# In dubio pro populo

Henning Zander

Fünfzig Jahre Grundgesetz (GG). Da hält mensch inne und genießt andächtig die Würde und Größe des letzten Wortes. Grundgesetz. Also die Basis unserer Verfassung als Staat und Volk. Die Grundlage zu Frieden, Wohlstand und Ansehen in der Welt. Eine fünfzigjährige Erfolgsgeschichte. Im Grundgesetz steht alles drin, was für eine junge Demokratie wichtig ist. Und seine Väter und Mütter hatten sich nicht einmal besonders viel Zeit gelassen, gerade mal neun Monate vom 8. September 1948 bis zum 8. Mai 1949.

Dafür ist auch alles sehr allgemein und interpretationsbedürftig. Neben dem GG ist deshalb das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) ins Leben gerufen worden, um die oft recht kryptischen Formeln mit einem Inhalt zu versehen. Doch das BVerfG stand über die längste Zeit der Bonner Republik im Zeichen der Kritik. „Dat Urteil is falsch", faßte der damalige Kanzler Adenauer im Hinblick auf eine Entscheidung des BVerfG zusammen. Doch häufig ist gar nicht fraglich, ob das BVerfG falsch liegt, vielmehr wird und wurde immer wieder bemängelt, das Gericht urteile über seine Kompetenz hinaus.

### *Hüter der Verfassung*

Über die Bestimmungen der Artikel 93, 94, 99 und 100 GG in Verbindung mit dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) wurde das BVerfG zuallererst mit der Aufgabe betraut, die Bürger vor Eingriffen des Staates zu schützen. Dieses liberale Leitmotiv wurde vom BVerfG im Laufe seiner Amtszeit erweitert, und fand schließlich im sogenannten Lüth-Urteil[1] den Gipfel seiner systematischen Vollendung. So heißt es: „Ebenso richtig ist aber, daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will, in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt."

Seinen positiven Ausdruck findet das neue Grundrechtsverständnis in Urteilen, wie dem „Brief des Strafgefangenen"[2], das der Vorstellung des „Gewaltverhältnisses" z. B. innerhalb des Strafvollzugs ein Ende bereitete. Diese Begründung konnte nicht mehr dazu verwendet werden, den Strafgefangenen, Soldaten oder SchülerInnen ihre Grundrechte vorzuenthalten. Oder dem Urteil zum „Volkszählungsgesetz"[3], welches den BürgerInnen unter Berufung auf Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG ein Recht auf „Informationelle Selbstbestimmung" zubilligt.

Die Grundrechte haben damit die Vertikalen zwischen BürgerInnen und Staat verlassen und auch die Horizontale zwischen BürgerIn und BürgerIn erobert. Das heißt, sie müssen nun auch im Zivil- und Strafrecht berücksichtigt werden. Zuwenig wird jedoch bedacht, dass sich damit das BVerfG Tür und Tor aufschloß, über (fast) alles zu richten.

### *Politische Justiz*

In der Bevölkerung wurde das lange nicht als besonderes Problem gesehen. Viel eher wurde das BVerfG gerade als die Instanz betrachtet, an die zu wenden sich lohnt, wenn „die da oben" wieder über die Stränge geschlagen hatten. Mit einem geradezu „rührend primitiven Auftrumpfen: Wenn es hart auf hart kommt, gehe ich nach Karlsruhe"[4]. Ist Karlsruhe etwa ein Bürgergericht? Ein Stück Partizipation in der demokratischen Wüste BRD?

Einigen Bürgern hat das BVerfG jedoch gerade diese Partizipation verwehrt. In seinem Urteil zum „Berufsverbot"[5] mit dem dort formulierten Begriff des „Verfassungsfeindes" wurde den Regierungsparteien Tür und Tor zum Ausschluß mißliebiger Geister im Staatsdienst geöffnet. „Wer Verfassungsfeind ist, bleibt ebenso unbestimmt wie das Kriterium, wer darüber zu bestimmen hat."[6] Nach der Verfassung haben die RichterInnen allein darüber zu entscheiden, wer oder was verfassungswidrig ist. In diesem Fall eines Kieler Jurastudenten, der vom Referendariat ausgeschlossen wurde, weil er der „Roten Zelle Jura" angehörte, urteilte das BVerfG wie

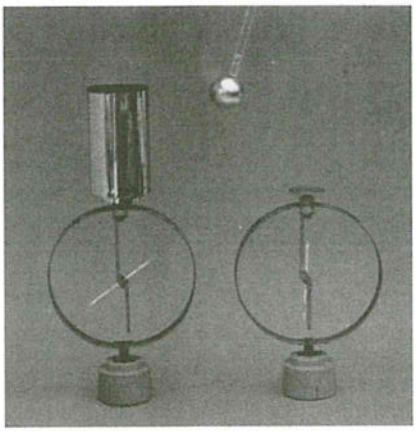
folgt: „Ein Teil des Verhaltens, das für die Beurteilung der Persönlichkeit eines Beamtenanwärters erheblich sein kann, kann auch der Beitritt oder die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei sein, die verfassungsfeindliche Ziele verfolgt – unabhängig davon, ob ihre Verfassungsmässigkeit durch ein Urteil des BVerfG festgestellt ist oder nicht." Darüber hinaus fordern die VerfassungsrichterInnen eine „besondere politische Treuepflicht". Diese definieren sie als ein Mehr, „als nur eine formal korrekte, im übrigen aber uninteressierte, kühle, innerlich distanzierte Haltung gegenüber Staat und Verfassung"[7].

Auch wenn immerhin drei Richter nicht mit dem Urteil einverstanden waren,[8] wurde doch im Ergebnis einstimmig entschieden. Es ist offensichtlich, daß sich das BVerfG in einer von „Radikalen und Radikalenerlaß, Terrorismus und Terrorismusbekämpfung aufgeladenen Atmosphäre"[9] zu diesem Urteil hat hinreißen lassen, welches eine schwarze Stunde in der Geschichte der Verfassungsrechtsprechung markiert. Zwanzig Jahre später wird dieses Urteil vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg revidiert. Die Berufsverbote werden als das benannt, was sie waren und sind: Eine Mißachtung der Vereinigungsfreiheit und ein Verstoß gegen das Recht auf freie Meinungsäußerung.

Mit der Erfindung der „objektiver Wertordnung" hat das BVerfG das Fundament für seine weitreichenden politischen Befugnisse gelegt. Denn „zur Vollstreckung der ‚objektiven' Werte, die aus den Grundrechten strahlen, bestellt das Gericht sich selbst"[10]. Und neigt hin und wieder dazu, überzureagieren, wie im Urteil zum § 218[11], in dem es heißt: „Der Lebensschutz der Leibesfrucht genießt grundsätzlich für die gesamte Dauer der Schwangerschaft Vorrang vor dem Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren und darf nicht für eine bestimmte Frist in Frage gestellt werden." Der in vielen Jahren mühsam ausgehandelte Kompromiß der Fristenlösung wurde damit gekippt. Gerade mal zwei Dutzend Worte haben dafür gereicht. Im Rahmen einer Diskussion, ob sich Schweden ein Verfassungsgericht zulegen solle, wurde gerade dieses Urteil zur Abschreckung ins Felde geführt: „Es ist offenbar, daß es hier nicht um Rechtsanwendung im gewöhnlichen Sinne, sondern um eine Stellungnahme von politischen Charakter ging." Schweden hat noch heute kein Verfassungsgericht.

### *Politisch aus Gewohnheit*

Während der sozialliberalen Koalition hat sich das BVerfG nicht lumpen lassen, des öfteren derart gestaltete politische Statements zu veröffentlichen, und einschneidend programmatisch Einfluß auf die Geschicke der Republik zu nehmen. So ließen die RichterInnen den Grundlagenvertrag Willy Brandts mit der ehemaligen DDR passieren, nicht jedoch, ohne auf ihren 36 Urteilsseiten „die Deutschland Politik gleich für ein Jahrhundert" festzulegen und so zu tun „als gäbe es das Reich noch"[12]. Die Hochschulreform wurde nicht zur Gänze gebilligt[13], weil das BVerfG befürchtete, die Freiheit der Wissenschaft könne Schaden nehmen, wenn in den Gremien der Universitäten die Hochschullehrer von anderen Gruppen überstimmt würden. Damit sei die Wissenschaft fremdbestimmt, denn die Professoren seien „mit der Sache der Wissenschaft besonders eng verbunden." Das Kontaktsperregesetz[14] ließen die RichterInnen passieren, ließen die totale Isolation von



Gefangenen zu, sahen weder die Würde des Menschen noch sonstige Menschenrechte verletzt.

Nach Jutta Limbach wirkt das BVerfG „in den Bereich des Politischen hinein, weil sein Maßstab die Verfassung eines politischen Gemeinwesens ist"[15]. Und sie bittet die RichterInnen um behutsames Vorgehen: „Das sensible Bestimmen des eigenen Verantwortungsbereichs ist selbstverständlich Pflicht für ein Staatsorgan, das über die Verteilung und den Ausgleich staatlicher Macht von Verfassung wegen zu wachen hat." Sensibles Bestimmen.

In den Neunzigern war das BVerfG zuweilen sogar progressiv. Wodurch sich wieder konservative Politiker auf den Schlips getreten fühlten. Endlich heißt es wieder mit „Tucholsky"[16], „Kruzifix"[17] und „Sitzblockaden"[18]: Im Zweifel für die Freiheit. Oder will das BVerfG nur verlorenen politischen Boden wieder gut machen? Welche Beweggründe hatte das Gericht wohl, als es gerade zum Start der rot-grünen Koalition seinen Spruch zum Kinderfreibetrag[19] tätigte. Dort heißt es: „Sollte der Gesetzgeber mit Wirkung zum 1. Januar 2000 noch keine Neuregelung der Kinderbetreuungskosten in Kraft gesetzt haben, sind ab diesem Zeitpunkt her von Verfassung wegen 4 000 DM im Jahr bei der Feststellung des zu versteuernden Einkommens abzuziehen." Das ist für eine Verfassungsinterpretation schon wieder sehr konkret. Gewinnt das BVerfG etwa wieder Abstand von der neuen Sachlichkeit, wie sie von Jutta Limbach propagiert wird? „Das BVerfG sollte [...] in einem Falle widerstreitender Wertentscheidungen weniger dem Ergebnis als vielmehr dem Verfahren der Gesetzgebung Aufmerksamkeit zukehren"[20].

### *Recht und Berufung*

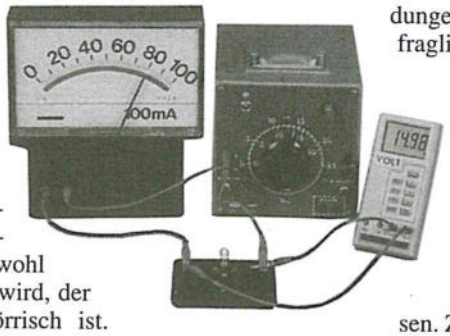
Es stimmt nachdenklich, sich die Akteure des BVerfG näher anzuschauen. Viele sind bis zu ihrer Berufung selbst der Fachwelt fremd, und der ehemalige Bundespräsident Herzog wurde der Öffentlichkeit erst dann bekannt, als er aus einem sehr mächtigen Amt in eine Repräsentationsrolle gelangte. 1993 waren 12 der sechzehn VerfassungsrichterInnen Beamtenkinder. Es wird von einem Beamtenvererbungseffekt gesprochen, was wichtig ist, zu erkennen, handelt es sich doch bei der Beamtenschaft nach Joseph v. Eichendorf (1788–1857) um „eine lebendige, sich im Wechsel der Zeiten immer wieder verjüngende Repräsentation des Volkes [...], durch welche dieses an der Verwaltung selbst partizipiert". Schon an diesem Anspruch scheitert das Gericht. Daß RichterInnen des BVerfG nur in einem sehr beschaulichen Maß an Auslandserfahrung verfügen, mag noch kein Problem darstellen, zumindest liegt der Verdacht nahe, daß eine gewisse Immobilität zumindest nicht schadet. Darüber hinaus lassen sich besser Kontakte pflegen, die so wichtig sind für den Ruf ins BVerfG.

### *Die Legitimation*

Je höher der politische Einfluß, desto mehr bedarf es einer demokratischen Legitimation. Die umgreifenden Befugnisse des BVerfG und die Probleme, die darin liegen, daß mit der „Schaffung einer Institution, die dazu berufen ist, Hüter der Verfassung zu sein, zugleich das letzte Wort über Inhalt und Geltung der Verfassung institutionalisiert wird"[21], bedingen einen hohen Grad an demokratischer Legitimation. Im folgenden soll nun das Wahlverfahren der VerfassungsrichterInnen beleuchtet und festgestellt werden, ob es diesem Anspruch genügt.

Der Parlamentarische Rat legte im Art. 94 I S. 2 GG fest, daß die RichterInnen je zur Hälfte vom Bundestag und vom Bundesrat gewählt werden. Einzelheiten des Verfahrens wurden dem einfachen Gesetzgeber im BVerfGG von 1951 überlassen[22]. Die Brisanz der Besetzung läßt sich anhand der dort heftig

geführten Diskussionen ablesen. So war es eine Forderung, die Senate nur mit LaienrichterInnen zu besetzen, da nur sehr wenige profilierte RichterInnen eine lupenreine Vergangenheit im Dritten Reich aufweisen konnte. Schließlich wurde sich darauf geeinigt, daß zumindest drei der zuerst zwölf, dann acht RichterInnen der Senate von einem obersten Bundesgericht kommen sollten. Dies war vor allem ein Erfolg der CDU. Denn auch ohne Nazivergangenheit ist es ein Erfahrungswert, daß der Konservatismus von RichterInnen mit der Höhe ihres Gerichtes steigt. Wahrscheinlich, weil wohl eher der befördert wird, der nicht ganz so störrisch ist. Unabhängig davon wählt sowohl der Bundestag, als auch der Bundesrat je die Hälfte der RichterInnen jedes Senates, „so daß kein Bundesrats- oder Bundestagssenat entsteht.[23]“ Die RichterInnen werden auf 12 Jahre gewählt, müssen das vierzigste Lebensjahr vollendet haben und dürfen nicht wieder gewählt werden. Mit 68 gehen die RichterInnen in Pension und dürfen ihr Amt nicht länger ausfüllen. Eine Berufung auf Lebenszeit, wie es für den U.S. Surpreme Court gilt, war nicht erwünscht, da das Gericht vor Überalterung und Versteifung bewahrt werden sollte. Jeweils zwei Drittel werden als qualifizierte Mehrheit benötigt um die Richter zu bestätigen. Dabei wählt der Bundestag über einen 12-köpfigen Wahlausschuss, der nach den Regeln der Verhältniswahl bestimmt wird.




Da liegt der Haken. Nicht direkt vom Parlament, sondern von einem Wahlausschuß. In diesem Wahlausschuss gilt schon seit einigen Jahren ein stilles Einverständnis über die Besetzung der Stellen. Jeweils drei SozialdemokratInnen und drei Konservative besetzen die sogenannten Erbhöfe. Zwei RichterInnenstellen werden quasi neutral vergeben. Vom jeweiligen Koalitionspartner wurde der FDP stets ein RichterInnensitz eingeräumt. Spannend ist die Frage, wie sich die Machtverhältnisse ändern, wenn die Grünen mit ihrer Forderung „eigener“ BundesverfassungsrichterInnen durchkommen. Behält die FDP ihren Sitz weiterhin? Fiebern wir eine Ampelkoalition im BVerfG entgegen? Es bleibt abzuwarten und der schale Geschmack zu schlucken, den ein solches Gekungel hinterläßt. Sie mindert nicht nur Ansehen und Würde dieser Institution, sondern wird auch nicht dem Anspruch an Legitimität, der oben formuliert wurde, gerecht.

### *Recht und Macht*

Die RichterInnen des BVerfG bestimmen den Umfang ihrer Macht selbst und unterliegen dabei keiner Kontrolle. Im Bereich der Grundrechtsrechtsprechung wendet das BVerfG „nicht mehr nur vorgegebene Inhalte der Verfassung an, es wird zum Organ der rechtsschöpferischen Konkretisierung der Verfassung“[24]. Der Gesetzgeber wird kraft dieser Entscheidungen gebunden. Es ist fraglich, ob dieses sinnvoll sein kann, in einem Land, das sich ausdrücklich darauf beruft, alle Macht vom Volke ausgehen zu lassen, und keine Macht unkontrolliert zu lassen. Zu allererst soll diese Macht durch das Parlament verkörpert werden. Der freie Wille des / der einzelnen schließt sich hier zusammen und bleibt nur dann frei, wenn einzig das Parlament seine Freiheit wiederum einschränken kann. So könnte Art. 20 I GG, der die BRD zuerst einen „demokratischen“ Bundesstaat nennt, entnommen werden, daß neben dem Parlament eigentlich niemand über den verfassungsrechtlichen Anspruch des Parlaments richten solle. Solange das Parlament in seiner Stellung als „Wahrer der Volksrechte und grundrechtlichen Freiheit unangefochten ist“, mag dies auch funktionieren.

Aber natürlich birgt ein solches Prozedere die Gefahr, einer Prüfung in eigener Sache gleichzukommen, wie es im Frankreich der 3. Republik bis 1958 der Fall war, und als Alibi mißbraucht zu werden, wie nach 1945 in vielen Ostblockstaaten. Daran hatten auch die Väter und Mütter des GG gedacht. Aber immer noch stellt sich die Frage: „Who watches the watcher?“

### *Fazit*

Im Zweifel das Volk, so sollte die Antwort lauten. Das BVerfG sollte sich auch von seinem Sonderstatus trennen, sich wieder unter die Verfassung stellen, statt über sie. Das Volk kann für sich das Recht auf eine echte Gewaltenteilung verbürgen. Dazu gehört, daß das BVerfG sich zukünftig weiter in Bescheidenheit üben sollte, sich vielleicht selbst auferlegt, sich aus „political questions“ herauszuhalten, wie es für sich der oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten vorzieht. Politischen Fragen also auf die politische Bühne und eine größere demokratische Legitimation des BVerfG.

Darüber hinaus wäre es einen Versuch wert, sich mal im Positiven ein US-amerikanisches Vorbild zu nehmen und eine Anhörung der RichterInnen vor dem Parlament zu institutionalisieren und es auch von diesem in direkter Wahl wählen zu lassen. Gut, die Entscheidungen werden wohl faktisch weiterhin im Hinterzimmer getroffen, eine Anhörung würde jedoch Öffentlichkeit und Transparenz fördern und wäre ein richtiger Schritt, um das Vertrauen in Karlsruhe zu stärken, welches seine RichterInnen in einigen Entscheidungen leichtfertig aufs Spiel gesetzt haben.

**Henning Zander studiert Jura und lebt in Kiel.**

**Anmerkungen:**

1 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 7, 198, (205).
2 BVerfGE 33, 1.
3 BVerfGE 65, 1.
4 Lamprecht 1996, 151.
5 BVerfG 39, 334.
6 Lamprecht / Malanowski 1979, 28.
7 BVerfG 39, 334.
8 BVerfG 39, 375ff.
9 Lamprecht / Malanowski 1979, 28.
10 *Der SPIEGEL* 20 / 1999.
11 BVerfG 39, 1.
12 Lamprecht / Malanowski, 10.
13 BVerfGE 35, 79.
14 BVerfGE 49, 24.
15 Limbach, *Humboldt Forum Recht* 12/1996.
16 BVerfGE 93, 266.
17 BVerfGE 93, 1.
18 BVerfGE 92, 1.
19 BVerfG, *NJW* 1999, 557 ff.
20 Limbach, s.o.
21 Böckenförde, *NJW 1*999, 10.
22 Fischer, 1995, 71.
23 Ebd. 72.
24 Böckenförde, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 22.

**Literatur:**

Böckenförde, Ernst Wolfgang, Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, *Neue Juristische Wochenschrift* 1999, 10 ff.

Böckenförde, Ernst Wolfgang, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz.

Fischer, Claudia, Die Bestellung der Verfassungsrichter, in: Verfassungsrichter, 1995.

Lamprecht, Rolf / Malanowski, Wolfgang, Richter machen Politik, 1979.

Lamprecht, Rolf, Zur Demontage des BVerfG, 1996.

Limbach, Jutta, Das Bundesverfassungsgericht als politischer Machtfaktor, *Humboldt Forum Recht* 12/1996.

Scholz, Rupert, Das Bundesverfassungsgericht: Hüter der Verfassung oder Ersatzgesetzgeber, *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 16/1999.