



Ursula Münch / Gero Kellermann (Hg.)

Die dritte Gewalt in Deutschland und Europa

Symposium zur Verfassungspolitik
zum 75. Geburtstag von Hans-Jürgen Papier



AKADEMIE FÜR
POLITISCHE BILDUNG
TUTZING



Ursula Münch / Gero Kellermann (Hg.)

Die dritte Gewalt in Deutschland und Europa

Symposium zur Verfassungspolitik
zum 75. Geburtstag von Hans-Jürgen Papier



Rechts: Tagungsort aus der Vogelperspektive: Die Akademie für Politische Bildung in Tutzing.

Unten: Zwei Bundesverfassungsgerichtspräsidenten, eingerahmt von der Tutzinger Tagungsleitung: Ursula Münch, Hans-Jürgen Papier, Andreas Voßkuhle und Gero Kellermann (v.l.n.r.).

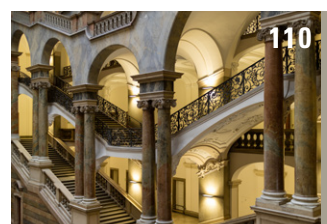
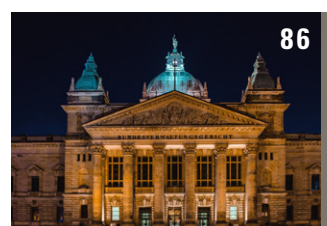
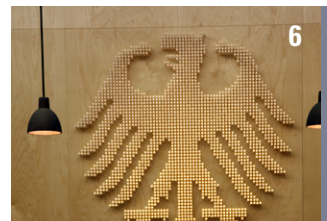


Im Juli 2018 fand aus Anlass des 75. Geburtstags von Hans-Jürgen Papier, dem ehemaligen Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, ein Festsymposium in der Akademie für Politische Bildung statt. Es widmete sich der »dritten Gewalt« und damit einem der Fundamente der freiheitlich-demokratischen Grundordnung. Zahlreiche renommierte Rednerinnen und Redner sowie Repräsentanten hoher Gerichtsbarkeiten kamen nach Tutzing, um dem Jubilar die Ehre zu erweisen. Der vorliegende Band dokumentiert den wissenschaftlichen Ertrag der Veranstaltung.

© FOTOS: APB TUTZING (2)

INHALT

- 4 Vorwort**
Ursula Münch/Gero Kellermann
- 6 Die Zukunft der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa**
Andreas Voßkuhle
Präsident des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe
- 24 Schutz der Menschenrechte**
Angelika Nußberger
Vizepräsidentin des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Straßburg
- 42 Die Rolle des Europäischen Gerichtshofs im Integrationsprozess**
Vassilios Skouris
Präsident des Europäischen Gerichtshofs a.D.,
Aristoteles-Universität Thessaloniki
- 56 Die Lage der ordentlichen Gerichtsbarkeit**
Bettina Limperg
Präsidentin des Bundesgerichtshofs, Karlsruhe
- 64 Die dritte Gewalt aus Sicht der Landesgerichtsbarkeit**
Peter Küspert
Präsident des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
und des Oberlandesgerichts München
- 86 Zur Lage der Verwaltungsgerichtsbarkeit**
Marion Eckertz-Höfer
Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts a.D.
- 110 Grußwort**
Winfried Bausback, MdL
Bayerischer Staatsminister der Justiz a.D.
- 116 Schlusswort**
Hans-Jürgen Papier
Präsident des Bundesverfassungsgerichts a.D.,
Ludwig-Maximilians-Universität München
- 120 Impressum**



URSULA MÜNCH / GERO KELLERMANN

Vorwort



Prof. Dr. Ursula Münch
ist Direktorin der Akademie
für Politische Bildung.



Dr. Gero Kellermann
leitet an der Akademie das
Arbeitsgebiet »Staats- und
Verfassungsrecht sowie
Rechtspolitik«.

Die politische Bildung in Bayern auf überparteilicher Grundlage zu fördern und zu vertiefen und dabei das Gedankengut der freiheitlich demokratischen Staatsordnung zu festigen – so formuliert das Akademiegesetz, das der Bayerischen Landtag im Jahr 1957 verabschiedet hat –, die Aufgabe der Akademie für Politische Bildung. Und dies kennzeichnet auch die Zusammenarbeit der Akademie mit dem ehemaligen Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier. Als Dank für das hoch geschätzte Engagement von Hans-Jürgen Papier für die Akademie für Politische Bildung richtete sie an ihrem Sitz in Tutzing im Juli 2018 anlässlich seines 75. Geburtstags ein Symposium zu seinen Ehren aus. Es widmete sich einem der Fundamente des freiheitlichen Verfassungsstaates: der dritten Gewalt.

Hans-Jürgen Papier hat vor, während und nach seiner Zeit als Präsident des Bundesverfassungsgerichts die Akademie bei der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben auf dem Gebiet des Staats- und Verfassungsrechts in nachhaltiger Weise unterstützt. Zusätzlich zu den diversen instruktiven Fachvorträgen, die Professor Papier in den letzten Jahren in der Akademie gehalten hat, sind durch die Verbindung mit ihm wertvolle Kontakte entstanden: mit Fachkolleginnen und -kollegen, Mitarbeitern und, das ist zu betonen, mit Studierenden, die in vielfältiger Hinsicht den fachlichen Austausch an der Akademie bereichern.

Im Zentrum der Zusammenarbeit steht seit dem Jahr 2014 die gemeinsam veranstaltete Tagungsreihe »Forum Verfassungspolitik«. Das Forum analysiert und diskutiert einmal im Jahr mit hochkarätigen Referentinnen und Referenten die verschiedenen verfassungsrechtlichen Dimensionen unserer Staatsordnung. Grundlegende Analysen und der fachliche Austausch über kontrovers beurteilte aktuelle Entwicklungen sind das »Markenzeichen« dieser ganz besonderen Kooperation.

Themen des Forums waren bisher »Freiheit und Sicherheit«, »Rechtsstaat in der Bewährung«, »Die Zukunft des deutschen Bundesstaates«, »Was wird aus der Europäischen Union?«, »Die Grundrechte in Zeiten der Digitalisierung« sowie »Die Zukunft des Sozialstaats«. Zu den Referentinnen und Referenten gehörten unter anderem amtierende und ehemalige Richter des Bundesverfassungsgerichts, Leiterinnen und Leiter von Bundesbehörden, der ehemalige Präsident des Europäischen Gerichtshofs Vassilios Skouris, BGH-Präsidentin Bettina Limperg, der Präsident des Bundessozialgerichts Rainer Schlegel sowie EU-Kommissar Günther Oettinger. Auch aus dem Deutschen Bundestag und dem Bayerischen Landtag sowie aus Landesregierungen, Bundesverbänden, Journalismus und Anwaltschaft wirkten Spitzenvertreterinnen und -vertreter am Forum Verfassungspolitik mit.

Das Symposium »Die dritte Gewalt in Deutschland und Europa – Gegenwart und Zukunft« war ein Anlass, auf die Zusammenarbeit der Akademie mit Hans-Jürgen Papier zurückzublicken. Es eröffnete aber auch – aufgrund der herausragenden Referentinnen und Referenten sowie des überaus kundigen Publikums aus dem Rechtsleben der gesamten Bundesrepublik – einen großen Raum für neue Ideen.

Der vorliegende Band enthält die Vorträge der Veranstaltung, teilweise mit weiterer wissenschaftlicher Ausarbeitung. Wir danken den Autorinnen und Autoren für die Möglichkeit, dem von den Teilnehmerinnen und Teilnehmern vielfach geäußerten Wunsch nach Veröffentlichung ihrer Beiträge nachkommen zu können. Neben der Sicherung der fachlichen Erträge für die politische Bildungsarbeit der Akademie soll der Band auch die Diskussionsatmosphäre wiedergeben, die sich gerade auch bei diesem Symposium nicht auf das Auditorium der Akademie beschränkte. Herrn Dr. Thomas Schölderle danken wir für das Layout sowie die bewährte redaktionelle Gestaltung dieses Bandes. Frau Simone Zschiegner gilt der Dank für ihre wichtige Mitwirkung an der Organisation des Symposiums.

»Auch bewährte Verfassungen, zu denen zweifelsohne das Grundgesetz zählt, müssen sich immer wieder fragen lassen, ob sie den Herausforderungen der Zeit noch in jedem Fall gerecht werden«, sagte Hans-Jürgen Papier bei einer seiner Einführungen zu einem Forum Verfassungspolitik. Wir danken ihm dafür, dass er diese Fragen in der Akademie für Politische Bildung über viele Jahre höchst engagiert mit Tagungsteilnehmern erörtert hat. Und wir blicken mit Vorfreude auf die zukünftigen gemeinsamen verfassungspolitischen Diskussionen. 🏛️

Die Akademie für Politische Bildung wurde 1957 durch ein Gesetz des Bayerischen Landtag gegründet. Seither widmet sie sich der Aufgabe, die freiheitlich-demokratische Grundordnung auf überparteilicher Basis zu fördern.



© FOTO: APB TUTZING

ANDREAS VOßKUHLE

Die Zukunft der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa



**Professor Dr. Dres. h.c.
Andreas Voßkuhle**

ist seit 2010 Präsident des Bundesverfassungsgerichts in Karlsruhe. Seine Amtszeit endet im Mai 2020.

Die Aufgabe, die Zukunft der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa zu erörtern, stellt mich vor zwei Probleme: Erstens kann ich nicht in die Zukunft sehen und zweitens steht mir, selbst wenn ich das könnte, das Schicksal der sprichwörtlichen Cassandra klar vor Augen. Ich werde mich daher mit Prohezeiungen und Spekulationen zurückhalten und stattdessen zunächst anhand dreier Ausgangsfragen eine aktuelle verfassungsgerichtliche Standortbestimmung vornehmen, bevor ich in einem zweiten Schritt einige Herausforderungen umreiße, denen sich die Verfassungsgerichtsbarkeit institutionell, funktionell und inhaltlich stellen muss.

1. Ausgangsfragen: Vergewisserung und Bestandsaufnahme

1.1 Sind Verfassungsgerichte selbstverständlich?

Am Anfang meiner Bestandsaufnahme steht eine Frage, die wir uns lange nicht mehr gestellt haben, der wir aber angesichts der Entwicklungen in Polen, Ungarn, Rumänien oder der Türkei und neuer kritischer Stimmen insbesondere aus der US-amerikanischen Literatur¹ nicht ausweichen dürfen: Wozu brauchen wir eigentlich Verfassungsgerichte?

Bis vor Kurzem stellte sich die Geschichte der weltumfassenden Etablierung des materialen Verfassungsstaates² zugleich als eine Geschichte des globalen Sieges-

¹ Vgl. zum Beispiel Jeremy Waldron, The Core of the Case Against Judicial Review, in: Yale Law Journal 115 (6/2006), S. 1346–1406; Mark Tushnet, Taking the Constitution Away from the Courts, Princeton 1999, S. 154ff.

² Vgl. dazu Peter Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl., Berlin 1998, S. 178f.; siehe ferner Dieter Gosewinkel/Johannes Masing (Hg.), Die Verfassungen in Europa 1789–1949, München 2006.



zuges der Verfassungsgerichtsbarkeit dar.³ Vor allem nach dem Zweiten Weltkrieg wurden neben dem Bundesverfassungsgericht nicht nur in zahlreichen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union Verfassungsgerichte errichtet, so unter anderem in Italien (1956), Frankreich (1958), Spanien (1980), Portugal (1982) und Belgien (1984), sondern zum Beispiel auch in Japan (1947), Südafrika (1994, endgültig 1996) und Lateinamerika, zum Beispiel Chile (1971), Ecuador (1978), Peru (1982), Guatemala (1986).⁴ Ein weiterer Entwicklungsschub folgte aus der Demokratisierung der osteuropäischen Länder, in denen sich, angefangen mit Polen (1985), die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit mehr und mehr durchgesetzt hat. Selbst in traditionell parlamentszentrierten Staaten wie Großbritannien konnte man sich dem »Zuge der Zeit«⁵ nicht ganz entziehen. Nach Inkorporation des Grundrechtskatalogs der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)⁶ können auch dort Akte der

Der Bundesadler aus illuminierten LEDs am »Dienstszitz Waldstadt«. Dieser diente während der Sanierungsarbeiten des Hauptgebäudes zwischen 2011 bis 2014 als Aushilfsquartier des Bundesverfassungsgerichts.

³ Rechtsvergleichend und materialreich Georg Brunner, Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Raum, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Bd. 50 (2002), S. 191–256.

⁴ Siehe Andreas Voßkuhle, Kommentierung Artikel 93 GG, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 7. Aufl., München 2018, Rn. 13 mit weiteren Nachweisen.

⁵ Ernst Friesenhahn, Die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit im Gesamtgefüge der Verfassung, in: Peter Häberle (Hg.), Verfassungsgerichtsbarkeit, Darmstadt 1976, S. 355–366, hier S. 360.

⁶ Der »Human Rights Act 1998« (c. 42) ist am 2. Oktober 2000 zur Gänze im Range eines Parlamentsgesetzes in Kraft getreten (S. I. 2000/1851, art. 2). Vgl. nur Rainer Grote, Die Inkorporierung der Europäischen Menschenrechtskonvention in das britische Recht durch den Human Rights Act 1998, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 58 (2/1998), S. 309–352.

öffentlichen Gewalt hinsichtlich ihrer »Menschenrechtskonformität« überprüft werden. Parallel entschied man sich in der exekutiv geprägten Präsidialdemokratie Frankreichs, eine inzidente Normenkontrolle einzuführen.⁷ Besteht nach alledem über die Idee des Schutzes der Verfassung durch ein Gericht heute vielfacher Konsens, so heißt dies indes nicht, dass man von einem einheitlichen Typus der Verfassungsgerichtsbarkeit auszugehen hätte. Vielmehr zeigen sich in der stark differierenden organisatorischen und kompetenziellen Ausgestaltung der jeweiligen Verfassungsgerichte ihre Verfassungsabhängigkeit und Gesetzesdeterminiertheit.⁸

Die vergleichsweise weitgehenden Kontrollkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts erklären sich zunächst als eine Reaktion auf die Schreckensherrschaft der unter anderem mit Mitteln der demokratischen Wahl an die Macht gekommenen



In Deutschland ist das Wissen darum, dass die ungezügelte Macht der Mehrheit allzu leicht der Versuchung unterliegen kann, die Minderheit zu unterdrücken, besonders präsent.

Nationalsozialisten: In Deutschland ist das Wissen darum, dass die ungezügelte Macht der Mehrheit allzu leicht der Versuchung unterliegen kann, die Minderheit zu unterdrücken, besonders präsent. Allerdings hätte 1951 niemand geahnt, welche Autorität und Akzeptanz das Bundesverfassungsgericht einmal auszeichnen würde. Ruft man sich den Streit um die Wiederbewaffnung und die Auseinandersetzungen um den institutionellen Status des Gerichts in Erinnerung,⁹ dann erkennt man, dass die Etablierung

einer starken Verfassungsgerichtsbarkeit nicht selbstverständlich, und schon gar nicht Ausdruck »geschichtsphilosophischer Notwendigkeit« war. Vielmehr sind es ganz unterschiedliche Gründe, die das Bundesverfassungsgericht zu dem gemacht haben, was es heute ist.¹⁰ Es hätte auch anders kommen können. Verfassungsgerichte sind fragile Gebilde!

Deshalb muss uns auch die mittlerweile gut dokumentierte Entmachtung und Desavouierung der Verfassungsgerichte in Polen, Ungarn, Rumänien und der Türkei mehr als beunruhigen.¹¹ Hier könnte ein neuer Gegentrend im Entstehen sein,

⁷ Vgl. im Überblick Nikolaus Marsch, § 6 Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Nikolaus Marsch/ Yoan Vilain/ Matthias Wendel (Hg.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, Berlin/Heidelberg 2015, S. 275–322; Olivier Jouanjan, § 2 Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Frankreich, in: Armin von Bogdandy/ Pedro Cruz Villalón/ Peter M. Huber (Hg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. 1, Heidelberg 2007, Rn. 88ff.

⁸ Nähere Analysen dazu bei Alexander von Brünneck, *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien*, Baden-Baden 1992; Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, 3. Aufl., Paris 1998; Jochen A. Frowein/ Thilo Marauhn (Hg.), *Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, Berlin/Heidelberg 1998; Michel Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris 1996; Andrew Harding/ Peter Leyland (Hg.), *Constitutional Courts: A Comparative Study*, London 2009; Mads Andenas/ Duncan Fairgrieve (Hg.), *Courts and Comparative Law*, New York 2015; jüngst Mark Tushnet (Hg.), *Comparative Constitutional Law*, Bd. 1–3, Cheltenham 2017.

⁹ Vgl. Christoph Schönberger, *Anmerkungen zu Karlsruhe*, in: Matthias Jestaedt/ Oliver Lepsius/ Christoph Möllers/ Christoph Schönberger, *Das entgrenzte Gericht*, Berlin 2011, S. 9–76, hier S. 21ff.

¹⁰ Vgl. eingehend Schönberger, *Anmerkungen* (wie Anm. 9), hier S. 41ff.

¹¹ Vgl. bezogen auf Polen statt vieler die Berichte der Venedig-Kommission vom 11. Dezember 2017 (online unter: [venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)028-e](http://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)028-e); siehe ferner: [venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)031-e](http://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)031-e)). Zu Ungarn siehe die Berichte vom 19. März 2012 (online unter: [venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2012\)001-e](http://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2012)001-e)), vom 19. Juni 2012 (online unter: [AKADEMIE FÜR POLITISCHE BILDUNG](http://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-</p>
</div>
<div data-bbox=)

der ein schlichtes, eher populistisch geprägtes Demokratieverständnis¹² gegen die verfassungsgerichtliche Kontrolle des Gesetzgebers ins Feld führt. Das zentrale und auf den ersten Blick vielleicht sogar intuitiv einleuchtende Argument lautet: Eine Handvoll Richterinnen und Richter darf nicht die Entscheidung der parlamentarischen Mehrheit konterkarieren.

Indes: Spätestens seit Hans Kelsens Staatsrechtslehrervortrag wissen wir, dass Demokratie sehr viel mehr bedeutet als die Herrschaft der aktuellen Mehrheit im Parlament.¹³ Die moderne Demokratie des Verfassungsstaates will vielmehr langfristig die Möglichkeit garantieren, dass die Minderheit zur Mehrheit werden kann. Oder wie es meine Vorvorgängerin im Amt Jutta Limbach einmal formulierte: »Die Mehrheitsregel prägt nicht allein das Wesen der westlichen Demokratie. [...] Zur Demokratie gehören auch bestimmte grundlegende Werte wie die Menschenrechte, auf die alle Staatsorgane verpflichtet sind. [...] Richterinnen und Richter müssen sich daher bewusst sein, dass sie in einem Spannungsverhältnis arbeiten, auf dessen einer Seite die Mehrheitsregel und auf der anderen Seite die grundlegenden Wertentscheidungen unserer Verfassung Beachtung fordern. [...] Sie haben [daher] der Mehrheit zu trotzen, sobald verfassungsrechtliche Garantien wie etwa Minderheitenrechte auf dem Spiel stehen.«¹⁴

» Die moderne Demokratie des Verfassungsstaates will langfristig die Möglichkeit garantieren, dass die Minderheit zur Mehrheit werden kann.

Die verfassungsrechtliche Aufgabe von Verfassungsgerichten ist es insofern, den Schutz von gesellschaftlichen Minderheiten, von parlamentarischer wie außerparlamentarischer Opposition und die kommunikativen Freiheiten – der Freiheit der Meinungsäußerung, der Presse, der Versammlung und der Vereinigung – zu gewährleisten. Damit eröffnen sie Räume, in denen ein kritischer und fruchtbarer gesellschaftlicher Diskurs stattfinden kann und eine Atmosphäre des freien Meinungskampfs um die besten politischen Konzepte herrscht. Verfassungsgerichte, die diese Räume öffnen und bewahren, arbeiten daher für den demokratischen Verfassungsstaat. Dass sie dabei ihre eigenen Grenzen im Auge halten müssen und sich selbst nicht an die Stelle des Gesetzgebers stellen dürfen, ist unbestreitbar. Die Schwierigkeit, das Spannungsverhältnis zwischen demokratischer Mehrheitsentscheidung und verfassungsrechtlicher Bindung immer wieder angemessen aufzulösen, spricht aber nicht gegen die Notwendigkeit ihrer Existenz.

1.2 Warum ist die Verfassung nicht statisch?

Die Eigentümlichkeit der Verfassung als Maßstab der Rechtsanwendung macht die Arbeit von Verfassungsgerichten nicht leichter. Verfassungen sind nicht in Stein

AD(2012)009-e) und vom 17. Juni 2013 (online unter: [venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2013\)012-e](http://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2013)012-e)) – letzte Zugriffe: 27.04.2020. Im Überblick siehe Peter M. Huber, Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis, in: Der Staat 56 (3/2017), S. 389–484 mit weiteren Nachweisen.

¹² Vgl. Andreas Voßkuhle, Demokratie und Populismus, in: Der Staat 57 (1/2018), S. 119–134.

¹³ Vgl. Hans Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 5 (1929), S. 30–88.

¹⁴ Jutta Limbach, Im Namen des Volkes, in: dies. (Hg.), Das Bundesverfassungsgericht. Geschichte – Aufgabe – Rechtsprechung, Heidelberg 2000, S. 6–10, hier S. 8.

gemeißelt und doch der Wechselhaftigkeit tagesaktueller Gesetzgebung enthoben. Auch die Statik des Grundgesetzes ist komplex. Die konstitutionelle Wirklichkeit bewegt sich dabei zwischen drei Polen, die nur scheinbar in einem Verhältnis der Gegensätzlichkeit zueinander stehen: Stabilität, Zukunftsoffenheit, und Vielfaltssicherung.¹⁵ Wie passt das zusammen?

Eine stabile Verfassung muss nicht statisch sein. Stabilität bedeutet Verlässlichkeit, Sicherheit, nicht aber Unbeweglichkeit oder Starrheit. Oder um es mit Wolf Biermann zu sagen: »Die allzu hart sind, brechen!« Es ist vor allem die »Ewigkeitsklausel« des Artikel 79 Absatz 3 GG mit ihrem Ausschluss von Änderungen der identitätsstiftenden inhaltlichen Kernaussagen der Verfassung auch im Verfahren der Verfassungsänderung, die die Ideen, die der Verfassungsgeber zu Recht für unaufgebbbar gehalten hat, in die Zeit hinein sichert. Aber Artikel 79 Absatz 3 GG friert das Grundgesetz nicht etwa insgesamt auf den Status quo von 1949 ein, die Klausel ist vielmehr der stabile Anker jeglicher Verfassungspolitik. Sie ist auch

» Verfassungen sind nicht in Stein gemeißelt und doch der Wechselhaftigkeit tagesaktueller Gesetzgebung enthoben. Eine stabile Verfassung muss nicht statisch sein.

nicht zu trennen von der überwiegenden Offenheit des sonstigen Verfassungstexts, dessen normativer Gehalt von seinen Interpreten immer wieder neu heraus zu präparieren ist. Auf diese Weise bleibt das Grundgesetz auch gewappnet für neue Herausforderungen einer unbekannten Zukunft und kann gewissermaßen »Schritt halten« mit der Realität. Dem verfassungsändernden Gesetzgeber und dem Bundesverfassungsgericht ist die Verfassung nicht allein »gegeben«, sie ist ihnen »aufgegeben« auch zur

Fortentwicklung.¹⁶ Ein Beispiel für eine solche heute selbstverständlich anmutende Fortentwicklung ist das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, das der Erste Senat schon 2008 unter Vorsitz von Hans-Jürgen Papier prägte.¹⁷ Die Trias von Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung wird vollständig, wenn man nicht nur im Gleichklang der beiden ersten Akzente die Offenheit für neue Entwicklungen anerkennt. Vielmehr spiegelt der dritte Parameter des grundgesetzlichen »Quellcodes« die Aufgabe, dauerhaft das produktive Zusammenspiel verschiedenster staatlicher und gesellschaftlicher Akteure zu gewährleisten. Pluralität ist kein moralingesäuerter Selbstzweck, sondern Ausdruck des Grundverständnisses aufgeklärter Staatlichkeit: »L'État c'est nous!« Ich füge hinzu: Wir *alle*!

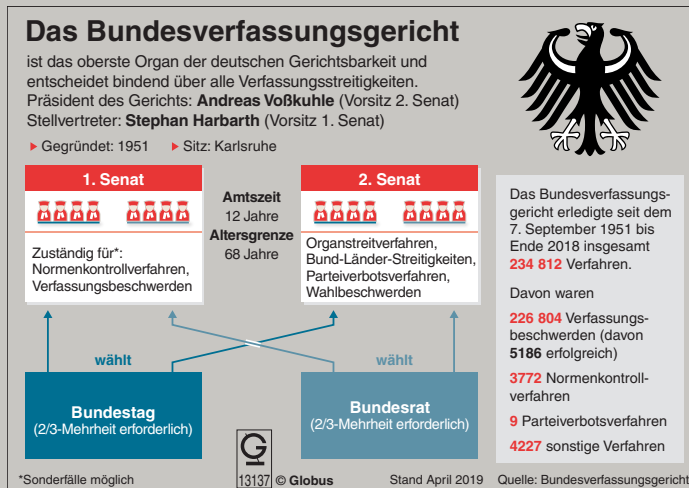
1.3 Was haben nationale Verfassungsgerichte im europäischen und supranationalen Kontext noch zu sagen?

Als Schlusspunkt meiner kurzen Standortbestimmung möchte ich fragen, was nationale Verfassungsgerichte in Zeiten zunehmender Europäisierung und Inter-

¹⁵ Vgl. ausführlich Andreas Voßkuhle, Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung, in: Juristenzeitung 64 (19/2009), S. 917–924.

¹⁶ Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Modernisierung von Recht und Justiz, Frankfurt/M. 2001, S. 171.

¹⁷ BVerfGE 120, 274.



Hüter der Verfassung

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) wacht über die Einhaltung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland. Aufgabe des Gerichts ist es, der freiheitlich-demokratischen Grundordnung Ansehen und Wirkung zu verschaffen, insbesondere wenn es um die Durchsetzung der Grundrechte (Artikel 1 bis 19 des Grundgesetzes) geht. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind nicht anfechtbar, alle übrigen Staatsorgane sind an die Rechtsprechung gebunden. Somit hat die Arbeit des Bundesverfassungsgerichts auch politische Wirkung. Das wird deutlich, wenn das Gericht ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt. Das Gericht prüft bestehende Gesetze auf ihre Übereinstimmung mit dem Grundgesetz (Normenkontrolle). Außerdem kann jeder Bürger beim Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerde einreichen, wenn er sich durch die öffentliche Gewalt in seinen Grundrechten verletzt fühlt. Das Bundesverfassungsgericht ist zudem das einzige Staatsorgan, das eine Partei verbieten kann. Besteht nach einer Wahl der Verdacht auf Unregelmäßigkeiten, kann das Bundesverfassungsgericht die Prüfung und gegebenenfalls eine Wiederholung anordnen. Präsident des Gerichts ist Andreas Voßkuhle, zugleich Vorsitzender des 2. Senats. Sein Stellvertreter ist Stephan Harbarth, der Vorsitzender des 1. Senats ist.

DPA-Infografik 13137
Quelle: Bundesverfassungsgericht; Datenerhebung: Stand April 2019; Grafik: Andreas Brühl, Sven Stein; Redaktion: Wolfgang Fink.

nationalisierung überhaupt noch zu sagen haben. Fest steht: Nationalstaatliche Verfassungsgerichte haben Konkurrenz bekommen. Internationale Rechtsquellen und Rechtskreise unterliegen nicht dem exklusiven nationalen Zugriff, sondern der Deutungshoheit überstaatlicher Gerichte wie dem Europäischen Gerichtshof und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Überschneidungen und Kollisionen unterschiedlicher Kontrollregime sind dabei kaum zu vermeiden. Kann schon nicht mehr ohne Weiteres von einem politischen Einheitsrahmen national-

staatlicher Organisation gesprochen werden, erscheint auch das Bedürfnis nach diesem Rahmen korrespondierender Verfassungsgerichte nicht mehr zwingend.

Die Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts speist sich zu einem erheblichen Teil aus der »Anstoß- und Thematisierungsfunktion des Verfassungsrechts für die Rechtsentwicklung«.¹⁸ Erfolgreich konnte das Gericht nur sein, weil es die Rechtsordnung durch umfassende Systematisierungen und innovative Impulse bereichert hat und so zugleich das politische und gesellschaftliche Miteinander. Dies fällt heute ungleich schwerer. Lassen wir mal die Belastung des Gerichts durch die anhaltend große Zahl von Verfassungsbeschwerden sowie das ressourcenbindende Alltagsmanagement einer immer kleinteiligeren Rechtsordnung außer Acht; es sind gerade die überstaatlichen Bezüge, welche den einheitsstiftenden Zugriff durch das Bundesverfassungsgericht erschweren. Der »große Wurf«, mit dem das Verfassungsrecht bislang auf grundlegende Fragen des Gemeinwesens »aus einem Guss« antworten konnte, hat heute Rücksicht zu nehmen auf den sektoralen Eigen-



Nationalstaatliche Verfassungsgerichte haben Konkurrenz bekommen. Internationale Rechtsquellen und Rechtskreise unterliegen nicht dem exklusiven nationalen Zugriff.

stand europäischer und internationaler Rechtsschichten. Dass sich Verfassungsrechtsprechung gleichwohl nicht in fragmentiertem Stückwerk und »Klein-Klein« verliert, hat seinen Grund auch in der Einbettung in den europäischen Verfassungsgerichtsverbund.¹⁹ Verfolgt man die Entwicklungslinie der Verflechtung nationaler mit europäischer Rechtsprechung, sind es die Etappen anfänglicher – gegenseitiger – Skepsis, sodann eines Kooperationsverhältnisses²⁰ und schließlich eines kom-

plexen Verbunds,²¹ die den Prozess der fortschreitenden Internationalisierung und Europäisierung markieren. Maßgebliche Ordnungs- und damit Erklärungsmerkmale dieses Gerichtsverbundes sind Einheit, Differenz und Vielfalt, Homogenität und Pluralität, Abgrenzung, Zusammenspiel und Verschränkung.²² Im Gedanken des Verbundes sind Eigenständigkeit, Rücksichtnahme und Fähigkeit zu gemeinsamem Handeln gleichermaßen angelegt.

Wie dieser Verbund in der Praxis funktioniert, zeigen etwa die Verfahren zur Währungspolitik der Europäischen Zentralbank: Da das Bundesverfassungsgericht Zweifel an der Vereinbarkeit des sogenannten OMT-Beschlusses der Europäischen Zentralbank mit den Vorgaben des Unionsrechts hatte, setzte es im Januar 2014 zunächst das Verfahren aus und legte dem Europäischen Gerichtshof gemäß Artikel 267 AEUV mehrere Fragen zur Vorabentscheidung vor.²³ Der Europäische Gerichtshof folgte dem Zweiten Senat nicht im Ergebnis, nahm aber zentrale Aussagen des Vorlagebeschlusses auf und trug jedenfalls den Karlsruher Bedenken

¹⁸ So Schönberger, Anmerkungen (wie Anm. 9), hier S. 62.

¹⁹ Vgl. Andreas Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 29 (1/2010), S. 1–8; Koen Lenaerts/Moritz Hartmann, Der Europäische Rechtsprechungsverbund in der Wirtschafts- und Währungsunion, in: Juristenzeitung 72 (7/2017), S. 321–332; Markus Ludwigs, Kooperativer Grundrechtsschutz zwischen EuGH, BVerfG und EGMR, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 41 (9/2014), S. 273–284.

²⁰ Vgl. nur BVerfGE 89, 155 (175).

²¹ Deutlich BVerfGE 140, 317 (338 Rn. 44).

²² Vgl. Voßkuhle, Kommentierung Artikel 93 GG (wie Anm. 4), Rn. 80b.

²³ BVerfGE 134, 366.

dahingehend Rechnung, dass das Handeln der Europäischen Zentralbank der gerichtlichen Kontrolle unterliegt.²⁴ Damit konnte das Bundesverfassungsgericht gut leben und führte – versehen mit verschiedenen Sicherungsmaßgaben – die verfassungs- und unionsrechtlichen Rechtskreise in seinem OMT-Urteil zusammen.²⁵ Der zweite Vorlagebeschluss des Zweiten Senats vom Juli 2017, der rechtliche Bedenken gegen Anleihekaufprogramme der Europäischen Zentralbank zum Gegenstand hat,²⁶ nimmt nun die selbst mitgeprägte Argumentationslinie des Europäischen Gerichtshofs auf und wendet sie auf diesen Sachverhalt an. Wir sind gespannt, wie sich dieser Dialog fortentwickelt.

Unabhängig vom konkreten Ergebnis sollte aber deutlich geworden sein, dass die fortschreitende Europäisierung und Internationalisierung für nationale Verfassungsgerichte nicht nur Einflussverluste nach sich zieht, sondern zugleich die Chance bietet, im europäischen Mehrebenensystem an der Errichtung einer verbindlichen gemeineuropäischen Verfassungs- und Rechtsordnung mitzuwirken.²⁷

» Die fortschreitende Europäisierung bietet für nationale Verfassungsgerichte zugleich die Chance, im europäischen Mehrebenensystem an der gemeineuropäischen Rechtsordnung mitzuwirken.

2. Herausforderungen für Verfassungsgerichtsbarkeit

Gerade die zuletzt beschriebene Entwicklung zeigt, dass es wenig erfolgversprechend ist, in der Rückschau auf beinahe 70 Jahre Grundgesetz und 146 Entscheidungsbände der amtlichen Sammlung des Bundesverfassungsgerichts »halbherzig den alternden deutschen *acquis constitutionnel*« zu verteidigen.²⁸ Der Erfolg des Bundesverfassungsgerichts und die weltweite Rezeption seiner Rechtsprechung basieren vor allem darauf, dass sich das Gericht neuen Herausforderungen immer wieder engagiert gestellt hat. Und die Herausforderungen sind nicht weniger geworden. Drei Problemfelder möchte ich kurz ansprechen.

2.1 Institutionell: Die Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa

Richten wir den Blick zunächst auf die bereits angesprochene Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa. Wenn der niederländische Ministerpräsident Mark Rutte im Frühjahr warnte: »Erode the rule of law and you erode the single market. Erode the single market and you erode the Union«, dann ist das eine ernstzunehmende und

²⁴ EuGH, Urteil vom 16. Juni 2015, C-62/14 (Gauweiler).

²⁵ BVerfGE 142, 123; kritisch hierzu Dieter Murswiek, Die Ultra-vires-Kontrolle im Kontext der Integrationskontrolle, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 44 (11–16/2017), S. 327–338.

²⁶ BVerfGE 146, 216.

²⁷ Vgl. auch Matthias Ruffert, Das Bundesverfassungsgericht als Akteur im Prozess der europäischen Integration, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 44 (7–10/2017), S. 241–249.

²⁸ Kritisch Schönberger, Anmerkungen (wie Anm. 9), hier S. 63.

➤ Zugriffe auf die unabhängige Verfassungsjustiz sind Angriffe auf die normativen Lebensadern aller der europäischen Idee verbundenen Länder.

nicht grundlos erhobene Stimme.²⁹ Zugleich wird deutlich, dass es uns nicht egal sein kann, was in Polen, Ungarn oder Rumänien geschieht. Die Erschütterungen, die Angriffe auf die Unabhängigkeit der Justiz über ihre Vorbild- und Außenwirkung für die Idee der Rechtsgemeinschaft auslösen, sind grundlegend. Die Europäische Union wird heute zu Recht nicht nur als Rechtsgemeinschaft³⁰, sondern auch als Wertegemeinschaft begriffen.³¹ Ein in Artikel 2 Satz 1 EUV angelegter harter Kern

von Werten bildet das zentrale Nervensystem für Europa als Gemeinschaft insgesamt: Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit, grundlegende Menschenrechte und das demokratische Prinzip sind das Fundament, das in keinem Mitgliedstaat angetastet werden kann, ohne dass dies in allen anderen Gemeinwesen über die täglich gelebte Wirklichkeit des europäischen Verfassungsgerichtsverbunds³² zu spüren wäre. Zugriffe auf die

unabhängige Verfassungsjustiz sind Angriffe auf die normativen Lebensadern aller der europäischen Idee verbundenen Länder.³³

Was kann man tun? Maßgeschneiderte Reaktionsmöglichkeiten drängen sich nicht auf. Die Union war bislang stark konsens- wie kompromissorientiert und erscheint bisweilen unvorbereitet auf diese Konflikte, die den europäischen Friedensfortschritt infrage zu stellen drohen.³⁴ Sowohl gegen Polen und Ungarn sind Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet worden. Ungarn steht hier wegen seiner Eingriffe in zivilgesellschaftliche Institutionen im Fokus³⁵, während Polen eine Verletzung der Grundsätze der richterlichen Unabhängigkeit und der Unabsetzbarkeit von Richtern vorgeworfen wird.³⁶ Daneben hat die Europäische Kommission gegen Polen bereits im Dezember 2017 ein Verfahren nach Artikel 7 EUV wegen

²⁹ Mark Rutte, Speech by the Prime Minister of the Netherlands at the Bertelsmann Stiftung, Berlin, 2. März 2018 (online unter: [government.nl/documents/speeches/2018/03/02/speech-by-the-prime-minister-of-the-netherlands-mark-rutte-at-the-bertelsmann-stiftung-berlin](https://www.government.nl/documents/speeches/2018/03/02/speech-by-the-prime-minister-of-the-netherlands-mark-rutte-at-the-bertelsmann-stiftung-berlin) – letzter Zugriff: 11.04.2020).

³⁰ Siehe Andreas Voßkuhle, Europa als Rechtsgemeinschaft?!, in: Günter Stock / Christoph Markschies / Susanne Hauer (Hg.), Zukunftsort: Europa, Berlin 2015, S. 135–148.

³¹ Vgl. zuletzt Andreas Voßkuhle, Die Idee der Europäischen Wertegemeinschaft, Köln 2018.

³² Siehe eingehend Andreas Voßkuhle, Verfassungsgerichtsverbund (wie Anm. 19); Vassilios Skouris, Die Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union, in: Armin Hatje (Hg.), Verfassungszustand und Verfassungsentwicklung der Europäischen Union (= Europarecht, Beiheft 2/2015), Baden-Baden 2015, S. 9–18, hier S. 12ff.; Koen Lenaerts, Die Werte der Europäischen Union in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union: eine Annäherung, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 44 (21–23/2017), S. 639–642.

³³ Vgl. Andreas Voßkuhle, Europäische Wertegemeinschaft (wie Anm. 31), S. 38f.

³⁴ Zu Reaktionsoptionen statt vieler: Claudio Franzius, Der Kampf um Demokratie in Polen und Ungarn – Wie kann und soll die Europäische Union reagieren?, in: Die Öffentliche Verwaltung 71 (10/2018), S. 381–389.

³⁵ Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilungen vom 13. Juli 2017 (online unter: [europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1982_en.htm](https://ec.europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1982_en.htm) und [europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1952_en.htm](https://ec.europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1952_en.htm)), vom 4. Oktober 2017 (online unter: [europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3663_en.htm](https://ec.europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3663_en.htm)) und vom 7. Dezember 2017 (online unter: [europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5003_en.htm](https://ec.europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5003_en.htm) sowie [europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5004_en.htm](https://ec.europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5004_en.htm)) – letzte Zugriffe 27.04.2020. Es handelt sich um die Rechtssachen C-66/18 und C-78/18.

³⁶ Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 2. Juli 2018 (online unter: [europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4341_en.htm](https://ec.europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4341_en.htm) – letzter Zugriff: 27.04.2020).

der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit angestoßen.³⁷ Mit dieser Einschätzung einer Erschütterung des europäischen Raums der Freiheit und des Rechts steht die Kommission nicht alleine da. Dies zeigt deutlich das aktuelle Vorabentscheidungsersuchen des irischen High Court an den Europäischen Gerichtshof. Dem Europäischen Gerichtshof wurde die Frage vorgelegt, ob eine Auslieferung nach Polen in Vollzug eines europäischen Haftbefehls aufgrund der dortigen rechtsstaatlichen Defizite zulässig sein kann. Der Europäische Gerichtshof hat sich zu den eher enttäuschenden Schlussanträgen des Generalanwalts positioniert.³⁸ Es ist nun an den irischen Justizbehörden, die vom Europäischen Gerichtshof eröffneten Prüfungsbefugnisse im konkreten Fall furchtbar zu machen. Diese Entscheidung steht noch aus.

Der Erfolg dieser Maßnahmen bleibt aber ungewiss, nicht zuletzt, weil unklar ist, was eine Verurteilung durch den Europäischen Gerichtshof tatsächlich bewirken würde. Unklar ist auch, wie die für die »nukleare Option« eines Stimmentzugs erforderliche Einstimmigkeit, die das Artikel-7-Verfahren verlangt, erreicht werden kann, denn die ungarische und die polnische Regierung halten sich hier gegenseitig die Stange. Zweierlei erscheint mir jedoch sicher: Erstens brauchen wir einen intensiven öffentlichen Diskurs über die unverbrüchlichen Minimalia rechtsstaatlicher Anforderungen in der Europäischen Union. Und zweitens dürfen nachhaltige Verstöße gegen diesen Grundwert nicht unsanktioniert bleiben. Ansonsten bliebe von der Union nur eine leere Hülle ohne inneren Kompass.

2.2 Funktionell: Erosion des Rechts und »Herrschaft des Unrechts«

Deutlich diffuser und schwerer zu greifen sind die sich in funktioneller Hinsicht stellenden Herausforderungen für Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa. Hier betreten wir unvermittelt die Sphäre des Rechts selbst. Denn die Idee der Verfassungsgerichtsbarkeit – und damit ihre Funktion – ist unmittelbar mit der Idee des Primats des Rechts, konkret: mit dem Vorrang der Verfassung, verknüpft.³⁹ Wo immer die Herrschaft des Rechts in Abrede gestellt wird, ist auch die zur letztverbindlichen Wahrung des Rechts berufene Justiz in Gefahr. Angriffe drohen hier von zwei Seiten, die, wenngleich aus unterschiedlicher Richtung geführt, in einem besorgniserregenden Verhältnis zueinander stehen. Ich spreche einerseits von der Relativierung der Bindungskraft des Rechts bei tagespolitisch orientierter Krisenbewältigung und andererseits von einer um sich greifenden Diskreditierung des Rechts und der zu seiner Durchsetzung berufenen staatlichen Institutionen.



Richter-Garderobe: Die charakteristischen roten Roben der Bundesverfassungsrichter.

➤ Die Idee der Verfassungsgerichtsbarkeit ist unmittelbar mit der Idee des Primats des Rechts, konkret: mit dem Vorrang der Verfassung, verknüpft.

³⁷ Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 20. Dezember 2017 und Begründeter Vorschlag (COM[2017] 835 final) – mit Anlagen online unter: europa.eu/rapid/press-release_IP-17-5367_en.htm – letzter Zugriff: 11.04.2020.

³⁸ Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Tanchev vom 28. Juni 2018, C-216/18; EuGH, Urteil vom 25. Juli 2018, C-216/18 (Minister for Justice and Equality/LM).

³⁹ Vgl. Andreas Voßkuhle, Kommentierung Artikel 93 GG (wie Anm. 4), Rn. 17.

Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe. Blick auf ein Gebäude des denkmalgeschützten Ensembles des fünfteiligen Baumgarten-Baus, der zwischen 2011 und 2014 grundlegend saniert wurde.

Krisenbewältigung scheint zum Dauerbrenner der vergangenen Jahre geworden zu sein, der Ausnahme- zum Normalzustand: Staatsschuldenkrise, Euro- und Finanzkrise, Flüchtlingskrise. Schon die Rhetorik der Krise allein wäre weitere Betrachtungen wert.⁴⁰ Drängender ist indes die Frage, warum überhaupt Bürgerinnen und Bürger mitunter dem Eindruck erliegen, die Politik setze – frei nach dem Motto »Not kennt kein Gebot« – mehr auf pragmatische Problemlösungen anstatt auf Bindung an rechtliche Vorgaben.⁴¹ Gewiss, schon ein Blick etwa auf die Herausforderungen der Staatsschuldenkrise zeigt Momente der Skepsis gegenüber einer strikten rechtlichen Bindung der Politik: Das Recht dringe aufgrund zu lebensferner Abstraktheit nicht zum Kern der Krise durch; die betroffenen Sachbereiche seien zu komplex für starre, binär nach dem Schema Recht/Unrecht kodierte Rechtslösungen, damit einhergehend fehle der Raum für pragmatische Kompromisse; der Komplexität und Dynamik der Probleme stehe kein adäquates Fach- und Spezialwissen bei den demokratisch und diskursiv agierenden Parlamenten und Gerichten gegenüber, die zudem

⁴⁰ Vgl. umfassend Anna-Bettina Kaiser, *Ausnahmeverfassungsrecht*, Tübingen 2020; vgl. Christian Joerges, *Pereat iustitia et fiat mundus? – Die Krise des Rechts in der Krise Europas*, in: *Merkur* 70 (1/2016), S. 17–31.

⁴¹ Vgl. hierzu und zum Nachfolgenden: Andreas Voßkuhle, »Integration durch Recht« – Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts, in: *Juristenzeitung* 71 (4/2016), S. 161–168, hier S. 166ff.



© FOTO: TOBIAS HELFRICH / WIKIMEDIA COMMONS, GNU FREE DOCUMENTATION LICENSE

noch zu langsam arbeiteten für schnelllebige Entscheidungszwänge, langsamer und ineffektiver jedenfalls als eine überschaubare Zahl von Spezialisten und »Machern«. Solche Momente der Skepsis kulminieren in Feststellungen wie solchen der damaligen französischen Finanzministerin Christine Lagarde zur Rettung Griechenlands in der Finanzkrise »Wir sind über die bestehenden Regeln hinausgegangen«.⁴²

Diesen Einwänden kann ein Verfassungsgericht nur die Stärkung der demokratischen Rückbindung (insbesondere europa-)politischer Entscheidungsprozesse entgegenhalten. Eine derartige durchaus mit Blick auf realitätsnahe Ausgestaltung eingeforderte Verrechtlichung kann darauf verweisen, dass die angeblichen Nachteile des Rechts, nämlich Distanz und Abstraktion, tatsächlich Vorteile sind. Abstrakte Maßstäbe, Leitlinien oder – grundlegender formuliert – das allgemeine Gesetz⁴³ geben Halt und schaffen eine gemeinsame Verständigungs- und Entscheidungsbasis auch dort, wo sonst heterogene Kultur- und Interessensphären die Akzeptanz von Problemlösungen hindern.⁴⁴ Die dem Bundesverfassungsgericht entgegen schlagenden Reaktionen auf die in mehreren Entscheidungen erzwungene Reparlamentarisierung und Verrechtlichung der Europapolitik sind indes hinlänglich bekannt: entweder die Verhöhnung als »zahnloser Stubentiger« im Kotau vor den Zwängen hinterzimmergesteuerter Exekutivtechnokratie⁴⁵ oder aber der Vorwurf des Jurisdiktionsstaats⁴⁶ – Besserwisser und übergriffige Wichtigtuer aus Karlsruhe. Von der Überzeichnung als »planlose Wüstenwanderer« will ich ganz schweigen.

Von dieser Kritik ist es nicht mehr weit bis zur Diskreditierung der Verfassungsjustiz und von Recht überhaupt. Wer aber allzu schnell einer »Erosion des Rechts« oder der »Herrschaft des Unrechts« das Wort redet, ist kein Brandmelder, sondern Brandstifter. Private oder staatliche Rechtsverstöße diskreditieren in keiner Rechtsgemeinschaft die Idee des Rechts selbst: Sie werden ermittelt, benannt und sanktioniert. Unrecht *herrscht* erst dann, wenn Recht systematisch missachtet oder sein Geltungsanspruch generell in Abrede gestellt wird.⁴⁷ Informierte Gelassenheit und eine Mäßigung im Ton scheinen mir hier angebracht: Oft genug sind nämlich behauptet

» Wer allzu schnell einer »Erosion des Rechts« oder der »Herrschaft des Unrechts« das Wort redet, ist kein Brandmelder, sondern Brandstifter. Private oder staatliche Rechtsverstöße diskreditieren in keiner Rechtsgemeinschaft die Idee des Rechts selbst.

⁴² Vgl. Werner Mussler, Frankreich gesteht Vertragsbruch ein, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 23. Dezember 2010.

⁴³ Die freiheitliche Bedeutung des »allgemeinen Gesetzes« kann nicht oft genug betont werden: »Das Recht hat in der Freiheit der einzelnen Person (jeder Person) seinen letzten materialen Grund, keineswegs aber in der Macht eines einzelnen oder mehrerer oder aller. Seine bestimmte Form gewinnt das Recht in der Vereinigung der in Freiheit gebildeten Rechtssphären über das allgemeine Gesetz.« So Rainer Zaczyk, »Fiat iustitia, pereat mundus« – Zu Kants Übersetzung der Sentenz, in: Maximilian Wallerath (Hg.), Fiat iustitia. Recht als Aufgabe der Vernunft. Festschrift für Peter Krause zum 70. Geburtstag, Berlin 2006, S. 649–662, hier S. 655. Siehe ferner aus mehr positivistischer Sicht: Gregor Kirchhof, § 267 Allgemeinheit des Verfassungsgesetzes, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrecht, Bd. 12, 3. Aufl., Heidelberg 2014, Rn. 12.

⁴⁴ Vgl. Andreas Voßkuhle, Integration (wie Anm. 41), S. 168; ähnlich Vassilios Skouris, Demokratie und Rechtsstaat – Europäische Union in der Krise?, München 2018, S. 100f.

⁴⁵ Vgl. für Nachweise Christian Joerges, Pereat iustitia (wie Anm. 40), S. 26.

⁴⁶ Zum Begriff siehe Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, in: Der Staat 29 (1/1990), S. 1–31, hier S. 25.

⁴⁷ Voßkuhle, Integration (wie Anm. 41), S. 168.



Andreas Voßkuhle (rechts) in heiterer Diskussion im Anschluss an seinen Vortrag auf dem Festsymposium im Juli 2018. Neben ihm auf dem Podium Tagungsleiter Gero Kellermann.

tete Rechtsverstöße auch »nur« Konflikte über die richtige Interpretation offener und konkretisierungsbedürftiger Normen. In jeder Familie gibt es Streit und Konflikte, ohne dass dies das Band familiärer Verbundenheit infrage stellt. In einer Rechtsgemeinschaft gilt nichts anderes: Konflikte sind konstituierender Teil derselben.⁴⁸

2.3 Inhaltliche Herausforderungen

Lassen Sie mich zum Abschluss noch drei mehr inhaltliche Problemfelder betreten, auf denen sich die Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa wird behaupten müssen.

2.3.1 Grundrechtsschutz im Mehrebenensystem

Zunächst gilt es, den Grundrechtsschutz im europa- und völkerrechtlichen Mehrebenensystem lebendig und effektiv zu erhalten. Das Bundesverfassungsgericht versteht sich seit seinen Anfangsjahren als Bürgergericht, das den vom Grundgesetz zu Recht prominent betonten Grundrechtsschutz ernst nimmt. Aus dieser über viele Jahrzehnte erarbeiteten Traditionslinie schöpft die deutsche Justiz einen Großteil des Vertrauens, das sie bei den Bürgerinnen und Bürgern zu Recht genießt. Man darf es getrost als herausfordernd bezeichnen, diesen Grundrechtsschutz im mehrstimmigen Konzert mit der Grundrechtecharta der EU beziehungsweise der Menschenrechtskonvention des Europarats frei von größeren Dissonanzen zu

⁴⁸ Voßkuhle, Integration (wie Anm. 41), S. 168; Uwe Volkmann, Was ist Europa? Von der Union zur Gemeinschaft und zurück, in: Merkur 68 (12/2014), S. 1059–1069, hier S. 1062.

halten. Diese Herausforderung ist beileibe nicht neu, sondern prägt das Verhältnis von Bundesverfassungsgericht und Europäischen Gerichtshof seit den 1970er-Jahren. Angefangen mit der Solange-I-Entscheidung⁴⁹ und dem damals formulierten Vorbehalt der Kontrolle von Gemeinschaftsrecht, über die Rücknahme des Überprüfungsanspruchs in Solange II⁵⁰ bis hin zur mittlerweile konsolidierten Reservekompetenz des Bundesverfassungsgerichts, wie sie etwa im Lissabon-Urteil⁵¹ konturiert wurde. Die Herausforderung ist gleichwohl weiterhin aktuell. Zwischenzeitlich zu beobachtende Tendenzen des Europäischen Gerichtshofs zu einer Ausweitung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts⁵² fügen sich ein in eine Grundlagendiskussion, in der gewichtige Stimmen eine Fusion der nationalen und supranationalen Grundrechtssphären und letztlich eine Zentralisierung des Grundrechtsschutzes fordern.⁵³ Auf der anderen Seite wird eine zurückhaltende Kontrollperspektive durch die europäischen Instanzen angemahnt,⁵⁴ die sich aber etwa beim Europäischen Gerichtshof durchaus auch finden lässt.⁵⁵

Es wird niemanden verwundern, dass ich einen eigenen geschützten Interpretationsspielraum der nationalen Verfassungsgerichte für unerlässlich halte. Die auf der nationalen Ebene generierten – auch kritischen – Impulse unterstützen letztlich die bessere »Verortung« und Einbindung europäischer Entscheidungen im nationalen Rechtsrahmen.⁵⁶ Dass es hierbei zu Spannungen mit dem Europäischen Gerichtshof oder dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte kommen kann, liegt in der Natur der Sache, sollte aber nicht den Blick darauf verstellen, dass der bereits angesprochene europäische Verfassungsgerichtsverbund Widerspruch und Kritik aushält und hierdurch sogar innerlich erstarkt.⁵⁷ Im Verhältnis zum Europäischen Gerichtshof bewähren sich etwa Artikel 267 AEUV und das Vorabentscheidungsverfahren zur prozeduralen Sicherung des Vorrangs des Europarechts einerseits und zur Verantwortungsteilung in einem komplexen rechtlichen Verbund andererseits. Sachnähe, Zielgenauigkeit, Kontextabhängigkeit, all diese Parameter stehen jedoch einer »formalistischen Gleichmacherei«⁵⁸



Man darf es getrost als herausfordernd bezeichnen, den Grundrechtsschutz im mehrstimmigen Konzert mit EU-Grundrechtecharta und Menschenrechtskonvention des Europarats frei von größeren Dissonanzen zu halten.

⁴⁹ BVerfGE 37, 271.

⁵⁰ BVerfGE 73, 339.

⁵¹ BVerfGE 123, 267.

⁵² Vgl. nur EuGH, Urteil vom 26. Februar 2013, C-617/10 (Åkerberg Fransson); hierzu kritisch statt vieler BVerfGE 133, 277 (316 Rn. 19).

⁵³ So etwa Daniel Thym, Vereinigt die Grundrechte!, in: Juristenzeitung 70 (2/2015), S. 53–63; vgl. auch Claudio Franzius, Strategien der Grundrechtsoptimierung in Europa, in: Europäische Grundrechte-Zeitschrift 42 (5–8/2015), S. 139–153.

⁵⁴ Vgl. nur Ferdinand Kirchhof, Kooperation zwischen nationalen und europäischen Gerichten, in: Europarecht 49 (3/2014), S. 267–276, hier S. 272.

⁵⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 14. Oktober 2004, C-36/02, (Omega) (Laserdrome); Urteil vom 5. April 2016, C-404/15 und C-659/15 PPU (Pál Aranyosi und Robert Căldăraru) (Europäischer Haftbefehl); ferner EuGH, Urteil vom 5. Dezember 2017, C-42/17 (M.A.S. und M.B.).

⁵⁶ Vgl. Voßkuhle, Integration (wie Anm. 41), S. 163.

⁵⁷ Vgl. Voßkuhle, Verfassungsgerichtsverbund (wie Anm. 19); Lenaerts/Hartmann, Rechtsprechungsverbund (wie Anm. 19); Ludwigs, Grundrechtsschutz (wie Anm. 19).

⁵⁸ Walter Hallstein, Die EWG – Eine Rechtsgemeinschaft, in: ders., Europäische Reden, hrsg. von Thomas Oppermann, Stuttgart 1979, S. 341–348, hier S. 347.

und Zentralisierung des Grundrechtsschutzes entgegen. Grundrechtsschutz im Mehrebenensystem gibt es nur föderalistisch und kontextsensibel. Im Verhältnis zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gilt nichts anderes, dessen Orientierungs- und Leitfunktion das Bundesverfassungsgericht immer wieder betont, zuletzt nochmals im Urteil zum Beamtenstreikverbot.⁵⁹

Die Möglichkeiten einer konventionsfreundlichen Auslegung enden freilich dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint. Im Übrigen ist auch im Rahmen der konventionsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte möglichst schonend in das vorhandene, dogmatisch ausdifferenzierte nationale Rechtssystem einzupassen.⁶⁰

2.3.2 Grundrechtsschutz gegen Private

Eine weitere Herausforderung stellen Gefährdungslagen für individuelle Freiheitsphären dar, die ihren Ursprung nicht in staatlicher Zwangsgewalt, sondern in der global agierenden Daten- und Digitalwirtschaft haben.⁶¹ Google, Amazon, Facebook, um nur einige bekannte US-amerikanische Akteure zu nennen, lassen sich über die klassische Abwehrfunktion der Grundrechte verfassungsrechtlich nicht domestizieren. Das bedeutet aber nicht, dass Verfassungsgerichten hier die Hände gebunden wären. Schon vor 60 Jahren rückte etwa das Lüth-Urteil⁶² die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte in Privatrechtsverhältnissen in den Fokus und fand auf »neuartige« Gefährdungslagen adäquate Antworten in der Verfassung. Seitdem

» Google, Amazon und Facebook lassen sich über die klassische Abwehrfunktion der Grundrechte verfassungsrechtlich nicht domestizieren.

ist die Konstitutionalisierung der einfachen Rechtsordnung⁶³ weiter vorangeschritten. In den 1970er-Jahren stellte das Bundesverfassungsgericht den dogmatischen Figuren der »Ausstrahlungswirkung« der Grundrechte und ihrer »mittelbaren Drittwirkung« die Idee der grundrechtlichen Schutzpflichten zur Seite, die es dem Einzelnen erlaubt, den Gesetzgeber zum Schutz vor Gefährdungen seiner Grundrechte durch Private zu verpflichten.⁶⁴

Dass das Grundgesetz weiterhin ohne Abstriche in der Lage ist, für Gefährdungen grundrechtlicher Freiheit auch in komplexen, privatrechtlich geprägten Konstellationen angemessene Lösungen zu bieten, zeigen einige aktuelle Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. So ging es im Beschluss zum Stadionverbot um die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen widerstreitenden Grundrechtspositionen Privater.⁶⁵ Bedeutsam sind auch die Auswirkungen, die die weitgehende Privatisierung öffentlicher Unternehmen auf deren Grundrechtsbindung

⁵⁹ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 12. Juni 2018, 2 BvR 1738/12 u.a., Rn. 129.

⁶⁰ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 12. Juni 2018, 2 BvR 1738/12 u.a., Rn. 133, 135.

⁶¹ Vgl. eingehend Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Big Data – Regulative Herausforderungen, Baden-Baden 2018.

⁶² BVerfGE 7, 198.

⁶³ Vgl. statt vieler Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, Baden-Baden 2000.

⁶⁴ Siehe näher statt vieler Andreas Voßkuhle, Zur Einwirkung der Verfassung auf das Zivilrecht, in: Festschrift für Rolf Stürner, Bd. 1, Tübingen 2013, S. 79–92 mit weiteren Nachweisen.

⁶⁵ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11. April 2018, 1 BvR 3080/09.



hat, worüber etwa im Fraport-Urteil zu entscheiden war.⁶⁶ Ähnlich anspruchsvoll sind etwa die Folgen solcher Privatisierungen für parlamentarische Auskunfts- und Beteiligungsrechte und damit für das demokratische Leben selbst; der Zweite Senat formulierte insoweit bezogen auf die Deutsche Bahn wichtige Weichenstellungen.⁶⁷ Sicherlich reichen diese Entscheidungen nicht aus, um den Gefährdungen durch globale Tech-Giganten und ihre quasi-öffentliche Dimension effektiv zu begegnen, zumal die Herrschaft der Algorithmen unseren Lebensalltag in der Zukunft noch viel stärker prägen wird als bisher.⁶⁸ Sie stimmen aber vorsichtig optimistisch, dass auch im digitalen Zeitalter das Grundgesetz schützende Kraft entfalten kann.

»Aktuelle Entscheidungen«, so Präsident Voßkuhle, »stimmen vorsichtig optimistisch, dass auch im digitalen Zeitalter das Grundgesetz schützende Kraft entfalten kann.« Im Bild: Grundgesetz-Sonderausgaben der Akademie.

2.3.3 Grundgesetz und europäische Integration

Optimistisch bin ich auch, was die letzte inhaltliche Herausforderung angeht, die ich im vorliegenden Zusammenhang ansprechen möchte: die verfassungsrechtliche Eingehung der europäischen Integration. Das Bundesverfassungsgericht ist häufig dafür gescholten worden, Rechtsakte, die im weitesten Sinne die europäische Integration

⁶⁶ BVerfGE 128, 226.

⁶⁷ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 7. November 2017, 2 BvE 2/11.

⁶⁸ Zu den rechtlichen Implikationen vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht, in: Archiv des öffentlichen Rechts 142 (1/2017), S. 1–42; Thomas Wischmeyer, Regulierung intelligenter Systeme, in: Archiv des öffentlichen Rechts 143 (1/2018), S. 1–66.

betreffen, einer verfassungsrechtlichen Überprüfung zu unterziehen.⁶⁹ Das betrifft Zustimmungsgesetze zu Vertragsveränderungen oder nationale Hilfsmaßnahmen in der Staatsschuldenkrise ebenso wie zum Beispiel das Handeln einzelner europäischer Institutionen, etwa der Europäischen Zentralbank. Es ist hier nicht die Zeit und der Ort, der Kritik im Einzelnen nachzugehen und sicher gibt es auch berechtigte Einwände. Schaut man aber zurück auf die letzten Jahrzehnte, so wird man sich des Eindrucks nicht verschließen können, dass es dem Gericht gelungen ist, ein dichtes Netz an dogmatischen Figuren und Prinzipien zu knüpfen, das den Prozess der Integration einerseits produktiv anleitet und andererseits seine verfassungsrechtliche und demokratische Rückanbindung sicherstellt. Wichtige Knotenpunkte dieses Netzes sind: die überwölbenden Grundsätze der Europarechtsfreundlichkeit und der Integrationsverantwortung, die Instrumente der Ultra-vires- und Identitätskon-

⁶⁹ Exemplarisch etwa die Kritik Wolfgang Graf Vitzthum, Gemeinschaftsgericht und Verfassungsgericht – rechtsvergleichende Aspekte, in: *Juristenzeitung* 53 (4/1998), S. 161–167, hier S. 162; Thomas Oppermann, Die Dritte Gewalt in der Europäischen Union, in: *Deutsches Verwaltungsblatt* 109 (16/1994), S. 901–907, hier S. 906; Christian Tomuschat, Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 20 (20–21/1993), S. 489–496, hier S. 490.



Bundesverfassungsgerichts-
präsident Andreas Voßkuhle
(rechts) im Austausch mit
seinem Amtsvorgänger und
Jubilar Hans-Jürgen Papier.

FOTO: APB/TUTZING

trolle sowie das in Artikel 38 Absatz 1 GG verankerte »Recht auf Demokratie«.⁷⁰ Die sowohl von politischer als auch von rechtswissenschaftlicher Seite im Nachgang zur Maastricht- und Lissabon-Entscheidung gelegentlich geäußerte Sorge, diese Rechtsprechung behindere die weitere Entwicklung der Europäischen Union,⁷¹ hat sich als unberechtigt erwiesen. Das Gegenteil ist aus meiner Sicht der Fall: Insbesondere die in vielen Entscheidungen vorgenommene genaue Analyse einzelner Integrationsschritte und ihrer Folgen, die von diesen Entscheidungen ausgehende Vorwirkung im Sinne eines allgemeinen Verrechtlichungsimpulses und die Stärkung des parlamentarischen Einflusses auf europapolitische Entscheidungsprozesse⁷² haben jedenfalls in Deutschland das Vertrauen in das europäische Projekt eher gestärkt. Und es dürfte kein Zufall sein, dass viele Verfassungsgerichte anderer Mitgliedstaaten der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mittlerweile in zentralen Aspekten gefolgt sind.⁷³ »Integration durch Recht« ist kein deutscher Sonderweg!

➤ Es dürfte kein Zufall sein, dass viele Verfassungsgerichte anderer Mitgliedstaaten der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mittlerweile in zentralen Aspekten gefolgt sind.

3. Resümee

Damit bin ich am Ende meiner Tour d'horizon zur Zukunft der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa. Ein Resümee fällt schwer. Das Bundesverfassungsgericht scheint mir für zukünftige Herausforderungen gut gewappnet, die Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa wird an ihm aber nicht spurlos vorüber gehen. Unser Ziel muss es daher sein, der Idee des demokratischen Verfassungsstaates europaweit wieder neuen Glanz zu verleihen. Das wird nur mit der Bereitschaft zur Selbstkritik, mit Mut und Engagement und im Zusammenwirken mit anderen Verfassungsorganen und Verfassungsgerichten gelingen. Der Ehrentag von Hans-Jürgen Papier ist ein guter Anlass, dazu gemeinsam Kraft zu sammeln. 🏛️

⁷⁰ Siehe näher dazu Peter Müller, Kommentierung Artikel 38 GG; in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl., München 2018, Bd. 2, Rn. 172ff.

⁷¹ Kritisch Armin von Bogdandy, Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum – Überlegungen zum Lissabon-Urteil des BVerfG, in: Neue Juristische Wochenschrift 63 (1–2/2010), S. 1–5; Matthias Jestaedt, Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah?, in: Der Staat 48 (4/2009), S. 497–516. Eher zustimmend dagegen Dieter Grimm, Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union, in: Der Staat 48 (4/2009), S. 475–495; Klaus F. Gärditz/Christian Hillgruber, Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen: zum Lissabon-Urteil des BVerfG, in: Juristenzeitung 64 (18/2009), S. 872–881.

⁷² Siehe näher dazu Voßkuhle, Integration (wie Anm. 41), S. 166f.

⁷³ Vgl. beispielhaft zuletzt für einen Verfassungsgerichtsdialog die Entscheidung des italienischen Corte costituzionale vom 31. Mai 2018, Nr. 115/2018, ECLI:IT:COST:2018:115; im weiteren Sinne auch Conseil constitutionnel, Entscheidung vom 12. Juni 2018, 2018-765 DC, ECLI:FR:CC:2018:2018.765.DC und Entscheidung vom 26. Juli 2018, 2018-768.DC, ECLI:FR:CC:2018:2018.768.DC. Siehe ferner Huber, Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit (wie Anm. 11), S. 406f., mit zahlreichen Nachweisen zu Fragen der Verfassungsidentität und Grenzen der Übertragung von Hoheitsrechten sowie der Ultra-vires-Kontrolle bei europäischen Verfassungsgerichten.

ANGELIKA NUßBERGER

Schutz der Menschenrechte



Prof. Dr. Dr. h.c. Angelika Nußberger

ist Vizepräsidentin des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg.

1. Der Blick zurück

Welche literarische Gattung mag man wählen, um die Geschichte der Rechtsprechung zu Menschenrechten zu erzählen?

1.1 Chronik

Es müsse eine Chronik geschrieben werden, könnte man sagen. In einer Chronik strukturiert die Zeit das Geschehen. Ohne Passion gilt es zu dokumentieren, was geschah: Die 1940er-Jahre mit dem Zivilisationszusammenbruch und dem Neubeginn zunächst auf internationaler Ebene mit der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948, sodann auch auf nationaler und europäischer Ebene mit dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes und der Europäischen Menschenrechtskonvention, die 1950er-Jahre mit dem – leicht zeitversetzten – Neuanfang der Rechtsprechung in Karlsruhe und Straßburg, die 1960er-Jahre mit dem Abschluss der Arbeit an den beiden universellen Pakten, dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte und dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, die 1970er-Jahre mit der Konferenz für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa und damit erstmals einer West-Ost-Klammer im Bereich der Menschenrechte, die 1980er-Jahre mit dem Mut, für Europa ein Protokoll aufzulegen, mit dem die Todesstrafe geächtet wird, die 1990er-Jahre – endlich – mit einem Aufbruch zu gesamteuropäischen Werten, einem Aufbruch, der die ehemals diesseits und jenseits des eisernen Vorhangs gelegenen Länder umfasst, die 2000er-Jahre mit einer Auffächerung der Menschenrechte mit neuen Kodifikationen und einer immer innovativeren, manche würden sagen, wagemutigen Rechtsprechung der Gerichte, besonders sichtbar in Karlsruhe und Straßburg, die nunmehr von der Zeit vor der Geburt bis zur Zeit nach dem Tod keinen Aspekt der menschlichen Existenz mehr auszuklammern gewillt zu sein scheinen, und schließlich die Gegenwart, in der sich die Zahl der Menschenrechtsgerichte vervielfacht hat und auch Gerichte wie das Luxemburger Gericht, die niemals für Menschenrechtsschutz gedacht oder zuständig waren, gerade auch dieses Thema zu einem ihrer Markenzeichen erklären. Zugleich aber führt der Wettlauf der Gerichte um ein

FOTO: APB/TUTZING



»Immer-Mehr« an Menschenrechten zu grundlegenden Zweifeln; es scheint kein Tabu mehr zu sein, der einst unangefochten gepriesenen Idee eines umfassenden, sich ständig ausdifferenzierenden Menschenrechtsschutzes auf staatlicher und überstaatlicher Ebene kritisch, ja gar feindlich gegenüberzutreten.

1.2 Fantasieroman

So der Chronist. Aber wird eine derartige geschichtliche Prosadarstellung, die die Ereignisse in zeitlicher Reihenfolge ordnet, der Dynamik des Geschehens, den überraschenden Volten und Wendungen, überhaupt gerecht? Wäre nicht ein Fantasieroman die geeignetere literarische Gattung, um zu erfassen, wie überraschend, mehr noch, wie unglaublich, viele der Entwicklungen waren und sind? Würden Sie nicht das Happy End kennen – könnten Sie sich vorstellen, dass in den Jahren 1947/1948 eine von Präsident Truman aus den USA geschickte und eine von Stalin aus der Sowjetunion entsandte Delegation in ihren Verhandlungen über Menschenrechte zu einem gemeinsamen Ergebnis kommen würden? Zu einem Zeitpunkt, zu dem der Supreme Court noch nicht sein Urteil *Brown versus Board of Education* zur Aufhebung der Rassentrennung an staatlichen Schulen gefällt hat und in der UdSSR die Elite, soweit sie in den 1930er-Jahren nicht ermordet worden war, in Lagern im fernen Sibirien verschwunden war? Hätte man es für möglich gehalten, dass Charles Malik, ein Libanese christlichen Glaubens, und René Cassin, ein französischer Jude, der durch seine Flucht nach England dem Holocaust entgangen war, zusammen mit der Witwe des ehemaligen amerikanischen Präsidenten, Eleanor Roosevelt, den Stift

Jean-Jacques-François Le Barbiers Gemälde *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte) von 1789 hängt heute im Pariser Musée Carnavalet, das sich der Pariser Stadtgeschichte widmet.

bei der Abfassung des Entwurfes der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte führen und alle zustimmen würden, ein Recht auf Meinungsfreiheit und ein Verbot der Diskriminierung zu normieren? Aber auch die Rolle unseres eigenen Landes lässt uns staunen. War es nicht nur ein knappes Jahrzehnt nach dem Zeitpunkt, zu dem Recht nichts und Willkür alles war, dass das neu geschaffene Bundesverfassungsgericht mit der Entscheidung im Fall Lüth ein für alle Gerichte Europas – das wird man wohl ohne Übertreibung sagen können – wegweisendes Urteil gefällt hat? Und, wenn wir an die jüngere und jüngste Vergangenheit denken, hält nicht eben dieses Gericht die juristische Reflexionsgemeinschaft mit Urteilen zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung und mit der Entdeckung eines dritten Geschlechts in Atem?

1.3 Thriller

Schließlich ließe sich als dritte literarische Gattung auch an einen Thriller denken, bei dem es um ein ständiges Spiel zwischen Anspannung und Erleichterung geht. Nicht nur Urteile wie das Urteil zum Grundlagenvertrag oder zu den Auslandseinsätzen der Bundeswehr waren Zäsuren in der deutschen Nachkriegsgeschichte, Momente, in denen eine ganze Nation gebannt und gespannt auf Karlsruhe schaute, sondern auch Urteile zu Menschenrechtsfragen, etwa zur Abtreibung, zum Rauchverbot oder zum Kopftuchverbot. Je nach Einstellung mag die Anspannung dann auch nicht der Erleichterung, sondern dem Ärger gewichen sein.

1.4 Prägungen

Hans-Jürgen Papier hat diese ereignisreiche Geschichte in einer wichtigen Phase wesentlich mitgeprägt: zwölf lange und wichtige Jahre, von 1998 bis 2010, vom Großen Lauschangriff über das Luftsicherheitsgesetz, die Online-Durchsuchungen, die Vorratsdatenspeicherung und die Bildberichterstattung über das Privatleben Prominenter bis hin zum Hartz-IV-Gesetz.

Für Deutschland mag die Geschichte von mehr als 60 Jahren Grundrechtsrechtsprechung im europäischen Verfassungsgerichtsverbund Zeugnis dafür ablegen, dass ein Neuanfang, wird er nur von allen gewünscht oder zumindest für unausweichlich gehalten, gelingen kann. Das rechtfertigt nicht, sich zurückzulehnen. Vielmehr ist es eine brennende Frage, ob das Lernen aus der Vergangenheit das Modell ist, mit dem wir die Herausforderungen in der Zukunft bestehen können.

Die Vergangenheit ist für das Werten und Denken nirgendwo so präsent wie in der Verfassungsrechtsprechung, die nicht nur auf Kontinuität aufbaut, sondern sie gewis-

sermaßen zelebriert, in langen Ketten von Urteilszitaten, die zurückverweisen auf die frühen Jahre der dunkelgrün-grauen Bände und damit den Anschein erwecken, als wäre das Entscheiden linear, als folge das Neue unausweichlich und schlüssig aus dem Alten. Aber stimmt das? Stehen wir nicht gerade gegenwärtig an einer Wende, in Deutschland, in Europa, stehen wir nicht an einem Punkt, an dem sich der Wind, den wir lange Zeit im Rücken gespürt und der uns bei unseren Judikaten getragen hat, gegen uns richtet?



60 Jahren Grundrechtsrechtsprechung im europäischen Verfassungsgerichtsverbund können Zeugnis dafür ablegen, dass ein Neuanfang gelingen kann.

Europa ist nicht nur in der Politik, sondern auch im Recht eine Schicksalsgemeinschaft. Und in diesem Europa scheinen sich gegenwärtig tektonische Platten zu verschieben. Eine dieser tektonischen Platten ist der Grundkonsens zu Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechten, eine andere tektonische Platte die Überzeugung, gemeinsam ließen sich vielleicht nicht einfacher, aber doch besser Lösungen zu den Herausforderungen der Zeit finden. Scheinbar Selbstverständliches ist aber nicht mehr selbstverständlich. Laut wird die Frage nach der Legitimität richterlichen Entscheidens zu den Menschenrechten gestellt.

Drei Grundsatzfragen will ich aus dieser facettenreichen Diskussion herausfiltern und diese laue Abendstunde am schönen Starnberger See nutzen, um mit Ihnen gemeinsam nachzudenken über das Ineinandergreifen von Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechten, die europäische Zusammenarbeit im Bereich der Menschenrechte und die Legitimität richterlichen Entscheidens zu Menschenrechten.



Stehen wir gegenwärtig an einem Punkt, an dem sich der Wind, den wir lange Zeit im Rücken gespürt haben, nun gegen uns richtet?

2. Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechte

Rechtsstaat und Menschenrechte werden gerne in einem Atemzug genannt. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in einer seiner ersten großen Entscheidungen, *Golder versus Vereinigtes Königreich* im Jahr 1975, erklärt, das in der Präambel enthaltene Rechtsstaatsprinzip rechtfertige es, aus dem Recht auf ein faires Verfahren auch ein Recht auf Zugang zum Gericht abzuleiten; Menschenrechtsrechtsprechung und die Durchsetzung rechtsstaatlicher Postulate werden damit untrennbar verbunden; zudem wird das Rechtsstaatsprinzip zur Interpretationshilfe der einzelnen Konventionsartikel. Dies gilt auch für die nationalen Rechtsordnungen, wie nicht zuletzt die Görgülü-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeigt, die über das Rechtsstaatsprinzip auch die in der Europäischen Menschenrechtskonvention enthaltenen Garantien in das Grundrechtsschutzsystem integriert.

2.1 Richter – Menschenrechte – Politik

Nun ist Rechtsstaatlichkeit eine weite Klammer für eine Reihe von Strukturprinzipien, die sich als hilfreich erwiesen haben, um dem Zusammenleben in der Gesellschaft einen adäquaten Rahmen zu geben und die insbesondere die Justiz betreffen, man denke an Gewaltenteilung, Unabhängigkeit der Gerichte und Rechtssicherheit. All dies mag abstrakt klingen, ist es aber nicht. So sei ganz konkret gefragt: Ist auf einen – formulieren wir es provokativ – »politisch vorprogrammierten« Richter Verlass, wenn es darum geht, die Menschenrechte durchzusetzen?

In der Süddeutschen Zeitung vom 30. Juni 2018 ist, Bezug nehmend auf den Rücktritt von Richter Anthony Kennedy vom Supreme Court der USA, zu lesen: »Neun Richter sitzen am Obersten Gerichtshof. Derzeit sind vier von ihnen Konservative und entscheiden in aller Regel im Sinne der Republikaner. Vier sind Liberale und entscheiden meist im Sinne der Demokraten. Kennedy war bei fast

allen Entscheidungen das Zünglein an der Waage.« Bedeutet dies, dass es um den Schutz der Menschenrechte in den USA a priori schlecht bestellt ist? Oder würde diese Zuordenbarkeit der Richterinnen und Richter erst dann zum Problem, wenn alle als derselben Partei politisch verpflichtet angesehen würden? Oder wäre auch dies unbedenklich, solange nicht explizite Erwartungshaltungen an die Richter formuliert werden und Instrumente bereit stehen, um diese durchzusetzen?

2.1.1 Beispiele Ungarn, Polen, Rumänien



Es geht um die Großwetterlage der Gewaltenteilung diesseits und jenseits des Atlantiks. Die Unabhängigkeit der Justiz ist nicht mehr sakrosankt.

Die Beantwortung dieser Fragen ist wichtig, wenn man sich mit dem für Europa neuen Phänomen des mit Tabubrüchen verbundenen Übergriffen der Exekutive auf die Judikative auseinandersetzt. Ich spreche nicht von Deutschland, wohl aber von einem vagen, schwer genau geografisch einzugrenzenden »Ringsherum«. Es geht um die Großwetterlage der Gewaltenteilung diesseits und jenseits des Atlantiks. Festgefügt scheint in bisher nicht gekannter Unerschrockenheit infrage gestellt zu werden. Die Unabhängigkeit der Justiz ist nicht mehr sakrosankt. Vielmehr ist es »politically correct«, den Statuen

Blick auf den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg. Das Gebäude wurde 1994 vom britischen Architekten Richard Rogers entworfen.



© FOTO: FRED SCHÄERLI / WIMEDIA COMMONS

der Justitia die Waage aus der Hand zu nehmen und ihnen stattdessen ein vorprogrammiertes Navigationssystem in die Hand zu drücken.

Das war zunächst in Ungarn zu beobachten, als dem Verfassungsgericht, dessen Entscheidungen für zu weitreichend gehalten wurden, die Kompetenz genommen wurde, über Sachverhalte mit finanziellen Auswirkungen zu entscheiden. Dass diese wichtige Kompetenz durch andere, weniger wichtige ersetzt wurde, war dabei Teil eines vorgeblichen Nullsummenspiels, das in Wirklichkeit auf eine Entmachtung hinauslief. Bereits 2011 wurde zudem die Zahl der Verfassungsrichter von elf auf 15 erhöht und über die sodann erforderliche Nachwahl der Verfassungsrichter ein ausnahmslos von der regierenden Partei Victor Orbáns besetztes Gericht etabliert. Und der dritte Schritt war die allgemeine Absenkung der Altersgrenze für alle in Ungarn tätigen Richter mit der Folge, dass quasi eine ganze Generation von Richtern ausscheiden musste. Die Justiz in Ungarn im Jahr 2018 ist nicht mehr, was sie im Jahr 2004, beim Beitritt zur EU, war.

» Die Justiz in Ungarn im Jahr 2018 ist nicht mehr das, was sie beim Beitritt zur EU im Jahr 2004 war.

Ähnliches ist in Polen zu beobachten; der Kampf zwischen Verfassungsgericht und Parlament ist zum auf europäischer Bühne inszenierten Schelmenstück geworden. Zudem wurden die Abhängigkeiten zwischen Exekutive und Judikative auch institutionell verstärkt und insbesondere Möglichkeiten zur Abberufung von Richtern geschaffen. Und im Juli 2018 trat in Polen ein Gesetz in Kraft, das mit der Absenkung des Rentenalters erreicht, dass ein Drittel der Richter des Obersten Gerichts ausgetauscht werden können.

Die Justiz in Rumänien ist in ihrer Auseinandersetzung um die Bekämpfung der Korruption in einer tiefen Krise. Dass es weiter östlich in den Nicht-EU-Staaten, wie etwa der Ukraine, noch düsterer aussieht, muss ich kaum eigens betonen. Dort war auch in der Transitionszeit wenig Hoffnung. Die Situation in Polen und Ungarn gibt dagegen gerade deshalb Anlass zu besonderer Sorge, weil sie als Rückschritt, als Kehrtwende, als bewusste – und rhetorisch selbstbewusst verteidigte – Abkehr von bereits Erreichtem anzusehen ist.

2.1.2 *Fragiles Gut des Vertrauens*

Falsch wäre es, sich, da es »nur« außenherum zu knirschen scheint, auf der Insel der Seligen zu wähen. Vertrauen in die Justiz ist ein fragiles Gut. Zweifel sind schnell gesät; ein konkreter Sündenfall – und sei es im Nachbarland – kann schnell zum grundsätzlichen Infragestellen der Justiz führen. Zudem ist der europäische Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auf gegenseitiges Vertrauen aufgebaut; die Konsequenzen beschäftigen gerade den Europäischen Gerichtshof. Der Generalanwalt Evgeni Tanchev hat dazu bereits Stellung genommen.

Nun ist, um meine eingangs gestellten Fragen wieder aufzugreifen, eine politische Vorprägung von Richtern als solche noch kein Problem für einen effektiven Menschenrechtsschutz, wäre es doch naiv anzunehmen, Richter könnten meinungsfrei außerhalb des politischen Geschehens stehen; dieses Faktum angemessen zu berücksichtigen, ist die Regel, nicht die Ausnahme. Kritisch wird es jedoch, wenn ein Gericht eine »parteilpolitische Schlagseite« bekommt, wie es gegenwärtig mit Blick auf den Supreme Court zu befürchten ist. Und ganz sicher wird der Rubikon

überschritten, wenn konkrete Abhängigkeiten geschaffen werden; dann bricht dem in der Hand der Gerichte liegenden Menschenrechtsschutz buchstäblich der Boden weg, auf dem er steht.

2.2 Europäische Menschenrechtskonvention als Schutz der Justiz

Die Diagnose mag klar sein; die Lösungen, auf nationaler Ebene, auf der Ebene der EU, sind es nicht; die politischen und rechtlichen Spielräume scheinen beschränkt zu sein. Die Perspektive, die ich zu der Diskussion beisteuern kann, ist, der Frage nachzugehen, inwieweit sich die Europäische Menschenrechtskonvention, immerhin ein völkerrechtlicher Vertrag, an den alle gebunden sind, zum Schutz der Justiz einsetzen lässt. Zwei Ansätze stehen zur Verfügung: Zum einen können die Richter selbst, die entlassen oder versetzt werden, sich wehren und sich auf ihre eigenen Menschenrechte berufen. Beschwerdeführer kann aber auch der *quivis ex populo* sein, der sich einem Gericht gegenüber sieht, das er nicht für unabhängig hält. Nicht möglich ist dagegen eine Art von Normenkontrollklage gegen die jeweiligen Reformgesetze. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ist eben »nur« ein Menschenrechtsgericht und kein europäisches Verfassungsgericht.

2.2.1 Der »sich wehrende Richter«

Lassen Sie uns einen Blick auf den ersten Weg, den »sich wehrenden Richter« werfen. Es gibt nicht wenige, die dies getan haben: der ukrainische Richter Oleksandr Volkov, Vorsitzender der Militärkammer der Obersten Gerichts der Ukraine, der seine Entlassung als eine gegen ihn gerichtete politische Intrige interpretierte; der Präsident des Obersten Gericht Ungarns András Baka, der aufgrund der Übergangsbestimmungen der neuen ungarischen Verfassung, mit der das Oberste Gericht von der »Kuria« ersetzt wurde, seinen Präsidentenposten verlor und fortan nur mehr einfacher Richter war; oder, um noch ein weiteres berühmtes Beispiel zu erwähnen, die russische Richterin Olga Borisovna Kudeshkina, die mit dem Vorwurf vor die Presse getreten war, auf sie werde von der Präsidentin des Moskauer Gerichts Druck ausgeübt, wie sie in einem konkreten Fall zu entscheiden habe; auch sie wurde entlassen.

➤ Richter, die entlassen oder versetzt werden, können sich wehren und sich auf ihre eigenen Menschenrechte berufen.

Sie alle haben ihre Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gewonnen, sei es wegen Verletzung der Meinungsfreiheit, des Rechts auf ein faires Verfahren oder des Rechts auf Achtung des Privatlebens. Dabei sind die mit diesen Entscheidungen verbundenen Fragen rechtlich nicht trivial, nur wenige der Fälle sind einstimmig entschieden worden. Betrifft die Herabstufung eines Richters in der Hierarchie des Gerichts wirklich das »Privatleben« oder nicht viel eher den »Beruf«, der von der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht eigens geschützt wird? Ist eine Einschränkung der Meinungsfreiheit der Richter nicht mit Blick auf Artikel 10 Absatz 2 der Konvention, der explizit auf die »Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung« verweist, gerechtfertigt?

Und können sich, noch radikaler gefragt – wie der polnische Richter Krzysztof Wojtyczek in seiner abweichenden Meinung zu der Entscheidung der Großen Kammer im Fall Baka versus Ungarn – Richter als Träger hoheitlicher Macht überhaupt auf die Konventionsrechte berufen? Es ist hier nicht die Zeit und der Ort, um diese Fragen vertieft zu erörtern. Wichtig ist vielmehr mit Blick auf unser Thema, die Sicherung der Unabhängigkeit der Justiz als Grundlage für die Rechtsstaatlichkeit in Europa, ob die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, die bei der Versetzung und Entlassung von Richtern Konventionsverletzungen festgestellt hat, auch, aufs Ganze gesehen, etwas bewirken kann oder ob es bei gegen einzelne Staaten gerichteten Nadelstichen bleibt.

2.2.2 Beschwerde des *quavis ex populo*

Zur Beantwortung der Frage gilt es auch noch den zweiten Weg in den Blick zu nehmen, mit dem die Frage der richterlichen Unabhängigkeit vor den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gebracht werden kann. Dies ist, wie gesagt, die Beschwerde des *quavis ex populo*, der vorträgt, er habe einem nicht unabhängigen Gericht gegenübergestanden. Um aus der Praxis zu plaudern: Fast jeder, der seinen Prozess verloren hat und damit – verständlicherweise – nicht zufrieden ist, wird an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte mit der Beschwerde kommen, das nationale Gericht habe erstens falsch entschieden und zweitens, die Richter seien alle nicht unabhängig gewesen. Derartige Beschwerden werden in Straßburg mit zwei Kurzformeln dem Einzelrichter zur Abweisung vorgelegt: »nicht substantiiert« einerseits, »vierte Instanz« andererseits. Das ist eine einfache Antwort, die ein schwieriges Problem verdeckt: Wie soll der Einzelne denn nachweisen, dass der ihm gegenüber-sitzende Richter nicht unabhängig und unparteiisch ist? In aller Regel vermag die – weit entwickelte – Kasuistik nur Einzelfälle zu erfassen, etwa, wenn ein Richter sich missverständlich zum Fall geäußert hat oder wenn, wie in dem berühmten Fall Sovtransavto versus Ukraine, eine Entscheidungsanweisung des ukrainischen Präsidenten Leonid Kutschma Teil der Akte ist. Aber, nehmen wir an, es würde wie in sowjetischer Zeit tatsächlich die sogenannte »Telefonjustiz« weiter bestehen – wie soll der Einzelne dies nachweisen? Könnte er die »institutionellen Tricks« – etwa die Wahl der Richter zu einem Zeitpunkt, zu dem eine bestimmte Partei eine bestimmte Mehrheit hat oder die Absenkung der Altersgrenze, um eine bestimmte Richtergeneration loszuwerden, vortragen? In aller Regel wird man damit nicht durchdringen, es sei denn, es geht um besondere Konstellationen, etwa von der Exekutive unmittelbar eingesetzte und abberufbare Militärgerichte; dazu gibt es Rechtsprechung. Im Übrigen muss der Gerichtshof von der im Einzelfall widerlegbaren Annahme einer unabhängigen Justiz ausgehen. Dies ist die Prämisse, auf der der Europarat als Zusammenschluss von der Rechtsstaatlichkeit verpflichteten Staaten beruht. Gerade vor diesem Hintergrund stellt sich dann natürlich die – politische – Frage, inwieweit es rechtfertigbar ist, Staaten, deren System diese Grundvoraussetzungen nicht einlöst, weiter im Europarat zu halten.

» Der Gerichtshof muss von der Annahme einer unabhängigen Justiz ausgehen. Ist es vor diesem Hintergrund zu rechtfertigen, dass Staaten, deren System diese Grundvoraussetzungen nicht einlöst, weiter im Europarat gehalten werden?

2.2.3 Allgemeine Anforderungen aus Kasuistik

Nichtsdestotrotz lassen sich aus der Kasuistik des Gerichtshofs allgemeine Anforderungen zur Absicherung der Stellung der Richter sowie zu einem rechtsstaatlichen Verfahren bei Entlassungen und Versetzungen herausdestillieren, auf die dann die Venedig-Kommission und eventuell auch die Europäische Kommission zurückgreifen kann, beispielsweise Regeln zur Zusammensetzung der für Wahl oder Disziplinarverfahren zuständigen Gremien und zu Verfahrensgarantien. Nicht



Mag es für eine einzelne Reform noch gute Gründe geben, so kann die Zusammenschau eines ganzen Reformpakets die rechtsstaatsbedrohende Stoßrichtung offenbaren.

verschweigen will ich allerdings, dass all dies mit heißer Nadel gestrickt ist, da Missbrauch oftmals nicht so sehr vom institutionellen Gefüge als vielmehr vom guten Willen und der Rechtskultur der Beteiligten abhängt. Ein Beispiel: Es können etwa in einem Land grundlos eingeleitete Disziplinarverfahren gegen Richter auf der Tagesordnung stehen und eine ständige Bedrohung der richterlichen Unabhängigkeit bedeuten, sodass der Frage, wer über wen die Disziplinargewalt ausübt, zentrale Bedeutung

zukommt. Von einem derartigen Dauermisbrauch auszugehen und daraus weitreichende Forderungen abzuleiten, würde aber der Realität der Gerichtsbarkeit in der Mehrzahl der europäischen Staaten nicht gerecht.

Im Grunde sind diese Fragen nur auf der Grundlage einer Gesamtsicht zu beantworten. Mag es für eine einzelne – scheinbar neutrale – Reform noch gute Gründe geben, kann die Zusammenschau eines ganzen Reformpakets die den Rechtsstaat bedrohende Stoßrichtung offenbaren. Für den Gerichtshof ist es in aller Regel ein Ausweg, von den »besonderen Umständen des Falles« zu sprechen. Aber damit wird natürlich der Standardsetzung für die europäische Justiz nur bedingt geholfen. Nichtsdestotrotz trägt die Rechtsprechung des Gerichtshofs dazu bei, Grenzen zu definieren und in Einzelfällen einen Name-and-Shame-Effekt zu erreichen. Dies mag angesichts der gegenwärtigen großen Herausforderung des Rechtsstaats in seiner Substanz nicht genügen. Aber es ist in jedem Fall ein Ansatz, der weiter zu verfolgen ist.

3. Europäische Zusammenarbeit

Damit komme ich zu meinem zweiten Punkt, der europäischen Zusammenarbeit im Bereich der Menschenrechte.

3.1 Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte und Bundesverfassungsgericht

Als Hans-Jürgen Papier im Jahr 1998 seine Arbeit am Bundesverfassungsgericht begann, wurde gerade der Prolog gespielt zu dem, was sich dramaturgisch inzwischen als ein Mehrakter entpuppt hat. Mit Solange I und Solange II hatte das Bundesverfassungsgericht das Terrain zwischen Karlsruhe und Luxemburg zu einem

Zeitpunkt abgesteckt, zu dem der Europäische Gerichtshof noch keinen eigenständigen Maßstab hatte, um Grund- und Menschenrechte zu vermessen. Aus Straßburg war bis zum Ende der 1990er-Jahre wenig zu hören. In den großen Verfahren im Nachgang zur Wiedervereinigung, etwa bei der Strafbarkeit der »Mauerschützen«, den Restitutionsansprüchen der sogenannten Alteigentümer und auch den Entschädigungsansprüchen der Neubauern, hatte Straßburg die Karlsruher Sichtweise, wenn auch oftmals mit anderen Begründungen, immer gestützt. Die Feststellung von Konventionsverletzungen wie bei den Berufsverboten oder der Feuerwehrabgabe waren eine eher seltene Ausnahme.

3.1.1 Der Fall Caroline

Die Beziehung eines nahezu konfliktfreien Nebeneinander von Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte änderte sich während der Amtszeit von Hans-Jürgen Papier mit mehreren Donnerschlägen von diesseits und jenseits des Rheins. Zum einen mit der Entscheidung im Fall Caroline von Hannover Nr. 1 versus Deutschland im Jahr 2004, mit der der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine lange Rechtsprechungslinie des Bundes-



Mit Starnberger See im Hintergrund: Angelika Nußberger im Park der Akademie.



Das nahezu konfliktfreie Nebeneinander änderte sich mit mehreren Donnerschlägen von diesseits und jenseits des Rheins.

verfassungsgerichts für nicht konventionskonform erklärte. Zum anderen mit der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung zum Fall Görgülü ebenfalls im Jahr 2004. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Fall von Hannover Nr. 2 versus Deutschland

im Jahr 2012 markierten das Ende dieses – wie ich den Zeitzeugnissen entnehme – durchaus dramatischen ersten Akts. Von Anton Tschechow ist der Satz überliefert, dass dann, wenn im ersten Akt in einem Theaterstück ein Gewehr an die Wand gehängt wird, es spätestens im letzten Akt abgefeuert werden wird. Im Beziehungsdrama Karlsruhe–Straßburg wurde der Schuss – oder die Schüsse –, ziemlich unmittelbar, gleich im ersten Akt,

abgegeben. Aber vielleicht waren es auch keine echten Schüsse, sondern vielmehr nur Warnschüsse oder überhaupt nur Teile einer dialogischen Auseinandersetzung, die im Grunde differenzierter und nuancenreicher waren, als manche es – ex post – interpretieren wollen.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hatte den Auftakt gemacht mit einer Entscheidung zu einem diffizilen – und aufgrund der Prominenz der Beteiligten weithin sichtbaren – Grundrechtskonflikt und kritisiert, das Bundesverfassungsgericht habe einen wesentlichen Aspekt nicht in die Abwägung der Grundrechtspositionen eingebracht: Wie könne man einen Konflikt zwischen Pressefreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht entscheiden, ohne auf die konkrete Funktion der Presse einzugehen, mache es doch einen Unterschied, ob ein Artikel der Befriedigung lässlicher Neugier diene oder einen Beitrag zu einer wichtigen politisch-gesellschaftlichen Debatte leiste. Dies war die Detailfrage im Fall von Hannover. Die Grundsatzfrage aber war, ob und wenn ja, wie weit ein europäisches Gericht in eine von einem nationalen Gericht vorgenommene Abwägung eingreifen könne, wenn es gilt, verschiedene, jeweils gleichrangig geschützte Grundrechtspositionen auszugleichen. Karlsruhe antwortete zeitversetzt auf die Grundsatz- und auf die Detailfrage. Im Fall Görgülü wurde die Antwort auf die Grundsatzfrage gegeben. Das Bundesverfassungsgericht reichte dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte die rechte Hand als Partner und deutete mit der



Das Bundesverfassungsgericht reichte dem EGMR die rechte Hand als Partner und deutete mit der linken Hand auf den Notausgang.

linken Hand auf den Notausgang. Die Entscheidung ist vielfach interpretiert, kommentiert, kritisiert worden. Man wird ihr nur gerecht, wenn man beide Seiten sieht, die Einbindung der Europäischen Menschenrechtskonvention und die Beachtung der Judikate des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf der Grundlage des Rechtsstaatsprinzips einerseits, die Rede vom »letzten Wort der deutschen Verfassung« andererseits. Damit

hat das Bundesverfassungsgericht, wie es, so möchte man sagen, seine Art ist, eine Theorie zum Ineinanderwirken einer auf Völkerrecht und einer auf das Grundgesetz gestützten Menschenrechtsjudikatur begründet, die eine nachhaltige Rezeptionswirkung hatte und hat, auch wenn die Rezeption, etwa in Russland, teilweise einseitig und damit sinnverzerrend war.

Neben der Grundsatzantwort steht die Detailantwort zum Rechtsproblem des Falles Caroline von Hannover. Hier hat das Bundesverfassungsgericht das

Abwägungselement der »Bedeutung für eine politische Debatte« aufgenommen und einen Katalog von Kriterien entwickelt, der wiederum in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in dem Urteil von Hannover Nr. 2 rezipiert wurde. Von beiden Seiten wird dies als Beispiel eines erfolgreichen Dialogs gesehen.

3.1.2 Sicherungsverwahrung

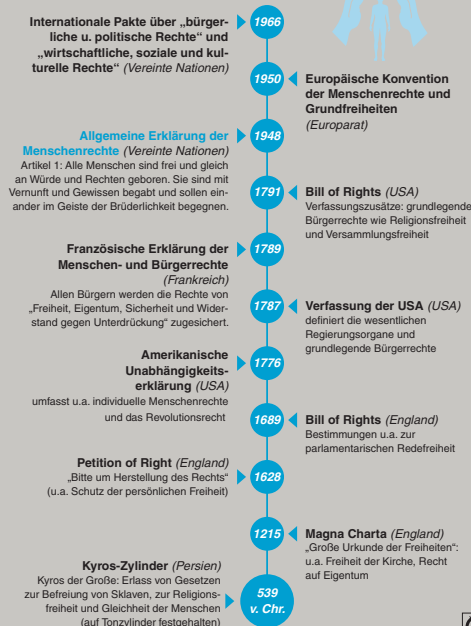
Dem ersten Akt folgte mit der Auseinandersetzung um die Sicherungsverwahrung ein zweiter Akt. Auch hier standen Theoriebildung und Einzelfalllösung im dialektischen Verhältnis. Das Bundesverfassungsgericht akzeptierte, seine eigene Entscheidung zu revidieren, beharrte allerdings auf den autonomen Kategorien des nationalen Rechts und sah Raum für eine eigenständige Übertragung und »Einfügung« der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Im Detail bedeutet dies, anders als der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, Sicherungsverwahrung nicht als »Strafe« anzusehen, auf die das Verbot »ne bis in idem« anzuwenden wäre, wohl aber, derartige Maßnahmen auf »persons of unsound mind« im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 e EMRK zu begrenzen und mit dem Abstandsgebot das Postulat umzusetzen, dass Sicherungsverwahrung im Vergleich zu Haft ein »Aliud« sein müsse. Auch wenn dieser Ansatz in dem Urteil Bergmann versus Deutschland bereits von der Kammer bestätigt wurde, steht das Urteil der Großen Kammer im Fall Illseher dazu noch aus; der zweite Akt ist damit noch nicht abgeschlossen.

3.1.3 Streikverbot von Beamten

Zugleich wurde der dritte Akt mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Streikverbot der Beamten vom Juni 2018 bereits eingeläutet. Auch hier wieder geht es um eine allgemeine Theorie zur Rezeption und um Detailrechtsprechung. Neu vorgegeben wird die »Kontextualisierung« der zu anderen Mitgliedstaaten entwickelten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und das Abstellen auf »wesentliche Grundwertungen der Entscheidungen«. Das »letzte Wort der Verfassung« wird in dem nachdenkswerten Satz verpackt »Es bedarf derzeit insbesondere keiner Klärung, ob das Streikverbot für Beamte als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums und traditionelles Element der deutschen Staatsarchitektur [...] zugleich einen (auslegungsfesten) tragenden Grundsatz der Verfassung darstellt [...], wofür indes viel sprechen dürfte.« Vermutlich ist nun wieder der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte am Zug, wenn der Fall nach Straßburg gebracht wird. Die Ausgestaltung der Beziehung zwischen den beiden Gerichten ist, wie ich sagte, ein Mehrakter, wobei niemand sagen kann, wie viele Akte es geben und was die Zukunft bringen wird. Dies gilt aber nicht nur für das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Bundesverfassungsgericht, sondern auch zu anderen Gerichten wie insbesondere dem britischen Supreme Court.

➤ Die Ausgestaltung der Beziehung zwischen den beiden Gerichten ist ein Mehrakter, wobei niemand sagen kann, wie viele Akte es geben und was die Zukunft bringen wird.

Geschichte der Menschenrechte – wichtige Meilensteine



Quelle: Bundeszentrale für politische Bildung, United for Human Rights

© Globus



70-jähriges Jubiläum

Am 16. Dezember 1966 wurden die ersten völkerrechtlich verbindlichen Menschenrechtsabkommen durch die Vereinten Nationen verabschiedet: Der Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sowie der Pakt über bürgerliche und politische Rechte. Die beiden Pakte der „Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte“ folgten erst 18 Jahre später, nach weiteren zehn Jahren traten sie in Kraft. Eines der ersten bekannten Dokumente, in denen ein Herrscher allen seinen Untertanen die gleichen Rechte zusichert, ist der sogenannte Kyros-Zylinder, benannt nach Kyros dem Großen. Im Jahr 539 vor Christus eroberten seine Armeen die Stadt Babylon und er beschloss einige, historisch sehr bedeutsame Maßnahmen: Er befreite alle Sklaven, erklärte, dass alle Menschen das Recht haben, ihre eigene Religion zu wählen, und stellte Rassengleichheit her. Diese und andere Erlasse wurden auf einem gebrannten Tonzylinder eingraviert, der heute im British Museum in London zu sehen ist. Neben diesen Pakten, Bittschriften und Verfassungen in der Grafik, die sehr auf die USA und Westeuropa fokussiert ist, gab es überall auf der Welt Proteste und Forderungen nach universellen Menschenrechten.

DPA-Infografik 12703
Quelle: Bundeszentrale für politische Bildung; Datenerhebung: Stand September 2018; Grafik: Fred Bökelmann; Redaktion: Sophie Thunemann.

3.2 Komplexität des Entscheidens

Bisheriger Befund mag sein, dass die vielfach bemühten Metaphern vom »Mobile« und »Dialog« gut beschreiben, dass es keine hierarchische Beziehung und auch kein Gegen-, sondern ein Miteinander ist, das das Verhältnis der beiden Gerichte charakterisiert.

Zunehmend komplex wird das Verhältnis aber dadurch, dass nun auch Luxemburg spielgestaltend eingreift und bei einer Reihe von Fragen zur Auslegung von Menschenrechten alle drei Gerichte zur Entscheidung aufgerufen sind, wie etwa bei den verschiedenen Varianten eines »Rechts auf Vergessen« mit der Google-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs aus dem Jahr 2014 und unserem, am 28. Juni 2018 ergangenen Urteil zur Anonymisierung der Namen von verurteilten Mördern in Zeitungsarchiven, M.L. und W.W. versus Deutschland oder auch bei den Parallelentscheidungen zur Frage des »Ne-bis-in-idem«.

Wie aber ist mit der zunehmenden Komplexität des Entscheidens im Mehrebenensystem umzugehen? Selbstkritisch müssen wir uns fragen, ob unsere Entscheidungen nicht mehr und mehr zu einem Glasperlenspiel werden, zu einer »L'art pour l'art«. Bewegen sie sich nicht weg von der Grundidee, den Einzelnen vor der Willkür des Staates zu schützen, und hin zu einer Auseinandersetzung um die Deutungshoheit bei gesellschaftlichen Grundfragen?

Lassen Sie mich in diesem Zusammenhang nochmals zu den Gefährdungen der Rechtsstaatlichkeit, die ich eingangs angesprochen hatte, zurückkehren. Die konkrete Gefahr ist, dass der Einzelne seine Rechte in den Endlosschleifen der Justiz zwar zugesprochen bekommt, aber dennoch letztlich verliert.

Dazu ein Fall mit Daten: Frank Anayo will seine im Dezember 2005 geborenen Zwillinge sehen. Aufgrund der Verweigerungshaltung der Mutter, die mit den Kindern und ihrem Mann in einer familiären Gemeinschaft lebt, gibt es für den »nur« biologischen Vater zum Zeitpunkt der Geburt der Kinder keine Durchsetzungsmöglichkeit des von ihm eingeforderten Rechts. Er streitet über das Bundesverfassungsgericht bis zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und bekommt im Jahr 2010 Recht; die Kinder sind fünf Jahre alt. Der Fall kehrt zurück an die nationalen Gerichte. Mittlerweile sind die Zwillinge fast 13 Jahre alt: Der Bundesgerichtshof hat als siebtes Gericht über den Fall zuletzt 2016 – wieder mit einem Grundsatzurteil – entschieden und ihn an das Oberlandesgericht zurückverwiesen. An dieser Entscheidungskette war der Europäische Gerichtshof noch nicht einmal beteiligt. Bei Fragen des Kirchenarbeitsrechts ist es gut möglich, dass alle vier Gerichte eingeschaltet werden, die sich eigentlich alle als die je »höchste Instanz« definieren: Bundesarbeitsgericht, Europäischer Gerichtshof, Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte.

Kann das gewollt sein, wenn es um den »Schutz der Menschenrechte« geht? Die einfache Antwort lautet: Nein. Justice delayed is justice denied. Bei dem Hin und Her auf der langjährigen Suche nach einer adäquaten Lösung schwieriger Konflikte geht viel Vertrauen in den Rechtsstaat verloren. Wenn ich es auf eine schlichte Formel bringen darf: Gerade in der europäischen Mehrebenenjustiz ist manches Mal das Bessere der Feind des Guten. Hier gilt es gerade bei Grundsatzfragen gemeinsam Lösungen zu finden, um umfassenden Menschenrechtsschutz und Rechtssicherheit miteinander zu verbinden. Ein Weg ist das, was ich »Mit-Sichtkontakt-Entscheiden« nennen würde – wir nehmen die Judikate im Verfassungsgerichtsverbund wahr und versuchen, so es denn möglich ist, »im gleichen Sinne« zu entscheiden. Denn, auch wenn die Texte, die wir auslegen, Unterschiede aufweisen, so geben

» Bisheriger Befund mag sein, dass das Verhältnis der beiden Gerichte keine hierarchische Beziehung und auch kein Gegen-, sondern ein Miteinander ist. Zunehmend komplex wird das Verhältnis aber dadurch, dass auch Luxemburg spielgestaltend eingreift.

sie uns doch aufgrund der offenen Formulierungen in aller Regel die Möglichkeit, gemeinsam vertretbare Lösungen zu finden. Konflikte und verhärtete Fronten schaden dem Grundrechtsschutz und der Autorität der Gerichte gleichermaßen.

4. Legitimität richterlichen Entscheidens

Damit komme ich zum dritten und letzten Punkt meines Beitrags, zur Legitimität richterlichen Entscheidens zu den Menschenrechten. Menschenrechte sind nicht nur ein Teil, sondern, so würde ich behaupten, ein essenzieller Teil der Politik, und bei zentralen Fragen zum Umfang und zur Intensität des Menschenrechtsschutzes vertreten verschiedene politische Parteien in aller Regel verschiedene Positionen. Nehmen wir das Thema, über das gegenwärtig am meisten gestritten wird, die Migration – im Wesentlichen geht es um die (Menschen)Rechte der Betroffenen. Dürfen sie an der Grenze abgewiesen werden, wenn ja, unter welchen Umständen? Dürfen sie ausgewiesen, werden, auch wenn sie aus Ländern kommen, in denen die Menschenrechtslage problematisch ist? Darf man sie in geschlossenen Zentren halten? Über diese Frage entscheiden Politiker und Richter.

Oder die Frage der Ehe gleichgeschlechtlicher Partner. In manchen Ländern hat der Gesetzgeber die Führungsrolle übernommen, in anderen Ländern die Justiz. Oder man hat in einem Referendum alle befragt.

4.1 Rechtliches und politisches Entscheiden

Sind das Rechtsfragen oder politische Fragen? Und, wenn es Rechtsfragen sind – auf welcher Ebene gilt es zu entscheiden, auf nationaler, supranationaler oder internationaler Ebene?

Gerade in Großbritannien, im Mutterland der Demokratie, gehört die Kritik am undemokratischen Entscheiden der Richter, fast schon zum guten Ton des politischen Betriebs, gleich ob sich die Kritik gegen den Straßburger Gerichtshof (»the unelected foreign judges«) oder gegen den eigenen Supreme Court oder Court of Appeal richtet, dessen Richter mit altmodischen Perücken dargestellt und lächerlich gemacht werden wie nach der Entscheidung zu den Rechten des Parlaments im Rahmen des Brexit-Verfahrens.



Gerade in Großbritannien, im Mutterland der Demokratie, gehört die Kritik am undemokratischen Entscheiden der Richter fast schon zum guten Ton des politischen Betriebs.

Dabei stimmt es nicht, dass die Richter, die in letzter Instanz über Menschenrechtsfragen entscheiden, nicht gewählt würden; mit einer zwar langen, aber ununterbrochenen Legitimationskette lässt sich ihr Entscheiden auf die Wahlbürger zurückführen. Dennoch ist richterliches und politisches Entscheiden ein »Aliud«: Wenn 17 Richterinnen und Richter des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Jahr 2011 im Fall M.S.S. gegen Belgien und Griechenland feststellen, aufgrund des – zu diesem Zeitpunkt

zweifelloso – dysfunktionalen Asylsystems und der desolaten Versorgungslage der Flüchtlinge in Griechenland sei es »unmenschlich« im Sinne von Artikel 3 EMRK, einen afghanischen Übersetzer, der für die US-Armee gearbeitet hatte, von Belgien

nach Griechenland zurückzubringen, da ihm die Gefahr des »Refolement« drohe und er in unsäglichen Umständen auf der Straße zu leben gezwungen sei, und wenn in der Folge dieses Urteils das Dublin-System in Bezug auf Griechenland erst einmal nicht mehr angewendet wird, haben die Richter keine unmittelbaren Konsequenzen zu befürchten. Für Politiker kann eine ähnliche Entscheidung bedeuten, nicht mehr gewählt oder mit einer populistischen Oppositionspartei konfrontiert zu werden. Entscheidet das Bundesverfassungsgericht über die Höhe der Hartz-IV-Sätze oder der Beamtenbesoldung, muss es nicht gleichzeitig die Frage der Gegenfinanzierung klären. Die Koordinaten des Entscheidens – die Verantwortlichkeit der Richter und die Anforderungen an die Begründung ihrer Urteile – sind grundsätzlich unterschiedlich.

Gerichte haben keine Agenda und machen nicht den ersten Aufschlag bei einer Diskussion, sondern geben lediglich Antworten, wenn konkrete Fälle an sie herangetragen werden. Sie sind nicht frei bei der Lösungsfindung, sondern müssen argumentativ überzeugen, und dies auf der Grundlage der vorgegebenen Texte und konsistent mit vorausgegangenen Leitentscheidungen. Rechtliches Entscheiden ist ein »Aliud« zu politischem Entscheiden. Das Nebeneinander hat sich für Deutschland über lange Zeit hin bewährt.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wurde 1959 von den Mitgliedstaaten des Europarats gegründet, mit dem Ziel, die 1950 beschlossene Europäische Menschenrechtskonvention sicherzustellen. Unter der Voraussetzung, dass der innerstaatliche Rechtsweg ausgeschöpft ist, kann sich jeder Bürger mit Beschwerden direkt an den Gerichtshof wenden. Blick in den Sitzungssaal des EGMR.



© FOTO: ADRIAN GRZYCUK/WIKIMEDIA COMMONS, CC-BY-SA 3.0 POLAND

4.2 Infragestellungen

Warum aber wird in der Gegenwart die Legitimität nunmehr infrage gestellt und in Bezug auf das Bundesverfassungsgericht von einem »entgrenzten Gericht« gesprochen, der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mit dem Phänomen



Im Augenblick scheint jeder zu fürchten, aufgrund eines langsamen Erosionsprozesses letztendlich Verlierer zu sein: Politik und Gerichte fürchten um ihre Pfründe und stecken ihr Terrain ab.

der »Principled Resistance« konfrontiert? Im Augenblick scheint – geht es um die Deutungshoheit der Menschenrechte und die damit verbundene Gestaltungsmacht – jeder zu fürchten, aufgrund eines langsamen Erosionsprozesses letztendlich Verlierer zu sein: Die Politik ebenso wie die Gerichte fürchten um ihre Pfründe und stecken ihr Terrain ab. Die Markierungen der Gerichte im Rahmen des Gerichtsverbunds sind deutlich sichtbar – man denke an die Bosphorus-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, das Urteil Åkerberg

Fransson des Europäischen Gerichtshofs aus dem Jahr 2013, das Gutachten 2/13 des Europäischen Gerichtshofs aus dem Jahr 2016, das Obiter Dictum des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2013, um nur ein paar derartiger Markierungen zu nennen. Für die Politik ist es wesentlich schwieriger, mit einem Bis-hierher-und-nicht-weiter ihren originären Wirkungsbereich, in dem sie sich, der bayerischen Landessprache gemäß ausgedrückt, »nicht dreinreden lässt«, ab- und einzugrenzen. Das Bundesverfassungsgericht selbst hat es schön auf den Punkt gebracht: »Demokratie setzt eine ständige freie Auseinandersetzung zwischen sich begegnenden sozialen Kräften, Interessen und Ideen voraus, in der sich auch politische Ziele klären und wandeln und aus der heraus eine öffentliche Meinung den politischen Willen vorformt.« Werden in dieser »ständigen freien Auseinandersetzung« allenthalben juristische rote Karten verteilt und damit Teile aus dem Diskurs a priori als menschenrechtswidrig herausgebrochen, obwohl sie von den Teilnehmern als zugehörige und wichtige Elemente empfunden werden, mag sich der gemeinsame Zorn gegen den vermeintlich nicht gefragten und übergriffigen Schiedsrichter wenden; ihm will man nun im Gegenzug die rote Karte zeigen.

4.3 Rechtsprechungsbeispiel als Orientierung

Als Lösungsansatz oder, bescheidener, Orientierungsmöglichkeit bei den Legitimitätsfragen möchte ich zum Abschluss ein Rechtsprechungsbeispiel erwähnen, in dem das Ineinanderwirken von Politik und nationaler sowie internationaler Menschenrechtsrechtsprechung gut funktioniert hat: den Fall ABC gegen Irland zum Abtreibungsverbot. Die Frage des Menschenrechtsschutzes bei Abtreibungen – wer ist gegen wen wie zu schützen – ist wohl eine der kontroversesten Fragen des Verfassungsrechts überhaupt. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte war mit einem Fall konfrontiert, bei dem drei Frauen, A, B und C, geltend machten, es sei ein Verstoß gegen ihr Recht auf Privatleben, dass sie in einer Notlage, in der sie sich zu einer Abtreibung gezwungen sähen, nicht im Land bleiben, sondern aufgrund der restriktiven irischen Gesetzgebung ins Ausland reisen müssten. Bei einer Frau lag eine medizinische, bei den anderen beiden Frauen eine soziale Indikation vor. Der Gerichtshof ging davon aus, dass in den europäischen Staaten weitgehend

ein Konsens bestehe, dass die Zulässigkeit von Abtreibungen nicht, wie in Irland, auf den einen einzigen Fall zu beschränken sei, dass das Leben der Mutter unmittelbar gefährdet ist. Da es aber um ethisch und moralisch besonders sensible Fragen ginge, sei dem nationalen Gesetzgeber ein besonders weiter Ermessensspielraum einzuräumen. Das Abtreibungsverbot bei sozialer Indikation sei – insbesondere in Zusammenschau mit Informationsrechten der Frauen – aufgrund des explizit in einem Referendum ausgedrückten Willens der irischen Bevölkerung gerechtfertigt. Dagegen sei es ein Konventionsverstoß, dass für den Fall einer unmittelbaren Gefährdung des Lebens der Mutter kein Verfahren bereitstünde, um ihr in ihrer Notlage effektiv zu helfen.

Damit wurden, wenn ich bei dem Bild bleiben darf, nur teilweise juristische rote Karten verteilt. Für die gesellschaftspolitisch besonders schwierige Frage der Abwägung zwischen den Rechten des ungeborenen Kindes und der Mutter, die in der irischen Diskussion im Vordergrund standen, wurde der Rahmen abgesteckt, aber keine konventionsrechtlich bindenden Vorgaben gemacht. Auch wenn dieser Ansatz in der abweichenden Meinung vehement kritisiert wurde, ist diese Entscheidung doch ein Beispiel dafür, dass klar Stellung bezogen und dennoch eine Entscheidung an den demokratischen Gesetzgeber zurückgegeben werden kann, ohne von »außen« oder »oben« eine bestimmte Lösung eines Konflikts aufzuoktroieren. Das Urteil stammt aus dem Jahr 2010. Mittlerweile, im Jahr 2018, wurde die Frage in Irland per Referendum entschieden. Und es ist davon auszugehen, dass die Entscheidung durch das Referendum nicht nur – auch für diejenigen, die überstimmt wurden – leichter anzunehmen ist als die Entscheidung eines (internationalen) Gerichts, sondern auch, dass damit insgesamt der demokratische Prozess und die Achtung der – subsidiären – Rolle der Gerichte gestärkt wurde.

Allerdings ist ein derartiges Entscheidungsmuster nicht durchgängig gültig. Geht es, wie zuvor ausgeführt, um Fragen wie die Unabhängigkeit der Richter, kann Kritik von außen mit echter Durchschlagkraft unerlässlich sein, nicht zuletzt, da in diesem Bereich allgemeine europäische Standards eher akzeptiert werden.

➤➤ Das Urteil ist ein Beispiel dafür, dass klar Stellung bezogen und dennoch eine Entscheidung an den demokratischen Gesetzgeber zurückgegeben werden kann. Im Jahr 2018 wurde die Frage in Irland per Referendum entschieden.

4.4 Akzeptanz

Und damit bin ich auch bei dem Begriff, der ein Schlüsselbegriff dieser Auseinandersetzung ist: das Annehmen, die Akzeptanz des jeweiligen Entscheidens. Menschenrechtsgerichte sind dazu da, »gegenzuhalten«, sich auch, wenn nötig, gegen Mehrheiten zu stellen, das ist ihr Auftrag. Aber sie sind nur stark, wenn ihre Rolle als Garanten von »Fair play« in Politik und Gesellschaft grundsätzlich anerkannt ist. In Zeiten der Fußballweltmeisterschaft sei es vielleicht erlaubt, mit einer Metapher aus dem Fußball zu enden. Der Schiedsrichter sollte nicht selbst versuchen, Tore zu schießen, sondern darauf achten, dass die Spielregeln eingehalten werden. Effektiver Menschenrechtsschutz braucht gute Schiedsrichter, die sich nicht gegenseitig im Weg stehen und die die rote Karte zur rechten Zeit ziehen, aber eben nur dann. 🏠

VASSILIOS SKOURIS

Der Beitrag des Europäischen Gerichtshofs zur europäischen Integration



**Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
Vassilios Skouris**

war von 2003 bis 2015
Präsident des Europäischen
Gerichtshofs. Seit Mai
2017 ist er Vorsitzender
der Ethik-Kommission des
Weltfußballverbandes.

1. Einleitung

Es ist eine Tatsache, dass der Gerichtshof der Europäischen Union bei der Frage der europäischen Integration eine zentrale Rolle beansprucht und sich eher gegen den Vorwurf wehren muss, diese Rolle sehr ernst genommen und extensiv ausgebaut zu haben. Vom Gerichtshof als »Motor der Integration« ist die Rede, wenn man eine mäßige und eher zurückhaltende Kritik üben will, der Aufruf, den Europäischen Gerichtshof »zu stoppen« aus dem Mund beziehungsweise aus der Hand eines Vorgängers unseres Jubilars klingt schon weitaus polemischer.¹ Nun werden Sie von mir gewiss nicht erwarten, mich in die Schar der Kritiker der Integrationsjudikatur des Europäischen Gerichtshofs einzureihen und einzustimmen. Aber auch die undankbare Aufgabe der Verteidigung der gesamten Rechtsprechung gegen jede Rüge will ich nicht übernehmen, sondern im Folgenden versuchen, die wichtigsten Etappen dieser Rechtsprechung im Hinblick auf ihre Bedeutung für den Integrationsprozess darzustellen. Der Versuch ist nicht ganz unproblematisch, weil man bei jeder Auswahl notwendigerweise persönliche Akzente setzt. Doch muss ich dieses Risiko auf mich nehmen, wenn eine judikative Tätigkeit von über 65 Jahren in einem kurzen Beitrag ausgewertet werden soll.

Bevor ich allerdings zu meiner Analyse schreite, möchte ich noch daran erinnern, dass eigentlich die gesamte Judikatur des Europäischen Gerichtshofs auf das Integrationsprojekt direkt oder indirekt Einfluss nimmt, insofern diese Integration dem Recht verpflichtet ist und die europäische Gemeinschaft eben als Rechtsgemeinschaft begreift.² Die Grundlage des einzigartigen europäischen Integrationsmodells ist das Recht, dieses Recht regelt die Gründung, Vertiefung und Erweiterung der Europäischen Union, genauso wie der Austritt aus der Union einem rechtlich geordneten Verfahren unterliegt, wie wir angesichts des anstehenden Brexit schmerzlich

¹ Roman Herzog/Lüder Gerken, Stoppt den Europäischen Gerichtshof!, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 8. September 2008, S. 8.

² Walter Hallstein, Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse, Düsseldorf, Wien 1969, S. 33ff. Weitere Nachweise bei Vassilios Skouris, Demokratie und Rechtsstaat. Europäische Union in der Krise?, München 2018, S. 119, Fn. 50.



erleben.³ Vor diesem Hintergrund wird eher bestätigt, dass es nicht möglich ist, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in einen integrationsfreundlichen und einen integrationsneutralen oder sogar integrationsfremden Teil zu trennen. Integrationsbezogen sind die meisten Entscheidungen des Luxemburger Gerichtshofs, was allerdings nicht ausschließt, sich lediglich auf die Highlights dieser Judikatur zu beschränken.

2. Die Grundfreiheiten

An erster Stelle der für die europäische Integration relevanten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs steht zweifellos die Entwicklung der traditionellen Grundfreiheiten der Verträge zu vollen subjektiven Rechten des Unionsbürgers – Hans Peter Ipsen würde sagen: des Marktbürgers.⁴ Auf der soliden Basis der frühen und grundlegenden Urteile zum Vorrang und zur unmittelbaren Wirkung des Gemeinschafts- beziehungsweise Unionsrechts ist der Gerichtshof dazu übergegangen, aus den vier Grundfreiheiten – nämlich: den freien Warenverkehr, die

Der Gerichtshof der Europäischen Union wurde 1952 gegründet. Er sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge und ist oberstes rechtsprechendes Organ der Europäischen Union. Im Bild: Die goldfarbenen Türme des Europäischen Gerichtshof in Luxemburg (Kirchberg). Der erst im September 2019 eingeweihte dritte Turm (links) ermöglicht von einer Terrasse aus den Ausblick auf vier Länder der Europäischen Union.

³ Zum Brexit gibt es inzwischen eine Fülle von Publikationen, vgl. zum Beispiel Vassilios Skouris, Brexit: Rechtliche Vorgaben für den Austritt aus der EU, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 27 (21/2016), S. 806–811.

⁴ Mit der Rechtsstellung des »Marktbürgers« setzt sich Hans P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972, S. 715ff. auseinander.

Freizügigkeit der Arbeitnehmer, das Niederlassungsrecht, den freien Dienstleistungsverkehr sowie den freien Kapital- und Zahlungsverkehr – allmählich echte Grundrechte abzuleiten.⁵

2.1 Ursprünglich: Zielbestimmungen

Es trifft zu, dass in der Anfangsphase der europäischen Integration die Grundfreiheiten als einfache Zielbestimmungen formuliert waren, zu deren Verwirklichung die Verträge gesetzliche Regelungen, Programme und andere Maßnahmen vorsahen, die von den Gemeinschaftsorganen erlassen werden sollten. In diesem Sinn wurden die Grundfreiheiten ursprünglich nicht als voll ausgebildete subjektive Rechte, sondern als Gestaltungsaufgaben für den Gemeinschaftsgesetzgeber formuliert. Angesichts der in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten vorhandenen vielfältigen Hindernisse, die protektionistischer Natur waren und der Verwirklichung der Grundfreiheiten entgegenstanden, erschien es nicht realistisch, diese sogleich als unmittelbar geltendes und ohne längere Übergangszeiten durchzusetzendes Recht zu verankern.⁶

2.2 Unmittelbare Anwendung

Allerdings war als Ende der Übergangsfristen für die Einrichtung des Gemeinsamen Marktes – und damit auch für die Umsetzung der Grundfreiheiten – der 31. Dezember 1969 angegeben. Es ist der nutzlose Ablauf dieser Frist, der den



Der Europäische Gerichtshof hat begonnen, den Grundfreiheiten den Status voller subjektiver Rechte der Unionsbürger zuzuerkennen.

Europäischen Gerichtshof veranlasst hat, die Grundfreiheiten als unmittelbar anwendbares Recht zu behandeln, auf das sich der Einzelne vor den mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichten seitdem berufen konnte.⁷ Diese besondere Konstellation sollte zur Kenntnis nehmen, wer dem Gerichtshof in dieser Frage Aktionismus und Missachtung des gesetzgeberischen Willens vorwirft:

Der Europäische Gerichtshof hat begonnen, den Grundfreiheiten den Status voller subjektiver Rechte der Unionsbürger zuzuerkennen, nachdem die zu ihrer Verwirklichung vertraglich vorgesehenen Übergangszeiten verstrichen waren, ohne den erwünschten Erfolg herbeizuführen.

2.3 Beschränkungsverbote

Die so gewonnene unmittelbare Anwendbarkeit wurde durch die Tendenz ergänzt, die Grundfreiheiten, auch soweit sie als bloße Diskriminierungsverbote angelegt waren, zusätzlich als Beschränkungsverbote zu verstehen. Während nämlich Diskriminierungsverbote die im Bestimmungsland anzutreffenden Behinderungen im

⁵ Vgl. zum Folgenden Vassilios Skouris, Die Rolle der Grundfreiheiten in der Europäischen Wirtschaftsverfassung und ihr Verhältnis zur Grundrechte-Charta, in: Reinhard Ellger/Heike Schweitzer (Hg.), Die Verfassung der europäischen Wirtschaft. Symposium zum 90. Geburtstag von Ernst-Joachim Mestmäcker, Baden-Baden 2018, S. 53–68 und die dort aufgeführte Literatur.

⁶ Vgl. Skouris, Grundfreiheiten (wie Anm. 5), hier S. 57.

⁷ Vgl. Skouris, Grundfreiheiten (wie Anm. 5), hier S. 57.

Visier haben und den ungehinderten Zugang zu den Inlandsmärkten gewährleisten wollen, gehen Beschränkungsverbote vom Grundsatz aus, dass Waren und Dienstleistungen, die in einem Mitgliedstaat auf rechtmäßige Weise in Verkehr gebracht oder erbracht werden, damit im gesamten Binnenmarkt verkehrsfähig sind.⁸ Mit diesen beiden Eigenschaften gewappnet, fangen die Grundfreiheiten an, ihre volle Wirkung auszuüben und werden zu echten subjektiven Rechten auf ungehinderte Teilnahme am grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr.

2.4 Die Grundfreiheiten in der Praxis

Durch die Verbindung der unmittelbaren Anwendbarkeit mit dem Verständnis als Beschränkungsverbote wurden die Grundfreiheiten zu höchst wirksamen Mitteln für die von den Gründungsverträgen bezweckte Marköffnung und haben eine echte Liberalisierungswelle in ganz verschiedenen Bereichen ausgelöst. Zum Beispiel wurde bei der gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen die berufliche Mobilität gerade unter Heranziehung der Grundfreiheiten erheblich erleichtert. Weiter gilt im Bereich der medizinischen Dienstleistungen, dass ambulante Leistungen, die in anderen Mitgliedstaaten erbracht werden, von den Sozialversicherungssystemen des Heimatlandes erstattet werden müssen, freilich nur in dem Umfang, in dem dieselben Leistungen im Heimatstaat erstattungsfähig wären. Schließlich haben die Grundfreiheiten auch bei den direkten Steuern wachsende Bedeutung erlangt, das heißt auf einem Gebiet, das zur Domäne der Mitgliedstaaten gehört, die gleichwohl Einschränkungen ihrer Gestaltungsmacht erleiden und Belastungen ihrer Haushalte hinnehmen müssen, wenn Grundfreiheiten auf dem Spiel stehen.⁹

2.5 Risiken für die Grundfreiheiten

Daher ist es nicht übertrieben zu behaupten, dass der derzeitige Stand der europäischen Integration ohne die Grundfreiheiten in der soeben geschilderten Auslegung und Anwendung nicht denkbar wäre. Wer aber glaubt, dass die so aufgewerteten Grundfreiheiten sich endgültig durchgesetzt hätten und über alle Zweifel erhaben seien, übersieht die im Vorfeld des sogenannten Brexit geführten folgeschweren Verhandlungen, die zu der höchst grundfreiheitsrelevanten Entscheidung des Europäischen Rates vom Februar 2016 geführt haben.¹⁰ Hier stand vor allem die Freizügigkeit der Unionsbürger auf dem Spiel. Die Staats- und Regierungschefs der EU-Staaten haben sich bereit gezeigt, den Wünschen der Briten nach weitreichenden temporären und materiellen Ausnahmen, Derogationen und Einschränkungen insbesondere bei der Freizügigkeit entgegenzukommen – und sich dabei nicht eindeutig zu der Frage geäußert, ob diese nicht nur dem Vereinigten Königreich, sondern wohl allen Mitgliedstaaten eröffneten Optionen im Bereich der Grundfreiheiten ohne Vertragsänderung hätten versprochen werden dürfen. Dass nach dem negativen Ausgang des Referendums über den Brexit dieser Beschluss

⁸ Vgl. Skouris, Grundfreiheiten (wie Anm. 5), hier S. 58.

⁹ Vgl. Skouris, Grundfreiheiten (wie Anm. 5), hier S. 58.

¹⁰ Europäischer Rat, Beschluss vom 19. Februar 2016 (EUCO 1/16) über eine neue Regelung für das Vereinigte Königreich innerhalb der Europäischen Union.

des Europäischen Rates außer Kraft getreten und daher obsolet ist,¹¹ ändert nichts daran, dass die Mitgliedstaaten auf der höchsten politischen Ebene und in ihrer Eigenschaft als »Herren der Verträge« nicht gezögert haben, an Rechtspositionen zu rütteln, die zum harten Kern des Binnenmarktes gehören und seit Langem als revisionsfest gelten.

3. Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbote

Der nächste Block integrationsfördernder Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs bezieht sich auf die verschiedenen Facetten der Unionsbürgerschaft und der Diskriminierungsverbote. Obgleich nicht identisch, können diese beiden Aspekte gemeinsam behandelt werden, weil sie mehrere Berührungspunkte aufweisen, insofern ein wirklicher Binnenmarkt die Mitgliedstaaten anhält, die Unionsbürger im Vergleich zu den eigenen Staatsangehörigen nicht zu diskriminieren, sondern weitestgehend gleich zu behandeln.

3.1 Abhängigkeit der Unionsbürgerschaft von der Staatsangehörigkeit in einem Mitgliedstaat

Die Unionsbürgerschaft hat seit ihrer primärrechtlichen Verankerung im Vertrag von Maastricht wichtige Erfolge verbuchen können. Insbesondere hat der Europäische Gerichtshof der Unionsbürgerschaft eine Statusfunktion verliehen und betont, dass »der Unionsbürgerstatus dazu bestimmt ist, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein, der es denjenigen unter ihnen, die sich in der gleichen Situation befinden, erlaubt, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit die gleiche rechtliche Behandlung zu genießen«.¹²

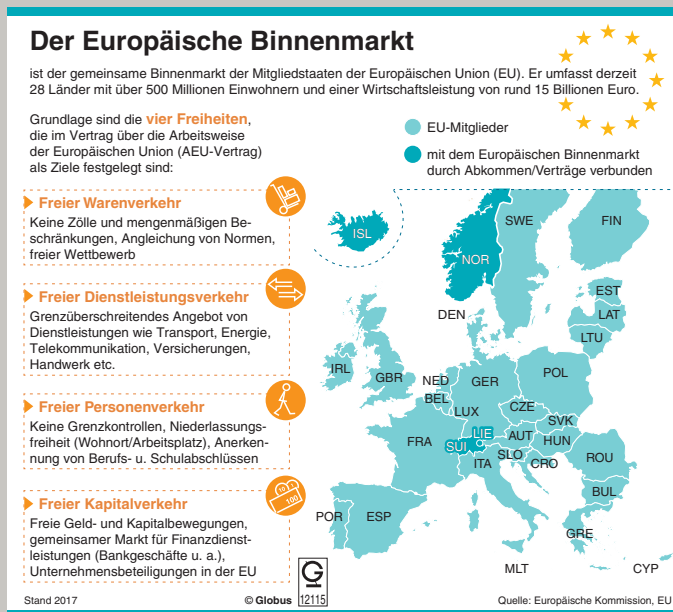
» Der Europäische Gerichtshof hat der Unionsbürgerschaft eine Statusfunktion verliehen.

3.2 Der Mehrwert der Unionsbürgerschaft gegenüber der Staatsangehörigkeit

Seit ihrer Einführung ist die Unionsbürgerschaft an die Staatsangehörigkeit in den Mitgliedstaaten gebunden, insofern vertraglich vorgeschrieben wird, dass »Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt« (Artikel 20 Absatz 1 Satz 2 AEUV). Die damit statuierte Abhängigkeit der Unionsbürgerschaft von der nationalen Staatsangehörigkeit hat der Gerichtshof respektiert und die These vertreten, dass der Erwerb oder der Verlust der Staatsangehörigkeit zugleich den

¹¹ Die Erklärung für das automatische Außerkrafttreten des Beschlusses gibt Skouris, Brexit (wie Anm. 3), hier S. 809, Fn. 26.

¹² Grundlegend EuGH, C-184/99, Rechtssache Grzelczyk, ECLI:EU:C:2001:458, Rn. 31.



Grundpfeiler sind die vier Freiheiten

Der „grenzenlose“ Binnenmarkt bildet das Herzstück der Europäischen Union (EU), und die vier Freiheiten sind seine Grundpfeiler: Mehr als 500 Millionen EU-Bürger können sich frei bewegen, ihren Wohn- und Arbeitsort in den derzeit 28 Mitgliedstaaten frei wählen. Zu dieser Freiheit gehört auch die gegenseitige Anerkennung von Schul- und Berufsabschlüssen. Die weiteren Freiheiten sind der grenzenlose zollfreie Warenverkehr, die Freiheit, Dienstleistungen im gesamten Binnenmarkt anbieten zu dürfen sowie der freie Kapitalverkehr. Er erlaubt Versicherungs- und Bankgeschäfte ohne Behinderungen im gesamten Binnenmarkt. Im Jahr 1993 wurde der Binnenmarkt auf den Weg gebracht. Die EU-Kommission spricht von mehreren Millionen Arbeitsplätzen, die dadurch geschaffen wurden, sowie von spürbaren Preissenkungen für Verbraucher, beispielsweise im Bereich Telekommunikation. Für die EU ist klar, dass zur Mitgliedschaft im Europäischen Binnenmarkt alle vier Freiheiten gehören. Mit dem geplanten Austritt Großbritanniens aus der EU (Brexit) wären die Briten auch nicht mehr im gemeinsamen Binnenmarkt. Das Verhältnis der dann 27 EU-Staaten zu Großbritannien müsste in neuen Verträgen geregelt werden. Das gilt übrigens auch für Verträge, die die EU mit Drittstaaten geschlossen hat. Auch diese Verträge müsste Großbritannien dann neu aushandeln.

DPA-Infografik 12115
 Quelle: Europäische Kommission, Datenerhebung: Stand 2017; Grafik: Karen Losacker; Redaktion: Wolfgang Fink, Jennifer Schneider.

Erwerb oder den Verlust der sich aus der Unionsbürgerschaft ergebenden Rechte mit sich bringt. Während aber der Erwerb der Staatsangehörigkeit im weiten Ermessen der Mitgliedstaaten liegt, können die Dinge bei deren Verlust anders liegen, wenn zum Beispiel die an sich berechnete Rücknahme einer Einbürgerung den Betroffenen in die Staatenlosigkeit zu schicken droht.¹³ Dass mit der Rücknahme der Einbürgerung die mit der Unionsbürgerschaft verbundenen Rechtspositionen verloren gehen, sollte bei der Ausübung der mitgliedstaatlichen Zuständigkeit mitberücksichtigt werden. Die Sorge, dass die mit der Unionsbürgerschaft verbundenen Rechte nicht

¹³ EuGH, C-135/08, Rechtssache Rottmann, ECLI:EU:C:2010:104.

gegenstandslos werden, liegt auch einer anderen Rechtsprechung zugrunde, die den aus Drittstaaten stammenden Eltern minderjähriger Unionsbürger unter bestimmten Bedingungen das Recht auf Aufenthalt und eine Arbeitserlaubnis zubilligt.¹⁴ Das gilt insbesondere, wenn die Kinder sonst gezwungen wären, das Gebiet der EU mit ihren Eltern zu verlassen und damit de facto auf die Rechte zu verzichten, die sie aus ihrem Unionsbürgerstatus ziehen. Wir haben es also mit einem aus der Unionsbürgerschaft der Kinder abgeleiteten Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen (nämlich den sorgeberechtigten Eltern) zu tun, das im Mittelpunkt mehrerer Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs liegt.

3.3 Die unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote

Wenden wir uns den unionsrechtlichen Diskriminierungsverboten zu, so fällt sofort auf, dass sie eine kontinuierliche Erweiterung erleben und an mehreren Stellen des Primär- wie des Sekundärrechts niedergelegt werden.¹⁵ Nimmt man hinzu, dass der Europäische Gerichtshof einige der in den einschlägigen Bestimmungen aufgeführten Unterscheidungsmerkmale schon vor dem Inkrafttreten des Lissaboner Vertrags einschließlich der Grundrechtecharta für verboten gehalten hat, obwohl sie von den sekundärrechtlichen Vorschriften provisorisch toleriert wurden, weil der Gerichtshof in ihnen allgemeine Grundsätze des Unionsrechts im Rang von Grundrechten erblickt hat, dann wird die ganze Tragweite der unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote sichtbar. Das Stichwort liefert hier die berühmte »Mangold«-Entscheidung.¹⁶ Sie hat dem Europäischen Gerichtshof massive Kritik gebracht, die freilich auch wegen ihrer übertriebenen Form ohne nennenswerte Resonanz geblieben ist.¹⁷ Auf den Gerichtshof geht auch die subtile Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierungen zurück, die inzwischen zum gefestigten Instrumentarium des Unionsrechts gehört.¹⁸

3.4 Die verbotenen Unterscheidungsmerkmale

Bei näherer Betrachtung der verbotenen Unterscheidungsmerkmale kann man zwei Gruppen unterscheiden.¹⁹ Zunächst sind in der Union Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit ganz allgemein zu bekämpfen und zu beseitigen, weil ein Raum ohne Binnengrenzen gleiche Rechte für alle Unionsbürger anstrebt und damit den sogenannten Fremdenstatus weitgehend überwinden will. Das in Artikel 18 AEUV niedergelegte Verbot von Diskriminierungen aus Gründen der

¹⁴ EuGH, C-34/09, Rechtssache Ruiz Zambrano, ECLI:EU:C:2011:124.

¹⁵ Vgl. einerseits Artikel 10, 18 und 19 AEUV und Artikel 21 und 23 der Grundrechtecharta sowie andererseits die Richtlinien 2002/43/EG, 2000/78/EG, 2004/113/EG und 2006/54/EG.

¹⁶ EuGH, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:420.

¹⁷ Vgl. dazu Lüder Gerken/Volker Rieble/Günter H. Roth/Torsten Stein/Rudolf Streinz (Hg.), »Mangold« als ausbrechender Rechtsakt, München 2009.

¹⁸ Vgl. dazu mit weiteren Nachweisen: Albrecht Weber, Kommentierung Artikel 23 GRCh, in: Klaus Stern/Michael Sachs (Hg.), Europäische Grundrechte-Charta: GRCh. Kommentar, München 2016, Rn. 19ff.

¹⁹ Wie von Jürgen Basedow vorgeschlagen: vgl. Jürgen Basedow, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europäischen Privatrecht, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 16 (2/2008), S. 230–251, hier S. 234ff. .

Staatsangehörigkeit hat die Funktion eines unmittelbar anwendbaren subjektiven Rechts, stellt aber daneben ein Strukturprinzip der Union dar und wird als »Leitmotiv des Vertrags« bezeichnet.²⁰ Der sachliche Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots ist weit, weil es nach der klassischen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs genügt, dass für seine Anwendung eine unionsrechtlich geregelte Situation beziehungsweise ein Sachverhalt mit Bezug zum Unionsrecht vorliegt. Dabei werden die Anforderungen zunehmend weicher, insoweit auch nur mittelbare Auswirkungen auf den innergemeinschaftsrechtlichen Austausch von Gütern und Dienstleistungen ausreichen, damit das Diskriminierungsverbot durchgreift.²¹

Die zweite Gruppe unionsrechtlicher Diskriminierungsverbote nimmt Bezug auf besondere Unterscheidungsmerkmale, die ausdrücklich verpönt werden, nämlich das Geschlecht, die Rasse, die Hautfarbe, die ethnische oder soziale Herkunft, die genetischen Eigenschaften, die Sprache, die Religion oder die Weltanschauung, die politische oder sonstige Anschauung, die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, das Vermögen, die Geburt, eine Behinderung, das Alter und die sexuelle Ausrichtung.²² Das ist eine ganze Menge und richtet sich zuallererst an die Organe der Union und die Mitgliedstaaten. Die große Frage ist, ob die verbotenen Unterscheidungsmerkmale auch für Privatverhältnisse von Bedeutung sind, oder anders formuliert, ob Private beim Abschluss und bei der inhaltlichen Ausgestaltung von Verträgen ihre Vertragspartner diskriminieren dürfen. Kann ich beispielsweise bei der Vermietung meiner Wohnung oder bei der Einstellung von Arbeitskräften allgemein Ausländer, Farbige, Muslime, Homosexuelle, Mitglieder mir unbeliebter politischer Parteien, sehr junge oder sehr alte Leute ganz ausschließen oder, wenn ich sie nicht ausschließen darf, zumindest Sondervereinbarungen treffen, die auf diese Eigenschaften Rücksicht nehmen?

» In der Union sind Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit ganz allgemein zu bekämpfen und zu beseitigen, weil ein Raum ohne Binnengrenzen gleiche Rechte für alle Unionsbürger anstrebt.

3.5 Diskriminierungsverbote in privaten Rechtsbeziehungen: Der Beitrag des Unionsrechts

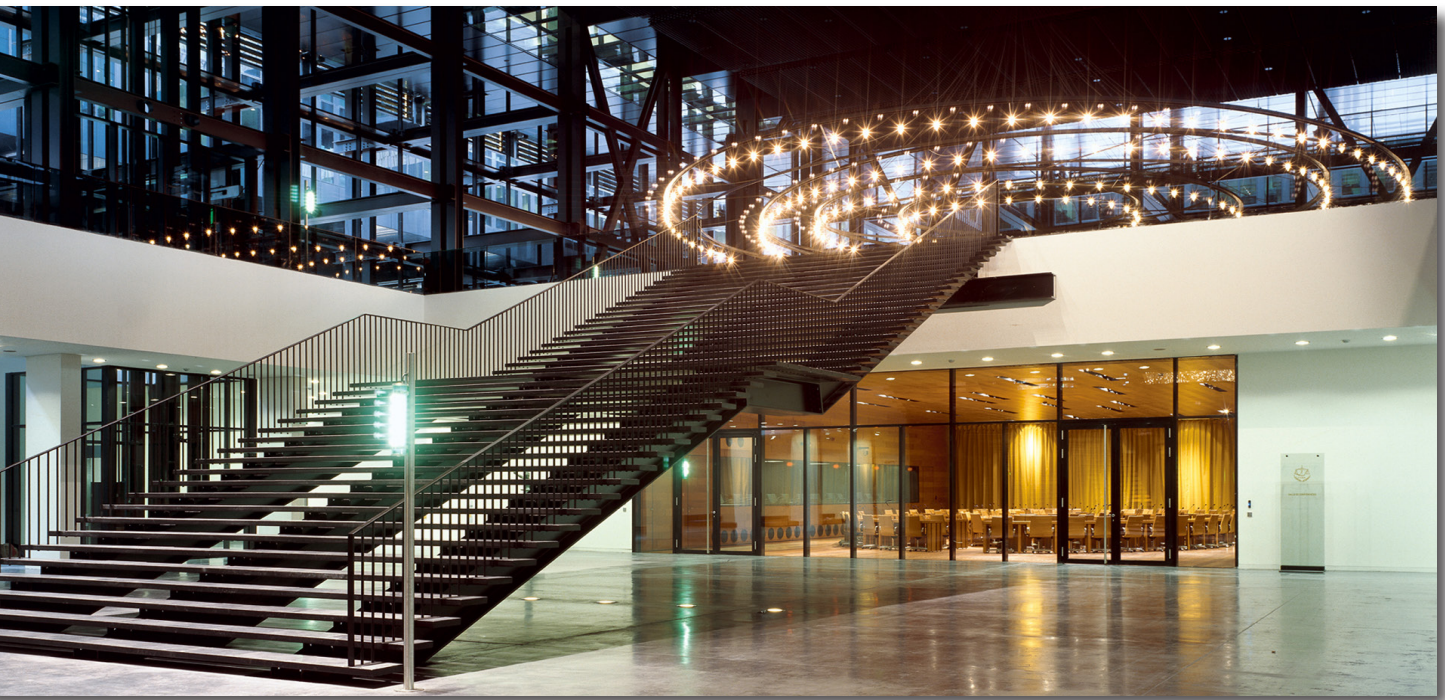
In den Stellungnahmen der deutschen Rechtslehre zur Frage der Geltung der unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote in privaten Rechtsbeziehungen behält – mit Rücksicht auf die grundrechtliche Verankerung dieser Diskriminierungsverbote – die klassische Doktrin der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten die Oberhand.²³ Sie wurde Mitte der 1950er-Jahre entworfen und hat gleich danach Eingang in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gefunden. Kürzlich wurde in einem Beschluss des Ersten Senats bekräftigt, dass die Grundrechte des Grundgesetzes in

²⁰ Astrid Epiney, Kommentierung Artikel 18 AEUV, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Aufl., München 2016, Rn. 1.

²¹ Vgl. Epiney, Artikel 18 AEUV (wie Anm. 20), hier Rn. 16ff.

²² Das ist der Inhalt von Artikel 21 Absatz 1 der Grundrechtecharta.

²³ Vgl. statt aller Hans D. Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Kommentar, 2. Aufl., München 2013, Artikel 21, Rn. 42.



Blick in die Wandelhalle des Europäischen Gerichtshofs.

Streitigkeiten unter Privaten nur im Weg der mittelbaren Drittwirkung Wirksamkeit entfalten können.²⁴ Mittelbare Drittwirkung bedeutet dabei, dass die Grundrechte von den Fachgerichten über die Generalklauseln und die unbestimmten Rechtsbegriffe des Zivilrechts zur Geltung zu bringen sind, weil sie verfassungsrechtliche Wertentscheidungen verkörpern und als »Richtlinien« in das Zivilrecht einstrahlen.²⁵

In Ausführung dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehen die Kommentatoren der einschlägigen Artikel der Grundrechtecharta meistens davon aus, dass die dort aufgeführten Diskriminierungsverbote keine unmittelbare Drittwirkung entfalten, was letztlich heißt, dass sie lediglich über die Generalklauseln des Privatrechts berücksichtigt werden können. So wird allerdings nicht ausreichend zur Kenntnis genommen, dass für eine Reihe privatrechtlicher Beziehungen eine Direktwirkung der Diskriminierungsverbote unionsrechtlich vorgeschrieben ist. Das war traditionell der Fall für die Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die sowohl auf der Ebene des EG-Vertrags als auch durch mehrere aufeinander folgende Richtlinien anerkannt wurde und den Regelungsgegenstand eines spezifischen Artikels der Grundrechtecharta bildet. Später sind zwei schon lange umgesetzte Richtlinien aus dem Jahr 2000 hinzugekommen, die alle vorhin erwähnten und in der Grundrechtecharta aufgezählten Unterscheidungsmerkmale, das heißt von der Rasse bis zum Mindest- beziehungsweise Höchstalter, im Rahmen von Beschäftigung und Beruf verbieten und damit einen großen Teil privatrechtlicher Beziehungen diskriminierungsfrei gestalten.

²⁴ BVerfG, Beschluss vom 11. April 2018, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 37 (11/2018), S. 813ff., hier S. 814, Rn. 32.

²⁵ BVerfG, Beschluss (wie Anm. 24).

Alle diese Aktivitäten des europäischen Gesetzgebers sind in Deutschland vielfach auf Skepsis gestoßen, und zwar sowohl bei Zivil- als auch bei Öffentlich-rechtlern.²⁶ Den Anlass dazu hat vielfach das Allgemeine Gleichstellungsgesetz von 2006 gegeben, das zwar zur Umsetzung der vorhin erwähnten EG-Richtlinien ergangen ist, aber in manchen Punkten über die Vorgaben des Unionsrechts hinausgehen soll.²⁷ Naturgemäß spielen in der am Anfang dieses Jahrtausends leidenschaftlich geführten Debatte verfassungsrechtliche Argumente die Hauptrolle, weil die Kritiker in der Erweiterung des Anwendungsbereichs der Diskriminierungsverbote durch die Einbeziehung privater Rechtsverhältnisse einen schweren – wenn nicht unzulässigen – Eingriff in die mit Verfassungsrang garantierte Privatautonomie erblicken.

Was vermag aber das verfassungsrechtliche Geschütz gegen das mit Vorrang ausgestattete europäische Antidiskriminierungskonzept auszurichten? Man kann der deutschen Doktrin nicht vorwerfen, das Problem nicht erkannt oder nicht genügend vertieft zu haben. Im Gegenteil sind Zahl und Gründlichkeit der diesbezüglichen Stellungnahmen wie gewohnt imponierend. Gleichwohl bleiben viele unter ihnen tradierten Modellen verhaftet und wollen die unionsrechtliche Entwicklung nationalen Standards unterwerfen.

» Was aber vermag das verfassungsrechtliche Geschütz gegen das mit Vorrang ausgestattete europäische Antidiskriminierungskonzept auszurichten?

3.6 Drittwirkungslehre und Direktwirkung von Richtlinien

Was die deutsche Rechtslehre in diesem Zusammenhang vor allem unterlässt, ist, die Drittwirkungslehre in Verbindung zu setzen zur Frage der Direktwirkung von Richtlinien, die als Bestandteile des Unionsrechts gegenüber dem mitgliedstaatlichen Recht Vorrang genießen, spätestens nach ihrer Umsetzung in nationales Recht auch Privatpersonen unmittelbar berechtigen und verpflichten und damit die Drittwirkungsproblematik eigentlich überholen. Auf diese Weise kommt den in den einschlägigen Artikeln der Grundrechtecharta niedergelegten Diskriminierungsverbote für wichtige Lebensbereiche faktisch unmittelbare Wirkung zu – wenn auch über den Umweg und in den Grenzen der spezifischen Antidiskriminierungsrichtlinien.

Damit muss das gesamte Arbeits- und Berufsleben diskriminierungsfrei bleiben, sodass die vorhin gestellte Frage zur Möglichkeit einer Nichteinstellung von Arbeitskräften auf der Basis eigener Vorstellungen des Arbeitsgebers über Herkunft, Rasse, Religion, politische Überzeugungen der Bewerber mit einem »Nein« zu beantworten ist. Nicht ähnlich eindeutig ist das Schicksal des anderen Beispiels mit der Wohnungsvermietung, obwohl man – wie ich meine: sehr wahrscheinlich – zum gleichen Ergebnis gelangen wird. Im Hinblick auf den sozialen Fortschritt in unserer offenen Gesellschaft und unter Einbeziehung der unionsrechtlichen

²⁶ Nachweise bei Matthias Jestaedt, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, 1. Bericht, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 64 (2005), S. 298–354, hier S. 300ff.

²⁷ Vgl. zum Folgenden Vassilios Skouris, Das Prinzip Vertragsfreiheit aus der Sicht eines Außenstehers, in: Anatol Dutta/Christian Heinze (Hg.), »Mehr Freiheit wagen«. Beiträge zur Emeritierung von Jürgen Basedow, Tübingen 2018, S. 15–32, hier S. 24.

Dimension sind nämlich selbst bei Aufrechterhaltung des Instruments der mittelbaren Drittwirkung Differenzierungen nach Abstammung, Farbe, Sprache, Religion, politischer Anschauung und so weiter heute nicht zu tolerieren und dürfen in privatrechtlichen Verträgen grundsätzlich keinen Platz mehr finden.²⁸

4. Autonomie des Unionsrechts: Die Verbindung mit dem Rechtsschutz

Mein letzter Punkt betrifft eine neuere Entwicklung, die vom Gerichtshof eingeleitet wurde und ein bewährtes Prinzip in ein neues Licht setzt. Es handelt sich um die Autonomie des Unionsrechts – eine Eigenschaft, die in der einmaligen Natur der Europäischen Union begründet ist und seit Langem in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs einen privilegierten Platz einnimmt.

4.1 Das Gutachten 2/13

Seit dem Gutachten 2/13 zum Entwurf des Abkommens zum Beitritt der EU zur Europäischen Menschenrechtskonvention, das Ende 2014 vom Plenum des Gerichtshofs erstattet wurde, kommt der Autonomie des Unionsrechts eine noch wichtigere Funktion zu.²⁹ Denn der Europäische Gerichtshof geht von der Prämisse aus, dass eine internationale Übereinkunft die in den Verträgen festgelegte Zuständigkeitsordnung und damit die Autonomie des unionalen Rechtsmodells nicht beeinträchtigen darf. Die Mitgliedstaaten hätten sich nämlich durch Artikel 344 AEUV verpflichtet, Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge nicht anders als hierin vorgesehen zu regeln. Um jetzt die besonderen Merkmale und

» Der springende Punkt ist, welche Folgen aus der aufgewerteten Autonomie des Unionsrechts in Bezug auf das unionale Gerichtssystem gezogen werden.

die Autonomie des Unionsrechts zu erhalten, hätten die Verträge ein Gerichtssystem geschaffen, das die Kohärenz und die Einheitlichkeit bei der Auslegung dieses Rechts gewährleisten soll. Ein Schlüsselement des so gestalteten Gerichtssystems soll in dem in Artikel 267 AEUV niedergelegten Vorabentscheidungsverfahren bestehen, das durch die Einführung eines Dialogs zwischen dem Gerichtshof und den Gerichten der Mitgliedstaaten die einheitliche Auslegung des Unionsrechts sichern und

damit die Kohärenz, die volle Geltung und letztlich die Autonomie und den eigenen Charakter des durch die Verträge geschaffenen Rechts garantieren soll.

Der springende Punkt ist, welche Folgen aus dieser so aufgewerteten Autonomie des Unionsrechts gerade in Bezug auf das unionale Gerichtssystem gezogen werden. Beim Gutachten 2/13 über den Beitritt zur Europäischen Menschenrechtskonvention wurde zum einen moniert, dass die durch Artikel 344 AEUV von den Mitgliedstaaten übernommene Verpflichtung, alle das Unionsrecht betreffenden Streitigkeiten dem unionsrechtlichen Gerichtsregime zu unterwerfen, nicht beachtet

²⁸ Siehe Nachweise bei Skouris, Vertragsfreiheit (wie Anm. 27), S. 25f.

²⁹ EuGH, Gutachten 2/13 (Plenum), ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 166ff.

wurde. Denn das geplante Beitrittsabkommen träfe keine Vorkehrungen dagegen, dass die Mitgliedstaaten und die Union von der ihnen durch die Europäische Menschenrechtskonvention zustehenden Befugnis Gebrauch machen und gegeneinander Klagen wegen Verletzung von Vorschriften der Konvention vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte auch in Fällen erheben, wo es um die Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention im materiellen Anwendungsbereich des Unionsrechts geht. Im Hinblick auf das unionsrechtliche Vorabentscheidungsverfahren gibt der Luxemburger Gerichtshof zu bedenken, Artikel 267 AEUV könnte dadurch Schaden nehmen, dass das der Europäischen Menschenrechtskonvention beigelegte Protokoll Nr. 16 die höchsten Gerichte der Mitgliedstaaten des Europarats ermächtigt, den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte um Gutachten über die Auslegung der Europäischen Menschenrechtskonvention zu bitten. Für den Fall, dass Rechte in Rede stehen, die durch die Grundrechtecharta gewährleistet werden und den in der Europäischen Menschenrechtskonvention niedergelegten Rechten entsprechen, lässt das Beitrittsabkommen offen, dass die gemäß Artikel 267 Absatz 3 AEUV zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof verpflichteten Gerichte der EU-Mitgliedstaaten auf das Protokoll Nr. 16 ausweichen, die Auslegungsfrage dem Straßburger Gerichtshof anvertrauen und damit ihre Pflichten aus Artikel 267 AEUV verletzen.

4.2 Die Rechtssache »Achmea«

Diese besondere Verbindung der Autonomie des Unionsrechts mit dem unionalen Gerichtssystem kommt in einem kürzlich ergangenen wichtigen Urteil der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs noch stärker zum Ausdruck, bei dem es um die Frage ging, ob und inwieweit die obligatorische Anrufung von Schiedsgerichten für Streitigkeiten bei der Anwendung bilateraler Investitionsschutzabkommen mit Unionsrecht vereinbar war.³⁰ Hier stand zur Debatte, dass nach einem im Jahr 1991 zwischen den Niederlanden und der Slowakei geschlossenen Abkommen Investoren aus diesen Mitgliedstaaten im Fall von Streitigkeiten über ihre Investitionen im anderen Mitgliedstaat ein Schiedsgericht anrufen konnten, dessen Jurisdiktion sich die beiden Mitgliedstaaten im Abkommen unterworfen hatten. Der dem Institut der Schiedsgerichtsbarkeit grundsätzlich nicht abgeneigte Gerichtshof hat hier Bedenken angemeldet, die – wie beim Gutachten 2/13 – genau auf der Verbindung von Artikel 344 mit Artikel 267 AEUV gegründet waren. Mit Rücksicht darauf, dass das im Investitionsschutzabkommen vorgesehene Schiedsgericht auch Unionsrecht und insbesondere die Vertragsbestimmungen über die Niederlassungsfreiheit und die Kapitalverkehrsfreiheit auszulegen und anzuwenden hätte, müsste dieses Rechtsprechungsorgan sich in das unionale Gerichtssystem eingliedern können. Dies sei aber nicht der Fall, weil das betreffende Schiedsgericht kein Gericht im Sinne von Artikel 267 AEUV sei und daher keine Gewähr bestehe, dass die mit dem einschlägigen Unionsrecht zusammenhängenden Fragen dem Europäischen Gerichtshof zur Beantwortung unterbreitet werden könnten. Unter diesen Bedingungen kommt der Gerichtshof zum Ergebnis, dass das auf dem Investitionsschutzabkommen beruhende Schiedsgerichtssystem die Autonomie des Unionsrechts beeinträchtigen würde.

³⁰ EuGH, C-284/16, Rechtssache Achmea, ECLI:EU:C:2018:158.

4.3 Das neue Gesicht der Autonomie

Es ist wohl richtig zu schließen, dass der Europäische Gerichtshof durch seine neue Rechtsprechung die aus der Autonomie des Unionsrechts abgeleiteten Anforderungen erhöht und insbesondere das durch die Verträge errichtete unionale Gerichtssystem stark in den Vordergrund schiebt. Haben bislang eher materielle Elemente die Autonomiediskussion beherrscht, wie der Vorrang und die unmittelbare Wirkung des Unionsrechts, so werden sie neuerdings mit verfahrensrechtlichen Bestimmungen wie Artikel 344 und 267 AEUV angereichert und abgerundet.

➤ Das ist ein harter Schlag gegen das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens unter den Mitgliedstaaten, das zu den Fundamenten der EU gehört.

Man darf zwar nicht übersehen, dass sowohl das Gutachten 2/13 über den Beitritt zur Europäischen Menschenrechtskonvention als auch das Urteil zur Einschränkung der Schiedsgerichtsbarkeit bei Investitionsschutzabkommen auf starke Kritik gestoßen sind. Was das Gutachten 2/13 betrifft, habe ich den Eindruck, dass eine gewisse Ruhe ein-

getreten ist, die erste Welle der Enttäuschung über die angeblich vom Europäischen Gerichtshof bezweckte Abkapselung des Unionsrechts scheint vorüber zu sein – die Beziehungen zwischen den beiden Gerichtshöfen haben keinen Schaden erlitten, sondern setzen sich durch Treffen in einem jährlichen Turnus fort. Das Urteil in der Rechtssache »Achmea« ist dagegen noch relativ frisch und hat wahrscheinlich einen empfindlichen Nerv getroffen, insofern sich das Schiedsgerichtssystem bei Investitionsabkommen offensichtlich großer Beliebtheit erfreute. Die Stellungnahmen in der Literatur sind durchweg negativ, das Urteil wird als erneuter Beweis dafür gesehen, dass der Europäische Gerichtshof durch sein Autonomieverständnis internationale Kooperationen erheblich erschwert. Doch sollte hier zur Kenntnis genommen werden, dass es um Klagen von Investoren gegen Mitgliedstaaten geht, die auf der Grundlage des Investitionsabkommens Schiedsgerichten zugewiesen sind: Nicht der Normalfall der vom Europäischen Gerichtshof gebilligten sogenannten kommerziellen Schiedsgerichtsbarkeit liegt also vor, wo zwei Parteien durch Vertrag ihren Streit einem Schiedsgericht anvertrauen, sondern es geht um Klagen von Investoren gegen einen EU-Mitgliedstaat, die normalerweise von den Gerichten dieses Mitgliedstaats zu entscheiden wären. Die Einschaltung institutionalisierter Schiedsgerichte stellt das Niveau der staatlichen Gerichtsbarkeit im Investitionsland infrage und bringt das Misstrauen der Investoren gegenüber den staatlichen Gerichten zum Ausdruck. Das ist aber ein harter Schlag gegen das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens unter den Mitgliedstaaten, das zu den Fundamenten der EU gehört – eigentlich die Grundlage der europäischen Integration bildet. Die Mitgliedstaaten kommen zusammen, weil sie sich gegenseitig vertrauen und ihre Rechtsordnungen als gleichrangig betrachten. Das durch die Einrichtung einer ständigen Schiedsgerichtsbarkeit für Streitigkeiten von Investoren gegen Mitgliedstaaten zum Ausdruck kommende Misstrauen in die betreffenden Rechtsordnungen ist deshalb nicht akzeptabel.³¹

³¹ Vgl. hierzu Hélène Ruiz-Fabri/Emmanuel Gaillard (Hg.), *EU Law and International Investment Arbitration*, Huntington/New York 2018, insbesondere den Beitrag Vassilios Skouris, *Recourse to International Arbitration as A Means of Settlement of Disputes to Which EU Law May Be Applicable*, S. 191–202 nebst Diskussion auf S. 203–222.



5. Schlussbemerkung

Vassilios Skouris mit
Christoph Krönke von
der Ludwig-Maximilians-
Universität München.

Dem Gerichtshof ist daher beizupflichten, wenn er das gegenseitige Vertrauen unter den Mitgliedstaaten wiederherstellt und die jeweiligen Rechtsschutzsysteme für grundsätzlich gleichrangig und vertrauenswürdig hält. Meine Schlussbemerkung zielt insofern auf die integrationsfördernde Funktion des Vorabentscheidungsverfahrens und seine Bedeutung für das Prinzip des gegenseitigen Vertrauens unter den Mitgliedstaaten. Diese Entwicklung wird im Übrigen von der bewährten Kooperation zwischen dem Europäischen Gerichtshof und den mitgliedstaatlichen Gerichten beflügelt. Sie ist von der Absicht getragen, das in seiner Art einzigartige Vorabentscheidungsverfahren, das – wie bereits erwähnt – vom Gerichtshof als das »Schlüsselement« des unionalen Gerichtssystems bezeichnet wird, so zu gestalten, dass die nationalen Richter auf das Instrument häufig zurückgreifen, weil sie auf ihre Zusammenarbeit mit dem Europäischen Gerichtshof Wert legen und in ihren Erwartungen nicht enttäuscht werden. Es ist bemerkenswert, dass heute ungefähr drei Viertel der beim Europäischen Gerichtshof eingehenden Verfahren Vorlagen der nationalen Gerichte zum Gegenstand haben. Das ist das Ergebnis des vor 15 Jahren unternommenen Versuchs, das Vorabentscheidungsverfahren bewusst in den Mittelpunkt aller internen Reformvorhaben zu stellen und mit normativen Begleitmaßnahmen zu flankieren, um den Richtern in den Mitgliedstaaten zeitnahe Antworten geben zu können. In diesem letzten Punkt – das heißt in dem überaus erfolgreichen Zusammenwirken des unionalen mit dem nationalen Richter – liegt wohl der größte Beitrag des Europäischen Gerichtshofs zur Integration! 

BETTINA LIMPERG

Die Lage der ordentlichen Gerichtsbarkeit



Bettina Limperg
ist seit dem 1. Juli 2014
Präsidentin des Bundes-
gerichtshofs und zugleich die
erste Frau in diesem Amt.

1. Drei Geschichten zum Zustand der deutschen ordentlichen Justiz

Die Lage der ordentlichen Gerichtsbarkeit ist »ernst, aber nicht hoffnungslos«, mit diesem Spruch zu beginnen, dazu fordert der Blick auf die Lage der ordentlichen Gerichtsbarkeit geradezu heraus. Den Kalauer, dass die Lage hoffnungslos, aber nicht ernst ist, spare ich mir.

Aber ganz im Ernst! Wie ist die Situation der ordentlichen Gerichtsbarkeit? Es kommt – wie so oft – darauf an: Erstens, wen man fragt, zweitens aus welcher Perspektive man die Frage stellt und drittens natürlich und vor allem, welche Erwartungen man an die ordentliche Gerichtsbarkeit als wesentlichen Teil der dritten Gewalt hat.

In Vorbereitung dieses Beitrags ist mir aufgefallen, dass ich zum Zustand der deutschen ordentlichen Justiz parallel und zu verschiedenen Anlässen mindestens drei Geschichten erzähle:

Die erste Geschichte, die ich überwiegend im Ausland, in Europa und außerhalb Europas erzähle, ist eine große Erfolgsgeschichte: die Ausprägung der guten deutschen, von Dogmatik und Methodik geprägten Rechtstradition, das hohe Lied gelungener Gewaltenteilung und institutioneller Unabhängigkeit, die beeindruckende Effizienz und gleichzeitige Güte gerichtlicher Entscheidungen und last not least die durchweg sehr hohe, durch Umfragen wie Roland-Rechtsreport belegte Akzeptanz der dritten Gewalt bei den Rechtsunterworfenen, vor allem also bei den Bürgerinnen und Bürgern. Ich berichte all dies mit großer Überzeugung und mit wechselnden, aber stets treffenden Beispielen.

Die zweite Geschichte, die ich ebenfalls für wahr halte, die ich aber eher im Inland, bei Tagungen und Vorträgen erzähle, ist etwas differenzierter und facettenreicher. Sie weist quasi als 3D-Modell mehr Licht- und mehr Schatteneffekte auf, was insgesamt aber immer noch ein sehr hübsches Bild von der Justiz ergibt. In meine Erzählung füge ich hier meiner ersten Erfolgsgeschichte ergänzend »in der Regel«, »grundsätzlich«, »in der weit überwiegenden Zahl der Fälle«, mit anderen Worten relativierende Satzkomponenten, ein. Diese Relativierungen



können allerdings irritierend wirken. Sie werden zugeben, dass der Satz »die richterliche Unabhängigkeit ist in der Regel gewährleistet«, die Juristin aufhören lässt, ebenso wie der Satz »die Eigenständigkeit der dritten Gewalt wird grundsätzlich respektiert«. Jede und jeder würde sofort und mit Recht nach der Ausnahme fragen.

Die dritte Geschichte erzähle ich eigentlich nur mir selbst, manchmal zu sehr fortgeschrittener Stunde auch Gleichgesinnten, verstehenden und vertrauten Gesprächspartnerinnen oder Gesprächspartnern. Sie handelt von respektlosen Äußerungen oder institutioneller Ignoranz in Bezug auf die Justiz als Ganzes, gelegentlich auch durch öffentliche Amtsträger, oder von einer generalisierenden Verunglimpfung des Berufsstandes der Richter, Staatsanwälte oder Rechtsanwälte im Ganzen – gerade im Jahr 2018 gab es eine Reihe solcher Bemerkungen, auch von Persönlichkeiten, die damit bisher nicht aufgefallen waren.

Gleichwohl möchte ich mein Thema von der »Lage der ordentlichen Gerichtsbarkeit« auf die erste und zweite Erzählung begrenzen und mich des Weiteren auf eine generalisierende Sicht beschränken, die sicherlich durch Peter Küspert auf das Trefflichste in Bezug auf die bayerische Gerichtsbarkeit vertieft und verfeinert – und vermutlich auch wieder aufgehehlt wird. Ich werde im Folgenden die Lage der ordentlichen Gerichtsbarkeit beleuchten und dabei versuchen, zunächst eine Außenansicht einzunehmen und daran eine Binnensicht anzuschließen sowie daran anknüpfend Handlungsfelder für den Bund und die Länder benennen, die zur Stabilisierung der deutschen ordentlichen Gerichtsbarkeit beitragen könnten.

Amtsgerichte sind die erste Instanz für Zivil- und Strafsachen im Rahmen der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

2. Perspektiven

Die Lage der ordentlichen Gerichtsbarkeit ist sicherlich mindestens aus zwei Perspektiven zu beleuchten: einer äußeren und einer inneren Sicht.

2.1 Äußere Sicht

Die äußere Seite oder die Sicht auf die ordentliche Gerichtsbarkeit wird geprägt durch wiederum zwei Komponenten: eine erstens (noch) grundsätzlich sehr hoch ausgeprägten generellen Zustimmung der Bevölkerung, die mir zweitens in Fachkreisen, also insbesondere bei Anwältinnen und Anwälten, aber auch Vertretern der Wirtschaft sogar noch ausgeprägter erscheint.

Der Roland-Rechtsreport verzeichnet auch in diesem Jahr eine im Allgemeinen hohe Zustimmung der Bevölkerung. 64 Prozent der Bürgerinnen und Bürger haben

» Nur jeder Dritte hat großen Respekt vor Richtern, nur jeder Vierte glaubt, dass man sich bei der deutschen Justiz darauf verlassen kann, dass alles mit rechten Dingen zugeht.

sehr viel oder ziemlich viel Vertrauen in das Rechtssystem (zum Vergleich: zur Polizei haben 74 Prozent ein solches Vertrauen, zu mittleren und kleineren Unternehmen 78 Prozent, zur Verwaltung im Allgemeinen und zu Zeitungen 43 Prozent, die Bundesregierung hat bei Erhebung der Umfrage im Januar 2018 eine Zustimmungsquote mit viel oder ziemlich viel Vertrauen von 34 Prozent erreicht). Das sieht zunächst recht gut aus für die Justiz.

Erschrocken bin ich bei den verfeinernden Fragen, die das erwähnte Grundvertrauen auch tatsächlich nicht recht erklären können. So hat nur jeder Dritte großen Respekt vor Richtern, nur jeder Vierte glaubt, dass man sich bei der deutschen Justiz darauf verlassen kann, dass alles mit rechten Dingen zugeht. Im Osten glauben das sogar nur 14 Prozent. Ebenfalls nur jeder Vierte, im Osten sogar nur jeder Fünfte glaubt, dass die Richter gründlich und gewissenhaft arbeiten. Dazu passt der signifikant angestiegene Wert zu der Frage nach einer Überlastung der Justiz auf nunmehr 77 Prozent Zustimmung (von 60 Prozent im Jahr 2010).

Die Gesamtschau belegt damit, dass die Bevölkerung – im Westen mehr als im Osten – der Justiz einen hohen, im Grunde aber nicht (mehr) belegten Vertrauensvorschluss oder -überschuss entgegenbringt, der nicht (mehr) belastbar ist. Genau das aber muss Sorge bereiten. Gerade nicht belegtes Vertrauen – in der Psychologie vielleicht mit Urvertrauen gleichzusetzen – ist etwas, das, ist es einmal verscherzt, kaum oder nur sehr schwer wieder aufzubauen ist. Wir sehen das in vielen anderen Bereichen der öffentlichen Wahrnehmung, die einen solchen Ansehensverlust bereits hinter sich haben. In Summe nährt das das Gefühl der Bürgerinnen und Bürger, dass etwas schief läuft in Deutschland, mit allen Folgen für das Anwachsen des Populismus. Wäre mit anderen Worten der Roland-Rechtsreport die Pisa-Studie der Justiz, es müsste bei solchen Werten einen gewaltigen Aufschrei geben.

2.2 Innere Sicht

Nach meinem Eindruck ist oder war aber auch der Blick der Justiz auf sich selbst in den vergangenen Jahren in einem gewissen Abwärtstrend. Leider haben wir dazu keine belastbaren Zahlen oder gleichmäßige Erhebungen: Die im europäischen

Kontext erhobenen Umfragen geben nur einen teilweisen Einblick, systematische inländische Erhebungen, wie jüngst die Belastungsuntersuchung aus der bayerischen Justiz, liegen nur vereinzelt vor. Woran liegt es, dass in der Justiz nur gedämpfte Gefühle von der eigenen Kraft und Leistungsfähigkeit im Vordergrund stehen?

Ganz verallgemeinernd wird man hinsichtlich der letzten Jahre anführen können, dass die hohen Effizienzsteigerungen – etwa durch weitgehende Abschaffung des Kammerprinzips und zunehmende Möglichkeiten der Beschlussfassung in schriftlichen Verfahren, die zunehmende Komplexität von Verfahren, die hohen Ansprüche des europäischen Rechtsraums und der sowohl strafrechtlich als auch zivilgerichtlich spürbare Druck der Globalisierung – die Gerichte und Staatsanwaltschaften an den Rand der Belastbarkeit, teilweise weit darüber hinaus gebracht haben. Die Justiz, jedenfalls die ordentliche Gerichtsbarkeit, kommt mir in einem Wort zusammengefasst »erschöpft« vor, wie ein großes, zwar noch glänzendes Behältnis, dem aber das Fluidum, der Esprit abhandengekommen ist.

Zwar ist in den letzten Jahren jedenfalls in einzelnen Ländern eine gewisse Trendwende eingeleitet. Nicht nur ist die Wertschätzung für die Justiz, jedenfalls seitens der Fachministerien, wieder sichtbarer geworden, auch sind deutliche und spürbare Anstrengungen zu einer besseren Ausstattung in personeller und sächlicher Hinsicht erfolgt. Allerdings trifft das längst noch nicht für alle Justizen der Länder zu und ist damit für das Gesamtbild noch nicht prägend geworden. So wird vielfach von Problemen berichtet, noch geeignet erscheinende Bewerber für den höheren Justizdienst zu gewinnen. Insgesamt scheint die Attraktivität des Berufsbildes abgenommen zu haben.



Das Bürgerliche Gesetzbuch ist seit 1900 Grundlage des allgemeinen Privatrechts in Deutschland. Die ursprüngliche Fassung stammt aus dem Jahr 1896, ebenso wie die oben abgebildete Textausgabe.

2.3 Reformaktivitäten

Auch der Bundesgesetzgeber hat – jedenfalls theoretisch – verstanden, dass die Justiz entlastet werden muss und wenigstens gewisse Verfahrenserleichterungen als Zielmarke definiert. Gerade aber die Reform des Strafprozesses ist auf halber Strecke steckengeblieben und viele kluge Gedanken des sogenannten Strafkammetages – einer von der Runde der Oberlandesgerichtspräsidentinnen und -präsidenten sowie des Kammergerichts und Bundesgerichtshofs initiierten und durchgeführten Zusammenkunft von strafrechtlichen Praktikern – sind zwar von der Anwaltschaft laut diskreditiert, von der Politik aber nicht spürbar wahrgenommen worden.

In dieser Situation sollte der »Pakt für den Rechtsstaat« ein Highlight der Rechtspolitik der neuen Bundesregierung abbilden. Ich habe möglicherweise das Wesen dieses Paktes noch nicht richtig verstanden: Aber weder sehe ich, wie der Bund annähernd 4 000 Stellen – 2 000 für Richter und Staatsanwälte und nochmals so viele für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter – in die Länder bringen könnte noch wie Sachmittel des Bundes in Justizhaushalte der Länder eingebracht werden sollten.



Die Justiz, jedenfalls die ordentliche Gerichtsbarkeit, kommt mir »erschöpft« vor, wie ein großes, zwar noch glänzendes Behältnis, dem aber das Fluidum, der Esprit abhandengekommen ist.



Es schadet der Justiz nicht, sich mit ihren Konkurrenten auseinanderzusetzen und etwa zu schauen, was die Schiedsverfahren so attraktiv macht.

Auch der angedeutete Weg, die IT der Justiz bundesgeleitet zu stärken, zu bündeln und zu unterstützen kann angesichts der im Föderalismus vorgesehenen und seit Jahren mit größtem Aufwand beschrittenen Wege der Einführung der elektronischen

Akten und des elektronischen Rechtsverkehrs kaum gelingen. Die drei Länder Baden-Württemberg, Bayern und Nordrhein-Westfalen haben bereits erhebliche Anstrengungen unternommen, Wege der Elektronifizierung einzuschlagen. Trotz großen Bedarfs an finanzieller und persönlicher Ausstattung der entsprechenden Leitprojekte sehe ich nicht, wie sich der Bund hier sinnvoll einbringen könnte. Vielleicht könnte der Bund die eine oder andere

Kabeltrasse und Datenleitung von Nord nach Süd und Ost nach West voranbringen, aber ich fürchte, auch insoweit dürften Grenzen gesetzt sein.

Letztlich werden es die für die Justizen zuständigen Länder selbst in die Hand nehmen müssen. Dafür sind allerdings – neben schlichten Stellenerhöhungen – erhebliche Anstrengungen erforderlich, die ich im Folgenden nur anreißen kann:

1. Die Justiz muss in die Lage versetzt werden, sich selbstkritisch zu hinterfragen und sich mit eigenem Anspruch und ihrer Wirkung beziehungsweise Wirklichkeit zu befassen. Dazu gehört die Reflexion des Berufsbildes, der Aufgaben und Bedingungen ebenso wie das Bewusstsein der Verantwortung, die mit richterlichem Ethos auszufüllen ist. Es schadet der Justiz auch nicht, sich mit ihren Konkurrenten auseinanderzusetzen und etwa zu schauen, was die Schiedsverfahren so attraktiv macht. Dazu gehört sicherlich auch ein aktives Verfahrensmanagement, hohe Spezialisierung und verlässliche Kontinuität.
2. In Maßnahmenbündeln der Länder müssen, das scheint mir auf der Hand zu liegen, auch Aussagen getroffen werden zu Ausbildung, Fortbildung, Supervision beziehungsweise Coaching und modernen Führungsinstrumenten. In diesen Segmenten muss die Justiz investieren und Angebote schaffen, notfalls auch verpflichtende Elemente vorsehen. Gerade der stets entscheidungsverpflichtete Richter muss sich entlasten können, um wach, aufmerksam und spannungsreich zu bleiben.
3. Auch das europäische Recht mit all seinen Herausforderungen für die nationale Rechtsprechung stellt uns vor erhebliche Herausforderungen. In meinem Kartellsenat diskutieren wir nicht selten intensiver, ob ein »Acte clair« vorliegt als unsere eigentlich für richtig empfundene Entscheidung. In diesem Zusammenhang wäre – als Exkurs – auch zu denken an eine Reform der Vorabentscheidungsverfahren durch Einbindung der jeweils obersten nationalen Instanzen. Jedenfalls für den Bundesgerichtshof kann ich sagen, dass wir gelegentlich zu einer Vorlage eines nationalen Instanzgerichts nochmals eine grundsätzliche Entscheidung hätten treffen wollen beziehungsweise wenigstens eine Anhörung des Europäischen Gerichtshofs gewünscht hätten, bevor dieser in der Sache entschieden hätte.
4. Politik muss der Justiz als Teil der dritten Gewalt den ihr zukommenden Raum belassen. Damit ist Kritik an der Justiz zwar nicht unzulässig, aber die Grundüberzeugung von der Notwendigkeit einer unabhängigen dritten Gewalt muss im politischen Diskurs jederzeit erkennbar sein.



5. Die Gesellschaft muss in einen Prozess und letztlich eine Strategie der Überzeugung von der Notwendigkeit einer unabhängigen Justiz eingebunden und mitgenommen werden. Das kann durch eine leistungsstarke Presse- und Öffentlichkeitsarbeit, aber auch durch Tage der offenen Tür und Einblicke in den Arbeitsalltag der Justiz gelingen. Medien als Teil der Gesellschaft müssen professionell eingebunden und fortlaufend informiert werden. Es muss Zeit und Raum für Hintergrundgespräche und erklärende Ansprachen gewährt und durch bestens ausgestattete Pressesprecher und Öffentlichkeitsarbeitende vermittelt werden. Die Informationspolitik der Justizen muss und kann verbessert werden. Gute Webseiten mit allgemeinen Informationen, Formularwesen und Ansprechpartnerangeboten, Vorträge und Angebote zum Anfassen können Vertrauen erwecken und belastbar werden lassen.
6. Aber auch der Bund könnte sich an einem Pakt für den Rechtsstaat konkret und zügig beteiligen. Es könnten beispielsweise zwei starke Enquete-Kommissionen eingesetzt werden, die sich des Zivil- und Strafprozesses aus der Sicht der Praxis und der praktischen Bedürfnisse der Verfahrensbeteiligten annehmen. Eine diesen Namen verdienende Beteiligung an wesentlichen Gesetzeswerken, die etwa nicht nur eine Woche Frist zur Stellungnahme zur Musterfeststellungsklage vorsieht, müsste institutionalisiert werden. Eine Politik des »Gehörtwerdens« wäre auch im justiziellen Umfeld wünschenswert. Gestärkt werden könnten auch Erkenntnisse zu »Justizdaten«. Rechtstatsächliche Forschung, wissenschaftliche Erkenntnisse zu Entscheidungsbedingungen und Einflussfaktoren etc. sind kaum vorhanden.

Das Erbgroßherzogliche Palais des Erbgroßherzogs Friedrich II. von Baden in Karlsruhe ist heute Sitz des Bundesgerichtshofs.

7. Es könnte – gerne auch massiv – in die IT-Ausstattung und die Konzeption des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte des Bundes investiert werden durch Personal- und Sachmittel.
8. Die große europäische Verantwortung der Obersten Bundesgerichte und des Generalbundesanwaltes muss stärker unterstützt und die zahlreiche Teilnahme von Richterinnen und Richtern an Rechtsstaatdialogen aller Art angemessen in den Personalbedarf eingepreist werden. Auch die Übersetzung wenigstens ausgewählter Entscheidungen in die englische und französische Sprache sollte ermöglicht werden. Angelika Nussberger etwa weist immer wieder mit Recht darauf hin, dass gute deutsche Entscheidungen nicht wahrgenommen werden, weil sie schlicht keiner lesen kann.
9. Auch möchte ich nicht verhehlen, dass auch Bundesrichterinnen und -richter sich über gelegentliche Wertschätzung freuen und zwar eine solche, die die Aufgaben der Bundesgerichte, Grundsatzfragen zu klären, die Einheitlichkeit der Rechtsordnung zu wahren und die Fortentwicklung des Rechts zu gewährleisten, ernst nähme – und nicht aus Verlegenheit immer neue und unbehelfliche

Bibliothek des Bundes-
gerichtshofs in Karlsruhe.



Rechtsmittel schafft, damit nach einer in der Regel ausgezeichnet arbeitenden Landesjustiz noch einmal jemand »drüberschaut«. Dass der Bundesgerichtshof seit Jahren vergeblich für ein verstetigtes »Filtersystem« im Bereich der Nichtzulassungsbeschwerden kämpft, um das europäische Partner uns im Übrigen aus Gründen der Effizienz und Effektivität beneiden, gehört zu den Dingen, für die ich kein Verständnis mehr habe.

Ich habe, damit komme ich zum Schluss, in der guten alten Zeitschrift *Die Öffentliche Verwaltung* einen Aufsatz zur Theorie der »Public Service Motivation« gesehen und neugierig hineingeblättert.¹ Dort ist in schönem Soziologendeutsch unter anderem dargelegt, dass der öffentliche Dienst, da er nicht mit Reichtümern und auch nicht mit individualisierten Anreizen der Bezahlung locken kann, auf andere Techniken der Motivation setzen muss. Das ist richtig und auch ich glaube, dass es vor allem die Menschenbildung ist, die im Richter- und Staatsanwaltsamt betont werden muss. Insofern ist intrinsische Motivation sicherlich ein Zauberwort. Gleichwohl schiene mir als letzter Aspekt eines Paktes für den Rechtsstaat die Rückführung der R-Besoldung in eine bundesweite Regelung notwendig. Wir haben einen Wettbewerb der Schäßigkeit bei der Besoldung erlebt, der zu erwartbaren, erheblichen Unterschieden zwischen den Ländern geführt hat. Neben allen ohnehin ausgeprägten Nachwuchsproblemen, die sich aus der Altersstruktur der Justiz und den Problemen der Altersentwicklung der Bevölkerung herleiten, wäre dies mit Sicherheit ein Aspekt, der Personalgewinnung erleichtern könnte – auch wenn ich sehe, dass hier es an diesem Ort wieder einmal anders sein dürfte: Bayern ist Spitzenreiter bei der Besoldung. Andere Bundesländer und Stadtstaaten indes haben ganz erhebliche Etatprobleme, die Justizminister gegen Finanzminister offenbar nicht allein lösen können.

» Wir haben einen Wettbewerb der Schäßigkeit bei der Besoldung erlebt, der zu erwartbaren, erheblichen Unterschieden zwischen den Ländern geführt hat.

3. Stabiler Rechtsstaat als Teil der europäischen Rechtskultur

Der Zustand der ordentlichen Gerichtsbarkeit ist ernst, aber nicht hoffnungslos. Noch, davon bin ich überzeugt, lassen sich Ansehen und Reputation der Justiz in allen Instanzen verteidigen und ertüchtigen. Viel Zeit haben wir allerdings nicht mehr. Erforderlich sind jetzt erhebliche Anstrengungen des Bundes wie der Länder, wenn etwa der Pakt für den Rechtsstaat erfolgreich umgesetzt werden soll. Es wäre nicht nötig gewesen, aber die Entwicklungen in Ungarn, Polen, Rumänien und neuerdings in Tschechien, die Diskussionen in Frankreich, Belgien und den USA um eine unabhängige Justiz und nicht zu vergessen, all die vielen Länder, in denen es nie eine unabhängige dritte Gewalt gab, sollten uns Anlass genug sein, für einen selbstbewussten, stabilen Rechtsstaat als Teil einer europäischen Rechtskultur einzutreten. 🏛️

¹ Vgl. Tamiko Kehrer/Daniel Rölle, Die Theorie der »Public Service Motivation« – Attraktivitätspotenziale für den öffentlichen Dienst in Deutschland, in: *Die Öffentliche Verwaltung* 71 (13/2018), S. 504–513.

PETER KÜSPERT

Die dritte Gewalt aus Sicht der Landesgerichtsbarkeit



Peter Küspert

ist seit März 2015 Präsident des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs und des Oberlandesgerichts München.

1. Einleitung

Vor ziemlich genau 300 Jahren erbte der 27-jährige Charles de Secondat, Baron de Montesquieu von seinem Onkel dessen Amt als Gerichtspräsident in Bordeaux. Man wird ihm nicht Unrecht tun, wenn man konstatiert, dass seine literarischen Neigungen, das Verfassen von Romanen, die Beschäftigung mit der Geschichtsphilosophie und der Verkehr in Pariser Intellektuellenzirkeln den Charakter einer (seinerzeit wohl nicht genehmigungspflichtigen) Nebentätigkeit weit überstiegen und ihn weitgehend ausgefüllt haben dürften. Zehn Jahre später verkaufte er schließlich sein ungeliebtes Richteramt und zog nach Paris. Wiederum zehn Jahre später begann er mit der Arbeit an seinem Hauptwerk *De l'esprit de loi* (*Vom Geist der Gesetze*). Als das Buch 1748 erschien, musste es anonym veröffentlicht werden, weil seine Werke fast vollständig der Zensur unterlagen. Kaum erschienen, wurde es auch von der katholischen Kirche auf den Index Librorum Prohibitorum, das Verzeichnis verbotener Bücher gesetzt, auf dem es seinen Platz immerhin bis zum 29. März 1967 verteidigte, bis der Index nach dem Zweiten Vatikanischen Konzil abgeschafft wurde.

Ein durchaus verhaltener Start für ein Werk also, das zum Schlüsseltext der Aufklärung werden sollte und die staatsphilosophischen Zentralthesen unserer modernen Staats- und Gesellschaftsordnung formuliert hat, insbesondere die Forderung nach Gewaltenteilung. »Alles wäre verloren, wenn ein und derselbe Mann oder dieselbe Körperschaft der Fürsten, des Adels oder des Volkes diese drei Gewalten (im Original: *pouvoirs*) ausübte: Gesetze zu erlassen, sie in die Tat umzusetzen und über Verbrechen und private Streitigkeiten zu richten.« Und noch deutlicher, im selben Kapitel: »Es gibt ferner keine Freiheit, wenn die richterliche Gewalt nicht von der gesetzgebenden und vollziehenden getrennt ist. Ist sie mit der gesetzgebenden Gewalt verbunden, so wäre die Macht über Leben und Freiheit der Bürger willkürlich, weil der Richter Gesetzgeber wäre. Wäre sie mit der vollziehenden Gewalt verknüpft, so würde der Richter die Macht eines Unterdrückers haben.«

Wir wissen nicht, welchen Einfluss die Erfahrungen Montesquieus aus zehn Jahren wenngleich ungeliebter Gerichtspräsidentschaft – vielleicht ja auch die Beobachtung seiner Richterkollegen – auf sein Hauptwerk hatten. Immerhin folgt



im selben Kapitel, in dem er die Notwendigkeit der Gewaltenteilung begründet, ein zunächst eher unscheinbarer Hinweis auf die tatsächliche Rolle der dritten Gewalt. Er schreibt dazu: »Unter den drei Gewalten, von denen wir gesprochen haben, ist die der Rechtsprechung gewissermaßen gleich Null (*en quelque façon nulle*)«. Das ist die Schlussfolgerung aus seinem Verständnis der Rolle des Richters, der eben nur der Mund des Gesetzes sei – »la bouche qui prononce les paroles de la loi« –, und zum bedingungslosen Gehorsam gegenüber dem Gesetzgeber verpflichtet. Ein durchaus weiter Weg also vom absoluten Verbot der Gesetzesauslegung bis zur Verpflichtung der dritten Gewalt auf Gesetz und Recht in Artikel 20 Absatz 3 GG!

Die dritte Gewalt in der klassischen Justitia-Allegorie mit Waage, Schwert und verschlossenen Augen als Symbole von Abwägung, Durchsetzbarkeit und des Grundsatzes »Ohne Ansehen der Person«.

1.1 Reichweite richterlicher Macht

Es liegt auf der Hand, dass gerade diese Frage nach der Reichweite richterlicher Macht, nach dem Ausmaß der Zugriffskompetenz der dritten Gewalt in die Einflussphären anderer Staatsgewalten den Motivkern für manche der aktuellen Bestrebungen zur Eindämmung und Beschneidung einer vermeintlich übergriffigen und den wahren Willen des Volkes missachtenden Rechtsprechung bildet.

Um diese Kernfrage geht es immer wieder, und sie berührt zum einen natürlich unser Selbstverständnis als Verfassungsgerichtsbarkeit ebenso wie als Fachgerichtsbarkeit, als Bundesgerichtsbarkeit ebenso wie als Landesgerichtsbarkeit. Zum anderen und vor allem hat das Reichweitenproblem und die von ihm induzierte Gegenreaktion der anderen Staatsgewalten aber das Potenzial, Grundfragen unseres Rechtsstaats und seiner Verbürgung durch die dritte Gewalt zu berühren.

Wir als Teil dieser dritten Gewalt im deutschen Bundesstaat und in den Ländern haben nach sieben Jahrzehnten einer stabilen rechtsstaatlichen Demokratie zunächst einmal ein Wahrnehmungsproblem. Piero Calamandrei, italienischer Jurist, Professor, Schriftsteller und Politiker, hat das in ein, wie ich finde, schönes Bild gefasst. Er beginnt sein *Lob der Richter* mit den Worten: »Solange niemand das Recht verfälscht und seine Ausübung behindert, umgibt es uns unsichtbar und ungreifbar wie die Luft, die wir atmen: unbemerkt wie die Gesundheit, deren Wert wir erst erkennen, wenn wir sie verloren haben.« – Calamandrei meint dabei die Kultur der Rechtsstaatlichkeit, die wir im Normalfall wenig zu schätzen wissen.

Die psychologische Grundbefindlichkeit angesichts staatlicher und gesellschaftlicher Kontinuitäten hat auch Stefan Zweig in seinen Erinnerungen *Die Welt von Gestern* für die Zeit in Wien vor dem Ersten Weltkrieg so beschrieben: Es war »das goldene Zeitalter der Sicherheit. Alles in unserer fast tausendjährigen österreichischen Monarchie schien auf Dauer gegründet und der Staat selbst der oberste Garant dieser Beständigkeit. [...] Niemand glaubte an Kriege, an Revolutionen und Umstürze. Alles Radikale, alles Gewaltsame schien bereits unmöglich in einem Zeitalter der Vernunft.«

Die weitere Entwicklung hat gezeigt, wie trügerisch es sein kann, das vermeintlich Sichere und Selbstverständliche als zu sicher und zu selbstverständlich anzusehen. Stefan Zweig wähnte sich sicher aufgehoben in einem staatlichen System. Er hat sich bekanntlich getäuscht.

1.2 Gefährdungen des Rechtsstaatsgefüges

Natürlich liegt es mir fern, unpassende historische Vergleiche zu ziehen. Und dennoch: Seit einigen Jahren spüren wir in Teilen unserer europäischen Nachbarschaft ebenso wie im transatlantischen Umfeld kleinere und größere seismische Erschütterungen im jeweiligen Rechtsstaatsgefüge.

➤ Es kann trügerisch sein, das vermeintlich Sichere und Selbstverständliche als zu sicher und zu selbstverständlich anzusehen.

In Zeiten, in denen die Balance der Gewalten in einigen Ländern Europas und der Welt gefährdet und vor allem die dritte Gewalt erhöhtem Druck ausgesetzt sind, ist es umso wichtiger, dass wir uns immer wieder ins Gedächtnis rufen, dass die vermeintlich selbstverständlichen staatspolitischen Errungenschaften moderner Staaten, wie eben die Rechtsstaatlichkeit, alles andere als selbstverständlich sind. Sie sind mühsam errungen und

können unter ungünstigen Umständen auch wieder verloren gehen, wenn sich nicht engagierte Personen und Institutionen für den Erhalt einsetzen und stark machen.

Wir nehmen wahr, dass die rechtsstaatliche Ordnung selbst in vermeintlich stabilen Demokratien von Industriestaaten keineswegs ungefährdet ist und dass eine solche Entwicklung sehr rasch vor sich gehen kann: Wenn der »Kipppunkt« einmal überschritten und der Rechtsstaat ins Rutschen geraten ist, wird es außerordentlich schwierig, diesen Prozess noch zu stoppen. Vorgänge aus den letzten Jahren in der Türkei, Polen und Ungarn zeigen, wie schnell rechtsstaatliche Grundsätze unter Druck geraten und beschädigt werden können. Ich sehe mit großer Sorge Tendenzen in diesen Ländern, die Unabhängigkeit der Justiz durch individuelle aber auch strukturelle Maßnahmen zu beschneiden und damit die Statik der Gewalt-



tenteilung maßgeblich zu beeinträchtigen. Auch Äußerungen des US-Präsidenten über die Justiz lassen befürchten, dass an der Spitze der amerikanischen Exekutive der Respekt vor der dritten Gewalt und der Gewaltenteilung nicht besonders ausgeprägt ist. Wenn der mächtigste Mann der Welt die Entscheidung des Bundesrichters James Robart zum vorläufigen Stopp des Einreiseverbots für Bürger aus bestimmten Ländern in einem Tweet als »opinion of this so-called judge«, also als Meinung eines »sogenannten Richters« bezeichnet oder er das Justizsystem in den USA im Zusammenhang mit dem Umgang mit Terrorverdächtigen »Witz« und »Lachnummer« nennt, sind das Anzeichen für ein hoch problematisches Verhältnis eines Regierungschefs zur dritten Gewalt.

Es tut not, dies zu thematisieren, immer wieder. Ich freue mich deshalb sehr, dass die Akademie für Politische Bildung zu diesem Symposium eingeladen hat. Mit Hans-Jürgen Papier, dem dieses Symposium gewidmet ist, ehren wir eine Persönlichkeit, die nicht nur in ihrer früheren Tätigkeit als Richter und Präsident des Bundesverfassungsgerichts, sondern auch in der Zeit als Hochschullehrer davor und danach mit großer Leidenschaft für die Sache der dritten Gewalt gestritten und gegenüber aufziehenden Gefahren für den Rechtsstaat die Stimme erhoben hat. Letztlich steht und fällt ein Rechtsstaat nicht nur mit den Gesetzen und Institutionen, sondern vor allem auch

Charles de Secondat, Baron de Montesquieu (1689–1755), gilt als maßgeblicher Erfinder der Gewaltenteilung. Anonymes Gemälde nach Jacques-Antoine Dassié, einem Genfer Medaillensmacher.

➤➤ Äußerungen des US-Präsidenten über die Justiz lassen befürchten, dass an der Spitze der amerikanischen Exekutive der Respekt vor der dritten Gewalt und der Gewaltenteilung nicht besonders ausgeprägt ist.



Der Rechtsstaat erfordert Menschen, die für ihn eintreten und ihn gegen offene Angriffe, aber auch gegen eine schleichende Aushöhlung verteidigen.

mit den Menschen, die sich für seinen Erhalt einsetzen oder das eben nicht tun. Mit dem Rechtsstaat ist es wie mit der Demokratie: Beide scheitern bekanntlich nicht an ihren Feinden, sondern am Mangel an Verteidigern. Veranstaltungen wie diese, die sich mit Gegenwart und Zukunft der dritten Gewalt auseinandersetzen, kann es daher aus meiner Sicht gar nicht genug geben.

Man hat bei der Weimarer Republik manchmal von einer »Republik ohne Republikaner« gesprochen. So wenig eine Republik auf Dauer existieren und funktionieren kann, wenn es zu wenige Menschen gibt, die sich für sie engagieren, so sehr erfordert auch der Rechtsstaat, dass es Menschen gibt, die für ihn eintreten und ihn gegen offene Angriffe, aber auch gegen eine schleichende Aushöhlung verteidigen.

2. Sicht der Landesgerichtsbarkeit

»Die dritte Gewalt aus der Sicht der Landesgerichtsbarkeit« lautet mein Thema. Ich will mich angesichts des denkbar weiten Spektrums auf drei Aspekte beschränken. Zum ersten will ich mich kurz der Frage nach indigenen institutionellen oder gesellschaftlichen Risikopotenzialen für den Rechtsstaat und ihrer Abwehr durch die dritte Gewalt widmen, wobei sich die bundes- und landesjustiziellen Blickwinkel nicht wesentlich unterscheiden.

Im zweiten Abschnitt möchte ich in Bezug auf die Verfassungsgerichtsbarkeit der Frage nachgehen, ob die Bayerische Landesverfassung und der Verfassungsgerichtshof heute überhaupt noch einen eigenständigen Wert haben, wenn es doch ein Grundgesetz und ein Bundesverfassungsgericht gibt. Meine Antwort auf diese Frage wird Sie vermutlich nicht überraschen.

Und drittens möchte ich – diesmal eher unter dem Blickwinkel eines bayerischen Oberlandesgerichtspräsidenten – einige Anmerkungen zu den Fachgerichten der Länder im föderalen Staat machen, und zu dem, was beachtet werden muss, will man das Vertrauen in die dritte Gewalt erhalten und stärken.

2.1 Risikopotenziale für den Rechtsstaat

Bei allem gesellschaftlichen, wissenschaftlichen oder publizistischen Flankenschutz für die Grundidee des Rechtsstaats: In erster Linie ist es die dritte Gewalt selbst, die den Rechtsstaat und die Gewaltenteilung verteidigen muss, notfalls auch gegen mächtige Institutionen.

Der Celler Oberlandesgerichtsrat Dieter Brüggemann hat die Richter in seinem auch nach 60 Jahren noch lesenswertem Buch über *Die rechtsprechende Gewalt* einmal als »Gegenspieler der Macht« bezeichnet. Das sind sie – auch wenn sie in gewissem Sinn selbst Macht ausüben – jedenfalls insofern, als sie der Machtausübung der Exekutive und der Legislative Grenzen aufzeigen – in manchen Fällen sogar solche Grenzen setzen – können, und so zu einem Gleichgewicht der getrennten Gewalten im Interesse der Menschen beitragen. Aufgabe der Richter ist

es, um mit Theodor Heuß zu sprechen, »den Menschen gegen den Staat, den Staat gegen den Menschen, und den Menschen gegen den Menschen zu verteidigen«. Als Verfassungsrichter möchte ich noch ergänzen, dass, zum Beispiel in Organstreitverfahren, in gewissem Sinn manchmal auch »der Staat gegen den Staat« zu verteidigen ist. Die Rechtsstaatlichkeit ist kein fester, unveränderlicher, gleichsam betonierter Block. Sie ist ein ständig sich veränderndes, pulsierendes Element, das durch Gesetze, Gerichtsentscheidungen und viele andere Umstände laufend modifiziert wird. Doch in ihren elementaren Grundsätzen, insbesondere im Hinblick auf die Gewaltenteilung, zu der auch der gegenseitige Respekt der Staatsgewalten gehört, darf die Rechtsstaatlichkeit nicht angetastet werden. Man muss nicht jeden Rechtsverstoß, auch nicht einen solchen von Staatsorganen, und jede justizkritische öffentliche Äußerung sogleich zu einer Gefährdung des Rechtsstaats »aufblasen«. Unser Rechtsstaat ist stark genug, das auszuhalten. Als Verfassungsgerichtsbarkeit haben wir mit den Normenkontrollverfahren und den Zuständigkeiten bei Streitigkeiten zwischen Verfassungsorganen ausreichend Instrumente, um legislative oder gouvernementale Akte mit Gefährdungspotenzial für rechtsstaatliche Grundsätze zu prüfen und gegebenenfalls für verfassungswidrig zu erklären, falls wir angerufen werden. Aber ein Mangel an Klägern war in den letzten 70 Jahren nie ein Problem, weder in Karlsruhe noch in München.

2.1.1 Respekt vor den Gerichten?

Gerade im Vergleich mit den Zumutungen, denen die Gerichtsbarkeit in manchen anderen Staaten ausgesetzt ist, bis hin zu existentiellen Gefährdungen der Justizangehörigen, sind die Verhältnisse bei uns nahezu vorbildlich. Doch sollten auch bei uns gerade Angehörige anderer Staatsorgane sensibel darauf achten, dass die der Justiz durch die Gewaltenteilung auferlegte Pflicht zur Wahrung, Aufrechterhaltung und gegebenenfalls Wiederherstellung des Rechts nicht schleichend unterhöhlt wird, nicht zuletzt durch öffentliche Äußerungen.

Wenn etwa ein Bundestagspräsident beklagt, dass das höchste deutsche Gericht die Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers zu sehr limitiere und ankündigt, der Gesetzgeber werde sich womöglich zu wehren wissen und eine ungewollte Rechtsprechung möglichst zuverlässig zu verhindern, dann berührt das den Kernbereich verfassungsrichterlicher Tätigkeit, der eben auch umfasst, den Entscheidungsspielraum im Rahmen der Gesetzesauslegung auszuloten. Zumindest verletzen solche Äußerungen den bisher geltenden Grundsatz, wonach ein Verfassungsorgan ein anderes nicht öffentlich kritisiert.

Beispielhaft erwähnen möchte ich an dieser Stelle auch die Causa »Wetzlar«, unter dem Stichwort verfassungsrechtlicher Ungehorsam. Wenn sich das Bundesverfassungsgericht veranlasst sieht, einen Regierungspräsidenten schriftlich zur Sicherstellung der Befolgung gerichtlicher Entscheidungen zu »ermahnen«, oder der örtliche Landrat gar eine Umerziehung der Richter fordert, dann ist das ein Hinweis darauf, dass der Respekt der Exekutive vor den Gerichten und der Gewaltenteilung auch in Deutschland keineswegs immer ausreichend ausgeprägt ist.

» Wenn ein Bundestagspräsident beklagt, dass das höchste deutsche Gericht die Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers zu sehr limitiere, dann berührt das den Kernbereich verfassungsrichterlicher Tätigkeit.

Die Justiz insgesamt darf und sollte in meinen Augen durchaus selbstbewusst auftreten. Brüggemann hat zwar wohl Recht, wenn er anmerkt, die Justiz könne schnell zur »Last« werden. Bestenfalls werde sie »als Mittel zum Zweck von Fall zu Fall hingenommen«. Rechtspflege sei »unbequem«. Sie koste viel und zahle sich nicht aus. Sie mache es wenigen recht, weil jedermann von Gerechtigkeit mindestens so viel zu verstehen glaube wie der Richter, und sie verärgere den Unterlegenen stets und den Obsiegenden schon deshalb, weil er erst Zeit, Geld und Nerven habe opfern müssen, um zu dem ihm doch so selbstverständlich Zustehenden zu kommen. Doch trotz alledem hat die Justiz, und gerade die Verfassungsjustiz,

»Der Satz »Ich gehe bis nach Karlsruhe!« hat wenig von seiner Kraft und von seinem darin zum Ausdruck kommenden Vertrauen in die Verfassungsgerichtsbarkeit verloren.

nach wie vor einen guten Ruf in der Bevölkerung. Ich habe sogar den Eindruck, dass die zunehmend kritische Haltung vieler Menschen zu staatlichen und gesellschaftlichen Institutionen, die natürlich auch vor den Gerichten nicht Halt macht, andere Bereiche deutlich stärker trifft als die Justiz. Der berühmte Satz »Ich gehe bis nach Karlsruhe!« hat nach meiner Einschätzung wenig von seiner Kraft und von seinem darin zum Ausdruck kommenden Vertrauen in die Verfassungsgerichtsbarkeit

verloren. Viele Menschen vertrauen nach wie vor der dritten Gewalt und vor allem auf die Unabhängigkeit der Justiz gegenüber den anderen Staatsgewalten. Diesem Vertrauen gerecht zu werden, ist natürlich zunächst einmal Aufgabe der Justiz und ihrer Repräsentanten selbst; ich werde darauf im dritten Abschnitt noch eingehen.

2.1.2 Kritik an gerichtlichen Entscheidungen

Leider kann auch dieses Vertrauen rasch erodieren, insbesondere wenn pauschalierende Kritik an einer justiziellen Fallbehandlung politisch befeuert und medial unterstützt Kampagnencharakter annimmt. Kritik an gerichtlichen Entscheidungen ist zulässig und in manchen Fällen geboten; ein irgend geartetes Sonderrecht, das uns für Kritik unerreichbar macht, wird von uns nicht in Anspruch genommen. Wir sagen aber: Auch Kritik darf nicht grenzenlos sein. Grenzüberschreitungen drohen regelmäßig unter drei Aspekten:

- ▶ durch die *Maßlosigkeit der Kritik*: Wer aus einem Einzelfall gleich auf eine insgesamt leichtfertige oder rücksichtslose oder von unverbesserlichem Korpsgeist durchdrungene Justiz schließt oder gar einen landesweiten Justizskandal konstatiert, verlässt den Boden seriöser Kritik. Eine solche Einschätzung empört zu Recht alle Justizangehörigen, die Jahr für Jahr Zigtausende gerichtlicher Verfahren kompetent und sorgfältig bewältigen;
- ▶ durch das *grundsätzliche Anzweifeln des Entscheidungsmonopols* der Justiz: Vor allem die Diskussion in sozialen Netzwerken behandelt manche gerichtliche Entscheidung, als sei sie lediglich eine von vielen Stimmen in der öffentlichen Diskussion, eine Art Einzelmeinung, die spätestens dann unverbindlich wird, wenn sie von der Mehrheit nicht geteilt wird. Vom Empörungsgefühl der Netzgemeinde getragene Abstimmungen dürfen nicht zum Maßstab werden.
- ▶ durch öffentlichen *Erwartungsdruck auf Richter*: Vertrauen in die Justiz bedeutet immer auch Vertrauen in unbeeinflusste Entscheidungen der Gerichte. Wer als Politiker öffentlich Erwartungen zu einer bestimmten Verfahrensgestaltung des

Gerichts äußert oder gar ein Eingreifen der Exekutive fordert, gefährdet dieses Vertrauen. Es ist elementar für den Rechtsstaat, dass die Unabhängigkeit der Rechtsprechung von den anderen Staatsgewalten respektiert wird.

Deswegen möchte ich ein letztes Mal Brüggemann zitieren, der 1962 feststellte, die früher erhobenen Rufe »Klassenjustiz« und »Dirne der Politik« seien nunmehr verstummt. Sollte es zutreffen, dass ein Bundestagsabgeordneter, wie es Medien Anfang des Jahres berichteten, das Bundesverfassungsgericht als »Hure Justizia« beschimpft habe, wäre dies somit ein Rückfall in überwunden geglaubte Feindbilder und würde sich einreihen in pauschale Angriffe einzelner Politiker gegen die Justiz, die zu einer Kuscheljustiz degeneriert sei und auf breiter Front versage. Solange derartige Äußerungen als politischer Exzess vereinzelt bleiben, werden sie keinen nachhaltigen Schaden anrichten. Aufmerksamkeit ist dennoch geboten.

2.1.3 Infragestellung der Legitimität von Staatsorganen

Natürlich kann ein Rechtsstaat nicht nur dadurch bedroht sein, dass eine Staatsgewalt über die andere ein Übergewicht anstrebt oder erlangt. Der demokratische Rechtsstaat gerät auch dann in Gefahr, wenn sich Bürger oder Gruppierungen vom Staat insgesamt abwenden und diesen als solchen ablehnen. Dabei geht es mir nicht nur um Politiker oder politische Parteien, die elementare Grundwerte des Rechtsstaats attackieren, sondern auch um Menschen, die sich selbst bewusst außerhalb der geltenden Rechtsordnung stellen und den Staat als solchen nicht anerkennen.

Sowohl die Fachgerichte als auch die Verfassungsgerichte haben zunehmend mit sogenannten »Reichsbürgern« oder verwandten Gesinnungsträgern zu tun, die die Legitimität der Staatsorgane und die Geltung fast aller Gesetze infrage stellen; was sie allerdings nicht daran hindert, bei staatlichen Gerichten ihr tatsächliches oder vermeintliches Recht einzufordern. Das Bundesamt für Verfassungsschutz ging Ende 2017 davon aus, dass unter die Rubrik »Reichsbürger und Selbstverwalter« immerhin 16 500 Personen, davon circa 900 Rechtsextremisten zu zählen seien. Der bayerische Verfassungsschutzbericht für das Jahr 2017 geht für Bayern von 3 850 Anhängern der Reichsbürgerszene aus. Die Spannbreite solcher und ähnlicher Personen, mit denen auch die Justiz zu tun hat, reicht von harmlosen Eingabeverfassern, die lediglich in eine staatstheoretische Grundsatzdiskussion eintreten wollen, bis hin zu ernsthaft bedrohlichen Straftätern, die Polizei, Gerichtsvollzieher und andere Staatsbedienstete einschüchtern wollen und sogar tödlich angreifen. Als Vertreter der Landesgerichtsbarkeit will ich darauf hinweisen, dass es gerade die Eingangsgerichte sind, die sozusagen an vorderster Front mit solchen Personen zu »kämpfen« haben und zum Beispiel in mündlichen Verhandlungen damit umgehen müssen.

Ich meine, dass der Rechtsstaat auch solchen Phänomenen kraftvoll, selbstbewusst und souverän gegenüber treten muss. Es heißt, die Demokratie tue sich schwer mit ihren Feinden, und das gilt sicher auch für den Rechtsstaat. Nicht selten versuchen »Reichsbürger« und ähnliche Personen, die Instrumente des Rechtsstaats gegen diesen selbst zu kehren, indem Verwaltungs- und Gerichtsverfahren mit missbräuchlichen



Fachgerichte und Verfassungsgerichte haben zunehmend mit sogenannten »Reichsbürgern« zu tun, die die Legitimität der Staatsorgane und die Geltung fast aller Gesetze infrage stellen.



Am 1. Dezember 1946 nahm die bayerische Bevölkerung in einer Volksabstimmung die neue Bayerische Verfassung mit einer Mehrheit von über 70 Prozent an.

Anträgen blockiert, mit sachfremden Ausführungen überfrachtet und Entscheidungsträger mit Eingaben überflutet werden. Das stellt zwar eine Belastung dar; ein starker Rechtsstaat kann damit aber umgehen. In diesen Fällen gilt es, die richtige Balance zu finden zwischen der – selbstverständlich gebotenen – Einhaltung der Regeln durch die Entscheidungsträger und einem konsequenten und souveränen Abwehren von offensichtlichem Missbrauch der Möglichkeiten, die der Rechtsstaat bietet.

2.2 Bedeutung der Landesverfassung und des Verfassungsgerichtshofs

Mit Blick auf die Rolle der dritten Gewalt im föderalen Bundesstaat ist es zweifellos legitim, danach zu fragen, welchen eigenständigen Wert die Bayerische Landesverfassung und der Verfassungsgerichtshof neben dem Grundgesetz und dem Bundesverfassungsgericht heute noch haben.

2.2.1 Besonderheiten der Bayerischen Verfassung

Die Bayerische Verfassung ist bekanntlich älter als das Grundgesetz. Die Mütter und Väter der Bayerischen Verfassung konnten demnach noch nicht wissen, ob und gegebenenfalls wie sich ein neuer deutscher Bundesstaat bilden und konstituieren

würde. Dass es einen solchen geben könnte, haben die Verfassungsgeber durchaus gesehen. So heißt es in Artikel 178 der Bayerischen Verfassung: »Bayern wird einem künftigen deutschen demokratischen Bundesstaat beitreten.« – Doch zunächst gab es keine Bundesrepublik und kein Grundgesetz.

Angenommen wurde die Bayerische Verfassung – anders als zum Beispiel später das Grundgesetz – durch einen Volksentscheid, nämlich am 1. Dezember 1946. Sie erhielt eine Zustimmung von 70,6 Prozent bei einer Wahlbeteiligung von 75,7 Prozent. Mit ihrer Verkündung am 8. Dezember 1946 trat sie in Kraft. Sie ist damit neben der Verfassung des Landes Hessen die früheste der deutschen Nachkriegsverfassungen. Weil noch nicht sicher war, wie es mit Deutschland weitergehen würde, hatte die Verfassungsgebende Landesversammlung einen Verfassungsentwurf erarbeitet, der die Frage nach der staatsrechtlichen Ordnung für Gesamtdeutschland letztlich aussparte. Es entstand eine Bayerische Verfassung, die den Eindruck eines nach außen geschlossenen, autonomen bayerischen Staates vermittelt. Die Bayerische Verfassung ist eine so genannte »Vollverfassung«; das heißt, sie enthält neben den Regelungen der Staatsorganisation auch Vorschriften über Staatsziele, Programmsätze sowie eine selbständige Grundrechtsordnung.

Dieses in der Verfassung gezeichnete Bild eines vollkommen autonomen Freistaates Bayern ist zwar wegen ihrer Entstehung vor dem Grundgesetz historisch folgerichtig, entsprach allerdings nie der Verfassungswirklichkeit. Zunächst war es das Besatzungsrecht, das allen bayerischen Rechtsnormen und so auch der Verfassung vorging. Mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes am 24. Mai 1949 wurde die Verfassung des Bundes auch zum verbindlichen Rahmen für das bayerische Staatswesen im föderalen Bundesstaat. Heute ergeben sich zusätzliche Einflüsse und Beschränkungen vor allem aus der Überlagerung der Bayerischen Verfassung durch das europäische Gemeinschaftsrecht, an dessen Vorgaben der Freistaat Bayern als Land der Bundesrepublik Deutschland gebunden ist.

In Anbetracht dieses Befundes lässt sich natürlich erst recht fragen, welche Bedeutung der Bayerischen Verfassung heute noch zukommt, und ob sie es wert ist, von einem Landesverfassungsgericht behütet zu werden. Ich denke aber, dass es dafür gute Gründe gibt. Die gezeigten Überlagerungen und Beschränkungen haben nämlich nicht zu einem prinzipiellen Bedeutungsverlust der Bayerischen Verfassung geführt, wie ich an Hand zentraler Verfassungsaufgaben kurz zeigen möchte.

» Die Bayerische Verfassung vermittelt den Eindruck eines nach außen geschlossenen, autonomen bayerischen Staates. Diese Bild entsprach allerdings nie der Verfassungswirklichkeit.

2.2.2 Die Bayerische Verfassung vor dem Hintergrund der tragenden Staatsprinzipien

An erster Stelle dient eine Verfassung dazu, ein politisches Gemeinwesen überhaupt zur Entstehung zu bringen.

2.2.2.1 Bundesstaatsprinzip

Eines der tragenden Strukturprinzipien des Grundgesetzes ist das Bundesstaatsprinzip. Im Bundesstaat wird die Staatsgewalt nicht von einer einzigen Organisa-

tion wahrgenommen, sondern ist auf den Bund als Zentralstaat und die Länder als Gliedstaaten verteilt. Das – wie es das Bundesverfassungsgericht einmal ausgedrückt hat – »Eigentümliche« am föderalen Bundesstaat ist, dass sowohl der Gesamtstaat als auch die Gliedstaaten Staatsqualität besitzen. Bei Bayern und Sachsen kommt das

»>> Einen Staat ohne Verfassung kann es nicht geben. Die Bayerische Verfassung ist Beleg und unverzichtbare Grundlage der originären Staatsgewalt Bayerns.

unter anderem im Namen zum Ausdruck. Sie bezeichnen sich als »Freistaaten«. Nur am Rande möchte ich bei dieser Gelegenheit daran erinnern, dass wir im Jahr 2018 nicht nur das 200-jährige Jubiläum der Bayerischen Verfassung von 1818 feiern, sondern auch das 100-jährige Jubiläum der Ausrufung des Freistaates Bayern.

Besonderer Ausdruck der Staatsqualität der Bundesländer ist eben deren Verfassungshoheit. Einen Staat ohne Verfassung kann es nicht geben. Jeder dauernde Verband

bedarf einer Ordnung, nach der sein Wille gebildet und vollzogen, sein Bereich abgegrenzt, die Stellung seiner Mitglieder in ihm und zu ihm geregelt wird. Die politische Handlungseinheit, die wir »Staat« nennen, wird durch ihre Verfassung definiert. Die Bayerische Verfassung ist damit Beleg und unverzichtbare Grundlage der originären Staatsgewalt Bayerns.

2.2.2.2 Staatsorganisation

Eine weitere wesentliche Funktion der Verfassung ist die Organisation des Staatswesens. Die Verfassung schafft die staatlichen Organe oder legt das Verfahren ihrer Bildung fest. Sie weist Zuständigkeiten zu und ordnet das Verfahren, in dem die staatlichen Funktionen auszuüben sind.

Die Verfassungsräume des Grundgesetzes und der Bayerischen Verfassung stehen hierbei nicht isoliert nebeneinander. Das Grundgesetz setzt die Verfassungsautonomie der Länder einerseits voraus, begrenzt diese andererseits aber auch. Nach dem Homogenitätsgebot des Artikels 28 Absatz 1 des Grundgesetzes müssen die Länder ihre verfassungsmäßige Ordnung an den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaats im Sinn des Grundgesetzes ausrichten. Viele verfassungsrechtliche Fragen können sich daher im Bund und in den Ländern in gleicher oder ähnlicher Weise stellen. »Homogenität« bedeutet aber

nicht »Uniformität«. Den Ländern bleibt ein erheblicher Gestaltungsspielraum, der gerade in der Bayerischen Verfassung an vielen Stellen seinen Ausdruck gefunden hat.

»>> Die demokratische Ordnung des Grundgesetzes ist strikt repräsentativ ausgestaltet. Die Bayerische Verfassung bringt der unmittelbaren Demokratie dagegen eine hohe Wertschätzung entgegen.

2.2.2.3 Plebiszitäre Elemente

Die wohl hervorstechendste Ausprägung der Landesverfassungsautonomie sind die plebiszitären Elemente der Bayerischen Verfassung. Die demokratische Ordnung des Grundgesetzes ist strikt repräsentativ ausgestaltet, sieht

also – abgesehen von Abstimmungen bei einer Neugliederung des Bundesgebiets – keine unmittelbare Beteiligung des Volkes an der politischen Willensbildung im Bund vor. Die Bayerische Verfassung begegnet – auf Landesebene – der unmittelbaren Demokratie dagegen mit weniger Misstrauen, sie bringt ihr vielmehr eine

hohe Wertschätzung entgegen. So stellt sie die Parlamentsgesetzgebung und die Volksgesetzgebung gleichwertig nebeneinander: »Die Gesetze werden«, so heißt es in Artikel 72 Absatz 1, »vom Landtag oder vom Volk (Volksentscheid) beschlossen«. So beschäftigt sich der Verfassungsgerichtshof aktuell beispielsweise mit dem Volksbegehren »Damit Bayern Heimat bleibt – Betonflut eindämmen«.

2.2.2.4 Grundrechte

Die Bedeutung der Bayerischen Verfassung zeigt sich schließlich in der rechtlichen Leitfunktion ihrer Grundrechte und ihrer objektiven Rechtssätze. Was die Grundrechte der Bayerischen Verfassung anbelangt, kann man sich fragen, ob sie neben dem Grundgesetz überhaupt noch Geltung beanspruchen können. Immerhin binden die im Grundgesetz verbürgten Grundrechte auch die bayerische Staatsgewalt. Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist Artikel 142 des Grundgesetzes. Danach bleiben die Bestimmungen der Landesverfassungen – ungeachtet des Grundsatzes »Bundesrecht bricht Landesrecht« – bestehen, soweit sie in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz Grundrechte gewährleisten. Diese Regelung ist so zu verstehen, dass die Landesgrundrechte auch einen weitergehenden oder geringeren Schutz als das Grundgesetz gewährleisten können; sie dürfen nur nicht in Widerspruch zu den Bundesgrundrechten treten. Da es derartige Widersprüche zwischen bayerischem Verfassungsrecht und dem Grundgesetz nicht gibt, gelten die Grundrechte der Bayerischen Verfassung fort. Das führt unter anderem dazu, dass ein Bürger wegen desselben Sachverhalts Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erheben kann – dieses prüft den Fall dann anhand der Grundrechte des Grundgesetzes – und daneben auch zum Bayerischen Verfassungsgerichtshof – dieser prüft dann anhand der Grundrechte der Bayerischen Verfassung.

Allerdings sind nicht alle Grundrechte in beiden Verfassungen identisch oder ähnlich geregelt. An dieser Stelle möchte ich beispielhaft auf den berühmten Artikel 141 Absatz 3 Satz 1 der Bayerischen Verfassung hinweisen, der im Grundgesetz keine explizite Entsprechung hat. Danach ist der Genuss der Naturschönheiten und die Erholung in der freien Natur, insbesondere das Betreten von Wald und Bergweide, das Befahren der Gewässer und die Aneignung wildwachsender Waldfrüchte in ortsüblichem Umfang jedermann gestattet. Im Volksmund wird die Regelung gerne als »Schwammerlparagraf« oder als »Beerensammlergrundrecht« bezeichnet.

Viele Grundrechte der Bayerischen Verfassung sind allerdings gleich oder ähnlich wie jene des Grundgesetzes geregelt. Man wird daher insgesamt feststellen können, dass Primärmaßstab deutscher Grundrechtlichkeit das Grundgesetz ist. Wenn es um eine mögliche Verletzung bayerischer Grundrechte geht, ist zudem zu berücksichtigen, dass das bayerische Verfassungsrecht, wie erwähnt, teilweise überlagert wird vom Bundes- und Europarecht. Das hat zwangsläufig Einschränkungen des Wirkungsbereichs der bayerischen Grundrechte zur Folge. Vorschriften des Bundesrechts und das europäische Gemeinschaftsrecht stehen in der Normenhierarchie über der Bayerischen Verfassung und können deshalb nicht am Maßstab bayerischer Grundrechte gemessen werden.



Nicht alle Grundrechte sind in beiden Verfassungen ähnlich gestaltet. Ein Beispiel ist die Regelung, die im Volksmund gerne als »Schwammerlparagraf« oder als »Beerensammlergrundrecht« bezeichnet wird.

Festzuhalten bleibt, dass jedenfalls für alle Normen des bayerischen Landesrechts die Bayerische Verfassung einschließlich ihrer Grundrechte wesentlicher Maßstab ist. Diese Bedeutung der Bayerischen Verfassung ist auch deswegen hervorzuheben, weil durch die Föderalismusreform die Gesetzgebungskompetenzen der Länder im Jahr 2006 nicht unerheblich erweitert wurden, etwa um den Strafvollzug, das Versammlungsrecht und große Teile des Beamtenrechts. Die in den hinzugekommenen Materien erlassene Landesgesetzgebung muss sich damit – anders als ihre bundesrechtlichen Vorläufer – an der Bayerischen Verfassung messen lassen.

2.2.3 Der Bayerische Verfassungsgerichtshof

Die eigenständige Bedeutung der Bayerischen Verfassung führt auch zur Bedeutung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs. Wilhelm Hoegner, der später als (ein) »Vater der Bayerischen Verfassung« in die Geschichte eingehen sollte, schildert in seinem Buch »Flucht vor Hitler«, wie einige nationalsozialistische Abgeordnete die parlamentarische Arbeit in einem Reichstagsausschuss 1933 durch akustische

» Wo immer in einem Staat eine Rechtsordnung existiert – zum Beispiel eine Verfassung –, braucht es jemanden, der diese Rechtsordnung effektiv schützt.

Störungen und körperliche Gewalt unmöglich machten. Da der Staatsgerichtshof der Weimarer Republik weder für die Klärung von Verfassungsstreitigkeiten auf Reichsebene noch für Verfassungsbeschwerden zuständig war, gab es für die nichtnationalsozialistischen Abgeordneten nur zwei Stellen, an die sich wenden konnten, um ihre parlamentarischen Rechte durchzusetzen. Also wandten sie sich an den Reichspräsidenten Hermann Göring und den Reichspräsidenten Paul von Hindenburg – in

beiden Fällen natürlich vergeblich. Hoegners Schilderung schließt mit dem resignierten Satz: »So wenig gilt das Recht gegenüber der Macht«.

Dieses Beispiel zeigt: Wo immer in einem Staat eine Rechtsordnung existiert – zum Beispiel eine Verfassung –, braucht es jemanden, der diese Rechtsordnung effektiv schützt. Deshalb ist es aus meiner Sicht unabdingbar, dass ein Land mit einer eigenen Verfassung auch ein Verfassungsgericht mit maßgeblichen Kompetenzen hat. Man könnte auch sagen: Die Landesverfassungsgerichtsbarkeit ist Strukturelement der Eigenstaatlichkeit der Länder. Verfassungshoheit als Zentrum der Eigenstaatlichkeit muss in ihren Inhalten und Bezügen nach innen und außen bewahrt und geschützt werden. Dafür bedarf es des Landesverfassungsgerichts als eines obersten Staatsorgans, das originär und abschließend konstitutionelle Grenzziehungen vornimmt, im Übrigen auch im Vergleich zu den anderen Staatsorganen als Institution einer überparteilich organisierten Staatlichkeit.

2.2.3.1 Eigenständige des Landesverfassungsgerichts und Eigenstaatlichkeit des Landes

Die Notwendigkeit einer eigenen Landesverfassungsgerichtsbarkeit lässt sich im Übrigen bereits aus dem Homogenitätsgebot des Artikel 28 GG ableiten, der auch in den Ländern jedenfalls ein Minimum an Gewaltenteilung mit einer jeweiligen institutionellen Spitze fordert. Anders als bei den Fachgerichten der Länder, bei denen gemäß Artikel 95 GG in der gerichtsverfassungsrechtlichen Hierarchie jeweils ein

Bundesgericht an der Spitze steht, kann bei der Landesverfassungsgerichtsbarkeit nur ein eigenständiges Verfassungsgericht diese institutionelle Spitze bilden.

Indem Bürger in Bayern die Möglichkeit haben, sich mit ihrer Verfassungsbeschwerde nicht nur an das Bundesverfassungsgericht zu wenden, sondern auch – und in Bayern sogar parallel – an den Verfassungsgerichtshof, wird auch der Gleichklang zwischen der materiellen und der prozessualen Gewährleistung der Landesgrundrechte hergestellt. Zudem stärkt dies nach meiner Einschätzung das Bewusstsein der Bürger von der Eigenstaatlichkeit des Landes und entspricht den grundsätzlich getrennten Verfassungsräumen von Bund und Land. Die wahrgenommene Bedeutung einer Landesverfassung und eines Verfassungsgerichts ist sicher deutlich höher, wenn der Bürger eine Verletzung seiner verfassungsmäßigen Rechte auch im Einzelfall bei »seinem« Verfassungsgericht rügen kann, gerade bei solchen Fragestellungen, die besondere örtliche, regionale oder landesspezifische Bedeutung haben.

Wenn der Verfassungsgerichtshof sich beispielsweise wie im Jahr 2018 – mittelbar – mit einem Planfeststellungsbeschluss über eine Umgehungsstraße, mit der

Justizgebäude in München mit Oberlandesgericht und Bayerischem Verfassungsgerichtshof.



Errichtung und dem Betrieb von Windkraftanlagen oder mit der Zweckentfremdung von Wohnraum durch sogenannten »Medizintourismus« beschäftigt, mag es die Akzeptanz einer Entscheidung durchaus erhöhen, wenn der Beschwerdeführer weiß, dass die Richter, die seinen Fall entscheiden, in dem Bundesland sitzen, in dem sich die Straße, die Windkraftanlage oder die Wohnungen befinden. Bei Popularklagen, zum Beispiel gegen Landschaftsschutzverordnungen oder Bebauungspläne, gilt das nicht minder.

2.2.3.2 Verfassungsbeschwerde zum Landesverfassungsgericht

So, wie es nach meiner Auffassung ein großer Vorteil ist, wenn Fachgerichte in der Fläche präsent sind, ist es auch ein Vorteil, wenn die Landesverfassungen durch Institutionen in den Ländern, nämlich die Landesverfassungsgerichte, geschützt und

» Ich halte es für wünschenswert, dass die Landesverfassungsgerichte auch von Bürgern mit der Verfassungsbeschwerde angerufen werden können.

repräsentiert werden. Und ich halte es für wünschenswert, dass die Landesverfassungsgerichte nicht nur bei Streitigkeiten zwischen Verfassungsorganen oder bei gerichtlich veranlassten Normenkontrollen tätig werden können, sondern dass sie auch von den Bürgern selbst mit der Verfassungsbeschwerde angerufen werden können. Das ist zwar in vielen Bundesländern der Fall, aber durchaus nicht in allen. In Nordrhein-Westfalen wurde erst nach der letzten Landtagswahl die Einführung der bisher dort nicht

vorgesehenen Verfassungsbeschwerde zum Landesverfassungsgericht ausdrücklich im Koalitionsvertrag vereinbart. Sachsen-Anhalt ist gerade dabei, die Verfassungsbeschwerde, die bisher nur gegen Normen statthaft ist, auch gegen Behörden- und Gerichtsentscheidungen zu ermöglichen.

2.2.3.3 Popularklage

In Bayern ist schon in der Verfassung von 1946 vorgesehen, dass ein Bürger sich mit der Verfassungsbeschwerde gegen solche Entscheidungen wenden kann. Daneben gibt es das Instrument der Popularklage, das in seiner konkreten Ausgestaltung einmalig in der Bundesrepublik ist. Mit dieser Klage kann jedermann die Verfassungswidrigkeit einer Norm des bayerischen Landesrechts geltend machen. Er muss weder von der Norm selbst betroffen sein noch muss er in Bayern wohnen. So kann sich theoretisch ein Bürger aus Berlin gegen einen Bebauungsplan in Garmisch-Partenkirchen wenden. Es ist daher aus meiner Sicht keine Übertreibung, wenn man den Bayerischen Verfassungsgerichtshof als echtes »Bürgergericht« bezeichnet. Den Vertrauensvorschuss, den die Väter und Mütter der Bayerischen Verfassung den Bürgerinnen und Bürgern hier entgegengebracht haben, haben diese bisher gerechtfertigt. Von dem Instrument der Popularklage wird zwar durchaus rege, aber keineswegs ausufernd Gebrauch gemacht. Im Durchschnitt gehen beim Verfassungsgerichtshof seit 1947 circa 110 Verfassungsbeschwerden und circa 20 Popularklagen pro Jahr ein.

Hans-Jochen Vogel, der im Übrigen von 1994 bis 2013 Mitglied des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs war, hat einmal darauf hingewiesen, Sinn und Wesen des Bundesstaatsprinzips lägen »in der Bewahrung regionaler – und wo immer

vorhanden: historisch geprägter – Vielfalt, in den stärkeren Entfaltungsmöglichkeiten von Pluralität im überschaubaren Rahmen, in dem Vorhandensein breiterer Möglichkeiten eines Engagements für das Gemeinwohl – kurzum in der Dezentralisierung«. Der Bundesstaat verbreitert die Gewaltenteilung, indem die Trennung in Legislative, Exekutive und Rechtsprechung durch eine vertikale Gewaltenbalance zwischen Bund und Ländern ergänzt wird.

2.2.3.4 Staatsgerichtliche Verfahren

Ein weiteres mögliches Anwendungsfeld einer eigenstaatlichen Profilierung ist neben dem Verfassungsprozessrecht vor allem das Gebiet der staatsgerichtlichen Verfahren, insbesondere der Organstreitigkeiten oder der Wahlprüfungsverfahren. Dort ist die Herausbildung und Fortentwicklung einer eigenständigen und bereichsspezifischen Dogmatik, der von Artikel 28 GG weiter Raum gelassen wird, ohne Weiteres möglich und wird auch vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung praktiziert.

2.3 Föderalismus und Landesgerichte

Nachdem ich bisher vor allem für die Landesverfassungsgerichtsbarkeit gesprochen habe, will ich den dritten und letzten Abschnitt der Fachgerichtsbarkeit der Länder und hier vorrangig der ordentlichen Gerichtsbarkeit widmen und dabei der Frage nachgehen, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um das Vertrauen der Bevölkerung in den Rechtsstaat auf Dauer zu sichern und zu fördern.

2.3.1 Rechtsschutzgewährung durch die Länder

Zwar ist der allgemeine Justizgewährungsanspruch – also insbesondere das Recht auf Zugang zu den Gerichten, eine grundsätzlich umfassende Prüfung des Streitgegenstands in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht in einem förmlichen Verfahren sowie eine verbindliche Entscheidung durch ein Gericht in angemessener Zeit – auf Ebene des Grundgesetzes, also schon auf der Bundesebene garantiert. Tatsächlich gewähren diesen Rechtsschutz aber weitestgehend die Länder, welche für die unteren und mittleren Fachgerichte zuständig sind, wie beispielsweise für die Amts-, Land- und Oberlandesgerichte oder die Verwaltungsgerichte und den Verwaltungsgerichtshof. Die Fachgerichte der Länder werden deshalb gelegentlich – sehr zu Recht – als »Rückgrat der deutschen Rechtsprechung« bezeichnet.

Kehrseite dieser Präsenz ist es, dass vermeintliche oder tatsächliche Defizite der Justizgewährung durch die Eingangsgerichte sofort registriert werden und sich unmittelbar auswirken. Wenn etwa die Eintragungsdauer von Sicherungsgrundschulden durch Krankheitsfälle im Personalstamm des Grundbuchamts steigt, dann wird das örtliche Notariat oder die Kreditwirtschaft schon nach kurzer Zeit beim Gerichtspräsidenten vorstellig. Steigende Verfahrenslaufzeiten beim Revisions- oder Rechtsbeschwerdegericht werden hingegen, wenn überhaupt, erst mit

➤ Die Fachgerichte der Länder werden gelegentlich und zu Recht als »Rückgrat der deutschen Rechtsprechung« bezeichnet.



Peter Küspert am Rande des Symposiums mit Foroud Shirvani, Professor für Öffentliches Recht an der Universität Bonn.

längerem Vorlauf zur Remonstration führen. Die Vermeidung von Defiziten in örtlicher, zeitlicher und fachlicher Hinsicht ist daher die vorrangige Aufgabe der für die Fachgerichtsbarkeit in den Ländern Verantwortlichen, will man nicht einen Vertrauensverlust in die staatliche Gerichtsbarkeit mit unabsehbaren Folgen für den demokratischen Rechtsstaat insgesamt riskieren. Einige notwendige Aspekte bei der Vermeidung solcher Defizite will ich im Folgenden erörtern.

2.3.1.1 Entscheidungen vor Ort

In den letzten Jahren ist zunehmend zu beobachten, dass sich Menschen durch die Europäisierung und die Globalisierung verunsichert und teilweise abgehängt fühlen. Der Eindruck, dass maßgebliche politische Entscheidungen im fernen Brüssel oder anderswo in der Welt getroffen werden, führt zu einer abnehmenden Akzeptanz und zum Gefühl des Ausgeliefertseins. Die Institutionen werden teilweise eher als kafkaeske, anonyme Bedrohung wahrgenommen, denn als Ansammlung von menschlichen Entscheidungsträgern. Werden Entscheidungen dagegen vor Ort getroffen, von Menschen, die man kennt oder zumindest kennen kann, ist diese Gefahr deutlich geringer.

Das Vorhandensein eines Gerichts »vor Ort« kann die Chance beträchtlich erhöhen, dass die Beteiligten eine Entscheidung akzeptieren, weil die Richter eher mit den örtlichen oder regionalen Besonderheiten vertraut sind. Selbst vermeintlich Nebensächliches, wie der Umstand, dass der Richter die »Sprache« der Beteiligten spricht, kann in manchen Verfahren Wunder wirken. Ein Amtsrichter des Heimatgerichts, der mit den Parteien vielleicht auch noch im örtlichen Dialekt ein Vergleichsgespräch führt, wird in vielen Fällen eher eine befriedende und befriedigende Lösung erreichen können, als es ein Richter könnte, der zwar juristisch glänzt, von den Parteien aber als bloßer Funktionsträger wahrgenommen wird. Dazu kommt, dass auch der Weg der Beteiligten zu etwaigen Terminen mit persönlicher Anwesenheit durch eine Präsenz in der Fläche erträglich gehalten werden kann.

» Das Vorhandensein eines Gerichts »vor Ort« kann die Chance beträchtlich erhöhen, dass die Beteiligten eine Entscheidung akzeptieren.

Das bayerische Justizministerium weist häufig darauf hin, die Justiz sei »für die Menschen da«. Nach meinem Dafürhalten beinhaltet das auch, dass die äußeren Rahmenbedingungen der Rechtsgewährung bürgerfreundlich ausgestaltet sind, insbesondere in Angelegenheiten der rechtlichen Daseinsvorsorge. Hohe Bedeutung für den Rechtsfrieden und die Rechtskultur einer Gesellschaft hat schließlich ein flächendeckendes und wohnortnahes Angebot von Rechtsantragstellen bei jedem Amtsgericht in der Fläche. Die Justiz vor Ort ist schließlich über das Primärrecht hinaus immer auch für den vorläufigen Rechtsschutz sowie für Vollstreckungs- und Vollstreckungsschutzangelegenheiten singulär zuständig. Modern ausgedrückt ist die örtliche staatliche Justiz eine One-Stop-Agency. Bayern als größtes Flächenland in Deutschland ist immer bemüht, die Präsenz der Justiz auch in der Fläche zu bewahren. So gibt es allein in der ordentlichen Gerichtsbarkeit drei Oberlandesgerichte, 22 Landgerichte und 73 Amtsgerichte. Dazu kommen 22 Staatsanwaltschaften.

2.3.1.2 Gesetzgebungen im Föderalismus

Eine Schlüsselrolle für die Akzeptanz der dritten Gewalt hat naturgemäß der Gesetzgeber. Aus der Vielzahl der damit verbundenen Fragen will ich nur einen Aspekt beispielhaft herausgreifen: Dass es die Länder sind, die den Justizgewährungsanspruch in weiten Teilen zu erfüllen haben, führt zu einer manchmal etwas unbefriedigenden, wenn auch im Föderalismus nicht untypischen Situation. Der Bund erlässt aufgrund seiner Gesetzgebungskompetenz Gesetze, welche zu einer erheblichen Mehrbelastung der Fachgerichte der Länder führen können. So liegt es auf der Hand, dass zum Beispiel neue Straftatbestände, aber auch neue, sehr konfliktträchtige Regelungen im Zivilrecht oder anderen Rechtsbereichen zu einer erheblichen Mehrbelastung der Gerichte der Länder führen können.

» Der Bund erlässt aufgrund seiner Gesetzgebungskompetenz Gesetze, welche zu einer erheblichen Mehrbelastung der Fachgerichte der Länder führen können.

Noch augenfälliger ist es, wenn man sich die Gerichtsverfassungen und Verfahrensordnungen ansieht. Der Bund kann – natürlich immer in den Grenzen der Verfassung – sowohl den Instanzenzug als auch die Ausgestaltung des jeweiligen Gerichtsverfahrens regeln. Gemäß Artikel 74 Absatz 1 Nr. 1 GG erstreckt sich die

konkurrierende Gesetzgebung unter anderem auf das bürgerliche Recht, das Strafrecht, die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren. Regelungen sind in der Regel ohne Zustimmung des Bundesrates möglich, sodass die Länder zwar mögliche Bedenken einbringen können. Der Bund muss diesen aber nicht Folge leisten.

In der Bayerischen Verfassung findet sich das sogenannte »Konnexitätsprinzip«. In Artikel 83 Absatz 3 BV heißt es unter anderem: »Überträgt der Staat den Gemeinden Aufgaben [...] oder stellt er besondere Anforderungen an die Erfüllung bestehender oder neuer Aufgaben, hat er gleichzeitig Bestimmungen über die Deckung der Kosten zu treffen. Führt die Wahrnehmung dieser Aufgaben zu einer Mehrbelastung der Gemeinden, ist ein entsprechender finanzieller Ausgleich zu schaffen.« Dahinter steckt der Gedanke, dass derjenige, der Mehraufwand verursacht – hier das Land – auch dafür verantwortlich ist, sich über die Finanzierung Gedanken zu machen.

Nun möchte ich keinesfalls eine solche zwingende Konnexität zwischen Gesetzesregelungen des Bundes und der Finanzierung von Fachgerichten der Länder herstellen. Ich würde mir allerdings wünschen, dass der Bundesgesetzgeber öfter und in stärkerem Maß dem Umstand Rechnung trägt, dass es zumindest teilweise die Länder sind, die die Zeche zu bezahlen haben, wenn materielle oder Verfahrensregelungen zu Mehraufwand bei den Fachgerichten führen.

2.3.2 Ausstattung der Justiz

Auf einen weiteren wichtigen Aspekt, der die Landesgerichtsbarkeit regelmäßig stark beschäftigt, möchte ich noch kurz eingehen, auch deshalb, weil er sogar die eingangs erörterte Rechtsstaatlichkeit berühren kann.

Wenn die Justiz ihre rechtsstaatlichen Aufgaben sachgerecht erfüllen soll, muss sie auch entsprechend ausgestattet sein. So, wie der Bundesgesetzgeber die Belastung der Länderjustiz im Auge haben sollte, sollten auch die Haushälter in den

Ländern die zur Erfüllung der Aufgaben notwendigen Mittel gewährleisten. Gelegentlich kann man hier ein »Schwarzer-Peter-Spiel« zwischen Bundesgesetzgeber und Länderfinanzministern beobachten, das der am Ende betroffenen Justiz wenig hilft.

Im Hinblick auf die Ausstattung der Gerichte hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof im Jahr 2005 Folgendes ausgeführt: »Das Rechtsstaatsprinzip [...] umfasst

eine Justizgewährungspflicht. Der Staat ist verfassungsrechtlich verpflichtet, für eine funktionsfähige Rechtspflege zu sorgen. Er hat die Gerichte einzurichten und ordnungsgemäß zu besetzen, die nach den einschlägigen Gesetzen vorgeschrieben sind. Der Staat muss dafür sorgen, dass Gerichte zur Verfügung stehen, die in richterlicher Unabhängigkeit alle auf sie zukommenden Aufgaben in der richtigen Besetzung und mit der gebotenen Sorgfalt bewältigen können. Dazu gehört die erforderliche Ausstattung mit personellen und sächlichen Mitteln«.

Demnach kann die Unterversorgung der Gerichte mit »personellen und sächlichen Mitteln«, wenn sie ein bestimmtes Maß erreicht, gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen. Wenn »Politik« und Bürger in Deutschland stolz sagen wollen, dass wir einen Rechtsstaat haben, dann dürfen sie nicht vergessen, dass ein Rechtsstaat seinen Preis hat und Geld kostet. Dabei geht es nicht nur darum, dass die Gerichte über-



Es geht nicht nur darum, dass die Gerichte überhaupt entscheiden können, sondern auch darum, dass sie dies in überschaubarer Zeit tun können.

haupt entscheiden können, sondern auch darum, dass sie dies in überschaubarer Zeit tun können. Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich festgestellt, das Rechtsstaatsprinzip fordere »im Interesse der Rechtssicherheit, dass strittige Rechtsverhältnisse in angemessener Zeit geklärt werden«.

Die Verfassungsgerichte weisen regelmäßig darauf hin, dass der verfassungsrechtliche Anspruch auf eine angemessene Verfahrensdauer grundsätzlich nicht von der faktischen Ausstattung der Gerichte abhängig gemacht werden dürfe und dass die Überlastung eines Gerichts in den Verantwortungsbereich der staatlich verfassten Gemeinschaft falle. So darf zum Beispiel einem Beschuldigten nicht zugemutet werden, eine längere als die verfahrensgemessene Zeit in Untersuchungshaft zu sitzen, weil der Staat es versäumt hat, seiner Pflicht zur verfassungsgemäßen Ausstattung der Gerichte zu genügen.

Wenn man die Arbeitsbelastung und die angemessene Ausstattung der Gerichte in den Blick nimmt, gibt es viele Stellschrauben, an denen gedreht werden kann. Natürlich geht es darum, innerhalb der Gerichtsbarkeiten und auch innerhalb der einzelnen Gerichte die Arbeitsbelastung vernünftig zu verteilen.

Es geht aber auch darum, dass den Gerichten ausreichend Personal und die notwendigen Arbeitsmittel zur Verfügung gestellt werden, nicht nur im richterlichen, sondern auch im nachgeordneten Bereich. Der Deutsche Richterbund hat darauf hingewiesen, dass nach der Personalbedarfsberechnung Ende 2017 bundesweit rund 2000 Richter und Staatsanwälte fehlten. Ich begrüße ausdrücklich, dass im Koalitionsvertrag von Union und SPD auf Bundesebene im Rahmen eines »Paktes für den Rechtsstaat« auch 2000 neue Richterstellen bei den Gerichten der Länder und des Bundes sowie »entsprechendes Folgepersonal« vorgesehen sind. Solche politischen Absichtserklärungen sind auch ohne jeden Zweifel zulässig; sie müssen allerdings verfassungskonform umgesetzt werden.

Doch braucht die Justiz nicht nur ausreichend Personal. Sie braucht auch hochqualifiziertes Personal. Über den Physiker Max Planck wird manchmal gesagt, er habe zwei große Entdeckungen gemacht. Das »Quantum der Wirkung« und – Albert Einstein. So sollten auch wir Juristen nicht nur die juristische Arbeit ernst nehmen, sondern zusätzlich den talentierten Nachwuchs im Blick haben. Exmensesabsolventen mit guten Noten haben in der Regel die Wahl zwischen vielen attraktiven Stellen. Ich meine, dass es – auch jenseits finanzieller Fragen – viele gute Gründe gibt, sich für eine Laufbahn in der Justiz zu entscheiden. Nach vielen Jahren als Richter und als Teil der Justizverwaltung halte ich die Tätigkeit als Richter nach wie vor für einen der spannendsten, verantwortungsvollsten und befriedigendsten Berufe. Es ist aber eine Daueraufgabe, darauf zu achten, dass auch die finanziellen Rahmenbedingungen für Richterinnen und Richter, insbesondere das Gehalt und die Aufstiegsmöglichkeiten, im Vergleich zu anderen beruflichen Alternativen nicht so weit zurückbleiben, dass wir nicht mehr den kompetenten und talentierten Nachwuchs für die Justiz rekrutieren können, den wir brauchen. Das gilt selbstverständlich auch für alle anderen in der Justiz vertretenen Berufsgruppen. Die Situation in Bayern hat sich – in Bezug auf die personelle Ausstattung ebenso wie im Hinblick auf die Besoldung – in den letzten Jahren deutlich verbessert. Bundesweit gesehen scheint dies jedoch eher die Ausnahme zu sein.



Die Justiz braucht nicht nur ausreichend Personal. Sie braucht auch hochqualifiziertes Personal.

2.3.3 Selbstverwaltung der Justiz

Abschließend möchte ich noch kurz auf das Thema Selbstverwaltung der Justiz eingehen, aus zwei Gründen. Zum einen, weil Hans-Jürgen Papier sich in der Vergangenheit zu diesem Thema und den verfassungsrechtlichen Begrenzungen immer wieder mit großer Klarheit geäußert hat. Zum anderen, weil es immer wieder Stimmen gibt, die die dritte Gewalt als Beute der Exekutive sehen und in der Einführung einer vollständigen Autonomie der Justiz das Allheilmittel zur Lösung aller Probleme der Gerichtsbarkeit sehen. Überzeugend ist die Forderung und ihre Begründung aus meiner Sicht nicht.

Hans-Jürgen Papier hat unter anderem als Festredner bei der 100-Jahr-Feier des Bayerischen Richtervereins schlüssig dargelegt, dass Grundgesetz und Bayerische Verfassung zwar die Unabhängigkeit der Richter, nicht aber die der Justiz im

Die Gewaltenteilung



Aufteilung der Macht

Die Gewaltenteilung gehört zu den Prinzipien unserer Demokratie und ist im Grundgesetz verankert. Das bedeutet, die staatliche Gewalt ist auf mehrere Organe aufgeteilt, die sich gegenseitig kontrollieren und die Macht begrenzen. Man unterscheidet zwischen der gesetzgebenden (Legislative), der ausführenden (Exekutive) und der rechtsprechenden Gewalt (Judikative). Bundestag, Bundesrat und die Länderparlamente beraten und verabschieden als Legislative die Gesetze. Bundes- und Landesregierungen vollziehen sie, während die Verwaltungen mit ihrer Ausübung vertraut sind. Der Bundespräsident, der zur Exekutive gezählt wird, verfügt formal auch über Aufgaben, die zur Legislative gehören. Denn erst wenn er zum Beispiel ein Gesetz unterzeichnet, wird es wirksam. Neben dieser horizontalen Gewaltenteilung gibt es auch eine vertikale: Dabei werden die Staatsaufgaben auf Bund, Länder und Kommunen aufgeteilt.

DPA-Infografik 11695
Quelle: Bundestag, Bundeszentrale für politische Bildung; Datenerhebung: Stand April 2017; Grafik: Kerstin Dengl, Karen Losacker; Redaktion: Frithjof Goetz, Sophie Thunemann.

Ganzen garantieren. Im Hinblick auf das grundgesetzliche Leitbild einer Gewaltenschränkung und -beschränkung ist nicht die Ausübung der Justizverwaltung durch die dafür originär zuständige Exekutive, sondern vielmehr die Übernahme dieser Verwaltung durch die dritte Gewalt selbst verfassungsrechtlich legitimierungsbedürftig. Bei etwaigen Verfassungsänderungen müsste jedenfalls das auf dem Demokratieprinzip fußende Gebot der demokratischen Legitimation aller staatlich-hoheitlichen Tätigkeit beachtet werden.

Über die verfassungsrechtlichen Bedenken hinaus bietet die deutsche Justizpraxis keinerlei Anlass für einen Systemwechsel. Bereits jetzt besteht eine in vielfacher Hinsicht selbstverwaltete Justiz, in Bezug auf die Verteilung der Rechtspflegeaufgaben, die Praxis der Beurteilungen, Personalentwicklung und Beförderungsauswahl, die Verteilung der Sachmittel, die Disziplinarangelegenheiten oder die in weiten Teilen von der Praxis betriebene konzeptionelle Weiterentwicklung der Justiz.

Gegen einen Bedarf für einen Systemwechsel spricht schließlich, dass die deutsche Justiz weltweit hohes Ansehen genießt und im internationalen Vergleich der Qualität von Justizsystemen regelmäßig vordere Plätze belegt, während sich aus einer Reihe von Berichten ergibt, dass in Ländern mit Selbstverwaltungssystemen strukturelle Defizite in Bezug auf die Tätigkeit der Selbstverwaltungsgremien zu beobachten sind. Letztlich und justizpolitisch gilt auch in diesem Bereich das Prinzip der kommunizierenden Röhren: Solange sich die Rechtspflege durch eine der Exekutive zuzurechnende Justizverwaltung bei der Bereitstellung der personellen und sächlichen Mittel fair behandelt fühlt, wird der zur Zeit eher verhaltene Ruf nach Selbstverwaltung nicht an Lautstärke zunehmen. Bei Bedarf wird sich die dritte Gewalt jedoch Gehör zu verschaffen wissen.

» Gegen einen Systemwechsel spricht, dass die deutsche Justiz weltweit hohes Ansehen genießt und im internationalen Qualitätsvergleich regelmäßig vordere Plätze belegt.

3. Schlusswort

Ich komme zurück auf meine einleitenden Gedanken. Die Rechtsstaatlichkeit ist ein hohes Gut. Sie ist aber auch ein gefährdetes Gut. Wir können in Deutschland und Bayern stolz darauf sein, dass wir starke Verfassungen haben, starke Institutionen, die diese schützen, kompetente Fachgerichte und im Wesentlichen eine positive Einstellung der Bürgerinnen und Bürger zu ihrem Verfassungs- und Rechtsstaat. Doch dürfen wir uns auf diesem Stolz nicht ausruhen. Jeder – insbesondere Politiker, Justizverwaltungen, Richterinnen und Richter, aber auch die Bürgerinnen und Bürger – sollte aufmerksam darauf achten, dass der Rechtsstaat und die Gewaltenteilung nicht beschädigt werden. Dann bin ich guten Mutes, dass wir auch in Zukunft stolz auf unsere dritte Gewalt sein können. 

MARION ECKERTZ-HÖFER

Zur Lage der Verwaltungsgerichtsbarkeit



Marion Eckertz-Höfer
war von 2007 bis 2014
Präsidentin des Bundes-
verwaltungsgerichts.

Im Jahr 2013 beging die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit mit einem Festakt in Weimar ihr 150-jähriges Bestehen. Der Rechtshistoriker Michael Stolleis hielt den Festvortrag. In ihm beschrieb er die Lage der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit den Worten: »Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist der Prüfstein des Rechtsstaats. Sie garantiert gerichtsförmigen Schutz der Rechte des Bürgers und Einhaltung der Rechtsregeln durch den Staat.«¹ Eine treffende Charakterisierung. Historische Belege der Prüfsteinthese fallen sofort ein: Die Marginalisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im NS-Staat² lässt sich heranziehen. Die frühe Abschaffung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der DDR im Jahr 1952 gehört ebenso dazu.

1. Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel

In der Bundesrepublik ist die Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Garantin von Bürgerfreiheiten und Bürgerteilhabe anerkannt. Sie ist dieses sicher auch deshalb, weil sie ihre Aufgabe von Anbeginn an auch als Vitalisierung des Grundgesetzes verstanden hat. Die Formel des Verwaltungsrechts als konkretisiertem Verfassungsrecht hat Fritz Werner, der dritte Präsident des Bundesverwaltungsgerichts, geprägt.³ Sie gilt unverändert. Die Richterinnen und Richter der Verwaltungsgerichtsbarkeit haben diese Formel zutiefst verinnerlicht. Sie gehört zum Leitbild der heutigen Verwaltungsrichtergeneration. In der täglichen Rechtsanwendung das einfache Recht in Einklang mit höherrangigem Recht zu bringen, ist nicht immer leicht. Der verwaltungsgerichtliche Alltag ist komplexer geworden. Europarecht ist neben die deutsche Verfassung getreten und die Menschenrechtskonvention markiert ein mitunter ungewohntes Grundrechtsverständnis. Im Mehr-

¹ Vgl. Michael Stolleis, Hundertfünfzig Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Deutsches Verwaltungsblatt 128 (20/2013), S. 1274–1280, hier S. 1274; siehe auch ders., Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. 4, München 2012, S. 186f.

² Vgl. Stolleis, Verwaltungsgerichtsbarkeit (wie Anm. 1), hier S. 1277f.

³ Vgl. Fritz Werner, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht (1959), in: Karl A. Bettermann/Carl H. Ule (Hg.), Recht und Gericht in unserer Zeit, Köln 1971, S. 212–226.



ebenensystem zwischen Bundesverfassungsgericht, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte sind es in erheblichem Maße die Verwaltungsgerichte, die gerade auch im Grundrechtsschutz als deren Quasi-Vorinstanzen fungieren. Sie sind es, die gewährleisten, dass die durch Bundesverfassungsgericht, Europäischen Gerichtshof und Europäischem Menschenrechtsgerichtshof verkörpertten Rechtsregime falladäquat in »einfaches Recht« transformiert werden. Die heutige Richtergeneration weiß um diese ihre rechtsstaatliche Verantwortung als Mittler zwischen nationalem und internationalen ebenso wie supranationalen Rechtsregimen. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit gewinnt hieraus eine ihrer Stärken. Soweit so gut! Doch es gibt Krisenerscheinungen – die Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist voll davon.

Blick auf das nächtlich beleuchtete Bundesverwaltungsgericht in Leipzig.

1.1 Krisenphänomene der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Hans-Jürgen Papier ging schon vor Jahrzehnten damaligen Krisenphänomenen der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach. In einem Vortrag im Jahr 1978 vor der Berliner Juristischen Gesellschaft mit dem Titel *Die Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat*⁴ sezierte er damalige Krisenerscheinungen. Er nannte unter anderem Prozessflut, Verfahrensdauer und Dysfunktionalität der Entscheidungs- und Kontrollmechanismen. Alles auch heute keine Unbekannten:

⁴ Hans-Jürgen Papier, *Die Stellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im demokratischen Rechtsstaat*, Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 29. November 1978, Berlin 1978.

Prozessflut: Nach jahrelangem Eingangsrückgang in der Verwaltungsgerichtsbarkeit erreichen die Eingänge derzeit vor allem wegen der asylrechtlichen Streitigkeiten wieder ungewohnte Höhen.

Verfahrensdauer: Sie ist immer noch nicht im Idealbereich. Nach meiner persönlichen Auffassung läge dieser bei etwa einem Jahr pro Instanz als Durchschnittswert, der in der Mehrheit der Fälle deutlich unterschritten werden könnte, dies jedenfalls, soweit die Verfahrensdauer nicht mit einer Unterausstattung der Justiz zusammenhängt.



Die Verwaltungsgerichte einiger Länder haben inzwischen herausragend kurze Verfahrensdauern. In den meisten Ländern ist die Durchschnittsdauer zumindest vertretbar.

Die Verwaltungsgerichte einiger Länder haben inzwischen herausragend kurze Verfahrensdauern. In den meisten Ländern ist die Durchschnittsdauer zumindest vertretbar. Soweit dies nicht nur auf kluge Personalpolitik zurückzuführen ist, sind zahlreiche Änderungen des Prozessrechts mitverantwortlich, aber auch – und dies ist eine besonders erfreuliche Entwicklung – eine intensive Qualitätsdiskussion in der Richterschaft, speziell in der Verwaltungsrichterschaft gerade in den letzten 15 Jahren.

Dysfunktionalität der Entscheidungs- und Kontrollmechanismen: Hans-Jürgen Papier bezog seine Kritik hieran auf »Genehmigungen für industrielle oder verkehrsbezogene Großvorhaben«. Er kontrastierte das Missverhältnis der Komplexität der administrativen Entscheidungsfindung, gegebenenfalls unter Einschaltung von Sachverständigen und unabhängigen Kommissionen, mit den damals vielfältigen gerichtlichen, ihm als hypertroph anmutenden Überprüfungsmöglichkeiten. Wie ist heute die Lage, nach 40 Jahren? Ohne hierauf im Einzelnen eingehen zu können: Manches hat sich verändert – gerade soweit es die großen Infrastrukturvorhaben betrifft. Ich nenne nur: noch komplexere Planfeststellungsverfahren mit ergänzender Umweltverträglichkeitsprüfung auf der einen Seite und Konzentrationsmaxime, materielle⁵ und prozessuale⁶ Präklusion, enge Fristen für Öffentlichkeit und Verfahrensbeteiligte, Planerhaltung, beschränkte Fehlerfolgen, eine bis maximal zwei Gerichtsstufen auf der anderen Seite.⁷ Hans-Jürgen Papier darf sich hier also durchaus bestätigt fühlen. Jedenfalls hatte er schon 1978 für Großvorhaben die Beschränkung auf nur eine Tatsacheninstanz vorgeschlagen.⁸

Aber andere Dysfunktionalitäten sind seitdem entstanden. Wie könnte es anders sein. Ich komme darauf zurück.

1.2 Einfluss der Gesetzgebung

Für mich heute besonders interessant ist, dass Hans-Jürgen Papier den überwiegenden Teil seines Vortrags der Frage der verwaltungsrichterlichen Amtsanmaßung widmete, einen verbreiteten Vorwurf damals aufgreifend⁹ – heute ein Vorwurf, der in der Öffentlichkeit typischerweise eher gegen das Bundesverfassungsgericht oder den Europäischen Gerichtshof laut wird als gegen die Verwaltungsgerichts-

⁵ Zum Beispiel §§ 46, 73 Absatz 4 Satz 3 VwVfG; § 10 Absatz 4 LuftVG, § 215 BauGB. Vgl. BVerwGE 104, 337.

⁶ §§ 3 Absatz 2 Satz 4 VwGO in Verbindung mit § 47 Absatz 2 a VwGO.

⁷ § 50 VwGO, insbesondere Absatz 1 Nr. 6.

⁸ Vgl. Papier, Verwaltungsgerichtsbarkeit (wie Anm. 4), S. 14.

⁹ Vgl. Papier, Verwaltungsgerichtsbarkeit (wie Anm. 4), S. 15ff.

barkeit. Das vermeintliche oder tatsächliche Überschreiten richterlicher Befugnisse sah Papier, wie es heute vermutlich auch die Mehrheit in der Richterschaft sehen würde, nämlich in Korrelation zum häufigen Versagen des Gesetzgebers und mit Blick auf eine bekannte Sentenz Gustav Radbruchs: »Die Gewaltenteilungslehre, das Rechtsverweigerungsverbot *und* die Unvollkommenheit der Gesetze vertragen sich nicht miteinander, eines dieser drei Stücke muss weichen.«¹⁰

Papiers Zustandsbeschreibung und Kritik am damaligen Gesetzgeber wäre heute wohl nicht unähnlich zu formulieren. Der Trend zur vollständigen Verrechtlichung sämtlicher Rahmenbedingungen des Lebens hält unvermindert an. Es gilt weiterhin, dass es an »gemeinsamen Grundüberzeugungen der Gesellschaft in Fragen der Sitte, Konvention, Moral und Religion« fehlt.¹¹ Dies erscheint 40 Jahre später noch deutlicher. Der Rückgang des Einflusses der christlichen Kirchen und des Ansehens sonstiger Institutionen, nicht zweifelsfrei zu identifizierende Wertvorstellungen anderer Religionen, die Einflüsse Europas und der Globalisierung auf Wirtschaft und Gesellschaft, die immensen Entwicklungen in Technik und Medizin – man mag auch Letzteres nicht nur als Fortschrittsgeschichte beschreiben. All dies hat zunehmend an noch vorhandenen Gemeinsamkeiten gerüttelt. Hinzu kommen das Fehlen oder die gelebte Brüchigkeit anerkannter Rollenmodelle in Familien und Partnerschaften, die neue Akzeptanz einer früher unterdrückten Geschlechtervielfalt, der verbreitete Anspruch, dass der Staat vor fast allen Lebensrisiken zu schützen habe, das Verlangen nach immer einfacheren Erklärungen in einer immer komplexeren Welt. Die Möglichkeiten der Gesetzgebung, ohne gesetzessprachliche Unschärfen, ohne Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe auszukommen, sind offenkundig eingengt denn je.

1.3 Verwaltungsrichterliches Berufsbild

Die Kritik von Hans-Jürgen Papier an den Richtern des Jahres 1978 fällt durchaus milder aus, als es der bei ihm mit Fragezeichen versehene Obertitel »Amtsanmaßung« vermuten lässt. Ich könnte mir vorstellen, dass er die heutigen Richter – inzwischen erfahrungsgesättigt durch eigene langjährige richterliche Tätigkeit – auch nicht härter beurteilen wird. Ich selbst habe in meinen mehr als 20 Jahren in der Verwaltungsgerichtsbarkeit – zuzüglich meiner Lehrjahre beim Bundesverfassungsgericht – großen Respekt vor der verwaltungsrichterlichen Arbeit gewonnen. Angesichts eines Gesetzgebers, der seine kaum vermeidbaren Qualitätsprobleme durch politische Kompromisse und Symbolgesetzgebung noch verstärkt hat, ist der Richterberuf seitdem noch anspruchsvoller geworden – dies auch angesichts eines teilweise nur unzureichend aufeinander abgestimmten Nebeneinanders unterschiedlicher Rechtsregime. Ein konkretes Beispiel entnehme ich dem Asyl- und Ausländerrecht. Hier warteten die Richter jahrzehntelang darauf, dass endlich das europäisch-türkische Assoziationsrecht im nationalen Recht kodifiziert wird. Der Gesetzgeber reagierte erst vor wenigen Jahren. Immerhin. Aber ergänzend gilt es

¹⁰ Gustav Radbruch, Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung: ein Beitrag zum juristischen Methodenstreit, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 22 (1906), S. 355–370, hier S. 359, zitiert nach: Papier, Verwaltungsgerichtsbarkeit (wie Anm. 4), S. 18.

¹¹ Papier, Verwaltungsgerichtsbarkeit (wie Anm. 4), S. 24.

für die Richterschaft die komplexe Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, teilweise auch der Fachausschüsse der Vereinten Nationen zu verarbeiten – wobei längst nicht alle Texte auch in deutscher Sprache vorliegen.

Das Berufsbild des Verwaltungsrichters beziehungsweise der Verwaltungsrichterin hat sich auch deshalb seit 1978 durchaus deutlich gewandelt: Gesucht wird heute, wer neben einer guten juristischen Ausbildung und Allgemeinbildung über solide Fremdsprachenkenntnisse, nicht unerheblichen naturwissenschaftlichen Verstand und eine hohe Einarbeitungskompetenz verfügt. Eine starke Identifikation mit dem grundgesetzlichen sozialen Rechtsstaat und den europäischen Verträgen darf als selbstverständlich vorausgesetzt werden. Erfreulicherweise gibt es nicht wenige, die dieses Anforderungsprofil erfüllen. Allerdings: Die Justiz, gerade auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit, hat derzeit durchaus Probleme, die erforderlichen hochqualifizierte Richterinnen und Richter zu finden. Die Überalterung in der

» Die Überalterung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist beträchtlich. Über ein Jahrzehnt lang wurden frei werdende Stellen nicht nachbesetzt.

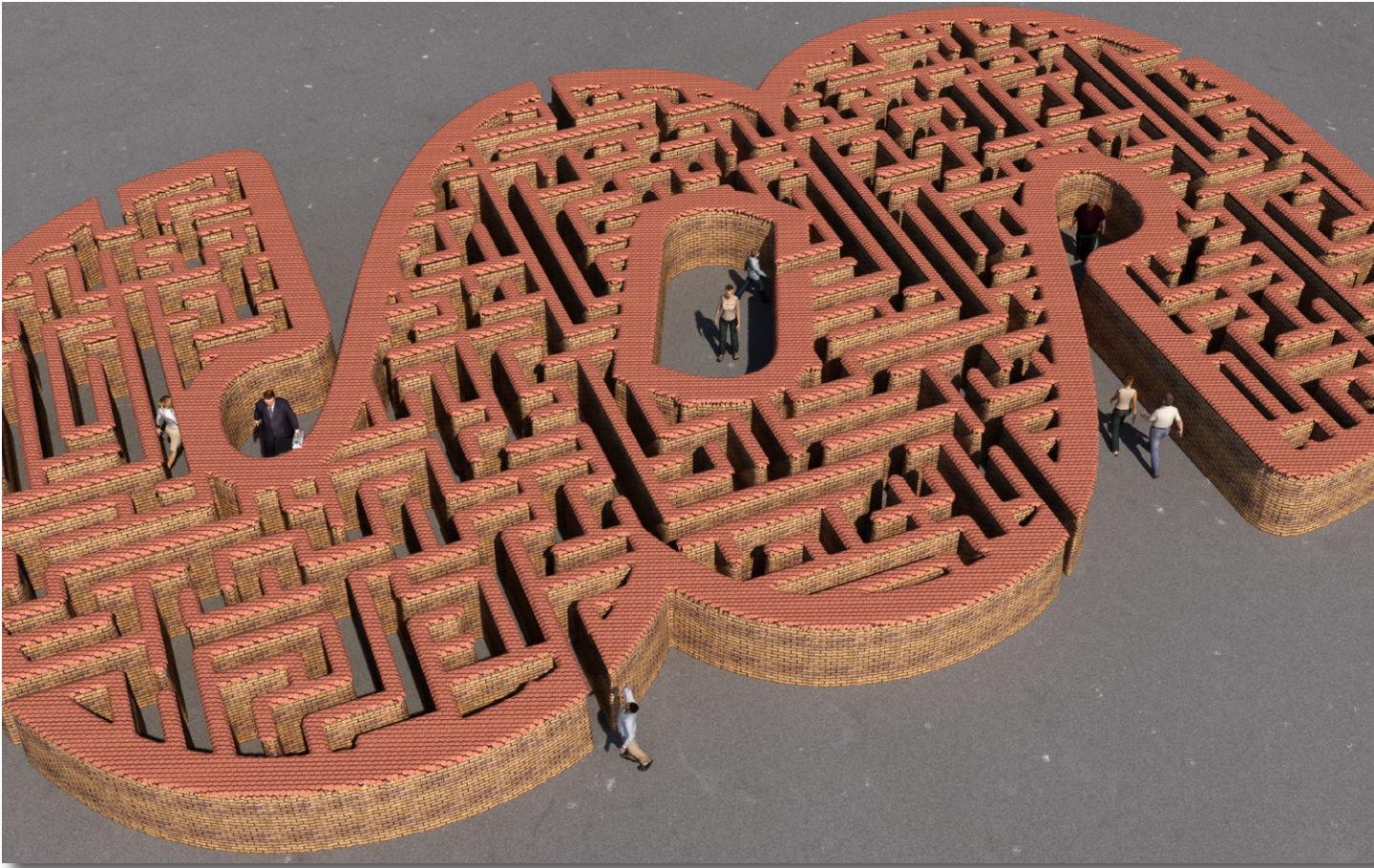
Verwaltungsgerichtsbarkeit ist beträchtlich. Über ein Jahrzehnt lang wurden frei werdende Stellen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht nachbesetzt, sondern in andere Gerichtsbarkeiten verlagert. Es werden also gute bis sehr gute Öffentlichrechtler gesucht, möglichst solche, die Verständnis für die Belange der Verwaltung ebenso mitbringen wie für die Rechtsansprüche der Bürger. Die Krux ist: Gute Öffentlichrechtler verdienen in großen

Anwaltskanzleien ein Vielfaches des Richtergehalts – mit exorbitanten Steigerungsmöglichkeiten, die völlig außerhalb der Reichweite des öffentlichen Dienstes liegen. Man kann nur hoffen, dass die spezifischen richterlichen Arbeitsmöglichkeiten in einer spezialisierten Fachgerichtsbarkeit doch noch genügend Anreize bieten!

1.4 Eigenständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Im Folgenden möchte ich mich auf Probleme konzentrieren, die weniger im Fokus der Öffentlichkeit stehen. Es geht mir um die Eigenständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit, ihre institutionelle und funktionelle Existenz. Das betrifft zum einen politische Initiativen zur Zusammenlegung aller drei öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten oder zumindest von Sozial- und Verwaltungsgerichtsbarkeit: eine heikle Debatte, die nie völlig an Aktualität verlieren wird. Die letzten politischen Aktivitäten dazu hatten eng mit den Besonderheiten der über die Jahrzehnte wechselnden Belastungssituation bei den Verwaltungsgerichten zu tun. Auf diese möchte ich deshalb noch gesondert zu sprechen kommen.

Darüber hinaus geht es mir um das Problem der Zuweisung eigentlich öffentlich-rechtlicher Zuständigkeiten an andere Gerichtszweige, vornehmlich an die Zivilgerichtsbarkeit. Die Ziviljustiz wird vom Gesetzgeber verstärkt zur Kontrolle des Verwaltungshandelns eingesetzt. Dabei handelt es sich um eine Praxis des Gesetzgebers, die nach meinem Eindruck in den letzten Jahren immer mehr überhandgenommen hat. Sie höhlt systemwidrig die funktionale Bedeutung einer eigenständigen Verwaltungsgerichtsbarkeit aus und das aus meiner Sicht mit durchaus nachhaltigen Folgen für das gesamte Justizsystem. Die sogenannte große Lösung »Zusammenlegung« der Gerichtsbarkeiten findet ihren Helfer – oder Vorläufer? – in dieser kleinen Lösung,



der sukzessiven Verwischung von Funktionsgrenzen der Gerichtszweige untereinander. Die Folgen sind durchaus nicht nur rein organisatorisch.

2. Zusammenlegungsdebatte und Belastung

Das deutsche Justizsystem mit seinen fünf verschiedenen Gerichtszweigen ist weltweit in der Tat eine Besonderheit. Üblicherweise sind Gerichtsbarkeiten tendenziell entweder monistisch als Einheitsgerichtsbarkeit oder dualistisch organisiert. Im dualistischen Konzept umfasst einer der beiden Gerichtszweige häufig die Materien des allgemeinen Verwaltungsrechts und des Steuer- und Abgabenrechts sowie des Sozialrechts, der andere dann Zivil-, Arbeits- und Strafrecht. Andere Abgrenzungen sind indes nicht selten. In wenigen Staaten der Welt ist der Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt allerdings vergleichbar differenziert gewährleistet wie in Deutschland.

Unser komplexes System erfährt im Ausland viel Bewunderung, bei dortigen Richterkollegen gelegentlich auch Neid. Im Inland scheint es rechtfertigungsbedürftig. Fragen dazu haben eine unterschiedliche Konjunktur – meist im Sinne von: Wären weniger Gerichtszweige nicht »mehr« – also kostengünstiger, effektiver,

Im Labyrinth der Paragraphen? Das deutsche Justizsystem ist mit seinen fünf verschiedenen Gerichtszweigen zwar weltweit eine Besonderheit. Aber in nur wenigen Staaten der Welt, so Marion Eckertz-Höfer, sei der Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt so differenziert gewährleistet wie in Deutschland.



Rechtsprechung in Deutschland

Einbrüche, Streit um Baugenehmigungen oder Ärger wegen einer Kündigung: Rechtsstreitigkeiten werden in Deutschland vor verschiedenen Gerichten ausgetragen. Arbeits-, Sozial-, Finanz- und Verwaltungsgerichte beschäftigen sich mit ihrem jeweiligen Spezialbereich, Amts- und Landgerichte kümmern sich um Straftaten und zivile Angelegenheiten wie Streit mit dem Vermieter, unbezahlte Rechnungen oder Scheidungen. Wer vor Gericht gezogen ist und mit dem gefällten Urteil nicht einverstanden ist, kann in der Regel in die nächste Instanz gehen, also vor das nächsthöhere Gericht ziehen („Instanzenzug“). Die Wege und Mittel unterscheiden sich je nach Gericht. Bei einem Fall vor einem Amtsgericht beispielsweise kann Berufung gegen das Urteil eingelegt werden, dann muss das Landgericht als nächste Instanz den Fall noch einmal neu aufrollen. Die Entscheidungen bei Rechtsstreitigkeiten fällen Richter – entweder ein einzelner oder mehrere Berufsrichter – oder Berufs- und Laienrichter (sogenannte Schöffen) gemeinsam. Das höchste Gericht in Deutschland ist das Bundesverfassungsgericht. Es ist allerdings kein Gericht im Instanzenzug. Es entscheidet, ob bestimmte Gesetze verfassungswidrig sind, also ob sie das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland verletzen. So kippte das Verfassungsgericht 2010 das damalige Gesetz zur Vorratsdatenspeicherung.

DPA-Infografik 10619
Quelle: Bundesjustizministerium; Datenerhebung: Stand Oktober 2015; Grafik: Kerstin Dengl; Redaktion: Teresa Fischer.

besser? Die Gerichtssysteme in anderen demokratischen Staaten erfüllen regelmäßig auch ihren rechtsstaatlichen Zweck – heißt es. Natürlich ist die Organisation von Rechtsschutz auf vielfältige Weise möglich. Aber warum in Deutschland ein System ändern, das für Rechtssuchende mehr Vor- als Nachteile hat? Wer Änderungen einer bewährten gerichtlichen Gesamtstruktur will, sollte zumindest sehr überzeugende Gründe aufbieten können und gleichzeitig belegen, dass sich die mit einer Zusammenlegung verbundenen Ziele im geltenden System nicht verwirklichen lassen. All dies fehlt in bisherigen Zusammenlegungsdebatten in Deutschland. Diese

finden seit Ende der 1950er-Jahre immer wieder statt. Die Akteure finden sich in Wissenschaft und Politik, in der Richterschaft eher selten. Diese Debatte wird wohl immer wieder aufflackern, zumindest solange der Schutz richterlicher Spezialisierung durch institutionelle Differenzierung nicht als eigenständiger rechtsstaatlicher Wert wahrgenommen wird. Für die allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit ist die Frage von existenzieller Bedeutung. Allein fiskalische Überlegungen greifen auf diesem Gebiet ebenso zu kurz wie richterliches »Reviervverhalten«.

» Wer Änderungen einer bewährten gerichtlichen Gesamtstruktur will, sollte zumindest belegen können, dass sich die mit einer Zusammenlegung verbundenen Ziele im geltenden System nicht verwirklichen lassen.

2.1 Zusammenlegungsbestrebungen und Verfahrensstand

Das Thema Zusammenlegung von Gerichtszweigen war in den Jahren zwischen 2003 und 2009 nicht nur Teil einer abstrakten Debatte, sondern es stand ganz konkret im Bund und in den Ländern auf der politischen Agenda. Die »Zusammenlegung von Gerichtszweigen« war Teil einer Koalitionsvereinbarung, sie mündete in mehreren Gesetzesentwürfen. Für ihre Befürworter stand ein Erfolg also eigentlich zum Greifen nahe. Warum sie damals scheiterte? Das bleibt unklar. Gleichwohl: Die damalige Debatte zeigt uns, wie der politisch agierende Gesetzgeber seine fünf Gerichtsbarkeiten und eben vor allem auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit wahrnimmt. Sie ist ein Indiz für ihren Bedeutungs- und Funktionsverlust.

Anlass für die jüngsten Zusammenlegungsideen bot vor allem die ab 2003 immer weiter auseinander gehende Belastung der Verwaltungsgerichte und der Sozialgerichte der Länder. Eine Belastungsschere, die längst wieder geschlossen ist beziehungsweise sich in ihr Gegenteil verkehrt hat. Damals aber stiegen bei den Sozialgerichten die Eingänge infolge der sogenannten Hartz-Gesetzgebung.¹² Im Zuge dieser Gesetzgebung hatten die Verwaltungsgerichte ihre Zuständigkeit für steuerfinanzierte Sozialleistungen in Form der früheren Sozialhilfe an die Sozialgerichte abtreten müssen.¹³

Auf der Ebene der Justizministerkonferenz ging man in den Jahren 2003 und 2004 das Thema Zusammenlegung durchaus grundlegend an.¹⁴ Es wurden sämtliche Varianten einer Zusammenlegung diskutiert. Selbst die Radikallösung – Zusammenlegung von Zivil- und Arbeitsgerichtsbarkeit auf der einen Seite und der drei öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten auf der anderen Seite – wurde angedacht. Sie schaffte es aber dann doch nicht in die offiziellen Papiere. Im Vordergrund stand

¹² Vgl. Viertes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 (BGBl. 2003, Teil I, S. 2954).

¹³ Auf der Grundlage einer – dem Vernehmen nach wohl durchaus dramatischen – Nachtsitzung des Vermittlungsausschusses am 16. Dezember 2003, deren Ergebnis hinsichtlich der Kompetenzverlagerung für Sozialhilfeangelegenheiten einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung (zu der es nie kam) wohl kaum Stand gehalten hätte; vgl. BVerfGE 101, 297 (306); 120, 56 (73f.); 125, 104 (122).

¹⁴ Vgl. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 6. November 2003 in Berlin und die auf der Herbstkonferenz der Justizministerinnen und -minister am 25. November 2004 in Berlin beschlossenen Eckpunkte für eine »Große Justizreform« – Beschluss zu Punkt 1.1 des Eckpunktepapiers zur Großen Justizreform: »Die Justizministerinnen und Justizminister sprechen sich für eine möglichst weit gehende Vereinheitlichung der Gerichtsverfassungen und der Prozessordnungen für alle Gerichtsbarkeiten aus.«

damals nicht die Effektivierung der rechtsstaatlichen Funktionen der Rechtsprechung, sondern ein administrativ-fiskalisches Ziel. Der Schutz der Richter vor Versetzung erschwerte den Personalausgleich zwischen den Gerichtszweigen bei Belastungsunterschieden: Hierauf wollte man flexibler reagieren können und das Problem weitgehend der Verantwortung der Gerichte zuweisen. Angesichts der bescheidenen Ausstattung sowohl der Verwaltungsgerichtsbarkeit als auch der Sozialgerichtsbarkeit hätte dies allerdings kaum die beabsichtigte Ersparnis neuer Richterstellen sichern können. In Richterkreisen wurde dazu gerne der Satz aus dem Libretto des Fidelio zitiert: Wenn sich Nichts mit Nichts verbindet, ist und bleibt die Summe klein!

Doch der politische Druck wurde erhöht: Vorbereitet durch eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe¹⁵ brachte der Bundesrat 2004 einen Gesetzesentwurf zur Änderung des Grundgesetzes¹⁶ und zu einem sogenannten Zusammenlegungsgesetz¹⁷ ein. Beide sollten es den Ländern optional ermöglichen, alle drei öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten oder auch nur zwei davon zusammen durch ein neues zu gründendes Fachgericht auszuüben – Stichwort »Optionslösung«. Auf die Zusammenführung

15 Siehe den Schlussbericht »Errichtung einer öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeit zum Auftrag der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 6. November 2003 (TOP C.II.3 des Protokolls), S. 10, 31f. – Siehe zum Ganzen beispielsweise auch Heinz Georg Bamberger, Zur Vereinheitlichung der Fachgerichtsbarkeiten, in: Detlef Merten (Hg.), Justizreform und Rechtsstaatlichkeit. Forschungssymposium anlässlich des 100. Geburtstages von Carl Hermann Ule (26.2.1907 – 16.5.1999), Berlin 2009, S. 9–20; Uwe Berlit, Zusammenlegung von Gerichtsbarkeiten, in: *Betrifft Justiz* 20 (77/2004), S. 226–237; Michael Bertrams, Die Erneuerung und Sicherung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: *Deutsches Verwaltungsblatt* 121 (16/2006), S. 997–1007; Thomas Flint, Für eine Zusammenlegung von Sozialgerichten und Verwaltungsgerichten, in: *Deutsche Richterzeitung* 82 (7–8/2004), S. 217–221; Klaus F. Gärditz, Die Rechtswegspaltung in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungs-rechtlicher Art, in: *Die Verwaltung* 43 (3/2010), S. 309–347; Sibylle von Heimburg, Effizientere Rechtsprechung durch Zusammenlegung der öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten?, in: Rainer Pitschas/Arnd Uhle/Josef Aulehner (Hg.), *Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik. Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag*, Berlin 2007, S. 483–498; Elisabeth Heister-Neumann, »Große Justizreform« – Der Weg zu einer zukunftsfähigen Justiz, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 38 (1/2005), S. 12–15; Eckart Hien, Vom Verwaltungsgericht zum Fachgericht?, in: *Deutsches Verwaltungsblatt* 120 (6/2005), S. 348–350; Friedhelm Hufen, Ist das Nebeneinander von Sozialgerichtsbarkeit und Verwaltungsgerichtsbarkeit funktional und materiell begründbar?, in: *Die Verwaltung* 42 (3/2009), S. 405–437; Ulrich Ramsauer, Die Zusammenlegung von Verwaltungs- und Sozialgerichten, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland* 7 (4/2004), S. 147–150; Konrad Redeker, Vereinheitlichung der öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 57 (8/2004), S. 496–498; Wolfgang Schild/Stephan Weth, Aus fünf mach zwei – einige Gedanken zur geplanten Zusammenlegung der Gerichtsbarkeiten, in: Jürgen Bröhmer et al. (Hg.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte. Festschrift für Georg Ress*, Köln 2005, S. 1555–1568; Fabian Wittreck, Auftakt zu einer neuen Runde – die Vereinheitlichung der öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeiten, in: *Deutsches Verwaltungsblatt* 120 (4/2005), S. 211–220.

16 Bundesrat, Drucksache 543/04; Bundestag, Drucksache 15/4108; neu Bundesrat, Drucksache 46/06; Bundestag, Drucksache 16/1034. Zu Verfassungsfragen siehe Bernhard Stür/Caspar D. Hermanns, Der verfassungsrechtliche Rahmen einer Vereinheitlichung der öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeiten, in: *Die Öffentliche Verwaltung* 54 (12/2001), S. 505–511 mit weiteren Nachweisen; Berlit, Zusammenlegung (wie Anm. 15), hier S. 228f., der die fünf Bundesgerichte, nicht aber die entsprechende Gliederung der Gerichte auf Länderebene durch die Verfassung garantiert sieht.

17 Bundestag, Drucksache 15/4109: Entwurf eines Gesetzes zur Öffnung des Bundesrechts für die Zusammenführung von Gerichten der Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit in den Ländern (Zusammenführungsgesetz); neu eingebracht als Bundesrat, Drucksache 47/06 (= Bundestag, Drucksache 16/1040).

der obersten Gerichtshöfe des Bundes und der drei unterschiedlichen Prozessordnungen wurde ausdrücklich verzichtet. Dies obwohl in die Vereinheitlichung der Prozessordnungen, wie schon Ende der 1960er- und Mitte der 1980er-Jahre, bereits viel Arbeitskraft investiert worden war.

Von allen denkbaren Lösungen war eine besonders problematische gewählt worden. Am Ende fehlte es glücklicherweise am »Abschluss«. Die Gesetzesentwürfe fielen zweimal der Diskontinuität zum Opfer. Mehrheiten ließen sich nicht gewinnen. Ein vorläufig letztes Aufflammen: Im Herbst 2009 bekundete der Koalitionsvertrag von CDU/CSU und FDP¹⁸ noch die Absicht, Verwaltungs- und Sozialgerichte auf Länderebene zusammenzufassen – also wieder ohne die Finanzgerichte¹⁹ und wieder ohne auch die Struktur der Bundesgerichte zu verändern. Auch dazu kam es nicht. Welche Widerstände am Ende für das Scheitern maßgeblich waren, drang nicht an die Öffentlichkeit.

» Von allen Lösungen war eine besonders problematische gewählt worden. Am Ende fehlte es glücklicherweise am »Abschluss«.

2.2 Gründe für und gegen eine Zusammenlegung

Aus Sicht der Justizministerinnen und -minister sprachen *für* eine Zusammenlegung damals vor allem: die Flexibilisierung des Einsatzes von Lebenszeitrichtern, Personal- und Sachkosteneinsparung sowie die Angleichung an europäische Gerichtsstrukturen.²⁰ Keines dieser Argumente war meines Erachtens zwingend oder auch nur überzeugend genug, die bewährte Gerichtsstruktur zu ändern. Auch wurden funktionale Äquivalente zur Zusammenlegung nicht ernsthaft erwogen. Als solche wären beispielsweise in Betracht gekommen:

- eine verfassungsgeleitete Reform des Richterdienstrechts, die in Ausnahmesituationen wie der damaligen eine leichtere Versetzung von Richtern hätte ermöglichen können. Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat hier zu Unrecht behauptet, dass dieser Weg von Verfassungs wegen gänzlich versperrt sei – sogar die grundgesetzliche Ewigkeitsgarantie wurde hierfür bemüht.²¹

¹⁸ CDU/CSU und FDP, Wachstum. Bildung. Zusammenhalt. Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP. 17. Legislaturperiode, Berlin, 26. Oktober 2009, S. 111 (online unter: www.csu.de/common/_migrated/csucontent/091026_koalitionsvertrag_02.pdf – letzter Zugriff: 20.04.2020).

¹⁹ Eine Zusammenlegung von Finanzgerichtsbarkeit und Verwaltungsgerichtsbarkeit wäre vermutlich mit weniger internen Kosten möglich gewesen als die Zusammenlegung mit der Sozialgerichtsbarkeit – aber dies wurde nicht ernsthaft geprüft.

²⁰ Vgl. Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe »Errichtung einer einheitlichen öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeit« zum Auftrag der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 6. November 2003, Stand: Mai 2004, S. 2, 10ff.

²¹ Für die Möglichkeit von Änderungen des Richterdienstrechts spricht: Der von der Verfassung intendierte Schutz der persönlichen Unabhängigkeit der Richter besteht allein im Interesse des Rechtsstaates und der Rechtspflege und soll vor allem Einflussnahmen und Manipulationsmöglichkeiten hinsichtlich der Richterbank ausschließen, also das Prinzip des gesetzlichen Richters und der Gewaltenteilung institutionell absichern. Das erschwert Versetzungen – zu Recht. Wird aber ein Versetzungstatbestand gesetzlich hinreichend genau für den Ausnahmefall starker Belastungsunterschiede von zwei Gerichtsbarkeiten umschrieben und beispielsweise dem Präsidium des betroffenen Gerichtes zusätzlich ein Vetorecht für den Fall zugestanden, in dem Einflussnahmen auf den gesetzlichen Richter konkret zu befürchten sein könnten, dürfte dies verfassungsrechtliche Bedenken hinreichend ausräumen.

- andere organisatorische Maßnahmen, um die intendierte Personal- und Sachkosteneinsparung zu erreichen. Heute lassen sich dazu Erfolgsmodelle verkünden. In vielen Ländern entstanden Justizzentren – Gerichte unterschiedlicher Gerichtszweige wurden im gleichen Gebäudekomplex versammelt. Hiermit ließen sich über gemeinsame Bibliotheken und Technik und Teilen der Verwaltung durchaus beachtliche Synergieeffekte erreichen. Wiederum andere Möglichkeiten zur Erzielung von Synergieeffekten erwuchsen aus länderübergreifender Zusammenarbeit: So bildeten die Länder Berlin und Brandenburg per Staatsvertrag in zumindest vier Gerichtszweigen gemeinsame Fachobergerichte. Bremen und Niedersachsen gründeten auf diese Weise ein gemeinsames Landessozialgericht.
- Versetzungen oder Abordnungen mit Zustimmung der betroffenen Richterinnen und Richter. Diese Möglichkeit kann nicht von vornherein als fruchtlos und vergeblich abgetan werden. Es gibt das Beispiel Hessen: Hier konnten 2010 (und später) angesichts der akuten Notlage in ausreichendem Maße Verwaltungsrichter und -richterrinnen gewonnen werden, um die Sozialgerichte bedarfsentsprechend zu verstärken.²²

Aber auch das wohl wichtigste Kontra-Argument fand damals leider nur wenig Resonanz: Eine Zusammenlegung hätte die ganz spezifische verwaltungsrechtliche Spezialisierung – und natürlich auch die in den anderen Gerichtsbarkeiten – erheblich

» Eine Zusammenlegung hätte die verwaltungsrechtliche Spezialisierung erheblich erschwert. Spezialisierung ist für die Qualität der Rechtsprechung von großem Gewicht.

erschwert. Spezialisierung ist für die Qualität der Rechtsprechung von großem Gewicht, auch wenn sie stets nur begrenzt möglich ist. Auch im eigenen Gericht hat niemand die Gewähr, vom Präsidium stets für dieselben Rechtsgebiete eingesetzt zu werden. Und dies wäre auch nicht einmal wünschbar. Aber Richter müssen im Verfahren den aus hochspezialisierten Anwaltskanzleien kommenden Fachanwälten auf Augenhöhe begegnen können. Dies verlangt ein erhebliches Maß an Spezialisierung. Dagegen wird

eingewandt, dass vergleichbare Spezialisierungsgrade über die Binnendifferenzierung innerhalb der neuen Gerichtseinheiten genauso möglich wären.²³ Das mag im Einzelfall zutreffen. Es käme dabei aber auf den Goodwill vieler Beteiligter an. Denn das Ziel eines flexiblen Richtereinsatzes ist es ja gerade, trotz Binnendifferenzierung auf vorhandene Spezialisierungen keine Rücksicht nehmen zu müssen.

Hinzu kommt, dass eine Zusammenlegung auch für die Nachwuchsgewinnung nachteilig gewesen wäre. Die besonderen Spezialisierungsmöglichkeiten der Verwaltungsgerichtsbarkeit waren schon immer gerade für intrinsisch motivierte Kandidatinnen und Kandidaten von Gewicht. Darüber hinaus lockt sie auch Personen, die schon Lehrjahre in der Verwaltung hinter sich haben. Solche Erfahrungen vermögen einen richterlichen Spruchkörper wirksam zu ergänzen. Denn die Verwaltungsrechtsprechung darf Probleme ihrer Umsetzung durch Behörden nicht aus dem Blick verlieren.

²² Vgl. Frankfurter Anwaltsverein, Mitteilung, 29. Juli 2010 (online unter: <http://web.archive.org/web/20110419190800/www.frankfurter-anwaltsverein.de/2010/07/29/verwaltungsgericht-frankfurt-bleibt/> – letzter Zugriff: 20.04.2020).

²³ Berlit, Zusammenlegung (wie Anm. 15), hier S. 229f.

2.3 Belastungsschwankungen und Gesetzgebung

Der Ruf nach flexiblerem Richtereinsatz knüpft an periodisch wechselnde Unterschiede in der Arbeitsbelastung in den Gerichtszweigen an. Belastungsfragen sind in der Verwaltungsgerichtsbarkeit ein Dauerthema, ein rechtsstaatlich relevantes noch dazu. Werden sie nicht befriedigend gelöst, hat dies Auswirkungen auf Dauer und Qualität des Rechtsschutzes – wobei beides nicht voneinander zu trennen ist. Bürgerinnen und Bürger spüren die Auswirkungen. Die zivilgesellschaftliche Unterstützung unseres Rechtsstaates hängt davon ab. Auch wenn Umfragewerte dazu immer zwiespältig zu bewerten sind – eine indizielle Funktion lässt sich ihnen nicht absprechen. Im Herbst 2019 ergaben Umfragen ein grundsätzliches Vertrauen in die Justiz von immerhin 69 Prozent.²⁴ Allerdings sind auch 83 Prozent davon überzeugt, dass die Gerichte überlastet sind, in den östlichen Bundesländern ist der Prozentsatz noch höher.²⁵ Jedenfalls lassen solche Zahlen eine größere Krise für die Akzeptanz der Justiz nicht vermuten. Aber auf die Belastung der Gerichte – die ja nicht nur eine gefühlte ist – muss reagiert werden. Es gilt Dauer und Rechtsstaatlichkeit jedes einzelnen Verfahrens unter Kontrolle zu halten.

Auf die Frage nach den Ursachen von Belastungsschwankungen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit lässt sich allgemein feststellen: Es gibt keine Gerichtsbarkeit, die von aktuellen Entwicklungen und Paradigmenwechseln in Politik und Gesellschaft, Wirtschaft und Wissenschaft vergleichbar unmittelbar beeinflusst ist wie die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Ich klammere das Bundesverfassungsgericht wegen seiner Sonderstellung einmal aus. Die Mehrzahl der in Bund und Ländern jährlich verkündeten Rechtsnormen betrifft Materien des Verwaltungsrechts. Es geht um gestaltende Politik, in Rechtsformen gegossen. Den später folgenden Bedarf nach gerichtlicher Klärung und Streitentscheidung inbegriffen. Die Arbeitssituation der Gerichte ist Teil der Kostenbilanz dieser normativ umzusetzenden Gesellschaftspolitik. Eine verbesserungsbedürftige Gesetzgebungskultur tut ein Übriges.

2.3.1 Ursachen der Belastungsschwankungen

Die Belastungsschwankungen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit haben unterschiedliche Ursachen. Rechtsgebiete, die zeitweilig zu einem Massenphänomen werden, sind einer der Gründe. Oder Fälle mit außergewöhnlicher Komplexität – in manchen Rechtsgebieten vermehrt zu finden, aber letztlich in allen möglich – erfordern eine ganz überdurchschnittliche Bearbeitungsdauer. Beispiel hierfür sind Großverfahren im Fachplanungs- und Umweltrecht. Aber wie gesagt: Umfangreiche und schwierige Tatsachenermittlungen und ungeklärte und hochkomplexe Rechtsfragen sind eine Frage des Einzelfalls und nicht allein der Rechtsmaterie.

Als Massenphänomen erwies sich beispielsweise bis Anfang der 1980er-Jahre das Kriegsdienstverweigerungsrecht. Ab den 1970er-Jahren auch das Hochschulzugangsrecht, Stichwort: Numerus Clausus. Auch das Recht zur Bereinigung von SED-Unrecht

²⁴ Vgl. Statista, Umfrage in Deutschland zum Vertrauen in Justiz und Rechtssystem 2019, 9. März 2020 (online unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/153813/umfrage/allgemeines-vertrauen-in-die-justiz-und-das-rechtssystem/> – letzter Zugriff: 27.04.2020); in einer anderen Umfrage liegen Zustimmungswerte ähnlich hoch (vgl. Roland-Rechtsreport, Köln 2020, S. 10ff.).

²⁵ Vgl. Roland-Rechtsreport (wie Anm. 24), S. 17, 19.

wie das der Regelung offener Vermögensfragen (Stichwort: Rückgabe vor Entschädigung) war über viele Jahre hin ein Mengenproblem. Und seine vergleichsweise schnelle Bewältigung war eine der großen Leistungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit!

Die Zahlen der Verfahren im Asyl- und Flüchtlingsrecht toppten allerdings schon in den 1970er- bis 1990er-Jahren alles andere. Heute fast vergessen: Auch in den Jahren 1991 bis 1993 waren über eine Million Asylbewerber gekommen. Die Eingangszahlen bei den Gerichten 2018 überflügeln die damaligen vermutlich nur kurzfristig: Gegenmittel im Jahr 1993 war eine Grundgesetzänderung, die zu dem neuen Artikel 16a GG führte – vor allem aber das 1997 in Kraft getretene (erste) Dubliner Übereinkommen,²⁶ dessen Brüchigkeit wir seit einer Weile erleben. Die Gerichte mussten eigene Strategien entwickeln: Als Massenphänomene erlebte Verfahren können selten im Schnelldurchlauf erledigt werden. Aber über Fallgruppenbildung, geschickte Gerichtsorganisation und dank elektronischer Hilfsmittel heute sind vergleichsweise hohe Erledigungszahlen pro erfahrenen Einzelrichter oder pro Kammer möglich.

2.3.2 Entlastungsversuche und ihre Probleme

Die Belastung der Gerichte wird unter anderem gemessen an der Pro-Kopf-Belastung des richterlichen Personals. Die Politik in den Ländern und im Bund hat immer wieder unterschiedliche Anläufe unternommen, diese zu senken. Einige Beispiele:

Die Länder haben dazu meist auf eine Erhöhung oder Verminderung der Richterzahlen gesetzt. Hierzu ein paar Größenordnungen: Während die Zahl der Verwaltungsrichterinnen und -richter bis Mitte der 1970er-Jahre weniger als 1 000 betrug, wuchs sie in den 1980er-Jahren auf über 1 500 und in den 1990er Jahren auf über 2 000 Richterinnen und Richter an – mit einem kurzzeitigen Spitzenwert von über 2 500 in der Mitte der 1990er-Jahre.²⁷ Derzeit sind es wieder über 2 300 Richterinnen und Richter – der Ausbau war dringend erforderlich!²⁸

Eher kontraproduktiv wirkte ein Abbau des verwaltungsgerichtlichen Vorverfahrens in unterschiedlichen Rechtsgebieten, dies vor allem in den Flächenländern.²⁹

²⁶ Gesetz zu dem Übereinkommen vom 15. Juni 1990 über die Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylanspruchs (Dubliner Übereinkommen) vom 27. Juni 1994 (BGBl. 1997, Teil II., S. 1452).

²⁷ Vgl. Ulrich Ramsauer, Die Wahrung des Verwaltungsrechtsschutzes aus gerichtlicher Sicht. Aktuelle Probleme der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Wilfried Erbguth (Hg.), Verwaltungsrechtsschutz in der Krise: vom Rechtsschutz zum Schutz der Verwaltung?, Baden-Baden 2010, S. 71–86, hier S. 75: Tabelle zur Entwicklung der Richterzahlen zwischen 1961 und 2006.

²⁸ Bundesamt für Justiz, Richterstatistik 2018, Stand 15. November 2019 (online unter: www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Richterstatistik_2018.pdf?__blob=publicationFile&v=3 – letzter Zugriff: 20.04.2020). Der Ausbau der Justiz war Gegenstand des Koalitionsvertrage zwischen den Unionsparteien und der SPD vom 7. Februar 2018: Der dort intendierte Pakt für den Rechtsstaat sieht 2 000 neue Richterstellen in Bund und Ländern und eine entsprechende Erhöhung des Hilfspersonals vor. Ende Januar 2019 hat sich der Bund mit den Ländern geeinigt, ihnen für die Schaffung – rückwirkend ab 2017 – von 2 000 Stellen in Richter- und Staatsanwaltschaft 220 Millionen Euro in zwei Tranchen zu bezahlen. Die darüber hinausgehenden Kosten haben die Länder zu tragen; vgl. Zeit Online, Bund und Länder stellen 2 000 Richter und Staatsanwälte ein, 31. Januar 2019 (online unter: www.zeit.de/politik/deutschland/2019-01/pakt-rechtsstaat-bund-laender-richterstellen-staatsanwaelte-justiz-entlastung – letzter Zugriff: 27.04.2020).

²⁹ Auch in Form einer Optionslösung, siehe Bayern.



In den Jahren um 2007³⁰ hatte sich die Zahl der verwaltungsgerichtlichen Klagen dadurch zunächst sprunghaft erhöht.³¹ Das blieb nicht so. Aber die Langfristfolgen bleiben undeutlich, da neueres Datenmaterial und begleitende Evaluationen offenbar nicht vorliegen. Um die Probleme abzufedern, schufen manche Behörden als funktionales Äquivalent ein »informales Beschwerdemanagement«.³² Der Eindruck insgesamt bleibt zwiespältig: Das Widerspruchsverfahren – zumal mit ehrenamtlich besetzten Widerspruchsausschüssen – bot die bürgerfreundliche Möglichkeit einer konsensualen und kostengünstigen Konfliktlösung. Es dürfte – soweit es von der Verwaltung professionell gehandhabt wurde – viele Klagerhebungen vermieden haben.

Blick ins vollbesetzte Auditorium beim Symposium für Hans-Jürgen Papier im Juli 2018 in der Akademie für Politische Bildung in Tutzing.

30 Vgl. Carsten Zander, Übersicht über den Stand der Einschränkungen des Widerspruchsverfahrens in den Ländern, in: BDVR-Rundschreiben 43 (1/2011), S. 26–28; Herwig van Nieuwland, Abschaffung des Widerspruchsverfahrens in Niedersachsen. Bilanz nach knapp zwei Jahren, in: Niedersächsische Verwaltungsblätter 14 (2/2007), S. 38–41.

31 Vgl. Evaluationsbericht Bayern (zum Pilotprojekt Mittelfranken); siehe auch Zander (wie Anm. 30); Van Nieuwland (wie Anm. 30).

32 Pascale Cancic, Vom Widerspruch zum informalen Beschwerdemanagement. Siegt der »Verhandlungsstaat« über den »hoheitlichen Anordnungsstaat«?, in: Die Verwaltung 43 (4/2010), S. 467–499. Die Praxis kam in Niedersachsen auf: Behörden reagierten auch außerhalb von Klageverfahren konstruktiv auf begründete Einwände.

Dem Bundesgesetzgeber stehen zu Bewältigung von Belastungsproblemen bei den Gerichten andere Mittel zur Verfügung. Die Ausgestaltung des Prozessrechts ist seit Anbeginn ein probates Mittel. Die Verwaltungsgerichtsordnung wurde von 1960 bis heute über 90-mal geändert. Wegen besonders einschneidender Wirkungen seien hieraus genannt:

- der im Dezember 1990 eingeführte Gerichtsbescheid: Dieser bietet die Möglichkeit der Entscheidung ohne mündliche Verhandlung und ohne ehrenamtliche Richter. Zulässig ist er nur, wenn der Rechtsstreit keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist und der Sachverhalt geklärt ist. Überlastete Richter nahmen diese Voraussetzungen großzügiger an als andere.
- der 1993 eingeführte streitentscheidende Einzelrichter: Dieser ist nur für den Fall erlaubt, dass die Sache aus Sicht der Kammer keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist und die Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung hat. Auch hier eine teilweise bedenkliche Praxis: Hohe Belastung der Kammern und sicher gelegentlich auch Wunsch nach richterlicher Tätigkeit ohne in die Kompromissstruktur einer Kammer eingebunden zu sein, führten dazu, dass die Übertragung auf den Einzelrichter bei vielen erstinstanzlichen Gerichten zum Regelfall wurde.³³ So gab es Verwaltungsrichter, die einen Fall selbst dann als nicht besonders schwierig und deshalb einzelrichtertauglich bewerteten, wenn sie ihn dem Europäischen Gerichtshof vorlegen wollten.

Den tiefsten strukturellen Einschnitt setzte die Sechste Verwaltungsgerichtsordnungsnovelle des Jahres 1996.³⁴ Mit einer Reihe von Maßnahmen zielte sie auf die Entlastung der Rechtsmittelinstanzen und stärkte so die Bedeutung der Eingangsinstanz. Zentrale Maßnahmen waren die Zulassungsberufung im Klagverfahren und die Zulassungsbeschwerde im Eilverfahren, ebenso der Anwaltszwang für die zweite Gerichtsinstanz in den Ländern. Das missglückte Zulassungsverfahren für Beschwerden wurde zwar im Jahr 2002 wieder abgeschafft.³⁵ Die Zulassungsberufung blieb jedoch, mit durchaus weitreichenden Folgen: Nur noch der weit aus kleinere Teil der verwaltungsgerichtlichen Verfahren hat heute Chancen, die zweite Instanz als Berufungsverfahren zu erreichen. Die Zulassungsquote bei den Obergerichtsinstanzen hat sich auf einem niedrigen Stand – in der Regel zwischen 20 und 40 Prozent – eingependelt. Solche Zahlen sagen für sich genommen noch nicht viel. Doch es scheitern nicht ganz wenige Zulassungsanträge nicht etwa daran, dass es an klärungsbedürftigen Tatsachen- oder Rechtsfragen gefehlt hätte, sondern daran, dass die von der Rechtsprechung mitunter kleinteilig formulierten

³³ Mit sichtbaren Erfolgen hinsichtlich der Zahl der Erledigungen: Jürgen Kipp berichtet davon, dass die Erledigungsleistung des Verwaltungsgerichts Berlin von circa 15 000 im Jahre 1992 über circa 19 000 im Jahre 1993 auf circa 22 000 im Jahre 1994 anstieg. Vgl. Jürgen Kipp, 50 Jahre Verwaltungsgerichtsordnung – Versuch einer Innenansicht, in: Landes- und Kommunalverwaltung 21 (10/2011), S. 433–439, hier S. 437.

³⁴ Vgl. Sechstes Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze vom 1. November 1996 (BGBl. 1996, Teil I, S. 1626).

³⁵ Vgl. Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts vom 20. Dezember 2001, Geltung ab 1. Januar 2002 (BGBl. 2001, Teil I, S. 3987).

Anforderungen an die Darlegungslasten nicht erfüllt sind. Was meist – wenn auch noch zu häufig – nicht so weit geht, dass die vom Bundesverfassungsgericht formulierten Grenzen einer unzulässigen Erschwerung des Zugangs zur Rechtsmittelinstanz nicht eingehalten würden.³⁶ Allerdings lassen sich nachteilige Folgen für die Akzeptanz der Verwaltungsgerichtsbarkeit vermuten. Jedenfalls wurde das politisch erwünschte Ergebnis der Entlastung der Obergerichtsverfahren und Verwaltungsgerichtshöfe und auch des Bundesverwaltungsgerichts im Ergebnis erreicht. Wer das Rechtsmittelrecht unter eine Zulassungslösung stellt, nimmt in Kauf: Die Richter selbst entscheiden, und zwar mit beträchtlichem Beurteilungsspielraum, ob und wie der Fall die nächste Instanz erreicht – vom *Judex a quo* zum *Judex ad quem*. Und bedeutsamer noch: Die Zulassungsanträge erfordern den sorgfältig arbeitenden und auch kundigen Rechtsanwalt – dies auch in Rechtsgebieten mit einem aus Anwaltsicht negativen Kosten-Nutzenverhältnis.

» Nur noch der weitaus kleinere Teil der verwaltungsgerichtlichen Verfahren hat heute Chancen, die zweite Instanz als Berufungsverfahren zu erreichen.

Zudem führt – für Insider unverkennbar – die Zulassungslösung zu gravierenden Auswirkungen in der dritten Instanz, beim Bundesverwaltungsgericht. Die Leitfunktion des Bundesverwaltungsgerichts für die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung wird durch das berufsgerichtliche Zulassungssystem spürbar beeinträchtigt. Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts ist es, in allen wichtigen Rechtsgebieten für Rechtseinheit und in einem nicht zu unterschätzendem Maße für die stets notwendige Rechtsfortbildung zu sorgen – mag man das so nun nennen oder von notwendiger Gesetzesinterpretation sprechen. Jedenfalls: Diese Funktion kann erfolgreich nur erfüllt werden, wenn das Bundesverwaltungsgericht hinreichende Fallzahlen in den wichtigsten Rechtsgebieten erhält. Daran mangelt es seit vielen Jahren. Nur 1 bis 2 Prozent aller verwaltungsgerichtlichen Fälle erreichen das Bundesverwaltungsgericht als oberste Instanz, sei es über die Zulassung der Revision durch die Vorinstanzen oder auf dem Weg der Nichtzulassungsbeschwerde. In absoluten Zahlen: Von den circa 90 000 Verfahren, die bei den Verwaltungsgerichten erstinstanzlich eingehen – Asylverfahren sind hier abgezogen –, erreichen das Bundesverwaltungsgericht im Jahr noch durchschnittlich circa 1 100 – diese Zahl wiederum bereinigt um Asylverfahren.³⁷ Dies ist eine verschwindend geringe Zahl, zudem höchst ungleichmäßig auf die einzelnen Rechtsgebiete verteilt.³⁸ Rechtspolitisch gesehen ergibt sich daraus eine Schieflage.

³⁶ BVerfGE 125, 104 (137); BVerfGK 5, 369 (375f.); 10, 208 (213); 15, 37 (46).

³⁷ Das sind nur ungefähre Durchschnittszahlen, siehe im Einzelnen: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 – Rechtspflege 2018. Reihe 2.4, Wiesbaden 2019, S. 12f.

³⁸ Dies ist auch in den zwölf eingangsstärksten Rechtsgebieten so, nämlich im Recht betr. Asyl, Öffentlicher Dienst, Abgaben, Polizei, Ordnungswesen, Wohnen, Umweltschutz, Ausländer, Raumordnung, Landesplanung, Bau-, Boden- und Städtebauförderung einschließlich Enteignungen, Soziales (ohne Sozialhilfe), Jugendschutz, Kindergarten, Kriegsfolgen, Bildung, Sport, Wirtschaft, Landwirtschaft, Jagd, Forst, Fischerei, freie Berufe, Umwelt, Numerus-clausus-Verfahren, Parlamente, Wahl, Kommunen, juristische Personen des öffentlichen Rechts, Staatsaufsicht. Vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 (wie Anm. 37), S. 11.

2.3.3 Bundesverwaltungsgericht als alleinige Instanz

Noch eine weitere Schieflage zentriert sich beim Bundesverwaltungsgericht. Es ist seine allein-instanzliche Zuständigkeit bei Klagen zu allen großen Infrastrukturvorhaben in der Bundesrepublik. Im Zuge der Wiedervereinigung war die Schaffung von Verkehrsinfrastruktur in und zu den neuen Bundesländern das Gebot der Stunde. Der Rechtsschutz sollte der Schnelligkeit wegen ausnahmsweise auf ein Minimum reduziert werden. So erhielt das Bundesverwaltungsgericht über das Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz³⁹ die erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit im Bereich von Fernstraßen, Schienenwegen und Flughäfen. Es blieb nicht bei der wegen des historischen Anlasses verständlichen Ausnahmeregelung. Der Gesetzgeber beurteilte das ein-instanzliche Verfahren als Erfolgsmodell. Denn nach und nach erhielt das Bundesverwaltungsgericht die erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit für alle wichtigen Planungsvorhaben in der Bundesrepublik⁴⁰, einschließlich der Planung von Energieleitungen.⁴¹ Dabei geht es um über 100 Planungsvorhaben,⁴² jedes einzelne in den Gesetzen konkret bezeichnet und aufgelistet. Am Ende – und dieses ist längst nicht abschbar – dürften daraus weit mehr als 1000 Einzelklagen entstehen. Das sind große Herausforderungen für ein Gericht, das im Kern ein Revisionsgericht ist: Die verfahrensrechtlichen Anforderungen sind erheblich, der materiell-rechtliche Gehalt einerseits dicht, andererseits in einem Abwägungsmodell eher unbestimmt, kaum determiniert. Die Überlagerung durch EU-Recht in erheblichem Umfang kommt hinzu.

➤ Die Gesamtdauer von Infrastrukturvorhaben profitiert herzlich wenig von der Verkürzung des Rechtsschutzes. Die wahren Zeitfresser sind komplexe Verwaltungsverfahren und technische Probleme.

Dem Gesetzgeber ging es mit solchen Änderungen vor allem um Beschleunigung der Gerichtsverfahren. Sicher wollte er auch bestmögliche richterliche Arbeit. Beides erhält er, soweit dies eben in nur einer Instanz möglich ist. Doch derartige Zuständigkeiten sind und bleiben ein Fremdkörper im Gefüge der obersten Gerichtshöfe des Bundes. Das Bundesverwaltungsgericht dürfte das einzige oberste Bundesgericht sein, das mit mehr als circa 30 Prozent seiner

Auslastung⁴³ erstinstanzlich tätig ist. Dies ist kein guter Zustand, aber er kennzeichnet die gegenwärtige Lage der Verwaltungsgerichtsbarkeit in besonderem Maße: Der alleinige Rechtsschutz durch das Bundesverwaltungsgericht findet unter Ausschluss

³⁹ Vgl. Gesetz zur Beschleunigung der Planungen für Verkehrswege in den neuen Ländern sowie im Land Berlin (Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz) vom 16. Dezember 1991 (BGBl. 1991, Teil I, S. 2174).

⁴⁰ Vgl. Gesetz zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturvorhaben (Infrastrukturvorhabenplanungsbeschleunigungsgesetz) vom 9. Dezember 2006 (BGBl. 2006, Teil I, S. 2833, berichtigt BGBl. 2007, Teil I, S. 691).

⁴¹ Vgl. Gesetz zur Beschleunigung des Ausbaus der Höchstspannungsnetze vom 21. August 2009 (BGBl. 2009, Teil I, S. 2870) in Verbindung mit Gesetz über Maßnahmen zur Beschleunigung des Netzausbaus Elektrizitätsnetze vom 28. Juli 2011 (BGBl. 2011, Teil I, S. 1690). Vgl. BVerwG, Urteil vom 18. Juli 2013, 7 A 4.12 – BVerwGE 147, 184, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 32 (24/2013), S. 1605, Rn. 20.

⁴² Vgl. Infrastrukturvorhabenplanungsbeschleunigungsgesetz (wie Anm. 40).

⁴³ Einbezogen sind die wenigen erstinstanzlichen Zuständigkeiten, die es schon vorher gegeben hatte – vor allem bei Streitigkeiten der Länder untereinander (§ 50 Absatz 1 Nr. 1 VwGO) oder im Sicherheitsbereich (§ 50 Absatz 1 Nr. 2–4 VwGO).

einer föderalen Verankerung bei den Gerichten der Länder statt. Der Gesetzgeber hält augenscheinlich die bei den Gerichten der Länder vorhandene Ortskunde und Expertise im Landesrecht gerade in diesen besonders wichtigen Fällen nicht für erforderlich. Darüber hinaus verzichtet ein solches Rechtsschutzmodell ohne Not auf einen wichtigen Vorteil eines zumindest zwei-instanzlichen Verfahrens. Es verzichtet auf den kritischen Dialog zwischen den Instanzen. Dieser verbessert nicht nur die Rechtsprechung, sondern hilft auch den Prozessbeteiligten bei der Rechtsverfolgung und fördert die Akzeptanz. Der volkstümliche Ausdruck vom kurzen Prozess symbolisiert solch allfällige Akzeptanzprobleme. Immerhin hat der Gesetzgeber für die Planung von Flughäfen den zwei-instanzlichen Rechtsweg inzwischen wieder hergestellt. Leider steckt dahinter wohl keine Einsicht. Denn der Koalitionsvertrag von Februar 2018 will dem ein-instanzlichen Gerichtsverfahren weitere Anwendungsfälle zuführen.⁴⁴

Die Gesamtdauer der Ausführung von Infrastrukturvorhaben profitiert übrigens herzlich wenig von der Verkürzung des Rechtsschutzes. Betrachtet man die durchschnittliche Zeitspanne vom Beginn des Verwaltungsverfahrens bis zur Planverwirklichung und Inbetriebnahme, so zeigen sich die wahren Zeitfresser: Es sind komplexe Verwaltungsverfahren und technische Probleme, die das Zeitkonto belasten. Die Dauer der Gerichtsverfahren spielt daneben nur eine untergeordnete Rolle. Beispiele, wie Berliner Flughafen, Stuttgart 21 und andere mehr kennt jeder von uns.

3. Abdrängende Verweisung – Rechtwegebereinigung

Bei meinem weiteren »Rechtswegethema« geht es um eine Neujustierung der traditionellen fünf Gerichtszweige von innen heraus. Sie betrifft den »Markenkern« der Verwaltungsgerichtsbarkeit, es geht um ihre funktionale Integrität. Zu beobachten ist das Phänomen, dass es zwar eine verwaltungsgerichtliche Generalklausel gibt, dass aber deren systematisierende Funktion, vor allem hinsichtlich der Abgrenzung von Verwaltungs- und Ziviljustiz, durch den Gesetzgeber nur wenig beachtet wird. Es handelt sich um ein Thema, das insbesondere seit 2004 verstärkt im justizpolitischen Fokus steht.⁴⁵

⁴⁴ CDU/CSU und SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 19. Legislaturperiode, 7. Februar 2018, Zeilen 3431f.

⁴⁵ Seitdem äußerte sich der Bundesrat anlässlich konkreter Gesetzesvorhaben häufiger kritisch zu beabsichtigten Zuweisungen von gerichtlichen Zuständigkeiten an die ordentlichen Gerichte. Die 76. Justizministerkonferenz (Juni 2005) und die 79. Justizministerkonferenz (Juni 2008) empfahlen mehrheitlich (auf der Grundlage umfangreicher Vorarbeiten), die vornehmlich historisch begründeten Rechtswegzuweisungen durch Regelungen zu ersetzen, die an die materiellrechtliche Einordnung der Streitigkeit anknüpfen. Das Bundesministerium der Justiz führte im Oktober 2012 auf gemeinsame Anregung der Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts und des Präsidenten des Bundesgerichtshofs eine Länderumfrage »Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten« durch, bei der sich eine klare Mehrheit für eine Aufhebung dieser speziellen abdrängenden Sonderzuweisungen aussprach. Nachweise siehe: Länderoffene Arbeitsgruppe Rechtswegbereinigung, Bericht vom 18. Oktober 2016 für die 87. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 17. November 2016 in Berlin, S. 70f. (online unter: www.schleswig-holstein.de/DE/Fachinhalte/J/justiz/Downloads/rechtswegbereinigung.pdf?__blob=publicationFile&v=1 – letzter Zugriff: 21.04.2020).



Die dritte Gewalt in Gestalt traditioneller Symbole justizieller Gerechtigkeit.

Die Generalklausel verweist alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art auf den (allgemeinen) Verwaltungsrechtsweg, soweit sie nicht durch Gesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Das ist für die Sozialgerichtsbarkeit und die Finanzgerichtsgerichtsbarkeit enumerativ geschehen.⁴⁶ Dem entsprechen bestimmte Leitbilder der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit und ihrer öffentlich-rechtlichen Schwestergerichtsbarkeiten. Die Leitbilder der Zivilgerichtsbarkeit und ihrer Schwestergerichtsbarkeit im Arbeitsrecht unterscheiden sich davon. Dass solche Leitbilder verfassungsrechtlichen Schutz genießen, mag man bestreiten. Die Bestandsgarantie des Artikel 95 Absatz 1 GG für die fünf Bundesgerichte schließt aber einen korrelierenden Schutz der ihnen jeweils zugeordneten Rechtswege zumindest nicht aus.⁴⁷

⁴⁶ § 51 Sozialgerichtsgesetz, § 33 Finanzgerichtsordnung.

⁴⁷ Monika Jachmann, Kommentierung Artikel 95, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, Stand Oktober 2011, Rn. 74, 110; Steffen Detterbeck, Kommentierung Artikel 95 GG, in: Michael Sachs (Hg.), Grundgesetz: GG. Kommentar, 8. Aufl., München 2018, Rn. 4; Norbert Achterberg, Kommentierung Artikel 95 GG, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, München, Zweitearb. Juli 1985, Rn. 130; Andreas Heusch, Kommentierung Artikel 95 GG, in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Hans Hofmann/Hans-Günter Henneke (Hg.), GG Kommentar zum Grundgesetz, 14. Aufl., Köln 2018, Rn. 11; siehe auch einerseits Peter M. Huber, Kommentierung Artikel 19 Absatz 4 GG, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl., München 2018, Rn. 455 und andererseits Christoph Degenhart,

Dem einfachen Gesetzgeber steht bei der Zuweisung von Zuständigkeiten an die Gerichtsbarkeiten sicherlich ein nicht unbeträchtlicher rechtspolitischer Spielraum zur Seite – schon mangels völlig eindeutiger Zuordnungskriterien. Indessen wird man den verfassungsrechtlichen Schutz eines typenprägenden Kernbereichs noch unterstellen dürfen.⁴⁸ Auch das Gebot der Rechtswegeklarheit hätte hier einen Anwendungsbereich⁴⁹ – auch wenn im Einzelfall die notwendige Rechtsmittelbelehrung für Klarheit sorgen könnte. Eine leitbildgerechte Zuweisung von Zuständigkeiten an die einzelnen Gerichtszweige mag also verfassungsrechtlich nicht erzwingbar sein.⁵⁰ Rechtspolitisch überaus wünschenswert ist sie allemal.

3.1 Rechtswegszuordnung ohne Leitbild

Ureigene Aufgabe öffentlich-rechtlicher Gerichtsbarkeiten ist die Kontrolle hoheitlichen Handelns. Sie haben die Rechte Betroffener gegenüber dem Staat zu wahren und diese – unter Beachtung des den Behörden und Trägern öffentlicher Verwaltung eingeräumten Gestaltungsspielraums – sicherzustellen. Ziviljustiz ist hingegen klassisch durch Privatautonomie und Handlungsfreiheit zur Verfolgung individueller Interessen in den Grenzen der Rechtsordnung gekennzeichnet.⁵¹ Verwaltungsgerichtsbarkeit und Zivilgerichtsbarkeit enthalten in ihrem jeweiligen Prozessrecht auf die unterschiedlichen Ausgangssituationen zugeschnittene Regelungen. In der Verwaltungsgerichtsordnung ließen sich dazu beispielsweise nennen: Regelungen über die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage gegen behördliche Entscheidungen, über die Möglichkeit der Anordnung des Sofortvollzugs durch die Behörde und den vorläufigen Rechtsschutz gegen solche Anordnungen oder den Untersuchungsgrundsatz.

Der heutige Gesetzgeber kann mit solchen Leitbildern erkennbar wenig anfangen. Er weist Streitigkeiten – nicht immer, aber doch zu häufig – einer Gerichtsbarkeit nicht auf der Grundlage der materiell-rechtlichen Einordnung des Rechtsgebiets zu, sondern wählt mit einem gewissen Automatismus auch für originär öffentlich-rechtliche Problembereiche immer wieder den Zivilrechtsweg aus. Ein jüngeres Beispiel ist das Zahlungskontengesetz⁵² (§ 50 ZKG), in dem es um Rechtsschutz gegen öffentlich-rechtliche Entscheidungen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) geht.⁵³ Ein anderes Beispiel ist das Vergabe-

§ 114 Gerichtsorganisation, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 3. Aufl., Heidelberg 2007, Rn. 23ff.

⁴⁸ Jachmann, Kommentierung Artikel 95 GG (wie Anm. 47), Rn. 87; Andreas Voßkuhle, Kommentierung Artikel 95 GG, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl., München 2018, Rn. 22; Wolfgang Meyer, Kommentierung Artikel 95 GG, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (Hg.), Grundgesetz: GG. Kommentar, 6. Aufl., München 2012, Rn. 9, 17; Achterberg, Kommentierung Artikel 95 GG (wie Anm. 47), Rn. 129f.

⁴⁹ Dirk Ehlers/Jens-Peter Schneider, Kommentierung § 40 VwGO, in: Friedrich Schoch/Jens-Peter Schneider/Wolfgang Bier (Hg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Loseblatt-Kommentar, München (Stand 2015), Rn. 481.

⁵⁰ Vgl. BVerfGE 4, 387 Leitsatz 1.

⁵¹ Vgl. auch Länderoffene Arbeitsgruppe, Bericht (wie Anm. 45), S. 70f.

⁵² Gesetz über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontoentgelten, den Wechsel von Zahlungskonten sowie den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen (ZKG) vom 11. April 2016 (BGBl. 2016, Teil I, S. 720).

⁵³ Vgl. Länderoffene Arbeitsgruppe, Bericht (wie Anm. 45), S. 64ff.

recht.⁵⁴ Hier hing die Gerichtszuständigkeit zunächst von der Erreichung eines (sektorspezifischen) Schwellenwertes ab, war also gespalten. Auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind inzwischen einheitlich die Zivilgerichte zuständig – sodass zumindest die zuvorige unsinnige Aufspaltung entfällt.⁵⁵

Verwirrend auch der Rechtsschutz gegen Regulierungsentscheidungen des Bundes. Die Verwaltungsgerichte sind hier zwar auf der Grundlage von Telekommunikationsgesetz, Postgesetz und allgemeinem Eisenbahngesetz zuständig.⁵⁶ Überraschend anders aber ist die Regelung im Energiewirtschaftsgesetz und Kohlendioxid-Speicherungsgesetz: Hier ist gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde der Rechtsweg zu den Oberlandesgerichten eröffnet. Für nicht regulierungsrechtliche Entscheidungen wie technische Aufsicht und Planfeststellung bleiben indessen auch nach diesen Gesetzen die Verwaltungsgerichte zuständig. Dies wird in der Literatur zutreffend als »inkonsequent, unsystematisch und verworren« kritisiert.⁵⁷ Selbst der Deutsche Juristentag hat diese Inkongruenzen kritisch gesehen und im Jahr 2006 vorgeschlagen, doch das gesamte Regulierungsrecht in der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu konzentrieren.⁵⁸ Weitere Beispiele wären zahlreich. Von einer allein durch rationale Kriterien bestimmten Gesetzgebung lässt sich da nicht sprechen.

3.2 Gleichwertiger, aber nicht identischer Rechtsschutz

Dass die Hemmschwelle des Gesetzgebers bei der Rechtswegzuordnung so niedrig ist, mag daran liegen, dass sich wesentliche Fallgruppen solch inkonsistenter Rechtswegzuordnungen schon im Grundgesetz finden. Sie verweisen Streitigkeiten über Schadensersatz im Bereich der Amtshaftung und die (Sekundär-)Rechtstreitigkeiten über Enteignungsentschädigungen an die ordentlichen Gerichte (siehe Artikel 34 Satz 3 GG, 14 Absatz 3, 15 Satz 2 GG). Hinzu kommt die zivilrechtliche Auffangzuständigkeit des Artikel 19 Absatz 4 Satz 2 GG. All dies bezeugt die Vorstellung des Verfassungsgebers des Jahres 1949, der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten sichere die Rechte des Bürgers am besten.⁵⁹ Das war damals mehr als verständlich. Die Fachgerichtsbarkeiten einschließlich der Verwaltungsgerichtsbarkeit hatten ihre rechtsstaatliche Leistungsfähigkeit noch nicht beweisen können. Heute hat sich solches Misstrauen gegen die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die anderen Fachgerichtsbarkeiten fraglos vollständig überholt.

➤➤ Der Rechtsschutz in allen fünf Gerichtszweigen ist gleichwertig. Er ist allerdings nicht identisch.

⁵⁴ Vgl. Länderoffene Arbeitsgruppe, Bericht (wie Anm. 45), S. 59ff.

⁵⁵ BVerwG, Beschluss vom 2. Mai 2007 – BVerwG 6 B 10.07, BVerwGE 129, 9.

⁵⁶ Vgl. Länderoffene Arbeitsgruppe, Bericht (wie Anm. 45), S. 80ff.

⁵⁷ Klaus Rennert, Kommentierung § 40 VwGO, in: Erich Eyermann/Ludwig Fröhler (Hg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, 15. Aufl., München 2019, Rn. 124.

⁵⁸ Siehe 66. Deutscher Juristentag Stuttgart 2006, Beschlüsse, Bonn 2007, S. 19f. (online unter: http://web.archive.org/web/20170503065245/www.djt.de/fileadmin/downloads/66/66_DJT_Beschluesse.pdf – letzter Zugriff: 21.04.2020).

⁵⁹ Vgl. Enquete-Kommission Verfassungsreform, Schlussbericht (Bundestag, Drucksache 7/5924), S. 242; Länderoffene Arbeitsgruppe, Bericht (wie Anm. 45), S. 14.

Der Rechtsschutz in allen fünf Gerichtszweigen ist gleichwertig. Er ist allerdings nicht identisch. Um es sehr verkürzend zu sagen: Der Kontrollimpetus des Zivil- und Strafrichters ist ein anderer als der Kontrollimpetus des Verwaltungsrichters. Der Kontrollimpetus des Verwaltungsgerichtes wird geprägt durch die Konstellation eines Rechtsschutzsuchenden, der von staatlichen Maßnahmen betroffen ist, und der Reflektion und Gewichtung der maßgeblichen öffentlichen Interessen. Der alltägliche Umgang mit der Offizialmaxime und der stete Seitenblick auf die verfassungsrechtlichen Grundlagen sind Kernkompetenzen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Dies prägt die Sozialisation der Richterschaft der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Abweichend der Kontrollimpetus des Zivilrichters. Der Zivilrichter ist – etwas verkürzt gesagt – gleichsam mediatisiert durch die Parteimaxime. Das bleibt nicht ohne Auswirkungen. Da ich selbst an die zehn Jahre auch in der ordentlichen Gerichtsbarkeit tätig war, weiß ich um die – teils unbewussten und kaum vermeidbaren – Unterschiede in der Herangehensweise. Es ist nicht klug, dies zu vernachlässigen. Probleme der Entlastung und Belastung durch Verlagerungen der Gerichtszuständigkeiten lösen zu wollen, ist jedenfalls sachfremd. Ebenso sachfremd sind Begründungen wie: der Zivilrechtsweg sei einfacher, schneller und billiger. Unabhängig davon, dass solche Begründungen objektiv falsch sind.

» Probleme der Entlastung und Belastung durch Verlagerungen der Gerichtszuständigkeiten lösen zu wollen, ist jedenfalls sachfremd.

3.3 Notwendige Konsequenzen

Rechtswegzuweisungen sollten also in jedem Einzelfall die Stärkung der Gerichtsbarkeit insgesamt im Auge haben. Zwar fehlen die ausnahmslos zwingenden Zuordnungskriterien. Aber es ist doch meist möglich, die den Leitbildern entsprechenden materiell-rechtlichen Zuständigkeiten hinreichend genau zu bestimmen.⁶⁰ Im Interesse des rechtssuchenden Publikums kann dabei durchaus vermieden werden, dass es zur Aufspaltung des Rechtsweges bei der Beurteilung ein- und desselben Lebenssachverhaltes kommt. Die notwendigen Konsequenzen wären aus meiner Sicht die Aufhebung der den ordentlichen Rechtsweg anordnenden Verfassungsbestimmungen, die dort ohnehin inzwischen eher ein Fremdkörper sind. Hinzu käme die Forderung nach einer künftig achtsameren Umgangsweise des einfachen Gesetzgebers mit der Zuweisung von Gerichtszuständigkeiten. Die daraus resultierende Konzentration von primärem und sekundärem Rechtsschutz würde zur wünschenswerten Sichtbarkeit des »Markenkerns« der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht unerheblich beitragen.

Da es bei Amtshaftungsfragen und öffentlich-rechtlichen Entschädigungen letztlich um Fragen des Staatshaftungsrechts geht, dessen Reform seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1982⁶¹ auf Eis liegt, dürften Änderungen in diesem Bereich allerdings schwer zu erreichen sein – trotz der erheblichen und überaus aner kennenswerten Grundlagenarbeit, die die Justiz-

⁶⁰ Klaus Rennert, Wo steht die Verwaltungsgerichtsbarkeit?, in: Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter 29 (2/2015), S. 41–45, hier S. 43f.

⁶¹ BVerfGE 61, 149.

ministerkonferenz in Form einer umfangreichen Untersuchung im Jahr 2016 auf diesem Gebiet geleistet hat. Auf der Grundlage des Berichts der Länderoffenen Arbeitsgruppe Rechtswegbereinigung⁶² hat die Justizministerkonferenz das Bundesjustizministerium inzwischen aufgefordert, das Anliegen einer systemgerechten Rechtswegzuweisung bei zukünftigen Gesetzgebungsvorhaben wieder verstärkt zu berücksichtigen. Außerdem arbeitet sie hinsichtlich der hier genannten Problemfälle selbst an Lösungen.⁶³ Es gilt, die fünf Gerichtszweige auch dadurch zu stärken, dass sie auf der Grundlage nachvollziehbarer Funktionskriterien voneinander unterschieden werden können.

4. Ausblick

Was steht uns in den kommenden Jahren ins Haus? Die Europäisierung von Teilen des allgemeinen Verwaltungsrechts, auch des Verwaltungsprozessrechts mit seinen Auswirkungen auf die nationale Gerichtsbarkeit schreitet voran. Der Umsetzungsbedarf ist groß. Für die Richter allerdings auch horizontenerweiternd. Längst wissen die Verwaltungsgerichte mit Europäisierung umzugehen. Sie wissen, dass die einst beschworene europäische Garantie der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten löchrig ist, soweit unionsrechtliche Gefilde berührt sind. Gegenwärtig lassen sich mit einiger Zuspitzung zwei Grundpositionen feststellen. Die eine Position verweist auf die eigene Tradition und betont dazu die Verfahrensautonomie des Mitgliedstaates. Man lässt sich gegebenenfalls durch den Europäischen Gerichtshof »belehren« – aber nicht so gerne. Nennen wir sie die Traditionalisten. Die andere Position plädiert dafür, von sich aus eine Fortentwicklung des nationalen Rechts im Sinne einer bewussten und »freiwilligen« Angleichung an das Unionsrechts zu erreichen – sie ließen sich als Integrationalisten bezeichnen.

Die vom Europäischen Gerichtshof immer wieder betonten Grundsätze von Loyalität und Kohärenz, von Effektivität und effektivem Vollzug des Unionsrechts machen die integrative Entwicklung jedenfalls möglich – oder auch zwingend. Denn der Europäische Gerichtshof hat sich inzwischen ein Instrumentarium geschaffen, das auch vor Verfahrensrecht und Verwaltungsprozessrecht nicht Halt macht. Hier lässt sich eine eher verdeckte Europäisierung beobachten. Veränderungen finden ohne Zugriff des deutschen Gesetzgebers statt, allein durch die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs. Das muss man nicht beklagen. Wenn man Europa will, ist dies nicht der schlechteste Weg, den man gehen kann. Er kann aber für die Verwaltungsgerichte in der näheren Zeit durchaus konfliktbeladen sein. Das ist etwa der Fall, wenn der deutsche Gesetzgeber die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht umsetzt, sondern gegen sie arbeitet. Derartige Zeichen gibt es: so derzeit auf dem Gebiet des Umweltrechts, wo der Europäische Gerichtshof den Rechtsschutz in Umweltsachen deutlich erweitert hat, deutsches Gesetzesrecht dabei

⁶² Vgl. Länderoffene Arbeitsgruppe, Bericht (wie Anm. 45).

⁶³ Siehe den Beschluss zu TOP I.10 der Justizministerkonferenz am 17. November 2016 in Berlin.

als europarechtswidrig markierend.⁶⁴ Die To-do-Liste des derzeitigen Koalitionsvertrages zeigt, dass die Bundesregierung dies wohl nicht wirklich akzeptieren will⁶⁵ – mit allen Unsicherheiten, die dies für Verwaltungs- und Gerichtsverfahren mit sich bringt.

Aktuell wichtiger dürfte für die Verwaltungsgerichtsbarkeit der am 10. Juli 2018 veröffentlichte »Masterplan Migration« des Bundesinnenministers werden.⁶⁶ Dieser Plan lässt verfassungsrechtlich und verfahrenspolitisch aufhorchen. Die Verwaltungsgerichte sollen in Asylverfahren »schnellstmöglich entscheiden«. Das mag angehen, wenn die personelle und sächliche Ausstattung stimmt und komplexe Fälle die Zeit bekommen, die sie eben benötigen. Allerdings sollen explizit auch mehr Richter beteiligt werden, »die noch nicht auf Lebenszeit angestellt sind«. Dies spricht eigentlich gegen ein wirkliches Beschleunigungsmodell auf breiter Front, schon weil die rechtlich und in tatsächlicher Ermittlung komplexe Materie Asylrecht meist eine längere Einarbeitungszeit verlangt als die meisten anderen Rechtsgebiete. Zudem sollen die Ankerzentren offenbar auch selbst Ort von Gerichtsverfahren werden. Und es verwundert nicht, dass die Kürzung von Rechtsmitteln weiter vorangetrieben werden soll. Das hat alles den Akzent von Aktionismus. In jedem Fall dürfte viel Arbeit auf die Verwaltungsgerichte zukommen.

Dies und andere Entwicklungen zeigen: Die Verwaltungsgerichte sind und bleiben unverzichtbarer Prüfstein des Rechtsstaates – auch in Zukunft. 

⁶⁴ EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2015 – Rs. C-137/14, in: Deutsches Verwaltungsblatt 130 (23/2015), S. 1514 und EuGH, Urteil vom 20. Dezember 2017 – Rs. C-664/15, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 37 (4/2018), S. 225.

⁶⁵ CDU/CSU und SPD, Koalitionsvertrag (wie Anm. 44), Zeilen 3434ff.

⁶⁶ Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Masterplan Migration. Maßnahmen zur Ordnung, Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung, 4. Juli 2018, S. 14ff. (online unter: www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/migration/masterplan-migration.pdf?__blob=publicationFile&v=3 – letzter Zugriff: 07.04.2020):

»32. Optimierung des Asylverfahrens [...]

- In AnKER-Zentren: Präsenz und Zusammenarbeit aller am Asylverfahren beteiligten Behörden auf Bundes-, Landes- und kommunaler Ebene, d. h. insbesondere BAMF, BA, Aufnahmeeinrichtungen der Länder, Ausländerbehörden und Jugendämter. Möglichst auch Präsenz des zuständigen Verwaltungsgerichts vor Ort, um die verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren weiter zu beschleunigen,
- Durchführung des gesamten Asylverfahrens in AnKER-Zentren von Antragstellung bis zur Asylentscheidung [...]
- Aufenthaltszeiten für Menschen in den Einrichtungen so kurz wie möglich. Neben Verfahren im BAMF sind die Zeiträume bis zum Vorliegen verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen in Eil- und Hauptsacheverfahren zu verkürzen. Verwaltungsgerichte müssen schnellstmöglich entscheiden. [...]

40. Optimierung asylgerichtlicher Verfahren:

- Erarbeitung eines Gesetzentwurfs zur Entlastung der Verwaltungsgerichte und Beschleunigung der Verfahren,
- Erhöhung der personellen Ausstattung der Gerichte und Beteiligung von mehr Richtern, die noch nicht auf Lebenszeit angestellt sind, bei Gerichtsentscheidungen,
- Einführung eines Vorabentscheidungsverfahrens beim Bundesverwaltungsgericht zur Klärung von Grundsatzfragen,
- Überprüfung der Rechtsmittel im Asylverfahren und Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht trotz Rechtsmittelverfahren«.

WINFRIED BAUSBACK

Grußwort des Bayerischen Staatsministers der Justiz



Prof. Dr. Winfried Bausback
war von Oktober 2013 bis
November 2018 Bayerischer
Staatsminister der Justiz.

1. Einleitung

Von Cicero stammt das berühmte Zitat »Omnia sunt incerta, cum a iure discesum est« – »Alles ist unsicher, sobald man den Boden des Rechts verlassen hat.« Wenn ich – auf dem Weg zu meinem Arbeitsplatz im Münchner Justizpalast – am Weiße-Rose-Saal vorbeilaufe, muss ich häufig an diese Worte denken. Es ist der Gerichtssaal, in dem im Jahr 1943, im Geburtsjahr von Hans-Jürgen Papier, der zweite Prozess gegen 14 Angeklagte der Widerstandsgruppe »Weiße Rose« stattgefunden hat, unter ihnen Professor Kurt Huber, Willi Graf und Alexander Schmorell.

Alle drei wurden durch den damaligen Präsidenten des Volksgerichtshofs Roland Freisler in einem 14-stündigen Prozess, in dem ihnen keine Chance zu einer ernsthaften Verteidigung eingeräumt wurde, zum Tode verurteilt. Genauso wie einige Monate zuvor bereits die Geschwister Scholl und Christoph Probst. Ihnen allen wurde durch die Prozesse nicht nur das Leben genommen, sondern auch die Würde, die jedem – ob schuldigen oder unschuldigen – Angeklagten zusteht. Denn sie waren hier nicht Subjekte einer rechtsstaatlichen Gerichtsverhandlung. Sie waren nicht Beteiligte eines Verfahrens, in dem es um die Prüfung von Fakten, um die Klärung von Schuld oder um die Abwägung von Strafe gegangen wäre. Sie waren Objekte einer Abschreckung und Machtdemonstration, Objekte von Willkür und Objekte auch des Ehrgeizes eines Gerichtspräsidenten, der sich – von Fanatismus getrieben – in seinem Amt als treuer Anhänger seines Führers beweisen wollte – in Robe mit Samtbezug und weißem Kragen.

Rund 75 Jahre ist es her, dass diese Verfahren gegen die »Weiße Rose« den Zweck der Justiz, Recht zu sprechen, schlicht ins Gegenteil verkehrt haben. Das Andenken daran zeigt mir – und damit komme ich auf den eingangs zitierten Ausspruch Ciceros zurück – immer wieder ganz deutlich und erschreckend, wohin es führen kann, wenn der Boden des Rechts verlassen wird. Was es heißt, wenn vermeintlich rechtsstaatliche Gerichtsverfahren dazu missbraucht werden, ein autoritäres Regime zu stärken, und von welcher immenser Wichtigkeit ein starker Rechtsstaat und die Unabhängigkeit der dritten Gewalt ist.



2. Bedeutung und Entwicklung des Rechtsstaats und der unabhängigen Justiz

In Deutschland sind wir heute – anders als in manch anderem Land auf der Erde – von solchen Verhältnissen zum Glück weit entfernt. Wenn man die Entwicklung von 1943 bis heute ins Jahr 2018 betrachtet, zeigt sich ganz klar, welch große Errungenschaft unser heutiger Rechtsstaat und unsere unabhängige dritte Gewalt sind. Welche Entwicklung er genommen hat. Dass Demokratie und ein funktionierender Rechtsstaat nicht selbstverständlich sind! Sondern wir täglich hart daran und dafür arbeiten müssen. Denn nur eine unabhängige Rechtsprechung und rechtsstaatliche Justiz sind Garanten für Gerechtigkeit und bürgerliche Freiheit! Sie müssen immer wieder erkämpft werden – und sich fortlaufend bewähren. Welche positive Entwicklung die rechtsprechende Gewalt in unserem Land hinter sich hat und dass heute keine Anstrengungen bei der gerichtlichen Aufklärung gescheut werden, zeigt ein ganz aktuelles und besonders aufwändiges Verfahren.

Im Juli 2018 ist ein beispielloser Strafprozess der deutschen Nachkriegsgeschichte vor dem Oberlandesgericht München zu Ende gegangen – nach über 400 Prozesstagen, der Vernehmung hunderter Zeugen und etlicher Sachverständiger und mit Kosten von vielen Millionen Euro. Sie wissen alle, dass ich mich als Bayerischer Staatsminister der Justiz grundsätzlich nicht zu strafrechtlichen Einzelfällen äußere. Auch die am vergangenen Mittwoch verkündeten Urteile im Mammutverfahren um den sogenannten »Nationalsozialistischen Untergrund«, kurz NSU, werde ich daher

Zentralhalle im Inneren des Münchner Justizpalasts. Das Bayerische Justizministerium belegt die oberen Etagen, während sich im unteren Bereich die meisten Zivilkammern des Landgerichts befinden.

aufgrund der verfassungsrechtlich garantierten richterlichen Unabhängigkeit inhaltlich nicht kommentieren, geschweige denn bewerten. Eines möchte ich aber doch sagen: Die gerichtliche Aufarbeitung dieser menschenverachtenden und abscheulichen Taten kann den Opfern und den Hinterbliebenen ihren Schmerz nicht nehmen, aber sie zeigt doch auch eines auf: Wir haben heute in unserer Bundesrepublik eine starke und unabhängige dritte Gewalt!

» Der NSU-Prozess war eine Bewährungsprobe für den Rechtsstaat, eine riesige Herausforderung und eine enorme Aufgabe.

Ich persönlich bin sehr glücklich, dass die bayerische Justiz dieses historische Verfahren – jedenfalls in erster Instanz – abgeschlossen hat. Das war eine Bewährungsprobe für den Rechtsstaat, eine riesige Herausforderung und eine enorme Aufgabe für das Oberlandesgericht München, aber auch für die gesamte bayerische Justiz und die Bundesanwaltschaft. Es wurden keine Kosten und Mühen gescheut, um im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten in einem Gerichtsverfahren Aufklärung zu betreiben und Recht zu sprechen. Der Rechtsstaat hat hier viel geleistet.



Akademidirektorin Ursula Münch mit Hans-Jürgen Papier und Winfried Bausback.

© FOTO: APB TUTZING



3. Maßnahmen zur Stärkung der dritten Gewalt

Für eine funktionierende und unabhängige dritte Gewalt müssen wir uns immer wieder einsetzen. Für mich als Bayerischer Staatsminister der Justiz bedeutet das Einsatz für eine personell starke Justiz mit neuen zeitgemäßen Strukturen, die mit den nötigen materiell-rechtlichen und prozessrechtlichen Instrumenten ausgestattet ist.

3.1 Neue Stellen

Für mich ist klar: Die Justiz darf nicht kaputt gespart werden, um ihre Arbeit nicht zu untergraben. Daher setze ich mich als Bayerischer Justizminister auch seit Beginn meiner Amtszeit genau dafür ein. Seit dem Jahr 2013, in dem ich mein Amt angetreten habe, konnten wir in der bayerischen Justiz insgesamt – den Justizvollzug eingeschlossen – über 2 000 neue Stellen schaffen. Im Juli 2018 hat der Bayerische Landtag mit dem zweiten Nachtragshaushaltsgesetz 2018 beschlossen, dass Justiz und Justizvollzug in Bayern mit 200 neuen Stellen gestärkt werden. Das ist von enormer Bedeutung. Denn eines ist klar: Nur mit genügend Personal können wir unseren Rechtsstaat dauerhaft erfolgreich sichern und der dritten Gewalt einen angemessenen Arbeitsrahmen bieten!

Denkmal für die Widerstandsgruppe »Weiße Rose« am Münchner Hofgarten. Es wurde 1996 errichtet und stammt vom Bildhauer Leo Kornbrust.

3.2 Effektivere Strafverfahren

Gerade auch mit dem Ziel, die dritte Gewalt in Deutschland in ihrer täglichen Arbeit zu stärken, haben wir in der Bundesgesetzgebung etliche bayerische Forderungen mit Nachdruck verfolgt und erfolgreich umgesetzt. So zum Beispiel das dringend notwendige Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens. Wir haben darin die rechtlichen Rahmenbedingungen dafür geschaffen, dass künftig bei schweren Straftaten auch die Überwachung verschlüsselter Kommunikation – etwa über WhatsApp oder Skype – möglich ist. Diese zeitgemäßen Ermittlungsinstrumente sind unabdingbar, damit Strafverfolgung im 21. Jahrhundert funktioniert. Denn nur so können die Strafverfolgungsbehörden, die Strafgerichte und damit die dritte Gewalt der Kriminalität auf Augenhöhe begegnen.

Wir haben auch, nicht zuletzt im Rahmen des NSU-Prozesses, festgestellt, dass unsere Richterinnen und Richter zunehmend vor der Herausforderung stehen, in umfangreichen Verfahren in angemessener Zeit zu einem Urteil zu gelangen. Ursache hierfür sind leider in manchen Fällen auch missbräuchliche Anträge von Anwälten. Es geht hier nicht um die für das Gericht vielleicht unangenehmen, aber rechtsstaatlich gebotenen und zulässigen Anträge. Es ist – das ist für uns alle glücklicherweise anders als zu Zeiten der »Weißer-Rose-Prozesse« heute klar – in einem funktionierenden Rechtsstaat ja gerade die Aufgabe der Verteidiger, als Organe der Rechtspflege die Rechte der Angeklagten bestmöglich zu wahren.

Ich rede hier alleine von missbräuchlichen Befangenheitsanträgen gegenüber Richtern, missbräuchlichen Beweisanträgen oder langwierige Besetzungsrügen, die nur das Ziel haben, den Prozess zu verschleppen. Dies alles hemmt die Schlagkraft der Gerichte und schadet den Opfern. Deshalb brauchen wir hier Rahmenbedingungen, durch die der rechtsprechenden Gewalt bei ihrer Arbeit keine Steine in den Weg gelegt werden. Und dafür haben wir uns mit Erfolg bei den Koalitionsverhandlungen auf Bundesebene eingesetzt. Missbräuchlichen prozessualen Anträgen werden wir einen Riegel vorschieben! Auch werden wir es ermöglichen, in Prozessen mit vielen Nebenklägern deren Vertretung zu bündeln, um die Verfahren effektiver zu gestalten. Mit all diesen Vorstößen wollen und können wir auch eins erreichen – und das ist wichtig: Wir stärken das Vertrauen der Bürger in gerechte und zügige Strafverfahren. In die rechtsprechende Gewalt und damit in den ganzen Rechtsstaat.

3.3 Bayerisches Oberstes Landesgericht

Ein Projekt, das gerade für die dritte Gewalt in Bayern aktuell und von enormem Stellenwert ist, möchte ich nicht unerwähnt lassen: Der Bayerische Landtag hat im Juli 2018 das Gesetz zur Neuerrichtung des Bayerischen Obersten Landesgerichts beschlossen. Das ist ein Meilenstein für eine noch stärkere bayerische Rechtsprechung in einem starken Rechtsstaat Bayern!

Das Bayerische Oberste ist bundesweit einzigartig, steht für eine Vereinheitlichung der Rechtsprechung in ganz Bayern und schafft künftig noch mehr Rechtssicherheit für die Bürgerinnen und Bürger in Bayern. Wir erwecken damit eine historische Traditionseinrichtung der bayerischen Rechtskultur wieder zum Leben – eine Institution, die mehr als jede andere für die kraftvolle dritte Gewalt Bayerns steht.

4. Schluss

Der Reichsminister der Justiz aus der Zeit der Weimarer Republik Gustav Radbruch hat einmal sinngemäß gesagt hat: »Der Rechtsstaat ist wie das tägliche Brot, wie Wasser zum Trinken und wie Luft zum Atmen, und das Beste an der Demokratie gerade dieses, dass nur sie geeignet ist, den Rechtsstaat zu sichern.«

Ich möchte die Gelegenheit nutzen und an dieser Stelle Professor Hans-Jürgen Papier für sein jahrzehntelanges Wirken im Sinne des Rechtsstaats zu danken. Er hat als Staatsrechtswissenschaftler und natürlich als Präsident des Bundesverfassungsgerichts die bundesdeutsche Rechtslandschaft nachhaltig geprägt. Ich danke von Herzen für sein Engagement und freue mich über die zahlreichen hochkarätigen Referenten und Gästen, die anlässlich seines 75. Geburtstags zusammengekommen sind, um über die dritte Gewalt als Fundament des freiheitlichen Verfassungsstaates zu diskutieren. 🏛️

Akademie aus der Seeperspektive: Blick auf neuen Hörsaalkomplex und »Klenze-Bau«.



HANS-JÜRGEN PAPIER

Schlusswort



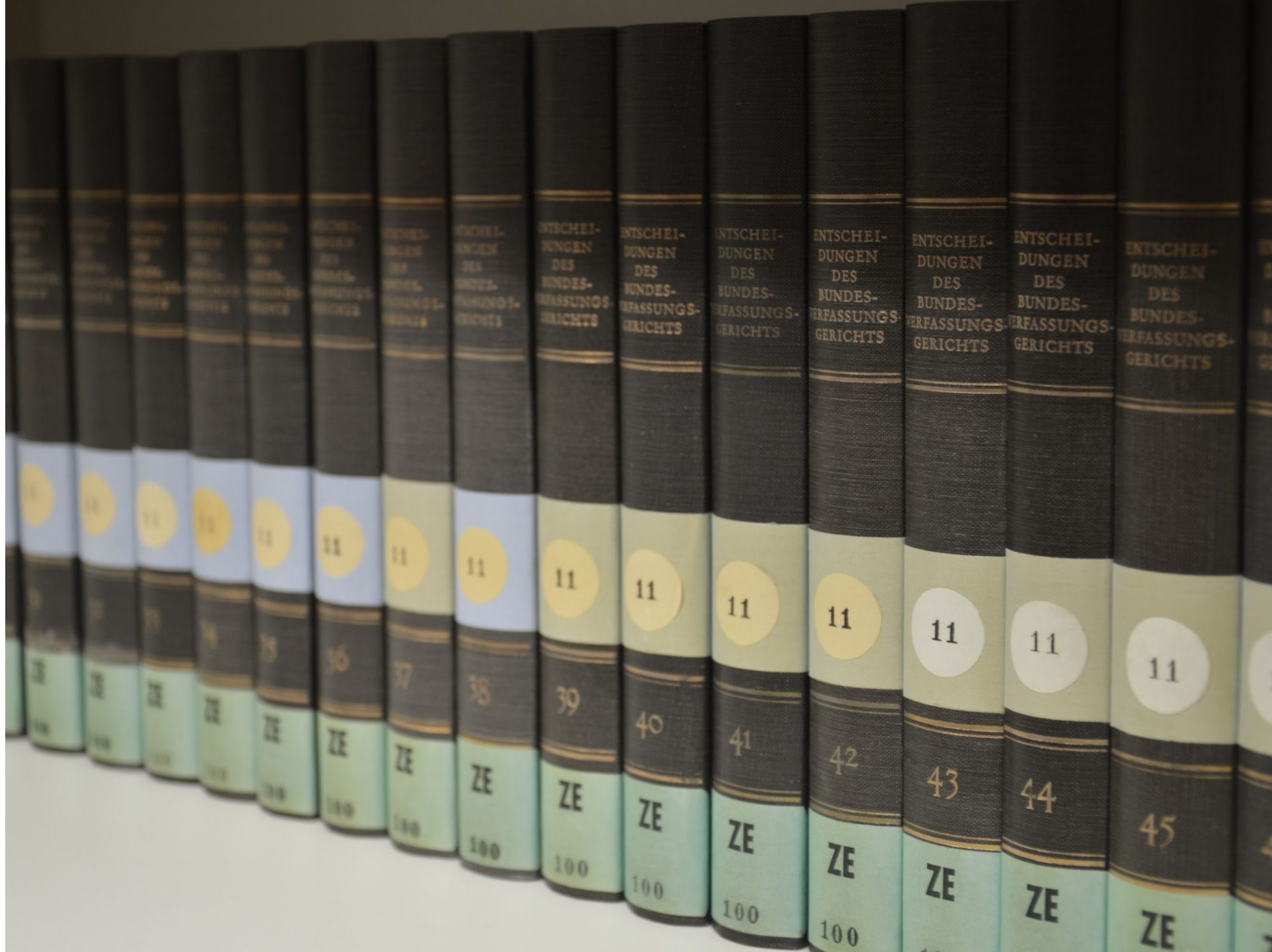
**Prof. Dr. Dres. h.c.
Hans-Jürgen Papier**
war von 2002 bis 2010
Präsident des Bundes-
verfassungsgerichts.

Unser Symposium hat zahlreiche Gäste aus nah und fern zusammengeführt. Ich möchte mich bei allen Referentinnen und Referenten für die hochkarätigen Vorträge und wertvollen Impulse bedanken. Ferner danke ich allen Gästen, die vor allem auch in den Diskussionen den fachlichen Austausch bereichert haben. Zuletzt gilt mein besonderer Dank den Initiatoren dieses Symposiums: Frau Professor Münch und Herrn Doktor Kellermann. Es war mir eine große Freude, Gegenwart und Zukunft der dritten Gewalt in Deutschland und Europa gemeinsam zu erörtern, haben mich diese Fragen doch einen erheblichen Teil meines beruflichen Lebens begleitet. Ich erlaube mir abschließend ein paar Worte zu diesem – wie wir gesehen haben – immer wichtiger werdenden Thema.

Deutschland weist eine Reihe von »Vorzeigeprodukten« in Staat, Gesellschaft und Wirtschaft auf, die im Ausland Achtung, manchmal sogar Bewunderung und Übernahmetendenzen erzeugen. Die rechtsprechende Gewalt, ihre Effizienz, ihre geregelten Strukturen und ihre Unabhängigkeit gehörten Jahrzehnte mit Sicherheit dazu. Laut den Ergebnissen einer im Jahre 2011 vorgelegten Untersuchung des »World Justice Project« zu Rechtsstandards und Qualität von Rechtssystemen in knapp 70 Ländern war »mit Blick auf Recht und Gesetz Deutschland eines der führenden Länder«, Deutschland habe das zweitbeste zivile Justizsystem weltweit.¹ Dabei ist ziemlich erschreckend, wie defizitär bei weltweiter Betrachtung die richterliche Unabhängigkeit rechtlich verankert und tatsächlich gesichert ist. In nicht wenigen Staaten dieser Erde sind richterliche Verfahren und Entscheidungen nicht mehr als eine Farce und wirken wie Inszenierungen eines traurigen Theaters, aufgeführt von erbarmungswürdigen Personen, denen man immerhin pompöse Verkleidungen angelegt hat. Demokratie und Rechtsstaatlichkeit gehören zu dem Identitätskern der verfassungsmäßigen Ordnung Deutschlands.

Dem grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzip ist der allgemeine Justizgewährungsanspruch als umfassende verfassungsrechtliche Garantie wirkungsvollen Rechtsschutzes immanent. Die vom Grundgesetz konstituierte Rechtsstaatlichkeit

¹ Auch im Jahre 2019 gehört Deutschland nach dem Report des »World Justice Project« noch zu den zehn führenden Ländern. Im Hinblick auf das zivile Justizsystem steht Deutschland nach Dänemark und der Niederlande auf dem dritten Platz.



knüpft an eine Rechtsstaatsidee an, für die schon im 19. Jahrhundert die untrennbare Verknüpfung der Herrschaft des Rechts mit ihrer Durchsetzung durch die rechtssprechende Gewalt bestimmend war. Otto Bähr formulierte bereits im Jahre 1864 in seiner Schrift *Der Rechtsstaat* jene Verknüpfung mit folgenden Worten: »Damit der Rechtsstaat zur Wahrheit werde, genügt es nicht, dass das öffentliche Recht durch Gesetze bestimmt sei, sondern es muss auch eine Rechtsprechung geben, welche das Recht für den konkreten Fall feststellt, und damit für dessen Wiederherstellung, wo es verletzt ist, eine unzweifelhafte Grundlage schafft«.

Die gerichtliche Erledigung von Streitigkeiten wird vielfach, jedenfalls in bestimmten Bereichen, als suboptimal empfunden. Vor allem wird hier die überdurchschnittlich lange Verfahrensdauer kritisiert. Fehlendes Personal, vor allen Dingen fehlende Richterstellen und eine mangelhafte, teilweise altmodische Ausstattung werden als die wichtigsten Gründe für einen drohenden Kollaps des Justizapparates angeführt. In einigen Bereichen sei die Justiz – um es etwas salopp auszudrücken – schlicht abgesoffen oder stehe unmittelbar davor. Die Folgen sind dann bekanntermaßen eine überlange Verfahrensdauer oder die Neigung, Verfahren, hier meine ich vor allem die Strafverfahren, ohne Urteilsfällung einzustellen oder auf sogenannte Deals auszuweichen. In Zivilsachen wird es immer beliebter, Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung zu wählen. Diese Entwicklung hin zu einer partiellen Überforderung und Überlastung der Justiz hat neuerlich durch den immensen Anstieg der Asylverfahren vor den Verwaltungsgerichten nochmals einen Auftrieb erfahren. Man sagt, etwa 75 Prozent der Eingänge bei den Verwaltungsgerichten in Deutschland seien Asylverfahren. Auch wenn die Zahl

Gesammelte Bände der Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen am unmittelbaren Ort ihres Entstehens, hier dem Dienstsitz Waldstadt in Karlsruhe. In die Amtszeit von Hans-Jürgen Papier fallen zahlreiche wichtige Urteile. So verkündete der Erste Senat unter seinem Vorsitz etwa die Grundsatzentscheidungen zum »Großen Lauschangriff«, zur Nichtigkeit einer Abschlussermächtigung im Luftsicherheitsgesetz sowie zur »Online-Durchsuchung« und der Vorratsdatenspeicherung.

der Asylverfahren tendenziell rückläufig ist, wird die Abarbeitung des angefallenen Bergs asylrechtlicher Verfahren möglicherweise Jahre in Anspruch nehmen. Darunter wird selbstverständlich der Rechtsschutz der Bürgerinnen und Bürger in den allgemeinen verwaltungsgerichtlichen Verfahren ernsthaft leiden.

Die Rechtsstaatlichkeit und die staatliche Justizgewähr, aber auch das Große und Ganze unserer Rechtsordnung insgesamt gehörten stets mit Sicherheit zu den »Standortvorteilen« Deutschlands. Die gegenwärtige Entwicklung zeigt allerdings, dass Recht und Rechtsstaatlichkeit keine Selbstverständlichkeiten sind, dass der Rechtsstaat und sein Medium, das Recht, vielmehr auf Grundlagen beruhen, die der Pflege und der beständigen Vergewisserung bedürfen. Es geht sicherlich nicht an, gegenwärtig festzustellende Schwächen in der dritten Gewalt zu einem angeblichen Ende

»>> Schwächen in der dritten Gewalt zu einem angeblichen Ende der Rechtsstaatlichkeit in Deutschland aufzubauschen, wirkt keinem Vertrauensverlust entgegen, sondern verschärft ihn.

der Rechtsstaatlichkeit in Deutschland aufzubauschen. Statt einem Vertrauensverlust entgegenzuwirken wird auf diese Weise der Vertrauensverlust nur verschärft. Aber Fehlentwicklungen bedürfen eben der rechtzeitigen, behutsamen und nachhaltigen Gegensteuerung. Eine Politik der eiligen, kurzatmigen »Ad-hoc-Gesetzgebung« und im permanenten »Krisenbewältigungsmodus«, die überdies nur auf den nächsten Wahltermin schießt, ist auch hier wenig zielführend. Was soll eigentlich erreicht werden,

wenn auf dem Höhepunkt einer seit Jahren schwelenden Krise tausende neue Planstellen bewilligt werden, für die man für Jahre kein hinreichend qualifiziertes Personal gewinnen kann und für die man keine genügende Ausstattung und Räume zur Verfügung hat.

Dringend nötig ist etwa eine höhere Wertschätzung der dritten Gewalt durch die Politik, die sich nicht allein, aber auch in einer verbesserten personellen und sächlichen Ausstattung sowie in einer der Stellung und Verantwortung des Richters angemessenen Vergütung widerspiegelt. Nur so können auch die tradierten hohen Qualitätsstandards der in der dritten Gewalt tätigen Akteure bewahrt werden. Der in den letzten Jahren zu verzeichnende Abbau des Kollegialprinzips zugunsten der Einzelrichterentscheidung, verbunden vielfach mit einem totalen Rechtsmittelentzug, ist überdies jedenfalls teilweise rückgängig zu machen. Zu Recht hat die Präsidentin des Bundesgerichtshofs »kluge Zugangsregelungen zu höchstrichterlicher Rechtsprechung« gefordert, um Rechtsklarheit, Rechtseinheit und notwendige Rechtsfortbildung zu fördern.

Trotz rechtsstaatlicher Justizgewährungspflicht, staatlichem Rechtsprechungsmonopol und Richtervorbehalt sieht sich speziell die Zivilrechtsprechung seit geraumer Zeit einer neuen Herausforderung ausgesetzt. Schlichtungswesen und Schiedsgerichtsbarkeit, einschließlich der internationalen, haben auf gewissen Rechtsgebieten einen »Markt der Streitbeilegung« (Gerhard Wagner) eröffnet. So mancher Beobachter macht dies auch dafür verantwortlich, dass die Zivilgerichte in den letzten Jahrzehnten etwa ein Drittel an Verfahren verloren haben.

Diese staatliche, richterliche Streitentscheidung ist in einer rechtsstaatlichen Demokratie unentbehrlich. Nur durch sie können Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung verbindlich geklärt werden, nur sie ist in der Lage, die unerlässliche Rechtsfortbildung zu leisten und für die unverzichtbare Rechtseinheit und Rechtssicherheit im Lande zu sorgen. Ein gerichtlicher Instanzenzug mag Zeit kosten,

aber er bietet in der Regel auch bessere Möglichkeiten einer abgewogenen, die wissenschaftliche und rechtspolitische Diskussion berücksichtigenden Entscheidung als ein erst- und zugleich letztinstanzlich ergehender Schiedsspruch. Ober- und höchstgerichtliche Entscheidungen mit ihren eingehenden Begründungen sorgen überdies für Transparenz, Überzeugung und Rechtssicherheit. Schließlich verfügen allein die staatlichen Gerichte über die verfassungsrechtlich erforderliche demokratische Legitimation. Allerdings wird der Gesetzgeber stets Sorge dafür tragen müssen, dass diese Vorzüge *staatlicher* Streitentscheidung durch eine entsprechende Organisation und Ausstattung sowie Qualität der staatlichen Justiz wirklich zum Tragen kommen können. 🏛️

Gut gelaunt: Hans-Jürgen Papier mit Akademiedirektorin Ursula Münch und dem Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts Andreas Voßkuhle auf dem Weg durch den Akademiepark.



© FOTO: APB TUTZING

IMPRESSUM

Ursula Münch/Gero Kellermann (Hg.)

DIE DRITTE GEWALT IN DEUTSCHLAND UND EUROPA

Symposium zur Verfassungspolitik
zum 75. Geburtstag von Hans-Jürgen Papier

Akademie für Politische Bildung

Tutzing 2020

ISBN: 978-3-9821033-2-7

REDAKTION

Thomas Schölderle/Gero Kellermann

LAYOUT UND GESTALTUNG

Thomas Schölderle

DRUCK

Printworld.com GmbH

Weststraße 60

09603 Großschirma

www.printworld.com

KONTAKT

Dr. Thomas Schölderle

Publikationsreferent

Akademie für Politische Bildung

Buchensee 1, 82327 Tutzing

Tel: +49 8158 256-26

Fax: +49 8158 256-51

E-Mail: t.schoelderle@apb-tutzing.de

Web: www.apb-tutzing.de

© 2020 Akademie für Politische Bildung

Alle Rechte vorbehalten

Printed in Germany



© FOTO: APB TUTZING



Aus Anlass des 75. Geburtstags von Prof. Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier fand im Juli 2018 ein hochkarätig besetztes Symposium in der Akademie für Politische Bildung statt. Es widmete sich der »dritten Gewalt« und damit einem der Fundamente der freiheitlich-demokratischen Grundordnung. Zahlreiche Gäste und viele renommierte Referentinnen und Referenten kamen nach Tutzing, um dem Jubilar die Ehre zu erweisen. Der vorliegende Band dokumentiert den wissenschaftlichen Ertrag der Veranstaltung.

Hans-Jürgen Papier wurde am 6. Juli 1943 in Berlin geboren. Er promovierte 1970 an der Freien Universität Berlin und wurde drei Jahre später habilitiert. 1974 nahm er einen Ruf der Universität Bielefeld an und lehrte dort bis 1991. Im Anschluss wechselte er nach München, wo er an der Ludwig-Maximilians-Universität einen Lehrstuhl für Öffentliches Recht innehatte. Am 27. Februar 1998 wurde er zum Vizepräsidenten und Vorsitzenden des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts gewählt und am 10. April 2002 zu seinem Präsidenten ernannt. Seine Amtszeit endete im März 2010. Die Akademie für Politische Bildung veranstaltet gemeinsam mit Hans-Jürgen Papier seit 2014 die Tagungsreihe »Forum Verfassungspolitik«.

ISBN: 978-3-9821033-2-7