

FORUM Wirtschaftsrecht – Band 7

60 Jahre Grundgesetz

Vortragsreihe



FORUM Wirtschaftsrecht

Band 7

Herausgegeben vom
Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Kassel

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind
im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN print: 978-3-86219-002-7

ISBN online: 978-3-86219-003-4

URN: <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0002-30037>



Layout: T. Zander

© Titelfoto: Deutscher Bundestag / Lichtblick/Achim Melde

© 2010, kassel university press GmbH, Kassel

www.upress.uni-kassel.de

Printed in Germany

60 Jahre Grundgesetz

Vortragsreihe

INSTITUT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT DER UNIVERSITÄT KASSEL
JURISTISCHE GESELLSCHAFT ZU KASSEL



Der 60. Jahrestag der Gründung der Bundesrepublik Deutschland am 23. Mai 1949 war ein würdiger Anlass, in Hochachtung und Dankbarkeit der Mütter und Väter des Grundgesetzes zu gedenken. In schwieriger Zeit und unter widrigen Bedingungen hatten sie der aus rauchenden Trümmern geborenen Bundesrepublik eine Verfassung in die Wiege gelegt, die als juristisches und humanistisches Meisterwerk gilt. Im Inland wird sie allgemein anerkannt, und im Ausland genießt sie so hohes Ansehen, dass sie als „geistige Botschafterin“ viel zur Wiedererlangung der internationalen Reputation Deutschlands beitragen konnte.

Um der ungebrochenen Wirkkraft des Grundgesetzes gerecht zu werden, sollte sich eine Feier des „runden Geburtstags“ der Bundesrepublik Deutschland indes nicht in historischen Betrachtungen erschöpfen. Auf Vorschlag von Herrn RA Dr. Jürgen Spalckhaver veranstaltete daher das Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Kassel gemeinsam mit der Juristischen Gesellschaft zu Kassel im Sommersemester 2009 und im Wintersemester 2009/10 eine elfteilige Vortragsreihe zum Generalthema „60 Jahre Grundgesetz“. Sowohl unter akademischer Perspektive als auch aus der Sicht hervorragender Vertreter der Praxis wurden dabei vielfältige Facetten des brillanten Verfassungswerks betrachtet und eingehend analysiert.

Der vorliegende Band soll das Nachlesen der Vorträge gestatten und sie dadurch zugleich einem breiteren Publikum zugänglich machen. Für die Ermöglichung seiner Drucklegung dankt das Institut für Wirtschaftsrecht der Juristischen Gesellschaft zu Kassel ebenso wie für die großzügige finanzielle Unterstützung der Veranstaltungsreihe und die überaus erfreuliche Kooperation. Besonderen Dank verdient mein Wiss. Mitarbeiter RA T. Zander, der sich mit unermüdlichem Einsatz und beneidenswerter Geduld der Anfertigung des druckreifen Manuskripts angenommen hat.

Kassel, im September 2010


(Prof. Dr. Dr. Walter Blocher)
Geschäftsführender Institutedirektor

Es gibt wohl kein Gesetz in Deutschland, das eine größere Breiten- und Tiefenwirkung hat als das Grundgesetz. Neben der Festlegung der wesentlichen Strukturelemente unseres Staatswesens enthält es vor allem mit dem Grundrechtekatalog einen Orientierungsmaßstab für die Regelung sämtlicher Lebensbereiche. Alles Recht in unserem Land hat sich letztlich der Leitlinie seiner Grundgesetzkonformität unterzuordnen.

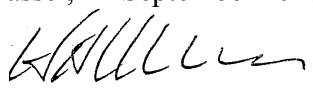


Im vergangenen Jahr wurde das Grundgesetz 60 Jahre alt. Das gab Veranlassung, sich seiner überragenden Bedeutung zu vergewissern. Hierzu gab es Feierstunden und Festakte in Bonn, Berlin und anderswo. Auch in Kassel, der Juristenstadt mit weit zurückreichender Juristen- und Gerichtstradition, bestand ein Bedürfnis, sich aus dem besonderen Anlass mit dem Grundgesetz zu beschäftigen. Schließlich war in Kassel mit der Kurhessischen Verfassung von 1831 die erste einigermaßen liberale Fassung auf deutschem Boden in Kraft getreten. Das Grundgesetz ist zwar wesentlich jünger, aber dafür gilt es heute noch. Vor allem hat keine andere Verfassung in Deutschland eine solche Bestandsdauer aufzuweisen.

Gemeinsam mit dem Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Kassel hat die Juristische Gesellschaft zu Kassel zur Würdigung dieser erfolgreichen Verfassung die Vortragsreihe „60 Jahre Grundgesetz“ organisiert. Insgesamt waren die Vorträge sehr gut besucht. Doch nicht jeder konnte jeden Vortrag hören und manch einer möchte vielleicht auch noch einmal nachlesen, was er seinerzeit gehört hat. Diesem Zweck dient der von den Veranstaltern der Vortragsreihe herausgegebene Sammelband.

Der Dank der Herausgeber gilt allen, die zum Gelingen der Druckschrift beigetragen haben.

Kassel, im September 2010


(RA Dr. Jürgen Spalckhaver)
Vorsitzender der Juristischen Gesellschaft zu Kassel

| | |
|---|-----|
| JÜRGEN SPALCKHAVER | |
| Das Abgeordnetenmandat zwischen Parteibuch und Gewissen | 9 |
| PETER MASUCH | |
| Sozialverfassung und Globalisierung..... | 27 |
| JÖRG-UWE HAHN | |
| Föderalismuskommission I, II, III! Ist der Bundesstaat noch zu retten?!. | 47 |
| WOLFGANG REIMERS | |
| Das Grundgesetz als Exportartikel?..... | 69 |
| THOMAS DIETERICH | |
| Bedeutung der Grundrechte im Zivilrecht | 97 |
| SILKE RUTH LASKOWSKI | |
| Gleichberechtigung und Demokratie | 119 |
| MARTIN HEIN | |
| Das Grundrecht der Religionsfreiheit | 141 |
| VOLKER BOEHME-NEßLER | |
| Unscharfes Grundgesetz – Anmerkungen zum Verfassungsrecht in der digitalisierten Welt..... | 155 |
| VOLKER LIPP | |
| Die alternde Gesellschaft und das Grundgesetz..... | 189 |
| LOTHAR AWEH | |
| Das Spannungsverhältnis von richterlicher Unabhängigkeit (Art. 97 GG) und Justizökonomie | 211 |

JÜRGEN SPALCKHAVER

Das Abgeordnetenmandat zwischen Parteibuch und Gewissen

21. April 2009



Dr. Jürgen Spalckhaver
Rechtsanwalt und Notar,
Vorsitzender der Juristischen Gesellschaft zu Kassel

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|------|---|----|
| I. | Einleitung | 11 |
| II. | Ministerpräsidentenwahl in Hessen | 11 |
| III. | Verankerung der Parteien und Abgeordneten im Kontext der Verfassung. | 12 |
| 1. | Repräsentationsprinzip | 13 |
| a) | Das Verhältnis zwischen Art. 21 GG und Art. 39 GG | 14 |
| b) | Das freie Mandat | 14 |
| 2. | Parteienstaatsprinzip | 16 |
| IV. | Schutz bei Mandatsausübung und Fraktionsdisziplin | 17 |
| 1. | Unwiderruflichkeit des parlamentarischen Mandats | 17 |
| a) | Recall | 18 |
| b) | Blankoverzichtserklärung | 18 |
| c) | Rücktrittsrevers | 18 |
| 2. | Der Fraktionszwang und die rechtliche Sanktionsfreiheit der Mandatsausübung | 19 |
| V. | Parteiordnungsverfahren in Hessen | 21 |
| VI. | Parteigebundenheit und die Ausübung des freien Mandats | 23 |

I. Einleitung

Das Thema, mit dem wir uns hier näher beschäftigen wollen, hat einerseits einen hochaktuellen Bezug. Auf den komme ich gleich noch zu sprechen. Andererseits wird es aber auch schon seit weit mehr als 60 Jahren, also der Bestandsdauer des Grundgesetzes, kontrovers erörtert.

Genaugenommen gibt es das Thema, seit es politische Parteien gibt, und in Deutschland blicken wir dabei bis weit ins 19. Jahrhundert zurück. Neben seiner latent geführten theoretischen Erörterung in den Staats- und Gesellschaftswissenschaften haben immer wieder einzelne konkrete Konfliktsituationen zwischen einem Abgeordneten und seiner Partei die Diskussion vorangetrieben.

Vor allem aber haben solche Vorgänge auch die Phantasie von Parteistrategen angeregt, Instrumente zur stärkeren Disziplinierung von Abgeordneten zu ersinnen.

Und eine solche konkrete Konfliktsituation haben wir alle gerade erst vor wenigen Monaten eindrucksvoll miterlebt. Genaugenommen hält diese Konfliktsituation auch noch weiterhin an. Sie hat sich nur aus dem parlamentarischen in den innerparteilichen Bereich verlagert. Aber auch in dieser Weiterentwicklung ist sie überaus exemplarisch für das, was wir hier erörtern, nämlich „das Abgeordnetenmandat zwischen Parteibuch und Gewissen“.

II. Ministerpräsidentenwahl in Hessen

Nun, was ich hier als aktuelle Ausgangssituation ansprechen möchte, ist der Konflikt zwischen einer Partei, der SPD, und vier Abgeordneten, die einen Tag vor der für den 4. November vorigen Jahres im Hessischen Landtag angesetzten Ministerpräsidentenwahl angekündigt hatten, ihre Parteivorsitzende nicht in dieses Amt wählen zu wollen.

Zur Begründung beriefen sie sich u.a. darauf, dass sonst ein vor der Wahl gegebenes Versprechen gebrochen würde. Die Wogen schlugen danach hoch. Es gab Vorhaltungen und Schuldzuweisungen. Von Wortbruch und Wahlbetrug war die

Rede ebenso wie von Verrat, Lüge, Heuchelei und Käuflichkeit. Als Quartett der Täuschung wurden die vier Abgeordneten bezeichnet. Gewissensgründe seien ihnen nicht abzunehmen. Zumindest aber hätten sie ihr Gewissen zu spät entdeckt.

Auf eben ihr Gewissen beriefen sich die vier Abgeordneten aber und zusätzlich auf den ihnen und ihrer Partei erteilten Wählerauftrag sowie nicht zuletzt auf ihre Loyalität ihrer eigenen Partei gegenüber.

Wohl auch jeder andere Landtagsabgeordnete dürfte zur gleichen Zeit eben diese Trias von Gewissen, Parteiinteresse und Wählerauftrag – wenngleich vielleicht in anderer Reihenfolge – für sich in Anspruch genommen haben.

Es kam zu feinsinnigen Differenzierungen zwischen Gesinnungs- und Verantwortungsethik, zwischen Gewissen und funktionaler Politikfähigkeit bis hin zu unterschiedlicher Verbindlichkeit bestimmter Wahlversprechen.

Was aber kann nun ein Abgeordneter mit seinem Mandat alles machen? Von wem erhält er es, wem verdankt er es, welches Rechtsverständnis liegt ihm zugrunde?

III. Verankerung der Parteien und Abgeordneten im Kontext der Verfassung

Wir haben zwei zentrale Verfassungsbestimmungen im Grundgesetz, in denen die Abgeordneten und die Parteien angesprochen werden. Artikel 38 sagt etwas über die Abgeordneten, Artikel 21 über die Parteien. Beide Bestimmungen gelten durch ähnliche Formulierungen oder mittelbare Inbezugnahme auch in allen deutschen Länderverfassungen, so auch in Hessen.

Artikel 38 sagt über die Abgeordneten: „Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen.“ Und in Artikel 21 heißt es: „Die Parteien wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit.“

1. Repräsentationsprinzip

Die Aussage in Art. 38 beinhaltet ein klares Bekenntnis zum Grundsatz des freien Mandats und zur Gesamtvolksvertretung durch die Abgeordneten. Man spricht insoweit vom Repräsentationsprinzip.

Gleichzeitig ist es aber auch so, dass wohl ohne Partei niemand ein Parlamentsmandat erlangt. Parteiunabhängige Wahlkreisbewerbungen sind heutzutage chancenlos. Nur für den ersten Deutschen Bundestag hat es drei erfolgreiche parteiunabhängige Kandidaturen gegeben.

Den allenfalls auf Länderebene in Betracht kommenden Sonderfall der „Freien Wähler“ klammere ich hier aus.

Sind es also die politischen Parteien, die die alleinige Verfügungsgewalt über die Mandatsvergabe haben, und unterliegt demzufolge auch ihren Vorgaben die Mandatsausübung durch die einzelnen Abgeordneten?

Das faktische Monopol der Parteien bei der Kandidatenaufstellung scheint einen solchen Befund nahezulegen. Dies scheint wohl auch einer weitverbreiteten Überzeugung in den Führungsgremien von politischen Parteien zu entsprechen. Nur exemplarisch sei hierzu erwähnt, dass der für originelle Bemerkungen bekannte frühere SPD-Fraktionsvorsitzende Herbert Wehner einem unter Hinweis auf sein Gewissen sein abweichendes Stimmverhalten ankündigenden Abgeordneten entgegnet haben soll: „Dann lass‘ Dich doch beim nächsten Mal von Deinem Gewissen aufstellen!“. Dabei sind nur ca. 3% der Wahlberechtigten in Parteien organisiert und nur 0,1% entscheiden als Delegierte auf Parteitagen über die Kandidatenaufstellung. Und ein nochmals weitaus geringerer Prozentsatz hat maßgeblichen Einfluss darauf, wer für eine Kandidatenaufstellung überhaupt in Betracht kommt. Das sind die sogenannten „Struppenzieher“ im Hintergrund, die mit der jeweiligen Parteiführung eng verbunden sind.

Mit ihrer Erwähnung in Art. 21 GG wird den Parteien allerdings auch in der Verfassung eine zentrale Funktion im demokratischen Prozess zugewiesen. Zum Ausdruck gebracht wird damit das gleichfalls dem Demokratieverständnis des Grundgesetzes zugrunde liegende Parteienstaatsprinzip.

a) Das Verhältnis zwischen Art. 21 GG und Art. 38 GG

Gibt es hier ein Prioritätsverhältnis zwischen den beiden Verfassungsnormen? Und welche von ihnen soll dann den Vorrang vor der anderen haben? Oder besteht hier gar ein unlösbares Spannungsverhältnis?

Bisher scheint sich das Nebeneinander von freiem Mandat und politischen Parteien in der Praxis immer noch bewährt zu haben. Dass es auch rechtlich begründbar ist und einen vernünftigen Sinn ergibt, möchte ich im Folgenden aufzeigen. Lassen Sie mich zunächst eingehen auf die historische Entwicklung des freien Mandats und das Demokratieverständnis, das den beiden hier zu erörternden Prinzipien zugrunde liegt, dem Repräsentationsprinzip und dem Parteienstaatsprinzip.

Danach stelle ich Ihnen das heutige Verständnis vom freien Mandat und seine Funktionsweise als parlamentarisches Mandat in der parteienstaatlichen Demokratie vor.

b) Das freie Mandat

Das freie Mandat haben die Väter und Mütter des Grundgesetzes nicht erfunden. Seine Wurzeln reichen zurück in eine Zeit, in der noch sein historisches Gegenstück im politischen Entscheidungsprozess dominierte, das ständische Mandat. Dieses ließ noch Instruktionen an die Ständevertreter zu, etwa vergleichbar den Vorgaben für weisungsgebundene Aktionärsvertreter in einer Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft. Aus diesem heraus und in direkter Abkehr von ihm hat sich das freie Mandat entwickelt. Es beruht auf dem Gedanken parlamentarischer Repräsentation, in der das Parlament als Volksvertretung die Summe der Individuen der staatsbürgerlichen Gesellschaft vertritt.

Dabei zeichnet sich parlamentarische Repräsentation durch Weisungsfreiheit der Abgeordneten aus.

Erstmals vollzogen hat sich dieser Übergang von ständischer zu parlamentarischer Repräsentation in England. Das Schlüsselereignis war dort die Übernahme der gesetzgebenden Gewalt durch beide Abgeordnetenhäuser mit der Bill of

Rights von 1689, der konstitutionellen Festschreibung des Parlamentarismus in England.

Dort wird auch das „freie Mandat“ erstmals erwähnt. In seinen um 1766 entstandenen „Commentaries on the Laws of England“ beschreibt William Blackstone den Unterhausabgeordneten als unabhängigen und weisungsfreien Diener des ganzen Reiches.

In Frankreich wurde der Repräsentationsgedanke im 18. Jahrhundert von Montesquieu weiter entwickelt. Er sprach sich für eine allgemeinere Fassung von Instruktionen an die Abgeordneten aus. Er wollte damit nicht zuletzt auch ein schnelleres Zustandekommen von Beschlüssen erreichen. Ein überaus pragmatisches Motiv für die Etablierung des freien Mandats, das im weiteren Sinne auch dem Effizienzgebot für staatliches Handeln Rechnung trägt.

Seinen Durchbruch erlangte das freie Mandat in Frankreich allerdings erst am Vorabend der französischen Revolution, nachdem sich auf Antrag des Abbé Sieyès der dritte Stand kurzerhand zur Nationalversammlung proklamiert hatte. Diese verstand sich fortan als legitimierte Vertretung des ganzen Volkes. Danach definierte Abbé Sieyès den Abgeordneten unter anderem als „Deputierten der gesamten Nation“ und als „Auftragnehmer aller Staatsbürger“. Nur der nationale Wille sei für ihn maßgebend. Dabei komme es allein auf die Beschlussfassung im Parlament an. Denn das Volk könne nicht sprechen und auch überhaupt nicht handeln, außer durch seine Repräsentanten.

Dabei knüpft er hier zunächst an die Lehre von der Volkssouveränität von Rousseau an. In ihr wird dem Volk als der Summe aller von Natur aus freien Individuen ein eigener einheitlicher Wille zugesprochen: die volonté générale.

Für Rousseau ist die Ausübung von Volkssouveränität unveräußerlich. Eine Vertretung in der Gesetzgebung kommt für ihn nicht in Betracht. Dagegen belässt Sieyès den Volkswillen nur der Substanz nach beim Volk. Zugleich überträgt er seine Ausübung dem Parlament und stellt die Abgeordneten von jeglichen Bindungen frei. Danach bestimmt als ideal gedachtes Subjekt das Volk

durch die Wähler lediglich die Repräsentanten. Zu weiteren politischen Äußerungen ist es dagegen nicht fähig.

Dieses Grundverständnis von Volkssouveränität und Repräsentation hat sich letztlich im System der parlamentarischen Demokratie durchgesetzt und mit Art. 38 auch Eingang ins Grundgesetz gefunden.

Kodifikatorische Vorläufer in Deutschland fanden sich in der Stein'schen Städteordnung von 1808, der Paulskirchenverfassung von 1849, mit Einschränkung in der Verfassung des deutschen Reiches von 1871 sowie in der Weimarer Reichsverfassung von 1919.

2. Parteienstaatsprinzip

Damit komme ich zum Parteienstaatsprinzip. Im System der parlamentarischen Demokratie haben sich die politischen Parteien zu einem unverzichtbaren Strukturelement entwickelt. Ihnen kommt die Aufgabe zu, als Koordinations- und Integrationsfaktor des politischen Meinungsbildungsprozesses auf ein politisch aufgeklärtes Wählerbewusstsein hinzuwirken. Durch politische Parteien wird das Volk gewissermaßen mediatisiert. Weiterhin haben sie die Kandidaten für die Parlamentswahl aufzustellen. Und nach erfolgter Wahl kommt ihnen die Aufgabe zu, auf die innerparlamentarische Umsetzung ihrer programmatischen Vorstellungen hinzuwirken. Das geschieht über Fraktionsbildung, Regierungsbildung, Oppositionsarbeit oder Organisation von Ausschusstätigkeit. Dabei handeln sie im Wesentlichen durch die Abgeordneten, die als von ihnen aufgestellte Kandidaten gewählt worden sind.

Nicht zuletzt weil den Parteien eine gewissermaßen staatstragende Funktion zu kommt, ordnet das Grundgesetz an, dass ihre innere Ordnung demokratischen Grundsätzen entsprechen muss.

Und in dieser staatstragenden Funktion sind die politischen Parteien aus unserer Verfassungswirklichkeit gar nicht mehr wegzudenken.

Diesem Befund trägt auch die verfassungsrechtlich entwickelte Lehre vom Parteienstaat Rechnung. Sie versteht sich als Gegenentwurf zur liberalen Repräsentationstheorie.

Nach der Parteienstaatslehre ist das repräsentative System ein Anachronismus. Seinem Wesen und seiner Form nach sei der moderne demokratische Parteienstaat nichts anderes als eine rationalisierte Erscheinungsform der plebiszitären Demokratie oder gewissermaßen ein Surrogat der direkten Demokratie im modernen Flächenstaat. Die volonté générale wird dort nicht mehr durch Repräsentation gefunden, sondern nach dem Prinzip der Identität. Der Intention nach sind hier die Parteien das Volk. Die Konsequenz daraus ist, dass nach dieser Parteienstaatslehre sich allmählich das Parlament als einstig repräsentativ verstandene Körperschaft in eine Versammlung gebundener Parteibeauftragter wandelt. In einer solchen ist dann aber auch der einzelne Abgeordnete nicht berechtigt, eine von der Parteilinie divergierende Politik zu verfolgen. Soviel zum Repräsentationsprinzip und zum Parteienstaatsprinzip.

IV. Schutz bei Mandatsausübung und Fraktionsdisziplin

Wie lassen sich nun die beiden miteinander in Einklang bringen? Wie ist das freie Mandat gedanklich und funktional in der parteienstaatlich geprägten parlamentarischen Demokratie verankert? Wie vertragen sich Parteibuch und Gewissen?

1. Unwiderruflichkeit des parlamentarischen Mandats

Das Kernelement des parlamentarischen Mandats ist seine Unwiderruflichkeit. Das ergibt sich schon aus dem Verständnis von Volkssouveränität und aus der faktischen Unumkehrbarkeit der Wählerentscheidung. Darin liegt eine beachtliche Vertrauensvorgabe, und zwar in zweifacher Hinsicht: einmal von Seiten der Wähler und zum anderen von Seiten der nominierenden Partei. Beide können jedoch nicht von sich aus eine Mandatsbeendigung herbeiführen. Einzig der Ablauf der Wahlperiode oder die Auflösung des gesamten Parlaments können

das bewirken. Einziger Ausgleich für die Unwiderruflichkeit des Mandats ist seine zeitliche Befristung.

Dabei gab es in der Verfassungsgeschichte und Parlamentspraxis vielfältige Versuche, hier zu anderen Ergebnissen zu kommen. Die wohl bekanntesten Instrumente, auf eine Mandatsbeendigung hinzuwirken, waren Recall, Blankoverzichtserklärung und Rücktrittsrevers.

a) Recall

Beim Recall handelt es sich um ein Abberufungsrecht, wie es in volksdemokratischen Verfassungen sozialistischer Staaten, so auch der DDR, vielfach verankert war, aber auch in den Verfassungen einiger amerikanischer Einzelstaaten anzutreffen ist. Solche Abberufungsrechte gibt es im Übrigen auch in unserer Rechtspraxis, und zwar dort, wo sie mit einem Entsenderecht korrespondieren: beispielsweise im Gesellschaftsrecht bei der Besetzung eines Aufsichtsrates, aber eben nicht im Bereich parlamentarischer Repräsentation.

b) Blankoverzichtserklärung

Bei der Blankoverzichtserklärung handelt es sich um eine von einem Kandidaten vor seiner Wahl abgegebene undatierte Mandatsverzichtserklärung, die seiner Partei zum willkürlichen Gebrauch zu überlassen war. Der Intention nach brauchte dann im Konfliktfall die Parteiführung nur noch das Datum einzusetzen und die Erklärung dem Parlamentspräsidenten zuzusenden. Die angestrebte Folge wäre dann das Erlöschen des Mandats des Abgeordneten sowie das Nachrücken eines anderen auf der Kandidatenliste benannten Parteimitglieds ins Parlament.

c) Rücktrittsrevers

Beim Rücktrittsrevers verpflichtet sich ein Abgeordneter schriftlich vor seiner Wahl, im Konfliktfall mit der Partei das Mandat niederzulegen. Verbunden wurde eine solche Verpflichtungserklärung bisweilen mit einem Vertragsstrafeversprechen für den Fall des Zu widerhandelns. Dieses wiederum wurde dann

noch zur Erhöhung der Nachhaltigkeit verstärkt durch ein notarielles Schuldanerkenntnis mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung.

Diesen sämtlichen Instrumenten ist gemein, dass sie nicht wirksam sind und den Mandatsbestand unberührt lassen. Auch eine verschiedentlich immer mal wieder geforderte gesetzliche Anordnung eines Mandatsverlustes bei Fraktionswechsel eines Abgeordneten wäre verfassungswidrig. Dem steht nun einmal das freie Mandat entgegen.

Aber unterhalb der Schwelle einer Einwirkung auf den Mandatsbestand haben die Parteien durchaus Möglichkeiten, auf die Mandatsausübung Einfluss zu nehmen.

Ganz legitim und unbestritten ist die innerfraktionelle und innerparteiliche Überzeugungsarbeit. Sie gehört zum politischen Diskurs und ist gewollt.

2. Der Fraktionszwang und die rechtliche Sanktionsfreiheit der Mandatsausübung

Gleichermaßen unbestritten und legitim ist auch die Fraktionsdisziplin, über die ein gebündeltes Abstimmungsverhalten der Abgeordneten einer Fraktion erreicht werden soll. Natürlich darf ein Abgeordneter sich der Mehrheitsmeinung seiner Fraktion fügen. Das gilt auch dann, wenn er von ihrer Richtigkeit nicht so ganz überzeugt ist. Er wird das tun, wenn er die Solidarität innerhalb der Fraktion und deren Schlagkraft nach außen nicht gefährden will.

Wenig hilfreich ist in diesem Zusammenhang die Abgrenzung zum weithin für unzulässig gehaltenen Fraktionszwang. Wo hört die Disziplin auf und wo fängt der Zwang an?

Entscheidendes Kriterium ist letztlich die rechtliche Sanktionsfreiheit der Mandatsausübung. Das macht den Kerngehalt des freien Mandats aus. Deshalb sind jegliche Mechanismen, die auf den Mandatsbestand oder die Vermögenssituation des Abgeordneten einwirken, wie etwa Vertragsstrafen, unwirksam.

Der Ausgleich für diese Sanktionsfreiheit ist die Zeitgebundenheit des Mandats.

Von dieser zeitlich begrenzten und unwiderruflichen Vertrauensübertragung durch den Akt der Wahl profitieren übrigens beide: Abgeordneter und Partei! Auch für eine Partei ist in Bezug auf den Bestand der bei einer Wahl errungenen Mandate eine Änderung ihrer vor der Wahl festgelegten Linie oder gar der Bruch eines Wahlversprechens sanktionsfrei.

Die Stunde der Wahrheit – oder auch der Abrechnung – kommt für beide erst, wenn eine Mandatserneuerung ansteht: für den Abgeordneten mit der Kandidatenaufstellung und für die Partei mit der Wahl. Dies sind die mit Abstand schärfsten Waffen zur Disziplinierung des Abgeordneten durch die Partei und der Partei durch die Wähler. Die hessische Landtagswahl vom 18. Januar 2009 hat das eindrucksvoll vorgeführt. Die vier Abgeordneten wurden als Kandidaten nicht wieder aufgestellt und ihrer Partei liefen die Wähler davon.

Einer weitergehenden Konsequenz ihres angekündigten Abstimmungsverhaltens können drei der vier Abgeordneten dagegen wohl mit einer gewissen Zuversicht entgegensehen, der Durchführung von Parteiordnungsverfahren. Von einem solchen bleibt im Übrigen die vierte Abgeordnete verschont, weil sie schon einige Monate zuvor ihr Abstimmungsverhalten angekündigt hatte. Bei den anderen drei Abgeordneten sind dagegen die Verfahren bereits in vollem Gang.

Sogar eine erste Entscheidung gibt es schon. In dem gegen Jürgen Walter eingeleiteten Verfahren hat die Schiedskommission seines Unterbezirks zwar nicht dem von verschiedenen Ortsverbänden gestellten Ausschlussantrag stattgegeben, aber sie hat festgestellt, dass er gegen die Ordnung der Partei und gegen das Gebot innerparteilicher Solidarität verstoßen habe. Die Konsequenz daraus sei, dass er für die nächsten zwei Jahre keine Funktionen in seiner Partei ausüben dürfe – außer in seinem Ortsverein. Für einen früheren stellvertretenden Landesvorsitzenden sicher keine unerhebliche Sanktion. So wertete Walter denn auch das befristete Funktionsverbot als Parteiausschluss auf Zeit – und ist damit entschlossen, notfalls bis vor das Bundesverfassungsgericht zu ziehen. Er beruft sich dabei auf das freie Mandat und macht geltend, dass mit dem Verfahren sein Recht auf freie Mandatsausübung verletzt werde. Diesen Einwand hat die Schiedskommission mit der Begründung zurückgewiesen, die Verfassung schüt-

ze den Abgeordneten ausschließlich bei der Ausübung seines Mandats, nicht jedoch im Umgang mit seiner Partei. Ist das wirklich so?

Auf den ersten Blick könnte man meinen, die Schiedskommission hat recht. Parlament und Partei sind vollkommen verschiedene Organisationen. Und hat nicht eine Partei das Recht, selbst zu entscheiden, auf welcher Funktionsebene sie sich innerparteilich von wem repräsentieren lassen will? Grundsätzlich wohl schon.

Aber im vorliegenden Fall geht es um weit mehr. Es geht um die Integrität der Mitgliedschaft in einer politischen Partei. Diese ist aber zweifach geschützt. Zum einen schon ganz allgemein durch freiheitsrechtliche Schutzmechanismen, die einer einmal erworbenen Mitgliedschaft einen Bestandsschutz zukommen lassen und sie vor einer willkürlichen Disposition schützen.

Zum anderen aber auch durch das verfassungsrechtliche Gebot innerparteilicher Demokratie in Art. 21 S. 3 GG. Dementsprechend müssen die Statuten aller politischen Parteien demokratischen Grundsätzen genügen. Dazu gehört aber auch der Bestandsschutz einer einmal erworbenen Mitgliedschaft. Dementsprechend darf auch nach dem Organisationstatut der SPD ein Parteiordnungsverfahren nur bei einem Verstoß gegen die Statuten, die Grundsätze oder die Ordnung der Partei durchgeführt werden, wobei als Verstoß gegen die Grundsätze eine Verletzung des Gebots innerparteilicher Solidarität gilt. Ob eine solche in dem angekündigten Abstimmungsverhalten gesehen werden kann, erscheint zweifelhaft.

Wenn schon das Abstimmungsverhalten von Abgeordneten selbst grundsätzlich sanktionsfrei ist, hat das auch für seine Ankündigung zu gelten. Erst recht gilt das aber, wenn von der Verfassung – wie im vorliegenden Fall für den Abstimmungsvorgang der Ministerpräsidentenwahl – ausdrücklich geheime Wahl vorgesehen ist. Ein stärkerer Schutz der Entscheidungsfreiheit eines Abgeordneten ist kaum vorstellbar.

V. Parteiordnungsverfahren in Hessen

Wie aktuell das hier erörterte Vortragsthema ist, zeigt sich auch an den beiden anderen Parteiordnungsverfahren.

Im Verfahren gegen Carmen Everts stand heute die Verhandlung vor der Schiedskommission an. Auf das Ergebnis dürfen wir gespannt sein.

Und im Verfahren gegen Silke Tesch zeichnet sich möglicherweise eine einvernehmliche Beendigung ab. Hier hat die zuständige Schiedskommission Marburg-Biedenkopf einen Vorschlag zur gütlichen Einigung unterbreitet, dem Frau Tesch bereits zugestimmt hat. Darin bestätigt die Kommission, dass Frau Tesch als Abgeordnete für ihre Entscheidung den Schutz von Grundgesetz und hessischer Verfassung in Anspruch nehmen könne. Allerdings habe das Gebot innerparteilicher Solidarität es als erforderlich erscheinen lassen können, diese Entscheidung früher, spätestens nach dem Landesparteitag vom 4. Oktober, mitzuteilen. Die Kommission hat vorgeschlagen, diesen Hinweis als Rüge zu akzeptieren, womit Frau Tesch einverstanden ist. Auch Walter und Everts haben zu erkennen gegeben, dass sie sich in ihren Verfahren gleichfalls eine solche Beendigung vorstellen können. Ob sich die antragstellenden Ortsvereine dem anschließen werden, bleibt jedoch noch abzuwarten.

Wenn im Übrigen die drei Abgeordneten im Kompromisswege damit einverstanden sind, den Vorwurf der Verletzung innerparteilicher Solidarität im Wege einer Rüge zu akzeptieren, bedeutet das noch nicht, dass ein solcher Vorwurf und die entsprechende Rüge auch berechtigt wären. Kein Abgeordneter kann gezwungen sein, sich im Bezug auf eine über seine Mandatsausübung zu treffende Entscheidung zeitlich auch schon vorher festzulegen, insbesondere beispielsweise in sog. Probeabstimmungen. Seine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit bleibt ihm bis zu dem Zeitpunkt erhalten, in dem er die Entscheidung treffen muss. Insbesondere darf er auch bis zuletzt mit sich selbst ringen. Hierüber ist er niemandem Rechenschaft schuldig. Angesichts der im vorliegenden Fall von der Verfassung sogar als geheim angeordneten Ministerpräsidentenwahl braucht ein Abgeordneter seine Entscheidung auch überhaupt nicht öffentlich zu machen. Wenn die drei Abgeordneten im vorliegenden Fall dies gleichwohl getan haben, war gerade dies ein Akt innparteilicher Solidarität, weil sie ihrer Fraktionsvorsitzenden damit den Weg in eine möglicherweise aussichtslose Abstimmungsprozedur erspart haben.

Auf welch unsicheren Grund sich ihre Partei im Übrigen mit der Einleitung von solchen Parteiordnungsverfahren begibt, hat diese selbst relativ schnell erkannt. Erste noch vor der Kandidatenaufstellung zur Landtagsneuwahl im Januar gefasste Beschlüsse über das Ruhen der Mitgliedsrechte bis zur Verfahrensbeendigung wurden wieder aufgehoben. Zu groß erschien das Risiko einer unwirksamen Beschlussfassung zur Kandidatenaufstellung für die anstehende Neuwahl. Hier wiederum zeigt sich die regulierende Wirkung des Verfassungsgebots innerparteilicher Demokratie.

Neben grundsätzlich auch zur Disziplinierung von Abgeordneten geeigneten Parteiordnungsverfahren gibt es aber auch noch subtilere Mittel, innerfraktionell auf das Abstimmungsverhalten von Abgeordneten Einfluss zu nehmen. Wohl den schärfsten Eingriff stellt insoweit ein Fraktionsausschluss dar. Er kann von sämtlichen Fraktionsmitgliedern mit 2/3-Mehrheit nach Anhörung des Betroffenen beschlossen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Als Ermessensentscheidung, die auch den Grundsatz des freien Mandats zu berücksichtigen hat, ist er im verfassungsgerichtlichen Organstreitverfahren überprüfbar. Eine Fraktion geht aber mit einer solchen Maßnahme auch das Risiko ein, dass der ausgeschlossene Abgeordnete sich einer anderen Fraktion anschließt und dabei eine Veränderung der Mehrheitsverhältnisse bewirkt. Sein Mandat verliert er dabei nicht.

Doch auch unterhalb dieser Schwelle hat eine Fraktionsführung noch erhebliche Druckmittel zur Verfügung. Sie kann einen Abgeordneten entweder nicht in einen Ausschuss entsenden oder ihn aus einem solchen zurückziehen. Schließlich entscheidet sie, welcher Abgeordnete für die Fraktion zu welchem Thema im Plenum redet. Das alles können empfindliche Maßnahmen sein, die einen Abgeordneten in seinen Wirkungsmöglichkeiten beeinträchtigen können.

VI. Parteigebundenheit und die Ausübung des freien Mandats

Wie lassen sich nun freies Mandat und Parteigebundenheit eines Abgeordneten sinnvoll zueinander in Beziehung setzen? Wie viel Raum lässt das Parteibuch dem Gewissen?

Wenn in Art. 38 GG davon die Rede ist, dass die Abgeordneten nur ihrem Gewissen unterworfen sind, hat sich der Verfassungsgeber für eine Leitlinie entschieden, die in das Innere eines Menschen führt, in den höchst subjektiven Bereich, der sich jeglicher Nachvollziehbarkeit entzieht. Damit bringt er letztlich eine Verstärkung dessen zum Ausdruck, was er zuvor sagt, nämlich, dass die Abgeordneten an Aufträge und Weisungen nicht gebunden sind. Diese die freie innere Entscheidungsfindung fordernde Leitlinie soll für alle Entscheidungen eines Abgeordneten gelten, auch für Kompromisse. Es kommt also nicht darauf an, ob eine sog. Gewissensfrage zur Entscheidung ansteht, wie in medizin-ethischen Fragen des Lebensschutzes oder über einen Bundeswehreinsatz.

Der Gewissensbegriff in Art. 38 GG entspricht nicht demjenigen in Art. 4 GG, der ausdrücklich die Freiheit des Gewissens im Sinne einer Wertorientierung schützt. Mit ihm wird lediglich eine Entscheidungsmaxime im Sinne von Unabhängigkeit und Rechenschaftsfreiheit angesprochen.

Maßgeblich soll allein sein, was der einzelne Abgeordnete subjektiv für richtig oder falsch hält und was er noch glaubt, für vertretbar und zustimmungsfähig zu halten. In der ganz überwiegenden Zahl anstehender Parlamentsentscheidungen wird er daher auch mit seiner Fraktion übereinstimmen.

Dieses Verständnis von Gewissen verkennt, wer bestimmten parlamentarischen Sachentscheidungen eines Abgeordneten die Qualität einer Gewissensentscheidung zuweist oder abspricht. Um eine solche geht es ebenso wenig, wie um den Zeitpunkt der inneren Festlegung eines Abgeordneten auf seine beabsichtigte Mandatsausübung.

Diesem bis in die innere Entscheidungsfindung hineinreichenden Schutz von Bestand und Ausübung des Mandats kommt gerade im Hinblick auf die Partei-gebundenheit des Abgeordneten eine spezifische Bedeutung zu. Dieser Schutz versetzt den Abgeordneten in die Lage, in die Willensbildung von Fraktion und Partei eine jedenfalls temporär unangreifbare eigene Position einzubringen. Die Offenheit der Willensbildung in Partei und Fraktion wird dadurch ebenso gefördert wie eine Abwehr oligarchischer Tendenzen in den Spitzen derselben. Damit

hat aber das freie Mandat zugleich auch eine ganz wesentliche Bedeutung für die Erhaltung innerparteilicher Demokratie.

Ob im Übrigen ein Abgeordneter bei seinem parlamentarischen Stimmverhalten einen konkreten Wählerauftrag erfüllt, erscheint mehr als fraglich. Genau genommen gibt es den gar nicht. Auch gibt es genau genommen gar nicht den Wähler, sondern nur eine Vielzahl von Wählern, die ihre Stimme abgegeben haben. Die Definition eines bestimmten Wählerauftrages ist nichts anderes als der Versuch einer inhaltlichen Interpretation eines Wahlergebnisses. Beliebigkeit und Unverbindlichkeit sind dabei kennzeichnend. Einzig entscheidend ist das Wahlergebnis und das liefert lediglich eine arithmetische Grundlage für die Wahl des Regierungspersonals und für künftige Politikgestaltung. Wechselnde Mehrheiten sind dabei nicht ausgeschlossen.

Dabei ist der das Wahlergebnis bestimmende Wahlakt das zentrale Ereignis demokratischer Willensbildung. Er bewirkt die Transformation der von Parteien aufgestellten Kandidaten zu mit subjektiver Entscheidungsfreiheit ausgestatteten Abgeordneten. Neben ihre Parteimitgliedschaft tritt ihre staatsrechtliche Sonderbeziehung als Vertreter des ganzen Volkes. Dabei stehen aber Parteienprivileg und freies Mandat keineswegs in einem unlösbaren Spannungsverhältnis, wie es das Bundesverfassungsgericht einmal in einer frühen Entscheidung angenommen hat.

Die Bedeutung des freien Mandats in der parteienstaatlichen Demokratie lässt sich nicht aus einer Entgegensetzung von Art. 38 und Art. 21 entnehmen. Im Rahmen der Entscheidung der Verfassung für die Demokratie lassen sich die beiden Bestimmungen vielmehr als zwei einander ergänzende Konkretisierungen derselben verstehen, nämlich als parlamentarisch und parteienstaatlich.

Insoweit lässt sich das parlamentarische Mandat als das freie Mandat des partei gebundenen Abgeordneten verstehen. Mit einem solchen können alle am politischen Willensbildungsprozess Beteiligten gut zurecht kommen: die Wähler, die Abgeordneten und die Parteien.

PETER MASUCH

Sozialverfassung und Globalisierung

19. Mai 2009



Peter Masuch
Präsident des Bundessozialgerichts

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|------|--------------------------|----|
| I. | Globalisierung | 30 |
| II. | Sozialstaat..... | 32 |
| III. | Sozialstaat global?..... | 40 |
| IV. | Schluss..... | 44 |

Am Ende dieser Woche, Samstag, den 23. Mai feiert Deutschland den 60. Geburtstag seines Grundgesetzes. Die Dauer der Staatsfeierlichkeiten wurde auf einen Tag zurück gefahren, die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen geben nicht den Anlass, die Sektkorken überlaut knallen zu lassen. Unserer exportorientierten Wirtschaft droht – kaum, dass sie sich von hoher Arbeitslosigkeit erholt hat – Rezession und in deren Gefolge die erneute Steigerung der Arbeitslosenzahlen.

Ich habe mich bei der Zusage zum Vortrag am heutigen Tage natürlich fragen müssen, welche Botschaft erwarten Sie, meine Damen und Herren, vom Präsidenten des obersten Sozialgerichts? Hoffentlich nicht, dass ich angesichts der obwaltenden Verhältnisse weitere Richterstellen für die Sozialgerichtsbarkeit einfordere – unter Hinweis auf die epochal hohen Belastungszahlen und zur Vermeidung überlanger Verfahrensdauern.

Ein Verfassungsjubiläum in der Zeit der Krise der Marktwirtschaft drängt allerdings geradezu auf, nach der Verfassungsfestigkeit des Sozialen angesichts weltweiter Herausforderungen zu fragen. Dieser Fragestellung möchte ich in drei Schritten nachgehen:

Die uns bedrängende Krise hat zweifellos globalen Charakter – es ist aber notwendig zu hinterfragen, was „Globalisierung“ gerade in Bezug auf unsere Verfassung und Rechtsordnung bedeutet.

Was ist verfassungsfester Kernbestand unseres Sozialstaats? Oder anders gefragt: Ist das Grundgesetz eine „Verfassung ohne Sozialverfassung“, wie es Steiner soeben formuliert hat?

Abschließend die Frage danach, was die gleichsam globale Qualität unseres Sozialstaats ausmacht: Ein Exportmodell oder ein alter Hut?

I. Globalisierung

Angesichts des zumal für einen dem einfachen nationalen Gesetzesrecht verpflichteten Juristen etwas gigantisch anmutenden Themas darf ich philosophisch

beginnen: „Auch die längste Reise beginnt mit dem ersten Schritt.“ Dieser Schritt führt mich zu der Frage nach der Globalisierung und ihrer spezifischen Bedeutung: Warum betrifft die Globalisierung den deutschen Sozialstaat?

Nach Friedhelm Hengsbach¹ ist ein beherrschender Teil der öffentlichen Globalisierungsdebatte mit diffusen Wahrnehmungen besetzt und der Begriff Globalisierung zu einer neoklassischen Waffe im Verteilungskampf geworden. Globalisierung ist ein Modewort der 90er Jahre, das an die Stelle der früheren Standortdebatten getreten ist, aber weiterhin unter ideologischen Vorzeichen geführt wird. Hengsbach datiert den Beginn der Globalisierung an den Beginn der 70er Jahre, als die festen, aber anpassungsfähigen Wechselkurse durch floatende Wechselkurse abgelöst wurden; kurz danach der Einschnitt durch die Ölpreisschocks von 1973 und 1980. Man kann mit gutem Grund den „Beginn der Globalisierung“ auch auf die Wende mit dem Ende des Kalten Krieges 1989/90 legen: In Deutschland haben wir 1993/94 die härteste Nachkriegsrezession überstanden und einen wohl unvergleichlichen Aufbruch in den Weltmarkt vollzogen.

Unideologisch betrachtet kennzeichnen vier Aspekte den Begriff der Globalisierung: Die internationale Handelsverflechtung, ausländische Direktinvestitionen, Operationen transnationaler Unternehmen, internationale Finanzmärkte². Die transnationalen Unternehmen gelten als die Motoren der Globalisierung, ausländische Direktinvestitionen sind oft Vorstufe bzw. Bestandteil multinationaler Wertschöpfungsketten. Die Geschäfte auf den internationalen Finanzmärkten haben sich geradezu explosionsartig entwickelt – die Finanzmärkte gelten überhaupt als „durchglobalisiert“³.

Hengsbach⁴ schließt seine Analyse übrigens mit der Schlussfolgerung, die Entzauberung des Globalisierungsbegriffs rechtfertige keine Alarmstimmung im

¹ Aus Politik und Zeitgeschichte, B 33-34/2000.

² Vgl. Friedhelm Hengsbach, Aus Politik und Zeitgeschichte, B 33-34/2000; vgl. auch Heinz/Strünck, Ein politisches Projekt unter ökonomischem Druck: Warum die Globalisierung den deutschen Sozialstaat betrifft und warum nicht, in: Leibfried/Wagschal: Der deutsche Sozialstaat, 2000, S. 491f.

³ Friedhelm Hengsbach, Aus Politik und Zeitgeschichte, B 33-34/2000.

⁴ Aus Politik und Zeitgeschichte, B 33-34/2000.

weltwirtschaftlichen Norden mit seinen komfortablen sozialen Sicherungs- und Fürsorgesystemen.

Ich halte viel von Hengsbachs nüchterner Analyse, lege aber gerne mit Karl Jaspers nach: Er schrieb 1932 über „Die geistige Situation der Zeit“ schon: „als technische und wirtschaftliche scheinen alle Probleme planetarisch zu werden“⁵. Rein ökonomisch betrachtet stieg der weltweite statistisch nachweisbare Warenhandel – ich zitiere hier einmal aus Wikipedia – zwischen 1948 und 2004 auf das über 27fache, während sich die Produktion von Gütern in dieser Zeit nur auf das knapp 8fache vergrößert hatte. Die Zahl der direkten Auslandsinvestitionen stieg zwischen 1970 und 2005 von 13 auf über 900 Mrd. US-Dollar. Das Seefrachtaufkommen hat sich allein in den letzten 4 Jahrzehnten ausgehend von weniger als 6000 Mrd Tonnen-Meilen um den Faktor 5 gesteigert.

Nach den Politologen Heinze und Strünck⁶ gibt es die große Schwierigkeit, der behaupteten Verklammerung von Globalisierung und Sozialstaatlichkeit wissenschaftlich beizukommen. Danach ist weniger von Bedeutung, was Globalisierung tatsächlich ist, sondern was die einzelnen Akteure glauben oder auch vorgeben, was sie ist. Jedenfalls lassen sich zwei zentrale Probleme im Angesicht der Globalisierung für das Gerüst des Sozialstaates ausmachen: Die Kosten des Faktors Arbeit und das Schrumpfen der Normalarbeitsverhältnisse. Es geht also um die beitragsbezogene Finanzierung der Sozialversicherung, der in Zeiten anhaltender oder wachsender Arbeitslosigkeit die Einnahmen fehlen, während wachsende Ausgaben gegenüber stehen. Der globalisierungsbedingte Strukturwandel der Industriegesellschaft zu personalintensiven Dienstleistungsgesellschaften lässt das beitragsfinanzierte Versicherungssystem als Barriere für die Beschäftigungsentwicklung erscheinen⁷.

Diese erste Annäherung an „Globalisierung“ legt einen historischen Vergleich nahe: Der Sozialstaat erlebte in der Weimarer Republik einen bislang nicht bekannten Aufschwung ebenso wie sein dramatisches Scheitern in der Weltwirtschaftskrise ab 1929. Die Weimarer Reichsverfassung enthielt eine Vielzahl

⁵ Karl Jaspers, Die geistige Situation der Zeit, Ausgabe 1932, S. 67.

⁶ Heinze/Strünck, aaO (Fn. 2), S. 494.

⁷ Vgl. Heinze/Strünck, aaO (Fn. 2), S. 499.

sozialer Schutzrechte, die jedoch mit einer immer wieder auflebenden Diskussion über die wachsenden Soziallasten einen argumentativen Sturmlauf ausgesetzt waren. Nach Christoph Butterwegge⁸ waren Großindustrielle des Ruhrgebiets Hauptträger dieser Angriffe, die hofften, das Versicherungs- durch das Fürsorgeprinzip zu ersetzen, sich dadurch einer paritätischen Finanzierung des Sozialsystems entziehen und ihre Gewinne steigern zu können – übrigens intellektuell angeführt durch Gustav Hartz. Auf dem Höhepunkt der Weltwirtschaftskrise mit über 6 Mio. registrierten Erwerbslosen in Deutschland zerbrach der Zivilvertrag zwischen Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften ebenso wie die politische große Koalition.

II. Sozialstaat

Ich komme zum 2. Abschnitt und möchte den ehemaligen Richter des Bundesverfassungsgerichts Steiner⁹ zitieren. Die Skepsis der Deutschen gegenüber Sozialversprechen in Verfassungsgestalt hat er mit dem Brasilien-Beispiel unterlegt: Liest man die brasilianische Verfassung von 1998 und insbesondere deren Sozialtexte, so stellt sich schnell der Wunsch ein, dort möchtest du leben. Besucht man diesen vielversprechenden Grundrechtsraum, so wird man angesichts der Wirklichkeit eher nachdenklich.

Soweit Steiner, demnach das Grundgesetz den „Sozialstaat ohne Sozialverfassung“ kreiert hat¹⁰. Schauen wir uns nun die verfassungsrechtliche Architektur dieses Sozialstaats etwas näher an.

1. Der Begriff des Sozialstaats beruht darauf, dass Art. 20 Abs. 1 Grundgesetz vom „sozialen Bundesstaat“ und Art. 28 Abs. 1 Grundgesetz vom „sozialen Rechtsstaat“ spricht. Das Sozialstaatsprinzip begründet für sich genommen keine Kompetenzen und gibt keine Eingriffsrechte, konkrete verfassungsrechtliche Gestalt gewinnt es insbesondere im Zusammenklang mit einzelnen Grundrechten. Es verpflichtet den Staat, für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen, ohne dass sich daraus ein Gebot entnehmen ließe, soziale Leistungen in einem be-

⁸ SozSich 2005, 262, 263.

⁹ AnwBl 2009, 370.

¹⁰ Steiner, AnwBl 2009, 370.

stimmten Umfang zu gewähren. Dem Sozialstaatsprinzip lässt sich einen Gestaltungsauftrag und eine Gestaltungsermächtigung entnehmen¹¹.

Der Inhalt des Gestaltungsauftrags bezieht sich auf die Sicherung eines menschenwürdigen Existenzminimums, die Sicherung gegen Wechselseitigkeit des Lebens, die Schaffung von mehr Gleichheit sowie die Bewahrung, Mehrung des allgemeinen Wohlstands und der Teilhabe daran¹².

Um aber diesen Gestaltungsauftrag überhaupt gerecht werden zu können, beinhaltet das Sozialstaatsprinzip auch eine Ermächtigung zu den dazu notwendigen Beschränkungen der Grundrechte anderer¹³ – denn der Staat kann auch im Bereich der sozialen Sicherung nur geben, wenn er auch nehmen darf¹⁴. Nach der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁵ bestimmt das Sozialstaatsprinzip nur das „was“, nämlich die Pflicht des Staates, für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze und damit für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen. Für das „wie“ stünden dem Gesetzgeber alle Wege offen. Damit richtet sich das Sozialstaatsprinzip vorrangig an den Gesetzgeber, für die Rechtsprechung ist es Auslegungshilfe.

2. Für die Ausgestaltung des Sozialstaatsprinzips sind nun folgende Grundrechte von Bedeutung.

Nach anfänglicher Zurückhaltung entnimmt das Bundesverfassungsgericht dem Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz die Verpflichtung, die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein der Bürger zu schaffen¹⁶. Auch das Bundessozialgericht hat im Zusammenspiel von Unantastbarkeit der Menschenwürde und Sozialstaatsgebot verfassungsrechtlich die Ge-

¹¹ Vgl. dazu Butzer, Die Sozialstaatsentwicklung unter dem Grundgesetz, 2006, S. 54 mwN.

¹² Vgl. Zacher, Das soziale Staatsziel, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 28 RdNr 25, 32 ff.

¹³ Vgl. dazu Butzer, aaO (Fn. 11), S. 55 f mwN.

¹⁴ Vgl. Steiner, AnwBl 2009, 370, 372 mit Bezugnahme auf Hans Zacher.

¹⁵ Vgl. BVerfGE 22, 180, 204; vgl. auch BVerfGE 40, 121, 133 = SozR 2400 § 44 Nr 1; BVerfGE 82, 60, 80 = SozR 3-5870 § 10 Nr 1; vgl. auch BSG SozR 4-2500 § 62 Nr 6.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 40, 121, 133 = SozR 2400 § 44 Nr 1; BVerfGE 110, 412, 445 f.

währleistung eines Existenzminimums garantiert gesehen¹⁷. Eine feste Untergrenze des Existenzminimums lässt sich gleichwohl nicht ableiten, seine Bestimmung ist vielmehr wiederum dem Gesetzgeber überlassen. Unser 1. Senat¹⁸ hat es als verfassungsrechtlich zulässig angesehen, dass aus dem Regelsatz des Grundsicherungsbeziehers auch die Zuzahlungen für Arzneimittel aufgebracht werden müssen. In diesem Zusammenhang haben wir daran erinnert, dass die Prüfungsintensität in dem Maße zunimmt, in dem der Gesetzgeber sich der untersten Grenze – dem physischen Existenzminimums – nähert¹⁹. Bei der Prüfung haben die Gerichte allerdings auch darauf Rücksicht zu nehmen, dass in umfassenden Notsituationen, die alle Bürger betreffen, auch das Grundgesetz nicht in der Lage ist, eine – wünschenswerte, aber unfinanzierbare – Mindestsicherung in konkreter Höhe zu gewähren, ohne dass der Rückgriff auf das Existenzminimum der dann noch verbliebenen Steuerzahler drohte²⁰.

Sie wissen, das Thema Existenzminimum ist vielfältig in der Diskussion, nicht zuletzt wegen der Vorlagen²¹ an das Bundesverfassungsgericht wegen der Höhe des Regelsatzes für Kinder. Aktuell ist das Stichwort Globalisierung in diesem Zusammenhang durch die Richtlinie über Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerber der EU. Diese strebt an, europaweit das Leistungsniveau für Asylbewerber auf das Niveau der jeweiligen Sozialhilfe zu erhöhen²².

3. Unter dem Gesichtspunkt des möglichen Rückbaus sozialrechtlicher Positionen spielt der Art. 14 Abs. 1 Grundgesetz eine entscheidende Rolle.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind dem Schutzbereich des Art. 14 GG auch öffentlich-rechtliche Positionen zugeordnet, soweit sie nach Art eines Ausschließlichkeitsrechts dem Inhaber zugeordnet sind, auf nicht unerheblichen Eigenleistungen beruhen und der Sicherung der Existenz

¹⁷ Vgl. BSG SozR 4-2500 § 62 Nr 6; zuletzt spricht das BSG im Vorlagebeschluss vom 27.1.2009 - B 14/11b AS 9/07 R von einem „aus Art. 1 iVm Art. 20 GG abgeleiteten subjektiv-öffentlichen Recht auf Gewährung des Existenzminimums“.

¹⁸ Vgl. BSG SozR 4-2500 § 62 Nr 6.

¹⁹ Vgl. BSG SozR 4-2500 § 62 Nr 6.

²⁰ Vgl. BSG SozR 4-2500 § 62 Nr 6.

²¹ Vgl. BSG, Vorlagebeschluss vom 27.1.2009 - B 14/11b AS 9/07 R; Hessisches LSG, Vorlagebeschluss vom 29.10.2008 - L 6 AS 336/07.

²² Vgl. dazu den Artikel „Das wäre die reine Katastrophe für Deutschland“ in FAZ 83/2009, 4 vom 8.4.2009.

dienen²³. Art. 14 Grundgesetz schützt nicht vor der Auferlegung von Geldleistungspflichten²⁴. Seine besondere Bedeutung kommt ihm zu durch den Schutz von sozialrechtlichen Positionen wie Renten (allerdings nicht die von Hinterbliebenen) einschließlich deren Anwartschaften, von Ansprüchen auf Übergangs-, Unterhalts- und Arbeitslosengeld²⁵. Dieser Schutz wirft immer wieder Fragen auf, als Beispiel nenne ich hier nur die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus 2006 zum Fremdrentengesetz²⁶; danach muss die notwendige Eigenleistung an einen deutschen Versicherungsträger erbracht worden sein. Insoweit besteht ein Unterschied zur Überleitung der Rentenanwartschaften aus der DDR²⁷, die durch den im Einigungsvertrag erfolgten Transformationsakt als Rechtsposition in das Rentensystem der Bundesrepublik übertragen worden sind. Auch wenn es grundsätzlich unschädlich ist, wenn die Rechtsposition überwiegend auf staatlicher Gewährleistung beruht, so greift der Eigentumschutz jedoch nicht bei Ansprüchen, die der Staat in der Erfüllung seiner Fürsorgepflicht einräumt. Dies hat das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf die Arbeitslosenhilfe noch offen gelassen²⁸ (Nichtannahmebeschluss vom 23. August 2005). Das Bundessozialgericht hat jedoch unter Hinweis darauf entschieden, dass Arbeitslosenhilfe nur bei Bedürftigkeit des Leistungsempfängers gewährt und aus Steuermitteln finanziert wurde²⁹.

Konkreten Schutz gegen Rückbaumaßnahmen auf Basis von Art. 14 GG hat es in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in den 80er Jahren gegeben: So hat das Bundesverfassungsgericht beanstandet, dass der Gesetzgeber die Anwartschaftszeit für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld übergangslos von 180 auf 360 Tage erhöht hatte³⁰; ebenso hat es gerügt, dass durch eine Verschärfung der Regelung über das Meldeversäumnis (§ 120 AFG) diese Sanktion ohne

²³ St. Rspr. des BVerfG, vgl. BVerfGE 53, 257, 289 ff = SozR 7610 § 1587 Nr 1; zuletzt BVerfG, Beschluss vom 7.10.2008 - 1 BvR 2995/06 ua - NJW 2009, 983.

²⁴ Vgl. BVerfGE 75, 108, 154 = SozR 5425 § 1 Nr 1.

²⁵ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.10.2008 - 1 BvR 2995/06 ua - NJW 2009, 983; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl., Art. 14 RdNr 11 f mit zahlreichen Nachweisen aus der Rspr des BVerfG.

²⁶ BVerfGE 116, 96, 121 ff = SozR 4-5050 § 22 Nr 5.

²⁷ Vgl. hierzu BVerfGE 100, 1, 32 f = SozR 3-8570 § 10 Nr 3.

²⁸ Vgl. BVerfG SozR 4-4300 § 434b Nr 2.

²⁹ Vgl. BSG SozR 3-4100 § 136 Nr 11; BSGE 97, 265, RdNr. 42.

³⁰ BVerfGE 72, 9 = SozR 4100 § 104 Nr 13.

jede Ausnahme und unabhängig vom Verschulden des Arbeitslosen für eine Säumnis eintrat³¹.

Art. 14 Grundgesetz verpflichtet somit nicht zur Begründung von Sozialleistungen, kann aber deren Rückbau bremsen. Hier steht die Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Vordergrund, wobei den Rechtspositionen des einzelnen Bürgers in diesem Abwicklungsprozess allerdings oftmals gewichtige, vom Gesetzgeber verfolgte Ziele wie die Funktionsfähigkeit und Finanzierbarkeit der Sozialversicherung, die Beitragsstabilität oder die Senkung von Lohnnebenkosten gegenüber steht³². Dabei hat der Bürger naturgemäß geringe Chancen, selbst wenn seine Sozialleistung in den Eigentumsschutz hineingewachsen ist. Problematisch ist dies vor allem bei der Addierung oder Kumulierung von Einschnitten. Kollege Spellbrink spricht hier von der Schlangenbisstheorie³³: Ein Biss mag verkraftbar sein, aber 20 Bisse können töten. Dieses Thema bedarf sicher vertiefter Prüfung. Insoweit habe ich mich gefreut, dass in der Rechtsprechung unseres 12. Senats³⁴ die Kumulierung von Einschnitten ausdrücklich in den Blick genommen worden ist. Dort ging es um die Summierung auf den monatlichen Rentenzahlbetrag einwirkender Verschlechterungen als Folge von Einzelmaßnahmen wie Ausbleiben der Rentenerhöhung, Tragung des vollen Pflegeversicherungsbeitrags, Erhöhung des Krankenversicherungsbeitrags usw.

Lassen Sie mich im Zusammenhang mit Art. 14 Grundgesetz nur kurz ansprechen den Schutz gegen die Rückwirkung von Gesetzen als Ausprägung des Vertrauensschutzes nach dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz, wobei es in unserem Bereich meistens um Sachverhalte geht, in denen eine sog. unechte Rückwirkung in Rede steht.

³¹ BVerfGE 74, 203 = SozR 4100 § 120 Nr 2.

³² Vgl. zur Überführung der Rente aus Zusatz- und Sonderversorgungen der DDR: BVerfGE 100,1 = SozR 3-8570 § 10 Nr 3; zur Abschaffung der hälftigen Beitragspflicht des Rentenversicherungsträgers beim Pflegeversicherungsbeitrag: BVerfG, Beschluss vom 7.10.2008 - 1 BvR 2995/06 ua - NJW 2009, 983; BSG, Urteil vom 21.1.2009 - B 12 R 11/06 R; zum zusätzlichen Krankenversicherungsbeitrag nach § 241a SGB V: BSG SozR 4-2500 § 241a Nr 1; BSG, Urteil vom 21.1.2009 - B 12 R 11/06 R.

³³ Vgl. Spellbrink, in: „Die Grundrechte - tägliches Brot des Sozialrichters“ in: Festschrift 55 Jahre BSG, S. 33.

³⁴ Vgl. BSG SozR 4-2500 § 241a Nr 1; BSG, Urteil vom 21.1.2009 - B 12 R 11/06 R.

4. Ein weiteres Beispiel für die „Aufladung“ des Sozialstaatsprinzips ist die Verknüpfung mit Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz, der allgemeinen Handlungsfreiheit. Im sog. Nikolausbeschluss hat das Bundesverfassungsgericht am 6. Dezember 2005³⁵ auf dieser Grundlage den Zusammenhang von Beitrag und Leistung stärker in den Vordergrund gerückt. Es hat ausgeführt, dass es mit Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip nicht vereinbar sei, den Einzelnen einer Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung zu unterwerfen und für seine an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ausgerichteten Beiträge die notwendige Krankheitsbehandlung gesetzlich zuzusagen, ihn andererseits aber, wenn er an einer lebensbedrohlichen oder sogar regelmäßig tödlichen Erkrankung leidet, für die schulmedizinische Behandlungsmethoden nicht vorliegen, von der Leistung einer bestimmten Behandlungsmethode durch die Krankenkasse auszuschließen und ihn auf eine Finanzierung der Behandlung außerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung zu verweisen. Der Kläger litt an einer Muskelerkrankung mit erheblichen Funktionsstörungen und deutlich verkürzter Lebenserwartung. Es ging ihm um die Kostenübernahme für eine im Einzelfall möglicherweise hilfreiche Bioresonanztherapie, für deren Erbringung es keine gesetzliche Grundlage gab.

5. Das Sozialstaatsprinzip verpflichtet zu mehr Gleichheit unter dem Vorbehalt der Ungleichheit³⁶. Damit gehört der allgemeine Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz zum bestimmenden Handwerkszeug bei der verfassungsrechtlichen Prüfung. Im Übrigen zählen die speziellen Gleichheitssätze in Art. 3 Abs. 2 und 3 Grundgesetz ebenfalls zu den sozialstaatlichen Programmsätzen. Der allgemeine Gleichheitssatz hat seine gestaltende Bedeutung bewiesen, als das Bundesverfassungsgericht 1977 den Nasziturus in den Schutzbereich der gesetzlichen Unfallversicherung einbezogen hat³⁷. Insoweit ist also der Personenkreis, dem die gesetzlichen Leistungen zuerkannt werden können, ausgeweitet worden. Allerdings gibt Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz in der Regel nichts dafür her, auch einen Anspruch auf eine höhere Leistung zu begründen. Dazu das Beispiel

³⁵ BVerfGE 115, 25 = SozR 4-2500 § 27 Nr 5.

³⁶ Vgl. Zacher, aaO (Fn. 12), § 28 RdNr 42.

³⁷ BVerfGE 45, 376 = SozR 2200 § 539 Nr 35.

der Pflegeversicherungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 2001³⁸: Ein Vater von 10 Kindern, die ebenso wie seine nicht berufstätige Ehefrau durch die Familienversicherung in die Versicherung des Vaters einbezogen waren, empfand es als ungerecht, dass er hinsichtlich des Beitrages und der Leistung der Pflegeversicherung gleichbehandelt wurde mit kinderlosen Bürgern – obwohl doch infolge der Umlagefinanzierung die zukünftigen Lasten der Pflegeversicherung überhaupt nur durch die kommende Generation, u.a. also auch seine Kinder, gesichert werden könnten. Dem ist das Bundesverfassungsgericht bekanntlich nachgekommen (hier aus der Verbindung von allgemeinem Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 Grundgesetz). Allerdings folge daraus kein Anspruch auf höhere Leistungen von Eltern gegenüber Kinderlosen, nur die Beitragsseite müsse die Kindererziehung berücksichtigen.

Als Erfolg dieser Entscheidung stellte sich bekanntlich ein, dass der Gesetzgeber den Pflegeversicherungsbeitrag für die Kinderlosen erhöht (0,25 %), allerdings nicht den Beitrag für Kindererziehende gesenkt hat³⁹. Übrigens hat das Bundessozialgericht bislang eine Übertragung der genannten Prinzipien auf andere Zweige der Sozialversicherung abgelehnt⁴⁰.

Juristisch interessant ist in diesem Zusammenhang die Anerkennung des Anspruchs auf Teilhabe durch das Bundesverfassungsgericht im Numerus clausus-Urteil von 1972⁴¹: Im Zusammenwirken von Sozialstaatsprinzip, allgemeinem Gleichheitssatz und der in Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz gewährleisteten Berufsfreiheit hat das Bundesverfassungsgericht einen Teilhabeanspruch, nämlich den Zugang zu vorhandenen Bildungsstätten bejaht. Ein solcher „derivativer“ Teilhabeanspruch begründet wiederum keinen originären Leistungsanspruch, sondern funktioniert nach dem „Wenn-dann-Schema“: Wenn der Staat etwas gewährt, dann besteht Anspruch auf gleichheitsgerechten Zugang zu dieser Leistung⁴².

³⁸ BVerfGE 103, 242 = SozR 3-3300 § 54 Nr 2.

³⁹ Vgl. § 55 Abs. 3 SGB XI.

⁴⁰ Vgl. BSG SozR 4-2600 § 157 Nr 1.

⁴¹ Vgl. BVerfGE 33, 303.

⁴² Vgl. Osterloh, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 3 RdNr. 53 ff mwN.

Welche Bilanz lässt sich nach diesem Überblick über die verfassungsrechtlichen Kerne des Sozialstaatsprinzips ziehen?

- Ein Existenzminimum ist gewährleistet, kann aber nicht in starrer Höhe gewährleistet werden.
- Ansprüche und Anwartschaften aus der Sozialversicherung unterfallen dem Eigentumsschutz aus Art. 14 Abs. 1 Grundgesetz, dieser lässt jedoch Eingriffe nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit zu; hierbei ist der einzelne Bürger oftmals in der schwächeren Position gegenüber den gemeinschaftsbezogenen Zielen.
- Der Schutz vor sozialer Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz definiert nicht das gewährleistete Niveau.
- Schlagkraft bewies das Sozialstaatsprinzip i.V.m. Art. 3 Abs. 1 und 2 Grundgesetz im Fall des Nikolausbeschlusses.

Butzer⁴³ hat resümiert, der bundesdeutsche Sozialstaat führe ein recht verfassungsfreies Leben. Der einfache Gesetzgeber entscheide jeweils mit Mehrheit, ob die soziale Absicherung für die Bürgerinnen und Bürger gegenüber früheren Zuständen praller oder karger ausfallen und wie er die Sozialleistungen finanzieren solle. Die Schwierigkeiten beim Umbau des Sozialstaats röhren daher wesentlich aus den ihm eigenen Gesetzmäßigkeiten, normativen Prämissen und institutionellen Rahmenbedingungen her.

Oder vielleicht etwas sehr pointiert formuliert: Der dynamische Ausbau des Sozialstaatsprinzips hing in der bundesdeutschen Geschichte am Gashebel der gesellschaftlichen, insbesondere wirtschaftlichen Entwicklung. Verfassungsrecht hat hier allenfalls den Stellenwert der Motorbremse, die auf den Rückbau einmal geschaffener Leistungen wirkt.

⁴³ Vgl. Butzer, aaO (Fn. 11), S. 58 f.

III. Sozialstaat global?

Ich komme jetzt zum 3. Abschnitt der Reise durch den globalisierten Sozialstaat. Wir haben gesehen, unser Sozialleistungssystem ist nicht verfassungsfest, aber wir wissen doch wohl alle, es ist reformbedürftig! Was mich vor allem umtreibt ist die Frage:

Inwieweit ist das Sozialleistungssystem, also die oben beschriebene „Sozialverfassung“ auch dispositiv? Der frühere Bundeskanzler Schröder hat seine „Agenda 2010“ mit den Worten eingeleitet: „Entweder wir modernisieren, und zwar als soziale Marktwirtschaft, oder wir werden modernisiert, und zwar von den ungebremsten Kräften des Marktes, die das Soziale beiseite drängen würden“.

Was folgt daraus aber für den Juristen, insbesondere den Sozialrechtler? Ich möchte nochmals Zacher zu Wort kommen lassen. Er hat darauf hingewiesen, dass das soziale Staatsziel konzentriert ist auf ökonomisch bedingte und ökonomisch relevante Ungleichheiten, mithin sind die wirtschaftlichen Verhältnisse die wichtigsten Bedingungen für die Verwirklichung des sozialen Staatsziels⁴⁴. Das soziale Staatsziel umfasst demgemäß auch die soziale Verantwortung für die Wirtschaft. Das so verstandene Konzept der sozialen Marktwirtschaft als Staatsziel obliegt nach Zacher sowohl dem Staat als auch der Gesellschaft⁴⁵. Nun haben wir aber gesehen, dass die Globalisierung die Faktoren Kapital und Arbeit auf eine fast unvorstellbare Weise voneinander gelöst haben, sucht sich doch das Kapital weltweit den Ort seiner gewinnträchtigsten Investition. Demgegenüber bleibt der Faktor Arbeit im Prinzip national gebunden, hier aber vielfältigem Wettbewerb ausgesetzt. Während die Arbeitgeber aus den Sozialversicherungsbeiträgen flüchten, sieht sich der verbleibende Faktor Arbeit einem Paradoxon ausgesetzt: Einerseits soll die Arbeit möglichst billig sein, andererseits soll sie die Kosten des Sozialstaats schultern⁴⁶.

Meines Erachtens zu Recht verweist Zacher an dieser Stelle angesichts der vielen Fragen darauf, dass unter den Bedingungen der Globalität die Weltwirtschaft

⁴⁴ Vgl. Zacher, Der deutsche Sozialstaat am Ende des Jahrhunderts, in: Leibfried/Wagschal: Der deutsche Sozialstaat, 2000, S. 53 ff.

⁴⁵ Vgl. Zacher, aaO (Fn. 44), S. 54.

⁴⁶ Vgl. Zacher, aaO (Fn. 44), S. 76.

einer neuen Ordnung bedarf und mit ihr die Welt Sozialpolitik. Ich zitiere: „Die soziale Marktwirtschaft ist national nach wie vor das ökonomisch und sozial leistungsfähigste Modell. Kann es auf die internationale Gemeinschaft übertragen werden?“⁴⁷. Dieser Blick auf die Weltsozialpolitik – das sei vorweg gesagt – kann nur eine Antwort auf die Frage sein, wie wir die notwendigen Sozialreformen legitimieren. Zunächst muss der Sozialstaat weiterentwickelt werden. Aber: Wenn hier von einer „Krise des Sozialstaats“ die Rede ist, dann meint dies eine Krise in unserem politischen System selbst, so mE zutreffend Zacher⁴⁸.

Diese Reformen der sozialen Sicherungssysteme in Deutschland sind notwendig, um unsere internationale Wettbewerbsfähigkeit zu fördern bzw. zu erhalten. Zugleich muss sich Deutschland als politischer Akteur auf der Weltbühne zusammen mit anderen Staaten aber dafür einsetzen, dass soziale Mindeststandards weltweit beachtet und verstärkt werden. Unsere Position als Wirtschaftsmacht beruht weder auf großen Rohstoffvorkommen noch auf Dumpinglöhnen, weder international noch auch nur in Europa gewinnen wir, wenn wir unsere sozialen Standards und die Lohnhöhe preisgeben. In einem sogenannten „race to the bottom“ können wir uns nicht behaupten.

Ein politisch nicht vermittelter Sozialabbau führt zu einer Destabilisierung unserer Gesellschaft und untergräbt damit gerade unsere Wettbewerbsfähigkeit. Ich muss das hier nicht weiter ausführen, Sie alle wissen, dass die geringe Zahl von Streiktagen gerade ein international wirksamer Standortfaktor Deutschlands ist. Die Einhaltung dieser deutschen Sozialstandards ist zu allererst eine Herausforderung der Europäischen Union. Ziel muss es jedoch auch sein, über Europa hinaus durch multilaterale Abkommen die Bedeutung der sozialen Sicherung als Wettbewerbsfaktor im Wege einer Standardangleichung einzuschränken.

So richtig einerseits die Sicherung unserer eigenen nationalstaatlichen Wettbewerbsfähigkeit ist – so richtig ist andererseits aber auch: Die Globalisierung – der ungehemmte Kapital- und Warenverkehr weltweit kommt auch auf der Menschlichkeitsebene nicht ohne ihr Gegenstück aus: die gute menschliche

⁴⁷ Zacher, aaO (Fn. 44), S. 77.

⁴⁸ Vgl. Zacher, aaO (Fn. 44), S. 56, 78.

Gemeinschaft. Die durch die aktuelle Weltwirtschaftskrise dramatisch erschütterte Verabsolutierung des Marktes vor allem im GATT- und WTO-Recht hat die Frage nach der Menschenrechtsfreundlichkeit und sozialen Gerechtigkeit des Welthandels sträflich vernachlässigt. Armutsbekämpfung, HIV-Prävention, Vorgehen gegen Kinderarbeit, Arbeitsschutz usw. bis hin zu möglichen Mindestlohnregelungen zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping sowie Sicherung des Existenzminimums des Individuums sind an sich selbstverständliche Bestandteile handelsrechtlicher Vereinbarungen. Eine Erfolgsgeschichte ist die nationale Marktwirtschaft erst geworden, als sie ihre soziale Komponente erkannt hatte. Dies gilt auf der Weltebene nicht minder. Free trade und fair trade müssen Hand in Hand gehen.

Ein soziales Staatsziel auf Weltebene kann es schon mangels Weltstaat mit verantwortlichem Sozialgesetzgeber und legitimitätsbeschaffender globaler Demokratie nicht geben. Ziel muss aber zumindest die Einführung sozialer Mindeststandards weltweit sein⁴⁹, zumal das Recht auf soziale Sicherheit bereits in Artikel 22 der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte enthalten ist⁵⁰.

An einer sozialen Mindestsicherung führt kein Weg vorbei. Der finanz- und versicherungsmathematische Dienst des Internationalen Arbeitsamtes hat in einer Studie geschätzt, dass die Kosten eines Mindeststandards für die rund 1,1 Mrd. Personen mit einem Einkommen unter 1,08 Dollar täglich im Jahr etwa 380 Mrd. Dollar im Jahr betragen würde. Erfasst wären eine medizinische Grundversorgung, ein System für Familienleistungen, das den Schulbesuch der Kinder ermöglicht, eine Grundsozialhilfe für arbeitsfähige Personen und eine

⁴⁹ Cichon/Hagemejer, „Änderung eines Paradigmas der Entwicklungspolitik: Investitionen in Mindeststandards der sozialen Sicherheit für alle“, IRSS, 60, 2-3/2007, S. 193ff.; McKinnon, „Für eine dynamische soziale Sicherheit: Ein Konzept für den Wandel und die Ausdehnung der Deckung“, IRSS, 60, 2-3/2007, S. 171, 177; Kuhlke, „Rolle der IAO-Normen bei der Umsetzung des Rechts auf soziale Sicherheit heute und in Zukunft“, IVRSS, 60, 2-3/2007, 137, 156f.

⁵⁰ Jeder Mensch hat als Mitglied der Gesellschaft Recht auf soziale Sicherheit; er hat Anspruch darauf, durch innerstaatliche Maßnahmen und internationale Zusammenarbeit unter Berücksichtigung der Organisation und der Hilfsmittel jedes Staates in den Genuss der für seine Würde und freie Entwicklung seiner Persönlichkeit unentbehrlichen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu gelangen“; vgl. auch Eichenhofer, „Menschenrecht auf soziale Sicherheit“, VSSR 2007, 87ff.

Grundrente für aus dem Erwerbsleben ausscheidende Personen⁵¹. Dieser Betrag übersteigt bei weitem die jährliche Entwicklungshilfe und auch die Zahlen für mögliche ungerechtfertigte Handelsbeschränkungen gegenüber Entwicklungsländern. Zu berücksichtigen ist aber auch, dass die Systeme sich in den Entwicklungsländern nach einer Anlaufphase überwiegend selber finanzieren können⁵². Es ist insbesondere nachweisbar, dass der Zugang zu einer Gesundheitsversorgung bzw. einer Schulbildung sich positiv auf die jeweilige volkswirtschaftliche Produktivität auswirkt⁵³. Der Zugewinn an nationaler Stabilität durch solche Systeme wirkt sich positiv auf das Investitionsklima im jeweiligen Land aus⁵⁴. Der Aufbau der Sozialsysteme kann auch nicht allein von außen erfolgen, sondern muss eine Rückkopplung im jeweiligen Staat erhalten. Ein starker und kompetenter Staat ist die erste Voraussetzung für die Ausweitung sozialer Sicherheit⁵⁵.

Welche politischen Hebel bieten sich zur Beförderung des Diskurses an? Frau Bundeskanzlerin Merkel hat den Weltsozialrat ins Gespräch gebracht. Ich möchte an ein weiteres Forum erinnern. Historische Bedeutung haben die Debatten über die soziale Sicherung erlangt in den UN-Konferenzen Umwelt und Entwicklung in Rio 1992, Bevölkerung und Entwicklung 1994 in Kairo und vor allem auf dem Weltgipfel für soziale Entwicklung 1995 in Kopenhagen. Wäre es nicht an der Zeit, nach der Finanzkrise die Fortsetzung der Weltgipfel zu fordern?

Auch wenn im Angesicht der Macht transnationaler Wirtschaftsunternehmen (TNC's) und widerstreitender nationaler Eigeninteressen die Chancen einer Weltsozialordnung noch gering erscheinen: Umso wichtiger die Aufgabe für Forschung und Politik, an der Global-Governance-Architektur der politischen Regulierung zu arbeiten und die Ansätze auszubauen. Das auch auf Anregung Georg Wannagats⁵⁶ gegründete Max-Planck-Institut für ausländisches und inter-

⁵¹ Cichon/Hagemejer, aaO (Fn. 49), S. 210ff.

⁵² Cichon/Hagemejer, aaO (Fn. 49), S. 212ff.

⁵³ McKinnon, aaO (Fn. 49), S. 177 mwN.; Cichon/Hagemejer, aaO (Fn. 49), S. 217f.

⁵⁴ Vgl. Cichon/Hagemejer, aaO (Fn. 49), S. 218.

⁵⁵ Van Ginneken, Revue IVSS 2007, Nr 213, S. 45ff.

⁵⁶ Vgl. Zacher, "Das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht", in: FS für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag, S. 847.

nationales Sozialrecht in München kann hier zur wissenschaftlichen Durchdringung der Materie beitragen und hat dies auch bereits getan⁵⁷. Wertvoll sind in diesem Zusammenhang auch die Erfahrungen der 1927 auf Initiative der ILO gegründeten Internationalen Vereinigung für soziale Sicherheit (IVSS), in der heute über 350 Träger sozialer Sicherheit weltweit vernetzt sind.

IV. Schluss

Um einen möglichst breiten gesellschaftlichen Konsens gerade in Fragen der sozialen Sicherung herzustellen, bedarf es immer auch intensiver Aufklärungs- und Überzeugungsarbeit. Wesentlich hinzukommen muss jetzt aber der verstärkte Einsatz für die globale Diskussion um soziale Mindeststandards. Globalisierung ist ein wechselseitiges Verhältnis. Zur innerstaatlichen Sicherung unseres Sozialsystems muss der außenpolitische Einsatz für die weltweite Verankerung sozialer Mindeststandards hinzukommen.

Der weitere Ausbau des sozialen Sicherungssystems muss einerseits Alternativen zur Verklammerung mit dem Faktor Arbeit suchen, also stärker in die Steuerfinanzierung gehen. Er darf aber seine gesellschaftlichen Ursachen, Traditionen und strukturellen Pfade nicht aus den Augen verlieren. Zwischen dem politischen System und dem Sozialstaat besteht – neben dem oben ausgeführten Gestaltungsauftrag des Gesetzgebers – auch ein elementarer Zusammenhang der Legitimation: Die konkrete Gestalt des Sozialstaats wird durch die gesellschaftlichen Kräfte, die sie tragen, maßgeblich aber durch die bundesstaatliche Ordnung, das rechtsstaatliche und vor allem das demokratische System legitimiert. Dem steht gleichsam spiegelbildlich gegenüber, dass die Herrschaftsordnung des Bundesstaats, des Rechtsstaats und der Demokratie in dem Maße legitim ist, in dem sie den Sozialstaat trägt und weiterentwickelt.

Diese meines Erachtens von großer Weisheit und scharfem analytischen Verstand geprägte Erkenntnis Zachers lässt sich noch zuspitzen: Wer sich der Weiterentwicklung, ggf. dem Umbau der sozialen Sicherungssysteme verwei-

⁵⁷ Dazu Zacher, “Die Entwicklungsländer-Forschung in den ersten Jahrzehnten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht”, ZIAS 2008, 1ff.

gert, das „Soziale“ unseres Bundesstaates zurückbauen möchte, legt Hand an eine der entscheidenden Legitimationsgrundlagen unserer Verfassung.

Ich schließe dann mit einem letzten Blick auf Steiners Laudatio zum 60. Geburtstag. Er hat sein Schlusskapitel dem Sozialrechtsschutz unter dem Grundgesetz gewidmet. Er formuliert: „Die Sozialgerichtsbarkeit ist ein starkes Stück Sozialstaat in Deutschland. Es besteht kein Grund, ihr das zu nehmen, was sie verdient hat: die organisatorische Selbstständigkeit und das Bewusstsein einer eigenständigen Aufgabe. Was das Grundgesetz getrennt hat (Art. 95 Abs. 1), soll der Mensch nicht zusammenfügen.“ Mir liegt natürlich manches auf der Zunge, um Steiner dafür zu applaudieren. Aber das möchte ich an dieser Stelle dann doch lieber Ihnen und unserer anschließenden Diskussion überlassen, meine sehr geehrten Damen und Herren.

JÖRG-UWE HAHN

Föderalismuskommission I, II, III! Ist der Bundesstaat noch zu retten?!

3. Juni 2009



Jörg-Uwe Hahn
Hessischer Minister der Justiz, für Integration und Europa
(Foto: Ossenbrink)

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|------|--|----|
| I. | Die bundesstaatliche Ordnung | 49 |
| II. | Eine kurze historische Einordnung | 49 |
| 1. | Unabhängige Föderalismuskommission 1991/1992 | 49 |
| 2. | Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung (2003-2004) | 50 |
| III. | Föderalismusreform I | 52 |
| IV. | Föderalismuskommission II | 57 |
| V. | Föderalismuskommission III, besteht weiterer Reformbedarf? | 61 |

Sehr geehrte Damen und Herren,

bevor ich die Ergebnisse der Föderalismuskommissionen I und II darstelle und dann auf die Ausgangsfrage des Vortrages zu sprechen komme, ob der Bundesstaat in der derzeitigen Form noch handlungs- und damit zukunftsfähig ist, und schließlich weitere Reformziele darstellen werde, möchte ich zunächst ein paar Worte zum Bundesstaat allgemein verlieren.

I. Die bundesstaatliche Ordnung

Die bundesstaatliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland ist in dem der Ewigkeitsgarantie des Grundgesetzes unterfallenden Art. 20 Abs. 1 GG angelegt. Dort heißt es, die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat. Dieses Bundesstaatprinzip wird in vielen weiteren Bestimmungen des Grundgesetzes konkretisiert, so in der Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1, in der Kompetenzklausel des Art. 30 und in der Kollisionsklausel des Art. 31 GG sowie generell in der Mitwirkung der Länder an der Willensbildung des Bundes durch den Bundesrat und die Finanzverfassung.

Dieser kooperative Föderalismus hat sich in den sechzig Jahren Bundesrepublik zwar bewährt, er birgt aber immer auch Probleme und verlangsamt Entscheidungsprozesse ungemein, sodass nach der Wiedervereinigung 1990 erste Reformbemühungen zur Neuordnung der Bund-Länder-Beziehungen begonnen haben.

II. Eine kurze historische Einordnung

1. Unabhängige Föderalismuskommission (1991/1992)

Die sogenannte „Unabhängige Föderalismuskommission“ wurde nach einem Beschluss des Bundestages im Juni 1991 eingesetzt. Diese Kommission sollte Vorschläge machen, welche Bundeseinrichtungen in die östlichen Bundesländer verlagert werden sollten. Eine strukturelle Reform des Föderalismus war zu diesem Zeitpunkt also noch nicht Gegenstand der Beratungen.

Im Mai 1992 gab die Kommission ihre Empfehlungen ab, insgesamt 16 Behörden in die neuen Bundesländer zu verlegen, was – das ist aus unserer Sicht von besonderem Interesse und dürfte speziell aus Kasseler Sicht nicht auf ungeteilte Zustimmung gestoßen sein, – auch zwei Bundesgerichte betraf, u.a. die Verlagerung des Bundesarbeitsgerichts von Kassel nach Erfurt.

2. Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung (2003–2004)

Die im Oktober 2003 eingesetzte gemeinsame Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung hatte nun eine Analyse der Bund-Länder-Beziehungen zum Ziel und speziell die Aufgabe, Vorschläge zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung in der Bundesrepublik Deutschland zu erarbeiten, um die Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit von Bund und Ländern zu verbessern, die politischen Verantwortlichkeiten deutlicher zuzuordnen sowie die Zweckmäßigkeit und Effizienz der Aufgabenerfüllung zu steigern.

Anlass für die Einsetzung der Kommission waren verschiedene Faktoren, die sich in den letzten Jahrzehnten herausgebildet hatten und letztlich zu der Frage führten, ob die Ordnung dieses Bundesstaates in vollem Umfang noch zeitgemäß war.

Im Laufe der Zeit wurden nämlich in erheblichem Umfang Zuständigkeiten, insbesondere im Bereich der Gesetzgebung, von den Ländern auf den Bund verlagert. Als Ausgleich dafür sind zwar die Rechte der Länder bei der Mitwirkung an der Gesetzgebung des Bundes ausgebaut worden, was aber der Effizienz der Aufgabenerfüllung abträglich war. So enthielten im Jahre 1949 nur 12 GG-Artikel die Anordnung der Zustimmungsbedürftigkeit; vor Beginn der Reformbemühungen waren es aber 35 Artikel mit insgesamt 49 Zustimmungstatbeständen. Hinzu kam eine sehr länderfreundliche Auslegung des Art. 84 Abs. 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht.

Eine Verschärfung der Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der konkurrierenden und der Rahmengesetzgebung im Jahr 1994 hatte auch nicht den erwarteten Erfolg, sodass ein Reformbedürfnis evident war.

Entgegen der ursprünglichen Intention des Grundgesetzgebers konnte der Bundesrat, als Verfassungsorgan der Bundesrepublik, durch das die Länder bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes mitwirken, mit seiner jeweiligen Mehrheit wesentliche politische Initiativen des Bundestages blockieren und so maßgeblich Einfluss auf die Gesetzgebung des Bundes ausüben. Der Bundesrat hatte dadurch faktisch die Funktion eines permanenten Vetoorgans. Mit dieser Entwicklung war die Bedeutung des Vermittlungsausschusses (Art. 77 Abs. 2 GG) gestiegen, der damit in die Nähe eines Ersatzparlaments geriet, in welchem unter Ausschluss der Öffentlichkeit weitreichende Entscheidungen getroffen wurden. Diese Verflechtung und Unübersichtlichkeit hatte einen gefährlichen Nebeneffekt, nämlich dass es für die Bürgerinnen und Bürger inzwischen fast unmöglich zu erkennen war, wer für was zuständig und verantwortlich ist. Hierin wurde eine der Ursachen für die wachsende Entfremdung zwischen der Bevölkerung und der handelnden Politik gesehen.

Dem sollte nun dadurch begegnet werden, dass wieder klarer geregelt wird, wofür der Bund und wofür das jeweilige Land zuständig ist. Das ist aus meiner Sicht ein ganz wichtiger Punkt gewesen („to whom it may concern“).

Die im Jahr 2003 von Bundestag und Bundesrat eingesetzte Kommission gelangte zwar in wesentlichen Einzelfragen zu übereinstimmenden Ergebnissen, sie vermochte sich jedoch bis zur abschließenden Sitzung nicht auf ein gemeinsames Reformkonzept zu einigen, da sich die Beteiligten nicht über Zuständigkeiten zwischen Bund und Ländern im Bildungsbereich verständigen konnten. Obwohl die Föderalismuskommission somit am 17. Dezember 2004 an der Neuordnung der Kompetenzen in der Bildungspolitik scheiterte, bildete ihr bis dahin erreichter Verhandlungsstand gleichwohl die Grundlage für die weitere Entwicklung. Auf der Grundlage dieser Beratungen sowie der zunächst im Frühjahr 2005 und dann nach der Wahl zum 16. Deutschen Bundestag wieder aufgenommenen politischen Gespräche meiner Partei mit den anderen großen Partei-

en wurde schließlich eine grundsätzliche Einigung über die nunmehr umzusetzende Föderalismusreform erzielt, die dann im Endeffekt auch Gesetz wurde.

III. Föderalismusreform I

Mit der am 1. September 2006 in Kraft getretenen ersten Stufe der Föderalismusreform wurden nun die oben genannten Probleme in einem ersten Schritt angegangen. Die Ergebnisse sind kurz wie folgt zusammen zu fassen:

Die Reform der Mitwirkungsrechte des Bundesrates durch Abbau der Zustimmungsrechte nach Art. 84 Abs. 1 GG verbunden mit der Einführung neuer Fälle der Zustimmungsbedürftigkeit erheblichen Kostenfolgen für die Länder (Art. 104a Abs. 4 GG neu) dient der Entflechtung von Bundes- und Landespolitik mit dem Ziel effizienterer Entscheidungsabläufe ohne das „Ersatzparlament“ Vermittlungsausschuss.

Herzstück der Reform ist aber die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch Abschaffung der Rahmengesetzgebung und Neukonzeption des Katalogs der konkurrierenden Gesetzgebung, verbunden mit einer Reduzierung des Anwendungsbereichs der Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG und der Einführung einer Abweichungsgesetzgebung in bestimmten Gesetzgebungsberichen.

Ich will nicht im Einzelnen auf alle Verschiebungen der Zuständigkeiten eingehen, aber zu zwei Punkten mit Justizbezug möchte ich doch noch einige Bemerkungen machen:

Einerseits werden die Länder in ihrer Organisations- und Personalhoheit gestärkt. Der bisher in der Rahmengesetzgebung enthaltene Kompetenztitel für die allgemeinen Rechtsverhältnisse der Landesbediensteten wird einschließlich des Laufbahnrechts auf die Länder übertragen. Es ist jetzt also Ländersache, Besoldung, Versorgung und Laufbahnfragen der Landesbeamten und Richter zu regeln.

Der Bund hat dagegen die konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis zur Regelung der Statusrechte und -pflichten erhalten. Dies ist einerseits sinnvoll, um die bun-

desweite Mobilität von Beamten und Richtern zu gewährleisten. Anderseits haben die Länder durch das kürzlich in Kraft getretene Beamtenstatusgesetz einigen Gestaltungsspielraum verloren, den ihnen das alte Beamtenrechtsrahmenge-
setz gewährt hat.

Eine enorme Gestaltungsmöglichkeit ist den Ländern indes dadurch erwachsen, dass die Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug, einschließlich des Jugendstrafvollzugs und des Untersuchungshaftvollzugs, auf sie übergegangen ist.

Hessen und die Landtagsbank haben im Rahmen der Föderalismusreform für die Übertragung der Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Justizvollzugs auf die Länder gekämpft, weil wir die Auffassung vertreten, dass die Länder das besser und innovativer regeln können, was sie selbst ausführen und bezahlen müssen.

Den vielfach geäußerten Befürchtungen eines „Schäbigkeitswettbewerbs nach unten“ zum Trotz haben die Länder bei der Schaffung der Jugendstrafvollzugs-
gesetze ausgezeichnete Arbeit geleistet, die geeignet ist, die Qualität des Voll-
zugs deutlich zu steigern. Auf ein Bundesgesetz war jedenfalls über Jahrzehnte
vergeblich gewartet worden.

Gerade das Hessische Jugendstrafvollzugsgesetz ist eines, auf das wir stolz sein können. Es stellt ein sorgsam ausgewogenes Konzept aus konsequenter Erzie-
hung und Berücksichtigung der berechtigten Schutzbedürfnisse der Allgemein-
heit dar, das sehr positive Bewertungen durch die Praxis und die beteiligte
Fachwelt erfahren hat.

Die Intention unseres Gesetzes ist, dass der Vollzug schnell, intensiv und konse-
quent erfolgt, um den kurzen zur Verfügung stehenden Zeitraum zur Erreichung
des Erziehungsziels soweit wie möglich sinnvoll zu nutzen, und um – und das
ist mir ganz wichtig – das Ziel zu erreichen, die besorgniserregend hohe Rück-
fallquote nach dem Jugendstrafvollzug zu reduzieren. Der geschlossene Vollzug
als Regelvollzug sowie das Prinzip des „Förderns und Forderns“ sind daher
wichtige Elemente dieses Gesetzes.

Ausgangspunkt für die Entwicklung eines eigenen Jugendstrafvollzugsgesetzes war eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in der völlig zu Recht darauf hingewiesen wurde, dass eine gesetzgeberische Regelung in diesem Bereich zu schaffen ist, die auf die besonderen Anforderungen des Vollzugs von Strafen an Jugendlichen und ihnen gleichstehenden Heranwachsenden zugeschnitten ist. Das haben wir mit Erfolg umgesetzt.

An dieses erfolgreiche Jugendstrafvollzugsgesetz wollen wir nun anknüpfen und für die übrigen Vollzugsbereiche, die Untersuchungshaft und den Erwachsenenstrafvollzug, ebenfalls moderne Landesgesetze schaffen. Dies ist als Handlungsschwerpunkt in der Koalitionsvereinbarung zwischen CDU und FDP auch so festgeschrieben worden.

Der Entwurf eines Artikelgesetzes, das beide neuen Gesetze und notwendige Folgeänderungen beinhaltet, befindet sich zurzeit in der internen Praxisanhörung. Ich gehe davon, dass es in der 2. Jahreshälfte in den Landtag eingebracht werden wird.

Schwerpunkt des Hessischen Untersuchungshaftvollzugsgesetzes wird es sein, eine vollständige gesetzliche Grundlage für die Untersuchungshaft zu schaffen, die insbesondere in Abstimmung mit der vom Bund vorgesehenen Neuregelung des U-Haftrichts, die durch die Föderalismusreform vorgenommene Zuständigkeitsverteilung umsetzt und die Grundlagen für einen modernen und sicheren U-Haftvollzug schafft.

Wesentliches Anliegen des Hessischen Strafvollzugsgesetzes wird es einerseits sein, die Aspekte der Sicherheit der Bevölkerung und des Opferschutzes durch den geschlossenen Vollzug als Regelvollzug und eine sorgfältige Prüfung vollzugsöffnender Maßnahmen zu stärken. Auf der anderen Seite werden die Eingliederungsmaßnahmen in der Anstalt und insbesondere die Entlassungsvorbereitung verstärkt werden. Jeder einzelne Gefangene soll individuell auf den Übergang von der Haft in die Freiheit vorbereitet werden, um seine Eingliederungschancen zu verbessern.

Weiterer wichtiger Aspekt der Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen ist die Gewährleistung größerer Wettbewerbsmöglichkeiten zwischen den Ländern, insbesondere im Umwelt- und Hochschulbereich. Dafür sorgt in erster Linie das systematisch neue Institut der Abweichungsgesetzgebung. So ist die Gesetzgebungskompetenz für umweltrechtliche Fragen nunmehr zwar als konkurrierende Gesetzgebungskompetenz ausgestaltet, wodurch beispielsweise dem Bund die Möglichkeit eröffnet ist, ein nationales Umweltgesetzbuch zu erlassen, was aber auf Bundesebene gerade gescheitert ist. Systematisch neu gibt es nun aber im Gegenzug gemäß Art. 72 Abs. 3 GG eine Abweichungsgesetzgebung der Länder, also auch für den Fall, dass der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat. Die Bundesländer sollen demnach zukünftig u.a. im Umweltbereich die Möglichkeit bekommen, auf den Feldern des Jagdwesens, des Naturschutzes, der Bodenverteilung, der Raumordnung und des Wasserhaushaltes von nationalen Regeln abzuweichen. Dies erlaubt es den Ländern, auf die spezifischen Gegebenheiten ihres Landes besser einzugehen und durch eigene Schwerpunkte in einen Standortwettbewerb mit anderen Bundesländern zu treten.

Dasselbe gilt auch für den Hochschulbereich. In Art. 72 Abs. 3 GG wurde auch für die Bereiche Hochschulzulassung und Hochschulabschlüsse die Möglichkeit der Abweichgesetzgebung geschaffen. Dies eröffnet den einzelnen Ländern die Chance, durch unterschiedliche Schwerpunktsetzung in einen Hochschulwettbewerb miteinander zu treten. Diese weitgehende Freigabe aller Kompetenzen im Hochschulbereich zugunsten der Länder wird zu einer größeren Vielfalt und Konkurrenz zwischen diesen führen, was sich nur positiv auf die Qualität von Forschung und Lehre auswirken kann.

Ein Punkt ist mir als dem für Europaangelegenheiten zuständigen Minister noch wichtig: Es ist vielfach die Kritik geäußert worden, das Grundgesetz sei auch nach der Föderalismusreform I nicht europatauglich und habe damit ein Reformziel verfehlt. Dem möchte ich entgegen treten.

Die Neuregelung des Art. 23 Abs. 6 GG sieht nun zwingend vor, dass die Vertretung der Bundesrepublik Deutschland, insbesondere im Rat der Europäischen

Union, auf den Gebieten schulische Bildung, Kultur und Rundfunk durch die Länder erfolgt. Die Soll-Bestimmung der alten Fassung ist somit durch eine klarere Regelung ersetzt worden, was die Europatauglichkeit schon per se erhöht. Aus meiner Sicht ist es darüber hinaus durchaus sinnvoll und richtig, im Rat der Europäischen Union einen Ländervertreter auftreten zu lassen, da nun mal die Bereiche Bildung, Kultur und Rundfunk die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder und damit ihre originären Interessen betreffen und somit auch die Länder die Vertretung in der EU besser wahrnehmen können.

Für eine abschließende Beurteilung der Föderalismusreform I ist es noch zu früh. Man kann aber jetzt schon feststellen, dass die Länder von ihren neuen Gesetzgebungskompetenzen rege Gebrauch gemacht haben. So haben beispielsweise alle Länder außer Bayern den Ladenschluss in eigenen Gesetzen geregelt und auch auf den Gebieten Strafvollzug, Versammlung und Heimwesen sind schon neue Gesetze entstanden. Die Anzahl der Gesetze, die der Zustimmung des Bundesrates bedurften, sind auch deutlich gesunken, wobei das angestrebte Ziel von 35 bis 40 % noch nicht ganz erreicht worden ist. Von den im ersten Jahr nach der Reform erlassenen Gesetzen bedurften 44,2 % der Zustimmung des Bundesrates; nach dem alten Recht wären es 59,2 % gewesen. Diesbezüglich sind wir also auf einem guten Weg.

Einen letzten Punkt will ich zu dem Komplex Föderalismusreform I noch erwähnen und vor allem kritisch anmerken: Zum Ziel der ersten Stufe der Föderalismusreform gehörte zu Recht auch der Abbau der Mischfinanzierung. Die nun erreichte Entflechtung der Mischfinanzierung hält sich aber sehr in Grenzen. Zwar wurden die Gemeinschaftsaufgaben in Art. 91a und 91b GG moderat geändert und die bisherige Vorschrift des Art. 104a Abs. 4 GG modifiziert und in den neuen Art. 104b GG ausgelagert. An dem Grundinstitut der Mischfinanzierung mit all seinen Schwächen wurde aber festgehalten. Das Institut der Mischfinanzierung führt nun aber dazu, dass der Bund durch die Finanzierung Einfluss auf die Aufgabenerfüllung durch die Länder nimmt, also Geld anbietet und dann mit diesem „goldenen Zügel“ in die Länder hineinregiert. Ein schlechtes Beispiel dafür ist das Ganztagschulprogramm des Bundes aus dem Jahr 2003, durch das der Bund massiv Einfluss auf die Schulpolitik der Länder genommen

hat. Die Länder könnten dagegen mit den entsprechenden Mitteln in Eigenverantwortung selbst sehr viel besser die notwendigen Prioritäten setzen, weil sie für diese eigenverantwortlichen Entscheidungen auch gegenüber den Bürgern des Landes rechenschaftspflichtig wären.

Dass ein wirklicher Wille zu einer konsequenten Abkehr von diesem Institut nicht besteht, zeigt schon die Tatsache, dass der Bundesarbeitsminister gerade wieder, nachdem das Bundesverfassungsgericht richtigerweise das System der Jobcenter als unzulässige Mischfinanzierung verworfen hat, nicht etwa eine verfassungskonforme Lösung sucht, sondern im Gegenteil eine neue Variante der Mischfinanzierung in das Grundgesetz schreiben will. Die CDU-Fraktion im Bundestag hat diesem Versuch zunächst ein vorläufiges Ende gesetzt.

IV. Föderalismuskommission II

Bundestag und Bundesrat haben im Dezember 2006 beschlossen, eine gemeinsame Kommission zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen einzusetzen.

Diese Föderalismuskommission II hatte den Auftrag, Vorschläge zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen zu erarbeiten, um diese den veränderten Rahmenbedingungen innerhalb und außerhalb Deutschlands für Wachstums- und Beschäftigungspolitik anzupassen. Den Einsetzungsbeschlüssen war als Anlage eine offene Themensammlung beigefügt. Darin werden u.a. genannt: Vorbeugung und Bewältigung von Haushaltsskrisen, Aufgabekritik und Setzung von Standards, Entbürokratisierung und Effizienzsteigerung unter anderem durch die Entflechtung von Aufgaben in der öffentlichen Verwaltung, Stärkung der den Aufgaben entsprechenden Finanzausstattung und der Eigenverantwortung der Gebietskörperschaften, verstärkte Zusammenarbeit und Möglichkeiten eines erleichterten freiwilligen Zusammenschlusses von Ländern sowie schließlich die Bündelung fachpolitischer Leistungen und Auswirkungen auf die Bund-Länder-Finanzbeziehungen.

Die Kommission hat sich Anfang des Jahres geeinigt und inzwischen sind sowohl im Bundestag als auch im Bundesrat entsprechende Gesetzentwürfe einge-

bracht worden. Die Sachverständigenanhörung hat ebenfalls schon Anfang Mai stattgefunden und letzten Freitag hat der Bundestag schließlich mit den Stimmen der Koalition die Schuldenbremse bzw. eine entsprechende Verfassungsänderung beschlossen.

Gemessen an den ausgegebenen Zielen hat die Föderalismuskommission II aber nur einen ersten Schritt in die richtige Richtung gemacht. Der Kern der Einiung, nämlich die in Art. 109 GG zu verankernde Schuldenbegrenzungsregelung für Bund und Länder ist nichtsdestotrotz ein wichtiges Signal. Die Höhe und die Entwicklung des in den vergangenen Jahrzehnten aufgelaufenen Schuldenstandes zeigen nämlich, dass die bisherigen Regeln nicht in der Lage waren, das Ausufern der Verschuldung wirksam einzudämmen. Insbesondere die in Art. 115 Abs. 1 GG vorgesehene Begrenzung der Nettokreditaufnahme bis zur Höhe der im Haushaltsplan veranschlagten Investitionen konnte ein Anwachsen der Schuldenberge nicht verhindern. Dies soll nun aber durch die neue Schuldenbremse geschehen.

Nach dem Gesetzentwurf sind die Haushalte von Bund und Ländern grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen, wobei für die Länder ein strukturelles Neuverschuldungsverbot und für den Bund ein nahezu strukturelles Neuverschuldungsverbot von max. 0,35 % der Wirtschaftsleistung (BIP) gelten soll. In Art. 115 GG werden dabei die Grundsätze des Art. 109 GG für den Bund konkretisiert. Ausnahmen von dem Verbot der Ausgleichung durch Kredite sind nur eingeschränkt zugelassen. Als Hilfe zur Einhaltung dieser Schuldenregel erhalten fünf besonders finanziell schwache Länder aber Konsolidierungshilfen. Ein neu zu gründender Stabilitätsrat soll die Haushaltsführung von Bund und Ländern, insbesondere auch die Konsolidierungsschritte der fünf Empfängerländer überwachen.

Da diese grundsätzliche Systemänderung nicht von jetzt auf gleich möglich ist, sieht eine Übergangsregelung in Art. 143d Abs. 1 GG die erstmalige Anwendung der Neuregelungen in Art. 109 und 115 GG für das Haushaltsjahr 2011 vor, die Einhaltung der Vorgabe des ausgeglichenen Haushalts ist für den Bund ab dem Jahr 2016 zwingend vorgesehen, für die Länder ab dem Jahr 2020. Auch

vor dem Hintergrund der derzeit schwierigen Finanzsituation der Haushalte muss es unser Ziel sein, innerhalb dieser Fristen die Schuldenregelungen umzusetzen.

Lassen Sie mich noch ein paar Worte zu der geäußerten Kritik sagen, dass das Haushaltsrecht der Landtage durch diese Schuldenregelung unzulässig ausgehöht würde. Diese Bedenken müssen wir ernst nehmen, aber aus meiner Sicht wurde ein noch vertretbarer Kompromiss gefunden. Zum einen gewährleistet das Grundgesetz die Haushaltssouveränität nicht uneingeschränkt. Das Grundgesetz regelt das Finanzwesen im Bundesstaat als Gesamtgefüge unter Berücksichtigung des Kerngehaltes der haushaltswirtschaftlichen Autonomie der Länder. Im Grundgesetz ist jetzt schon geregelt, dass der Vertrag von Maastricht umzusetzen ist und das gilt nicht nur für den Bundeshaushalt, sondern auch für die Länderhaushalte sowie die Haushalte der Gemeinden und der Sozialversicherungen.

Auf der anderen Seite ist nach Art. 109 Abs. 3 Satz 5 des Gesetzentwurfs auch ausdrücklich vorgesehen, dass die Länder die nähere Ausgestaltung der Haushalte im Rahmen ihrer verfassungsrechtlichen Kompetenzen regeln. Die Vorgaben des Abs. 3 geben den Ländern für den Teilausschnitt der Haushaltswirtschaft einen Rahmen vor, innerhalb dessen sie ihre Haushalte selbstständig und unabhängig gestalten können. Die Landesparlamente bestimmen also autonom, wie sie ihre Haushalte ohne strukturelle Neuverschuldung ausgleichen. Abs. 3 beinhaltet nämlich kein absolutes Verbot der Kreditaufnahme, sondern lediglich den Grundsatz eines strukturell ausgeglichenen Haushalts. Aus meiner Sicht ist damit ein akzeptabler Kompromiss gerade so gelungen, nämlich zunächst das Festschreiben der gemeinsamen Verantwortung für einen strukturell ausgeglichenen Haushalt, der nur durch die Bundesorgane Bundestag und Bundesrat vorgenommen werden kann, und auf der anderen Seite die ausdrückliche Feststellung, dass die Landesparlamente über das „Wie“ zu befinden haben.

In dem letzten Teil meiner Rede werde ich aber noch darauf eingehen, dass diese Einschränkung der Haushaltssouveränität der Länder mit der Möglichkeit der

Länder auf eigene Einnahmengenerierung einher gehen müsste. Dazu später mehr.

Noch eine abschließende Bemerkung zu diesem Thema. Wir in Hessen wollen noch einen Schritt weiter gehen und auch in die Hessische Verfassung ein Verbot von Schulden aufnehmen. Die Vorschriften der Hessischen Verfassung sind zu diesem Thema teilweise unpräzise und wir halten eine derartige Regelung auch aus grundsätzlichen Erwägungen für wünschenswert. Dafür werden wir als Koalition werben und werden versuchen, für diese Idee eine breite Mehrheit im Landtag und in der Bevölkerung zu gewinnen. Gerade bei diesem Thema ist es mir wichtig, die Bevölkerung mitzunehmen. Das ist natürlich schon deswegen nötig, weil nach Art. 123 Abs. 2 der Hessischen Verfassung diese nur geändert werden kann, wenn das Volk mit einer Mehrheit der Abstimmenden zustimmt. Aber grundsätzlich sollte sich ein gesellschaftlicher Konsens herausbilden, dass die Zukunft nur mit konsolidierten Haushalten positiv gestaltet werden kann.

Noch ein letzter Punkt zu dem vorliegenden Gesetzentwurf. Art. 91c und Art. 91d GG sollen die Grundlage für eine Bund-Länder-Zusammenarbeit einmal im Bereich der Informationstechnik und bei Leistungsvergleichen in der öffentlichen Verwaltung schaffen. Ich stehe dieser Ausweitung der Gemeinschaftsaufgaben grundsätzlich kritisch gegenüber. Nach meiner Auffassung sollten Gemeinschaftsaufgaben durch ersatzloses Streichen der Art. 91a und 91b GG vollständig abgeschafft und nicht weiter ausgeweitet werden. Die Aufgaben aus diesem Bereich sind in die alleinige Zuständigkeit der Länder zurückzuführen.

Die Gemeinschaftsaufgaben wurden 1969 (also noch zu Zeiten der 1. Großen Koalition im Bund) in das Grundgesetz eingeführt und im Zuge der Föderalismusreform I nur leicht modifiziert. Sie beteiligen den Bund weiterhin in bestimmten Grenzen an der Wahrnehmung von Länderaufgaben. Die Regelungen haben falsche Ausgabenanreize gefördert. Sie haben der Aufblähung des Subventionsstaates in Deutschland auch dadurch Vorschub geleistet, dass sie die Bedienung von regionalen Sonderinteressen durch den Bund und die Konservierung veralteter Wirtschaftsstrukturen in den Ländern enorm erleichtert haben. Die Eigenverantwortung der Länder für ihre fehlgeleitete Strukturpolitik wurde

so bis zur Unkenntlichkeit verwässert. Gemeinschaftsaufgaben im Grundgesetz sind eine Fehlkonstruktion und deswegen vollständig abzuschaffen.

V. Föderalismuskommission III, besteht weiterer Reformbedarf?

Auch wenn die Entflechtungen der Föderalismusreform I und die vorgeschlagene Schuldenbegrenzungsregelung erste wichtige Schritte sind, besteht aus meiner Sicht noch weiterer nicht unerheblicher Reformbedarf, um den Bundesstaat langfristig so auszugestalten, dass er zum Wohle aller effizient arbeitet und die finanziellen Ressourcen richtig genutzt werden. Meine kritische Haltung zu Gemeinschaftsaufgaben und Mischfinanzierung habe ich schon dargelegt.

Über das bereits Erreichte hinaus muss es aber unser Ziel sein, die Eigenverantwortung der Gebietskörperschaften weiter zu stärken, damit die Länder untereinander und auch die Länder im Verhältnis zum Bund in einen Wettbewerb über die besten Lösungen eintreten können. Für einen derartigen Wettbewerb fehlen aber noch wichtige Koordinaten und diese Punkte müssen wir in den nächsten Jahren angehen.

Eine unabdingbare Grundvoraussetzung ist dabei, dass den Ländern eine aufgabenadäquate Finanzausstattung gewährt wird.

Eine möglichst umfassende Finanzautonomie der Länder ist dabei ein ganz wichtiger Punkt. Ich setze mich deshalb schon seit Jahren für eine möglichst weitgehende Steuerautonomie der Bundesländer ein (eigenes Steuerfindungsrecht der Länder). Bislang haben die Länder fast nur die Möglichkeit, über Kreditaufnahmen den finanziellen Spielraum des Haushalts zu erweitern und diese wird nun auch noch durch die geplante Schuldenbremse weiter eingeschränkt und die Haushaltssautonomie der Länder damit weiter verengt. Dazu habe ich schon ein paar Worte gesagt. Mit eigenen Steuererhebungskompetenzen würden die Länderparlamente dagegen wieder gestärkt, insbesondere das Haushaltrecht als Königsrecht. Die bundesstaatliche Finanzverfassung muss den Ländern also künftig größere Spielräume gewähren. Die Landesparlamente, die derzeit von der Steuergesetzgebung praktisch ausgeschlossen sind, sollten auch auf diesem Gebiet mehr Eigenverantwortung erhalten, um einerseits Mehreinnahmen zur

Erhöhung des politischen Gestaltungsspielraums generieren zu können und andererseits durch den gezielten Verzicht auf eine Steuererhebung sich Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen Ländern zu verschaffen.

Konsequent wäre es dann aber auch, wenn die Länder für diejenigen Steuerarten, deren Aufkommen ihnen zugutekommt, auch die Gesetzgebungskompetenz erhalten würden. Derzeit beträfe das nach Art. 106 Abs. 2 GG beispielsweise die Erbschafts- und die Kfz-Steuer, deren Aufkommen den Ländern zufällt. Steuerertrags- und Steuerfindungsrecht sollten demnach möglichst weitgehend auf der gleichen politischen Entscheidungsebene liegen.

Im Einzelnen halte ich Folgendes für notwendig:

1. Die Länder sollten zumindest berechtigt sein, die Höhe ihres Anteils an der Lohn- und Einkommen- sowie Körperschaftsteuer – ggf. innerhalb bundesrechtlich festgelegter Grenzen – selbst zu bestimmen.
2. Die Länder sollten darüber hinaus aber auch weitere Steuern in eigener Verantwortung regeln und ggf. neu einführen dürfen; dies gilt insbesondere für die Besteuerung von Grundbesitz, für Aufwand- und Verbrauch, die Erbschafts- und Schenkungssteuer und – wenn sie das wollen – auch für eine etwaige Vermögensteuer.

Gerade die kürzlich reformierte Erbschaftssteuer ist ein gutes Beispiel. Wenn diese, deren Aufkommen an die Länder geht, auch in die Gesetzgebungskompetenz der Länder übergehen würde, könnten die Länder durch günstige Steuersätze und gar die vollständige Abschaffung in Wettbewerb mit anderen Ländern um den besten Wirtschaftstandort treten, beispielsweise bei der Frage der Besteuerung von Unternehmensteilen im Erbfall. Ich würde das begrüßen.

Ein wirklicher Wettbewerb zwischen den Ländern ist aber nur bei einer Abkehr von unserer föderalen Nivellierungs-Ideologie möglich. Die zeigt sich gerade in dem bestehenden System des Länderfinanzausgleichs, das durch ein hohes Maß an Nivellierung gekennzeichnet ist, aber auch durch eine undurchschaubare Komplexität. Eine Reform der bundesstaatlichen Ordnung bleibt unvollständig,

wenn eine Neuausrichtung des Länderfinanzausgleichs ausgeklammert würde. Wir sind auch faktisch gezwungen, uns über den Länderfinanzausgleich bald Gedanken zu machen, da der derzeit geltende Schlüssel (Solidarpakt II) mit dem Jahr 2019 ausläuft und langwierige Verhandlungen zu erwarten sind.

Ohne eine wirkliche Reform des Länderfinanzausgleichs würde es für die Länder keinen Sinn machen, Steuersätze zu verändern oder Steuern ganz abzuschaffen, da Steuermehr- bzw. mindereinnahmen bei der Berechnung der Ausgleichsbeträge berücksichtigt würden und damit die beabsichtigten Wirkungen der Maßnahmen leer laufen würden. In Hessen fließen ungefähr 10 % der Ausgaben in den Länderfinanzausgleich. Bei derartigen Rahmenbedingungen ist es fast unmöglich, einen strukturellen Ausgleich des Hessischen Haushalts vorzunehmen.

Um Ihnen dies einmal an ein paar Zahlen zu verdeutlichen.

Zahlungen Hessens in den Länderfinanzausgleich:

| Jahr | Stand | Absolut in Mio. € | in € pro Einwohner |
|------|------------------|-------------------|--------------------|
| 2005 | endg. Abrechnung | 1.606 | 264 |
| 2006 | endg. Abrechnung | 2.418 | 398 |
| 2007 | endg. Abrechnung | 2.885 | 475 |
| 2008 | vorl. Abrechnung | 2.489 | 410 |
| 2009 | Schätzung | 2.285 | 376 |

Ein Blick über die Grenzen zeigt, dass sich Deutschland mit seinem ins Extrem gesteigerten Finanzausgleich deutlich von anderen föderal verfassten Demokratien unterscheidet: Weder die Schweiz noch die USA leisten sich auch nur annähernd so perfektionistische Nivellierungsprogramme zwischen ihren Bundesstaaten bzw. Kantonen wie wir. Sie setzen auf Wettbewerb und fahren gut da-

mit: In beiden Ländern liegt die Steuerlast- bzw. Staatsquote und die Arbeitslosenquote deutlich unter der unseren.

Ich trete deshalb dafür ein, den Länderfinanzausgleich als echten Hilfsfonds auszugestalten. Als erster Schritt wäre aber notwendig, alle Altschulden aus den Hauhalten der Länder herauszunehmen und in einen Schuldenfonds zu überführen, dessen Tilgung auf einen langen Zeitraum angelegt ist. Für dieses Hessische Modell zur Lösung des Verschuldensproblems tritt die Landesregierung ausdrücklich ein.

Ein Finanzausgleich zwischen den Ländern sollte nach Errichtung des Fonds nur noch stattfinden, wenn eine wirkliche Notlage vorliegt, die auf Umständen beruht, die für die Landespolitik nicht beeinflussbar sind. Der Finanzausgleich müsste sowohl für Nehmerländer als auch für Geberländer Anreize zur Steigerung der Einnahmen enthalten. Dies könnte beispielsweise durch die Veränderung der Selbstbehaltquoten, die Absenkung des Ausgleichsniveaus und die Orientierung am Bruttoinlandsprodukt und nicht wie bisher an der Finanzkraft der Länder erreicht werden. Ein derartiger anreizorientierter Finanzausgleich könnte durchaus Impulse für ein Wirtschaftswachstum setzen.

Ergänzend zur Reform des Länderfinanzausgleichs wäre es wünschenswert, ein echtes Konnexitätsprinzip in der Verfassung zu verankern. Bund und Länder sollten verpflichtet werden, die Ausgaben, die sie durch ihre politischen Entscheidungen veranlassen, jeweils auch selbst tragen zu müssen. Soweit also Bundesgesetze den Ländern – einschließlich der Kommunen – Ausgaben für bestimmte Zwecke auferlegen, muss der Bund ihnen diese Ausgaben erstatten. Wir hatten beispielsweise erst in der vergangenen Woche im Vermittlungsausschuss über einen Gesetzesbeschluss des Bundestages zu entscheiden, in welchem es um Vergütungsfragen für die Tätigkeiten des Verfahrenspflegers in Kindschaftssachen ging. Die vom Bund vorgeschlagene Regelung würde eine geschätzte Mehrbelastung der Länder von 6,0 Mio. Euro bedeuten.

Gerade im Hinblick auf die Kommunen ist durch die Föderalismusreform I eine echte Verankerung des Konnexitätsprinzips im Grundgesetz versäumt worden. In Art. 84 GG ist lediglich ein Aufgabenübertragungsverbot aufgenommen wor-

den. Dies führt aber nicht zu der gewünschten Entlastung der Städte, Gemeinden und Landkreise. Ich befürworte deshalb eine echte Konnexitätsregelung im Grundgesetz, die sicherstellt, dass der Gesetz- und Verordnungsgeber Bestimmungen über die Kosten zu treffen hat, wenn die Länder oder die Gemeinden bzw. Gemeindeverbände durch oder aufgrund eines Gesetzes zur Erfüllung bestimmter Aufgaben verpflichtet werden.

Auf einen abschließenden Punkt möchte ich noch zu sprechen kommen. Eine wirksame Reform des Föderalismus hin zu einem fairen Wettbewerbsföderalismus verlangt im Grunde auch einen Neuzuschnitt der Bundesländer. Grundvoraussetzung funktionierender Bundesstaatlichkeit, insbesondere eines konsistenten, reibungslosen bundesstaatlichen Finanzausgleichs ist, dass die beteiligten Bundesländer prinzipiell wirklich leistungs- und autonomiefähig sind. Die Länder müssen also in die Lage versetzt werden, ihre Finanzsituation selbstständig zu verbessern und eine wirtschaftsfördernde und arbeitsplatzschaffende Politik zu betreiben. Sollten einige Länder in der Weise dauerhaft nicht eigenständig lebensfähig sein, was ja in einigen Fällen nicht zu leugnen ist, ist eine Neugliederung der Bundesländer wünschenswert. Eine derartige Neugliederung mit der Folge der Bildung stärkerer Einheiten ist aber realistischerweise in den nächsten Jahren nicht zu erwarten. Wie schwierig ein derartiges Vorhaben ist, haben wir bei dem gescheiterten Versuch zwischen Berlin und Brandenburg gesehen.

Ziel muss es aber wenigstens sein, die Regelungen zur Neugliederung des Bundesgebiets unter Wahrung des Selbstbestimmungsrechts der unmittelbar betroffenen Bürger zu erleichtern. Es gibt nun Vorschläge, eine Neugliederung in der Weise zu vereinfachen, dass es allein den neugliederungswilligen Ländern überlassen werden soll, in ihren Verfassungen zu regeln, ob eine Volksbeteiligung vorzusehen ist. Dies erscheint mir sehr weitgehend. Alternativ könnte man aber durch eine Änderung des Art. 29 GG das Gewicht der unmittelbar Betroffenen gegenüber den nur mittelbar Betroffenen erhöhen.

Dies bedarf noch einer eingehenden Diskussion. Eine Hoffnung bleibt aber: Eine größere Steuerautonomie der Länder mit einem dadurch entfachten Wettbewerb zwischen den Ländern würde auch den Druck zu Neugliederungen erhö-

hen. Zudem agieren die Bundesländer künftig auch verstärkt als Regionen im System der Europäischen Union und sind damit ganz anderen Wettbewerbssituationen innerhalb der Europäischen Union ausgesetzt. Also auch unter diesem Aspekt wäre eine Neugliederung der Länder wünschenswert, um wettbewerbsfähigere Einheiten zu schaffen. In anderen Bereichen wie bei den Landesbanken sind Fusionen schon geglückt oder werden derzeit ernsthaft diskutiert. Auch auf anderen Ebenen sind Fusionen erfolgreich durchgeführt worden; ich erwähne nur die Stichpunkte Genossenschaften und Kirchen. Vielleicht ist das ein gutes Omen, dass langfristig auch die Vernunft im Punkt der Länderneugliederung siegt.

Auch wenn ich durchaus noch viele Reformwünsche zu den Bund-Länder-Beziehungen habe, möchte ich doch abschließend eine Lanze für das Grundgesetz in Zeiten brechen, wo aus meiner Sicht vorschnell von unterschiedlichen politischen Seiten eine neue Verfassung gefordert wird. Trotz aller über die Zeit sichtbaren Defizite hat sich doch das Grundgesetz in den vergangenen sechs Jahrzehnten in bester Verfassung gezeigt. Wenn wir auf die Realität des Verfassungsstaates blicken, sehen wir eine Selbstverständlichkeit des Rechts. Mehr kann man eigentlich nicht verlangen. Das Grundgesetz genießt in der Staatswissenschaft im In- und Ausland höchstes Ansehen, wird von den am Staatsleben Beteiligten verinnerlicht und es erfährt vor allem auch in der Bevölkerung eine ungemein hohe Akzeptanz. Wir können deshalb trotz allem mit Stolz auf unser Grundgesetz blicken und mit der sicheren Überzeugung, dass es auch in der Zukunft die richtige Leitidee für unseren Staat vermittelt.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

WOLFGANG REIMERS

Das Grundgesetz als Exportartikel?

1. Juni 2009



Wolfgang Reimers
Präsident des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs

Inhaltsverzeichnis

| | |
|----------------------------------|----|
| I. Spanien | 71 |
| II. Portugal | 76 |
| III. Griechenland | 79 |
| IV. Japan | 83 |
| V. Südkorea | 85 |
| VI. Transformationsstaaten | 91 |
| VII. Schlusswort | 93 |

Die ausgeprägte Erfolgsgeschichte des Grundgesetzes lässt sich anhand einer Vielzahl von Verfassungen anderer Länder nachweisen. Die deutsche Verfassung hat eine gewisse Vorbildfunktion insbesondere für Länder, die sich von autoritären Regimen befreit haben.

Das ausführliche und an den Anfang gesetzte Grundrechtskapitel, die Einführung vieler neuer und wichtiger rechtsstaatlicher und sozialstaatlicher Elemente, der Ausbau eines umfassenden Rechtswegs gegen die öffentliche Gewalt, die profunde Auseinandersetzung mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, die Auffassung von den Grundrechten als einer objektiven Wertordnung, die in alle Rechts- und Lebensbereiche einwirken soll, sowie die Lehre von der sogenannten mittelbaren Drittirkung der Grundrechte haben die internationale Verfassungsentwicklung nachhaltig beeinflusst und sind in einer Reihe von Verfassungen mit größeren oder kleineren Veränderungen und Anpassungen wiederzufinden. Aber auch auf die im Hinblick auf ihre Intensität und Ausstrahlungskraft einmalige Verfassungsgerichtsbarkeit blickt man mit großem Interesse, was auch darin zum Ausdruck kommt, dass die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts aufmerksam verfolgt wird und nicht ohne Auswirkungen auf die Praxis der Verfassungsauslegung und -anwendung in einer Reihe von Staaten bleibt. In einem bestimmten Sinn gehören das Grundgesetz und die in seinem Rahmen entwickelte Verfassungsdoktrin und Verfassungssjudikatur zu den immer noch begehrten intellektuellen Exportartikeln der Bundesrepublik Deutschland.

Diese vom Präsidenten des Europäischen Gerichtshofs in Luxemburg, dem Griechen Dr. Vassilios Skouris in einem Zeitungsartikel jüngst getroffene Feststellung möchte ich Ihnen anhand einer Reihe von Verfassungen (u. a. Spanien, Portugal, Griechenland, Japan, Südkorea sowie der sog. Transformationsstaaten kurz zusammenfassend darstellen.

I. Spanien

In Spanien hat bereits seit dem Ersten Weltkrieg das Verfassungsrecht – und im Allgemeinen die Staatslehre – enge Beziehungen zu denjenigen Deutschlands.

Es lag in der Natur der Dinge, dass nach dem Zweiten Weltkrieg die demokratischen und vor allem die zur Demokratie zurückkehrenden Staaten durch mehr oder weniger ähnliche, tiefgreifende Entwicklungen im öffentlichen Leben häufig vor dieselben Fragen zur Lösung ihrer Situation gestellt wurden. Hier spielte unser Grundgesetz für Spanien eine besondere, ja die stärkste Rolle.¹

Diese Wirkung lässt sich an konkreten Verfassungsbestimmungen, aber auch an allgemeinen Grundsätzen, vor allem an der Idee eines demokratischen und sozialen Rechtsstaates feststellen. Hintergrund für die Wertschätzung des Grundgesetzes durch die Verfassungsgeber von 1978 war zweifellos die Überlegung, das Grundgesetz könne Vorbild für eine stabile und wirksame Demokratie sein und damit den Erfordernissen unserer Zeit gerecht werden.

Was zunächst die Vorstellung von einem „sozialen und demokratischen Rechtsstaat“ betrifft, besteht kein Zweifel, dass - wie aus der Diskussion in den Cortes zu entnehmen ist - die genaue und bündige Formulierung des Bonner Grundgesetzes maßgebend war für die Rezeption dieses Begriffs, der Gegenstand manigfaltiger Diskussionen gewesen ist.²

An erster Stelle unter den konkreten Einflüssen des Grundgesetzes auf die spanische Verfassung ist die Bedeutung der Grundrechte als Grundlage der politischen Ordnung und des sozialen Friedens zu nennen. Hier ist der Einfluss auch besonderes deutlich.

Viele Bestimmungen übernehmen Formulierungen des Bonner Grundgesetzes. So wurde beispielsweise die „Unverletzlichkeit der Menschenwürde“ wie im Grundgesetz an die Spitze des Grundrechtskatalogs gestellt (Art. 10 Abs. 1 der spanischen Verfassung - SV). Übernommen wurde auch die Wendung, dass die Grundrechte alle staatliche Gewalt binden (Art. 53 Abs. 1 SV), wobei das Grundgesetz (Art. 1 Abs. 3 GG) sie verstärkend als „unmittelbar geltendes Recht“ bezeichnet. Wie in der Bundesrepublik (Art. 28 Abs. 3 GG) hat danach

¹ Vgl. zum Folgenden: Antonio Truyol Y Serra „Das Bonner Grundgesetz und die Spanische Verfassung von 1978“ in: 40 Jahre Grundgesetz, Entstehung, Bewährung und internationale Ausstrahlung, 1990, S. 235 ff.

² A.a.O. S. 236.

auch in Spanien der Staat dafür zu sorgen, dass die Länder bzw. die autonomen Gemeinschaften die Grundrechte respektieren (Art. 149 Abs. 1 Nr. 1 SV).

In diesem Zusammenhang gewinnt die Lehre vom Wesensgehalt der Grundrechte in beiden Verfassungsordnungen besondere Bedeutung. Nach Art. 19 Abs. 2 GG darf dieser Gehalt keineswegs „angetastet“ werden; Art. 53 Abs. 1 der spanischen Verfassung bestimmt, dass die Regelung der Ausübung der Grundrechte, die allein durch Gesetz erfolgen darf, in jedem Fall den Wesensgehalt achten muss.

In der spanischen Verfassung gibt es zwar keine Bestimmung wie Art. 79 Abs. 3 GG, wonach eine Änderung des Grundgesetzes, durch welche die in den Art. 1 (Schutz der Menschenwürde) und 20 (Verfassungsgrundsätze, Widerstandsrecht) niedergelegten Grundsätze berührt werden, unzulässig ist. Die spanische Verfassung macht aber gemäß Art. 168 Abs. 1 eine Gesamtrevision der Verfassung oder eine Revision, die die Grundrechte und öffentlichen Freiheiten betreffen, von einer Zwei-Dritt-Mehrheit in beiden Kammern abhängig. Ein Teil der Grundrechte wird also in Spanien gegenüber Verfassungsänderungen besonders geschützt, was die gleiche Tendenz wie Art. 79 Abs. 3 GG zum Ausdruck kommen lässt.³

Der Einfluss des Bonner Grundgesetzes auf dem Gebiet des Schutzes der Grundrechte war übrigens bemerkenswerterweise im ersten Verfassungsentwurf, der nicht angenommen wurde, noch größer. Durchgesetzt hat sich eine Unterscheidung zwischen den erwähnten Grundrechten und öffentlichen Freiheiten (Kapitel 2 Abschnitt 1 des Titels I) und den Rechten und Pflichten der Bürger (Abschnitt 2 desselben Kapitels). Nur den Grundrechten und Freiheiten (also Art. 15–28) sowie dem Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz (Art. 14) und dem Recht zur Wehrpflichtverweigerung aus Gewissensgründen (Art. 30) wird der Schutz in der Gestalt der Verfassungsbeschwerde (*recurso de amparo*) gewährt.

³ A.a.O. S. 237.

Das ist ein Unterschied zum Bonner Grundgesetz, das allen Grundrechten denselben Schutz zuteilwerden lässt.⁴

Der zweite konkrete Punkt, bei dem das Bonner Grundgesetz maßgeblich die spanische Verfassung beeinflusst hat, ist die Organisation der Regierung und ihrer Beziehung zum Parlament, den Cortes Generales. Nach dem Vorbild des Bonner Grundgesetzes (Art. 63–65) hebt die spanische Verfassung die Stellung und die Rolle des Präsidenten der Regierung dieser gegenüber hervor: Der Ministerpräsident leitet die Regierung und koordiniert die Tätigkeit der übrigen Regierungsmitglieder unbeschadet ihrer unmittelbaren Verantwortung für ihre Geschäftsführung (Art. 98 Abs. 2); ihm wird das Vertrauen des Kongresses der Abgeordneten ausgesprochen (Art. 99 Abs. 2 und 3); er schlägt dem König die Ernennung und Entlassung der Minister vor (Art. 100) und ist mit der Regierung für die von ihm konzipierte und geführte Politik vor dem Kongress solidarisch verantwortlich (Art. 108). Der Ministerpräsident entscheidet unter seiner alleinigen Verantwortung über die Auflösung des Kongresses, des Senats oder beider Kammern (Art. 115). Hinzu kommt die wichtige Übernahme des sog. positiven oder konstruktiven Misstrauensvotums des Art. 67 GG durch Art. 113 der spanischen Verfassung. In Erinnerung an die häufigen Regierungswechsel unter der Weimarer Reichsverfassung, aber auch unter der spanischen republikanischen Verfassung von 1931, die geringere Anforderungen stellten, verspricht man sich von dieser Regelung eine größere Stabilität der Regierungen. Insoweit kann man also die Stellung des spanischen Ministerpräsidenten mit der der deutschen Bundeskanzlerin vergleichen. Bemerkenswert ist allerdings, dass sich dieses System in Spanien nicht nur für die Zentralregierung, sondern auch im Bereich der Regionen, in den Regierungen der autonomen Gemeinschaften und sogar in den Bürgermeistereien durchgesetzt hat.

Die territoriale Neugliederung des spanischen Staates durch die Anerkennung der Autonomie der – anders als die Länder im Grundgesetz – in der spanischen Verfassung namentlich nicht genannten „Nationalitäten und Regionen“ in der Gestalt von autonomen Gemeinschaften (Comunidades autónomas) beruht nicht

⁴ A.a.O.

auf einem direkten Einfluss des Grundgesetzes. Die Einführung einer bundesstaatlichen Struktur hat man damals erwogen, letztlich aber ausdrücklich abgelehnt und stattdessen das System der sogenannten autonomen Gemeinschaften geschaffen. Insoweit besteht also kein unmittelbarer Einfluss des Bonner Grundgesetzes.⁵

Es bleibt noch der vom Bonner Grundgesetz ausgeübte Einfluss auf die Regelungen über den spanischen Verfassungsgerichtshof zu erwähnen. Dieser Verfassungsgerichtshof hatte in Spanien einen Vorgänger im Gerichtshof für Verfassungsgarantien (Tribunal de garantías constitucionales) der ersten Republik. Mit diesem ersten Verfassungsgericht hatte man aber, weil es zu stark politisch war, keine allzu guten Erfahrungen gemacht. Deshalb war Vorbild für den heutigen Verfassungsgerichtshof nicht dieses erste Verfassungsgericht, sondern das deutsche Bundesverfassungsgericht, wobei sich der prägende Einfluss des deutschen Rechts vor allem darin zeigt, dass nicht nur eine konkrete Normenkontrolle nach dem Muster des Art. 100 GG und ein Organstreitverfahren sowie „förderative“ Streitverfahren in der spanischen Verfassung eingeführt wurden (Art. 153), sondern auch die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde (recurso de amparo gemäß Art. 161 Abs. 1 b). Die Einführung einer Verfassungsbeschwerdemöglichkeit – eigentlich eine Rückkehr zu einer traditionellen Einrichtung des hispano-amerikanischen Rechts – hat angesichts der Flut von Beschwerden das spanische Verfassungsgericht vor dieselben Probleme gestellt wie das deutsche Bundesverfassungsgericht. Die Zahl dieser Beschwerden wächst von Jahr zu Jahr und belastet das Gericht außerordentlich. Es besteht die Gefahr einer Blockierung des Gerichts. Jedenfalls ist die Belastung Ursache bedauerlicher Verspätungen bei der Entscheidung von Fällen und führt gelegentlich zu der paradoxen Situation, dass Klagen wegen überlanger Verfahrensdauer vor den Fachgerichten vom Verfassungsgericht selbst kaum in angemessener

⁵ A.a.O., S. 239 mit weiteren Hinweisen und Beispielen zur Übernahme bundesstaatlicher Regelungstechniken aus dem Grundgesetz zur Regelung der Beziehungen zwischen Gesamtstaat und autonomen Gemeinschaften.

Zeit entschieden werden können, eine Beobachtung, die derzeit auch beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zu machen ist.⁶

II. Portugal

Nach dem Ende der alten Verfassungsordnung der Salazar-Ära durch den militärischen Umsturz im Jahre 1974 und der provisorischen Verfassung von 1976, die ein Provisorium, ein vorläufiger Landfriede in einer erbitterten ideologischen Auseinandersetzung war, die Portugal an den Rand eines Bürgerkrieges gebracht hatte, wurde die Verfassung in den Jahren 1982, 1989, 1997 und 2001 jeweils einer Revision unterzogen.⁷

Der politische Grundrechtskatalog (Art. 24–57), die Formulierung des Widerstandsrechts (Art. 21), der verfassungsrechtliche Rechtsstaatsbegriff (Art. 12) und die verfassungsrechtliche Verankerung der Rolle der politischen Parteien (Art. 10 Abs. 2, 40 Abs. 1 und 51) orientieren sich eng am deutschen Grundgesetz, wobei einige Formulierungen, wie die Schrankenklausel und Wesensgehaltsgarantie (Art. 18) praktisch wörtlich übernommen wurden.

Die wichtigste Neuerung der ersten Revision des Jahres 1982 ist in der Neugestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit zu sehen. Möglich wurde die Reform der Verfassungsgerichtsbarkeit erst durch die Abschaffung des Revolutionsrates und die vollständige und „normale“ Unterwerfung der militärischen Gewalt unter das Prinzip der Verfassungsordnung.⁸

Seit dieser Verfassungsrevision hat das Verfassungsgericht die Aufgaben des ehemaligen Revolutionsrats und des Verfassungsausschusses (Comissão Constitucional) übernommen. Die Erweiterung der Kompetenzen und die Neuregelung der Verfassungsgerichtsbarkeit überhaupt offenbaren eine deutliche Verwandtschaft zur deutschen Konstruktion des Bundesverfassungsgerichts.

⁶ A.a.O., S. 241.

⁷ Vgl. zum Folgenden: André Thomashausen, „Der Einfluss des Grundgesetzes auf ausländisches Verfassungsrecht: Portugal“, a.a.O., S. 243 ff.

⁸ A.a.O., S. 246.

Abgesehen von verschiedenen besonderen Zuständigkeiten im Bereich des Parteien- und Wahlrechts und hinsichtlich der Präsidentenanklage übt das Gericht die folgenden Formen der Verfassungsgerichtsbarkeit aus: Abstrakte Normenkontrolle, entweder präventiv, d. h. vor Inkrafttreten eines Gesetzes, oder sukzessiv; Normenkontrolle aufgrund einer Verfassungsverletzung durch Untätigkeit des Gesetzgebers; und konkrete Normenkontrolle, d. h. aufgrund von Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsentscheidungen wegen der Nichtanwendung einer Norm aus Gründen der angeblichen Verfassungswidrigkeit der Norm.⁹

Eine weitere Besonderheit der portugiesischen Verfassung, deren Grundgedanke dem Grundgesetz entstammt, ist die Bestimmung über ein revisionsfestes Minimum von Verfassungsgrundsätzen. Art. 288 der portugiesischen Verfassung zählt u. a. die folgenden „materiellen Revisionsschranken“ auf, die von der Revisionskompetenz des Parlaments ausgenommen sind:

- die nationale Unabhängigkeit und Einheitlichkeit des Staates;
- die republikanische Regierungsform;
- die Trennung von Kirche und Staat;
- die Rechte, Freiheiten und Garantien der Bürger;
- ...
- ...
- die Teilung und Verschränkung der Gewalten der Hoheitsorgane;
- ...
- die Überwachung der Verfassungsmäßigkeit der Handlungen oder der unterlassenen Rechtsnormierungen;
- die Unabhängigkeit der Gerichte,
- ...

⁹ A.a.O., S. 251.

Der Katalog der portugiesischen Revisionsschranken ist mit insgesamt 14 Punkten, von denen hier nur sieben genannt werden, ungleich länger und damit auch problematischer als die entsprechende Bestimmung in Art. 79 Abs. 3 GG. Es darf daher nicht wundern, dass Art. 288 der portugiesischen Verfassung bereits Gegenstand häufiger Kontroversen gewesen ist.¹⁰

Die politischen Grund- und Freiheitsrechte der portugiesischen Verfassung haben allgemeine und unmittelbare Geltung und binden sowohl die öffentliche Gewalt als auch „privatrechtliche Einrichtungen“ (Art. 18 Abs. 1). Sie können nur durch Gesetz und in den in der Verfassung selbst ausdrücklich vorgesehenen Fällen eingeschränkt werden, „wobei solche Einschränkungen sich auf das zur Wahrung anderer verfassungsrechtlich geschützter Rechte oder Interessen Notwendige beschränken müssen“ (Art. 18 Abs. 2). „Gesetze, die die Rechte, Freiheiten und Garantien einschränken, müssen genereller und abstrakter Natur sein und dürfen weder zurückwirken, noch den Umfang und Anwendungsbereich des Wesensgehalts der Verfassungsbestimmung verringern“ (Art. 18 Abs. 3). Art. 18, dessen Verwandtschaft mit dem Grundgesetz nicht offenkundiger sein könnte, ist die zentrale Bestimmung der portugiesischen Grundrechte schlechthin.¹¹

Abschließend kann festgestellt werden, dass die portugiesische Verfassung ein beeindruckendes, aber auch lehrreiches Beispiel für das übernationale Wirkungsfeld des deutschen Grundgesetzes bietet. Die deutlichen Bezüge zum deutschen Verfassungsrecht finden sich in der Ausgestaltung des besonderen „demokratischen“ Rechtsstaatsverständnisses, der Verfassungsgerichtsbarkeit, der Selbstbehauptung der Verfassung gegen Verfassungsaushöhlungen durch die Normierung absoluter Revisionsschranken, in den Prinzipien der Verfassungsauslegung und schließlich in wesentlichen Teilen des von der Verfassung geschaffenen Grundrechtsschutzes. In jedem dieser Bereiche aber lässt sich auch eine originäre Weiterentwicklung der Grundsätze und des Vorbildes des Grundgesetzes feststellen.¹²

¹⁰ Vgl. Thomashausen, a.a.O., S. 255 Fn 42.

¹¹ A.a.O., S. 256.

¹² A.a.O., S. 258.

III. Griechenland

Bereits unter der Verfassung von 1952, der ersten griechischen Verfassung, die nach dem Bonner Grundgesetz verabschiedet wurde, ist ein erster Einfluss, wenn nicht des Grundgesetzes selbst, so doch des deutschen staatsrechtlichen Schrifttums und der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts auf die griechische Wissenschaft festzustellen.¹³ Die langjährige Tradition, dass griechische Juristen, und zwar hauptsächlich Privatrechtler, nach dem Abschluss des Studiums zur Promotion bzw. zum postuniversitären Studium nach Deutschland gingen, ließ mit der Zeit auch die Öffentlichrechtler nicht unberührt. Ein mir bekanntes Beispiel ist der derzeitige Präsident des Europäischen Gerichtshofs Dr. Vassilios Skouris, mit dem ich als Konsempster gemeinsam an der Freien Universität Berlin das juristische Studium betrieben habe. So wird in der griechischen Literatur nicht selten insbesondere auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hingewiesen und versucht, daraus Lösungen für ähnliche bzw. entsprechende Fragen des griechischen Verfassungsrechts zu finden oder zu begründen. Als Beispiel sei u. a. die Frage der Zulässigkeit rückwirkender belastender Steuergesetze genannt, die in der Verfassung von 1952 – anders als in der geltenden Verfassung (Art. 78 Abs. 2) – nicht ausdrücklich geregelt und eine umstrittene Rechtsfrage war. Ein Teil des griechischen Schrifttums hatte unter dem Einfluss der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der herrschenden Lehre im deutschen Schrifttum, auf welche ausdrücklich hingewiesen wurde, versucht, das Vertrauenschutzprinzip für die Begründung des grundsätzlichen Rückwirkungsverbots solcher Gesetze heranzuziehen.¹⁴

Der erste eindeutige Einfluss des deutschen Grundgesetzes auf griechisches Verfassungsrecht ist bei dem von der liberal-konservativen Regierung von K. Karamanlis vom 21. Februar 1963 dem Parlament vorgelegten Verfassungsänderungsvorschlag zu erkennen. Der Vorschlag enthielt eine Reihe von neuen Bestimmungen, die zum Teil auf dem Vorbild des Bonner Grundgesetzes beruhten.

¹³ Vgl. zum Folgenden: Julia Iliopoulos-Strangas, „Der Einfluss des Grundgesetzes auf griechisches Verfassungsrecht“, a.a.O., S. 259 ff.

¹⁴ A.a.O., S. 264 Fn 15.

In dieser Phase der griechischen Verfassungsgeschichte beschränkte sich allerdings der Einfluss des Grundgesetzes auf theoretische Diskussionen und hatte keine Auswirkungen auf die Verfassungspraxis. Der Verfassungsänderungsvorschlag wurde nämlich nur in dem dafür eingesetzten parlamentarischen Ausschuss beraten, an dem sich die beiden größten Oppositionsparteien geweigert hatten, teilzunehmen. Mit dem am 11. Juni 1963 erfolgten Rücktritt der Regierung, die die Verfassungsänderung initiiert hatte, wurden die Beratungen des Ausschusses unterbrochen, und der Vorschlag wurde nie im Plenum diskutiert.

Auch das zweite Mal, dass griechisches Verfassungsrecht unter dem eindeutigen Einfluss des Grundgesetzes stand, fällt mit einigen unglücklichen Umständen zusammen. Das Grundgesetz ist nämlich bei der Verabschiedung der „Verfassung“ des Militärregimes aus dem Jahr 1968 sehr stark berücksichtigt worden. Einige Vorschriften der diktatorischen „Verfassung“ – so etwa Art. 58 Abs. 5 über die Auflösung von Parteien durch das Verfassungsgericht – sind fast wortwörtlich aus dem Grundgesetz übernommen worden.¹⁵

Erfolgreicher und auf breitere Akzeptanz gestützt ist der Einfluss des Grundgesetzes und des deutschen Verfassungsrechts auf die geltende Verfassung von 1975 in ihrer jetzigen Fassung von 2001. Dieser Einfluss ist insbesondere im Grundrechtsteil der Verfassung ausgeprägt. Bei einem Vergleich der griechischen Verfassungsvorschriften über den Schutz der Menschenwürde (Art. 2 Abs. 1), die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 5 Abs. 1), die Freiheit der Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre (Art. 16 Abs. 1), das Recht auf Rechtsschutz (Art. 20) und die Parteien (Art. 29) mit den entsprechenden Vorschriften des Grundgesetzes fällt auf, dass sie zum Teil fast identisch sind. Auch das Verbot des Missbrauchs von Grundrechten (Art. 25 Abs. 3), welches indessen ohne die Normierung von Sanktionen in der geltenden Verfassung niedergelegt wurde, hat – bei allen Unterschieden – als Quelle die Verwirkungsvorschrift (Art. 18) des Grundgesetzes. Aber auch außerhalb des Grundrechtsteils galten Vorschriften des Grundgesetzes als Vorbild für andere Vorschriften der geltenden Verfassung. So stammt etwa die Gewährleistung des Rechtspre-

¹⁵ A.a.O., S. 265.

chungsmonopols der Gerichte (Art. 87 Abs. 1) aus der entsprechenden Justizgarantie des Grundgesetzes.¹⁶

Über diesen unmittelbaren Einfluss des deutschen Grundgesetzes auf griechisches Verfassungsrecht hinaus, gibt es einen nicht zu unterschätzenden Einfluss der Rechtsprechung – insbesondere des Bundesverfassungsgerichts –, aber auch der deutschen staatsrechtlichen Literatur zum Grundgesetz auf die griechische höchstrichterliche Rechtsprechung, und zwar – aus Zuständigkeitsgründen – hauptsächlich auf die des griechischen Staatsrates (des höchsten Verwaltungsgerichts) und des Obersten Sondergerichtshofes (eine Art Verfassungsgericht), aber auch des Areopags (des Kassationsgerichtshofs für Zivil- und Strafsachen) sowie auf das griechische Schrifttum. Dieser Einfluss geht so weit, dass die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sogar in Fällen herangezogen wird, in denen die einschlägige Verfassungsvorschrift in den beiden Rechtsordnungen nicht identisch ist.¹⁷

Und nun noch einige Beispiele für Rechtsmaterien, die stark vom deutschen Verfassungsrecht beeinflusst wurden:

Als erstes Beispiel ist die Bestimmung des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs zu nennen. Nach der griechischen höchstrichterlichen Rechtsprechung sowie nach herrschender Auffassung betraf der verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums nur die dinglichen Rechte. Daraus folgte die Möglichkeit von Eingriffen des Gesetzgebers in Forderungen, ohne Rücksicht auf die in der Verfassung vorgeschriebenen Voraussetzungen für eine rechtmäßige Enteignung. Im neuen Schrifttum wird – nicht zuletzt unter dem Einfluss des deutschen Verfassungsrechts und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs – die Tendenz deutlich, diese Einschränkung des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs aufzugeben und unter „Eigentum“ im Sinne des Art. 17 Abs. 1 der griechischen Verfassung alle vermögenswerten Rechte zu subsumieren.¹⁸

¹⁶ A.a.O., S. 266.

¹⁷ A.a.O., S. 267.

¹⁸ A.a.O., S. 269 Fn 29.

Ein weiteres Beispiel liefert der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der der griechischen Verfassungslehre fremd war, mit der Zeit aber unter deutlichem deutschen Einfluss von der höchstrichterlichen Rechtsprechung – insbesondere des Staatsrats, aber auch des Areopags – in der Sache und der Terminologie übernommen wurde.

Demgegenüber zögerte der Staatsrat, dem ebenfalls aus dem deutschen Recht stammenden Grundsatz des Vertrauensschutzes, der im deutschen Recht – mit welcher verfassungsrechtlichen Verankerung auch immer – Verfassungsrang besitzt, uneingeschränkt Verfassungsrang einzuräumen.

Auch die Diskussion über die „Wesensgehaltsgarantie“ – die als Rechtsprinzip in der griechischen Verfassung nicht ausdrücklich erwähnt wird, in der Rechtsprechung und im Schrifttum dennoch umstritten ist – wird unter Berücksichtigung der deutschen einschlägigen Verfassungslehre geführt.¹⁹

Schließlich nimmt das griechische Schrifttum bei der Erörterung der Frage der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten auf die deutsche Lehre über die sog. Drittirkung ausdrücklichen Bezug und setzt sich mit den verschiedenen „Drittirkungstheorien“ auseinander. Grundsätzlich sprechen sich die meisten Autoren, wenngleich mit verschiedenen Begründungen und in unterschiedlichem Umfang, für die Anwendung der Grundrechte auch auf Privatrechtsbeziehungen aus. Obwohl sich die griechische Rechtsprechung bei Streitigkeiten zwischen Privaten neuerlich verstärkt auf Grundrechtsvorschriften der Verfassung beruft, zögern die Gerichte dennoch, den Begriff „Drittirkung“ zu erwähnen.²⁰

Im Ergebnis ist die Ausstrahlung des Grundgesetzes auf das griechische Verfassungsrecht sehr weitreichend und dynamisch. Sie beschränkt sich nicht nur auf die Verabschiedung von Verfassungstexten, sondern erfasst auch die höchstrichterliche Rechtsprechung und das Schrifttum.

¹⁹ A.a.O., S. 269.

²⁰ A.a.O., S. 270 m.w.N.

IV. Japan

Japan kennt zwei moderne Verfassungen, die Meiji-Verfassung von 1889 und die Japanische Verfassung von 1946. Beide haben unterschiedliche Einflüsse von deutschen Verfassungen erfahren.²¹

Die Meiji-Verfassung wurde von der deutschen Verfassung direkt beeinflusst, wobei die preußische Verfassung, auch wenn sie (insbesondere was die Stellung des Kaisers – des Tennos – betrifft) „japanisiert“ wurde, als Modell diente. Die Folge war ein starker Einfluss des deutschen öffentlichen Rechts auf das japanische. Gleiches gilt für den Einfluss der öffentlich-rechtlichen Vorstellungen der Weimarer Zeit, obwohl sich die demokratische Weimarer Verfassung stark von der Meiji-Verfassung unterschied.

Die Umstände der Verfassungsgebung zur Japanischen Verfassung von 1946 sind gänzlich unterschiedlich zu denen der Meiji-Verfassung. Das Grundgesetz wurde am 23. Mai 1949 geschaffen, d. h. zwei Jahre nach Inkrafttreten der Japanischen Verfassung. Es gab daher keinen direkten Einfluss des Grundgesetzes auf die Japanische Verfassung.²²

Zwar gab es einen direkten Einfluss der Besatzungsmächte, d. h. der Vereinigten Staaten, gleichwohl bestand daneben weiter die traditionelle Beziehung zur deutschen Verfassung, sodass auch die Japanische Verfassung durch das Grundgesetz einen großen, wenn auch allein indirekten Einfluss erfahren hat. Worin äußert sich dieser Einfluss? Zunächst ist eine Ähnlichkeit der wissenschaftlichen Systeme festzustellen. Die japanische Verfassungslehre beinhaltet die Grund- und Menschenrechte und die Staatsorganisation. Daneben bestehen die Staatslehre und die Grundlehre von der Verfassung, die u. a. von deutschen Begriffen geprägt sind wie „Rechtsstaat“ (Hochi-koku), „Sozialstaat“, „Schutz der Verfassung“, „Verfassungswandlung“ und „streitbare Demokratie“. Auch in der Grundrechtslehre ist ein deutscher Einfluss erkennbar, ebenso bei der Staatsorganisation, z. B. der Gewaltenteilung, der kommunalen Selbstverwaltung, den

²¹ Vgl. zum Folgenden: Bin Takada „Der Einfluss des Grundgesetzes auf ausländisches Verfassungsrecht mit Schwerpunkt auf die Verfassungsdiskussion in Japan“, a.a.O., S. 271 ff.

²² A.a.O., S. 272.

politischen Parteien, dem Begriff der Gesetzgebung, dem Verwaltungsstaat, der Kontrolle der Verwaltung und der Justizierbarkeit.

Man kann daher einen Einfluss des Grundgesetzes auf die japanische Verfassungslehre bemerken, obgleich die Japanische Verfassung keinen direkten Einfluss durch das Grundgesetz erfahren hat. Er beruht auf dem traditionellen Verhältnis zwischen Deutschland und Japan, ferner darauf, dass die Entwicklung in beiden Staaten nach dem Zweiten Weltkrieg ähnlich verlaufen ist und sowohl das Grundgesetz als auch die Japanische Verfassung die der Menschheit allgemein gültigen Prinzipien angenommen haben.²³

Erst in den 60er Jahren, d. h. seit der Zeit des großen Wirtschaftswachstums, wurde auch in Japan die Auseinandersetzung mit dem Wohlfahrtsstaat bzw. dem Sozialstaat wichtige Aufgabe der Wissenschaft vom öffentlichen Recht.

Die Begriffe „Sozialstaat“ und „Sozialer Rechtsstaat“ sind aus Deutschland übernommen worden. Sie sind wissenschaftliche Begriffe und werden nicht so sehr häufig gebraucht. Man benutzt vielmehr das Wort „Wohlfahrtsstaat“. In der Verfassungslehre von 1960 wurde der Begriff „Sozialstaat“ zur Bezeichnung einer Schranke der Grundrechte verwendet. Man war der Meinung, dass es zwei verschiedene Formen des „Gemeinwohls“ gäbe: freiheitsstaatliches Gemeinwohl und sozialstaatliches Gemeinwohl, wobei das letztere als Schranke der wirtschaftlichen Freiheit und des Eigentums gelten sollte.²⁴

Seit den 60er Jahren hat die unter dem Grundgesetz entstandene Grundrechtslehre das japanische Grundrechtsdenken zu beeinflussen begonnen: Erstens wurden die Theorie der Drittirkung der Grundrechte übernommen, zweitens entstand die Vorstellung eines umfassenden Grundrechtsschutzes mit ihrem Niederschlag in Art. 2 Abs. 1 GG und wurde bald herrschende Meinung und drittens entwickelte sich die Vorstellung von der Existenz einer Wertordnung.

Seit Beginn der 80er Jahre schließlich werden die Grundlagen der deutschen Grundrechtslehre erschöpfend untersucht. Im Ergebnis werden jetzt in Japan

²³ A.a.O., S. 273.

²⁴ A.a.O., S. 275.

u. a. die Wertordnung, die die Würde des Menschen zum Mittelpunkt hat, die Multifunktionalität der Grundrechte, die Gewährleistung der Grundrechte in und durch Organisation und Verfahren nachvollzogen. Diese Untersuchungen werden sicher allmählich die Auslegung der Grundrechte der japanischen Verfassung beeinflussen.²⁵

Nachdem sich neben dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung die Verwaltungsgerichtsbarkeit als Element des Rechtsstaats unter der Meiji-Verfassung herausgebildet hatte, wurde sie dann aber unter der Verfassung von 1946 wieder abgeschafft. Dennoch bildet der Rechtsschutz selbstverständlich immer noch ein wichtiges Element des Rechtsstaats in Japan.

Unter der Meiji-Verfassung haben nur die Zivil- und Strafsachen zur Rechtsprechung gehört. Unter der Japanischen Verfassung gehören wie in Deutschland alle Rechtsstreitigkeiten, also auch Verwaltungsrechtssachen, zur Rechtsprechung. Aber anders als in Deutschland gibt es keine besonderen Verwaltungsgerichte.

Das Gesetz betreffend die besondere Regelung des Verwaltungsprozesses von 1948 charakterisiert sich selbst als Sonderrecht zum Zivilprozessrecht. Trotzdem wird es im geltenden Verwaltungsprozessrecht von 1962 als das allgemeine Recht des Verwaltungsprozesses bezeichnet. Das Verwaltungsprozessrecht und dessen Lehre gehören zu einem Gebiet, das wie das Zivilprozessrecht von deutschem Recht stark beeinflusst ist. Diese Gemeinsamkeit kann man u. a. in den Klagearten, im Gegenstand der Anfechtungsklage und in der Klagebefugnis bemerken.²⁶

V. Südkorea

Die Bundesrepublik Deutschland und Südkorea haben ihre je eigene Verfassungsgeschichte und Eigentümlichkeit ihrer Verfassungen.²⁷ Nach dem Zweiten Weltkrieg wurden insbesondere Deutschland und Korea mit einer ähnlichen

²⁵ A.a.O., S. 276.

²⁶ A.a.O., S. 277.

²⁷ Vgl. zum Folgenden: Bongkun Kal, „Der Einfluss des Grundgesetzes auf koreanisches Verfassungsrecht“, a.a.O., S. 299 ff.

Verfassungswirklichkeit konfrontiert. Der Sieg der westlichen Alliierten bedeutete den Sieg der Demokratie; Westdeutschland und Südkorea kamen in den Genuss der weltweiten Ausbreitung der Freiheit. Infolge der Besetzung des geteilten Landes durch die Westmächte bzw. USA und Sowjetunion wurden in beiden Ländern zwei neue politische Systeme konstituiert. Die Staatsform und die politische Grundordnung der Gesellschaft des besiegten Deutschlands und des von der Kolonialherrschaft Japans befreiten Korea entschieden sich faktisch danach, ob von der Sowjetunion oder den Westmächten, insbesondere den Vereinigten Staaten, das Land besetzt wurde. Demzufolge nahm die Staats- und Gesellschaftsordnung der von den USA besetzten Gebiete die Gestalt eines westlichen, freiheitlich-demokratischen politischen Systems an, hingegen wurde das politische System der von der Sowjetunion besetzten Gebiete grundsätzlich im Sinne der sozialistisch-kommunistischen Ordnung gestaltet. Gleichzeitig hat die Teilung des Landes nach dem Zweiten Weltkrieg zwei miteinander inkompatible politische Systeme, das der freiheitlich-demokratischen und das der sozialistischen Ordnung auf dem Boden einer Nation nebeneinander bestehen lassen.

In der viele Gemeinsamkeiten aufweisenden Verfassungswirklichkeit der Bundesrepublik Deutschland und Südkoreas nach dem Zweiten Weltkrieg liegt ein wichtiger Grund dafür, warum die südkoreanische Verfassung stark unter dem Einfluss des deutschen Verfassungsrechts gestanden hat. Ferner sind folgende weitere Gründe für die Einflussnahme des Grundgesetzes auf die südkoreanische Verfassung anzumerken:

Erstens gehört das Rechtssystem Südkoreas dem kontinental-europäischen an. Dies führt zu einer engeren Verbindung des südkoreanischen zum deutschen Verfassungsrecht als zum anglo-amerikanischen.

Zweitens ist zu erwähnen, dass die südkoreanischen Staatsrechtler überwiegend am deutschen Verfassungsrecht orientiert sind. Die meisten Staatsrechtler waren bei Gründung der Republik über japanische Literatur mittelbar mit dem deutschen Verfassungsrecht in Berührung gekommen. Die Folgegeneration hat sich selbst durch das Studium in Deutschland mit dem deutschen Verfassungsrecht

vertraut gemacht, und sie wirkt daher auch bei der Aufnahme des deutschen Verfassungsrechts aktiv mit.²⁸

Betrachten wir den Einfluss des Grundgesetzes auf die südkoreanische Verfassung, so fallen zunächst die Vorschriften über den Schutz der Verfassung auf. Hier ist Deutschland, das die völlige Verfassungszerstörung durch den Nationalsozialismus erfahren hat, vorbildlich. Auch die südkoreanische Verfassung hat in vielen Bestimmungen sowohl Vorkehrungen zum Schutz der Verfassung als auch repressive Schutzmaßnahmen getroffen. Es bestehen folgende institutionelle Sicherungen des Bestandes der Verfassung in der südkoreanischen Verfassung, die vom Grundgesetz beeinflusst sind:

Zuerst ist die Entscheidung der südkoreanischen Verfassung für die wehrhafte, streitbare Demokratie zu nennen. Als eine Absage an die wertneutrale, relative Demokratie bedeutet die wehrhafte Demokratie ein Prinzip, die Verfassung vor der unter dem Namen der Freiheit auftretenden Aufhebung der Freiheit zu schützen.

Das Grundgesetz bekennt sich zur wehrhaften, streitbaren Demokratie im Partieverbot (Art. 21 Abs. 2 GG) und in der Verwirkung von Grundrechten (Art. 18 GG).

In der Bereitschaft, entschlossen gegen die kommunistische Bedrohung von Seiten Nordkoreas zu kämpfen, hat sich auch die südkoreanische Verfassung für die wehrhafte Demokratie entschieden. Sie schreibt die Auflösung von politischen Parteien vor, deren Ziele und Tätigkeiten gegen die demokratische Grundordnung gerichtet sind (Art. 8 Abs. 4). Demgegenüber ist die Verwirkung von Grundrechten nicht vorgesehen.

Zweitens ist das Institut des Notstandsrechts zu nennen.²⁹

Drittens ist das Widerstandsrecht zu erwähnen. Als Reaktion darauf, dass das deutsche Volk unter der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft keinen nennenswerten Widerstand geleistet hat, wurde in der Nachkriegszeit häufig über

²⁸ A.a.O., S. 300.

²⁹ A.a.O., S. 301.

das Widerstandsrecht diskutiert. Daraufhin wurde es in die Länderverfassungen von Hessen, Bremen und anderer Bundesländer eingeführt. Das Grundgesetz beinhaltete bei seinem Erlass kein Widerstandsrecht. Die heutige Fassung des Widerstandsrechts wurde erst 1968 im Zusammenhang mit den Notstandsgesetzen als Äquivalent ins Grundgesetz aufgenommen.

Die Kontroverse um das Widerstandsrecht in Südkorea entzündete sich daran, ob dem als Studentenrevolution bekannten Aprilaufstand von 1960 bei der Beurteilung seines Rechtscharakters die Bedeutung der Ausübung des Widerstandsrechts beigemessen werden sollte, was schließlich überwiegend bejaht wurde. Allerdings weist die gegenwärtige südkoreanische Verfassung nur mittelbar auf das Widerstandsrecht hin, indem sie in die Präambel den Satz „Erbe der sich gegen die Ungerechtigkeit erhobenen demokratischen Idee des Aprilaufstandes“ einfügt.³⁰

Viertens ist die Verfassungsgerichtsbarkeit zu nennen. Das Grundgesetz und das Bundesverfassungsgerichtsgesetz wurden in Südkorea in großem Umfang berücksichtigt und nachgeahmt. Daraus ergeben sich viele Gemeinsamkeiten zwischen den Verfassungsgerichtsbarkeiten beider Länder, jedoch sind auch Unterschiede nicht zu übersehen. Die merkliche Differenz zwischen Bundesverfassungsgericht und südkoreanischem Verfassungsgericht liegt erstens darin, dass der Zuständigkeitsbereich des Bundesverfassungsgerichts viel weiter reicht als der des südkoreanischen Verfassungsgerichts: So lassen sich die dem südkoreanischen Verfassungsgericht zugewiesenen Zuständigkeiten nur in konkretes Normenkontrollverfahren, Anklageverfahren, Organstreitverfahren, Parteiverbotsverfahren und Verfassungsbeschwerdeverfahren einteilen.³¹

Im Grundgesetz sind als Strukturprinzipien der Bundesrepublik das Demokratieprinzip, das Rechtsstaatsprinzip, das Sozialstaatsprinzip und das Bundesstaatsprinzip niedergelegt. Abgesehen vom Bundesstaatsprinzip haben die übrigen Strukturprinzipien im Grundgesetz großen Einfluss auf die südkoreanische Verfassung ausgeübt. Diese erklärt das Demokratieprinzip und den Grundsatz der

³⁰ A.a.O., S. 302.

³¹ A.a.O., S. 303.

Volkssouveränität zur Staatsform. Die freiheitliche demokratische Grundordnung wird in der Präambel als die Staatsidee und in Art. 2 als Grundrichtung der südkoreanischen Wiedervereinigungspolitik erklärt. Ferner legt Art. 8 Abs. 4 der südkoreanischen Verfassung zwar die demokratische Grundordnung als materielle Auflösungsvoraussetzung für die verfassungsfeindlichen Parteien fest, sie ist aber als völlig identisch mit dem Begriff der „freiheitlich demokratischen Grundordnung“ der Art. 18, 21 Abs. 2 GG zu verstehen. Darüber hinaus wird bei der Bestimmung des Begriffs der „freiheitlich demokratischen Grundordnung“ auch auf die Auslegung des Bundesverfassungsgerichts in den Entscheidungen über die Verbote von SRP und KPD Bezug genommen.³²

Zweitens ist der Einfluss des Sozialstaatsprinzips des Grundgesetzes zu nennen. Im Grundgesetz wurden eindeutige Bestimmungen über das Sozialstaatsprinzip vermieden und in Art. 20, 28 GG die unbestimmten, umfassenden Termini „sozialer Rechtsstaat“ und „sozialer Bundesstaat“ verwendet. Dennoch sind sich Lehre und Rechtsprechung darin einig, dass das Sozialstaatsprinzip zu den Strukturprinzipien gehört. Das Grundgesetz ermächtigt zur Verwirklichung des Sozialstaatsgebots die Gesetzgebung zu einer Reihe von Eingriffen in die Grundrechte, für die beispielhaft der Gesetzesvorbehalt der Grundrechte, die Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG), die Enteignung (Art. 14 Abs. 3 GG) und die Sozialisierung (Art. 15 GG) zu nennen sind.

In der südkoreanischen Verfassung findet sich nicht einmal eine umfassende, unbestimmte Bezeichnung, wie das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes. Dennoch betrachtet die herrschende Lehre das Sozialstaatsprinzip als ein Strukturprinzip. Die südkoreanische Verfassung enthält einige Bestimmungen zur Verwirklichung des Sozialstaats, zu denen vor allem die Sozialpflichtigkeit des Eigentums, eine Reihe von sozialen Grundrechten und die verfassungsrechtliche Festlegung der Wirtschaftsordnung auf die soziale Marktwirtschaft gehören.³³

Drittens ist der Einfluss des Rechtsstaatsprinzips des Grundgesetzes zur erwähnen. Das Grundgesetz legt in Art. 20, 28 das Rechtsstaatsprinzip als verfas-

³² A.a.O., S. 304.

³³ A.a.O., S. 305.

sungsmäßige Ordnung fest; hierbei handelt es sich um einen materiellen, sozialen Rechtsstaat. In der südkoreanischen Verfassung ist das Rechtsstaatsprinzip zwar nicht festgeschrieben, jedoch sind dort viele mittelbare Aussagen zur Rechtsstaatlichkeit enthalten als Konstitutionselemente des Rechtsstaats. Das Rechtsstaatsprinzip in der südkoreanischen Fassung erschöpft sich nicht in der Beachtung der formellen Legalität, sondern es verlangt in Anlehnung an das Grundgesetz auch eine inhaltliche Ausrichtung der Gesetzgebung an der Gerechtigkeit. Damit versteht es sich als soziales, materielles Rechtsstaatsprinzip.³⁴

Bei den Grundrechten ist die Übernahme der Wesensgehaltsgarantie (Art. 37 Abs. 2) und die Gewährleistung der Menschenwürde (Art. 10) nach der Erfahrung Südkoreas mit der japanischen Kolonialherrschaft mit Blick auf das Grundgesetz in die Verfassung erfolgt.

Eine besonders enge Parallele zwischen Deutschland und Südkorea findet sich in der Wiedervereinigungspolitik beider Staaten. In der Präambel des Grundgesetzes war vor der Wiedervereinigung festgestellt, dass das deutsche Volk aufgefordert bleibe, die Einheit Deutschlands zu vollenden. Das Bundesverfassungsgericht hat aus diesem Vorspruch für alle politischen Staatsorgane der Bundesrepublik die Rechtspflicht abgeleitet, die Einheit Deutschlands mit allen Kräften anzustreben. Außerdem hatte das Grundgesetz seinen provisorischen Charakter betont, indem es in der Präambel und im letzten Artikel vorgeschrieben hatte, dass das Grundgesetz beschlossen worden sei, um dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine Ordnung zu geben und dieses Grundgesetz seine Gültigkeit mit dem Tage verliere, an dem eine neue in freier Entscheidung des Volkes beschlossene Verfassung in Kraft trete. Die Bundesrepublik hatte den staatlichen Konsens in der Wiedervereinigungsfrage durch die Einrichtung des Ministeriums für innerdeutsche Beziehungen als Regierungsorgan gefördert.

Auch die südkoreanische Verfassung bekennt sich an mehreren Stellen zur Wiedervereinigung als der obersten Aufgabe des Volkes. Die friedliche Wiedervereinigung wird in der Präambel als Auftrag an das Volk, in Art. 4 als staatliche Pflicht und in Art. 66 zur Pflicht des Staatspräsidenten erklärt. Darüber hin-

³⁴ A.a.O., S. 306.

aus ist in Art. 92 zur Beratung des Präsidenten der Rat der friedlichen Wiedervereinigungspolitik vorgesehen. Im Gegensatz zum Grundgesetz sehen die südkoreanische Verfassung und die Rechtsprechung das Territorium der Republik Korea als aus der südkoreanischen Halbinsel und den zugehörigen Inseln einschließlich Nordkorea bestehend an. Demzufolge stellt das Gebiet Nordkoreas verfassungsrechtlich ein noch nicht wiedergewonnenes Staatsgebiet dar, auf das sich die Staatsgewalt nicht erstreckt. Auch in Südkorea gibt es als Regierungsorgan das Ministerium für Wiedervereinigung.³⁵

VI. Transformationsstaaten

Am 1. Mai 2004 trat der insgesamt fünfte EU-Beitrittsvertrag in Kraft, der für die zehn beitretenden Staaten eine wichtige Etappe der Transformation ihrer Rechtsordnung beendete. Für acht dieser Staaten symbolisierte dieser Schritt den Abschluss der Periode der Umwandlung von autoritären, sozialistischen Gesellschaften zu rechtsstaatlich verfassten Gemeinwesen, einen Eintritt in den Kreis der modernen, auf Recht beruhenden Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Im Rahmen des vollständigen Umbaus der Rechtsordnungen dieser, aber auch der im Jahre 2007 der Europäischen Union beigetretenen ehemals sozialistischen Staaten, kam es bei der Transformation der ursprünglich autoritären zu rechtsstaatlichen Regimen zu einer Umstrukturierung der Staatsorganisation und der Einführung von Grundrechtskatalogen weitestgehend nach deutschem Muster.

In den postsowjetischen Staaten sind detaillierte Kataloge von Grundrechten geschaffen worden, ebenso die Fixierung des Rechtsstaatsprinzips (rule of law), die Gewaltenteilung und die Schaffung von Verfassungsgerichten vorrangig orientiert am deutschen Bundesverfassungsgericht. Zusammen mit dem Prinzip der Volkssouveränität hat man über das Rechtsstaatsprinzip eine Rangordnung der Normen geschaffen, die der Staatsgewalt Grenzen setzt, die Menschenrechte respektiert und dem Verfassungsgericht eine Wächterfunktion überträgt.

³⁵ A.a.O., S. 309.

Die Statistik der Verfassungsgerichte der Transformationsstaaten und jetzigen EU-Staaten ist beeindruckend: Von 1989 bis 1994 hat der Polnische Verfassungsgerichtshof 40 Gesetze von 60 zur Überprüfung vorgelegten als verfassungswidrig aufgehoben, wobei die Verletzung des Rechtsstaatsprinzips, des Gleichheitsgrundsatzes und des Rückwirkungsverbots die Hauptgründe für die Verfassungswidrigkeit der Gesetze waren, ebenso in Ungarn, wo das dortige Verfassungsgericht in den Anfangsjahren nach der Wende eines von drei Gesetzen aus diesen Gründen aufgehoben hat. Ähnliche Aufhebungsquoten wurden von anderen Transformationsstaaten jeweils drei Jahre nach Inkrafttreten ihrer neuen Verfassungen gemeldet: 85 % in Lettland von 13 Fällen, 79 % in Estland, 60 % in Tschechien von 10 Fällen, 37 % in Litauen von 41 Fällen und 26 % in der Slowakei von 96 Fällen.³⁶

Zweite Besonderheit der Rechtsprechung der Verfassungsgerichte: Die individuellen Rechte wurden dem Interesse der Gesellschaft übergeordnet. Während das Kollektiv während der kommunistischen Periode glorifiziert wurde, wurde nunmehr ein radikaler Individualismus bevorzugt, ein entscheidender Unterschied zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das die Einschränkungen und Beschränkungen der Grundrechte in seine Verfassungsauslegung stets einbezieht.

In den neuen Demokratien des Ostens versuchen diese des Weiteren, – und im Unterschied zum Bundesverfassungsgericht (Stichwort: Solange-Beschlüsse) – jeden Konflikt zwischen ihrem neuen Verfassungsrecht und den europäischen Menschenrechten zu vermeiden, indem sie die europäische Menschenrechtskonvention und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in ihre Verfassungstexte einzuarbeiten versuchen, ebenso wie es der Europäische Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zwischenzeitlich praktiziert.

³⁶ Vgl. Anneli Albi, „CEE Constitutional Courts and Applications of EU Law: Constitutional Rights versus Supremacy? in: Europarecht und die Gerichte der Transformationsstaaten, S. 77 (79).

VII. Schlusswort

Abschließend lässt sich die Feststellung treffen, dass das Grundgesetz im internationalen Raum, man kann vorsichtig sagen: im internationalen „Wettbewerb“, eine verhältnismäßig hohe Akzeptanz und Anerkennung genießt. Was als Provisorium konzipiert war, hat sich als eine dauerhafte Staatsverfassung erwiesen, der als Vorbild eine erhebliche Relevanz zukommt, eine so erhebliche Bedeutung, wie dies kaum für eine andere Verfassung westlicher Prägung zutrifft.³⁷ Das wird zwischenzeitlich auch von amerikanischen Verfassungsrechtlern so gesehen.

Wir wissen aber selbst ganz genau, dass die Möglichkeit, Bestandteile des Grundgesetzes in andere Staaten, in andere Verfassungsordnungen zu übertragen, ihre natürlichen Grenzen hat. Die Verfassung eines Staates kann nicht das Plagiat eines anderen Staates sein. Daher wäre es nicht unbedingt ein positives Zeichen, wenn sich die verfassunggebende Gewalt in anderen Staaten besonders eng und ohne kritische Distanz an das Grundgesetz anlehnte, denn jede Verfassungsordnung, die gelebt sein und Dauer haben will, muss das Produkt einer eigenen nationalen Entwicklung sein, die naturgemäß von einer Vielzahl spezifischer Faktoren beeinflusst wird. Selbst die Verfassungsordnungen von Staaten, die sich zu gemeinsamen Grundprinzipien bekennen, werden stets erhebliche Unterschiede aufweisen; jede gewachsene Verfassungsordnung kennzeichnet notwendig unverwechselbare Wesenszüge. Die expansive Kraft des Grundgesetzes sagt daher für sich allein genommen noch nichts über dessen Qualität aus.

Es muss dabei auch Folgendes bedacht werden: Wenn wir über Rechtsstaat, Menschenrechte, Freiheit, Gewaltenteilung usw. sprechen, sind damit Ideale verbunden, die über Jahrhunderte durchgefochten werden mussten, deren reale Geltung jedoch auf die weitaus kleinste Zahl der auf der Welt vorhandenen Staaten beschränkt ist. Wir sind in der glücklichen Situation, in einem Staat leben zu können, in dem diese Ideale Realität werden konnten. Wenn sich in den letzten Jahren deutlich die Anzeichen mehren, dass diese Ideale auf die Verfassungsentwicklung in anderen Staaten in einem vor 60 Jahren noch kaum vorstellbaren Maße Einfluss genommen haben und nach wie vor nehmen wird, so

³⁷ Burmeister, 40 Jahre Grundgesetz, a.a.O., S. 312.

ist dies im Grunde das Erfreulichste und Bemerkenswerteste, was meinem Beitrag über die expansive Kraft des Grundgesetzes im internationalen Raum zu entnehmen ist. Die im wahrsten Wortsinne „vorbildliche“ Wirkung ist nicht ein Vorzug des Grundgesetzes an sich, sondern ein Beitrag des Grundgesetzes zu einer Veränderung der politischen Verhältnisse in vielen Staaten, und darin sehe ich das eigentlich Positive der Vorbildfunktion des Grundgesetzes.³⁸

Insgesamt – so meine ich – können wir Dankbarkeit empfinden, dass wir diese gute, funktionsfähige, weltoffene Verfassung haben. Zum anderen sollte man sich aber auch nicht in falsche Sicherheit wiegen. Ich glaube, es war Horst Ehmke, der einmal gesagt hat, eine Verfassung sei keine politische Lebensversicherung. Sie ist für den guten Start ganz gewiss unentbehrlich, und deswegen sind wir dankbar, dass wir dieses Grundgesetz haben. Aber auch eine gute, ja die beste Verfassung kann nicht gute und vernünftige Politik ersetzen.³⁹

³⁸ Burmeister, a.a.O., S. 312.

³⁹ Kries, a.a.O., S. 316.

THOMAS DIETERICH

Bedeutung der Grundrechte im Zivilrecht

28. Oktober 2009



Prof. Dr. Thomas Dieterich
Präsident des Bundesarbeitsgerichts a. D.

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|------|---|-----|
| I. | Einleitung | 99 |
| II. | Ausgangslage 1948 | 99 |
| III. | Freiheit: Leitprinzip oder Rahmenordnung? | 103 |
| IV. | Verfassungsgeleitete Rechtsfortbildung..... | 107 |
| V. | Verfassungskonformes Zivilrecht | 112 |
| VI. | Schlussbemerkung..... | 116 |

I. Einleitung

Mein Vortrag über die Bedeutung der Grundrechte im Zivilrecht gilt einem der wichtigsten Grundsatzprobleme unserer Rechtsordnung. Dicke Bücher sind darüber geschrieben worden, heftige Kontroversen haben sich daran entzündet, und bis heute sind die praktischen Konsequenzen in den verschiedensten Rechtsgebieten umstritten. Aktuelle Konflikte zu dieser Problematik betreffen z. B. das Familienrecht, das Versicherungsrecht, das Presserecht und natürlich auch das Arbeitsrecht. Dabei geht es immer um Methoden- und Verfahrensprobleme, zugleich aber auch um eine verfassungsrechtliche Kompetenzfrage: Wer hat das letzte Wort? Können Gesetzgeber und Fachgerichtsbarkeit allein regeln und entscheiden, welche Rechte und Pflichten zwischen Privatpersonen gelten oder muss das Bundesverfassungsgericht noch abschließend die grundrechtliche Unbedenklichkeit bescheinigen. Wenn ich also mein Thema vor Spezialisten abzuhandeln hätte, müsste ich mit einem hochmotivierten und streitbaren Publikum rechnen, das vor allem an dieser Kompetenzverteilung interessiert wäre.

Hier und heute will ich die Problematik meines Themas anders entfalten. Nicht seine vielfältigen Verästelungen will ich Ihnen zeigen, sondern seine historischen Wurzeln, seine Entdeckungsgeschichte. Das liegt schon allein deshalb nahe, weil diese Vortragsreihe „60 Jahre Grundgesetz“ zu einer Rückbesinnung anregen will. Aber auch didaktisch lassen sich die Streitfragen am besten als Entwicklungsprozess verständlich machen. Im Übrigen gestehe ich Ihnen ein autobiografisches Motiv. Seit den ersten Tagen als blutjunger Richter vor über 50 Jahren hat mich kein Thema so permanent beschäftigt wie das heutige. Die juristische Entdeckungsgeschichte von der ich berichten will, war gleichzeitig ein persönlicher Lernprozess.

II. Ausgangslage 1948

Begleiten Sie mich also auf der Zeitachse zurück in das graue Jahr 1948, nach Bonn, wo sich 66 Männer und 4 Frauen als Parlamentarischer Rat konstituierten. Sie sollten für ein zerstörtes, geteiltes und geächtetes Land eine provisorische Verfassung ausarbeiten, ein Organisationsstatut. Diese Aufgabe erschien vor der

historischen Kulisse des zusammengebrochenen Naziregimes und der zuvor gescheiterten Weimarer Republik gigantisch. Wie sollte diese neue Staatsform aussehen? Jedenfalls demokratisch und rechtsstaatlich, aber auch irgendwie sozial, und außerdem – auf nachdrücklichen Wunsch der Siegermächte – auch föderalistisch. Nur hatte das alles mit den unmittelbaren Sorgen der Bevölkerung damals gar nichts zu tun. Es herrschten Hunger, Wohnungsnot und Mutlosigkeit.

Nicht einmal eine intakte und zweifelsfreie Rechtsordnung für die alltäglichen Probleme und Konflikte bestand. Die Militärregierung hatte zwar sofort die berüchtigsten Nazigesetze außer Kraft gesetzt, aber im Übrigen nur pauschal verboten, bei der Auslegung und Anwendung der fortgeltenden Gesetze nationalsozialistisches Gedankengut waren sie aber weiter zu berücksichtigen. Das sollten also die Gerichte nun von Fall zu Fall ausmerzen. Wenigstens das gute alte BGB von 1900 erschien da beruhigend unverdächtig – nach dem Motto „je älter, desto besser“.

All dies musste und konnte der Parlamentarische Rat zunächst beiseiteschieben. Sein Auftrag galt purem Staatsrecht, einem reinen Organisationsstatut. Zu konzipieren waren die Verfahren und Kompetenzen einer demokratischen Verfassung. Diese sollte die Störanfälligkeit der Weimarer Verfassung ausschließen. Die Erfahrung mit der Unterdrückung, Entrechtung und Diskriminierung der Nazizeit verlangten außerdem rechtsstaatliche Garantien: Vor allem Grundrechte in Verbindung mit einer Verfassungsgerichtsbarkeit, die von jedem Bürger gegen jede hoheitliche Machtausübung angerufen werden kann. Alles sehr grundsätzlich und wichtig, aber vorläufig noch ganz weit weg von den Niedersungen des einfachen Zivilrechts mit seinen Alltagsproblemen.

Gleichheit: Leitprinzip und Staatsziel

Dass die ehrenwerte Versammlung dennoch, wenn auch nur an einem einzigen Punkt, sofort mit aktuellen Konflikten der Bürgerinnen und Bürger untereinander konfrontiert wurde, verdanken wir einer bedeutenden Frau: Elisabeth Selbert. Der Verfassungsentwurf sollte eigentlich die Gleichheitsrechte so knapp

wie möglich regeln, wie es ja dem rigiden Konzept des Grundgesetzes entsprochen hätte.

Art. 3 hätte nach dem Entwurf von Herrenchiemsee gelautet:

„(1) Vor dem Gesetz sind alle gleich. (2) Der Grundsatz der Gleichheit bindet auch den Gesetzgeber. (3) Jeder hat den Anspruch auf gleiche wirtschaftliche und kulturelle Entwicklung.“

Das erschien der Abgeordneten aus Kassel¹ entschieden zu abgehoben. Sie erlebte als Rechtsanwältin die alltägliche Ungerechtigkeit, die die Frauen erdulden mussten. Jahrelang hatten sie in Beruf und Familie allein gestanden, Krieg und Not bewältigt, und nun kamen die Männer aus dem großen Gemetzel zurück, lädiert und traumatisiert, aber mit dem ganz selbstverständlichen Anspruch, wieder die alte Rolle zu übernehmen, als „Oberhaupt der Familie“. „Nein“, rief Frau Selbert, „da muss die Verfassung sofort Klarheit schaffen“. Ihr Vorschlag: „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“. Das klinge zwar ganz harmlos, so hielt man ihr entgegen, hätte aber unabsehbare sozialpolitische Folgen: „Das ganze Familienrecht würde über den Haufen geworfen.“ Richtig, erwiderte Elisabeth Selbert und organisierte eine regelrechte Kampagne der Frauen in allen Besatzungszonen mit großer Resonanz in der neuen Presse. Der Selbertsche Satz wurde im dritten Anlauf tatsächlich schließlich zu Art. 3 Abs. 2 GG und ein eigener Art. 117 GG regelte darüber hinaus, dass verfassungskonformes Familienrecht bis spätestens 31. März 1953 geschaffen werden müsse.

Das war die erste krachende Konfrontation der Grundrechte mit dem geltenden Zivilrecht, und zwar schon bevor die neue Verfassung überhaupt in Kraft getreten war. Aber damit war die Kollision der Systeme noch keineswegs bereinigt. Die Konflikte setzten sich fort und zeigen zweierlei modellhaft: Zum einen wie unglaublich konservativ und zäh die Vorurteile weiterhin blieben. Die Nachriegsgesellschaft war den freiheitlichen und emanzipatorischen Idealen des Grundgesetzes damals gar nicht gewachsen. Zum anderen zeigte sich schon hier am Beispiel der Frauenfrage die bahnbrechende Rolle des Bundesverfassungs-

¹ Allerdings mit einem Mandat von Niedersachsen (Bommarius, Das Grundgesetz, eine Biographie, 2009, S. 180 f.).

gerichts. Das hatte damals noch niemand ernsthaft zur Kenntnis genommen. Zur Überraschung der alten Eliten in Wissenschaft und Rechtsprechung verstand es aber die Grundrechte als zwingende Normen, die es nun konsequent durchsetzte.

Der Regelungsauftrag der Verfassung führte zunächst tatsächlich zu einer halbherzigen und wirren Reformdiskussion. Aber je länger diese dauerte, desto tiefer drang wieder das alte Rollenkłischee in die Vorstellungswelt der Nachkriegsgesellschaft. Verfassungsrechtler sahen das Emanzipationskonzept plötzlich als Bedrohung für den grundrechtlichen Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 GG). Und der Bundesgerichtshof verwies auf eine übergeordnete Wertordnung des Naturrechts, die Mann und Frau unverrückbare Rollen zuweise.

„Streng verschieden sind sie ... nicht nur im eigentlich biologisch-geschlechtlichen, sondern auch in ihrer seinsmäßigen schöpfungsmäßigen Zueinanderordnung ... An diesen fundamentalen Verschiedenheiten kann das Recht nicht doktrinär vorübergehen.“²

So verstrich die Verfallfrist des Art. 117 GG. Im April 1953 war kein neues Familienrecht in Sicht. Daraufhin erklärten sich die Zivilgerichte für überfordert. Ohne gesetzliche Vorgaben könnten sie das Gleichstellungsgebot nicht realisieren. Sonst entstünde durch divergierende Urteile ein solches Chaos, dass das Rechtsstaatsgebot des Art. 20 GG verletzt würde.

Das Bundesverfassungsgericht wischte alle diese Bedenken vom Tisch.³ Die Gleichstellung von Männern und Frauen wirke keineswegs als Störung von Ehe und Familie, sondern bilde im Gegenteil deren Voraussetzung. Ein übergeordnetes Prinzip, das dem entgegen steht und Grundrechte verdrängen könnte, gebe es nicht. Die unmittelbare Geltung des Art. 3 Abs. 2 GG habe mit Wirkung vom 1.4.1953 eine Lücke in das alte BGB gebrochen. Diese müssten die Zivilgerichte „rechtsfindend“ schließen. Das werde in der Tat vorübergehend zu Rechtsunsicherheit führen. Aber bis zur höchstrichterlichen Klärung der bereits absehbaren Streitfragen müsse die Rechtssicherheit hinter der materiellen Gerechtigkeit zurücktreten.

² BGHZ Bd. 11, Anhang 34.

³ Urteil vom 18.12.1953 BVerfGE 3, 225.

Erst dreieinhalb Jahre später kam es dann endlich zu einem neuen Familienrecht, das aber immer noch voller patriarchalischer Merkwürdigkeiten steckte (z. B. dem so genannten Stichentscheid des Mannes). Das Bundesverfassungsgericht musste mehrfach Korrekturen anmahnen und Rechtsprechung beanstanden⁴. Erst 1991 fiel endlich auch das Vorrecht des Mannes bei der Bestimmung des Familienamens.⁵ Schließlich sah sich der Verfassungsgeber im Jahre 1994 sogar gezwungen, den knappen und klaren Satz von Elisabeth Selbert durch eine ausdrückliche Verpflichtung des Staates zu ergänzen: Die noch immer bestehende Benachteiligung der Frauen sei aktiv zu beseitigen. Nun ist das also ein Staatsziel geworden und alles erscheint denkbar klar. Jedenfalls für Staatsrechtler.

Für Zivilrechtler hingegen blieben dennoch fast alle Probleme ungelöst. Sie wissen nämlich aus praktischer Erfahrung, dass Diskriminierung nicht nur Frauen betrifft und vor allem im Vertragsrecht nistet, zusammen mit subtilen Formen der Unterdrückung und Ausbeutung. Auch hier war das Bundesverfassungsgericht gefordert, z.B. bei einseitig belastenden Eheverträgen.⁶ Dabei geht es nun aber nicht mehr nur um Gleichheit, sondern auch um Freiheit, nämlich um die Vertragsfreiheit und den freien Wettbewerb. Das führte zu langen und heftig umstrittenen Grundsatzfragen: Wie wirken die Grundrechte, wenn es nicht um die Abwehr hoheitlicher Macht des Staates geht, sondern um das Verhältnis der Bürger untereinander? Müssen hier nicht auch das Rechts- und das Sozialstaatsprinzip eine wichtige Rolle spielen?

III. Freiheit: Leitprinzip oder Rahmenordnung?

1. Um diese Diskussion zu erläutern, muss ich noch einmal zur Nachkriegszeit zurückkehren. Zurück zum Beginn der Bundesrepublik, als auf den Trümmern eines Unrechtsstaates eine neue rechtsstaatliche Ordnung entwickelt werden musste. Die alte Rechtsordnung war nicht nur lückenhaft geworden, sondern hatte vor allem jede Autorität verloren. Schockiert erkannten die Juristen, dass formale Gesetze auch Folter und Mord, Vertreibung und Versklavung legiti-

⁴ BVerfGE 6, 55; 10, 59; 22, 359.

⁵ BVerfGE 84, 9.

⁶ Urteil vom 8.11.2000 BVerfGE 103, 81.

miert hatten, und dass eigentlich das ganze Rechtssystem von einer sozialdarwinistischen Ideologie kontaminiert worden war. Die Neuorientierung verlangte nach einer Generalrevision der Grundlagen und Methoden. Gesucht wurden übergesetzliche Maßstäbe mit der Dignität höherer Gerechtigkeit.

Diese Diskussion stützte sich zunächst auf zwei unterschiedliche Ansätze, jeweils vertreten von den Präsidenten der beiden obersten Zivilgerichte. Weinkauff, der erste BGH-Präsident, erwartete die Lösung von einem imaginären Naturrecht. Die Kultur- und Rechtsgeschichte habe feste Prinzipien „materialer Gerechtigkeit“ herausgebildet. Diese seien sowohl für den Staat, wie für die Bürger als überpositives Recht verbindlich. Zwei Schwächen dieses Konzepts springen ins Auge: Inhaltlich wirkt es völlig diffus, weil niemand voraussehen kann, was ein Gericht im konkreten Streitfall als naturrechtlich geboten verstehen kann und anerkennen wird. Außerdem wirkt der kulturhistorische Ansatz in der Tendenz zwangsläufig radikal konservativ. Das bewies schon seine erste Bewährungsprobe bei der Neuregelung eines emanzipatorischen Familienrechts. Nachdem das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang den Ansatz des BGH verworfen hatte, kam niemand mehr darauf zurück.

Nipperdey, der erste Präsident des Bundesarbeitsgerichts, sah das Grundproblem ähnlich wie Weinkauff, suchte aber eine normative Lösung. Die Grundrechte sollten als Grundgerüst der gesamten Rechtsordnung dienen und dabei nicht nur den Staat binden, sondern unmittelbar in allen privaten Rechtsbeziehungen gelten, gleichsam als allgemeiner Teil des BGB. Dieser Ansatz schien die beiden Mängel des Naturrechtskonzept zu vermeiden: Er stützte sich ja auf ausformulierte Normen und machte den Freiheitsgedanken zum Leitprinzip. Demgegenüber schien ein kleiner Schönheitsfehler kaum ins Gewicht zu fallen. Nach Art. 1 Abs. 3 GG binden die Grundrechte ausdrücklich nur Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung. Nun gut – dachte Nipperdey (und denken manche Zivilrechtler noch heute) – das ist eben die staatsrechtliche Wertung; aber zivilrechtlich zu Ende gedacht, müssen die Grundrechte zu Normen des Zivilrechtsverkehrs werden. Man nannte das „Drittirkung“.

Dieser leichtfüßige Wechselschritt vom Staatsrecht zum Zivilrecht erschien auf den ersten Blick kühn und progressiv. In Wahrheit beruhte er auf einem fundamentalen Denkfehler: Die unmittelbare Anwendung der Grundrechte als zivilrechtliche Generalklauseln führt nicht zu ihrer Stärkung, sondern zu einer funktionswidrigen Umdeutung und Überdehnung der Grundrechte. Sie verlieren ihren Charakter einer verfassungsrechtlichen Rahmenordnung und werden zu einem Programm der Einzelfallgerechtigkeit. In der Praxis müssten die Zivilgerichte permanent Grundrechtskollisionen auflösen, weil sich ja immer beide Streitparteien auf kollidierende Grundrechte stützen könnten, und zwar vielfach auf dieselben; z.B. auf die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) sowohl Arbeitgeber, wie Arbeitnehmer; auf den Eigentumsschutz (Art. 14 GG) sowohl Vermieter, wie Mieter; auf die Pressefreiheit (Art. 5 GG) sowohl Journalisten, wie Verleger. In jedem Streitfall müsste ein konkreter Grundrechtsausgleich gefunden werden und das Bundesverfassungsgericht würde zwangsläufig zum obersten Zivilgericht. Wo aber jede Streitfrage letztlich eine Antwort in der Verfassung findet, erscheint Rechts- und Sozialpolitik nur noch als Verfassungsvollzug. Eine höchst unpolitische, ja sogar undemokratische Vorstellung von Gerechtigkeit.

2. Dennoch ist gut zu verstehen, dass die Vorstellung einer unmittelbaren Drittirkung im allgemeinen Rechtsverkehr zunächst überzeugend wirkte und auch noch heute in manchen Köpfen spukt. Schließlich können zivilrechtliche Pflichten und Bindungen die existenziellen Bedürfnisse der Menschen und ihre freie Entfaltungsmöglichkeit u. U. radikaler beschneiden als öffentliches Recht; und das zivilrechtliche Druckpotenzial ist ja keineswegs schwächer ausgebildet als staatliche Sanktionen wie z.B. das Strafrecht. Die Rechtsform allein darf also nicht dazu führen, dass die Grundrechte leer laufen. Aber wie soll man sich dann ihre Wirkung vorstellen? Führt die Betonung ihrer reinen Staatsrichtung nicht doch zu ihrer Aushöhlung? Werden die Grundrechte dadurch nicht zahnlos?

Die Antwort auf diese Frage lieferte das Bundesverfassungsgericht vor 51 Jahren mit dem berühmten Lüth-Urteil⁷: Die Grundrechte binden die Bürgerinnen und Bürger nicht unmittelbar, wohl aber vermittelt durch Gesetz und Rechtspre-

⁷ Urteil vom 15.1.1958 BVerfGE 7, 198.

chung. Auch der Zivilgesetzgeber und die Zivilgerichte sind nämlich „Staat“ im Sinne von Art. 1 Abs. 3 GG. Sie müssen daher bei Wahrnehmung ihrer Kompetenz und Legitimation die Grundrechte als „Leitprinzipien“ beachten.

Anlass dieser Klarstellung war der Zivilrechtsstreit zwischen einer Filmproduktionsgesellschaft und dem Senatsdirektor Lüth. Der hatte als Vorsitzender des Hamburger Presseklubs zum Boykott aller Filme von Veith Harlan aufgerufen. (Sie erinnern sich: Regisseur des Hetzfilms „Jud Süß“.) Lüth war daraufhin vom Landgericht Hamburg zur Unterlassung verurteilt worden. Dieses Urteil griff er mit der Verfassungsbeschwerde an, weil es sein Grundrecht auf freie Meinungsäußerung verletzt habe. Das Bundesverfassungsgericht gab ihm im Ergebnis Recht. Allerdings folge das nicht unmittelbar aus Art. 5 GG. Maßgebend sei vielmehr das BGB, das die Rechtsbeziehungen des Zivilrechtsverkehrs unmittelbar regele. Bei dessen Auslegung und Anwendung seien die Grundrechte als „Wertordnung“ und als verfassungsrechtliche Richtlinien zu beachten. Ihre „Ausstrahlung“ begrenze die Auslegungsspielräume vor allem bei den gesetzlichen Generalklauseln. Deshalb hätte das Gericht den Boykottaufruf hier nicht als sittenwidrig bewerten dürfen und dessen Wiederholung nicht verbieten können.

Mit diesem richtungweisenden Urteil und seinem Grundsatz der „mittelbaren Grundrechtsbindung“ wurden zwei Ziele erreicht, die zuvor kaum vereinbar erschienen. Zum einen wurde die Sehnsucht nach neuen Leitbildern der Gerechtigkeit bedient; zum anderen blieb dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber die Hauptverantwortung überlassen. Das Bundesverfassungsgericht beanspruchte zwar die Rolle als Hüter der Grundrechte, aber den Zivilgerichten blieb eine Korrekturfunktion im Rahmen der bestehenden Auslegungsspielräume. Das war eine wichtige Weichenstellung und erschien damals als Durchbruch. Tatsächlich blieb aber das Verhältnis von Verfassungs- und Zivilrechtsordnung noch immer ziemlich unklar.

Der eine verbliebene Problemkomplex betraf das geltende Recht und dessen verfassungsgerechte Umformung: Waren die Auslegungsspielräume wirklich ausreichend, um den bestehenden Gesetzen und der zivilrechtlichen Praxis frei-

heitlichen Geist nachträglich einzuhauchen? Der Lüth-Fall war doch recht simpel verglichen mit den zahllosen Konflikten und Grenzfällen, die Kenner der geltenden Gesetze als Steilwand vor sich aufragen sahen. Reichte da wirklich eine Umdeutung im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben? Noch schwieriger erschien die verfassungsrechtliche Grundsatzfrage nach der Funktion der Grundrechte für das Zivilrechtssystem: Gab es generelle Prinzipien einer freiheitlichen Zivilrechtsordnung? Soll der Staat hier möglichst Zurückhaltung üben, also auf Regulierung weitestgehend verzichten und alles dem Wettbewerb, also „dem Markt“ überlassen? Welche rechts- und sozialpolitischen Gestaltungsspielräume stehen ihm zur Verfügung? Für alle diese Fragen sind im Laufe der letzten 50 Jahre differenzierte Lösungen gefunden worden, die ich Ihnen kurSORisch vorstellen will.

IV. Verfassungsgeleitete Rechtsfortbildung

1. Zunächst zu den Verfahren und Methoden, mit denen die Zivilrechtsordnung im Laufe der Zeit immer stärker grundrechtlich imprägniert werden konnte. Um den steilen und steinigen Weg würdigen zu können, der seither zurückgelegt wurde, muss man sich auch hier wieder in die 50er Jahre zurückversetzen. Nicht nur die Nachkriegsgesellschaft war damals von den Erwartungen des Grundgesetzes überfordert. Für die Rechtswissenschaft und die Justiz galt das genauso. Die Bindung des Gesetzgebers an Grundrechte war eine völlig neue Vorgabe und ihre Realisierung ein ungelöstes Rätsel.⁸ Die Weimarer Staatsrechtslehre hatte das entschieden abgelehnt und die methodischen Bedenken dieser Zeit erschienen noch immer überaus schwerwiegend.

Das Zivilrecht war damals von rigidem Gesetzespositivismus geleitet. Generalklauseln galten als gesetzestehnisch unseriös. Ihre Handhabung stand stets unter dem Odium wissenschaftlicher Bedenklichkeit. Als Student hatte man sie möglichst zu meiden. Das spiegelt sich sogar in Formulierungen des Lüth-Urteils. Dort werden Generalklauseln als „die Einbruchstelle“ der Grundrechte bezeichnet.⁹ Das klingt, als sei das Bürgerliche Recht eine hermetisch geschlos-

⁸ Bumke, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 12.

⁹ A.a.O., S. 206, im Anschluss an Dürig.

sene Welt, und die Wirkung der Grundrechte mit einer Brechstange vergleichbar.

Tatsächlich mussten die Zivilgerichte zunächst zum Jagen getragen werden. Aber bei der Rezeption der Grundrechte spielten die Generalklauseln dann doch nicht die Hauptrolle. Richtervorlagen und Verfassungsbeschwerden sorgten nämlich dafür, dass sich das Bundesverfassungsgericht zunehmend mit zivilrechtlichen Gesetzen und Entscheidungen befassen musste. Dabei musste es seine Kontrollfunktion nach zwei Seiten definieren und abgrenzen: einerseits gegenüber dem politischen Gestaltungswillen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers (um nicht die Richterrolle zu verlassen), andererseits gegenüber den für die Auslegung und Anwendung der Gesetze zuständigen Fachgerichten (um nicht zur Supervisionsinstanz zu werden). Die Aufgabe bestand darin, verbindliche Kriterien einer verfassungsrechtlichen Rahmenordnung zu entwickeln, die die anderen Akteure des Staates dann in ihrem eigenen Aufgabenfeld als Vorgaben übernehmen können.

So entstanden für die Fachgerichte im Laufe der Jahre eine erweiterte Rechtsquellenhierarchie und ein neuer, beweglicherer Methodenkanon. Es genügt danach nicht mehr, nur bei weit gefassten Wertbegriffen wie „Sittenwidrigkeit“ oder „Treu und Glauben“ die Grundrechte zu Rate zu ziehen. Geboten ist vielmehr eine Ergebniskontrolle im Blick auf die Freiheits- und Gleichheitsprinzipien des Grundrechtskatalogs. Das gilt vor allem für die vielfältigen Abwägungsaufgaben, die das Zivilrecht kennzeichnen, z.B. im Familien-, Miet- und Arbeitsrecht. Schon bei der Verfahrensgestaltung, z.B. bei der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast ist zu bedenken, ob freiheits- oder gleichheitswidrige Effekte entstehen könnten. Allerdings kontrolliert das Bundesverfassungsgericht nur, ob einschlägige Grundrechte überhaupt berücksichtigt und nicht grundsätzlich verkannt wurden.¹⁰

2. Insgesamt bewirkt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine rechtsfortbildende Dynamik, die in den traditionellen Formen der Zivilrechtsprechung kaum denkbar gewesen war.

¹⁰ Grundlegend BVerfGE 18, 85, 92 f., vgl. auch ErfK/Dieterich, GG Einl. Rn. 87 f.

a) Besonders deutlich zeigt sich das dort, wo das geltende Recht lückenhaft wirkt, und deshalb die Aufgabe der Lückenschließung den Gerichten zufällt. Solche Lücken werden ja vor allem durch das Bundesverfassungsgericht selbst gerissen, wenn es einzelne Vorschriften beanstandet und ihre Anwendung verbietet. Dann ist zwar in erster Linie der Gesetzgeber gefordert, aber häufig muss die Rechtsprechung wenigstens vorläufig oder auch ersatzweise einspringen. Im gleichen Sinne verlangt das Bundesverfassungsgericht entbehrliche Richtervorlagen durch verfassungskonforme Rechtsfortbildung entbehrlich zu machen. Bevor die Gerichte eine konkrete Normenkontrolle einleiten, sollen sie ihre Auslegungsspielräume ausschöpfen. In ihrem Vorlagebeschluss müssen sie überzeugend begründen, dass eine verfassungsgemäße Lösung unerreichbar war. Formelhafte oder rein positivistische Begründungen werden vom Bundesverfassungsgericht nicht akzeptiert. Sie führen zur Unzulässigkeit der Vorlage.¹¹

Regelungslücken sind allerdings keineswegs nur eine Folge von Interventionen des Bundesverfassungsgerichts. Die Rechtsordnung ist kein vollkommen geschlossenes System und bedarf ständiger Ergänzung und Pflege. Auch in diesem Zusammenhang bieten die Grundrechte als Überwölbung der traditionellen Rechtsquellenhierarchie ganz neue Lösungsansätze und Impulse. Am Beispiel von zwei Rechtsschöpfungen mit extremer, gesellschaftspolitischer Bedeutung kann ich das gut zeigen.

b) An erster Stelle ist hier das Allgemeine Persönlichkeitsrecht zu nennen. Inzwischen ist es zu einem Stützpfeiler für das ganze Zivilrecht geworden. Erfunden wurde es Anfang der 50er Jahre vom Bundesgerichtshof, und zwar unter Berufung auf die Allgemeine Handlungsfreiheit und den Schutz der Menschenwürde (Art. 1 und 2 GG). Anlass für diesen Griff nach den Sternen des Wertehimmels waren zwei ziemlich skurrile Fälle. Der erste betraf Hjalmar Schacht, den früheren Reichsbankpräsidenten, der im Nürnberger Kriegsverbrecherprozess freigesprochen worden war und nun eine Privatbank gegründet hatte. Darüber war in der Presse kritisch, teilweise aber unrichtig berichtet worden. Eine Gegendarstellung Schachts hatte der Verlag nur in gekürzter Form und als Le-

¹¹ Beispiele bei Dieterich, RdA 1993, 67, 70 ff.

serbrief veröffentlicht, also genau genommen manipuliert. Der Bundesgerichtshof¹² wertete dieses Verhalten als schadensersatzpflichtiges Delikt, nämlich als Verletzung des neuen Persönlichkeitsrechtes.

In dem späteren und berühmteren „Herrenreiterfall“¹³ ging der BGH dann noch weiter und verurteilte ein Unternehmen sogar zur Zahlung von Schmerzensgeld. Werbeplakate und Anzeigen hatten den rasanten Sprung eines Pferdes mit Reiter über einen Oxen gezeigt. Der Reiter hatte aber die Verwendung seines Bildes nicht genehmigt. Das lag auch fern, weil für ein Potenzmittel geworben wurde. Darin lag nach der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eindeutig eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts. Nur war hier gar kein Vermögensschaden entstanden und Schmerzensgeld gab es nach § 847 BGB nur für Körperverletzung und Freiheitsberaubung. Das ist eine Gesetzeslücke, entschied der BGH. Nach Sinn und Zweck des Gesetzes fehle hier eine Sanktion. Die könne im Prinzip nicht anders gestaltet sein als bei Körperschäden und Freiheitsverlust.

Die Empörung der Traditionalisten war gewaltig: Wo bleibt die Bindung der Gerichte an Gesetz und Recht, wenn Richter nach Gutdünken fehlende Anspruchsgrundlagen kurzer Hand zur Gesetzeslücke erklären und richterrechtlich nachbessern dürfen? Da löse sich ja jede juristische Methode im Wohlgefallen auf. Der Bundesgerichtshof ließ sich aber nicht irritieren und verwies auf seine Bindung an die Grundrechte.

Schließlich erhielt auch das Bundesverfassungsgericht Gelegenheit, zu der neuen Rechtsschöpfung Stellung zu nehmen. Anlass war in diesem Fall die Veröffentlichung eines frei erfundenen Interviews, in dem Soraya, die geschiedene Frau des Schahs von Persien, angeblich Intimitäten ihres Privatlebens ausplauderte. Die Verurteilung zu einem Schmerzensgeld von 15.000 DM wollte der Verlag nicht hinnehmen. Aber das Bundesverfassungsgericht wies seine Verfassungsbeschwerde mit deutlichen Worten zurück.¹⁴ Der Bundesgerichtshof habe die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte zutreffend erkannt und methodisch korrekt in das System der Zivilrechtsordnung integriert. Das Wertesystem der

¹² BGHZ 13, 334.

¹³ BGHZ 26, 349.

¹⁴ Urteil vom 14.2.1973 BVerfGE 34, 269.

Grundrechte finde seinen Mittelpunkt in der menschlichen Persönlichkeit, die sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft frei entfalte. Vor allem die private Sphäre bedürfe eines speziellen Schutzes, der im BGB nicht lückenlos gewährleistet werde. Eine solche Lücke müsse nach den Maßstäben praktischer Vernunft und den Gerechtigkeitsvorstellungen der Gesellschaft mit den Mitteln rationaler Argumentation geschlossen werden. Aufgabe der Rechtsprechung sei es, die Wertvorstellungen der Grundrechte umzusetzen. Das gelte auch dann, wenn sie im geschriebenen Recht zu schwach verankert seien.

c) Das zweite Lückenproblem, das die Rolle der Grundrechte deutlich macht, hat ungleich größere Dimensionen und höchste sozialpolitische Brisanz: Das Arbeitskampfrecht. Ein ganzes Rechtsgebiet, tragende Säule des kollektiven Arbeitsrechts, ist gesetzlich vollkommen ungeregelt. Obwohl Arbeitskämpfe von jeher und massenhaft zu Prozessen führen, hat der deutsche Gesetzgeber noch nie einen Fuß auf dieses verminten Gelände gesetzt. Dabei erkannte schon das Reichsgericht, dass Rechtsfragen des Arbeitskampfs nicht allein mit den Regeln des bürgerlichen Vertrags- und Deliktsrechts zu bewältigen sind. Es hatte begonnen, spezielle Grundsätze zu entwickeln, um kollektiven Konflikten besser gerecht zu werden. Das BAG hat dann in 50-jähriger Rechtsprechung mühsam ein umfangreiches Regelsystem erarbeitet. Maßstab war dabei die Funktionssicherung der Koalitionsfreiheit, also Ausgestaltung von Art. 9 Abs. 3 GG. Dabei stellten sich so weit gespannte und grundsätzliche Regelungsfragen, dass mit den traditionellen Auslegungsmethoden nichts anzufangen war. Die Rechtsprechung musste sich am eigenen Zopf aus dem Sumpf der Probleme ziehen.

Aber gesetzesvertretendes Richterrecht ist in einem demokratischen Rechtsstaat natürlich höchst problematisch. Wo bleibt die Gewaltenteilung? So war absehbar, dass das Bundesverfassungsgericht angerufen werden würde. In der Tat wehrte sich ein Arbeitgeber mit der Verfassungsbeschwerde gegen die gerichtliche Beschränkung einer Abwehraussperrung. Seine Rüge holte weit aus. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts müsse der Gesetzgeber bei allen grundlegenden Regelungsfragen die wesentlichen Entscheidungen selbst treffen (Wesentlichkeitstheorie). Außerdem stünde die Berufsfreiheit unter Ge-

setzesvorbehalt. Das habe das BAG verkannt und seine Kompetenzen überschritten.

Wiederum ließ sich das Bundesverfassungsgericht nicht beeindrucken. Die Wesentlichkeitstheorie und der Gesetzesvorbehalt gälten nur für das Verhältnis zwischen Staat und Bürger. Für zivilrechtliche Rechtsbeziehungen, also für das Verhältnis gleichgeordneter Grundrechtsträger, ergebe sich daraus nichts. Hier gelte vielmehr das rechtsstaatliche Gebot, dass jeder anhängige Rechtsstreit sachgerecht entschieden werden müsse. Wo Gesetze fehlten, bleibe den Gerichten nur der Durchgriff auf die allgemeinen Rechtsgrundlagen, insbesondere auf die Grundrechte¹⁵.

Zusammenfassend bleibt als erstes Resümee, dass die offenen Verfahrensfragen und die methodischen Probleme von der Rechtsprechung inzwischen schrittweise gelöst wurden. Die Zivilrechtsordnung wurde zu den Grundrechten hin geöffnet, ohne ihre Eigenständigkeit zu verlieren. Das Bundesverfassungsgericht respektiert den Vorrang des Zivilgesetzgebers und der Zivilgerichte, es verlangt aber, dass die Grundrechte zutreffend erkannt und angemessen berücksichtigt werden.

V. Verfassungskonformes Zivilrecht

a) Dieses Zwischenergebnis führt nun unmittelbar zu den Grundrechten selbst. Was verlangen oder erwarten diese denn inhaltlich vom Zivilrecht? Eines ist immerhin unumstritten: So wenig wie sich die Verfassung auf eine konkrete Wirtschaftsordnung festlegt, so wenig geht sie von einer bestimmten Zivilrechtsordnung aus. Es gibt kein Ideal, das man als Folie über das geltende Recht legen könnte. Jede Prüfung muss vom Schutzbereich einzelner Grundrechte ausgehen und diese auf konkrete Konflikte beziehen.

Wenn man allerdings daraufhin den Katalog der Grundrechte durchmustert stellt man irritiert fest: alle Grundrechte, die für das Zivilrecht besonders wichtig sind, setzen Zivilrecht stillschweigend voraus. Vertragsfreiheit, Berufsfreiheit, Verei-

¹⁵ Urteil vom 26.6.1991 BVerfGE 84, 212.

nigungsfreiheit, Koalitionsfreiheit, Ehe, Familie und Eigentum – alle diese Schutzbereiche beziehen sich auf eine zivilrechtliche Struktur, an die sie anschließen. Sie bedürfen der zivilrechtlichen Ausgestaltung¹⁶. Nur in Verbindung mit Zivilrecht haben sie für die Bürgerinnen und Bürger praktische Bedeutung. Die Verbindung zwischen Grundrechts- und Zivilrechtsordnung ist also keine Einbahnstraße.

Damit stellt sich dem Staat eine schwierige Doppelaufgabe, ein Drahtseilakt, dessen Kompliziertheit lange kaum erkannt wurde. Für die Bürgerfreiheiten, die ihm Grenzen setzen, muss er zunächst selbst ein rechtliches Fundament schaffen. Insoweit ist er also zur Regulierung verpflichtet – einerseits! Aber andererseits darf er den ausgestalteten Freiraum nicht strangulieren, die Freiheit nicht durch Überregulierung aushöhlen. Wo ist hier die Grenze? Wie unterscheidet man die Grundrechtsausgestaltung vom Grundrechtseingriff? Und welcher Gestaltungsfreiraum bleibt für Gesellschafts- und Sozialpolitik in Gestalt des einfachen Zivilrechts? Das alles sind grundrechtsdogmatisch heftig umstrittene Fragen. Die verschiedenen Ansätze und Lösungsvorschläge zu konkreten Konflikten würden den Rahmen meines Vortrags sprengen¹⁷. In den 90er Jahren erging dazu eine ganze Serie von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.¹⁸ Um die Brisanz und Bedeutung zu zeigen, genügt es, wenn ich mich hier auf ein Grundrecht, die Vertragsfreiheit, konzentriere und beschränke.

b) Die Privatautonomie bildet ja gleichsam das Herz des ganzen Zivilrechts. Auch für die Bürgerinnen und Bürger ist es von größter praktischer Bedeutung, das Leben nach eigenen Vorstellungen möglichst ungehindert rechtlich gestalten zu können. Das geschieht regelmäßig im Austausch mit anderen Personen, also in Vertragsform. Verträge sind freiwillige Selbstbindungen. Die Vertragspartner opfern oder vermarkten Teile ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit im wohlverstandenen Eigeninteresse. Das kann für die Beteiligten sehr langfristige und einschneidende, unter Umständen geradezu schicksalhafte Folgen haben. Aber in einer freiheitlichen Rechts- und Wirtschaftsordnung ist ein solcher Freiraum

¹⁶ Eingehend Bumke, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009.

¹⁷ Überbl.: Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001.

¹⁸ Ruffert, Rechtsprechungsbericht: JZ 2009, 389, 300 („ein wahres Feuerwerk“).

ganz unverzichtbar. Der Staat muss also privatautonome Selbstbindung respektieren. Er darf dabei unterstellen, dass ein ungestörter Vertragsmechanismus zu einem interessengerechten Ausgleich führt, und dass die Vertragspartner am besten wissen, was für sie gut ist. Seine eigenen sozial- und wirtschaftspolitischen Ziele sind grundsätzlich nachrangig.

Aber zunächst hat der Staat die Pflicht, ein funktionstaugliches Vertragsrecht zu schaffen. Er muss für die Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit der Verträge sorgen und er muss mit einem Regelwerk für die Freiwilligkeit und Transparenz der Vertragsschlüsse sorgen. Das alles ist nicht neu; es gehörte von jeher zur Kernaufgabe des Zivilrechts. Gestritten wurde zwar immer über die maßgebenden Kriterien und über die Rechtsfolgen bei Verstößen. Dass aber die Grundrechte bei solchen Kontroversen bedeutsam sein könnten, erschien der herrschenden Lehre undenkbar. Dazu bedurfte es doch des speziell zivilrechtlichen Sachverständes. So meinte man.

In diese heile Welt platzte im Jahre 1993 der Bürgschaftsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts¹⁹. Diesem folgten später weitere Entscheidungen die den neuen Ansatz konsequent ausbauten²⁰. Aber alles Wesentliche lässt sich schon an der ersten Entscheidung zeigen. Es ging damals um keinen Einzelfall, sondern ein bekanntes zivilrechtliches Problem, an dem sich schon zwei BGH-Senate zerstritten hatten: Bei der Kreditvergabe von Banken und Sparkassen war es üblich geworden, Bürgschaften von Familienangehörigen zu fordern. Diese sind aber regelmäßig nicht wirklich frei. Sie stehen unter erheblichem Solidaritätsdruck, auch wenn sie selbst an dem Darlehen gar nicht unmittelbar interessiert sind. Die Banken nutzen das natürlich aus. Vielfach verstärkten sie den Druck sogar noch durch Appelle und Beschwichtigungen. Gegen diese Praxis waren im Schrifttum bereits erhebliche Bedenken geäußert worden.

Der Fall, der schließlich bis zum Bundesverfassungsgericht gelangte, war besonders krass. Eine junge unerfahrene Frau, ungelernt und nur zeitweise als Hilfsarbeiterin tätig, hatte für die hohen geschäftlichen Kredite ihres Vaters ge-

¹⁹ 19.10.1993 BVerdGE 89, 214.

²⁰ 8.11.2000 BVerfGE 103, 18 (Ehevertrag); 26.7.2005 BVerfGE 114,1 und 73 (Lebensversicherung).

bürgt. Der Vertreter der Sparkasse hatte ihr vorher versichert, sie übernehme keine großen Verpflichtungen, er brauche das nur für seine Akten. Der Vater ging dann aber in Konkurs und die Bank verlangte nun von der Bürgin 100.000 DM, eine Schuldsumme, die im Laufe ihres Lebens nur noch gestiegen, aber niemals getilgt worden wäre. Das Oberlandesgericht hatte versucht ihr zu helfen. Die Sparkasse habe sich bei Vertragsschluss schuldhaft verhalten. Aber der BGH blieb hart und pochte auf das uralte Motto „Vertrag ist Vertrag“.

Das Bundesverfassungsgericht wertete das als verfassungswidrig und hob das Urteil auf. Im Vertragsrecht müssten beide Vertragspartner gleichermaßen ihre grundrechtlich geschützte Privatautonomie ausüben können. Deshalb seien die beiderseitigen Grundrechtspositionen so auszugestalten, dass keiner den anderen Vertragsbedingungen aufzwingen könne. Bei typisierbaren Fallgestaltungen mit strukturell ungleicher Verhandlungsstärke müsse die Zivilrechtsordnung für ausreichenden Schutz des Schwächeren sorgen. Dem BGB sei kein Vorwurf zu machen: es genüge den Anforderungen, es müsse aber auch in diesem Sinne ausgelegt und angewandt werden. Das habe der BGH verkannt. Zum Beleg wird in diesem Zusammenhang das alte Lüth-Urteil zitiert, aber unversehens ist dabei aus der diffusen Ausstrahlungswirkung eine grundrechtliche Schutzwicht des Staates erwachsen.

Der Beschluss führte wiederum – wie schon das Lüth-Urteil – zu großen Irritationen in der Zivilrechtswissenschaft. Immerhin wurde hier der BGH als oberste zivilrechtliche Autorität gerügt. Eigentlich hatte das Bundesverfassungsgericht seinen Einfluss aber gar nicht erweitert; es hatte ihn nur konkretisiert und begrenzt. Die grundrechtliche Schutzwicht des Staates soll nämlich nur dann virulent werden, wenn auffällige und strukturelle Schutzlücken erkennbar sind, zum Beispiel bei typisierbaren Störungen im Vertragsmechanismus. Insoweit gilt nun für Gesetzgebung und Rechtsprechung ein „Untermaßverbot“. Für das Arbeitsrecht hat das besonders weitreichende Konsequenzen. Alle Schutzvorschriften und das ganze Koalitionsrecht erhält dadurch ein grundrechtliches Fundament und die Tarifautonomie erscheint als Fortsetzung der Vertragsautonomie mit kollektiven Mitteln. Aber am wichtigsten ist nach meiner Ansicht eine grundrechtsdogmatische Erkenntnis: Das Freiheitspostulat des Grundgesetzes ist nicht

rein defensiv zu verstehen. Sein Ideal ist nicht der Nachtwächterstaat. Es geht um die Chancengleichheit in einem aktiven Sozialstaat.

VI. Schlussbemerkung

Damit sollte ich abschließen. Ihre Aufnahmefähigkeit ist erschöpft und es gibt ja auch noch eine Diskussionsrunde. Ich hoffe sie von der großen Bedeutung der Grundrechte im Zivilrecht überzeugt zu haben. Aber auch den langen und mühsamen Lernprozess wollte ich Ihnen dabei zeigen. Wenn Sie die weitere Entwicklung nun mit geschärftem Interesse verfolgen können, war unser heutiges Zusammensein keine Zeitverschwendung.

SILKE RUTH LASKOWSKI

Gleichberechtigung und Demokratie

11. November 2009



Prof. Dr. Silke Ruth Laskowski
Fachgebiet Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht mit
Schwerpunkt Umweltrecht an der Universität Kassel

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|------|---|-----|
| I. | Einleitung | 121 |
| II. | Die mangelnde paritätische Besetzung des Deutschen Bundestages | 123 |
| III. | Die gleichberechtigte demokratische Teilhabe von Frauen und Männern | 127 |
| 1. | Legitimationskette | 128 |
| 2. | Repräsentative Demokratie, Art. 38 GG | 129 |
| 3. | Parteidemokratie, Art. 21 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 GG | 129 |
| IV. | Gesetzliche Regelung zur paritätischen Besetzung von Kandidatenlisten und Wahlkreisen | 131 |
| 1. | Demokratische Verspätung von Frauen | 131 |
| 2. | Keine effektive Einflussnahme des Wahlvolks auf die Kandidatenaufstellung | 132 |
| 3. | Gesetzliche Quotenregelung | 133 |
| a) | Parteienfreiheit, Art. 21 Abs. 1 S. 2 GG und Wahlvorschlagsfreiheit der Parteien, Art. 38 Abs. 1 GG | 133 |
| b) | Grundrecht der Gleichberechtigung, Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 GG; Fördergebot, Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG | 135 |
| c) | Grundsatz der Verhältnismäßigkeit | 135 |
| 4. | Gesetzgebungskompetenz | 139 |
| V. | Resümee | 139 |

Meine sehr verehrten Damen und Herren, ich freue mich sehr, Sie heute zu meiner Antrittsvorlesung in Kassel begrüßen zu dürfen.

I. Einleitung

Der Titel meines Vortrags, „Gleichberechtigung und Demokratie“, den ich in Anknüpfung an den 60. Geburtstag des Grundgesetzes gewählt habe, betrifft hochaktuelle verfassungsrechtliche Fragen, und zwar Fragen

- der legitimem staatlichen Herrschaft auf der
- Grundlage des grundgesetzlichen Konzepts der repräsentativen Demokratie und der
- gleichberechtigten demokratischen Teilhabe aller Bürgerinnen und Bürger.

Ein Blick auf den im September neu gewählten Deutschen Bundestag zeigt, worum es geht. Denn der ist, wie die Süddeutsche Zeitung am 30. September ganz richtig titelte, „irgendwie nicht repräsentativ“. Oder anders ausgedrückt – und nun darf ich die FAZ zitieren: Im neuen Bundestag ist „der Prototyp männlich, 49 Jahre alt.“

Tatsächlich sind von den insgesamt 622 Abgeordneten 418 männlich und nur 204 weiblich. Diese Männer-Frauen-Bilanz – rund 70 % Männer und 30 % Frauen – spiegelt in keiner Weise das Wahlvolk wider. Denn dieses besteht mehrheitlich aus Frauen: 32 Millionen Wählerinnen stehen hier 30 Millionen Wählern gegenüber. Die Mehrheit des Wahlvolks und deren Interessen, also die Wählerinnen, sind demnach nicht angemessen im 17. Deutschen Bundestag repräsentiert. Das waren sie übrigens seit Gründung der Bundesrepublik Deutschland nie.

Allerdings zeigt ein Rückblick, dass die Bilanz früher noch sehr viel bescheidener ausfiel: So lag der Anteil der männlichen Abgeordneten 1957 bei 89,3 % und 1972 sogar bei 94,2 %. Erst seit 1998 stagniert der Anteil der weiblichen Abgeordneten immerhin bei etwa 30 %, allerdings nur aufgrund parteiinterner

Gleichstellungsquoten der Parteien Grüne, SPD und Linke, deren Satzungen eine paritätische, also gleichmäßige Besetzung der Kandidatenlisten mit Frauen und Männern vorschreiben.

Die unausgeglichene Männer-Frauen-Bilanz hat – abgesehen von der Optik – eine bislang kaum beachtete aber dennoch weit reichende Konsequenz. Denn, um noch einmal die FAZ zu zitieren, auch der bundesdeutsche Gesetzgeber ist natürlich im „Prototyp männlich, 49 Jahre alt“. Und dieser Umstand ist nicht unwichtig.

Denn ein interdisziplinärer Blick auf die Erkenntnisse der Politikwissenschaft verrät uns, dass die Qualität politischer Entscheidungen nicht zuletzt vom Vorverständnis und den Präferenzen der an der Entscheidung Beteiligten abhängt. Betrachten wir nun den Prototyp des Bundestagsabgeordneten, so ist anzunehmen, dass dessen Vorverständnis und Präferenzen – unausgesprochen – durch männliche Erfahrungen und Erwartungen auch an das Rollenverhalten von Frauen und Männern geprägt ist. Diese liegen allen politischen Entscheidungen unausgesprochen und mehr oder weniger bewusst zugrunde. Zudem können sich bekanntlich die mit einer politischen Entscheidung verbundenen Kosten sowie der Nutzen auf unterschiedliche Bevölkerungsgruppen in unterschiedlicher Weise verteilen, also auch in unterschiedlicher Weise auf Frauen und Männer. Dass hier vielfach gesetzliche Regelungen zu Lasten von Frauen getroffen wurden und werden ist bekannt und wird durch die Judikate des BVerfG auch immer wieder festgestellt – aktuell etwa im letzten Jahr, die Entscheidung zum öffentlichen Dienst, in der das BVerfG die Regelung über den Versorgungsabschlag für ehemals teilzeitbeschäftigte Beamtinnen und Beamte nach dem BeamtenVersorgungG als mittelbar diskriminierend gegenüber Frauen gewertet hat.¹

Somit wird deutlich, dass die Zusammensetzung des Bundestags mit Parlamentarierinnen und Parlamentariern auf die Qualität der politischen Entscheidung, insbesondere auf die Gesetzgebung, unmittelbar Einfluss nimmt.

¹ BVerfG 2. Senat v. 18.06.2008, BVerfGE 121, 241.

Hier zeigen sich auch die Verbindungslien zwischen den Begriffen Gleichberechtigung und Demokratie.

Der 60. Geburtstag des Grundgesetzes und damit auch des Gleichberechtigungsgesetzes in Art. 3 Abs. 2 GG ist daher ein guter Anlass, um einmal der Frage nachzugehen,

-ob die mangelnde paritätische Besetzung des Deutschen Bundestages eigentlich dem in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG verankerten Demokratiekonzept des Grundgesetzes entspricht

-und mit dem in Art. 20 Abs. 2 S. 2, Art. 21 Abs. 1 S. 3 und Art. 3 Abs. 2 GG verankerten Gebot der gleichberechtigten demokratischen Teilhabe von Frauen und Männern vereinbar ist.

Darauf werde ich im Folgenden näher eingehen.

Drei Thesen sollen dabei im Vordergrund stehen:

1. These: Die mangelnde paritätische Besetzung des Deutschen Bundestages begünstigt „ungleichberechtigte“ politische Entscheidungen und Gesetze.

2. These: Das grundgesetzliche Demokratiekonzept der Volkssouveränität bietet die effektive gleichberechtigte demokratische Teilhabe von Frauen und Männern nach Art. 20 Abs. 2 S. 2, Art. 21 Abs. 1 S. 3 und Art. 3 Abs. 2 GG.

3. These: Ein verfassungskonformes und verfassungsrechtlich gebotenes Mittel zur Durchsetzung der effektiven gleichberechtigten demokratischen Teilhabe von Frauen und Männern ist eine verbindliche gesetzliche Regelung zur paritätischen Besetzung von Kandidatenlisten und Wahlkreisen durch die politischen Parteien für die Wahl zum Deutschen Bundestag.

II. Die mangelnde paritätische Besetzung des Deutschen Bundestages

1. Hier kann ich zunächst an meine obigen Ausführungen zu den Erkenntnissen der Politikwissenschaft anknüpfen.

2. Für die Richtigkeit der These spricht zudem das Ergebnis einer Analyse der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 Abs. 2 GG. Betrachtet man die Entscheidungen, die Verstöße gegen das Gleichbehandlungsgebot durch gesetzliche Regelungen betreffen, so wirkten sich diese überwiegend zum Nachteil von Frauen aus oder ließen ein traditionelles Rollenmodell erkennen.

3. Darüber hinaus wird die Bedeutung einer paritätischen Gremienbesetzung sehr deutlich, wenn man einen historischen Blick auf die Anfänge des Gleichberechtigungsgebots und die anschließende Verfassungsentwicklung wirft. Erlauben Sie mir daher eine kurze Retrospektive auf die Tätigkeit des Parlamentarischen Rats, der 1948/49 innerhalb von acht Monaten das GG formulierte, und den seinerzeitigen Streit um das Gleichberechtigungsgebot.

Das Rechtsverständnis der männlichen Ratsmitglieder (94 % Männer) schloss anfangs die verfassungsrechtliche Sicherung gleicher Rechte und Freiheiten von Männern und Frauen nicht mit ein. Die Formulierung in Artikel 3 Absatz 2 „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“, war Ende der 1940er Jahre geradezu revolutionär. Denn die Norm stellte das geltende Recht und die den Frauen darin zugewiesene Rechtsstellung nicht nur grundlegend in Frage, sondern lehnte diese als diskriminierend rundheraus ab. Aus diesem Grund stieß sie bis zum Schluss auf eine klare Ablehnung der Ratsmehrheit, denn sie erkannte – völlig zu Recht – einen Widerspruch zum seinerzeit geltenden Familienrecht im BGB, das – auf dem Stand von 1900 – Frauen klar benachteiligte.

Dass das Gleichberechtigungsgebot nach heftigen Auseinandersetzungen im Rat am Ende doch in das Grundgesetz aufgenommen wurde, haben wir daher nicht den 61 stimmberechtigten Vätern, sondern ausschließlich den vier stimmberechtigten Müttern des Grundgesetzes zu verdanken – ganz konkret Elisabeth Selbert, promovierte Juristin, streitbare SPD-Angeordnete und zudem eine echte Kassianerin. Sie wurde 1896 in Kassel geboren und starb hier 1986 mit fast 90 Jahren.

Sie war es, die in der ersten Lesung des Hauptausschusses die Formulierung „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“, einbrachte. Um die Widerstände der männlichen Ratsmitglieder auszuräumen, erarbeitete sie gemeinsam mit der spä-

teren Richterin am Bundesverfassungsgericht Wiltraud Rupp-von Brünneck eine Übergangsregelung, wonach das dem Gleichberechtigungsgrundsatz entgegenstehende Recht bis zum 31. März 1953 seine Gültigkeit behalten sollte – die Regelung findet sich heute in Art. 117 GG.

Doch dieses „Kompromissangebot“ führte zunächst nicht zum Erfolg, denn nach einer erregten Debatte wurde der Regelungsvorschlag abgelehnt. Angenommen wurde stattdessen die engere Fassung „Männer und Frauen haben die gleichen staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten“, die jedoch wenige Tage später vom Allgemeinen Redaktionsausschuss – bestehend aus je einem Abgeordneten von CDU, SPD und FDP – einfach wieder gestrichen wurde.

Daraufhin aktivierte Frau Selbert die Öffentlichkeit und löste eine unvorhergesehene Protestwelle aus. „Körbeweise“, so schrieb sie später, erreichten Protestschreiben von Frauen und Frauenverbänden den Parlamentarischen Rat, auch parteiübergreifende Proteste aller weiblichen Landtagsabgeordneten – ausgenommen nur die bayerischen. Erst vor diesem Hintergrund wurde Artikel 3 Absatz 2 schließlich am 18. Januar 1949 in der zweiten Lesung der Grundrechte im Hauptausschuss angenommen und am 23. Mai 1949 mit dem Grundgesetz verkündet.

Zieht man an dieser Stelle ein kurzes Resumee, so zeigt sich rückblickend, dass die vehemente Ablehnung des Gleichberechtigungsgrundsatzes nicht auf Sachgründen beruhte, sondern allein durch die mangelnde paritätische Besetzung des Parlamentarischen Rates zu erklären ist, der zu 94 % mit Männern besetzt war. Dass diese mangels eigener geschlechtsspezifischer Diskriminierungserfahrungen und angesichts ihrer privilegierten Rechtsstellung kein besonderes Bewusstsein und auch kein besonderes Interesse an einer Angleichung der Reststellung von Frauen an die der Männer besaßen, ist deutlich erkennbar.

Jetzt könnte man einwenden: „Alles Schnee von gestern“. Aber nein, meine Damen und Herren, ich darf Ihnen versichern, so ist es nicht.

4. Denn – und jetzt betrachte ich die weitere Verfassungsentwicklung – ein „deja vu“ gab es 45 Jahre später, anlässlich der GG-Änderung vom 27.10.1994, auf

der die heutige Fassung des Artikels 3 Absatz 2 beruht. Seitdem heißt es nicht nur „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“, sondern in Satz 2 auch:

„Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“

Hintergrund der Verfassungsreform war die Wiedervereinigung Deutschlands, durch die verschiedene Änderungen des Grundgesetzes notwendig wurden. Sie betrafen laut Artikel 31 des Einigungsvertrags auch die „Weiterentwicklung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern“ und die „Vereinbarkeit von Beruf und Familie“.

1992 setzten Bundestag und Bundesrat eine gemeinsame Verfassungskommission ein, versäumten aber trotz entsprechender Forderungen die paritätische Besetzung der Kommission, so dass der Frauenanteil nicht einmal den Umfang einer Sperrminorität erreichte. Auch diese Verfassungskommission tat sich mit dem Gleichberechtigungsgebot und seiner Novellierung sehr schwer, obgleich ihr zahlreiche konstruktive Änderungsvorschläge u. a. vom Deutschen Juristinnenbund vorlagen. Ähnlich wie 1949 kam es schließlich zu einer bundesweiten parteiübergreifenden Fraueninitiative, die in etwa 200.000 Schreiben eine Nachbesserung des Artikels 3 Abs. 2 GG forderte. Dies führte immerhin dazu, dass die Kommission am Ende eine GG-Änderung zugunsten von Frauen empfahl.

Dass es 1994 schließlich zur Verankerung der staatlichen Aufgabe zur tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung in Art. 3 Absatz 2 Satz 2 GG kam, war somit auch 45 Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes keine Selbstverständlichkeit. Ein entscheidender Grund für die zähe Novellierung lässt sich m. E. in der fehlenden paritätischen Besetzung der Kommission erkennen.

Und wie sieht es heute aus? Nun – Unverändert.

5. Der 1994 in die Verfassung aufgenommene staatliche Gleichstellungsauftrag aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG richtet sich heute in erster Linie darauf, verschleierte, vor allem strukturelle Benachteiligungen von Frauen zu beseitigen, die Frauen

„ausbremsen“ und ihre gleichberechtigte berufliche und wirtschaftliche Teilhabe erschweren. Dabei handelt es sich um vermeintlich neutrale Maßnahmen und Normen, die jedoch einseitig zu Lasten von Frauen wirken. Die Rede ist von „mittelbarer Diskriminierung“.

Um nur das prägnanteste Beispiel zu nennen: Die faktisch fehlende Entgeltgleichheit, obgleich das Entgeltgleichheitsgebot seit 60 Jahren in Art. 3 Abs. 2 GG und seit 1972 auch in Art. 141 EGV verankert ist. Hier fehlt es bis heute an der gebotenen einfachgesetzlichen Ausgestaltung zur Durchsetzung des Entgeltgleichheitsgebots. Der bekannte „gender pay gap“ ist damit vorprogrammiert: Männer verdienen in Deutschland etwa 25 % mehr als Frauen, dies wird statistisch jedes Jahr neu belegt. Ursächlich sind meist intransparente Leistungsbewertungen von Unternehmen, die sich im jeweiligen Entgelt geschlechtsspezifisch niederschlagen. Nicht individuelles Verhandlungsgeschick, sondern verdeckte diskriminierende Entgeltstrukturen sind entscheidend. Diese ließen sich durch eine gesetzliche Pflicht zur Offenlegung der Strukturen ändern. Aber der Gesetzgeber schaut trotz verfassungsrechtlicher Pflicht zur Sicherung der Entgeltgleichheit seit 60 Jahren lieber untätig zu.

Die Bereitschaft der Abgeordneten hier tätig zu werden, tendiert also seit 60 Jahren gen Null. Dies lässt auf ein wirtschafts- und gleichstellungspolitisches Verständnis schließen, das die bestehenden Entgeltstrukturen für Frauen und Männer offenbar angemessen findet. Die Kosten der Entgeltungleichheit und der verweigerten Gesetzgebung trägt ausschließlich die weibliche Bevölkerung.

Ich denke, dieser Überblick reicht aus, um meine 1. These zu stützen.

III. Die gleichberechtigte demokratische Teilhabe von Frauen und Männern

Ich widme mich im Folgenden dem Demokratiekonzept des GG unter der Fragestellung, ob dieses die gleichberechtigte demokratische Teilhabe der Bürgerinnen und Bürger einschließt.

Das Demokratiekonzept des GG findet seinen dogmatischen Anknüpfungspunkt in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG und basiert auf dem Gedanken der „Volkssouveräni-

tät“. Es dient der Legitimation, also der Rechtfertigung staatlicher Herrschaft, die in der Bundesrepublik „vom Volke“ ausgeht. So steht es in Art. 20 GG.

Demokratie im Sinne von Volkssouveränität verlangt die Ausübung aller Staatsgewalt durch „das Volk“ – und zwar durch Wahlen und Abstimmungen „und durch besondere Organe“ der drei Staatsgewalten (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG). Das Volk soll durch die Parlamentswahlen, darüber hinaus aber auch außerhalb der Wahlen stets präsent bleiben.

1. Legitimationskette

Das Demokratieprinzip verlangt nach der Rechtsprechung des BVerfG² eine hinreichende Legitimation der Staatsgewalt durch das Volk, d. h. ein bestimmtes Legitimationsniveau. Zentrales Element des grundgesetzlichen Demokratiekonzepts ist daher die Legitimationskette, die

- erstens sicherstellen soll, dass die politische Herrschaftsgewalt auf das Volk rückführbar ist und,
- zweitens, dass das Volk effektiven Einfluss auf die Ausübung der politischen Herrschaft hat.³

Dabei legt das BVerfG in seinen neueren Entscheidungen in Bezug auf das Staatsvolk als Legitimationssubjekt eine deutlich individualistischere Sicht zugrunde. So spricht es etwa in der Wasserverbandsentscheidung (2. Senat) ausdrücklich von der „Gesamtheit der Bürger“⁴ – und meint damit, ich übersetze in korrektes Deutsch, die Gesamtheit der Bürgerinnen und Bürger.

Um die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erforderliche Rückbindung der Staatsgewalten an den „Volkswillen“ zu gewährleisten, bedarf es also des effektiven Einflusses der Gesamtheit der Bürgerinnen und Bürger auf die Gewaltausübung durch die staatlichen Organe.

² BVerfGE 93, 37, 66; BVerfGE 107, 59, 87.

³ BVerfGE 93, 37, 66.

⁴ BVerfGE 107, 59, 87.

2. Repräsentative Demokratie, Art. 38 GG

Das Demokratiekonzept wird ergänzt durch Art. 38 GG, der die Volkswahl zum Deutschen Bundestag normiert. Hier sind die Wahlrechtsgrundsätze geregelt, Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG, die die allgemeine, unmittelbare, freie, gleiche und geheime Wahl sichern. Sie stellen eine wichtige Ausprägung des Demokratieprinzips dar.

Darüber hinaus normiert Satz 2 das Repräsentationsprinzip. Abgeordnete sind danach Vertreterinnen und Vertreter des „ganzen Volkes“. Folglich wird der Deutsche Bundestag anstelle und im Namen des Volkes tätig, er repräsentiert und vertritt die Gesamtheit der Bürgerinnen und Bürger.

3. Parteidemokratie, Art. 21 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 GG

Eine weitere wichtige Ergänzung erfährt Art. 20 GG durch Art. 21 GG, der den politischen Parteien einen verfassungsrechtlichen Status einräumt und ihnen die Aufgabe zuweist, an der Willensbildung des Volkes mitzuwirken. Erst die Gründungsfreiheit und der freie Wettbewerb der Parteien, so das BVerfG, „machen Demokratie erst möglich“.⁵ Politischen Parteien kommt demnach eine besondere Funktion in der repräsentativen Demokratie zu.

Parteien werden verfassungsrechtlich als politische Handlungseinheiten betrachtet, deren die heutige Demokratie bedarf, um den Wählerinnen und Wählern wirksamen Einfluss auf das staatliche Geschehen zu ermöglichen. Nur deshalb erkennt das Grundgesetz die Parteien als notwendige Instrumente der politischen Willensbildung des Volkes an und erhebt sie in den Rang einer verfassungsrechtlichen Institution. Gemeinsam mit Art. 20 GG sichert Art. 21 GG also die moderne parteienstaatliche Demokratie in Bund und Ländern.

Um ihrer Funktion gerecht zu werden, bedürfen politische Parteien daher einer innerparteilichen Organisation, die im Rahmen der repräsentativen Demokratie den Willen der Bürgerinnen und Bürger politisch effektiv zum Ausdruck bringt.

⁵ BVerfGE 111, 382, 404.

gen kann, um die Legitimationsvermittlung zwischen Volk und Staatsgewalt zu gewährleisten.

Hier wird das Gebot der innerparteilichen Demokratie in Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG relevant. Danach muss die innere Ordnung der Parteien demokratischen Grundsätzen entsprechen. Es stellt die notwendige Ergänzung der den Parteien zugeschriebenen Mitwirkungsaufgabe dar. Es zielt darauf, dem Volk, also der Gesamtheit aller Bürgerinnen und Bürger, „einen effektiven Einfluss auf die Ausübung der Staatsgewalt durch die staatlichen Organe“ zu vermitteln. Hier zeigt sich der enge Zusammenhang des Art. 21 GG mit dem Demokratieprinzip in Art. 20 GG und dem parlamentarischen Regierungssystem.

Dementsprechend erweist sich das Parteiwesen und dessen rechtlicher Schutz lediglich – und nun zitiere ich den Kollegen *Morlock* – als die insoweit „gebotene Spezifizierung der Volkssouveränität und (...) zentrales Element der Ausgestaltung des Demokratieprinzips“.⁶

Mit anderen Worten: Das Parteiwesen genießt nur deshalb den durch Art. 21 GG vermittelten verfassungsrechtlichen Schutz, weil das GG an die Parteien die Erwartung und die Forderung stellt, dass sie mit Hilfe ihrer innerparteilichen Struktur und Organisation die verfassungsrechtlich gebotene effektive Einflussnahme der Bürgerinnen und Bürger auf die Staatsorgane anstreben und sichern. Dann müssen Organisation und Struktur der Parteien aber auch so ausgestaltet sein, dass die effektive Einflussnahme durch eine repräsentative „Spiegelung“ des gesamten Volkes und seiner Interessen über die Parteien im Deutschen Bundestag möglich wird.

Also halte ich an dieser Stelle fest, dass das grundgesetzliche Demokratiekonzept der repräsentativen parlamentarischen Demokratie i. S. von Art. 20, 21 und 38 GG die effektive, gleichberechtigte, demokratische Teilhabe der Bürgerinnen und Bürger voraussetzt und umfasst.

⁶ Dreier-*Morlok*, GG Bd. II 2. Aufl. 2006, Art. 21 Rn. 19.

IV. Gesetzliche Regelung zur paritätischen Besetzung von Kandidatenlisten und Wahlkreisen

Ich gehe daher im Folgenden der Frage nach, ob eine verbindliche gesetzliche Regelung zur paritätischen Besetzung von Kandidatenlisten und Wahlkreisen durch die politischen Parteien im Vorfeld der Bundestagswahlen – mit anderen Worten: eine gesetzliche Quotenregelung – verfassungsrechtlich zulässig wäre und u. U. sogar geboten ist.

Denn angesichts der im Bundestag von jeher herrschenden unausgeglichenen Männer-Frauen-Bilanz zeigt sich, dass eine effektive Einflussnahme auf die Ausübung politischer Herrschaft bislang überwiegend nur einem Bevölkerungsteil möglich ist, nämlich dem männlichen. Damit erweist sich die gebotene Spezifizierung der Volkssouveränität durch das Parteiwesen derzeit insgesamt als defizitär. Organisation und Struktur des Parteiwesens sind insgesamt betrachtet nicht so ausgestaltet, dass eine effektive Einflussnahme durch eine repräsentative „Spiegelung“ des gesamten Volkes und seiner Interessen über die Parteien im Deutschen Bundestag möglich ist.

Daran ändern auch die partiinternen Quotierungsregeln der drei eingangs genannten Parteien nichts, die seit 1998 für einen Parlamentarierinnenanteil von 30 % sorgen. Sie zeigen aber, dass die geringe Zahl von Parlamentarierinnen nicht darauf zurückgeführt werden kann, dass sich keine Kandidatinnen für aussichtsreiche Listenplätze finden ließen.

1. Demokratische Verspätung von Frauen

Und die anderen Parteien? Hier wirkt sich der historisch zu erklärende demokratische Vorsprung von Männern in allen politischen Bereichen zum Nachteil von Frauen aus. Ein Blick auf die historische Entwicklung des demokratischen Parlamentarismus zeigt, dass sich dieser bis Anfang des 20. Jahrhunderts ausschließlich auf Männer bezog. Das Verständnis von Parlamentarismus und dessen Funktion im Rahmen eines repräsentativen Systems – ebenso wie der Gedanke der Repräsentation des ganzen Volkes – änderte sich in Deutschland erst durch die Einführung des aktiven und passiven Wahlrechts von Frauen am

12. November 1918 im Zuge der „Novemberrevolution“ und dessen spätere Verankerung in Art. 22 WRV. Zu diesem Zeitpunkt hatten sich die bis dahin Männern vorbehaltenen politischen Vereine des 19. Jahrhunderts bereits zu politischen Parteien entwickelt, die ausschließlich von Männern dominiert wurden. Erst 1908, nach Änderung des Vereinsrechts, erhielten Frauen die Möglichkeit, Mitglied einer politischen Partei zu werden. Sie mussten sich seither in die verfestigten Strukturen einfügen. Die demokratische Verspätung von Frauen in politischen Institutionen führte dazu, dass staatliche Institutionen in der repräsentativen Demokratie bis heute durch Geschlechterhierarchien und mangelnde Chancengleichheit geprägt sind.

Vor allem dadurch erklärt sich der deutlich höhere Anteil von Männern in allen staatlichen Organisationen, egal ob Bundestag oder Bundesregierung. Dies hat übrigens auch Auswirkungen auf die inhaltliche Ebene, denn – wie politikwissenschaftliche Untersuchungen zeigen – gewissermaßen zwangsläufig orientieren sich auch die politischen Themen eher an männlichen Interessen.

2. Keine effektive Einflussnahme des Wahlvolks auf die Kandidatenaufstellung

Volksherrschaft in Verbindung mit der Idee der repräsentativen Demokratie zielt aber auf Widerspiegelung der spezifischen Anliegen der männlichen und weiblichen Bevölkerung im politischen System. Diese Interessen können aber nur mit Hilfe der entsprechenden Repräsentantinnen und Repräsentanten im Parlament „gespiegelt“, also zur Sprache gebracht werden.

Da das Volk auf die Auswahl der von den Parteien aufgestellten Kandidatinnen und Kandidaten keinen Einfluss hat, ist eine effektive Einflussnahme des Volkes insoweit nicht möglich – das Wahlvolk kann letztlich nur entscheiden, überhaupt irgendeine Partei(-liste) zu wählen oder aber der Wahl fernzubleiben. Daher kommt dem geschlechterdemokratischen Verhalten der Parteien im Vorfeld der Wahl entscheidendes Gewicht zu – also der im Vorfeld stattfindenden innerparteilichen Personenauswahl und der dabei zugrunde gelegten Kriterien. Dies gilt in besonderem Maße für die Besetzung der Kandidatenliste. Denn die Zu-

sammensetzung des Bundestages hängt primär von den mit der Zweitstimme über die Kandidatenliste gewählten Personen ab. Daher kommt gerade einer paritätischen Besetzung der Listen für die paritätische Besetzung des Deutschen Bundestages entscheidende Bedeutung zu.

Die Parteien orientieren sich jedoch bislang bei der Besetzung ihrer Listen nur teilweise an dem Gedanken der geschlechtergerechten demokratischen Repräsentation des Volkes und dem Erfordernis der chancengleichen, demokratischen Teilhabe von Frauen und Männern. So finden sich in den Satzungen nur zum Teil und in unterschiedlicher Ausgestaltung Regelungen in Form von sog. Frauenquoten oder -quoren. Zwischen 1979 und 1996 führten zwar die meisten Parteien – DIE GRÜNEN (1979), SPD (1988) und CDU (1996, „Quorum“), 2007 DIE LINKE – in ihren Statuten parteiintern unterschiedliche Frauenquoten und -quoren ein, die Steuerungskraft vor allem des CDU-Quorums ist aber sehr begrenzt. Zudem haben die Parteien FDP und CSU bis heute weder eine Frauenquote noch ein -quorum in ihre Satzung aufgenommen, so dass hier jede Steuerungskraft fehlt.

Allein freiwillige, parteiinterne Maßnahmen vermochten daher bis heute die chancengleiche, demokratische Teilhabe von Frauen an der Gesetzgebung nicht zu gewährleisten.

3. Gesetzliche Quotenregelung

Zur Sicherung der chancengleichen demokratischen Teilhabe bedarf es meiner Ansicht nach daher einer effektiven (d.h. im Hinblick auf die Zielerreichung wirksamen) und dem Schutzgut der demokratischen Teilhabe angemessenen Maßnahme – also einer verbindlichen gesetzlichen Regelung für alle Parteien, die die innerparteiliche Demokratie ausgestaltet.

a) Parteienfreiheit, Art. 21 Abs. 1 S. 2 GG und Wahlvorschlagsfreiheit der Parteien, Art. 38 Abs. 1 GG

Dies läuft auf eine gesetzliche Quotenregelung hinaus. Ob Quotenregelungen als bloße Ausgestaltung der innerparteilich geltenden demokratischen Grundsätze

zu betrachten sind (Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG) oder als rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung der Betätigungs- und Wahlvorschlagsfreiheit der Parteien, wird unterschiedlich beurteilt.

Meiner Ansicht nach spricht aber alles für eine bloße Ausgestaltung der Parteienfreiheiten im Rahmen der innerparteilichen demokratischen Grundsätze, die die effektive demokratische Teilhabe von Frauen im Sinne des „Prinzips der fairen Chancengleichheit“ (John Rawls) für beide Geschlechter umfasst.

Im Übrigen gilt heute als Kerngehalt des Demokratiegebots der allgemeine Gleichheitssatz. Er stellt eines der tragenden Konstitutionsprinzipien der freiheitlich-demokratischen Verfassung dar und wird insbesondere durch die speziellen Gleichheitssätze des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 konkretisiert. Vor diesem Hintergrund zielt die über Parteien vermittelte „Volksherrschaft“ aus der Perspektive des 21. Jahrhunderts zwingend auf eine faire, gleichberechtigte, demokratische Teilhabe von Frauen und Männern an der politischen Herrschaftsausübung.

Quotenregelungen dienen daher der Absicherung der gleichberechtigten politischen Teilhabe und stellen daher lediglich eine Ausgestaltung des Demokratiegebots dar, um den Willen der Wählerinnen und Wähler in der Parlamentsdemokratie angemessen und effektiv zum Ausdruck zu bringen.

Aber letztlich kommt es darauf, ob eine Quotenregelung die Parteienfreiheit beeinträchtigt oder im Hinblick auf das Demokratiegebot lediglich ausgestaltet, m. E. auch gar nicht an. Denn selbst dann, wenn man einen Eingriff in die Parteienfreiheit gem. Art. 21 Abs. 1 S. 2 GG und in den Grundsatz der Wahlfreiheit in Form der Wahlvorschlagsfreiheit der Parteien nach Art. 38 Abs. 1 GG bejahen wollte, wären diese Eingriffe – an deren Rechtfertigung identische Anforderungen zu stellen sind – in jedem Fall gerechtfertigt. Denn als rechtfertigende Gründe kämen hier spezielle Verfassungsvorschriften in Betracht – zunächst das staatliche Fördergebot aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG, darüber hinaus das die Parteien bindende Verfassungsgebot der inneren demokratischen Ordnung gem. Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG i. V. m. der staatlichen Schutzpflicht für die Durchsetzung des Verfassungsgebots.

b) Grundrecht der Gleichberechtigung, Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 GG; Fördergebot, Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG

Zu prüfen bliebe schließlich, ob eine Quotenregelung, die zugunsten von Kandidatinnen wirkt, das Grundrecht der Gleichberechtigung gem. Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 GG verletzt, da sich eine Quote zugunsten von Frauen gleichzeitig als Benachteiligung von Männern auswirkt. Das Quotierungsmodell muss sich daher an den speziellen Gleichheitssätzen des Art. 3 Abs. 2 S. 1 und Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG messen lassen. Danach darf das Geschlecht nach Art. 3 Abs. 3 S. 1, Abs. 2 S. 1 GG grundsätzlich nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden.

Allerdings können geschlechtsbezogene Ungleichbehandlungen, die zu einer Benachteiligung von Männern führen, durch das Fördergebot in Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG gerechtfertigt werden. Die Quotierung stellt eine solche Fördermaßnahme i. S. v. Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG dar. Indem sie die einseitige Dominanz eines Geschlechts auf der Kandidatenliste verhindert, wirkt sie der Privilegierung dieses (bislang überrepräsentierten) Geschlechts bei den Wahlen entgegen. So erlangen nicht nur die Angehörigen des bislang überrepräsentierten, sondern auch die Angehörigen des anderen Geschlechts eine faire, gleichberechtigte Chance auf ein listenvermitteltes Mandat.

Darüber hinaus bekommt das gesamte Wahlvolk die faire Chance auf realistische Spiegelung seiner Interessen (Themen) im Deutschen Bundestag. Eine verbindliche Frauenquote gestaltet daher nicht nur das Demokratiegebot aus, sondern erfüllt gleichzeitig auch den Verfassungsauftrag aus Art. 3 Abs. 2 GG und verstößt daher in keiner Weise gegen das Gebot der Gleichberechtigung von Frauen und Männern (keine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts).

c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Vor diesem Hintergrund möchte ich nun der Frage nachgehen, ob eine für alle Parteien verbindliche, gesetzliche Quotenregelung auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. Hier kommt es darauf an, dass die Regelung sowohl

geeignet, als auch erforderlich und angemessen ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen.

Zweifel an der Geeignetheit einer gesetzlichen Regelung, das Ziel der faktischen Gleichberechtigung zu erreichen, indem auch Frauen die faire Chance eingeräumt wird, Mandate im Parlament zu erlangen, bestehen nicht. Die Eignung einer für alle Vorschlagslisten geltenden Quotierungsregelung, die die Faktoren kompensiert, welche für die Unterrepräsentanz von Frauen ursächlich sind, ist gewissermaßen „evident“.

Es könnte sich allerdings vielleicht die Frage stellen, ob gerade eine gesetzliche Regelung auch erforderlich ist – oder ob nicht als milderes, gleich wirksames Mittel auch eine freiwillige Quotenregelung in den Satzungen aller Parteien ausreichen könnte.

Nun, einmal abgesehen davon, dass freiwillige Regelungen in ihrer Steuerungskraft davon abhängen, dass sich auch wirklich alle Parteimitglieder freiwillig an diese Regelungen halten – und das ist ja nicht immer der Fall – zeigt spätestens ein Blick auf den Frauenanteil in den verschiedenen Fraktionen des Deutschen Bundestages, dass freiwillige Regelungen nur sehr begrenzt als Alternative in Betracht kommen.

Betrachtet man den Frauenanteil in den Fraktionen seit 1994, so zeigt sich, dass vor allem das „Quorenmodell“ der CDU schon mangels Eignung nicht in Betracht kommt, da der Anteil der CDU/CSU-Frauen bis heute kaum angestiegen ist und bei lediglich 20 % liegt. Auch das Quotenmodell der SPD vermag nicht zu überzeugen, denn seit 1994 liegt der Anteil der weiblichen Abgeordneten hier bei lediglich 35 %.

Als milderes, gleich effektives Mittel kämen allenfalls die Quotenmodelle der Parteien Bündnis 90/Die Grünen und Die Linke in Betracht, sofern in einer für die Parteimitglieder intern verbindlichen und angewendeten Satzungsregelung überhaupt ein milderes, weniger eingreifendes Mittel zu sehen ist.

Allerdings, spätestens dann, wenn man den Blick auf diejenigen Parteien richtet, die sich bislang einer wirksamen Satzungsregelung verweigert haben, wird deutlich, dass eine freiwillige Regelung als Alternative ausscheidet. Denn diese Parteien müssten ja per Gesetz zu einer entsprechenden Satzungsregelung verpflichtet werden. Durch den verbindlichen gesetzlichen Regelungsauftrag entfiele nämlich das freiwillige Element. Somit steht letztlich kein milderer, gleich effektives Mittel als eine verbindliche gesetzliche Regelung zur Verfügung.

Die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung ist also zu bejahen.

Und auch die Angemessenheit, also die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, lässt sich m. E. bejahen. Maßgeblich wird hier eine Abwägung der betroffenen Verfassungsgüter. Die Quotierungsregelung als kompensatorische Fördermaßnahme dient sowohl der Durchsetzung des individuellen Rechts von Kandidatinnen auf faire, chancengleiche, demokratische Teilhabe gem. Art. 3 Abs. 2, Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG, als auch der Durchsetzung des Gebots der fairen demokratischen Teilhabe i. S. des Art. 21 i. V. m. Art. 20 GG, darüber hinaus der tatsächlichen Gleichberechtigung in der gesellschaftlichen Wirklichkeit und damit der Erfüllung des staatlichen Auftrag aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG. Im Verhältnis dazu ist das lediglich im Einzelfall beeinträchtigte Recht auf Gleichberechtigung männlicher Parteimitglieder von geringerem Gewicht, die Beeinträchtigung daher gerechtfertigt. Nichts anderes gilt, wenn dieselben männlichen Parteimitglieder im Rahmen der Wahlvorbereitung i. S. v. Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG betroffen sind („passive Wahlgleichheit“).

Auch die Beeinträchtigung der Parteienfreiheit zur Kandidatenbestimmung nach Art. 21 GG und Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG (spezieller Gleichheitssatz) fällt nicht ins Gewicht, da hier ja bereits der staatliche Auftrag gem. Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG rechtfertigend wirkt – sofern man überhaupt einen Eingriff und nicht lediglich eine Ausgestaltung der Parteienfreiheiten (Art. 21 und Art. 38 i. V. m. Art. 20 GG) bejaht, so wie ich.

Im Übrigen fördert die Quotierung durch die damit verbundene Pluralisierung der Kandidatenliste mittelbar die Gleichheit der Wahl, umso mehr, als sie sich nicht nur an den Anteilen der Geschlechter in der Partei orientiert (denn hier fin-

den wir den historisch bedingten „gender gap“), sondern an dem Anteil in der Bevölkerung („repräsentative Demokratie“).

Dass der „Preis“ für die Durchsetzung der Gleichberechtigung angesichts der betroffenen Verfassungsgüter „zu hoch“ ausfallen könnte, wie in der Literatur vereinzelt behauptet, vermag angesichts des engen Zusammenhangs mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 und dem Grundsatz der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG sowie dem menschenrechtlichen Gehalt des Grundsatzes der Gleichberechtigung der Geschlechter und angesichts der dadurch zum Ausdruck kommende hohen Wertigkeit des Gleichberechtigungsgebots nicht zu überzeugen.

Diese Betrachtung lässt sich zudem auf die Rechtsprechung des EuGH zum Gleichberechtigungsgrundsatz („allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts“) und die Wertungen der Europäischen Grundrechtecharta (GRC) stützen. Nach Art. 23 Abs. 1 GRC ist die Gleichheit von Männern und Frauen „in allen Bereichen“ sicherzustellen. Art. 23 Abs. 1 GRC reklamiert damit einen umfassenden Geltungsanspruch für die Geschlechtergleichheit in allen Lebensbereichen. Ergänzend stellt Abs. 2 die generelle Zulässigkeit spezifischer Vergünstigungen für das benachteiligte Geschlecht klar, so dass im Hinblick auf derartige Vergünstigungen – je nach Lesart – entweder bereits der Tatbestand des Verstoßes gegen das Gleichheitsgebot zu Lasten des bislang bevorzugten Geschlechts entfällt oder aber ein entsprechender Rechtfertigungsgrund vorliegt.

Somit spricht auch alles für die Verhältnismäßigkeit im engen Sinne.

Gleichwohl erscheint mir hier eine Öffnungsklausel unter dem Aspekt der mangelnden Realisierbarkeit der Quoten für den (untypischen) Fall geboten, dass sich tatsächlich einmal nicht genügend Frauen zur Wahl stellen sollten. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit kann ein Abweichen von der Quotierung zugunsten von Männern in Ausnahmefällen daher zulässig sein, da letztlich nichts Unmögliches gefordert werden kann („Ausnahmeklausel“). Eine entsprechend ausgestaltete gesetzlich verpflichtende Quotenregelung entspräche somit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

All diese Überlegungen gelten im Übrigen auch für die rechtliche Bewertung einer gesetzlichen Paritätsregelung in Bezug auf Wahlkreise.

4. Gesetzgebungskompetenz

Abschließend noch ein Blick auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundestags. Diese ist gegeben und folgt aus Art. 21 Abs. 3 GG, der den Auftrag an den Bundesgesetzgeber zur Ausgestaltung des Parteienrechts regelt und weit zu verstehen ist. Denkbar ist auch Art. 38 Abs.3 GG, durch den der Gesetzgeber ermächtigt und verpflichtet wird, die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 zu konkretisieren. Da die speziellere Norm heranzuziehen ist, ist es m. E. Art. 21 Abs. 3 GG.

V. Resümee

Es hat sich gezeigt, dass die mangelnde paritätische Besetzung des Deutschen Bundestages nicht dem grundgesetzlichen Demokratiekonzept entspricht, das auch das Gebot der gleichberechtigten demokratischen Teilhabe der Bürgerinnen und Bürger umfasst (Art. 20 Abs. 2 S. 2, Art. 21 Abs. 1 S. 3 und Art. 3 Abs. 2 GG). Da Demokratie kein Selbstzweck ist, sondern ein Mittel zur Rechtfertigung staatlicher Herrschaft, ist es verfassungsrechtlich geboten, hier die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um das Demokratiekonzept des GG zu verwirklichen. Daher bedarf es einer gesetzlichen Paritätsregelung, denn – wenn ich das noch anfügen darf – letztlich sind die Grundrechte das Fundament der Demokratie.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit!

MARTIN HEIN

Das Grundrecht der Religionsfreiheit

9. Dezember 2009



Prof. Dr. Martin Hein
Bischof der Evangelischen Kirche von Kurhessen-Waldeck

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| Vorbemerkung..... | 143 |
| I. Das Recht der Religionsfreiheit in der deutschen Rechtstradition..... | 144 |
| II. Die Religionsfreiheit im Grundgesetz..... | 148 |
| III. Der europäische Kontext..... | 151 |
| IV. Ein Fazit | 153 |

Vorbemerkungen

Die Debatte um die Religionsfreiheit war im Herbst 2009 so spannend und aktuell wie selten zuvor. Um einige Beispiele zu nennen:

- Am 15. Oktober fand sich in der französischen Tageszeitung „Le Figaro“ ein Korrespondentenbericht aus Berlin: „Polémique sur les jours fériés islamiques en Allemagne“ („Auseinandersetzung um muslimische Feiertage in Deutschland“). Der Autor berichtete, türkische Verbände würden über die Forderung der Einrichtung muslimischer Feiertage in unserem Land nachdenken.
- Anfang November entschied der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, dass Kruzifixe in öffentlichen italienischen Schulen gegen das Neutralitätsgebot des Staates verstößen.
- Ende November stimmten die Schweizer mehrheitlich für ein verfassungsmäßiges Verbot von Minaretten und entfachten damit eine europaweite Diskussion um die Religionsfreiheit einerseits und die Sinnhaftigkeit direkter Demokratie im Blick auf Grundrechte andererseits.
- Am 1. Dezember erklärte das Bundesverfassungsgericht die Regelungen des Berliner Ladenöffnungsgesetzes in entscheidenden Teilen für verfassungswidrig. Es untersagte die Öffnung der Geschäfte an den vier Adventssonntagen. Vordergründig ging es zwar nicht um das Thema Religionsfreiheit, aber sehr wohl um eine juristische Einschätzung der Bedeutung der kulturellen Prägung unseres Landes durch das Christentum.
- Und schließlich lehnte die städtische Verkehrsgesellschaft Frankfurt (VGF) einen Antrag der Evangelischen Kirche in Hessen und Nassau ab, auf Bussen und Bahnen den Slogan „Es steckt mehr dahinter“ anzubringen. Abgebildet war neben Schokolade und Lebkuchen ein Hinweis auf die Internetseite der Landeskirche. Die Begründung lautete: Es handele sich um unzulässige religiöse Werbung, die seit März 2009 durch Beschluss der Geschäftsführung der VGF untersagt sei. Kritik an dieser

Entscheidung äußerte die Frankfurter Staatsrechtlerin Ute Sacksofsky:
Das Verbot widerspreche dem Grundsatz der Gleichbehandlung und Religionsfreiheit.

All dies zeigt: Das Thema „Religion und Öffentlichkeit“ ist oben auf der Tagesordnung. Darum bedeutet es nicht nur eine historische Reminiszenz, sondern ist ausgesprochen zeitgemäß, dass das Grundgesetz den Rahmen setzt, in dem die religiöse Betätigung der unterschiedlichen Religionsgemeinschaften gewährleistet wird.

I. Das Recht der Religionsfreiheit in der deutschen Rechtstradition

Die Vorstellung der Religionsfreiheit lässt sich bis in die Antike zurückverfolgen. Aufgrund der Multireligiosität des römischen Reiches war die Einstellung der Gesellschaft von Toleranz und Duldung geprägt – auch gegenüber mannigfaltigen religiösen Formen und Riten.

Dies änderte sich jedoch, als sich im späten Rom der Niedergang der Herrschaft abzeichnete: Die Implementierung einer Staatsreligion sollte auch dazu dienen, dem weiteren Verfall des Reiches zu begegnen. Andersglaubende wurden verfolgt, ihre Religionsausübung wurde unterdrückt. Als das Christentum im Jahr 380 unter Theodosius I. zur Staatsreligion erhoben wurde, führte dieses nun seinerseits die Unduldsamkeit gegenüber anderen Religionen fort. Das hatte zur Folge, dass über Jahrhunderte hinweg abweichende Lehrmeinungen auch aus Gründen der Staatsräson bekämpft und als Ketzerei verfolgt wurden.

Mit der Reformation vollzog sich – zunächst nur für das damalige deutsche Reich, später aber global – ein tiefgreifender Wandel. Spätestens in den dreißiger Jahren des 16. Jahrhunderts wurde offensichtlich, dass die mittelalterliche Einheit der Christenheit zerbrochen war.

Im Jahr 1555 kam es zum Augsburger Religionsfrieden, der den Anhängern der Augsburger Konfession von 1530, also den „Lutherischen“, Rechtsschutz gewährte. Den leitenden Gedanken bildete angesichts der religiösen Zersplitterung die Erneuerung des Friedens im Reich. Es war eine politische Koexistenz zwi-

schen den Altgläubigen und den Anhängern des Augsburger Bekenntnisses vorgesehen. Garantiert wurden die rechtliche Existenzsicherung und die Freiheit der individuellen geistlichen Entfaltung sowie die Möglichkeit, entweder dem alten Glauben oder dem Glauben der Confessio Augustana anzugehören. Durch die sogenannte Landfriedensformel und die Religionsformel wurde der politische Friede im Reich mit dem „religiösen“ Frieden zwischen den beiden Lagern verbunden.

Im Augsburger Religionsfrieden liegt eine wichtige Wurzel moderner Religionsfreiheit. Wesentlich ist dabei: Das Reich gewährte beiden religiösen Lagern die freie Entfaltung ihres Glaubens im öffentlichen Bereich. Zwar wurde die Konfession der Menschen durch die des jeweiligen Landesherrn bestimmt, jedoch durfte jeder – unter Beibehaltung seines Vermögens – in ein anderes Territorium auswandern. Aus heutiger Sicht wird dies mit der bekannten Formel „cuius regio, eius religio“ gekennzeichnet. Nicht zuletzt dadurch, dass die Religionszugehörigkeit an die Konfession der Landesherren geknüpft wurde, rückte die Religion (erneut) in den staatlichen Kontext.

Natürlich sind die damaligen Regelungen nicht mit der Religionsfreiheit gleichzusetzen, wie wir sie heute in der Verfassung vorfinden. Dennoch sehe ich bereits im 16. Jahrhundert eine der Wurzeln für eine kodifizierte Freiheit, seinen Glauben und seine Religion – auch in der Unterscheidung gegenüber anderen – öffentlich zu leben. Die heute verbreitet anzutreffende Meinung, Religionsfreiheit sei vor allem mit der individuellen Selbstbestimmung verbunden, war damals nicht im Blickpunkt. Aber schon 1555 wurde ein friedliches Nebeneinander von unterschiedlichen Gestaltungsweisen der Religion, eingebunden in das politische Gemeinwesen, entwickelt.

Der Westfälische Friede 1648 bediente sich nach den Erfahrungen des 30-jährigen Krieges nicht von ungefähr der Aussagen des Augsburger Religionsfriedens. Er erweiterte ihn um den Schutz religiöser Minderheiten und erkannte das reformierte Bekenntnis als dritte Religionspartei an. Damit wurde das gleichberechtigte Nebeneinander der christlichen Konfessionskirchen in Deutschland weiter gestärkt und konnte prägend für die Entwicklung des heutigen

Staatskirchenrechts sein. Andersgläubige mussten nicht mehr, wie es noch im Augsburger Religionsfrieden festgelegt war, auswandern, sondern konnten ihren Glauben im häuslichen Bereich, also privat, leben und durften diesbezüglich nicht diskriminiert werden.

Im ausgehenden 17. Jahrhundert trugen folgende Faktoren entscheidend zur weiteren Ausformung der Religionsfreiheit bei:

- Die Erkenntnis, dass durch militärische Gewalt eine Rückkehr zu einer einzigen christlichen Religion nicht zu erreichen war, führte zu einem gewachsenen Misstrauen gegenüber jedweder religiösen Macht- und Herrschaftsausübung.
- Damit war die Forderung verbunden, allgemeine Toleranz als Voraussetzung für ein sinnvolles soziales Leben vorauszusetzen.
- Durch diese Entwicklung verlor die öffentliche Religion in der Gesellschaft an Einfluss. Glaube und Religion wurden zunehmend Sachen der Einzelnen.

Vor allem die Aufklärung forderte die Entwicklung der individuellen Religionsfreiheit: Dass das Gewissen und die Religion zur natürlichen Äußerung des menschlichen Wesens gehören würden und vom Staat nicht reglementiert werden dürften, fand zunehmend Anklang. Die christlichen Konfessionen mussten hinnehmen, dass sie kritisch auf ihren Wahrheitsgehalt hin befragt wurden.

1791 taucht die Religionsfreiheit erstmals in kodifizierter Form auf: In den Vereinigten Staaten von Amerika wurde neben der Presse-, Rede- und Versammlungsfreiheit auch die Religionsfreiheit verfassungsmäßig anerkannt. Der entsprechende Erste Zusatzartikel (First Amendment) zur Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika lautet:

„Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.“

(„Der Kongress darf kein Gesetz erlassen, das die Einrichtung einer Religion betrifft, die freie Religionsausübung verbietet, die Rede- oder Pressefreiheit oder das Recht des Volkes einschränkt, sich friedlich zu versammeln und die Regierung um die Beseitigung von Missständen zu ersuchen.“)

Dies sollte für Europa – und damit auch für die deutschen Staaten – folgenreich sein: Nachdem die Menschenrechtserklärung der französischen Revolution 1789 die Religionsfreiheit nach amerikanischem Vorbild übernommen hatte, wurde im Jahr 1794 im Allgemeinen Preußischen Landrecht allen „vollkommene Glaubens- und Gewissensfreiheit“ zugesichert. Im II. Teil, Titel XI, § 2 heißt es: „Jedem Einwohner im Staate muss eine vollkommene Glaubens- und Gewissenfreiheit gewährt werden.“

Der Betonung der individuellen Religionsfreiheit korrespondierte komplementär die religiöse Neutralität des Staates – sozusagen ein der Aufklärung entspringendes institutionelles Desinteresse.

Durch den Reichsdeputationshauptschluss von 1803 wurden die kirchlichen Gebiete auf die weltlichen Territorialherren aufgeteilt; diese zogen zudem die kirchlichen Güter ein. Der Staat verstand sich zunehmend säkular und übte Toleranz gegenüber den verschiedenen Glaubensrichtungen. Folge war eine fortschreitende Privatisierung des Glaubens. Die Paulskirchenverfassung von 1849 wie die Preußische Verfassung von 1850 gewährleisteten die freie Ausübung der Religion. Rechtsinstitute wie Ziviltrauung, Ehescheidung und Kirchenaustritt wurden zu staatlichen Angelegenheiten.

Mit dem Schutz der individuellen Religion entwickelte sich auch der Schutz des Einzelnen vor der Religion. Anders als in Frankreich kam es in Deutschland aber nie zu einem völligen Bruch zwischen Kirche und Staat. Maßgeblich für die deutsche Entwicklung wurde der sogenannte Kulturkompromiss der Weimarer Reichsverfassung. Die Trennung von Staat und Kirche führte zu einer Selbstständigkeit beider Sphären, der staatlichen und der religiösen, ohne dass diese beziehungslos zueinander stünden: Die Weimarer Reichsverfassung drängte die Kirchen nicht aus der Öffentlichkeit heraus, sondern garantierte ihnen institutionelle Rechte und Verbindungen, die ein öffentliches Wirken der Kirchen und Re-

ligionsgemeinschaften ermöglichten. Der Staat selber muss sich dabei aber religiös neutral und den verschiedenen Gemeinschaften gegenüber paritätisch verhalten.

Seinen Niederschlag fand dieses Verhältnis in den sogenannten Religionsartikeln der Weimarer Verfassung. Dem Selbstbestimmungsbestreben der Kirchen folgend, erhielten die Religionsgemeinschaften den Status von Körperschaften des öffentlichen Rechts zuerkannt, deren Rechte in den Artikeln 136 bis 141 geregelt wurden. Hiermit war neben der individuellen auch die kooperative oder kollektive Religionsfreiheit verankert.

Bezogen auf die Religionsfreiheit des Einzelnen garantierte die Verfassung allen Bewohnern des Reiches volle Glaubens- und Gewissensfreiheit. Weiterhin wurde die ungestörte Religionsausübung unter staatlichem Schutz gewährleistet. Allerdings blieben die allgemeinen Staatsgesetze davon unberührt und bildeten daher die Schranke religiöser Betätigung des Einzelnen.

II. Die Religionsfreiheit im Grundgesetz

Die Verfassung von Weimar nahm die individuellen Rechte des Einzelnen erst ab Artikel 109 in den Blick. Davon unterscheidet sich die Konzeption des Grundgesetzes fundamental. Gleich zu Beginn sind hier die Freiheits-, Teilhabe- und Abwehrrechte kodifiziert, erst danach finden sich die Regelungen über den Staat und sein demokratisch-freiheitliches Gefüge. Das Individuum rückt also in den Fokus der Verfassung.

Dennoch wurden 1949 die Kirchenartikel der Weimarer Verfassung nicht entfernt sondern über Art. 140 GG in das Grundgesetz übernommen und ist weiterhin vollgültiges Verfassungsrecht. Dies ist dem Umstand zu verdanken, dass der Parlamentarische Rat sich nicht zu einer Neuregelung des Staatskirchenrechts durchringen konnte. Die Mütter und Väter des Grundgesetzes mochten sicherlich, auch angesichts der katastrophalen Erfahrungen des Dritten Reiches, diesen besonderen Weg wählen.

Die zentrale Norm der Religionsfreiheit, Art. 4 GG, lautet:

- „(1) Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich.
- (2) Die ungestörte Religionsausübung wird gewährleistet.
- (3) Niemand darf gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffe gezwungen werden. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz.“

Die Formulierung, die Glaubens- und Gewissensfreiheit sei unverletzlich, nähert sich der Rede von der „Unantastbarkeit“ der Menschenwürde in Art. 1 GG an. Damit wird die besondere Stellung der Religionsfreiheit im Kanon der Grundrechte deutlich sichtbar. Der Staatsrechtler Georg Jellinek vermutete vor mehr als hundert Jahren sogar, die Religionsfreiheit sei der eigentliche Quellort der Grundrechte.

Die Zusammenführung von Glaubens- und Gewissensfreiheit im ersten Absatz entspricht evangelischer Grundüberzeugung. Das durch die Ausrichtung am Wort Gottes gebildete eigene Gewissen ist die höchste Autorität in Glaubensdingen – und die Freiheit des Glaubens eine zentrale Forderung protestantischer Theologie. Daher muss die individuelle Glaubensfreiheit gewährleistet sein. Das Gewissen ist aber nicht nur Prämissen der Glaubensfreiheit, sondern stellt selbst eine Form der Freiheit dar, denn die Tätigkeit des Gewissens beruht auf einer subjektiven Leistung und kann nicht von außen befohlen werden.

Die positive Religionsfreiheit umfasst das Recht, eine Religion im Sinne einer persönlichen Überzeugung zu haben („forum internum“). Sie beinhaltet weiterhin das Recht, seine Religion zu bekennen und nach seiner religiösen Überzeugung zu leben („forum externum“) sowie sich zu Religionsgemeinschaften zusammenzuschließen.

Strittig ist, wie weit das „forum externum“ reicht, das unter Umständen dem Verhalten der Mehrheitsgesellschaft konflikt- und kollisionsreich begegnen kann. Gegenüber einem eher restriktiven Verständnis der Religionsfreiheit erkennt das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich das Recht an, das gesamte Verhalten an

den Lehren des eigenen Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu leben.

Geschützt ist in Ergänzung zur positiven Religionsfreiheit auch die Freiheit, keinen Glauben zu haben, zu bekennen und danach zu leben. Dennoch sei betont: Dieser Umstand steht nicht im Vordergrund der Religionsfreiheit – weder historisch noch sachlich.

Die Bestimmungen über die Religionsfreiheit in Art. 4 GG kennen keinen Gesetzesvorbehalt – anders als die Staatskirchenrechtsartikel der Weimarer Reichsverfassung mit ihrem „Schrankenvorbehalt“. Grenzen findet die Religionsfreiheit deshalb nur dort, wo andere Grundrechte beeinträchtigt sind. Einschränkungen können also nur vorgenommen werden, wenn sie ihre Legitimation in der Verfassung selbst haben.

Die Evangelische Kirche erkennt selbstverständlich die Religionsfreiheit jedes einzelnen Menschen und deren positive Ausübung im öffentlichen Raum an. Das bedeutet auch: Wir respektieren, dass Juden und Muslime das Schächten als religiösen Ritus praktizieren. Bedenken, etwa aus Gründen des inzwischen in der Verfassung verankerten Tierschutzes als Staatsziel (Art. 20a GG), müssen hinter dieser Konsequenz der positiven Religionsfreiheit zurückstehen. Dies hat im Übrigen das Bundesverwaltungsgericht mit einem Urteil vom 23. November 2006 bestätigt. Und zur Religionsfreiheit gehört ebenso, dass eine Muslime in der Öffentlichkeit als Symbol ihres Glaubens ein Kopftuch tragen kann.

Auch ein geordneter Religionsunterricht für Muslime in deutschen Schulen wird auf keinen Widerstand der Evangelischen Kirche stoßen. Im Gegenteil: Mit der Einrichtung eines solchen Unterrichts wird gerade die positive Religionsfreiheit gestärkt! Den Versuchen, den konfessionellen Religionsunterricht durch ein Fach „Religionskunde“ zu ersetzen, widersetzen wir uns daher. Um es aber in aller Deutlichkeit zu sagen: Religionsunterricht für Muslime muss den gleichen vorgegebenen staatlichen Regeln folgen, denen auch die christlichen Konfessionen zu Recht unterliegen. Deshalb ist es zum einen Bedingung, dass dieser Unterricht von universitär dafür ausgebildeten Lehrerinnen und Lehrern in deutscher Sprache nach anerkannten Lehrplänen erteilt wird. Weiterhin muss klar

sein, welche muslimischen Vereinigungen als Ansprechpartner dieses Unterrichts fungieren.

III. Der europäische Kontext

Das Grundrecht der Religionsfreiheit hat historisch und kulturell das Verfassungsgefüge des Grundgesetzes maßgeblich geprägt. Nun scheint aber eine ganz andere Einstellung auf dem Vormarsch zu sein: die aus Frankreich kommende Bewegung der „Laïcité“, dort etabliert per Gesetz im Jahr 1905. Um es provokant zu formulieren: Man kann den Eindruck haben, dass die Freiheit von allem Religiösen selbst zur Religion wird. Zwar haben lediglich Frankreich und Portugal in ihren Verfassungen den Laizismus festgeschrieben. Dennoch ist der laizistische Einfluss in der EU stark: Religion sei ausschließlich Privatangelegenheit und dürfe damit keine staatliche und keine öffentliche Funktion mehr besitzen.

Eingangs hatte ich erwähnt, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte dazu eine grundlegende Entscheidung gefasst hat. Worum ging es?

Soile Lautsi, eine in Italien lebende Frau finnischer Herkunft, wollte nicht, dass ihr Kind in einer staatlichen italienischen Schule dem Anblick eines Kruzifixes ausgesetzt ist. Nachdem sie die Instanzenwege der italienischen Justiz erfolglos beschritten hatte, wandte sie sich an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Dieser entschied am 6. November 2009 einstimmig, dass das christliche Symbol des Kruzifixes nicht mit der gebotenen Unparteilichkeit des Staates zu vereinbaren sei und sprach ihr eine Entschädigung von 5.000 € zu.

Bemerkenswert an dieser Entscheidung ist, dass es sich nicht mehr nachweislich um eine Beeinträchtigung der Grundrechte eines Einzelnen handeln muss, bevor religiöse Symbole aus staatlichen Räumen zu entfernen sind. Die bloße Existenz des Kruzifixes als Ausdruck positiver Religionsfreiheit reicht anscheinend bereits aus. Dadurch wird eine Verschiebung hin zu einem Vorrang der negativen Religionsfreiheit sichtbar, die aus meiner Sicht verfassungsrechtlich höchst fraglich ist.

Es sei in diesem Zusammenhang an das sogenannte Kruzifix-Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1995 erinnert. Dort wurde auf Betreiben an-

throposophischer Eltern mit ähnlicher Tendenz entschieden. Ein synoptischer Vergleich zeigt, wie viele Elemente das Straßburger Urteil aus dem Kruzifix-Urteil aufgenommen hat. Trotzdem ist man in Deutschland in der Folge des Urteils einen Weg gegangen, der meines Erachtens unserer besonderen Situation eher gerecht wird. Der bayerische Landesgesetzgeber hat mit der so genannten Widerspruchslösung eine Möglichkeit aufgezeigt, wie in Einzelfällen ein schonender Ausgleich zwischen den widerstreitenden Rechtspositionen gefunden werden kann: Kruzifixe dürfen demnach in den Klassen verbleiben, solange sich kein gerechtfertigter Protest dagegen erhebt. Das heißt in der Konsequenz der Religionsfreiheit, dass Schülerinnen und Schüler ihre positive Religionsfreiheit ausüben dürfen, solange nicht-glaubende Schülerinnen und Schüler nicht beeinflusst werden, und sie dies auch nicht als Beeinflussung empfinden.

Gegenüber den Versuchen einer konsequenten Privatisierung der Religion sei die grundlegende Norm der europäischen Menschenrechtskonvention erwähnt. Artikel IX besagt:

„(1) Jede Person hat das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit; dieses Recht umfasst die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung zu wechseln, und die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder gemeinsam mit anderen öffentlich oder privat durch Gottesdienst, Unterricht oder Praktizieren von Bräuchen und Riten zu bekennen.

(2) Die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung zu bekennen, darf nur Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die öffentliche Sicherheit, zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Gesundheit oder Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.“

In der Kernaussage entspricht dies dem deutschen Grundgesetz. Ein rechtlicher Vorrang der negativen Religionsfreiheit ist also auch im europäischen Kontext nicht zu behaupten.

Der inzwischen in Kraft getretene Vertrag von Lissabon nimmt bewusst die Kirchen und Religionsgemeinschaften institutionell in den Blick. Ausdrücklich wird

bekräftigt, dass religiöse Angelegenheiten solche der Mitgliedstaaten sind. Die gewachsenen Traditionen – die Staatskirchen Nordeuropas oder Griechenlands und der französische Laizismus gleichermaßen – haben ihren Raum in der Vielfalt Europas. Die Europäische Union geht mit Art. 17 des Vertrages über die Arbeitsweise der EU die Verpflichtung ein, mit den religiösen Akteuren in einen offenen, regelmäßigen und transparenten Dialog über die Gestaltung Europas einzutreten. Sie erkennt damit ausdrücklich den besonderen Charakter dieser Gemeinschaften an.

IV. Ein Fazit

Dem Grundgesetz liegt, anders als anderen Verfassungen, der Gedanke einer positiven Trennung von Staat und Religionsgemeinschaften zugrunde, die zwar Entflechtung voraussetzt, aber freundschaftliche Zusammenarbeit ermöglicht. Die notwendige Neutralität des Staates verbietet nicht die Rücksichtnahme auf die Religionsgemeinschaften. Und die religiöse Neutralität so zu verstehen, als müsste sie implizieren, Religion aus dem öffentlichen und vom staatlichen Recht beherrschten Raum zu verbannen, fordert das Grundgesetz vom Staat gerade nicht.

Die negative Religionsfreiheit bildet nach Wortlaut und Sinn des Art. 4 GG ein Komplementärrecht zur positiven Religionsfreiheit, ohne dass ihr ein Vorrang einzuräumen wäre. Das bedeutet: Wer nicht oder nicht mehr glaubt, hat kein Recht darauf, dass auch andere nicht mehr glauben oder ihren Glauben verlassen. Demzufolge ist die negative Religionsfreiheit kein „Obergrundrecht“, das die positiven Äußerungen der Religionsfreiheit im Kollisionsfall verdrängen könnte. Der Ausgleich kann nur im Wege der Toleranz von Gläubigen und Nichtgläubigen gefunden werden.

Damit ist unser Staat mitnichten religiös bestimmt, wie es die Vertreter des Atheismus gern behaupten. Er hat aber bei aller gebotenen Neutralität ein sozial-ethisches Fundament. Tendenzen, die negative Religionsfreiheit mindestens mit der positiven gleichsetzen, wirken sich kontraproduktiv aus. Eher täte es unserer Gesellschaft gut, wenn sie die Faktizität der Religionen ernst nähme und zu integrieren versuchen würde. Denn von einem bin ich zutiefst überzeugt: Religion ist eine eminent öffentliche Angelegenheit!

VOLKER BOEHME-NEßLER

Unscharfes Grundgesetz – Anmerkungen zum Verfassungsrecht in der digitalisierten Welt

20. Januar 2010



Prof. Dr. Dr. Volker Boehme-Neßler
Hochschule für Technik und Wirtschaft Berlin,
Privatdozent der Universität Kassel

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|------|---|-----|
| I. | Digitalisierte Welt – digitalisierte Verfassung? | 157 |
| 1. | Digitalisierung: Technologie und Kultur | 157 |
| 2. | Verfassungsrecht und Technologie | 158 |
| II. | Schärfe als Ideal des Rechts | 162 |
| 1. | Schärfe als Stärke | 162 |
| 2. | Schärfe als Schwäche | 163 |
| 3. | Schärfe als Fiktion? | 165 |
| III. | Unschärfe durch Digitalisierung | 166 |
| 1. | Digitalisierung – der kulturelle Kern | 167 |
| 2. | Kulturelle Digitalisierung – Unschärfe als Ergebnis..... | 168 |
| IV. | Entgrenzung – Das Ende der Verfassung? | 169 |
| 1. | Das Ende der geografischen Grenzen?..... | 170 |
| 2. | Verfassungsrecht und Grenzen..... | 171 |
| a) | Recht und Grenzen – eine untrennbare Beziehung? | 171 |
| b) | Äußere Souveränität..... | 172 |
| c) | Innere Souveränität..... | 173 |
| aa) | Scharfe Abgrenzung aus Pragmatismus..... | 173 |
| bb) | Notwendigkeit von Schärfe: Rechtsstaat und Demokratie | 174 |
| 3. | Unschärfe – Relativierung des Verfassungsrechts | 176 |
| a) | Techniker als Rechtsetzer..... | 176 |
| b) | Wintel als Verfassungsgeber..... | 177 |
| c) | Gemeinwohl im digitalen Code? | 178 |
| d) | Unschärfe – Das immer komplexere Zusammenspiel von Verfassungsrecht und technischen Regeln | 180 |
| V. | Unschärfe als Herausforderung und Chance | 183 |
| 1. | Digitale Unschärfe als Herausforderung für das Recht..... | 184 |
| 2. | Unschärfe als Dilemma und Chance | 185 |

Wir leben in einer technologischen Revolution. Die Digitalisierung der Welt ist in vollem Gange. Dass nahezu jeder Aspekt unseres Lebens immer stärker davon beeinflusst wird – das ist im Alltag überall zu spüren oder wenigstens zu ahnen. Wird diese Entwicklung spurlos am Grundgesetz vorbei gehen? Das ist wenig wahrscheinlich. Sechzig Jahre nach ihren Inkrafttreten muss sich die deutsche Verfassung neben der Europäisierung einer weiteren Herausforderung stellen: der Digitalisierung.

I. Digitalisierte Welt – digitalisierte Verfassung?

Technik verändert die Welt. Das ist eine ebenso tiefe wie banale Wahrheit. Eine besonders revolutionäre verändernde Wirkung entfaltet die Digitaltechnologie. Digitalisierung ist ein weit verbreitetes Phänomen, dessen Grenzen noch nicht absehbar sind. Digitalisierung ist allgegenwärtig und prägt – wenn nicht sogar: dominiert – die (post)moderne Welt.

Was bedeutet das für das Recht im Allgemeinen¹ und für die Verfassung im Besonderen?

1. Digitalisierung: Technologie und Kultur

Die digitale Technologie beruht auf einem einfachen Grundgedanken: Alle Informationen lassen sich durch Kombinationen der Ziffern 1 und 0 darstellen.² Weil Computer nur mit den Ziffern 0 und 1 arbeiten können, benutzt man das duale Zahlensystem, um Informationen durch Zahlen darzustellen. Die digitale Technologie macht also alle Informationen computerkompatibel. Das bedeutet: Auch die komplexesten Informationen lassen sich durch Zahlen darstellen und elektronisch speichern und weiterverarbeiten.

¹ Ausführlich zur Digitalisierung des Rechts Boehme-Neßler, *Unscharfes Recht: Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt*, 2008, S. 97 ff. m.w.N.

² Dieses binäre System geht zurück auf Leibniz am Ende des 17. Jahrhunderts. Zu den tieferen Wurzeln der Digitalität Wenzel, *Von der Gotteshand zum Datenhandschuh. Zur Medialität des Begreifens*, in: Sybille Krämer/Horst Bredekamp (Hrsg.): *Bild, Schrift, Zahl*, 2003, S. 25 f. m. w. N.

Die Wissens- und Informationsgesellschaft ruht allerdings noch auf einer weiteren Säule: der Vernetzung von Rechnern.³ Indem Computer weltweit vernetzt werden, wird nicht nur die Informationsverarbeitung und -speicherung, sondern auch der Informationsaustausch revolutioniert. Das Internet – das globale Netzwerk der Netze – macht jedenfalls potenziell einen weltweiten Informationsaustausch ohne prinzipielle Probleme möglich.⁴

Digitalisierung hat Einfluss auf das Verhalten, das Denken und die Psyche der Menschen.⁵ Das Internet wird zu Änderungen der Denkgewohnheiten führen, die in ihren Konsequenzen bisher noch kaum abgeschätzt werden können. Internet und Digitalisierung lassen sich deshalb auch als ein eng verbundenes Phänomen verstehen, das die Welt und die Wahrnehmung der Welt verändert. Diese Wirkung macht Digitalisierung zu einem nicht bloß technologischen, sondern kulturellen Phänomen. Was bedeutet das für die Entwicklung des Verfassungsrechts?

2. Verfassungsrecht und Technologie

Technischer Fortschritt verändert auch das Rechtssystem, das einen wichtigen Teil der Kultur darstellt.⁶ Jede größere technische Innovation hinterlässt Spuren im Rechtssystem einer Gesellschaft.⁷ Technische Innovationen haben eine enorme Weltveränderungskapazität.⁸ Die *direkten* Folgen sind immer offensichtlich:

³ Von Säulen spricht anschaulich Dertouzos, What will be: Die Zukunft des Informationsalters, 1999, S. 465.

⁴ Ausführlich zur Entwicklungsgeschichte des Internets Hafner/Lyon, Die Geschichte des Internet, 2000.

⁵ Bahnbrechend dazu die amerikanischen Psychologinnen Turkle, Leben im Netz. Identität in Zeiten des Internet, 1999 und Wallace, The Psychology of the Internet, 2001.

⁶ Friedman, Changing Times: Technology and Law in the modern Era, in: Jürgen Becker u.a., Festschrift für Manfred Rehbinder, 2002, S. 501.

⁷ Summers, Technology, Law and Values, in: Frank Fleerackers/Evert van Leeuwen/Bert van Roermund (Hrsg.): Law, Life and the Images of Man. Festschrift for Jan M. Broekmann, 1996, S. 66. Grundsätzlich zu den Technikfolgen für die Gesellschaft und das Recht Roßnagel, Rechtswissenschaftliche Technikfolgenforschung. Umrisse einer Forschungsdisziplin, 1993, S. 74 ff. m. w. N. Zur Auswirkung von Technik auf die Organisation und Form des Staates Ellul (1965), S. 229 ff. mit frappierenden historischen Beispielen. Schon deshalb ist die These von der Neutralität der Technik unzutreffend. Dazu grundsätzlich Rapp, Die Dynamik der modernen Welt. Eine Einführung in die Technikphilosophie, 1994, S. 68 ff.

⁸ Roßnagel, Innovation als Gegenstand der Rechtswissenschaft, in: Hagen Hof/Ulrich Wengenroth (Hrsg.): Innovationsforschung. Ansätze, Methoden, Grenzen und Perspektiven, 2007, S. 18.

Neue Technologien werfen neue Rechtsfragen auf und wecken – tatsächlichen oder auch nur angenommenen – Regelungsbedarf.⁹

Gleichzeitig weiter reichend und subtiler sind die *indirekten* Auswirkungen technischer Innovationen auf das Recht. Technischer Fortschritt ändert das Denken, die kulturellen Normen und das soziale Verhalten. Das wiederum wandelt das Rechtsdenken¹⁰ und unterschiedlichste, auf den ersten Blick nicht zusammenhängende Teile des Rechtssystems. Ein prägnantes Beispiel dafür:¹¹ Schriftliches Recht ist im Lauf seiner langen Geschichte immer auf materiellen Trägermedien festgehalten worden: Tontafeln, Stein, Bronze, Holz, Papyrus, Pergament oder Papier. Änderungen der „Trägertechnologie“ haben immer auch die Schrift beeinflusst und im Zusammenhang damit das Rechtsdenken verändert.¹² Rechtstexte etwa, die in Keilschrift auf Tontafeln notiert wurden, waren zwangsläufig eher kurz und knapp. Für lange Texte waren die schweren und unhandlichen Tafeln nicht geeignet. Die technologische Neuerung des Papyrus¹³ ermöglichte längere Texte und damit ein komplexeres Rechtsdenken.

Technische Innovation kann eine Bedrohung für Strukturbestimmungen und Grundrechte der Verfassung bedeuten. Die Entwicklung und Anwendung von neuen Techniksystemen kann einen Anpassungsdruck erzeugen, dem das Recht nachgeben muss.¹⁴ In der Demokratie ist die *Macht des technischen Sachzwangs* nicht unproblematisch: Denn dort werden wesentliche Entscheidungen nicht von technologisch determinierten Notwendigkeiten, sondern durch demokratisch

⁹ Ein brandaktuelles Beispiel dafür ist das Neuro-Imaging, das neue Rechtsprobleme verursacht, die erst in Ansätzen erkennbar werden. Dazu Hüsing/Jäncke/Tag, Impact Assessment of Neuro-Imaging, 2006, S. 195 ff.

¹⁰ Sehr kritisch zur Auswirkung technologisch orientierten Denkens auf das Rechtsdenken Summers, Technology, Law and Values, in: Frank Fleerackers/Evert van Leeuwen/Bert van Roermund (Hrsg.): Law, Life and the Images of Man. Festschrift for Jan M. Broekmann, 1996, S. 72 f.

¹¹ Ausführlich dazu Boehme-Neßler, Unscharfes Recht. Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt, 2008, S. 66 ff. m.w.N.

¹² Ausführlich dazu Roßnagel, Papier - die unbekannte Grundlage unserer Rechtsordnung. Unveröffentlichtes Manuskript, o. J., S. 3 ff. mit instruktiven Beispielen.

¹³ Einzelheiten zur Kulturgeschichte des Papyrus bei Sandermann, Papier. Eine Kulturgeschichte, 1997, S. 25 ff.

¹⁴ Ähnlich schon Schelsky, Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation, in: Helmut Schelsky: Auf der Suche nach Wirklichkeit. Gesammelte Aufsätze, 1965, S. 453 ff., der von Sachzwängen der Technik und Sachgesetzlichkeiten der wissenschaftlich-technischen Zivilisation spricht.

legitimierte Parlamente getroffen.¹⁵ Verfassungsrecht und Politik müssen sich der Problematik technischer Sachzwänge bewusst sein und sich ihre Spielräume immer wieder schaffen und erweitern. Auf den Punkt gebracht: Wenn Recht und Politik nicht steuern, steuert sich die Technik selbst.¹⁶ Aber können Politik und Recht die Technik überhaupt steuern?

Das Recht wird nicht nur durch den technologischen Fortschritt beeinflusst – oder sogar getrieben. Es wirkt sich – umgekehrt – auch auf die Entstehung und den Inhalt neuer Technologien aus. Dabei kann es technologiefördernd wirken, andererseits aber auch die Entwicklung neuer Techniken begrenzen und den Fortschritt behindern.¹⁷

Recht hat – natürlich – die Funktion, Technik und technologischen Fortschritt zu ermöglichen.¹⁸ Recht schafft nicht selten erst die Voraussetzungen für technischen Fortschritt. Es war das Recht, das im 19. Jahrhundert den Weg frei machte für die rasante Entwicklung der Technik – und damit der Industrialisierung – in Deutschland.¹⁹

Technik existiert im modernen Verfassungsstaat nicht im rechtlichen Vakuum. Sie muss verfassungsverträglich²⁰ und sozialverträglich²¹ sein. Vom Verfassungsrecht wird also verlangt, die Technik zu steuern. Es muss helfen, die Risiken

¹⁵ BVerfGE 34, 165, 192 f.; 45, 400, 417 f.; 47, 46, 79 f.; st. Rspr. Roßnagel, Technik und Recht – Wer beeinflusst wen? , in: Alexander Roßnagel (Hrsg.): Freiheit im Griff. Informationsgesellschaft und Grundgesetz, 1989, S. 14 betont, dass das in der Praxis bessere Informationsverfahren und eine effektive Technikfolgenabschätzung voraussetzt.

¹⁶ Spinner, Von der wissensgeleiteten Techniksteuerung zum technologischen Wissensregime, in: Michael Kloepfer (Hrsg.): Kommunikation - Technik - Recht. Kommunikationsrecht in der Technikgeschichte, 2002, S. 41 prägt dafür die schöne Formel von der normativen Kraft des Technischen. Wolf, Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft, in: Leviathan, 1987, S. 365, spricht von einer Herrschaft kraft Ingenieurwissens.

¹⁷ Hoffmann-Riem, Recht als Instrument der Innovationsoffenheit und der Innovationsverantwortung, in: Hagen Hof/Ulrich Wengenroth (Hrsg.): Innovationsforschung. Ansätze, Methoden, Grenzen und Perspektiven, 2007, S. 387.

¹⁸ Schmidt-Preuß, Technikermöglichung durch Recht, in: Michael Kloepfer (Hrsg.): Kommunikation - Technik - Recht. Kommunikationsrecht in der Technikgeschichte, 2002, S. 177 m. w. N.

¹⁹ Kloepfer, Technik und Recht im wechselseitigen Werden. Kommunikationsrecht in der Technikgeschichte, 2002, S. 17.

²⁰ Den Begriff der Verfassungsverträglichkeit von Technik hat Roßnagel, Radioaktiver Zerfall der Grundrechte?, 1984, S. 14 geprägt und in zahlreichen Publikationen näher konturiert.

²¹ Zur Sozialverträglichkeit neuer Technologien von Alemann, Sozialverträglichkeit neuer Technologien: Grundrecht oder Grundwert?, in: Alexander Roßnagel (Hrsg.): Freiheit im Griff. Informationsgesellschaft und Grundgesetz, 1989, S. 24 ff. m. w. N.

ken und Folgen technischer Innovationen zu bewältigen.²² Ist das Recht dazu überhaupt in der Lage?

Dass das Recht die technologische Entwicklung nicht klassisch-kybernetisch determinieren kann, ist offensichtlich.²³ Technologie entsteht in einem hoch komplexen Prozess, an dem nicht nur Wissenschaft und Wirtschaft, sondern auch politische Kräfte und heterogene gesellschaftliche Gruppen beteiligt sind. Solche Entwicklungen sind zu vielschichtig und komplex, als dass sie von einem so begrenzten Mechanismus wie dem Recht zielorientiert gelenkt und umfassend kontrolliert und beherrscht werden könnten.²⁴ Was aber möglich ist, sind Technikauswahl und Technikgestaltung.²⁵

Der Extremfall von Techniksteuerung ist das Verbot. Recht kann die Entwicklung neuer Technologien tatsächlich auch ganz massiv behindern.²⁶ Ein aktuelles und eindrückliches Beispiel dafür ist das europäische Klonverbot.²⁷ In der Praxis sind vollständige Verbote einer bestimmten Technologie aber sehr selten.²⁸ In der Wissenschaftsgeschichte lässt sich – von zeitlich begrenzten Einzel-

²² Roßnagel, Innovation als Gegenstand der Rechtswissenschaft, in: Hagen Hof/Ulrich Wenigenroth (Hrsg.): Innovationsforschung. Ansätze, Methoden, Grenzen und Perspektiven., 2007, S. 16.

²³ Roßnagel, Rechtswissenschaftliche Technikfolgenforschung. Umrisse einer Forschungsdisziplin, 1993, S. 27 m. w. N. Ähnlich auch Spinner (2002), S. 40.

²⁴ Roßnagel, Rechtswissenschaftliche Technikfolgenforschung. Umrisse einer Forschungsdisziplin, 1993, S. 27 m. w. N. Im 19. Jahrhundert war der Glaube an die kybernetische Steuerungsfähigkeit des Rechts gegenüber der Technik dagegen noch weit verbreitet. Ausführlich dazu Kloepfer, Technik und Recht im wechselseitigen Werden. Kommunikationsrecht in der Technikgeschichte, 2002, S. 82 m. w. N. Allerdings waren damals sowohl die technologischen Strukturen als auch die gesellschaftlichen Prozesse deutlich weniger komplex als heute.

²⁵ Roßnagel, Rechtswissenschaftliche Technikfolgenforschung. Umrisse einer Forschungsdisziplin, 1993, S. 27, der das, a. a. O., S. 256 ff. m. w. N., im Einzelnen ausführt.

²⁶ Roßnagel, Rechtswissenschaftliche Technikfolgenforschung. Umrisse einer Forschungsdisziplin, 1993, S. 245 f. spricht in diesem Zusammenhang von *restriktiver Techniksteuerung*. Kloepfer, Technik und Recht im wechselseitigen Werden. Kommunikationsrecht in der Technikgeschichte, 2002, S. 86 hält die Technikbegrenzung – neben der Technikermöglichung – für eine Hauptfunktion des Technikrechts.

²⁷ Zu den Einzelheiten Kloepfer, Umweltrecht, 2004, S. 1590 m. w. N. Ein Beispiel aus dem amerikanischen Recht schildert Summers (1996), S. 66.

²⁸ Kloepfer, Technik und Recht im wechselseitigen Werden. Kommunikationsrecht in der Technikgeschichte, 2002, S. 96.

fällen abgesehen²⁹ – kein Beispiel für eine langfristige und dauerhafte Verhinderung technologischen Fortschritts finden.³⁰

Das bedeutet für das Verhältnis von Verfassung und Technologie zweierlei. Einerseits nimmt das Verfassungsrecht – mehr oder weniger wirksam – tatsächlich Einfluß auf die Entwicklung von Technologie. Es fordert die Verfassungsverträglichkeit der Technik³¹ ein und setzt sie auch durch. Andererseits können sich aber das Verfassungsrecht und das Verfassungsdenken nicht gegenüber den Einflüssen der Welt und der Technik abschotten. Die Welt und die Technik muten der Verfassung zu, sich zu ändern und sie begrenzen ihre Wirksamkeit im Einzelfall auch.

II. Schärfe als Ideal des Rechts

Das moderne westliche Recht kann sein scholastisches Erbe nicht leugnen. Schärfe – also vor allem Ab- und Eingrenzung, Eindeutigkeit, Klarheit und Formalität – ist immer noch ein Ideal, das es anstrebt. Möglicherweise ist aber die Schärfe in den Begriffen, Argumentationen und Ergebnissen nur eine Fiktion. Denn das Recht arbeitet mit der Sprache, die prinzipiell unscharf ist.

1. Schärfe als Stärke

Juristische Begriffe müssen klar und eindeutig sein. Sind sie das nicht von Anfang an, werden sie durch Auslegung geschärft. Genauso vom Ideal der Schärfe geprägt sind auch die juristischen Argumentationen. Das Ergebnis einer rechtlichen Erörterung ist in der Regel ebenfalls eindeutig und unterscheidet scharf – zwischen Recht oder Unrecht,³² Anspruch oder kein Anspruch, Strafbarkeit oder Straflosigkeit. Besonders eindrückliche Beispiele für juristische Schärfe sind etwa die zahlreichen Formvorschriften im (Civil-)Recht oder der numerus clausus der staatlichen Handlungsformen. So unterschiedlich die rechtlichen Tech-

²⁹ Perrin, Keine Feuerwaffen mehr. Japans Rückkehr zum Schwert 1543-1879., 1996, S. 96 ff. und S. 123 ff., schildert zwei frappierende Beispiele.

³⁰ Ähnlich Roßnagel, Rechtswissenschaftliche Technikfolgenforschung. Umrisse einer Forschungsdisziplin, 1993, S. 245.

³¹ Den Begriff prägt Roßnagel.

³² Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 60.

niken und Regeln im Detail sind: Sie wollen Unklarheiten beseitigen, Konflikte vermeiden, Grauzonen ausleuchten, also: die Sach- und Rechtslage klären und schärfen. Das Recht hat einen starken *dezisionistischen Einschlag*³³: Grautöne sind seine Sache nicht. Schärfe als rechtliches Ideal – Warum ist das so?

Ein tieferer Grund dürfte vor allem in der Aufgabe zu suchen sein, die das Recht für die Gesellschaft erfüllt.³⁴ Rechtliche Regeln sollen die komplexe Lebenswirklichkeit strukturieren. Sie sollen Konflikte verhüten und Freiräume schaffen und erhalten. Im äußersten Fall sollen sie Konflikte entscheiden. Das Mittel der Wahl dazu ist Schärfe und Eindeutigkeit. Denn dadurch entsteht Rechtssicherheit. Mit anderen Worten: Schärfe führt zu Sicherheit und Freiheit – und Sicherheit zu generieren, ist Aufgabe des Rechts.³⁵

2. Schärfe als Schwäche

Die Schärfe des Rechts ist also seine große Stärke. Sie ist aber gleichzeitig eine große Schwäche. Sie führt nicht selten zur Abgrenzung, Ausgrenzung und Trennung. Sie ist starr und unflexibel. Das Recht ist von einer strengen Entweder-oder-Logik geprägt.³⁶ Im Rechtsdenken wimmelt es von scharfen Dichotomien: Es geht um rechtmäßig oder rechtswidrig, um staatlich oder privat, um hierarchisch oder konsensual, um Norm oder Vertrag. In vielen Fällen ist diese scharfe Logik nicht in der Lage, die Wirklichkeit zu erfassen und adäquate Problemlösungen zur Verfügung zu stellen. Vor allem die dynamischen Rechtsgebiete Arbeitsrecht, Wirtschaftsrecht und Wettbewerbsrecht erfordern Lösungen, die weniger der Entweder-oder-Logik als vielmehr dem Mehr-oder-weniger-Denken entsprechen müssen.³⁷ Ein Beispiel: Der Dualismus von staatlicher Regulierung oder privater Selbstregulierung ist überholt. Zunehmend gibt es Mischformen,

³³ Die dezisionistische Schärfe ist in der deutschen Geistesgeschichte besonders ausgeprägt. Ausführlich dazu Greiffenhagen, Kulturen des Kompromisses, 1999, S. 19 ff. m. w. N., der von einer deutschen „Kompromißfeindschaft“ spricht.

³⁴ Dazu Rehbinder, Rechtssoziologie, 2009, Rn. 96 ff.

³⁵ In eindrücklicher Schärfe dazu Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 131 ff. m. w. N.

³⁶ Die binäre Logik – oder anders ausgedrückt: Das Entweder-oder-Paradigma – ist das entscheidende Merkmal von Digitalität. Dazu anschaulich Hillis, Computerlogik, 2001, S. 28.

³⁷ Krimphove, Der Einsatz von Fuzzy-Logik in der Rechtswissenschaft, in: Rechtstheorie 30, 1999, S. 541.

die in unterschiedlicher Kombination Elemente beider Regulierungstypen enthalten – etwa die regulierte Selbstregulierung.³⁸

Das Recht kennt auch unscharfe Rechtsinstitute.³⁹ In nahezu allen Rechtsgebieten gibt es Generalklauseln⁴⁰ und unbestimmte, offene Rechtsbegriffe.⁴¹ Sie sind vom Gesetzgeber bewusst vage gehalten, um eine flexible, an die Anforderungen der Praxis angepasste Rechtsanwendung zu ermöglichen. Vor allem im Verwaltungsrecht werden der Verwaltung darüber hinaus Beurteilungsspielräume⁴² und Ermessen⁴³ eingeräumt. Bei allen großen Unterschieden im Detail ist diesen Normen und Konzepten eines gemeinsam: Sie eröffnen Entscheidungs- und Handlungsspielräume für die Rechtsanwender in der Praxis.⁴⁴ Das macht das Recht flexibler und effektiver. Das führt aber auch zu Unschärfe – die allerdings sofort wieder reduziert wird. Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe werden nämlich durch teilweise langjährige und ständige Rechtsprechung der Gerichte konkretisiert und geschärft.⁴⁵ Beurteilungsspielräume werden von der Rechtsprechung nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen akzeptiert.⁴⁶ Auch das Ermessen – ein weiterer Unschärfe faktor im Recht – wird deutlich von anderen Normen wieder begrenzt. Es gibt kein freies, sondern nur ein gebundenes Ermessen.⁴⁷ Also auch der Unschärfe faktor Ermessen wird deutlich begrenzt – im Interesse der Schärfe des Rechts.

³⁸ Grundsätzlich dazu Hoffmann-Riem, Recht als Instrument der Innovationsoffenheit und der Innovationsverantwortung, in: Hagen Hof/Ulrich Wengenroth (Hrsg.): Innovationsforschung. Ansätze, Methoden, Grenzen und Perspektiven, 1996, S. 263 ff., und Schuppert, Governance im Spiegel der Wissenschaftsdisziplinen, in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.): Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien, 2006, S. 401 ff.

³⁹ Nicht zuletzt spielen in vielen Bereichen des Rechts auch die unscharfe Wahrscheinlichkeitsrechnung und Statistik eine Rolle. Instruktiv dazu Scholl, Wahrscheinlichkeit, Statistik und Recht, in: Juristenzeitung, 1992, S. 123 ff. m. w. N. und vielen Beispielen.

⁴⁰ Dazu Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 2001, S. 212 f.

⁴¹ Jestaedt (2006), Rn 23.

⁴² Ausführlich dazu Jestaedt, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 2006, Rn. 44 ff. m. w. N.

⁴³ Dazu Jestaedt, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 2006, Rn. 55 ff. m. w. N.

⁴⁴ Jestaedt, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 2006, Rn. 27.

⁴⁵ Nicht zuletzt die Konkretisierung und Schärfung durch die Rechtsprechung ist es, die die rechtsstaatlichen Bedenken gegen Generalklauseln beseitigt.

⁴⁶ Jestaedt, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 2006, Rn. 46 m. w. N.

⁴⁷ Jestaedt, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 2006, Rn. 60 ff. m. w. N.

3. Schärfe als Fiktion?

Bei aller Fixierung auf Eindeutigkeit, Klarheit, Formalität und unzweideutige Entscheidungen: Eine quasi mathematische Schärfe wird das Recht prinzipiell nicht erreichen können. Das hat mit dem Gegenstand des Rechts ebenso zu tun wie mit dem Instrumentarium des Rechts.

Das Recht befasst sich mit der Lebenswelt in ihrer ungeheuren Komplexität. Genau diese Komplexität macht Schärfe aber schwierig. Denn Schärfe vereinfacht grundsätzlich. Sie soll gerade Komplexität reduzieren. Je komplexer Probleme werden, desto unzureichender werden scharfe, eindeutige Lösungen. Weil sich das Recht also mit einem äußerst komplexen Gegenstand beschäftigt, kann es bei allem Bemühen um Schärfe eine gewisse Unschärfe nicht vermeiden. Das lässt sich am Beispiel des Verwaltungsverfahrens illustrieren. Das traditionelle Verwaltungsverfahren ist ein ausgeklügeltes, stark formal geprägtes Procedere, um eindeutige, klare Entscheidungen zu generieren. Anders ausgedrückt: Das Verwaltungsverfahren ist der prozedurale Ausdruck der traditionellen Schärfe-Denkweise des Rechts. Genau deshalb⁴⁸ gerät es bei komplexen Konfliktlagen an seine Grenzen. Die Praxis zeigt: Vor allem bei umweltrelevanten großen Bauvorhaben oder lokal umstrittenen Projekten kann das herkömmliche Verwaltungsverfahren die hochkomplexen Konfliktlagen nicht bewältigen und akzeptable Lösungen finden.⁴⁹ Deshalb wird immer öfter das Verfahren der Mediation eingesetzt.⁵⁰ Mediation-Prozesse sind nur wenig rechtlich vorstrukturiert, kaum formal festgelegt und geben den Beteiligten mehr Freiheiten als ein Verwal-

⁴⁸ Pündер, § 15 Mediation in Verwaltungsverfahren, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 2006, Rn. 1 m. w. N., sieht die Ursache dafür allerdings eher darin, dass in einem Verwaltungsverfahren nur rechtlich geschützte Positionen berücksichtigt würden und Standpunkte zu schnell verhärten.

⁴⁹ Pündler, § 15 Mediation in Verwaltungsverfahren, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 2006, Rn. 1 m. w. N., und Beispielen.

⁵⁰ Pündler, § 15 Mediation in Verwaltungsverfahren, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 2006, Rn. 2 skizziert die Voraussetzungen, die zu einer erfolgreichen Mediation führen können. Ausführlich dazu schon früher Breidenbach, § 15 Mediation in Verwaltungsverfahren, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 1995, S. 247 ff. m. w. N.

tungsverfahren.⁵¹ Diese Unschärfe ist ihr Erfolgsgeheimnis bei multipolaren und multidimensionalen Konfliktlagen.

Auch das Instrument des Rechts ist potenziell unscharf. Denn das Recht arbeitet nicht mit Zahlen, sondern mit der Sprache. Recht ist Sprache: Gesetze, ihre Konkretisierung in Richterrecht und Dogmatik, ihre Auslegung und Anwendung in justiziellen Entscheidungen, die Kritik dieser Entscheidungen – alles ist Sprache.⁵² Sprache ist flexibel, sie ist nuancenreich und äußerst anpassungsfähig.⁵³ Der Preis dafür ist eine grundsätzliche Unschärfe. Sprache lässt oft nur Bedeutungsbeschreibungen mit „unscharfen Rändern“ zu.⁵⁴ Juristische Kommunikation, die sprachlich formuliert wird, ist deshalb notwendig bis zu einem gewissen Grad vage.

III. Unschärfe durch Digitalisierung

Digitalisierung ist nicht nur ein technologisches Phänomen. Sie lässt sich auch als kulturelles Phänomen begreifen. Denn sie verändert alle Bereiche der Gesellschaft tiefgreifend. Sie hebt Grenzen auf, fördert multimediale Kommunikation, virtualisiert und vernetzt die Welt. So unterschiedlich die Folgen im Detail sind – auf einen gemeinsamen Nenner lässt sich die Entwicklung bringen: Digitalisierung führt zu Unschärfe.⁵⁵

⁵¹ Mediation funktioniert allerdings bei aller Freiheit nur, wenn Verhandlungsanreize gegeben sind und Spielräume für Kompromisse bestehen. Das betont völlig zu Recht Pünder, Kooperation statt Konfrontation. Möglichkeiten und Grenzen der Mediation bei Planfeststellungsverfahren, in: Die Verwaltung, 2005, S. 8 f. m. w. N. Den typischen Ablauf eines Konfliktmittlungsverfahrens skizziert Pünder, § 15 Mediation in Verwaltungsverfahren, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 2006, Rn. 3 ff. m. w. N.

⁵² Hassemer, Richtiges Recht durch richtiges Sprechen? Zum Analogieverbot im Strafrecht, in: Günther Grewendorf (Hrsg.): Rechtskultur als Sprachkultur. Zur forensischen Funktion der Sprachanalyse, 1992, S. 71.

⁵³ Dazu Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, S. 141 f.

⁵⁴ Zum Vagheitsproblem der Gesetzesprache ausführlich Hoffmann, Wie verständlich können Gesetze sein?, in: Günther Grewendorf (Hrsg.): Rechtskultur als Sprachkultur. Zur forensischen Funktion der Sprachanalyse, 1992, S. 144 ff.

⁵⁵ Grundsätzlich dazu Boehme-Neßler, Unscharfes Recht. Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt, 2008, S. 662 ff. m.w.N.

1. Digitalisierung – der kulturelle Kern

Digitalisierung ist zunächst ein technisches Phänomen. Ihre Wirkungen gehen aber weit über den engen Bereich der Technik hinaus. Digitalisierung erfasst die ganze Lebenswelt. Es bleibt kaum ein analoges Refugium. Digitalisierung ist deshalb auch ein kulturelles Phänomen. Digitalisierung als kulturelles Phänomen – das hat weit reichende Auswirkungen auf das Verfassungsrecht. Denn (Verfassungs)Recht ist ein wichtiger Teil der Kultur. Wie wird sich das Verfassungsrecht verändern, wenn und weil es auf die Digitalisierung trifft?

Ein herausragendes Merkmal digitaler Kultur ist die *Grenzenlosigkeit*.⁵⁶ Digitaltechnologie macht die Überschreitung unterschiedlichster Grenzen einfach. Grenzen verlieren deshalb an Bedeutung. Das ist nichts weniger als eine kulturelle und anthropologische Revolution. Ein Blick auf die menschliche Geschichte zeigt nämlich, dass Grenzen für den Menschen immer eine große Rolle gespielt haben.

Beinahe banal ist die Feststellung, dass *Multimedialität* zum Kern der digitalen Kultur gehört. Es ist die digitale Technologie, die eine Verbindung unterschiedlichster Medien ermöglicht, die früher kaum denkbar war. Natürlich ist Multimedialität kein neues Phänomen. Schon die frühen Opern waren multimedial und sprachen mehrere Sinne an. Neu ist aber die technische Leichtigkeit, mit der Multimedialität dank der digitalen Technologie erreicht werden kann. Die unglaubliche Menge an Bildern, die die moderne Welt prägt, hat hier ihre Ursache. Die Bilderflut – welche Effekte hat sie auf das Recht?⁵⁷

Ein wichtiges Charakteristikum der digitalen Kultur ist ihre *Virtualität*.⁵⁸ Sie setzt zwei große Konstanten der Lebenswelt unter Druck: die Materie und die Zeit. Digitale Technologie arbeitet mit flüchtigen Impulsen und schafft dabei eigene Welten, die für die Menschen im Alltag wichtig sind. Das relativiert die Bedeutung materieller Dinge. Ähnliches gilt für die Zeit. Digitale Technologien

⁵⁶ Boehme-Neßler, Unscharfes Recht. Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt, 2008, S. 102 ff. m.w.N.

⁵⁷ Ausführlich dazu Boehme-Neßler, BilderRecht. Die Macht der Bilder und die Ohnmacht des Rechts, 2010 pass.

⁵⁸ Grundsätzlich dazu Boehme-Neßler, Unscharfes Recht. Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt, 2008, S. 378 ff. ff. m.w.N.

erlauben eine weit gehende Asynchronizität des Lebens und der Arbeit. Das hat Einfluss auf die Bedeutung der Zeit und ihre Rolle als Taktgeber des sozialen Lebens.

Vernetzung ist kein neues Phänomen. Ganz im Gegenteil: Wie die Naturwissenschaften herausgearbeitet haben, ist Vernetzung ein Prinzip, das die Evolution der Welt und ihren aktuellen Zustand prägt. Die Geistesgeschichte kennt Vernetzung ebenfalls schon lange als wichtige Gesetzmäßigkeit, die viele Entwicklungen erklären kann. Durch die Digitaltechnologie wird Vernetzung aber ganz erheblich erleichtert. Das illustriert die Hypertext-Technik exemplarisch: Sie ermöglicht vielfältiges Vernetzen unterschiedlicher Inhalte und schafft dadurch nicht nur eine neue Quantität vernetzter Inhalte, sondern auch eine neue Qualität von Texten und Medien.⁵⁹

Der kulturell wirksame Kern der Digitalisierung liegt also in der Entgrenzung, der Multimedialität, der Virtualität und der Vernetzung.⁶⁰ Das sind Spezifika der Digitalisierung, die kulturelle Strukturen umwälzen. Was bedeutet das für das Verfassungsrecht? Um es zuzuspitzen: Wie sieht entgrenztes, multimedialisches, virtualisiertes und vernetztes Verfassungsrecht aus?⁶¹

2. Kulturelle Digitalisierung – Unschärfe als Ergebnis

So unterschiedlich die einzelnen Charakteristika der kulturellen Digitalisierung sind – eines haben sie gemeinsam: Sie führen zur Unschärfe.

Auf der Hand liegt das bei der Entgrenzung, die durch Digitalisierung induziert wird. Grenzen sind ein wichtiges Mittel, um Klarheit und Eindeutigkeit zu schaffen. Sie sind das denkbar Eindeutige.⁶² Durch Abgrenzen bringt der Mensch Ordnung in das Chaos der Welt. Grenzen sind deshalb eine anthropologische Kon-

⁵⁹ Einzelheiten dazu bei Boehme-Neßler, *Unscharfes Recht. Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt*, 2008, S. 623 f. m.w.N.

⁶⁰ Ob damit der kulturelle Kern von Digitalität vollständig erfasst ist, soll hier offenbleiben. Jedenfalls sind damit die Eigenschaften von Digitalität in den Blick genommen, die zurzeit deutlich sichtbar sind und die Kultur bereits umwälzen.

⁶¹ Grundsätzlich zum digitalisierten Recht Boehme-Neßler, *Unscharfes Recht. Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt*, 2008, S. 97 ff. m.w.N.

⁶² Schlägel, *Im Raume lesen wir die Zeit. Über Zivilisationsgeschichte und Geopolitik*, 2003, S. 137.

stante.⁶³ Durch die Digitalisierung werden dagegen der nahtlose Übergang und die verschwommene Grauzone zum Standard. Extreme Beispiele dafür sind das ubiquitous computing⁶⁴ und das affective computing, die die Grenzen zwischen Mensch, Umwelt und Software verschwimmen lassen.⁶⁵ Unterstützt wird der Entgrenzungstrend durch die Virtualisierung und die Vernetzung, zwei Entwicklungen, die ebenfalls untrennbar mit dem Siegeszug der Digitalisierung verbunden sind.⁶⁶

Digitale Multimedialisierung führt zu einer Bilderflut. Nie war es so einfach, Bilder zu produzieren, zu kopieren und zu verbreiten. Die Alltagswelt ist deshalb längst von Bildern geprägt, wenn nicht kolonialisiert. Mehr Bilder führen zu mehr Unschärfe. Auf diese ganz einfache Formel lässt sich die Folge dieser Entwicklung bringen. Denn Bilder sind per se mehrdeutig.⁶⁷ Visuelle Rechtskommunikation⁶⁸ muss deshalb zwangsläufig unschärfer werden.

Diese Skizze soll an dieser Stelle genügen.⁶⁹ Also: Recht wird unschärfer. Was bedeutet das für das Grundgesetz? Dieser Frage soll am Beispiel der Entgrenzung nachgegangen werden.

IV. Entgrenzung – Das Ende der Verfassung?

Wie alle Rechtstexte ist die Verfassung noch stark von geografischen Grenzen und scharfem Abgrenzungsdenken geprägt. Das hat gute Gründe; und es hat sich bis jetzt bewährt. Aber das Verfassungsrecht und das Verfassungsdenken müssen sich der Unschärfe-Herausforderung stellen, die von der Digitalisierung aus-

⁶³ Boehme-Neßler, Unscharfes Recht. Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt, 2008, S. 120 ff. m.w.N.

⁶⁴ Grundlegend und prägend dazu Weiser, The Computer for the 21st Century, in: Scientific American 1991, S. 66 ff. Ausführlich dazu auch Mattern, Vom Verschwinden des Computers, in: ders. (Hrsg.), Total vernetzt, 2003, S. 3 ff. m. w. N.

⁶⁵ Roßnagel u. a., Datenschutzfragen mobiler kontextbezogener Systeme, 2006, S. 19 f. sprechen davon, dass „ein unmerkliches, filigranes und viele Lebensbereiche durchwirkendes Netz entsteht“.

⁶⁶ Details dazu bei Boehme-Neßler, Unscharfes Recht. Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt, 2008, S. 370 ff., 500 ff. m.w.N.

⁶⁷ Zur Polysemie der Bilder grundsätzlich Gombrich, Bild und Auge: Neue Studien zur Psychologie der bildlichen Darstellung, 1984, S. 243 und Hoffman, Visuelle Intelligenz. Wie die Welt im Kopf entsteht, 2001, S. 30 ff.

⁶⁸ Bahnbrechend dazu Brunschwig, Visualisierung von Rechtsnormen, 2001.

⁶⁹ Details bei Boehme-Neßler, Unscharfes Recht. Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt, 2008, S. 99 ff. m.w.N.

geht. Denn der Siegeszug der Digitalisierung wird weitergehen. Grenzen werden immer weiter an Bedeutung verlieren.

1. Das Ende der geografischen Grenzen?

Alles, was digitalisiert ist, kann potenziell überall geschaffen, rezipiert und verarbeitet werden. Die Überwindung physischer Entfernung ist kein wirkliches Problem mehr. Digitalisierte Daten lassen sich in kürzester Zeit kostengünstig über beliebige Entfernung weltweit verschicken.⁷⁰ Der physische Raum ist informationstechnologisch bagatellisiert worden.⁷¹ Entfernung spielen (fast)⁷² keine Rolle mehr.⁷³ Zurzeit lässt sich beobachten, wie der Erfolg des Mobile Computing diesen Trend noch exponentiell verstärkt.

Digitalisierte Informationen sind also grundsätzlich unabhängig von geografischen Grenzen. Das hat weitreichende Folgen: Geografische (Staats-)Grenzen verlieren zunehmend an Bedeutung und Relevanz.⁷⁴ Besonders weit fortgeschritten ist der Entgrenzungsprozess in der Wirtschaft:⁷⁵ Wirtschaft entnationalisiert sich immer stärker.⁷⁶

⁷⁰ Cairncross, The Death of Distance 2.0, 2001 spricht in diesem Zusammenhang deshalb anschaulich vom „Death of Distance“.

⁷¹ Luhmann, Der Staat des politischen Systems, in: Ulrich Beck (Hrsg.); Perspektiven der Weltgesellschaft, 1998, S. 274. Das heißt aber nicht, dass der physische Ort alle Bedeutung verloren hätte. Er bleibt wichtig. Dazu Kirby (1998), S. 168 ff.

⁷² Döhrn, Kultur, Distanzen und Globalisierung, in: Boos, Monica/Goldschmidt, Nils (Hrsg.): WissensWert!?, 2000, S. 91, betont auf der Basis empirischer Studien, dass vor allem kulturelle Faktoren und Distanzen weiterhin relevant sind.

⁷³ Döhrn, Kultur, Distanzen und Globalisierung, in: Boos, Monica/Goldschmidt, Nils (Hrsg.): WissensWert!?, 2000, S. 100, vertritt die These, dass geografische Distanzen im Gegenteil an Bedeutung gewonnen haben. Ob das haltbar ist, erscheint sehr zweifelhaft. Döhrn betrachtet lediglich, wie sich die ausländischen Direktinvestitionen in willkürlich ausgewählten Staaten von 1991 bis 1995 entwickelt haben. Aus diesem engen Fokus lassen sich schwerlich verallgemeinernde Aussagen ableiten.

⁷⁴ Ausführlich dazu Zürn, Regieren jenseits des Nationalstaates, 1998, S. 65 ff. m. w. N. und Dicke, Erscheinungsformen und Wirkungen von Globalisierung in Struktur und Recht des internationalen Systems auf universaler und regionaler Ebene sowie gegenläufige Renationalisierungstendenzen, in: Ders. u.a. (hrsg.): Völkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden System – Auswirkungen der Entstaatlichung transnationaler Beziehungen, 2000, S. 15 ff. m. w. N.

⁷⁵ Zur Entgrenzung durch ökonomische Globalisierung ausführlich Schroer, Räume, Orte, Grenzen. Auf dem Weg zu einer Soziologie des Raums, 2006, S. 195 ff. m. w. N.

⁷⁶ Brock/Albert, Entgrenzung der Staatenwelt – Zur Analyse weltgesellschaftlicher Entwicklungstendenzen, in: Zeitschrift für internationale Beziehungen, 1995, S. 263 ff. m. w. N. Albrorw (1998), S. 203 ff. m. w. N.

Ähnliches lässt sich in der Politik beobachten. Seit Jahrhunderten hängen vor allem in Europa und in Nordamerika Staat und Raum eng zusammen.⁷⁷ Das ändert sich gerade radikal. Territorialität wird als politisches und völkerrechtliches Ordnungsprinzip unwichtiger. Globalisierung und Digitalisierung lösen traditionelle Zusammenhänge auf und schaffen neue, ungewohnte Verknüpfungen zwischen Geografie und politischer und rechtlicher Organisation: Nationale Politik wird zunehmend transnationalisiert.⁷⁸

2. Verfassungsrecht und Grenzen

Im Recht dominieren Grenzziehungen aller Art – nach außen und im Inneren von Staaten oder Organisationen. Grenzen sind das Mittel des Rechts, um die innere und äußere Souveränität zu definieren und dadurch zu gewährleisten.⁷⁹

a) Recht und Grenzen – eine untrennbare Beziehung?

Systemtheoretisch inspiriert lässt sich Recht als Grenzziehung ansehen. Die Leitunterscheidung des rechtlichen Systems ist die Unterscheidung zwischen Recht und Unrecht.⁸⁰ Handlungen und Kommunikationen, die sich mit dieser Unterscheidung beschäftigen, gehören zum Bereich des Rechts. Alles andere gehört zu anderen Teilbereichen der Gesellschaft. Die Grenzziehung zwischen Recht und Unrecht ist – so gesehen – konstitutiv für das Recht.

Auch innerhalb des Rechtssystems spielen Grenzziehungen eine wichtige Rolle. Die grundlegende Aufgabe sowohl bei der Rechtsetzung als auch bei der Rechtsanwendung ist die Unterscheidung zwischen relevant und irrelevant. Welcher (kleine) Teil der Wirklichkeit rechtlich relevant sein soll, entscheidet zunächst der Rechtsetzer, danach der Rechtsanwender. Die juristische Basisme-

⁷⁷ Welthistorisch gesehen ist das aber die Ausnahme. In der Regel – das sind Erkenntnisse der Anthropologie und der Geschichtswissenschaft – wurde die soziale Welt von persönlichen Beziehungen unterschiedlicher Intensität strukturiert. Dazu v. Trotha, Die Zukunft liegt in Afrika. Vom Zerfall des Staates, von der Vorherrschaft der konzentrischen Ordnung und vom Aufstieg der Parastaatlichkeit, in: Leviathan, 2000, S. 265.

⁷⁸ Kriesi/Grande, Nationaler politischer Wandel in entgrenzten Räumen, in: Ulrich Beck/Christoph Lau (Hrsg.): Entgrenzung und Entscheidung, 2004, S. 403 m. w. N.

⁷⁹ Selbstverständlich ist das Recht nicht das einzige Mittel, um Souveränität zu gewährleisten. Es ist aber ein wichtiges Instrument dafür.

⁸⁰ Teubner, Recht als autopoietisches System, 1989, S. 45. Ähnlich Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 60.

thode der Subsumtion lässt sich ebenfalls als Grenzziehung begreifen: Durch die Subsumtion wird ein Lebenssachverhalt darauf geprüft, ob er mit dem Tatbestand einer Rechtsnorm übereinstimmt. Das ist nichts anderes als die Unterscheidung zwischen relevant und irrelevant. Rechtsanwendung in Form der Subsumtion ist – aus diesem Blickwinkel gesehen – Grenzziehung.

Grenzziehung durch das Recht ist allerdings kein Selbstzweck. Das Recht setzt Grenzen, um Freiheit zu schaffen und zu sichern.⁸¹ Absolute, rechtlich nicht begrenzte Freiheit führt im sozialen Zusammenleben zur Macht des Stärkeren, nicht zur Freiheit des Individuums. Und die Freiheit des Staates wird rechtlich begrenzt, um die Freiheit der Bürger vor der Staatsmacht zu schützen.

b) Äußere Souveränität

Eine der wichtigen Funktionen des Völkerrechts ist die Grenzziehung zwischen Staaten.⁸² Sie dient dazu, die nationale Souveränität zu sichern. Weil Staatsgewalt – fast immer – geografisch begrenzt ist, wird der Geltungsbereich von staatlichem Recht in der Regel auch durch physische, geografische Grenzen beschränkt.⁸³ Mit anderen Worten: Staatliches Recht ist nur wirksam innerhalb der geografischen Grenzen eines Staates.⁸⁴ Nur innerhalb der staatlichen Grenzen gibt es legitime Durchsetzungs- und Sanktionsmechanismen.⁸⁵ Denn um Recht zu setzen und Recht durchzusetzen, ist politische und physische Macht notwendig. Und politische und physische Macht ist historisch gesehen in der Regel räumlich begrenzt gewesen.⁸⁶

⁸¹ Ganz pointiert Böckenförde, Staat – Nation – Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, 1999, S. 233: Ohne Recht gibt es keine Freiheit.

⁸² Allgemein zu den Funktionen des Völkerrechts Ipsen, Knut/Epping, Volker/Heintschel von Heinegg, Wolff/Fischer, Horst/Gloria, Christian/ Heintze, Hans-Joachim, Völkerrecht, 2004, S. 44 ff. m. w. N.

⁸³ Ausführlich zur Raumbezogenheit des Rechts aus rechtstheoretischer Perspektive Winkler, Raum und Recht, 1999, S. 50 ff. m. w. N.

⁸⁴ Ipsen, Knut/Epping, Volker/Heintschel von Heinegg, Wolff/Fischer, Horst/Gloria, Christian/ Heintze, Hans-Joachim, Völkerrecht, 2004, S. 311.

⁸⁵ Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 2004, S. 936 f. m. w. N.

⁸⁶ Wie Popitz, Phänomene der Macht, 1992, S. 27 ff. herausarbeitet, gibt es allerdings auch andere Formen von Macht: etwa die autoritative oder die datensetzende Macht. Wenn nicht alles täuscht, werden sie in Zukunft an Bedeutung gewinnen.

Im klassischen allgemeinen Völkerrecht findet gerade ein – langsames und sehr vorsichtiges – Umdenken statt. Das wird an der Doktrin der humanitären Intervention sichtbar.⁸⁷ Sie bricht die bisher (fast) unbedingte Respektierung von Staatsgrenzen durch das Völkerrecht auf. Ähnliche Tendenzen sind bei der Problematik der Staatenimmunität zu beobachten.⁸⁸ Noch weiter geht die – auf den ersten Blick ansprechende, aber nicht unproblematische⁸⁹ – Idee der demokratischen Intervention.⁹⁰

c) Innere Souveränität

Auch im Inneren von Staaten erfüllt das Verfassungsrecht seine Funktion, Grenzen zu ziehen. Es grenzt Zuständigkeiten und Handlungsmöglichkeiten unterschiedlicher Institutionen und Handlungseinheiten im Inneren eines Staates ab. Die verfassungsrechtliche Kompetenzlehre⁹¹ lässt sich als austariertes System von Abgrenzungen begreifen.

aa) Scharfe Abgrenzung aus Pragmatismus

Der Staat ist kein monolithischer Block. Er besteht aus einer Vielzahl von Verwaltungsträgern und Verwaltungsbehörden, die sich in einem langen Prozess immer weiter spezialisiert und ausdifferenziert haben. Gleichzeitig verlangt aber das heute dominierende staatstheoretische Modell, dass die Staatsgewalt einheit-

⁸⁷ Ausführlich dazu Schöbener, Die humanitäre Intervention im Konstitutionalisierungsprozeß der Völkerrechtsordnung, in: Kritische Justiz 33, 2000, S. 559 ff. m. w. N.; Schöbener, Schutz der Menschenrechte mit militärischer Gewalt: die humanitäre Intervention zwischen Völkerrecht und internationaler Politik, in: Zeitschrift für Politik 47, 2000, S. 293 ff. m. w. N. Sehr kritisch und ablehnend zu diesem Konzept Bothe, Friedenssicherung und Kriegsrecht, in: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.): Völkerrecht, 2004, Rn. 22 ff. m. w. N.

⁸⁸ Ausführlich dazu Ipsen, Knut/Epping, Volker/Heintschel von Heinegg, Wolff/Fischer, Horst/Gloria, Christian/ Heintze, Hans-Joachim, Völkerrecht, 2004, S. 374 ff. m. w. N. Zur Staatenimmunität im Einzelnen Schmalenbach, Immunität von Staatsoberhäuptern und anderen Staatsorganen, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 61, 2006, S. 398 ff. m. w. N.

⁸⁹ Zur Problematik grundsätzlich Franck, Fairness in International Law and Institutions, 1995, S. 122 ff. m. w. N.

⁹⁰ Dazu Reisman, Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law, in: American Journal of International Law, 1990, S. 871 f. Ablehnend aber Schindler, Völkerrecht und Demokratie, in: Gerhard Hafner/Gerhard Loibl/Alfred Rest/Lilly Sucharipa-Behrmann/Karl Zemanek (Hrsg.): Liber Amicorum für Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern. The Hague/London/Boston, 1998, S. 625 f.

⁹¹ Ausführlich dazu Stettner, Grundfragen einer Kompetenzlehre, 1983, S. 79 ff. m. w. N.

lich auftritt.⁹² Alle Teile des Staates sollen so zusammen agieren, dass schließlich ein einheitliches Ganzes entsteht – und keine anarchische Kakophonie konkurrierender Verwaltungseinheiten. Das geht nur, wenn die Verfassung eine strikte und klare Zuständigkeitsordnung durchsetzt.⁹³ Die Verfassung muss also Grenzen ziehen: Kompetenzen werden zugewiesen und gegeneinander abgegrenzt. Das lässt sich mit dem Begriff der inneren Souveränität bezeichnen.⁹⁴ Ein besonders wichtiges Beispiel dafür, wie das Grundgesetz – und viele andere Verfassungen auch – durch Grenzziehungen innere Souveränität herstellt, ist die bundesstaatliche Ordnung.⁹⁵ Das Zusammenwirken von Bund und Ländern wird in einer Vielzahl von verfassungsrechtlichen Regelungen geordnet: durch Abgrenzung und Zuweisung.⁹⁶ Von ebenso großer – nicht nur, aber auch – organisatorischer Bedeutung ist der Gewaltenteilungsgrundsatz.⁹⁷ Er gliedert den Staat in unterschiedliche Gewalten, weist ihnen spezielle Aufgaben zu und balanciert das Machtverhältnis der unterschiedlichen Staatsgewalten aus⁹⁸ durch Zuweisung und Abgrenzung.

bb) Notwendigkeit von Schärfe: Rechtsstaat und Demokratie

Die Schärfe der Verfassung bei der Kompetenzabgrenzung basiert nicht nur auf pragmatischen Effizienzüberlegungen. Sie hat auch eine rechtsstaatliche Funktion.⁹⁹ Scharfe Zuständigkeitsgrenzen schaffen klare Verantwortlichkeiten und

⁹² Zur Wurzel dieses Denkens in der Verfassungstheorie Stettner, Grundfragen einer Kompetenzlehre, 1983, S. 126 ff. m. w. N. Sehr kritisch zur Vorstellung von der Einheit des Staates Haltern, Europäischer Kulturmampf. Zur Wahrung „nationaler Identität“ im Unions-Vertrag, in: Der Staat, 37/4, 1998, S. 600 ff. m. w. N.

⁹³ Ähnlich BVerfGE 68, 1,68; 90, 286, 364; 95, 1, 15.

⁹⁴ Zur inneren Souveränität Schliesky, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für das E-Government, in: Die öffentliche Verwaltung, 2004, S. 816, und Isensee, § 15 Staat und Verfassung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Bd. II, 2004, Rn. 98 ff. m. w. N.

⁹⁵ Zur Ideengeschichte des Bundesstaatsprinzips Bauer, Art. 20 (Bundesstaat), in: Horst Dreier (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar. Band II, 1998, Rn. 1 ff. m. w. N.

⁹⁶ Ähnlich Schliesky, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für das E-Government, in: Die öffentliche Verwaltung, 2004, S. 816 f. m. w. N.

⁹⁷ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1999, Rn. 498, betont die Bedeutung der Gewaltenteilung und bezeichnet sie als das „organisatorische Grundprinzip der Verfassung“.

⁹⁸ Die prägnante Trias Konstituierung, Aufgabenzuweisung und Balancierung der Staatsgewalten als Bestandteil des Gewaltenteilungsprinzips hat Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1999, Rn. 484 ff. geprägt.

⁹⁹ Schliesky, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für das E-Government, in: Die öffentliche Verwaltung, 2004, S. 817 m. w. N.

Transparenz.¹⁰⁰ Verfassungsrechtliche Klarheit, nicht willkürliche Beliebigkeit bei der staatlichen Aufgabenwahrnehmung ist ein Grundpfeiler der Rechtsstaatlichkeit.¹⁰¹ Schärfe schützt auch die Freiheit, die ein wichtiges Anliegen des (materiellen) Rechtsstaates ist. Weil das Verfassungsrecht die Handlungsmöglichkeiten des Staates scharf definiert und begrenzt, schützt es die Freiheit des Bürgers. Denn diffuse Handlungsmöglichkeiten für den Staat verwischen die Grenzen der Bürgerfreiheit und führen zu diffusen Bürgerrechten. Freiheit durch Klarheit und scharfe Abgrenzung – auf dieser Überlegung basieren etwa das allgemeine Gebot der Rechtssicherheit¹⁰² und der Grundsatz der Formenklarheit in der Finanzverfassung des Grundgesetzes¹⁰³ und im Steuer- und Abgabenwesen.¹⁰⁴

Die verfassungsrechtliche Schärfe wurzelt nicht nur im Rechtsstaatsgedanken, sondern auch in der Demokratieidee. Die möglichst scharfe Grenzziehung zwischen den Kompetenzen einzelner Staatsgewalten und Staatsorgane durch die Verfassung hat einen ausgeprägten demokratischen Zweck.¹⁰⁵ Die Verfassung verlangt, dass jede Ausübung staatlicher Gewalt demokratisch legitimiert ist.¹⁰⁶ Die demokratische Legitimation wird einem Teil der Staatsgewalt nicht pauschal und unbeschränkt erteilt. Sie gilt nur für den von der Verfassung scharf abgegrenzten Bereich, in dem das Staatsorgan, die Behörde oder der Amtswalter tätig werden darf. Die Zuständigkeitsordnung ist damit ein Teil der demokratischen Ermächtigung zum Handeln und gleichzeitig die Grenze der Entscheidungsbefugnis.¹⁰⁷

¹⁰⁰ Ähnlich Schulze-Fielitz, Kommentierung zu Art. 20 GG, in: Horst Dreier (Hrsg.): Grundgesetzkommentar Bd. I, 2004, Art. 20 Rd. 192 m. w. N.

¹⁰¹ Zur Bedeutung einer klaren Kompetenzzuordnung im Rechtsstaat Schmidt-Aßmann, § 26 Rechtsstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. II, 2004, Rn. 79.

¹⁰² Grundsätzlich BVerfGE 87, 234, 263; 93, 213, 238.

¹⁰³ Zur Notwendigkeit und Funktion der Formenklarheit der Finanzverfassung BVerfGE 67, 256, 274 ff.

¹⁰⁴ Zur Formenklarheit im Steuerrecht grundsätzlich BVerfGE 13, 153, 160. Dazu Tipke/Lang, Steuerrecht, 2005, § 4 Rn. 168 m. w. N.

¹⁰⁵ Ähnlich Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1999, Rn. 496.

¹⁰⁶ Böckenförde, Staat – Nation – Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, 2003, § 23 Rd. 11 ff. m. w. N.

¹⁰⁷ BVerfGE 93, 37 (68).

3. Unschärfe – Relativierung des Verfassungsrechts

Durch die Digitalisierung – und die Globalisierung¹⁰⁸ – verwischen die klaren und scharfen Grenzen und Unterscheidungen, die das Verfassungsrecht bisher prägen. Das führt nicht nur zur Unschärfe des Verfassungsrechts, sondern auch sukzessive zu seiner Relativierung.

a) Techniker als Rechtsetzer

In stark technologisch geprägten Bereichen der Gesellschaft hält sich das Parlament als Rechtsetzer nicht selten zurück. Technik und Techniker haben dort eine große Bedeutung als Normgeber.

Das hat unterschiedliche Gründe. Eine wesentliche, nicht die einzige Ursache ist sicher die Schwierigkeit, technische Entwicklungen durch Recht zu steuern. Eine Steuerung ist nur begrenzt möglich. Die technische Entwicklung zielorientiert zu lenken, umfassend zu kontrollieren und zu beherrschen, ist dagegen unmöglich.¹⁰⁹ Als Folge überlässt das Recht die Technik teilweise sich selbst. Die Zurückhaltung hat weitreichende Konsequenzen. Im Technikbereich dominiert die Selbstregulierung, die zur Technisierung erst der Normen, dann des gesamten Denkens führt. Nicht zuletzt spiegelt sich das schließlich im Inhalt der technischen Normen wider. Die Dominanz von Technikern und technischem Denken lässt sich im Rahmen der Selbstverwaltung kaum ändern. Der Markt ist nur beschränkt in der Lage, die Bedürfnisse der Nutzer oder das Allgemeinwohl gegenüber der Technik durchzusetzen.¹¹⁰ Nichttechnisches Denken und Interessen, die außerhalb der *technical community* liegen, lassen sich nur durch staatliches Recht integrieren.¹¹¹

¹⁰⁸ Zur Rolle der Globalisierung bei der Entgrenzung Boehme-Neßler, *Unscharfes Recht. Überlegungen zur Relativierung des Rechts in der digitalisierten Welt*, 2008, S. 118 m.w.N.

¹⁰⁹ Roßnagel, *Rechtswissenschaftliche Technikfolgenforschung. Umrisse einer Forschungsdisziplin*, 1993, S. 27 m. w. N.

¹¹⁰ Roßnagel, *Technik für Nutzer. Erwartungen und Fragen*, in: Alexander Roßnagel (Hrsg.): *Technik für Nutzer. Rechtliche Regelungen für eine nutzergerechte Technik*, 2004, S. 21 ff.

¹¹¹ Roßnagel, *Technik für Nutzer. Erwartungen und Fragen*, in: Alexander Roßnagel (Hrsg.): *Technik für Nutzer. Rechtliche Regelungen für eine nutzergerechte Technik*, 2004, S. 23 f. Grundsätzlich zur Steuerung der Technik durch das Recht Roßnagel, *Rechtswissenschaftliche Technikfolgenforschung. Umrisse einer Forschungsdisziplin*, 1993, S. 241 m. w. N.

b) Wintel als Verfassungsgeber

In seiner Anfangszeit – lange vor der Entstehung des social web – war das Internet primär ein technisches, weniger ein politisches oder soziales Phänomen. Die Ingenieure dominierten die Entwicklung und Entfaltung des Internets.¹¹² Bis Anfang der neunziger Jahre des letzten Jahrhunderts ging es um die Entwicklung und Fortschreibung technischer Standardisierungen vor allem von Netzwerk- und Anwendungsprotokollen.¹¹³ Bis heute existiert eine ganze Reihe von Ausschüssen, in denen Fachleute technische Standards festsetzen und damit die Internet-Architektur fortentwickeln.¹¹⁴ Neben den Hardware-Standards spielt die Software-Architektur des Netzes eine überragend wichtige Rolle. Die sich immer weiter entwickelnde Internet-Architektur determiniert und präformiert den Cyberspace – und damit das Handeln und die Möglichkeiten der Internet-User. Kurz und knapp: Der digitale Code¹¹⁵ ist das Gesetz in der *City of Bits*.¹¹⁶

Was im Cyberspace möglich ist, definieren bisher nicht der demokratisch legitimierte Gesetzgeber, sondern die technischen Standards¹¹⁷ und die Software. Die Ingenieure und Programmierer werden zu Rechtsetzern; Wintel wird zum Verfassungsgeber.¹¹⁸ Das ist unter demokratietheoretischen Aspekten hoch pro-

¹¹² Hofmann, Und wer regiert das Internet? – Regimewechsel im Cyberspace, in: Herbert Kubicek u.a. (Hrsg.): Global@home. Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft , 2000, S. 71.

¹¹³ Ausführlich dazu Sieber, Teil 19: Strafrecht und Strafprozessrecht, in: Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich (Hrsg.), Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, Loseblattausgabe, 2000, Rn. 42 ff. m. w. N. Hafner/Lyon, Die Geschichte des Internet, 2000, S. 165 ff. schildern plastisch, wie die Entwicklung von Internet-Protokollen Ende der sechziger Jahre begonnen hat.

¹¹⁴ Einen kurzen prägnanten Überblick über die Gremien gibt Tanenbaum, Computernetzwerke, 2000, S. 89 ff.

¹¹⁵ Die Bedeutung des Code als Gesetz für den virtuellen Raum betont Mitchell, City of bits: Space, place, and the Infobahn, 1996, S. 111: „code is the law.“ Vor der „Macht der Computer“ warnt schon früher Weizenbaum, Die Macht der Computer und die Ohnmacht der Vernunft. (Orig.: Computer Power and Human Reason. From Judgement to Calculation), 1977, S. 311 ff. und pass.

¹¹⁶ So die prägnante Formulierung von Mitchell, City of bits: Space, place, and the Infobahn, 1996, S. 111.

¹¹⁷ Zur zunehmenden Bedeutung der technischen Standards vor allem im Hinblick auf effektive Kompatibilität Kim/Hart, The Global Political Economy of Wintelism: A new Mode of Power and Governance in the Global Computer Industry, in: James N. Rosenau/J.P.Singh (Hrsg.): Information Technologies and Global Politics, 2002, S. 146 und Roßnagel, Europäische Techniknormung im Lichte des Gemeinschaftsvertragsrechts, in: Deutsches Verwaltungsblatt , 1996, S. 1181 ff. m. w. N.

¹¹⁸ In der internationalen politischen Ökonomie hat sich die Bezeichnung Wintel (Windows + Intel) eingebürgert, um die technologische und ökonomische Macht der PC-Hersteller und der Softwarereproduzenten zu charakterisieren. Ausführlich dazu Kim/Hart, The Global Polit-

blematisch. Denn angesichts der Bedeutung des Internets sind Entscheidungen über die Internet-Architektur nicht nur technisch. Sie sind sehr politisch und von erheblicher Brisanz für Politik, Gesellschaft und Wirtschaft. Sie haben nicht nur technische Konsequenzen, sondern auch weit reichende und tief greifende politische und gesellschaftliche Auswirkungen. Ein besonders eindrückliches Beispiel dafür ist das social web, das Verhaltensweisen, soziale Strukturen, politische und gesellschaftliche Interaktionen und langfristig möglicherweise sogar das Denken verändert. Der digitale Code des Cyberspace kann – und muss – deshalb politisch gesteuert und verändert werden¹¹⁹ – in den Grenzen des technologisch Möglichen. Anders gewendet: In der Demokratie wird jede Macht-ausübung begrenzt. Das ist ein Grundgedanke der Demokratietheorie. Selbstverständlich muss das dann auch für die Macht der Datensetzer¹²⁰ gelten.

c) Gemeinwohl im digitalen Code?

Anders als im staatlichen Verfassungsrecht ist das Gemeinwohl im digitalen Code keine relevante Kategorie. Deshalb können die technischen Regulierungen in der Regel kaum verhindern, dass sich starke Einzelinteressen gegenüber schwächeren Einzelinteressen oder dem Allgemeininteresse durchsetzen.¹²¹ Denn Selbstverwaltung kann ungleiche ökonomische, soziale und politische Machtverhältnisse und Einflussmöglichkeiten, die auch im Internet und in Internet-Communities bestehen, nicht ausgleichen. Im Gegenteil: Die Ungleichheiten spiegeln sich im Inhalt der selbst geschaffenen, technisch orientierten Regeln wider.¹²² Der digitale Code gewährleistet nicht zwingend die notwendigen

cal Economy of Wintelism: A new Mode of Power and Governance in the Global Computer Industry, in: James N. Rosenau/J.P. Singh (Hrsg.): Information Technologies and Global Politics, 2002, S. 143 ff. m. w. N.

¹¹⁹ So schon früh Lessig, Reading the constitution in cyberspace, in: Emory Law Journal 45, 1996, S. 900 m. w. N.

¹²⁰ Zur Macht der Datensetzer grundsätzlich Popitz, Phänomene der Macht, 1992, S. 30 ff., 180.

¹²¹ Zu dieser Problematik am Beispiel der globalen technischen Standardisierungen Mattli, Public and Private Governance in Setting international Standards, in: Miles Kahler/David A. Lake (Hrsg.): Governance in an global economy: political authority in transition, 2003, S. 217 m. w. N.

¹²² Osthäus, Local values, global networks and the return of private law, in: Engel, Christoph/Keller, Kenneth H., Understanding the impact of global networks on local social political and cultural values, 2000, S. 214 f. m. w. N., weist in diesem Zusammenhang auf das Problem des Verbraucherschutzes hin.

Schutzrechte für Schwächere oder Minderheiten.¹²³ Minderheitenschutz zu garantieren und Allgemeininteressen zu vertreten ist die klassische Funktion des (demokratischen) Staates.¹²⁴ Technische Selbstverwaltung kann das nicht.

Ein besonderer Aspekt der Gemeinwohlproblematik im Internet ist der Zugang zum Netz im Allgemeinen und zu spezifischen Inhalten im Besonderen. Private Betreiber und Communities machen den „Access“¹²⁵ von unterschiedlichen rechtlichen, sozialen oder ökonomischen Voraussetzungen abhängig. Bei Grenzziehungen – im wirklichen Leben und im Cyberspace – entsteht ein grundsätzlicher Konflikt, den nur das staatliche Recht, nicht aber technische Regeln lösen können. Individuen und Gemeinschaften haben selbstverständlich das Recht, Grenzen zu ziehen und andere auszuschließen. Durch Zugangsbeschränkungen wird aber auch das Internet als Ganzes strukturiert und reguliert. Das ist dann allerdings keine Frage mehr, die den privaten Partikularinteressen überlassen werden darf. Vor allem darf dieses „Zoning“¹²⁶ nicht zu intolerablen Diskriminierungen und Minderheitenbenachteiligung führen. Ob und wie weit eine Gesellschaft einen *digital divide* akzeptiert¹²⁷, ist eine hoch politische Frage, die mit technischem Sachverstand nicht gelöst werden kann. Das bezieht sich nicht nur auf innergesellschaftlich unterschiedliche Zugangsmöglichkeiten¹²⁸, sondern

¹²³ So ganz dezidiert Mankowski, Wider ein transnationales Cyberlaw, in: Archiv für Presserecht, 1999, S. 140 m. w. N.

¹²⁴ Zur Funktion des Staates allgemein Grimm, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung, in: Dieter Grimm (Hrsg.): Staatsaufgaben, 1996, S. 616 ff. m. w. N.

¹²⁵ Zugang oder Access wird zum Schlüsselproblem in den modernen Wissensgesellschaften. Dazu grundsätzlich Rifkin, Access. Das Verschwinden des Eigentums, 2000, pass.

¹²⁶ Von Zoning spricht in diesem Zusammenhang Lessig, Reading the constitution in cyberspace, in: Emory Law Journal 45, 1996, S. 883.

¹²⁷ Sandl, Die „Digitale Integration“ vorantreiben – eine Aufgabe für Politik, Wirtschaft und Gesellschaft, in: in: Herbert Kubicek u.a. (Hrsg.): Internet @Future. Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft, 2001, S. 378 ff., und Palmer, Internet für alle: Strategien zur digitalen Integration in Baden-Württemberg, in: Herbert Kubicek u.a. (Hrsg.): Internet @Future. Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft, 2001, S. 405 ff., plädieren für ein Eingreifen des Staates, um die Unterschiede bei der Internet-Nutzung verschiedener Bevölkerungsschichten auszugleichen. Ob staatliches Handeln dabei aber helfen kann, ist durchaus zweifelhaft. Jedenfalls ist die Entwicklung in Deutschland und den USA zwischen 1998 und 2004 eher dazu angetan, skeptisch zu bleiben. Ausführlich dazu Riehm/Krings, Abschied vom „Internet für alle“? Der „blinde Fleck“ in der Diskussion zur digitalen Spaltung, in: Medien & Kommunikationswissenschaft 54, 2006, S. 78 ff. m. w. N.

¹²⁸ Bei der Internet-Nutzung gibt es signifikante Unterschiede zwischen bestimmten Bevölkerungsschichten. Für Hutter, Der „Digital Divide“ – ein vorübergehender Zustand, in: Herbert Kubicek u.a. (Hrsg.): Internet @Future. Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft, 2001, S. 362 ff., ist es allerdings nur eine Frage der Zeit, bis sich die Unterschiede ausgeglichen haben.

auch auf die globale Situation insgesamt. Vor allem zwischen den westlichen Industriestaaten und den Entwicklungsländern besteht ein enormes *digital gap*.¹²⁹

Dieser Unterschied in Infrastruktur, Zugangsmöglichkeiten und Partizipationschancen wird sich durch bloße Selbstregulierung ohne politische Entscheidungen und Interventionen nicht verändern lassen. Denn gerade politisch, wirtschaftlich oder sozial Schwächeren und Minderheiten werden durch private Regeln tendenziell eher nicht geschützt. Private und technische Selbstregulierung setzt grundsätzlich gleich starke Beteiligte voraus. Machtunterschiede unter übergeordneten Gesichtspunkten abzufedern und auszugleichen und widerstreitende Interessen auszubalancieren ist traditionell Aufgabe des Staates und des (Verfassungs-)Rechts. Das staatliche Recht löst diesen Konflikt – verfassungsrechtlich gesprochen – durch Herstellung der praktischen Konkordanz zwischen den widersprüchlichen Verfassungsbestimmungen. Im Bereich der technischen Selbstregulierung setzt sich dagegen der Stärkere durch.

d) Unschärfe – Das immer komplexere Zusammenspiel von Verfassungsrecht und technischen Regeln

Ohne technische Selbstregulierung geht es nicht.¹³⁰ Gleichzeitig ist aber eine staatliche, suprastaatliche oder gar globale¹³¹ Rechtsetzung nach wie vor nö-

¹²⁹ Ausführlich dazu Hamelink, Informations- und Kommunikationstechnologie und die wachsende globale Kluft, in: Kubicek, Herbert u.a. (Hrsg.): Global @home, 2000, S. 259 ff. m. w. N.; Crede/Mansell, twicklungsländern, in: Kubicek, Herbert u.a. (Hrsg.): Global @home, 2000, S. 168 ff. Hutter, Der „Digital Divide“ – ein vorübergehender Zustand, in: Herbert Kubicek u.a. (Hrsg.): Internet @Future. Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft, 2001, S. 367 ff., konstatiert ebenfalls globale Unterschiede beim Internet-Zugang. Angesichts der höheren Wachstumsraten in den Ländern mit geringerer Nutzungsintensität hält er das aber für ein vorübergehendes Problem. Schwemmle, E-velopment“ für Nord-Süd?, in: Herbert Kubicek u.a. (Hrsg.): Innovation @Infrastruktur. Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft, 2002, S. 396 ff., schildert erste entwicklungspolitische Initiativen u. a. der UN zur Überwindung der informationellen Spaltung.

¹³⁰ Grundsätzlich zur großen Bedeutung der Selbstregulierung in der Informationsgesellschaft Roßnagel, 3.6. Konzepte der Selbstregulierung, in: Alexander Roßnagel (Hrsg.): Handbuch Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung, 2003, S. 390 f.

¹³¹ Weil das Internet nationale Grenzen ignoriert, muss das staatliche Recht notwendig global sein. So ganz dezidiert Roßnagel, Weltweites Internet – globale Rechtsordnung?, in: Multimedia und Recht 2, 2002, S. 70, der allerdings natürlich auch die praktischen Schwierigkeiten sieht, eine globale Rechtsordnung für den Cyberspace zu schaffen.

tig¹³², um Allgemeininteressen zu verfolgen und Minderheiten und Schwächeren zu schützen. Das Ziel des Verfassungsstaates ist eine verfassungsverträgliche Technikgestaltung.¹³³ Das Rangverhältnis zwischen staatlichem und technischem Recht muss angesichts der Aufgabenverteilung eindeutig sein. Das Recht kann zwar die technische Entwicklung nicht zielorientiert lenken, umfassend kontrollieren und beherrschen. Dazu ist der Prozess der Technikentstehung, -gestaltung und -verbreitung viel zu komplex.¹³⁴ Es darf aber die Entwicklung der Technik nicht sich selbst überlassen. Soweit es geht, muss es Einfluss nehmen – etwa durch Technikauswahl und Technikgestaltung.¹³⁵ Erfüllt das (Verfassungs)Recht diese Aufgabe nicht, hat es keinen Einfluss: Die Technik entwickelt sich dann entsprechend ihrer eigenen Rationalität und nach technikimmanenten Kriterien weiter, ohne das Recht zu beachten.¹³⁶

Diese Problematik lässt sich am brisanten und aktuellen Beispiel¹³⁷ des Datenschutzrechts besonders klar verdeutlichen. Das Internet ermöglicht eine neue Qualität der Datenerhebung und der Datensammlung.¹³⁸ Dadurch ist die Datenschutzproblematik globalisiert und virtualisiert worden.¹³⁹ Nationales staatliches

¹³² So schon früh Reidenberg, Governing networks and rule-making in cyberspace, in: Emory Law Journal 45, 1996, S. 929, und Goldsmith, Against Cyberanarchy, in: The University of Chicago Law Review, 1998, S. 1215 f.

¹³³ Zur Notwendigkeit und zu den Möglichkeiten der verfassungsverträglichen Technikgestaltung Roßnagel, Möglichkeiten verfassungsverträglicher Technikgestaltung, in: Alexander Roßnagel (Hrsg.): Freiheit im Griff. Informationsgesellschaft und Grundgesetz, 1989, S. 177 ff.

¹³⁴ Roßnagel, Das elektronische Verwaltungsverfahren. Das Dritte Verwaltungsverfahrensänderungsgesetz, in: Neue Juristische Wochenschrift, 2003, S. 27 m. w. N.

¹³⁵ Roßnagel, Rechtswissenschaftliche Technikfolgenforschung. Umrisse einer Forschungsdisziplin, 1993, S. 251 ff. m. w. N.

¹³⁶ Roßnagel, Rechtswissenschaftliche Technikfolgenforschung. Umrisse einer Forschungsdisziplin, 1993, S. 255, der diese Erkenntnis mit einem eindrucksvollen Beispiel aus dem Atomrecht illustriert. Ausführlich zu dieser Problematik am Beispiel des Datenschutzrechts Peters/Kersten, Technisches Organisationsrecht im Datenschutz – Bedarf und Möglichkeiten, in: Computer und Recht, 2001, S. 578 ff.

¹³⁷ Das Recht des Jugendschutzes ist ebenfalls ein Anwendungsbereich für das notwendige Zusammenwirken von staatlichem Recht und privater Selbstregulierung. Dazu Waltermann, Machill, Rewer, Selbstregulierung von Internetinhalten. Flexibles Instrument für den Jugendschutz im Internet, in: Kubicek, Herbert u.a. (Hrsg.): Global @home, 2000, S. 359 ff. Auf die Ambivalenz des Jugendschutzes durch Selbstverwaltung im Internet weist Kuhlen, Ambivalenz von Filter-, Abblock- und Rating-Verfahren, in: Kubicek, Herbert u.a. (Hrsg.): Global @home, 2000, S. 382 ff.

¹³⁸ Boehme-Neßler, Datenschutz in der Informationsgesellschaft, in: Kommunikation & Recht, 2002, S. 217 m. w. N.

¹³⁹ Roßnagel, Infrastrukturverantwortung des Staates und Eigenverantwortung des Bürgers, in: Herbert Kubicek u.a. (Hrsg.): Innovation @I)nfrastruktur. Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft, 2002, S. 270 f.

Datenschutzrecht ist allein kaum noch in der Lage, die Datenschutzinteressen der Bürger ausreichend zu schützen.¹⁴⁰ Die Bürger müssen also deshalb verstärkt selbst ihre Daten sichern.¹⁴¹ Selbstdatenschutz hat allerdings auch Grenzen.¹⁴² Der Staat bleibt schon deshalb in der Verantwortung, Strukturen und Institutionen zu schaffen, die den Bürgern diesen Selbstschutz ermöglichen¹⁴³ und das Allgemeinwohl schützen. Wie dieses Zusammenspiel¹⁴⁴ von technischer Regulierung und staatlichem Datenschutzrecht aussehen wird, ist noch nicht abschließend geklärt. Im Datenschutzrecht wird zurzeit das Verhältnis zwischen staatlichem Schutz und zivilgesellschaftlicher Eigenverantwortung neu ausbalanciert.¹⁴⁵

Das Zusammenspiel zwischen staatlichem Recht und privater, technischer Selbstregulierung ist nicht auf den nationalen Bereich beschränkt. Zurzeit entwickelt sich eine komplexe globale Verwaltungs- und Rechtsetzungsstruktur, in die gleichermaßen nationale Staaten, internationale Institutionen und private Organisationen eingebunden sind. Keineswegs nur auf das Internet bezogen entwickelt sich allmählich eine Global Governance: Durch grenzüberschreitende, globale Netzwerke, in denen unterschiedliche öffentliche und private Akteure mitwirken, werden neue Regulierungs- und Verwaltungsstrukturen entwickelt

¹⁴⁰ Grundlegend dazu Roßnagel, Globale Datennetze, Ohnmacht des Staates – Selbstschutz der Bürger, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, 1997, S. 27 f. m. w. N., der in diesem Zusammenhang pointiert von „Ohnmachtserfahrungen des Staates“ spricht.

¹⁴¹ Ausführlich zur Idee und den Elementen des Selbstdatenschutzes Roßnagel, .4. Konzepte des Selbstdatenschutzes, in: Alexander Roßnagel (Hrsg.): Handbuch Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung, 2003, S. 338 ff. m. w. N.

¹⁴² Dazu Hansen/Krause, Technische Möglichkeiten des Selbstdatenschutzes, in: Alexander Roßnagel (Hrsg.): Technik für Nutzer. Rechtliche Regelungen für eine nutzergerechte Technik, 2004, S. 111 ff. und Dix, Rechtliche Regelungen zum Selbst- oder Eigendatenschutz, in: Alexander Roßnagel (Hrsg.): Technik für Nutzer. Rechtliche Regelungen für eine nutzergerechte Technik, 2004, S. 124 ff. m. w. N.

¹⁴³ Roßnagel, Globale Datennetze, Ohnmacht des Staates – Selbstschutz der Bürger, in: Zeitschrift für Rechtspolitik, 1997, S. 27 ff. m. w. N.

¹⁴⁴ Köhntopp, Datenschutz durch Netztechnik – Entwicklung und Gestaltung, in: Alfred Bülesbach/Thomas Heymann (Hrsg.): Informationsrecht, 2001, S. 112 betont zu Recht, dass ein allein technischer Datenschutz nicht ausreichend ist. Das Gleiche gilt für einen rein juristischen Datenschutz. Notwendig ist ein Zusammenspiel von Technik und Recht mit dem gemeinsamen Ziel des Datenschutzes.

¹⁴⁵ Wie dieses Verhältnis aussehen könnte, skizziert Roßnagel, Infrastrukturverantwortung des Staates und Eigenverantwortung des Bürgers, in: Herbert Kubicek u.a. (Hrsg.): Innovation (@) Infrastruktur. Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft, 2002, S. 272 ff. Zum Verhältnis von Staat und Zivilgesellschaft grundsätzlich Adloff, Zivilgesellschaft. Theorie und politische Praxis, 2005, S. 92 ff. m. w. N.

und etabliert.¹⁴⁶ Das Gleichgewicht zwischen der aus Effizienzgründen notwendigen technischen und privaten Selbstregulierung und der vom Allgemeinwohl geforderten staatlichen Rechtsetzung ist dabei allerdings noch nicht gefunden. Staaten tun sich mit der grenzüberschreitenden Rechtsetzung erheblich schwerer als private Akteure. Bei der Entstehung einer globalen Regulierungsstruktur dominieren folglich bisher die privaten, technokratisch dominierten und orientierten Regelungen. Globales Recht ist aus diesem Grund sehr weit gehend privates, globalen Partikularinteressen verpflichtetes Recht. Ein globales, von Staaten geschaffenes Global-Governance-Recht, das auf das internationale Gemeinwohl zielt, existiert demgegenüber bislang allenfalls in Ansätzen.

Unabhängig von der Fülle an Problemen, die mit der legislatorischen Arbeitsteilung zwischen Politik und Technik verbunden sind, ist eines unübersehbar: Eine klare, eindeutige Abgrenzung zwischen unterschiedlichen Rechtsetzern auf unterschiedlichen Rechtsetzungsebenen existiert immer weniger. Anders ausgedrückt: Die Unschärfe wird größer.

V. Unschärfe als Herausforderung und Chance

Digitale Unschärfe ist eine Herausforderung für das Verfassungsrecht. Es wird den allgemeinen Trend zur Unschärfe nicht ignorieren können. Sonst läuft es Gefahr, die Tuchfühlung mit der Gesellschaft zu verlieren.¹⁴⁷ Für eine Verfassung wäre das fatal: Sie könnte sukzessive irrelevant werden.¹⁴⁸ Das Grundgesetz kann sich aber auch nicht völlig der Unschärfe hingeben. Sonst verliert es seine spezifischen Stärken, die nicht zuletzt in der Klarheit, Eindeutigkeit, also Schärfe liegen.

¹⁴⁶ Dazu Enquete-Kommission Zwischenbericht, Enquete-Kommission des Deutschen Bundestages, Zwischenbericht: Globalisierung der Weltwirtschaft – Herausforderung und Antworten, in: Bundestagsdrucksache 14/6910, 2001, S. 113 ff. Kritisch, aber sehr stark aus nationaler Perspektive zur Global Governance Seckelmann, Keine Alternative zur Staatlichkeit - Zum Konzept der “Global Governance”, in: Verwaltungsarchiv, 2007, S. 39 ff. m. w. N.

¹⁴⁷ Zur notwendigen Verbindung zwischen Verfassung und Gesellschaft Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1999, Rn. 11 m.w.N.

¹⁴⁸ Für Recht, das nicht mehr beachtet wird, prägt Rehbinder, Rechtssoziologie, 2009, Rn. 3 den schönen Begriff der *paper rule*. Das wäre das Gegenteil von lebendem Recht im Sinne Eugen Ehrlichs.

1. Digitale Unschärfe als Herausforderung für das Recht

Unter dem Einfluß der Digitalisierung wandeln sich die Aufgaben des Rechts ebenso wie seine Instrumente. Dieser Veränderungsprozess, der gerade erst beginnt, muss theoretisch und dogmatisch erfasst und für die Praxis operationabel gemacht werden. Die deutliche Tendenz zur digitalen Unschärfe in der Lebenswelt und im Recht ist eine dreifache Herausforderung – für die Rechtstheorie, für die Rechtsdogmatik und für die Rechtspolitik.

Das juristische Denken ist bisher stark von scharfer Abgrenzung¹⁴⁹ und punktgenauer Steuerung¹⁵⁰ geprägt. Die Konditional-Logik, die das Recht (noch) dominiert, ist ein sichtbarer Ausdruck dessen. Die Logik der Unschärfe, die von der Digitalisierung verbreitet wird, steht in deutlichem Kontrast dazu. Das ist eine – wichtige und schwierige – Aufgabe für die Rechtstheorie und die Rechtsdogmatik: Sie müssen die Unschärfe-Logik in das Recht integrieren und in neue Rechtsbegriffe, Rechtsinstitute, Konzeptionen und Ideen umsetzen.

Unscharfes Recht kann nicht mehr dieselben Funktionen für die Gesellschaft auf dieselbe Art und Weise wie bisher erfüllen. Manche Aufgaben wird das unscharfe Recht überhaupt nicht mehr leisten können. Andere Funktionen wird es in anderer Form wahrnehmen können. Das betrifft etwa die Steuerungsfunktion. Unscharfes Recht, das – ein Beispiel – durch Bilder beeinflusst wird und mit Bildern arbeitet, kann eine strikte, punktgenaue Steuerung von individuellem Verhalten und gesellschaftlichen Prozessen nicht leisten.¹⁵¹ Es stößt eher Entwicklungen an, markiert eine grobe Richtung und setzt allgemeine Ziele. Auch unscharfes Recht kann noch Steuerungsfunktionen wahrnehmen; die Streubreite dabei wird aber größer.

¹⁴⁹ Abgrenzung ist – wie Hoffmann-Riem, Governance im Gewährleistungsstaat - Vom Nutzen der Governance-Perspektive für die Rechtswissenschaft - , in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.): Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien, 2006, S. 202 betont – eine „traditionelle Strategie des Rechts“.

¹⁵⁰ Zur Steuerungsfähigkeit des Rechts grundsätzlich Rehbinder, Rechtssoziologie, 2009, Rn. 100 ff. m.w.N.

¹⁵¹ Dazu Boehme-Neßler, BilderRecht. Die Macht der Bilder und die Ohnmacht des Rechts, 2010, S. 163 ff.

2. Unschärfe als Dilemma und Chance

Die Digitalisierung schreitet unaufhaltsam voran, und das Recht steckt in einem grundsätzlichen Dilemma. Es könnte sich der Unschärfe-Logik grundsätzlich verweigern. Angesichts seiner an der Schärfe orientierten Logik und Tradition läge das sehr nahe. Das Recht als Hort der Klarheit, Eindeutigkeit und Schärfe in einer unscharfen Welt – diese Vorstellung hat verführerischen Charme. Dennoch wäre das keine Lösung. Denn Recht – und gerade Verfassungsrecht – wirkt nicht *per se*, sondern wenn und weil es von einem breiten Teil der Gesellschaft als verbindlich akzeptiert wird.¹⁵² Recht, das diese Akzeptanz verliert, wird schleichend irrelevant. Diese Gefahr droht dem Recht, wenn es sich der Digitalisierung und Unschärfe völlig verweigert. Wenn die Welt und das Denken unscharf ist, wird scharfes Recht unverständlich und im schlimmsten Fall zur belächelten Folklore. Auf lange Sicht müssen sich deshalb Rechtspolitik, Rechtsdogmatik und Rechtstheorie auf das unscharfe Denken und die Unschärfe-Logik einlassen.

Aber auch das ist nicht ungefährlich. Denn Unschärfe birgt ebenfalls ein großes Risiko für das Recht. Es könnte seine spezifischen Stärken einbüßen, die vor allem in seiner Schärfe, Eindeutigkeit und Klarheit liegen. Dann wäre es ihm nicht mehr möglich, seine wichtigen Funktionen für die Gesellschaft zu erfüllen. Andere Bereiche der Gesellschaft müssten – und würden – seine Aufgaben übernehmen. Das Recht würde als normative Basis und verbindlicher Rahmen der sozialen Lebenswelt irrelevant – nicht sofort, aber sukzessive und langfristig.

Der Weg in die Irrelevanz ist aber nicht zwangsläufig vorgezeichnet. Es gibt eine Alternative. Das Recht könnte sich auch bewusst auf die Unschärfetendenzen einlassen und sie konstruktiv aufnehmen und verarbeiten. Dann hätte es die Chance, seine Bedeutung auch in der digitalisierten Kultur zu behalten. Denn

¹⁵² Rehbinder, Rechtssoziologie, 2009, Rn. 46.

Unschärfe als Methode birgt auch ein erhebliches Potenzial¹⁵³, das sich das Recht zunutze machen könnte. Worin liegt dieses Potenzial?

Das Recht gerät in der digitalisierten Welt immer öfter und immer heftiger an seine Grenzen. Der Grund dafür ist letztlich beinahe banal: Die Logik des Rechts, seine Grundkonzepte und seine Lösungsvorschläge passen immer weniger zur realen Welt und ihren Anforderungen an ein normatives System. Die traditionelle – die scharfe – Logik des Rechts ist detailfixiert¹⁵⁴, konditional orientiert und auf Abgrenzung bedacht. In der digitalisierten Lebenswelt werden Details dagegen immer unwichtiger. Das Innovationstempo der Technik und die Geschwindigkeit der sozialen Veränderungen haben derart zugenommen, dass sich Details permanent ändern. Die modernen Industriegesellschaften differenzieren sich immer weiter aus; sie werden fragmentierter und komplexer. Das macht konditionale Steuerungsmodelle, die auf einer simplen Wenn-dann-Logik basieren, weitgehend unwirksam.

Die Ausdifferenzierung und Fragmentierung der modernen Lebenswelt stellen auch das Recht auf eine harte Belastungsprobe. Durch kompromisslose Schärfe wird das Recht dieser Herausforderung nicht gerecht werden können. Das Ideal der Schärfe-Logik ist eher die formelle Gerechtigkeit und eine strikt formale Gleichbehandlung von Individuen und Sachverhalten. In fragmentierten Gesellschaften ist das nicht angemessen – und vielfach nicht gar praktikabel. Ab einem gewissen Grad an Zersplitterung ist eine formale Gleichbehandlung in einer Gesellschaft dysfunktional, wenn nicht schlicht unmöglich.

Auseinanderdriftende Gesellschaften sind in der Gefahr auseinanderzubrechen. Hier könnte – und müsste – das Verfassungsrecht entgegenwirken. Denn eine Kernaufgabe des (Verfassungs)Rechts ist gerade die Integration von Gesell-

¹⁵³ Boehm, Wie Bilder Sinn erzeugen. Die Macht des Zeigens, 2007, S. 199 ff. befasst sich grundsätzlich mit dem produktiven Potenzial der Unbestimmtheit und Unschärfe aus bildwissenschaftlicher Perspektive.

¹⁵⁴ Instruktiv dazu der kunstgeschichtliche Blick auf das Phänomen der Unschärfe: Unschärfe-tendenzen in der Malerei und der Fotografie gegen Ende des 19. Jahrhunderts lassen sich auch als Rebellion gegen die Detailfixiertheit scharfer Darstellungen begreifen. Dazu Ullrich, Die Geschichte der Unschärfe, 2002, S. 19 ff. m. w. N.

schaften.¹⁵⁵ Eine wenig differenzierte, sehr formale – mit anderen Worten: scharfe – Logik wird das nicht leisten können. Unschärfe dagegen ist grundsätzlich geeignet, auch Unvereinbares zu integrieren. Ein spektakuläres Beispiel dafür ist der *Formelkompromiss*, der völlig Konträren verbinden kann und dadurch Konflikte entschärft – jedenfalls für eine begrenzte Zeit.¹⁵⁶ Unschärfe kann – anders als Schärfe – mit Entgrenzungen, Konvergenzen, Widersprüchen und Interferenzen umgehen und Regelungsmodelle für hybride Phänomene entwickeln. Hier liegt das Potenzial, das eine Erschließung der Unschärfe-Logik für das Recht in der digitalisierten Welt hat. Unscharfes (Verfassungs)Recht kann Integrationsfunktionen in der hoch fragmentierten digitalisierten Welt erfüllen. Das herkömmliche, an der „scharfen“ Logik orientierte Recht kann das dagegen immer weniger.

¹⁵⁵ Zur Integrationsfunktion des Rechts ganz allgemein Rehbinder, Rechtssoziologie, 2009, Rn. 96.

¹⁵⁶ Zur „Kunst des Formelkompromisses“ Greiffenhagen, Kulturen des Kompromisses, 1999, S. 206.

VOLKER LIPP

Die alternde Gesellschaft und das Grundgesetz

3. Februar 2010



Prof. Dr. Volker Lipp

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Medizinrecht
und Rechtsvergleichung an der Universität Göttingen

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| I. Einführung..... | 191 |
| II. Verfassungsrechtliche Vorgaben..... | 192 |
| 1. Der Textbefund | 192 |
| 2. Entwicklungslinien der Rechtsprechung des BVerfG..... | 192 |
| 3. Verfassungsrechtliche Determinanten des Erwachsenenschutzes | 196 |
| III. Staatlicher Erwachsenenschutz | 200 |
| 1. Die unmittelbare Handlungsunfähigkeit: Geschäftsunfähigkeit, Einwilligungsunfähigkeit usw..... | 200 |
| 2. Die rechtliche Betreuung..... | 201 |
| IV. Private Vorsorge..... | 203 |
| 1. Das Selbstbestimmungsrecht als Grundlage privater Vorsorge | 203 |
| 2. Vorsorgeauftrag und Vorsorgevollmacht..... | 203 |
| 3. Vollmacht auch in personalen Angelegenheiten?..... | 204 |
| 4. Zwangsbefugnisse des Bevollmächtigten?..... | 205 |
| 5. Patientenverfügung und Behandlungswunsch | 206 |
| V. Ausblick | 208 |

I. Einführung

Die höhere Lebenserwartung und die demographische Entwicklung stellen Deutschland vor große Herausforderungen. Bereits heute lässt sich vorhersagen, dass der Anteil älterer Menschen in der Bevölkerung weiter deutlich zunehmen wird.¹ Die alternde Gesellschaft ist daher nicht bloß ein mögliches Zukunftsszenario, sondern Realität. Wie wir ihre Herausforderungen bewältigen, wird nicht zuletzt von den Vorgaben der Verfassung bestimmt. So müssen beispielsweise die gesetzlichen Höchstaltersgrenzen für bestimmte Berufe oder Ämter den sich aus Art. 12 GG und Art. 3 GG ergebenden Anforderungen genügen,² und bei den Reformen der gesetzlichen Alterssicherung ist die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG zu beachten, die auch sozialversicherungsrechtliche Ansprüche schützt.³

Von zentraler Bedeutung für die freiheitliche Rechtsordnung des Grundgesetzes ist die Frage nach der Würde und der Autonomie alter Menschen. Ungeachtet aller Fortschritte der Medizin lassen die Kräfte des Menschen im Alter nach, und seine Fähigkeit zur autonomen Entscheidung kann durch den Alterungsprozess oder durch Krankheit beeinträchtigt sein. Deshalb stellt sich hier ganz besonders dringlich die Frage, wie die Autonomie des Menschen, aber auch, wie die nötige Fürsorge und der erforderliche Schutz gewährleistet werden können.⁴

Das Problem ist als solches jedoch nicht neu. Insofern lohnt es sich, auf die ersten 60 Jahre des Grundgesetzes zurückzublicken. Mit den Veränderungen in den gesellschaftlichen Verhältnissen und mit dem medizinischen Fortschritt ändern sich jedoch die Grundlagen für die Antworten. Die Grenzen zwischen Freiheit und Fürsorge, zwischen Selbst- und Fremdbestimmung sind daher immer wieder neu zu bestimmen. Im Folgenden möchte ich daher nicht nur zu-

¹ Vgl. Statistisches Bundesamt, Bevölkerung Deutschlands bis 2060. 12. koordinierte Bevölkerungsvorausberechnung, Berlin 2009 (auch verfügbar unter www.destatis.de), S. 14 ff.

² Aus der Rechtsprechung vgl. BVerfGE 1, 264 ff. (Schornsteinfeger); BVerfGE 9, 338 ff. (Hebammen); aus der späteren Rechtsprechung vgl. BVerfGE 103, 172 ff. (Vertragsärzte); dazu Mann, in: Grote u.a. (Hrsg.), Festschrift Starck, 2007, S. 319 ff.

³ Grundlegend BVerfGE 53, 257 ff. (Versorgungsausgleich); dazu Depenheuer, AöR 120 (1995), 417 ff.; ders., in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 5. Aufl. 2005, Art. 14 GG Rn. 69 ff.

⁴ Vgl. Spickhoff, AcP 208 (2008), 345 ff.; ausführlich Lipp, Freiheit und Fürsorge. Der Mensch als Rechtsperson, 2000.

rückschauen, sondern zugleich die Determinanten in den Blick nehmen, die die Entwicklung in der Zukunft bestimmen werden.

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben

1. Der Textbefund

Trägt man die Frage nach der rechtlichen Stellung des Menschen im Alter an das Grundgesetz heran, ist der Textbefund zunächst ernüchternd: Das Grundgesetz enthält keinen Artikel, der sich explizit zu dieser Problematik äußert. Es greift jedoch zu kurz, aus dem Schweigen des Grundgesetzes den Schluss zu ziehen, es gäbe keine verfassungsrechtlichen Vorgaben. Das Grundgesetz schweigt, – doch wie ich Ihnen zeigen möchte, ist dieses Schweigen sehr beredt.

Das Grundgesetz garantiert die Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG) und schützt das Selbstbestimmungsrecht des Menschen durch die Freiheitsgrundrechte.⁵ Nun ist freilich unübersehbar, dass die Fähigkeiten der Menschen, selbstbestimmt und eigenverantwortlich zu entscheiden, in tatsächlicher Hinsicht sehr verschieden sind. Manche haben diese Fähigkeit sogar ganz verloren, wie z.B. diejenigen, die unter einer schweren Demenz leiden oder im Wachkoma liegen. Wenn das Grundgesetz dessen ungeachtet jedem Menschen die Menschenwürde und die Grundrechte garantiert, liegt darin eine verfassungsrechtliche Aussage von großer Bedeutung: Die Menschenwürde und die Grundrechte stehen jedem Menschen zu – von dem Augenblick seiner Geburt an bis zum letzten Atemzug und ganz unabhängig davon, ob und in welchem Umfang er in der Lage ist, diese Rechte selbst auszuüben.⁶

2. Entwicklungslinien der Rechtsprechung des BVerfG

Das BVerfG zog bereits 1951 erste vorsichtige Konsequenzen aus diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben. Einem Entmündigten fehle die Verfahrensfähigkeit für die Verfassungsbeschwerde nicht bereits deshalb, weil er entmündigt worden

⁵ BVerfGE 65, 1 (41); Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Art. 1 GG Rn. 137, 157.

⁶ Vgl. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, (Fn. 3), Art. 1 GG Rn. 18 ff.

sei, sondern weil sein Zustand seine Fähigkeit ausschließe, das konkrete Verfahren zu führen.⁷ In der Folge entwickelte die Rechtsprechung den allgemeinen Grundsatz, dass der Geschäfts- bzw. Prozessunfähige als prozessfähig anzusehen sei, wenn er sich gegen die gerichtliche Feststellung seiner Geschäfts- bzw. Prozessunfähigkeit wende. Dies folge aus seiner Menschenwürde.⁸

Im Jahre 1960 leitete das BVerfG aus Art. 104 Abs. 2 GG ab, dass die zivilrechtliche Unterbringung eines entmündigten Erwachsenen durch seinen Vormund nur mit einer gerichtlichen Genehmigung zulässig sei. Das Grundrecht der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 GG) stehe auch dem Geisteskranken und nicht voll Geschäftsfähigen zu. Wenn der Staat diese Menschen nicht selbst unterbringe (wie bei der so genannten öffentlich-rechtlichen Unterbringung nach den landesrechtlichen Unterbringungs- oder Psychisch-Kranken-Gesetzen), sondern dem Vormund die Befugnis dazu verleihe und dieser dann die Unterbringung veran lasse, sei dafür nach Art. 104 Abs. 2 GG ebenfalls eine gerichtliche Genehmigung erforderlich.⁹

Die Entmündigung und die nachfolgende Vormundschaft selbst unterzog das BVerfG in dieser Entscheidung keiner verfassungsrechtlichen Prüfung, sondern ging selbstverständlich von ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit aus. Verfassungsrechtlich weitaus problematischer war die Zwangspflegschaft, d.h. die Bestellung eines Pflegers als gesetzlicher Vertreter gegen den Willen des Betroffenen. Das Gesetz sah eine solche Zwangspflegschaft nicht vor. Die Rechtsprechung hatte sie vielmehr praeter legem als Alternative zur Entmündigung aus der Gebrechlichkeitspflegschaft entwickelt. Dennoch erklärte das BVerfG die Zwangspflegschaft für verfassungsgemäß, weil sie nur bestimmte Bereiche erfasse und daher gegenüber der Entmündigung das mildere Mittel darstelle. Voraussetzung sei freilich ein rechtsstaatliches Verfahren, in dem insbesondere die Geschäftsunfähigkeit und der Fürsorgebedarf festgestellt werde.¹⁰

⁷ BVerfGE 1, 87 (89); vgl. auch BVerfGE 19, 93 (100).

⁸ Vgl. BGHZ 35, 1 (9 f.); Lindacher, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, §§ 51, 52 ZPO Rn. 45.

⁹ BVerfGE 10, 302 (327); vgl. auch BVerfGE 54, 251 (268 f.); BVerfGE 75, 318 (327); Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, (Fn. 3), Art. 1 GG Rn. 232.

¹⁰ BVerfGE 19, 93 (99).

Während sich das BVerfG bis dahin vor allem zu den formellen Anforderungen der Verfassung für den staatlichen Erwachsenenschutz äußerte, befasste es sich 1981 erstmals mit seinen materiellen Voraussetzungen. Ausgangspunkt war wieder die Feststellung, dass die Grundrechte, im konkreten Fall der geschlossenen Unterbringung: das Grundrecht der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 GG), jedem Menschen garantiert sind. Daher habe auch der psychisch Kranke die „Freiheit zur Krankheit“. Ein staatlicher Eingriff zum Schutz des Betroffenen vor sich selbst sei jedoch möglich, wenn dessen Fähigkeit zur Selbstbestimmung beeinträchtigt und die jeweilige Maßnahme zu seinem Schutz erforderlich sei. In solchen Fällen sei dem Staat fürsorgerisches Eingreifen auch dort erlaubt, wo beim Gesunden Halt geboten sei.¹¹

Auf diese Argumentation hat das BVerfG zurückgegriffen, wenn es in der Folgezeit über Maßnahmen des staatlichen Erwachsenenschutzes zum Schutz des Betroffenen vor sich selbst zu entscheiden hatte. Dabei hat es insbesondere die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des rechtsstaatlichen Verfahrens betont.¹²

Der Gesetzgeber griff diese Rechtsprechung bei seiner grundlegenden Reform des Erwachsenenschutzrechts durch das Betreuungsgesetz auf. Damit wurden zum 1.1.1992 die Entmündigung und die Vormundschaft über Erwachsene und die Gebrechlichkeitspflegschaft abgeschafft und durch das Rechtsinstitut der rechtlichen Betreuung abgelöst. Im Übrigen unverändert blieben die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit in §§ 104, 105 BGB, obgleich sie mehrfach als verfassungswidrig bezeichnet worden waren.¹³

Das BVerfG äußerte sich dazu erstmals, als es darüber zu entscheiden hatte, ob das Gesetz schreib- und sprechunfähige Personen generell von der Möglichkeit zu testieren ausschließen dürfe.¹⁴ Zwar waren sie nicht testierunfähig, doch gab es für sie keine Möglichkeit, ein wirksames Testament zu errichten. Das BVerfG hielt dies für unvereinbar mit Art. 14 GG. Dabei geht das Gericht ganz selbst-

¹¹ BVerfGE 58, 208 (225 f.).

¹² BVerfG (K) NJW 1998, 1774 ff.; vgl. auch BVerfGE 70, 297 ff. (strafrechtliche Unterbringung); BVerfG (K) NJW 2009, 2804 f. (Zwangsbearbeitung im Maßregelvollzug).

¹³ Canaris, JZ 1987, 996 ff.; Lachwitz, ZRP 1987, 364 f.

¹⁴ BVerfGE 99, 341 ff.

verständlich davon aus, dass die Testierfreiheit des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG auch diesen Personen zusteht. Das Grundrecht schütze die selbstbestimmte Regelung der Vermögensnachfolge nach dem Tod des Erblassers. Es setze daher die Fähigkeit zur Selbstbestimmung voraus. Der Einzelne müsse deshalb die erforderliche Einsichts- und Handlungsfähigkeit besitzen. Der Gesetzgeber habe das Prinzip der Testierfreiheit zu konkretisieren und die Anforderungen an die Testierfähigkeit zu regeln. Dabei seien der grundlegende Gehalt der Testierfreiheit und das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten und die übrigen Vorgaben der Verfassung einzuhalten. Danach bestünden keine Bedenken gegen die Altersgrenze von 16 Jahren für die Errichtung von Testamenten (§ 2229 Abs. 1 BGB). Ebenso verfassungsgemäß sei die Regelung der Testierunfähigkeit, weil sie darauf abstelle, dass dem Betroffenen im Einzelfall die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit fehle (§ 2229 Abs. 4 BGB). Es sei aber verfassungswidrig, einer Person, die hiernach testierfähig ist und sich mitteilen kann, durch andere Regelungen die Möglichkeit zu verwehren, ein Testament zu errichten.

Die Bestellung eines Betreuers hat das BVerfG in zwei Kammerentscheidungen beschäftigt. Im ersten Fall war der Ehemann einer Zeugin Jehovas zum Betreuer bestellt worden, als die Patienten nach einer Operation bewusstlos war und unvorhergesehener Weise eine Bluttransfusion nötig wurde. Dieser stimmte der Bluttransfusion zu. Allerdings hatte die Patientin zuvor gegenüber den Ärzten erklärt, dass sie eine Bluttransfusion ablehne, und ihnen auch eine Vollmacht für ein Mitglied ihrer Glaubensgemeinschaft vorgelegt. Das BVerfG sah in der Bestellung des Ehemanns zum Betreuer zwar einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit der Patienten. Da das Vormundschaftsgericht jedoch nur die Ablehnung der Bluttransfusion, nicht aber die Vollmacht kannte, seien die Grundrechte der Patientin dadurch nicht verletzt worden. Seine Bestellung zum Betreuer sei gerechtfertigt, da stets zu prüfen sei, ob die Patientin auch in dieser lebensbedrohenden Situation an ihrer Erklärung festhalten wolle. Ob die Entscheidung des Betreuers selbst einen Grundrechtseingriff darstelle, ließ das BVerfG dahingestellt.¹⁵

¹⁵ BVerfG (K) NJW 2002, 206 ff.

Im zweiten Fall hatte der Betroffene einem Rechtsanwalt eine Vorsorgevollmacht für sein Vermögen und seiner Hausärztin eine weitere Vorsorgevollmacht u.a. für die Gesundheitsangelegenheiten erteilt. Auf Anregung aus der Verwandtschaft bestellte das Vormundschaftsgericht einen Kontrollbetreuer, der beide Vollmachten sogleich widerrief. Das BVerfG sah in der Bestellung des Kontrollbetreuers einen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), und zwar in zweifacher Hinsicht. Zum einen beschränkt dies den Betreuten per se in seiner Entscheidungsfreiheit, da der Betreuer u.U. gegen den Willen des Betreuten handeln kann und darf (§ 1901 Abs. 3 S. 1 BGB). Zum anderen habe der Betroffene sein Selbstbestimmungsrecht ausgeübt, indem er die Vorsorgevollmachten erteilt habe. Hierin werde eingegriffen, wenn der Kontrollbetreuer die Befugnis zum Widerruf der Vollmachten erhalte. Deshalb, so das BVerfG, müsse dem Betroffenen hiergegen eine effektive Rechtsschutzmöglichkeit eröffnet werden. Ob diese Eingriffe in der Sache verfassungsrechtlich gerechtfertigt waren, ließ es ausdrücklich dahin gestellt.¹⁶

Mit der Rechtsstellung des Vorsorgebevollmächtigten befasste sich das BVerfG nochmals in jüngster Zeit.¹⁷ Ein Vormundschaftsgericht hielt die Vorschrift des § 1906 Abs. 5 BGB, wonach dieser für seine Einwilligung in freiheitsentziehende Maßnahmen einer gerichtlichen Genehmigung bedarf, für einen verfassungswidrigen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Vollmachtgebers und legte die Frage dem BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG vor. Das BVerfG wies die Vorlage als unzulässig zurück, stellte aber zugleich klar, dass die gerichtliche Genehmigung dem Schutz des Vollmachtgebers durch die Kontrolle des Bevollmächtigten bei der Ausübung der Vollmacht diene und daher nicht ohne Weiteres einen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Vollmachtgebers darstelle.

3. Verfassungsrechtliche Determinanten des Erwachsenenschutzes

In der Gesamtschau lässt die Rechtsprechung des BVerfG bereits einige verfassungsrechtliche Determinanten des Erwachsenenschutzes erkennen:

¹⁶ BVerfG (K) FamRZ 2008, 2260 ff.

¹⁷ BVerfG (K) NJW 2009, 1803 ff.

- Die Freiheitsgrundrechte schützen die Selbstbestimmung des Einzelnen. Ihre Ausübung setzt daher die Fähigkeit voraus, selbstbestimmt und eigenverantwortlich zu entscheiden. Der Gesetzgeber hat dies zu konkretisieren und die Anforderungen an die Selbstbestimmungsfähigkeit zu regeln. Dabei sind der grundlegende Gehalt der Freiheitsgrundrechte und das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten und die übrigen Vorgaben der Verfassung einzuhalten. Dem ist der Gesetzgeber mit den Regelungen über die Geschäftsfähigkeit, Testierfähigkeit, Ehegeschäftsfähigkeit usw. nachgekommen.
- Bestellt das Betreuungsgericht einen Betreuer, liegt darin ein staatlicher Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen. Dementsprechend sind die dafür geltenden verfassungsrechtlichen Anforderungen wie z.B. der Vorbehalt des Gesetzes, das Gebot eines rechtsstaatlichen Verfahrens und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einzuhalten.
- Materiell gerechtfertigt sind diese Eingriffe, wenn die Fähigkeit des Betroffenen zur Selbstbestimmung eingeschränkt oder aufgehoben ist und die Bestellung eines Betreuers bzw. seine Tätigkeit zum Schutz des Betroffenen erforderlich ist.
- Inwieweit auch die einzelnen Maßnahmen des Betreuers selbst einen (staatlichen) Grundrechtseingriff darstellen, ist in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung hingegen wenig geklärt. Nachdem das BVerfG sich zunächst eher im befürwortenden Sinn geäußert hat, ist diese Frage in jüngerer Zeit ausdrücklich offen gelassen worden.
- Rechtliche Grundlage der privaten Vorsorge zur Vermeidung einer Betreuung ist das Selbstbestimmungsrecht des Vorsorgenden. Das BVerfG hat das für die Vorsorgevollmacht ausdrücklich anerkannt. Dasselbe muss für alle anderen Vorsorgeverfügungen gelten, z.B. für die Patientenverfügung oder für die Betreuungsverfügung.

Die eben dargestellten Aspekte ergeben jedoch noch kein vollständiges Bild. In der Rechtsprechung des BVerfG erscheint die Vorsorgevollmacht als Ausübung

des Selbstbestimmungsrechts, die Betreuung hingegen als Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht. Allerdings kann auch der Betreuer auf Antrag und Wunsch des Betroffenen bestellt werden. Der Unterschied zwischen Bevollmächtigung und Betreuung reduziert sich dann auf den formalen Akt der Bestellung. Das BVerfG stellt daher für den Eingriffscharakter der Betreuung maßgeblich darauf ab, dass der Betreuer bei seiner Tätigkeit zwar grundsätzlich an die Wünsche des Betreuten gebunden ist, aber ggf. auch gegen dessen Willen handeln kann und muss.¹⁸

Doch auch der Bevollmächtigte kann und soll u.U. gegen den Willen des Betroffenen handeln. Der Bevollmächtigte kann den Betroffenen ebenso gegen dessen Willen in einer geschlossenen Einrichtung unterbringen wie der Betreuer, und zwar unter denselben Voraussetzungen (§ 1906 BGB). Seit der jüngsten Reform des Betreuungsrechts durch das 3. BtÄndG¹⁹ stellt das Gesetz den Bevollmächtigten darüber hinaus für den gesamten Bereich der Gesundheitssorge ausdrücklich dem Betreuer gleich (vgl. §§ 1901a Abs. 5, 1901b Abs. 3, 1904 Abs. 4 BGB). Das zeigt, dass die Vorsorgevollmacht ebenso zu Eingriffen in das Selbstbestimmungsrecht führen kann wie die Betreuung.²⁰ Es greift daher zu kurz, wenn man diese „dunkle Seite“ der Vorsorgevollmacht ausblendet und sie verfassungsrechtlich allein als Ausübung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen in den Blick nimmt.

Umgekehrt zeigt die Rechtsprechung des BVerfG zwar auf, dass und unter welchen Bedingungen die Betreuung mit dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen vereinbar ist. Ihr lässt sich jedoch nicht entnehmen, ob die Pflicht des Staates zum Schutz eines Menschen, der nicht in der Lage ist, eine selbstbestimmte und eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen,²¹ eine verfassungsrechtlichen Grundlage hat. Mit anderen Worten: Es bleibt offen, was die verfassungsrechtliche Grundlage der Betreuung ist. Da die Vorsorgevollmacht die Betreuung ersetzen – und das heißt: dieselben Aufgaben erfüllen soll, läge darin auch die verfassungsrechtliche Grundlage der privaten Vorsorge.

¹⁸ BVerfG (K) NJW 2002, 206 (206); BVerfG (K) FamRZ 2008, 2260 (2261).

¹⁹ Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29.7.2009, BGBl. I, S. 2286.

²⁰ Vgl. auch BVerfG (K) NJW 2009, 1803 (1804).

²¹ Vgl. nur BVerfGE 58, 208 (225).

Nicht zuletzt dieser Zusammenhang verweist auf das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen. Das Grundgesetz schützt das Selbstbestimmungsrecht nicht nur durch die verschiedenen Freiheitsgrundrechte. Das Selbstbestimmungsrecht bildet vielmehr den Kern der durch Art. 1 GG geschützten Menschenwürde.²² Menschenwürde und Selbstbestimmungsrecht stehen jedem Menschen in gleicher Weise zu, auch den durch Alter, Krankheit oder Behinderung in ihrer Eigenverantwortlichkeit eingeschränkten Menschen (Art. 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG).²³ Dieses Selbstbestimmungsrecht hat der Staat nach Art. 1 Abs. 1 GG zu achten und zu schützen. Damit ist zweierlei ausgesagt:²⁴ Zum einen darf der Staat das Selbstbestimmungsrecht des Bürgers nicht missachten (Achtungsgebot), zum anderen muss er für dessen Verwirklichung sorgen (Schutzgebot). Aus dem Achtungsgebot folgt, dass die Bestellung eines Betreuers verfassungsrechtlich erst dann zulässig ist, wenn dem Betroffenen die Fähigkeit zur eigenverantwortlichen, freien Entscheidung fehlt und er selbst keine Vorsorge getroffen hat. Das Schutzgebot verpflichtet den Staat andererseits dazu, diesem Menschen ein Instrument zur Verfügung zu stellen, mit dessen Hilfe er sein Recht zur Selbstbestimmung trotz seiner Krankheit oder Behinderung tatsächlich verwirklichen kann. Falls er selbst keine Vorsorge getroffen hat, ist die rechtliche Betreuung dieses Instrument.

Das Schutzgebot bildet demnach die verfassungsrechtliche Grundlage für die rechtliche Betreuung. Demgegenüber begrenzt das Achtungsgebot sie auf die Fälle, in denen der Betroffene wegen seiner Krankheit oder Behinderung tatsächlich nicht eigenverantwortlich entscheiden kann und selbst keine Vorsorge getroffen hat.

Die Möglichkeit und der Vorrang privater Vorsorge verdanken sich ebenfalls der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes und dem darin begründeten Selbstbestimmungsrecht. Die Erteilung einer Vorsorgevollmacht ist nicht nur ein Akt der Selbstbestimmung, sondern dient darüber hinaus – wie die Betreuung – auch dem Schutz des Betroffenen vor sich selbst.

²² Oben bei Fn. 5.

²³ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, (Fn. 3), Art. 1 GG Rn. 18 ff.

²⁴ Zum Folgenden ausführlich Lipp, Freiheit und Fürsorge, (Fn. 4), S. 118 ff., 141 ff.

III. Staatlicher Erwachsenenschutz

Gesetzlicher Schutz für Erwachsene, die nicht in der Lage sind, ihre Angelegenheiten eigenverantwortlich wahrzunehmen, wird zunächst durch die Regelungen über die so genannte „natürliche“ Geschäftsunfähigkeit und die vergleichbaren Regelungen gewährleistet (z. B. §§ 104 Nr. 2, 105, 1304, 2229 Abs. 4, 827 BGB). Schutz bieten des Weiteren die Betreuung (§§ 1896 ff. BGB). Ergänzend hinzu treten die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) und das Institut der mutmaßlichen Einwilligung.²⁵

1. Die unmittelbare Handlungsunfähigkeit: Geschäftsunfähigkeit, Einwilligungsunfähigkeit usw.

Mit Vollendung des 18. Lebensjahres kann ein Mensch alle Rechtsgeschäfte tätigen, Prozesse führen usw. Er ist auch in vollem Umfang für seine Handlungen verantwortlich. Die zustandsbedingte oder „natürliche“ Handlungsunfähigkeit etc. ist gesetzlich als Ausnahme von dieser Regel ausgestaltet. Fehlt die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit im konkreten Einzelfall, ist die jeweilige Rechtshandlung unwirksam (vgl. § 104 Nr. 2 i.V.m. §§ 105 Abs. 1, 131 Abs. 1 BGB, §§ 105 Abs. 2, 1304, 2229 Abs. 4 BGB) bzw. die Verantwortlichkeit entfällt (§ 827 BGB).

Problematisch ist in verfassungsrechtlicher Hinsicht die Einwilligungsfähigkeit. Nimmt man mit der h.M. an, sie sei gesetzlich nicht geregelt,²⁶ wäre der Gesetzgeber seinem verfassungsrechtlichen Auftrag nicht nachgekommen. Auch deshalb ist der Auffassung Recht zu geben, die die Einwilligungsfähigkeit grundsätzlich den §§ 104, 105 BGB unterstellt.²⁷

Die Unwirksamkeit der Rechtshandlung bzw. der Ausschluss der Verantwortlichkeit treten unmittelbar kraft Gesetzes ein. Demgegenüber entfalten die Betreuung oder eine sie ersetzende private Vorsorge erst dann ihre schützende Wirkung, wenn sie eingerichtet worden sind. Die Regelungen der zustandsbe-

²⁵ Dazu Lipp, in: Lipp (Hrsg.), Handbuch der Vorsorgeverfügungen, 2009, § 2 Rn. 1 ff.

²⁶ BGHZ 29, 33 (36); Heinrichs, in: Palandt, BGB, 69. Aufl. 2010, Überblick vor § 104 BGB Rn. 8.

²⁷ Schmitt, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 105 BGB Rn. 22; Lipp, in: Lipp, Handbuch, (Fn. 25), § 2 Rn. 18 ff.

dingten Handlungsunfähigkeit sind deshalb verfassungsrechtlich notwendig und gerechtfertigt, weil sie einen gesetzlichen Mindestschutz des Betroffenen im Rechtsverkehr gewährleisten.²⁸ Mehr als diesen Mindestschutz können sie andererseits nicht bewirken. Die Durchsetzung der aus der Unwirksamkeit entstehenden Rechte liegt ebenso außerhalb der Reichweite dieses gesetzlichen Schutzinstruments wie jede andere Form der aktiven Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen. Hierzu ist ein Vertreter erforderlich. Wenn man dem Vertreter darüber hinaus die Möglichkeit einräumt, die unwirksame Erklärung des Betroffenen nachträglich zu genehmigen,²⁹ entfallen auch die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Nichtigkeitsfolge.³⁰

2. Die rechtliche Betreuung³¹

Ein Betreuer wird vom Betreuungsgericht bestellt, wenn jemand infolge einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung nicht mehr in der Lage ist, seine eigenen rechtlichen Angelegenheiten zu besorgen³² und ein Betreuer als gesetzlicher Vertreter³³ erforderlich ist. Der Betreuer wird in dem jeweils erforderlichen Umfang für bestimmte Aufgabenkreise bestellt³⁴ und ist bei seinem Handeln auf das Wohl des Betreuten verpflichtet.³⁵ Er muss dabei den Wünschen des Betreuten entsprechen, soweit dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft und dem Betreuer zuzumuten ist.³⁶

Aufgabe der Betreuung als staatliche Rechtsfürsorge ist die Sicherung und Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts des Betreuten.³⁷ Sie dient nicht dazu, den Betreuten zu erziehen oder zu bessern.³⁸ Die Rechtsfürsorge für Erwachsene umfasst die Herstellung der fehlenden rechtlichen Handlungsfähigkeit (Hilfe)

²⁸ BVerfGE 99, 341 (353); Lipp, Freiheit und Fürsorge, (Fn. 4), S. 145 ff.

²⁹ Ich halte eine teleologische Reduktion der Nichtigkeitsfolge de lege lata für möglich und geboten, wenn der Vertreter zustimmt (Lipp, FamRZ 2003, 721, [723]). Andere meinen, es sei eine gesetzliche Regelung erforderlich (z.B. Wedemann, AcP 209 [2009], 668 [692 f.]).

³⁰ Sie hat namentlich Canaris, JZ 1987, 996 ff. geäußert.

³¹ Dazu ausführlich Lipp, Freiheit und Fürsorge, (Fn. 4) S. 22 ff., insbes. S. 40 ff., 75 ff.

³² § 1896 Abs. 1 S. 1 BGB.

³³ §§ 1896 Abs. 2 S. 2, 1902 BGB.

³⁴ § 1896 Abs. 2 S. 1 BGB.

³⁵ § 1901 Abs. 2 S. 1 BGB.

³⁶ § 1901 Abs. 3 S. 1 BGB.

³⁷ Lipp, BtPrax 2005, 6 (9); ausführlich ders., Freiheit und Fürsorge, (Fn. 4), S. 75 ff.

³⁸ Vgl. nur BVerfGE 58, 208 (225); BVerfG BtPrax 1998, 144, 145.

und den Schutz des Betroffenen vor einer Selbstschädigung (Schutz). Betreuung ist daher mehr als „rechtsgeschäftliche Vertretung“. Sie betrifft nicht nur Rechtsgeschäfte – und auch die Stellvertretung ist nur ein Mittel zum Zweck, nicht Aufgabe der Betreuung. Mittel der Betreuung ist zunächst die Beratung und Unterstützung durch den Betreuer mit dem Ziel, den Betreuten zu eigenem Handeln zu aktivieren bzw. eine Selbstschädigung zu verhindern. Beratung und Unterstützung sind vorrangig, da sie mit den geringsten Eingriffen in das Selbstbestimmungsrecht des Betreuten verbunden sind. Erst wenn diese schwachen Formen der Rechtsfürsorge nicht genügen, darf der Betreuer zu Mitteln greifen, die stärker in das Selbstbestimmungsrecht des Betreuten eingreifen wie z. B. zur Stellvertretung (§ 1902 BGB). Das gilt erst Recht für die Ausübung des Einwilligungsvorbehalts oder des Aufenthaltsbestimmungsrechts, die freilich vom Betreuungsgericht gesondert anzutreten sind.

Die Bestellung des Betreuers kann notfalls gegen den Willen des Betroffenen erfolgen, der Betreuer kann gegen den Willen des Betreuten handeln. Die Betreuung dient daher auch dem Schutz des Betreuten davor, sich selbst zu schädigen.³⁹ Der Gesetzgeber des Betreuungsgesetzes hielt auch die Zwangsbehandlung auf der Grundlage einer entsprechenden Einwilligung des Betreuers für zulässig, wenn der Betreute einwilligungsunfähig und die Zwangsbehandlung verhältnismäßig ist.⁴⁰ Der BGH hat nun demgegenüber in drei Entscheidungen betont, dass eine Zwangsmaßnahme aus verfassungsrechtlichen Gründen nur aufgrund einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung zulässig sei. Diese Grundlage sieht er in § 1906 BGB.⁴¹ Danach sind freiheitsentziehende Maßnahmen und Zwangsbehandlungen nur unter den dort geregelten restriktiven Voraussetzungen und mit gerichtlicher Kontrolle möglich.

³⁹ Lipp, Freiheit und Fürsorge, (Fn. 4), S. 75 ff.

⁴⁰ BT-Drucks. 11/4528 S. 72, 140 f.; ebenso jetzt BT-Drucks. 16/8442 S. 10.

⁴¹ BGHZ 145, 297 ff.; BGHZ 166, 141 ff.; BGH BtPrax 2008, 115 ff.; dazu Schwab, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage, 2008, § 1896 BGB Rn. 65 ff.

IV. Private Vorsorge

1. Das Selbstbestimmungsrecht als Grundlage privater Vorsorge

Instrumente privater Vorsorge (Vorsorgeverfügungen)⁴² sind zum einen die verschiedenen Formen von Vorausverfügungen (antizipierte Willenserklärung, Patientenverfügung, Behandlungswunsch, Betreuungsverfügung), zum anderen die Bevollmächtigung einer Vertrauensperson auf der Grundlage eines Vorsorgeauftrags oder Geschäftsbesorgungsvertrags.

Das Selbstbestimmungsrecht ist Grundlage für jede Form der privaten Vorsorge.⁴³ Gesetzliche Beschränkungen der privaten Vorsorge bedürfen daher schon aus verfassungsrechtlichen Gründen stets einer Rechtfertigung. Soweit der Betroffene in Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts selbst Vorsorge getroffen hat, hat diese deshalb stets Vorrang. Das ordnet § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB für die gesetzliche Betreuung ausdrücklich an. Das Selbstbestimmungsrecht ist aber auch die Grundlage für die privatautonome Ausgestaltung der Betreuung mittels einer Betreuungsverfügung.⁴⁴ Der Vorrang der privaten Vorsorge gilt daher auch „innerhalb“ der staatlichen Rechtsfürsorge, d. h. im Rahmen der rechtlichen Betreuung.

2. Vorsorgeauftrag und Vorsorgevollmacht

Oft ziehen ältere Menschen eine Vertrauensperson hinzu, die sie bei der Erledigung ihrer Angelegenheiten beraten und unterstützen. Geschieht dies nur gelegentlich oder im Rahmen der Familie, stellt es eine reine Gefälligkeit oder eine familiäre Unterstützung dar. Will man Vorsorge für die Zukunft treffen, ist jedoch eine verbindliche Vereinbarung mit der Vertrauensperson erforderlich, die diese rechtlich verpflichtet, im künftigen Fürsorgefall tätig zu werden. Grundlage ihrer Tätigkeit ist dann ein unentgeltlicher Auftrag (§ 662 BGB) oder ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungs- (§ 675 BGB) bzw. Dienstvertrag (§ 611

⁴² Zum Begriff vgl. Bienwald, BtPrax 2002, 227.

⁴³ Oben II.3.

⁴⁴ Bienwald, in: Staudinger, 2006, § 1901 BGB Rn. 24.

BGB).⁴⁵ Für eine umfassende Vorsorgeregelung genügt es jedoch nicht, dass die Vertrauensperson den Betroffenen lediglich unterstützt; sie soll im Bedarfsfalle auch anstelle des Betroffenen handeln können (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB). Dafür muss zusätzlich eine Vollmacht erteilt werden (§ 166 Abs. 2 S. 1 BGB). Wegen ihres Zwecks bezeichnet man sie häufig als Vorsorgevollmacht (vgl. § 1908f Abs. 1 Nr. 2a BGB).⁴⁶

Vorsorgeauftrag und Vorsorgevollmacht werden gerade mit Blick auf den Fall hin erteilt, dass der Vollmachtgeber seine Angelegenheiten nicht mehr selbst wahrnehmen kann. Sie bleiben deshalb auch dann wirksam, wenn er geschäfts-unfähig wird (§§ 168 S. 1 BGB, 51 Abs. 3, 86 ZPO). Allerdings ist der Vollmachtgeber häufig nicht mehr in der Lage, den Bevollmächtigten zu kontrollieren. Gleichwohl bleibt die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten ungeschmälert bestehen. Auch unterliegt der Bevollmächtigte nicht den für den Betreuer geltenden Genehmigungserfordernissen, sofern nicht das Gesetz – wie in §§ 1904 Abs. 5, 1906 Abs. 5 BGB – ausdrücklich etwas anderes vorsieht.⁴⁷ Für die nötige Kontrolle sorgt bei Bedarf ein Überwachungsbetreuer, d.h. ein Betreuer mit der besonderen Aufgabe, den Bevollmächtigten zu kontrollieren und die Rechte des Vollmachtgebers wahrzunehmen.⁴⁸

3. Vollmacht auch in personalen Angelegenheiten?

Da die rechtsgeschäftliche Stellvertretung auf dem Selbstbestimmungsrecht beruht, kann eine Vollmacht grundsätzlich für alle Angelegenheiten erteilt werden. Das Recht muss daher nicht die Zulässigkeit, sondern den Ausschluss der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung anordnen.⁴⁹ Dies ist z. B. für die Eheschließung, die Testamentserrichtung oder die Teilnahme an politischen Wahlen erfolgt. Soweit das nicht geschehen ist, ist eine Vollmacht zulässig. Für die Vermögensangelegenheiten ist das seit langem allgemein anerkannt. Eine Voll-

⁴⁵ Bühler, FamRZ 2001, 1585, 1593; Walter, Die Vorsorgevollmacht: Grundprobleme eines Rechtsinstituts unter besonderer Berücksichtigung der Frage nach Vorsorge im personalen Bereich, 1997, S. 112.

⁴⁶ Zu Vorsorgeverhältnis und Vorsorgevollmacht Lipp, in: Lipp, Handbuch, (Fn. 25), § 4 Rn. 15.

⁴⁷ BGH NJW 1969, 1245 (1246).

⁴⁸ Schwab, in: MünchKommBGB, Fn 41, § 1896 BGB Rn. 236 ff.

⁴⁹ Leptien, in: Soergel. BGB, 13. Aufl. 2000, Vor § 164 BGB Rn. 84.

macht ist aber auch in den personalen Angelegenheiten grundsätzlich zulässig, wie z.B. für die Einwilligung in die ärztliche Behandlung.

§ 1904 Abs. 5 BGB ist danach dreierlei zu entnehmen: Erstens bestätigt die Vorschrift, dass eine Vollmacht für ärztliche Eingriffe jeder Art erteilt werden kann. Zweitens verlangt das Gesetz, dass die Vollmacht schriftlich erteilt werden und die ärztlichen Maßnahmen ausdrücklich nennen muss. Drittens ist in bestimmten Fällen eine Genehmigung des Betreuungsgerichts erforderlich. Das 3. BtÄndG⁵⁰ hat die Konstellationen, in denen eine Genehmigung vorgeschrieben ist, erheblich eingeschränkt. Seit dem 1. September 2009 ist eine gerichtliche Genehmigung nur erforderlich, wenn Arzt und Bevollmächtigter sich nicht über den Patientenwillen einig sind, und entweder die Maßnahme selbst oder ihr Unterbleiben den Patienten der Gefahr des Todes oder eines schweren und langer dauernden gesundheitlichen Schadens aussetzt.⁵¹

4. Zwangsbefugnisse des Bevollmächtigten?

Zwangsbefugnisse des Bevollmächtigten können allerdings nicht mit dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen legitimiert werden. Hier stoßen Auftrag und Vollmacht an ihre verfassungsrechtlichen Grenzen.⁵² Soll daher der „natürliche Wille“, d. h. der bewusste Widerstand des Betroffenen⁵³ überwunden werden, genügt es nicht, wenn der Betroffene seinem Bevollmächtigten die entsprechende Befugnis eingeräumt hat. Vielmehr ist eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage erforderlich.

In der Diskussion um die Vollmacht in personalen Angelegenheiten ist dies freilich nicht deutlich erkannt worden. Der Gesetzgeber ging noch 1999 davon aus, dass eine Vollmacht außer für medizinische Maßnahmen auch für freiheitsbeschränkende Maßnahmen erteilt werden und der Bevollmächtigte ohne gesetzli-

⁵⁰ Oben Fn. 19.

⁵¹ Zu den Anforderungen an eine Vollmacht in Gesundheitsangelegenheiten und für ihren Gebrauch ausführlich Lipp, in: Lipp, Handbuch, (Fn. 25), § 16 Rn. 17 ff.

⁵² Lipp, Freiheit und Fürsorge, (Fn. 45), S. 203.

⁵³ Zwang ist die Überwindung jeder bewussten Gegenwehr, wie die gesetzliche Regelung der Sterilisation in § 1905 Abs. 1 Nr. 1 BGB zeigt (vgl. BT-Drucks. 11/4528 S. 143). Deshalb setzt die Freiheitsentziehung in § 1906 BGB voraus, dass der Betroffene sich bewusst bzw. mit „natürlichem Willen“ fortbewegen will (Schwab, in: MünchKommBGB, (Fn. 41), § 1906 BGB Rn. 38).

che Ermächtigung in die Freiheitsbeschränkung einwilligen könne. Er wollte lediglich bestimmte Schutzmechanismen für freiheitsentziehende Unterbringungen und andere freiheitsentziehende Maßnahmen einführen.⁵⁴

Diese Annahme ist verfassungsrechtlich bedenklich und aufgrund der neueren Rechtsprechung zu den Zwangsbefugnissen eines Betreuers überholt. Wenn der Betreuer nach Ansicht des BGH für Zwangsmassnahmen einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedarf,⁵⁵ kann für den Bevollmächtigten nichts anderes gelten. Der Auftrag und die Vollmacht können ihm nicht mehr Befugnisse über die Person des Betroffenen verschaffen, als ein Betreuer haben kann. § 1906 Abs. 5 BGB enthält daher eine doppelte Funktion: Er enthält einerseits die Anerkennung der Vollmacht im Bereich der Fortbewegungsfreiheit und unterwirft sie bestimmten Anforderungen. Er ist insofern mit § 1904 Abs. 5 BGB vergleichbar. Darüber hinaus stellt er eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die Einwilligung in Zwangsmassnahmen durch den Bevollmächtigten und damit für die Bestimmungsbefugnis gegenüber dem Betroffenen dar.

5. Patientenverfügung und Behandlungswunsch

Aus verfassungsrechtlicher Sicht gehören das Sterben in Würde und die Beachtung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten zum Schutzbereich der Menschenwürde, des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit und der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 und 2 Abs. 1 GG).⁵⁶ Er kann selbst bestimmen, ob und welchen medizinischen Maßnahmen er zustimmt. Lehnt er eine angebotene Maßnahme ab oder widerruft er seine Einwilligung, darf der Arzt diese Maßnahme nicht durchführen, selbst wenn der Patient deshalb sterben wird.⁵⁷ Da dem Patienten Menschenwürde und Grundrechte unabhängig von seinem Zustand zustehen, ist sein Wille stets zu beachten. Es wäre eine verfassungswidrige Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten, würde man seinen Willen nur in bestimmten Situationen beachten oder nur dann, wenn

⁵⁴ BT-Drucks. 13/7158 S. 34.

⁵⁵ Dazu oben Fn. 2.

⁵⁶ BVerfGE 52, 131 (168, 173 ff.); BVerfGE 91, 1 (29 ff.); Hufen, NJW 2001, 849 (851 ff.).

⁵⁷ BGHZ 163, 195 (197 f.); vgl. auch Wagenitz, FamRZ 2005, 669 (671).

er ihn in einer bestimmten Form ausdrückt.⁵⁸ Das 3. BtÄndG⁵⁹ hat die Debatte um die so genannte Reichweitenbegrenzung beendet und dabei zu Recht den verfassungsrechtlich vorgezeichneten Weg eingeschlagen: § 1901a Abs. 3 BGB bestimmt heute, dass der Patientenwille unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung zu beachten ist.

Seit der gesetzlichen Regelung der Patientenverfügung durch das 3. BtÄndG⁶⁰ unterscheidet das Gesetz drei Formen der Willensbekundung eines Patienten:⁶¹

- Jede Willensbekundung gibt Auskunft über die Vorstellungen des Patienten und ist daher als „Mitteilung über sich selbst“ bei der Feststellung des mutmaßlichen Willens des Patienten zu berücksichtigen (§ 1901a Abs. 2 S. 1 2. Alt. und Abs. 2 S. 2, 3 BGB i.V.m. § 1901 Abs. 2 BGB).
- Enthält die Willensbekundung konkrete, behandlungsbezogene Wünsche, sind diese vom Vertreter bei seiner Entscheidung, ob er der ärztlichen Maßnahme zustimmt, als Vorgabe zu beachten. Sie sind für den Betreuer als „Wunsch“ des Betreuten nach § 1901 Abs. 3 S. 2 BGB verbindlich, für den Bevollmächtigten nach Maßgabe seines Vorsorgeauftrags (§ 1901a Abs. 2 S. 1 1. Alt. und Abs. 5 BGB).
- Eine Willensbekundung kann schließlich auch eine Patientenverfügung enthalten. Darunter versteht das Gesetz eine antizipierte Einwilligung bzw. Ablehnung einer ärztlichen Maßnahme, die noch nicht unmittelbar bevorsteht (§ 1901a Abs. 1 BGB). Sie ist nach allgemeinen Grundsätzen des Medizinrechts verbindlich, wenn der Patient einwilligungsfähig war und keine Unwirksamkeitsgründe vorliegen. Das Gesetz hat darüber hinaus die Schriftform eingeführt. Für den Vertreter ist die Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 BGB verbindlich, für den Arzt nach den allgemeinen Grundsätzen des Medizinrechts. Mündliche Patientenverfügungen sind zwar keine wirksamen Patientenverfügungen, aber als Behandlungswünsche zu beachten.

⁵⁸ Hufen, Geltung und Reichweite von Patientenverfügungen, 2009, S. 31 ff.

⁵⁹ Oben Fn. 19.

⁶⁰ Oben Fn. 19.

⁶¹ Zum Folgenden Lipp, in: Lipp, Handbuch, (Fn. 25), § 16 Rn. 43 ff.

Mit dieser differenzierten Regelung trägt das Gesetz dem verfassungsrechtlichen Erfordernis Rechnung, dass Arzt und Vertreter den Willen des Patienten stets zu beachten haben, gleich in welcher Form er geäußert wird. Eine Willensbekundung ist daher stets verbindlich. Den Umfang der Verbindlichkeit bestimmt der Patient selbst, indem er entweder selbst eine Entscheidung trifft, d.h. eine schriftliche Patientenverfügung verfasst, oder die Entscheidung über die Behandlung seinem Vertreter überlässt und dafür konkrete Wünsche äußert, oder sich ihm ganz anvertraut und lediglich seine Vorstellungen und Einstellungen mitteilt.

Entscheidendes Gewicht hat daher die Frage, wie der Wille des Patienten festgestellt wird. Auch dafür enthält das Gesetz nunmehr einige Vorgaben.⁶² Die Feststellung ist die Aufgabe des Vertreters (§ 1901a Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 BGB). Sie muss aber im Dialog mit dem Arzt erfolgen und die nahen Angehörigen und Vertrauenspersonen nach Möglichkeit einbeziehen (§ 1901b BGB). Können Vertreter und Arzt keine Übereinstimmung über den Patientenwillen erzielen, kann in gravierenden Fällen eine Genehmigung des Betreuungsgerichts erforderlich sein. Das Gericht prüft dann, ob die Entscheidung des Vertreters dem Willen des Patienten entspricht (§ 1904 BGB). Die dadurch eintretende Verzögerung in der Umsetzung des Patientenwillens ist verfassungsrechtlich unabdinglich, weil der Patientenwille selbst umstritten und daher seine gerichtliche Feststellung erforderlich ist.⁶³

V. Ausblick

Die alternde Gesellschaft stellt die vom Grundgesetz geprägte Rechtsordnung vor große Herausforderungen. Die Verfassung gebietet, Würde und Autonomie auch und gerade im Alter zu gewährleisten. Während der ersten „60 Jahre Grundgesetz“ hat die Rechtsprechung des BVerfG aus dem auf den ersten Blick sparsamen Text des Grundgesetzes wichtige verfassungsrechtliche Vorgaben entwickelt, die die Rechtsstellung alter Menschen und den Umgang mit ihnen maßgeblich bestimmen. Der Gesetzgeber hat den verfassungsrechtlichen Auf-

⁶² Dazu Lipp, in: Lipp, Handbuch, (Fn. 25) § 16 Rn. 45 ff.

⁶³ Hufen, ZRP 2003, 248 (251 f.).

trag angenommen und mit der rechtlichen Betreuung und den verschiedenen Formen der privatautonomen Vorsorge bis hin zur jüngst geregelten Patientenverfügung wichtige Instrumente geschaffen, die es dem Bürger ermöglichen, sein Leben im Alter selbst zu gestalten. Nun ist es an der Praxis, sie zu nutzen und ihnen Geltung und Wirksamkeit zu verschaffen.

LOTHAR AWEH

Das Spannungsverhältnis von richterlicher Unabhängigkeit (Art. 97 GG) und Justizökonomie

17. Februar 2010



Lothar Aweh
Präsident des Hessischen Finanzgerichts

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|------|---|-----|
| I. | Einleitung | 213 |
| II. | Neue Verwaltungssteuerung und Justiz | 217 |
| 1. | Was ist Controlling, was will „Justizcontrolling“? | 219 |
| 2. | Verfassungsrechtliche Bewertung von Justizcontrolling durch die Länderjustizverwaltungen | 223 |
| 3. | Gefährdungstatbestände richterlicher Unabhängigkeit | 226 |
| 4. | Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Justiz- controlling..... | 229 |
| III. | Fazit..... | 235 |

I. Einleitung

Das Spannungsverhältnis von richterlicher Unabhängigkeit und Justizökonomie ist heute das Thema. Die Vortragsreihe „60 Jahre Grundgesetz“ findet damit ihren Abschluss. Bezogen auf diese 60 Jahre möchte ich einleitend kurz die Entwicklung des Richterbildes unter dem Regime des Grundgesetzes etwas feuilletonistisch skizzieren. Abgeleitet wird dieses Richterbild aus Beiträgen von Richtern in der Deutschen Richterzeitung (DRiZ); es geht um die Aufgaben des Richters, seine Legitimation aber um seine Arbeitsbedingungen.¹ Man könnte den Weg auch beschreiben: Vom introvertierten zum ökonomisierten Richter.

Das Richterbild der Nachkriegsjahre (1950 bis 1968) wird zutreffend in einem Kurzbeitrag der Richterzeitung in 1968 wiedergegeben: „Nach dem politischen Zusammenbruch hat sich die Masse der Richter in einen Elfenbeinturm zurückgezogen, die Öffentlichkeit gescheut und untätig im Schmollwinkel der Demokratie verharrt.“² Die Aufgabe und Funktion des Richters wurde in dieser Zeit recht eng definiert: Der Richter habe als unbeteiligter Dritter mit obrigkeitlicher Gewalt einen Rechtsstreit zwischen den Parteien zu entscheiden; eine darüber hinausgehende Gestaltungsfunktion komme ihm nicht zu; jedes sonstige denkende gestaltende staatliche Handeln sei Aufgabe der Exekutive.³ Vereinzelt finden sich Forderungen nach einem Leitbild des Richters im sozialen Rechtsstaat. So forderte u. a. der ehemalige Bundesverfassungsrichter Willi Geiger in 1959 „den an den politischen Entwicklungen seines Landes anteilnehmenden Richter“, gefordert sei „nicht eine unkritische Identifizierung, sondern kritische Loyalität.“⁴ Erst auf einem vom Deutschen Richterbund im Juli 1965 veranstalteten Vortragsabend zum „Bild des Richters in Gegenwart und Zukunft“ wurde eine Erweiterung der richterlichen Tätigkeit über die Rechtsprechung hinaus gefordert: „Der Richter habe nicht einem abstrakten Gerechtigkeitsideal zum Durchbruch zu helfen, sondern durch ein umfassendes Rechtsgespräch eine für

¹ Vgl. dazu umfassend Tappert, Richterbilder im Wandel der DRiZ, in: Justiz und Recht im Wandel der Zeit – Festgabe 100 Jahre Deutscher Richterbund, S. 395 ff.

² Vgl. Steffen, DRiZ 1968, 237.

³ Vgl. Gräber, Das Wesen des richterlichen Geschäfts, DRiZ 1955, 7 ff.

⁴ Vgl. Geiger, Von der Aufgabe und Bedrängnis des Richters, DRiZ 1972, 333 ff.

die Parteien geeignete Lösung zu finden, also u. U. auch außerhalb der rechtlichen Normen gestaltend den Rechtsfrieden herzustellen.“⁵

Kommen wir zu den Reformjahren (1969 bis 1989): Die unruhigen 68er spiegelten sich in zahlreichen Diskussionen über ein neues Richterbild wieder. Die Funktion des Richters wurde nun nicht mehr als Behüter der bestehenden Ordnung gesehen, vielmehr wurde die Gestaltungsfunktion der Rechtsprechung hervorgehoben. Der Ruf nach einem politischen Richter wurde laut. Der Richter müsse sich vom Gesetz emanzipieren, selbst politisch produktiv werden und sich nicht vor den Karren der Macht spannen lassen.⁶ Gegen dieses neue – linke – Richterbild, wandte sich der Deutsche Richterbund (DRB). Ein derartiges Richterbild wurde als unvereinbar mit der Konzeption des demokratischen Rechtsstaates angesehen.⁷ Aber auch im damals noch recht konservativen DRB nahmen die Stimmen zu, die mehr souveräne Unabhängigkeit des Richters forderten. So wurde die politische Funktion des Richters von dem damaligen stellvertretenden Vorsitzenden des DRB, Pulch, zwar eher als zurückhaltend eingefordert. Aber auch er forderte „eine weise Einordnung richterlicher Tätigkeit zwischen Dynamik und Beharren, zwischen voluntas und lex.⁸

Im Gefolge der Demokratisierungsdebatte entwickelten sich verfassungspolitische Diskussionen zur demokratischen Legitimation des Richters. Diese wurde als völlig unzureichend qualifiziert. So sei „die Bestellung und Beförderung von Richtern“ weitgehend durch die Exekutive ein Festhalten am Obrigkeitstaat, so ein Richter in der DRiZ mit dem provokantem Titel: „Richterwahl oder auswandern“!⁹ Richter hätten keinen Dienstherrn, dem sie ein Stückchen Mitbestimmung abhandeln müssten, Richter seien vielmehr unmittelbarer Träger der dritten Gewalt und damit unmittelbare Staatsorgane. Dementsprechend wurde die Schaffung von Richterwahlausschüssen seit Mitte der 60er als Kernfrage richterlicher Legitimation gefordert. Staatspolitisch seien nur Richterwahlausschüsse geeignet, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die demokratische Justiz zu stärken

⁵ Vgl. Steffen, DRiZ 1965, 232 ff., 244 ff., 249 ff.

⁶ Vgl. Tappert, a.a.O. S. 412 f.

⁷ Vgl. Klein, DRiZ 1972, 333 ff.

⁸ Vgl. Pulch, DRiZ 1976, 33 ff.

⁹ Vgl. Lisken, DRiZ 1969, 269 ff.

und die Wahrhaftigkeit der demokratischen Grundordnung zu manifestieren, indem sie dem Zeitgeist mit seiner Versuchung zu machtpolitischer Eigensüchtelei (Exekutive) eine Absage erteilten.¹⁰

In den 90ern entwickelte sich nach Einschätzung einiger Autoren in der DRiZ so etwas wie eine Funktionskrise der Richterschaft.¹¹ Der Richter wisse nicht mehr so recht, welche Funktion er eigentlich im Rechtsstaat auszuüben habe: In vielen Lebensbereichen seien fast alle Verträge mit Schiedsgerichtsklausel versehen; die außergerichtliche Streitschlichtung setze sich immer mehr durch. Schlichten statt richten sei ein viel diskutierte Thema – und das auch u. U. auch noch durch Nichtjuristen! Im Anschluss daran wird gefragt, ob der Richter nicht zunehmend seine herkömmliche Rechtsprechungsaufgabe verliere.¹² Ihre Fortsetzung finden diese Fragestellungen in der bis heute kontrovers geführten Mediationsdiskussion.

Bedingt durch den Sparzwang öffentlicher Haushalte entwickelte sich ab Mitte der 90er, die Diskussion über mehr Effizienz im richterlichen Bereich. „Das Wissen um den Stellenwert und die Funktion des Richters ist unterentwickelt, die Funktion wird auf ein Effizienzkonzept, auf eine ökonomische Rationalität verkürzt, beklagte bereits der damalige Präsident des DRB Voss die Aufgabe des Richters anlässlich des Richtertags 1999.¹³ – „Richter in der Modernisierungsfalle?“ so lautet denn auch recht pointiert ein Beitrag in der DRiZ zum Thema „Justiz zwischen Ökonomisierungsdruck und Unabhängigkeit“.¹⁴ – Polemisch, im Hinblick auf die Terminologie der Neuen Verwaltungssteuerung (NVS) jedoch durchaus verständlich, fragt ein Richterkollege in diesem Zusammenhang, „Erbringt der Richter lediglich eine Dienstleistung an seine „Kunden“ wie ein Schornsteinfeger? – Und wird vielleicht der besonders eifrige Dienstleister durch eine Leistungszulage von seinem Vorgesetzten belohnt?“

¹⁰ Vgl. Lisken, DRiZ 1969, 269 ff.

¹¹ Vgl. Tappert, a.a.O. S. 416.

¹² Vgl. Böcksiegel, DRiZ 1996, 267 f.

¹³ Vgl. Voss, DRiZ 1999, 435.

¹⁴ Vgl. Mackenroth, DRiZ 2002, 216 (217).

Und folgert daraus: „Das wäre dann doch eine Bankrotterklärung für die Unabhängigkeit der dritten Gewalt.“¹⁵

Anlass für eine Justizreform oder auch Strukturreform – so die Justizministerkonferenzen in 2003 und später – seien überlange Verfahrensdauern, eine Aufblähung des Justizapparats und eine unnötige Ausdifferenzierung der Gerichtsbarkeiten.¹⁶ Um diesen Missständen abzuhelpfen, sei eine Rückbesinnung auf die Kernaufgaben der Justiz, die richterliche Spruchtätigkeit, notwendig. Voraussetzung dafür, seien neben Prozessrechtsreformen insbes. bessere Organisationsstrukturen. Die im Anschluss daran eingeleitete Übertragung verschiedener betriebswirtschaftlicher Instrumente unter dem Stichwort Neue Verwaltungsteuerung (NVS) in den Bereich der Justiz, die Diskussion zur Fusion von Gerichten und Gerichtsbarkeiten, die Einführung von Personalbedarfsberechnungssystemen wie Pebb§y, bestimmen bis heute die Diskussion über das Richterbild.

Die eigentliche Funktion des Richters – so der Vorwurf gegen Politik und Justizverwaltung von Richtern in der DRiZ in den 90ern und bis heute – werde in der schnellen Erledigung möglichst vieler Fälle – wie auch immer – gesehen.¹⁷ Einseitiges Kostendenken ohne ausreichende Berücksichtigung von Qualitätsmaßstäben sei letzten Endes der Maßstab aller Dinge, oft versteckt hinter scheinbaren Modernisierungsaktionen. – Demgegenüber äußern Vertreter der Justizverwaltungen regelmäßig die Auffassung, dass alle Modernisierungsmaßnahmen (NVS; EDV) als Unterstützungsleistungen der Gerichtsverwaltung ausschließlich dazu dienten, den Arbeitsplatz des Richters zu optimieren und damit im Ergebnis die Qualität seiner Arbeit zu steigern. Im Übrigen – so der Vorwurf von vielen Justizpolitikern – solle die Richterschaft nicht über Gebühr die Unabhängigkeit strapazieren, sondern stattdessen im Interesse effektiven Rechtsschutzes an der Gestaltung einer modernen Justiz mitwirken.

Gleichwohl wird weiterhin von vielen Autoren die Auffassung geäußert, dass durch derartige Modernisierungsmaßnahmen der Exekutive zunehmend die Un-

¹⁵ Vgl. Tappert, a.a.O. S. 416.

¹⁶ Eylmann u.a., Zukunftsähnige Justiz, Strukturreform durch Konzentration auf ihre Kernaufgaben, Studie erstellt für das Niedersächsische Justizministerium Juli 2004.

¹⁷ Vgl. Tappert a.a.O. S. 417.

abhängigkeit der Richter beeinträchtigt werde. Lösungswege werden insbesondere in der Selbstverwaltung der Justiz gesehen. Zur Sicherung der Unabhängigkeit und der Autonomie der Justiz im gewaltenteilten Rechtsstaat und auch zur Angleichung an europäische Standards sei die „Selbstverwaltung der Justiz“ unerlässlich.¹⁸ Die justizpolitische Diskussion dazu insbes. auf der Basis von richterlichen Berufsverbänden vorgelegten Modellen (z.B. DRB: Justizwahlau schuss/Justizverwaltungsrat) ist bis heute äußerst kontrovers.¹⁹ Das Ergebnis – eine Machtfrage – bekanntlich offen und – wenn auch noch so spannend, jedenfalls nicht Gegenstand dieser Abhandlung.

II. Neue Verwaltungssteuerung und Justiz

Um es gleich vorwegzunehmen Justiz und Rechtsgewährung haben natürlich eine ökonomische Dimension und es ist politisch notwendig und legitim sich Rechenschaft abzulegen, wie viel Geld für welche Zwecke ausgegeben wird. Sodann ist es im Rahmen des im Grundgesetz verbürgten Rechtsstaatsgebots Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers über die Organisation und den Haushalt der Justiz und damit über die Frage zu entscheiden, wie viel und wie gutes Recht die Gesellschaft sich leisten will, in welchem Umfang also der verfassungsrechtlich verbürgte Anspruch des Bürgers auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG – Akte der öffentlichen Gewalt; Art. 2 Abs. 1 i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip – Rechtsschutz durch Zivilgerichte) ausgestaltet wird. Noch deutlicher: Was wollen wir uns Gerechtigkeit ggf. in Zeiten knapper Kasse kosten lassen?²⁰ Vor dieser Diskussion und gegebenenfalls auch deren Folgen ist naturgemäß auch die dritte Gewalt nicht gefeit, so dass man im Ergebnis jedenfalls nicht ohne weiteres der Aussage von Gerd Roellecke folgen kann: „Justiz betriebswirtschaftlich zu betrachten, sei ein Rückfall in die Vormoderne“.²¹

¹⁸ Vgl. insb. das vom DRB beschlossene „Zwei-Säulen- Modell“ zur Selbstverwaltung der Justiz, DRiZ 2007,161.

¹⁹ Vgl. einerseits dafür Grotheer, Selbstverwaltung der Justiz, in: Justiz und Recht im Wandel der Zeit, S. 55 ff.; anderseits Landau, Justiz und Verfassung, ebenfalls in: Justiz und Recht im Wandel der Zeit, Seite 41 ff. (47).

²⁰ Schütz/Schulze-Fielitz, Eine einleitende Problemkizze, in: Justiz und Justizverwaltung zwischen Ökonomisierungsdruck und Unabhängigkeit S. 9 (19).

²¹ Schütz, Der ökonomisierte Richter (Diss. Berlin 2005), S. 429.

Die Ausgangssituation wurde zuvor schon angedeutet: Zur Bewältigung der mit den auf Dauer knapp bleibenden staatlichen Ressourcen einhergehenden Politik- und Haushaltsprobleme erfolgt seit Mitte der 90er Jahre in Bund, Ländern und Kommunen neben umfassender Aufgabenkritik, die Durchführung umfassender Verwaltungsreformen mit dem Ziel der Effizienz- und Effektivitätsverbesserung. Begriffe wie Neue Verwaltungssteuerung /Neue Steuerungsmodelle (NVS/NSM) oder auch auf die Herkunft verweisend, wie New Public Management (NPM) stehen für umfassende, Modernisierungskonzepte staatlicher Bürokratien.

Diesem „Reformdruck“ war und sind naturgemäß auch die Justizverwaltungen ausgesetzt. Wobei im Folgenden unter Justizverwaltung – die Terminologie ist nicht einheitlich – die Behördenleitung (Gerichtspräsident) und die Justizministerialverwaltung gemeint sind. Denn auch im Bereich der Justiz ging und geht es – und in naher Zukunft vielleicht noch viel mehr – vor dem Hintergrund knapper finanzieller Rahmenbedingungen darum alle Möglichkeiten wirtschaftlichen Handelns zu nutzen, um die vorhandene Qualität justizieller Dienstleistungen zumindest zu halten. Ein Lösungsansatz ist nach Auffassung der Justizminister, die Übernahme der zur Reform der öffentlichen Verwaltung entwickelten NVS, also die Übertragung von betriebswirtschaftlichen Erkenntnissen und Instrumentarien – oft eingebettet in eine Strukturreform neuen Haushaltsrechts (so in Hessen) – auf die Justizverwaltung unter Berücksichtigung so genannter justizspezifischer Besonderheiten.

Dementsprechend wird in allen Bundesländern in unterschiedlichem Umfang seit den 90ern Justizmodernisierung als Dauerprojekt betrieben. So reicht die Palette von Bayern, das sich mit den vorhandenen Geschäftsstatistiken (Bestände; Eingänge; Erledigungen; Verfahrensdauer etc.) sowie der technischen Modernisierung im Bereich von EDV-Richterarbeitsplatz, Einrichtung von Serviceeinheiten mit entsprechend vernetzter EDV-Infrastruktur begnügt, bis hin zu Baden-Württemberg, Berlin, Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und auch Hessen, wo jedenfalls für Gerichtsleitungen und Richtergremien Begriffe wie Produktdefinition, Kosten- und Leistungsrechnung (KLR), Budgetierung, Kontraktmanagement, Balanced Scorecard (BSC) mit der Entwicklung von Justizzielen und darauf bezogenen Kennzahlensystemen einschließlich

Benchmarking und Best Practice – alles zusammengefasst unter dem Schlüsselbegriff Justizcontrolling – keine Fremdwörter mehr sind. Deshalb steht auch der Begriff Justizcontrolling im Folgenden im Mittelpunkt, denn in ihm bündeln sich sozusagen alle aktuellen Maßnahmen im Rahmen von Justizökonomie.

Im Folgenden wird zunächst kurz die Funktionsweise der NVS im Justizbereich erläutert (1). Anschließend werden die Gründe dargelegt, warum aus der Sicht der Landesjustizverwaltungen keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Einführung von Justizcontrolling bestehen (2). Im Anschluss daran wird geprüft, ob nicht vor dem Hintergrund schon immer bestehender Einflussmöglichkeiten der Gerichtsverwaltung auf die richterliche Tätigkeit, durch die Einführung von Justizcontrolling Gefährdungstatbestände für die sachliche Unabhängigkeit geschaffen werden (3), die einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedürfen, (4).

1. Was ist Controlling, was will „Justizcontrolling“?

Kerngedanke des neuen Haushaltswesens ist die Umstellung der finanziellen Steuerung des Verwaltungshandelns, belegt mit dem Schlagwort Budgetierung. Das bisherige kameralistische „input-orientierte“ Haushaltssystem wird durch ein neues „output-orientiertes“ Steuerungssystem ersetzt. Bei der bisherigen Steuerung durch Fachaufsicht und Geldzuweisung in Haushaltstitel (Zuteilung von Personal- und Sachmitteln oft durch die fachfremde Exekutive) konnte die Verwaltungsspitze (Ministerien) – so die These – mangels eindeutiger Vorgaben das Tätigwerden der Verwaltung, nur begrenzt steuern und damit die Wirtschaftlichkeit der Mittelverwendung auch nur begrenzt kontrollieren. So verhindert z. B. die reine Geldverkehrs- bzw. Einnahme/Ausgaberechnung der Kameralistik mangels Erfassung des betrieblichen Werteverzehrs (Abschreibung) den Ausweis der aktuellen Vermögenssituation ebenso wie die Zuordnung von Aufwendungen zu den einzelnen Verwaltungsleistungen (Output-Steuerung). Dieser Mangel an Kostentransparenz wird dadurch behoben, dass die „Leistungen“ der Verwaltung an den Bürger in messbaren Einheiten dargestellt werden. Dafür werden Produkte gebildet. So lautet z. B. die Fragestellung: Welche Personalkosten und Sachkosten sind notwendig um einen Rentenbescheid oder auch Steu-

erbescheid herzustellen? Die Berechnung der Produktkosten erfolgt mittels einer Kosten- und Leistungsrechnung. Auf der Basis dieses Produktpreises und geplanter Produktmengen wird dann jeweils ein Globalbudget zugewiesen.²²

Bezogen auf die Justiz muss man sich dies wie folgt vorstellen: An die Stelle der den Gerichten bislang nach Maßgabe des Haushaltsplans für einzelne Titel zugewiesenen zweckgebundenen Finanzmittel treten nunmehr Budgets, die – weitgehend ohne detaillierte Zweckbindung – von der Gerichtsverwaltung vor Ort verwaltet und nach den von ihr für sinnvoll erachteten Schwerpunktsetzungen bewirtschaftet werden. Die Höhe dieses Budgets orientiert sich an den Produkten und deren Kosten. Das Produkt der Justiz (anders in Hessen) ist der Verfahrensabschluss nach ordnungsgemäßer Verfahrenserledigung.²³ Dieser formale Produktbegriff ermöglicht es auf der Basis einer Kosten- und Leistungsrechnung (KLR) für die verschiedenen Verfahrenstypen der Gerichte Fallkostenpauschalen zu bilden (Beispiel: Verfahrenstypen eines AG in Zivilsachen > Produktgruppe 1: Allgemeine Zivil-, Bau-, Verkehrsunfallsachen etc.; Produktgruppe 2: Scheidungsverfahren, sonstige Familiensachen etc.). Die Kostenermittlung erfolgt wie folgt: Es werden alle Personal- und Sachkosten erfasst (Kostenartenplan), den Verursachern zugeordnet (Kostenstellenplan) und festgestellt, für welche Leistung sie bei den Verursachern gebraucht wurden (Kostenträger bzw. Produktplan). Mit diesen Daten kann man für die verschiedenen Verfahrenstypen Fallkostenpauschalen bilden, die der Budgetaufstellung dienen und daraus auch budgetrelevante Aussagen ableiten, wie z.B.: Eine allgemeine Zivilsache am AG A kostet durchschnittlich X € am AG B etwas weniger oder mehr; es folgt dann im Rahmen von Benchmarking die Ursachenerforschung.

An diesen Produkten setzt auch inhaltlich die Steuerung durch die Justizverwaltung an und damit liegen Berührungspunkte mit der von Richtern in Unabhängigkeit erstellten Leistung auf der Hand. Die übergeordnete Einheit legt, so das Modell, die gewünschten Produkte nach Quantität und Qualität fest und stellt

²² Vgl. den Überblick bei Paulsen, Richterliche Unabhängigkeit und neue Steuerungsmodelle, in: *Justiz und Recht im Wandel der Zeit* a.a.O. S. 101 ff. (107,108).

²³ Vgl. Voßkuhle, *Das Produkt der Justiz*, in: *Justiz und Justizverwaltung zwischen Ökonomisierungsdruck und Unabhängigkeit*, S. 35 ff., Precht, *Justizcontrolling* (Diss. München 2008), S. 51 f.

den nachgeordneten Einheiten (den Gerichten) die hierfür benötigten Mittel zur Verfügung, mit denen diese grundsätzlich eigenverantwortlich arbeiten können. Zielvorgabe und Mittelzuteilung sollen dabei im Rahme einer Leistungsvereinbarung der Einheiten erfolgen (Kontraktmanagement). Regelmäßig erfolgt die unterjährige periodische produktbezogene Auswertung dieser Daten in Verbindung mit bereits vorhandenen Statistiken („Kennzahlen“ wie Eingänge, Bestände, Erledigungen, Verfahrensdauer, Personalübersichten und Pebb§y) sowie die Weiterleitung der Daten im Rahmen eines Berichtswesens an das Justizministerium durch die örtlichen Gerichtsleitungen. Neben der kurzfristigen Diagnose von Entwicklungstrends im Kosten- und Personalbereich sind diese Leistungsdaten – stets bezogen auf das Gericht und nicht auf den einzelnen Richter oder Spruchkörper – transparent, so dass sowohl behördintern als auch im Vergleich der Behörden untereinander ein ständiger Optimierungsprozess in Gang gesetzt werden kann (Benchmarking/Vergleichsringe/„lernende Organisationen“).

Dies alles ist Gegenstand des Controllings. Controlling ist danach, die Klammer für den Einsatz verschiedener Elemente der NVS (Budgetierung, Produkt, KLAR etc.).²⁴ Bei Justizcontrolling handelt es sich somit um ein führungsunterstützendes Steuerungskonzept für die Justizverwaltung, das auf eine zeitnahe, bedarfsgerechte und laufende Versorgung mit zukunftsbezogenen Informationen zur Unterstützung der Entscheidungsfindung abstellt, einschließlich der Kalkulation des Produkthaushalts. Eine Steuerung setzt voraus, dass eine aus Zielen entwickelte Planung vorhanden ist, die ihrerseits auf Kennzahlen aufbaut. Kennzahlen sind Daten quantitativer Art, die Maßstabswerte liefern sollen, die über die von den Gerichten erbrachten Leistungen Auskunft geben und zu Vergleichen der Leistungserstellung genutzt werden können. Wie werden Kennzahlen gebildet? Es werden Ursache-Wirkungs-Beziehungen im primär organisatorischen und finanziellen Bereich in Zahlen abgebildet, insbesondere Soll/Ist Vergleiche und Zeitreihenvergleiche.

Zusammenfassend sind danach die Ziele von Justizcontrolling:

²⁴ Vgl. eingehend zum Begriff Controlling und Justizcontrolling, Precht, Justizcontrolling, S. 13 ff.

- Aufbau eines Informationsmanagementsystems für die Justiz bzw. Gerichtsverwaltung, unter anderem als Grundlage
- der Kalkulation eines Produkthaushaltes im Rahmen der Budgetierung,
- einer dezentralisierten Fach- und Ressourcenverantwortung,
- für die Darstellung einer effektiven und effizienten Justizleistung in der Öffentlichkeit,
- Schaffung von Kostentransparenz als Voraussetzung kostenbewussten Handelns durch die Einführung der KLR einschließlich Qualitätsmanagement;
- Entlastung der Führung von einzelfallbezogenen Steuerungs- und Weisungsaufgaben (Dezentralisierung);
- Optimierung der Verfahrensabläufe;
- Festsetzung von Standards bei der äußereren Leistungserbringung, auf deren Grundlage Abweichungen analysiert und Aussagen über den Zielerreichungsgrad getroffen werden können (Kennzahlensysteme).²⁵

Ein Beispiel aus einer BSC von Niedersachsen: Zunächst ist zu klären, was ist überhaupt eine BSC. Sie ist im Rahmen strategischen Controllings eine Methode zur nachhaltigen Sicherung der Produktqualität. Eine reine Wirtschaftlichkeitsbetrachtung durch Kostenanalyse reicht zur Erhaltung von Produktqualität nicht aus, sondern notwendig ist die Miteinbeziehung weiterer Ebenen. Maßnahmen und Kennzahlen zur Zielerreichung werden auf den weiteren Ebenen (Perspektiven) angedacht: 1. Effektive Rechtsschutzgewährung, 2. Steigerung der Akzeptanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten und Öffentlichkeit, 3. Steigerung der Mitarbeiterqualifikation, 4. Verbesserung der Organisation, Ausstattung und Verfahren zur Optimierung des Justizgewährleistungsanspruchs. Wesentlich ist, dass diese Handlungsanleitungen vor allen Dingen auf Dauer angelegt sind, die

²⁵ Vgl. Precht, Justizcontrolling, S. 65 ff., S. 85 ff., S. 153 ff.

Entwicklung in den einzelnen Bereichen wird periodisch durch Soll/Ist-Vergleiche überprüft.

Auf dieser Basis wurde in Niedersachsen z.B. folgende Aufgabenstellung definiert: Bildung von Kennzahlen zur Erreichung von Justizzielen. Die Erreichung des gesetzlichen Ziels „Verbesserung effektiven Rechtsschutzes“ soll durch die Erhöhung der Vergleichsquote erfolgen. Dazu wurde ein Maßnahmenkatalog aufgestellt und mit Kennzahlen belegt: 1. Angebot von Fortbildungsveranstaltungen für Richter zu dem Thema „gütliche Einigung“, 2. Anregung zur Einführung von richterlichen Qualitätszirkeln zu diesem Thema durch die Justizverwaltung sowie 3. „Kundenbefragungen“ als „feed-back“ über Erwartungshaltungen der Bürger speziell zu deren Einstellung hinsichtlich eines Vergleichs. Kennzahlen waren z.B. die geplante Anzahl entsprechender Fortbildungsveranstaltungen als Angebot (Soll) und zeitlich versetzt, die Anzahl der dazu gebuchten Veranstaltungen (Ist) sowie – in einem Zeitreihenvergleich – die Entwicklung der Vergleichsquote vor den Maßnahmen und nachher.

2. Verfassungsrechtliche Bewertung von Justizcontrolling durch die Landesjustizverwaltungen

Nahezu einhellig wird die Auffassung vertreten, dass die Einführung der NVS in die Justiz verfassungskonform sei, da sie tendenziell weder das Rechtsprechungsmonopol noch die organisatorische und funktionelle Selbstständigkeit der Gerichte verändern wolle und somit den Kernbereich der dritten Gewalt nicht tangiere. Die Einführung von Justizcontrolling sei schon deshalb nicht bedenklich, weil Adressat von Justizcontrolling nicht die Richterschaft, sondern in erster Linie die Justizverwaltung sei.²⁶ Im Übrigen werde, soweit notwendig, durch justizspezifische Regelungen eine Gefährdung richterlicher Unabhängigkeit ausgeschlossen.

Ein Beispiel für die Berücksichtigung von Justizspezifika ist die buchmäßige Behandlung der Verfahrenskosten. Verfahrenskosten (Verfahrenseinnahmen wie Gerichtsgebühren, Geldbußen, Geldstrafen und Verfahrensausgaben wie Beweis-

²⁶ Cramer, NJW 2001, 3449 ff. m. w. N.

mittelkosten für Gutachter und Zeugen etc.) sind Bestandteil des gerichtlichen Verfahrens, dessen Ablauf nach Maßgabe der Verfahrensordnungen im Rahmen der richterlichen Unabhängigkeit zu gestalten ist. Die Justizverwaltung darf aus diesem Grund weder auf die Verfahrensausgaben noch auf die Verfahrenseinnahmen unmittelbar oder mittelbar Einfluss nehmen. Die Verfahrenskosten sind damit jeder Form eines Controllings entzogen. Sie werden erfasst, aber nicht gesteuert.²⁷

Die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit von Justizcontrolling wird aus dem verfassungsrechtlich angelegten Spannungsverhältnis des Bürgers auf effektiven Rechtsschutz und der richterlichen Unabhängigkeit abgeleitet. Ausgangspunkt ist die den Gerichten von Verfassungswegen erteilte Pflicht zur Justizgewährung. Danach hat der Staat dem Bürger unabhängige Gerichte zur Verfügung zu stellen, die sich nur an Gesetzen orientieren und unparteilich entscheiden. Der Justizgewährungsanspruch umfasst die Garantie eines wirkungsvollen Rechtsschutzes in angemessener Zeit. Daraus folgt die Verpflichtung des Gesetzgebers auf angemessene Ausstattung der Gerichte mit Sachmitteln und Personal und deren effektiven Einsatz.²⁸

Die richterliche Unabhängigkeit steht in einem Spannungsverhältnis zum Justizgewährleistungsanspruch und sichert ihn ab.²⁹ Sie ist kein Grundrecht, kein Standesprivileg und auch kein Selbstzweck, sondern ein funktionales Prinzip, das die Richter vor Übergriffen der Legislative und der Exekutive schützen soll.³⁰ Die Gewährleistung der sachlichen oder persönlichen Unabhängigkeit des Richters nach Art. 97 GG zielt auf die Sicherung seiner „inneren Unabhängigkeit“, auf die Sicherung seiner Fähigkeit und Bereitschaft also, objektiv und frei von Beeinflussung, eigenen Interessen, Vorurteilen und Aversionen nach bestem Wissen und Gewissen allein nach Maßgabe von Gesetz und Recht weisungsfrei zu entscheiden.³¹ Bei der sachlichen Unabhängigkeit geht es um die Vermeidung jedweder Fremdeinwirkung bei der Entscheidungsfindung und –begrün-

²⁷ Vgl. Arbeitsgruppe Controlling, Abschlussbericht der Unterarbeitsgruppe Gerichte, HMdJ Wiesbaden Juli 2004, S. 15 ff.

²⁸ Vgl. BVerfGE 36, S. 264, 275.

²⁹ Papier, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Grenzen, NJW 2001, S. 1089 ff. (1091)

³⁰ Vgl. BVerwGE 78, S. 216, 218.

³¹ Precht, Justizcontrolling, s. 103 ff. m.w.N.

dung. Nach dem Verfassungsverständnis hat der Richter nicht-hierarchisch und neutral zu sein, er darf auch durch die Dienstaufsicht nicht in eine weisungsgebundene Stellung abgedrängt werden, die strukturellen oder individuellen Erfolgsvorgaben gleichkommt (z.B. keine Vorgabe von Erledigungsquoten oder Einsatz bestimmter prozessualer Mittel). Des Weiteren sind grundsätzlich auch nur mittelbare Eingriffe bis hin zur psychischen Beeinflussung, von außen als unzulässig anzusehen³². Daher kann schon der bloße Umstand, dass bestimmte Daten erhoben werden, andere dagegen nicht, eine unter Umständen problematische Zwangswirkung darstellen.

Diese Unabhängigkeit ist jedoch nicht grenzenlos. Nach § 26 Abs. 1 Deutsches Richtergesetz (DRiG) untersteht der Richter nur einer Dienstaufsicht, soweit nicht seine Unabhängigkeit beeinträchtigt wird. § 26 Abs. 2 DRiG lautet: Die Dienstaufsicht umfasst vorbehaltlich des Abs. 1 auch die Befugnis, die ordnungswidrige Art der Ausführung eines Amtsgeschäft vorzuhalten und zu ordnungsgemäßer, unverzögerter Erledigung der Amtsgeschäfte zu ermahnen. Nach der Rechtsprechung der Richterdienstgerichte zu § 26 DRiG sind Einwirkungen der Exekutive auf den äußeren Bereich der richterlichen Tätigkeit grundsätzlich zulässig, während im Kernbereich richterlicher Tätigkeit Art. 97 Abs. 1 GG Weisungsfreiheit, Handlungsfreiheit und Erkenntnisfreiheit jedes einzelnen Richters garantiert.³³ Der „Staat“, konkreter die mittelbar demokratisch legitimierte und auch parlamentarisch verantwortliche Justizverwaltung kann jedoch nach § 26 DRiG auf eine Beobachtung der Geschäftsabläufe bei den Gerichten nicht verzichten, da sie ihrerseits den mit Verfassungsrang ausgestatteten Justizgewährleistungsanspruch der Bürger erfüllen muss. Dies bedeutet zugleich, das Dienstaufsicht nur zur Aufrechterhaltung einer geordneten Rechtspflege ausgeübt werden darf, nämlich um die Gesetzesbindung der Rechtsprechung sicherzustellen und den Anspruch der Rechtsuchenden auf Rechtsschutz in angemessener Zeit zu erfüllen. Die Grenzen zwischen der Dienstaufsicht unterworfenen Tätigkeiten (äußerer Ordnungsbereich) und dem nach herkömmlichem Verständnis geschützten Kernbereich richterlicher Unabhängigkeit lassen sich nicht immer

³² Vgl. BGH NJW 1995, 731 (732); Papier, NJW 2001, 1093, 1094 spricht in diesem Zusammenhang von unzulässigem „sozialen Druck“.

³³ Vgl. zur Kernbereichsrechtsprechung zuletzt BGH NJW 2006, 1674.

eindeutig ziehen, weshalb der Gesetzgeber in § 26 Abs. 3 DRiG die endgültige Definitionsmacht der Rechtsprechung selbst überlassen hat. Die Dienstgerichte haben den Kernbereich dabei weit reichend definiert, er umfasst alle der Rechtsfindung – sei es auch nur mittelbar – dienenden Sach- und Verfahrensentscheidungen, wie die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, Beweisaufnahmen, Verhandlungsführung, Bemühung um gütliche Beilegung des Rechtsstreits, Ausübung der Sitzungspolizei und Anordnungen über die Protokollierung.³⁴

Controlling hat sich danach an den Grenzen der Dienstaufsicht zu orientieren, so lautet denn auch die zentrale These vieler Verfechter einer uneingeschränkten Zulässigkeit von Justizcontrolling durch die Verwaltung³⁵: Komme es – je nach Berührungsintensität im Verhältnis der geplanten Maßnahme/Kennzahl zur richterlichen Unabhängigkeit (z.B. Vorgaben zur Verfahrensdauer oder Verfahrensdurchführung) – zu einer Gefährdung derselben, so solle im Zweifel aus Gründen der praktischen Konkordanz der Unabhängigkeit Vorrang gegeben werden.

3. Gefährdungstatbestände richterlicher Unabhängigkeit

Der Ansatz die Grenzen von Justizcontrolling an der Zulässigkeit von Dienstaufsicht zu messen überzeugt nicht. Dienstaufsicht und Justizcontrolling sind verschiedene Mittel zur Steuerung des Geschäftsbetriebs in Gerichten. Während es bei der Dienstaufsicht um die Sicherstellung und Überwachung des laufenden Geschäftsbetriebes im Gericht geht, dient Justizcontrolling dem auch strategisch angelegten Informationsmanagement der Justizverwaltung. Dienstaufsicht ist i.d.R. punktuell orientiert (Maßnahme gegenüber dem einzelnen Richter), während Justizcontrolling einen systemumspannenden Ansatz verfolgt. Aus diesem Grunde ist auch die Eingriffsintensität von Justizcontrolling – im Regelfall nicht bezogen auf den einzelnen Richter – sondern bezogen auf die Richterschaft insgesamt eine intensivere. Dass Controlling ein „Mehr“ als nur Dienstaufsicht beansprucht, soll im Folgenden anhand von 2 Beispielen belegt werden.

a) Außer Streit steht, dass jedwede inhaltliche Steuerung der richterlichen Tätigkeit durch die Justizbehörden mit Art. 97 GG nicht vereinbar wäre. Es kann

³⁴ Vgl. Papier, NJW 2001, 1090.

³⁵ So auch Precht, Justizcontrolling, S. 122 ff., 131 ff.

daher beim Einsatz von Justizcontrolling von vornherein nicht um die Steuerung der Leistung selbst, sondern nur um die Steuerung des Modus, der Art und Weise der Leistungserbringung gehen. Ob bewusst oder unbewusst, jedenfalls unterscheiden die Controllingmodelle oft nicht ausreichend klar zwischen den von der Verwaltung organisierten Verfahrensabläufen, in die richterliche Entscheidungen insbesondere solcher prozessualer Art eingebettet sind und den Entscheidungen selbst.

Ein Beispiel ist die Organisation des Arbeitsablaufs ab Klageeingang: Wann bekommt der Berichterstatter die Klage zum ersten Mal? Beginnt die sachliche Unabhängigkeit mit der erstmaligen Ablage der Verfahrensakten auf seinem Aktenbock, endet sie – überspitzt formuliert beim Abtrag? Oder: Scheitert eine aus Sachgründen notwendige kurzfristige Terminierung eines Senatstermins im Gerichtssaal X, weil der Einzelrichter M bereits seit langen aus Vorratsgründen diesen Sitzungssaal gebucht hat? Und wie sieht es mit der Bereitstellung einer Protokollkraft für eine mehrstündige Beweisaufnahme bis hinein in die Abendstunden aus? Wie ist die angemessene Reaktion der Verwaltung auf die Forderung oder auch Ablehnung der Nutzung von Spracherkennungssystemen für die Voten- und Urteilserstellung? Ist die Einbindung von Richter-PCs in ein Justizzentrum ohne weiteres zulässig?

Die Fragestellung: „Wann terminiere ich, wo und mit welchen Ressourcen?“ zeigt auf, dass richterliche Rechtsfindung einschließlich der dabei zu beachtenden Prozessregeln immer schon in die von der Verwaltung organisierten Arbeitsabläufe eingebettet ist, Berührungspunkte zur richterlichen Unabhängigkeit in diesem Bereich daher nicht auszuschließen sind. Und dass im Kollisionsfall, insbesondere bei knappen Ressourcen diese Konflikte im Einzelfall im Rahmen der klassischen Dienstaufsicht zu entscheiden sind.³⁶ Klar ist aber auch, dass in praxi diese Konflikte regelmäßig durch rechtzeitige und vernünftige Kommunikation gelöst werden.

³⁶ Vgl. Papier, NJW 2001, 1092 mit weiteren Abgrenzungsbeispielen; R. Schmidt-Ränsch, Dienstaufsicht über Richter, S. 44.

Justizcontrolling will mehr, es beansprucht in dem zuvor genannten Bereich über den Einzelfall hinaus durch Standardisierung derartiger Verfahrensabläufe mehr Effizienz in einer Organisationseinheit herzustellen. Und es ist durchaus denkbar, dass Gerichtspräsidenten im Rahmen eines von der Justizverwaltung organisierten Erfahrungsaustauschs Erkenntnisse aus anderen Gerichten überprüfen und gegebenenfalls in ihrem Hause entsprechend Organisationsstrukturen mit Verbindlichkeit für alle ändern. Das ist nicht per se eine Gefährdung richterlicher Unabhängigkeit. Diese ist aber dann denkbar, wenn die Verwaltung – wenn auch nur mittelbar – versuchen sollte, auf der Basis der Erfahrung von Benchmarkingergebnissen auf die prozessuale Praxis der Richter unter Effizienzgesichtspunkten einzuwirken. Beispiel: Eine spezielle Kostenbudgetierung – und sei es nur mittelbar im Wege des sozialen Drucks durch Kostenvergleiche z.B. der Reisekosten, Telefonkosten und Rechercheosten ist durchaus kritisch zu sehen³⁷.

b) Ein weiteres Indiz für das vorsichtige „Heranpirschen“ von Justizcontrolling an die Unabhängigkeit ergibt sich aus dem folgenden Zitat aus einem Justizcontrollingkonzept.³⁸ „Im Hinblick auf die Erfüllung des Verfassungsauftrages aus Art. 19 Abs. 4 GG könne man organisatorische Qualitätsstandards durchaus anstreben und definieren, ohne den Richter in seiner Arbeitsweise zu bevormunden. In der Nähe des Kernbereichs müsse man aber aufpassen. Hinsichtlich der rechtlichen Bewertung müsse zwischen Erhebung und Verwendung von Kennzahlen differenziert werden. Es sei denkbar, z.B. die Anzahl durchgeführter mündlicher Verhandlungen pro Richter zu erheben. Fraglich sei jedoch, inwieweit die dienstaufsichtführende Stelle daraus Konsequenzen irgendwelcher Art ziehen dürfe. Allerdings seien derartige Kennzahlen eventuell als Informationsgrundlage für Gericht und Richter bedeutsam, und Richtern sei es unbenommen, auf der Basis dieser Informationen freiwillige Konsequenzen zu ziehen. Daher sollten derartige Kennzahlen nicht von vornherein aus dem Berichtswesen und der BSC herausgehalten werden. Kennzahlen bezüglich Art und Anzahl der Verfahrenserledigung dürften bereits nach geltendem Dienstaufsichtsrecht auf den

³⁷ Ablehnend Papier, NJW 2001, 1094; im Ergebnis eher dafür Precht, Justizcontrolling, S. 126.

³⁸ Precht, Justizcontrolling, S. 115, 132.

Einzelrichter herunter gerechnet werden. Kennzahlen, die sich z.B. auf die Verhandlungsführung (Terminierungspraxis, Sachverhaltsermittlung, Häufigkeit und Art verwendeter prozessualer Instrumente etc.) beziehen, seien durchaus kritisch, sie dürften zwar erhoben, dagegen nicht der Gerichtsleitung, sondern allenfalls den betroffenen Richtern (zur Information und Selbstreflexion) unmittelbar zur Verfügung gestellt werden.³⁹ – Hier ist trotz der „Freiwilligkeit“ eine Nähe zum Kernbereich nicht auszuschließen.

Zusammenfassend zeigt sich, dass die aus justitiellen Zielsystemen abgeleiteten verschiedenen Ebenen der BSC der Justizverwaltung ein großes Potential zur Entwicklung vieler Kennzahlen bieten, die insbesondere als Soll/Ist- Vergleiche auf das im Mittelpunkt von Controlling stehende Produkt (Verfahren) einwirken können. Eine detaillierte Darlegung der damit verbundenen Einflussmöglichkeiten ist hier nicht möglich.⁴⁰ Hinzu kommt, dass mehrere Länder nunmehr Informationsmanagementsysteme auf- bzw. ausbauen, in denen neben den bisherigen Statistiken, Daten der BSC, auch Datenerhebungen aus Benchmarkingprozessen, Vergleichsringen, Qualitätszirkeln etc. gespeichert, gepflegt, analysiert und fortentwickelt werden.

4. Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Justizcontrolling

Vor dem Hintergrund schon immer vorhandener und verfassungsrechtlich akzeptierter rechtlicher und tatsächlicher Einflussmöglichkeiten der Exekutive, man kann auch sagen „Steuerung“ der Judikative durch Beurteilungen, Beförderungen, der Gestaltung gerichtsinterner Arbeitsabläufe (Arbeitsmitteleinsatz⁴¹ etc.) und auch der Dienstaufsicht ist zumindest verfassungsrechtlich nach den Grenzen von Justizcontrolling zu fragen, nämlich ob und in welchem Umfang darf die Justizverwaltung im Rahmen ihrer Organisationsgewalt „zusätzlich“ durch den Aufbau von Controllingstrukturen steuernd auf die Modalitäten der Rechtsfindung einwirken. Es geht also um die grundlegende Ausgestaltung des Verhältnisses zweier Staatsgewalten bekanntlich unter einem Dach. Noch genauer:

³⁹ Precht, Justizcontrolling, S. 115; 132.

⁴⁰ Vgl. Precht, S. 179 ff. (rote, blaue und gelbe KZ-Listen aus NDS).

⁴¹ Grundlegend Schütz, Der ökonomisierte Richter, S. 25 ff.

Wo verläuft die Grenze der Einflussmöglichkeiten der Justizverwaltung auf die rechtsprechende Gewalt?

a) Zunächst eine Zustandsbeschreibung: Auf der einen Seite ist es ist Aufgabe der Justizverwaltungen anhand vorhandener Statistiken (insbes. Eingänge, Bestände, Erledigungen und Verfahrensdauer), regelmäßiger Geschäftsprüfungen im richterlichen Bereich (Überprüfung von Altverfahren; Urteilsabsetzungsfristen etc.), Richterdienstbesprechungen, anlassbezogener Vier-Augen-Gespräche sowie ggf. den Eingriffsmöglichkeiten nach Richterdienstrecht zu prüfen, inwieweit die Richter ihren Dienstpflichten nachkommen. Die vorhandenen gesetzlichen Steuerungsmaßnahmen der Gerichtsleitung zur Beobachtung der richterlichen Dienstgeschäfte sind notwendig, um jedenfalls den Teil des justitiellen Gewährleistungsanspruchs zu erfüllen, der an die Gerichtsleitungen gerichtet ist. Ob sie auch ausreichend sind und durch Justizcontrolling ein eventueller Mehrbedarf abzudecken ist, ist eine zweite Frage.

Auf der anderen Seite muss und kann jeder Richter, so meine Erfahrung, – Ausnahmen bestätigen die Regel – damit umgehen, dass seine Leistungen mittels regelmäßig erstellter Erledigungsstatistiken, Statistiken über den Altersaufbau seines Dezernats etc. – in manchen Gerichten auch gerichtsöffentlich herunter gebrochen bis auf den Einzelrichter bzw. Berichterstatter – einem gerichtsinternen „Erledigungswettbewerb“ ausgesetzt ist. Dies sind keine Maßnahmen, die als unzulässige mittelbare Beeinflussung bzw. Aufbau psychischen Drucks richterlicher Unabhängigkeit bewertet werden können; sie greifen deshalb auch nicht in die zuvor genannte „innere Unabhängigkeit“ ein.⁴² Aber selbst wenn man dies anders werten würde, ist es grundsätzlich doch so, dass jeder Richter im Rahmen seiner rechtlich durch Art. 97 GG fixierten Eigenverantwortung (auch der Richter ist Adressat von Art. 19 IV GG!) sein Erledigungsverhalten so steuern muss, dass er im Rahmen seiner Möglichkeiten alles tut, um seinen „Klägern“ angemessenen effektiven Rechtsschutz in zeitlich und qualitativer Hinsicht zu bieten. Dies tun im Übrigen – so meine Erfahrung – die Richter auch regelmäßig mit hohem Einsatz und Erfolg. Soweit ein Richter dabei an Grenzen, manchmal auch an seine eigenen Grenzen – aus welchen Gründen

⁴² Umfassend zur inneren Unabhängigkeit Schütz, Der ökonomisierte Richter, S. 244 ff.

auch immer – stößt, ist es seine Aufgabe rechtzeitig im Spruchkörper und ggf. darüber hinaus bis hin zum Präsidium und der Gerichtsleitung dies zu kommunizieren und gemeinsam nach Lösungsmöglichkeiten zu suchen.

Neben diesem Leistungsverhalten von Richtern ist in diesem Zusammenhang auch die Arbeitsweise von Richtern vor dem Hintergrund von Effizienz zu betrachten: Richter haben bei der Rechtsfindung kein allgemein geltendes Wirtschaftlichkeitsgebot oder auch Effizienzprinzip zu beachten.⁴³ Weder aus dem Verfassungsrecht noch aus den Prozessordnungen ergibt sich eine eindeutige gesetzliche Pflicht bei dem Einsatz prozessualer Maßnahmen (Ermittlungen aller Art bis hin zur Beweisaufnahme und Gewährung rechtlichen Gehörs) irgendwelche Kosten-Nutzenerwägungen anzustellen. Vielmehr gehen alle, aber insbesondere die öffentlich-rechtlichen Prozessordnungen davon aus, dass der Richter jeweils im Einzelfall auf der Basis seiner rechtlichen Auffassung alle zur Sachverhaltsermittlung erforderlichen Maßnahmen zu veranlassen hat, die nach dem Amtsermittlungsgrundsatz unter Berücksichtigung der Mitwirkungsintensität der Beteiligten zur Herstellung prozessualer „Wahrheit“ notwendig sind. Die Qualität, d.h. der angemessene Einsatz prozessualer Mittel obliegt nach dem Grundgesetz allein dem insoweit unabhängigen Richter. Im Ergebnis sind damit meines Erachtens auch die unterschiedlichsten Arbeitsstile der Richter mit jeweils unterschiedlichen prozessualen Schwerpunktsetzungen bzw. Strategien (Setzen von Ausschlussfristen, mündliche Verhandlungen, Erörterungstermine, etc.) von der sachlichen Unabhängigkeit gedeckt. Qualitätskontrolle findet ggf. allein in der nächst höheren Instanz statt. Dies schließt natürlich nicht aus, dass der Richter im Rahmen seiner Selbstverantwortung prozessrechtlich vertretbare Effizienzüberlegungen in verschiedene Richtungen anstellt.

b) Nach der kurzen Vorstellung der Möglichkeiten von Justizcontrolling im Vergleich zum Istzustand dürfte klar sein, dass Justizcontrolling mehr kann und will als nur die digitalisierte Auswertung bisher vorhandener Statistiken im Rahmen von Dienstaufsicht. Justizcontrolling will sich weder auf der Ebene der Gerichtsleitungen, noch auf der Ebene des Justizministeriums mit den klassischen Steuerungsmitteln begnügen, sondern Effizienz unter einem Dach auch

⁴³ Zum Meinungsstand vgl. Precht, Justizcontrolling, S. 80 ff. m.w.N.

für die Rechtsprechung mit organisieren. Die Verwaltung will aus zahlreichen verfahrensbezogenen Kennzahlen u.a. im Laufe der Zeit ein datenbankmäßiges Informationsangebot über effektives richterliches Handeln generieren, um – weil wegen der Unabhängigkeit direkt nicht möglich – eine ökonomische Sensibilisierung bzw. Orientierung der Richterschaft zu erreichen bzw. zu erhöhen. Durch verwaltungsmäßig organisierte Informationen z.B. zu Gutachtern und Gutachterkosten, Dolmetscherkosten und Strategien zur Erhöhung der Vergleichsquote, Ursachenforschung bei Abweichung von Fallkostenpauschalen bis hin zur „freiwilligen“ Erörterungen unterschiedlicher richterlicher Strategien (Dezernatsführung/-management) im Rahmen von Qualitätszirkeln und Fortbildungsveranstaltungen wird richterliche Effizienz angestrebt. Auf den ersten Blick mag dieser Erfahrungsaustausch unverfänglich, sogar nützlich sein, da ja erklärtermaßen der Richter über die Verwendung autonom entscheidet. Aber die Fülle der möglichen Datenerhebungen und deren noch zu klärende Verwendung können durchaus zu Problemen für die Unabhängigkeit führen.

Das Problem liegt in der technikbedingten unbegrenzten Möglichkeit des Sammelns und Verknüpfens von Daten über gerichtliche Verfahren und – wenn auch zurzeit von niemanden angestrebt – ggf. auch über Richter. Dies in Verbindung mit der aus anderen Bereichen gewonnenen Erfahrung, dass wenn erst einmal Verknüpfungsmöglichkeiten existieren, diese ständig optimiert werden und unabhängig von Vereinbarungen auch abgerufen werden können, schließt eine Gefährdung richterlicher Unabhängigkeit auf Dauer nicht aus. Meines Erachtens reicht in diesem Zusammenhang als Lösung der bloße Hinweis auf praktische Probleme des Datenmanagements (Zugriffsberechtigungskonzepte etc.) und das richtige Maß der Datenaggregation nicht aus.⁴⁴

Damit gewinnt die Einführung von neuen Verwaltungsstrukturen, die Implementierung und ständige Optimierung von Informationsmanagementsystemen zwecks Justizcontrollings eine andere Qualität. Neben datenschutzrechtlichen Fragen, die hier nicht weiter verfolgt werden können, ist insbesondere zu fragen, ob die durch Informationsmanagementsysteme vorgehaltenen Daten auf Dauer nicht zu einer Veränderung von „Justizkultur“ bzw. zu einem Paradigmenwechsel führen kön-

⁴⁴ So aber Precht, Justizcontrolling, S. 132, 133.

nen. Es ist nicht auszuschließen, dass infolge dieser Systeme, der informelle Einfluss, ggf. auch die psychische Beeinflussung der Justizverwaltung auf die richterliche Tätigkeit deutlich zunimmt. Anstelle von gut gemeinten Anregungen zur Optimierung der Arbeitsweise im Einzelfall – so bisher – entsteht ein komplexes Datenangebot (Informationsangebot), dass über gesteuerte Kommunikation die Arbeitsbedingungen beeinflusst. Denn durch den Aufbau von Controllingstrukturen kann steuernd, nämlich dauernd beobachtend und vergleichend zumindest langfristig auch auf die Modalitäten der Rechtsfindung und auf die Richterschaft eingewirkt werden, mit der zumindest denkbaren Folge – und dies reicht für die Annahme eines Gefährdungstatbestandes aus – einseitiger Kostenorientierung unter Vernachlässigung von Qualitätsstandards richterlicher Arbeit⁴⁵. Das wäre die Generierung eines *judex oeconomicus*. – Seitens der Justizverwaltung wird diese Annahme im Hinblick auf die BSC allerdings zurückgewiesen werden. Soll die BSC doch gerade Qualitätssicherung herstellen. Diese ist jedoch dazu nicht ohne weiteres geeignet. Denn, wenn die Produkte die Verfahren sind, dann sind allein die Richter für Qualität und Qualitätsmanagement für diesen Bereich zuständig. Eine „Mitorganisation“ der Qualität richterlicher Tätigkeit unter „einem Dach“, lässt aber die zuvor dargelegte Einflussnahme der Exekutive gerade vermehrt zu. Auch der oft in diesem Zusammenhang gehörte Hinweis, dass der „gestandene Richter“ mit solchen Maßnahmen „umgehen“ könne und müsse, überzeugt nicht ohne weiters: In den Gerichten gibt es informelle Abhängigkeiten verschiedenster Art und auch Richter sind nur Menschen mit all den bekannten positiven und negativen Charaktereigenschaften und reagieren deshalb nicht immer idealiter souverän auf entsprechende Strukturen.

Dieses Ergebnis bedeutet allerdings nicht, dass die Möglichkeiten von Justizcontrolling zwingend einem aus der Unabhängigkeit abgeleiteten Verwertungsverbot unterlägen. Denn man kann aus durchaus nachvollziehbaren Gründen ökonomischer Effizienz für eine stärkere Steuerung im Interesse zeitnäher Rechtsschutzgewährung eintreten und neben der Änderung von Prozessrecht auch den Aufbau und Ausbau von Justizcontrolling einschließlich Qualitätsmanagement im zuvor beschriebenen Sinne befürworten. Allerdings ist dann zu

⁴⁵ Vgl. Schütz, *Der ökonomisierte Richter*, S. 439 f.

fragen, ob diese grundlegende Entscheidung zwischen gesteuerter Effizienz und Gerechtigkeit (i.S. auch von Effektivität, die bekanntlich ein Mehr als Effizienz ist) nicht ausschließlich durch den Gesetzgeber getroffen werden muss und nicht etwa von den jeweiligen Landesjustizverwaltungen nach deren eigener Einschätzung, zudem oft noch unter Mitwirkung demokratisch nicht legitimierter privater Beraterschaft.⁴⁶

c) Wesentlichkeitsgrundsatz: Da – wie zuvor – dargelegt mangels Subsumtion von Justizcontrolling unter Dienstaufsicht es keine gesetzliche Grundlage für Justizcontrolling gibt, ist zu prüfen, ob sich die Notwendigkeit zu einer gesetzlichen Regelung aus dem verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitsgrundsatz ergeben könnte.⁴⁷ Hier können dazu nur Leitlinien skizziert werden:

- Der Vorbehalt des Gesetzes erschöpft sich nicht in der rechtsstaatlichen Forderung nach einer gesetzlichen Grundlage für Grundrechtseingriffe.⁴⁸ Demgemäß erfasst der Vorbehalt des Gesetzes auch andere für das Gemeinwesen grundlegende Entscheidungen im Bereich der Organisation und Kompetenz der einzelnen Staatsgewalten. In bestimmten grundlegenden Bereichen muss staatliches Handeln vielmehr durch förmliches Gesetz legitimiert werden. Insoweit verpflichten das Rechtsstaatsprinzip und das Demokratieprinzip den Gesetzgeber, die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.⁴⁹
- Im Organisationsbereich besteht ein Vorbehalt des Gesetzes, wenn eine für die Wahrnehmung der Staatsleitung wesentliche Entscheidung vorliegt und diese nicht einseitig und ausschließlich der Exekutive vorbehalten ist.
- Nach h. M. hat die Verfassung die Organisation der rechtsprechenden Gewalt dem Justizressort/Justizminister zugeordnet. Damit ist aber keine ausschließliche Zuordnung unter Ausschluss des Gesetzgebers gemeint,

⁴⁶ Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, S. 476.

⁴⁷ Im Ergebnis ebenso, aber ohne nähere Begründung, Precht, Justizcontrolling, S. 83.

⁴⁸ BVerfGE 95, 267, 307.

⁴⁹ Vgl. BVerfGE 40, 237, 248 f.; BVerfGE 47, 46, 78; BVerfGE 58, 257, 268; BVerfGE 83, 130, 142; BVerfG, NJW 1998, 2515.

da anders als bei anderen Kompetenznormen, hier gerade die grundsätzlich gleichrangige (Kontrollfunktion; Art. 100 GG) „Dritte Gewalt“ verwaltet wird. Organisationsentscheidungen der Exekutive in diesem Bereich können daher wesentlich sein für die Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips, der Gewaltenteilung, und für die Sicherung einer unabhängigen rechtsprechenden Gewalt sein, weil sie – je nach Ausgestaltung – immer Einfluss auf die Verwirklichung des Gebots effektiven Rechtsschutzes haben.⁵⁰

Daraus folgt für die Zulässigkeit von Justizcontrolling: Justizcontrolling auf der Basis eines landesweiten alle Gerichte betreffenden Informationssystems in dem zuvor beschriebenen komplexen Umfang ist von der Wirkung her mit klassischen Organisationsentscheidungen durchaus vergleichbar. Es ist geeignet und hat auch den Anspruch die Leistung der Richter zu beobachten und unter Effizienzgesichtspunkten zu beeinflussen oder zu verbessern. Justizcontrolling kann mithin je nach Ausgestaltung im Staat-Bürger-Verhältnis die Durchsetzung grundrechtsgeschützter Rechtspositionen berühren und ist daher durch formelles Gesetz zu regeln. Erst dadurch wird die im Verhältnis von zwei Staatsgewalten notwendige Trennschärfe zwischen Verwaltung und Rechtsprechung hergestellt und dadurch Entwicklung von Justizcontrolling kontrollierbar. Denn der Richter ist dann an das Gesetz gebunden wobei natürlich auch der Gesetzgeber eines Justizorganisationsgesetzes verfassungsrechtliche Grenzen beachten muss und i.E. damit auch nicht alle Abgrenzungsprobleme gelöst werden können.

III. Fazit

Anders als Schütz, der in seiner grundlegenden Arbeit zum ökonomisierten Richter - mit einer anderen Begründung als hier - von der gegenwärtigen formellen als auch materiellen Verfassungswidrigkeit der Einführung von Elementen der NVS mangels gesetzlicher Grundlage ausgeht⁵¹, möchte ich bezogen auf die vorhandenen Systeme – soweit nicht gehen. „Noch nicht“, aber Justizcontrolling verbunden mit dem weiteren und inhaltlich offenen Ausbau von Informati-

⁵⁰ Vgl. umfassend zum Wesentlichkeitsgrundsatz Grzesick, in: Maunz-Dürig, GG, Art 20 Anm. 105 ff. (126).

⁵¹ Schütz, Der ökonomisierte Richter, zusammenfassend, S. 427.

onsmanagementsystemen schreitet voran und irgendwann wird vielleicht ein Gericht über die Frage entscheiden müssen, ob die exekutive Steuerung Grenzen überschreitet. Insoweit hat der Hinweis auf eine gesetzliche Regelung in Form eines Justizorganisationsgesetzes Appellfunktion in Richtung Exekutive.

Schließen möchte ich meinen Vortrag mit einem fast 10 Jahre alten Zitat des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts: „Es ist ein schwer begreifliches und durch den Blick in Art. 97 Abs. 1 GG leicht vermeidbares Missverständnis, anzunehmen, richterliche Tätigkeit könne durch etwas anderes gesteuert werden als durch den Rechtssatz, den formellen ebenso wie den materiellen. Allein das Verfahrensrecht und das materielle Recht sind die verfassungslegitimen Steuerungsinstrumente richterlicher Tätigkeit. Meint die Justizpolitik diese richterliche Tätigkeit unter Effizienzgesichtspunkten verändern zu müssen, so muss und kann sie allein hier ansetzen. Kontrolliert wird der Richter auf die Wahrung der Gesetzmäßigkeit seines Handelns hin grundsätzlich allein nach Maßgabe des Rechtsmittelrechts und in dem von ihm geregelten Verfahren. Bemerkenswert sind eigentlich gar nicht diese Ergebnisse, sondern der Umstand, dass man offenbar selbst nach 50-jähriger Geltung des Grundgesetzes wieder darauf hinweisen muss.“⁵²

⁵² Papier, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken, NJW 2001, 1089 (1093).

Anlässlich des 60. Jahrestages der Gründung der Bundesrepublik Deutschland am 23. Mai 1949 veranstaltete das Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Kassel gemeinsam mit der Juristischen Gesellschaft zu Kassel im Sommersemester 2009 und im Wintersemester 2009/10 eine prominent besetzte Vortragsreihe zum Generalthema „60 Jahre Grundgesetz“. Dieser Sammelband gestaltet das Nachlesen der Vorträge.

**RA Dr. Jürgen Spalckhaver, Vorsitzender der Juristischen Gesellschaft zu Kassel:
Das Abgeordnetenmandat zwischen Parteibuch und Gewissen**

**Peter Masuch, Präsident des Bundessozialgerichts:
Sozialverfassung und Globalisierung**

**Jörg-Uwe Hahn, Hessischer Minister für Justiz, für Integration und Europa:
Föderalismuskommission I, II, III! Ist der Bundesstaat noch zu retten?!**

**Wolfgang Reimers, Präsident des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs:
Das Grundgesetz als Exportartikel?**

**Prof. Dr. Thomas Dieterich, Präsident des Bundesarbeitsgerichts a.D.:
Bedeutung der Grundrechte im Zivilrecht**

**Prof. Dr. Silke Ruth Laskowski, Universität Kassel:
Gleichberechtigung und Demokratie**

**Prof. Dr. Martin Hein, Bischof der Evangelischen Kirche von Kurhessen-Waldeck:
Das Grundrecht der Religionsfreiheit**

**Prof. Dr. Dr. Volker Boehme-Neßler, Hochschule für Technik und Wirtschaft Berlin:
Unscharfes Grundgesetz – Anmerkungen zum Verfassungsrecht in der
digitalisierten Welt**

**Prof. Dr. Volker Lipp, Universität Göttingen:
Die alternde Gesellschaft und das Grundgesetz**

**Lothar Aweh, Präsident des Hessischen Finanzgerichts:
Das Spannungsverhältnis von richterlicher Unabhängigkeit (Art. 97 GG)
und Justizökonomie**