

APuZ

Aus Politik und Zeitgeschichte

61. Jahrgang · 35–36/2011 · 29. August 2011



Bundesverfassungsgericht

Udo Di Fabio

Vom Recht, Recht zu sprechen

Rosemarie Will

Bedeutung der Menschenwürde in der Rechtsprechung

Hans Vorländer

Regiert Karlsruhe mit?

Uwe Kranenpohl

Beratungsgeheimnis des Bundesverfassungsgerichts

Gary S. Schaal

Motor gesellschaftlicher Integration?

Eva Kocher

Verrechtlichung auf europäischer Ebene

Uwe Wesel

Recht, Gerechtigkeit und Rechtsstaat im Wandel

Winfried Hassemer

Strafrechtliche Aufarbeitung von Diktaturvergangenheit

Beilage zur Wochenzeitung **Das Parlament**

Editorial

Vor 60 Jahren nahm das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe seine Arbeit auf. Als „Hüter der Verfassung“ trägt es dazu bei, der freiheitlich-demokratischen Grundordnung Ansehen und Wirkung zu verschaffen. Seine Rechtsprechung wirkt als Schrittmacher gesellschaftlicher Integration und verändert den deutschen Rechts- und Sozialstaat und damit die Gesellschaft nachhaltig.

Die Deutung der Verfassung und ihrer Prinzipien unterliegt dem Gebot der richterlichen Selbstbeschränkung. Durch eine Vielfalt an Methoden, Herangehensweisen und Interpretationen – die in manchen Fällen auch zu Unschärfe in der Auslegung von Normen führt – bleibt die Gerichtsbarkeit flexibel. Dadurch kann sie gewandelten gesellschaftlichen Bedürfnissen besser Rechnung tragen. Denn aufgrund einer zunehmenden Verrechtlichung auf europäischer Ebene sowie einer fortschreitenden Individualisierung und Pluralisierung der Gesellschaft nimmt die Konkurrenz um die Deutung von gesellschaftlichen und politischen Ordnungsvorstellungen zu.

Als „Letztinterpret“ des Grundgesetzes bewegt sich das Bundesverfassungsgericht im Spannungsfeld zwischen Recht und Politik. Es genießt großes Vertrauen in der Bevölkerung, seine Urteile, Beschlüsse und Verlautbarungen stoßen weitgehend auf Akzeptanz. Dieses Vertrauen kann erschüttert werden, wenn das Gericht zunehmend die Aufgabe des Gesetzgebers übernimmt oder in diese Rolle gedrängt wird. Denn die Verfassung sieht vor, dass politische Konflikte primär im parlamentarischen Raum gelöst werden sollen. Daher gilt es, der Aufforderung des Bundesverfassungsgerichts nachzukommen und Fragen von großer Tragweite für die Gesellschaft in einem Verfahren zu lösen, das „der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten“ sowie „die Volksvertretung dazu anhält, Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte zu klären“ (Pressemitteilung vom 24. September 2003).

Asiye Öztürk

Vom Recht, Recht zu sprechen: Die Legitimation des Bundesverfassungsgerichts

Essay

Wer gibt Gerichten eigentlich das Recht, Recht zu sprechen? Wenn zwei international tätige Unternehmen, das eine in

Udo Di Fabio

Dr. iur., Dr. sc. pol., geb. 1954; Richter des Bundesverfassungsgerichts (Zweiter Senat); Professor für Öffentliches Recht an der Universität Bonn, Institut für Öffentliches Recht, Abteilung Staatsrecht, Adenauerallee 44, 53113 Bonn. sekretariat.difabio@jura.uni-bonn.de

Asien ansässig, das andere in Europa, eine wichtige Geschäftsbeziehung begründen, können sie sich Gedanken darüber machen, was eigentlich geschehen soll, wenn es später Streitigkeiten gibt, wie etwa bei Leistungsmängeln, Verzug oder Schäden. Für diesen Fall können sie,

nur für sich, eine eigene Gerichtsbarkeit vereinbaren, ein Schiedsgericht, in das honorige, rechts- und sachkundige Frauen und Männer berufen werden. Das Recht eines solchen Gerichts, „Urteile“ oder Schiedssprüche zu erlassen, beruht auf vertraglicher Vereinbarung, auf dem Willen rechtsfähiger Personen. Ein solches Gericht darf also urteilen, weil diejenigen, die dem Richterspruch unterworfen sind, es so wollen.

Staatliche Gerichte dagegen werden nicht durch einen Vertrag, sondern durch Gesetze begründet. Die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, das Grundgesetz, sieht die Errichtung von Bundesgerichten und die des Bundesverfassungsgerichts vor. Der Bund hat dafür ein spezielles Gesetz, das Bundesverfassungsgerichtsgesetz, erlassen. Darin sind die Zusammensetzung, die Organisation, die Zuständigkeiten, das Verfahren sowie die Wirkung der Urteile geregelt.

Mit einem Vertrag einigt man sich, das Gesetz aber befiehlt: Früher waren die Menschen

Untertanen, die gehorchten, weil sie Untertanen waren. Heute befiehlt das Gesetz, wir gehorchen aber vor allem deshalb, weil wir in dem Gesetz unseren Mehrheitswillen verkörpert sehen. Wenn die Bürgerinnen und Bürger eines Landes in freier und gleicher Wahl eine Gesetzgebungskörperschaft gewählt haben, haben sie damit auch das Parlament legitimiert, Gerichte zu errichten und den Gehorsam zu erzwingen, der nötig ist, damit die Urteile auch beachtet werden. In einem freien Land unterscheiden sich also staatliche Gerichte gar nicht so sehr von freiwilligen Schiedsgerichten. Die der Urteilsverkündung vorangestellte Formel „Im Namen des Volkes“ ist in unserer Republik keine Floskel, sondern spiegelt wider, dass Richterinnen und Richter gewählte Repräsentanten der Bürgerinnen und Bürger sind, die einer Verfassung Geltung verschaffen, welche ihrerseits Ausdruck des Volkswillens ist.

Legitimation der Verfassung

Schon an dieser frühen Stelle sind immer wieder Einwände zu hören. Sie ziehen sowohl die demokratische Wahl der Richterinnen und Richter als auch die Legitimation der Verfassung als Ausdruck des Volkswillens in Zweifel. Auch wenn kaum jemand die Richterinnen und Richter kennt, und auch wenn es Richterwahlausschüsse gibt (geregelt durch das Richterwahlgesetz), die alles unter sich auszumachen scheinen, so sollte man sich doch vor Augen halten, dass die Richterinnen und Richter der Bundesgerichte gewählt werden: die des Verfassungsgerichts zur Hälfte vom Bundestag und zur anderen Hälfte – gut föderal – vom Bundesrat. Wer beispielsweise vom Bundestag gewählt wird, braucht eine breitere Mehrheit als ein Bundeskanzler oder eine Bundeskanzlerin, nämlich die Zwei-Drittel-Mehrheit. Öffentliches Desinteresse an ihrer Wahl mag es geben, was aber nichts daran ändert, dass Bundesrichterinnen und Bundesrichter demokratisch legitimiert sind, wenn man es mit der klassischen Ernennung durch den zuständigen Fachminister auf Länderebene vergleicht. Wer hier mehr Öffentlichkeit will, der muss mehr Öffentlichkeit herstellen, was aber angesichts der betont zurückhaltenden, meist auf juristische Professionalität, manchmal auch auf stromlinienförmige Unauffälligkeit ausgerichteten Profile der Kandidatinnen und Kandidaten durchaus schwer medial vermittelbar sein kann, weil es häufig wohl nur großes Gähnen auslöst.

Entscheidend für die Legitimation des Bundesverfassungsgerichts ist die Legitimation der Verfassung, die der alleinige Maßstab des Gerichts ist. Immer noch kursiert die dramatisch klingende, aber falsche Geschichte, das Grundgesetz sei gar keine Verfassung im strengen Sinne, weil sie unter der Besatzungsherrschaft der Westalliierten mehr oktroyiert worden sei, als in freier Selbstbestimmung vom Volk selbst beschlossen zu sein. Es habe auch nie eine Volksabstimmung gegeben.

Wer war eigentlich dieser Parlamentarische Rat, der 1949 das Grundgesetz verabschiedet hat? Es waren in der Tat die Alliierten, welche die Deutschen 1948 aufforderten, sich eine Verfassung zu geben und dazu eine verfassungsgebende Versammlung einzuberufen. Richtig ist auch, dass die Alliierten die Rückkehr zu einer föderalen Struktur verlangten, weil sie – wer wollte es ihnen verübeln – einem allzu starken Zentralstaat misstrauten. Aber mit Konrad Adenauer und den Bayern wäre ein solcher Zentralstaat ohnehin nicht zu machen gewesen, weswegen hier den Deutschen letzten Endes nichts aufgedrängt wurde. Ihre Entscheidungsfreiheit bewiesen die Deutschen schon dadurch, dass sie eben keine Nationalversammlung wählten und keine ausdrücklich so bezeichnete Verfassung verabschiedeten, weil sie sich um die nationale Einheit sorgten. Wer die Beratungen von Herrenchiemsee und des Parlamentarischen Rates heute studiert, der sieht, dass am Anfang eine große Freiheit des Wiederbeginns stand und kein Vollzug fremder Befehle, jedenfalls keiner der Westalliierten.

Die Mitglieder des Parlamentarischen Rates waren übrigens von den ihrerseits demokratisch gewählten Landesparlamenten mit dem Auftrag der Verfassungsgebung bestimmt worden, weswegen es sich in der Sache ohne Zweifel um eine verfassungsgebende, demokratisch legitimierte Versammlung handelte. Verfassungen eines bestehenden Staates können durch Volksabstimmung in Kraft gesetzt werden oder eben über eine ihrerseits dazu legitimierte verfassungsgebende Versammlung. Hier folgte man in Deutschland nicht nur der eigenen Tradition, sondern auch dem Vorbild anderer demokratischer Länder, die ebenfalls keine Volksabstimmung über ihre Verfassung kennen.

Das ist inzwischen Geschichte und nimmt – obwohl die Ursprünge des eigenen Her-

kommens immer wichtig bleiben – in der Bedeutung ab. In den sechs Jahrzehnten nach Inkrafttreten der Verfassung und durch die Wiedervereinigung hat ein steter Strom an förmlicher Legitimation durch textliche Änderungen und seine richterliche Auslegung das Grundgesetz enorm gestärkt, ebenso wie die praktische Akzeptanz durch die Bürgerinnen und Bürger. Heute ist es so, dass das Ansehen des Bundesverfassungsgerichts auch damit zusammenhängt, dass seine Aufgabe die Wahrung einer Verfassung ist, die unangefochten als Ausdruck des freien Willens der Bürgerinnen und Bürger verstanden wird.

Logbuch der Vernunft

Verfassungsgerichte besitzen vielleicht auch deshalb eine besondere Legitimationskraft, weil sie lange Zeit als Ort für die Einheit einer Gesellschaft galten, in dem sich über einen rechtlich ausgefochtenen Streit das Gemeinwohl entfaltet. Anlass zu solchen Annahmen gab nicht nur die Macht, ganze Gesetze für verfassungswidrig zu erklären oder im Organstreitverfahren die Fortsetzung des Parteienstreits im Gerichtssaal zu schlichten, es war auch die Entfaltung jenes integrativen Versprechens, das jeder Verfassung innewohnt, die diesen Namen verdient. Ihre ursprüngliche Quelle ist zuerst die Volkssouveränität, also ein Zusammenschluss von Bürgerinnen und Bürgern mit der machtpolitisch, traditionell oder juristisch hergeleiteten Fähigkeit, als Selbstbestimmungssubjekt völkerrechtlich aufzutreten und anerkannt zu werden.

Die Verfassung repräsentiert darüber hinaus in ihren Grundrechten und mit den Ideen von Demokratie und Rechtsstaat, Sozialstaat und ihrer auf Solidität verpflichteten Finanz- und Haushaltsordnung den rationalen Selbstentwurf einer Gesellschaft: Nach welchen Werten sollen wir leben, welche Prinzipien sollen zählen, welchen vernünftigen Grenzen soll politische Herrschaft unterworfen sein, was soll dauerhaft gelten? Es ist insofern auch die Überzeugung, dass mit dem Grundgesetz ein Rationalitätsspeicher, ein Logbuch der Vernunft von dazu berufenen Richterinnen und Richtern verwaltet wird.

Das macht Urteile nicht sakrosankt, öffnet sie im Gegenteil sogar jenseits der juristischen Fachwelt einer vernunftorientierten

Kritik, verschafft der Verfassung im Kreise der Rechtsquellen aber zugleich eine besondere Legitimation. Dass Grundrechte eine objektive Werteordnung darstellen sollen, bringt etwas anderes zum Klingen als Verordnungen, die den Außenhandel oder die Sicherheit von Haushaltsgeräten betreffen.

Sehnsucht nach Überparteilichkeit

Eine der typischen Blickrichtungen der alten Bundesrepublik, zumindest bis zur Wiedervereinigung, ging nach Karlsruhe. Hier wurde eine der großen Legitimationsquellen der Republik ausgemacht: neben dem Parlament als direkt gewähltes Repräsentationsorgan des Volkes, neben der Bundesregierung, die dazu berufen ist, politisch zu führen, und neben dem Bundesrat als zur föderalen Mitwirkung berufenen Interessenvertretung der Länder. Mit der Anwendung der Verfassung wird bei jeder bedeutenden Entscheidung – und die Bedeutung bemisst sich genau danach – die Identität der Republik deutlich gemacht. Das hat im Laufe der Zeit hin und wieder sogar zu einem Überschuss an Legitimation in der Sphäre der Verfassungsrechtsprechung geführt. Wobei man im Hinblick auf die Ursache nicht ganz sicher sein kann, ob der Überschuss an Vertrauen in die Rechtsprechung eine Konsequenz sinkenden Vertrauens in andere Verfassungsorgane und Staatsfunktionen ist, oder ob zu viel Richter Vertrauen dem politischen Prozess Legitimation raubt.

Wenn man die große öffentliche Akzeptanz der Gerichte im Allgemeinen und des Bundesverfassungsgerichts im Besonderen auch kritisch sehen will, gibt es dafür Gründe. Der suchende Blick auf die Richterinnen und Richter hängt eben häufig mit einem Misstrauen gegenüber dem Parteienbetrieb zusammen, viele Bürgerinnen und Bürger wünschen sich eine *pouvoir neutre*, eine neutrale Gewalt jenseits des kruden machtpolitischen Kalküls. Hier setzt sich vielleicht einiges fort, was in alten Zeiten an monarchischer Überparteilichkeit oder Erwartungen in die Rolle des Weimarer Reichspräsidenten unterwegs war: die Sehnsucht nach einer Instanz, die dem Gemeinwohl dient und über dem Zwist der Parteien steht.

Diese den Funktionsbedingungen einer lebendigen Demokratie durchaus nicht förder-

liche Erwartungshaltung sucht geradezu nach Institutionen, denen man vertrauen kann. Sie stärkt deren Legitimation beträchtlich, wobei der Preis häufig in einer Überschätzung der Möglichkeiten und späterer Enttäuschung fällig wird. Auch die Bundesbank oder die Europäische Kommission galten zunächst als solche Orte der entpolitisierten Gemeinwohldefinition.

Stillt ein Ort die Sehnsucht nach Überparteilichkeit und tut er es womöglich allzu gut, so leidet die Akzeptanz des Parteienbetriebs umso mehr. Die Gerichte, die regelmäßig wie monolithische Spruchkörper wirken, wenn sie nicht über das Instrument des Sondervotums verfügen und davon auch Gebrauch machen, befrieden den Streit; dies aber nicht nach außen sichtbar deliberativ, sondern im Erkenntnisakt des verkündeten Urteils: eindeutig, endgültig, ohne weitere Widerworte.

Einer Gesellschaft, die Streit nicht sonderlich schätzt, kommt das entgegen. Wer wagt sich denn noch, wirklich politisch und grundsätzlich zu streiten? Die Medien wachen – hier durchaus den Bedürfnissen vieler Bürgerinnen und Bürger entsprechend – häufig mehr darüber, ob Parteien geschlossen auftreten und sich ansonsten an geheimnisvolle Linien des politisch guten Tons halten. Wer falsche Themen wählt, falsche Positionen vertritt, sieht schnell die rote Karte wegen Populismus-Fouls: Die Nachricht ist dann nur noch das Faktum der Grenzüberschreitung.

Für das Bundesverfassungsgericht war es nicht immer leicht, überzogenen Erwartungen zu entgegen, wenn es als politischer Akteur die Bühne ausfüllen musste, zumal die richtige Balance im System der Gewalten immer ein vornehmer Auftrag der Verfassungswahrung war und ist. Die mitunter schon geradezu belächelte „Lösung“ des Gerichts hieß häufig Rückverlagerung der Entscheidungsmacht auf das Parlament, Stärkung der Position der Abgeordneten, mehr Informationspflichten, Gesetzesvorbehalte oder konstitutive Parlamentsvorbehalte.

Elastische Funktionsmechanismen?

Die Stärkung der Parlamente durch Gerichtsurteile ist nicht nur eine Rückgabe von Verantwortung an das Organ, das zur politi-

schen Entscheidung besonders legitimiert ist. Sie reagiert auch auf einen Wandel politischer Herrschaft, der seit drei Jahrzehnten immer deutlicher das Gesicht des Landes verändert. Die Rede ist vom neuen Stil des staatlichen und vor allem des überstaatlichen Regierens, in supranationalen Organen oder intergouvernementalen Treffen von Staats- und Regierungschefs, Ministerräten und Beamten- und Expertenrunden. An sich ist dieser Stil nicht besonders neu, sondern entspricht durchaus der neuzeitlichen Vorstellung von diplomatischem Staatenverkehr. Nur ist er eben eine Qualitätsstufe höher, verdichteter, alltäglicher und verstetigt in den Organen und Verfahren der Europäischen Union.

Viele beklagen in diesem Trend immer noch eine unnatürliche Abweichung von einem vorgeschriebenen Modell, eine in der Tendenz sogar illegitime Machtausübung in bürokratisch beherrschten Netzwerken. Doch die supranationale und intergouvernementale Wirklichkeit in Europa steht für den im Ganzen beeindruckend gelungenen Versuch, einen Kontinent wirtschaftlich und politisch zu einigen, ohne die nationalstaatlich mächtig verwurzelten Demokratien zu einer Selbstaufgabe zu nötigen.

Allerdings führen das überstaatliche Regieren und die Mechanismen der Globalisierung zu einer dramatischen Veränderung der Rahmenbedingungen, die jede herkömmliche Legitimationsvorstellung unter Druck setzt und auch die Verfassungsgerichtsbarkeit betrifft. Die Entwicklung einer Weltwirtschaftsgesellschaft nötigt politische Herrschaft in Systemzwänge wirtschaftlicher und technischer Art hinein, dabei bestehen nur graduelle Unterschiede zwischen Paris und Washington, zwischen Moskau und Peking. Politik muss unentwegt steuern und wird dabei immer mehr auch zum Objekt wirtschaftlicher Prozesse, die sie zwischen ausgehandelter Koordination mit Partnern oder in Interessengegensätzen mit Gegnern für ihr jeweiliges Land günstig zu beeinflussen sucht.

Dabei wird für manche, die in diesem Geschäft tätig sind, die Vorstellung von Volkssouveränität zu einem Anachronismus, auch bei gutem Willen. Einzelne Intellektuelle rufen bereits nach dem Ende jener neuzeitlichen Idee von Personalität, die aus der Würde des frei geborenen Menschen alles ableitet,

auch die Legitimation einer jeden Sozialbeziehung und jeder politischen Gemeinschaft. Demokratie solle sich nicht so sehr als einen Willen repräsentierende Wahldemokratie verstehen, sondern als elastischer Funktionsmechanismus; wenn die Europäisierung und Globalisierung aller Sachprobleme die Selbstbestimmung, begrenzt auf ein Territorium, zur Illusion werden lasse, dann müsse sich auch das Verständnis von Selbstregierung durch Wahlen und Abstimmungen nach dem Satz „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“ (Artikel 20 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes) den neuen Bedingungen anpassen. Und dieser Befund wird dann auch die Verfassung und ihre Gerichtsbarkeit nicht ausnehmen können.

Legitimitätskrise aller Verfassungsorgane

Doch man sollte nicht in recht simpler Machart die grundlegenden Normen und Ideen einer neuen Wirklichkeit anpassen, sondern etwas mehr Spannung aushalten und Probleme nicht kaschieren. Zu einer neuen Ebene, die Widersprüche konstruktiv aufhebt, gelangt man nicht, wenn man gar nicht erst den Konflikt sehen und austragen will. Alle Verfassungsorgane der Republik verlieren Legitimation, wenn und soweit sie an überholten oder sachlich falschen Maßstäben gemessen werden.

Wer so tut, als sei die Bundesrepublik der zwar westlich geöffnete, aber doch selbstständig wirtschaftssteuernde Sozialstaat der 1960er und 1970er Jahre, der wird den Bedeutungsverlust aller Verfassungsorgane und die Verluste an politischer Gestaltungsfähigkeit insgesamt beklagen. Europa und die Globalisierung sind in dieser Sicht nur als außen- und wirtschaftspolitische Nützlichkeiten, als begrenzte Zweckgeschöpfe legitim. Darüber hinaus bleiben sie unverstanden und bedrohen lediglich die Legitimität der klassischen Staatsorgane.

Auf diesem Bildschirm eines ständigen Bedeutungsverlustes und Abstiegs erscheint das Bundesverfassungsgericht im Vergleich zum Bundestag oder zur Bundesbank recht spät, aber dann umso deutlicher. Welchen Wert als rationaler Selbstentwurf einer freien politischen Gemeinschaft hat das Grundgesetz

noch, wenn es durch jede Verordnung oder Richtlinie aus Brüssel außer Kraft gesetzt werden kann und man von dem beanspruchten letzten Wort des Bundesverfassungsgerichts vielleicht nie etwas hören wird? Wozu braucht man die Vorstellung von den Grundrechten, die ein epochales Menschenbild in Recht gießen, welche die objektive Werteordnung der Republik repräsentieren, wenn der Straßburger Menschenrechtsgerichtshof sein eigenes, meist übrigens sehr vergleichbares, aber manchmal doch auch eben anderes Verständnis den Deutschen vorsetzen kann und Karlsruhe vielleicht mit Klimmzügen, aber letztlich doch folgsam seine Grundrechtsauslegung dem anpasst?

Wahl zwischen Resignation und technokratischer Affirmation?

Das Bundesverfassungsgericht und mit ihm die Rechtsprechung als eine der drei Staatsgewalten ist inzwischen voll in die allgemeine Legitimitätskrise aller Verfassungsorgane, ja des politischen Systems geraten. Viele Menschen verstehen die Welt nicht mehr. Anderen gefällt womöglich nicht, was sie sehen. Die Politik wirkt in Netzwerken und Beziehungsgeflechten gefangen, von einer entfesselten Dynamik der Weltfinanzmärkte, des Wettkampfs um Ressourcen und Märkte getrieben. Überall wird Nachvollzug, Anpassung, Mobilität verlangt, und man findet nicht die Quelle, wo zuerst entschieden worden wäre, souverän und nach einem umsichtigen Plan. Auch die Rechtsprechung der verschachtelten politischen Handlungsebenen zerfällt scheinbar in funktionale Subsysteme mit zwar verbundenen, aber im Kern doch disparaten, jedenfalls verschiedenen Maßstäben, deren im Ranganspruch wechselseitig nicht unbestrittene Koexistenz zur Rechtssicherheit und zur Einheit des Rechts wenig beiträgt. Damit gerät auch jene besondere Legitimationssäule der Verfassung und ihrer Gerichtsbarkeit ins Wanken, nämlich für die Einheit der Gesellschaft zu stehen.

Besteht also nur die Wahl zwischen Resignation und technokratischer Affirmation einer unbegreifbaren Wirklichkeit? Vermutlich wird man doch anders optieren müssen. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bleibt auch nach 60 Jahren ein Pfund, mit dem das politische System einer freien

und weltoffenen Gesellschaft wuchern kann. Die Verfassungsorgane sind nicht demontiert oder im rasanten Abstieg begriffen, aber sie sind durch Europäisierung und Globalisierung erheblich mediatisiert, in Kontexte eingebunden, die sie vorher nur als Randphänomene wahrnehmen durften.

Die Welt des 21. Jahrhunderts wird eine polyzentrische sein, in der Macht, Wirtschaft, Wissen und vielleicht auch das Recht dichter und grenzüberschreitender verflochten sein werden als in der Neuzeit üblich. Diese Welt wird mehr selbst- und wechselbezüglich innerhalb von Teil-Rationalitäten operieren, als dass sie von großen Mächten gestaltet wird und territorial begrenzt gewaltenteilig organisiert sein kann. Wer, wie die Verfassungsgerichtsbarkeit, dennoch auf die Einhaltung demokratischer, gewaltenteiliger, sozialer und rechtsstaatlicher Prinzipien besteht, mag in einer simplen Fortschrittslogik als Bremsklotz empfunden werden, aber solche Fortschritts-emphease ist inzwischen selbst antiquiert.

Es geht längst darum, seine Rolle unter den mediatisierenden Bedingungen neu zu definieren, und zwar nicht entlang alter hierarchischer Muster, die nach neuen Befehlsketten und neuen Zentralen suchen. In einem polyzentrischen und dicht verflochtenen System kommt es darauf an, seine Umwelt und sich selbst reflektiert zu erfassen und dann seine Spielzüge überlegt zu tun. Wer dabei nicht bereit ist, auch einmal Konflikte auszuhalten, wird auf Dauer kein starker Spieler sein, kein sonderlicher Knotenpunkt im Netzwerk bleiben. Jeder, der seine Handlungsmöglichkeiten angemessen, aber eben auch optimistisch einschätzt, kann dagegen größere Gestaltungswirkung erlangen als zuvor in segmentierten Machtblöcken. Wir sollten insofern unsere Verfassungsorgane und deshalb auch das Bundesverfassungsgericht in neuer Weise beobachten. Welchen Beitrag leistet es, die Gebote und die Identität der Verfassung unter stark gewandelten Bedingungen wirksam zu halten, wo ist es zu ängstlich, wo ist es zu weit gegangen? Mit einem realistischen Blick auf neue Grenzen, neue Möglichkeiten und andere Handlungsbedingungen können Legitimationsquellen auch wieder stärker sprudeln, und zwar für alle, die politische und rechtliche Verantwortung tragen.

Rosemarie Will

Bedeutung der Menschenwürde in der Rechtsprechung

Essay

Der Aufstieg des Bundesverfassungsgerichts zu einer international einzigartigen, das politische System der Bundesrepublik prägenden Institution ist das Ergebnis seiner eigenen Rechtsprechung. Dass am Anfang jeder grundsätzlichen gesellschaftlichen Diskussion in Deutschland die Frage danach steht, was die Verfassung gebietet oder verbietet und am Ende eines gesellschaftlichen Konflikts

Rosemarie Will

Dr. iur. habil., geb. 1949;
Richterin des Verfassungsgerichts des Landes Brandenburg a. D.; Professorin für Öffentliches Recht an der Humboldt Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Unter den Linden 11, 10099 Berlin.
sekretariat.will@rewi.hu-berlin.de

der „Gang nach Karlsruhe“ erfolgt, wodurch das Verfassungsgericht im gesellschaftlichen Streit fast immer das letzte Wort hat, gehört heute wie selbstverständlich zur politischen Kultur Deutschlands. Wie immer man diesen Befund bewerten will, zunächst ist es notwendig, diese Kultur als historisch gewachsene zu begreifen und ihre Ursachen in der Rechtsprechung des Gerichts zu suchen.

Der Essay geht der Frage nach, wie Artikel 1 Absatz 1 des Grundgesetzes (GG) – „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt“ – durch das Bundesverfassungsgericht verstanden und angewendet wird. Die Geschichte der Rechtsprechung zur Menschenwürde ist insoweit speziell, als der Text dieser Verfassungsnorm im Vergleich zu anderen Verfassungsnormen etwas Besonderes vorgibt: Die Menschenwürde soll unantastbar sein. Als Fundamentalnorm des Grundgesetzes ist Artikel 1 Absatz 1 GG rechtlich nicht nur unaufhebbar, sondern vor allem unbeschränkbar. Im Unterschied zu anderen Verfassungsnormen, die aufgrund staatlicher und individueller Inte-

ressen beschränkt werden können und müssen, darf die Menschenwürde nicht angetastet werden.

Aus der Unantastbarkeit der Menschenwürde ergibt sich aber noch nicht zwingend, was der zu schützende Inhalt der Menschenwürde ist, oder wann im konkreten Fall die Menschenwürde verletzt wird. Unsere konsentierten Gewissheiten darüber, was das Unantastbare sein soll, sind vielmehr das Ergebnis tiefgehender historischer Erfahrungen und Auseinandersetzungen. So wurde der Satz über die Unantastbarkeit der Menschenwürde 1949 gegen die Entrechtung und Vernichtung des Menschen durch den Faschismus gesetzt. Aber bereits in den 1960er und 1970er Jahren wurde begonnen, sich auch aus anderen Anlässen auf die Unverletzlichkeit der Menschenwürde zu berufen.¹

So war jahrzehntlang die Diskussion über Abtreibung ein Streit über die Menschenwürde – entweder über die der Mutter oder die des Embryos.² Gegenwärtig findet dieser gesellschaftliche Glaubenskrieg vor allem seine Fortsetzung aus Anlass der Forschungen der Humangenetik. Der jüngste dieser Fälle war der Streit über die Präimplantationsdiagnostik (PID). Aber auch auf anderen Feldern wurde mit der Waffe der Unantastbarkeit der Menschenwürde gestritten, wie etwa regelmäßig bei der Einführung staatlicher Überwachungsmaßnahmen, bei der Beurteilung von Haftsituationen Strafgefangener und bei der Sicherung des Existenzminimums. Wenn wir unter Berufung auf die Menschenwürde streiten, geht es um konkrete Inhalte des Menschenwürdebegriffs, von denen man meint, dass sie unantastbar sind beziehungsweise sein sollten. Dabei differieren unsere Vorstellungen über das Unantastbare, und sie wandeln und erweitern sich.

Das Verfassungsgericht wird in diesem Streit angerufen, um zu entscheiden, wann die Menschenwürde verletzt ist. Es muss feststellen, ob eine Verletzung vorliegt, und wenn dies der Fall ist, das entsprechende Handeln

¹ Vgl. die Beschreibungen durch das Gericht in: BVerfG, Entscheidung vom 16.7.1969, 1 BvL 19/63, Rn. 19 (Mikrozensus); BVerfG, Entscheidung vom 24.2.1971, 1 BvR 435/68, Rn. 60 (Mephisto).

² Vgl. Tatjana Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, Tübingen 1990, S. 15f., S. 62ff.

verbieten. Aber woraus werden diese Verbote gefolgt? Sind sie wie unsere sich wandelnden Kompromisse veränderbar und aufhebbar? Wird Artikel 1 Absatz 1 GG gar zum bloßen „Durchlauferhitzer“,¹³ wenn wechselnde juristische Interpretationen wechselnde Inhalte des Artikels für unantastbar und unveränderlich erklären?

Oder folgt aus der Unantastbarkeit der Menschenwürde und ihrer Unaufhebbarkeit eine unverrückbare, unbezweifelbare Gewissheit über das, was uns verboten oder geboten ist? Kann man tatsächlich verfassungsrechtlich, im Wege der juristischen Subsumtion unter Artikel 1 Absatz 1 GG, entscheiden, was uns ein für alle mal erlaubt oder verboten ist und bleibt, oder ist jede dieser Entscheidungen eine Überforderung dessen, was Verfassungsrechtsprechung vermag?¹⁴

Um sich den Antworten auf diese Fragen zu nähern, soll skizziert werden, welche grundsätzlichen Weichenstellungen das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zur Menschenwürde vorgenommen hat, und welche Folgen dies im Einzelnen mit sich brachte.

Menschenwürde als unabwägbares Menschenrecht

Die wichtigste und folgenreichste Weichenstellung des Gerichts im Umgang mit der Menschenwürde liegt darin, Artikel 1 Absatz 1 GG als individuelles subjektives Grundrecht zu verstehen und anzuwenden. Das Gericht hätte angesichts des Verfassungstextes auch anders verfahren können: Es hätte Artikel 1 Absatz 1 GG nicht als subjektives Grundrecht, sondern ausschließlich als objektive Verfassungsnorm interpretieren können. Heißt es doch in Artikel 1 Absatz 3 GG, dass die darauffolgenden Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden. Insoweit war es möglich den Katalog

¹³ Ernst-Wolfgang Böckenförde, Bleibt die Menschenwürde unantastbar?, in: Blätter für deutsche und internationale Politik, (2004) 10, S. 1225; vgl. auch: Rosemarie Will, Christus oder Kant. Der Glaubenskrieg um die Menschenwürde, in: ebd., S. 1228 ff.

¹⁴ Vgl. Bernhard Schlink, Die überforderte Menschenwürde. Welche Gewissheit kann Art. 1 des Grundgesetzes bieten?, in: Der Spiegel, (2003) 51.

der Grundrechte des Grundgesetzes erst bei Artikel 2 GG beginnen zu lassen und aus Artikel 1 Absatz 1 GG kein subjektives Grundrecht zu folgern, sondern nur einen objektiven Rechtssatz. Während Ersteres ein vom Individuum einklagbares Recht ist, bezeichnet Letzteres einen „Grundsatz“, welcher den Staat zu einem bestimmten Tun verpflichtet.

Dies umso mehr, als die Menschenwürde als Verfassungsnorm im Deutschland vor 1949 keine Tradition hatte.¹⁵ Erst mit dem Grundgesetz wurde sie in die Verfassung eingeführt und den zentralen, rechtsstaatlichen Verfassungsbegriffen Freiheit und Gleichheit hinzugefügt.¹⁶ Dies geschah nach dem Vorbild von Artikel 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948, in dem es heißt: „Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren.“¹⁷ Damit war die Entscheidung, die Menschenwürde zum selbstständigen subjektiven Grundrecht zu machen, nicht vorgegeben. Als das Verfassungsgericht diesen Weg beschritt, gab es dafür kein Beispiel, es hat vielmehr die Weichen früh¹⁸ und selbstständig in diese Richtung gestellt.¹⁹

Die Wirkungen dieser Interpretation der Menschenwürde lassen sich wie folgt beschreiben: Mit der Qualifizierung der Würdegarantie als subjektives Recht entsteht der Zwang, die spezifisch juristische Struktur eines Grundrechts mit Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Recht-

¹⁵ Vgl. Adalbert Podlech, Kommentierung von Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 102, Art. 104, in: Erhard Denninger et al. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentare, Neuwied 2001³. Lediglich Artikel 151 Absatz 1 Satz 1 der Weimarer Reichsverfassung bestimmte: „Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen.“ Zit. nach: www.dhm.de/lemo/html/dokumente/verfassung/index.html (2.8.2011).

¹⁶ Vgl. Werner Maihofer, Rechtsstaat und menschliche Würde, Frankfurt/M. 1968.

¹⁷ Resolution 217 A (III) der UN-Generalversammlung vom 10. Dezember 1948, online: www.un.org/Depts/german/grunddok/ar217a3.html (2.8.2011).

¹⁸ Vgl. BVerfGE 1, 97 (Hinterbliebenenrente); BVerfGE 6, 389 („Homosexuellen“-Urteil).

¹⁹ Vgl. Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, München 2006⁶; Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte, Heidelberg 2010²⁶, Rn. 365.

sprechung zur Geltung zu bringen. Mit anderen Worten: Wer eine Grundrechtsprüfung vornimmt, geht in drei Schritten vor. Er muss erstens feststellen, ob das umstrittene Handeln in den Schutzbereich des Grundrechts fällt; nur wenn dies der Fall ist, wird es auch vom Grundrecht geschützt. Im zweiten Schritt muss festgestellt werden, ob in diesen Schutzbereich eingegriffen wurde. Im dritten Schritt wird je nach Schrankenregelung der festgestellte Eingriff gerechtfertigt oder die Verfassungswidrigkeit des Eingriffs festgestellt. Für die Menschenwürde muss nach diesem Schema ein Schutzbereich bestimmt und die Qualität der Schrankenregelung festgestellt werden.

Das Bundesverfassungsgericht ist nicht so verfahren. Es hat nicht zunächst positiv den Schutzbereich der Menschenwürde bestimmt, sondern aus der Unantastbarkeit der Menschenwürde ihre Unabwägbarkeit gefolgert.¹⁰ Anders als bei allen anderen Grundrechten gilt deshalb ein Eingriff in das Grundrecht der Menschenwürde für nicht rechtfertigbar. Eine Verletzung der Menschenwürde kann mit keinem Argument gerechtfertigt werden, sondern ist lediglich festzustellen. Die juristische Arbeit des Abwägens fällt damit aus.

Eine Grundrechtsprüfung am Maßstab der Menschenwürde endet demnach bei Schritt zwei, der Feststellung des Eingriffs, weil bereits aus dem Vorliegen des Eingriffs die Menschenwürdeverletzung gefolgert wird. Damit wird die Menschenwürde absolut gesetzt, ohne zu sagen, was inhaltlich von der Menschenwürde geschützt wird. Hinzu kommt der Schutz der Menschenwürde durch die Ewigkeitsgarantie in Artikel 79 Absatz 3 GG, nach der es auch dem Verfassungsgeber verwehrt ist, die Menschenwürde anzutasten.

Man kann nun annehmen, dass es dieses Konstrukt ist, was uns davor schützt, Folter oder andere Verbrechen wider die Menschlichkeit zu legitimieren. Bei einigem Nachdenken kommt man aber schnell darauf, dass ein solches Verbot auch aus den anderen Grundrechten zu folgern wäre. Auch in anderen freiheitlichen, demokratischen Rechtsordnungen, in denen die Menschenwürde nicht als subjektives Grundrecht behandelt

wird, gelten derlei Verbote. Es hat dort allerdings nicht die Qualität eines absoluten Verbots.

Die Frage bleibt daher, ob durch den oben beschriebenen Umgang mit der Menschenwürde tatsächlich mehr Sicherheit dafür herstellbar ist, dass wir nicht in barbarische Zustände zurückfallen. Verneint man dies, stellt sich sofort die nächste Frage, ob denn Artikel 1 Absatz 1 GG als selbstständiges subjektives Grundrecht tatsächlich unverzichtbar ist, denn der Preis für die Absolutheit des Schutzes ist das absolute Verbot. Leuchtet das bei der Folter ein, wird es beim Schwangerschaftsabbruch fragwürdig. Man kann dies soziologisch als Tabuisierung¹¹ beschreiben oder auch einfach als Totschlagargument für alles Gegenläufige. Je nachdem auf welcher Seite des Streites man selbst agiert, wird man das als grundsätzlich richtig oder als grundsätzlich falsch empfinden.

Wie wird Menschenwürde bestimmt?

Das mit der Bestimmung der Menschenwürde als subjektives Grundrecht heraufbeschworene Strukturproblem einer positiven Schutzbereichsbestimmung ist bis heute nicht gelöst und kann im Zweifel auch nicht zufriedenstellend gelöst werden. Zunächst ist bei Artikel 1 Absatz 1 GG jede Schutzbereichsbestimmung nicht nur notwendig von einer bestimmten philosophischen Tradition geprägt, sondern diese Prägungen sind auch das Einfallstor für die Verabsolutierungen einzelner, partikulärer ethischer Auffassungen oder politischer Haltungen.¹² Gelingt es, diese Auffassungen zum Schutzzinhalt der Menschenwürde zu erklären, wird die weitere gesellschaftliche Konsensbildung zum jeweiligen Thema aufgehalten, weil die Berufung auf die Menschenwürde als Verbot anderer Auffassungen und Haltungen durchgesetzt wird.

¹¹ Vgl. Ralf Poscher, Die Würde des Menschen ist unantastbar, in: Juristenzeitung, (2004), S. 756 ff.; Susanne Baer, Menschenwürde zwischen Recht, Prinzip und Referenz. Die Bedeutung von Enttabuisierungen, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie, 53 (2005), S. 571 ff.

¹² Vgl. Christoph Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, Tübingen 1997, S. 497; Stefan Huster, Die ethische Neutralität des Staates, Tübingen 2002, S. 293.

¹⁰ Vgl. BVerfGE 75, 369 (Strauß-Karikatur).

Dieser Gefahr ist das Gericht scheinbar entgangen. Die positiven Inhaltsbestimmungen der Menschenwürde haben sich in der Rechtsprechung des Gerichts nicht zu einem konkreten, gegenüber anderen Grundrechten abgrenzbaren Normeninhalte verdichtet. Vielmehr entscheidet das Gericht von Fall zu Fall, ob die Menschenwürde verletzt ist. In der Gesellschaft gibt es deshalb auch einen von Fall zu Fall wechselnden Konsens über die einzelnen Verbote, die das Gericht unter Berufung auf die Menschenwürde ausspricht.

Im Unterschied zu anderen Entscheidungen des Gerichts, die auch Entscheidungen zu gesellschaftlichen Konfliktlagen sind, ist aber das Verbot, welches das Gericht wegen der Verletzung der Menschenwürde ausspricht, wegen Artikel 79 Absatz 3 GG weder durch den Gesetzgeber noch durch den Verfassungsgeber beseitigbar. Das Gericht hat mit seinen Entscheidungen unter Berufung auf die Menschenwürde die Macht, Endgültigkeit zu verkünden; das heißt jede gegen die Aufhebung des Verbots gerichtete Bewegung zu blockieren.

Das scheint, wenn es um gesellschaftliche Rückschritte geht oder gar den Rückfall in die Barbarei, eine wünschenswerte Sicherung für den Erhalt des demokratischen Rechtsstaats zu sein. Aber kann es das wirklich, handelt es sich nicht vielmehr um schlichte Überforderung des Gerichts, hinter der seine Überhöhung zum säkularen Verkünder der letzten Wahrheiten steckt?

Wie aber umgeht das Gericht, wenn es die Menschenwürde als Maßstab für die Entscheidung eines Falles anwendet, eine positive inhaltliche Bestimmung des Schutzbereichs der Menschenwürde? Wenn es wegen Verletzungen der Menschenwürde angerufen wird, wendet es zunächst die Objektformel an. Diese gibt ihm scheinbar die Möglichkeit, ohne Inhaltsbestimmung der Menschenwürde einen Eingriff in sie festzustellen.¹³ Das kommt notwendig nicht ohne Tautologien aus: Die Feststellung einer Würdeverletzung erst auf der Eingriffsebene mit Hilfe der sogenannten Objektformel geschieht durch die Feststellung, die Menschenwürde werde ver-

¹³ Vgl. BVerfGE 1, 97; BVerfGE 27, 1; BVerfGE 30, 1; BVerfGE 72, 105.

letzt, „wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird“.¹⁴ An anderer Stelle heißt es, dass Artikel 1 Absatz 1 GG den Menschen davor schütze, „dass er durch den Staat oder durch seine Mitbürger als bloßes Objekt, das unter vollständiger Verfügung eines anderen Menschen steht, als Nummer eines Kollektivs, als Rädchen im Räderwerk behandelt und dass ihm damit jede eigene geistig-moralische oder gar physische Existenz genommen wird“.¹⁵

Relativierung des Würde-Prinzips

Diese Formel, die der Staatsrechtsprofessor Günter Dürig in der Rechtswissenschaft durchgesetzt hat, wurde bereits sehr früh vom Bundesverfassungsgericht aufgegriffen und im Folgenden zu einem festen Bestandteil des gerichtlichen Kanons.¹⁶ Im Abhörurteil aus dem Jahr 1970 sah sich das Gericht jedoch gezwungen, ihren normativen Gehalt deutlich zu relativieren: „Allgemeine Formeln wie die, der Mensch dürfe nicht zum bloßen Objekt der Staatsgewalt herabgewürdigt werden, können lediglich die Richtung andeuten, in der Fälle der Verletzung der Menschenwürde gefunden werden können. Der Mensch ist nicht selten bloßes Objekt nicht nur der Verhältnisse und der gesellschaftlichen Entwicklung, sondern auch des Rechts, insofern er ohne Rücksicht auf seine Interessen sich fügen muss.“¹⁷

In dieser Art des Objektseins des Menschen sieht das Bundesverfassungsgericht keine Verletzung der Menschenwürde. Vielmehr muss die Behandlung seine Subjektqualität prinzipiell infrage stellen oder in der Behandlung im konkreten Fall eine willkürliche Missachtung der Menschenwürde liegen.¹⁸ Bei der Behandlung durch die öffentliche Gewalt sei eine Verletzung der Menschenwürde dann zu konstatieren, wenn eine Verachtung

¹⁴ Günter Dürig, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), 81 (1956), S. 117, S. 127.

¹⁵ Christian Stark, Artikel 1, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/ders., Grundgesetz-Kommentar, München 2005⁵, Rn. 17.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 5, 85; BVerfGE 6, 32; BVerfGE 7, 198.

¹⁷ BVerfGE 30, 1.

¹⁸ Vgl. ebd.

des Wertes, der dem Menschen kraft seines Personseins zukommt, vorliegt (verächtliche Behandlung).¹⁹

Diese Formulierungen haben immer wieder zu Recht Rückfragen provoziert. So fragt etwa der Rechtsphilosoph und Verfassungsjurist Hasso Hofmann: „Was heißt Ausdruck der Verachtung des Person-Wertes? Wann ist eine staatliche Maßnahme ‚Ausdruck‘ einer solchen Verachtung? Und: gibt es außer der ‚willkürlichen Mißachtung der Würde des Menschen‘, von der das Gericht spricht, auch noch eine willkürfreie?“²⁰ Der Versuch des Gerichts, im Abhörurteil die Tautologie der Objektformel durch ihre Konkretisierung zu beseitigen, endete mit neuen normativen Unschärfen.

Günter Dürig selbst hat die Relativierung des absoluten Achtungsanspruchs des Würde-Prinzips durch den „subjektiven Faktor“ kritisiert.²¹ Auf den Einwand der Konkretisierungsbedürftigkeit der Objektformel und dessen Folgen, welcher oben auf die These des Gerichts, dass im Einzelfall nur dann eine Verletzung der Menschenwürde festgestellt werden könne, wenn die Objektformel ihrerseits konkretisiert werde, folgte, reagierte er folgendermaßen: „Die positivrechtlich gebotene Ausfüllung dieser Wertbegriffe ist auch in unserer pluralistischen Gesellschaft viel exakter möglich als manche behaupten. (...) Es gibt einen sehr exakten Konsensus, wie eine Staats- und Gesellschaftsordnung nicht aussehen soll. Diese gleichsam negative Interpretationsmethode ist im Verfassungsrecht durchaus legitim (...) Natürlich sollte man sich nicht anmaßen, das Menschenwürdeprinzip positiv verbindlich zu interpretieren, aber man kann sagen, was dagegen verstößt.“²²

Daraus wird ersichtlich, dass auch Dürig, zumindest was Verletzungstatbestände an-

geht, auf den gesellschaftlichen Konsens abgestellt hat. Was aber, wenn ein Konsens in der Gesellschaft über das, was eine Verletzung der Menschenwürde ist, gerade nicht herstellbar ist und das Verfassungsgericht zur Entscheidung angerufen wird? Kann das Gericht diesen Konflikt entscheiden, ohne abzuwägen? Kann es die Objektformel für den Einzelfall so konkretisieren, dass sie verlässlich ein normatives Prüfprogramm ergibt?

Diese Frage zu stellen, heißt, sie zu verneinen: Verlässlichkeit bei der Konkretisierung der Objektformel ist nur erwartbar, wo geistesgeschichtlich und rechtsvergleichend kein anderes Urteil möglich ist als die Annahme einer Würdeverletzung. Überall dort aber, wo die Dinge nachhaltig in Streit geraten, kann das Gericht nur seine eigene Dezision an die Stelle des nicht vorhandenen gesellschaftlichen Konsenses setzen. Dazu aber muss es das tun, was es immer tut: werten und abwägen – ausgehend vom Vorverständnis der beteiligten Richterinnen und Richter. Sich dieser Einsicht zu stellen, bedeutet nichts weiter als das Gericht als das wahrzunehmen, was es ist: eine diesseitige fehlbare Instanz, die in sich noch mal den gesellschaftlichen Konflikt austrägt, wegen dessen es angerufen wurde, bevor es eine Entscheidung findet.

Dies ist beim Streit um die Menschenwürde umso mehr der Fall, als hier ein verlässliches normatives Programm weithin fehlt. Worum die Richter dabei methodisch und inhaltlich streiten, ist vom Staats- und Verwaltungsrechtler Ernst-Wolfgang Böckenförde sehr deutlich formuliert worden, als er nach den geistigen Grundlagen unserer Menschenwürdevorstellungen gefragt hat: „Ist die Würde des Menschen in ihrem Kern das Unverlierbare und Unverfügbare, das den Menschen auszeichnet, die metaphysische Verankerung seines personalen Seins, aus der die Menschenrechte fließen und die selbst jeder Disposition entzogen ist? Oder bedeutet Menschenwürde primär die Fähigkeit zur autonomen Selbstbestimmung, ist sie im Kern das Recht auf diese Selbstbestimmung und Selbstdarstellung, gewissermaßen der höchste Gipfel der Menschenrechte, worin die Freiheit der Disposition auch über sich selbst und die moralischen Bindungen und Pflichten, denen man sich unterstellt, eingeschlossen ist? Lässt sich die Würde des Menschen – so oder anders verstanden – immanent-ra-

¹⁹ Vgl. ebd.

²⁰ Hasso Hofmann, Die versprochene Menschenwürde, in: Humboldt Forum Recht, (1996), online: www.humboldt-forum-recht.de/druckansicht/druckansicht.php?artikelid=72 (2. 8. 2011).

²¹ Vgl. Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz. Loseblatt-Kommentar, München 2011⁶¹, Art. 10, Rn. 38–40.

²² Günter Dürig, Zur Bedeutung und Tragweite des Art. 79 Abs. III des Grundgesetzes, in: Hans Spanner (Hrsg.), Festgabe für Theodor Maunz, München 1971, S. 41, S. 43.

tional, mit den Mitteln autonomer Vernunft und aus der Vernunftbegabtheit des Menschen begründen, oder bedarf es zu ihrer Begründung des Rückgriffs auf etwas vorausliegendes, transzendentes, das letztlich nur metaphysisch oder religiös-theologisch auszumachen ist?“^{F23}

Menschenwürde und Recht auf Leben

Die dritte Weichenstellung, die das Gericht in seiner Rechtsprechung zur Menschenwürde vorgenommen hat, ist die Kopplung der Menschenwürde mit anderen Grundrechten, insbesondere mit dem Recht auf Leben.^{F24} Die Folge dieser Verkopplung ist, dass auch einzelne Schutzbereiche der Spezialgrundrechte, soweit sie sich mit dem der Menschenwürde decken, an der besonderen Gewährleistung der Menschenwürde teilnehmen; das heißt sie werden uneinschränkbar und unabänderlich.

Am Verhältnis von Artikel 1 Absatz 1 GG zum Recht auf Leben kann dies exemplarisch skizziert werden. Das Gericht koppelt die Menschenwürde mit dem Recht auf Leben hinsichtlich des personellen Geltungsbereichs. Der personelle Schutzbereich des Grundrechts auf Leben in Artikel 2 Absatz 2 GG sei mit Artikel 1 Absatz 1 GG untrennbar verbunden. „Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu; (...) die von Anfang an im menschlichen

Sein angelegten Fähigkeiten genügen, um die Menschenwürde zu begründen.“^{F25}

Das Grundgesetz aber regelt die Würde des Menschen in Artikel 1 Absatz 1 und das Recht auf Leben in Artikel 2 Absatz 2 voneinander getrennt. Nach dem Grundgesetz soll die Menschenwürde unantastbar sein, während das Recht auf Leben demgegenüber unter Gesetzesvorbehalt gestellt wird. Geht man aber wie das Gericht davon aus, dass die Menschenwürde und das Lebensrecht bei einem Eingriff immer gemeinsam betroffen sind,^{F26} kann ein Eingriff in das Lebensrecht genauso wenig gerechtfertigt werden wie eine Verletzung der Menschenwürde. Der Gesetzesvorbehalt in Artikel 2 Absatz 2 Satz 3 GG läuft dann leer. In dieser Debatte geht es letztlich immer wieder um den Schutz des vorgeburtlichen Lebens. Demnach ist nicht allein die natürliche Person Träger der Menschenwürde, sondern bereits die befruchtete Eizelle. Die Grundrechtsberechtigung soll sich bei Artikel 1 Absatz 1 GG wie bei Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 GG nach dem Lebensbeginn richten, was bei dieser Gelegenheit dann auch entschieden wird. Setzt man in dieser Weise Leben mit Menschenwürde gleich, ist der personale Schutzbereich der Menschenwürde zeitlich in der Tat mit dem so definierten Lebensbeginn eröffnet.^{F27}

Mit diesen Dezierionen in den Urteilen zum Schwangerschaftsabbruch hat das Gericht nicht nur eine selbstbestimmte Schwangerschaft stark beschränkt, sondern tief in existenzielle und weit in die Zukunft reichende Grundfragen eingegriffen. So wird in allen aktuellen Diskussionen in der Gentechnik unter Berufung auf die Menschenwürde damit abgeblockt, dass uns dieses oder jenes Vorgehen durch Artikel 1 Absatz 1 GG verboten sei.

Dies geschieht vor allem auch deshalb, weil sich das Gericht in seiner zweiten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch ausdrücklich gegen einen abgestuften Lebensschutz ausgesprochen hat: „Das Grundgesetz enthält für das ungeborene Leben keine vom Ablauf bestimmter Fristen abhängige, dem Entwicklungsprozess der Schwangerschaft

^{F23} Ernst-Wolfgang Böckenförde, Zur Eröffnung, in: ders./Robert Spaemann (Hrsg.), Menschenrechte und Menschenwürde. Historische Voraussetzungen – säkulare Gestalt – christliches Verständnis, Stuttgart 1987, S. 14f.

^{F24} Vgl. Recht auf Leben, Artikel 2 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 GG: BVerfGE 6, 389 („Homosexuellen“-Urteil); allgemeines Persönlichkeitsrecht in Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 GG: BVerfGE 34, 238 (heimliche Tonbandaufnahme); Recht auf informationelle Selbstbestimmung in Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 GG: BVerfGE 65, 1 („Volkszählungs“-Urteil); Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme im Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1: BVerfGE 120, 274 (Online-Durchsuchung); Glaubensfreiheit in Artikel 4 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1: BVerfG NJW 2007, 1865 (Beichtgeheimnis); Fernmeldegeheimnis in Artikel 10 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1: BVerfGE 115, 166 (Kommunikationsdaten); Wohnung in Artikel 13 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1: BVerfGE 109, 279 (akustische Wohnraumüberwachung).

^{F25} BVerfGE 39, 1.

^{F26} Vgl. ebd.

^{F27} Vgl. BVerfGE 88, 203.

folgende Abstufung des Lebensrechts und seines Schutzes. Auch in der Frühphase einer Schwangerschaft hat die Rechtsprechung deshalb dieses Maß an Schutz zu gewährleisten.“²⁸

Dabei ist vielfach zu Recht darauf hingewiesen worden, dass, obwohl das Bundesverfassungsgericht einen abgestuften Lebensschutz verneint, die befruchtete Eizelle nach den Urteilen zum Schwangerschaftsabbruch keineswegs absolut geschützt ist. Sie darf beispielsweise durch Benutzung einer Spirale an der Einnistung gehindert und ausgeschieden werden. Nach der Nidation darf das ungeborene Leben bis zur 12. Woche abgetötet werden, wenn die Schwangere die Schwangerschaft als schwere, außergewöhnliche und unzumutbare Belastung empfindet. Bis zur 22. Woche darf abgetrieben werden, wenn nach ärztlicher Erkenntnis das Leben oder die körperliche oder seelische Gesundheit der Schwangeren gefährdet sind, unter anderem durch die Belastung der Schwangeren mit einem vermutlich behinderten Kind. Es gibt also trotz der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch durchaus Abstufungen und Abwägungen beim Lebensschutz des Embryos *in vivo*.

Wenn dem so ist, warum dann die Berufung des Gerichts auf die Menschenwürde mit der Folge der Aufrechterhaltung des strafrechtlichen Abtreibungsverbots in Paragraph 218 des Strafgesetzbuches? Das Verfassungsgericht konnte beim zweiten Abtreibungsurteil nur noch den Schein eines absoluten Verbots wahren. Es hat mit dem Passieren lassen einer Fristenlösung mit Beratungspflicht zwar den Gesetzgeber zum Teil korrigiert, ist aber letztlich, indem es abgewogen hat, über weite Strecken dem gesetzgeberischen Kompromiss gefolgt. Das ist vom Ergebnis zu begrüßen, überzeugt aber in der Begründung nicht.

Dass die beim Schwangerschaftsabbruch gefundene Lösung einer normativen Anwendung von Artikel 1 Absatz 1 GG entsprechen soll, leuchtet nicht ein. Naheliegender ist vielmehr die Verneinung einer Kongruenz von Menschenwürde und Lebensschutz, wie sie in Teilen der Rechtswissenschaft vertreten wird – mit der Folge, dass für das vorgeburt-

liche Leben kein absoluter Lebensschutz gilt, sondern ein abgestufter. Man kann, wenn man Lebens- und Würdeschutz entkoppelt, beim Lebensschutz des Embryos wegen des Gesetzesvorbehalts in Artikel 2 Absatz 2 Satz 3 GG differenzieren und gestufte Lösungen gemäß den verschiedenen Entwicklungsstadien menschlichen Lebens begründen.²⁹

Wider den inflationären Gebrauch des Menschenwürdearguments

Kann man das juristische Dilemma, dass durch die weichenstellenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bei der Interpretation der Menschenwürde entstanden ist, beheben? In der Tat, aber dass kann nur das Gericht selbst. So wie der heute herrschende Umgang mit der Menschenwürde durch die Interpretationen des Gerichts entstanden ist, kann er nur von ihm selbst korrigiert werden. Dazu muss sich das Gericht nicht nur dem inflationären Gebrauch des Menschenwürdearguments widersetzen, sondern es muss vor allem den Versuchen einer partikulären gesellschaftlichen Einvernahme unter Berufung auf die Menschenwürde widerstehen.

Die Herausforderung liegt darin, bei der Anwendung von Artikel 1 Absatz 1 GG einen operationalisierbaren Schutzbereich zu konturieren und die Objektformel so zu konkretisieren, dass Eingriffe feststellbar werden, ohne dass das Abwägungsverbot umgangen wird. Dieses Problem könnte dadurch gelöst werden, dass man die Rechtsqualität oder den Regelungscharakter von Artikel 1 Absatz 1 GG minimiert und seine Bedeutung auf das einengt, was nach allgemeiner Überzeugung auch dann gelten würde, wenn es Artikel 1 Absatz 1 GG als subjektives Grundrecht nicht gäbe. Solche juristische Zurückhaltung hätte den Vorteil, Entscheidungen zu vermeiden, in denen das Menschenwürdeargument als säkulare Verkündung missbraucht wird.

²⁹ Vgl. Helmuth Schulze-Fielitz, Artikel 2, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Tübingen 1996, Rn. 70.

²⁸ Ebd.

Hans Vorländer

Regiert Karlsruhe mit? Das Bundesverfassungsgericht zwischen Recht und Politik

Von Anfang an stand das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in der Kritik der Politik. Es war noch gar nicht richtig etabliert, da wurde es in den 1950er

Hans Vorländer

Dr. phil., geb. 1954; Professor für Politikwissenschaft und Direktor des Zentrums für Verfassungs- und Demokratieforschung an der Technischen Universität Dresden, Bergstraße 53, 01062 Dresden. hans.vorlaender@tu-dresden.de

Jahren in die Kontroverse um die Wiederbewaffnung der Bundesrepublik Deutschland hineingezogen und drohte, zwischen Regierung und Opposition zerrieben zu werden. Und so ging

es weiter: Anfang der 1960er Jahre scheiterte Konrad Adenauers Projekt eines regierungsnahen Fernsehsenders an der Rechtsprechung in Karlsruhe. Das BVerfG stellte fest, dass die Rundfunkgesetzgebung Sache der Länder sei und dass damit dem Bund die Kompetenz für die Gründung eines „Regierungsfernsehens“ fehlte. Konrad Adenauer erklärte daraufhin, das Kabinett habe einstimmig beschlossen, dass das Urteil des BVerfG „falsch“ sei. Das BVerfG versuchte sich des Angriffs der Bundesexekutive zu erwehren, indem der Präsident des BVerfG Gebhard Müller seinerseits festhielt, dass kein Verfassungsorgan befugt sei, zu beschließen, ein Spruch des BVerfG entspreche nicht dem Verfassungsrecht.¹ Es war ein Kampf um die Deutungshoheit über die Verfassung.

Das setzte sich in der „Verfassungskrise“ der 1970er Jahre fort, als das BVerfG mehrere Reformprojekte der sozialliberalen Mehrheit des Deutschen Bundestages stoppte.² Die Wehrdienstnovelle, die Reform des Abtreibungsparagrafen des Strafgesetzbuches, die Hochschulmitbestimmung oder auch der Grundlagenvertrag – diese und andere Entscheidungen setzten das BVerfG den Vorwürfen des „Obergesetzgebers“, der „Konterka-

pitäne von Karlsruhe“, der „Usurpation von evidenten Aufgaben des Gesetzgebers“ und der „Entmächtigung des Parlaments“ aus.³ Aus dem Bundeskanzleramt wurde eine Äußerung kolportiert, wonach sich die Regierung ihre Politik nicht „von den acht Arschlöchern in Karlsruhe kaputtmachen“ lassen wolle.⁴ Hier war es nicht allein der Konflikt mit der Exekutive, sondern vor allem der mit dem Bundesgesetzgeber, welcher das BVerfG herausforderte. Erst die Entscheidung zur Unternehmensmitbestimmung von 1979⁵ befriedete das Verhältnis zwischen Politik und BVerfG wieder.

Mitte der 1990er Jahre stieß eine Reihe von Entscheidungen des BVerfG auf heftige Kritik in der Öffentlichkeit. Der Erste Senat löste durch die „Sitzblockaden“-Entscheidung, die „Soldaten-sind-Mörder“-Beschlüsse und durch den „Kruzifix“-Beschluss in weiten Bevölkerungskreisen erheblichen Unmut aus.⁶ In Bayern wurde sogar zum Widerstand aufgerufen: Das „Kruzifix“-Urteil

¹ Vgl. BVerfGE 12, 205; Rede Konrad Adenauers vor dem Bundestag, 8.3.1961, Bundestagsprotokolle, 3. Wahlperiode, S. 8308; Gebhard Müller, zit. nach: Heinz Laufer, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß. Studien zum Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1968, S. 473.

² Vgl. BVerfGE 39, 1 (Schwangerschaftsabbruch); BVerfGE 35, 79 („Hochschul“-Urteil); BVerfGE 36, 1 (Grundlagenvertrag); BVerfGE 40, 296 (Abgeordnetendiäten); BVerfGE 44, 125 (Öffentlichkeitsarbeit); BVerfGE 45, 1 (Haushaltsüberschreitung); BVerfGE 44, 249 (Beamtenkinder); BVerfGE 48, 127 (Wehrpflichtnovelle); Hans Vorländer, Verfassung und Konsens. Der Streit um die Verfassung in der Grundlagen- und Grundgesetz-Diskussion der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1981.

³ Hans Schueler, Die Konterkapitäne von Karlsruhe. Wird Bonn von den Verfassungsrichtern regiert?, in: Die Zeit vom 24.2.1978; Robert Leicht, Die Obergesetzgeber von Karlsruhe, in: Süddeutsche Zeitung vom 17.4.1978; Konrad Zweigert, Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Tübingen 1976, S. 74; Ministerpräsident Holger Börner in einer Rede vor dem rechtspolitischen Kongress der SPD in Kassel am 21.5.1978, wiedergegeben in der Aktuellen Stunde des Hessischen Landtags vom 31.5.1978, Stenografische Protokolle des Hessischen Landtags, 8. Wahlperiode, 78. Sitzung, S. 4743.

⁴ Zit. nach: Uwe Wesel, Der Gang nach Karlsruhe, München 2004, S. 244.

⁵ Vgl. BVerfGE 50, 290.

⁶ Vgl. BVerfGE 92, 1 (Sitzblockaden); BVerfGE 93, 1 (Kruzifix); BVerfGE 93, 266 („Soldaten-sind-Mörder“).

werde zwar „respektiert“, aber nicht „akzeptiert“, befand – rhetorisch feinsinnig, politisch aber eindeutig – der damalige bayerische Ministerpräsident Edmund Stoiber. Zusammen mit dem Erzbischof von München und Freising Friedrich Kardinal Wetter organisierte er eine Großdemonstration, bei der sich 25 000 Gegnerinnen und Gegner vor der Feldherrenhalle in München zum gemeinsamen Protest versammelten. In Karlsruhe wurden im Herbst 1995 die Protestbriefe in Waschkörben ins Gericht getragen. Rund 256 000 Unterschriften wurden gegen die „Kruzifix“-Entscheidung vorgelegt.[¶]

Das Verfassungsgericht war in diesen immer wiederkehrenden Auseinandersetzungen nicht allein passives Objekt politischer und öffentlicher Kritik. Es suchte seinen institutionellen Rang zu behaupten und bestand in solchen Fällen auf seiner Rolle eines „Hüters der Verfassung“.[¶] In diesem Sinne sah es sich befugt, Regierung und Gesetzgebung in ihre verfassungsmäßigen Schranken zu verweisen. Die einen sprachen immer wieder von einer *politischen Indienstnahme des Verfassungsgerichts*, die anderen von der *juristischen Knebelung der Politik*. Die wechselseitigen Vorwürfe einer „Politisierung der Verfassungsgerichtsbarkeit“ und der „Juridifizierung der Politik“ gehören von Beginn an zu den ritualisierten Einwendungen gegen die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit. Trotzdem ist die Stellung des deutschen BVerfG heute unangefochten. Zu erfolgreich hat es sich allen Anfeindungen widersetzen und in den großen verfassungspolitischen Kontroversen behaupten können.

Bundesverfassungsgericht als politischer Akteur

Es kann heute keinen Zweifel geben, dass das BVerfG ein wichtiger politischer Faktor im Regierungssystem der Bundesrepublik geworden ist. Seine Entscheidungen haben politische Auswirkungen. Seine Existenz lässt die Politik anders agieren, weil immer die Möglichkeit des „Gangs nach Karlsruhe“ droht,

¶ Vgl. U. Wesel (Anm. 4), S. 315 ff.

¶ Der Begriff stammt ursprünglich von Carl Schmitt. Er wurde von ihm aber auf den Weimarer Reichspräsidenten bezogen. Vgl. Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* (1931), Berlin 1996⁴.

also Gesetze und exekutives Handeln vor den Richterinnen und Richtern in Karlsruhe verhandelt und auch für verfassungswidrig erklärt werden können. Die Antizipation von Verfahren und Verdikt verändert die Politik.

In der Tat ist es keineswegs so, dass die 16 Karlsruher Richterinnen und Richter völlig unbeeinflusst von der Politik ihre Entscheidungen treffen können. Sie orientieren sich auch am politischen Umfeld, und auch die Auswirkungen von Entscheidungen auf das Handeln politischer Akteure werden bedacht.[¶] Dies ist vor allem dann der Fall, wenn zuvor das BVerfG mit seiner Rechtsprechung in Politik und Öffentlichkeit auf Kritik gestoßen ist und es um die institutionelle Selbstbehauptung geht. Nach Phasen heftiger Kontroversen folgt in aller Regel eine Befriedung des Verhältnisses zwischen Politik und Verfassungsgericht.

In seiner institutionellen Aufgabenbeschreibung war von Anfang an angelegt, dass das BVerfG mehr als nur ein *Schiedsrichter* ist, welcher die Einhaltung des politischen Spielregelwerkes überwacht. Die umfassenden Kompetenzen – nicht zuletzt die abstrakte Normenkontrolle – machten es auch zum *Streitentscheider*, zuweilen zum *Streitschlichter*,[¶] bei Konflikten zwischen Opposition und Regierung, zwischen dem Bund und den Ländern sowie zwischen den Ländern. Über das Institut der individuellen Verfassungsbeschwerde – ein Novum in der Geschichte der Verfassungsgerichtsbarkeit[¶] – wuchs das Gericht zunehmend auch in die Rolle eines *Bürgergerichts* hinein.[¶] Dabei sicherte

¶ Vgl. Georg Vanberg, *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge 2005; ders., *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung*, in: Stefan Ganghof/Philip Manow (Hrsg.), *Mechanismen der Politik. Strategische Interaktion im deutschen Regierungssystem*, Frankfurt/M.–New York 2005, S. 183–213.

¶¹⁰ Vgl. Hans-Peter Schneider, *Richter oder Schlichter? Das Bundesverfassungsgericht als Integrationsfaktor*, in: APuZ, (1999) 16, S. 9–19; Roland Lhotta, *Vermitteln statt Richten*, in: *Zeitschrift für Politikwissenschaft*, 12 (2002) 3, S. 1073–1098.

¶¹¹ In der Paulskirchenverfassung von 1849 fand sich eine ähnliche Bestimmung; doch trat die Verfassung bekanntlich nicht in Kraft.

¶¹² Vgl. Jutta Limbach, *Arbeit im Bundesverfassungsgericht*, in: *Verein der Richter des Bundesverfassungsgerichts e. V.* (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe. Architektur und Rechtsprechung*, Basel–Boston–Berlin 2004, S. 61.

es Positionen der Bürgerinnen und Bürger, baute den Grundrechtsschutz in vielfältiger Weise aus und verwies Legislative und Exekutive immer wieder in ihre Grenzen – oder forderte den Gesetzgeber zu konkreten Maßnahmen auf.

Der Effekt war und ist, dass das BVerfG immer wieder in den politischen Machtkampf, die *politics*, verstrickt ist. Es hat auch die grundgesetzliche Ordnung, die *polity*, entscheidend geprägt und fortentwickelt – von den frühen Entscheidungen zur Bedeutung der Meinungsfreiheit in der Demokratie über die Rolle von Parteien und Medien bis zum Schutz der Privatsphäre in Zeiten großer Datensammlungen.¹³ Hierzu gehören auch die – zumeist umstrittenen – Entscheidungen, die das Verhältnis zwischen nationalstaatlicher Souveränität und europäischer Integration zu justieren suchen.¹⁴ Schließlich ist das BVerfG in wesentlichen Politikfeldern als *policy maker* tätig.¹⁵ Es gestaltet zwar nur indirekt, aber doch nachhaltig ganze Politikbereiche wie Steuerpolitik, Familienpolitik, Sozialpolitik, Rentenpolitik oder Hochschulpolitik mit.¹⁶

Damit nimmt das Verfassungsgericht *realiter* Funktionen wahr, die nach einem Modell reiner Gewaltentrennung nicht der Judikative, sondern der Legislative, Exekutive und der verfassungsgebenden beziehungsweise der verfassungsändernden Gewalt zustehen. Wenn das Verfassungsgericht eine Bedeutung im politischen Alltag der Bundesrepublik Deutschland gewonnen hat, die

¹³ Vgl. BVerfGE 7, 198 (Lüth); BVerfGE 4, 27 (Klagebefugnis politischer Parteien); BVerfGE 8, 51 (Partei-spenden); BVerfGE 20, 56 (Parteienfinanzierung); BVerfGE 85, 264 (Parteienfinanzierung); BVerfGE 12, 205 (Deutschland Fernsehen GmbH); BVerfGE 65, 1 (Volkszählung); BVerfGE 125, 260 (Vorratsdatenspeicherung).

¹⁴ Vgl. BVerfGE 37, 271 (Solange); BVerfGE 73, 339 (Solange); BVerfGE 89, 155 (Maastricht); BVerfGE 123, 267 (Lissabon).

¹⁵ Vgl. Robert A. Dahl, Decision-Making in a Democracy. The Supreme Court as a National Policy-Maker, in: Journal of Public Law, 6 (1957) 2, S. 279–295; Roland Lhotta, Das Bundesverfassungsgericht als politischer Akteur, in: Swiss Political Science Review, 9 (2003) 3, S. 142–153.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 93, 121 (Vermögenssteuer); BVerfGE 99, 216 (Familienlastenausgleich); BVerfGE 100, 1 (Rentenüberleitung); BVerfGE 106, 62 (Altenpflege); BVerfGE 111, 226 (Juniorprofessur).

den anderen Verfassungsorganen von Exekutive und Legislative kaum nachsteht und deshalb auch von einer „Teilhabe“ des Gerichts an der „Staatsleitung“ oder einem „politischen Machtfaktor“ gesprochen wird,¹⁷ dann lassen sich Rolle, Tätigkeit und Funktion des BVerfG nicht allein in rechtlichen Begriffen beschreiben. Wo die „Grenzüberschreitung“ zum Normalfall wird, büßt das Trennungsmodell von Recht und Politik an Erklärungskraft sowie die Rede von der wechselseitigen Verletzung des jeweiligen Arkanums an politischer Argumentationskraft ein.

Dabei sollte die Situierung des Verfassungsgerichts in Karlsruhe, in der „Residenz des Rechts“, die funktionalen Unterschiede zu den politischen Institutionen in Bonn (später Berlin) verdeutlichen. In der Symbolik institutioneller Distanz brachte sich eine Trennung von Recht und Politik zum Ausdruck, welche in der Kontrolle der Politik durch eine eigene Verfassungsgerichtsbarkeit die Stabilitätsgarantie für eine junge, keineswegs gefestigte Demokratie sah. Insofern war die Etablierung des BVerfG im Jahr 1951 die logische Konsequenz einer Verfassung, die sich als Gegenverfassung zum nationalsozialistischen Deutschland, aber auch zum vermeintlichen Werterelativismus der Weimarer Reichsverfassung verstand.

Im Vorrang der Verfassung, institutionell durch eine Verfassungsgerichtsbarkeit mit weitreichenden Kompetenzen untersetzt, gab sich zugleich ein Generalverdacht gegenüber „der“ Politik und dem System der auf unbeschränktem Mehrheitsprinzip basierenden Demokratie zu erkennen.¹⁸ Die Einhegung der Demokratie sollte den Demos davor bewahren, die Demokratie den Feinden der Demokratie auszuliefern, wie es für die „Auflösung der Weimarer Republik“ (Karl Dietrich Bracher) diagnostiziert worden war. Die Herrschaft des Rechts wie auch die Sicherung der demokratischen Grundordnung (Parteien-

¹⁷ So der ehemalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts Hans-Jürgen Papier, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23.5.2000. Vgl. auch Jutta Limbach, Das Bundesverfassungsgericht, München 2001.

¹⁸ 1947 hatte Konrad Adenauer vom Schutz gegenüber der „Diktatur der parlamentarischen Mehrheit“ gesprochen. Institut für Zeitgeschichte (Hrsg.), Akten zur Vorgeschichte der Bundesrepublik Deutschland 1945–1949, Bd. 3, München–Wien 1982, S. 870.

verbot, Aberkennung von politischen Grundrechten, Unabänderbarkeit bestimmter Normen des Grundgesetzes) schien nur durch die Institution einer selbstständigen Verfassungsgerichtsbarkeit gewährleistet zu werden.

Eine solche rechtliche Überformung des demokratischen Systems zeitigte aber Folgeprobleme: Als „Hüter der Verfassung“ – vor allem als Garant von Menschenwürde, Grundrechten und Demokratie – musste das BVerfG, wollte es seine Rolle ernst nehmen, unweigerlich in Konflikt mit der Politik geraten. Es schien regelrecht seine Aufgabe zu sein, der Politik ihre Grenzen aufzuzeigen und dabei selber Politik zu machen. Das war von politischer Seite, auch von den Müttern und Vätern der Verfassung, in dem Maße, wie es dann eintreten sollte, sicherlich nicht antizipiert worden.¹⁹ Doch es war in der Eigen- dynamik der Institution angelegt.

Kampf um die Deutungsmacht

Dennoch musste das BVerfG zunächst einmal seine Stellung, vor allem in den Beziehungen zu den gewählten Institutionen der Legislative und Exekutive, aber auch zu den Institutionen der rechtsprechenden Gewalt und schließlich zur Öffentlichkeit etablieren und sich anschließend in den Konflikten behaupten.²⁰ Denn die formalen Kompetenzen des Artikels 93 des Grundgesetzes erklären nur unzureichend den herausgehobenen Rang, den das BVerfG im politischen System der Bundesrepublik Deutschland in den vergangenen 60 Jahren gewonnen hat. Ein Verfassungsgericht verfügt nicht per se über die Sanktionsmittel wie beispielsweise Gesetzgebung und vollziehende Gewalt, um seine Entscheidungen auch durchsetzen zu können. Exekutive und Legislative ist es theoretisch unbenommen, die Entscheidungen und Urteile zu ignorieren. Das Gericht muss folglich über andere Voraussetzungen und Mittel verfügen, um Folgebereitschaft zu erzeugen.

Das BVerfG deutet die Verfassung. Es verleiht den grundlegenden Ordnungsvorstellungen

des politischen Gemeinwesens Ausdruck. Diese sind in den Rechtsnormen der Verfassung kodiert. Sie bedürfen aber einer Deutung und Anwendung im Konfliktfall. So kann jede Entscheidung des Verfassungsgerichts als Deutungsangebot verstanden werden, das nicht zuletzt mittels der tragenden Entscheidungsgründe um Anerkennung der Streitparteien und Befolgung durch Gesellschaft und Politik wirbt. Prinzipiell besteht eine institutionelle Konkurrenz von Verfassungsgerichtsbarkeit und den politischen Institutionen von Gesetzgebung und Exekutive um die Deutung der Verfassung.

Im Wege der Gesetzgebung können Aufträge, die der Verfassungsgeber der einfachen Gesetzgebung auferlegt hat, eingelöst werden. Auch lassen sich Gesetzgebung und deren administrative Umsetzung als Ausgestaltung der in der Verfassung nur als Rahmen rechtlich normierten Ordnung verstehen, weshalb legislatives und exekutives Handeln immer konkretisierende Verfassungsinterpretation *in praxi* ist. Damit besitzen die politischen Institutionen einen Interpretationsvorsprung, der indes im Konfliktfall in den Interpretationsvorrang der Verfassungsgerichtsbarkeit mündet. Das BVerfG ist von seiner Aufgabe und Funktion der *autoritative Interpret* der Verfassung und stellt deshalb mit seinen Entscheidungen immer auch den Anspruch auf die Hoheit über die verbindliche Deutung.²¹

Wenn folglich das Deutungsangebot der Verfassungsrichter in einem konkreten Fall Zustimmung von den politischen Institutionen und der Öffentlichkeit erhält, dann kann von der Akzeptanz einer Entscheidung gesprochen werden. Über eine Folge von zustimmungsfähigen Entscheidungen baut sich so ein generalisiertes Vertrauen in die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit auf, das nicht mehr allein von der konkreten Spruchpraxis abhängig ist. Auf diese Weise etabliert sich verfassungsrichterliche Deutungsmacht, die, will sie wirksam bleiben, sowohl das Vermögen des Gerichts (im Einzelfall überzeugen zu können) als auch den Glauben des Publikums (dass die verfassungsdeutende Institution legitim sei) voraussetzt.

Bei dieser Deutungsmacht handelt es sich folglich um eine „weiche“ Form der Aus-

¹⁹ Vgl. Konrad Adenauer, Teegespräche 1950–1954, bearbeitet von Hanns Jürgen Küsters, Rhöndorfer Ausgabe, Berlin 1984, S. 365–390.

²⁰ Vgl. Hans Vorländer (Hrsg.), Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit, Wiesbaden 2006.

²¹ Vgl. hierzu und zum Folgenden ebd., S. 9–33.

übung von Macht, die gleichwohl in der Lage ist, nachhaltig zu wirken. Sie ist eine Macht mit Veto-, Verhinderungs- und auch Konformitätseffekten. So kann bereits die Drohung, „nach Karlsruhe zu gehen“, ausreichen, um verfassungswidriges Tun zu unterlassen oder verfassungsgemäßes Handeln zu initiieren. Die Deutungsmacht des BVerfG beruht damit vor allem auf der Autorität der Verfassungsgerichtsbarkeit als autoritativem Verfassungsinterpreten.

Strategie der Selbstautorisierung

Diese musste sich das BVerfG aber erst erarbeiten. Dabei half ihr anfangs eine Strategie der Selbstautorisierung. Das Gericht erklärte sich in der sogenannten Status-Denkschrift, die 1952 von Bundesverfassungsrichter Gerhard Leibholz verfasst wurde und sich an die politischen Verfassungsorgane richtete, selber zum „Verfassungsorgan“.¹²² Damit beanspruchte das BVerfG, auf einer Stufe mit den anderen Gewalten zu stehen und seine spezifische Aufgabe – die Auslegung und Anwendung der Verfassung – im Status eines „Verfassungsorgans“ ausüben zu können. Die folgende Machtprobe mit der Bundesregierung, vor allem mit Justizminister Thomas Dehler, konnte das BVerfG für sich entscheiden, weil Bundestag und Bundesrat die Feststellung des Statusberichts akzeptierten.

Auch konnte sich das BVerfG auf die Fachöffentlichkeit verlassen, die den Statusbericht positiv aufnahm und ebenfalls eine Stärkung der Verfassungsgerichtsbarkeit befürwortete. Auch die Opposition im Bund hatte ein großes Interesse an einer starken Verfassungsgerichtsbarkeit, sah sie doch in ihr ein Unterpfand für die verfassungsrechtliche Auseinandersetzung um die Wiederbe-

¹²² Vgl. Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juni 1952: Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts. Gerichtet an den Bundespräsidenten, die Präsidenten des Bundestags und Bundesrats sowie die Bundesregierung, veröffentlicht am 19. Januar 1953, in: Juristenzeitung, 5 (1953) 8, S. 157f. Wiederabgedruckt in: Journal des Öffentlichen Rechts. Neue Folge, 6 (1957), S. 144–148; Dietrich Herrmann, Akte der Selbstautorisierung als Grundstock institutioneller Macht von Verfassungsgerichten, in: H. Vorländer (Anm. 20), S. 141–173; Oliver Lembcke, Hüter der Verfassung. Eine institutionentheoretische Studie zur Autorität des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 2006.

waffung, genauso wie die Ministerpräsidenten der Länder, die im BVerfG eine Gewähr gegen eine zu starke Zentralregierung sahen.

Am Ende der 1950er Jahre schien der Status des BVerfG kaum noch ernsthaft bestritten zu werden.¹²³ Das BVerfG hatte in zwei Parteienverbotsverfahren den antitotalitären Konsens der Nachkriegszeit bestärkt und die junge Demokratie durch wegweisende Grundrechtsentscheidungen gestärkt.¹²⁴ Die „Selbstermächtigung“ des BVerfG von 1952 sollte im Zuge späterer Novellen des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes und des Grundgesetzes ratifiziert werden.¹²⁵

War damit die Machtstellung einer „Institution ohne Tradition“¹²⁶ behauptet und anerkannt worden, so konnte das BVerfG auch in dem berühmten „Lüth“-Urteil von 1958¹²⁷ nicht nur einen prägenden Einfluss auf die Ausgestaltung der Grundrechte im Verhältnis zwischen Bürgerinnen und Bürgern sowie dem Staat gewinnen, sondern zugleich auch seine Suprematie gegenüber der ordentlichen (Fach-)Gerichtsbarkeit dokumentieren. Das galt im Übrigen auch für das Verhältnis zu den Obersten Bundesgerichten: In der Einrichtungsphase des BVerfG war die Hierarchiefrage nicht geklärt, in Streitfällen, bei denen Fachgerichte Gesetze und Verordnungen wegen Zweifeln an ihrer Verfassungsmäßigkeit beim BVerfG vorlegten, wurden vom jeweils zuständigen Bundesgericht Gutachten erstellt und diese Gutachten oftmals auch veröffentlicht. Dadurch war der Entscheidungsspielraum des BVerfG erheblich eingengt.

Zudem hatte sich das BVerfG in jener Phase auch mit mehreren Bundesgerichten in einem inhaltlichen Dissens befunden. Auch hier wurde das BVerfG „eigenmächtig“ tä-

¹²³ Vgl. U. Wesel (Anm. 4), S. 76–82.

¹²⁴ Vgl. BVerfGE 2, 1 (SRP-Verbot); BVerfGE 5, 85 (KPD-Verbot).

¹²⁵ Vgl. Verankerung der Verfassungsbeschwerden im Grundgesetz. Neunzehntes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, 29.1.1969 (Änderung der Artikel 93 und 94 GG).

¹²⁶ J. Limbach (Anm. 17), S. 11, S. 14.

¹²⁷ Vgl. BVerfGE 7, 198 (Lüth); Thomas Henne/Arne Riedlinger (Hrsg.), Das Lüth-Urteil in (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 2005.

tig, indem der Erste Senat 1955 ein Ende der für die Gerichte „wesensfremden“ Gutachten beschloss. Der Protest der Präsidenten der Oberen Bundesgerichte lief leer, weil es dem BVerfG gelang, den Bundesgesetzgeber für sein Anliegen zu gewinnen, woraufhin die Novelle des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes die Gutachten abschaffte. Die Autorität des BVerfG gegenüber den rechtsprechenden Instanzen war somit eindeutig institutionell und prozedural gestärkt worden.

Nach dieser Etablierungsphase verfassungsgerichtlicher Deutungsmacht musste das BVerfG seine Autorität in der öffentlichen Auseinandersetzung mit den anderen Gewalten zu behaupten suchen. Vor allem die 1970er Jahre sahen eine Reihe von politischen und institutionellen Konflikten im Zusammenhang mit der kritischen Verfassungsrechtsprechung gegenüber Legislative und Exekutive. Dabei wurde sehr wohl die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit, vor allem ihre Interpretationsprärogative, bestritten.

„Politisierung der Verfassungsjustiz“ und „Verrechtlichung der Politik“

Nicht selten fanden in dieser Konfliktphase Versuche der politischen Institutionen statt, das BVerfG zu instrumentalisieren, indem in Zeiten starker politischer Polarisierung zwischen Parteien sowie zwischen Regierung und parlamentarischer Opposition das BVerfG angerufen wurde, um dem politischen Gegner auf dem Feld des Verfassungsrechts eine Niederlage zuzufügen, die sich auf dem Feld der politischen oder gesellschaftlichen Auseinandersetzung nicht erreichen ließ.¹²⁸ In dieser Periode fanden jene wechselseitigen Schuldzuweisungen der „Politisierung der Verfassungsjustiz“ und der „Verrechtlichung der Politik“ statt.¹²⁹

¹²⁸ Vgl. Klaus Stüwe, Die Opposition im Bundestag und das Bundesverfassungsgericht, Baden-Baden 1997; ders., Bundesverfassungsgericht und Opposition, in: Robert Chr. van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht im politischen System, Wiesbaden 2006, S. 215–228.

¹²⁹ Vgl. Dieter Grimm, Verfassungsrechtlicher Konsens und politische Polarisierung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Peter Haungs (Hrsg.), Verfassung und politisches System, Stuttgart 1984, S. 35–42.

Paradoxerweise, so zeigt die historische Bilanz, stärkte der Konflikt um die Judikatur die Deutungsmacht des BVerfG. Dies liegt vor allem darin begründet, dass zum einen gerade die politische Anrufung die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit verdeutlicht und zum anderen die Verfassungsgerichtsbarkeit sich selbst zum Schiedsrichter und Schlichter im politischen Konflikt zu inszenieren verstand. Aus dieser Konfliktphase der 1970er Jahre ging also das BVerfG gestärkt hervor, weshalb in der Folge die Deutungsmacht nicht mehr prinzipiell infrage gestellt wurde. Karlsruhe hatte mehrfach über Bonn obsiegt.¹³⁰

Das BVerfG hat selber im Laufe der Zeit eine institutionelle Praxis ausgebildet, die seine Stellung als Interpret der Verfassung zu befestigen und Deutungsmacht zu beweisen vermochte. Das Gericht „verkörpert“ die Verfassung, ihren Wandel und ihre fortdauernde Interpretationsnotwendigkeit. Insofern ist es wie eine jede Verfassungsgerichtsbarkeit das Scharnier zwischen der Ursprungsverfassung und der jeweils geltenden Verfassung. Als autoritativer Interpret ist das BVerfG die entscheidende Institution, die Verfassung auf Dauer zu stellen.

Allerdings läuft eine jede Verfassungsgerichtsbarkeit auch Gefahr, ihre Sonderstellung bei der Interpretation der Verfassung zu überziehen und in der Öffentlichkeit den Eindruck hervorzurufen, dass sie sich selbst an die Stelle der Verfassung setzt. Wenn Entscheidungen „im Namen des Volkes“ ergehen, so versucht das BVerfG deshalb immer deutlich zu machen, dass hier allein die Verfassung ausgelegt, also allein dem Willen des Verfassungsgebers oder des die Verfassung ändernden Gesetzgebers Rechnung getragen wird. Allzu deutlich darf die eigenständige, das Grundgesetz auslegende und fortbildende Rechtsprechungstätigkeit nicht hervortreten; sie „versteckt“ sich hinter der Verfassung.¹³¹

¹³⁰ „Der Spruch von Karlsruhe. Bonn angezählt“ titelte „Der Spiegel“ am 18. 4. 1983 nach dem „Volkszählungs“-Urteil (BVerfGE 64, 67).

¹³¹ Vgl. Hans Vorländer, Hinter dem Schleier des Nichtpolitischen, in: Gert Melville (Hrsg.), Das Sichtbare und das Unsichtbare der Macht. Institutionelle Prozesse in Antike, Mittelalter und Neuzeit, Köln–Weimar–Wien 2005, S. 113–127.

Wird die Tätigkeit des interpretierenden Verfassungsrichters nur ausschnittsweise sichtbar – für die Bürgerinnen und Bürger spielt sie im Arkanum des Rechts –, so findet auf der anderen Seite eine demonstrativ sichtbare Inszenierung des kollektiven richterlichen Spruchkörpers statt. Die Rituale des Einzugs des Hohen Gerichts in den großen Saal des BVerfG, die Respektbezeugung von Parteien und Publikum, die Verkündungspose sind Mechanismen verfassungsgerichtlicher Selbstinszenierung, welche die Autorität des Verfassungsgerichts und der von ihr autoritativ gedeuteten Verfassung sichtbar und spürbar werden lassen. Von dieser Auratisierung der Rechtssphäre und ihrer fallweisen Verkörperung durch die in würdevoller Distanz zur Politik agierende, in roter Robe die Entscheidung verkündende Richterschaft profitiert ganz ohne Frage eine Institution wie das BVerfG.

Institutionenvertrauen und Entscheidungsakzeptanz

Dem BVerfG ist es gelungen, in den 60 Jahren seiner Tätigkeit ein hohes Vertrauen der Öffentlichkeit zu erwerben, das zugleich seine entscheidende Machtressource darstellt. Es genießt ein hohes, vor allem politische Institutionen überragendes, generalisiertes Institutionenvertrauen, das kurzfristige Erschütterungen und Akzeptanzverweigerungen bei Einzelentscheidungen zu absorbieren vermag. Konkrete Entscheidungen, ihre Akzeptanz oder ihre Ablehnung schlagen kaum auf das hohe generelle Vertrauen durch.

Nicht alle Entscheidungen führten zu politischen Konflikten; genau genommen handelte es sich nur um eine kleine Minderheit. Darüber hinaus werden keineswegs alle Entscheidungen (gerade einmal die Hälfte) in der Öffentlichkeit wahrgenommen. Wie umstritten eine Entscheidung ist, liegt weniger an der Entscheidungsmaterie selbst, sondern hängt von der öffentlichen Debatte ab, vor allem von der Berichterstattung der Massenmedien. Dabei lassen sich verschiedene Gattungen umstrittener Entscheidungen identifizieren.¹³²

¹³² Vgl. Hans Vorländer/Gary S. Schaal, Integration durch Institutionenvertrauen?, in: Hans Vorländer (Hrsg.), Integration durch Verfassung, Wiesbaden 2002, S. 343–374.

Eine Tendenz zur Konflikthaftigkeit scheinen jene Entscheidungen zu besitzen, die eine soziomoralische Konfliktlinie berühren. Bei solchen Entscheidungsmaterien kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie auf unumstrittene Akzeptanz stoßen. Beispiele sind hier die Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch oder der „Kruzifix“-Beschluss. Sie zeigen zugleich die Grenzen der Interpretationsmacht des Bundesverfassungsgerichts auf. Trifft – wie in der „Kruzifix“-Entscheidung – das Verfassungsgericht die soziokulturelle und religiöse Vorstellungswelt des (in diesem Falle bayerischen) Adressaten nicht, läuft das Interpretationsangebot leer.¹³³

Ähnliches scheint für Entscheidungen zu gelten, die in ein parteipolitisch polarisiertes Umfeld fallen. Konflikte sind immer dort vorgezeichnet, wo sich gesellschaftliche und politische Lager um brisante politische Themen gebildet haben und eine im parlamentarischen Gesetzgebungsprozess unterlegene Gruppe das BVerfG anruft, das dann Gefahr läuft, zum „Oppositionsgericht“ zu werden. Die Auseinandersetzung um die Reformgesetze der sozialliberalen Regierungskoalition in den 1970er Jahren – von der Ostpolitik über die Gesellschafts- und Bildungspolitik bis hin zur Verteidigungspolitik – haben dies deutlich gezeigt. In beiden Kontexten, dem soziomoralischen und dem parteipolitisch polarisierten Umfeld, kann die Entscheidungspraxis des BVerfG keineswegs befriedend oder streitschlichtend, sondern sehr wohl auch konfliktverlängernd wirken. Hier gilt dann *Karlsruhe locuta, causa non finita*: Das BVerfG hat dann keineswegs das „letzte Wort“.¹³⁴

Von einem eher niedrigen Grad der Konflikthaftigkeit sind solche Entscheidungen, die im „technischen“ Bereich des Staatsorganisationsrechts anzusiedeln sind. Von hoher Aufmerksamkeit und öffentlicher Wahrnehmung

¹³³ Anders entschied das Bundesverfassungsgericht im sogenannten Kopftuch-Fall, BVerfGE 108, 282. Die Entscheidung, ob Lehrerinnen ein Kopftuch tragen dürfen, sollte im öffentlichen Diskurs und letztlich durch den Landesgesetzgeber gefällt werden – eine kluge Strategie institutioneller Selbstbescheidung des Gerichts, das damit Turbulenzen, wie sie nach der „Kruzifix“-Entscheidung entstanden, vermied.

¹³⁴ Vgl. Peter Graf Kielmansegg, Die Instanz des letzten Wortes, Stuttgart 2005.

mung begleitet, jedoch von ebenfalls niedriger Konflikthaftigkeit sind Entscheidungen, die das Verfassungsgericht als Anwalt der Bürgerinnen und Bürger, zum Teil auch gegen das politische System und seine Akteure auszeichnen.

Ein Beispiel ist hier die Entscheidung zur Volkszählung, die ein Gesetz, das mit fast einstimmiger Mehrheit des Deutschen Bundestages verabschiedet worden war, im Interesse der vom Datenschutz gebotenen „informati-onellen Selbstbestimmung“ der Bürgerinnen und Bürger für verfassungswidrig erklärte. Ähnlich verhält es sich dort, wo das BVerfG zum Ausfallbürgen für die Politik wird und der Untätigkeit der Legislative durch eigene Entscheidungen abhilft, wie es im Familien- und Steuerrecht geschehen ist.

Das hohe generalisierte Institutionenvertrauen zeigt sich demnach als eine Machtressource, die bislang nicht nachhaltig durch Konflikte um einzelne Entscheidungen des Gerichts beschädigt oder verbraucht worden ist. Im Gegenteil: Von den maßgeblichen Verfassungsorganen der grundgesetzlichen Ordnung genießt das Verfassungsgericht bundesweit einen Vertrauensvorsprung vor den anderen, im engeren Sinne politischen Institutionen wie der Gesetzgebung, der Exekutive oder den politischen Parteien.^{¶5} Dabei ist es so, dass das BVerfG, gerade im Unterschied zum Bundestag, als die eindeutig „sympathischere“ Institution wahrgenommen wird. Dem BVerfG werden die Leitideen der Gerechtigkeit, der Verwirklichung der Ziele und Werte des Grundgesetzes und die Überprüfung von Gesetzen zugeschrieben. Die Bürgerinnen und Bürger sind davon überzeugt, dass das BVerfG diese Aufgaben auch erfüllt und gegenüber der Politik durchsetzt. Das hohe Institutionenvertrauen ist damit die entscheidende, den Mangel an Zwangsgewalt kompensierende Machtressource des BVerfG.

Bundesverfassungsgericht regiert mit

Das BVerfG hat eine überragende Stellung im politischen System der Bundesrepublik

^{¶5} Vgl. Hans Vorländer/André Brodocz, Das Vertrauen in das Bundesverfassungsgericht. Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage, in: H. Vorländer (Anm. 20), S. 259–296.

Deutschland gewonnen. Fast 190 000 Verfahren beschäftigten das Verfassungsgericht bis Ende 2010, davon rund 182 000 Verfassungsbeschwerden von Bürgerinnen und Bürgern.^{¶6} Die Rechtsprechung des BVerfG umfasst zurzeit 127 Bände. Darin enthalten sind nur die vom BVerfG selbst für bedeutend erklärten Entscheidungen. Der gleichermaßen beeindruckende wie beunruhigende Schluss liegt deshalb nahe, dass es auf die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland – das 1949 in Kraft getretene Grundgesetz – alleine gar nicht mehr ankommt: Ohne die Rechtsprechung des BVerfG ist die Verfassung nicht mehr verständlich.

Das Verfassungsgericht legt die Verfassung nicht nur aus, sie hat sie auch fortgebildet, zuletzt sehr deutlich im Bereich des Datenschutzes. Damit aber scheint die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts zu bestimmen, was die Verfassung ist. Was der amerikanische Verfassungsrichter Charles Evan Hughes schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts sagte, gilt auch für die deutsche Verfassungslage: „The constitution is what the judges say it is.“^{¶7}

Ein solcher Befund ist demokratietheoretisch nicht unbedenklich, lebt die Demokratie doch davon, dass der verfassungs-ändernde oder der einfache Gesetzes- und Verordnungsgeber die eigentliche Instanz legitimer politischer Gestaltung ist. Die Befürchtung des Marsches in den „Jurisdiktionsstaat“ ist vielfach geäußert worden,^{¶8} ebenfalls, dass es den Verfassungsrichtern und Verfassungsrichtern in Karlsruhe an einer direkten demokratischen Legitimation durch Wahl fehle.^{¶9} Ein Gericht, das immer wieder Gesetze aufhebt, vermag zudem als *veto player* zu politischen Blockaden beitragen und dort, wo es der Legislative vorschreibt, wie ein Gesetz auszusehen habe, in

^{¶6} Vgl. www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html (2.8.2011).

^{¶7} Charles E. Hughes, Speech Before the Elmira Chamber of Commerce (1907), in: Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, 1906–1916, New York 1916, S. 185.

^{¶8} Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt/M. 1991, S. 159–199.

^{¶9} Vgl. Christine Landfried, Die Wahl der Bundesverfassungsrichter und ihre Folgen für die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: R. Chr. van Ooyen/M. H. W. Möllers (Anm. 28), S. 229–241.

Formen des *judicial activism* den Gesetzgeber überspielen oder gar ersetzen. Der Hüter der Verfassung wird dann zum Lenker der Politik.

Alle diese Gefahren sind nicht von der Hand zu weisen, Beispiele aus der 60-jährigen Praxis des BVerfG finden sich. Aber zugleich zeigt die Geschichte der Karlsruher Verfassungsgerichtsbarkeit, wie übrigens die anderer Länder auch, dass sich Verfassungsgerichte auch selber zu korrigieren vermögen. Sie haben keineswegs immer das „letzte Wort“, auch wenn sie es, um der Vorrangstellung ihrer Institution willen, beanspruchen (müssen). In einer „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“⁴⁰ sind sie, wie auch die politischen Gewalten, der öffentlichen Kritik ausgesetzt. Sie befinden sich in einem ständigen konflikthaften Dialog mit den Medien, den Bürgerinnen und Bürgern, der Legislative und Exekutive, der ordentlichen Gerichtsbarkeit im eigenen Land und zunehmend auch mit den supranationalen europäischen Gerichtshöfen.⁴¹

Verfassungsgerichte wie das BVerfG „regieren“ mit⁴² – auch wenn sie nur auf Antrag tätig werden können. Das ist die Logik der Verfassungsdemokratie, in welcher konstitutionelle Regeln die Demokratie beschränken, aber auch immer wieder ermöglichen. Dabei leben sie vom Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger sowie vom Anschein, nicht politisch zu sein. Das gibt ihnen die Deutungsmacht, über die grundlegenden Ordnungsvorstellungen mit dem Anspruch der Verbindlichkeit zu urteilen. Das BVerfG hat seine Rolle in den 60 Jahren seiner Existenz gefunden. Ohne das BVerfG wäre die Bundesrepublik Deutschland eine andere Republik geworden.

⁴⁰ Peter Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, in: Juristenzeitung, 10 (1975), S. 297–305.

⁴¹ Vgl. BVerfGE 37, 271 (Solange); BVerfGE 73, 339 (Solange); BVerfGE 89, 155 (Maastricht); BVerfGE 97, 125 (Caroline von Monaco); BVerfGE 101, 361 (Caroline von Monaco); BVerfGE 111, 307 (EGMR-Entscheidung/Görgülü); BVerfGE 123, 267 (Lissabon).

⁴² Vgl. Alex Stone Sweet, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford 2002.

Uwe Kranenpohl

Hinter verschlossenen Türen: Beratungsgeheimnis des Bundesverfassungsgerichts

Der „Gang nach Karlsruhe“¹ ist in der politischen Diskussion der Bundesrepublik Deutschland zum „geflügelten Wort“ geworden. Es veranschaulicht, welche zentrale Bedeutung die Verfassungsrechtsprechung in unserem politischen System nach 1945 gewonnen hat. Dies spiegelt sich auch in der Medienberichterstattung über das Bundesverfassungsgericht

Uwe Kranenpohl

Dr. phil., geb. 1966; Professor für Politik- und Verwaltungswissenschaften an der Evangelischen Hochschule Nürnberg; Privatdozent an der Universität Passau; Bärenschanzstraße 4, 90403 Nürnberg.
uwe.kranenpohl@evhn.de

(BVerfG) wider: Verkündet „Karlsruhe“ ein wichtiges Urteil, konzentriert sich die öffentliche Aufmerksamkeit auf die ehemalige badische Residenzstadt. Fernsehsender stellen ihr Programm um und übertragen live. Dann vollzieht sich ein bemerkenswertes Schauspiel: Acht Richterinnen und Richter ziehen in scharlachroter Robe in den Gerichtssaal ein und verkünden die von ihnen – oft einmütig – getroffene Entscheidung. Danach kommentieren die versammelten Beobachter, wie diese Entscheidung zu bewerten ist und welche Auswirkungen sie auf die deutsche Politik oder auch jede einzelne Bürgerin und jeden einzelnen Bürger haben könnte. Doch was zuvor innerhalb des Gerichtsgebäudes am Karlsruher Schlossplatz geschehen ist, wird kaum thematisiert. Wie kommt das BVerfG eigentlich zu seinen Entscheidungen?²

Ich danke Henrik Gast und Carsten Pietsch für hilfreiche Anmerkungen.

¹ Uwe Wesel, *Der Gang nach Karlsruhe*, München 2004.

² Grundlage der folgenden Analyse sind 30 Leitfadenterviews, die zwischen Oktober 2005 und Januar 2006 mit aktiven und ehemaligen Richterinnen und Richtern des BVerfG geführt wurden. Ihnen wurde Anonymität zugesichert, weshalb diese im Folgenden auch nur in der männlichen Form angesprochen

Formale Struktur im Überblick

Wie bei allen Gerichtsverfahren sind auch die Abläufe beim BVerfG verregelt. Zwar weist das Prozessrecht für Verfahren vor dem BVerfG vielfältige Variationen auf.[¶] Gleichwohl lässt sich eine gemeinsame Struktur erkennen, bei der sich insbesondere der Gerichtscharakter des BVerfG herausstellt: Am Ende einer Fallbehandlung muss ein Beschluss des „Gerichts“ oder eines seiner Gremien vorliegen. Im Folgenden wird die Struktur beispielhaft anhand eines Verfahrens dargestellt, welches eine Behandlung im Senat erfordert.[†]

Zunächst wird der eingehende Antrag durch die Gerichtsverwaltung gesichtet. Sie schlägt vor, welchem Dezernat der Eingang zuzuordnen ist. Daraufhin empfehlen die Präsidialräte, welchem Berichterstatter der Vorgang nach der Geschäftsverteilung des BVerfG und der beiden Senate zur Bearbeitung zugehen soll. Aufgrund dieser Empfehlung entscheidet der Senatsvorsitzende. Zuweilen können Unklarheiten über eine korrekte Zuteilung auftreten, da die Rechtsmaterien nicht immer eindeutig zuzuordnen sind. Soweit es möglich ist, wird bereits innerhalb der Gerichtsverwaltung versucht, solche Zuordnungsprobleme zu lösen, wobei den beiden Präsidialräten eine zentrale Funktion zukommt. Ansonsten geschieht dies üblicherweise konsensual zwischen den Vorsitzenden und den Berichterstattern auf dem „kleinen Dienstweg“. Nur in wenigen Fällen tritt der Sechser-Ausschuss in Aktion, um Zweifelsfälle zu klären.[‡]

Das jeweilige Dezernat erstellt zur Vorbereitung der Senatsberatung ein Votum, welches nicht nur einen Tenorierungsvor-

werden. Die zitierten Interviews finden sich in: Uwe Kranenpohl, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeschehens*, Wiesbaden 2010.

¶ Vgl. Klaus Schlaich/Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, München 2007, Rn. 77.

† Dies betrifft die meisten der 19 Verfahrensarten. Verfassungsbeschwerden (VerfB) und Richter vorlagen werden üblicherweise durch die Kammern bearbeitet. Auch sie verfahren nach den gleichen Prinzipien.

‡ Vgl. Andreas Sattler, *Die Zuständigkeit der Senate und die Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung*, in: Christian Starck (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Bd. 1, Tübingen 1976, S. 129-132.

schlag, sondern auch umfangreiche Materialien und Informationen zur Begründung enthält. Mit dieser Vorlage tritt der Senat in die Entscheidungsberatung ein, verhandelt – mitunter auch mehrmals – über den Fall und fällt schließlich eine Entscheidung. Das Dezernat erstellt einen Entscheidungsentwurf, der wiederum allen Senatsmitgliedern zugestellt wird. In der folgenden Leseberatung überarbeitet und verabschiedet der Senat den Entscheidungstext. Schließlich wird die Entscheidung in geeigneter Form durch das BVerfG verkündet. Dieser Entscheidungsprozess ist sowohl durch das Prinzip der Arbeitsteilung als auch von der kollektiven Verantwortung des Richterkollegiums geprägt.

Rolle des Berichterstatters und der Entscheidungsberatung

Eine erste Bearbeitung der Verfahren erfolgt durch die zuständigen Berichterstatter. Diese bleiben bis zur Abgabe ihres Votums üblicherweise „Herr des Verfahrens“.[¶] Ihre primäre Aufgabe ist es, den Fall in einer für die Beschlussfassung im zuständigen Richterkollegium geeigneten Weise zu strukturieren: „Das geschieht in einer sehr zeitaufwändigen Arbeit. Er legt ein Votum vor, das meistens außerordentlich umfangreich ist – mehr als hundert Seiten ist durchaus normal.“ (Interview Nr. 11) Das Votum umfasst nicht nur einen Tenorierungsvorschlag und eine knappe Begründung, sondern stellt eine umfangreiche Aufarbeitung aller entscheidungsrelevanten Punkte dar. Die zu berücksichtigenden Kriterien sind vielfältig: Unerlässlich ist, dass der Berichterstatter auf die bisherige Rechtsprechung des BVerfG Bezug nimmt; daneben ist selbstverständlich auch die einschlägige Fachliteratur – nicht notwendigerweise nur juristischen Charakters – zurate zu ziehen und aufzubereiten.[‡] Schließlich können die Materialiensammlungen auch Prozessakten der fachgerichtlichen Ausgangsverfahren umfassen.

¶ Vgl. Uwe Kranenpohl, *Herr des Verfahrens oder nur Einer unter Acht?*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 30 (2009), S. 135-163.

‡ Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, *Die Klugheit der Entscheidung ruht in ihrer Herstellung*, in: Arno Scherzberg (Hrsg.), *Kluges Entscheiden*, Tübingen 2006, S. 4.

Diese Materialien werden zusammen mit dem Beschlussvorschlag den Mitgliedern des Senats zugestellt. Das Votum ist daher weniger eine Entscheidungs- als eine Beratungsvorlage, durch die ein ausgewogener Informationsstand zwischen den Senatsmitgliedern hergestellt und den Erörterungen eine gewisse Struktur gegeben wird: „Das Votum ist nicht Gegenstand der Beratung, sondern Grundlage, was meiner Erfahrung nach ein großer Unterschied ist. (...) Der Senat berät seine Sache auf der Grundlage des Votums – und das ist sehr oft dann am Ende anders als das, was der Berichterstatter meint.“ (Interview Nr. 5) Um in einen fachlichen Diskurs über das Votum eintreten zu können, ist es die „selbstverständliche Pflicht“ jedes Senatsmitglieds, sich mit Hilfe des Votums und der beigefügten Materialien für die Beratungen zu präparieren.¹⁸ Entsprechend sieht die Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGG) vor, dass zwischen Verteilung des Votums und der Beratung (oder mündlicher Verhandlung) mindestens zehn Tage liegen müssen.

Die Entscheidungsberatung selbst kann sich über mehrere Sitzungen erstrecken und gegebenenfalls auch durch eine mündliche Verhandlung unterbrochen werden. Sie ist damit ein zentrales Element des verfassungsgerichtlichen Verfahrens. Dabei zeichnet sie sich – etwa im Vergleich zum US-amerikanischen Supreme Court – durch ihre Diskursivität aus: Die Beratung ist ein Prozess mit einer eigenen Dynamik und bewusst als *entscheidungsoffen* definiert. Eine aus der Sicht der Senatsmitglieder gelungene Beratung liegt vor, wenn das erzielte Ergebnis über die Summe der jeweiligen Einschätzungen der Beteiligten hinausgeht: „Ich habe den Start einer Senatsberatung mal mit einem Bild verglichen: Es steigen alle gemeinsam in ein Boot und kommen nach langer Fahrt an Ufern an, von deren Existenz sie manchmal gar nichts gewusst haben, als die Fahrt losging.“ (Interview Nr. 18)

Die Beratung beginnt mit dem Vortrag des Berichterstatters. Die sich daraufhin entspin- nenden Diskussionen können in der Sache äußerst hart geführt werden, denn im Selbstverständnis des Senats ist es Aufgabe der Beratung, das Votum des Berichterstatters einer

¹⁸ Vgl. ebd.

kritischen Würdigung zu unterziehen und es auf seine Qualität hin zu prüfen. Bewusst und aktiv wird nach möglichen Schwächen des Votums geforscht, wie ein Berichterstatter darlegt: „Man kommt in die Sitzung und fängt an, gespannt zu sein (vielleicht etwas nervös zu sein). Man trägt in der Beratung vor, und dann sitzen da sieben Pokerfaces um Sie herum – und irgendwann geht es plötzlich los!“ (Interview Nr. 3)

Die Entscheidungsberatung ist Dreh- und Angelpunkt des Karlsruher Entscheidungsprozesses; das Beratungszimmer ein gegenüber direkten Einflüssen von externen Akteuren weitgehend abgeschlossener Raum, in welchem sich ein Diskurs unter acht Entscheidungsträgerinnen und Entscheidungsträgern entfaltet: „Hier ist so eine ‚klösterliche‘ Überzeugung: Wir sitzen in einem abgeschiedenen Bereich und holen zwar unsere Informationen und alles Mögliche. (...) Aber der Druck geht im Beratungszimmer von meinem Nachbarn aus, der die Argumente hat, und die muss ich entweder entkräften können oder sie drücken mich nieder.“ (Interview Nr. 14) Angesichts der weitreichenden potenziellen Konsequenzen der Verhandlungsgegenstände sind Konflikte innerhalb der Beratung gang und gäbe. Feste gruppeninterne Verhaltensregeln sind erforderlich, um solche Situationen bewältigen zu können. Der ironische Stoßseufzer eines Interviewpartners verdeutlicht die Kernproblematik: „Acht sind in einem hierarchiefreien Raum schon eine ganze Menge ‚Richterpersönlichkeit‘. Manchmal sage ich: Das sind sieben zuviel – aber das sage ich nur, wenn meine Kolleginnen und Kollegen nicht dabei sind.“ (Interview Nr. 2)

Rolle von Dogmatik und Interpretationsmethoden

In den Interviews wurde die große Bedeutung des Argumentierens gemäß der juristischen Methodenlehre im Willensbildungs- und Entscheidungsprozess betont:¹⁹ „Es ist häufig so, dass die Relevanz und das Gewicht der juristischen Normen und auch der

¹⁹ Vgl. Uwe Kranenpohl, Die Bedeutung von Interpretationsmethoden und Dogmatik in der Entscheidungspraxis des Bundesverfassungsgerichts, in: Der Staat, 48 (2009), S. 385–407.

juristischen Argumentationsmuster von Sozialwissenschaftlern und auch Historikern unterschätzt wird. Es gibt so kurzschlüssige Schlussfolgerungen – manchmal recht plump, manchmal mehr sophisticated: Jemand ist Familienvater, also urteilt er familienfreundlich (...). Aber kein richtiges Gespür, dass zwischen der Person und der Entscheidung Normen stehen – determinationsfähiger oder determinationschwächer. Aber es steht dazwischen ein immer im Fluss befindliches, änderungsbedürftiges, aber doch für den Moment gesehen akzeptiertes Methodeninstrumentarium.“ (Interview Nr. 19) Dieses „Methodeninstrumentarium“ entspricht zwar dem in Rechtswissenschaft und Fachgerichtsbarkeit üblichen und orientiert sich an den klassischen Auslegungsmethoden der grammatischen (Erschließung des Wortsinns), historischen (Erschließung des Willens des Normgebers), teleologischen (Erschließung des Sinns und des Zwecks einer Norm) und systematischen (Widerspruchsfreiheit des Normgefüges) Methode. Allerdings sprach schon Willi Geiger, ehemaliger Richter am Bundesverfassungsgericht, von einem „Bündel von Auslegungsregeln“,¹⁰ welche das BVerfG verwende. So zeichnet sich die Rechtsprechungspraxis im Vergleich zur Fachgerichtsbarkeit durch eine deutlich größere Vielfalt „vertretbarer“ methodischer Herangehensweisen aus.

Für diese Vielfalt ist im Gegenzug der Preis zu zahlen, dass die Verfassungsrechtsprechung die Frage nach der im konkreten Fall angemessenen Methode nicht allgemeingültig und zweifelsfrei beantworten kann. Das Dilemma einer Vielstimmigkeit „vertretbarer“ Interpretationen, die durch die juristische Methodik allenfalls kontrolliert werden kann,¹¹ illustriert – etwas überspitzt – ein Richter anhand einer fundamentalen Formel methodischen Vorgehens bei der Norminterpretation: „Natürlich gab es ursprünglich Versuche, wenigstens ein methodisches Instrument zu entwickeln. Aber die juristische Methodenlehre ist nun mal furchtbar unseriös! Man kommt da zu nichts. Selbst mit der schönen Formel ‚Der Wortlaut ist das

absolute Ende‘ kann man nicht arbeiten, weil der Wortlaut auch sonst bei Auslegungen so oft mit Füßen getreten wird: Warum gerade dann, wenn es die Verfassung gebietet, nicht? (...) Ich bin für Zurückhaltung, aber ich habe keine Möglichkeit gefunden, eine methodisch klare Linie zu finden. (...) Da muss man sein richterliches Gewissen befragen.“ (Interview Nr. 27)

Allerdings ist auch festzuhalten, dass diese Methodenvielfalt es dem BVerfG erlaubt, situationsspezifisch zu reagieren und auch Überlegungen zu den Entscheidungsergebnissen in den Beratungen und den Urteilen zu berücksichtigen: „Was das Gericht zu Methodenfragen äußert, ist nicht konsistent. Das Gericht ist in Wahrheit auf das ihm richtig erscheinende Ergebnis aus. Auf dem Wege hierzu beachtet das Gericht exegetische Grundregeln oder andere Prinzipien der Verfassungsinterpretation als Warnlampen, aber nicht als Gewähr für das richtige Ergebnis; sie sind Bojen, nicht Lotsen.“¹²

Mit dieser methodischen Unschärfe in der Entscheidungspraxis des BVerfG korrespondiert eine dogmatische: Die Deutungshoheit über die Verfassung erlaubt dem Gericht, in nicht unbeträchtlichem Maße Steuerungsimpulse in Politik, Fachgerichtsbarkeit, Rechtswissenschaft und Gesellschaft zu setzen. Wegweisend waren dafür Positionen, die das BVerfG bereits in den ersten Jahren seines Bestehens erarbeitete: „Den Zugriff auf alle Lebensbereiche, den hat sich das Gericht durch seine Allgemeine Grundrechtslehre verschafft, indem es gesagt hat: Grundrechte sind nicht nur Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, sondern verkörpern eine objektive Wertordnung, zu deren Schutz der Staat verpflichtet ist. Insofern gelten sie auch im Verhältnis von Privaten untereinander. (...) Das bringt natürlich einen großen Zugriff des Gerichts auf alle Lebensbereiche.“ (Interview Nr. 18)

Insbesondere mit dem „Lüth“-Urteil (BVerfGE 7, 198) im Jahr 1958 ist es dem Gericht gelungen, faktisch die gesamte Rechts-

¹⁰ Willi Geiger, Vom Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts, Hannover 1979, S. 11.

¹¹ Vgl. Ingwer Ebsen, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, Berlin 1985, S. 26.

¹² Ernst Gottfried Mahrenholz, Probleme der Verfassungsauslegung, in: Hans-Peter Schneider/Rudolf Steinberg (Hrsg.), Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst, Heidelberg 1999, S. 53.

ordnung seiner Jurisdiktion zu unterwerfen:¹³ „Seit der in der ‚Lüth-Entscheidung‘ vorgenommenen materiell-rechtlichen Sicht der Grundrechte mit ihrer Ausstrahlungswirkung auf das gesamte einfache Recht wie Zivilrecht, Strafrecht, Sozialrecht, Steuerrecht kann jeder einfachrechtliche Fall zu einer Verfassungsrechtsfrage werden.“ (Interview Nr. 17)

Wenig überraschend ist es, dass dieser Gestaltungswille von der Staatsrechtslehre bereits früh beanstandet wurde. Auch heute noch wird beklagt, das BVerfG folge in seiner Entscheidungspraxis keinen klaren Prinzipien, sondern agiere auf dogmatisch äußerst schwankendem Grund. Etwas überspitzt formuliert: Die verfassungsrechtlichen Vorgaben und Maßstäbe lassen sich weniger dem Grundgesetz als vielmehr der Judikatur des BVerfG entnehmen.¹⁴ Die Problematik, dass das konstitutionelle Normengefüge gleichsam interpretativ „entgrenzt“ werden könnte, ist auch den meisten Interviewpartnern bewusst: „Ein Entscheidungsband enthält vierhundert Seiten, wenn Sie davon alle Sachberichte und Stellungnahmen abziehen, sind es vielleicht noch zweihundert Seiten. Wenn Sie das mit 111 Bänden [die amtliche Sammlung der Entscheidungen des BVerfG enthielt zur Zeit der Befragung 111 Bände, Anm. U.K.] multiplizieren, kommen Sie auf über 22 000 Seiten. (...) 111 Bände, das ist eine parakonstitutionelle Rechtsmasse, die selbst eine aufwändige Hypothek ist.“ (Interview Nr. 30)

Denn das Gericht bindet sich durch seine Rechtsprechung in hohem Maße auch selbst. So weist der Richter darauf hin, dass gewisse Rechtsfragen nach jahrzehntelanger Praxis gar

¹³ Das BVerfG entschied, dass Erich Lüths Aufruf, den Film „Unsterbliche Geliebte“ des NS-Regisseurs Veit Harlan („Jud Süß“) zu boykottieren, nicht sittenwidrig, sondern durch das Recht auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 GG) gedeckt gewesen sei. Mit diesem Urteil „revolutionierten die Karlsruher Richter das bis dahin herrschende Verfassungs- und Grundrechtsverständnis“. Michael Reissenberger, Der Fall Lüth, in: Deutschlandfunk vom 11. 5. 1999, online: [www.dradio.de/dlf/sendungen/verfassungsgeschichten/348461/\(12.7.2011\)](http://www.dradio.de/dlf/sendungen/verfassungsgeschichten/348461/(12.7.2011)). In diesem Zusammenhang ist auch die „Elfes“-Entscheidung (BVerfGE 6, 32) aus dem Jahr 1957 zu beachten.

¹⁴ Vgl. Thomas Würtenberger, Zur Legitimität des Verfassungsrichterrechts, in: Bernd Guggenberger/ders. (Hrsg.), Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik?, Baden-Baden 1998, S. 60.

nicht mehr infrage gestellt werden könnten: „Rechtsdogmatische Zugänge sind im Allgemeinen nicht umstritten, weil das meiste ja seit Jahrzehnten ausjudiziert ist und man davon nicht ohne äußerste Not abgeht. (...) Da ist so vieles festgeschrieben, woran man auch nicht rütteln will. Erstens weil man dann ins Plenum muss, zweitens aber auch, weil es einfach richtige Dinge sind.“ (Interview Nr. 30) Zwar ist die Selbstbindung des BVerfG, die sich durch die bisherige Rechtsprechung und die daraus entwickelten Prinzipien ergibt, zugleich auch ein zentrales Element der Selbstkontrolle, doch zieht das Anwachsen der „parakonstitutionellen Rechtsmasse“ die Gefahr nach sich, dass „Karlsruhe“ die Fähigkeit verliert, sich an veränderte Umweltbedingungen anpassen zu können. Dieser Gefahr begegnet das Gericht durch die „Unschärfe“ seiner Dogmatik. Diese Unschärfe lässt den Richterinnen und Richtern den von der Staatsrechtslehre beklagten Spielraum für „vertretbare Entscheidungen“,¹⁵ dem BVerfG bleibt dadurch ein zwar nicht beliebig ausdehnbarer, jedoch auch nicht eindeutig beschränkter aktueller Gestaltungsspielraum.

Die ursprüngliche Deutungsoffenheit der Verfassung hat das BVerfG in seiner jahrzehntelangen Rechtsprechung naturgemäß reduziert. Die für die Anpassung an veränderte Umweltbedingungen erforderliche Flexibilität kann das Gericht aber nur zurückgewinnen, indem seine Dogmatik weiterhin relativ offen ist. Um es überspitzt zu formulieren: An die Stelle der Deutungsoffenheit der Verfassung ist die Deutungsoffenheit der Verfassungsdogmatik getreten. Es gibt nach Einschätzung der Interviewpartnerinnen und Interviewpartner auch keine systematische Ausbildung und Fortentwicklung der Grundrechtsdogmatik, sondern das BVerfG gehe eindeutig inkrementalistisch vor. So liegen den vom BVerfG geprägten und angewandten Prinzipien deutlich weniger systematische Überlegungen zugrunde, als externe Beobachter meinen. Eher sei es so, dass Kontingenz, also situative Faktoren wie das konkret zu bearbeitende Problem, sowie Pfadabhängigkeit durch die Notwendigkeit, die bisherige Rechtsprechung beizubehalten (*stare decisis*), die hausinterne Dogmatik prägen: „Die ‚Grundrechtsdogmatik‘ ist mehr oder minder als ‚Abfallprodukt‘ entstanden. (...) Man hat ein Problem, dann hat

¹⁵ Bernhard Schlink, Abschied von der Dogmatik, in: Juristenzeitung, 62 (2007), S. 157-162.

man die Verfassung und dann schlägt man einen großen Bogen! Dazu braucht man relativ hohe Begriffe, die müssen irgendwie grundrechtsdogmatisch klingen, dann fügt sich das und wirkt schwungvoll und plausibel. Aber es wird keine richtige Dogmatik daraus.“ (Interview Nr. 27)

Ein anderer Gesprächspartner verweist auf Probleme, die etwa bei der Abwägung angesichts ausgleichender Grundrechtskonkurrenzen oder auch hinsichtlich der Kontrolldichte bei Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen des Gesetzgebers vorliegen können. Es gebe zwar allgemeine Überzeugungen zur größeren Bedeutung einzelner Grundrechte, diese fügten sich aber nur bedingt zu einer Systematik: „Es gibt auch Unterschiede zwischen den personalen Grundrechten, bei denen in der Regel intensiver kontrolliert wird, dann zu Kommunikationsgrundrechten, soweit das demokratische System betroffen ist, und am anderen Ende der Skala stehen eigentlich Grundrechte mit Auswirkungen primär auf das Wirtschaftssystem, auf die Wirtschaftsordnung, nicht so sehr auf den Einzelnen (...). Das ist aber nach meiner Einschätzung nicht dogmatisch ausgearbeitet.“ (Interview Nr. 19)

Argumentationsfiguren wie die „Abwägung“ oder das „Judizieren aus Bildern“ erlauben es dem BVerfG nicht nur, offensiv einzugreifen, wenn eine übermäßige Grundrechtsverletzung wahrgenommen wird, sondern gegebenenfalls auch auf Maßnahmen zu verzichten, insbesondere wenn die Entscheidungsfolgen zu berücksichtigen sind. „Wir haben ja soviel *restraint* in unsere Rechtsprechung eingebaut: Verhältnismäßigkeitsprinzip und Beurteilungsspielraum. Was ist erforderlich? Was ist geeignet? Im Zweifel gewinnt der Gesetzgeber. Er kriegt dann vielleicht hier oder dort einen Stupser mit, dass er etwas anders machen sollte, aber das ist [nicht gravierend, Anm. U.K.]. Im Zweifel greifen wir da nicht massiv ein.“ (Interview Nr. 4)

Leseberatung

Nachdem der Senat eine inhaltliche Entscheidung über den Fall getroffen hat, geht der Vorgang zurück an den Berichterstatter und sein Dezernat, die einen Urteils- oder Beschlussentwurf anfertigen. Da nicht nur dem

Tenor der Entscheidung und den tragenden Gründen, sondern auch den weiteren Ausführungen des BVerfG von Politik, Gesellschaft, Gerichtsbarkeit und Rechtswissenschaft mitunter große Bedeutung zugemessen wird, ist auch dieser Arbeitsschritt von großer Tragweite. Der Berichterstatter widmet ihm deshalb erhebliche Aufmerksamkeit. Danach wird der Entscheidungsentwurf des Berichterstatters nochmals vom Senat beraten, und auch dieses Mal beteiligen sich die einzelnen Mitglieder sehr intensiv: „Die dramatischste Situation, wenn man dann endlich die Entscheidung gefunden hat, ist eigentlich die Leseberatung. Da sitzen nun diese Geister, die in den unterschiedlichen Phasen des Entscheidungsprozesses unterschiedliche Schlüsse gezogen und Auffassungen vertreten haben, aber versuchen dann zu einer Entscheidungsformulierung zu kommen, die dem auch gerecht wird, was sie dachten.“ (Interview Nr. 29)

In dieser Leseberatung wird der Entscheidungsentwurf des Berichterstatters nochmals eingehend diskutiert und geprüft, bevor er verabschiedet wird. So ist mitunter die Leseberatung intensiver und länger als die eigentliche Entscheidungsberatung. Insbesondere für neuberufene Richterinnen und Richter, die immerhin schon eine lange und erfolgreiche juristische Karriere – meist als Bundesrichter oder Hochschullehrer – absolviert haben, ist die Situation, dass ihre Schriftsätze von den Kolleginnen und Kollegen in der Leseberatung intensiv redigiert werden, mitunter sehr ungewohnt: „Viele Richter haben sich zu ihrer großen Verwunderung erst damit abfinden müssen, dass ihre Entscheidungen bei der Leseberatung ‚zensiert‘ werden. Sonst macht so ein Bundesrichter einen Entscheidungsentwurf, dann wird das von den anderen unterschrieben, während hier dann ‚gnadenlose‘ Kritik geübt wird. Es hat immer wieder Versuche gegeben, die Leseberatung mit dem ganzen Senat abzuschaffen. Ist nie was geworden.“ (Interview Nr. 21)

Zwischen Arbeitsteilung und Kollektivverantwortung

Der interne Entscheidungsprozess des BVerfG wird von zwei widerstreitenden Prinzipien bestimmt: Einerseits sind die Arbeitsabläufe durch ein hohes Maß an Arbeitsteilung gekennzeichnet. So ist der jeweils zu-

ständige Berichterstatter „Herr des einzelnen Verfahrens“ und kann innerhalb seines Dezernats nach eigenen Kriterien Schwerpunkte setzen. Letztendlich entscheidet sich auch anhand der konkreten Dezernatspraxis, wie stark beispielsweise der jeweilige wissenschaftliche Mitarbeiterstab auf Entscheidungen Einfluss nehmen kann.

Andererseits sieht der Senat jede von ihm verabschiedete Entscheidung als Ergebnis eines gemeinschaftlichen Arbeitsprozesses an: Dies zeigt sich im Status des vom Berichterstatter vorgelegten Votums, welches lediglich Beratungsgrundlage, aber dezidiert nicht Entscheidungsgrundlage ist. Im Gegenteil: Die Senate sehen ihre Entscheidungen als Produkte eines gemeinsamen Arbeitsprozesses an, der durch den Berichterstatter lediglich koordiniert wird. Diese Beratung wird durch methodische und dogmatische Prinzipien zwar stark, aber nicht vollständig strukturiert, da die ihnen innewohnenden „Unschärfen“ zugleich Spielräume für situatives Entscheiden des BVerfG eröffnen.

Weitere bpb-Angebote zum Thema:

Horst Säger
Das Bundesverfassungsgericht
Schriftenreihe Band 405

Recht A-Z
Schriftenreihe Band 1054

Angelika Nußberger
Das Völkerrecht
Schriftenreihe Band 1107

Claudia Baumann
**Pocket Recht -
Juristische Grundbegriffe**
Bestell-Nr. 2.557

Online-Dossier
„Deutsche Demokratie“
www.bpb.de/IERSM3

Online-Dossier „Recht“
www.bpb.de/recht

Gary S. Schaal

Das Bundesverfassungsgericht als Motor gesellschaftlicher Integration?

Dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) wird sowohl von den politischen Eliten als auch von den Bürgerinnen und Bürgern eine pazifizierende und integrierende Wirkung attestiert. Auch gehört es zu den Gemeinplätzen der deutschen Rechtswissenschaft, dem BVerfG eine herausragende Bedeutung im Prozess der gesellschaftlichen Integration zuzuschreiben.¹ Wie kommt es, dass ausgerechnet ein Gericht zur sozialen und politischen Integration der Gesellschaft einen wichtigen Beitrag leistet? Dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden. Dabei wird zwischen zwei Formen der Integration unterschieden: Integration qua Konsens und Integration qua Konflikt. Die Vorstellung einer Integration qua Konsens ist die weiter verbreitete Annahme. In einer pluralistischen Gesellschaft erscheint es jedoch zunehmend unwahrscheinlich, dass das BVerfG mit seinen Entscheidungen auf *gesamtgesellschaftlichen* Konsens stoßen kann. Daher ist anzunehmen, dass die zweite – auf Konflikt basierende – Integrationsform in Zukunft an Bedeutung gewinnen wird, auch wenn sie von der Gesellschaft mehr verlangt als das erste Integrationskonzept.

Die Stimmen, die zu einer zurückhaltenen Einschätzung der Integrationsleistung des BVerfG mahnen, sind nur schwach ausgeprägt. So argumentiert beispielsweise der

Die Stimmen, die zu einer zurückhaltenen Einschätzung der Integrationsleistung des BVerfG mahnen, sind nur schwach ausgeprägt. So argumentiert beispielsweise der

Herzlichen Dank an Claudia Ritz für wertvolle Anregungen sowie an Kelly Lancaster und Alexander Struwe für die Sichtung und Aufarbeitung der Quellen.

¹ Vgl. André Brodocz, *Die Macht der Judikative*, Wiesbaden 2008.

Gary S. Schaal

Dr. phil., geb. 1971; Professor für Politikwissenschaft, insbesondere Politische Theorie, Helmut-Schmidt-Universität, Universität der Bundeswehr Hamburg, Holstenhofweg 85, 22043 Hamburg. gschaal@hsu-hh.de

ehemalige Verfassungsrichter Dieter Grimm aus der Binnenperspektive des Gerichts: „Die Aufgabe des Verfassungsgerichts besteht nicht in der Friedensstiftung, sondern in der Durchsetzung der Verfassung. Wenn seine Entscheidungen den gesellschaftlichen Frieden wiederherstellen, ist das ein beglückendes Ereignis, über das man froh sein darf.“[¶] Noch deutlicher ist die Position des Rechtswissenschaftlers Ulrich Haltern, der die Vorstellung der Integration qua Verfassungsgerichtsbarkeit als „Mythos“ bezeichnet.[¶] Doch obwohl dem BVerfG im zeitgenössischen Diskurs zu meist ein hohes integratives Potenzial zugeschrieben wird, mangelt es in der Literatur an klaren Definitionen und an empirisch messbaren Kriterien gelungener Integration. Diese Punkte sollen zuerst geklärt werden, um die Bedeutung des BVerfG als Motor gesellschaftlicher Integration würdigen zu können.

Verfassungsrechtsprechung

Verfassungen sind „incompletely theorized agreements“:[¶] Sie sind so offen wie möglich formuliert, um latente Konflikte während ihrer Genese nicht manifest werden zu lassen und bei ihrer Ratifizierung eine möglichst breite Unterstützung zu erhalten. Diese Offenheit führt in der Verfassungspraxis unweigerlich zu unterschiedlichen und strittigen Verständnissen und Deutungen derselben verfassungsrechtlichen Norm. Vor diesem Hintergrund ist es die Aufgabe eines Verfassungsgerichts, eine autoritative Interpretation der strittigen Norm vorzulegen und so Rechtssicherheit und Erwartungsstabilität zu erzeugen.

Doch ist die Verfassung nicht nur ein Spielregelwerk des Politischen – sie ist auch die symbolische Verdichtung der politischen Ordnungsvorstellungen einer Gemeinschaft.[¶] Der

Konflikt um die (Be-)Deutung einer Norm verweist daher auf die Brüchigkeit „unseres“[¶] Verständnisses der politischen Ordnung. Die Entscheidungen des BVerfG sind insofern ein wichtiger Faktor eines komplexen Prozesses der Ausbildung und Interpretation „unserer“ politischen Identität. Aus der institutionell-strukturellen Eingebundenheit in diesen Prozess der politischen Identitätsfindung resultiert die prinzipielle Integrationsleistung des BVerfG. Vor diesem Hintergrund lassen sich zwei grundlegende Verständnisse von Integration qua Verfassungsrechtsprechung differenzieren. Sie unterscheiden sich maßgeblich hinsichtlich der Frage, welche Reaktion der Gesellschaft auf eine Entscheidung des Gerichts als Ausweis erfolgreicher Integration gewertet wird.

Konsensuale und konfliktive Integrationsmodelle

Das *Konsensmodell* dominiert die aktuelle Diskussion.[¶] Es wertet die *gesamtgesellschaftliche* Akzeptanz von Entscheidungen als Zeichen erfolgreicher Integration und nutzt das Vertrauen in die Institution „Bundesverfassungsgericht“ als Indikator für die generalisierte Akzeptanz der Rechtsprechung des BVerfG. Die Akzeptanz einer Entscheidung ist ein Indikator dafür, dass die Bürgerinnen und Bürger die autoritative Interpretation des Gerichts als die „ihre“ anerkennen und das Gericht somit erfolgreich die (zuvor strittig gewordene) konstitutionelle Norm wieder einer unstrittigen (Be-)Deutung zugeführt hat. Es scheint zunächst, als ob das BVerfG vor allem dann integrierend wirkt, wenn es Konsens stiften kann, weil es durch seine Entscheidungen gesellschaftliche Werte *bestätigt*.

Diese Interpretation verkürzt jedoch das Konsensmodell. Denn ein Integrationserfolg liegt nicht nur dann vor, wenn das Gericht Akzeptanz für die Bestätigung gesellschaftlicher Werte erfährt. Die eigentliche Integrationsleistung zeigt sich erst am Konflikt-

¶ Zit. nach: Jutta Limbach, Die Integrationskraft des Bundesverfassungsgerichts, in: dies. (Hrsg.), Im Namen des Volkes, Stuttgart 1999, S. 157.

¶ Ulrich Haltern, Integration als Mythos, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts. Neue Folge, 45 (2007), S. 31–88.

¶ Cass R. Sunstein, Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law, Public Law Working Paper 147, Chicago 2007.

¶ Vgl. Hans Vorländer, Die Verfassung. Idee und Geschichte, München 1999; Gary S. Schaal/Claudia Ritzi, Das Grundgesetz als umkämpfte Ordnung, in: Behemoth, 3 (2010) 1, S. 101–131.

¶ Hier und im Folgenden ist mit „uns“ die Binnenperspektive der Bürgerinnen und Bürger gemeint, die zusammen die politische Gesellschaft formen.

¶ Vgl. Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, Baden-Baden 2000.

fall, wenn das Verfassungsgericht in der Lage ist, seine autoritative Interpretation *gegen* die vorgängigen Überzeugungen innerhalb der Gesellschaft über eine „angemessene“ Interpretation „ihrer“ Verfassung *gesamtgesellschaftlich* durchzusetzen. In diesem Fall bestätigt es nicht vorgängige Werthaltungen und Verständnisse, sondern schafft aktiv neue. Etliche institutionell-strukturelle Faktoren sprechen auf den ersten Blick dagegen, dass Gerichte integrierend wirken können. Verfassungsgerichte sind ihrem Wesen nach „counter-majoritarian“,¹⁸ das heißt, dass sie in der Regel von einer Minderheit angerufen werden, die sich in ihren verfassungsrechtlich geschützten Rechten von einer Mehrheit verletzt fühlt. Verfassungsgerichte können vor diesem Hintergrund den innerhalb der Gesellschaft wirkmächtigen Wertkonsens aktualisieren. Sie können jedoch auch die Minderheitenposition aufgreifen. Im zweiten Fall wird die Integrationsleistung *gegen* einen vorgängigen gesellschaftlichen Konsens erbracht.

Gegen die Annahme einer besonderen Integrationsleistung von Gerichten spricht zudem, dass sie *entscheiden* – woraus folgt, dass nicht nur die Rollen des Klägers und des Angeklagten vor Gericht generiert werden, sondern auch jene des Gewinners und des Verlierers. Die Richter des BVerfG können jedoch die Konsequenzen einer Entscheidung antizipieren und sie so formulieren, dass „Sieger nicht alleinige Sieger und Verlierer nicht alleinige Verlierer sind“.¹⁹ In diesem Sinne besitzt das BVerfG in gewissem Maße die Hoheit über die Konsensdimension seiner Rechtsprechung.

Das *Konfliktmodell* kehrt die Vorzeichen des Konsensmodells um und geht davon aus, dass die autoritative Deutung des Verfassungsgerichts nicht notwendigerweise auf gesellschaftliche Akzeptanz stoßen muss. Denkbar – und in der Geschichte des BVerfG immer wieder erfolgt – ist auch, dass die Deutung umstritten bleibt und ein Konflikt um die „richtige“ Deutung einer Norm im Anschluss an eine Entscheidung geführt wird. In einem solchen Fall wird die Norm in ihrer autoritativen Deutung zwar in der Regel befolgt, sie avanciert jedoch – zumindest

¹⁸ Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis 1962, S. 16.

¹⁹ Roland Lhotta, *Vermitteln statt Richten*, in: *Zeitschrift für Politikwissenschaft*, 12 (2002) 3, S. 1076.

zunächst – nicht zum Ausdruck „unseres“ Verständnisses der Verfassung als Grundlage „unserer“ politischen Ordnung, sondern bleibt ihm fremd, gleichsam ein juristisches Oktroi: „Die Antworten auf die politischen, rechtlichen und sozialen Grundfragen der Gegenwart werden zudem umstrittener, heterogener und politisch konflikthafter. Unter diesen Umständen wird das BVerfG immer seltener abschließende, friedensstiftende, von den Vorinstanzen gleichsam übersehene Antworten finden können, die den Konsens aller oder doch der großen Mehrheit findet.“¹⁰ Zudem ist im Integration-qua-Konflikt-Diskurs strittig, ob das Gericht überhaupt gesamtgesellschaftliche Akzeptanz für seine Judikate erhalten sollte: „Ewige Wahrheiten – und seien sie noch so säkular, rational und reflexiv begründet – sind in einer pluralistischen und auf politische Beteiligung drängenden Gesellschaft nicht mehr mit Anspruch auf homogene und gleichsinnige Rezeption autoritär verkündbar. Die Differenzierung der Gesellschaft lässt sich nicht mittels eines apodiktischen Richterspruchs überlisten.“¹¹

Bei dieser Argumentationslinie kommt in den Blick, dass die Bürgerinnen und Bürger den Konflikt nach einer Entscheidung nicht als desintegrierend, sondern auch als integrativ wahrnehmen *können*, das heißt, dass Integration auch aus Konflikt resultieren kann. Denn in einer konfliktiven öffentlichen Debatte über eine Entscheidung des BVerfG erarbeiten sich die Bürgerinnen und Bürger im Medium der (massenmedialen) Öffentlichkeit diskursiv „ihr“ (auch konfliktives) Verständnis einer Verfassungsnorm, ja der konstitutionellen Grundlagen ihres Gemeinwesens als Ganzes: „Dieser Streit um die Interpretation der Verfassung im politischen Raum wird so zum zentralen Verfahren der politischen Handlungskoordination und Integration der Bürger der Zivilgesellschaft, der ständigen Erneuerung der Zustimmung der Bürger zur grundlegenden Konvention der Verfassung.“¹²

¹⁰ Helmut Schulze-Fielitz, *Das Bundesverfassungsgericht und die öffentliche Meinung*, in: G.F. Schuppert/C. Bumke (Anm. 8), S. 138.

¹¹ Hans J. Lietzmann, *Reflexiver Konstitutionalismus und Demokratie*, in: Bernd Guggenberger/Thomas Würtenberger (Hrsg.), *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik?*, Baden-Baden 1998, S. 233–262.

¹² Ulrich Rödel, *Vom Nutzen des Konzepts der Zivilgesellschaft*, in: *Zeitschrift für Politikwissenschaft*, 6 (1996) 3, S. 673.

Die Identifikation des „Unseren“ als Resultat eines Konflikts, vielleicht auch nur die konsensuelle Identifikation von Dissens, sind in diesem Verständnis mögliche Indikatoren erfolgreicher gesellschaftlicher Integration.

Innerhalb des politikwissenschaftlichen Diskurses über die Aufgaben des BVerfG finden sich vermehrt konflikttheoretische Ansätze. So argumentiert der Sozialwissenschaftler Bernd Guggenberger, dass das BVerfG seine homogenitätsorientierte Wertejurisdiktion hinter sich gelassen habe und die soziale und politische Pluralität der Gesellschaft systematisch in seiner Urteilspraxis reflektiere; über die „neue Einmischungsbereitschaft“¹³ werde das BVerfG zum „Agendaagenten einer zukunftsfähigen Politikorientierung“¹⁴ und damit letztlich auch zum Hüter der Zivilgesellschaft. Zudem steht es dem Gericht im begrenzten Rahmen frei, juristische Fragen als politische Fragen wieder in die Gesellschaft zurückzuspielen: Das BVerfG kann sich entscheiden, nicht selbst zu entscheiden, sondern die strittige Norm beispielsweise mit der Auflage der Präzisierung an den parlamentarischen Gesetzgeber zu retournieren. Durch einen solchen Akt wird der demokratische Souverän gestärkt – und dass demokratische Verfahren zur Ausbildung einer zivilgesellschaftlich-republikanischen Identität beitragen können, ist unbestritten. Insofern leistet das Gericht durch das „Zurückspielen“ einer strittigen Norm auch auf dieser Ebene einen wichtigen Beitrag zur gesellschaftlichen Integration.

Sowohl das konsensuale als auch das konfliktive Integrationsmodell besitzen eine intuitive Plausibilität. Es bleibt also die Frage zu klären, ob Maßstäbe existieren, anhand derer die Modelle zu bewerten sind? Das zentrale Kriterium hierfür ist das zugrunde liegende Verständnis des *Konzepts der Integration*. Denn obwohl Integration ein zentrales analytisches Konzept innerhalb der Soziologie ist, ist es doch ein problematisches, da Integration im Sinne des Soziologen Niklas Luhmann ein *autologisches Konzept* ist:¹⁵ Der Begriff konstruiert die von ihm beschriebene Wirklich-

keit erst durch sich selbst – es existiert also unabhängig von der Beschreibung als integriert kein objektiver Zustand des „Integriert-Seins“. Daher erscheint es sinnvoll, Integration als eine *Selbstbeschreibung* einer Gesellschaft zu verstehen, die sich (vermittelt durch die Massenmedien) selbst beobachtet. Diese Selbstbeschreibung kann sich aus unterschiedlichen Quellen speisen, weil innerhalb einer Gesellschaft sehr unterschiedliche Selbstwahrnehmungen existieren. Dies bedeutet, dass keines der oben beschriebenen Integrationsmodelle *unabhängig von der gesellschaftlichen Selbstbeobachtung* als angemessene Beschreibung gesellschaftlicher Integration verstanden werden kann. Wird die gesellschaftliche Selbstbeobachtung zur zentralen Kategorie eines differenzierten Integrationsverständnisses, ist es notwendig, danach zu fragen, wie das Gericht der Gesellschaft gegenübersteht und von ihr wahrgenommen wird. Erst auf dieser Basis kann darüber diskutiert werden, wann und in welcher Form das Gericht einen Beitrag zur Integration leisten kann.

Konsens und Konflikt aus der Perspektive der Öffentlichkeit

Jenseits von politischen, juristischen, journalistischen und intellektuellen Fachkreisen kennt der Großteil der Öffentlichkeit das BVerfG nur vermittelt über die Massenmedien. Im Spiegel der Massenmedien wird daher seine Integrationsleistung für die Gesellschaft im Sinne einer Beobachtung zweiter Ordnung sichtbar. Diese Wahrnehmung kann in drei Phasen eingeteilt werden, die für die Bewertung der Integrationsleistung relevant sind. In der ersten Phase muss ein Konflikt über die Bedeutung einer Norm existieren, die verfassungsrechtlich geklärt werden soll. In der zweiten Phase entscheidet das BVerfG und legt damit eine autoritative Interpretation der strittigen Norm vor. In der dritten Phase schließlich wird die Entscheidung von der Öffentlichkeit wahrgenommen.

Differenziert man entsprechend der Konsens-Konflikt-Dichotomie, so kann der Streit um die Bedeutung einer Norm in der ersten Phase in der Öffentlichkeit bekannt sein oder nicht. Nach der Verkündung der Entscheidung kann die Entscheidung Akzeptanz finden oder sie kann eine länger andauernde öffentliche Debatte auslösen. Dies sind die vier

¹³ Bernd Guggenberger, Zwischen Konsens und Konflikt: Das Bundesverfassungsgericht und die Zukunftsfähigkeit der Gesellschaft, in: ders./T. Würtenberger (Anm. 11), S. 209.

¹⁴ Ebd., S. 213.

¹⁵ Vgl. Niklas Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt/M. 1997.

Verlaufsformen vor dem Verfassungsgericht

Typ 1: Ein Streit über die (Be-)Deutung einer Norm, dem vorgehend gesamtgesellschaftliche Aufmerksamkeit zuteil wurde, wird durch eine Entscheidung des BVerfG beigelegt. Ein Zustand der Rechtsunsicherheit wird durch die Entscheidung in einen der Rechtssicherheit transformiert. Zugleich wird damit der Bedeutungsgehalt der Werte und Normen *öffentlich* aktualisiert und eine autoritative Interpretation der Bedeutung dieser Werte vorgelegt (Beispiel: Entscheidung über das Luftsicherheitsgesetz 2006).

Typ 2: Ein Streit über die (Be-)Deutung einer Norm, der vorgängig nicht massenmedial und öffentlich ausgetragen wurde, wird autoritativ entschieden und findet die Akzeptanz der Bürgerinnen und Bürger (Standardfall).

Typ 3: In diesem Fall liegt vorgängig ein massenmedial vermittelter Streit über die (Be-)Deutung einer Norm vor, der durch eine autoritative Entscheidung nicht beigelegt werden kann. Die Diskussion um eine „richtige“ Interpretation der strittigen Norm wird in der Öffentlichkeit auch nach der Entscheidung fortgesetzt (Beispiel: Erste Entscheidung zur Abtreibung 1975).

Typ 4: In diesem Fall eröffnet das BVerfG mit seiner Entscheidung einen massenmedialen Diskurs über die „richtige“ Interpretation einer Norm, die in der Öffentlichkeit zuvor nicht als umstritten wahrgenommen wurde. Das Gericht trägt in diesem Fall gleichsam den Konflikt in die Gesellschaft (Beispiel: „Kruzifix“-Urteil 1995).

grundlegenden Zustände, die ein Verfahren vor dem BVerfG einnehmen kann. Ihre Kombination führt zu vier Verlaufsformen eines Prozesses vor dem Verfassungsgericht, deren Integrationsleistung von den beiden Integrationsmodellen unterschiedlich bewertet wird: Das *Konsensmodell* der Integration würde die Typen 1 und 2 als Integrationserfolg werten, das *Konfliktmodell* dagegen die Typen 3 und 4 (s. *Kasten*). Ob sie aus der Perspektive der Bürgerinnen und Bürger tatsächlich integrativ wirken, ist eine empirische Frage. Daher wird im Folgenden die Rezeption ausgewählter Entscheidungen der vergangenen Jahre genauer betrachtet.

Typ 1 – Brandenburgisches Schulgesetz:¹⁶ Im Prozess um die Einführung des Unterrichtsfachs LER (Lebensgestaltung-Ethik-Religi-

¹⁶ Vgl. BVerfG, 1 BvR 1557/03; online: www.bverf.de/entscheidungen/rk20030919_1bvr155703.html (14.7.2011).

on) als ordentliches Schulfach an öffentlichen Schulen in Brandenburg wurde die Verfassungskonformität des Brandenburgischen Schulgesetzes infrage gestellt. Die Einführung von LER hatte zuvor einen „Kulturkampf mitten in Deutschland“¹⁷ in Gang gesetzt, der fast zehn Jahre dauerte. Der Showdown blieb jedoch aus: Nach der Verkündung des *Schlichtungsangebots* des BVerfG am 11. Dezember 2001 regte sich keine öffentliche Empörung, und bis zum 31. Januar 2002 stimmten sowohl die brandenburgische Landesregierung als auch die beiden großen Kirchen der Schlichtung zu. Es ist „eine gute Zeit für das Bundesverfassungsgericht“¹⁸ denn „weiser hätte auch König Salomo nicht entscheiden können“.¹⁹ Dabei hat das Gericht gerade *nicht* entschieden, sondern – erst zum zweiten Mal in seiner Geschichte – eine *Schlichtung* vorgelegt, die eine formal-juristische Entscheidung unnötig machen sollte. Nur eine Schlichtung konnte eine *Win-win*-Situation für alle am Prozess Beteiligten – das Land Brandenburg, die Kläger und das BVerfG – ermöglichen. Die Integration qua Konsens war in diesem Fall also erfolgreich.

Typ 2 – Sorgerecht nichtehelicher Väter:²⁰ Lange Zeit waren in Deutschland „nichteheliche Kinder nur Kinder dritter Klasse“.²¹ Auch die Rechte der nichtehelichen Väter waren im Vergleich zu ehelichen Vätern reduziert. Hierzu zählt vor allem, dass der Vater eines nichtehelichen Kindes von der Sorgetragung für das gemeinsame Kind ausgeschlossen wird, wenn die Mutter ihre Zustimmung hierzu verweigert. Hiergegen reichte der Vater eines nichtehelichen Kindes Verfassungsbeschwerde ein. Im Juli 2010 entschied das BVerfG, dass es das Elternrecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes verletzt, wenn er „ohne Zustimmung der Mutter generell von der Sorgetragung für sein Kind ausgeschlossen ist“.²² Die ungleiche Behandlung von Vätern ehelicher und unehelicher Kinder wurde lange Zeit politisch toleriert, obwohl in Artikel 6 Absatz 5 des Grundgesetzes eindeutig festgeschrieben ist, dass „den

¹⁷ Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) vom 25. 10. 2001.

¹⁸ Tageszeitung (taz) vom 31. 1. 2001.

¹⁹ Stuttgarter Nachrichten vom 12. 12. 2001.

²⁰ Vgl. BVerfG, 1 BvR 420/09, online: www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20100721_1bvr042009.html (14.7.2011).

²¹ Süddeutsche Zeitung (SZ) vom 4. 8. 2010.

²² BVerfG (Anm. 20).

unehelichen Kindern (...) durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen zu verschaffen [sind] wie den ehelichen Kindern“. Der Entscheidung ging *keine* intensive massenmediale Debatte voraus. Sie wurde von allen Seiten nicht nur akzeptiert, sondern als eine angemessene Interpretation der strittigen Verfassungsnorm gewürdigt, die „unser“ Verständnis der Verfassung symbolisch zur Darstellung bringt: Denn so entsprach „das Kindsrecht (...) längst nicht mehr der Lebenswirklichkeit vieler Deutscher“, und das Gericht habe mit seiner Entscheidung die „leidvolle Situation“ dieser Väter mit ihrer „überfälligen Entscheidung abgeschafft“.²³ Dieser Fall zeigt prototypisch, dass das Gericht trotz gesellschaftlicher Pluralisierungstendenzen in der Lage ist, Entscheidungen zu treffen, die gesamtgesellschaftlich auf Akzeptanz stoßen und so zum Prozess der Integration beitragen.

Typ 3 – Schwangerschaft II (1993):²⁴ Die Frage nach der Strafbarkeit von Schwangerschaftsabbrüchen durchzieht die bundesdeutsche Geschichte. Zweimal hat das BVerfG hierzu entschieden (in den Jahren 1975 und 1993). Nach der Vereinigung im Jahr 1990 war es notwendig geworden, die Rechtslagen von Bundesrepublik und DDR einander anzupassen. Die DDR gewährte Straffreiheit bei einer Abtreibung innerhalb der ersten drei Monate, in der Bundesrepublik galt jedoch noch die Indikationslösung, mit der das BVerfG seinen Urteilsspruch von 1975 versah. In seinem zweiten Abtreibungsurteil hob das BVerfG seine eigene Rechtsprechung aus dem Jahr 1975 auf und gab der Fristenlösung statt. Doch gab es starke Kritik an dem Urteil, das den Abbruch als rechtswidrig, aber straffrei deklariert. Vor allem die Befürworter einer straffreien Fristenlösung kritisierten eine Kompetenzübertretung seitens der Karlsruher Richter. Die öffentliche Debatte wurde intensiv und kontrovers, aber kurz geführt. Im Modus der öffentlichen Diskussion haben die Bürgerinnen und Bürger die de facto Fristenlösung als „ihre“ akzeptiert.

Typ 4 – LehrerIn mit Kopftuch:²⁵ Vor dem Hintergrund des regulativen Ideals der staatlichen Neutralität musste das BVerfG in den

vergangenen Jahren mehrfach über religiöse Fragen und damit auch über den religiösen Gehalt von Symbolen und Handlungen entscheiden (wie 1995 die „Kruzifix“-Entscheidung oder 2002 das „Schächt“-Urteil). Im Jahr 2003 traf das BVerfG ohne intensive vorherige massenmediale Diskussion eine Entscheidung zur Frage, ob eine zur Verbeamtung anstehende Lehrerin in einer öffentlichen Schule in Baden-Württemberg während des Unterrichts ein Kopftuch tragen darf. Wie auch in der „Kruzifix“-Entscheidung musste das Gericht zwischen der positiven Religionsfreiheit (der Ausübung einer Religion) und der negativen Religionsfreiheit (dem Nicht-Ausgesetzt-Sein religiöser Handlungen oder Symbole) entscheiden. Das Gericht entschied sich, nicht zu entscheiden. Es hat das vorgängige Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, wonach das Tragen eines Kopftuchs nicht erlaubt sei, aufgehoben und die Sache dorthin zurückverwiesen. Zugleich hat es den parlamentarischen Gesetzgeber aufgefordert, in dieser Frage durch neue Gesetze Rechtssicherheit herzustellen.

Die Reaktionen auf diese Entscheidung waren divergent: Einerseits habe sich das BVerfG „schlichtweg verweigert“, in der Sache zu entscheiden, obwohl eindeutig sei, dass das besondere Treueverhältnis der Beamten zum weltanschaulich neutralen Staat das Tragen eines Kopftuchs verbieten *müsse*.²⁶ Heribert Prantl moniert, dass das Gericht „zu feig“ war, selbst zu entscheiden; die Zeit sei reif für ein „Toleranzedikt“, das die positive Religionsfreiheit stärken und zu mehr Toleranz im Umgang mit Religion im öffentlichen Raum führen solle.²⁷ Für seine Zurückweisung an den parlamentarischen Gesetzgeber hat das BVerfG jedoch gute Gründe, die den Geist des republikanisch-demokratischen Verständnisses der Integration qua Konflikt atmen: „Entscheidungen von solcher Tragweite [sollen] aus einem Verfahren hervorgehen, das der Öffentlichkeit Gelegenheit bietet, ihre Auffassungen auszubilden und zu vertreten und die Volksvertretung dazu anhält, Notwendigkeit und Ausmaß von Grundrechtseingriffen in öffentlicher Debatte zu klären.“²⁸ Mit der Ent-

²³ FAZ vom 4. 8. 2010.

²⁴ Vgl. BVerfGE 88, 203.

²⁵ Vgl. BVerfG, 2 BvR 1436/02; online: www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20030924_2bvr143602.html (14. 7. 2011).

²⁶ Vgl. FAZ vom 25. 9. 2003.

²⁷ SZ vom 25. 9. 2003.

²⁸ Bundesverfassungsgericht, Pressemitteilung 71/2003 vom 24. 9. 2003.

scheidung, sich nicht zu entscheiden, hat das BVerfG die Souveränität des parlamentarischen Gesetzgebers gestärkt. Die Vertreter der Regierung und der Opposition begrüßten, dass die Entscheidung den Parlamenten überlassen bliebe. Doch war auch dieses Motiv nicht unstrittig: „Die Abwälzung auf das Parlament wirkt in diesem Fall geradezu abenteuerlich.“²⁹

Die Frage nach der integrativen oder desintegrativen Leistung dieser Entscheidung kann nur in einer prozessualen Perspektive beantwortet werden, welche die öffentlichen und parlamentarischen Debatten über die konkrete Ausgestaltung dieser Gesetze analysiert. Abstrakt kann nur festgehalten werden, dass die Hoffnung auf Integration in diesem Fall von der Offenheit und Intaktheit des demokratischen Prozesses abhängt. Würden die Beratungen jedoch „hinter geschlossenen Türen“ erfolgen, bestünde keine wirkliche Hoffnung auf ein integratives Potenzial dieser Entscheidung.

Fazit

Die Rechtsprechung des BVerfG kann einen Beitrag für den Prozess der gesellschaftlichen Integration leisten. Es hängt von den Bürgerinnen und Bürgern ab, ob sie die Bestätigung vorgängiger Werte oder die diskursive Erarbeitung des Verständnisses einer verfassungsrechtlichen Norm als integrativ verstehen. Die forcierte Pluralisierung und Fragmentierung der Gesellschaft lässt die Hoffnung auf einen gesamtgesellschaftlichen Konsens für autoritative Entscheidungen des BVerfG eher sinken. Dies muss kein Problem darstellen: Wenn das BVerfG die Tendenz zum Schlichten und zur Rückgabe strittiger juristischer Fragen an den parlamentarischen Gesetzgeber (und die Zivilgesellschaft) fortsetzt, kann die Integrationslücke, die sich aus mangelndem substanziellem Konsens ergibt, durch ein stärkeres republikanisch-demokratisches Selbstbewusstsein kompensiert werden. Hierfür müsste jedoch die Entfremdung der Bürgerinnen und Bürger von der Politik einer vertrauensvollen Beteiligungsorientierung weichen.

²⁹ FAZ (Anm. 26).

Eva Kocher

Bundesverfassungsgericht und Verrechtlichung auf europäischer Ebene: Das kollektive Arbeitsrecht

Der Vorrang des (europäischen) Unionsrechts vor dem nationalen Recht impliziert seit jeher auch den Vorrang vor nationalem Verfassungsrecht. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) ist deshalb seit langem damit beschäftigt, das Kooperationsverhältnis zum Europäischen Gerichtshof (EuGH) verfassungsrechtlich auszugestalten. Dies hat dazu beigetragen, dass der EuGH zunehmend europäische Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze anerkannt hat. Nachdem die Grundrechte nun in der EU-Grundrechtecharta positiviert wurden und der Vertrag von Lissabon explizit auf die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) verweist – über die Einhaltung der EMRK wacht wiederum der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) –, bedarf es einer Rück- und Neubestimmung der Rollen. Das Verhältnis zwischen BVerfG, EuGH und EGMR wird im Folgenden am Beispiel des kollektiven Arbeitsrechts aufgezeigt. Denn die Rechtsprechung des BVerfG war in Deutschland für die grundrechtliche Fundierung des Arbeitsrechts von großer Bedeutung. So war vereinzelt gehofft worden, das BVerfG könne und werde problematischen Rechtsentwicklungen im Tarif- und Arbeitskämpfrecht auf europäischer Ebene etwas entgegensetzen.

Eva Kocher

Dr. iur. habil., geb. 1965; Professorin für Bürgerliches Recht, Europäisches und Deutsches Arbeitsrecht sowie Zivilverfahrensrecht, Juristische Fakultät, Europa-Universität Viadrina, Große Scharnstraße 59, 15230 Frankfurt/O. kocher@europa-uni.de

In den vergangenen Jahren wurde allerdings immer deutlicher, dass die Konflikte

nicht im Verhältnis zwischen europäischer und nationaler Ebene, sondern im Verhältnis von Recht und Tarifpolitik zu finden sind. Mit der Verrechtlichung des Arbeitsrechts auf europäischer Ebene muss dieses Verhältnis bewusst gestaltet werden. Ein genuiner Menschenrechtsgerichtshof auf europäischer Ebene (wie der EGMR) sollte hierbei sowohl gegenüber dem EuGH als auch gegenüber dem BVerfG eine wichtige Rolle spielen.

Sozialer Schutz auf europäischer Ebene

Der deutsche Arbeitsmarkt nimmt zunehmend am internationalen Wettbewerb der Lohnkosten teil. Arbeitskräfte aus dem Ausland werden für kurze oder längere Zeit im Inland eingesetzt, ausländische Niederlassungen werden gegründet, Betriebe oder Betriebsteile („Standorte“) werden ins Ausland verlagert. In der betrieblichen Praxis reicht es häufig schon aus, wenn die Unternehmensleitung Betriebsverlagerungen ankündigt oder mit ihnen droht, um die internationale Konkurrenz in den Betrieb zu holen. Dies sind zwar in erster Linie wirtschaftliche Entwicklungen, die mehr mit der Globalisierung der Märkte zu tun haben als mit dem Recht. Aber das europäische Recht schützt und fördert diese Entwicklungen: Mit den Grundfreiheiten (insbesondere Warenverkehrs-, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit) sind die unternehmerischen Handlungsoptionen auch rechtlich geschützt.[¶] Gegenüber diesen unternehmerischen Handlungsoptionen wird ein angemessener sozialer und arbeitsrechtlicher Schutz wohl nachhaltig nicht ohne eine europäische Verrechtlichung zu haben sein.

Mittlerweile gibt es durchaus einen stattlichen Korpus europäischen Arbeitsrechts. Hier wurden Schwerpunkte gesetzt, die auch für die deutsche Rechtsprechung wichtige Neuorientierungen brachten. Eckpfeiler des europäischen Arbeitsrechts sind bis heute Gleichbehandlungsrechte und Diskriminierungsschutz, ein prozeduraler Ansatz im Ar-

beitsschutz sowie Unterrichts- und Anhörungsrechte. Insbesondere im Verbot der Altersdiskriminierung stößt die europäische Arbeitsmarkt- und Beschäftigungspolitik mit ihrem Ziel einer Erhöhung der Beschäftigungsquote älterer Menschen[¶] auf hergebrachte Strukturen der Arbeitsmärkte und Sozialordnungen in den Mitgliedstaaten.

Im Bereich der kollektiven Arbeitsbeziehungen ist mit dem Europäischen Betriebsrat eine überaus erfolgreiche Institution geschaffen worden, mit deren Hilfe Gewerkschaften und betriebliche Vertreterinnen und Vertreter begonnen haben, eine eigene transnationale Interessenvertretungskultur zu entwickeln.[¶] Zurückhaltung des europäischen Rechts gilt aber in den Fragen, welche den eigentlichen Kern des europäischen Sozialmodells ausmachen: der autonomen Regelung durch Tarifparteien, Kollektivvereinbarungsautonomie und Arbeitskampf.

Bereits den Verträgen zur Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft lag die Annahme zugrunde, dass zentrale mitgliedstaatliche Vorstellungen und institutionelle Traditionen im Arbeits- und Sozialrecht zu unterschiedlich seien, als dass sie harmonisiert werden könnten. Vor allem die Erfahrungen und Strukturen des Widerstands und der kollektiven Organisation drücken sich in ganz unterschiedlichen Formen aus. Ähnliches gilt für die Systeme der sozialen Sicherheit und ihre Finanzierung. Diese Zurückhaltung konnte man damals für sozialpolitisch unproblematisch halten; unter den Mitgliedstaaten der ersten Stunde konnte noch davon ausgegangen werden, dass es keine regelungsbedürftige Lohnkostendifferenz und -konkurrenz gebe.[¶] Diese Haltung findet sich bis heute beispielsweise in Artikel 153 Absatz 5 des Lissabon-Vertrags (AEUV). Demnach erstrecken sich die Rechtsetzungskompetenzen der Union nicht auf „das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht“. Auch dürfen europäische

[¶] Vgl. Sonja Buckel/Lukas Oberndorfer, Legitimität im europäischen Mehrebenensystem, in: Andreas Fischer-Lescano/Florian Rödl/Christoph Ulrich Schmid (Hrsg.), Europäische Gesellschaftsverfassung, Baden-Baden 2009, S. 277.

[¶] Vgl. Europäische Kommission, Europa 2020. Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, Brüssel 2010.

[¶] Vgl. Matthias Klemm/Clemens Kraetsch/Jan Weyand, Kulturelle Einflüsse auf die betriebliche Mitbestimmung, in: WSI-Mitteilungen, (2011) 7, S. 328.

[¶] Vgl. Florian Rödl, Wirklich auf einem „guten Mittelweg“?, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Der EuGH und das soziale Europa, Berlin 2009, S. 43.

Bestimmungen zur Sozialpolitik „nicht die anerkannte Befugnis der Mitgliedstaaten [berühren], die Grundprinzipien ihres Systems der sozialen Sicherheit festzulegen“ oder „das finanzielle Gleichgewicht dieser Systeme nicht erheblich beeinträchtigen“ (Artikel 153 Absatz 4 AEUV).

Auch das BVerfG verlangte in seiner „Lissabon“-Entscheidung im Jahr 2009 vom deutschen Gesetzgeber, er müsse in der Sozialpolitik die Kontrolle über die Kompetenzverlagerung auf die europäische Ebene behalten.^f Gerade bei „Entscheidungen über die sozialstaatliche Gestaltung von Lebensverhältnissen“ sei eine Ausdehnung von Kompetenzen problematisch. Diese Entscheidungen seien „besonders sensibel“ für die demokratische Selbstgestaltungs- und Steuerungsfähigkeit der Mitgliedstaaten.

Verrechtlichung durch Rechtsprechung

Eine Verrechtlichung der kollektiven Arbeitsbeziehungen auf europäischer Ebene begann dennoch Ende 2007 mit Urteilen, in denen der EuGH die Legitimation gewerkschaftlichen Handelns aus europarechtlicher Sicht infrage stellt. In den Entscheidungen „Viking“ und „Laval“ vom Dezember 2007^g ging es um grenzüberschreitende Arbeitskämpfe, in denen skandinavische Gewerkschaften tarifliche Regelungen zum Schutz gegen osteuropäische Entgeltniveaus verlangten. Anlässlich dieser Fälle stellte der EuGH erstmals die Forderung auf, dass solche Streiks daraufhin überprüft werden müssten, ob sie in Hinblick auf den Arbeitnehmerschutz, der erstreikt werden solle, verhältnismäßig seien. Diese strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Streiks ist den Rechtsordnungen der meisten Mitgliedstaaten fremd. Problematisch ist insbesondere eine Überprüfung der Streikziele daraufhin, ob der angestrebte Arbeitnehmerschutz wirklich erforderlich sei. Die Entscheidungen werfen damit gravierende Probleme für die Kollektivverhandlungsautonomie auf.^h

^f Vgl. BVerfGE 123, 267.

^g Vgl. EuGH 11.12.2007 – C-438/05 (Viking); EuGH 18.12.2007 – C-341/05 (Laval).

^h Vgl. Robert Rebhahn, Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking, in: Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR), (2008),

In Deutschland wurden diese Fragen spätestens mit der „Rüffert“-Entscheidung diskutiert. Hier ging es nicht unmittelbar um tarifautonomes, sondern um staatliches Handeln, nämlich um eine Tariftreueerklärung des deutschen Rechts, die öffentliche Auftraggeber auf (länder-)gesetzlicher Grundlage von denjenigen Unternehmen einfordern, an die sie Aufträge vergeben. Nachdem das BVerfG dies mit einem Hinweis auf die Einschätzungsprärogative und damit den politischen Spielraum des Gesetzgebers akzeptiert hatte,ⁱ erklärte der EuGH das Instrument der Tariftreueerklärung für europarechtswidrig. Mindeststandards, die grenzüberschreitend gelten sollen, müssten allgemeinverbindlich sein.^j

Eine weitere Entscheidung im Hinblick auf das deutsche Recht erging zu einer tariflichen Regelung über die betriebliche „zweite Säule“ der Altersversorgung.^k Hierbei ging es um die steuerlich geförderte betriebliche Altersvorsorge mittels Entgeltumwandlung, die mit der Riestergesetzgebung aus dem Jahr 2001 eingeführt wurde. Der streitige Tarifvertrag sah vor, dass eine betriebliche Altersvorsorge mittels Entgeltumwandlung nur bei bestimmten Versorgungsträgern aufgebaut werden konnte – nämlich den öffentlichen Zusatzversorgungseinrichtungen. Die kommunalen Arbeitgeber konnten sich zwar alternativ für eine Zusammenarbeit mit der Sparkassen-Finanzgruppe oder mit den Kommunalversicherern entscheiden – eine europaweite Ausschreibung war jedoch nicht vorgesehen. Diese tarifliche Regelung erklärte der EuGH wegen Verstoßes gegen die Vergaberechtsrichtlinien für rechtsunwirksam.

Europarechtlicher Schutz von Tarifpolitik und Arbeitskampffreiheit

Seit 2007 ist eine heftige Debatte um den europarechtlichen Schutz von Tarifpolitik und Arbeitskampffreiheit im Gange.

S. 109; Eva Kocher, Europäische Tarifautonomie – Rechtsrahmen für Autonomie und Korporatismus, in: juridikum, (2010), S. 465.

ⁱ Vgl. BVerfGE 116, 202.

^j Vgl. EuGH 3.4.2008 – C-346/06 (Rüffert); EuGH 19.6.2008 – C-319/06 (Kommission/Luxemburg).

^k Vgl. EuGH 15.7.2010 – C-271/08 (Entgeltumwandlung).

In Deutschland war sogar gefordert worden, dem EuGH den Gehorsam zu verweigern oder dafür zu plädieren, dass Urteile des Gerichtshofs im Rat der EU überprüft werden sollten.¹¹ Bei genauerer Analyse der Debatte zeigt sich, dass eine europäische Verrechtlichung dieser Fragen kaum aufzuhalten sein wird – gerade wenn man den rechtswissenschaftlichen Kritikerinnen und Kritikern folgt. So war in der deutschen Literatur insbesondere kritisiert worden, dass der EuGH in „Viking“ und „Laval“ es versäumt habe, die Grundrechte auf Kollektivverhandlungen und Streik (Artikel 28 EU-Grundrechtecharta) mit den unternehmerischen Rechten und Grundfreiheiten als gleichwertig zu behandeln.¹²

Die Richterinnen und Richter des EuGH stellten sich hierzu der Diskussion – und jedenfalls die Generalanwältin Verica Trstenjak machte sich seither um eine rechtliche Aufarbeitung der unionsrechtlichen Grundlagen der Kollektivverhandlungsautonomie verdient.¹³ Die Schlussfolgerungen, die sie ziehen, zeigen aber, dass mit der Anerkennung einer Gleichrangigkeit von Grundfreiheiten und Grundrechten die Gefahren für die Tarifautonomie nicht zwangsläufig gebannt sind. Denn mit der Annahme der Gleichrangigkeit gehen Abwägungen (in der Regel in Form der Verhältnismäßigkeitsprüfung) einher; und hier können sich genau diejenigen Gefahren für die Tarifautonomie verwirklichen, die sich schon in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH finden.

Die Begründungen mögen im Einzelnen nicht immer zwingend sein; problematisch ist es insbesondere, wenn die Generalanwältin nicht nur eine umfassende inhaltliche Verhältnismäßigkeitskontrolle vornimmt, sondern den Anspruch erhebt, die „Konsensfähigkeit“ von Alternativlösungen in den Tarifverhandlungen bewerten zu kön-

nen.¹⁴ Sichtbar wird aber, dass die Anerkennung von Streikrecht und Kollektivverhandlungsfreiheit als Grundrechte eine Eigendynamik der Verrechtlichung nach sich ziehen kann.

Kollektivverhandlungsautonomie: Verrechtlichte Politisierung

Die Richtung der Verrechtlichungsdynamik ist allerdings weniger zwingend, als der erste Blick suggeriert. Denn letztlich geht es hier weniger um die Gleichrangigkeit von Grundfreiheiten und kollektiven sozialen Grundrechten als vielmehr um ein angemessenes Verhältnis von Recht und Politik. Der Gegensatz *Nationalstaat versus Europa* erweist sich als ungeeigneter Bezugsrahmen, um diese juristischen Auseinandersetzungen sinnvoll zu verorten: Es geht weniger um die Abgrenzung zwischen Deutschland und Europa als vielmehr um die Abgrenzung des Bereichs des Rechts vom Bereich der (Tarif-)Politik. Aufgabe der Rechtsprechung (des EuGH wie auch des BVerfG) ist es insofern, einen kontrollfreien Bereich der Politik durch richterliche Zurückhaltung beispielsweise in Form der Gewährung von Einschätzungsprärogativen zu ermöglichen. Der EuGH kennt solche Mechanismen durchaus – in erster Linie zugunsten mitgliedstaatlicher Politik. Es wäre nun höchste Zeit, solche Freiräume für die politische Gestaltung auch für die Kollektivverhandlungsautonomie anzuerkennen.¹⁵

Dies heißt nicht, dass rechtlich alles zu akzeptieren ist, was Tarifparteien vereinbaren. Die Einschätzungsspielräume können nicht weiter reichen als die Richtigkeitsvermutung kollektiver Verhandlungen – und diese ist durch ihre Legitimation begrenzt. Dies bedeutet einerseits, dass kollektive Autonomie auf der Seite der Gewerkschaften eine Kongruenz von Organisationsinteressen und repräsentierten Interessen (also „Repräsentativität“) voraussetzt.¹⁶ Es bedeutet auf der

¹¹ Vgl. Martin Höpner, *Usurpation statt Delegation*, MPIfG Discussion Paper, (2008) 12.

¹² Vgl. R. Rebhahn (Anm. 8); Ulrike Wendeling-Schröder, *Das soziale Ideal des Europäischen Gerichtshofs*, in: Thomas Dieterich et al. (Hrsg.), *Individuelle und kollektive Freiheit*, Baden-Baden 2010, S. 147.

¹³ Vgl. Schlussanträge der Generalanwältin Verica Trstenjak vom 14. 4. 2010 – C-271/08 (Entgeltumwandlung).

¹⁴ Ebd., Rn. 212.

¹⁵ Vgl. Eva Kocher, *Tarifliche Übergangsregelungen im Interesse des Diskriminierungsschutzes – Grenzen der europarechtlichen Zulässigkeit*, in: ZESAR, (2011), S. 265.

¹⁶ Vgl. Karl-Jürgen Bieback/Eva Kocher, *Gesetzliche Festlegung eines Mindestentgelts durch erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung oder Verweis*

anderen Seite, dass politische Freiräume nur im vertikalen Machtverhältnis zwischen Arbeitgebernden und Arbeitnehmenden bestehen können, nicht aber in Fragen der horizontalen Machtverhältnisse zwischen unterschiedlichen Gruppen von Beschäftigten; Tarifverträge müssen deshalb in vollem Umfang an Gleichbehandlung und Diskriminierungsschutz gebunden bleiben.¹⁷

Eine verrechtlichte Europäisierung der Sozialordnungen erfordert also gleichzeitig eine Anerkennung der kollektiven Grundrechte als „Autonomie“-Rechte. Es ist nicht notwendig der EuGH, dem hier die wichtigste Rolle zukommt.

Rolle des BVerfG

Nach der „Lissabon“-Entscheidung war gehofft worden, das BVerfG würde seinen starken Worten Taten folgen lassen. Immerhin hatte es „Entscheidungen über die sozialstaatliche Gestaltung von Lebensverhältnissen“ für „besonders sensibel“ für die demokratische Selbstgestaltungs- und Steuerungsfähigkeit der Mitgliedstaaten gehalten.¹⁸

Anlass für ein Eingreifen des BVerfG schien es im vergangenen Jahr mit dem Fall „Honeywell“ zu geben. Hier wurde eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vor dem BVerfG angegriffen, in der das BAG die europäische Rechtsprechung in der Sache „Mangold“ in das deutsche Recht umgesetzt hatte.¹⁹ In der Sache ging es darum, ob es eine Altersdiskriminierung darstellte, wenn – wie im deutschen Recht – die Befristung von Arbeitsverhältnissen mit Beschäftigten ab einem bestimmten Alter erleichtert wurde. Der EuGH qualifizierte dies als Altersdiskriminierung. Nach Meinung einiger Gutachter überschritt der EuGH allerdings dadurch seine Kompetenzen, dass er zur Begründung auf ein generelles „Verbot der Diskriminierung wegen des Alters“ zurückgriff, das ein „allgemeiner Grundsatz

auf unterste Tarifentgelte, in: dies. et al. (Hrsg.), Tarifgestützte Mindestlöhne, Baden-Baden 2007, S. 80.

¹⁷ Vgl. BAG 20.5.2010, in: ZESAR, (2010), S. 332.

¹⁸ Vgl. BVerfGE (Anm. 6).

¹⁹ Vgl. BAG 26.4.2006, AP Nr. 23 zu § 14 TzBfG (Mangold II/Honeywell) in der Folge von EuGH 22.11.2005 – C-144/04 (Mangold).

des Unionsrechts“ sei. Da ein solcher Grundsatz damals – anders als heute mit Artikel 21 Absatz 1 der EU-Grundrechtecharta – nicht ausdrücklich geregelt war, wurde diese Begründung als „ausbrechender Rechtsakt“ angegriffen.²⁰

Die Hoffnung, das BVerfG werde hier eingreifen, war von Anfang an trügerisch.²¹ Die Kompetenzkontrolle gerichtlicher Entscheidungen unterliegt wegen der Autonomie der Rechtsprechung höchsten Anforderungen. Die Kompetenzgrenzen der Rechtsprechung im Verhältnis zum Gesetzgeber bestimmt das BVerfG für die deutschen Gerichte allein anhand der verwendeten Argumentationsstrukturen und -methoden, nicht anhand der erzielten Ergebnisse. Es kommt demnach darauf an, „ob das Fachgericht bei der Rechtsfindung die gesetzgeberische Grundentscheidung respektiert und von den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung in vertretbarer Weise Gebrauch gemacht hat“.²² Bei diesem Maßstab lag es aber einigermaßen fern, einen Methoden- und damit einen Kompetenzverstoß des EuGH zu bejahen – zumal in einer Frage (nämlich der Entwicklung eines angemessenen Grundrechtsstandards), in der das BVerfG in der Vergangenheit selbst vom EuGH aktivere Rechtsfortbildungstätigkeit eingefordert hatte.²³

Es lag wohl aber nicht nur an der mangelnden Eignung des „Mangold/Honeywell“-Streits, dass das BVerfG sich hier zurückhielt. Es gibt noch weitere Indizien, die darauf hindeuten, dass das BVerfG die Kontrollkompetenz, die es in der „Lissabon“-Entscheidung so stark gemacht hat, wohl kaum in nächster Zeit gegen den EuGH einsetzen wird. Zum einen verschärfte es die Anforderungen an die Kompetenzkontrolle gegenüber der „Lissabon“-Entscheidung mit der Einschränkung, der Kompetenzverstoß müsse „hinreichend qualifiziert“ sein. Zum anderen zog sich das BVerfG auch an anderen Stellen gegenüber dem EuGH zurück – wie sich in der „Kücükdeveci“-Debatte zeigte.

²⁰ Lüder Gerken et al., „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, München 2009.

²¹ Vgl. BVerfGE 126, 286.

²² BVerfGE 122, 248.

²³ Vgl. BVerfGE 73, 339; BVerfGE 75, 223.

In dieser Entscheidung, welche die Europarechtswidrigkeit altersdiskriminierender Kündigungsfristen zum Gegenstand hatte,^{¶24} bestätigte der EuGH in Großer Kammer kurz nach der „Lissabon“-Entscheidung überraschend deutlich die kritisierte „Mangold“-Rechtsprechung: „Er [erhöhte] im Machtpoker mit dem BVerfG [den Einsatz].“^{¶25} Und dies in einer Sache, aus der sich das BVerfG zuvor bewusst zurückgezogen hatte: Nach einer Vorlage des Arbeitsgerichts Neubrandenburg hatte das BVerfG bereits im Jahr 2008 auf die Chance, über die Verfassungsmäßigkeit der Kündigungsfristen zu entscheiden, verzichtet. Die Begründung lautete, dass das vorliegende Arbeitsgericht sich zunächst ausführlicher mit den europarechtlichen Argumenten hätte auseinandersetzen müssen.^{¶26} Die Aussage, es gebe keine feste Reihenfolge zwischen den Vorlagebefugnissen zum BVerfG und zum EuGH, könnte dadurch in der Praxis zugunsten der Vorlage zum EuGH genutzt werden.^{¶27} Dazu trägt auch die Aussage bei, bei klarer Unionsrechtswidrigkeit sei eine Vorlage zum Verfassungsrecht nicht mehr entscheidungserheblich (Artikel 100 Absatz 1 GG). Spätestens hiermit ist die Nichtanwendungskompetenz der deutschen Gerichte in Bezug auf unionsrechtswidriges Gesetzesrecht akzeptiert.^{¶28}

Diese Zurückhaltung ist möglicherweise in der Sache sinnvoll. Zwar hat das BVerfG in der Vergangenheit eine wichtige Rolle für die grundrechtliche Fundierung der Tarifautonomie im deutschen Recht gespielt.^{¶29} Die „Lissabon“-Entscheidung schien aber dahinter zurückzufallen. So lobte das Gericht den EuGH schlicht für dessen Anerkennung des Streikrechts als Grundrecht, ohne die inhalt-

lichen Konnotationen der EuGH-Rechtsprechung und ihre sozialpolitische Bedeutung zur Kenntnis zu nehmen. Vor allem aber ist zweifelhaft, ob das BVerfG mit dem in der „Lissabon“-Entscheidung vertretenen formalen Demokratieverständnis die richtige Institution zur Durchsetzung von Respekt gegenüber zivilgesellschaftlichen und kollektiv-autonomen Formen der Rechtsetzung wäre.

Vorreiterrolle des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte?

Hält sich das BVerfG also im Verhältnis zum europäischen Recht eher zurück, so kommt einer anderen europäischen Instanz perspektivisch größere Bedeutung zu. Denn so sehr für die Europäische Union (als Nachfolgerin der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft) konzeptionell die wirtschaftlichen Grundfreiheiten im Vordergrund stehen, so sehr hat in den vergangenen Jahren der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg begonnen, die Rolle als Hüter der kollektiven sozialen Rechte anzunehmen. Der Europäischen Sozialcharta (ESC), in der soziale wie kollektive Grundrechte explizit und differenziert geregelt sind, kommt hier seit jeher eine wichtige Funktion zu. In der Rechtsprechung des BAG zeigt sich bereits, wie sie im Sinne einer Liberalisierung des Arbeitskampfrechts wirksam werden können. So war die Streikgarantie in Teil II Artikel 6 Nummer 4 ESC für das BAG bereits ein wichtiges Argument für seine Anerkennung des Solidaritäts-Arbeitskampfes;^{¶30} andernorts überlegt das Gericht sogar, ob die Europäische Sozialcharta eine Beschränkung des Streikrechts auf Tarifforderungen – ein Grunddogma des deutschen Arbeitskampfrechts – verbieten könne.^{¶31}

Die Forderung, Arbeits- und Streikrechte dadurch zu stärken, dass die Sozialcharta justizabel gemacht wird,^{¶32} ist allerdings mit der neueren Rechtsprechung des EGMR weniger dringlich geworden. Denn der EGMR darf über die Auslegung der justizablen Europä-

^{¶24} Vgl. EuGH 19.1.2010 – C-555/07 (Kücükdeveci).

^{¶25} Stephan Pötters/Johannes Traut, Eskalation oder Burgfrieden: Mangold vor dem BVerfG, in: ZESAR, (2010), S. 267.

^{¶26} Vgl. BVerfGK 14, 429.

^{¶27} Vgl. Eva Kocher, Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen mitgliedstaatlichen Verfassungen und Gemeinschaftsrecht, in: Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht, (2007) 4, S. 169.

^{¶28} Vgl. BVerfGE 123, 267.

^{¶29} Vgl. Thomas Dieterich, Arbeitskampfrechtsprechung als arbeitsteiliger Prozess deutscher und europäischer Gerichtshöfe, in: Christine Hohmann-Dennhardt/Peter Masuch/Mark Villiger (Hrsg.), Grundrechte und Solidarität, Kehl am Rhein 2011, S. 743.

^{¶30} Vgl. BAGE 123, 134.

^{¶31} Vgl. BAGE 122, 134.

^{¶32} Vgl. Andreas Fischer-Lescano, Europäische Rechtspolitik und soziale Demokratie, Berlin 2010.

ischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verbindlich entscheiden, und er hat in den vergangenen Jahren begonnen, das Recht der Gewerkschaftsfreiheit nach Artikel 11 EMRK inhaltlich zu füllen. Die einschlägigen Entscheidungen aus den Jahren 2008 und 2009 sind in Deutschland vor allem deswegen wahrgenommen worden, weil sie pauschale Beschränkungen des Streikrechts und der Kollektivverhandlungsfreiheit bei Beamtinnen und Beamten für unzulässig erklärten.¹³³ Die Entscheidungen haben aber weit über den öffentlichen Dienst hinaus große Bedeutung, denn in ihnen vertritt der EGMR in Großer Kammer einen „ganzheitlichen Ansatz“ der Auslegung.¹³⁴ So berücksichtigt er bei der Auslegung der EMRK nicht nur internationale Normen, vor allem Konventionen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO), sondern auch die Spruchpraxis entsprechender Kontrollgremien wie des ILO-Sachverständigenausschusses oder des Ministerkomitees des Europarats. Kollektivverhandlungsrechte und Arbeitskampf gehören damit auch zum Schutzbereich des Artikel 11 EMRK.

In diesem Zusammenhang wird das Verhältnis von EGMR, EuGH und BVerfG zueinander künftig genauer zu klären sein – wobei dem EGMR eine Vorreiterrolle in der Grundrechtsauslegung auf europäischer Ebene zukommen könnte.¹³⁵ Denn der Vertrag von Lissabon wertet einerseits die EMRK zum Unionsrecht auf und sieht andererseits den Beitritt der Union zur EMRK vor – die Möglichkeit eines *high noon*-Konflikts, also zunehmender Spannungen zwischen EuGH und EGMR, erscheinen damit durchaus in Reichweite.¹³⁶

¹³³ Vgl. EGMR (Große Kammer) 12.11.2008 (Demir und Baykara) und EGMR 21.4.2009 (Enerji Yapi-Yol Sen), in: Arbeit und Recht, (2009), S. 269.

¹³⁴ Klaus Lörcher, Soziale Menschenrechte im individuellen Arbeitsrecht nach Demir und Baykara, in: Arbeit und Recht, (2011), S. 88.

¹³⁵ Vgl. Ninon Colneric, Grundrechtsschutz im Dreiecksverhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht, Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, in: Georg Annuß/Eduard Picker/Hellmut Wißmann (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Richardi, München 2007, S. 21.

¹³⁶ Vgl. Keith Ewing/John Hendy, The Dramatic Implications of Demir and Baykara, in: Industrial Law Journal, 39 (2010), S. 2.

Uwe Wesel

Recht, Gerechtigkeit und Rechtsstaat im Wandel

Essay

Der Rechtsstaat als Begriff ist eine deutsche Erfindung vom Ende des 18. Jahrhunderts. Im 19. Jahrhundert wurde er das Lösungswort der Liberalen für ihr politisches Programm gegen die absolutistische Herrschaft der deutschen Fürsten. Rechtsstaat, das war die Forderung nach Verfassung, Gewaltenteilung (Regierung, Parlament, Justiz) und Menschenrechten. Als sie nach der Revolution von 1848 in Deutschland teilweise durchgesetzt wurde – in der Form der sogenannten konstitutionellen Monarchie mit Verfassungen, Parlamenten, halbherziger Gewaltenteilung, unvollkommener Unabhängigkeit der Richter und immer noch sehr mächtigen Fürsten und Königen und seit 1871 dazu einen Kaiser –, gaben sich die Liberalen mit dem Erreichten zunächst zufrieden. Zum einen aus Furcht vor einer stärker werdenden Arbeiterbewegung und zum anderen, weil Reichskanzler Otto von Bismarck ihnen 1871 die lange erhoffte Einheit des Deutschen Reichs gebracht hatte.

Uwe Wesel

Dr. iur. habil., geb. 1933; Professor (em.) für Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte an der Freien Universität Berlin; Koenigsallee 41, 14193 Berlin.

Sie schraubten ihre alte Forderung nach einem Rechtsstaat zurück und verlangten mit diesem ehrwürdigen Begriff nur noch die gerichtliche Kontrolle der Verwaltung, was sie in eingeschränkter Weise mit der Einrichtung von Verwaltungsgerichten schließlich erreichten. In der Rechtsgeschichte nennt man das den Übergang vom *materiellen* Rechtsstaatsbegriff – Verfassung, volle Gewaltenteilung, Menschenrechte – zum *formellen*, nämlich zur (wohlgemerkt eingeschränkten) verwaltungsgerichtlichen Kontrolle von Eingriffen des Staats in Rechte der Bürgerinnen und Bürger.

Allgemeine Menschenrechte spielten dabei im Vergleich zu eher formalen Rechten

wie dem Schutz des bürgerlichen Eigentums oder der Gewerbefreiheit eine untergeordnete Rolle. Menschenrechte wurden in einigen Verfassungen der deutschen Länder zwar noch genannt (bezeichnenderweise nicht in der Reichsverfassung von 1871), hatten aber eine geringe Bedeutung. Das war nicht nur in Deutschland so, sondern auch in Frankreich, wo sie 1789 in der Revolution verkündet und zum Teil auch durchgesetzt waren, im 19. Jahrhundert aber aus den Verfassungen verschwunden sind.

In Deutschland waren sie nach der Niederlage im Ersten Weltkrieg in der ersten demokratischen Verfassung – der Weimarer Reichsverfassung von 1919 – zwar ausdrücklich garantiert, hatten aber auch hier keine juristische Bedeutung. Von den Gerichten und der Rechtswissenschaft wurden sie als „Programmsätze“ angesehen, die für den Gesetzgeber Vorbild sein sollten. Es hatte aber keine Folgen, wenn er sich nicht daran hielt. Es gab auch kein Verfassungsgericht, das dies überprüfen konnte.

Erst nach der Niederlage im Zweiten Weltkrieg und der Rechts- und Verfassungsverwüstung unter der Herrschaft des Nationalsozialismus ist der alte materielle Rechtsstaatsbegriff des frühen 19. Jahrhunderts in Deutschland wiederauferstanden – genauer gesagt im Grundgesetz (GG) der Bundesrepublik von 1949. Es wurde vom Parlamentarischen Rat und den Parlamenten der von den Westalliierten inzwischen gegründeten Länder beschlossen. Es waren Männer und Frauen, die die NS-Herrschaft erlitten, erlebt und überlebt hatten und deshalb eine Verfassung schufen, die anders als die Weimarer eine solche Barbarei verhindern sollte. Denn nun waren die Grundrechte – so nennt man von einer Verfassung garantierte Menschenrechte – nach der Vorschrift des Artikel 1 GG unmittelbar geltendes Recht. Und in Artikel 20 Absatz 3 GG heißt es: „Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.“

Einrichtung des Bundesverfassungsgerichts

Schließlich ist zur Sicherung des Ganzen in Artikel 93 GG ein Bundesverfassungsgericht (BVerfG) eingesetzt worden, das so vie-

le Kompetenzen hat, wie damals kein anderes in der Welt. 1951 hat es seine Arbeit aufgenommen. Es war so erfolgreich, dass nach seinem Vorbild auch in anderen Ländern Verfassungsgerichte eingerichtet wurden, etwa in Spanien nach dem Tod des Diktators Franco im Jahr 1975 und in fast allen Ländern Osteuropas nach 1989/90.

Wir haben uns längst daran gewöhnt: In Karlsruhe gibt es ein Bundesverfassungsgericht. Ab und zu wird dort verhandelt. Dann gehen Bilder durch die „Tagesschau“ und Berichte durch die Zeitungen. Und irgendwann ergeht ein Urteil. Ein Gesetz, das der Bundestag oder ein Landtag erlassen hat, wird für gültig oder ungültig erklärt. Oder es wird in anderen Fragen entschieden, die politisch oft von hoher Brisanz sind. Ist das eigentlich so selbstverständlich? Ist es richtig, dass Richterinnen und Richter Gesetze aufheben können, die das Parlament erlassen hat, wenn sie verfassungswidrig sind? Ist es nicht Aufgabe der Richterinnen und Richter, ein Gesetz anzuwenden? Darf eine Richterin oder ein Richter sich über das Parlament stellen und damit zu einer Art „Supergesetzgeber“ werden? Bedeutet das nicht, dass Recht und Politik in unerträglicher Weise miteinander verbunden und Richterinnen und Richter in den Streit der Parteien hineingezogen werden? Müssen Richterinnen und Richter nicht unparteiisch bleiben? Was soll das Ganze überhaupt? Wäre es nicht viel besser, der Bundestag würde seine Gesetze erlassen und damit die Sache erledigt sein?

Dieses Stelldichein von Fragen und Fragezeichen beschäftigt schon seit über 200 Jahren die Gemüter. Damals erblickten die ersten modernen Verfassungen das Licht der Welt: in Amerika 1787 und in Frankreich 1791. Seitdem gibt es den Grundsatz, dass auch der Gesetzgeber, also das Parlament, an die Verfassung gebunden ist und beispielweise die Menschenrechte nicht verletzen darf. Seitdem gibt es auch die Frage, wer das eigentlich überprüfen soll. Die Antwort fiel im Rahmen des Prozesses „Marbury gegen Madison“ vor dem Obersten Gerichtshof der Vereinigten Staaten von Amerika unter dem Vorsitz seines Präsidenten John Marshall am 24. Februar 1803: Das Urteil war der Beginn der modernen Verfassungsgerichtsbarkeit.¹

¹ Vgl. zu diesem Prozess und seinen Implikationen: Uwe Wesel, *Geschichte des Rechts*, München 2006³.

Die deutschen Verfassungsgerichte haben für ihre Aufgabe sogar eine hohe demokratische Legitimation. Denn in Artikel 94 GG ist angeordnet, dass sie je zur Hälfte vom Bundestag und Bundesrat gewählt werden, und zwar mit Zweidrittelmehrheit. So steht es – etwas verkürzt gesagt – in den Paragrafen 6 und 7 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht; also mit jener Mehrheit, die notwendig ist für Änderungen des GG (Artikel 79). Wenn zwei Drittel des Gesetzgebers ihnen ausdrücklich die Befugnis erteilt haben, seine Gesetze für verfassungswidrig und unwirksam zu erklären, dann ist das verfassungsrechtlich und demokratisch einwandfrei. So ist man bei Beginn dieses ersten wirklichen deutschen Rechtsstaats noch weiter gegangen, als am Anfang des 19. Jahrhunderts gefordert wurde; so weit, wie es nach der Revolution von 1848 in der später gescheiterten „Paulskirchenverfassung“ vorgesehen war. In ihr war ebenfalls ein Verfassungsgericht geplant, das nach Paragraph 125 dieser Verfassung Reichsgericht heißen sollte und dessen Kompetenzen fast genau dieselben sein sollten wie die des heutigen BVerfG.

Im Folgenden wird beschrieben, wie sich dieser Rechtsstaat durch Änderungen des GG und durch die Rechtsprechung des BVerfG weiterentwickelt hat, und schließlich, ob das Recht dieses Rechtsstaats vielleicht gerechter geworden ist im Laufe der Zeit, denn Recht und Gerechtigkeit müssen nicht immer übereinstimmen.

Änderungen des Grundgesetzes

Das GG ist seit 1949 mehr als 50 Mal geändert worden. Es war mehr eine kontinuierliche Weiterentwicklung, weniger waren es grundlegende Veränderungen – mit einer Ausnahme, die unten beschrieben wird. Die erste wichtige Ergänzung war eine Folge der Westintegration der Bundesrepublik. 1951 wurde mit Frankreich, den Beneluxländern und Italien die Montanunion (die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl) gegründet. Das war der Beginn der europäischen Integration. Damit sollte Frankreich die Angst vor dem neuen deutschen Staat an seiner Ostgrenze genommen werden, denn mit der Kontrolle über seine Kohle- und Stahlindustrie wurde auch dessen Rüstungs-

industrie eingebunden und kontrolliert. Den Weg dorthin hatte schon der Parlamentarische Rat im Grundgesetz geöffnet mit Artikel 24 Absatz 2: „Der Bund kann sich zur Wahrung des Friedens einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einordnen; er wird hierbei in die Beschränkungen seiner Hoheitsrechte einwilligen, die eine friedliche und dauerhafte Ordnung in Europa und zwischen den Völkern der Welt herbeiführen und sichern.“

Damit sollte nach dem Willen der USA, die einen zusätzlichen Schutz gegen die Sowjetunion im Osten wollten, die Wiederaufrüstung Westdeutschland verbunden werden. Innerhalb der Bundesrepublik gab es darüber einen großen verfassungsrechtlichen Streit zwischen der CDU/CSU und FDP auf der einen und der SPD auf der anderen Seite. Das BVerfG entschied sehr vorsichtig – sehr zum Ärger des damaligen Bundeskanzlers Konrad Adenauer. Der Streit wurde 1954 dadurch gelöst, dass es Adenauer nach dem großen Wahlerfolg 1953 gelungen ist, mit einer Zweidrittelmehrheit im Bundestag und Bundesrat Artikel 73 Absatz 1 GG zu ergänzen. Seitdem konnten Gesetze auch zur Verteidigung erlassen und die Bundeswehr aufgebaut werden. Der Widerstand der Bundesbürgerinnen und Bundesbürger war geringer geworden, besonders durch die Niederschlagung des Aufstands am 17. Juni 1953 in der DDR mit sowjetischen Panzern. 1955 wurde die Bundesrepublik Mitglied der NATO, ebenfalls nach Artikel 24 Absatz 2 GG.

Die Folge dieser außenpolitischen Aufwertung waren Verhandlungen mit den Alliierten über die Aufhebung des Besatzungsstatus. Der Deutschlandvertrag (1952) und die Pariser Verträge (1954) ebneten den Weg zur vollen Souveränität ab 1955, allerdings mit unklaren Vorbehalten der Alliierten für den Fall des Notstands. Sie sollten so lange gelten, bis das GG dafür eine eigene Regelung erhalten würde. Das dauerte 13 Jahre: Erst 1968 hat die große Koalition aus CDU/CSU und SPD die Notstandsgesetze erlassen – ein kompliziertes Gestrüpp, verteilt über das ganze Grundgesetz. Der von der westdeutschen Linken befürchtete Missbrauch der Notstandsgesetze fand nicht statt. Auch das der SPD als Ausgleich zugestandene Widerstandsrecht in Artikel 20 Absatz 4 GG („Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ord-

nung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist.“) brauchte bis heute nicht in Anspruch genommen zu werden. Nach dem Deutschlandvertrag folgten 1957 die Verträge von Rom, darunter der wichtigste über die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG). Die den westlichen Nachbarn nicht ganz geheure Souveränität der Bundesrepublik war nun durch ihre ökonomische und militärische Einbindung in die EWG und die NATO endgültig stabilisiert.

In diesen Zusammenhang gehört auch die Regelung der immer noch offenen Frage des Saarlandes. Es hatte eine eng mit Frankreich verbundene Sonderstellung und gehörte nicht zu den Ländern der Bundesrepublik. 1954 einigte sich Adenauer mit dem französischen Ministerpräsidenten Pierre Mendès-France auf einen europäischen Status für das Land, der durch eine Volksabstimmung bestätigt werden sollte. Die Volksabstimmung fand 1955 statt. Die Saarländer lehnten ab. Das war die Entscheidung für den Beitritt zur Bundesrepublik, der 1956 vom Landtag in Saarbrücken nach Artikel 23 GG (alte Fassung) zum 1. Januar 1957 erklärt worden ist.

1967 erfolgte eine tiefgreifende Änderung der Finanzverfassung zur Bekämpfung der Wirtschaftskrise von 1965/66. Bis dahin diente das Haushaltsrecht nur dem Ziel, einen Ausgleich zu schaffen zwischen Einnahmen und Ausgaben des Staates. Karl Schiller, Wirtschaftsminister der großen Koalition, brachte dagegen Theorien von John Maynard Keynes in verfassungsrechtliche Form, nach denen der Staat mit seinem Haushalt auch die Aufgabe hat, durch eine antizyklische Haushaltspolitik im Wege der „Globalsteuerung“ für Stabilität und Wachstum der Wirtschaft zu sorgen. Seitdem heißt es in Artikel 109 Absatz 2 GG: „Bund und Länder haben bei ihrer Haushaltswirtschaft den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen.“

Die vorletzte große Ergänzung war der Beitritt der DDR, den ihre Volkskammer am 23. August 1990 zum 3. Oktober 1990 beschlossen hat – wie das Saarland nach dem alten Artikel 23 GG und nicht nach dem eher

geeigneten Artikel 146.[¶] Für Letzteres wäre die Ausarbeitung einer neuen Verfassung notwendig gewesen, was aber den Vereinigungsprozess möglicherweise zu sehr verzögert hätte. Stattdessen vereinbarte man in Artikel 5 des am 31. August 1990 von den Parlamenten der beiden deutschen Staaten beschlossenen Einigungsvertrages eine Reform des GG, was allerdings nur in Ansätzen gelungen ist.

Im Übrigen zeigen Verfassungsänderungen seit 1968 immer stärker die Tendenz zur Einschränkung von Grundrechten auf dem Weg zum Sicherheits- und Überwachungsstaat. Damals wurde mit den Notstandsregelungen das sogenannte G 10-Gesetz (Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses) erlassen. Seitdem können Telefongespräche abgehört werden, ohne dass die Betroffenen unterrichtet werden und die Möglichkeit haben, dagegen gerichtlich vorzugehen. Die Unverletzlichkeit der Wohnung schrumpfte 1998 mit dem „Großen Lauschangriff“ in Artikel 13 Absätze 3 bis 7 GG. Die Polizei durfte in Wohnungen heimlich „Wanzen“ anbringen, wenn ein Gericht es genehmigt. Seit 2004 wurde das allerdings weitgehend eingeschränkt durch das BVerfG, das in diesem Bereich dem Gesetzgeber öfter sagen musste, dass verfassungswidrig sei, was er als Gesetz erlassen hatte.

Die Tendenz zu mehr Sicherheit auf Kosten von Freiheitsrechten nahm nach den Terroranschlägen in New York und Washington am 11. September 2001 zu. Während in den USA die Dämme brachen – beispielsweise mit der Einrichtung des Gefangenenlagers Guantanamo auf Kuba –, hatte die Bundesrepublik das Bollwerk ihres Verfassungsgerichts. Ihm gelang es, das Schlimmste zu vermeiden, auch wenn es manches durchgewunken hat, was es noch 1983, als es sein Urteil zum Volkszählungsgesetz und zum Datenschutz verkündete, höchstwahrscheinlich nicht getan hätte.[¶]

[¶] Artikel 146 GG: „Dieses Grundgesetz, das nach Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands für das gesamte deutsche Volk gilt, verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist.“

[¶] Vgl. zu diesem und im Folgenden genannten Urteilen: Jörg Menzel (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, Tübingen 2000; Uwe Wesel, Der Gang nach Karlsruhe, München 2004.

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Damit sind wir bei den ersten sechzig Jahren der Bundesverfassungsrichterinnen und Bundesverfassungsrichter. Wie beschrieben werden sie von Bundestag und Bundesrat mit Zweidrittelmehrheit gewählt. Das bedeutete bisher, dass die beiden großen Parteien CDU/CSU und SPD sich vorher einigen müssen, weil sie nie allein diese Mehrheit hatten. Das ist eine gute Lösung, weil so immer Richterinnen und Richter vorgeschlagen und gewählt wurden, die in gemäßigter Weise der einen oder anderen Seite zuneigten. Denn die Politik spielt bei vielen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts eine Rolle: Nirgendwo im Recht ist die Verbindung mit der Politik so eng wie im Verfassungsrecht. Da in den ersten 30 Jahren die von der CDU/CSU vorgeschlagenen Richterinnen und Richter ein gewisses Übergewicht hatten, wurde vom Gericht fast immer im Sinne Adenauers entschieden, zur Zeit der sozialliberalen Koalition 1969 bis 1982 fast immer zu Ungunsten der Regierungskoalition, weil die alten Mehrheiten noch nachwirkten. 1982 wurde Helmut Kohl Bundeskanzler. Seitdem ist der Weg des Verfassungsgerichts durch die Politik der Bundesrepublik ausgewogen, aus welchen Gründen auch immer.

Eines seiner Dauerthemen war für 40 Jahre die im Grundgesetz zum ersten Mal in der deutschen Geschichte garantierte Gleichheit von Männern und Frauen ohne Wenn und Aber. „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“, so heißt es in Artikel 3 Absatz 2 GG. Aber bis in die ersten Jahre der Bundesrepublik hinein gab der Mann der Frau und den Kindern seinen Namen, bestimmte den Wohnsitz, hatte die väterliche Gewalt, entschied also allein über Schule, Ausbildung und Umgang der Kinder, verfügte allein über das Vermögen seiner Frau und über ihre Berufstätigkeit, konnte jederzeit ihr Arbeitsverhältnis kündigen – also das gute alte Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) von 1900.

Im GG war für die Anpassung des Familienrechts eine Frist von vier Jahren bis 1953 gesetzt. Die Regierung Adenauer hatte jedoch eine christdemokratische Mehrheit im Bundestag, die sich am Text der Bibel orien-

tierte, nach der die Frau dem Manne untertan sei. Also geschah bis zu diesem Zeitpunkt nichts. Die Rolle des Antreibers übernahm das Bundesverfassungsgericht, an seiner Spitze für die ersten zwölf Jahre eine kluge Juristin, damals einzige Frau im Gericht, Erna Scheffler, einen Meter achtundfünfzig groß, genannt „Klein Erna“. Das Bundesverfassungsgericht entschied noch im selben Jahr: Wenn der Gesetzgeber nichts tue, dann müssten die Gerichte eben selbst nach Artikel 3 Absatz 2 entscheiden. Unter dem Druck dieser Entscheidung erging dann 1957 ein sogenanntes Gleichberechtigungsgesetz, das einige grobe Benachteiligungen der Frauen beseitigte.

Aber in einer wichtigen Frage blieb das Vorrecht des Mannes: seine väterliche Gewalt. Nach Paragraph 1627 BGB war vorgesehen, dass Vater und Mutter über Erziehung, Bildung und Ausbildung ihrer Kinder gemeinsam bestimmen. Aber was ist, wenn sie sich nicht einigen? Dann muss schließlich einer entscheiden. Wer ist es? Papa. Der sogenannte Stichentscheid des Vaters stand in Paragraph 1628 BGB. Die logische Folge war Paragraph 1629: Demnach hatte er auch allein das Recht der Vertretung seiner Kinder gegenüber Behörden, Schulen und bei Verträgen. Dieser Stichentscheid wurde mit der Begründung beibehalten, dass sonst der Familienfriede gefährdet sei. Der Alternativvorschlag der Opposition sah eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts vor, was wiederum mit der Begründung abgelehnt wurde, dass die Familie unter dem Schutz des Staates stehe und nicht unter seinem Befehl.

Nun folgten Verfassungsbeschwerden von Ehefrauen und wieder eine große Stunde von „Klein Erna“. Sie blieb hart, und mit ihr blieben es die Kollegen im Ersten Senat. 1959 wurden die neuen Paragraphen 1628 und 1629 BGB für verfassungswidrig erklärt. Das BGB wurde nicht geändert, stattdessen entschieden in Zweifelsfällen die Vormundschaftsgerichte. Das war ein Meilenstein für die Familienpolitik der Bundesrepublik – und für die Gerechtigkeit. Denn Gerechtigkeit ist Gleichheit. Das wusste schon Aristoteles. So ging es weiter in mehreren Etappen bis 1993 zum Gesetz über die Neuordnung des Familiennamensrechts, ebenfalls vom BVerfG erzwungen gegen die damalige Par-

lamentsmehrheit. Ähnlich war es mit der Gleichstellung von nichtehelichen mit ehelichen Kindern, im Grundgesetz ohne Fristsetzung angeordnet in Artikel 6 Absatz 5. Dazu erging 1991 eine Entscheidung des BVerfG, die das Kindschaftsreformengesetz von 1997 entscheidend beeinflusst hat. Seitdem haben nichteheliche Kinder und ihre Eltern fast dieselbe Rechtsstellung wie die ehelichen, unabhängig vom Bestehen einer Familie.

Was war der Grund für diesen Umbruch hier und da? Zum einen war es die immer wichtiger gewordene Stellung von Frauen im Berufsleben und ihre damit entstandene Emanzipation, zum anderen die Entstehung von immer mehr nichtehelichen Lebensgemeinschaften. Dies ist ebenfalls eine Folge des wachsenden Wohlstands im Lande gewesen, des damit verbundenen Rückgangs von kirchlichem Einfluss und wachsender sexueller Freiheit.

Etablierung eines Wertsystems zur Feinsteuerung für Menschenrechte

Wichtigste Entscheidung in der Geschichte des Verfassungsgerichts war das „Lüth“-Urteil von 1958. Erich Lüth, Leiter der Hamburger Pressestelle, hat 1950 bei der Eröffnung der „Woche des deutschen Films“ zum Boykott der Filme Veit Harlans aufgerufen. Der Filmregisseur hatte 1940 für ein Millionenpublikum den fürchterlichen antisemitischen Hetzfilm „Jud Süß“ gedreht. Nach dem Krieg drehte er weiterhin Filme, wogegen sich der Aufruf Lüths richtete. Gegen Boykottaufrufe konnte man sich seit langem nach Paragraph 826 BGB als „sittenwidrige“ Schädigung mit Unterlassungsklagen wehren. Das tat Harlans Produktionsfirma und erreichte vor dem Hamburger Landgericht ein entsprechendes Urteil. Lüth wehrte sich dagegen mit einer Verfassungsbeschwerde. Das BVerfG hob das Hamburger Urteil auf. Es war ein langer Entscheidungsprozess mit vielen juristischen Problemen. Im Folgenden sind nur die beiden wichtigsten genannt.

Die erste Frage lautete, ob man Verfassungsbeschwerde gegen ein zivilrechtliches Urteil einlegen kann, das nur den Streit zwischen Privatleuten betrifft. Ja, sagte der Erste Senat, wenn dabei Gesetze angewendet

werden, die „durch Grundrechte beeinflusst werden“. Dazu kam das zweite Problem: Inwiefern und warum können zivilrechtliche Gesetze durch Grundrechte beeinflusst werden? Ohne Zweifel sind Grundrechte in erster Linie Abwehrrechte der Bürgerinnen und Bürger gegen den Staat. Aber das GG hat mit ihnen auch eine Wertordnung zu ihrer Verstärkung aufgerichtet, wie das BVerfG in der Urteilsbegründung ausführte: „Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muss als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muss in seinem Geiste ausgelegt werden.“

Das Hamburger Landgericht habe bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit in Paragraph 826 BGB das Grundrecht der Meinungsfreiheit Erich Lüths nicht beachtet. Er hatte Harlan zu Recht als Gehilfen des Holocaust gesehen und die Verantwortung gegenüber den Juden betont, der nur gerecht werden kann, wer seine Filme boykottiert. Deshalb wurde das Urteil des Landgerichts als Verstoß gegen die in Artikel 5 GG garantierte Meinungsfreiheit aufgehoben. Auf der Grundlage dieses Wertsystems entstand mit vielen anderen Entscheidungen, die direkt mit den Grundrechten als Abwehrrechten begründet wurden, eine in der Welt einmalige Feinsteuerung für Menschenrechte. Es war eine große Leistung des BVerfG, welche die Entwicklung unseres Landes wesentlich beeinflusst hat.

Für das Wertsystem seien hier nur zwei Beispiele genannt. Im ersten ging es wie im „Lüth“-Urteil um die Meinungsfreiheit, nämlich in dem Beschluss eines Ausschusses des Ersten Senats von 1994, der die Bestrafung eines Kriegsdienstverweigerers aufhob. Er war wegen Beleidigung der Bundeswehr verurteilt worden, da er an seinem Auto ein Zitat von Kurt Tucholsky – „Soldaten sind Mörder“ – angebracht hatte. Ein zweites Beispiel sind die beiden Urteile zum Schwangerschaftsabbruch von 1975 und 1993. Mit ihnen

hat das Gericht in Karlsruhe auf der Grundlage des Wertesystems die Pflicht des Gesetzgebers zum Erlass eines Strafgesetzes (gegen den Schwangerschaftsabbruch) begründet, das den Ansprüchen des Ersten Senats entsprach. Es folgte anschließend 1995 zum zweiten Mal ein Gesetz, wie das Gericht es befahl. Ob das wohl im Sinne der Mitglieder des Parlamentarischen Rats von 1949 gewesen ist?

Aus den Grundrechten als Abwehrrechte der Bürgerinnen und Bürger gegen den Staat ergaben sich außer den schon genannten in zeitlicher Reihenfolge als wohl wichtigste Entscheidungen das „Apotheken“-Urteil von 1958 zur Berufsfreiheit, das Urteil von 1983 zum Volkszählungsgesetz über das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung und den Datenschutz, 1985 das „Brokdorf“-Urteil zur Demonstrationsfreiheit, 1995 ein ähnliches, das Schluss machte mit der Strafbarkeit von Sitzblockaden als Nötigung, 2004 das Urteil zum „Großen Lauschangriff“, mit dem die Wohnraumüberwachung durch heimlich eingebaute „Wanzen“ der Polizei weitgehend verboten wurde, 2005 das Urteil zum Luftsicherheitsgesetz, in dem das Gericht den Abschuss von Passagierflugzeugen mit vermutlichen Selbstmordattentätern verboten hat, und schließlich das sensationelle Urteil vom Mai 2011, das die bisherige Form der Sicherungsverwahrung von Straftäterinnen und Straftätern als Verstoß gegen das Grundrecht auf Freiheit nach Artikel 2 GG verboten hat.[†]

Im Übrigen haben die Richterinnen und Richter in Karlsruhe auch oft über die große Politik entschieden. Das betraf nicht Grundrechte, sondern ergab sich aus den Regeln des Grundgesetzes über die Konstruktion des Staatswesens der Bundesrepublik. Juristen nennen das Staatsorganisationsrecht. Dazu gehörten zum Beispiel das Urteil von 1973 zum Grundlagenvertrag mit der DDR, das Urteil von 1984 zum NATO-Doppelbeschluss über die Stationierung von neuen US-Atomraketen in der Bundesrepublik, 1993 zum Vertrag von Maastricht über die neue Europäische Union und die Einführung des Euro und schließlich das Urteil von 2009

[†] Vgl. Neue Juristische Wochenschrift 2011, S. 1931 ff.

zum Vertrag von Lissabon über den Umbau der Europäischen Union.[‡]

Außerdem wurden viele Urteile zu Dauerthemen erlassen. Das waren neben der Gleichheit von Frauen und Männern beispielsweise die Sicherung des öffentlich-rechtlichen Fernsehens und die Parteienfinanzierung. Bei Letzterem ging es immer wieder um die Chancengleichheit der politischen Parteien und um die gerechte Behandlung von Bürgerinnen und Bürgern, die mit ihren Beiträgen oder Spenden die Parteien finanzieren.

Gerechtigkeit und Recht

Das BVerfG hat auch dafür gesorgt, dass das Recht der Bundesrepublik gerechter geworden ist. Gerechtigkeit und Recht sind nicht immer dasselbe.[§] Es gibt auch ungerechtes Recht, selbst in unserem Rechtsstaat. Der Gerechtigkeit hat das Gericht zum Beispiel eine Bresche geschlagen mit seiner schon beschriebenen Rechtsprechung zur Gleichheit von Männern und Frauen. Das Familienrecht des BGB war mit seiner Dominanz des Mannes schon bei seinem Inkrafttreten im Jahr 1900 ungerecht und im Jahr 1949 beim Erlass des GG erst recht. Denn die Frauen hatten im und nach dem Zweiten Weltkrieg in Familie und Beruf die Männer ersetzt, die als Soldaten kämpften und danach zu einem großen Teil noch in Gefangenschaft waren. Die Zeiten hatten sich geändert. Sorge für die Familie und Berufstätigkeit waren auch Sache der Frauen geworden. Und das neue Familienrecht des „Gleichberechtigungsgesetzes“ in den Paragraphen 1628 und 1629 BGB mit dem Stichtenscheid des Vaters war ebenfalls ungerecht und nicht nur verfassungswidrig als Verstoß gegen Artikel 3 Absatz 2.

„Es erben sich Gesetz' und Rechte Wie eine ew'ge Krankheit fort; (...) Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage; Weh dir, daß du ein Enkel bist! Vom Rechte, das mit uns geboren ist, Von dem ist, leider! nie die Frage“, wusste schon der Jurist Johann Wolfgang von Goethe im

[‡] Vgl. Neue Juristische Wochenschrift 2009, S. 2267 ff.

[§] Vgl. Uwe Wesel, Fast alles, was Recht ist, Frankfurt/M. 2007⁸, S. 411 ff.

„Faust“. Was im Mittelalter noch gerecht sein konnte, war es nun nicht mehr. Seit 1949 gab es ein Grundrecht, das mit uns geboren war. Ein großer Umbruch hatte stattgefunden durch Industrialisierung, Krieg und Menschenrechte, die vor mehr als 150 Jahren verkündet wurden und nun allmählich zur Geltung kamen. Soviel zu einer großen Ungerechtigkeit im Recht, die sogar beseitigt worden ist. Nun zu einer kleineren, die es heute noch gibt.

Vor längerer Zeit erzählte mir ein Schwede amüsiert und erstaunt eine Geschichte, die zeigt, dass es in der Bundesrepublik bis heute ungerechtes Recht gibt. Er war in Bayern angehalten worden, weil er zu schnell gefahren ist. Der Polizeibeamte verlangte von ihm ein Bußgeld von dreißig oder fünfzig Mark. Der Schwede fragte, wieso diese Summe, der Beamte würde doch gar nicht wissen, wie viel er verdiene. Er erhielt die Antwort: „Bei uns sind alle vor dem Gesetz gleich.“ Der konnte sein GG und den Wortlaut von Artikel 3 Absatz 1. In Schweden dagegen werden Bußgelder bei Verkehrsordnungswidrigkeiten nach dem Gehalt eingestuft, so wie man bei uns im Strafrecht bei Geldstrafen mit Tagessätzen vorgeht, aber nicht bei leichten Ordnungswidrigkeiten im Straßenverkehr, vielleicht weil der Verwaltungsaufwand zu hoch ist, den die Schweden nicht scheuen.

Noch heute gibt es in Deutschland für Parken im Parkverbot oder zu hoher Geschwindigkeit einen festen Bußgeldkatalog, der nach Paragraph 26a des Straßenverkehrsgesetzes vom Bundesverkehrsminister erlassen wird und vom Gehalt des Betroffenen unabhängig ist. Wenn also jemand ein gutes Einkommen hat, kann er mit einem Griff in die Portokasse mühelos täglich öfter falsch parken, jemand mit einem kleinen oder mittleren Gehalt nicht. Ist also Paragraph 26 a Straßenverkehrsgesetz und der Katalog des Ministeriums gerecht? Man könnte verneinen mit Hinweis auf einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Artikel 3 Absatz 1, „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“. Der Absatz bedeutet nämlich auch, dass Ungleiches nicht gleich, sondern ungleich behandelt werden muss. Vielleicht geht jemand vor das Bundesverfassungsgericht, das nun 60 Jahre alt geworden ist und schon manch andere Ungerechtigkeit beseitigt hat?

Winfried Hassemer

Strafrechtliche Aufarbeitung von Diktaturvergangenheit

Essay

Das öffentliche Interesse an der Rolle des Rechts, insbesondere des Strafrechts, bei der Aufarbeitung einer Diktaturvergangenheit ist nicht stabil. Das hat seine Gründe. Wir haben diese Frage nach dem Wechsel unseres politischen Systems Mitte der 1940er Jahre sowie Anfang der 1990er Jahre diskutiert. Aber zu einem begründeten Ergebnis sind wir nicht gekommen. Es scheint eher, als hätten

wir unsere im Laufe der Zeit jeweils aktuellen Probleme mit Rechtsstaat und Gerechtigkeit immer wieder vor dem Hintergrund der Nazizeit und des Rechtssystems der DDR in den Blick genommen und es dabei belassen. Erinnerung ist vor allem der Streit über die Hoffnung, ob es – angesichts des flagranten Unrechts in Gesetzesform vor 1945 – ein übergesetzliches, ein *Naturrecht* gibt, auf das sich, nach dem Zusammenbruch des Regimes, eine Verurteilung derer stützen könnte, die das gesetzliche Unrecht geschaffen und exekutiert hatten. In etwas anderer Einkleidung ist die Frage im vergangenen Jahr wieder aufgeflammt anlässlich des Beginns des Münchner Strafverfahrens gegen John Demjanjuk, der beschuldigt wurde, an der Tötung tausender Menschen im Konzentrationslager Sobibor beteiligt gewesen zu sein. Dabei standen sich zwei Positionen gegenüber, die uns seit Jahrzehnten argumentativ vertraut sind: „Was soll ein Strafverfahren nach so vielen Jahren gegen einen alten Mann?“, fragten die einen, und die anderen gaben zur Antwort: „Recht muss Recht bleiben.“

Angesichts der Aufstände im Norden Afrikas und im Nahen Osten fällt uns derzeit vielerlei Kluges ein; die Frage nach der Rolle des Rechts in der Phase späterer Konsoli-

Winfried Hassemer

Prof. em. Dr. Dr. h. c. mult.;
ehemaliger Vizepräsident des
Bundesverfassungsgerichts;
Institut für Kriminalwissen-
schaften und Rechtsphiloso-
phie, Johann Wolfgang Goethe-
Universität, Grüneburgplatz 1,
60629 Frankfurt/M.
winfried.hassemer@t-online.de

dierung der Region gehört freilich eher nicht dazu – obwohl doch die Einforderung von „Freiheit“ durch die „Rebellen“ unüberhörbar auch der Ruf nach „Gerechtigkeit“ ist. Hinsichtlich anderer Regionen in der Welt verhielt und verhält es sich nicht anders. Das alles verwundert auf den ersten Blick. Denn die Erfahrungen mit dem Ende einer Diktatur und einem politischen Systemwechsel sind uns noch gut zugänglich. Auch in der Sache gibt es gute Gründe, Strafrecht, Rechtsstaat und Gerechtigkeit nicht nur von ihrem Alltag, sondern auch von ihren Grenzen her zu denken, also die Fragen nicht aus dem Blick zu verlieren, was aus unserer Rechtsordnung wird, wenn sie nicht mehr den Prinzipien von Gleichheit oder Gewaltenteilung verschrieben ist, oder welches die Anzeichen sind, die frühzeitig und verlässlich auf eine Erosion des Rechtsstaats hinweisen. Wenn wir bloß über das Funktionieren des Rechts bei einem Wechsel der Regierung, beim Entstehen einer neuen Partei oder in einer Finanzkrise orientiert sind – also in Situationen, in denen das politische System überlebt¹ –, wissen wir über unser Recht nicht viel.

Aber vielleicht wollen wir das nicht wirklich wissen und begnügen uns aus guten Gründen mit schnellen Urteilen und emotionalen Einschätzungen, wenn wir die Zeiten des Unrechts endlich hinter uns haben. Dabei gibt es doch zwei hinreichend konkrete Fragen, die einen politisch und historisch interessierten Menschen aufregen können und die unmittelbar in unser Problem führen.

Zwei Fragen

Warum eigentlich sollen wir frühere Machthaber, die ihre Macht auch mithilfe rechtlicher Instrumente dazu eingesetzt haben, andere Leute zu quälen, zu bedrängen, ungerecht zu behandeln, auszuweisen, einzusperren oder gar zu foltern und umzubringen, nach dem Verlust dieser Macht anständig behandeln, ihnen ein rechtsstaatliches Verfahren gewähren, das ihnen Schutz und Schonung garan-

¹ Vgl. zur Abgrenzung zwischen tiefgreifendem Systemwechsel und bloßer Krise meinen Beitrag in: Hans-Jürgen Papier et al. (Hrsg.), Staatsrecht und Politik, Festschrift für Roman Herzog, München 2009, S. 83 ff.

tiert? Womit haben sie das verdient? Fordert das die Gerechtigkeit? Das wäre dann doch eine seltsame, eine jedenfalls ungleiche Gerechtigkeit, sollte man meinen.

Hinter dieser Frage steht eine andere, die ihr eine rechtsphilosophische Grundlage verschafft, sie plausibel macht, verallgemeinert und zuspitzt. Sie tritt nicht in Frageform auf, sondern als resignative Feststellung. Sie stammt von Bärbel Bohley, die schon in der DDR gegen Rechtlosigkeit und Unterdrückung gekämpft hatte, und lautet: „Wir wollten Gerechtigkeit und bekamen den Rechtsstaat.“ Bärbel Bohley legte durch ihre überzeugende Haltung während der DDR und danach ein Zeugnis für den Wert der Rechtlichkeit ab. Adressat der zitierten Feststellung war die Bundesrepublik, und gemeint war die selektive und zögerliche Aufarbeitung des DDR-Unrechts. Also hieß die resignative Feststellung, wenn man sie in Frageform überführt: Warum machen wir, wenn es doch schlicht und einfach um Gerechtigkeit geht, Umwege ins Gestrüpp einer undurchsichtigen Rechtsordnung, in der wir uns nicht zurechtfinden und am Ende gar nicht mehr wissen, warum wir uns überhaupt aufgemacht haben, Gerechtigkeit zu suchen? Warum weichen wir in Bürokratie aus, statt endlich das Unrecht wegzuräumen und an seiner Stelle Gerechtigkeit zu schaffen? Das hört sich gut an – aber vielleicht eher etwas zu gut. Zwei Erfahrungen haben wir, die vorläufig den Eindruck nahelegen, dass es mit der Gerechtigkeit nicht so einfach sei.

Zwei Erfahrungen

Zweimal hatten die Deutschen im vergangenen Jahrhundert das Glück und die Aufgabe, nach einer Phase des Unrechts, der Ungleichbehandlung und der Unterdrückung auch ihre rechtlichen Verhältnisse neu zu ordnen, und einmal hatten sie dabei die Chance, frühere Fehler nicht zu wiederholen. Wie weit sie diese Chance genutzt haben, wird vermutlich immer im Streit bleiben – zu vielfältig und zu mächtig sind die ideologischen und politischen Interessen an einer bestimmten Antwort oder deren Vermeidung. Man denke nur an die Auseinandersetzung darüber, ob die DDR ein „Unrechtsstaat“ war. Dieser Streit wird wohl nur durch allseitige

Ermüdung sein Ende finden. Und dennoch muss man sich zu dieser Frage verhalten, wenn man beurteilen und begründen will, ob unsere Rechtsordnung mit den Aufgaben, die mit der Wiedervereinigung auch auf sie gewartet haben, zurechtgekommen ist oder nicht.

Und noch bevor man sich der Frage nach der Chance und ihrer Nutzung auch nur nähern kann, tut sich eine weitere Hürde auf. Sie besteht vor allem in dem begründeten Zweifel, ob man die Herrschaft der Nationalsozialisten überhaupt mit den Verhältnissen in der DDR vergleichen kann; kann man das nämlich nicht, oder kann man das kaum und weiß man nicht so richtig, wie weit man das kann, so ist es auch mit dem Vorwurf der Wiederholung früherer Fehler nicht weit her; man hat ja keinen tauglichen Vergleichsmaßstab.

Bringt man diese beiden Erfahrungen auf den Punkt, so festigt sich der Eindruck, man habe es mit überkomplexen Fragestellungen zu tun und dies sei der Grund dafür, warum es ein stabiles öffentliches Interesse an der Rolle des Rechts nach einem politischen Systemwechsel nicht gibt: Zu zahlreich, zu verwoben und zu vage sind die Ausgangspunkte, die Kausalbeziehungen und die Bewertungen, auf die es ankommt, wenn man belastbare Urteile über die Fähigkeit einer Rechtsordnung, das Unrecht eines früheren politischen Systems aufzuarbeiten, fällen will. Alles hängt irgendwie miteinander zusammen, nichts lässt sich sauber isolieren und in Ruhe betrachten; also fängt man besser gar nicht erst damit an. (Ich jedenfalls werde in diesem kurzen Aufsatz nicht damit anfangen, solche Grundfragen auch nur zu stellen.)

Das freilich ist erst der äußere Anschein der Hürden, die uns im Wege stehen. Blickt man etwas tiefer, so bemerkt man alsbald, dass die eigentlichen Probleme unseres Gegenstands nicht in dessen Komplexität, sondern in der Sache selbst – der Rechtsordnung – liegen: das Verhältnis von Gerechtigkeit und Rechtsstaat, die Möglichkeiten des Rechts, insbesondere des Strafrechts, unser Problem zu lösen, und die unterschiedlichen Anforderungen, die eine jeweilige Rechtskultur an das Konzept einer „Lösung“ richtet. Fangen wir mit dem Letzteren an.

Ob sich nach dem Wechsel eines politischen Systems die Forderung erhebt, nunmehr sei auch das frühere Unrecht aufzuarbeiten, entscheidet letztlich nicht die geltende Rechtsordnung. Sie entscheidet auch nur vordergründig, wie diese Aufarbeitung aussehen und wie sie von statten gehen soll. Falls die Rechtsordnung auf beide Fragen Antworten bereithält – was heute in rechtlichen Systemen, die, wie bei uns, durch Gesetzbücher organisiert sind statt durch Richterrecht, die Regel ist –, darf man daraus nicht einfach schließen, diese Aufarbeitung habe der Gesetzgeber halt angeordnet. Das wäre zwar nicht falsch – er hat es ja getan –, aber es wäre arg oberflächlich gesehen.

Betrachtet man sich die Rechtsordnungen auf unserem Planeten, die es in der vergangenen Zeit unternommen haben, früheres Systemunrecht anzufassen,^F so gewinnt man den Eindruck, dass kein Bereich des Rechts von der jeweiligen Rechtskultur einer Gesellschaft und eines Staates so intensiv bestimmt ist wie dieser. Die Varianten der rechtlichen Reaktion auf früheres Unrecht sind äußerst zahlreich und können sich überdies instrumentell sehr voneinander unterscheiden. Sie reichen vom schlichten Nichtstun über eine erst viel später einsetzende normative Regulierung, einen sozialen Ausgleich für frühere Opfer des Systems oder deren rechtliche Rehabilitierung, die geheime oder öffentliche Aufdeckung früherer Verstrickungen bei jetzt wichtigen Personen („Lustration“), sie reichen über „Wahrheitskommissionen“ mit freiwilliger und erzwungener Teilnahme bis hin zu milden oder massiven strafrechtlichen Interventionen. Und diese Formen einer Aufarbeitung können, wie etwa bei uns, auch noch in bestimmten Mischungen auftreten.

Die Gründe, die in einem Staat und in einer Gesellschaft, welche ein Unrechtssystem hinter sich haben, dazu führen, dass eine bestimmte Form der Aufarbeitung – oder besser: eine bestimmte Mischung von Formen –

^F Vgl. die Publikationen im Rahmen des Forschungsprojekts „Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht“ des Freiburger Max Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, online: www.mpicc.de/ww/de/pub/forschung/forschungsarbeit/strafrecht/systemunrecht.htm (11.7.2011).

Gestalt gewinnt und dass bestimmte Alternativen keine Chance der Verwirklichung haben, sind, wie man sich leicht denken kann, kaum verlässlich aufzuklären. Denn eines ist sicher: Diese Gründe wurzeln in tiefen Schichten einer Rechtskultur. Dort entscheidet sich das *Ob* einer Reaktion auf früheres Unrecht und auch das *Wie*. Was danach in den Gesetzbüchern steht, ist ein spätes Notat von Prozessen und Entwicklungen, die – komplex, lebendig, variantenreich und störrisch – darüber entscheiden, wie dieses Volk sich zu „seinem“ früheren Unrecht verhalten will.

Dabei kann es beispielsweise um die folgenden Faktoren gehen: die Bereitschaft und die Kraft einer Gesellschaft, das frühere Unrecht zu vergessen, es gar zu verzeihen oder mit ihm außerhalb rechtlicher Institutionen irgendwie zurechtzukommen; die aktuelle Unfähigkeit zu einer übereinstimmenden rechtspolitischen Lösung; die kulturelle Wertigkeit von Transparenz, Wissen und Wahrheit, von normativer Genugtuung für erlittenes Unrecht, von Vertrauen in die reinigende Wirkung des Strafrechts oder in die soziale und finanzielle Rehabilitierung von Menschen, die in ihrer Würde, ihrer Freiheit oder in ihrem Eigentum verletzt worden sind. Dass überdies historische Erfahrungen und auch externe Faktoren wie etwa außenpolitische Rücksichten in diese Prozesse intervenieren, bedarf kaum der Erwähnung. So fügt sich das Bild von einem tief begründeten und weithin verborgenen System von Faktoren der Entscheidung, Systemunrecht rechtlich aufzuarbeiten.

Verhältnis von Gerechtigkeit und Rechtsstaat

Vorsicht: Das Gelände, auf das uns das Ausspielen von Rechtsstaat und Gerechtigkeit lockt, ist vermint. Beides gegeneinander auszuspielen, ist eine Rhetorik, die nicht selten erfolgreich ist – freilich regelmäßig bei den falschen Leuten, unter falschen Voraussetzungen und in falschen Situationen. Dahinter steht die – natürlich unausgesprochene – aggressive Annahme, dass der Rechtsstaat gegenüber der Gerechtigkeit ein Umweg ist, dass er gar ein Mittel sei, diejenigen Leute zu täuschen, die wirklich Gerechtigkeit wollen.

Gerade in den Situationen, die wir hier besprechen, gibt es freilich auch eine Gegen-

Rhetorik. Sie heißt „kurzer Prozess“ und meint, man könne Gerechtigkeit auch zu schnell erreichen und sie gerade deshalb verfehlen. Der kurze Prozess war und ist nicht selten ein probates Mittel derjenigen, welche die Probleme nach dem Sturz des Diktators nicht mit rechtlichen, sondern mit körperlichen Mitteln gelöst haben: Sie haben ihn ohne Verfahren liquidiert. Das ist weniger eine verwegene Romantik als ein Kalkül. Man kennt die Argumente, die für den kurzen Prozess ins Feld geführt werden und die von ferne an das Ausspielen von Gerechtigkeit und Rechtsstaat erinnern: Dieser Mensch hat angesichts seiner Untaten nichts anderes verdient; unser Vorgehen passt auf das seine und leuchtet den Leuten deshalb eher als gerechte Antwort ein als ein langes, papierenes Verfahren. Gegen diese Argumente ist von Rechts wegen nichts zu erinnern; sie haben mit Recht nämlich nichts zu tun. Sie stammen aus den Arsenalen des Krieges und wollen bloß an ihrer Eignung gemessen werden, den Feind ohne eigene Opfer so schnell wie möglich zu erledigen. Dass sie in vielen Situationen ihre faktischen Ziele eher erreichen als die Instrumente des Rechtsstaats, weil sie der in dieser Gesellschaft zu dieser Zeit herrschenden Rechtskultur näher kommen als er, wird sich oft kaum bestreiten lassen.

Nur muss klar bleiben, dass diese Rhetorik nicht auf den Rechtsstaat zielt, sondern auf den Unrechtsstaat. Sie arbeitet mit „Durchgreifen“, mit „andere Saiten aufziehen“, sie argumentiert mit dem starken Staat und kommt exakt aus der gegenteiligen Ecke rechtspolitischer Orientierung. So haben die Nazis geredet, als sie die wachswichte Weimarer Republik aufs Korn nahmen. Der Versuch, eine Diktatur aufzuarbeiten und einen Unrechtsstaat zu überwinden, kann so nicht auftreten. Damit beantwortet sich ganz beiläufig die Frage nach der rechtlichen Beurteilung und Behandlung des Diktators. Von situativen Rücksichten abgesehen, die in diesen angespannten Situationen der politischen Klugheit geschuldet und deshalb gerechtfertigt sein mögen, gibt es über die Antwort in der Sache keinen Zweifel: Wer einen Rechtsstaat an die Stelle eines Unrechtsstaats setzen will, muss, sobald er das kann, den Rechtsstaat verwirklichen, er muss für ihn werben, ihn öffentlich ins Werk setzen und für ihn einstehen. Rache wegen früherer Rechtsverletzung mag verständlich sein, für den wachsenden Rechtsstaat ist sie

Gift. Politisch belegt eine Behandlung nach den Regeln des Rechtsstaats überdies die Souveränität und moralische Überlegenheit der neuen Rechtsordnung gegenüber Scheußlichkeiten der Vergangenheit. Außerdem ist der Rechtsstaat imstande, diesen Scheußlichkeiten in den Grenzen, die er für gerechtfertigt hält, auch gerecht zu werden.

Die Klage über den Rechtsstaat als Ausweichmodell der Gerechtigkeit lebt von dem Missverständnis, dass wir auf Gerechtigkeit zugreifen können wie auf einen Apfel, es „gebe“ sie – zum Greifen nahe. Wäre das so, so wäre der Rechtsstaat in der Tat (sofern es ihn überhaupt „gebe“, denn angesichts der greifbaren Gerechtigkeit wäre er wohl überflüssig) ein Umweg, eine Täuschung und nichts als ein falscher Wegweiser; er würde uns Gerechtigkeit vorenthalten und uns stattdessen in die Wüste schicken. Aber so ist es nicht. Gerechtigkeit ist uns zugänglich, sie ist uns aber nicht zur Hand. Kein Mensch kann sicher sein, dass sein Urteil das gerechte Urteil ist. Jeder Mensch, der mit anderen zusammen existiert, weiß, dass andere bisweilen anders denken als er und dass sie bisweilen recht haben, er weiß, dass es Zeit, Nachdenken und auch Belehrung braucht, sich zu orientieren über das, was faktisch geschehen ist und was es normativ bedeutet, und er kann wissen, dass aus allen diesen Erfahrungen des vergesellschafteten Menschen jedenfalls eines folgt: Gerechtigkeit gibt es nicht zum Greifen, Aufheben und Anwenden; sie „ist“ nicht, sie „entsteht“ – und zwar in Auseinandersetzung mit anderen, im Zuhören, im Beraten, in der Beseitigung von Missverständnissen, im erneuten Versuch nach dem ersten Scheitern, kurzum: in Verfahren und in Formen. Das bedeutet nicht, dass der Mensch nicht das Recht habe, dies für gerecht und jenes für ungerecht zu halten und dabei auch zu bleiben. Es bedeutet aber, dass er nicht das Recht hat, sein Urteil umstandslos auch für andere verbindlich zu machen. Gerechtigkeit ohne Rechtsstaat gibt es nur per Zufall oder als Geschenk des lieben Gottes.

Kraft des Rechtsstaats

Auf die letzte Frage, die sich in unserem Zusammenhang stellt, habe ich keine so eindeutige Antwort. Es ist die bange Frage, ob der Rechtsstaat wirklich imstande ist, einen Neuanfang zu machen, ob er die Kraft, die Geduld,

die Subtilität und die Genauigkeit aufbringen kann, die uns von einer „Aufarbeitung“ früheren systemischen Unrechts sprechen lassen.

Gewiss wird man beispielsweise annehmen dürfen, dass die beiden Senatsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ihre Aufgabe erfüllt haben, auf der Grundlage der rechtsstaatlich zustande gekommenen Gesetze eine gerechte Antwort zu finden auf die Konstellationen der Tötungen von „Grenzverletzern“ durch „Mauerschützen“^F und der unhaltbaren strafrechtlichen Verurteilungen durch Gerichte der DDR.^F Diese Judikate haben einerseits nach Hierarchien und Befehlsstrukturen differenziert und die Strafrechtsfolgen nach dieser Unterscheidung bemessen, andererseits haben sie ihren Beitrag dazu geleistet, den Rechtsstaat in die Pflicht zu nehmen, wenn es um die Rehabilitierung von Menschen geht, die im früheren System zu Unrecht strafrechtlich belangt worden waren. Gewiss sind beide Senate des Gerichts, die mit den unterschiedlichsten Problemkonstellationen zwischen der Rechtspraxis der DDR und dem Grundgesetz befasst gewesen sind,^F den Anforderungen gerecht geworden, denen eine verfassungsrechtliche Beurteilung genügen muss.

Doch damit ist noch nicht viel gesagt. Für eine „Aufarbeitung“ ist das Verfassungsgericht nicht die zentrale Instanz – oder jedenfalls nicht die einzige. Seine Aufgabe, die Übereinstimmung hoheitlicher Akte mit dem Grundgesetz zu überprüfen, setzt spät an und ist eher blass. Viel wichtiger sind die Fachgerichte (und in Strafsachen auch die Ermittlungsbehörden), welche die Sachverhalte zusammenstellen und die dogmatischen Wege finden und ausbauen müssen, auf denen sich die rechtsstaatlichen Botschaften dann transportieren lassen. Am wichtigsten ist die Fähigkeit der gesamten Justiz, nicht nur dogmatisch, sondern auch politisch zu begreifen, was sie tut, und dies der Bevölkerung und ihrer Rechtskultur zu vermitteln.

Betrachtet man gerade die Strafjustiz unter dem zuletzt genannten Maßstab, so bemerkt

^F Vgl. BVerfGE 96, 96.

^F Vgl. BVerfGE 101, 275.

^F Vgl. Federal Constitutional Court (ed.), Decisions of the Federal Constitutional Court – Federal Republic of Germany, Bd. 3: Questions of Law Arising from German Unification 1973–2004, Baden-Baden 2005.

man alsbald massive Defizite. Sie zeigen in ihrer Gesamtheit, dass unsere Rechtsordnung auf das Problem, das wir hier besprechen, nicht gut vorbereitet ist. Ich nenne nur zwei Stichworte: Verfolgungsgerechtigkeit und Sinn der Strafe.

Verfolgungsgerechtigkeit

Was wir mit einem allgemeinen Begriff „Strafgerechtigkeit“ nennen, bezieht sich nicht nur auf Unrecht, Schuld und Strafe, sondern auch auf das Strafverfahren. Der strafende Staat kann Menschen nicht nur durch zu hohe Strafen verletzen, sondern auch durch unübersichtliche, übermäßig belastende oder ungleiche Verfahren wie etwa durch eine Strafverfolgung ohne hinreichenden Tatverdacht oder durch eine überlange Untersuchungshaft.

Unter anderem deshalb schreibt die Strafprozessordnung (StPO) in Paragraf 152 II das „Legalitätsprinzip“ vor: die Pflicht der Ermittlungsbehörden, bei jedem „Anfangsverdacht“ einzuschreiten. Man kann dies „Verfolgungszwang“ nennen und dahinter einen personalen und einen auf die Rechtsordnung bezogenen Sinn erkennen: Dieses Prinzip schützt nicht nur die Betroffenen vor ungleicher Behandlung; es ist zugleich der Grundpfeiler einer Verfolgungsgerechtigkeit und damit eines gerechten Strafverfahrens. Ohne Verfolgungszwang, ohne die Pflicht zur Gleichbehandlung der Betroffenen zu Beginn des Strafverfahrens hätten wir willkürliche Eingriffe in Grundrechte zu befürchten. Das wäre – auch wenn es am Ende nicht zu einer ungerechten Verurteilung führt – in einem Rechtsstaat nicht erträglich.

Wer die rechtspolitische Diskussion bei uns verfolgt, weiß, dass es mit dem Legalitätsprinzip nicht zum Besten steht; es gibt zu viele und zu schwammig gefasste Ausnahmen. Wie aber alle Erfahrung zeigt, ist die Bedrohung der Verfolgungsgerechtigkeit nach dem Ende eines Unrechtsstaats ungleich massiver als in unserem Alltag, sie ist strukturell. Nur die allerwenigsten derer, die sich in der Zeit des systemischen Unrechts nach rechtsstaatlichen Grundsätzen strafbar gemacht haben, geraten überhaupt ins Visier der Ermittlungsbehörden. Die Kriterien sind überdies selektiv: Sie begünstigen beispielsweise, über eine einschränkende Auslegung des Tatbestands der Rechtsbeugung, gerade die Juristen. Als bald beginnt der in der Öffentlichkeit an-

schwellende Ruf, doch nun endlich Schluss zu machen mit der Verfolgung. Politische Interessen an einem schnellen Neubeginn in Staat und Wirtschaft stehen einer gleichmäßigen Anwendung des Strafrechts auf alle Verdächtigen zusätzlich im Wege.

Aus diesem Dilemma sehe ich, nachdem auch große Anstrengungen zur besseren Ausstattung der Justiz in der Sache nicht viel geändert haben, keinen Ausweg. Alle Bemühungen, ungleiche Eingriffe zurückzudrängen, haben – auch wenn die Ergebnisse nach der Wiedervereinigung besser waren als die nach dem Zweiten Weltkrieg – am Grundproblem selektiver Strafverfolgung nichts geändert. Dieses Problem ist eine Last aus dem Fortdauern personaler, gesellschaftlicher und auch staatlicher Strukturen über das Ende eines Unrechtssystems hinaus. Es zeigt, dass „Aufarbeitung“ und „Neuanfang“ in unserem Kontext relative Begriffe sind. Damit müssen wir wohl leben.

Sinn der Strafe

Die Straftheorien, also die Vorstellungen vom Sinn der Strafe, geraten nach der Überwindung eines Unrechtssystems alsbald an ihre Grenzen. Die überkommenen Meinungen, Strafe sei dazu da, Unrecht und Schuld angemessen zu beantworten (Vergeltung, Sühne), den Straftäter zu bessern (Resozialisierung, Spezialprävention) und uns alle von der Kriminalität fernzuhalten (Abschreckung, Generalprävention), stimmen mit den Gegebenheiten hier, wie etwa am Fall Demjanjuk augenfällig wird, kaum überein: Eine angemessene Vergeltung von Unrecht und Schuld, die in unserem Rechtsstaat, der die Todesstrafe abgeschafft hat, ihr oberes Maß in einer lebenslangen Freiheitsstrafe findet, ist angesichts eines Vorwurfs der Tötung von mehreren tausend Menschen unerreichbar. Diese Massivität von Verbrechen sprengt den Strafrahmen und macht jegliche Strafe zu einer bloß symbolischen Reaktion, die im Strafrecht nichts zu suchen hat; sie zerstört unser fein austariertes System der Strafquanten und ist eigentlich, wenn man so will, eine Beleidigung der Opfer. Es ist – aus guten Gründen – kein Ausweg ersichtlich, auf dem man diesen Konsequenzen entgehen könnte. Dass dieser Angeklagte „gebessert“ werden könnte – was immer das heißen mag –, dass seine Bestrafung uns alle abhalten könnte, in diese Art Verbre-

chen abzuleiten, sind lebensfremde und unvernünftige Annahmen; so etwas sollten die Strafjustiz und auch die Strafrechtswissenschaft nicht vortragen. Und wenn das so ist, fehlt der Strafe jedenfalls hier ihr Sinn; und eine sinnlose Strafe ist ein ungerechtfertigter Eingriff in Grundrechte des Bestraften.

Anders als beim Problem der Verfolgungsgerechtigkeit liegt das Dilemma beim Sinn der Strafe freilich nicht im Zusammenstoß von Wirklichkeit und Wert, also nicht dort begründet, wo es die Rechtsordnung aus strukturellen Gründen nicht schafft, die faktische Selektivität der Verfolgung aufzuheben. Es liegt vielmehr auf der Seite des Wertes, nämlich bei den traditionellen Vorstellungen vom Sinn der Strafe. Nicht, dass in solchen Fällen gestraft werden soll, ist das Problem, sondern vielmehr die Theorie, das *Warum*. Unsere Einsicht, dass die überkommenen Vorstellungen vom Sinn der Strafe in unseren Konstellationen mit einer Strafe nichts anfangen können, fordert nicht dazu auf, nationalsozialistische Gewalttäter nach Hause zu entlassen, sondern dazu, an ihrem Fall über den Sinn der Strafe neu nachzudenken.

Und das geht. In der neueren Strafrechtswissenschaft hat sich ein Verständnis von Strafe verbreitet, das nicht auf unsere Fälle gemünzt ist, ihnen aber ungleich besser gerecht werden kann als Vergeltung, Besserung und Abschreckung.¹⁶ Dieses Verständnis bezeichnet sich als „positive Generalprävention“ und fasst uns alle nicht als potenziell Kriminelle an, sondern als Bürgerinnen und Bürger, die in einer Demokratie die Strafgesetze und die Strafen selber mit verantworten und in deren Namen die Justiz Recht spricht.

Strafe ist auch nach diesem Verständnis durchaus ein Übel, das dem Bestraften mit Bedacht zugefügt wird; in dieser verletzenen Reaktion auf das Verbrechen erschöpft sich aber nicht der Sinn des Strafens. Die verletzende Reaktion, die staatliche Strafe, verweist vielmehr auf das Verbrechen als Verletzung einer strafrechtlichen Norm zurück, an deren Bestand und Überleben uns allen gelegen ist, weil sie dem Schutz eines der strafrechtlichen Rechtsgüter dient, die für uns von

zentraler Bedeutung, ja unverzichtbar sind. Die Strafe ist Antwort auf die Normverletzung und bringt zum Ausdruck, dass wir es bei dieser Verletzung nicht bewenden lassen, sie nicht hinnehmen und schon gar nicht billigen, dass wir an der verletzten Norm vielmehr jetzt und in Zukunft festhalten.

Erst in diesem weiten Rahmen gewinnen Vergeltung, Besserung und Abschreckung ihren neuen Sinn: als angemessene, verhältnismäßige Reaktion auf Unrecht und Schuld (Gerechtigkeit), als reales Angebot an den Bestraften, die Strafzeit nicht als leere Zeit, sondern als Möglichkeit zu individuellen Fortschritten zu verbringen (Sozialisation), als Chance, die vom Strafrecht geschützten Interessen öffentlich zu behaupten und zu sichern (Rechtsgüterschutz). Mit einem so verstandenen Sinn der Strafe kommen wir im Fall der Gewalttäter zurecht, die ihre Verbrechen im Schutz eines verbrecherischen Systems begangen haben.

Dieser Sinn verpflichtet den strafenden Staat nicht darauf, die Angemessenheit der Strafe als Äquivalent zu Unrecht und Schuld misszuverstehen, sondern darauf, im Sinne des Prinzips der Verhältnismäßigkeit und zum Schutz des Bestraften ein Maß nicht zu überschreiten. Er ist – wie das Prinzip „Auge um Auge, Zahn um Zahn“ – nicht die Aufforderung, die Grausamkeit des Verbrechens in der Strafe zu wiederholen, sondern sie jedenfalls nicht zu überbieten. Leistungen der Sozialisation sind ein Angebot des strafenden Staates an den Gefangenen, die sich dem Grundsatz der Menschenwürde verdanken¹⁷ und nicht voraussetzen oder gar voraussagen, der Gefangene werde sie nutzen und an ihnen wachsen. Der Rechtsgüterschutz beschränkt sich nicht auf den Versuch, die Wiederholung dieses bestraften Verbrechens eher unwahrscheinlich zu machen, sondern ist vielmehr ein breites und tiefes Konzept einer langfristigen und kritischen Annäherung der Bürgerinnen und Bürger an ihr Strafrecht. Auch wenn ein Verständnis von positiver Generalprävention Fehlgriffe anderer Konzeptionen vom Sinn der Strafe korrigieren kann: Die Aufarbeitung einer Unrechtsvergangenheit gehört nicht zu den Erfolgsgeschichten der Strafrechtsordnung.

¹⁶ Vgl. Winfried Hassemer, *Warum Strafe sein muss*. Ein Plädoyer, Berlin 2009², S. 50ff.; ders., *Vom Sinn des Strafens*, in: APuZ, (2009) 7, S. 3–6.

¹⁷ Vgl. BVerfGE 98, 169, 200ff.

Jetzt neu:

„APuZ aktuell“, der Newsletter von

Aus Politik und Zeitgeschichte

Wir informieren Sie regelmäßig und kostenlos per E-Mail über die neuen Ausgaben.

Online anmelden unter: www.bpb.de/apuz-aktuell

APuZ

Nächste Ausgabe 37–38/2011 · 12. September 2011

Frauen in Europa

Jutta Allmendinger

Geschlecht als wichtige Kategorie der Sozialstrukturanalyse

Gesine Fuchs · Silke Bothfeld

Gleichstellung in Deutschland im europäischen Vergleich

Prune Antoine

Unter den Rockschoßen der Europäischen Kommission

Barbara Vinken

Erkenne Dich selbst: Frauen – Mütter – Emanzipation

Ina Wunn

Neue Wege für Musliminnen in Europa

Éva Fodor

Geschlechterbeziehungen im (Post-)Kommunismus

Ursula Apitzsch · Marianne Schmidbauer

Care-Arbeit, Migration und Geschlechtergerechtigkeit

Peter Döge

Gender als Geschlechterkultur

Herausgegeben von
der Bundeszentrale
für politische Bildung
Adenauerallee 86
53113 Bonn



Redaktion

Dr. Hans-Georg Golz
Dr. Asiye Öztürk
(verantwortlich für diese Ausgabe)
Johannes Piepenbrink
Anne Seibring (Volontärin)
Telefon: (02 28) 9 95 15-0
www.bpb.de/apuz
apuz@bpb.de

Redaktionsschluss dieses Heftes:
19. August 2011

Druck

Frankfurter Societäts-Druckerei GmbH
Kuh Hessenstraße 4–6
64546 Mörfelden-Walldorf

Satz

le-tex publishing services GmbH
Weißensefeler Straße 84
04229 Leipzig

Abonnementservice

Aus Politik und Zeitgeschichte wird
mit der Wochenzeitung **Das Parlament**
ausgeliefert.
Jahresabonnement 25,80 Euro; für Schüle-
rinnen und Schüler, Studierende, Auszubil-
dende (Nachweis erforderlich) 13,80 Euro.
Im Ausland zzgl. Versandkosten.

Frankfurter Societäts-Medien GmbH
Vertriebsabteilung **Das Parlament**
Frankenallee 71–81
60327 Frankfurt am Main
Telefon (069) 7501 4253
Telefax (069) 7501 4502
parlament@fs-medien.de

Nachbestellungen

IBRo
Kastanienweg 1
18184 Roggentin
Telefax (038204) 66 273
bpb@ibro.de
Nachbestellungen werden bis 20 kg mit
4,60 Euro berechnet.

Die Veröffentlichungen
in *Aus Politik und Zeitgeschichte*
stellen keine Meinungsäußerung
der Herausgeberin dar; sie dienen
der Unterrichtung und Urteilsbildung.

ISSN 0479-611 X

Bundesverfassungsgericht APuZ 35–36/2011

Udo Di Fabio

3–7 **Vom Recht, Recht zu sprechen**

Die Welt des 21. Jahrhunderts ist eine polyzentrische, in der auch das Recht grenzüberschreitend verflochten ist. Welchen Beitrag leisten Verfassungsorgane, die Identität der Verfassung unter gewandelten Bedingungen wirksam zu halten?

Rosemarie Will

8–14 **Bedeutung der Menschenwürde in der Rechtsprechung**

Das Bundesverfassungsgericht entscheidet, ob und wann die Würde eines Menschen verletzt ist. Doch wie kann man das juristische Dilemma, das durch die normativ unscharfen Interpretationen der Menschenwürde entstanden ist, beheben?

Hans Vorländer

15–23 **Regiert Karlsruhe mit?**

Das Bundesverfassungsgericht ist ein Machtfaktor im politischen System der Bundesrepublik Deutschland. Die Stärke des Gerichts in Karlsruhe liegt in ihrer Deutungsmacht begründet, die vom Vertrauen der Bevölkerung gestützt wird.

Uwe Kranenpohl

23–29 **Beratungsgeheimnis des Bundesverfassungsgerichts**

Der interne Entscheidungsprozess ist von widerstreitenden Prinzipien gekennzeichnet: Einerseits sind die Abläufe durch Arbeitsteilung gekennzeichnet; andererseits ist jede Entscheidung Ergebnis eines gemeinschaftlichen Arbeitsprozesses.

Gary S. Schaal

29–35 **Motor gesellschaftlicher Integration?**

Der Aufsatz identifiziert zwei Formen der Integration durch Verfassungsrechtsprechung: qua Konsens und qua Konflikt. Beide Integrationsmodelle werden anhand einer Diskussion von vier Entscheidungen exemplarisch dargestellt.

Eva Kocher

35–41 **Verrechtlichung auf europäischer Ebene**

Das BVerfG ist nicht zwangsläufig die erste Instanz, um im Arbeitsrecht problematischen Rechtsentwicklungen auf europäischer Ebene etwas entgegenzusetzen. Der Europäische Menschenrechtsgerichtshof könnte eine wichtige Rolle spielen.

Uwe Wesel

41–48 **Recht, Gerechtigkeit und Rechtsstaat im Wandel**

Das formelle und materielle Rechtsstaatsverständnis unterliegt dem Wandel der Zeit. 1951 wurde das Bundesverfassungsgericht eingerichtet. Seine Rechtsprechung trug wesentlich zur Weiterentwicklung des Rechtsstaats bei.

Winfried Hassemer

48–54 **Strafrechtliche Aufarbeitung von Diktaturvergangenheit**

Die Herausforderungen liegen in der Rechtsordnung einer Gesellschaft: das Verhältnis von Gerechtigkeit und Rechtsstaat, die Möglichkeiten des (Straf-)Rechts und Anforderungen, die eine Rechtskultur an das Konzept einer „Lösung“ richtet.