

Herausgeber

Professor Dr. Matthias Jestaedt, Erlangen
Professor Dr. Herbert Roth, Regensburg
Professor Dr. Rolf Stürner, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Joachim Vogel, Tübingen

Redaktion

Claudia Lienig

Mohr Siebeck

4 62. Jahrgang
16. Februar 2007
Seiten 157–208

JZ Juristen Zeitung

Aufsätze

Professor Dr. Bernhard Schlink, Humboldt-Universität zu Berlin

Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel

Es versteht sich nicht mehr von selbst, daß die Entscheidungen des BVerfG von untergeordneten Gerichten befolgt werden; zugleich werden sie vom EGMR korrigiert. Die Selbstbindung der Rechtsprechung des BVerfG durch Dogmatik löst sich in Fallrecht auf, ohne daß die für das Fallrecht typische Selbstbindung an Präjudizien an ihre Stelle träte. Selbstbindungsverzicht bedeutet Fremdbindungsverlust – und verändert die Verfassungsrechtswissenschaft grundlegend.*

I. Das beliebteste Verfassungsorgan

Kein Verfassungsorgan ist so beliebt wie das BVerfG. Zwar verzeichnet seine Beliebtheitskurve Schwankungen; vor Bundestagswahlen knickt sie, wie auch die Beliebtheitskurve von Bundespräsident, Bundesregierung und Bundestag, leicht ein. Aber sie sinkt nie auf deren Niveau und gewinnt rasch wieder ihre alte Höhe. Das war so, als der Beliebtheitsvergleich in den 80er Jahren begann, und hat sich seitdem nicht geändert¹.

Ob darin ein Vertrauen in das BVerfG, wie es tatsächlich arbeitet und entscheidet, zum Ausdruck kommt oder eine Sehnsucht danach, daß Recht und Gerechtigkeit in der Bundesrepublik Deutschland einen festen, verlässlichen Ort haben, ist der Kurve nicht abzulesen. Dafür, daß es eher um Sehnsucht als um Vertrauen geht, spricht, daß im Beliebtheitsvergleich nicht nur aller Verfassungsorgane, sondern aller großen staatlichen und gesellschaftlichen Institutionen auf dem ersten Platz vor dem BVerfG die Polizei steht². Sie, die im Alltag so oft gescholten und geschmäht wird, kann ihren Sieg schwerlich dem Vertrauen in ihre tatsächliche Arbeit, sie muß ihn vielmehr der Sehnsucht nach Sicherheit und Ordnung verdanken. Für Rechts- und Gerechtigkeitssehnsucht als Grund der Beliebtheit des BVerfG spricht auch, daß die Kurve auf Veränderungen kaum reagiert: Veränderungen der Rechtsprechung, Veränderungen der Rolle, die das

BVerfG im politischen, und Veränderungen der Rolle, die es im rechtlichen Raum spielt. Seine Arbeit wird, von seltenen spektakulären Entscheidungen abgesehen, von der Öffentlichkeit auch nur wenig wahrgenommen. Aber die Sehnsucht ist stets da, sie schwindet nicht, und also wankt auch das Vertrauen nicht, gleichgültig, was das BVerfG macht und was mit ihm geschieht.

II. Ein Gericht wie andere

Tatsächlich ist, was mit dem BVerfG unter unseren Augen geschieht, erstaunlich. Anders als über Jahrzehnte versteht sich nicht mehr von selbst, daß seine Entscheidungen befolgt werden. Den Anfang machten vor rund zehn Jahren Strafgerichte, als sie den Nötigungsparagrafen, für den das BVerfG eine enge Interpretation gefordert hatte, einfach gleichwohl weit interpretierten. Das BVerfG hatte in der Sitzblockade eines Konvois von Lastwagen keine Nötigung gesehen, weil die Demonstranten keinen körperlichen, sondern psychischen Zwang ausübten³; der BGH, gefolgt von anderen Strafgerichten, hielt an der Nötigung fest, weil der von den sitzenden Demonstranten blockierte erste Lastwagen ein körperliches Hindernis für den zweiten darstelle⁴. Den nächsten Schritt machten vor fünf Jahren Verwaltungsgerichte beim Verbot von Versammlungen. Das BVerfG hatte in der rechtsextremistischen, aber nicht strafbaren Tendenz einer Versammlung keinen Grund für deren Verbot gesehen⁵; das OVG Münster stellte sich offen gegen das BVerfG und hielt entsprechende Verbote aufrecht⁶. Den offensten und schroffsten Konflikt mit dem BVerfG hat in den letzten beiden Jahren das OLG Naumburg ausgetragen. Es verhinderte den Umgang eines türkischen Vaters mit seinem Sohn, obwohl nach dem EGMR⁷ auch das BVerfG mehrfach entschied

³ BVerfGE 92, 1, 15 ff.

⁴ BGHSt 41, 182, 184 f.; OLG Zweibrücken NJW 1996, 866; OLG Karlsruhe NJW 1996, 1551.

⁵ BVerfG NJW 2001, 1407, 1408; NJW 2001, 2069, 2070 f.; 2001, 2075; NVwZ 2002, 982; DVBl. 2002, 970; NVwZ 2006, 586.

⁶ OVG Münster NJW 2001, 2113; 2001, 2114; Beschluß v. 1.3.2002 – 5 B 388/02; Beschluß v. 10.4.2002 – 5 B 620/02; Beschluß v. 27.1.2006 – 5 B 138/06.

⁷ EGMR EuGRZ 2004, 700, 703 ff.

* Am 1.7.2006 als Beitrag zum „Intradisziplinären Forum Franken“ an der Universität Bayreuth vorgetragen.

¹ Infratest dimap Gesellschaft für Trend- und Wahlforschung «www.infratestdimap.de», Auskunft auf Anfrage.

² Ebd.

den hatte, daß der Umgang zu gewähren sei. Das BVerfG hob die Beschlüsse des OLG Naumburg auf⁸, das OLG Naumburg traf sie einfach erneut⁹. Die jüngste Verweigerung der Gefolgschaft erfolgte wieder durch den BGH für Strafsachen. Er bestätigte zu Beginn dieses Jahres eine Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe¹⁰, obwohl das BVerfG wegen überlanger Verfahrensdauer eine mildere Strafe gefordert hatte¹¹, und sein Präsident rügte das BVerfG sogar öffentlich, seine Vorwürfe seien weder in der Sache noch im Ton angemessen gewesen¹².

Das sind Ausnahmen, gewiß. Aber es sind Ausnahmen, die es früher nicht gab. Lediglich in den Anfängen der Bundesrepublik Deutschland haben Gerichte sich ähnlich offen gegen das BVerfG gestellt, weil sie die Beamten- und Soldatenverhältnisse 1945 nicht beendet sehen und den Betroffenen entsprechende Beschäftigungs- und Versorgungsansprüche sichern wollten; es dauerte Jahre und bedurfte mehrerer Entscheidungen, bis sie der Auffassung des BVerfG von der Zäsur des Zusammenbruchs folgten¹³. Aber sie fügten sich; das OVG Münster macht dazu keine Anstalten.

Aber die Entscheidungen des BVerfG finden seit 1995 nicht nur bei untergeordneten Gerichten Ablehnung. Sie werden vom EGMR in Straßburg korrigiert und können eines Tages auch vom EuGH in Luxemburg korrigiert werden. Anders als das Verhalten der untergeordneten Gerichte, das mit deren rechtlicher Bindung an die Entscheidungen des BVerfG kollidiert, hat das Verhalten des Straßburger Gerichtshofs und hätte ein entsprechendes Verhalten des Luxemburger Gerichtshofs seine rechtliche Richtigkeit. Beide Gerichte sind, wenn auch auf unterschiedliche und unterschiedlich verbindliche Weise, dem BVerfG übergeordnet. Trotz dieses rechtlichen Unterschieds ist aber, so meine ich, die zeitliche Koinzidenz der Ablehnung durch untergeordnete und Korrektur durch übergeordnete Gerichte kein Zufall. Wenn der EGMR das BVerfG korrigiert, wenn er ihm gelegentlich sogar allererst klarmachen muß, daß ein Fall, den es nicht zur Entscheidung angenommen hat, ein hinreichend gewichtiges Grundrechtsproblem birgt¹⁴, zeigt er den untergeordneten Gerichten, daß ihre Entscheidungen nicht falsch sein müssen, nur weil das BVerfG sie aufhebt, daß auch die Entscheidungen des BVerfG falsch sein können und dann korrigiert werden müssen, daß das BVerfG, zumal wenn nicht seine Senate, sondern seine Kammern entscheiden, ein Gericht ist, wie sie es auch sind. Das BVerfG hat seinen Nimbus verloren, und alles spricht dafür, daß mit weiteren Korrekturen von oben auch weitere Ablehnungen von unten einhergehen werden.

III. Fremdkorrekturen

War der Verlust des Nimbus unvermeidlich? War er eine notwendige Folge der Einrichtung des EuGH und des EGMR? Ist er endgültig? Auf der Suche nach Antworten lohnt es, einen Blick auf die korrigierten Entscheidungen des BVerfG und die korrigierenden Entscheidungen des EGMR zu werfen. So verschieden ihre Gegenstände sind, haben sie doch eines gemeinsam.

Da war der Fall einer Lehrerin, die 1987 aus dem öffentlichen Dienst entlassen wurde, weil sie Mitglied der DKP war. Das BVerfG hielt die Entlassung 1990 aufrecht; die Entscheidungen des Dienstherrn und der angerufenen Gerichte seien begründet und willkürfrei gewesen¹⁵. Der EGMR sah 1995 die Meinungsäußerungs- und die Vereinigungsfreiheit der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch die Entlassung verletzt¹⁶. Die Gründe, die dem BVerfG reichten, reichten dem Menschenrechtsgerichtshof nicht; er berücksichtigte mehr tatsächliche Umstände als das BVerfG, gelangte dadurch zu einem komplexeren Bild der Lehrerin und ihres Verhaltens und fand keinen hinreichenden Anhalt dafür, daß die Lehrerin die erforderliche Verfassungstreue vermissen lasse. Er betrieb betroffenenfreundliche Kasuistik statt betroffenenfeindlicher, blieb damit aber im kasuistischen Horizont des BVerfG, das in seiner Grundsatzentscheidung von 1975 gefordert hatte, der Entscheidung über die Verfassungstreue eines Beamten „ein Urteil über die Persönlichkeit [zugrunde zu legen, das sich] auf eine von Fall zu Fall wechselnde Vielzahl von Elementen und deren Bewertung gründet“¹⁷. Da es zum Wesen der Kasuistik gehört, so und so, mit dem einen und mit dem anderen Ergebnis betrieben werden zu können, ist die Entscheidung des Menschenrechtsgerichtshofs juristisch so gut wie die des BVerfG, und politisch paßt Betroffenenfreundlichkeit in die Zeit nach dem Ende des Kalten Kriegs durchaus besser als Betroffenenfeindlichkeit.

Im nächsten Fall, in dem der EuGH das BVerfG korrigiert hat, mußten Erben von Bauern, die in der Bodenreform der sowjetischen Besatzungszone Grundstücke zugeteilt bekommen hatten, diese Grundstücke dann entschädigungslos aufgeben, wenn sie sie nicht landwirtschaftlich nutzten. Grund dieser gesetzlich geregelten Pflicht zur entschädigungslosen Aufgabe war, daß zu ihr auch in der DDR verpflichtet war, wer Bodenreformgrundstücke geerbt hatte, aber nicht landwirtschaftlich nutzte. Das BVerfG fand im Jahr 2000, die gesetzliche Regelung sei verfassungsgemäß; die Erben hätten mit ihr rechnen müssen und nicht erwarten können, vom wendebedingten Wegfall der jahrzehntelang praktizierten DDR-Regelung zu profitieren¹⁸. Der Menschenrechtsgerichtshof sah dies zunächst 2004 anders; wenn die Erben auf die Legitimität ihres Eigentums an geerbten Bodenreformgrundstücken nicht voll hätten vertrauen dürfen, dann hätte dies allenfalls für die Höhe einer bei Aufgabe der Grundstücke zu zahlenden Entschädigung Bedeutung haben dürfen, hätte eine entschädigungslose Aufgabe aber keinesfalls rechtfertigen können¹⁹. Die Große Kammer des Menschenrechtsgerichtshofs, die sich schließlich 2005 auf Antrag der Bundesregierung mit dem Fall beschäftigte, sprach den Erben das Vertrauen in die Legitimität ihres Eigentums wieder ab; die Erben hätten nicht erwarten können,

⁸ *BVerfGE* 111, 307, 315 ff.; *BVerfG* EuGRZ 2005, 268, 269 ff.; 2005, 426, 428 ff.

⁹ *OLG Naumburg* EuGRZ 2004, 749; NJ 2005, 278.

¹⁰ *BGH* NJW 2006, 1529, 1532 ff.

¹¹ *BVerfG* NJW 2006, 672, 673.

¹² *FAZ* v. 8. 2. 2006, S. 2.

¹³ Vgl. *M. Kirn*, Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität? Die Stellung der Jurisprudenz nach 1945 zum Dritten Reich, insbesondere die Konflikte um die Kontinuität der Beamtenrechte und Art. 131 Grundgesetz, 1972, S. 205 ff.

¹⁴ Vgl. die Nichtannahmebeschlüsse des *BVerfG* in den Verfahren um die Entlassung einer Lehrerin wegen Mitgliedschaft in der DKP (Beschluss v. 7. 8. 1990 – 2 BvR 2034/89) und um die entschädigungslose Aufgabe von Bodenreformgrundstücken der sowjetischen Besatzungszone nach der Wiedervereinigung (*BVerfG* NJ 2001, 247) und die nachfolgenden Entscheidungen des *EGMR* – EuGRZ 1995, 590 bzw. EuGRZ 2004, 57.

¹⁵ Beschluss v. 7. 8. 1990 – 2 BvR 2034/89.

¹⁶ *EGMR* EuGRZ 1995, 590, 595 ff.

¹⁷ *BVerfGE* 39, 334, 334, 353 = JZ 1975, 561; dazu *Esser* JZ 1975, 555.

¹⁸ *BVerfG* NJ 2001, 247, 249.

¹⁹ *EGMR* EuGRZ 2004, 57, 65.

vom glücklichen Zufall des wendebedingten Wegfalls der DDR-Regelung und -praxis zu profitieren²⁰. Damit hatte zwar der Menschenrechtsgerichtshofs seine Korrektur des BVerfG wieder korrigiert. Aber es bleibt ein Eindruck von Beliebigkeit; das dogmatisch schwache, nur kasuistisch zu füllende und gefüllte Konzept des Vertrauensschutzes kann eben auf verschiedene Weise, den Hoffnungen und Erwartungen der Betroffenen mal mehr, mal weniger und mal gar nicht entsprechend angewandt werden.

Auch in der spektakulärsten Kontroverse der beiden Gerichte, die dem angemessenen Schutz der Privatsphäre von Caroline von Monaco galt, lassen sich beide Positionen hören. Das BVerfG sieht bei Caroline als einer sog. Person der Zeitgeschichte die Orte unter dem Schutz der Privatsphäre stehen, in die sie sich vor der Öffentlichkeit zurückzieht: das eigene Haus, der eigene Garten und Plätze in der Öffentlichkeit nur dann, wenn sie abgeschieden und gegen unbemerkte Beobachtung abgeschirmt sind²¹. Der Menschenrechtsgerichtshof faßt die Privatsphäre weiter und schützt Caroline in der Öffentlichkeit nicht nur dann, wenn sie sich an abgeschiedene und abgeschirmte Orte zurückzieht, sondern auch, wenn ihr Privat- im Unterschied zu ihrem öffentlichen Leben im Club, auf dem Markt, beim Einkaufen oder beim Fahrradfahren stattfindet²². In die Kasuistik des Verhältnisses zwischen Privatsphäreschutz und Pressefreiheit kommen damit neue Parameter, und es werden neue Abgrenzungen und Zuordnungen erforderlich, wie dies bei einer Kasuistik im Laufe der Zeit eben geschieht.

Es kennzeichnet die Korrekturen des BVerfG durch den Menschenrechtsgerichtshof insgesamt: Vage Rechtsbegriffe werden anders gelesen, offene Rechtskonstruktionen werden anders gefüllt, die eine Kasuistik wird durch eine andere ergänzt und modifiziert. Die Ergebnisse mögen gefallen oder nicht gefallen – juristisch sind sie ein bißchen beliebig.

IV. Selbstkorrekturen

Der Befund ist nicht anders, wenn der Blick sich von den Fremdkorrekturen des BVerfG ab- und dessen Selbstkorrekturen zuwendet. Zwar gibt es selbstkorrigierende Rechtsprechungsänderungen, die nicht als Kasuistik begehen, sondern als Aspekte eines großen dogmatischen Projekts: der in den 50er Jahren begonnenen Entfaltung der Bindung an die Grundrechte in allen Bereichen staatlicher und in zentralen Bereichen gesellschaftlicher Tätigkeit und der begleitenden Etablierung eines umfassenden, verlässlichen Rechtsschutzes. Dieses Projekt machte Rechtsprechungsänderungen notwendig, weil das BVerfG, wie auch die Verfassungswissenschaft, die Prägung durch das Grundrechtsverständnis des Kaiserreichs und der Weimarer Republik erst allmählich überwand. Daß Grundrechte nicht nur die Verwaltung, sondern auch die Gesetzgebung binden, daß sie dabei nicht nur verlangen, freiheitsverkürzende gesetzliche Regelungen zu unterlassen, sondern auch freiheitsschützende gesetzliche Regelungen zu treffen, daß sie den Bürger nicht nur schützen, wenn er dem Staat als Glied der Gesellschaft (im sog. allgemeinen Gewaltverhältnis) begegnet, sondern auch, wenn er sich als Beamter, Soldat, Strafgefangener oder Benutzer staatlicher Einrichtungen (im sog. besonderen Gewaltverhältnis) in besonderer Abhängigkeit vom Staat befindet, daß sie auch für das Standesrecht der Anwälte, Ärzte, Apotheker

usw. Bedeutung haben und daß das Standesrecht deshalb nicht den Kammern überlassen werden kann, sondern gesetzlich geregelt werden muß, daß Rechtsschutz nicht nur zu gewährleisten ist, wenn das staatliche Handeln bevorsteht und noch verhindert werden kann, sondern auch, wenn es schon passiert ist und nur noch als rechtswidrig gekennzeichnet werden kann – diese und andere rechtsprechungsändernden wie auch einfach rechtsprechenden Entscheidungen des BVerfG fügten sich zu einem stimmigen dogmatischen System²³. Das System war in den 80er Jahren abgeschlossen; seitdem bedarf es nur noch der Schließung einzelner Lücken und der Perfektionierung des Rechtsschutzes.

Neben und nach den Rechtsprechungsänderungen, die sich in das große dogmatische Projekt fügen, gibt es andere, bei denen keinerlei dogmatische Stimmigkeit zu erkennen ist. Nicht daß man die entsprechenden Entscheidungen nicht verstehen könnte: Nachdem dem BVerfG zunächst aufgefallen ist, wie ähnlich Abgeordnete Beamten geworden sind²⁴, fallen ihm bei genauem Hinsehen gleichwohl bestehende Unterschiede auf²⁵; nachdem das BVerfG vielfach gescholten worden ist, weil es das Familienexistenzminimum nicht von der Steuer befreit hat²⁶, ist es die Schelte leid und besinnt sich eines anderen²⁷; nachdem das bundesverfassungsgerichtliche Insistieren auf strafrechtlichem Schutz des ungeborenen Lebens²⁸ seine gesellschaftliche und politische Evidenz verloren hat, will auch das BVerfG nicht mehr insisitieren²⁹; nachdem es nicht gerne gesehen hat, daß unter seinem weiten Versammlungsbegriff³⁰ auch Spaß-, Unterhaltungs- und Aktionsveranstaltungen vom Grundrecht der Versammlungsfreiheit geschützt sind, wechselt es zu einem neuen, engen Versammlungsbegriff³¹, und bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Parteienfinanzierung ist es so ratlos und schwankend³², wie die möglichen Lösungen des Problems vielfältig sind. Für andere rechtsprechungsändernde Entscheidungen³³ gilt nichts anderes; sie sind verständlich, ohne

²³ Vgl. E.-W. Böckenförde, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1990; W. Schmidt, Grundrechte – Theorie und Dogmatik seit 1946 in Westdeutschland, in: D. Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, S. 188; C. Schönberger, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, in: M. Stolleis (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, 2006, S. 53; K. Stern, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 5. Bd., 1992, § 109, Rn. 7 ff.

²⁴ BVerfGE 40, 296, 311 ff.

²⁵ BVerfGE 76, 256, 341 ff.

²⁶ BVerfGE 43, 108, 121 ff.

²⁷ BVerfGE 82, 60, 85 f.

²⁸ BVerfGE 39, 1, 45 ff. = JZ 1975, 205 m. Anm. Kriele.

²⁹ BVerfGE 88, 203, 264 = JZ 1993, Anhang nach 1172; dazu Starck JZ 1993, 816.

³⁰ BVerfGE 69, 315, 343 = JZ 1986, 27 m. Anm. Schenke.

³¹ BVerfGE 104, 92, 104.

³² BVerfGE 8, 51, 63; 20, 56, 97 = JZ 1966, 517; 73, 40, 84 ff.; 85, 264, 285 ff. = JZ 1992, 794; dazu Ipsen JZ 1992, 753.

³³ Vgl. u. a. nach dem ersten (BVerfGE 17, 1 = JZ 1963, 634) das zweite Witwenrentenurteil (BVerfGE 39, 169 = JZ 1975, 279), nach der verfassungsrechtlichen Ablehnung des Arbeitnehmerüberlassungsverbots (BVerfGE 21, 261 = JZ 1967, 312) dessen Bestätigung (BVerfGE 77, 84), nach der verfassungsrechtlichen Ablehnung einer Grundrechtsverletzung bei Zwang zur Ungleichbehandlung (BVerfGE 77, 84, 101) deren Bestätigung (BVerfGE 85, 191 = JZ 1992, 913 m. Anm. Löwisch und Schwerdtle), nach der verfassungsrechtlichen Bestätigung der weiten Auslegung des Tatbestandsmerkmals Gewalt in § 42 StGB (BVerfGE 73, 206 = JZ 1987, 138 m. Anm. Starck; BVerfGE 76, 211 = JZ 1988, 38) deren Ablehnung (BVerfGE 92, 1 = JZ 1995, 778 m. Anm. Gusy; dazu Hruschka JZ 1995, 737), nach der verfassungsrechtlichen Bestätigung (BVerfGE 13, 167) die Ablehnung der Feuerwehrabgabe für Männer (BVerfGE 92, 91), nach der verfassungsrechtlichen Bestätigung des Schulgebets (BVerfGE 52, 223) die Ablehnung des Kreuzes in der Schule (BVerfGE 93, 1 = JZ 1995, 942; dazu Müller-Vollbehr JZ 1995, 996), nach der Einführung des Halberteilungsgrundsatzes (BVerfGE 93, 121 = JZ 1996, 31 m. Anm. Vogel) dessen Aufgabe (BVerfG NJW 2006,

²⁰ EGMR NJW 2005, 2907, 2911.

²¹ BVerfGE 101, 361, 382 ff.

²² EGMR EuGRZ 2004, 404, 413 f.

sich deshalb in ein dogmatisches System zu fügen. Sie sind, wie auch die meisten nicht rechtsprechungsändernden heutigen Entscheidungen, reaktive, situative Kasuistik.

Die jüngste dieser verständlichen und sogar sympathischen, aber dogmatisch unausgewiesenen und unbegründeten Rechtsprechungsänderungen erfolgte in der Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz. Das BVerfG fand, daß beim Abschluß eines in die Gewalt von Terroristen geratenen, das Leben vieler Menschen bedrohenden Flugzeugs die Passagiere und das Personal zu bloßen Objekten der staatlichen Abschluß- und Rettungsaktion gemacht und in ihrer Menschenwürde verletzt würden³⁴. Es stellte damit zwar auf die traditionelle Objektformel ab, verabschiedete aber stillschweigend die Spezifizierungen und Präzisierungen, um die es sich in seiner Rechtsprechung zur Objektformel jahrzehntelang bemüht hatte³⁵; von ihnen bleibt nur der Hinweis, daß die Bedeutung der staatlichen Verpflichtung auf den Schutz der Menschenwürde nicht ein für allemal, sondern im Einzelfall mit Blick auf den spezifischen Konflikt zu bestimmen sei.

V. Selbstbindung durch Dogmatik

Man mag fragen, ob Rechtsprechungsänderungen nicht rechtlichen Bindungen unterliegen, und die verfassungsrechtswissenschaftliche Beschäftigung mit den rechtsprechungsändernden Entscheidungen des BVerfG hat denn auch immer wieder nach rechtlichen Bindungen gesucht, die den Rechtsprechungsänderungen Bedingungen und Grenzen setzen³⁶. Sie hatte bei ihrer Suche keinen Erfolg. Die Rechtskraft, die jeder richterlichen Entscheidung schließlich eignet und deren Aufhebung oder Änderung verbietet, bedeutet nur, daß es bei der getroffenen Entscheidung bleibt, nicht daß Entscheidungen in ähnlichen Fällen ähnlich getroffen werden müssen. Darüber zielt die besondere Bindungswirkung, mit der das BVerfGG die Entscheidungen des BVerfG ausstattet, zwar hinaus. Sie bezweckt aber nur, daß sich die anderen Organe und Gerichte an den schon getroffenen Entscheidungen und schon angestellten Erwägungen des BVerfG orientieren, nicht daß das BVerfG selbst an seiner Rechtsprechung festhält. Gelegentlich wird der besonderen Bindungswirkung bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen für das BVerfG selbst immerhin eine Präjudizienbindung entnommen, die verlangen soll, daß das BVerfG in einer neuen von einer alten Entscheidung nur dann abweicht, wenn dafür nicht nur die Gründe sprechen, die schon im alten Fall dafür gesprochen haben, sondern neue, andere, bessere³⁷. Aber das BVerfGG, das die besondere Bindungswirkung festlegt, kennt keine verschiedene Bindungen, eine präjudizielle für das BVerfG und eine strikte für die anderen Gerichte und

Organe, sondern nur eine. Es verlangt strikten Gehorsam, und es verlangt ihn von den anderen Gerichten und Organen, nicht vom BVerfG selbst.

Daß rechtsprechungsändernde wie auch andere Entscheidungen des BVerfG über eine lange Zeit Bestandteile eines großen dogmatischen Projekts waren, resultierte aber auch nicht aus einer rechtlichen Bindung, sondern aus einer Tradition: der Tradition dogmatischer Rechtsprechung, die mit der Tradition dogmatischer Rechtswissenschaft entstand. Es ist die Tradition einer Arbeitsteilung: Die Gerichte entscheiden in Auslegung und Anwendung der Gesetze einzelne Fälle, die Rechtswissenschaft bringt die Entscheidungen, die von den Gerichten verwendeten und die in der Rechtswissenschaft selbst entwickelten Gesetzesauslegungen und -anwendungen in ein System, und die Gerichte treffen ihre Entscheidungen aus dem System und auf es hin, d. h., sie vergewissern sich, ob das System schon eine Lösung des Fallproblems bereithält und, wenn nicht, daß die neue Lösung des Fallproblems sich in das System einfügt oder doch an es anschließt.

Die Gestalt des Systems ist dabei ein als Hierarchie konstruierbares Gefüge von Begriffen und Aussagen, die einander spezifizieren, so daß die Lösung eines Fallproblems von allgemeinen Annahmen zu immer spezifischeren Voraussetzungen voranschreitet und schließlich zu allgemeinen Gewisheiten zurückkehrt. So wird zum Beispiel aus der Annahme, eine Äußerung über eine Person verletze deren Achtungsanspruch und gehöre verboten, eine Gewisheit – nach Entfaltung dessen, was an der Äußerung Meinungsbekundung und was an ihr Tatsachenbehauptung ist, wie beide zu interpretieren sind, wo beide ihre Schranken finden, was der Anspruch einer Person auf Achtung einschließt, wie ein Konflikt zwischen Äußerungsfreiheit und Achtungsanspruch in verschiedenen gesellschaftlichen Kontexten auszutragen, zu entschärfen und zu lösen ist, usw. Dabei versteht sich, daß verschiedene Lösungen ein und desselben Fallproblems miteinander konkurrieren können, wie auch verschiedene Systeme um die angemessene Erfassung eines Rechtsgebiets konkurrieren. Aber diese dogmatische Vielfalt ist begrenzt, weil Kontroversen über dogmatische Fragen regelmäßig vor dem Hintergrund eines Einverständnisses über dogmatische Grundannahmen und darüber, daß auch die spezifischen Voraussetzungen allgemein zu fassen sein müssen, stattfinden.

VI. Selbstbindung an Präjudizien

Rechtswissenschaft geht auch anders – der Blick in amerikanische Darstellungen des amerikanischen Verfassungsrechts findet, anders als der in deutsche Darstellungen des deutschen Verfassungsrechts, keine dogmatischen Systeme, durch Fälle und Entscheidungen illustriert, sondern Chronologien von Fällen und Entscheidungen, durch gelegentliche verbindende Bemerkungen ergänzt. Daß sich die Chronologien zwar nicht zu dogmatischen Systemen, aber doch zu stimmigen Bildern fügen, liegt an der Präjudizienbindung der Entscheidungen. *Stare decisis*, das Prinzip, das bei den getroffenen Entscheidungen stehenzubleiben, an ihnen festzuhalten verlangt, ist im case law das funktionale Äquivalent zur dogmatischen Systembildung und -bindung im Gesetzes- oder, allgemeiner und richtiger, rechtssatzbasierten Recht.

Auch *stare decisis* ist weniger als die rechtliche Bindung, mit der die Rechtskraft jede richterliche Entscheidung und das BVerfGG darüber hinaus die Entscheidungen des BVerfG

1191); vgl. auch die Entwicklung der Rechtsprechung zur Überprüfung von Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft (*BVerfGE* 37, 271 = *JZ* 1975, 479; dazu *Feige* *JZ* 1975, 476; *BVerfGE* 73, 339 = *JZ* 1987, 236 m. Anm. *Rupp*; *BVerfGE* 89, 155 = *JZ* 1993, 1100; dazu *Götz* *JZ* 1993, 1081).

³⁴ *BVerfG* NJW 2006, 751, 757 f. = *JZ* 2006, 408 m. Anm. *Starck*.

³⁵ *BVerfGE* 30, 1, 25 f. = *JZ* 1971, 171 m. Anm. *Häberle*; *BVerfGE* 45, 187, 228; 109, 279, 312 f.

³⁶ Vgl. *B.-O. Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 425 ff.; *J. A. Frowein* DÖV 1971, 793 ff.; *R. Riggert*, Die Selbstbindung der Rechtsprechung durch den allgemeinen Gleichheitssatz, 1993; *M. Sachs*, Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen, 1977; *G. Seyfarth*, Die Änderung der Rechtsprechung durch das Bundesverfassungsgericht, 1998, S. 183 ff.

³⁷ *M. Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 243 ff.; *M. Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, 1997, S. 409 ff.; *M. Sachs* (Fn. 36), S. 111 ff.

ausstattet. Das Prinzip steht weder in der Verfassung noch in einem Gesetz und versteht sich doch; ihm werden manchmal Geltung und Bedeutung abgesprochen, aber es wird letztlich an ihm festgehalten; über seinen Inhalt besteht Streit, aber es ist unstrittig, daß es einen Inhalt und sogar, welchen Kern der Inhalt hat. 1992 bot eine Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch dem Supreme Court die Gelegenheit, sich des Prinzips zu vergewissern³⁸. Er betonte die Geltung des Prinzips, das das Festhalten an Entscheidungen grundsätzlich, aber nicht ausnahmslos verlange. Ausnahmen seien gerechtfertigt, wenn die Entscheidung nicht mehr praktikabel sei, wenn sich die relevanten Fakten geändert hätten oder wenn sich das relevante Recht weiterentwickelt habe, allerdings spreche gegen Abweichungen, wenn die Betroffenen so auf die Entscheidung vertrauten oder die Gesellschaft sich so auf sie eingestellt habe, daß eine Abweichung legitime Erwartungen verletze oder erheblichen gesellschaftlichen Schaden anrichte. Die Minderheit des Supreme Court wollte Abweichungen großzügiger zulassen, neuen juristischen Einsichten und Überzeugungen mehr Gewicht geben und vor allem die zusätzliche Überlegung der Mehrheit nicht akzeptieren, der Supreme Court müsse um seiner Glaubwürdigkeit und Legitimität willen an einer Entscheidung zumal dann festhalten, wenn sie einem die Gesellschaft erschütternden und spaltenden Problem gelte³⁹. Aber auch die Minderheit hielt am Prinzip fest. Der kleinste gemeinsame Nenner kann dahin gefaßt werden, daß von einer Entscheidung nicht schon darum abgewichen werden darf, weil das Gericht es sich anders überlegt hat und jetzt besser weiß, sondern nur dann, wenn sich etwas ereignet und das Gericht eines Besseren belehrt hat. Als entsprechendes Ereignis ist sogar eine neue juristische Einsicht oder Überzeugung vorstellbar, wenn sie wuchtiger juristischer Niederschlag einer einschneidenden Veränderung des gesellschaftlichen Bewußtseins ist.

VII. Selbstbindungsverzicht und Fremdbindungsverlust

Die Rechtsprechungsänderungen des BVerfG, die keine dogmatische Stimmigkeit erkennen lassen, lassen sich auch nicht im Sinn eines Stare-decisus-Prinzips als ausnahmsweise gerechtfertigte Abweichungen von einer grundsätzlich festgehaltenen Rechtsprechung interpretieren. Sie reagieren weder auf neue praktische Bedürfnisse noch auf neue Tatsachen noch auf neue Rechtslagen. Wenn sie nicht, wie die Entscheidung zum Familienexistenzminimum, auf politische Kritik reagieren, tragen sie einem Unbehagen Rechnung, das sich beim BVerfG bei genaueren Hinsehen auf die alte Lösung eines Problems einstellt – immer wieder, weil die alte Lösung zu weit ging und z. B. die Ähnlichkeit zwischen Abgeordneten und Beamten zu umfassend ansetzte, dem Begriff der Versammlung zu viele Veranstaltungen subsumierte oder die Parteien zu reichlich finanzierte.

Das BVerfG verabschiedet sich also von der Tradition dogmatischer Rechtswissenschaft und Rechtsprechung und wechselt zur Tradition kasuistischer Rechtsprechung. Mit dem Abschied ist der Abschied von der Selbstbindung durch Dogmatik verbunden, und mit dem Wechsel könnte entsprechend der Wechsel zur Selbstbindung durch Präjudizien verbunden sein, mit der die kasuistische Rechtsprechung ihr

case law zusammenhält. Aber so geschieht es nicht. An die Stelle der Selbstbindung durch Dogmatik tritt nicht eine Selbstbindung durch Präjudizien. Das BVerfG befreit sich nicht von einer Selbstbindung zugunsten einer anderen. Es befreit sich von jeder Selbstbindung.

Das ist ein Prozeß. Er manifestiert sich nicht in jeder Entscheidung des BVerfG; es gibt nach wie vor Entscheidungen, die ihr Ergebnis in einen dogmatischen Kontext stellen. Es ist ein Prozeß, der, schon vor Jahren begonnen, noch Jahre dauern wird und an dessen Ende die Entscheidungen des BVerfG sich immer noch anders lesen werden als die Entscheidungen eines Obersten Gerichts im case law. Dogmatik, die nicht mehr systembildend und -bindend wirkt, prägt immer noch den Stil. Es ist ein Prozeß ohne rechtliche Konflikte und Brüche, denn rechtlich geht alles mit rechten Dingen zu: Das BVerfG ist rechtlich frei, sich über seine alten Entscheidungen ebenso hinwegzusetzen wie über dogmatische Systeme. Die eine wie die andere Selbstbindung wird nicht durch das Recht gestiftet, sondern nur durch Tradition.

Gleichwohl hat der Prozeß seinen Preis. Mit der Selbstbindung, die verlorengeht, geht auch Fremdbindung verloren. Ohne überzeugend praktizierte Selbstbindung kann Fremdbindung nicht überzeugend gefordert werden, ohne sich in der Selbstbindung der judikativen Spitze zu bewähren, können bindende Prinzipien nicht in der Fremdbindung des judikativen Gefüges funktionieren.

Daher ist es, so meine ich, kein Zufall, daß Ablehnung von unten und Korrektur von oben den Prozeß begleiten. Die Entscheidungen des BVerfG bekommen ein Moment der Beliebigkeit, das es anderen Gerichten leichter macht, ihr Belieben an die Stelle des Beliebens des BVerfG zu setzen.

VIII. Eine neue Verfassungsrechtswissenschaft

Ich halte den gekennzeichneten Prozeß für unumkehrbar und unaufhaltsam. Gerichte haben wie alle staatlichen und gesellschaftlichen Machtzentren die Tendenz, ihre Aufgaben und Befugnisse auszuweiten. Wie sollten Selbstbindungen, die lediglich aus Traditionen leben, dieser Tendenz standhalten! Die Selbstbindung durch stare decisis kann ebenso erodieren wie die Selbstbindung im dogmatischen System, und manche amerikanischen Beobachter meinen denn auch, diese Erosion beim Supreme Court feststellen zu können.

Für die Unumkehrbarkeit und Unaufhaltsamkeit des Prozesses spricht weiter, daß es auch ohne die Selbstbindung geht: Mehr Beliebigkeit, mehr Ablehnung von unten und Korrektur von oben, mehr Gefühl aller Beteiligten und Betroffenen dafür, daß mit den Rechtsfragen Machtfragen entschieden werden, bedeuten nicht etwa eine funktionsunfähige Gerichtsbarkeit, nur eine andere. So oder so wird das BVerfG seine Stellung im politischen Prozeß behaupten und auf der Beliebtheitskala seinen zweiten Platz hinter der Polizei behalten.

Der Hauptbetroffene ist die Verfassungsrechtswissenschaft. Sie kann den Prozeß nicht nur nicht aufhalten oder umkehren. Sie wird sich im Gegenteil mit dem Prozeß selbst verändern. Mit der immer kasuistischeren Rechtsprechung des BVerfG, dem sie positivistisch verbunden ist, wird auch sie die Tradition dogmatischer Rechtswissenschaft, von der sie sich schon länger entfernt, immer mehr hinter sich lassen. Dabei werden Funktionen nicht mehr erfüllt werden, die die

³⁸ 505 U.S. 833 (1992, 854 ff.).

³⁹ (Fn. 38), 953 ff.

Dogmatik erfüllt. *Adalbert Podlech* hat die Funktionen einmal so beschrieben⁴⁰: Dogmatische Theorien haben erstens die Funktion, den Rechtsstoff lernbar zu machen, sie haben zweitens die Funktion, Lücken im Recht zu füllen und Kollisionen im Recht zu entscheiden, und sie haben drittens die Funktion, in der rechtspolitischen Diskussion die rechtlichen Folgen einer intendierten rechtlichen Regelung zu prognostizieren. Für die zweite Funktion gilt, daß sie auch in einer Welt der Kasuistik erfüllt wird; wie in einer Welt der Dogmatik die Lücken durch dogmatische Theorien gefüllt und die Kollisionen durch dogmatische Theorien entschieden werden, werden sie in einer Welt der Kasuistik durch die nächste einschlägige Entscheidung gefüllt bzw. entschieden. Für die erste und dritte Funktion gilt dies nicht gleichermaßen.

Zwar wird auch in Amerika Verfassungsrecht gelernt und gelehrt. Aber was die Studenten und Studentinnen behalten und auch allein behalten können, sind ein paar große Fälle und Entscheidungen, landmark cases und decisions, und wer sich in der Fülle des Verfassungsrechts, d. h. der Verfassungsrechtsprechung auskennen will, muß sich darauf eigens spezialisieren. Nur dogmatische Theorien entheben ein Rechtsgebiet der Esoterik der Spezialisten. Da es schwieriger und schwieriger wird, die Rechtsprechung des BVerfG in dogmatischen Theorien rational zu rekonstruieren und zu systematisieren – *Bodo Pieroth* und ich merken es jedes Jahr, wenn wir die neue Auflage unseres Grundrechtelehrbuchs vorbereiten –, wird das Lehren und Lernen des Verfassungsrechts auch bei uns schwieriger und schwieriger werden – etwas für Spezialisten.

Entsprechend schwierig ist es geworden, in der rechtspolitischen Diskussion das bundesverfassungsgerichtliche Urteil über eine einfachrechtliche Regelung zu prognostizieren. Wenn ich zu Prognosen aufgefordert werde, antworte ich inzwischen weniger und weniger aus meiner Kenntnis dessen, was dogmatisch passen und stimmen würde, und mehr und mehr aus meiner Kenntnis und Einschätzung der Richter und Richterinnen des jeweiligen Senats. Das ist, was auch ein amerikanischer Verfassungsrechtswissenschaftler macht, wenn er zu Prognosen aufgefordert wird.

Ich stelle das alles nicht ohne Trauer fest. Mir ist es um die Verfassungsrechtswissenschaft als eine dogmatische Wissenschaft leid. Denn dogmatische Theorien haben nicht nur die genannten Funktionen. Sie stehen als wissenschaftliche Theorien auch unter wissenschaftstheoretisch begründeten Forderungen der Konsistenz, Abgeschlossenheit, Aus-

⁴⁰ Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1972, S. 491, 492 ff.

druckskonstanz, Überprüfbarkeit und Fruchtbarkeit, die Rationalität verbürgen⁴¹. Es ist eine spezifisch juristische Rationalität, denn die Forderungen der Überprüfbarkeit und Fruchtbarkeit haben für die juristische Wissenschaft eine spezifische Qualität. Sie gelten besonders dem Verhältnis zu den Sätzen des positiven Rechts; an ihnen werden dogmatische Theorien überprüft, falsifiziert und bewährt, und an ihnen erweisen sie sich als fruchtbar, indem sie Probleme zu lösen und Entscheidungen zu treffen erlauben, die allein mit den Sätzen des positiven Rechts nicht oder nicht so zu lösen bzw. zu treffen wären. Auch die Gerechtigkeit dogmatischer Theorien ist ein Aspekt ihrer Fruchtbarkeit; sie fordert den Einschluß von Grundsätzen, die wie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Diskussionschemata für die Folgen rechtlicher Regelungen fungieren.

Spezifisch ist die Rationalität dogmatischer Theorien nicht nur gegenüber der Rationalität anderer wissenschaftlicher Theorien. Bezogen auf die Sätze des positiven Rechts, sich auf die Berücksichtigung von Folgen beschränkend und der eigenständigen Setzung und Wertung von Zielen enthaltend, ist sie spezifisch auch gegenüber der Rationalität, die dem politischen Diskurs und der politischen Entscheidung eignet. Ich dachte immer, daß diese spezifisch juristische Rationalität eine wichtige gesellschaftliche Funktion hat und daß, sie zur Entfaltung und Geltung zu bringen, überdies der juristischen Wissenschaft ihre Ehre gibt.

Aber die Entwicklung der Verfassungsrechtswissenschaft geht in eine andere Richtung, und ich will sie darum nicht denunzieren. Ich sehe die Chancen, die die Entwicklung der Verfassungsrechtswissenschaft eröffnet. Die gewisse Beliebigkeit der Entscheidungen des BVerfG hilft der Verfassungsrechtswissenschaft vielleicht, sich aus dem Bundesverfassungspositivismus zu befreien, in den sie sich, als das BVerfG wichtiger und mächtiger wurde, zunächst begeben hat⁴². In einem freundlichen Zukunftsszenarium ist die Verfassungsrechtswissenschaft, die sich nicht mehr für dogmatische Systeme, sondern allenfalls für Prinzipien interessiert, fall- und problemorientiert, sensibel für die hinter den Rechtsfragen stehenden Machtfragen, kritisch, politisch, konfliktfähig und -freudig, dem allgemeinen gesellschaftlichen und politischen Diskurs so nahe, wie sie es als dogmatische Wissenschaft nicht sein konnte. Es ist nicht mehr meine Verfassungsrechtswissenschaft, aber eine, der ich ähnlich in Amerika begegne und die ich dort habe funktionieren sehen und respektieren lernen.

⁴¹ *B. Schlink* Der Staat 1980, 73, 87 ff.

⁴² *B. Schlink* Der Staat 1989, 160, 168 ff.

Dr. Stephanie Schiedermaier, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer

Gefährden Wahlcomputer die Demokratie?

Der Einsatz von Wahlcomputern bei der Wahl zum Deutschen Bundestag 2005 sollte die Auszählung der Stimmen erleichtern und beschleunigen. Der Beitrag untersucht die Verfassungsmäßigkeit des Einsatzes von Wahlcomputern im Hinblick auf die Vorgaben des Demokratieprinzips.*

* Dr. Stephanie Schiedermaier ist Wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Staatslehre und Rechtsvergleichung an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer.

I. Die Manipulation von Wahlcomputern

1. Das „Schachcomputer-Experiment“

Der Geschäftsführer des niederländischen Wahlcomputerherstellers Nedap war sich sicher, dass Hacker bei dem Gerät „absolut keine Chance“ hätten. „Dass man mit unserer Wahlmaschine auch Schach spielen kann“, erklärte er, „wür-