

Robert Chr. van Ooyen

## Die Unhintergebarkeit des Politischen in der Verfassungsgerichtsbarkeit

Literaturbericht

Matthias EBERL: *Verfassung und Richterspruch. Rechtsphilosophische Grundlegung zur Souveränität, Justiziabilität und Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit*, De Gruyter, Berlin 2006, 515 S., 118 EUR.

Klaus Joachim GRIGOLEIT: *Bundesverfassungsgericht und deutsche Frage. Eine dogmatische und historische Untersuchung zum judikativen Anteil an der Staatsleitung*, Mohr Siebeck, Tübingen 2004, 415 S., 94 EUR.

Thomas HENNE / Arne RIEDLINGER (Hg.): *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin 2005, 592 S., 49 EUR.

Christoph HÖNNIGE: *Verfassungsgericht, Regierung und Opposition. Die vergleichende Analyse eines Spannungsdreiecks*, VS-Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2007, 280 S., 34,90 EUR.

Oliver W. LEMBCKE: *Über das Ansehen des Bundesverfassungsgerichts. Ansichten und Meinungen in der Öffentlichkeit 1951-2001*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin 2006, 271 S., 34 EUR.

Oliver W. LEMBCKE: *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen 2007, 509 Sn, 74 EUR.

Georg VANBERG: *The Politics of Constitutional Review in Germany*, Cambridge University Press, Cambridge u.a. 2005, 193 S., 63,99 EUR.

Luzius WILDHABER: *The European Court of Human Rights 1998-2006. History, Achievements, Reform*, N.P. Engel Verlag, Kehl / Strasbourg / Arlington 2006, 304 S., 78 EUR.

»Jede Justiz ist politisch, ob man das nun zugibt oder nicht«; entscheidend ist daher »daß sich der Richter des politischen Charakters seiner Tätigkeit bewußt wird«<sup>1</sup>. Freilich setzte das bei den Richtern und Richterinnen einen Begriff des Politischen ebenso voraus wie eine einschlägige politikwissenschaftliche Forschung, die diesen erhellt. Das gilt erst recht für die in das politische System direkt eingebundene Verfassungsgerichtsbarkeit. Die politik- und sozialwissenschaftliche Forschung

1 Rudolf Wassermann, *Der politische Richter*, München 1972; vgl. schon Ernst Fraenkel, *Zur Soziologie der Klassenjustiz*; in: Ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. 1, Baden-Baden 1999, S. 177 ff.

zur Verfassungsgerichtsbarkeit, insbesondere zum Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat dies jedoch – und in »partieller Selbstentmündigung«<sup>2</sup> – sträflich vernachlässigt<sup>3</sup>. Dies, obwohl gerade die Bedeutung des Rechts für die deutsche politische Kultur und die Machtfülle des BVerfG im deutschen Regierungssystem im Besonderen ganz außerordentlich ist. Aktuell lässt sich jedoch endlich ein kleiner »Boom«<sup>4</sup> beobachten, der auch hier die Unhintergebarkeit des Politischen mit unterschiedlichen Zugängen und Politikbegriffen nachweist:

### 1. Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie

In seiner an der Universität Basel eingereichten Dissertation will Matthias Eberl vor allem das Verhältnis von Verfassungsgerichtsbarkeit und Politik einer Klärung aus Sicht der politischen Theorie und Rechtsphilosophie zuführen. Zwei Voraussetzungen hält er für zwingend: Vereinbarkeit mit Demokratie und Justiziabilität der verhandelten Materie. Aus demokratietheoretischer Sicht tritt dabei ein politisch-theoretisches »Patt«<sup>5</sup> ein, bei dem sich prozedurales Verständnis von Demokratie (Demokratie als Verfahren) und substantieller Demokratiebegriff (Gleichheit und Freiheit) gleichrangig, sich gegenseitig bedingend gegenüberständen: Weder lasse sich eindeutig ein Vorrang zugunsten des verfassungsgerichtlichen Schutzes von menschen- und bürgerrechtlichen Gehalten postulieren, da dies ein »definitives und präzises Wissen über diese substantiellen Gehalte verlangt«. Da dies zweifelhaft sei, bleibe die Bestimmung des »richtigen« Rechts auf demokratische Verfahren angewiesen, um letztendlich »fair« und »gerecht« zu sein. Umgekehrt folge hieraus jedoch auch keine Ablehnung materieller Verfassungsgerichtsbarkeit zugunsten des Vorrangs demokratischer Verfahren, da »Verfahren nur eine demokratische Natur besitzen, insoweit sie unter die substantielle Idee einer wechselseitigen Anerkennung der Bürger als frei und gleich zu subsumieren sind«<sup>6</sup>. Das gewinnt schon vor dem Hintergrund der »einfachen« Frage an Plausibilität, wer als »gleich« erachtet

2 Wolfgang Seibel, »Suchen wir immer an der richtigen Stelle?«, in: *PVS*, 2003, S. 21.

3 Vgl. Klaus von Beyme, »Das Bundesverfassungsgericht aus Sicht der Politikwissenschaften«, in: Peter Badura / Horst Dreier (Hg.), *FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 1, Tübingen 2001, S. 493 ff.; vgl. m. w. N. van Ooyen / Möllers, Martin, Recht gegen Politik – politik- und rechtswissenschaftliche Versäumnisse bei der Erforschung des Bundesverfassungsgerichts; in: van Ooyen / Möllers (Hg.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, Wiesbaden 2006, S. 9 ff.

4 Vgl. aktuell außerdem z.B.: Hans Vorländer, *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wiesbaden 2006; Ludger Helms, »Ursprünge und Wandlungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den konsolidierten liberalen Demokratien«, in: *ZfP*, 2006, S. 50 ff.; Ulrich Sieberer, »Strategische Zurückhaltung von Gerichten«, in: *ZPol*, 4/2006, S. 1299 ff.; Thomas Gawron / Ralf Rogowski, *Die Wirkung des Bundesverfassungsgerichts. Rechtssoziologische Analysen*, Baden-Baden 2007; van Ooyen, »Krieg, Frieden und außenpolitische Parlamentskompetenz: John Locke's »föderative Gewalt« im Staatsverständnis des Bundesverfassungsgerichts«, in: *IPG*, 3/2008, S. 86 ff.

5 Eberl, S. 475.

6 Ebd., S. 474.

werden soll, um überhaupt an den demokratischen Verfahren teilzunehmen. Die gesamte Diskurstheorie des Rechts nach Habermas, die in der Arbeit ausführlich behandelt wird, hängt etwa an dieser Frage. Eberl plädiert deshalb zu Recht im Sinne einer pragmatischen Abwägung zugunsten der Verfassungsgerichtsbarkeit: Eine solche umfassende Kontrolle von Exekutive und Legislative sei zwar »prinzipientheoretisch« nicht geboten, aber »aus demokratietheoretischer Sicht pragmatisch sinnvoll«<sup>7</sup>. Denn diese wirke nicht zuletzt systemstabilisierend im Hinblick auf die im Parlament unterlegenen Oppositions- bzw. gesellschaftlichen Minderheitsgruppen, sondern erlaube zudem eine stärkere Berücksichtigung von Interessen, die nicht parteipolitisch organisiert sind, in den politischen Entscheidungsprozessen.

## 2. Autorität, Ansehen und Legitimation des BVerfG

Oliver Lembcke legt gleich zwei Arbeiten zum Thema in kurzer Folge vor: Im Rahmen seiner Studien zu der an der Universität Jena eingereichten Dissertation hat er auch eine ausführliche Analyse der Presseberichterstattung durchgeführt und separat veröffentlicht – nebst einer 200 Seiten umfassenden Liste der sich über rund 50 Jahre (bis 2001) erstreckenden, mehreren tausend Zeitungsartikeln. Mit dem Ansehen des BVerfG hat es eine eigentümliche Bewandnis: Regelmäßig schneidet es in den Umfragen zum politischen Institutionenvertrauen im Vergleich zu den »politisch-demokratischen« Institutionen wie Parlament, Regierung und Parteien usw. mit Spitzenwerten ab. Das ist vielleicht weniger Ausdruck der durch wohl abgewogene Entscheidungsargumentationen erarbeiteten »auctoritas« (denn wer, außer den beruflich damit Befassten liest diese Entscheidungen denn überhaupt?), als eines nach wie vor obrigkeitsstaatlichen Affekts in der politischen Kultur<sup>8</sup>. Schließlich wird das Gericht hier regelmäßig nur noch übertroffen vom Vertrauen in die Polizei. Gleichwohl stellt Lembcke eine »strukturelle Abnahme der positiven Berichterstattung über die Verfassungsgerichtsbarkeit als Institution seit Mitte der siebziger Jahre« fest<sup>9</sup>. Diese lasse sich aber nur bedingt durch einen Autoritätsverlust infolge der gesellschaftlichen Emanzipationsprozesse erklären, an denen das Gericht selbst Anteil hatte, sodass es sozusagen »Opfer« seiner eigenen liberalen Rechtsprechung geworden wäre. Um diesen, mit Blick auf das weiter anhaltende und grundsätzlich hohe Vertrauen dialektischen Befund zu erklären, schlägt er daher vor, zwischen Autorität und Ansehen des Gerichts zu unterscheiden. So lasse sich »ein Minus an Ansehen als eine realistische, nüchterne (...) Sichtweise auf die Institution verstehen«, sodass »Kritik an der Institution (...) ebenso wenig ein Zeichen für den Rückgang am Autoritätsbedarf wie für den Zerfall einer Autorität« darstelle<sup>10</sup>. Für die vertiefte Betrachtungsweise dieses

7 Ebd., S. 475.

8 Vgl. Werner J. Patzelt, »Ein latenter Verfassungskonflikt?«, in: *PVS*, 1998, S. 725 ff.; ders., »Warum verachten die Deutschen ihr Parlament und lieben ihr Verfassungsgericht?«, in: *ZParl*, 2005, S. 517 ff.

9 Lembcke, *Über das Ansehen des Bundesverfassungsgerichts*, S. 52.

10 Ebd., S. 60 bzw. 61.

politischen Aspekts hat er in seiner mit dem Promotionspreis ausgezeichneten Arbeit die institutionentheoretischen Grundlagen gelegt, in deren Rahmen er auch über 40 Interviews mit Verfassungsrichtern geführt hat. Ihr Titel »Hüter der Verfassung« ist natürlich eine Anspielung auf die »Kelsen-Schmitt-Kontroverse«, deren beider Standpunkte Lembcke jedoch ablehnt, da sie – wenn auch auf verschiedene Weise – die Unterscheidung von Recht und Politik letztendlich durch »politischen Dezisionismus« machtrealistisch auflösen<sup>11</sup>. Lembcke hält daher auch eine ausschließlich funktionale Sichtweise für nicht hinreichend, um die Frage zu klären, wie »mächtig« das BVerfG ist. Verfassungsgerichtsbarkeit sei nicht so sehr »potestas« als vielmehr »auctoritas« – eben eine »Interpretationsmacht«<sup>12</sup>. Insofern folgt er dem Ansatz der »Deutungsmacht« von Hans Vorländer, der hier in einer weiten inhaltlichen und zeitlichen Spanne von der Ära der »Selbstermächtigung« im Leibholzschen »Statusbericht« der 50er Jahre bis zur Europarechtsprechung mit ihren Konkurrenzverhältnissen zu EuGH und EGMR zur Anwendung kommt. In legitimationstheoretischer Perspektive macht Lembcke schließlich einen interessanten Vorschlag zur aussöhnenden Vermittlung von »souveränem Volk« und zähmender Normativität des Rechtsstaats, indem er die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht als Konzept der »gemischten Verfassung«, sondern als Ausdruck des Republikgedankens sieht. Denn nicht »der Gestaltungswille, sondern das vernünftige Urteilen im offenen System der normativen Verfassung kennzeichnet die Eigenart dieser Institution«<sup>13</sup>. Das ist angesichts rechts- und auch wissenssoziologischer Befunde vielleicht etwas zu »idealistisch«, sodass sich hierüber trefflich streiten ließe – kommt aber dem öffentlichen Bild und vor allem dem Selbstbildnis des Gerichts in der Realität wohl am nächsten. Insofern ist sein Zugang einer »Ausleuchtung« des Bundesverfassungsgerichts unter Einschluss der »Binnenperspektive« der Richter als Akteure überzeugend<sup>14</sup>.

### 3. Keine »Justizialisierung der Politik« durch richterliche »Gegenregierungen«

#### a) Das Implementationskalkül der »weisen Richter«

Die »auctoritas« von Verfassungsgerichten als »Deutungsmacht« beruht aber auch auf Strategien der Selbstinszenierung im politischen Prozess. Dem ausländischen Beobachter, zumal aus einem Land mit langer verfassungsgerichtlicher Tradition, stellt sich der spätestens seit Weimar geführte Streit<sup>15</sup> um das »Politische« inso-

11 Lemcke, *Hüter der Verfassung*, S. 27.

12 Ebd., S. 45.

13 Ebd., S. 439.

14 Obwohl hierfür keine 500 Seiten nötig sind – aber das ist eine Kritik, die auch die Arbeit von Eberl trifft und wohl Ausdruck einer generellen Tendenz zur Opulenz von Qualifikationsarbeiten ist. Diese müssen sich insb. die Betreuer gefallen lassen, die es verabsäumen, ihren Doktoranden beizubringen, dass zur Wissenschaftlichkeit auch die Kunst des Weglassens gehört.

15 Vgl. m.w.N. van Ooyen, »Der Streit um die Staatsgerichtsbarkeit in Weimar aus demokratietheoretischer Sicht: Triepel – Kelsen – Schmitt – Leibholz; in: van Ooyen / Möllers (FN 3), S. 99 ff.

fern immer ein wenig befremdlich dar. So konnte schon Donald P. Kommers früh und unaufgeregt die politische Rolle des BVerfG beschreiben<sup>16</sup>. Auch der an der Universität North Carolina at Chapel Hill lehrende Politologe Georg Vanberg hält den juristischen Blick für zu eng, um die Entscheidungsfindung zu verstehen, und untersucht in der realistischen Tradition das strategische Kalkül. These ist hierbei, dass nicht allein die »politischen« Akteure wie Parlament und Regierung bei der Durchsetzung ihrer politischen Vorhaben die Macht Karlsruhes antizipierten, sondern umgekehrt kalkuliere auch das Gericht diejenige der anderen Akteure mit Blick auf die Implementation seiner Entscheidungen ein. Dabei spiele die Wahrnehmung und Haltung der Öffentlichkeit eine wichtige Rolle. »Prudent jurists« lassen sich also, wenn sie ihre Urteile umgesetzt sehen wollen, nicht nur beeinflussen von »jurisprudential considerations and (...) policy references, but also by strategic concerns, including the larger political environment in which they act, public views of an issue, and the interests of governing majorities«<sup>17</sup>. Daher sei der Entscheidungsspielraum von Verfassungsgerichten viel eingeschränkter als bislang in der Regel wahrgenommen werde, denn nur wenn die öffentliche Meinung auf deren Seiten stehe, könnten sie einen wirklichen Konflikt gegen die Interessen der Regierungsmehrheit überhaupt wagen. Dieses strategische politics-Kalkül gelte dabei gerade für das in ein parlamentarisches Regierungssystem mit klaren Mehrheits- und Oppositionsverhältnissen eingefasste Muster der in einem eigenen Organ institutionalisierten Verfassungsgerichtsbarkeit mit zentraler Normenkontrollkompetenz – also insbesondere für Gerichte, die wie das BVerfG hier der »Kelsen-Konzeption« folgen. Insofern ist dieser Typus noch »politischer«, als das beim US Supreme Court vor dem Hintergrund des amerikanischen Regierungssystems überhaupt möglich wäre. Hierbei ließe sich ergänzen, dass Kelsen genau das seinerzeit in seiner theoretischen Konzeption der Staatsgerichtsbarkeit angelegt sah – und gerade deshalb das Verfassungsgericht als machtvolles, politisches Organ gegen die Kritik Carl Schmitts verteidigt hatte<sup>18</sup>. Unabhängig von einer überflüssigen, mathematisierend-spieltheoretischen Grundlegung zu Beginn des Buches kann Vanberg im weiteren Verlauf seine These anhand von statistischem Material und Experteninterviews mit Richtern und einschlägigen Rechtspolitikern des Bundestags sowie schließlich am Fallbeispiel der Rechtsprechung zur Parteienfinanzierung absichern. Das ließe sich, so bliebe zu ergänzen, im Prinzip bei allen Entscheidungen nachweisen, die hoch »politisiert« waren, sodass das Gericht sich letztendlich nicht gegen die politischen Mehrheiten stellen wollte und zum Teil gegen eigene frühere Ansichten bzw. staatstheoretische Argumentationslinien die getroffen Entscheidung der »Politik« dann doch bestätigte, so z.B. beim »Asylkompromiss«, »Maastricht«; »Bundestagsauflösung I«; »Auslandseinsatz Bundeswehr« usw. Vanbergs These beinhaltet nicht nur, dass die Machtkonstellationen immer »situativ« und damit verschieden sind, sodass »the im-

16 Vgl. Kommers, *Judicial Politics in West Germany*, Beverly Hills / London 1976; auch Heinz Laufer, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß*, Tübingen 1968.

17 Vanberg, S. 14.

18 Vgl. m.w.N. van Ooyen, *Der Staat der Moderne*, Berlin 2003.

pact of constitutional review will vary across courts, across time, and even across issues for the same Court«<sup>19</sup>. Mit ihr lässt sich in vergleichender Perspektive auch erklären, warum die neuen Verfassungsgerichte in den MOE-Staaten sich trotz zum Teil ähnlicher Struktur in ihrer Position im politischen System so unterschiedlich entwickelt haben. Vor allem aber ergibt sich die Schlussfolgerung, dass Verfassungsgerichte letztendlich nicht dauerhaft gegen einen von der breiten Öffentlichkeit getragenen, politischen Trend anregieren (sondern höchstens verzögern) können, und zwar selbst dann nicht, wenn sie – wie das BVerfG und der Supreme Court – sogar über exceptionelles Ansehen verfügten. Angesichts dieses Ergebnisses hält Vanberg daher die traditionelle Kritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit, die das direkt demokratisch legitimierte Parlament permanent durch eine Art richterlicher »Gegenregierung« bedroht sieht, zu Recht für eine Dramatisierung.

Dieser Befund ist trotz der vielfachen Konflikte des Gerichts mit der Adenauer-Regierung, der sozialliberalen Regierungsmehrheit in den 70er Jahren oder auch in den 90er Jahren mit dem »konservativen Zeitgeist« bisweilen auch in der deutschsprachigen Literatur postuliert worden<sup>20</sup>. Jetzt wird er noch in zwei weiteren Studien aktuell bestätigt:

*b) Das BVerfG als symbolischer »Ersatzkaiser-Ersatz« und Legitimationsreserve*

Eine der politisch umstrittensten Entscheidungen des BVerfG der 70er Jahre war die zum Grundlagenvertrag mit der DDR; obwohl das Gericht den Vertrag dann doch noch als verfassungskonform erklärte, wurde nicht zuletzt mit diesem Urteil und seinen Implikationen der »verfassungskonformen Auslegung« die These von der richterlichen »Gegenregierung« zur sozial-liberalen Koalition formuliert. Das betraf auch die Eigenwahrnehmung seitens der amtierenden Regierung und führte wohl zu juristisch wenig filigranen Ausfällen des vormaligen Justiz- und Kanzleramtsminister – sowie ausgewiesenen Staatsrechtlers – Horst Ehmke, ähnlich wie die seinerzeitigen Ausfälle des Justizministers Thomas Dehler im Kabinett Adenauer.

Vor diesem Hintergrund erweist sich die von Klaus Grigoleit an der HU Berlin eingereichte juristische Habilitationsschrift zum verfassungsgerichtlichen Verhältnis von Recht und Politik von besonderem, auch politikwissenschaftlichem Interesse. Grigoleit verfolgt eine argumentative Doppelstrategie, um den »Mythos« BVerfG zu »entzaubern«. In juristisch-dogmatischer Sicht zeigt er, dass dessen etatistische Überhöhung zu einer Art »Gerechtigkeitshof« sich gar nicht aus der verfassungsrechtlichen Konstruktion, sondern vielmehr aus der politischen Praxis ergebe. So konnte das Gericht »aus dem Wunsch (...) nach Autorität jenseits des »Parteiengenzänks« in die Lücke stoßen, die »nicht zuletzt durch die reduzierte Bedeutung des Staatsoberhauptes unter dem Grundgesetz unbesetzt geblieben war«<sup>21</sup> – das Verfas-

19 Vanberg, S. 173.

20 Vgl. z.B. Göttrik Wever, »Das Bundesverfassungsgericht – eine Gegenregierung?«, in: Bernhard Blanke / Hellmut Wollmann (Hrsg.), *Die alte Bundesrepublik: Kontinuität und Reform*, Opladen 1991, S. 310 ff.

21 Grigoleit, S. 113.

sungsgericht sozusagen als obrigkeitstaatlicher »Ersatzkaiser-Ersatz«. Das sei zwar durchaus legal und legitim, verweise aber auch die vom Gericht seit dem von Gerhard Leibholz verfassten »Statusbericht« reklamierte Teilhabe an der »hohen Politik« in den Bereich der Selbstinszenierung, der auch weite Teile der Staatsrechtslehre bis heute, etwa in ihrer Kritik am »Jurisdiktionsstaat«, aufsäßen. Und zwar in einer doppelten Weise: Denn untersuche man nun die tatsächliche politische Macht in historischer Perspektive anhand zentraler Entscheidungsmaterien, so zeige sich das BVerfG kaum als der politisch gegen Regierung und Parlamentsmehrheit handelnde Akteur (»Gegenregierung«), sondern eher als deren funktionales Instrument zur Mobilisierung einer Art Legitimationsreserve zwecks Herrschaftsstabilisierung. Gerade der immer wieder beobachtbare und »den juristischen Deduktionszusammenhang überschießende Begründungsaktivismus des Gerichts (ziele) darauf, die im politischen Prozess getroffenen Mehrheitsentscheidungen gegen gesellschaftlichen Druck oder administrative Widerstände über die verfassungsrechtliche Kontrolle hinausgehend zu legitimieren«<sup>22</sup>. Grigoleit untersucht dies anhand der Rechtsprechung zur »deutschen Frage« im rechtshistorischen Längsschnitt: von der »131-Beamten-« und der »KPD-Entscheidung« über die »Ostverträge« bis zu den Entscheidungen »Einigungsvertrag«, »Bundestagswahl« und »Bodenreform« im Rahmen der deutschen Einheit. Und gerade die viel beschworene Entscheidung zum »Grundlagenvertrag« stehe hierzu nur »scheinbar im Widerspruch« und verweise »bei näherer Betrachtung eher auf die Grenzen, die einer Teilhabe des Bundesverfassungsgerichts an der Staatsleitung gezogen sind«. Denn im Verfahren »musste (es) sich (...) gegenüber einer entschlossenen Regierung zurückziehen, um ein Zerbrechen seiner juristischen Legitimationsgrundlage zu vermeiden« und im »Teso-Beschluss vollzog (es) (...) schließlich den deutschlandpolitischen Paradigmenwechsel stabilisierend nach«<sup>23</sup>.

Bleibt zu ergänzen: Mit Blick auf die aktuellen Kontroversen zwischen BVerfG und Bundesregierung im Bereich der »Inneren Sicherheit« lässt sich danach schon jetzt prognostizieren: Die Grundrechts-Rechtsprechung wird bei weiter anhaltendem politisch-populären Druck nach mehr Sicherheit im Kampf gegen den Terrorismus trotz der Entscheidung etwa zum Luftsicherheitsgesetz noch in Richtung »Sicherheit« der Großen Koalition kippen.

### c) *Oppositionsstrategien im deutsch-französischen Vergleich*

Vor einigen Jahren hat Klaus Stüwe die These vom »Missbrauch« des BVerfG durch die Opposition widerlegt<sup>24</sup>: Nicht nur sei das Instrument der Verfassungsklage ja genuin als ein Instrument der Opposition gedacht<sup>25</sup>, sondern es nehme sich in der

22 Ebd., S. 367.

23 Ebd., S. 368.

24 Vgl. Stüwe, *Die Opposition im Bundestag und das Bundesverfassungsgericht*, Baden-Baden 1997; ders., »Das Bundesverfassungsgericht als verlängerter Arm der Opposition? Eine Bilanz seit 1951«, in: *APuZ* 37-28/2001, S. 34 ff.

25 So ja schon bei Hans Kelsen.

politischen Praxis, was die tatsächliche Zahl angestrenzter Verfahren anlangt, auch eher bescheiden aus. In seiner Potsdamer Dissertation zielt der Politologe Christoph Hönnige auf eine weitere Differenzierung mit Blick auf die Strategieoptionen der politischen Opposition. Die Studie ist vergleichend angelegt und wählt im Schwerpunkt mit dem BVerfG und dem Conseil constitutionnel bewusst zwei institutionalisierte, aber verschiedene Verfassungsgerichte aus, um aus dem Kontrast auf verallgemeinerungsfähige Zusammenhänge zwischen den geltenden »Spielregeln« bei abstrakten Normenkontrollklagen und dem politischen Kalkül zu schließen. Zentrale These ist, dass Verfassungsrichter aufgrund ihrer politischen Einstellungen entschieden, sodass »Regierung und Opposition ein Interesse (haben), Verfassungsrichter so auszuwählen, dass sie möglichst viele dieser Überzeugungen mit ihnen teilen. Die Mehrheitsverhältnisse im Gericht zu Gunsten oder zu Lasten der Opposition entscheiden dann über Erfolg oder Misserfolg einer Klage«. Da der französische Gerichtshof erst mit Beginn der 70er Jahre zu einem »echten« Verfassungsgericht geworden ist, bei dem auch die Opposition klageberechtigt ist, erstreckt sich der Untersuchungszeitraum<sup>26</sup> von 1974-2002. So sind zudem in beiden Ländern auch mehrere Wechsel von Regierungs- und Oppositionslager sowie mindestens ein kompletter Austausch der Richterbanken gegeben. Die Arbeit ist in ihrer theoretischen Konzeption und Begründung zwar »übermodelliert«, was sicherlich dem Zweck der Qualifikationsschrift geschuldet ist – leider aber auch dem sozialwissenschaftlichem Zeitgeist nach »skaliertem Messen« und »Hypothesen-Testen« entspricht. Gleichwohl kommt Hönnige zu einschlägigen, wenn auch nicht überraschenden Ergebnissen. So hatte etwa die Opposition im 1. Senat »in den Jahren 1974 und 1975 die Mehrheit im Gericht mit 5:3 Richtern und just in jenen Jahren ist die Klagebefugnis mit 2,88 % am höchsten«<sup>27</sup>. Deutlicher noch als bei den politisch relativ austarierten Richterbanken der Senate des BVerfG fällt dieser Zusammenhang beim überwiegend konservativ beherrschten französischen Conseil aus. Insgesamt sei danach die politische Opposition keine »naive Klägerin«, sondern im Gegenteil, sie »ist ein rational und strategisch handelnder Akteur« und »reicht dann... Klage (ein), wenn die ideologischen Konflikte groß sind, sie keine Alternativen hat ihre Interessen durchzusetzen und sie sich vor allem Chancen auf Erfolg der Klage ausrechnen kann«<sup>28</sup>. Klar, es muss halt – wie im »richtigen Leben« – um was gehen, damit sich der Aufwand lohnt und gewinnen sollte man schon wegen des Image-Verlustes möglichst auch. Mit Blick auf das Bundesverfassungsgericht erklärt das (neben dem relativ hohen 1/3-Quorum nach Art. 93 I 2 GG) zudem die gegenüber Frankreich vergleichsweise geringe Klagehäufigkeit (einschließlich der Klagen seitens oppositioneller Landesregierungen), weil als Alternative zur Interessensdurchsetzung der Bundesrat von der Opposition zumeist effektiver genutzt werden kann. Auch das von Hönnige überraschend festgestellte Ergebnis, dass »sich Verfassungsrichter zu einem erheblichen Teil am Status Quo orientieren, also strukturkonservierend sind und das unabhängig

26 Hönnige, S. 21.

27 Ebd., S. 226.

28 Ebd., S. 241.



von ihrem politischen Standort«<sup>29</sup>, ist so unbekannt nicht – handelt es sich doch zunächst einmal fast um eine »déformation professionnelle« des Juristenstandes, der ja das Recht bewahren will. Zum Verfassungsrichter wird man, das zeigt die Rechtssoziologie, nun auch nicht als »Sozialrevolutionär« gewählt<sup>30</sup> und im Falle des BVerfG kommen die bekannten „staatstragenden“ Traditionslinien und Schulbildungen hinzu<sup>31</sup>, die auf ihre Art auch im französischen Etatismus anzutreffen sind<sup>32</sup>.

#### 4. Verfassungsgerichtsbarkeit in zeitgeschichtlicher Perspektive

In der zeitgeschichtlichen Forschung ist das BVerfG fast vollständig vergessen worden – zu sehr orientierte man sich an den »politischen« Hauptakteuren in Regierung und Parlament. Inzwischen liegt zwar endlich ein Kompendium zu den »leading cases« in Retrospektive vor, das auch (rezeptions-)geschichtliche Verweise zu den Entscheidungen enthält<sup>33</sup>. Vereinzelt gibt es gelungene Richter-Biographien, die Einfluss und staats-theoretischen Hintergrund bedeutender Persönlichkeiten am BVerfG erhellen<sup>34</sup>. Von einer systematischen Erforschung aus dieser Perspektive kann aber bis heute keine Rede sein. Dieser Befund gilt erst recht für die Ebene europäischer Verfassungsgerichte – vielleicht auch, weil die Tätigkeit des EuGH aus der Natur des EG-Vertrags heraus über Jahrzehnte eher als »bloßes« Wirtschaftsverfassungsrecht wahrgenommen wurde und weil auf der anderen Seite der »neue« Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) überhaupt erst seit einigen Jahren als ständig institutionalisierter »Verfassungsgerichtshof« tätig ist. Vor diesem Hintergrund ist auf das Buch von Luzius Wildhaber aufmerksam zu machen, in dem eine Auswahl seiner Reden, Fachaufsätze und »dissenting votes« thematisch zusammengestellt sind. Natürlich handelt es sich dabei nicht um die Arbeit eines den Gerichtshof von außen kühl beobachtenden Wissenschaftlers, sondern eben um die eines seiner zentralen Akteure: Richter Wildhaber, vormals schweizerischer Völkerrechtler an der Universität Basel war von 1998 bis Anfang 2007 Präsident des EGMR, also gerade während dessen »Aufbauphase« infolge der Reform der EMRK durch das 11. Zusatzprotokoll. »Gründergestalten« sind immer auch höchst politisch agierende Persönlichkeiten – ja müssen es sogar sein. Denn bei Aufbau und Konsolidierung einer solchen Institution sind permanent Entscheidungen jenseits einer etablierten Institutionenroutine zu treffen. Dass sich Wildhaber bei aller professionell-richterlichen Zurückhaltung als ein »politischer Richter« i. S. d. des Eingangszitats von Rudolf Wassermann begreift, wird im Band mehr als deutlich. Und vielleicht entsteht gerade deshalb tatsächlich so etwas wie eine lebendige zeitgeschichtliche Momentaufnahme der EGMR-Grün-

29 Ebd., S. 243.

30 Insoweit immer noch lesenswert: Fraenkel (FN 1).

31 Vgl. m. w. N.: Frieder Günther, *Denken vom Staat her*, München 2004.

32 Vgl. z.B. Constance Grewe / Christoph Gusy (Hg.), *Französisches Staatsdenken*, Baden-Baden 2002.

33 Vgl. Jörg Menzel (Hg.), *Verfassungsrechtsprechung*, Tübingen 2000.

34 Zu Gerhard Leibholz vgl. insb. Manfred H. Wiegandt, *Norm und Wirklichkeit*, Baden-Baden 1995.

dungsphase i. S. d. Buchtitels History, Achievements, Reform, die vor allem auch durch drei (rechts)politische Problemkreise gekennzeichnet ist: Durchsetzung der Gerichtsentscheidungen gegenüber den Mitgliedstaaten – Überlastung und Unterfinanzierung – sowie die hiermit im Zusammenhang stehenden Reformdebatten.

Mit Blick auf das BVerfG erweist sich der von den beiden (Rechts-)Historikern Thomas Henne (jetzt Tokio) und Arne Riedlinger (Freiburg) herausgegebene, aus einer Tagung im Rahmen des MPI für Europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt hervorgegangene Band zur berühmten »Lüth-Entscheidung« (1958) als ein muster-gültiger Anfang rechts- und zeitgeschichtlicher Erschließung. In den 20 Aufsätzen wird nicht nur die westdeutsche Nachkriegsgesellschaft und der konkrete Streithintergrund samt Vorgeschichte um den Boykottaufruf des Hamburger Senatsdirektors Erich Lüth zu den Filmen von Veit Harlan aufbereitet, der in der NS-Diktatur als Regisseur für den Film »Jud-Süß« verantwortlich zeichnete. Dabei kommt auch der Politologe Wilhelm Hennis als einer der beim Verfahren direkt Beteiligten zu Wort (seinerzeit als Jurist und Assistent des mit der Verfassungsbeschwerde betrauten »Hausjuristen« der SPD, Adolf Arndt). Die wirkmächtige Entscheidung, die den vom BVerfG eingeschlagenen »Pfad« im Bereich der Grundrechtsrechtsprechung und »Wertordnungslehre« bis heute maßgeblich geprägt hat, wird darüber hinaus in den Kontext der Grundrechtsdogmatik und Staatsrechtslehre der 50er Jahre eingeordnet (Stichwort: »Smend-« vs. »Schmitt-Schule«, aber auch Günter Dürig). Vielleicht noch interessanter sind die seinerzeit hiermit verbundenen machtpolitischen Positionsbestimmungen, die das BVerfG Anfang der 50er Jahre beim Streit um den »Status« mit der Regierung Adenauer, vor allem aber auch mit dem BGH als dem »Rivalen« ausgefochten hat, der zudem mit Blick auf die Fortgeltung der Beamtenverhältnisse nach 1945 nicht zuletzt auch wegen eigener personeller Kontinuitätslinien eher an einer »Schwamm-drüber-Judikatur« interessiert war.

Zeitgeschichtliche Forschung ist auf einen ungehinderten Aktenzugang angewiesen. Zu Recht beklagen die Herausgeber, dass das BVerfG mit seiner Verweigerung einer vollständigen Akteneinsicht (insb. was die Votumsberatung anbelangt) nach fast 50 Jahren nicht nur im krassen Widerspruch zur gängigen Praxis der generellen Aktenfreigabe nach 30 Jahren stehe, sondern auch zur eigenen Rechtsprechung hierzu. Bleibt nur zu ergänzen, dass das Gericht sich bisher immer schwer damit getan hat – Stichwort »Sondervoten«<sup>35</sup> – sein politisches Arkanum preiszugeben.

Was bleibt angesichts der vorgestellten politisch-theoretischen, machtrealistischen und zeitgeschichtlichen Zugänge als Desideratum?

- Unterrepräsentiert sind nach wie vor Arbeiten, die sich mit dem zeitgeschichtlichen Faktor »Persönlichkeit« bei verfassungsgerichtlichen Entscheidungsprozessen auseinandersetzen. Was für die zeitgeschichtlich-politologische Forschung banales fundamentum ist<sup>36</sup>, scheint in den Sozialwissenschaften angesichts jahr-

35 Vgl. Hans J. Lietzmann, »Kontingenz und Geheimnis - Die Veröffentlichung der Sondervoten beim Bundesverfassungsgericht«, in: van Ooyen / Möllers (FN 3), S. 269 ff.

36 Vgl. z.B. Hans-Peter Schwarz, »Der Historiker als Biograph«; in: Dieter Klein u.a. (Hg.), *Historie und Leben, Festschrift Lothar Gall zum 70. Geburtstag*, München 2006, S. 249.

zentelanger Dominanz regelrechter »Geschichtsvergessenheit« erst jetzt wiederentdeckt zu werden<sup>37</sup>. Dass z. B. Paul Kirchhof als machtvolle Richterpersönlichkeit regelrecht »Politik« gemacht habe, das erfährt man bisher nur beiläufig entweder im Feuilleton oder aber anhand von Anekdoten beim informellen Teil wissenschaftlicher Treffen – nicht aber aufgrund systematischer und quellengesi-cherter Analyse;

- Wünschenswert bleiben auch politikwissenschaftliche Analysen, die das jeweilige staatsrechtliche Vorverständnis einzelner Richter und ihr Einfluss auf konkrete Entscheidungsreihen »ideologiekritisch« herauspräparieren<sup>38</sup> (z. B. der direkt auf Carl Schmitt zurückgehende, wirkmächtige Demokratiebegriff von Ernst-Wolfgang Böckenförde) – andernfalls reproduziert eine vermeintlich kritische Politikwissenschaft permanent den von vielen Juristen und auch vom BVerfG selbst hochgehaltenen Mythos einer Trennung von objektiver Rechtswissenschaft und interessenbestimmter Politik.
- Wichtig für die verfassungsgerichtliche Forschung in Deutschland wäre schließlich auch ein bisschen mehr »Enthüllung« durch »Insider«: Zu selten hört man im Unterschied zu den USA von den internen Abläufen. So ist man mehr als überrascht, dass im Rechtsstaat Deutschland beim BVerfG im Bereich des »Dritten Senats« der Wissenschaftlichen Mitarbeiter wohl mit »Blanko-Verantwortlichkeiten« gearbeitet werden muss, um die Prozessflut der Verfassungsbeschwerden überhaupt arbeitstechnisch bewältigen zu können<sup>39</sup>. Legt man einschlägige »Insiderberichte« über den Supreme Court zugrunde, so nimmt sich dieser Befund aber wohl eher noch harmlos aus<sup>40</sup>.

37 Vgl. z. B. Jürgen Hartmann, *Persönlichkeit und Politik*, Wiesbaden 2007; Sigrid E. Rosenberger, *Der Faktor Persönlichkeit in der Politik*, Wiesbaden 2005.

38 Vgl. hierzu den von mir vertretenen Ansatz: van Ooyen, *Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin 2005; ders., *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa*, 2. Aufl., Baden-Baden 2008.

39 Vgl. Rüdiger Zuck, *Die Wissenschaftlichen Mitarbeiter des Bundesverfassungsgerichts*; in: van Ooyen / Möllers (FN 3), S. 288.

40 Vgl. Edward Lazarus, *Closed Chambers*, New York 1999.