

Der Richterstaat: Justizialisierung und Konstitutionalisierung von Politik und Öffentlichkeit als deutscher Sonderweg*

Professor Dr. Klaus Ferdinand Gärditz, Universität Bonn

I. Befund: Dominanz der Justiz im öffentlichen Leben

Wer nach Indizien für eine Justizialisierung und Konstitutionalisierung der Politik sowie des öffentlichen Lebens in Deutschland sucht, wird schnell fündig. Einige willkürlich herausgegriffene Beispiele: Wenn etwa Bahnstreiks die Republik im eisernen Zangengriff halten, schlägt auch das Richterrecht einer nicht gerade unpolitischen Arbeitsgerichtsbarkeit mit voller Wucht durch. In einer – noch nicht rechtskräftigen – Entscheidung hatte das OLG Düsseldorf jüngst die Übernahme von Kaiser's Tengemann durch EDEKA gestoppt. Dieser fusionskontrollrechtliche Fall wurde zum Politikum, weil die Übernahme erst durch Ministererlaubnis freigegeben wurde, der Kartellsenat des OLG dem insoweit persönlich zuständigen Bundeswirtschaftsminister aber Befangenheit vorwarf.¹ Eine sich nicht unbedingt durch übermäßige Sensibilität für politische Entscheidungen auszeichnende Beschlussbegründung nimmt die Wirtschaftspolitik in Geiselschaft. Blicke es dabei, wäre die Ministererlaubnis als ein politisches Ventil, das eine Durchsetzung von Gemeinwohlbelangen gegen die wettbewerbsrechtlichen Subsumptionsroutinen ermöglicht, mausetot. Wenn schließlich ein Großprojekt streitig wird, dann richtet sich der Blick umgehend auf mögliche Klagerechte, bevor überhaupt nach politischen Verhandlungslösungen gesucht wird.

Hinter dieser Dominanz der Justiz im öffentlichen Leben stehen freilich sehr unterschiedliche Phänomene. Viele Rechtsstreitigkeiten sind nicht deshalb ein Politikum, weil Gerichte inhaltlich in den Sog des Politischen geraten, sondern nur, weil ein juristisch gewöhnlicher Fall große Bedeutung hat und öffentliche Aufmerksamkeit genießt. Wenn etwa über die Rechtmäßigkeit von Planfeststellungsentscheidungen bei Verkehrsflughäfen oder Eisenbahntrassen entschieden werden muss, geht es um weitgehend entpolitisierte Fragen des Verwaltungsrechts, die aber die Infrastruktur einer ganzen Region prägen.

Dies ist grundlegend anders bei der Verfassungsgerichtsbarkeit, auf die ich mich hier kraft eigener fachlicher Nähe konzentrieren will. Vor allem das Bundesverfassungsgericht hat der Politik seinen Stempel aufgedrückt. Auch wenn das Klagen über richterlichen Aktivismus alt ist, die Geschichte des Gerichts von Anfang an begleitet hat und oftmals nicht viel mehr war als die ventilierte Unzufriedenheit der jeweiligen Verlierer im Prozess, hat sich etwas geändert. Die Dichte verfassungsgerichtlich entwickelter Vorgaben, die auf der Gesetzgebung lastet, ist erdrückend geworden. Damit einher geht eine Verlagerung von Diskursen vom Politischen ins Verfassungsrechtliche. Und allmählich wird allen klar, dass das BVerfG nicht nur lästige Juristen sind, sondern ein politischer Akteur mit institutionellen Eigeninteressen und Gestaltungsanspruch. Von Hartz-IV und Asylbewerberleistungsgesetz über die Gleichstellung Eingetragener Lebenspartnerschaften, das „Kopftuchverbot“ bis zu Auslandseinsatz der Bundeswehr hat das BVerfG die große Politik begleitet, geprägt und bisweilen auch als Motor gesellschaftspolitischen Fortschritts forciert.

Ich möchte dies hier nur anhand zweier Beispiele konkretisieren:

- Erstens: *Deutsche Europapolitik* ist seit dem Urteil zum Maastricht-Vertrag bis in die Spitzen verfassungsdurchtränkt. Gehen wir zurück ins Jahr 2009, in das Vorfeld des avisierten Inkrafttretens des Lissabon-Vertrages. War der konkrete Inhalt des Vertragswerks eine wenigen Experten vorbehaltene Spezialmaterie, die in Deutschland kaum öffentliches Mobilisierungspotential freisetzte, blickte die Republik gebannt – je nach politischer Präferenz:

* Vortrag gehalten am 20. September 2016 im Internationalen Club Redoute, Bonn.

¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12. 7. 2016 - VI – Kart 3/16 (V).

teils sorgen- teils hoffnungsvoll – nach Karlsruhe. Obgleich das deutsche Zustimmungsgesetz zum Vertrag gebilligt wurde, gab das Gericht der Europapolitik ausführliche Segelanweisungen mit auf den Weg, die seitdem den öffentlichen Diskurs nachhaltig prägen. Vieles davon ist bei nüchterner Betrachtung sachlich begründet und vernünftig angelegt, manches wirkt eher wie zufällig zusammengewürfelte Versatzstücke aus der ausgestorbenen Staatsaufgabenlehre. Augenfällig war jedenfalls die öffentliche Wahrnehmung: Lissabon-Vertrag vom BVerfG genehmigt! Als ob es bei einem mit verfassungsändernden Mehrheiten in Bundestag und Bundesrat beschlossenen Zustimmungsgesetz um eine Baugenehmigung für ein Reihenhaus ginge.

In einem zunehmend konfliktreichen und desillusionierten europäischen Integrationsprozess wuchs dem Gericht die Rolle eines Kontrolleurs der Makropolitik zu, eine Rolle, die es nicht gesucht hat, die es aber zunehmend selbstbewusster ausfüllte. Während die Europäische Union infolge der Eurokrise – ein Konglomerat von Staatsschulden-, Banken- und Wirtschaftskrise – um ihre Zukunft rang, wurde in Deutschland prozessiert. Die Doktrin, mit der Einzelne ihr Recht auf freie und gleiche Wahlen als ein „Grundrecht auf Demokratie“ qua Verfassungsbeschwerde gegen den Integrationsprozess in Stellung bringen konnten, beließ vor allem das BVerfG als europapolitischen Akteur in einer Schlüsselposition, deren Vermittlung international immer schwieriger wurde. Um Missverständnissen vorzubeugen: Die grundsätzlich überzeugenden Prämissen des Gerichts und die Leistungen für den Erhalt demokratischer Verantwortlichkeit in schnelllebigen Zeiten internationaler Verflechtung verdienten es, gegen die häufigen Anwürfe verteidigt zu werden. Der erstickende Detailreichtum, der bisweilen plumpe Dezisionismus, mit denen das Gericht seine Dogmen ausbuchstabiert hat, und nicht zuletzt die zeitweise ostentative Selbst- vor allem aber Fremdvermarktung durch einschlägige Medien („Marke Bundesverfassungsgericht“), haben jedoch die Bundesrepublik Deutschland auf einen europapolitischen Sonderweg verwiesen, der zwar keine – mitunter durchaus problematische – politische Entscheidung verhindert, dafür aber die Politik nachhaltig konstitutionalisiert hat.

- Zweitens: Die *Innere Sicherheit* ist heute kein Konfliktfeld zwischen „links-liberaler“ und „konservativ-etatistischer“ Politik mehr. In Zeiten offener Binnen- sowie halboffener Außengrenzen, einer handfesten terroristischen Dauerbedrohung sowie einer Europäischen Union, die von Krisen- und Bürgerkriegsregionen umgeben ist und dagegen ankämpft, in einen Strudel der Instabilität gezogen zu werden, besteht über die Grundlinien staatstragende Einigkeit. Es geht in der Sicherheitsgesetzgebung allenfalls um parteipolitische Nuancen. Die Matadore des Kampfes gegen einen vermeintlichen „Überwachungsstaat“, sozialisiert in den (vergleichsweise harmonischen) Zeiten der RAF, spielen parlamentarisch keine Rolle mehr. Sie haben aber die Verfassungsbeschwerde als Instrument entdeckt, mit dem sich politische Gestaltung auch aus der Last-man-standing-Position heraus betreiben lässt. Als jüngst das BVerfG als Höhepunkt seiner sicherheitsverfassungsrechtlichen Rechtsprechung in einer über 150seitigen Entscheidung Teile des BKA-Gesetzes für verfassungswidrig erklärte,² hat das Gericht dem Gesetzgeber einen ausgefeilten – sich über knapp 80 Seiten erstreckenden – Leitfaden an die Hand gegeben, wie es sich verfassungskonforme Überwachung vorstellt. Wer in den Details verfassungsgerichtlicher Sicherheitspolitik nach Ankerpunkten in Wortlaut und Systematik des Grundgesetzes sucht, dürfte eher enttäuscht werden. Es nimmt danach nicht wunder, dass nach eigener Erfahrung Sachverständigenanhörungen im Deutschen Bundestag meist in streitiger Verfassungsgerichts-exegese münden, bei der das Argument, was eine sinnvolle, praktikable und freiheitsverträgliche Lösung wäre, in den Hintergrund tritt.

Aber ist diese Entwicklung überhaupt neu? Oder geht es nicht eher um veränderte Wahrnehmungen? Leitentscheidungen insbesondere der Verfassungsgerichtsbarkeit haben die gesellschaftliche

² BVerfG, Urteil v. 20. 4. 2016, 1 BvR 966/09 u.a., EuGRZ 2016, 149 ff.

und politische Entwicklung der Bundesrepublik von Anfang an begleitet. Gesellschaftliche Konflikte führen oft zu rechtlichen Konflikten, die wiederum Rechtsprechung produzieren. Seit der Erfindung materialer Verfassungsgerichtsbarkeit waren Gerichte mit der politischen Entwicklung westlicher Demokratien untrennbar verknüpft. Eine Geschichte der Vereinigten Staaten ließe sich sicherlich nicht schreiben, ohne den Wegmarken eigene Kapitel zu widmen, die der U. S. Supreme Court gesetzt hat. Ein Verfassungsgericht, das höherrangiges Recht auch gegen mehrheitsgetragene Ergebnisse des politischen Prozesses verteidigen soll, erlangt vor allem dann an Bedeutung, wenn es aufgrund strukturell veränderter Mehrheiten zu einer politischen Wende kommt, die typischerweise mit konfliktreichen Umgestaltungsansprüchen verbunden wird. Verfassungsgerichte sind dann bisweilen die letzten Bastionen abgewählter Regierungen oder Bewahrer der „alten Ordnung“. Schon die legendäre Entscheidung von *Chief Justice John Marshall* in *Marbury v. Madison* (1803), in der der U. S. Supreme Court erst als Verfassungsgericht erfunden wurde, war die Fortsetzung eines parteipolitischen Konflikts über einen umwälzenden Regierungswechsel hinaus.

Vor allem „progressive“ Entwicklungsschübe rufen die stabilisierenden Beharrungskräfte juristisch versachlichender Verfassungsgerichtsbarkeit auf den Plan. Bundesverfassungsgerichtlicher Aktivismus gegenüber dem Gesetzgeber begann vor allem in den 1970er Jahren als eine Reaktion auf die politischen Spannungen, die die Reformgesetzgebung der sozial-liberalen Koalition auslöste.³ Das Gericht konnte hier in aufgewühlten Zeiten – wie der (bezeichnenderweise) US-amerikanische Historiograf des Bundesverfassungsgerichts *Justin Collings* kürzlich treffend analysiert hat – nicht zuletzt gesellschaftliche Sehnsüchte nach Stabilität bedienen.⁴ Dies alles entspräche der normalen Rolle einer Verfassungsgerichtsbarkeit, die eben funktionsnotwendig gegen einfache Mehrheiten entscheiden muss. Legitimationstheoretische Herausforderungen einer *counter-majoritarian difficulty* stellen sich im Bereich der materiellen Verfassungskontrolle von Parlamentsgesetzen überall, sind also gewiss kein deutsches Phänomen. Dennoch hat Deutschland mit seinem justizstaatlichen Overkill einen Sonderweg beschritten, der irritiert.

II. Ursachen und ihre Folgen

In wohl keinem anderen Land wird so systematisch öffentlicher Diskurs weg von der Straße und den Parlamenten hinein in Gerichtssäle verlagert. Auch in den Vereinigten Staaten spielt die Rechtsprechung – allen voran der U. S. Supreme Court – zwar eine markante Rolle im politischen Leben, jedoch mit gänzlich anderen Folgen für die justizpolitische Öffentlichkeit. Am auffälligsten sind die Unterschiede in der Richterwahl, die in den USA stark personalisiert und offen entlang der Parteilager politisiert ist. Das Gericht wird als politischer Akteur wahrgenommen und bespielt. In Deutschland verdankt das BVerfG seinen Einfluss und seine rechtsvergleichend einzigartige Machtfülle gerade einer vermeintlichen Apolitizität, einem unausgesprochenen Sonderbedarf an Neutralität und Distanziertheit.

Doch was sind die Ursachen? Die ausländischen Verfassungstraditionen, die als Vorbild für das Grundgesetz standen,⁵ liefern keine Erklärung. Die größte Prägekraft für das Grundgesetz hatte das US-amerikanische Verfassungsrecht, das aber gerade keine Matrix für die Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit lieferte. Der U. S. Supreme Court ist zunächst einmal kein Verfassungsgericht, sondern ein oberstes Bundesgericht. Das Grundgesetz war zudem – vor dem Hintergrund der Erfahrungen aus Weimar und im Kontrast zu den USA – skeptisch gegenüber einem richterlichen Prüfungsrecht und monopolisierte die Gesetzeskontrolle bewusst beim politisch gewählten BVerfG (Art. 100 Abs. 1 GG), um einer Entdemokratisierung durch die traditionellen Justizeliten vorzubeugen, denen man 1949 aus gutem Grund misstraute. Gewiss war die breite Kompetenzfülle des BVerfG auch eine Antwort auf vergangenes Systemunrecht und damit

³ Treffend *Oliver Lepsius*, Versammlungsrecht und gesellschaftliche Integration, in: Anselm Doering-Manteuffel/Bernd Greiner/ders. (Hrsg.), *Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 1985*, 2015, S. 113 (150).

⁴ *Justin Collings*, *Democracy's Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court, 1951-2001*, 2015, S. 181.

⁵ Grundlegend *Heinrich Wilms*, *Ausländische Einwirkungen auf die Entstehung des Grundgesetzes*, 1999.

ein transformationsspezifisches Misstrauen. Was das Gericht inhaltlich daraus gemacht hat, erklärt dies alleine allerdings nicht. Die Ursachen hierfür sind vielfältig.

1. Traditionen: Rechtsstaat und Politikaversion

Eine übermächtige, dem politischen Zwängen der Kompromissfindung entrückte und vom Meinungskampf emanzipierte Gerichtsbarkeit fügt sich ein in deutsche Traditionen der Justizstaatlichkeit. Bekanntermaßen gehört es zu den frühen deutschen Sonderwegen, als Konsequenz der mutlos gescheiterten bürgerlichen Revolution im Frühkonstitutionalismus zunächst den Rechtsstaat ohne die Demokratie erhalten zu haben. Gerichte als ursprüngliche Institutionen zum rechtsstaatlichen Schutz individuell-bürgerlicher Freiheit konnten daher auf eine lange – und durchaus erfolgreiche – Entwicklungslinie verweisen, während man mit der demokratisch-kollektiven Selbstbestimmung im Politischen noch lange haderte. Die justizförmige Einbindung hat den Aufbau einer freiheitlichen demokratischen Ordnung in der Nachkriegszeit insoweit sicher erleichtert.

Es gehört zu den kaum zu überschätzenden Verdiensten des jungen, im Hinblick auf die NS-Vergangenheit weitgehend unbelasteten BVerfG, in den keineswegs orientierungssicheren Anfangsjahren der Bundesrepublik Deutschland die verfassungsrechtlichen Weichen richtig gestellt zu haben. Dem westdeutschen Staat wurde der Weg in eine pluralistische Demokratie durch eine modernisierende Rechtsprechung erleichtert und das bundesdeutsche Verfassungssystem fest in den Fundamenten des westlichen Freiheitsmodells integriert. Ohne richterlichen Aktivismus wäre dies kaum möglich gewesen. Das Gericht musste sich gegen Beharrungskräfte im politischen System, beißende Kritik einer verbreitet noch latent obrigkeitstaatlich orientierten Staatsrechtslehre und restaurative Tendenzen in einer vorbelasteten ordentlichen Justiz durchsetzen, also zunächst seinen Platz im Institutionensystem erkämpfen. Insoweit waren die zunächst zaghaften, langsam aber trittsichereren Schritte in den Verfassungsrichterstaat anfangs eher ein Befreiungsschlag – auch für die Demokratie.

Die bittere Ironie ist, dass die Institutionen der pluralistischen Demokratie, deren Rolle das BVerfG mitgeprägt und gegen restaurativ-autoritäre Grundstimmungen verteidigt hat, im Laufe der Jahre massiv an Wertschätzung in der Bevölkerung eingebüßt haben. Und auch deshalb, weil – allen Erfolgsgeschichten von einer gereiften Demokratie zum Trotz – eine Unreife breiter Teile der Bevölkerung wuchs, die Zumutungen demokratischer Freiheit auszuhalten und auch in Zeiten der Unsicherheit den Wert der politischen Auseinandersetzung um relativ bessere Lösungen auf Zeit anzuerkennen. Auch die hässliche Fratze Rechtspopulismus, der einfache, kompromissfreie Lösungen verspricht, passt insoweit ins paralytische Gesamtbild. Der lange, düster-unheilschwangere Schatten des deutschen Idealismus hat zudem das Seine getan, intellektuell das Entstehen eines politischen Pragmatismus zu blockieren. Krisen, verhasste Reformen und nicht zuletzt eine eher staatstragende Medienlandschaft haben eine Bequemlichkeit und politische Apathie befördert. Ein großer Teil der Bevölkerung empfindet es eben schlicht nicht als nachteilig, wenn weise Männer und Frauen in Richterroben mit kühlem Kopfe einfach das „Richtige“ tun: politisches Biedermeier in scharlachrot. Richterlicher Abwägungspfektionismus ist insoweit nicht nur ein Methodenproblem, sondern bedient auch Erwartungshaltungen.

Unter allen öffentlichen Institutionen genießt daher das BVerfG schon lange mit Abstand das größte Vertrauen der Bevölkerung. Einer vor vier Jahren veröffentlichten repräsentativen Studie zufolge sei das Gericht in einer Zeit großer Unsicherheit zu einer Institution geworden, der die Bürger zutrauen, die politische Ordnung und nationale Interessen zu wahren. Das Ansehen des Gerichts steige daher krisenbedingt.⁶ Das BVerfG wird so zum Sehnsuchtsort für den alten Traum einer apolitischen Politik, nach klugen Entscheidungen jenseits des „Parteiengzänks“. Es hat sich zwar nicht selbst als kollegialer Philosophenkönig inthronisiert. Gegen die öffentlichen Akklamationen qua Popularität gewehrt hat es sich aber auch nicht.

⁶ Renate Köcher, Das Bollwerk, FAZ v. 21.8.2012, <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/bundesverfassungsgericht-das-bollwerk-11863396.html>.

Die Folgen für die Repräsentation der Öffentlichkeit sind hierbei unübersehbar: Die gerichtsförmige Fokussierung verdichtet einen uns alle betreffenden Konflikt zu einem Parteienstreit, in dem die Öffentlichkeit nur noch Zuschauer ist. Verfassungsbeschwerdeführer (und mittelbar verfassungsrechtliche Kommentatoren) gewinnen so einen überproportionalen Einfluss auf die zeitabhängige Konstruktion von Gemeinwohl. Dies ist zum Teil unvermeidbar und eine Konsequenz individueller Freiheit im Prozess, bedürfte aber aktiver Gegengewichte, die die Politik zu setzen bislang nicht bereit oder in der Lage war.

2. Kommunikation: Rechtliche Codes zwischen politischem Eskapismus und Vorwand

Im Gegenteil: Angesichts sedierender Harmoniebedürfnisse einer mehrheitlich von politischer Apathie befallenen Bevölkerung macht sich immer häufiger eine behäbige Konfliktscheue breit. Konflikte werden freiwillig und bewusst von der Politik in die Justiz verlagert, die die heißen Eisen aus dem Feuer holen soll. Wer Politik auf Verfassungsvollzug reduziert, versucht sich der eigenen Verantwortung für Inhalte zu entwinden. Fällt das BVerfG einmal eine in der eigenen Wählerschaft unpopuläre Entscheidung, steht es zudem als willkommener Blitzableiter bereit. Insgesamt ist der Umgang des politischen Betriebs mit dem BVerfG dann auch eher opportunistisch. Ein bisschen gegen die Eurorettung sein, diszipliniert dafür stimmen und Gauweiler klagen lassen, ist auch keine Lösung, sondern politischer Eskapismus. Manche Karriere wird es geschont haben.

Gerade das Europaverfassungsrecht zeigt die Ambivalenz verfassungsgerichtlichen Selbstbewusstseins. Insoweit ist es eher bemerkenswert, dass es das BVerfG war, das versucht hat, die apolitische Lethargie aufzubrechen und das Parlament in die Pflicht zu nehmen, nicht europapolitischen Narrativen des Alternativlosen zu folgen, sondern Gemeinwohlverantwortung öffentlich zu politisieren. Das wohl größte Verdienst des BVerfG besteht darin, fortwährend die unverzichtbare Offenheit, Kontingenz und Zeitlichkeit des demokratischen Prozesses betont zu haben. Daraus ergeben sich dann auch unverfügbare Grenzen für eine Übertragung von Hoheitsgewalt sowie für eine Entparlamentarisierung. Seitens der Politik gedankt hat man es dem Gericht nicht. Gerade dort, wo die Rechtsprechung eine aktivere Rolle der demokratischen Institutionen eingefordert hat, wurde sie als lästiger Störenfried im größtcoalitionären Euro-Jubelpatriotismus gegeißelt. Zugleich wird dann das BVerfG in den diplomatischen Hinterzimmern instrumentalisiert, um in Verhandlungen rote Linien zu ziehen. Die Lustlosigkeit des politischen Betriebs am Politischen verstärkt so die Bedeutung von Richtersprüchen, die oftmals viel elastischer sind als suggeriert. Das Gericht wirkt größer, weil sich andere Gewalten selbstverzwergen.

3. Macht: Verfassungsgerichtsbarkeit und Selbstbehauptung

Ein weiterer Katalysator des Karlsruher Richterstaats in der letzten Dekade war der steigende Druck zur institutionellen Selbstbehauptung. Ist die Rolle des BVerfG innerstaatlich heute praktisch unangefochten, geriet das Gericht zunehmend in überstaatliche Konkurrenzlagen. Das BVerfG sieht sich verstärkt gezwungen, Entscheidungen auch mit Blick auf die eigene Rolle in einem sich vernetzenden europäischen Rechtsprechungsverbund mit EuGH und EGMR zu treffen. Dies ist im Ausgangspunkt gewiss – nicht zuletzt zum Erhalt eines hinreichenden Grundrechtsschutzniveaus sowie demokratischer Selbstbestimmung – notwendig, birgt aber auch Risiken: Bisweilen scheint der Wille zur Selbstbehauptung im europäischen Rechtsprechungsverbund an die Stelle der rationalen juristischen Argumentation und der Inhaltsfragen zu treten.

Die Rolle des BVerfG als oberster Hüter eines juridifizierten Gemeinwohls wird vor allem durch eine nicht minder gestaltungsfreudige europäische Gerichtsbarkeit herausgefordert. Durch ambitionierte Änderungen des Primärrechts wurden seit dem Vertrag von Maastricht sukzessive immer mehr Kompetenzen auf die Europäische Union verlagert. Der EuGH nahm die ihm damit indirekt zuwachsende Gestaltungsmacht über die Letztinterpretation des Unionsrechts selbstbewusst wahr. Das BVerfG versuchte stets – in der Sache berechtigt und durchaus mit stillen Erfolgen – gegenzusteuern. Problematisch ist jedoch, dass die Auslegung des deutschen Europaverfassungsrechts hierdurch zunehmend zu einer Frage der Selbstbehauptung des BVerfG gegenüber dem EuGH

geworden ist. Eskalationswirkung entfaltete zuletzt die mit dem Lissabon-Vertrag verbindlich gewordene Europäische Grundrechte-Charta. Deren Anwendungsbereich wurde – entgegen der bewusst restriktiven Semantik – durch den EuGH denkbar großzügig ausgelegt, was dem BVerfG im breiten Bereich der Unionsrechtsanwendung das Wasser abzugraben droht. Im Selbstverständnis als Grundrechtsgericht bedroht, fielen die Abwehrreaktionen mitunter deutlich aus.

Mächtige Höchstgerichte brauchen Gegenspieler und Gegengewichte, um Machtansprüche auszubalancieren. Insoweit ist das wechselseitige Basismisstrauen, das sich BVerfG und EuGH trotz aller Kooperationsrhetorik entgegenbringen, durchaus konstruktiv. Problematisch ist allerdings, dass die konkrete Machtkonfrontation dazu geführt hat, dass *checks and balances* vor allem innerhalb des mehrebenenspezifisch ausdifferenzierten Justizsystems installiert wurden. Die politischen Akteure – sprich: Bundesregierung und Bundestag – wurden so partiell an den Rand gedrängt. Bis zur Flüchtlingskrise ist keine europapolitische Grundsatzentscheidung ohne faktische Mitentscheidung des BVerfG getroffen worden. Und im Bereich der Sicherheitsgesetzgebung sowie des Datenschutzes zeichnet sich ein heiterer Wettlauf zwischen BVerfG und EuGH ab, wer das bessere Bürgergericht ist.

Rechtsprechung in der Sache wird ergänzt durch neue Kommunikationsformate: Das „Aussenden von Signalen“ in Richtung EuGH überlagert die harte Interpretationsarbeit; Interpretationsverantwortung verflüchtigt sich in zwischengerichtlichen Diskursen. Obiter dicta werden Plattformen für Botschaften, europäisch vernetzte Richtertreffen bemühen sich um informale Kohärenz und Konfliktlösung. Die – mit Justizfunktionen inkompatible – Annäherung gerichtlicher Kommunikation an Formen zwischenstaatlicher Diplomatie ist ebenso augenfällig wie die Abwanderung maßgeblicher rechtspolitischer Willensbildung aus der Öffentlichkeit. Der angesichts institutioneller Marginalisierungsrisiken im Inter- und Supranationalen ausgelöste Selbstbehauptungswille hat damit letztlich vor allem dazu geführt, dass innerstaatlich der Justizialisierungsgriff um die Politik noch enger wurde.

4. Methoden: Entscheidungsstile

Justizstaatlichkeit ist auch eine Methodenfrage. Denn Methoden der Interpretation entscheiden bekanntlich über den Inhalt des Rechts. Bereits ein Blick auf die im internationalen Vergleich jedenfalls auffällige Länge und Detailliertheit der Verfassungsrechtsprechung ist augenfällig. Gerade die Methoden der Rechtsprechung standen daher im Fokus eines 2011 zum sechzigsten Geburtstag des BVerfG erschienen Sammelbandes „Das entgrenzte Gericht“, in dem vier exponierte Staatsrechtslehrer einen kritischen Gegenentwurf zur staatstragenden Sonntagsredenrhetorik wagten.⁷ Insoweit setzte sich die Einsicht durch, dass es einer Methode der Verzeitlichung bedarf, die Entscheidungen an ihre Kontexte rückanbindet und hierdurch mit einem relativen Verfallsdatum versieht, zumindest aber intertemporaler Kritik öffnet. Die traditionelle deutsche Verfassungsdogmatik, in deren Feld sich auch die Verfassungsrechtsprechung bewegt, argumentiert vor allem systematisch und mit Kohärenzerwägungen, was aber einen gesellschaftlich-politischen Wandel kaum abbilden kann und daher eine selbstreferentielle Versteinerung überkommener Dogmen und zeitabhängigen Deutungen von Normen befördert.

Selbstreferenz als solche ist unproblematisch und sogar notwendig, um Verfassungsrechtsprechung berechenbar zu halten; sie entbindet aber nicht davon, die Fortschreibung eingeschlagener Rechtsprechungspfade weiterhin juristisch aus dem Grundgesetz heraus zu begründen. Jedoch wird zunehmend unkritisch die eigene Rechtsprechung zuerst abstrahiert, dann kanonisiert und schließlich wie ein Verfassungstext intensiv wie extensiv ausgedeutet. Verfassungsrechtsprechung verselbstständigt sich auch hierdurch argumentativ vom Grundgesetz sowie von den Anlassfällen, die für die Entwicklung der Rechtsprechung keine maßgebliche Rolle spielen. Es kommt zu einer justiziellen Überterrationalisierung. Feinmaschig deduzierte und an systemischer Stimmigkeit orientierte

⁷ Matthias Jestaedt/Oliver Lepsins/Christoph Möllers/Christoph Schönberger (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011.

Vorgaben zwingen oft zu einer puristischen Optimierung von Regelungsmodellen, übergehen hierbei aber die notwendige Offenheit, Kontingenz und Kompromisshaftigkeit des politischen Gesetzgebungsverfahrens. Diese sind wiederum Konsequenz politischer Selbstbestimmung, die – wie gerade vom BVerfG zu Recht und mit Eindruckskraft betont⁸ – als Konsequenz individueller Selbstbestimmung letztlich in der Würde des Menschen wurzelt.

Auf der Politik lasten inzwischen 140 Bände der amtlichen Sammlung („BVerfGE“). Ohne partielle Befreiung droht eine Paralyse durch Verrechtswissenschaftlichung. 65 Jahre Verfassungsrechtsprechung haben eine heute stabile Demokratie fraglos begleitet und gestützt. Es wäre jedoch an der Zeit, über Methoden nachzudenken, die der Politik wieder Luft zum Atmen belässt. Gerade Senatsurteile überbieten sich an Technizität und Maßstabsverfeinerung. Nicht alle Entscheidungen sind überzeugend. Die gerichtsgeprägte Dogmatik ist reich an Hyperdogmen, die sich verselbstständigt haben und zu immer feingliederigeren Ableitungen führen. Etwa Urteile im Sicherheitsverfassungsrecht haben unnötig Handbuchcharakter. Und vom „Halbteilungsgrundsatz“ über das räterepublikanische Medienverfassungsrecht bis zum „Computergrundrecht“ gäbe es zahllose Beispiele, die aus historisch zufälligen Gefährdungslagen und Machtkonstellationen heraus entstanden sind, aber gewiss nicht die *best practice* der Verfassungsinterpretation markieren. Gerade die jüngste Debatte um die Rehabilitierung von verurteilten Homosexuellen hat zudem gezeigt, dass sich selbst unter den veröffentlichten Entscheidungen des BVerfG mitunter peinliche Altlasten befinden. Die Zeitgeistabhängigkeit von Verfassungsrechtsprechung ist gleichermaßen evident wie unverarbeitet.

Eine Korrektur kann hierbei nicht allein dem Gericht überantwortet werden, das nur auf Antrag entscheidet und Korrekturen überkommener Dogmatik daher lediglich fallbezogen und behutsam nachvollziehen kann. Auch hier ist ein aktiverer – und mitunter auch konfrontativerer – Umgang der Politik mit Verfassungsrechtsprechung gefordert. Vor allem der Gesetzgeber sollte den Mut aufbringen, sich über verstaubte Entscheidungen des BVerfG hinwegzusetzen, deren argumentative Überzeugungskraft verblasst ist, und auch aktuelle Rechtsprechung gegebenenfalls mit ihren Begründungsdefiziten offensiv konfrontieren. Das BVerfG würde sich einem kritisch-konstruktiven Dialog kaum verweigern.

5. Personal: Bundesverfassungsgericht als Professorengericht

Richterstaatlichkeit ist schließlich auch eine Personalfrage. Das BVerfG ist ein Professorengericht. Derzeit stammen neun der sechzehn Richterinnen und Richter des BVerfG aus der fachlichen Community der Universitätsprofessorinnen und -professoren des Öffentlichen Rechts – ein neuer Höchststand. Die Folgen sind ambivalent:

Einerseits hat der wissenschaftliche Begründungsanspruch sicherlich zur Qualität und zum internationalen Ansehen deutscher Verfassungsrechtsprechung beigetragen. Die Übersättigung des BVerfG mit Hochschullehrern des Öffentlichen Rechts führt andererseits aber auch zu einer kulturellen Akademisierung der Entscheidungsfindung und Entscheidungsbegründung. Sie trägt dazu bei, dass sich das Gericht argumentativ von der Engführung durch eine politisch kompromisshafte Verfassung befreit. Wissenschaftler sind in einem Umfeld sozialisiert, das Probleme von Fällen abstrahiert und eine externe sowie kritische Beobachterperspektive auf das positive Recht einnimmt. Systematisierung und Rationalisierung sind traditionelle Aufgaben der Wissenschaft, die diese aber aus einer Distanz zum positiven Rechtsstoff und seiner Kontingenz gewinnt – eine Distanzierung, die bei einem Gericht die Funktionsgrenzen sprengt.⁹ Ein Rechtspraktiker, der sich durch kleinteilige Entscheidungsfindung an die Unvollkommenheit des geltenden Rechts gewöhnen musste, hat jedenfalls eine mindestens ebenso wichtige Sicht auf das Verfassungsrecht.

⁸ BVerfGE 123, 267 (341).

⁹ Dies wird natürlich auch am Gericht so gesehen. Konstruktiv und lesenswert *Andreas Voßkuhle*, Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts, in: ders./Christian Bumke/Florian Meinel (Hrsg.), Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen, 2013, S. 371 ff.

Die unausgewogene Besetzung hat auch einen anderen Nebeneffekt. Sie verschafft einer Fachgeschwisterschaft einen privilegierten Einfluss auf die Rechtsprechung. Verfassungskommentierungen, Fachaufsätze und Entscheidungsbesprechungen sind typische Korrespondenzformate einer hauptsächlich rechtsdogmatisch arbeitenden Wissenschaft, die sich an der praktischen Rechtsanwendung diskursiv beteiligt¹⁰, hierdurch aber maßgeblichen und stillen Einfluss auf die Verfassungsrechtsprechung gewinnt. Indem die akademische Prägung in der weitgehend zitierabstinenten Urteilsbegründungstechnik aber gar nicht in Erscheinung tritt, wird sie faktisch gegen Kritik immunisiert. Entscheidungen simulieren hier nur Neutralität und Distanz. Tatsächlich gibt es kaum eine verfassungsdogmatische Leitidee, die nicht in der Staatsrechtslehre vorgedacht worden wäre (von den tragenden Dogmen des Lissabon-Urteils¹¹ bis zur Rezeption internationaler Menschenrechte über Art. 1 Abs. 2 GG¹²). Dies wird aber nur sehr selten ausgeflaggt. Literaturzitate betreffen meist die Peripherie. Das Kritikwürdige hieran ist nicht, dass das Plagiat zum Modus der Entscheidungsbegründung wird – Urteile sollen keine Ausweise akademischer Originalität sein. Vielmehr treten hierdurch andere Quellen in Deutschland meist in den Hintergrund: die Staatspraxis der Verfassungsorgane, deren Selbst- und Normverständnis, die Deutungen der Verfassung als politisches Dokument durch die politischen Akteure. Der Interpretationsverbund von Gericht und Staatsrechtslehre emanzipiert sich und bildet einen Mikrokosmos, der gerade durch die Professionalität seiner Akteure und die Routinen erlernter Techniken einer Juristenverfassung von außen – und dies heißt auch: durch die Politik – nur schwer zu durchschauen oder konstruktiv zu irritieren ist.

6. Nachwuchs: Apolitisches Juristenausbildungsmodell und Subsumptionsakrobatik

Die Persistenz dieses Modells professioneller Autonomisierung wird auch durch eine justizstaatliche Ausbildung junger Juristinnen und Juristen gesichert. Diese werden vor allem in juristischer Dogmatik und Falllösungstechnik geschult. Dies hat gewiss viele Vorteile und eine eigene Leistungsstärke, aber eben auch blinde Flecken: Das BVerfG wird vor allem prozessrechtlich und durch seine Verfassungsdogmatik vorgestellt; als politischer Akteur taucht es nicht auf. Die Politikblindheit eines solchen geschlossenen Systems macht aber im wörtlichen Sinne Schule. Rechtspraktiken gründen auf Routinen, die im gesamten Ausbildungsgang nie in Frage gestellt werden. Bei den künftigen Funktionsträgern in Verantwortung hinterlässt dies aber ein Verfassungsbild, das dem eines professionellen Interpreten entspricht und sich von dem des Amtsrichters, der das BGB anwendet, nicht substantiell unterscheidet. Die Wissenschaft – ich schließe dies selbstkritisch ein – hat sich kaum darum bemüht, ihre Möglichkeiten qua Lehrfreiheit zu nutzen, diese Verkrustungen aufzubrechen.

III. Perspektiven

Ich komme zum Schluss: Das Grundgesetz ist heute eine Juristenverfassung. Es wendet sich nicht als sinnstiftendes Element an die Öffentlichkeit, ist kein staatspolitisches Glaubensbekenntnis und keine Quelle der Inspiration. Es dient vor allem als Maßstab der Rechtsanwendung und ist damit Instrument professioneller Juristenstäbe. Diese machen die Verfassung fallbezogen verfügbar und sichern ihr eine – im internationalen Vergleich wohl einmalige – Bedeutung im praktischen Alltag der Rechtsanwendung. Andererseits bemächtigen sich die Berufsjuristen auch der Verfassung und entreißen sie den Bürgerinnen und Bürgern, die mit dem filigranen Lehrbuch-Verfassungsdiskurs Karlsruher Provenienz nicht mithalten können. Im Laufe der Jahre ist das Grundgesetz immer technischer geworden, hat sich der semantischen Rhythmik der geschlossenen Gesellschaft seiner Interpreten angepasst. Das Grundgesetz ist damit heute eine Verfassung, die in ihren Praktiken und Routinen auf diejenigen zugeschnitten ist, die juristisch das letzte Wort haben: die Gerichte.

¹⁰ *Matthias Jestaedt*, *Wissenschaftliches Recht – Rechtsdogmatik als gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis*, in: *Festschrift für Heinz Mayer zum 65. Geburtstag*, 2011, S. 169 ff.

¹¹ Diese wurden im Detail entwickelt von *Horst Dreier*, *Gilt das Grundgesetz ewig?*, 2009. Der empörten Staatsrechtslehre ist dies – soweit ersichtlich – nicht aufgefallen.

¹² Entwickelt von *Matthias Herdegen*, in: *Maunz/Dürig, GG, Stand: 2016, Kommentierung zu Art. 1 Abs. 2 GG*.

Ist dann vielleicht der deutsche Verfassungspatriotismus bisweilen auch nur neomodische Fassade einer altpreußischen Justizgläubigkeit?

Die Internationalisierung und Europäisierung des öffentlichen Lebens wird zwar zu graduellen Machtverlusten des Bundesverfassungsgerichts, aber gewiss nicht zu einer De-Konstitutionalisierung oder Re-Politisierung führen. Im Gegenteil: Der Verbund europäischer Verfassungsgerichte – von den nationalen Verfassungsgerichten über den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte bis zum Europäischen Gerichtshof – entwickelt schon jetzt praktische Mechanismen der Kooperation, die die erreichte Verrechtlichung festigen und ebenengeschieht Nachverdichtet. Der Richterstaat wird nicht aufgebrochen, sondern nur in den überstaatlichen Raum exportiert. Die von der amerikanischen Politologin *Anne-Marie Slaughter* proklamierte *New World Order* kooperierender Gerichtsverbände liberaler Staaten erweist sich denn auch aus demokratischer Sicht mehr als Dystopie denn als Utopie.

Hier zeigt sich auch die Ambivalenz politischen Lamentierens: Es ist ein kaum zu überschätzendes Verdienst des BVerfG, stets die demokratische Offenheit und Gestaltbarkeit des politischen Prozesses in die Zukunft auch unter Bedingungen der Internationalisierung und Europäisierung verteidigt zu haben. Es ist ein Bemühen, Politik politisch zu halten, ein Gegenargument zur Alternativlos-Rhetorik, die gerne heutige Präferenzen mit Ewigkeitswert ausstatten möchte. Und es ist ein Versäumnis des politischen Betriebs, den Menschen zu verdeutlichen, dass demokratische Entscheidungen nicht auf erhabener Rationalität oder höher Richtigkeit, sondern auf gleicher Selbstbestimmung aller gründen und uns alle damit zu Mitverantwortlichen für die Zukunft unseres Gemeinwesens machen. Oft ventiliert sich in der undifferenzierten Kritik am Gericht daher auch eher Frustration über verzerrte öffentliche Wahrnehmungen des politischen Betriebs. Die scheinbare Stärke der überdominanten Verfassungsgerichtsbarkeit ist daher oft nur eine Schwäche der Politik. Die Institutionen des demokratischen Rechtsstaates sind alle Bestandteile einer Gesellschaft mit Erwartungen, Vorverständnisse und Traditionen, die auch den Umgang des Rechts mit der Politik prägen. Auch der deutsche Richterstaat spiegelt daher vor allem Kontinuitätsbedürfnisse und Beharrungskräfte einer selbstgenügsamen Wohlstandsgesellschaft, auf die das Versprechen politischer Selbstbestimmung nur begrenzt erotisierend wirkt.