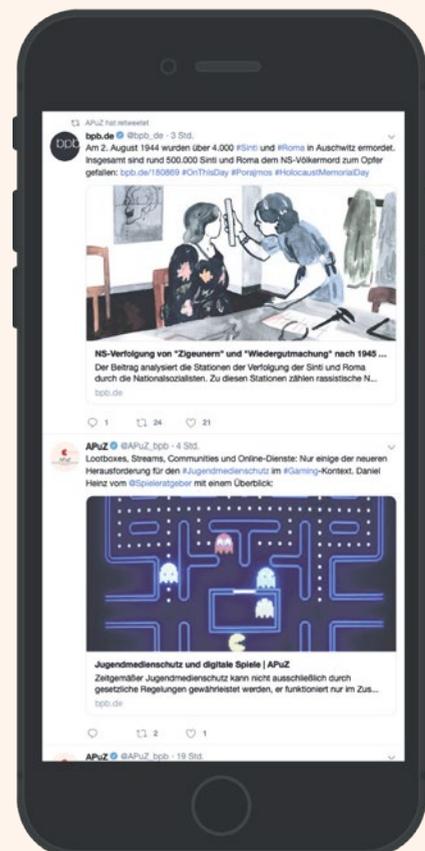
### TINE STEIN

ist Professorin für Politische Theorie und Ideengeschichte an der Georg-August-Universität Göttingen.

tine.stein@uni-goettingen.de

## Immer informiert.

Bestellen Sie unseren APuZ-Newsletter oder folgen Sie uns bei Twitter!





Das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe.  
© Bundesverfassungsgericht | foto USW. Uwe Stohrer, Freiburg

# DIE POLITISCHE FUNKTION DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

*Oliver Lepsius*

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) ist Gericht und Verfassungsorgan zugleich. Diese Doppelstruktur ist seit Anbeginn die Ursache für Interpretationsprobleme und Kompetenzkonflikte. Auf der einen Seite ist das höchste deutsche Gericht als Verfassungsorgan in die Sphäre der politischen Institutionen einbezogen, auf der anderen Seite bleibt Karlsruhe ein nur dem Verfassungsrecht unterworfenen Gericht. Auf der Bühne der Politik spricht es die Sprache der Justiz und auf der Bühne der Justiz auch die Sprache der Politik.<sup>01</sup> Aus der Gerichtsstruktur folgen Organisations- und Verfahrenseigenschaften, die das BVerfG von anderen Verfassungsorganen unterscheiden: Es ist nicht als Repräsentationsorgan ausgestaltet. Es unterliegt weder der Kontrolle durch den Wähler noch ist es ihm verantwortlich. Das BVerfG kann nur auf Antrag tätig werden, nicht, wie Bundestag, Bundesrat, Bundesregierung und Bundespräsident, aus eigenem Antrieb heraus. Seine Entscheidungen unterliegen den Verfahrensanforderungen des Verfassungsprozessrechts, das im Grundgesetz (im Wesentlichen in den Artikeln 93, 94 und 100 GG) sowie im Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) normiert ist. Seine Entscheidungen ergehen in Rechtskraft,<sup>02</sup> das heißt, sie können nicht geändert werden – anders als etwa ein Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages: Der Bundestag kann jedes Bundesgesetz jederzeit neu verhandeln und unter Mitwirkung des Bundesrates jederzeit ändern.

Als rechtsprechendes Verfassungsorgan operiert das BVerfG unter den Funktionslogiken eines Gerichts. Das begrenzt seine Entscheidungstätigkeit auf Streitigkeiten, die am Maßstab des Verfassungsrechts ergehen und vor der Verfassung (nicht, wie politische Entscheidungen, vor dem Wähler) gerechtfertigt werden müssen. Daraus könnte man nun ableiten, dass das Bundesverfassungsgericht, weil es weder demokratischen Anforderungen (Mehrheit, Wahl) zu entsprechen noch politische Maßstäbe anzulegen habe, notge-

drungen rein juristisch entscheide: am Maßstab der Verfassung und in den Formen eines besonderen Verfahrens, das gesetzlich normiert ist.

Das BVerfG entscheidet aber freilich nicht nur als Gericht, sondern auch als Verfassungsorgan. Seine Entscheidungen betreffen immer auch das Verhältnis zu anderen Verfassungsorganen.<sup>03</sup> Verfassungsorgane stehen zueinander in einem verfassungsrechtlich geregelten Verhältnis, dessen Regeln Platz lassen für ihre politisch-dynamische, situative und kontextbezogene Konkretisierung. Denn die Handlungen der Organe und ihre Handlungsmöglichkeiten hängen von demokratischen Eckpunkten ab: den Entscheidungen des Wählers und der aus ihnen folgenden Koalitionsbildung, dem Regierungsstil der handelnden Individuen, den auf der Tagesordnung stehenden Sachproblemen und der Frage, welche Gewalt zunächst den thematischen Zugriff sucht und findet, oder auch den Entscheidungen durch die Organe der EU, die auf die Zuständigkeit der deutschen Verfassungsorgane zurückwirken, insoweit diese in die Notwendigkeit des Nachvollziehens europäischer Entscheidungen gedrängt werden.

Das BVerfG hat auf die Demokratie- und Politikabhängigkeit der Kompetenzordnung immer reagiert. So hat es etwa 1983 und 2005 die fingierten Vertrauensfragen zur Auflösung des Bundestages mit dem Argument akzeptiert, dass die beteiligten Verfassungsorgane (der Bundeskanzler, der Bundestag, der Bundespräsident) parteiübergreifend und gemeinsam die Auflösung des Parlaments und Neuwahlen wünschten, auch wenn der Verfassungstext (Art. 68 GG) die Parlamentsauflösung gerade nicht der politischen Zweckmäßigkeit öffnet.<sup>04</sup> Die Verfassungsregel wird vom BVerfG also im Lichte der situativen Praxis ausgelegt und diese Praxis häufig akzeptiert.

Gibt es umgekehrt Anzeichen dafür, dass Organe versuchen, ihre Interessen gegen andere Organe grundsätzlich durchzusetzen, erhöht das BVerfG seine Kontrolldichte und wirkt auf den

politischen Prozess mit einer strengeren Auslegung der Verfassung ein. Man denke etwa an die immer pingeligere Kontrolle des Bundeswahlrechts, weil dessen Reformversuche nicht als interfraktionelle Entwürfe ausgestaltet waren und insofern auch nicht das Gütesiegel der paktierten Vernunft trugen.<sup>05</sup> Wie elastisch oder rigide Verfassungsnormen ausgelegt werden, hat also auch mit dem Anwendungskontext zu tun, der wiederum vor dem Hintergrund einer gelebten Demokratie zu verstehen ist. Das Grundgesetz will Demokratie ermöglichen, nicht das politische Leben in ein Regelkorsett einschnüren. Also will die Verfassung demokratiefunktional ausgelegt und angewendet werden.<sup>06</sup> Das kann dazu führen, dass dieselbe Verfassungsnorm mal strenger und mal weniger streng ausgelegt wird – weil sich die Sachverhalte unterscheiden und die Folgen für das politische System zu bedenken sind.

Die Auslegung der Verfassung im Lichte der Demokratiefunktionalität und Kontextabhängigkeit betrifft die Regeln für alle Verfassungsorgane, also auch die Kompetenzregeln des BVerfG selbst. Weil das Gericht Verfassungsorgan ist, kann es sich selbst nicht von einer Regelbetrachtung ausnehmen, die politische Zusammenhänge berücksichtigt. Wenn das Grundgesetz die abstrakte Normenkontrolle vorsieht, dann erlaubt es die Fortsetzung der politischen Auseinandersetzung mit den Mitteln des Verfassungsprozessrechts. Wenn die Verfassung eine Verfassungs-

beschwerde einführt, dann ermöglicht sie dem Bürger, über die Wahrung seiner subjektiven Rechte hinaus zum Prozessstandschafter der Verfassung zu werden. Die Verfassung erlaubt, dass der Karlsruher Gerichtssaal zu einer Arena wird, in der politisch entschiedene Sachverhalte unter anderen Rechtfertigungshürden neu verhandelt werden – sei es auf Antrag der Opposition (in Gestalt von abstrakten Normenkontrollen, Organstreiten oder Bund-Länder-Streiten), sei es auf Antrag von Minderheiten (Verfassungsbeschwerde), sei es auf Antrag der Fachgerichtsbarkeit (konkrete Normenkontrolle).<sup>07</sup>

## ENTSCHEIDUNGEN MIT POLITISCHEN AUSWIRKUNGEN

Ein paar Beispiele: 1969 zwang das BVerfG den Deutschen Bundestag, ein Gesetz zur Gleichstellung nichtehelich Geborener zu verabschieden. Das Grundgesetz enthält einen entsprechenden Verfassungsauftrag, den der Bundestag jedoch 20 Jahre lang nicht umsetzte (was wiederum an den politischen Mehrheiten lag). Nun drohte das BVerfG, wenn das Gesetz nicht innerhalb eines halben Jahres erginge, gelte die Verfassungsnorm unmittelbar wie einfaches Gesetzesrecht (und würde die entsprechenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) verdrängen).<sup>08</sup> Der Gesetzgeber tat in Windeseile wie ihm geheißen und änderte das BGB. 1975 erklärte das BVerfG die Fristenlösung beim Schwangerschaftsabbruch für verfassungswidrig und verlangte vom Bundestag, die Strafbarkeit der Abtreibung aufrechtzuerhalten und ein Indikationsmodell einzuführen.<sup>09</sup> Dem Bundestag verblieb bei der Reform des §218 StGB nur noch wenig Spielraum; der Wählerwille musste ignoriert werden. 1978 erklärte das Ge-

**01** So Christoph Schönberger, Anmerkungen zu Karlsruhe, in: Matthias Jestaedt et al., Das entgrenzte Gericht, Berlin 2011, S. 51.

**02** Manche Entscheidungen ergehen nach §31 BVerfGG sogar in Gesetzeskraft, binden dann also alle Staatsgewalten.

**03** Siehe etwa die Analyse des früheren Präsidenten des BVerfG: Ernst Benda, Verfassungskontrolle durch Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Detlef Merten/Rudolf Morse (Hrsg.), 30 Jahre Grundgesetz, Berlin 1979, S. 103–117, hier S. 115 („Aufgabe im partnerschaftlichen Sinne verstehen und ausüben“).

**04** BVerfGE 62, 1 (1985); 114, 121 (2005).

**05** BVerfGE 121, 266 (2008); 131, 316 (2012).

**06** Funktionalistische Theorien der Verfassungsrechtsprechung werden seit Langem diskutiert, vgl. bereits Klaus Schlaich, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 39/1981, S. 99–146; Christine Landfried, Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber, Baden-Baden 1984; Christoph Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Berlin 1985; Werner Heun, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 1992. Der US-amerikanische Klassiker ist John H. Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Mass. 1980.

**07** Zur Analyse der systemfunktionalen Leistung dieses Arenenwechsels siehe etwa Werner Heun, Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich, Tübingen 2014, S. 301 ff.; Sascha Kneip, Verfassungsgerichte als demokratische Akteure, Baden-Baden 2011, S. 308 ff., S. 337 ff.; Robert Leicht, Eine Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln. Das BVerfG als political player, in: Michael Stolleis (Hrsg.), *Herzokammern der Republik. Die Deutschen und das BVerfG*, München 2011, S. 148–158; Manfred G. Schmidt, *Regieren mit Richtern*, in: ebd., S. 200–208; Ulrich Haltern, Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Mißtrauen, Berlin 1998; siehe auch Rolf Lamprecht, *Ich gehe bis nach Karlsruhe*, München 2011; Uwe Wesel, *Der Gang nach Karlsruhe*, München 2004.

**08** BVerfGE 25, 167.

**09** BVerfGE 39, 1.

richt, die Sicherheitsstandards für die Nutzung der Kernenergie dürften allein von der Regierung im Verordnungswege bestimmt werden.<sup>10</sup> Ein damals zentrales Politikfeld wurde aus der Zuständigkeit des Parlaments ausgeklammert und einer Expertokratie übertragen. 1985 erklärte Karlsruhe eine restriktive Genehmigungs- und consequente Auflösungspraxis von Großdemonstrationen für verfassungswidrig.<sup>11</sup> Eine Gefahrenprognose reiche für eine Auflösung nicht ohne Weiteres aus. Die Polizei dürfe nicht nur die öffentliche Sicherheit schützen, sondern müsse gleichermaßen auch alles tun, damit friedliche Demonstranten ihr Grundrecht ausüben können, auch wenn sich gewaltbereite Kräfte unter sie mischen. Erst diese Entscheidung ermöglicht bis heute die Durchführung von Großdemonstrationen, die typischerweise auch Randalierer anziehen.<sup>12</sup>

All diese Entscheidungen sind hochgradig politisch: Sie greifen in Mehrheiten ein, sie verändern die politische Verantwortungsteilung zwischen den Gewalten, sie erschweren oder erleichtern den Einfluss des Wählers und des Bürgers. Um noch zwei Entscheidungen aus diesem Jahr anzufügen: Der Klimaschutzbeschluss vom 24. März 2021,<sup>13</sup> mit dem das BVerfG den Gesetzgeber zwang, CO<sub>2</sub>-Reduzierungen vorzuziehen, ist von vielen als ein politischer Übergriff des BVerfG empfunden worden. Ein anderes Bild vermittelt ein Beschluss vom 5. Mai 2021, mit dem das BVerfG es abgelehnt hat, das nächtliche Ausgangsverbot der „Bundesnotbremse“ außer Kraft zu setzen.<sup>14</sup> Hier weicht das Gericht vor dem politischen Prozess zurück und will offenkundig eine Beschädigung der Kanzlerin, die sich gerade für diese Regel im Deutschen Bundestag stark eingesetzt hatte,<sup>15</sup> vermeiden.

Solche Entscheidungen dürfen nicht nur deshalb politisch genannt werden, weil sie Fragen der Tagespolitik betreffen. Sie sind auch im Rahmen der juristischen Begründung der Entscheidung in einem nicht parteipolitischen Sinne politisch, weil sie nicht ohne Berücksichtigung der Demokratiefunktionalität getroffen werden. 1969

hätte das BVerfG den Gesetzgeber nicht zwingen müssen – es hatte dies ja 20 Jahre lang nicht getan. 1975 hätte das BVerfG nicht das strenge Schutzniveau bei Schwangerschaftsabbrüchen verlangen müssen. Im zweiten Abtreibungsurteil (1993) gibt das BVerfG diese Position bekanntlich auf.<sup>16</sup> 1985 wiederum hätte das Gericht das Demonstrationsrecht nicht so stark machen müssen – es war ja 35 Jahre lang offenbar auch anders gegangen.

Der verfassungsrechtliche Maßstab, der den Entscheidungen zugrunde liegt, ist also nicht so starr und unabänderlich, dass er keine anderen Entscheidungen zuließe. Solche Beispiele zeigen, dass nicht nur die Gegenstände, die vom BVerfG entschieden werden, im politischen System wurzeln und schon deswegen politisch sind, sondern dass auch die gerichtlichen Maßstäbe von den Umständen abhängen und sich mit der Zeit, mit neuen Mehrheiten, mit dem, was man politisch-gesellschaftlichen Wandel nennt, ändern. Verfassungsauslegung ist gerade kein autonom juristischer Prozess, sondern immer eine Konkretisierung eines Textes unter den sich wandelnden Bedingungen der Zeit.

## BESONDERHEITEN DER VERFASSUNGS-AUSLEGUNG

Verfassungsauslegung ist auch deshalb eine besondere Form der Normerkenntnis, weil ihr Gelingen das Zusammenwirken vieler voraussetzt. Sie ist kein Vorrecht des BVerfG. Die anderen Verfassungsorgane legen das Grundgesetz aus, indem sie auf seiner Grundlage handeln, die Bürger, indem sie ihre Freiheitsrechte ausleben und notfalls einklagen. Die Verfassung wirkt als allgemein akzeptierter gesellschaftlicher Wertekonsens ganz unabhängig von Verfahren vor dem BVerfG. Die Grundrechte und der Menschenwürdesatz aus Artikel 1 GG sind im zivilgesellschaftlichen Diskurs omnipräsent. In diesem Sinne sind wir alle Verfassungsinterpreten,<sup>17</sup> und von dieser Interpretationsöffnung kann sich das BVerfG nicht frei machen.

Eine breite Verfassungsinterpretation in republikanischer Verantwortung der Bürger ist im Übrigen auch eine zentrale Voraussetzung dafür, dass die Verfassung ihren Geltungsanspruch aufrecht-

<sup>10</sup> BVerfGE 49, 89.

<sup>11</sup> BVerfGE 69, 315.

<sup>12</sup> Näher dazu Anselm Doering-Manteuffel/Bernd Greiner/Oliver Lepsius, Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 1985, Tübingen 2015.

<sup>13</sup> BVerfG, Beschluss vom 24. 3. 2021, 1 BvR 2656/18 u. a.

<sup>14</sup> BVerfG, Beschluss vom 5. 5. 2021, 1 BvR 781/21 u. a.

<sup>15</sup> Vgl. Angela Merkel, BT-Plenarprotokoll 19/222 vom 16. 4. 2021, 28102D-28103A.

<sup>16</sup> BVerfGE 88, 203.

<sup>17</sup> Vgl. Peter Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, in: Juristenzeitung (JZ) 10/1975, S. 297–305.

erhalten kann. Warum sollten wir uns an einen Text gebunden fühlen, der 1949 entstand und dem notgedrungen andere sozialmoralische Vorstellungen zugrunde lagen? Gewiss, man könnte die Verfassung ändern. Das setzte aber erhebliche Mehrheiten voraus und wäre gerade im Grundrechtsteil heikel. Interpretation ist folglich die Alternative, mit der die Legitimität der Verfassung bewahrt und ihre Politisierung durch Verfahren der Verfassungsänderung vermieden werden kann.

Das Bundesverfassungsgericht hat folglich eine anspruchsvolle Aufgabe zu bewältigen. Es regelt das Verhältnis von Recht und Politik. Wann darf eine Mehrheitsentscheidung vorangehen und Recht prägen? Wann darf sie das nicht, weil sie das Recht verletzt? Wann begrenzt Recht Mehrheiten, wann ermächtigt es sie? Das BVerfG wird so zum Hüter des politischen Prozesses. Es ist zur strukturell übergreifenden verfassungsrechtlichen Beurteilung des politischen Systems im Ganzen aufgerufen.<sup>18</sup> Das Gericht muss wissen, wann es eingreift und wann es gewähren lässt. Dabei muss es diese Entscheidungen immer als Verfassungsinterpretation herstellen und darstellen, zu den politischen Entscheidungskriterien also Distanz einnehmen und auf den normativen Maßstab der Verfassung verweisen. Dieser Maßstab aber muss entwicklungsfähig bleiben. Denn würde man annehmen, dass nach 70 Jahren Verfassungsrechtsprechung irgendwann alles entschieden sein müsste, dann würde der Entscheidungsmaßstab erstarren und das BVerfG seine Wächterrolle nicht mehr wahrnehmen können. Wie bleiben Demokratiefunktionalität, Kontextabhängigkeit oder Folgenabschätzung möglich, wenn ihnen erstarrte Maßstäbe aus vergangenen Jahrzehnten zugrunde gelegt werden müssten? Auch deshalb ist eine parallele zivilgesellschaftliche Verfassungsinterpretation wichtig, denn sie verhindert, dass unser Verfassungsverständnis in Gestalt alter Verfassungsrechtsprechung versteinert.

Interpretationswandel ist freilich eine Herausforderung für ein Gericht, weil er die Frage auf-

wirft, ob das Gericht zuvor falsch entschieden hat, was wiederum seinen Nimbus erschüttern würde. Auch hier ist die Aufgabe anspruchsvoll: Die Rechtssicherheit darf durch zu viel Interpretationswandel nicht leiden. Findet aber keine Neuinterpretation der Verfassung statt, leidet irgendwann die Legitimität der Verfassung (abgesehen davon, dass das politische Leben stranguliert würde).

Dass das BVerfG unter der Bevölkerung wie im Ausland seit Jahrzehnten hohes Ansehen genießt, zeigt, wie gut es Karlsruhe in den letzten 70 Jahren gelungen ist, diese anspruchsvolle Rolle auszufüllen. Man kann den Beitrag des BVerfG, die Deutschen zu Demokraten zu erziehen, der Gesellschaft der 50er Jahre den NS-Geist auszutreiben, neue soziale Bewegungen zu respektieren, Minderheiten in das politische Leben zu integrieren und ganz allgemein eine verfassungsrechtliche Werteordnung als Grundkonsens zu etablieren und dadurch die Sozialmoral, das Sittengesetz oder das Naturrecht in der Funktion als gesellschaftlichen Grundkonsens zu ersetzen, nicht hoch genug schätzen.<sup>19</sup> Karlsruhes Erfolge, sein Ansehen, hängen letztlich von der Fähigkeit ab, die Doppelrolle als Gericht und als Verfassungsorgan zu bewältigen. Es wäre deshalb nicht im Sinne einer funktionierenden Verfassungsgerichtsbarkeit, wenn sich das BVerfG auf die Funktionslogik eines Gerichts zurückzöge und eine starre Trennung von politischem Leben und Verfassungsrecht propagierte („Wir entscheiden nur juristisch“).

#### RICHTERLICHER AKTIVISMUS: WANN, WIE, WOFÜR?

Was aber folgt nun daraus, dass dem BVerfG von der Verfassung eine politische Funktion zugewiesen wird? Wann darf, wann sollte sich das BVerfG aktivistisch verhalten, wann hingegen sollte es besser richterliche Zurückhaltung, den *judicial self-restraint*, üben? Hier lassen sich keine eindeutigen Grenzen ziehen, wohl aber Direktiven geben. Das Grundgesetz will eine repräsentative und zugleich partizipative, eine rechtsstaatlich gebundene und zugleich demokratisch gestaltbare, eine freiheitliche und eine pluralistische po-

<sup>18</sup> Gernot Uhl findet dafür die schöne Formulierung, dem BVerfG komme im politischen Prozess die Aufgabe zu, zu entscheiden, welche Forderungen an das politische System verstetigungswürdig sind. Gernot Uhl, Die Stabilisierungsfunktion der Verfassung im politischen Prozess, Baden-Baden 2011, S. 303. Vgl. auch Klaus v. Beyme, Der Gesetzgeber, Opladen 1997, S. 300ff.; Oliver Lepsius, Reaktionsweisen des Gesetzgebers auf verfassungsgerichtliche Entscheidungen, in: Matthias Jestaedt/Hidemi Suzuki (Hrsg.), Verfassungsentwicklung II, Tübingen 2019, S. 125–164.

<sup>19</sup> Die demokratische Entwicklungsleistung würdigt besonders Justin Collings, *Democracy's Guardians. A History of the German Federal Constitutional Court*, Oxford 2015. Siehe auch Schönberger (Anm. 1), S. 9ff. Zur Entscheidungsfindung vgl. Thomas Darnstädt, *Verschlussache Karlsruhe*, München 2018.

litische Ordnung schaffen. Wie sich dies auf die Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Normen auswirkt, bedarf folglich einer Einschätzung des politischen Systems aus der Perspektive der verfassungsrechtlich fundierten Distanz.

Die entscheidende Frage ist also nicht, ob sich das Verfassungsgericht als „Normverwerfer“ und „Ersatzgesetzgeber“ betätigen darf, sondern wie es mit der „countermajoritarian difficulty“,<sup>20</sup> die daraus folgt, umgeht.<sup>21</sup> Dafür gibt es keine einfachen Regeln. Die Frage lässt sich nicht prinzipiell, sondern nur graduell beantworten, nicht im Sinne des Entweder-Oder, sondern im Sinne des Je-Desto.<sup>22</sup> Es gibt Konstellationen, in denen es aus Gründen der verfassungsrechtlich angeleiteten Demokratiefunktionalität angebracht ist, dass sich das Gericht einmischt, den politischen Prozess und die Verfassungspraxis sanktioniert und durch Verfassungsauslegung auch aktivistisch gestaltend vorgeht. Und es gibt Konstellationen, in denen sich das Gegenteil empfiehlt. Welche Maximen empfehlen sich für verfassungsgerichtliche „Interventionen“ in den politischen Prozess?

Zunächst darf nicht vergessen werden, dass Hauptadressat des BVerfG nicht die anderen Verfassungsorgane, sondern die Dritte Gewalt selbst ist, mit der Spannweite vom Amtsgericht bis zum Bundesgerichtshof. Die allermeisten Verfahren in Karlsruhe betreffen Verfassungsbeschwerden, die fachgerichtlichen Urteilen vorwerfen, gegen die Verfassung verstoßen zu haben. Im Verhältnis zu den Fachgerichten erfüllt das BVerfG keine politische Funktion, sondern es sorgt für den täglichen Verfassungsvollzug durch die rechtsprechende Gewalt.<sup>23</sup> Übergriffe auf den politischen Prozess und die Kompetenzen anderer Verfassungsorga-

ne drohen hier zunächst einmal nicht. Allerdings wohnt jeder Verfassungsbeschwerde das Potenzial inne, Kompetenzkonflikte zwischen den Gewalten auszulösen. Denn eine Verfassungsbeschwerde kann dazu führen, dass ein Gesetz aufgehoben wird, dass also aus der subjektiven Rechtsverletzung eine objektive Verfassungswidrigkeit folgt.

Richterlicher Aktivismus ist umso eher angebracht, je wahrscheinlicher Minderheitenrechte nicht nur im Einzelfall, sondern strukturell verletzt werden. Wenn beispielsweise bestimmte Ansichten im Bundestag unterrepräsentiert sind (etwa die Friedensbewegung zur Zeit der Brokdorf-Demonstration 1981), ist es geboten, das parlamentarische Repräsentationsdefizit durch eine Stärkung der gesellschaftlichen Artikulationsformen zu beheben – mit anderen Worten, die Grundrechte zur Kompensation von Repräsentationsmängeln einzusetzen. Das erklärt die starke Stellung des Versammlungsrechts, das typischerweise von denen wahrgenommen wird, die im politischen Prozess unterrepräsentiert sind (heute also eher Fridays for Future oder die Kritiker der Corona-Maßnahmen).

Der politische Prozess kann aber auch darunter leiden, dass bestimmte Themenfelder aus der Eigenrationalität des politischen Prozesses heraus nicht aufgegriffen werden. So hat der Bundestag etwa an der Reform des Erbschaftsteuerrechts kein politisches Interesse: Man macht sich im Zweifel unbeliebt, gewinnt mit dem Thema keine Wahlen, hat starke Lobbyisten gegen sich (Familienunternehmen etwa), und die Steuereinnahmen kämen nicht einmal dem Bund zugute. Das Erbschaftsteuerrecht ist aber ein zentrales Steuerungselement für Chancengerechtigkeit und gegen die Verschärfung der Vermögensungleichheit. Schon unter dem Gesichtspunkt der Behandlung einer gesamtgesellschaftlich wichtigen Problematik, die aber keine politische Rendite verspricht, war es richtig, dass das BVerfG mehrfach das Erbschaftsteuergesetz beanstandet und den Bundestag gezwungen hat, sich mit dieser Thematik zu beschäftigen.<sup>24</sup> Das BVerfG zwingt dem Bundestag Themen auf, die dieser eigentlich nicht behandeln will. Es erfüllt hier eine stimulierende Funktion und bewahrt den politischen Prozess davor, im Abarbeiten von alle vier Jahre geschlossenen Koalitionsvereinbarungen zu erstarren. Die Wirkung dieser Rechtsprechung ähnelt derjenigen einer Volksinitiative – insofern kompensiert das BVerfG funktional auch auf Bun-

**20** Der Begriff geht zurück auf den US-amerikanischen Politikwissenschaftler Alexander Bickel. Bickel hielt das Normverwerfungsrecht von Verfassungsgerichten für illegitim, weil sich nicht hinreichend demokratisch legitimierte Richter über den demokratischen Mehrheitswillen hinwegsetzen können. Vgl. Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, New Haven 1962. Gewichtige Argumente finden sich auch bei Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, in: *Yale Law Journal* 115/2006, S. 1347–1406.

**21** Vgl. Matthias Eberl, *Verfassung und Richterspruch*, Berlin 2006, S. 207 ff., S. 257 ff.

**22** Siehe auch Oliver Lepsius, *Relationen. Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft*, Tübingen 2016.

**23** Näher dazu etwa Heun (Anm. 7), S. 255 ff.; Matthias Jestaedt, *Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, in: *Deutsches Verwaltungsblatt* 116/2001, S. 1309–1322.

**24** BVerfGE 93, 165 (1995); 117, 1 (2006); 138, 136 (2014).

desebene fehlende direktdemokratische Verfahren. Verfassungsbeschwerden bieten für Bürger jedenfalls auch eine Möglichkeit, Anliegen zu thematisieren, mit denen sie im politischen System scheitern.

Wenn das BVerfG dergestalt Themen setzt und Aufgaben verteilt, ist der potenzielle Übergriff auf die demokratisch zu verantwortende Rechtspolitik besonders groß. Hier empfiehlt es sich, nicht zu viel zu entscheiden, also entweder eine Aufgabe zu verteilen (Reform des Erbschaftsteuerrechts) oder die Mittel zur Erfüllung dieser Aufgabe dem Gesetzgeber zu überlassen. Hier geht das BVerfG manchmal zu weit, weil es auch noch die Mittel konkretisiert, etwa die Reform des Erbschaftsteuerrechts an konkrete Vorgaben aus dem Gleichheitssatz knüpft. Zu weit gegangen war das BVerfG auch im ersten Urteil zum Schwangerschaftsabbruch, als es nicht nur eine neue Aufgabe kreierte (staatliche Schutzpflicht als richterliche Verfassungsinterpretation), sondern zugleich auch das Mittel zur Umsetzung der Schutzpflicht vorgab (Strafrecht, Indikationslösung).<sup>25</sup>

## KLUGE DOSIERUNG

Als gewaltenrespektierende Klugheitsregel gilt also: Für die politische Verantwortung und damit die demokratische Legitimation (und mögliche Sanktion durch den Wähler) muss immer etwas zur Entscheidung übrigbleiben, entweder das Ziel oder das Mittel: Entweder, dem politischen Prozess wird eine Aufgabe überantwortet, dann darf nicht auch noch das Mittel verfassungsrechtlich deduziert werden; oder ein Themenfeld ist bereits politisch besetzt, dann bietet sich die Mittelauswahl zur Kontrolle an. In diese zweite Rubrik fällt etwa der Klimaschutzbeschluss: Die Bundesrepublik hat sich völkervertraglich zu einem konkreten Klimaschutzziel verpflichtet. Jetzt kann das BVerfG die zeitliche Umsetzung dieses Ziels überprüfen. Oder ein strukturell vergleichbares Beispiel: Wenn sich der Bundestag für die Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften entscheidet, kann das BVerfG daran

anknüpfend prüfen, wie er dieses Ziel umsetzt – und den demokratisch legitimierten Reformprozess befördern.<sup>26</sup>

Aktivismus und Zurückhaltung lassen sich auf diese Weise praktisch gut dosieren und zugleich auf verfassungsrechtliche Grundentscheidungen zurückführen. Vereinfacht gesagt ist das BVerfG zu demokratiefunktionalem Aktivismus in drei verallgemeinerungsfähigen Konstellationen aufgerufen, nämlich erstens, wenn ein Repräsentationsdefizit zu verzeichnen ist, zweitens zum Schutz struktureller Minderheiten, die keine Mehrheitschance haben, sowie drittens, wenn der politische Prozess zu versteinern droht. Man überlege aber weiter, welche anderen Konstellationen Aktivismus auch rechtfertigen könnten: Wenn Mehrheitskonsens besteht, dass bestimmte Kompetenzen ausgehöhlt werden (etwa durch selbstexekutierende Gesetze wie bei der „Bundesnotbremse“,<sup>27</sup> die die Zuständigkeit der Verwaltung wie der Gerichte beschneidet)? Oder bei Kompetenzverschiebungen von nationalen auf europäische Organe? Die Fallgruppen lassen sich je nach den zukünftigen Sachlagen fortentwickeln.

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in diesem demokratiefunktionalen Bereich sind, anders als Entscheidungen, die subjektive Rechte im Einzelfall betreffen, nie für die Ewigkeit. Wenn das BVerfG als Verfassungsorgan und nicht als Gericht entscheidet, dann gilt für es natürlich das, was auch sonst für Verfassungsorgane gilt: Hier gibt es kein letztes Wort. Demokratie beruht auf der Chance der Minderheit, zur Mehrheit zu werden und die Dinge ändern zu können. Demokratie lebt von der Reversibilität. Es ist daher wichtig, dass die demokratiefunktionalen Entscheidungen des BVerfG interpretationsfähig bleiben und nicht ihrerseits zur Versteinerung beitragen. Verfassungsinterpretation entwickelt sich zur Interpretation von Verfassungsinterpretationen. Erst die politische Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit ermöglicht einen solchen Interpretationsdiskurs. In dieser Perspektive wird das Bundesverfassungsgericht nicht zur Gouvernante der Demokratie, sondern zur Mutter des Verfassungspatriotismus.

<sup>25</sup> Anders dann BVerfGE 88, 203 (254): „Die Verfassung gibt den Schutz als Ziel vor, nicht aber seine Ausgestaltung im einzelnen.“

<sup>26</sup> BVerfGE 105, 313 (2002); 124, 199 (2009); 133, 59 (2013).

<sup>27</sup> Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22. 4. 2021, BGBl. I, S. 802.

## OLIVER LEPSIUS

ist Professor für Öffentliches Recht und Verfassungstheorie an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

oliver.lepsius@uni-muenster.de

# WIRKUNGSMACHT UND GRENZEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

*Udo Di Fabio*

Ein Gericht ist ein Gericht. Es bleibt auch dann ein Gericht, wenn es hochpolitische Fälle entscheidet und deshalb wie ein politischer Akteur wahrgenommen wird. Die Bindung politischer Herrschaftsmacht an das Recht findet nicht nur in kleiner Münze statt, etwa wenn es um die Gültigkeit einer Erschließungsbeitragssatzung geht. Das Verbot von Parteien, die Rechtmäßigkeit einer vorgezogenen Bundestagswahl, das Tempo von Klimaschutzmaßnahmen, die Zulässigkeit von Auslandseinsätzen der Bundeswehr, Grundsätze der Besteuerung oder Vorgaben für die Teilnahme Deutschlands am europäischen Währungsraum können Gegenstand verfassungsgerichtlicher Urteile sein. Gerade die mit dem Schwert der Justitia markierte Grenze zu dem anders lautenden politischen Willen macht die Bindung an Gesetz und Recht anschaulich. Die offene Konfrontation von Macht und Recht ist die eigentliche Nagelprobe des Rechtsstaats. Die Mehrheitsherrschaft der Demokratie bekommt durch die dritte Gewalt ihre Grenzen zu spüren, und jeder kann es sehen, wenn Gesetze kassiert oder verbindliche Aufträge an das Parlament erteilt werden. Im Laufe der vergangenen 70 Jahre seit Errichtung des Bundesverfassungsgerichts wurde immer wieder deutlich, dass Karlsruhe politisch bedeutsam zu entscheiden vermag. Dabei trifft die spezifisch juristische Rationalität auf die politische. Beide interferieren in einer Zone des verfassungspolitischen Begegnungsraums. Doch wenn dabei das Gravitationszentrum des politischen Betriebes näher rückt, stellen sich Fragen auch nach der Wirkungsmacht und den Grenzen des Bundesverfassungsgerichts.

## I.

Die Politik lebt mit den Gerichten, meist in friedlicher Symbiose. Sie erlebt Urteile, die im Rechtssystem gefällt werden, nur dann als politische Ereignisse, wenn sie denn als politische Ereignisse

taugen und entsprechend anschlussfähig sind. Darüber wird allein im politischen System „entschieden“. Je nach Sach- und Gefechtslage können Judikate mal als störende Interventionen wirken, mal als nützliche Argumente für die Opposition oder als Bestätigung der Regierungslinie. Manchmal glauben Richter, etwas Wichtiges entschieden zu haben, und sind dann verwundert, dass es politisch ohne Resonanz bleibt. Vor zwei Jahrzehnten hat das Bundesverfassungsgericht – schon zum zweiten Mal – geurteilt, dass Funktionszulagen für Abgeordnete allenfalls in wenigen Ausnahmefällen erlaubt sind, ohne dass dies die Praxis bis heute allzu sehr bekümmert hätte. In anderen Fällen hat Karlsruhe eine konsistente politische Teilrechtsordnung aus dem Grundgesetz abgeleitet und, einem Gesetzgeber gleich, im Grunde sogar als Verfassungsgesetzgeber, vorgegeben. Das System der Parteienfinanzierung und die jüngst erneut verfestigte Rundfunkordnung sind Paradebeispiele für diese politisch gestaltende Wirkungsmacht des Bundesverfassungsgerichts, die auch Parlamenten keinen nennenswerten Bewegungsspielraum lässt. Solche gestaltenden Verfassungsgerichtsurteile werden häufig, vor allem, wenn sie wie die Parteienfinanzierung politisch gut verträglich sind, in stiller Demut hingenommen, schon weil es der Idee der Gewaltenteilung zuwiderläuft, die juristische Rationalität des Richterspruchs politisch anzugreifen. Es wird selber angreifbar, wer als politisch Mandatierter unabhängige Gerichte kritisiert.

Normalerweise bleibt die Rechtsprechung in der politischen Peripherie. Zentral wird sie dann, wenn es um Proportionen im Machtkampf, um Amts- und Mandatsmacht, um Wahlchancen und wesentliche Strukturveränderungen des öffentlichen Meinungsraums geht. Eine andere, ebenfalls als hochpolitisch empfundene Materie findet sich bei fühlbaren Bewegungseinschränkungen auf dem internationalen Parkett, im supranationalen oder intergouvernementalen Raum überstaatli-



Blick in den Sitzungssaal des Bundesverfassungsgerichts.

Quelle: picture alliance/dpa, Uli Deck

cher Willensbildung. Dann werden – aus politischer Sicht – Gerichtsurteile zu „politischen“ Entscheidungen. Als auf dem Höhepunkt der 2010 ausgebrochenen europäischen Staatsschuldenkrise das Bundesverfassungsgericht deutlich machte, dass deutsche Gewährleistungen für griechische Kredite jeweils einer konditionierten Ermächtigung des Bundestages bedürften, haben manche europäische Partner gefragt, was hinter solchen Einschränkungen stecke. In Brüssel war unter einem Aufstöhnen zu hören, dass man die deutschen Worte „Bundestag“ und „Bundesverfassungsgericht“ nicht mehr länger übersetzen brauche, weil man sie täglich von deutschen Regierungsvertretern zu hören bekäme, und zwar als Munition im Arsenal der Abwehr von Forderungen nach fiskalischer Solidarität. Viele glaubten nicht recht, dass hier Jurisprudenz der Grund für das vorsichtige Agieren der Bundesregierung war, verstanden als die übliche Bindung der Politik an das Recht. Manche mutmaßten, dass es sich um ein, wenn nicht kollusives, dann doch mental gleichschwingendes Zusammenwirken von Regierung und Verfassungsgericht handelte. Die Deutschen – so ein vorherrschender Eindruck – wollten nun mal nicht in

die gemeinsame Haftung gehen. Und wenn dann ein Jahrzehnt später Karlsruhe im Rahmen einer Ultra-vires-Kontrolle ausgerechnet im Hinblick auf ein geldpolitisches Programm der EZB erstmalig die Unanwendbarkeit von Unionsrecht in Deutschland feststellt und die Beteiligung der Bundesbank an diesem Programm vorübergehend beschränkt, sieht sich vielleicht manch einer in Madrid, Rom oder Paris bestärkt in einer solchen Einschätzung.

## II.

Wenn Gerichtsentscheidungen als „hochpolitisch“ empfunden werden, neigt die Politik dazu, mit ihren spezifischen Mitteln zu antworten. Wenn ein Gericht allzu prononciert in die Rolle einer politischen Vetomacht gerät, entsteht eine – unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung betrachtet – delikate Situation. Das Gericht, sonst am Rande stehend, erscheint auf dem Radarschirm politischer Aktivität plötzlich als markanter und zentraler Punkt und wird dort dann konsequent als maßgeblicher Akteur wahrgenommen. Die Politik denkt dabei rasch in für sie üblichen personellen Loyalitätszusammenhän-

gen: Es müssen halt die richtigen Leute ins Gericht, die die richtige Linie vertreten. Das kann sich an der Oberfläche schon darin äußern, dass nicht mehr die jeweiligen Fachleute in den Fraktionen oder unter den Regierungsvertretern des Bundesrates Kandidatinnen und Kandidaten für das Gericht aussuchen und bestimmen, sondern das Ganze zur Chefsache oder zwischen den Parteien zum Bestandteil einer größeren Verhandlungsmasse gemacht wird.

Das sollte für sich genommen noch kein Anlass für Empörung sein. In der Demokratie entscheidet nun einmal die organisierte und gewählte Mehrheit auch darüber, wer als Person, als Amtsträger im Rahmen der unabhängigen Gerichtsbarkeit über die Gesetze wacht. Zum Trost steht zudem die Erfahrung bereit, dass manch politisches Kalkül Personen betreffend nicht in Erfüllung gegangen ist, weil die parteipolitische Loyalität sich im Selbstverständnis des Richteramtes rasch verdünnt oder verflüchtigt hat. Und auch die „richtige Linie“ ändert sich im politischen Meinungsraum mitunter rascher als in einem Gericht, sie ist jedenfalls elastischer als die Einstellungen in den Köpfen von Richterpersönlichkeiten, die sich zudem in den dogmatischen Bahnen einer jahrzehntelangen Rechtsprechung auch nicht völlig frei bewegen können.

Der Gesetzgeber indes kann auch über den institutionellen Rahmen eines Gerichts disponieren. Er bestimmt mit dem Prozessrecht nicht nur die dienstrechtliche Stellung der Richterinnen und Richter, sondern auch die Zuständigkeit der Senate, die Sachentscheidungsvoraussetzungen und die Rechtswirkungen eines Urteils. Was wäre denn im fiktiv-historischen Rückblick aus dem Bundesverfassungsgericht geworden, wenn die Verfassungsbeschwerde – wie in der Ursprungsfassung des Grundgesetzes noch der Fall – als Rechtsmittel, als Verfahrensart gar nicht vorgesehen worden wäre oder das Gericht gar, ähnlich wie der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich in der Weimarer Republik, im Wesentlichen nur für Bund-Länder-Streitverfahren zuständig gemacht worden wäre? Die politische Plastizität der Zuständigkeit auch eines Verfassungsgerichts über den Hebel des Prozessrechts kommt meist denjenigen in den Sinn, die der Auffassung sind, das Gericht habe seine Grenzen im gewaltenteiligen System überschritten. Könnte man heute dem Bundesverfassungsgericht nicht zumindest die Zuständigkeit für Sachverhalte mit unionsrecht-

licher Bedeutung oder für das Wahlrecht einfach entziehen? Doch das Bundesverfassungsgericht wäre einem Rückbau, einer Beschränkung seiner Kompetenzen nicht hilflos ausgeliefert, weil die Verfassung den Gesetzen vorgeht und verbindlicher Interpret der Verfassung nun einmal das Gericht selbst ist. So könnten die Rechtsschutzgarantie und die Bindung an die Grundrechte als Elemente des Rechtsstaatsprinzips, mehr noch die Wirksamkeit der Verfassungsbindung selbst, als Bestandteile der Verfassungsidentität im Sinne der Ewigkeitsgarantie des Artikels 79 Absatz 3 des Grundgesetzes von Karlsruhe erkannt und selbst gegen entsprechende Verfassungsänderungen des Gesetzgebers in Stellung gebracht werden.

### III.

Fragen der Geltung des Rechtsstaatsprinzips stellen sich nicht nur auf der nationalstaatlichen Ebene. Der gegenwärtig mit dem eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren gegen die Karlsruher Rechtsprechung offen zutage tretende Justizkonflikt zwischen den Organen der EU und dem Bundesverfassungsgericht kreist um die Frage des absoluten Vorrangs des Unionsrechts. Einen solch uneingeschränkten Vorrang kann es in einer abgeleiteten supranationalen Rechtsordnung nicht geben, ohne dadurch die Grundlage dieser Ordnung preiszugeben. Ein solches Verfahren ist im Grunde unzulässig, wenn der Auffassung der Kommission nur mit einer Änderung der Rechtsprechung eines unbestritten unabhängigen Gerichts entsprochen werden kann. Einem Mitgliedsstaat und der hier in Verantwortung genommenen Regierung darf in einer Rechtsgemeinschaft nicht zugemutet werden, die Judikatur politisch abzuändern. Das sollte die selbstverständliche Sicht einer supranationalen Ordnung sein, die Rechtsbindung unter den Verfassungsbedingungen der Ambiguität nicht mit einem kruden Machtanspruch verwechselt. Ein solches Verlangen nach Änderung einer systematisch fundierten Verfassungsauslegung ist etwas kategorial anderes als die Beanstandung mitgliedersstaatlicher politischer Eingriffe in die Unabhängigkeit und Funktionsfähigkeit der Rechtspflege.

Wenn das Vertragsverletzungsverfahren zwar nicht formal, aber in der Substanz der Sache gar nicht an die erste und zweite Gewalt im Staat adressiert ist, sondern an die dritte Gewalt, an

das Bundesverfassungsgericht selbst, was wird dann verlangt? Gehorsam, Unterwerfung? Das kann nicht gemeint sein. Denn würde ein weltweit so angesehenes Gericht wie das Bundesverfassungsgericht über ein Vertragsverletzungsverfahren zur Änderung seiner Rechtsprechung gezwungen werden und dem dann womöglich auch Folge leisten, so wäre mit einem Schlag die Metapher des europäischen „Gerichtsverbundes“ Makulatur. Der Gerichtsverbund ist eine Denkfigur, deskriptiv angelegt, aber auch normativ unterlegt, die mit dem im Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts verwendeten Begriff des „Staatenverbundes“ korrespondiert. Es ist der Versuch, die durch das verbindliche Vertragswerk im Laufe der Entwicklung entstandene supranationale Rechtslage angemessen zu verstehen – und zwar ohne den rechtsschöpferischen und im Grunde usurpatorischen Akt eines Vorgriffs auf den noch nicht gegründeten Bundesstaat. Der Begriff soll die Netzwerkarbeit des europäischen Mehrebenensystems einfangen, die manchmal komplizierten inversen Hierarchien und Interdependenzen mit der Notwendigkeit wechselseitigen, konstruktiven Respekts in Verbindung bringen. Der Gerichtsverbund manifestiert sich nach diesem Bild in einem Trilog zwischen dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) und der Summe nationaler Verfassungsgerichte. Doch es gibt klare Belege, dass der EuGH in Luxemburg nicht trilogisch und in Verbundmetaphern denkt, weder im Blick auf nationale Verfassungsgerichte noch im Blick auf seine Bindung an die Straßburger Menschenrechtsprechung. Luxemburg agiert ganz traditionell hierarchisch und sieht sich selbst allein an der Spitze einer Rechtsordnung, in der Autonomie womöglich mit Souveränität verwechselt wird. Damit gerät das Bundesverfassungsgericht an geradezu dilemmatische Wirkungsgrenzen. Seine als Verfassungsprinzip bezeichnete Integrationsfreundlichkeit stößt auf den ebenfalls in der eigenen Rechtsprechung so erkannten Auftrag zur Identitätswahrung. Das betrifft sowohl das Prinzip demokratischer Selbstbestimmung eines nach wie vor souverän bleibenden Mitgliedsstaates als auch den Telos einer Verfassung, die internationale und europäische Bindung ebenso entscheiden will wie die Wahrung ihrer identitätsstiftenden Merkmale.

#### IV.

Die Wirkungsmacht eines Verfassungsgerichts kann enorm groß sein, aber seine Urteile können auch verpuffen oder sich an der Wirklichkeit brechen. In der gesellschaftlichen Rezeption werden manche Urteile als Blockade empfunden oder aber als progressive Trendsetter verstanden. Eine Blockadewirkung wurde dem Gericht in den Siebzigerjahren jedenfalls von der politischen Linken zugeschrieben, als etwa die Fristenlösung im Abtreibungsrecht als verfassungswidrig verworfen oder im Rahmen der Prüfung des Grundlagenvertrages das Wiedervereinigungsgebot akzentuiert wurde. Heute steht das Bundesverfassungsgericht in einer ganz anderen gesellschaftspolitischen Konstellation. Der politische Konservatismus ist in der Mitte der Gesellschaft praktisch verschwunden, es gibt noch den Liberalismus und eine dreifach gefächerte politische Linke, deren alte sozialemanzipatorische Strömungen schwächer, dafür aber der ökologische „Transformismus“ und der Kampf um kulturelle Diversität stärker geworden sind. Die beiden letztgenannten prominenten Strömungen bedienen sich auch der Mittel einer „Strategic Litigation“, also einer gezielt politischen Anrufung der Gerichte, damit aus der Gerichtsbarkeit heraus politische Impulse kommen, die im parteipolitischen Gegenüber und im Rahmen parlamentarischer Kompromissfindung so nicht zu erwarten sind. Während früher gerade aus dem öffentlichen Meinungsraum gerichtliche Zurückhaltung, ein „Judicial self-restraint“ angemahnt wurde, hoffen heute viele auf einen „Judicial activism“ der Gerichte. In den USA und Europa mehren sich menschenrechtlich begründete Klimaklagen, weil der Verdacht sich ausbreitet, die gewählten Volksvertretungen und Regierungen seien im System der Demokratie schon strukturell nicht in der Lage, angemessen auf die apokalyptische Klimabedrohung zu reagieren. Auch der Klimabeschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts wurde insofern mit Lob geradezu überschüttet. Getragen von einer öffentlichen Stimmungslage können Gerichte insofern ihre Wirksamkeit im politischen Raum auf ein Neues enorm steigern. Doch ein Preis wird auch zu entrichten sein: Gerichte, die gestützt auf Grund- und Menschenrechte oder Staatszielbestimmungen politische Erstentscheidun-

gen treffen, werden funktionell zu politischen Akteuren. Solche neu erfahrene tagesaktuelle Wirksamkeit führt rasch an Grenzen der institutionellen Wirksamkeit.

Die im System der Gewaltenteilung gespeicherte Klugheit lässt dem parlamentarischen Gesetzgeber nicht nur protokollarisch den Vortritt für konzeptionelle Leitentscheidungen und komplexe Abwägungsfragen. Die Kritik an der angeblichen Unfähigkeit der parlamentarischen Demokratie ist so alt wie die Demokratie selbst. Die Kritik wird von dem Ressentiment beherrscht, im deliberativen Parteienstreit, unter dem Druck ständiger Wahlen, könnten die großen Probleme der Zeit nun einmal nicht gelöst werden. Nach aller geschichtlichen Erfahrung verschiebt sich dabei etwa alle zwanzig Jahre die Matrix der drängenden Probleme – auch wenn das die jeweilige Gegenwart nicht wahrhaben will.

Darüber hinaus haben die institutionellen Herausforderer der offenen Gesellschaft zu keinem Zeitpunkt gezeigt, dass sie es wirklich und auch länger als für den Augenblick des entschiedenen Durchgreifens besser können. Die unabhängigen

Gerichte existieren nur im Verbund mit der Volksherrschaft; sie können Parlamente und gewählte Regierungen nicht ersetzen und sollten sie nicht ohne Not düpieren. Gerichte sind dazu berufen, die Konsistenz im Geist der Gesetze zu wahren und dem Einzelfall am Maß des gesetzten Rechts gerecht zu werden. Reflektierte Rechtsanwendung ist auf das institutionelle Bewusstsein angewiesen, und zwar bei der Verteidigung der Unabhängigkeit ebenso wie in der Erkenntnis eigener Grenzen. Hier treffen sich Problemlagen der Europäischen Union und des Bundesverfassungsgerichts in einer Einsicht: Wer auf Dauer wirksam bleiben will, muss seine Identitätsmerkmale kennen und seine eigenen Grenzen akzeptieren.

#### UDO DI FABIO

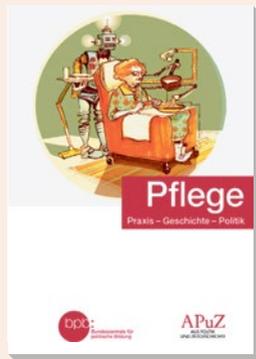
ist Professor für Öffentliches Recht (Abteilung Staatsrecht) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Direktor des Forschungkollegs normative Gesellschaftsgrundlagen und war von 1999 bis 2011 Richter des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts.  
sekretariat.difabio@jura.uni-bonn

APuZ  
EDITION

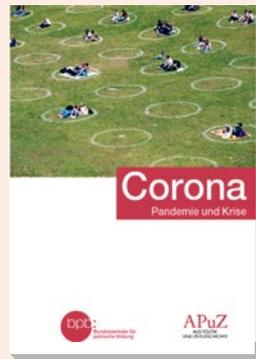
Zum Wieder- und Weiterlesen



2019  
Bestell-Nr. 10413



2020  
Bestell-Nr. 10497



2021  
Bestell-Nr. 10714



2021  
Bestell-Nr. 10751

Hier für 4,50 Euro bestellen  
oder kostenfrei herunterladen

bpb.de/  
shop





Mündliche Verhandlung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts, 17.1.2018.  
Quelle: picture alliance/dpa, Uli Deck

# DIE ÖFFENTLICHE WAHRNEHMUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

*Christian Rath*

Die Beziehung zwischen dem Bundesverfassungsgericht und der Öffentlichkeit ist eine gute und enge. Das Bundesverfassungsgericht braucht die Öffentlichkeit, zugleich ist es ein Liebling der Öffentlichkeit. Seit Jahrzehnten verfügt Karlsruhe, zusammen mit dem Bundespräsidenten, unter den Verfassungsorganen über die höchsten Vertrauenswerte in der Bevölkerung. So bekundeten zuletzt im Dezember 2020 in einer Umfrage von Infratest Dimap 80 Prozent der Befragten, (sehr) großes Vertrauen in das Bundesverfassungsgericht zu haben – deutlich mehr als in die Bundesregierung (61 Prozent) und den Bundestag (57 Prozent).

Die Werte bestätigen nicht nur, dass das meist ausgleichende politische Agieren des Bundesverfassungsgerichts in der Bevölkerung gut ankommt. Sie zeigen auch, dass das höchste deutsche Gericht, wenn es seine Aufgabe gut erfüllt, ein wichtiger Stabilitätsanker für das politische System der Bundesrepublik ist.

Von entscheidender Bedeutung dürfte dabei sein, dass das Bundesverfassungsgericht, obwohl es eine politische Institution ist, doch vor allem als Gericht wahrgenommen wird. Hilfreich hierfür ist nicht zuletzt eine entsprechende Medienarbeit.

## EIN GERICHT ALS POLITISCHE INSTITUTION

Das Bundesverfassungsgericht ist eine politische Institution. Es trifft politische Entscheidungen, indem es Gesetze und Gerichtsentscheidungen bestätigt, korrigiert und gegebenenfalls annulliert.<sup>01</sup> „Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden“, heißt es in §31 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes. Wenn das Grundgesetz als Verfassung (nationalstaatlich) an höchster Stelle steht, dann profitiert von diesem Rang automa-

tisch auch das Bundesverfassungsgericht als dessen Interpret und Wächter.

Diese Machtfülle scheint zwar dadurch begrenzt, dass das Bundesverfassungsgericht als Gericht konstruiert ist, das an vorgegebenes Recht – das Grundgesetz – gebunden ist, nur auf Antrag tätig werden beziehungsweise nur über vorliegende Klagen entscheiden kann. Faktisch sind diese Grenzen aber relativ schwach.

So sind die Vorschriften des Grundgesetzes meist abstrakt. Geschützt werden etwa Demokratie, Rechtsstaat und Menschenwürde. Was das konkret bedeutet, entscheidet das Bundesverfassungsgericht. Auch die Grundrechte werden so konkretisiert. So sind zum Beispiel auch Mieter:innen durch das Grundrecht auf Eigentum geschützt, obwohl sie gerade keine Eigentümer:innen sind.<sup>02</sup> Der öffentlich-rechtliche Rundfunk erhielt von den Richter:innen in zahlreichen Entscheidungen eine Bestands- und Entwicklungsgarantie, obwohl er im Grundgesetz nicht einmal erwähnt ist.<sup>03</sup>

Vermeintliche Lücken im Grundgesetz füllt das Bundesverfassungsgericht selbstbewusst. So entwickelte es ein Grundrecht auf Datenschutz (informationelle Selbstbestimmung)<sup>04</sup> und band Auslandseinsätze der Bundeswehr an einen Beschluss des Bundestags.<sup>05</sup> Jüngste Entdeckungen der Richter:innen waren Anfang 2020 das Recht auf selbstbestimmtes Sterben<sup>06</sup> und ein Jahr später die Anerkennung des Klimaschutzes als Staatsziel.<sup>07</sup> Ganz ohne Verfassungsänderung entwickelt sich das Grundgesetz weiter, dank der Gestaltungskraft der Karlsruher Richter:innen. Zwar bindet sich das Gericht in gewisser Weise durch seine Rechtsprechung selbst. Es kann nicht in jedem Fall neue Maßstäbe entwickeln, sondern legt seinen Entscheidungen in der Regel die bisherige eigene Rechtsprechung zugrunde. Allerdings können die Richter:innen bei Bedarf ihre Rechtsprechung auch jederzeit ändern: 2008 sah Karlsruhe im Abgleich von Kfz-Kennzeichen mit

Fahndungscomputern noch keinen Eingriff in Grundrechte.<sup>08</sup> 2019 korrigierte sich das Gericht und entschied das Gegenteil.<sup>09</sup>

Etwas verdeckter, aber noch einflussreicher ist die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Mittel. Eingriffe in Grundrechte müssen geeignet, erforderlich und angemessen sein. Der Staat soll nicht „mit Kanonen auf Spatzen schießen“. Was aber angemessen ist, entscheidet letztlich das Bundesverfassungsgericht selbst. Natürlich prüft auch der Gesetzgeber die Verhältnismäßigkeit. Es gibt aber keinen naturwissenschaftsgleichen, für alle und alles identischen Maßstab. Letztlich wägt das Gericht nach freiem politischem Ermessen ab und besitzt die Macht, seine Abwägung an die Stelle der Abwägung des Bundestags zu setzen.

Selbst der alte Satz „wo kein Kläger, da kein Richter“ wurde vom Bundesverfassungsgericht faktisch in ein „Kläger finden sich immer“ abgewandelt. Zwar sind Klagen prinzipiell nur zulässig, wenn jemand selbst, gegenwärtig und unmittelbar in seinen Grundrechten verletzt ist (oder das zumindest substantiiert vorträgt). Doch wenn es dem Gericht opportun erscheint, erlaubt es, mit unterschiedlichen Argumenten, auch jedermann und jederfrau die Klage: So könne, betont das Gericht etwa, bei heimlichen Ermittlungsmaßnahmen von Polizei und Verfassungsschutz ja niemand wissen, ob er oder sie persönlich betroffen ist. Deshalb können nun alle gegen neue Sicherheitsgesetze klagen, auch wenn sie eine persönliche Betroffenheit nicht nachweisen können. Ein zweites Beispiel: Durch die EU-Integration verliere, so das Bundesverfassungsgericht seit seinem Maastricht-Urteil von 1993, das Wahlrecht der Wähler:innen zum Bundestag an Wert – also müssen aus Karlsruher Sicht alle Bürger:innen gegen die Zustimmung des Bundestags zu EU-Verträgen klagen dürfen. Und beim Klimaschutz hat das Gericht schließlich den „intertemporalen“ Grundrechtsschutz entwickelt. Bereits heu-

te kann sich jeder ohne konkrete Betroffenheit gegen Grundrechtseinschränkungen wehren, die erst in Jahrzehnten drohen.<sup>10</sup>

Das alles heißt natürlich nicht, dass die Kläger:innen mit ihren Klagen stets Erfolg hätten. Zunächst geht es nur darum, dass das Bundesverfassungsgericht sich selbst Zugang zu einem Problem verschafft, sodass es verfassungsrechtliche Maßstäbe entwickeln und dann Gesetze und andere staatliche Akte an diesen Maßstäben messen kann. Das Bundesverfassungsgericht handelt also nach Regeln, die es größtenteils selbst entwickelt hat und anschließend selbst interpretiert. Kein anderes deutsches Verfassungsorgan hat eine so große politische Gestaltungsmacht.

### EINE POLITISCHE INSTITUTION ALS RICHTER

Große Macht führt nicht zwingend zu hohem Ansehen. Doch das große Vertrauen, das das Bundesverfassungsgericht in der Bevölkerung genießt, zeigt, dass die Karlsruher Richter:innen mit ihrer Machtposition in den vergangenen 70 Jahren klug umgegangen sind.

Das beginnt damit, dass die Verfassungsrichter:innen in ihren Urteilen in der Regel den Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers betonen. Sie lassen ihm Freiheit bei der Einschätzung der Lage und bei der Erforderlichkeit von Eingriffen. Die Richter:innen betonen meist, dass die Verfassung viele Lösungen für politische Probleme zulasse und das Bundesverfassungsgericht nur dann interveniere, wenn die seitlichen „Leitplanken“ des Grundgesetzes durchbrochen werden. Sie lassen die Politik an der langen Leine und nehmen sich somit auch aus der Verantwortung für das mühsame Alltagsgeschäft.

So kann das Bundesverfassungsgericht insbesondere dann als eine Art oberster Schiedsrichter eingreifen, wenn wichtige politische Vorhaben gesellschaftlich hoch umstritten sind. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung kann Karlsruhe dann zum Beispiel neue Teilregelungen anordnen und so Bedenken der Kläger:innen aufgreifen. Kein Wunder, dass nach vielen Karlsruher Schiedssprüchen die meisten Beteiligten recht zufrieden sind.

Doch das Ansehen des Bundesverfassungsgerichts folgt nicht nur aus seiner Arbeit als fähiger

**01** Vgl. Christian Rath, *Der Schiedsrichterstaat. Die Macht des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin 2013, S. 19 ff.

**02** Vgl. z. B. BVerfGE 89, 1.

**03** So zuletzt in BVerfG, 1 BvR 2756/20, Beschluss vom 20.7.2021.

**04** Vgl. BVerfGE 65, 1.

**05** Vgl. BVerfGE 90, 286.

**06** Vgl. BVerfG, 2 BvR 2347/15, Urteil vom 26.2.2020.

**07** Vgl. BVerfG, 1 BvR 2656/18, Beschluss vom 24.3.2021.

**08** Vgl. BVerfGE 120, 378.

**09** Vgl. BVerfGE 150, 244.

**10** Vgl. BVerfG (Anm. 7).



Am Bundesverfassungsgericht kann fristwahrende Post bis zur letzten Minute eingeworfen werden.

Quelle: picture alliance/dpa, Jürgen Effner

Mediator. Erleichtert wird seine Rolle auch dadurch, dass es ein Gericht ist, das Recht anwendet und Urteile spricht. Es ist eben nicht ein weiterer Akteur im vielstimmigen politischen Diskurs, sondern es ist die Institution, die am Ende entscheidet. Es hat das letzte Wort, es ist das Basta-Organ.

Gerade in Deutschland mit seiner verspäteten parlamentarischen Tradition war der Rechtsstaat viel früher entwickelt als die Demokratie.<sup>11</sup> Die Hoffnung auf das Recht und unabhängige Richter ist in Deutschland tief verankert. Insofern passte auch das 1949 neu geschaffene Bundesverfassungsgericht gut in die noch autoritätsfixierte Nachkriegszeit. Hier sprachen juristische Experten Urteile und setzten die Verfassung gegen die Politik durch. Spätestens als das Verfassungsgericht 1961 Adenauers Plänen für ein Regierungsfernsehen die Stirn bot,<sup>12</sup> hatte sich das Gericht als eigenständiger, mächtiger Akteur etabliert.

<sup>11</sup> Vgl. Rath (Anm. 1), S. 36 ff.

<sup>12</sup> Vgl. BVerfGE 12, 205.

Ein Organ, das machtkontrollierend, machterteilend und minderheitenschützend agiert, kann aber politisch schnell zwischen alle Stühle geraten. Die scheinbar neutrale Rolle als Gericht, das nur das vorgegebene Grundgesetz anwendet, ist dabei ein wirkungsvoller Schutz. Die im Ausland oft gestellte Frage, wie man einem Gericht so viel politische Macht anvertrauen kann, ist aus deutscher Sicht insofern genau umgekehrt zu beantworten: Gerade weil das Bundesverfassungsgericht ein Gericht ist und als Gericht gesehen werden will, kann es seine Rolle zwischen und über den Interessen so gut ausfüllen.

Die „Inszenierung“ dieser Rolle geht bis in die Details. Die Richter:innen tragen Roben,<sup>13</sup> ihre internen Auseinandersetzungen unterliegen

<sup>13</sup> Vgl. z.B. Sebastian Felz, Duchesse-Schwerrot. Wie die Richter des Bundesverfassungsgerichts zu ihren Roben kamen und warum diese ein Symbol für die Autorität des Gerichts sind, in: Ad Legendum 4/2008, S. 246–249.



Sitzungszimmer im Bundesverfassungsgericht.

Quelle: picture alliance/dpa, Uli Deck

dem Beratungsgeheimnis.<sup>14</sup> Und wenn sie bei komplizierten Fällen Sachverständige anhören, wird dies „mündliche Verhandlung“ genannt. Die Schlichtungssprüche firmieren als „Urteil“ oder „Beschluss“. Und: Die Argumentation muss immer auf das Grundgesetz zurückgeführt werden. Politische Argumente sind natürlich allgegenwärtig, aber nur in juristischer Übersetzung als Auslegung einer Verfassungsnorm nach „Sinn und Zweck“ oder als abzuwägender Gesichtspunkt im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Und natürlich gehört auch das Massengeschäft mit den tausenden unspektakulären Verfassungsbeschwerden zur Inszenierung des Bundesverfassungsgerichts als Bürgergericht. Versuche der Richter:innen, ein Verfahren der „freien Annahme“ durchzusetzen, bei dem sie sich wie der US-Supreme Court auf bedeutende Fälle konzentrieren könnten, hatten in Deutschland nie eine Chance. Die Öffentlichkeit will ein Verfassungsgericht, das für alle da ist, und nicht eine Denk-

<sup>14</sup> Vgl. hierzu z.B. Uwe Kranenpohl, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses*, Wiesbaden 2010; Thomas Darnstädt, *Verschlusssache Karlsruhe. Die internen Akten des Bundesverfassungsgerichts*, München 2018.

fabrik, die sich auf selbstgewählte Fragestellungen konzentriert. So sehr die Richter:innen über die Last des täglichen Klein-Klein stöhnen: Diese Last ist eben der Preis für die große Macht, die ihnen anvertraut ist.

Schlecht für das Ansehen als über allem Parteigezänk stehende Richter:innen ist es aber, wenn das Bundesverfassungsgericht selbst gespalten ist. Phasen mit häufigen 5:3-Entscheidungen in den 1970er und in den 1990er Jahren waren zugleich Phasen einbrechender Popularität. Das Bundesverfassungsgericht wirkte damals nicht mehr wie der Gegenentwurf zur Politik, sondern wie ein neues Forum für den üblichen Streit. Deshalb hat das Gericht sich in den vergangenen zwanzig Jahren mit beachtlichem Erfolg bemüht, einstimmig oder zumindest mit großer, lagerübergreifender Mehrheit zu entscheiden. Dies erhöht auch die Wahrscheinlichkeit, dass die Öffentlichkeit die Urteile als Recht akzeptiert und nicht als camouflierte Politik wahrnimmt.

Ähnliches gilt für Konflikte des Bundesverfassungsgerichts mit europäischen Gerichten, insbesondere mit dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) in Luxemburg. Das Dilemma ist ganz aktuell: Im Mai 2020 hat das Bundesverfassungsge-

richt in seinem Urteil zu den Anleihe-Ankaufprogrammen der Europäischen Zentralbank (EZB) dem EuGH vorgeworfen, er habe das EU-Recht methodologisch völlig falsch angewandt, weshalb sein Urteil in dieser Sache für Deutschland unbeachtlich sei. Abgesehen davon, dass es von wenig Verantwortungsbewusstsein zeugt, den EuGH ausgerechnet in einer Situation anzugreifen, in der die EU mit den ins Autoritäre abdriftenden Staaten Polen und Ungarn im Clinch liegt, hat sich das Bundesverfassungsgericht hier auch selbst keinen Gefallen getan. Wenn Gerichte streiten und sich gegenseitig Grenzüberschreitungen vorwerfen, leidet vor allem die Idee des Rechtsstaats, für die eben auch das Bundesverfassungsgericht steht.

## PRESSEARBEIT

Politische Berichterstattung fokussiert sich typischerweise auf Fragen der Machtverteilung. Wer hat bei einem Gerichtsverfahren gewonnen, und wer hat verloren? Wer wird welche Probleme bei der Umsetzung einer Entscheidung haben? Für politische Berichtersteller:innen ist die Justiz eine Black Box, bei der am Ende ein Urteil ausgeworfen wird. Der Weg dorthin interessiert schon deshalb wenig, weil nicht-juristische Journalist:innen ihn oft nicht so recht verstehen und beschreiben können.

Wenn das Ansehen der politischen Institution Bundesverfassungsgericht wesentlich davon abhängt, dass es als Gericht und nicht als politischer Akteur wahrgenommen wird, dann hat das Bundesverfassungsgericht ein objektives Interesse an einer medialen Berichterstattung, die diese Sichtweise unterstützt.<sup>15</sup> Für das Gericht ist daher eine Medienberichterstattung wichtig, die nicht nur in Kategorien von Sieg und Niederlage analysiert, sondern ein Urteil als einen Akt der Rechtsfindung darstellt. Es profitiert von Journalist:innen, die auch seine juristischen Argumente beschreiben und bewerten.

In und um Karlsruhe hat sich in den vergangenen Jahrzehnten ein Kreis von rund drei Dutzend Journalist:innen angesiedelt, die über die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts juristisch kompetent berichten und so die Sichtweise mittransportieren, dass hier Recht gefunden und gesprochen wird. Dieser juristisch orientier-

te Journalismus nützt dem Bundesverfassungsgericht. Dabei geht es nicht um unkritische Hofberichterstattung. Auch harte mediale Kritik an Entscheidungen wird in Karlsruhe akzeptiert, solange sie das Narrativ unterstützt, dass es sich hier um Rechtsprechung handelt, die zunächst juristisch zu bewerten ist. Eher unerwünscht ist dagegen Kritik, die den Richter:innen die Verfolgung individueller oder kollektiver Interessen unterstellt. Der Vorwurf oder auch nur die bloße Darstellung, das Bundesverfassungsgericht verfolge eine eigene Agenda, ist für das Gericht ja auch besonders problematisch, weil dabei seine Legitimationsbasis als selbstloser Schiedsrichter berührt ist.

Die Karlsruher Journalist:innen haben ihrerseits ein Interesse daran, die juristische Perspektive zu betonen, weil es ihr Alleinstellungsmerkmal gegenüber der politischen Berichterstattung ist, die in der Regel in den Berliner Korrespondentenbüros oder in der Zentrale des jeweiligen Mediums angesiedelt ist. Und weil eine kompetente verfassungsrechtliche Berichterstattung als Ausweis journalistischer Qualität gilt, verfügen alle Qualitätsmedien über spezialisierte Journalist:innen, meist sogar über eigene Korrespondent:innen vor Ort. Auch die ARD-Rechtsredaktion sitzt in Karlsruhe. Man könnte also von einem symbiotischen verfassungsjuristisch-medialen Komplex sprechen.

Um das Jahr 2000 herum diskutierten die Verfassungsrichter:innen, ob sie wie Bundestag, Bundesregierung und Bundesrat auch nach Berlin umziehen sollten. Sie lehnten dies mit deutlicher Mehrheit ab, um die Distanz zur Politik zu wahren. Auch medienstrategisch war dies wohl die richtige Entscheidung, weil das Gericht in Berlin sehr viel mehr zum Gegenstand der allgemeinen Politikberichterstattung geworden wäre und sein juristisch-mediales Biotop verloren hätte.

Die Karlsruher Rechtskorrespondent:innen sind seit 1975 in der Justizpressekonferenz (JPK) zusammengeschlossen, einem Verein, der ähnlich wie die Bundespressekonferenz in Berlin oder die Landespressekonferenzen in den Landeshauptstädten funktioniert. Die JPK vertritt die Interessen der Journalist:innen gegenüber der Karlsruher Justiz und organisiert regelmäßig Veranstaltungen. Mitglieder müssen heute kein Büro mehr in Karlsruhe unterhalten, es genügt, wenn sie ständig über die Karlsruher Bundesjustiz berichten.

Eine Pressestelle gibt es am Bundesverfassungsgericht erst seit 1996. Zuvor wandten sich die Karlsruher Journalist:innen an die Präsidial-

<sup>15</sup> Vgl. Christian Rath, *Pressearbeit und Diskursmacht des Bundesverfassungsgerichts*, in: Robert Chr. von Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hrsg.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden 2015, S. 403–412.

räte des Gerichts, also an hohe Beamte der Justizverwaltung. Man konnte dies als Ausdruck des engen Verhältnisses zwischen Karlsruher Medien und Gericht deuten. Die Einrichtung der Pressestelle war dann eine Reaktion auf die letzte große Legitimitätskrise des Gerichts, die auf die umstrittenen Beschlüsse zum Pazifistenslogan „Soldaten sind Mörder“,<sup>16</sup> zur Strafbarkeit von Sitzblockaden<sup>17</sup> und zum Verbot von Kruzifixen in bayerischen Klassenzimmern<sup>18</sup> folgte.

Die Pressestelle veröffentlicht pro Jahr rund einhundert Pressemitteilungen. Da das Gericht in den meisten Fällen nicht mündlich verhandelt, sind diese Pressemitteilungen (neben den Entscheidungen selbst) die wichtigste Kommunikationsform des Gerichts mit der Außenwelt. Dabei wird in der Regel der Originalwortlaut der Entscheidungen in den Kernaussagen zusammengefasst. Es findet dabei, außer mitunter im ersten Absatz der Pressemitteilung, keine Übersetzung in nicht-juristische Sprache statt. Dies bleibt Aufgabe der Journalist:innen. Auch so stärkt das Gericht die Position der spezialisierten Berichterstatte:r:innen.

Erst 2020 wurde öffentlich bekannt, dass das Bundesverfassungsgericht am Vorabend der (seltenen) Urteilsverkündungen die jeweilige Pressemitteilung für die Mitglieder der JPK an der Pforte des Gerichts bereithält. Gegen diese Praxis klagt inzwischen die AfD, das Verfahren ist noch am Verwaltungsgericht Karlsruhe anhängig. In diesem Verfahren betonte der damalige Gerichtspräsident Andreas Voßkuhle in einem Schriftsatz, diese Vorgehensweise stelle sicher, „dass die Öffentlichkeit zeitnah und kompetent über die häufig äußerst umfangreichen und komplexen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts informiert werden kann“. Die Beschränkung der Praxis auf die Mitglieder der JPK begründete Voßkuhle mit der „Professionalität dieses Kreises“. Obwohl sich das Bundesverfassungsgericht bei dieser Praxis der Vorabinformation mit Sperrfrist für ausgewählte Medien gerade nicht wie ein Gericht verhält, zeigt es doch, welch hohen Wert die Richter:innen auf eine spezifisch juristische Berichterstattung durch die spezialisierten Journalist:innen legen.

Weil das Gericht so selten mündlich verhandelt und seine Urteile verkündet, produziert es auch selten telegene Bilder. Umso wichtiger sind

dann die rund zehn Urteilsverkündungen pro Jahr: Lange bevor dies 1998 gesetzlich geregelt wurde, ließ das Gericht bereits Fernsehaufzeichnungen und Übertragungen seiner Urteile zu. Anders als bei den übrigen Bundesgerichten, denen der Gesetzgeber 2017 die TV-Übertragung ihrer Urteile eher aufzwingen musste, war das Bundesverfassungsgericht hieran selbst interessiert. Wenn jeweils acht Richter:innen in roten Roben zu sehen sind, befördert dies die öffentliche Wahrnehmung des Bundesverfassungsgerichts als Gericht. Dass zeitweise der Begriff der „Roten Roben“ sogar ein mediales Synonym für das Bundesverfassungsgericht war, kann durchaus als Erfolg der Karlsruher Ikonographie gewertet werden. Mehr Richtersymbolik geht kaum.

#### CHRISTIAN RATH

ist promovierter Jurist und seit 1993 rechtspolitischer Korrespondent verschiedener Medien in Karlsruhe. Er berichtet regelmäßig über die Arbeit des Bundesverfassungsgerichts und ist seit 1995 Mitglied der Justizpressekonferenz, zurzeit Vorstandsmitglied. [ch-rath@t-online.de](mailto:ch-rath@t-online.de)

## Gedanken, Anregungen, Kritik?

Schreiben Sie uns eine E-Mail:  
[apuz@bpb.de](mailto:apuz@bpb.de)

Folgen Sie uns auf Twitter:  
[@apuz\\_bpb](https://twitter.com/apuz_bpb)

<sup>16</sup> Vgl. BVerfGE 93, 266.

<sup>17</sup> Vgl. BVerfGE 92, 1.

<sup>18</sup> Vgl. BVerfGE 93, 1.

# WIR IST PLURAL

Preis zur Stärkung  
der Demokratie 2021

Auszeichnung von  
15 Projekten am  
12. November 2021

Wir zeichnen originelle Projekte aus,  
die sich für die demokratischen Werte  
des Grundgesetzes einsetzen.

[www.wiristplural.de](http://www.wiristplural.de)

Ein Preisausschreiben der:



Partner:



# RECHTSSTAAT UNTER DRUCK

## Ungarn, Polen und die Rolle der EU

*Kriszta Kovács · Kim Lane Scheppelle*

Als die Europäische Union im Jahr 2004 zehn neue Mitgliedsstaaten aufnahm, hatten viele der postkommunistischen Staaten in Mittelosteuropa den Test bestanden, als „konsolidierte Demokratien“ beizutreten.<sup>01</sup> Die Politikwissenschaft glaubte zu dieser Zeit, dass ein Land, dessen Demokratie sich konsolidiert hatte, für immer eine Demokratie bleiben würde. Doch das erste Jahrzehnt der EU-Mitgliedschaft war noch nicht vorüber, da wurde schon offensichtlich, dass konsolidierte Demokratien wieder ins Wanken geraten können. Ungarns verfassungsmäßige Ordnung begann schon 2010 zu bröckeln, sodass die Nichtregierungsorganisation Freedom House 2015 ihre Bewertung Ungarns von einer konsolidierten auf eine semi-konsolidierte Demokratie herabsetzte<sup>02</sup> – es war das erste Mal, dass eine konsolidierte Demokratie offiziell in Ungnade fiel. Die Lage hat sich seither nicht verbessert. 2020 stufte Freedom House Ungarn als hybrides Regime ein,<sup>03</sup> zur gleichen Zeit bezeichnete das „Varieties of Democracy Project“ Ungarn als eine Wahlautokratie.<sup>04</sup> 2021 senkte Freedom House die Bewertung Polens von einer konsolidierten auf eine semi-konsolidierte Demokratie.<sup>05</sup> Wie sich herausstellte, kann etwas, das gelungen erschien, auch wieder schiefgehen.

Was war geschehen? Sowohl in Ungarn als auch in Polen wurden Parteien mit autokratisch gesinnten Führern mit nie dagewesenen Mehrheiten an die Macht gewählt. Die Fidesz-Partei in Ungarn gewann bei den Wahlen 2010 zwei Drittel der Parlamentssitze und erhielt damit eine verfassungsändernde Mehrheit, die sie bis heute weitgehend behalten hat. Die PiS-Partei in Polen gewann 2015 die Präsidentschaft und beide Kammern des Parlaments, ein Erfolg, der sich 2019 und 2020 wiederholte, abgesehen von dem knappen Verlust ihrer absoluten Mehrheit im Oberhaus. In beiden Fällen bedeuteten diese entscheidenden Wahlen den Anfang vom Ende der konsolidierten Demokratie.<sup>06</sup>

Die Führer dieser erfolgreichen Parteien – Viktor Orbán in Ungarn und Jarosław Kaczyński in

Polen – haben die Wähler im Vorfeld über ihre Ambitionen belogen. Wären sie offen mit ihren autokratischen Plänen umgegangen, ist unsicher, ob sie die Wahlen hätten gewinnen können. Einmal im Amt allerdings, begannen sowohl Orbán als auch Kaczyński, die zentralen unabhängigen Institutionen anzugreifen, um sie als potenzielle Vetoakteure auszuschalten. Die ersten Institutionen, die angegriffen wurden, waren die Verfassungsgerichte, die bereit waren, Orbán und Kaczyński im Rahmen der geltenden demokratischen Verfassungen zur Rechenschaft zu ziehen. Nachdem diese ausgeschaltet waren, wurde auch der Widerstand der ordentlichen Gerichte gebrochen. Die Unabhängigkeit der Justiz, einst in beiden Ländern ein hohes Gut, gehört nun der Vergangenheit an.

Der Angriff auf die nationale Justiz ist das wichtigste Element bei diesen Rückschritten in der Demokratie, da es mit einer funktionsunfähigen Justiz unmöglich wird, dem autokratischen Staat mit rechtlichen Mitteln zu begegnen. Außerdem sind die Gerichte der Mitgliedsstaaten die Institutionen, die dem EU-Recht in der gesamten Union Geltung verschaffen sollen. Wenn die Justiz behindert wird, kann sie auch die einheitliche Einhaltung des EU-Rechts nicht mehr garantieren.

Aus diesen Gründen werden wir uns im Folgenden auf die Interventionen konzentrieren, die die EU gegen die politische Vereinnahmung der ungarischen und polnischen Justiz unternommen hat. Zunächst werden wir kurz erläutern, was in Ungarn geschah, dann werden wir uns Polen zuwenden. Abschließend werden wir erklären, warum die EU bisher nicht in der Lage war, der Vereinnahmung der Gerichte Einhalt zu gebieten.

### RICHTERLICHE UNABHÄNGIGKEIT IN UNGARN

Die Parlamentswahlen 2010 fielen in eine für Ungarn schwierige Zeit. Das Land war von der weltweiten Finanzkrise schwer getroffen wor-

den, weshalb der Internationale Währungsfonds (IWF) ihm aus der Klemme helfen musste, was mit der Verordnung eines radikalen Sparprogramms verbunden war. Die damalige sozialistische Regierung sah sich gezwungen, drakonische Kürzungen im Staatshaushalt vorzunehmen, was zur Niederlage bei den anstehenden Wahlen beitrug. Zudem waren die Sozialisten seit acht Jahren an der Macht und hatten eine moralische Krise zu bewältigen: Die meisten Ungarn glaubten, dass die amtierende Regierung sowohl korrupt als auch verlogen war. In dieser Phase errang die stärkste Oppositionspartei, Fidesz, in einer Koalition mit der kleinen Christlich-Demokratischen Volkspartei bei den Wahlen 2010 einen erdrutschartigen Sieg, der den Weg für einen tiefgreifenden Richtungswechsel des Staates ebnete. Für die Änderung der schwach verwurzelten demokratischen Verfassung von 1989 brauchte es eine Zweidrittelmehrheit im Parlament; mit der absoluten Mehrheit der Stimmen erhielt die Regierung von Viktor Orbán sogar 68 Prozent der Sitze. Ein Jahr nach Beginn ihrer Amtszeit konnte die Regierungskoalition so, ohne auf die Unterstützung anderer Parteien angewiesen zu sein, eine völlig neue Verfassung verabschieden.

Das neue „Grundgesetz“ gab den Startschuss für einen tiefgreifenden Verfassungswandel und veränderte die zentralen Merkmale des ungarischen Konstitutionalismus. Anstelle der universellen Verfassungsgrundsätze Freiheit, Gleichheit und Demokratie, die die Verfassung von 1989 geprägt hatten, stützt sich das „Grundgesetz“ in seiner Präambel auf das umstrittene und ausgrenzende Narrativ einer ethnisch definierten Kulturturnation.<sup>07</sup> Zudem veränderte es das gesamte

Rechtssystem, indem es in kurzer Zeit praktisch alle Kontrollen der Exekutivgewalt, die die Verfassung von 1989 eingerichtet hatte, beseitigte.

In Ungarns parlamentarischem Einkammersystem von 1989 war das Verfassungsgericht das stärkste Kontrollorgan in der Verfassungsstruktur. Doch schon unmittelbar nach ihrem Wahlsieg änderte die Fidesz-Regierung das Auswahlverfahren für die Verfassungsrichterinnen und -richter und die Wahlregeln für den Präsidenten des Verfassungsgerichts.<sup>08</sup> Seitdem sind nur noch die Stimmen der Regierungspartei erforderlich, um neue Richterinnen und Richter oder einen neuen Verfassungsgerichtspräsidenten zu bestimmen. Die Parlamentsmehrheit erhöhte außerdem die Zahl der Richter von 11 auf 15.<sup>09</sup> Bereits 2013 war das Verfassungsgericht als eine die Regierung kontrollierende Instanz faktisch ausgeschaltet, da die Mehrheit der Richter nun von der Regierung ernannt worden war, die wiederum fast keines der von der Regierung unterstützten Gesetze antasten wollte.

Nicht nur die Zusammensetzung, sondern auch die Zuständigkeiten des Gerichtshofs waren nun grundlegend andere als zuvor. Der Gerichtshof kann zum Beispiel nicht mehr die Verfassungsmäßigkeit bestimmter finanzieller Maßnahmen oder von Verfassungsänderungen überprüfen und sich auch nicht mehr auf seine eigene Rechtsprechung aus den Jahren 1990 bis 2011 berufen.<sup>10</sup> Das Gericht, einst die wichtigste Kontrollinstanz für Exekutive und Legislative, ist heute mit politischen Parteigängern besetzt und steht mit gestutzten Flügeln da.

Die Vereinnahmung und Ausschaltung des Verfassungsgerichts war jedoch nur der Anfang. Durch ein Gesetz, das das Ruhestandsalter der amtierenden Richter von 70 auf 62 Jahre herabsetzte, wurden ordentliche Richter gezwungen, die Richterbank zu verlassen.<sup>11</sup> Die Europäische Kommission reichte eine Vertragsverletzungsklage beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) ein, der entschied, dass die vorzeitige Versetzung in den Ruhestand einen Verstoß gegen den EU-weiten Schutz vor Altersdiskriminierung darstellt.<sup>12</sup>

**01** Vgl. Juan J. Linz/Alfred Stepan, *Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Baltimore–London 1996.

**02** Vgl. Freedom House, *Nations in Transit 2015*, <https://freedomhouse.org/country/hungary/nations-transit/2015>.

**03** Vgl. Freedom House, *Nations in Transit 2020*, <https://freedomhouse.org/country/hungary/nations-transit/2020>.

**04** Vgl. V-Dem Institute, *Democracy Report 2020*, Göteborg 2020, S. 6.

**05** Vgl. Freedom House, *Nations in Transit 2021*, <https://freedomhouse.org/country/poland/nations-transit/2021>.

**06** Vgl. Kim Lane Scheppele, *The Party's Over*, in: Mark Graber/Sanford Levinson/Mark Tushnet (Hrsg.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, New York 2018, S. 495–513.

**07** Vgl. Kriszta Kovács/Gábor Attila Tóth, *Hungary's Constitutional Transformation*, in: *European Constitutional Law Review* 7/2011, S. 183–203.

**08** Verfassungsänderung vom 5. Juli 2010.

**09** Gesetz LXI zur Änderung der Verfassung (2011).

**10** Gesetz CXX zur Änderung der Verfassung (2010), vierte Änderung des „Grundgesetzes“.

**11** Gesetz CLXII über die Rechtsstellung und Vergütung von Richtern (2011).

**12** Vgl. EuGH, *Kommission v. Ungarn*, 6.11.2012, C-286/12.

Ungarn zahlte eine Entschädigung, konnte aber die Wiedereinsetzung der dienstältesten Richter in ihr früheres Amt verhindern. Die EU-Kommission mag mit ihrer Klage durchgekommen sein, doch Orbán hat nichtsdestotrotz „seine“ Richter durchgesetzt.

Zur gleichen Zeit, als die Richter massenhaft entlassen wurden, wurde die frühere richterliche Selbstverwaltung abgeschafft und ein „Nationales Justizamt“ ins Leben gerufen, wodurch ein einzigartiges System der Justizverwaltung zustande kam. Der Präsident dieses Nationalen Justizamts, der von einer parlamentarischen Zweidrittelmehrheit gewählt wird, kann Richter ernennen, entlassen, befördern, degradieren und mit Disziplinarverfahren belegen. Ein aus Richtern zusammengesetzter „Nationaler Justizrat“ ist zwar ebenfalls Teil des Systems, spielt bei der Verwaltung der Justiz jedoch nur eine untergeordnete Rolle. In diesem neuen System genießen die Richter keine wirkliche Unabhängigkeit mehr.<sup>13</sup>

Neue Gesetze brachten zudem sowohl eine Umbenennung des Obersten Gerichtshofs in „Kúria“ als auch Änderungen bezüglich der Qualifikationen aller Richter. Durch die Namensänderung mussten sich alle Richter des Obersten Gerichtshofs neu um ihre Ämter bewerben. Die neuen Anforderungen hatten zur Folge, dass der amtierende Präsident des Gerichtshofs vor Ablauf seiner rechtmäßigen Amtszeit abgesetzt wurde. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) stellte fest, dass die vorzeitige Beendigung des Mandats des Präsidenten gegen das Recht auf Zugang zu Rechtsmitteln und das Recht auf freie Meinungsäußerung verstoßen hat, doch wurde Ungarn nur zu einer Entschädigungszahlung verurteilt und nicht zu einer Wiedereinsetzung des Präsidenten.<sup>14</sup> Erneut verlor die ungarische Regierung den Fall, behielt aber den von ihr gewünschten neuen Gerichtspräsidenten.

Der neue Kúria-Vorsitzende, Péter Darák, wurde der Regierung schließlich zu unabhängig, weshalb er 2021 durch den Verfassungsrichter András Zs. Varga ersetzt wurde, der über keinerlei Erfahrung in der ordentlichen Gerichtsbarkeit verfügte, aber Stellvertreter des Fidesz-treuen Staatsanwalts war. Nur einige Monate zuvor

war der Regierung durch Gesetzesänderung ermöglicht worden, ihr genehme Wunschkandidaten für Richterposten zu benennen, auch wenn diese nicht die gesetzlichen Voraussetzungen für das Amt erfüllten.<sup>15</sup> Dieses Gesetz erlaubte es Präsident Varga, die Zahl der Richter an seinem Gericht um fast ein Viertel zu erhöhen und diese Richter nach eigenem Gutdünken auszuwählen. Außerdem erhielt er zusätzlich die Befugnis, festzulegen, welche Richter welche Fälle im Gericht verhandeln sollen.

Diese Attacken auf die Justiz erstreckten sich über ein ganzes Jahrzehnt, in dem es den EU-Institutionen nicht gelang, den Lauf der Dinge zu ändern. Selbst als die Kommission und der entlassene Präsident des Obersten Gerichtshofs mit ihren Klagen vor den europäischen Gerichten Erfolg hatten, änderte sich im Grunde nichts, da die Rechtsmittel am eigentlichen Problem, den Angriffen auf die Unabhängigkeit der Justiz, vorbeigingen.<sup>16</sup>

Kurz vor dem Ende ihrer Amtszeit verabschiedete die Barroso-Kommission 2014 einen „Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips“. Dieser hätte gerade zu dem Zeitpunkt wirksam werden können, als Neuwahlen zum Europäischen Parlament anstanden – was dazu führte, dass alle Personen, die an dem Verfahren gegen Ungarn mitgearbeitet hatten, ihr Amt niederlegten. Die Juncker-Kommission hingegen, die im November 2014 ihr Amt antrat, machte nicht dort weiter, wo die alte Kommission aufgehört hatte. Der EU-Rechtsstaatsrahmen wurde nie zur Beurteilung der Frage herangezogen, ob Ungarn nach Artikel 7 (1) des Vertrags über die Europäische Union (EUV) verwahrt werden sollte – und das, obwohl dies der wichtigste Sanktionsmechanismus ist, um mit absoluter Mehrheit der Mitgliedsstaaten die Gefahr der Nichteinhaltung der in Artikel 2 EUV verankerten Grundwerte der EU festzustellen. Wie wir sehen werden, war die Kommission in Bezug auf Polen aktiver, aber selbst angesichts neuer Angriffe auf die ungarische Justiz durch die Ernennung eines neuen Präsidenten des Obersten Gerichtshofs

<sup>13</sup> Vgl. Venice Commission, Stellungnahme CDL-ad(2012)020, 15. 10. 2012, [www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2012\)020-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2012)020-e).

<sup>14</sup> Vgl. EGMR, *Baka v. Hungary*, 23. 6. 2016, 20261/21.

<sup>15</sup> Punkte 44 und 45 des Gesetzes CXXVII zur Änderung einiger Gesetze in Bezug auf das eininstanzliche Verwaltungsverfahren der Bezirksämter (2019).

<sup>16</sup> Vgl. Kim Lane Scheppele, *Enforcing the Basic Principles of EU Law Through Systemic Infringement Procedures*, in: Dimitry Kochenov/Carlos Closa (Hrsg.), *Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge 2016, S. 105–132.

2021 schwieg die Kommission zur Lage der Justiz in Ungarn.

Das Europäische Parlament wiederum war angesichts der Aushöhlung der ungarischen Justiz aktiver als die Kommission und verabschiedete zahlreiche Resolutionen, allen voran den „Tavares-Bericht“.<sup>17</sup> Und es war das Europäische Parlament, das schließlich mit der Verabschiedung des „Sargentini-Berichts“ das Verfahren nach Artikel 7 (1) EUV gegen Ungarn ins Rollen brachte.<sup>18</sup> Der Europäische Rat wiederum war nicht in der Lage, die notwendige Vierfünftelmehrheit für eine Billigung des Vorgehens des EU-Parlaments aufzubringen, damit eine Warnung an die ungarische Regierung ausgesprochen werden konnte. Da eine solche Stellungnahme des Rats noch immer aussteht, forderte im Juli 2021 eine deutliche Mehrheit im EU-Parlament die Kommission auf, EU-Gelder für Ungarn einzufrieren, und zwar nicht zuletzt wegen der anhaltenden Attacken auf die Unabhängigkeit der dortigen Justiz.<sup>19</sup>

#### RICHTERLICHE UNABHÄNGIGKEIT IN POLEN

Zum Zeitpunkt der Parlamentswahlen 2015 war die politische Stimmung in Polen, ähnlich wie in Ungarn, stark polarisiert. Die von der Bürgerplattform (PO) geführte Regierung war seit acht Jahren an der Macht, und ihr populärer Vorsitzender Donald Tusk war nach Brüssel berufen worden, um dort der erste aus einem der neuen Beitrittsländer stammende Präsident des Europäischen Rates zu werden. Kopf- und ideenlos und mit schwindender Unterstützung im Land, war die PO bei der Wahl zum Scheitern verurteilt. Im Frühjahr 2015 gewann die rechtsgerichtete PiS-Partei zunächst die nationale Präsidentschaft. Bei den Parlamentswahlen im Herbst desselben Jahres, an denen nur die Hälfte der Wahlberechtigten

teilnahm und die PiS nur 37,5 Prozent der Stimmen erhielt, errang die Partei die absolute Mehrheit der Sitze in beiden Kammern des Parlaments. Mit der halbherzigen Unterstützung der Hälfte der Bevölkerung war aus den Wahlen eine autoritäre Regierung hervorgegangen.

Doch das erste verfassungsrechtliche Vergehen beging noch die PO auf ihrem Weg aus dem Amt: Die PO-Regierung sah eine Gelegenheit, vor der drohenden Wahlniederlage noch schnell das Verfassungsgericht neu zu besetzen, und änderte zu diesem Zweck das Gesetz, das die Wahl der Verfassungsrichter regelt.<sup>20</sup> Nach der alten Regelung war die Parlamentsmehrheit, die am letzten Tag der Amtszeit eines Richters an der Macht war, rechtlich befugt, den Sitz neu zu besetzen. Nach der neuen Regelung jedoch konnte das Parlament den Nachfolger schon Monate vor der tatsächlichen Vakanz auswählen. Während der Regierungszeit der PO wurden drei Richterstellen nach der alten Regelung frei, das scheidende Parlament aber wählte nach der neuen Regelung gleich fünf Richter – und füllte damit zwei Stellen, die noch besetzt waren, aber bald nach dem Amtsantritt des neuen PiS-Parlaments frei geworden wären.

Allerdings hat sich die PO mit dieser Rechtswidrigkeit ein Eigentor geschossen. Einmal an der Macht, wollte auch die PiS von diesem verfassungswidrigen Manöver profitieren. Keiner der von der PO-Mehrheit gewählten Richter war vom Präsidenten der Republik, Andrzej Duda, vereidigt worden, sodass technisch gesehen alle Sitze noch offen waren. Daher annullierte das PiS-Parlament die Wahl aller fünf PO-Richter und wählte fünf eigene Richter, um die Sitze zu besetzen. Das polnische Verfassungsgericht entschied verfassungsgemäß, dass der Präsident drei der von der PO gewählten Richter sowie zwei der von der PiS gewählten Richter zu vereidigen habe. Präsident Duda weigerte sich jedoch, die Entscheidung des Gerichtshofs zu veröffentlichen und einen der PO-Richter zu vereidigen. Stattdessen vereidigte er alle fünf der von der PiS gewählten Richter. Der Präsident des Verfassungsgerichts weigerte sich daraufhin, die drei unrechtmäßig gewählten PiS-Richter einzusetzen. Es kam zum verfassungspolitischen Patt: Das Parlament erließ eine Reihe von Gesetzen, mit denen Entscheidungen des Verfassungsge-

**17** Europäisches Parlament, Bericht über die Lage der Grundrechte: Standards und Praktiken in Ungarn (Tavares-Bericht), Brüssel, 24.6.2013, 2012/2130(INI).

**18** Europäisches Parlament, Bericht über einen Vorschlag, mit dem der Rat aufgefordert wird, im Einklang mit Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union festzustellen, dass die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Grundwerte der Europäischen Union durch Ungarn besteht (Sargentini-Bericht), Brüssel, 4.7.2018, 2017/2131(INL).

**19** Vgl. Kim Lane Scheppele/Dan Kelemen/John Morijn, The EU Commission has to Cut the Funding to Hungary: The Legal Case, [https://danielfreund.eu/wp-content/uploads/2021/07/220707\\_RoLCR\\_Report\\_digital.pdf](https://danielfreund.eu/wp-content/uploads/2021/07/220707_RoLCR_Report_digital.pdf).

**20** Änderung des Gesetzes über den Verfassungsgerichtshof, 25.6.2015.

richtshofs blockiert werden sollten. Der Verfassungsgerichtshof wiederum erklärte die meisten dieser Gesetze für verfassungswidrig, woraufhin sich die Regierung weigerte, die Entscheidungen anzuerkennen und zu veröffentlichen.

Die Pattsituation endete erst im Dezember 2016, als die Amtszeit des Präsidenten des Verfassungsgerichtshofs, Andrzej Rzepliński, ihr reguläres Ende fand. Nachdem er sein Amt niedergelegt hatte, wurde der Gerichtshof zügig von der Regierung übernommen. Eine der neuen PiS-Richterinnen, Julia Przyłębska, wurde rechtswidrig zur „Interimspräsidentin“ des Gerichtshofs ernannt. Unmittelbar danach eröffnete sie in einem fragwürdigen Verfahren die Wahl zum Präsidenten des Verfassungsgerichtshofs, das sie selbst leitete und aus dem sie als neue Präsidentin hervorging. Anschließend sorgte sie für mehrere neue freie Stellen im Gericht, sodass die PiS bis zum späten Frühjahr 2017 eine zuverlässige Mehrheit dort erlangen konnte. Zu diesem Zeitpunkt hörten die Versuche der Regierung auf, dem Gerichtshof durch lästige Vorschriften die Hände zu binden.<sup>21</sup> Stattdessen legte sie dem ihr nun freundlich gesinnten Gerichtshof ihre die Rechtsstaatlichkeit untergrabenden Gesetzentwürfe zum Abnicken vor.

Nachdem die Unabhängigkeit des Verfassungsgerichtshofs faktisch abgeschafft worden war, kam die ordentliche Gerichtsbarkeit an die Reihe. Im Sommer 2017 verabschiedete das PiS-dominierte Parlament drei neue Gesetze, um die Gerichte in politische Abhängigkeit zu bringen. Ein Gesetz sollte es ermöglichen, den Nationalen Justizrat (KRS), der die Richter ernennt, durch ein neues Verfahren der Mitgliederernennung politisch zu vereinnahmen. Mit einem anderen Gesetz sollten alle Richter des Obersten Gerichtshofs entlassen werden. Das dritte Gesetz gab dem Justizminister die Befugnis, alle amtierenden Gerichtspräsidenten zu entlassen und durch neue zu ersetzen, und es senkte auch das Rentenalter für alle Richterinnen und Richter unterhalb des Obersten Gerichtshofs. Angesichts massiver öffentlicher Proteste und der kritischen Reaktionen der EU legte Präsident Duda jedoch sein Veto gegen die beiden ersten Gesetze ein und unterzeichnete nur das dritte, das die Entlassung von Gerichtspräsidenten erlaubte – was die PiS prompt in die Tat umsetzte. Zudem trat die neue Altersgrenze für den Ruhestand in Kraft, wo-

durch sämtliche ältere Richter der ordentlichen Gerichte entlassen wurden.

Im Herbst 2017 legte Präsident Duda dann Gesetzentwürfe vor, die die beiden von ihm zunächst abgelehnten Gesetze ersetzen sollten; beide wurden verabschiedet. Mit dem ersten wurde der KRS mit Richtern besetzt, die die Billigung der Regierungspartei und ihrer parlamentarischen Mehrheit hatten. Mit dem zweiten wurde der von der Regierung Orbán angewandte Trick wiederholt und fast 40 Prozent der Richter des Obersten Gerichtshofs in den Vorruhestand versetzt. Außerdem wurden am Obersten Gericht zwei neue Kammern geschaffen und mit politisch ernannten Richtern besetzt: eine Disziplinarkammer, die für Disziplinarverfahren gegen ordentliche Richter zuständig ist, und eine außerordentliche Kammer, die über Wahlanfechtungen entscheidet und abgeschlossene Rechtsfälle, die die Regierung ändern möchte, neu aufrollt.

Das Ergebnis dieser Änderungen ist, dass die PiS den Verfassungsgerichtshof, den Obersten Gerichtshof und den KRS für sich vereinnahmt hat. Diese Organe haben Urteile erlassen, in denen die Autorität des EuGH oder des EGMR in Fragen der Rechtsstaatlichkeit in Abrede gestellt wird. Das neue System ermöglicht es, dass ordentliche Richter von politisch ernannten Gerichtspräsidenten durch drakonische und willkürliche Disziplinarverfahren kontrolliert werden. Richterliche Unabhängigkeit und Abweichungen von der Linie der Regierungspartei werden nicht länger geduldet; das 2020 in Kraft getretene „Maulkorbgesetz“ bestraft sogar Richter, die Fälle an den EuGH verweisen.

Als diese Gesetze das Gesetzgebungsverfahren in Polen durchliefen, bemerkten einige EU-Institutionen die darin enthaltenen Beeinträchtigungen der Unabhängigkeit der polnischen Justiz. Anders als im ungarischen Fall, in dem die Europäische Kommission wenig unternommen hatte, handelte die EU-Kommission hier zügig. Bereits im Dezember 2015, während der Pattsituation bezüglich des Verfassungsgerichtshofs, schrieb die Kommission an die PiS-Regierung und forderte sie auf, den Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs Folge zu leisten und die Verabschiedung anstehender Gesetze, die den Gerichtshof betrafen, zu vertagen. Als die PiS-Regierung die beanstandeten Gesetze<sup>22</sup> im Janu-

<sup>21</sup> Vgl. Wojciech Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford 2019, S. 79.

<sup>22</sup> Vgl. die Stellungnahmen der Venice Commission CDL-ad(2016)001, CDL-ad(2016)026 und CDL-PI(2020)002-e.

ar 2016 dennoch verabschiedete, berief sich die Kommission auf ihren Rechtsstaatlichkeitsrahmen, der es ihr erlaubt, in einen Dialog mit einem demokratisch rückfällig werdenden Mitgliedsstaat einzutreten und Warnungen und Empfehlungen auszusprechen, während sie die Einleitung eines Verfahrens nach Artikel 7 (1) EUV prüft. Im Laufe des Jahres 2016 durchlief die Kommission all diese Stufen des Rechtsstaatlichkeitsrahmens, doch ihr ständiger Dialog mit der PiS-Regierung zeigte keinerlei Wirkung.

Ende 2017 sah es so aus, als liefen die Aktionen der Kommission völlig ins Leere, sodass sie schließlich im Dezember einen „mit Begründungen versehenen Vorschlag“ an den Europäischen Rat richtete, mit dem sie diesen aufforderte, Artikel 7 (1) EUV gegen Polen geltend zu machen.<sup>23</sup> Obwohl das Europäische Parlament seine Bereitschaft signalisierte, das Vorgehen des Rates zu unterstützen, zögerten die Mitgliedsstaaten jedoch und wurden nicht aktiv. Das Verfahren hängt nach wie vor in der Schwebe. Obwohl es hierbei lediglich um eine Verwarnung geht, die keinerlei Sanktionen nach sich zieht, konnte sich der Rat nicht auf ein entsprechendes Vorgehen einigen.

Doch dann kam mit dem EuGH Bewegung in die Sache. 2018 hatte der EuGH in einem anderen Fall entschieden, dass nationale Gerichtshöfe Institutionen mit doppelter Aufgabe sind, da sie sowohl nationales Recht als auch EU-Recht durchsetzen müssen – und dass die EU daher die Befugnis hat, auf deren Unabhängigkeit zu bestehen.<sup>24</sup> Mit diesem Urteil signalisierte der EuGH der Kommission, dass die Unabhängigkeit der nationalen Gerichte von grundlegender Bedeutung ist. Wie der Gerichtshof ausführte, setzt die richterliche Unabhängigkeit voraus, „dass die betreffende Einrichtung ihre richterlichen Funktionen in völliger Autonomie ausübt, ohne mit irgendeiner Stelle hierarchisch verbunden oder ihr untergeordnet zu sein und ohne von irgendeiner Stelle Anordnungen oder Anweisungen zu erhalten, und dass sie auf diese Weise vor Interventionen oder Druck von außen geschützt ist, die die Unabhängigkeit des Urteils ihrer Mitglieder gefährden und deren Entschei-

dungen beeinflussen könnten (...)“.<sup>25</sup> Die Kommission wurde angewiesen, derartige Verstöße vor den Gerichtshof zu bringen.

Kurz nach diesem Urteil begann die Kommission, Vertragsverletzungsverfahren gegen Polen einzuleiten. Sie warf Polen vor, gegen seine rechtlichen Verpflichtungen zur Wahrung der Unabhängigkeit der Justiz verstoßen zu haben, indem es das Renteneintrittsalter für Richter am Obersten Gerichtshof und an den ordentlichen Gerichten herabgesetzt, eine Disziplinarordnung für Richter eingeführt und das Maulkorbgesetz verabschiedet hatte.<sup>26</sup>

Der EuGH erkannte in beiden Ruhestandsregelungen einen Verstoß gegen EU-Recht und betonte seine Auffassung, dass die Unabsetzbarkeit von Richtern ein wesentlicher Bestandteil der richterlichen Unabhängigkeit ist. Er begann überdies damit, eine Liste von Kriterien für die Bestimmung der Unabhängigkeit von Richtern im Sinne des EU-Rechts aufzustellen, indem er ein sehr viel strengeres Verständnis des Begriffs „Gericht“ zugrunde legte und den Grundsatz des sogenannten Rückschrittsverbots bestätigte, das Rückschritte in demokratischer und rechtsstaatlicher Hinsicht verhindern soll.<sup>27</sup>

Im August 2021 deutete die polnische Regierung an, dass sie einen Rückzieher machen und die Disziplinarkammer reformieren könnte, um EU-Recht zu entsprechen.<sup>28</sup> Sie hat jedoch noch keine Bereitschaft gezeigt, auch den anderen Beschlüssen Folge zu leisten.

## WARUM IST DIE EU SO SCHWACH?

Zehn Jahre nach dem Beginn des Demokratieabbaus in Teilen der EU verfügen Ungarn und Polen nicht mehr über eine zuverlässig unabhängige Justiz. In beiden Fällen haben die Regierungen die Verfassungsgerichte und die ordentliche Gerichtsbarkeit unerbittlich unter ihre Kontrolle gebracht. Die autokratischen Regierungen lernten,

**23** Vgl. Europäische Kommission, Vorschlag für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit durch die Republik Polen, Brüssel, 20. 12. 2017, 2017/0360/NLE.

**24** Vgl. EuGH, 27. 2. 2018, C-64/16.

**25** Ebd., Rdnr. 44.

**26** Vgl. EuGH, Rechtssachen C-192/18, C-619/18, C-791/19 und C-204/21.

**27** Vgl. EuGH, Rechtssachen C-585/18, C-896/19 und C-824/18. Siehe auch Laurent Pech/Dimitry Kochenov, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice*, SIEPS Report, Stockholm 2021.

**28** Vgl. James Shotton, *Poland to Change Contested Judicial Disciplinary Regime*, 7. 8. 2021, [www.ft.com/content/ce7c4589-6a9e-44eb-baa4-346db338c0db](http://www.ft.com/content/ce7c4589-6a9e-44eb-baa4-346db338c0db).



EU-Ratspräsident Donald Tusk, Ungarns Ministerpräsident Viktor Orbán und Kommissionspräsident Jean-Claude Juncker (v.l.) am 22. Mai 2015 beim „Eastern Partnership Summit“ in Riga, Lettland.

Quelle: picture alliance/AP Photo, Mindaugas Kulbis

dass sie, wenn sie schnell genug zuschlugen, vor Ort Fakten schaffen konnten – indem sie neue Richter ins Amt brachten, die bereit waren, den Wünschen der Regierung zu entsprechen. Sobald dies geschehen war, hatte die EU nichts mehr in der Hand, um an diesen Tatsachen zu rütteln.

Die Angriffe auf die Justizbehörden erfolgten vor aller Augen. Die EU-Beamten wussten stets, was vor sich ging, dennoch haben die EU-Institutionen, die Sanktionen gegen die Länder hätten verhängen können, zu lange mit dem Handeln gewartet. Als sie es taten, stellten sie nur einzelne Teile des größeren Puzzles infrage und waren nicht hartnäckig genug, um wirklich etwas zu bewirken.

Ein Grund für den Zeitverzug, wie er etwa von der Barroso-Kommission angeführt wurde, ist, dass die Kommission schlicht nicht über die nötigen Instrumente verfügte, um einzugreifen. Zwar schuf die Barroso-Kommission nach den Erfahrungen mit Ungarn den Rechtsstaatlichkeitsrahmen, um ein Druckmittel in die Hand zu bekommen, sollte ein Mitgliedsstaat ein nächstes Mal grundlegende EU-Werte angreifen. Doch wie wir im Falle Polens gesehen haben, kann der Rahmen nichts bewirken, selbst wenn er umgehend und aggressiv eingesetzt wird. Da dieses Instrument nicht mit Sanktionen verbunden ist, konnte

Polen es weitgehend ignorieren. Die von späteren Kommissionen konzipierten Instrumente haben sich bisher nicht besser bewährt.

Ein weiterer Grund – der unserer Ansicht nach überzeugender ist – besteht darin, dass die Mitgliedsstaaten sich nicht gegenseitig verurteilen wollen, um zukünftig nicht selbst verurteilt zu werden. Während sowohl das Parlament als auch die Kommission in regelmäßigen Abständen Maßnahmen ergriffen haben, um den Demokratieabbau zu stoppen, haben es die im Europäischen Rat vertretenen Staaten nie für angebracht gehalten, eines dieser Länder öffentlich für die Verletzung der Grundwerte der EU zu verurteilen. Als die Orbán-Regierung die Justiz vereinnahmte, wurde die Fidesz-Partei auf europäischer Ebene von der Europäischen Volkspartei geschützt, der sie damals angehörte.<sup>29</sup> Die PiS wiederum ist Mitglied der Fraktion der Europäischen Konservativen und Reformen, einer Randpartei auf EU-Ebene. Da gibt es nicht viel politisches Kapital. Doch selbst in diesem Fall blieb der Rat untätig. Institutionell kommt hinzu, dass das Verfahren nach

<sup>29</sup> Vgl. Daniel Kelemen, *Europe's Authoritarian Equilibrium*, 22. 12. 2017, [www.foreignaffairs.com/articles/hungary/2017-12-22/europes-authoritarian-equilibrium](http://www.foreignaffairs.com/articles/hungary/2017-12-22/europes-authoritarian-equilibrium).

Artikel 7 EUV am Ende einen einstimmigen Beschluss im Rat erfordert. So konnten sich Polen und Ungarn gegenseitig vor Sanktionen schützen.

Ein vielleicht noch offensichtlicherer Grund: Die EU ist darauf ausgerichtet, die Mitgliedsstaaten vor einer übermächtigen Union zu bewahren, anstatt die Union vor versagenden Mitgliedsstaaten zu schützen. Die EU-Organe dürfen nur im Rahmen der ihnen übertragenen Zuständigkeiten handeln, und für die nationale Verfassungsstruktur besitzt die EU keine Zuständigkeit. Im Gegenteil: Die nationalen Verfassungsstrukturen sind durch Artikel 4 (2) EUV vor Eingriffen der EU geschützt, solange sie mit den Grundwerten der EU übereinstimmen.

Wie wir jedoch gesehen haben, durchbrach der EuGH schließlich die Blockade, indem er entschied, dass alle Mitgliedsstaaten in der Pflicht stehen, die Unabhängigkeit der Justiz zu schützen. Daraufhin wurde die Kommission aktiver, indem sie im polnischen Fall ein Vertragsverletzungsverfahren einleitete (allerdings bezeichnenderweise nicht im ungarischen Fall). Ein Mitgliedsstaat, der einem EuGH-Urteil nicht nachkommt, kann ernsthaft unter Druck geraten, weil die Kommission den EuGH auffordern kann, für jeden Tag, an dem der Staat dem Urteil nicht nachkommt, hohe Geldstrafen zu verhängen.<sup>30</sup> Allerdings müsste die Kommission ein solches Verfahren dann auch tatsächlich einleiten, was bisher nicht geschehen ist.

Seit dem Amtsantritt der Kommission unter Ursula von der Leyen 2019 wurden nur einige wenige Vertragsverletzungsverfahren im Zusammenhang mit der richterlichen Unabhängigkeit gegen Polen eingeleitet. Gegen Ungarn wurde kein einziges solches Verfahren angestrengt. Stattdessen wurde ein neuer zahlloser Zyklus zur Überprüfung der Rechtsstaatlichkeit eingerichtet.<sup>31</sup> Im Dezember 2020 verabschiedeten die EU-Institutionen eine neue Verordnung,<sup>32</sup> die ursprünglich von der Timmermans/Juncker-Kommission vorgeschlagen worden war und die es der Kommission ermöglicht, EU-Mittel für Mitgliedsstaaten zu kürzen, die Gefahr laufen, diese Mittel „falsch“ auszugeben – was eindeutig der Fall wäre, wenn es keine unabhängige Justiz gibt. Dies ist das neueste Instrument im

Werkzeugkasten der Kommission. Nachdem wir ein Jahrzehnt lang mit ansehen mussten, wie ein Instrument nach dem anderen geschaffen und dann nicht wirksam eingesetzt wurde, können wir nur hoffen, dass es dieses Mal anders kommt.

Die EU unterscheidet sich von anderen internationalen Organisationen dadurch, dass ihre Mitgliedsstaaten die Kommission als Hüterin der Verträge damit beauftragen, für die Einhaltung dieser Verträge zu sorgen. Wenn die Kommission jedoch nicht das EU-Recht durchsetzt, das heißt, wenn sie nicht darauf besteht, dass die Mitgliedsstaaten die Versprechen einhalten, die sie bei ihrem Beitritt gegeben haben, um die Werte der EU aufrechtzuerhalten, bleibt den anderen Staaten nur ein begrenztes Mittel zur Selbsthilfe: Sie können gemäß Artikel 259 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) Klage gegen einen anderen Mitgliedsstaat vor dem EuGH erheben. Auch das ist bislang nicht geschehen.

Die Attacken auf die richterliche Unabhängigkeit in Ungarn und Polen zeigen, dass die nationalen Regierungen immer einen Vorteil gegenüber den EU-Institutionen haben, wenn sie sich dazu entschließen, auszuscheren. Sie können Gesetze verabschieden, die die Lage vor Ort so verändern, dass ein späterer Rechtsstreit – selbst, wenn er eingeleitet wird und erfolgreich ist – den Schaden nur sehr schwer wieder rückgängig machen kann. Nur die Ablösung der nationalen Regierung kann in einer sich dekonsolidierenden Demokratie für einen wirklichen Richtungswechsel sorgen. Aber als die EU darin versagte, zu signalisieren, dass das Verhalten dieser Staaten in Europa inakzeptabel ist, und als sie es wiederholt versäumte, unabhängige Gerichte zu unterstützen, versäumte sie es ebenfalls, für jene Werte der EU einzutreten, die das Band sind, das demokratische Regierungen zusammenhält.

Übersetzung aus dem Englischen: Birthe Mühlhoff, Dinslaken.

#### KRISZTA KOVÁCS

ist Senior Fellow im WZB Center for Global Constitutionalism in Berlin und Associate Professor an der Eötvös-Loránd-Universität in Budapest. kriszta.kovacs@wzb.eu

#### KIM LANE SCHEPPELE

ist Laurance S. Rockefeller Professor of Sociology and International Affairs an der Princeton University. kimlane@princeton.edu

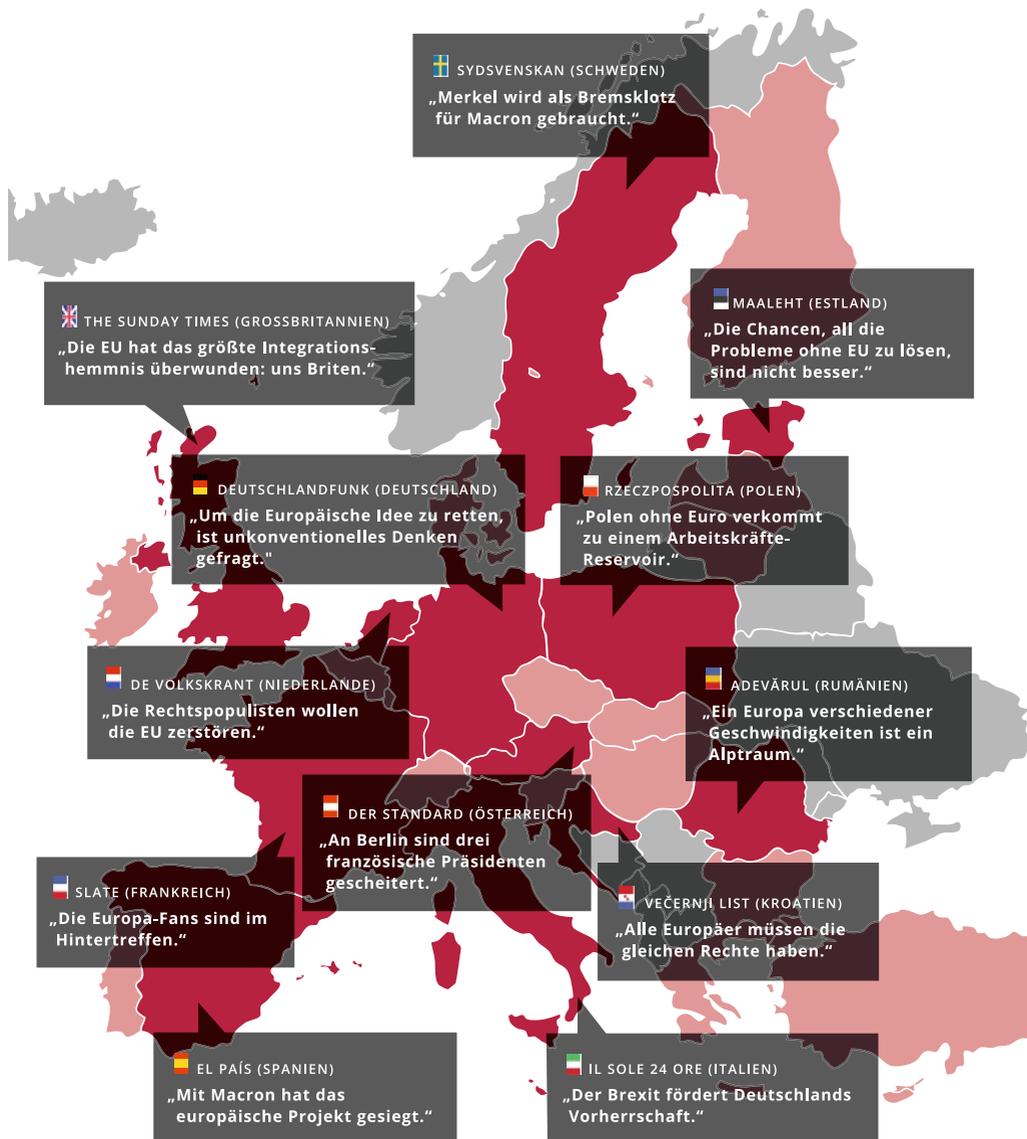
<sup>30</sup> Vgl. EuGH, 17.4.2018, C-441/17.

<sup>31</sup> Vgl. Laurent Pech, *The Rule of Law*, in: Paul Craig/Gráinne de Búrca (Hrsg.), *Evolution of EU Law*, Oxford 2021, S. 307–338.

<sup>32</sup> Vgl. Verordnung 2020/2092, ABl. L 433I, 22.12.2020, S. 1–10.

# euro|topics

Europas Presse kommentiert



# MENSCHENRECHTSSCHUTZ IN EUROPA

*Michael Krennerich*

Um die Menschenrechte innerhalb Europas müsste es eigentlich gut bestellt sein. Nicht nur enthalten die nationalen Verfassungen in der Region umfassende Grundrechtskataloge und sind die Europäische Union sowie ihre 27 Mitgliedsstaaten bei Anwendung des Unionsrechts an die EU-Grundrechtecharta gebunden. Die europäischen Staaten sind auch in das regionale und das globale Menschenrechtssystem fest eingebettet. Auf regionaler Ebene sind hier die Menschenrechtsabkommen des 47 Staaten umfassenden Europarates zu nennen, dem – mit Ausnahme von Belarus – alle Staaten Europas angehören, auch die Türkei und die Staaten des Kaukasus. Auf globaler Ebene haben die europäischen Staaten die meisten Kernabkommen des UN-Menschenrechtsschutzes ratifiziert.<sup>01</sup> Bei näherer Betrachtung lassen sich jedoch Lücken in Recht und Praxis erkennen.

## HÜTER DER MENSCHENRECHTE

Der Europarat beschreibt sich auf seiner Website selbst als „Europas führende Organisation für Menschenrechte“. Diesem Selbstverständnis verleihen etliche völkerrechtliche Abkommen zum Schutz der Menschenrechte Ausdruck. Zuvorderst ist hier die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK von 1950, seit 1953 in Kraft) zu nennen, die bislang durch 16 Protokolle ergänzt wurde.

Dem Schutz und der Förderung der Menschenrechte verpflichtet sind aber auch: die Europäische Sozialcharta in ihrer ursprünglichen (1961/1965) und in ihrer revidierten Fassung (1996/1999), das Europäische Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (1987/1989), die Konvention zur Bekämpfung des Menschenhandels (2005/2008), das Übereinkommen zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (2007/2010) sowie das Übereinkommen zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt

gegen Frauen und häuslicher Gewalt (2011/2014). Letzteres ist als „Istanbul-Konvention“ bekannt geworden und erlangte 2021 besondere mediale Aufmerksamkeit, als die Türkei aus der Konvention austrat. Hinzu kommen noch Abkommen zum nationalen Minderheitenschutz.

Indes können nur Verletzungen der EMRK vor den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) gebracht werden. Alle anderen Menschenrechtsabkommen werden, obwohl sie für die Vertragsstaaten völkerrechtlich verbindlich sind, von Sachverständigenausschüssen überwacht, die allenfalls Berichte und Empfehlungen abgeben können. Hinzu kommt eine Reihe politischer Institutionen des Europarates zur Förderung der Menschenrechte.<sup>02</sup>

## HERZSTÜCK

Die EMRK ist das Herzstück des europäischen Menschenrechtsschutzes, der EGMR das zentrale Organ zum Schutz der darin verbrieften, vornehmlich bürgerlichen und politischen Rechte.<sup>03</sup> Die EMRK verankert das Recht auf Leben, die Verbote von Folter sowie von Sklaverei und Zwangsarbeit; sie verbietet willkürlichen Freiheitsentzug, garantiert das Recht auf ein faires Gerichtsverfahren, schützt die Privatsphäre, das Familienleben und die Eheschließung ebenso wie die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit. Weiterhin enthält sie die Rechte auf freie Meinungsäußerung, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie ein Diskriminierungsverbot in Bezug auf die in der EMRK verankerten Rechte.

Durch Zusatzprotokolle wurden weitere Rechte nachträglich hinzugefügt. Dazu gehören die Rechte auf Eigentum, Bildung und freie Wahlen (Protokoll von 1952), das Recht auf Freizügigkeit sowie die Verbote der Schulhaft, der Ausweisung eigener Staatsangehöriger und der Kollektivausweisung ausländischer Personen (Protokoll Nr. 4 von 1963), einige Verfahrens- und Justizgarantien (Nr. 7 von 1984), ein allgemeines Diskriminie-

rungsverbot (Nr. 12 von 2000) sowie die Abschaffung der Todesstrafe (Nr. 6 von 1983 und Nr. 13 von 2002). Im Unterschied zur EMRK wurden die Zusatzprotokolle jedoch nicht von allen 47 Staaten gleichermaßen ratifiziert. So steht beispielsweise die Ratifikation des Protokolls 12 (Diskriminierungsverbot) durch Deutschland bis heute aus.

Vertragsstaaten können sich in Form von Staatenbeschwerden wegen jeder behaupteten Verletzung der EMRK an den Gerichtshof wenden, was allerdings selten geschieht.<sup>04</sup> Weit bedeutsamer ist der gerichtliche Individualrechtsschutz: Jede Person, die der Hoheitsgewalt eines Vertragsstaates unterliegt und von einer Verletzung der in der EMRK verankerten Rechte betroffen ist, kann, wenn der nationale Rechtsweg erschöpft (oder verschlossen) ist, beim EGMR eine Beschwerde gegen den betreffenden Staat einreichen.<sup>05</sup> Der EGMR prüft, ob das Verhalten des beklagten Staates mit der EMRK vereinbar war, stellt gegebenenfalls eine Verletzung der dort garantierten Rechte fest und kann dem Beschwerdeführer oder der Beschwerdeführerin Schadensersatz zusprechen.

Die Urteile des EGMR sind verbindlich und müssen von den betreffenden Staaten umgesetzt werden. Allerdings kann der EGMR keine in den Mitgliedsstaaten ergangenen Urteile aufheben oder abändern. Es obliegt dem jeweiligen Staat – über die Zahlung etwaiger festgelegter Entschädigungen hinaus –, Maßnahmen zu ergreifen, um die Konventionsverletzung zu beenden und gleichartige Verletzungen künftig zu vermeiden. Das Ministerkomitee des Europarats überwacht die Urteilsumsetzung und entscheidet, ob die ergriffenen Maßnahmen als Umsetzung des Urteils ausreichen oder Nachbesserungen erforderlich sind.<sup>06</sup>

**01** Zum Ratifikationsstand der UN-Kernabkommen und ihrer Zusatzprotokolle siehe <https://indicators.ohchr.org>. Deutschland hat noch immer nicht das Zusatzprotokoll (und damit ein Beschwerdeverfahren) zum UN-Sozialpakt ratifiziert und, wie alle anderen EU-Staaten, ebenfalls nicht die UN-Wanderarbeiterkonvention. Außerdem akzeptiert die Bundesrepublik das Beschwerdeverfahren des UN-Zivilpakts nicht in Bezug auf das dort verankerte allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. 26 des Zivilpakts).

**02** Vgl. [www.coe.int/de/web/portal/home](http://www.coe.int/de/web/portal/home).

**03** Vgl. einführend Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, München–Basel–Wien 2021<sup>7</sup>.

**04** Entsprechende Staatenbeschwerden reichten etwa Zypern gegen die Türkei sowie Georgien und die Ukraine gegen Russland ein.

**05** Vgl. Holger Hembach, Die Beschwerde beim EGMR. Zulässigkeit und Verfahren, Wien 2020.

**06** Die Überwachung erfolgt auf Vertreterebene bei regelmäßigen „Human Rights Meetings“.

## ABGEWENDETER HERZINFARKT

Die Arbeitsbelastung des EGMR ist enorm. Auf dem Höhepunkt im Jahr 2011 waren 151 600 Beschwerden beim EGMR anhängig. Erst dank des – von der russischen Regierung lange Zeit blockierten – Protokolls Nr. 14 von 2004, das im Juni 2010 in Kraft trat und eine effizientere Abwicklung der Fälle ermöglichte, sank die Zahl der unerledigten Beschwerden und lag Ende 2020 bei 62 000. Allein 2020 wurden insgesamt 41 700 neue Beschwerden eingelegt, zugleich wurde über 39 190 Beschwerden entschieden: 37 289 wurden als unzulässig abgewiesen oder aus der Liste gestrichen,<sup>07</sup> 1901 Beschwerden wurden durch 871 Urteile des Gerichtshofs beendet.<sup>08</sup> Dabei profitierte der EGMR davon, dass er inzwischen ähnlich gelagerte Fälle zusammenlegen und „Pilotverfahren“ durchführen kann.

Die meisten EGMR-Urteile betrafen bislang Verletzungen des Rechts auf ein faires Gerichtsverfahren, gefolgt von Verletzungen des Rechts auf Freiheit und Sicherheit sowie des Verbots von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung, die gerade in den vergangenen Jahren zugenommen haben.<sup>09</sup> Nimmt man noch die Verletzungen des Rechts auf Leben dazu, zeigen die Urteile, dass auch in den Mitgliedsstaaten des Europarats selbst schwere Menschenrechtsverletzungen noch lange nicht gebannt sind. Allerdings stellt sich die Menschenrechtslage in den Ländern sehr unterschiedlich dar.<sup>10</sup> Die allermeisten anhängigen Verfahren betreffen Russland, die Türkei und die Ukraine. Zu diesen Ländern wurden 2020 auch die meisten Urteile gesprochen und die meisten Menschenrechtsverletzungen festgestellt. Dieses Gesamtbild prägte bislang auch das Jahr 2021.<sup>11</sup>

Und wie steht es um Deutschland? Die 199 Urteile gegen die Bundesrepublik Deutschland, bei denen der EGMR zwischen 1959 und 2020 mindestens eine Verletzung der Konventionsrech-

**07** Verfahren können auch durch einseitige Erklärungen oder gütliche Einigungen beendet werden.

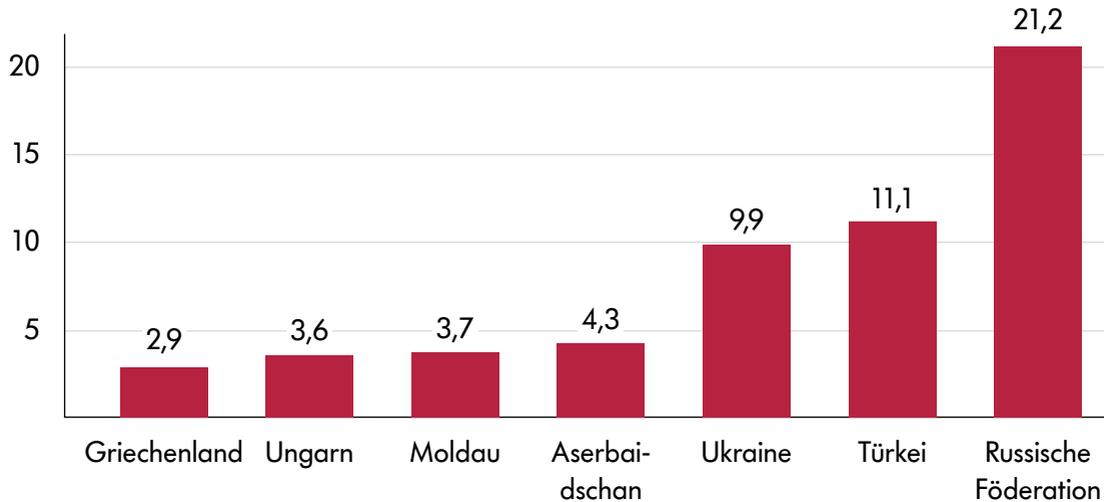
**08** Siehe [www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_analysis\\_2020\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2020_ENG.pdf).

**09** Vgl. European Court of Human Rights (ECHR), Overview 1959–2020, Straßburg 2021; ECHR, The EHCR in facts & figures 2020, Straßburg 2021.

**10** Vgl. [www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_violation\\_2020\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2020_ENG.pdf).

**11** Vgl. [www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_pending\\_month\\_2021\\_BIL.PDF](http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_pending_month_2021_BIL.PDF).

Abbildung 1: Entscheidungen des EGMR 2020 nach Ländern, Anteil in Prozent



Quelle: Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Februar 2021.

te feststellte, betrafen mehrheitlich überlange Gerichtsverfahren sowie andere verfahrensrechtliche Garantien wie das Recht auf ein faires Verfahren und wirksame Rechtsmittel sowie das Rückwirkungsverbot (keine Strafe ohne Gesetz). Gerade erst im Oktober 2020 verurteilte der EGMR die Bundesrepublik (wie bereits 2014) wegen Verstoßes gegen das Gebot eines fairen Verfahrens aufgrund einer rechtswidrigen Tatprovokation durch V-Leute.<sup>12</sup> Darüber hinaus wurden in der Vergangenheit auch andere Verletzungen wie etwa der Rechte auf Freiheit und Sicherheit oder auf Schutz des Privatlebens und der Familie festgestellt.

### KRÄFTIGER (IM)PULS?

Der EGMR hat erheblich dazu beigetragen, dass sich das Verständnis der – zumindest bürgerlichen und politischen – Menschenrechte innerhalb Europas verdichtet hat. Mithilfe der Doktrin der „margin of appreciation“ hat er dabei einen Weg gefunden, die Menschenrechtsstandards zu harmonisieren und zugleich den Besonderheiten der nationalen Rechtsordnungen Rechnung zu tragen.<sup>13</sup> Den Staaten wird

dabei ein gewisser, aber auch nicht unbegrenzter Ermessensspielraum bei der Rechtsauslegung zugestanden. Auch haben die EGMR-Urteile – über die behandelten Einzelfälle hinaus – teils zu weitreichenden Änderungen von Gesetzen, Vorschriften und Verfahren in den Mitgliedsstaaten geführt. Ein Beispiel unter vielen ist die Reform der nachträglichen Sicherungsverwahrung in Deutschland infolge einer Grundsatzentscheidung des EGMR von 2009.<sup>14</sup>

Zugleich passte der Gerichtshof seine Auslegung der inzwischen über 70 Jahre alten EMRK an sich ändernde gesellschaftliche Bedingungen an. Dabei tariert der EGMR nicht nur die Grenzen staatlicher Eingriffe in die Menschenrechte stets aufs Neue aus. Er bestimmt auch die positiven Maßnahmen immer wieder neu, welche die Staaten zum Schutz der in der EMRK niedergelegten Rechte zu ergreifen haben. Mithilfe einer lebendigen Interpretation der Menschenrechtskonvention werden dabei auch aktuelle Probleme aufgegriffen, etwa in Bezug auf neue Informations- und Kommunikationstechnologien<sup>15</sup> oder Umweltfragen.<sup>16</sup> Deutlich wurde dies erst jüngst,

<sup>12</sup> EGMR, *Akbay and Others v. Germany*, Urteil vom 15. 10. 2020, Nr. 40495/15, 40913/15 und 37273/15.

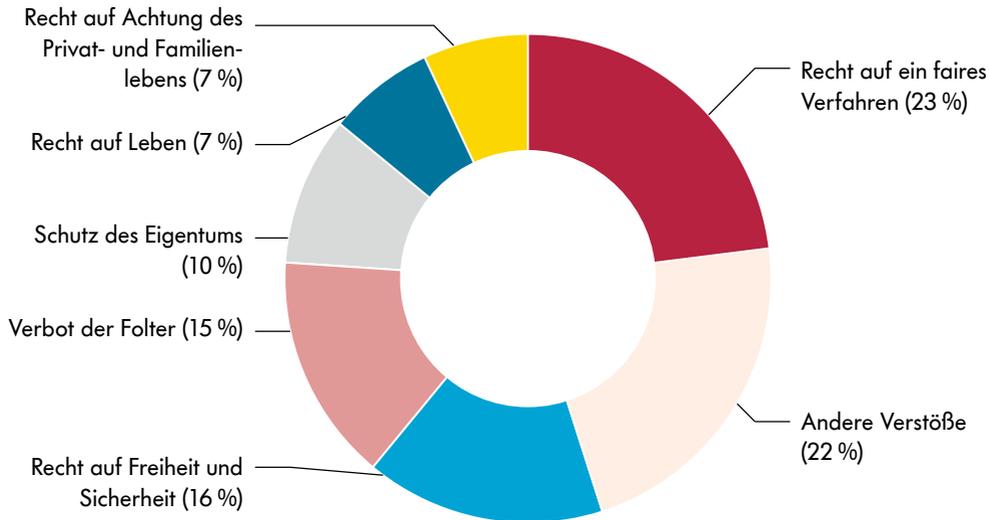
<sup>13</sup> Vgl. auch Linos-Alexander Sicilianos, *The European Yearbook on Human Rights at 70. The Dynamic of a Unique International Instrument*, in: Philip Czech et al. (Hrsg.), *European Yearbook on Human Rights 2020*, Cambridge 2021, S. 3–16.

<sup>14</sup> EGMR, *M. v. Germany*, Urteil vom 17. 12. 2009, Nr. 19359/04.

<sup>15</sup> Meist bezogen sich die Urteile auf den Schutz des Privatlebens und der Meinungsäußerungsfreiheit.

<sup>16</sup> Besonders interessant sind hier – in Ermangelung eines Rechts auf Gesundheit in der EMRK – die positiven Maßnahmen zum Schutz des Rechts auf Leben, etwa bei gefährlichen Industrieaktivitäten, Giftmüllentsorgungen, Schadstoffemissionen oder Naturkatastrophen; siehe ECHR Press Unit, *Factsheet – Environment and the ECHR*, Straßburg 2021.

Abbildung 2: Entscheidungen des EGMR 2020 nach Gegenstandsbereich



Quelle: Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Februar 2021.

als der Gerichtshof eine Klimaklage portugiesischer Kinder und Jugendlicher gegen 33 Länder, darunter auch Deutschland, zuließ und ihr sogar höchste Priorität einräumte.<sup>17</sup> Auch die Covid-19-Pandemie beschäftigte bereits den EGMR. Im Fokus standen dabei der unzureichende Schutz des Lebens, unmenschliche beziehungsweise erniedrigende Behandlungen in Haft- und Aufnahmeeinrichtungen sowie freiheitseinschränkende Maßnahmen der Pandemiebekämpfung.<sup>18</sup>

Ferner zeigen die vielen Beschwerden, dass der EGMR gerade auch von Menschen in Anspruch genommen wird, in deren Ländern teils gravierende Menschenrechtsprobleme bestehen und in denen sie keinen angemessenen Menschenrechtsschutz erfahren. Daraus ergeben sich große Herausforderungen: Sie betreffen nicht nur die Bewältigung einer Vielzahl von Beschwerden und die Länge der Verfahrenswege bis zum und beim EGMR. Gerade in Ländern, in denen die Menschenrechte systematisch verletzt werden, kann die Menschenrechtslage nur bedingt mithilfe von Individualbeschwerden verbessert werden.

**17** EGMR, Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 Other States, Nr. 39371/20. Anhängig ist auch die Beschwerde KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, Nr. 53600/20.

**18** Vgl. ECHR Press Unit, Factsheet – COVID-19 health crisis, Straßburg 2021.

Dies gilt umso mehr, als nicht ausgemacht ist, dass die Urteile zu „leading cases“ schnell und wirksam umgesetzt werden,<sup>19</sup> obwohl diese einer verstärkten Überwachung unterliegen. Entsprechende Probleme betreffen etwa unzureichende Untersuchungen von Misshandlungen oder Tötungen durch Sicherheitskräfte, prekäre Haftbedingungen, unzulässige Eingriffe in die Meinungs- und Versammlungsfreiheit sowie die fehlende Unabhängigkeit der Justiz in einigen Mitgliedsstaaten des Europarats.<sup>20</sup> Der politische Dialog und der Druck seitens des Ministerkomitees reichen selbst in etablierten Demokratien nicht immer aus, um eine angemessene Umsetzung der EGMR-Urteile zu gewährleisten.<sup>21</sup>

So ist der europäische Menschenrechtsschutz nicht nur auf den Europarat als „Hüter der Menschenrechte“ angewiesen, sondern gerade auch auf die Menschenrechtspolitik und den vorgeschalteten Grundrechtsschutz seitens und in-

**19** Als „leading cases“ stuft das Ministerkomitee jene Fälle gegenüber einem Staat ein, die systematische Probleme betreffen und ähnliche Umsetzungsmaßnahmen erfordern.

**20** Vgl. Council of Europe (CoE), Committee of Ministers, Supervision of the Execution of Judgements and Decisions of the European Court of Human Rights 2020, Straßburg 2021.

**21** Lange Zeit war etwa Großbritannien nicht bereit, EGMR-Urteile umzusetzen, die den pauschalen Wahlrechtsausschluss von Strafgefangenen als Verstoß gegen Art. 3 des Protokolls Nr. 1 der EMRK auswiesen; vgl. Michael Krennerich, Freie und faire Wahlen?, Frankfurt/M. 2021, S. 67 f.

nerhalb der Europäischen Union und ihrer Mitgliedsstaaten. Dies gilt insbesondere für den Schutz von Geflüchteten und den Umgang mit autokratischen Praktiken in der Region.

## EUROPAS OFFENE WUNDE

Seit Jahren beschäftigt der staatliche Umgang mit Geflüchteten den EGMR. Hier gibt es einerseits etliche Urteile, die sogenannte Pushbacks, Kollektivausweisungen und Rückführungen von geflüchteten Personen in Länder, in denen ihnen Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung drohen, als Menschenrechtsverletzungen ausweisen.<sup>22</sup> Auch hat der EGMR einzelne Staaten wegen der erniedrigenden Behandlung und/oder der willkürlichen Inhaftierung von (gerade auch minderjährigen) Geflüchteten verurteilt, allen voran Griechenland, aber etwa auch Belgien, Frankreich, Italien, Malta sowie Russland, die Türkei und Ungarn.<sup>23</sup> Im Juli 2020 verurteilte der EGMR beispielsweise Frankreich wegen der erniedrigenden Behandlung von Asylsuchenden, die teils auf der Straße leben mussten.<sup>24</sup> Andererseits sah der EGMR in einigen Rückführungen im Rahmen der sogenannten Dublin-Verordnung, etwa nach Ungarn oder Italien (hier im Unterschied zum Tarakhel-Urteil<sup>25</sup>), keine Konventionsverletzung. Auch erachtete die Große Kammer des EGMR im Februar 2020 Rückführungen an der Grenze der spanischen Exklave Melilla (Marokko) als rechtmäßig, verbunden mit dem Hinweis auf angebliche legale Einreisemöglichkeiten.<sup>26</sup>

Einen hinreichenden Schutz der Geflüchteten bietet letztlich weder der EGMR noch der Europäische Gerichtshof (EuGH), der die Anwen-

dung des EU-Rechts prüft. Dabei kommt es bei der Umsetzung der Gemeinsamen Europäischen Asyl- und Flüchtlingspolitik (GEAS) durch die EU-Mitgliedsstaaten teils zum offenen Bruch mit dem Völkerrecht, einschließlich der Genfer Flüchtlingskonvention, und dem EU-Recht. Menschenrechtliche Problemfelder betreffen – gedacht in konzentrischen Kreisen, der Route von Geflüchteten folgend – die Zusammenarbeit mit menschenrechtsverletzenden Regimen bei der Migrationskontrolle außerhalb Europas; die Behinderung und Außerkraftsetzung der Seenotrettung auf dem Mittelmeer; das Unterlaufen der individuellen Prüfung eines Asylverfahrens an den europäischen Grenzen sowie der (in der Qualifikationsrichtlinie, der Aufnahme richtlinie und der Asylverfahrensrichtlinie) selbstgesetzten Standards bei der Aufnahme, den Verfahren und der Behandlung von Geflüchteten in den einzelnen EU-Mitgliedsstaaten.

Die Europäische Kommission hat zwar verschiedentlich Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet, so jüngst etwa gegen Ungarn wegen der Nicht-Umsetzung des europäischen Asylrechts,<sup>27</sup> doch steht die Kommission vor dem Dilemma, einerseits EU-Recht schützen und andererseits den Ausgleich selbst mit solchen Mitgliedsstaaten suchen zu müssen, die sich der Aufnahme und Verteilung von Geflüchteten verweigern und das Problem in das außereuropäische Ausland verlagern möchten.<sup>28</sup> Die aus Sicht von Menschenrechtsorganisationen „unverhohlene Aufweichung oder Umgehung internationalen Rechts in der Asyl- und Flüchtlingspolitik“<sup>29</sup> hat die Glaubwürdigkeit der EU und ihrer Mitgliedsstaaten als menschenrechtspolitische Akteure stark beschädigt.

## IMMUN GEGEN AUTOKRATEN?

Nicht minder aktuell ist die Frage, inwieweit sich der Europarat und die EU autokratischen Herrschaftspraktiken in Europa entgegenstellen, die mit Menschenrechtsverletzungen einhergehen. So ergingen in jüngerer Zeit etliche einstweilige Verfügungen oder Urteile des EGMR, welche die

**22** Wichtig sind hier z. B.: EGMR, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Urteil vom 23. 2. 2012, Nr. 27765/09; *M. S. S. v. Belgium and Greece*, Urteil vom 21. 1. 2011, Nr. 30696/09. Vgl. auch jüngere Entscheidungen wie *Moustahi v. France*, Urteil vom 25. 6. 2020, Nr. 9347/14 oder *M. K. and Others v. Poland*, Urteil vom 23. 7. 2020, Nr. 40503/17, 42902/17, 43643/17.

**23** Vgl. ECHR Press Unit, Factsheet – Accompanied migrant minors in detention (2021), Factsheet – Unaccompanied migrant minors in detention (2020), Factsheet – Migrants in detention (2020), Factsheet – „Dublin“ cases (2016), Straßburg.

**24** EGMR, *N. H. and Others v. France*, Urteil vom 3. 7. 2020, Nr. 28820/13, 75547/13, 13114/15.

**25** EGMR, *Tarakhel v. Switzerland*, Urteil vom 4. 11. 2014, Nr. 29217/12.

**26** EGMR, *N. D and N. T v. Spain*, Urteil vom 13. 2. 2020, Nr. 8675/15, 8679/15.

**27** EuGH, C-808/18, *Commission v. Hungary*.

**28** Vgl. Petra Bendel, EU-Flüchtlingspolitik in der Krise, Bonn 2017.

**29** Forum Menschenrechte, 11. 6. 2021, [www.forum-menschenrechte.de/wp-content/uploads/2021/06/PM-Menschenrechte-waehlen.pdf](http://www.forum-menschenrechte.de/wp-content/uploads/2021/06/PM-Menschenrechte-waehlen.pdf).

Freilassung von Oppositionellen oder Medienschaffenden etwa in Aserbaidschan, der Türkei und Russland verlangten. Im Februar 2021 forderte der EGMR erneut Russland erfolglos auf, den Oppositionspolitiker Alexej Nawalny unverzüglich aus der Haft zu entlassen.<sup>30</sup> Ebenso werden immer wieder Entschädigungszahlungen an unrechtmäßig inhaftierte Politiker\*innen, Journalist\*innen oder Richter\*innen verhängt. Auch einzelne Beschwerden, die mit demokratischen Rückschritten in EU-Mitgliedsstaaten wie Ungarn und Polen zusammenhängen und die Unabhängigkeit der Justiz betreffen, fanden Zugang zum EGMR.<sup>31</sup> Doch letztlich kann der Europarat etwaigen autoritären Herrschaftspraktiken seiner Mitgliedsstaaten nur bedingt etwas entgegensetzen. Das gilt umso mehr, als auch auf politischer Ebene menschenrechtliche Kritik teilweise unterlaufen wird, wie dies etwa im Falle Aserbaidschans in der Parlamentarischen Versammlung des Europarats geschah. Die „Kaviar-Diplomatie“ des Autokraten Ilham Alijew verfiel auch bei einigen deutschen Bundestagsabgeordneten.<sup>32</sup>

Die EU wiederum bekennt sich in ihrem aktuellen Aktionsplan für Menschenrechte und Demokratie (2020–2024) zu einer ambitionierten Menschenrechtsaußenpolitik weltweit, sowohl gegenüber EU-Beitrittskandidaten als auch gegenüber Staaten der europäischen Nachbarschaftspolitik und Eurasiens.<sup>33</sup> Zum Werkzeugkasten der Menschenrechtsaußenpolitik gehören – neben etwa Menschenrechtsdialogen und -förderungen – auch Sanktionen aufgrund von Menschenrechtsverletzungen,<sup>34</sup> wie sie beispielsweise

gegen Belarus verhängt wurden. Auf die dortigen Protestdemonstrationen des Jahres 2020 reagierte der Diktator Alexander Lukaschenko mit Massenverhaftungen, Folter und Misshandlungen. Seit Dezember 2020 verfügt die EU sogar über einen „globalen Menschenrechtsanktionsmechanismus“, mit dem schwere Menschenrechtsverletzungen weltweit sanktioniert werden können. Gleichwohl bleibt es schwierig, von außen die Menschenrechtslage in Ländern wie Belarus, der Türkei oder Russland zu beeinflussen und eine angemessene Antwort auf das selbstbewusste Auftreten mächtiger, renitentier Autokraten zu finden.

Innerhalb der EU wiederum verfügt die Europäische Kommission (als „Hüterin der Verträge“) über rechtliche Hebel, um auf autokratische Tendenzen reagieren zu können. Zwar setzt die Kommission vornehmlich auf den Dialog mit Regierungen, doch kann es auch zu Vertragsverletzungsverfahren und zu Klagen vor dem EuGH kommen, wie etwa gegen Polen (wo die nationalkonservative PiS-Regierung durch Justizreformen die Unabhängigkeit der Gerichte beschnitten hat) und Ungarn (wo Viktor Orbán nicht nur die politische Macht, sondern inzwischen auch die Justiz und die Medien kontrolliert und den Handlungsspielraum der Zivilgesellschaft einschränkt).<sup>35</sup> Gegen beide Staaten wurde auch das symbolträchtige, aber nur in Ausnahmefällen vorgesehene Verfahren nach Art. 7 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) zum Schutz der Werte der EU (erfolglos) ausgelöst. Mit dem neuen, seit Januar 2021 geltenden „Rechtsstaatsmechanismus“ der EU können zudem Mitgliedsstaaten sanktioniert werden, wenn sie von den Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit abweichen. Jedoch wurde das Instrument in zähen Verhandlungen auf Verstöße eingegrenzt, die EU-Gelder betreffen. Und ohnehin wird der Mechanismus erst noch vom EuGH auf seine Vereinbarkeit mit den Verträgen geprüft.

## APPENDIX

Der Europarat mag der Hüter der bürgerlichen und politischen Menschenrechte in Europa sein, jener der sozialen Menschenrechte ist er indes nicht. Die EMRK enthält mit Ausnahme der Rechte auf Eigentum und auf Bildung keine wirtschaftlichen und sozialen Menschenrechte. Für gewöhnlich können

**30** Vgl. z. B. Legal Tribune Online, 18. 2. 2021, [www.lto.de/recht/presseschau/p/presseschau-2021-02-18-egmr-nawlany-haftentlassung-grosseanfrage-sanktionierung-sozialeistung-nsp-prozess-hrspiel](http://www.lto.de/recht/presseschau/p/presseschau-2021-02-18-egmr-nawlany-haftentlassung-grosseanfrage-sanktionierung-sozialeistung-nsp-prozess-hrspiel).

**31** Vgl. etwa EGMR, *Baka v. Hungary*, Urteil vom 23. 6. 2016, Nr. 20261/12.

**32** Vgl. CoE, Report of the Independent Investigation Body on the Allegations of Corruption Within the Parliamentary Assembly, Straßburg, 15. 4. 2018. Siehe auch Friedel Taube, *Wie funktioniert das „System Aserbaidschan“*, 12. 3. 2021, [www.dw.com/de/a-56854642](http://www.dw.com/de/a-56854642); Silvia Stöber/Andrea Becker, *Kuscheln mit Diktatoren*, 13. 3. 2021, [www.tagesschau.de/investigativ/kontraste/union-politiker-aserbaidschan-kasachstan-101.html](http://www.tagesschau.de/investigativ/kontraste/union-politiker-aserbaidschan-kasachstan-101.html).

**33** Vgl. European Union External Action Service (EEAS), *EU Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2020*, Brüssel 2021.

**34** Dazu gehören auch Einreiseverbote sowie das Einfrieren von Vermögenswerten gelisteter Personen beziehungsweise Organisationen sowie Wirtschaftssanktionen für bestimmte Wirtschaftsbereiche.

**35** Siehe den Beitrag von Kriszta Kovács und Kim Lane Scheppele in diesem Heft.

daher Verletzungen solcher Rechte nicht direkt vor den EGMR gebracht werden, sondern allenfalls mittelbar über die dort verankerten Rechte, etwa über die Rechte auf Leben, ein faires Gerichtsverfahren, auf den Schutz des Privat- und Familienlebens oder auch über das Diskriminierungsverbot.<sup>36</sup>

Dem direkten, ausdrücklichen Schutz der sozialen Menschenrechte innerhalb des Europarats dient die (revidierte) Europäische Sozialcharta, die jedoch eher ein schwaches Instrument ist und überdies zu wenig in Wert gesetzt wird. Schon die Eingangsformulierung des ersten Teils der Charta ist Ausdruck des verklausulierten politischen Unwillens, den sozialen Menschenrechtsschutz stark auszugestalten: „Die Vertragsparteien sind gewillt, mit allen zweckdienlichen Mitteln staatlicher und zwischenstaatlicher Art eine Politik zu verfolgen, die darauf abzielt, geeignete Voraussetzungen zu schaffen, damit die tatsächliche Ausübung der folgenden Rechte und Grundsätze gewährleistet ist“, heißt es dort.<sup>37</sup>

Die Liste der Rechte ist zwar vorderhand imposant und umfasst in ausdifferenzierter Weise unter anderem die Rechte auf Arbeit, gerechte Arbeitsbedingungen, Schutz der Gesundheit, soziale Sicherheit sowie Wohnen. Aufgrund eines stark „souveränitätsschonenden Ansatzes“<sup>38</sup> sind die Vertragsstaaten jedoch nicht verpflichtet, alle Bestimmungen der Charta anzunehmen. Nötig ist nur die Annahme einer Mindestanzahl von Kernbestimmungen, weitere Artikel kann jeder Staat selbst auswählen.

Immerhin: Die Staaten müssen dem Europäischen Komitee für Soziale Rechte regelmäßig Bericht erstatten. Dieses prüft auch etwaige Kollektivbeschwerden, die es unter anderem internationalen NGOs mit beratendem Status beim Europarat erlauben, Beschwerden gegen Staaten einzulegen, wenn deren Rechtspraxis gegen (die jeweils angenommenen) Artikel der Charta verstößt.<sup>39</sup> Indes haben sich nur 15 Staaten dem Kol-

lektivbeschwerdeverfahren unterworfen; Deutschland gehört nicht dazu. So ist der regionale Schutz der sozialen Menschenrechte in Europa auf den politischen Willen der Mitgliedsstaaten angewiesen, in einen konstruktiven Dialog mit dem Komitee zu treten – und ihre Rechtsordnungen menschenrechtskonform auszugestalten. Ergänzend können UN-Menschenrechtsabkommen zum Tragen kommen, die soziale Menschenrechte beinhalten.<sup>40</sup> Im Ergebnis verfügt Europa zwar wie keine andere Weltregion über ausgebaute Sozialstaaten, doch völkerrechtlich verankerte soziale Menschenrechte spielen in Politik und Rechtsprechung nur eine untergeordnete Rolle.

## RECHT UND POLITIK

Menschenrechte werden nicht nur auf juristischem Wege erwirkt. Bei aller Bedeutung des gerichtlichen Rechtsschutzes und einflussreicher Leiturteile: Grundlegende Reformen, die darauf abzielen, die Menschenrechte umfassender zu schützen, werden immer auch gesellschaftspolitisch erstritten. Schließlich geht es hierbei um Macht, Verteilungsfragen, gesellschaftliche Leitbilder sowie im Idealfall um politische Einsicht und Lernprozesse. Stets bedarf es des kollektiven Handelns gesellschaftlicher und politischer Akteure, damit Unrechtserfahrungen und Emanzipationsbestrebungen in menschenrechtspolitischen Forderungen ihren Ausdruck finden. Ebenso nötig sind die Begründung und Einübung menschenrechtlicher Verhaltensweisen, damit sich eine demokratische Menschenrechtskultur herausbildet. Zugleich bedarf der gesellschaftspolitische Einsatz für Menschenrechte aber auch institutioneller Rücken- deckung durch kodifiziertes Recht sowie durch Institutionen und Verfahren des Menschenrechtsschutzes. Um die Menschenrechtsstandards in Europa zu wahren, auszubauen und ihre Einhaltung zu kontrollieren, sind daher sowohl zivilgesellschaftliches und politisches Engagement wichtig als auch ein wirksames institutionelles Monitoring und eine effektive, lebendige Rechtsprechung.

### MICHAEL KRENNERICH

ist Professor am Lehrstuhl für Menschenrechte und Menschenrechtspolitik der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, Vorsitzender des Nürnberger Menschenrechtszentrums sowie leitender Herausgeber der „Zeitschrift für Menschenrechte“. michael.krennerich@fau.de

**36** Siehe aber auch Ingrid Leijten, *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights*, Cambridge 2018.

**37** Bundesgesetzblatt Teil II Nr. 19 vom 24. 11. 2020, S. 902.

**38** Norman Weiß, *Regionalisierung des Menschenrechtsschutzes – Funktionen, Strukturen und Herausforderungen*, in: *MenschenRechtsMagazin* 1–2/2019, S. 38–52, hier S. 42.

**39** Zur Rechtsauslegung des Komitees siehe Karin Lukas, *The Revised European Social Charter*, Cheltenham 2021.

**40** Vgl. Michael Krennerich, *Soziale Menschenrechte*, Frankfurt/M. 2013; Eberhard Eichenhofer, *Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte*, Frankfurt/M. 2021.

# GLEICHER ZUGANG ZUM RECHT

## (Menschen-)Rechtlicher Anspruch und Wirklichkeit

Michael Wrase · Leonie Thies · Johanna Behr · Tim Stegemann

Im demokratischen Rechtsstaat wird die „Herrschaft des Rechts“, wie sie etwa in Artikel 20 Absatz 3 des Grundgesetzes normiert ist, durch eine funktionsfähige, unabhängige und unparteilich arbeitende Justiz gesichert. Die Gerichte müssen für die Bürger:innen effektiv zugänglich sein und ihre Entscheidungen in einem fairen Verfahren, diskriminierungsfrei sowie in angemessener Zeit treffen.<sup>01</sup> Im internationalen, aber auch im europäischen Vergleich kann Deutschland als ein besonders „klagefreudiges“ Land gelten.<sup>02</sup> So sind im Jahr 2018 bei allen erstinstanzlich tätigen Gerichten etwa 3,7 Millionen neue Verfahren anhängig gemacht worden.<sup>03</sup> Der sogenannte „Justizgewährleistungsanspruch“ stellt damit ein Kernelement rechtsstaatlicher Gewährleistungen dar.<sup>04</sup> Die Bundesrepublik verfügt über ein weit ausgebauten und durch die verschiedenen Fachgerichtsbarkeiten (Zivil-, Straf-, Verwaltungs-, Arbeits-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit) besonders ausdifferenziertes Justizsystem. Die Zahl der Richter:innen hat sich seit einigen Jahren bundesweit bei etwa 21 000 eingependelt. Die Judikative ist damit in Deutschland zumindest personell vergleichsweise stark ausgestattet.<sup>05</sup>

Auch wenn die bundesdeutsche Justiz im europäischen Vergleich (und auch international) hohes Ansehen genießt,<sup>06</sup> erstaunt es, wie wenig empirisch gesichertes Wissen über die Gerichte und ihre Anrufung durch Bürger:innen existiert.<sup>07</sup> Die offiziellen Justizstatistiken weisen vor allem die Verfahrensarten, die betroffenen Rechtsgebiete, die Anzahl der Klagen und die erledigten Fälle an den verschiedenen Gerichtsarten aus. Wenig wissen wir dagegen über den tatsächlichen Zugang zum Recht. Welche (Rechts-)Streitigkeiten werden von wem vor Gericht gebracht – und welche nicht? Hat wirklich jede:r Bürger:in einen effektiven Zugang zum Recht – oder gibt es ökonomische und strukturelle Barrieren bei der Inanspruchnahme der Rechtsinstitutionen? Bei diesen Fragen handelt es nicht nur um ein rechtssozio-

logisch interessantes Forschungsfeld, dessen empirische Erkundung – quantitativ *und* qualitativ – weitergehende Einblicke in die tatsächliche Funktionsweise von Recht und Justiz in unserer Gesellschaft verspricht (dem *law in action* im Gegensatz zum *law on the books*).<sup>08</sup> Es geht auch um die Verwirklichung einer zentralen grund- und menschenrechtlichen Garantie, die im internationalen, europäischen und nationalen Recht verankert ist.

In unserem Beitrag stellen wir zunächst die (menschen-)rechtlichen Gewährleistungen eines gleichen Zugangs zum Recht dar, worauf ein Überblick der bestehenden internationalen Forschung zum tatsächlichen Rechtszugang folgt. Anschließend betrachten wir einige Konzepte und konzeptuelle Leerstellen, die im Fokus unseres Forschungsinteresses stehen.

### RECHT AUF ZUGANG ZUM RECHT

Zwar findet sich der Terminus „Zugang zum Recht“, im Englischen: „Access to Justice“, ausdrücklich nur in einigen jüngeren Menschenrechtskatalogen, wie etwa in Artikel 13 der UN-Behindertenrechtskonvention und in Artikel 47 Satz 3 der Europäischen Grundrechtecharta. Er wird aber als zentrale Gewährleistung des internationalen Menschenrechtsschutzes und der Rechtsstaatlichkeit (*Rule of Law*) vorausgesetzt.<sup>09</sup> Grund- und Menschenrechte sind nur dann verwirklicht, wenn sie im Falle ihrer Verletzung vor einer unabhängigen Rechtsinstanz effektiv eingeklagt und durchgesetzt werden können. Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) enthält in Artikel 13 eine entsprechende Garantie und statuiert in Artikel 6 das Recht auf ein faires Verfahren, aus dem sich grundlegende Verfahrensrechte und -prinzipien ableiten lassen.<sup>10</sup> Auf internationaler Ebene findet sich eine entsprechende Gewährleistung in Artikel 14 des Inter-

nationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR).

Im Kern geht es um den Anspruch auf eine verfahrensgerechte, diskriminierungsfreie und materiell richtige Entscheidung.<sup>11</sup> Diese muss nicht notwendigerweise über die Einschaltung von Gerichten oder Justizorganen im engeren Sinn ergehen; auch andere Institutionen wie Beschwerdestellen, Schiedsgerichte oder Einrichtungen der alternativen Streitbeilegung können den Zugang zum Recht in diesem Sinne effektiv gewährleisten.<sup>12</sup>

Eine entsprechende Garantie effektiven Rechtsschutzes enthält auf Ebene des nationalen Verfassungsrechts Art. 19 Abs. 4 GG bei Verletzung von subjektiven Rechten durch die „öffentliche Gewalt“. Für die Zivil- und Arbeitsgerichtsbarkeit hat das Bundesverfassungsgericht aus dem Rechtsstaatsprinzip eine entsprechende Garantie als „Justizgewährleistungsanspruch“ abgeleitet.<sup>13</sup>

Jedoch setzen die genannten Gewährleistungen zum größten Teil erst dann ein, wenn die Gerichte von Bürger:innen in Anspruch genommen, das heißt Anträge gestellt und damit Verfahren eingeleitet werden. Das Vorfeld einer formellen

Befassung von Gerichten – also die tatsächlichen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Rechtsinstanzen – scheint damit aus dem Blickfeld der Gewährleistung zu fallen. Allerdings nicht vollständig: So hat das Bundesverfassungsgericht das Gebot der „weitgehenden Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes“, insbesondere durch Prozesskostenhilfe,<sup>14</sup> entwickelt und dieses auch auf den außergerichtlichen Bereich der Beratungshilfe bei Inanspruchnahme von Anwält:innen erstreckt.<sup>15</sup> Entlang des Gleichheitsartikels konsequent weitergedacht müsste dies bedeuten, dass auch (faktische) Benachteiligungen im Sinne von Art. 3 Abs. 3 GG aufgrund des Geschlechts, rassistischer Zuschreibungen (der „Rasse“),<sup>16</sup> der Herkunft oder des Glaubens sowie ähnlicher diskriminierungsrelevanter Merkmale beim tatsächlichen Zugang zu Rechtsinstanzen zumindest abgedeckt werden müssten.<sup>17</sup>

Das wird noch deutlicher beim Blick auf die menschenrechtliche Gewährleistung des gleichen Rechtszugangs. Hier beziehen sich die vertraglichen Umsetzungspflichten ausdrücklich auf die faktische Wirksamkeit, also die reale Zugänglichkeit der Rechtsinstanzen für alle Betroffenen. Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, effektive Mechanismen und Verfahren für Beschwerden bei

**01** Vgl. hierzu auch Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und Beate Rudolf, Rechte haben – Recht bekommen. Das Menschenrecht auf Zugang zum Recht, Berlin 2014.

**02** Vgl. Erhard Blankenburg, Mobilisierung des Rechts, Berlin u. a. 1995, S. 95 ff.

**03** Eigene Berechnung auf der Grundlage von Bundesamt für Justiz, Statistiken der Rechtspflege, Geschäftsbelastungen (Gerichte und Staatsanwaltschaften), [www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Justizstatistik\\_node](http://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Justizstatistik_node).

**04** Vgl. Matthias Kötter, Besserer Zugang zum Recht (Access to Justice) durch staatliche Anerkennung informeller Justizsysteme?, SFB-Governance Working Paper Series Nr. 74, Berlin 2018, S. 5 f.; Valesca Lima/Miriam Gomez, Access to Justice: Promoting the Legal System as a Human Right, in: Walter Leal Filho et al. (Hrsg.), Peace, Justice and Strong Institutions, Encyclopedia of the UN Sustainable Development Goals, Cham 2021, DOI: 10.1007/978-3-319-95960-3\_1.

**05** Im westeuropäischen Vergleich liegt Deutschland bei der Anzahl der Richter:innenstellen pro Einwohner deutlich an der Spitze – weit vor Frankreich, den Niederlanden oder dem Vereinigten Königreich; vgl. Erhard Blankenburg, Europäische Justizindikatoren: Budgets der Justiz, Richter und Rechtsanwälte, in: Michelle Cottier/Josef Estermann/Michael Wrase (Hrsg.), Wie wirkt Recht?, Baden-Baden 2010, S. 61–90, hier S. 70 ff.

**06** Vgl. World Justice Project, Rule of Law Index 2020, Washington, D.C. 2020, S. 6 f.

**07** Vgl. Alexander Graser, Zugang zum Recht: Kein Thema für die deutsche (Sozial-)Rechtswissenschaft?, in: Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht 1/2020, S. 13–30, hier S. 15.

**08** Vgl. Susanne Baer, Rechtssoziologie, Baden-Baden 2021<sup>4</sup>, § 7; Hubert Rottlenthner, Einführung in die Rechtssoziologie, Darmstadt 1987, S. 78 ff.

**09** Vgl. Lima/Gomez (Anm. 4), S. 2; Rudolf (Anm. 1), S. 2 f., jeweils mit weiteren Nachweisen.

**10** Vgl. Janneke H. Gerards/Lize R. Glas, Access to Justice in the European Convention on Human Rights System, in: Netherlands Quarterly of Human Rights 1/2017, S. 11–30.

**11** Siehe Christiane Schmaltz, Rechtliches Gehör – Garant für den Zugang zum Recht?, in: Kritische Justiz 3/2016, S. 317–320, hier S. 318 f., mit weiteren Nachweisen.

**12** Vgl. Rudolf (Anm. 1), S. 10 ff.; Lima/Gomez (Anm. 4), S. 3.

**13** Vgl. BVerfGE 85, 337 (345); 107, 395 (406 f.); ständige Rechtsprechung; zusammenfassend Hans D. Jarass/Bodo Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, München 2020<sup>16</sup>, Art. 20, Rn. 128 ff.

**14** Grundlage ist Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 19 Abs. 4, Art. 20 Abs. 3 GG; vgl. BVerfGE 56, 139 (144); 81, 347 (356); 117, 163 (187); ständige Rechtsprechung.

**15** Grundlegend BVerfGE 122, 39 (50).

**16** Vgl. zur Problematik des Rassebegriffs im (deutschen) Recht ausführlich Doris Liebscher, Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus. Genealogie einer ambivalenten rechtlichen Kategorie, Berlin 2021.

**17** Zu den speziellen Diskriminierungsverboten siehe etwa Angelika Nußberger, Art. 3, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, München 2021<sup>9</sup>, Rn. 238a–252.

Rechtsverletzungen vorzusehen.<sup>18</sup> Damit wendet sich die Perspektive von einem primär formalen, justizbezogenen Verständnis hin zu den tatsächlichen Rechtsbedarfen (*legal needs*) und deren wirksamer Adressierung durch juristische Instanzen – die Responsivität des Rechtssystems.<sup>19</sup> Denn Rechte, die auf dem Papier eingeräumt werden, sind nichts wert, wenn sie von den Rechteinhaber:innen nicht in der Realität, gegebenenfalls mithilfe der rechtsstaatlichen Instanzen, durchgesetzt werden können. Allerdings geht etwa die OECD davon aus, dass gerade für arme und marginalisierte gesellschaftliche Gruppen, die in besonderer Weise auf die Durchsetzung ihrer Rechte angewiesen sind, regelmäßig erhebliche Barrieren beim Zugang zum Recht existieren.<sup>20</sup> Diese menschenrechtlich und rechtsstaatlich begründete Perspektive auf Barrieren des Rechtszugangs stellt eine unmittelbare Verbindung zwischen normativem Anspruch und der empirischen Forschung zur Rechtsmobilisierung her.

#### FORSCHUNG ZUR MOBILISIERUNG VON RECHT

Während die Forschungen zur Rechtsmobilisierung im deutschsprachigen Raum – im Zusammenhang mit der „Krise“ der Rechtssoziologie<sup>21</sup> – spätestens in den 1990er Jahren weitgehend zum Stillstand gekommen sind, wurden im internationalen, vor allem anglo-amerikanischen Kontext der „Law & Society-Forschung“ beziehungsweise der „Socio-Legal Studies“ relevante empirische Studien durchgeführt und theoretische Einsichten entwickelt. Wenn im Folgenden überblicksartig auf diesen Forschungsstand Bezug genommen wird, so gilt dies natürlich immer mit der Einschränkung, dass sich die Kontextbedingungen der jeweiligen Rechtssysteme und -kulturen (*legal cultures*) teilweise erheblich unterscheiden und eine Verallgemeinerung oder Übertragung auf das deut-

sche Rechtssystem nicht immer eins zu eins möglich ist.<sup>22</sup> Bislang gibt es allerdings keine Hinweise darauf, dass Faktoren und Barrieren des Rechtszugangs in Deutschland generell von anderen Ländern abweichen, jedenfalls soweit die spezifischen institutionellen Ausprägungen des hiesigen Rechts- und Justizsystems berücksichtigt werden.

In der internationalen Forschung zur Rechtsmobilisierung lassen sich im Wesentlichen zwei Stränge ausmachen.<sup>23</sup> Der vor allem in der Soziologie und Ethnologie verortete Strang befasst sich mit den Bedingungen der Mobilisierung von individuellen oder kollektiven Rechten durch betroffene Bürger:innen, Unternehmen oder Organisationen in unterschiedlichen sozialen Kontexten, wobei mitunter – im Zusammenhang mit der Ungleichheitsforschung – der Rechtszugang von marginalisierten Personen(-gruppen) einen Fokus bildet.<sup>24</sup> Der zweite Strang, der seit den 1990er Jahren erheblich an Bedeutung gewonnen hat, ist demgegenüber stärker politikwissenschaftlich motiviert. Hier richtet sich die Perspektive auf das Handeln von kollektiven Akteuren und Bewegungen (*social movements*), die das Recht zur Durchsetzung von politischen und sozialen Veränderungen nutzen (wollen).<sup>25</sup> Fallstudien betreffen etwa Antirassismus-, Lohngleichheits- oder LGBTQI-Bewegungen oder auch Organisationen, die für die soziale Anerkennung und Rechte von Geflüchteten kämpfen.<sup>26</sup>

**22** Zum weit gefassten rechtssoziologischen Konzept der Rechtskultur („Legal Culture“) siehe Roger Cotterrell, *The Concept of Legal Culture*, in: David Nelken (Hrsg.), *Comparing Legal Cultures*, Dartmouth 1997, S. 13–32, hier S. 17 ff.; Sally Engle Merry, *What is Legal Culture? An Anthropological Perspective*, in: David Nelken (Hrsg.), *Using Legal Culture*, London 2012, S. 52–73.

**23** Zusammenfassend Lisa Vanhala, *Legal Mobilization*, in: *Oxford Bibliographies*, Oxford 2018, [www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199756223/obo-9780199756223-0031.xml](http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199756223/obo-9780199756223-0031.xml).

**24** Vgl. Calvin Morrill/Mayra Feddersen/Stephen Rushin, *Law, Mobilization of*, in: *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Bd. 13, Amsterdam 2015<sup>2</sup>, S. 590–597; Roger Cotterrell, *The Sociology of Law*, London u. a. 1992<sup>2</sup>, S. 250 ff.

**25** Grundlegend etwa Stuart A. Scheingold, *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy and Political Change*, New Haven 1974; Frances K. Zemans, *Legal Mobilization: The Neglected Role of the Law in the Political System*, in: *American Political Science Review* 3/1983, S. 690–703; Charles R. Epp, *The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago 1998.

**26** Vgl. Vanhala (Anm. 23), mit etlichen Nachweisen; zusammenfassend Gesine Fuchs, *Rechtsmobilisierung. Rechte kennen, Rechte nutzen und Recht bekommen*, in: Christian Boulanger/Julika Rosenstock/Tobias Singelstein (Hrsg.), *Interdisziplinäre Rechtsforschung*, Wiesbaden 2019, S. 243–256.

**18** Vgl. Rudolf (Anm. 1), S. 11 f.; Lima/Gomez (Anm. 4), S. 5 ff.

**19** Zum Konzept der Responsivität siehe OECD (Hrsg.), *Equal Access to Justice. OECD Roundtable Background Notes*, Paris 2015; OECD/Open Society Foundations (Hrsg.), *Understanding Effective Access to Justice*, Paris 2016.

**20** Vgl. OECD (Anm. 19).

**21** Vgl. hierzu Michael Wrase, *Rechtssoziologie und Law and Society. Die deutsche Rechtssoziologie zwischen Krise und Neuaufbruch*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2/2006, S. 289–312.

Die beiden skizzierten Forschungsstränge stehen nicht isoliert nebeneinander. Sie haben einen gemeinsamen Ursprung in der Mobilisierungsforschung der 1960er und -70er Jahre<sup>27</sup> und zeigen auch heute vielfache Überschneidungen und Verknüpfungen. Eine fehlende Mobilisierung von subjektiven Rechten durch Betroffene hängt mitunter mit strukturellen ökonomischen oder sozialen Problemen in einer Gesellschaft zusammen. Insoweit können individuelle Rechtsmobilisierung und kollektive Interessenvertretung, auch im politischen Bereich, Hand in Hand gehen.<sup>28</sup> Das lässt sich etwa für die Mieter:innenbewegungen in Großstädten wie Berlin zeigen, die sich gegen steigende Mieten und der damit einhergehenden Verknappung bezahlbaren Wohnraums richten.<sup>29</sup> Eine Studie zur Rechtsmobilisierung von Grundsicherungsempfänger:innen nach SGB II („Hartz IV“) ist 2021 der Frage nachgegangen, in welchem Zusammenhang die individuelle Rechtsmobilisierung von Leistungsempfänger:innen zur Organisation von Interessen und dem kollektiven Handeln von Erwerbsloseninitiativen und Gewerkschaften steht.<sup>30</sup> Sie kommt zu dem Ergebnis, dass die hohe Mobilisierungs- und Klagerate vor den Sozialgerichten zwar einen relevanten Informations- und Öffentlichkeitseffekt zeigte, jedoch nicht zu einer kollektiv-politischen Mobilisierung der betroffenen Gruppe, sondern eher zu einer „Konservierung“ des bestehenden Klassenkonflikts beigetragen hat.<sup>31</sup>

## RECHTSMOBILISIERUNG IM VORFELD DER JUSTIZ

Unter welchen Umständen mobilisieren Bürger:innen ihre Rechte, wann rufen sie Rechtsinstanzen und Gerichte an – und wann nicht? Größere quantitative Erhebungen innerhalb der vergangenen Dekaden, die einigermaßen ver-

allgemeinerungsfähige Aussagen ermöglichen, liegen zu England und Wales (1999), den Niederlanden (2004) sowie Kanada (2009) vor.<sup>32</sup> In repräsentativen Zufallsstichproben wurden Bürger:innen gefragt, inwiefern sie in den vergangenen Jahren mit justiziablen (also grundsätzlich juristisch einklagbaren) Problemen konfrontiert waren und wie sie damit umgegangen sind – ob sie überhaupt tätig geworden sind, ob sie eine informelle Lösung gesucht, Rechtsrat eingeholt oder Gerichte in Anspruch genommen haben. In Bestätigung der bisherigen Forschung hat sich gezeigt, dass nur ein Bruchteil der grundsätzlich einklagbaren Ansprüche bis vor die Gerichte gelangt; die Zahlen schwanken je nach Problem und Rechtsbereich zwischen 3 und 13 Prozent.<sup>33</sup> Das ist weder überraschend noch per se problematisch, denn selbst ein weit ausgebauten und personell gut ausgestattetes Justizsystem wie in Deutschland wäre nicht in der Lage, jedes justiziable Problem zu bearbeiten. Insoweit werden auch in der rechtssoziologischen Forschung weniger klagefreundige und gerichtorientierte Rechtskulturen mit Blick auf die Rechtsdurchsetzung grundsätzlich nicht schlechter bewertet.<sup>34</sup> Hier setzt auch die seit den 1970er Jahren zunehmende Kritik an der justizbezogenen Rechtsbedarfsforschung an.<sup>35</sup> Nach diesem breiteren Verständnis wird der Zugang zum Recht auch dann effektiv gewährleistet, wenn Probleme außergerichtlich durch individuelle Aushandlungen, Inanspruchnahme von Rechtsberatung, rechtlicher Vertretung durch Anwält:innen oder Organisationen, Schiedsstellen oder ähnliches im Sinne der Rechteinhaber:innen befriedigend gelöst werden können.<sup>36</sup> Insofern fällt einem effektiven Justiz- und Gerichtssystem ein „Schatten“ voraus, innerhalb dessen die Akteur:innen – mit Blick auf eine bestimmte Gesetzeslage oder

**27** Für die Forschung der 1960er bis 1980er Jahre immer noch lesenswert: Rottleuthner (Anm. 8), S. 95ff.

**28** Siehe bereits Blankenburg (Anm. 2), S. 55f.

**29** Vgl. Andrej Holm et al., Die Verfestigung sozialer Wohnversorgungsprobleme. Entwicklung der Wohnverhältnisse und der sozialen Wohnversorgung von 2006 bis 2018 in 77 deutschen Großstädten, Hans Böckler Stiftung, Working Paper Forschungsförderung 217/2021, S. 42.

**30** Vgl. Ulrike A.C. Müller, Protest und Rechtsstreit, Baden-Baden 2021.

**31** Vgl. ebd., S. 449ff.

**32** Vgl. Hazel Genn, *Paths to Justice: What People Do and Think About Going to Law*, Oxford–Portland 1999; Ben C.J. van Velthoven/Marijke ter Voert, *Paths to Justice in the Netherlands. Looking for Signs of Social Exclusion*, Leiden 2004; Ab Currie, *The Legal Problems of Everyday Life*, in: Rebekka Sandefur (Hrsg.), *Access to Justice*, Bingley 2009, S. 1–41.

**33** Das steht in Übereinstimmung mit den älteren Studien, vgl. Cotterrell (Anm. 24), S. 254; Blankenburg (Anm. 2), S. 30ff., S. 50.

**34** Vgl. Blankenburg (Anm. 5).

**35** Vgl. hierzu Currie (Anm. 32), S. 7.

**36** Vgl. Rudolf (Anm. 1), S. 11f.; OECD (Anm. 19), S. 12ff.

Praxis der Rechtsprechung – Rechtsprobleme ohne einen Gang vor Gericht behandeln und beilegen.<sup>37</sup>

Allerdings kann eine sozial besonders ungleiche Inanspruchnahme des formellen Justizsystems durchaus als Indiz für eine Verletzung des Rechts auf gleichen Rechtszugang angesehen werden. Erwies sich die Justiz in den bekannten Worten Erhard Blankenburgs hauptsächlich als ein „Dienstleistungsbetrieb für die Geschäftswelt“<sup>38</sup> und bliebe sie für benachteiligte Bevölkerungsgruppen weithin unzugänglich, würde sie ihrer rechtsstaatlichen und menschenrechtlichen Funktion nicht gerecht. So zeigt zum Beispiel die Studie für Kanada, dass gesellschaftlich benachteiligte Personengruppen wie Migrant:innen, indigene Personen, Menschen mit geringer Schulbildung und/oder geringem Einkommen im Unterschied zu privilegierten Menschen mit höherer Wahrscheinlichkeit keine Mobilisierungsschritte gegen wahrgenommene oder tatsächliche Barrieren beim Zugang zu Unterstützungsangeboten ergreifen.<sup>39</sup> Ähnliche Ergebnisse zeigten sich auch in der Studie für England und Wales, in der Ende der 1990er Jahre festgestellt wurde, dass Merkmale wie geringes Einkommen und niedrige Schul- und Hochschulbildung die Wahrscheinlichkeit für die Personen, Maßnahmen gegen Probleme zu ergreifen, maßgeblich verringert.<sup>40</sup>

Auch wenn es in den bestehenden Studien zum Zugang zum Recht keine tiefgehenden Analysen in Bezug auf die soziale Kategorie „race“ oder „Ethnizität“ gibt, weisen beide Studien zudem darauf hin, dass nicht-weiße Personen in den betreffenden Staaten seltener Recht in Anspruch nehmen und es spezifische Barrieren gibt, die dies verhindern, ohne jedoch genauer auf dahinter liegende Mechanismen oder Strukturen einzugehen.<sup>41</sup> Hier erscheint es für die rechtsoziologische Forschung ratsam, auch Perspektiven der Critical Race Theory (CRT) bei der Bewertung von empirischen Erkenntnissen zur Rechtsmobilisierung heranzuziehen. So bezeichnet die CRT das Recht

als „weißen“ Raum.<sup>42</sup> Diese Perspektive sollte in Studien zur Rechtsmobilisierung ernst genommen und die Inanspruchnahme von Recht durch von Rassismus betroffene Personen in Deutschland empirisch untersucht werden.

## KASKADEN DER RECHTSMOBILISIERUNG

Von einer Mobilisierung des Rechts im weiteren Sinne wird auf der ersten Stufe eines kaskadenförmig zu denkenden Mobilisierungsschemas gesprochen, wenn bei einem grundsätzlich justiziablen Problem überhaupt auf Recht Bezug genommen, es also thematisiert wird.<sup>43</sup> Schon das ist voraussetzungsreich, und die Forschung zeigt eindrücklich, dass bestehende Rechtspositionen den Betroffenen oft gar nicht bekannt sind – dass sie ihr soziales Problem also gar nicht als Rechtsproblem erkennen.<sup>44</sup> Eine Situation als potenziell rechtlich zu erkennen, setzt Rechtskenntnis und Rechtsbewusstsein voraus.<sup>45</sup>

Es kommt dabei auch maßgeblich auf die Art des Problems an. Sehen sich Personen einem staatlichen Rechtsakt ausgesetzt, etwa einem ablehnenden Asylbescheid, einer Ordnungsmaßnahme oder der Versagung von Sozialleistungen, ist das Problem von vornherein „verrechtlicht“. Den betroffenen Personen bleibt hier also in der Regel keine andere Möglichkeit, als einen Rechtsbehelf zu ergreifen, also das Recht *reaktiv* zu mobilisieren – oder, was in der weit überwiegenden Zahl der Fälle passiert, passiv zu bleiben und den staatlichen Rechtsakt hinzunehmen.<sup>46</sup>

Typische Problemlagen im Bereich des Privat- oder Arbeitsrechts, etwa Beschwerden von Verbraucher:innen über Produkte, Streitigkeiten zwischen Mieter:innen und Vermieter:innen über die Miethöhe oder Forderungen nach besseren Arbeitsbedingungen in einem Beschäftigungsverhältnis, verbleiben hingegen zunächst häufig in einer nicht-rechtlichen Sphäre und setzen

**37** Grundlegend Robert Mnookin/Lewis Kornhauser, Bargaining in the Shadow of the Law, in: The Yale Law Journal 5/1979, S. 950–997; vgl. auch Morrill/Feddersen/Rushin (Anm. 24), S. 595f.

**38** Zitiert nach Rottluthner (Anm. 8), S. 116.

**39** Vgl. Currie (Anm. 32), S. 13.

**40** Vgl. Genn (Anm. 32), S. 69.

**41** Vgl. Currie (Anm. 32) S. 243; Genn (Anm. 32), S. 13.

**42** Vgl. Iyiola Solanke, Where are the Black Lawyers in Germany?, in: Maureen Maisha Eggers et al. (Hrsg.), Mythen, Masken und Subjekte. Kritische Weißseinsforschung in Deutschland, Münster 2005, S. 179–188; Doris Liebscher/Juana Remus/Daniel Bartel, Rassismus vor Gericht: Weiße Norm und Schwarzes Wissen im rechtlichen Raum, in: Kritische Justiz 2/2014, S. 135–151.

**43** Vgl. Blankenburg (Anm. 2), S. 41 ff.

**44** Vgl. Currie (Anm. 32), S. 7.

**45** Vgl. Baer (Anm. 8), §7, Rn. 3 ff.

**46** Vgl. Blankenburg (Anm. 2), S. 42f.

mehrere *aktive* Stadien der Mobilisierung voraus. Nach einem gängigen Konfliktverarbeitungs- und Transformationsmodell<sup>47</sup> müssen individuelle Rechtsverletzungen zunächst erkannt und benannt werden (*naming*), bevor eine Zuschreibung von Verantwortlichkeit erfolgen (*blaming*) und schließlich ein Anspruch geltend gemacht werden kann (*claiming*).<sup>48</sup> Die meisten Transformationskonzepte bedienen sich dieses Modells oder schlagen vergleichbare Differenzierungen vor. Und auch hier ist nicht überraschend: Die häufigste Form der Konfliktbewältigung besteht darin, nichts zu tun (*lumping*).<sup>49</sup>

Weitgehend einig ist sich die Forschung darin, dass die Mobilisierung von Recht instrumentell erfolgt, also von den Betroffenen strategisch eingesetzt wird.<sup>50</sup> Das sollte allerdings nicht dazu verleiten, Rechtsmobilisierung anhand vereinfachender Rational-Choice-Modelle zu konzeptualisieren, da die tatsächlichen Erfolgchancen für Laien schwer einzuschätzen sind und auch von strukturellen Bedingungen abhängen. Selbst bei einem aufgeklärten Rechtsbewusstsein – etwa darüber, dass einer Beschäftigten konkrete Rechte gegenüber einem belästigenden Vorgesetzten zustehen – kann die Betroffene ihre Durchsetzungschancen als gering einschätzen. Das Beispiel macht deutlich, dass die subjektive Sichtweise auch auf der Verinnerlichung (oder völlig bewussten Antizipation) einer real existierenden strukturellen Asymmetrie zwischen Gesellschaftsgruppen (hier: Geschlechterungleichheiten) beruhen kann.<sup>51</sup>

So wurde in der rechtssoziologischen Forschung herausgearbeitet, dass bei fortbestehenden (engen) persönlichen Sozialbeziehungen eine Rechtsmobilisierung (in der Regel bereits die Thematisierung des Rechts) unterbleibt und, wenn überhaupt, erst mit beziehungsweise nach Beendigung der Sozialbeziehung (Kündigung des Arbeitsverhältnisses, Scheidung) erfolgt. Bei ein-

maligen und anonymen Sozialbeziehungen (wie etwa Schadensersatzforderungen bei Verkehrsunfällen, Verbraucherproblemen oder Sozialleistungsansprüchen) ist die Wahrscheinlichkeit der Rechtsmobilisierung höher, wenn ein fortbestehendes Interesse vorhanden ist und die Erfolgsaussichten als gut eingeschätzt werden.<sup>52</sup> Dies zeigt auch, wie bedeutend für die faktische Zugänglichkeit des Rechts und der Justiz die Responsivität des Rechtssystems auf die spezifischen Problemlagen ist, denen durch das Recht begegnet werden soll.<sup>53</sup> Ein Recht gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, das die Problemlage der betroffenen Beschäftigten – als Rechteinhaber:innen – nicht in den Blick nimmt (Beweisprobleme, drohende Viktimisierung und anderes mehr), wird nicht mobilisiert werden. Das gleiche gilt, wenn Rechtsinstanzen in Fällen von familiärer Gewalt schwer zugänglich oder Verbraucher:innenklagen mit teuren Gerichts- und Anwaltskosten verbunden sind.

#### ONE SHOTTERS VS. REPEAT PLAYERS

In diesem Zusammenhang kann auch das Konzept von Marc Galanter fruchtbar gemacht werden, der 1974 in einer Studie feststellte, dass erfolgreiche Akteur:innen im juristischen Feld vor allem „repeat players“, also „Wiederholungsspieler:innen“, sind. Diese verfügen über die notwendigen Ressourcen und Kenntnisse der Rechtspraxis, insbesondere der Entscheidungspraxis, und können sich darauf einstellen. Für sie kommt es auf das Ergebnis im Einzelfall nicht an.<sup>54</sup> Dem stehen „one-shotters“, also „Einmalstreiter:innen“, gegenüber, die über geringe bis keine Erfahrung bei rechtlichen Auseinandersetzungen verfügen und deren eigene Ressourcen zu gering sind, um sich auf ein Verfahren mit für sie relativ ungewissem Ausgang einzulassen.<sup>55</sup> Diese nüchterne Analyse muss aber nicht zwangsläufig zu dem Ergebnis führen, dass typische „one-

**47** Vgl. William L.F. Felstiner/Richard L. Abel/Austin Sarat, The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming, in: Law & Society Review 3–4/1980–81, S. 631–54.

**48** Ebd., S. 631.

**49** Vgl. Morrill/Fedderson/Rushin (Anm. 24), mit weiteren Nachweisen.

**50** Vgl. Blankenburg (Anm. 2), S. 36ff.

**51** Derartige Feststellungen dürfen aber zu keinen vereinfachenden, geschlechterstereotypen Feststellungen führen, davor war (und ist!) die Rechtssoziologie nicht immun. Instruktiv hierzu Baer (Anm. 8), §7, Rn. 12ff.

**52** Zusammenfassend Blankenburg (Anm. 2), S. 43.

**53** Vgl. Müller (Anm. 30), S. 183, mit weiteren Nachweisen.

**54** Vgl. Marc Galanter, Why the „Haves“ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change, in: Law & Society Review 1/1974, S. 95–160.

**55** Zusammenfassend Müller (Anm. 30), S. 180, die darauf hinweist, dass es sich um eine theoretische Analyse handelt, die aber heute in einer Vielzahl empirischer Studien Bestätigung findet; dazu auch Cotterrell (Anm. 24), S. 114.

shotters“ wie Verbraucher:innen, Mieter:innen, Sozialleistungsempfänger:innen oder von Diskriminierung betroffene Personen bei der Rechtsmobilisierung den Kürzeren ziehen müssen. Die asymmetrische Ausgangslage kann durch Zugang zu „repeat players“ wie Verbraucherstellen, Gewerkschaften, Mieter:innenvereinen oder Antidiskriminierungsstellen ausgeglichen werden, die die betroffenen Personen bei der Durchsetzung ihrer Rechte unterstützen.<sup>56</sup> So betreten immer mehr Rechtsdienstleistende den Markt, die mit digitalen Formaten (*legal tech*) arbeiten und sich als „repeat players“ auf ähnliche beziehungsweise typisierbare Rechtsprobleme, etwa im Mietrecht, oder auf die Bedarfe von Verbraucher:innen fokussieren.<sup>57</sup> Diese Rechtsdienstleister arbeiten weitgehend gebührenfrei und verdienen am Erfolg, womit sie für viele Betroffene einen niedrigschwelligen Zugang zum Recht bieten.<sup>58</sup> Ob dadurch die Hoffnungen auf einen effektiveren Rechtszugang auch für benachteiligte Personengruppen tatsächlich begründet sind, wie diese Angebote dafür gestaltet sein müssten und wie auch nicht-standardisierbare Rechtsprobleme aufgegriffen werden können, ist ein weiteres Forschungsdesiderat in einem hoch dynamischen Feld.

## FAZIT

Es lässt sich also festhalten, dass es deutliche Diskrepanzen zwischen dem rechtlichen Anspruch auf Zugang zum Recht und der tatsächlichen Inanspruchnahme von Recht gibt. Internationale Studien haben aufgezeigt, dass Rechtsmobilisierung ein komplexer Prozess ist, der mit verschiedenen Hürden verbunden sein kann, die für ge-

<sup>56</sup> Vgl. Müller (Anm. 30), S. 194f.; siehe etwa mit Blick auf Behindertenverbände Eva Kocher, Barrieren der Rechtsmobilisierung, in: Felix Welti (Hrsg.), *Rechtliche Instrumente zur Durchsetzung von Barrierefreiheit*, Kassel 2013, S. 73–78.

<sup>57</sup> Vgl. Jens Wagner, *Legal Tech und Legal Robots. Der Wandel im Rechtswesen durch neue Technologien und Künstliche Intelligenz*, Wiesbaden 2020, S. 47f.

<sup>58</sup> Vgl. Britta Rehder/Katharina van Elten, *Legal Tech & Disruptive. Digitale Rechtsdienstleister als Akteure der strategischen Prozessführung*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1/2019, S. 64–86, hier S. 67ff.

<sup>59</sup> Siehe dazu unsere laufende Studie zum „Rechtszugang in Berlin“ am Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB); weitere Informationen unter [www.wzb.eu/de/forschung/forschungsgruppe-der-praesidentin/forschungsgruppe/zugang-zum-recht-in-berlin](http://www.wzb.eu/de/forschung/forschungsgruppe-der-praesidentin/forschungsgruppe/zugang-zum-recht-in-berlin).

sellschaftlich verschieden positionierte Gruppen und Personen unterschiedlich hoch sind. Für Deutschland wiederum mangelt es an empirischen Studien zum tatsächlichen Rechtszugang, was weitere Forschung dringend erforderlich macht.<sup>59</sup>

## MICHAEL WRASE

ist Professor für Öffentliches Recht mit den Schwerpunkten Sozial- und Bildungsrecht an der Stiftung Universität Hildesheim und Leiter der Forschungsgruppe „Zugang zum Recht in Berlin“ am Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB).

[michael.wrase@wzb.eu](mailto:michael.wrase@wzb.eu)

## LEONIE THIES

ist studentische Mitarbeiterin im Forschungsprojekt „Zugang zum Recht in Berlin“ am Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB).

[leonie.thies@wzb.eu](mailto:leonie.thies@wzb.eu)

## JOHANNA BEHR

ist studentische Mitarbeiterin im Forschungsprojekt „Zugang zum Recht in Berlin“ am Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB).

[johannamaria.behr@wzb.eu](mailto:johannamaria.behr@wzb.eu)

## TIM STEGEMANN

ist wissenschaftlicher Mitarbeiter im Forschungsprojekt „Zugang zum Recht in Berlin“ am Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB).

[tim.stegemann@wzb.eu](mailto:tim.stegemann@wzb.eu)

Herausgegeben von der  
Bundeszentrale für politische Bildung  
Adenauerallee 86, 53113 Bonn  
Telefon: (0228) 9 95 15-0



Redaktionsschluss dieser Ausgabe: 3. September 2021

#### REDAKTION

Anne-Sophie Friedel  
Julia Günther  
Sascha Kneip (verantwortlich für diese Ausgabe)  
Johannes Piepenbrink  
Anne Seibring  
Robin Siebert (Volontär)  
apuz@bpb.de  
www.bpb.de/apuz  
twitter.com/APuZ\_bpb

Newsletter abonnieren: [www.bpb.de/apuz-aktuell](http://www.bpb.de/apuz-aktuell)  
Einzelausgaben bestellen: [www.bpb.de/shop/apuz](http://www.bpb.de/shop/apuz)

#### GRAFISCHES KONZEPT

Charlotte Cassel/Meiré und Meiré, Köln

#### SATZ

le-tex publishing services GmbH, Leipzig

#### DRUCK

Frankfurter Societäts-Druckerei GmbH & Co. KG,  
Mörfelden-Walldorf

#### ABONNEMENT

Aus Politik und Zeitgeschichte wird mit der Wochenzeitung  
Das **Parlament** ausgeliefert.  
Jahresabonnement 25,80 Euro; ermäßigt 13,80 Euro.  
Im Ausland zzgl. Versandkosten.  
FAZIT Communication GmbH  
c/o InTime Media Services GmbH  
fazit-com@intime-media-services.de

Die Veröffentlichungen in „Aus Politik und Zeitgeschichte“ sind keine Meinungsäußerungen der Bundeszentrale für politische Bildung (bpb). Für die inhaltlichen Aussagen tragen die Autorinnen und Autoren die Verantwortung. Beachten Sie bitte auch das weitere Print-, Online- und Veranstaltungsangebot der bpb, das weiterführende, ergänzende und kontroverse Standpunkte zum Thema bereithält.

ISSN 0479-611 X



Die Texte dieser Ausgabe stehen unter einer Creative Commons Lizenz vom Typ Namensnennung-Nicht Kommerziell-Keine Bearbeitung 3.0 Deutschland.

APuZ  
Nächste Ausgabe  
38-39/2021,  
20. September 2021  
**JUGEND  
UND PROTEST**



APuZ

AUS POLITIK UND ZEITGESCHICHTE

[www.bpb.de/apuz](http://www.bpb.de/apuz)