

Heinrich Honsell^{*)}

Wächter oder Herrscher – Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts zwischen Recht und Politik

We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is.

Chief Justice Hughes (David Danelski Joseph Tulchin ed., The Autobiographical Notes of Charles Evans Hughes (1973) 144)

The indispensable judicial requisite is intellectual humility.

Justice Felix Frankfurter (335 U.S. 538, 557 (1949))

I. Einleitung

Über das Spannungsverhältnis zwischen Recht und Politik und die Grenzüberschreitungen des BVerfG ist viel geschrieben worden. Dennoch greife ich das Thema auf, weil das Gericht, von gelegentlichen dissenting opinions abgesehen, der berechtigten Kritik nicht Rechnung getragen hat, und weil es um methodische Aspekte geht, die in den letzten Jahrzehnten aus der Diskussion verschwunden sind, ohne hinreichend erörtert worden zu sein. Dabei geht es weder um eine allgemeine Theorie der Rechtsgewinnung, wie sie etwa *Martin Kriele*¹⁾ vorgeschwebt hat, noch um eine Rückkehr zur Methodenlehre *Savignys*, wie sie *Ernst Forsthoff*²⁾ der frühe und profunde Kritiker dieser Fehlentwicklung, gefordert hat. Es soll lediglich gezeigt werden, dass das BVerfG oft aus abstrakten Sätzen der Verfassung Lösungen herleitet, die darin auch nicht im Ansatz enthalten sind. Zwar nennt das BVerfG seine Methode „Konkretisierung einer Wertordnung“, doch bleibt der Einwand, dass in vielen Entscheidungen die Rückbindung an die Verfassung fehlt und dass es intellektuell nicht wirklich redlich ist, Urteile als Erkenntnis aus der Verfassung auszugeben, die in Wahrheit bloß politische Devisen sind, die Domäne der Politik bleiben müsste.

Die Grundrechte waren historisch betrachtet lange Zeit ausschließlich Abwehrrechte³⁾ der Bürger gegenüber dem Staat und Garantien gegen obrigkeitliche Übergriffe. Mit der amerikanischen Declaration of Independence und der Déclaration des droits de l'homme et du citoyen in der französischen Re-

volution erreichte diese Form der politischen Aufklärung ihren Höhepunkt. Die Paulskirchenverfassung von 1849 enthielt einen Grundrechtekatalog. „Die Grundrechte des deutschen Volkes“ wurden 1849 von *Theodor Mommsen* mit „Belehrungen und Erläuterungen“ versehen und anonym veröffentlicht. Die Paulskirche scheiterte, doch wurde der Grundrechtekatalog Vorbild für das österreichische Staatsgrundgesetz von 1867 und die Weimarer Verfassung. Freilich hatten damals die Grundrechte nur programmatischen und deklamatorischen Charakter, denn Gesetzgebung, Exekutive und Rechtsprechung waren nicht an sie gebunden. Gleichwohl bezeichnete das Reichsgericht⁴⁾ die Grundrechte als „Heiligtum des deutschen Volkes“. Der alte auf die griechisch-römische Antike zurückgehende Topos des ewigen Naturrechts⁵⁾ und der unveräußerlichen Menschenrechte war im Abendland lebendig geblieben und auch in der deutschen Klassik besungen worden.⁶⁾ Nach der Schreckensherrschaft der Nationalsozialisten verankerte man die Grundrechte im Bonner Grundgesetz und gab ihnen im Gegensatz zu Weimar Verfassungsrang. Mit die-

^{*)} Dr. iur., em. Professor an der Universität Zürich, Honorarprofessor an der Universität Salzburg

1) *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung – entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 1967, 2. Aufl. 1976.

2) Vgl. etwa zur Verfassungsauslegung *Forsthoff*, in: Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl., 1976, S. 153, 172 f.; *Forsthoff*, Zur Problematik der Verfassungsauslegung, 1961; *Forsthoff*, in: Festschrift Carl Schmitt, 1958, S. 35 ff.; *Forsthoff*, in: Festschrift Carl Schmitt, 1968, S. 185.

3) S. *Forsthoff*, in: Rechtsstaat im Wandel (Fußn. 2), S. 175, 190 f.; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2002.

4) RGZ 102, 165.

5) *Justinian* Inst. I 2 11: Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quaedam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanere – aber die natürlichen Rechte, die bei allen Völkern gleichermaßen und ewig beachtet werden, bestehen auf Grund göttlicher Vorsehung immer und unveränderlich. S. auch *Aristoteles*, Nik. Eth. 1129b; *Cicero*, De legibus I 16,43.

6) S. etwa *Schiller*, Wilhelm Tell II 2 (Stauffacher) „... Und holt herunter seine ew'gen Rechte Die droben hangen unveräußerlich Und unzerbrechlich wie die Sterne selbst.“ Auch *Goethe*, Faust I 1972 ff. / Mephistopheles „... Vom Rechte, das mit uns geboren ist, von dem ist, leider! nie die Frage.“

ser gut gemeinten Änderung begann eine erstaunliche Metamorphose der Grundrechte. Denn das nach dem Vorbild des US-amerikanischen Supreme Court gebildete BVerfG ging über die ihm ursprünglich zgedachte Rolle eines Hüters der Verfassung⁷⁾ alsbald hinaus und schwang sich zu ihrem Herrn auf,⁸⁾ so dass man heute die alte Frage *Juvenals*⁹⁾ wieder stellen muss: *Quis custodiat ipsos custodes?*

II. Grundrechtsauslegung in Normenkontrolle und Verfassungsbeschwerde

Die Normenkontrollbefugnis des BVerfG erfasst praktisch alle politischen Streitigkeiten der Parteien und Verfassungsorgane, sofern sich nur ein Kläger findet, was fast immer der Fall ist. Daneben tritt die Verfassungsbeschwerde des Bürgers gegen den Staat nach Erschöpfung des Rechtswegs. Das Hauptvehikel der beispiellosen Machtausweitung des BVerfG war in beiden Verfahrensarten eine unbegrenzte Interpretation der Grundrechte und Verfassungsprinzipien. Diese Usurpation von Entscheidungsmacht über fast alle Rechtsfragen im Staat hat Widerspruch hervorgerufen. Bekannt ist z. B. der Ausspruch *Konrad Adenauers* „Dat ham wir uns so nich vorgestellt.“¹⁰⁾ Die Kritik ist verhallt und das BVerfG hat heute eine Macht, die weltweit einmalig ist¹¹⁾ und die weit in politische Entscheidungen und in die Verwaltungsrechtsprechung, ja selbst in die ordentliche Gerichtsbarkeit der Zivil- und Strafjustiz hineinreicht. *Böckenförde*¹²⁾ hat einen gleitenden Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat konstatiert. Es ist keine Übertreibung, wenn wir heute feststellen müssen, dass die Bundesrepublik unter einem *gouvernement des juges* steht. Das Verfassungsrecht ist überwiegend nicht im Grundgesetz geregelt, sondern in über 120 Bänden der Entscheidungen des BVerfG. Wenn das BVerfG allerdings sagt, dass es Akte der gesetzgebenden Gewalt an der Verfassung selbst und nicht an verfassungsgerichtlichen Präjudizien zu messen habe,¹³⁾ so ist dies irreführend und verschleiert den wahren Sachverhalt. Das staatsrechtliche *Pouvoir*, ein Gesetz als verfassungswidrig zu verwerfen, wird aus der (konkretisierten) Verfassung abgeleitet. Dann sind aber notwendig die in den „verfassungsgerichtlichen Präjudizien“ (in den 120 Bänden) enthaltenen tragenden Gründe durch richterliche Rechtsfortbildung geschaffenes Verfassungsrecht, gleichrangig mit dem Text der Verfassungsurkunde. Die durch Verfassungskonkretisierung gewonnenen Prüfungsmaßstäbe haben also unzweifelhaft Verfassungsrang.¹⁴⁾

Das Gericht hat Prinzipien und Maßstäbe, die sich in der Verfassung überhaupt nicht oder doch nur in sehr vagen Ansätzen finden, selbst entwickelt. Es hat die Verfassung damit „angereichert“ und sich so de facto selbst eine Kompetenz-Kompetenz geschaffen.¹⁵⁾ Aus allgemeinen und mehr oder weniger inhaltsarmen programmatischen Sätzen wurden die kleinsten Details zur Entscheidung von Einzelfällen herausgelesen. Auch wenn das als schöpferischer Prozess der Rechtsfortbildung bezeichnet wird, ändert es nichts an der mangelnden Legitimität. Es handelt sich um die alte Interpretationspresse *erst hinein und dann heraus*, die *Jhering* in „Scherz und Ernst“¹⁶⁾ in der Jurisprudenz karikiert und über die *Goethe* in den *Zahnen Xenien* (II) gespottet hat: „Im Auslegen seid frisch und mun-

ter! Legt ihr's nicht aus, so legt was unter.“ Das Misstrauen gegen juristische Auslegungskünste ist ein alter *Topos*.¹⁷⁾ Das BVerfG treibt sie auf die Spitze.

Im Folgenden ist die Problematik der Grundrechtsauslegung durch das BVerfG näher darzulegen.

III. Fortsetzung: Die Konkretisierung der Wertordnung des Grundgesetzes durch das BVerfG

Die Grundrechte sind größtenteils abstrakt, vage und unbestimmt. Dies gilt namentlich für die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), die Handlungsfreiheit (Art. 2 GG), die Gleichbehandlung (Art. 3 GG). Selbst wenn die Abstraktionsstufe nicht so hoch ist wie etwa bei der Meinungs- oder Kunstfreiheit, der Berufsfreiheit (Art. 5 und 12 GG) oder beim Eigentumsschutz (Art. 14 GG),¹⁸⁾ lässt sich den Grundrechten jenseits ihrer Abwehrfunktion wenig entnehmen. Die Formeln sind kurz und pathetisch und eignen sich wegen ihrer Abstraktionshöhe und ihres deklamatorischen und programmatischen Charakters¹⁹⁾ nur selten zur Anwendung auf Einzelfälle. Anders als die meisten einfachen Gesetze enthalten sie keine subsumtionsfähigen Normen mit Tatbestand und Rechtsfolge. Ihre sog. Auslegung gibt für die Lösung von Einzelfällen nichts her, was nicht zuvor in sie hineingelegt worden ist. Die Verfassungsrichter füllen diese Leere mit ihren eigenen Werturteilen und geben sie dann als in der Verfassung angelegte Vorgaben aus.²⁰⁾ Vor ei-

7) Die gleichnamige Monographie von *Carl Schmitt*, 1929, S. 117, 128, dachte diese Rolle dem Reichspräsidenten zu. Dagegen *Kelsen*, Wer soll Hüter der Verfassung sein?, 1931, S. 12 ff. Ein kritischer Sammelband, hrsg. v. *Guggenberger/Würtenberger*, trägt den Titel: Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? – Das BVerfG im Widerstreit. Das BVerfG hat sich selbst des Öfteren als Hüter der Verfassung bezeichnet, vgl. BVerfGE 1, 184, 195 ff.; BVerfGE 6, 300, 304; BVerfGE 40, 88, 93 u. öfter.

8) Vgl. zum Folgenden auch *Honsell*, Die Einheit der Rechtsordnung, Veröffentlichung junger Zivilrechtler, 2009, S. 11 ff.; *Honsell*, in: Festschrift Bucher, 2009, S. 275 ff.

9) *Satyrae* VI 347 f.

10) Zu BVerfGE 2, 79 – Plenarbeschluss zum Vertrag über die Europäische Verteidigungsgemeinschaft (EVG).

11) Vgl. z. B. *Knies*, in: Festschrift Stern, 1997, S. 1155, 1160 m. w. N.; *Wesell*, Der Gang nach Karlsruhe, 2004.

12) Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1989 S. 61 f.

13) BVerfGE 77, 84, 103, dazu EWiR 1988, 315 (*Becker*).

14) Das bestreiten z. B. *Schlaich*, VVDStRL 39 (1981), 133, 135 und *Heum*, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, S. 59, mit dem Argument, das Gericht entscheide über das Gesetz, lege aber nicht den Inhalt der Verfassung bindend fest. Die Annahme sei ein Fehlschluss, das Gericht könne ein Gesetz nur aufheben, wenn seine Auslegung Verfassungsrang habe. Diese Argumentation ist verfehlt, weil das BVerfG erst den Inhalt der Verfassung festlegt, aus dem sich die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes ergibt. Wie hier die h. L., s. *Böckenförde*, NJW 1999, 9, 12 und öfter; *Carl Schmitt*, Der Hüter der Verfassung, 1929, S. 45; *Klein*, NJW 1977, 697, 700; *Jestedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 170 ff., 172.

15) *Schlaich/Korith*, Das BVerfG, 6. Aufl., 2004, Rz. 14 ff.

16) *Jhering*, Scherz und Ernst, 4. Aufl., 1891, S. 247 ff.

17) Das kommt in mehreren Parömien zum Ausdruck: „gute Juristen – böse Christen“ (*Luther*); „summum ius – summa iniuria“ (römisches Sprichwort), etwa bei *Cicero*, de off. I 33; dazu *Honsell*, in: Festschrift Kaser, 1976, S. 111, 114 m. Nachw. in Fußn 20.

18) Konkreter ausgestaltet sind etwa Ehe und Familie (Art. 6 GG), die Vereinsfreiheit (Art. 9 GG), die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) oder das Asylrecht (Art. 16a GG); die zuletzt genannten wurden erst als Ergebnisse langer politischer Debatten und nicht zu ihrem Vorteil konkretisiert und haben den Charakter von Grundrechten weitgehend verloren.

19) Näher etwa *Bethge*, Der Staat 24 (1985), 351, 359 ff.;

20) Dazu statt vieler *Diederichsen*, in: Starck, Rangordnung der Gesetze, 1995, S. 90 ff.; *Großfeld*, NJW 1995, 1719; kritisch auch *Isensee*, in: Festschrift Großfeld, 1999, S. 485 ff.

ner Verfassungsgerichtsbarkeit auf dieser Grundlage hatte bereits *Kelsen* gewarnt,²¹⁾ obwohl er ein Befürworter der Verfassungsgerichtsbarkeit war. Die überwiegende Literatur hält die „Konkretisierung der Wertordnung“ freilich für legitim, weil die Verfassung keine klaren Vorgaben enthalte. Das BVerfG habe die Gratwanderung zwischen Recht und Politik im Allgemeinen gut bewältigt.²²⁾ Die Alternative, sich auf die Bereiche zu beschränken, die eine im Text der Verfassung und ihrem Umfeld verifizierbare Antwort zulassen, und die Entscheidung politischer Fragen als nicht justiziabel der Politik zu überlassen, erwägt die h. L. genauso wenig wie das BVerfG selbst. Zwar sagt Art. 1 Abs. 3 GG, dass die Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden. Doch gilt dies natürlich nur, soweit die vagen Inhalte eine Bindungswirkung entfalten können. Man kann aus Programmsätzen nur wenig ableiten, aber man kann sie mit politischen Inhalten ausfüllen; wenn man so will, ein induktiver Vorgang statt eines deduktiven. Was als politische Implementierung durch das Parlament legitim ist, ist als Erkenntnisgewinn des BVerfG illegitim. Handlungsmaßstab und Kontrollmaßstab sind zu unterscheiden,²³⁾ der erste ist weit, der zweite eng.

Die Abkehr von der negatorischen Konzeption, die Lehre vom objektiven Gehalt, von den Schutzpflichten,²⁴⁾ von den Teilhabe- und Gewährleistungsrechten führt zu einer die Gewaltenteilung sprengenden Machtakkumulation beim BVerfG unter Einengung des politischen Spielraums von Legislative, Exekutive und Judikative. Dies alles geschieht unter dem mehr oder weniger verhüllenden Vorwand der Grundrechtsauslegung. Da man sieht, dass man sich im Hinblick auf den abstrakt-generellen Charakter der Grundrechte nicht ernsthaft auf eine Textauslegung berufen kann, nennt man es „Konkretisierung einer Wertordnung“,²⁵⁾ Elemente einer objektiven Ordnung oder objektiven Grundrechtsgehalt.²⁶⁾ Generalklauseln kennt auch das Privatrecht. Auch für sie trifft zu, dass man aus ihnen nichts ableiten, sondern dass man sie allenfalls typologisch konkretisieren kann. Indessen muss festgestellt werden, dass das BVerfG die Aufgabe der Konkretisierung des Abstrakten meist gar nicht wahrnimmt. Das Verbot des *venire factum proprium* oder das Gebot der schonenden Rechtsausübung sind alte Konkretisierungen des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben. Konkretisiert hingegen das BVerfG ein Grundrecht, so haben die konkret gewonnenen Sätze zum allgemeinen Grundrecht oft überhaupt keinen Bezug.

Ein abschreckendes Beispiel beliebiger Grundrechtsauslegung ist die Entscheidung zum Rauchverbot,²⁷⁾ die im Wesentlichen Folgendes sagt: Zwar sei der Schutz der Bevölkerung vor den Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen ein „überragend wichtiges Gemeinwohlziel“,²⁸⁾ das der Gesetzgeber ohne jede Ausnahme schützen könne.²⁹⁾ Soweit er allerdings Ausnahmen zulasse, müsse er auf Belastungen einzelner Wirte Rücksicht nehmen. Aus der Berufsfreiheit (!) des Art. 12 GG soll sich dazu ergeben, dass das Rauchen in Einraumkneipen mit weniger als 75 Quadratmetern, in denen keine zubereiteten Speisen angeboten werden und zu denen Personen unter 18 Jahren keinen Zutritt haben, erlaubt werden muss. Wie

man diese Voraussetzungen aus Art. 12 GG herauslesen kann, bleibt das Geheimnis des Gerichts. Jedenfalls handelt es sich dabei nicht um eine Konkretisierung eines Abstractum, von dem sich sagen ließe, dass es in Art. 12 GG bereits irgendwie angelegt wäre. Auch hier müsste aber doch die Grundidee im Text wenigstens irgendwie angedeutet sein, so dass es in rational nachvollziehbarer Weise aus dem abstrakten Text und seiner ratio für den konkreten Fall erschlossen werden könnte. Andernfalls handelt es sich nicht mehr um Erkenntnis, sondern um Dezision, nicht mehr um Begründung eines Urteils aus der Verfassung, sondern um Proklamation eines politischen Willens. Damit kann sich nur abfinden, wer einen rationalen Diskurs für entbehrlich hält. Man kann auch nicht sagen, „dass im Verfassungsrecht die Grenzen der Erkenntnisgewinnung weicher gezogen seien als in den traditionell durchgeformten Bereichen des härteren einfachen Gesetzesrechts“.³⁰⁾ Richtig ist nur, dass es meist um einen abstrakten und unbestimmten Sinngehalt geht. Der Wortlaut der Grundrechte reagiert auf evidente Grundrechtsverletzungen; so weiß man, dass in Konzentrationslagern und manchmal vielleicht auch in Gefängnissen die Würde des Menschen verletzt wurde. Hingegen geben die Grundrechte als positive Wertordnung für die Entscheidung von Einzelfällen nichts her, was nicht zuvor in sie hineingelegt worden ist. Das Problem liegt ähnlich wie bei den abstrakten Sätzen der materialen Gerechtigkeitsethik. Was bedeutet z. B. *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*³¹⁾ oder was heißt gar Gerechtigkeit? Solche Sätze und Begriffe haben eine Abstraktionshöhe, die sich einer intersubjektiv nachprüfbaren Argumentation

21) Für *Kelsen* war eine Verfassungsgerichtsbarkeit, welche die Grenzen der Jurisdiktion missachtet und politische Entscheidungen trifft, undenkbar. Er war auch der Aufnahme allgemeiner und abstrakter Grundsätze und jeglicher Verfassungsslyrik abhold. So ist das österreichische B-VG eine nüchterne Verfassung ohne große Worte. Angeblich beanstandete *Kelsen* bei den Verfassungsarbeiten sogar den Art. 1 Satz 1 B-VG („Österreich ist eine demokratische Republik“) wegen seines programmatischen Charakters, worauf *Renner* geantwortet haben soll: „Herr Professor, Sie haben Recht, aber irgend etwas Schönes soll doch auch in der Verfassung stehen.“ Die Geschichte erzählt *R. Walter* in der Wiener Zeitung online www.wienerzeitung.at/linkmap/personen/kelsen.htm, zuletzt gesehen am 25. 6. 2009.

22) So etwa *Scholz*, Aus Politik und Zeitschichte, B 16/99, S. 3, 4. Ähnlich *Wesell* (Fußn. 11), S. 359 u. passim.

23) Zu der Unterscheidung s. *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1988, S. 306 ff.; *Jestädt* (Fußn. 14), S. 186 ff. je m. w. N.; *Raabe*, Grundrechte und Erkenntnis, 1998, S. 147 ff.

24) S. z. B. BVerfGE 39, 1; BVerfGE 88, 203 – Abtreibung I u. II.

25) BVerfGE 7, 198, 215 – Lüth-Urteil; aus der Lit. krit. etwa *Böckenförde*, Der Staat 29 (1990), 1, 21; *Böckenförde*, NJW 1999, 9, 12 f.; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl., 1999, Rz. 60; *Starck*, in: Isensee/Kirchhof, Hdb. d. Staatsrechts VII, 1992, Rz. 18 ff.; *Ossenbühl*, in: Badura/Dreier, 50 Jahre BVerfG, 2001, S. 75 ff.; *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171; *Diederichsen*, Jura 1997, 57; *Diederichsen*, in: Starck (Fußn. 20); *Pawłowski*, in: Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, öffentliche Recht und Strafrecht, 1999, S. 39, 44 ff.; *Wahl*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte I, 2004, Rz. 3 ff.

26) Zur Entwicklung der Terminologie s. nur *Wahl* (Fußn. 25), Rz. 7 ff.; *Starck*, in: Heyde/Starck, Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte, Göttinger Kolloquium (1990), S. 1, 18, 20.

27) BVerfG v. 30. 7. 2008 – 1 BvR 3262/07, 402/08, 906/08.

28) Zur Terminologie s. schon das Apothekenurteil BVerfGE 7, 377, das im Rahmen einer Dreistufentheorie objektive Berufszulassungsschranken nur zugelassen hat, sofern sie zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein „überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“ zwingend geboten sind.

29) Dass die Abwägung von Handlungsfreiheit und Gesundheit auch strikt und ausnahmslos zu Gunsten der Letzteren erfolgen könne, ist ein überflüssiges obiter dictum, denn es ging nur um die Ausnahmen.

30) So *Ossenbühl* (Fußn. 25), S. 33, 44.

31) Vgl. *Ulpian*, Dig. 1,1,10,1.

oder Plausibilisierung weitgehend entzieht. Die Maxime „Jedem das Seine“ berührt zwar die Kernfrage der *iustitia distributiva*. Wegen ihrer inhaltlichen Unbestimmtheit ist sie jedoch auch gegen zynische Perversion nicht geschützt. So haben die Nazis den Satz über das Tor des KZ Buchenwald geschrieben. Selbst wenn sich eine abstrakte Definition der Gerechtigkeit aufstellen ließe, könnte man daraus keine gerechten Einzelfallentscheidungen ableiten. Allerdings: Auch wenn wir nicht in der Lage sind, eine allgemeine Antwort auf die Frage zu geben, was Gerechtigkeit ist, so sagt uns das Rechtsgefühl doch, was ungerecht ist. Dagegen ist die positive Aussage, was gerecht ist, oft unsicher. Ebenso verhält es sich mit den Grundrechten. Daher muten alle Versuche, eine Methode der Grundrechtsinterpretation zu reklamieren oder von einer Grundrechtstheorie bzw. -dogmatik zu sprechen, eher seltsam an. Man ist überrascht, wie wenig die interpretatorische Beliebigkeit thematisiert oder gar kritisiert wird.³²⁾ Und wie gering die Anforderungen sind, welche die Staatsrechtslehre an eine Theorie oder Dogmatik stellt.

Ein anderes überraschendes Beispiel für das, was bei der Konkretisierung der Wertordnung durch das BVerfG herauskommen kann, ist die angeblich wegen der Menschenwürde (!) gebotene Strafbarkeit einer Abtreibung ohne Beratungsschein.³³⁾ Strafbar ist jetzt nicht mehr die Abtreibung, sondern das Fehlen eines Beratungsscheins. Nach der Wiedervereinigung war eine Neuregelung dringend geworden, weil die Bürger der ehemaligen DDR seit langem mit der Fristenlösung gelebt hatten. Der Gesetzgeber, der im Hinblick auf das erste Urteil zum Schwangerschaftsabbruch nicht einfach erneut eine Fristenlösung normieren konnte, hatte deshalb den schon in diesem Urteil angedeuteten Weg über die Beratung gewählt³⁴⁾ und in §§ 218a, 219 StGB den Schwangerschaftsabbruch in den ersten drei Monaten für nicht rechtswidrig und straffrei erklärt, sofern sich die Schwangere gem. § 219b StGB beraten ließ. Auch sollten die Kosten des Schwangerschaftsabbruchs von der Sozialversicherung übernommen werden. Das BVerfG – diesmal der Zweite Senat³⁵⁾ – erklärte jedoch diese Regelung wiederum für verfassungswidrig. Er hielt an der Rechtswidrigkeit der Abtreibung (trotz Straffreiheit) fest, statuierte die Verfassungswidrigkeit der Gewährung von Sozialleistungen und entwickelte ein in neun Punkten bis ins letzte Detail ausgearbeitetes Beratungsmodell. Dabei hat man sich offenbar nicht hinreichend klar gemacht, dass jetzt nicht mehr die Abtreibung strafbar ist, sondern die unterlassene Beratung. Ist es schon mehr als zweifelhaft, ob aus Art. 1 und 2 GG überhaupt eine Schutzpflicht im Sinne einer bei sonstigem Verfassungsverstoß gebotenen Strafbarkeit hergeleitet werden kann, so ist es ethisch schlicht nicht mehr vermittelbar, dass die zum Schutz des Fötus notwendige Strafbarkeit allein durch eine simple Beratung wieder entfallen soll und dass nicht die Abtreibung strafbar ist, sondern die fehlende Beratung. Diese Rechtsprechung relativiert den zunächst von Verfassungs wegen für notwendig gehaltenen Schutz des Fötus in schwer erträglicher Beliebigkeit. Gleichwohl wird dies im Wesentlichen nur von den Anhängern eines strengeren Lebensschutzes kritisiert,³⁶⁾ denen das Urteil nicht weit genug geht und die an der Strafbarkeit der Abtreibung festhalten wollen. Die Rechtspre-

chung bleibt auch dann ungereimt, wenn man meint, den Fötus durch Beratung schützen zu können. Diese Möglichkeit wurde indes bei weitem überschätzt. Auch mit der größten Phantasie kann man Art. 1 Abs. 1 GG (Die Würde des Menschen ist unantastbar ...) nicht entnehmen, dass darin schon von den Vätern des GG mitbedacht oder doch im Wege einer immanenten Teleologie objektiv enthalten sei, die Menschenwürde des Fötus sei bei sonstiger Verfassungswidrigkeit wenigstens durch Strafbarkeit der Abtreibung bei Fehlen eines Beratungsscheins zu schützen. Es ist ein Ärgernis, dass dies als Inhalt der Verfassung ausgegeben wird, der vom Gericht nur erkannt wird. Art. 1 Abs. 1 GG hat keine konkreten Inhalte dieser Art. Die Menschenwürde und das Recht auf Leben sind in Reaktion auf die Naziverbrechen in die Verfassung aufgenommen worden. Für die Frage, ob ein Fötus durch Strafrecht geschützt werden muss, lässt sich ihnen nichts entnehmen, schon gar nicht, dass man den Fötus durch Bestrafung von Frauen schützen muss, die sich nicht haben beraten lassen. So hat denn auch der Europäische Menschenrechtsgerichtshof³⁷⁾ die Einbeziehung des ungeborenen Lebens in den Schutz des Art. 2 Abs. 1 Satz 1 EMRK abgelehnt, und in den meisten Ländern Europas³⁸⁾ gilt die Fristenregelung.

Das Abtreibungsurteil II hat noch eine weitere absurde Konsequenz, nämlich bei der Streitfrage, ob Aufwendungen für ein Kind als Schaden betrachtet werden können, die unter den beiden Senaten des BVerfG kontrovers ist. Aufgrund der Vorgaben des BVerfG hat sich die Rechtsprechung hier in schwere Widersprüche verwickelt. Das BVerfG³⁹⁾ hat auch die sog. eugenische oder embryopathische Notlagenindikation verworfen. Es hielt einen Eingriff nicht schon bei Missbildung des Kindes für rechtmäßig, sondern erst bei dadurch bedingter schwerwiegender Beeinträchtigung der Mutter. Deshalb wurde § 218a Abs. 2 StGB in diesem Sinne geändert. Ein Schwangerschaftsabbruch wegen einer schweren Behinderung ist jetzt nur noch möglich, wenn eine medizinische Indikation bei der Mutter vorliegt. Da nach dem BVerfG die Abtreibung in den ersten drei Monaten bei Beratung zwar straffrei, aber rechtswidrig bleibt, entscheidet der BGH seither in ständiger Rechtsprechung, dass die Ersatzpflicht wegen einer Behinderung ausgeschlossen ist, wenn wegen eines Arztfehlers ein Schwangerschaftsabbruch unterbleibt oder scheitert, für den keine Indikation vorlag.⁴⁰⁾ Das Argument, man hätte bei fehlerfreier Behandlung oder Beratung durch den Arzt einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen, wird also nur noch im Rah-

32) Es gibt jedoch auch Ausnahmen, bei den Staatsrechtslehrern gehören dazu etwa Forsthoff, oben Fußn 2; Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 221 ff.; Würtenberger, in: Guggenberger/Würtenberger (Fußn. 7), S. 57, 69; Jestedt (Fußn. 14); Schlink, EuGRZ 1984, 457; Isensee, JZ 1996, 1085; Hesse, in: Festschrift Hans Huber, 1981, S. 261, 270; Hesse, JZ 1995, 265; Böckenförde, Der Staat 42, 2003, 165; Böckenförde, NJW 1974, 1529 u. öfter.

33) BVerfGE 88, 203.

34) BVerfGE 39, 1 (1. Senat).

35) BVerfGE 89, 203.

36) Exemplarisch Hillgruber, ZfL 2003, 38, 41 ff.

37) EGMR Nr. 53924/00.

38) Österreich, Belgien, Dänemark, Frankreich, Ungarn, Italien, Norwegen, Niederlande, Schweden und Tschechien.

39) BVerfGE 88, 203, 256 ff., 272 ff., 299.

40) BGH NJW 2005, 891 = VersR 2005, 411 – unerkannte Rötelerkrankung der Mutter; BGHZ 151, 133, 138 f. = VersR 2002, 1148; BGH VersR 2003, 1541; BGH NJW 1995, 1609.

men der eingeschränkten Indikation nach § 218a Abs. 2 StGB n. F. zugelassen. Es ist von der Wertung her unverständlich, dass eine schwere Behinderung des Kindes allein keine Indikation sein soll. Das Ergebnis ist, was den Schadensersatz bei Behinderung anlangt, inkonsistent und unbillig. Die Judikatur des BVerfG führt zu einem Anspruchsverlust behinderter Kinder, auch in Fällen von klarem ärztlichen Versagen. Das ist auch insofern ein schwer erträglicher Wertungswiderspruch, als bei misslungener Sterilisation⁴¹⁾ oder bei Verabreichung eines untauglichen Verhütungsmittels⁴²⁾ der Unterhaltsschaden für gesunde Kinder ohne Weiteres ersetzt wird. Umgekehrt ist es richtig. So lehnt der Oberste Gerichtshof in Österreich bei fehlgeschlagener Verhütung gesunder Kinder Schadensersatz in ständiger Rechtsprechung ab, gewährt ihn aber in Fällen der Behinderung.⁴³⁾ Die Ungereimtheiten der deutschen Rechtsprechung kann man so erklären, dass bei fehlgeschlagener Verhütung nicht mit der Alternative einer rechtswidrigen Schwangerschaftsunterbrechung argumentiert werden muss. Das Ergebnis, dass die Nichtverhinderung nur bei gesundem Nachwuchs haftpflichtig macht, bleibt gleichwohl unverständlich.

Bei Licht betrachtet steht vieles von dem, was das BVerfG aus den Grundrechten herausliest, nicht drin. So lässt sich aus der Lehrfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG, dessen Vorbild die Göttinger Sieben waren, nicht herleiten, dass Professoren in Hochschulgremien eine Mehrheit haben müssen, wie das Hochschul-Urteil von 1973⁴⁴⁾ behauptet. So hat etwa der österreichische Verfassungsgerichtshof bei vergleichbarer Ausgangslage sogar die vom österreichischen Universitätsorganisationsgesetz vorgesehene Drittelparität von Professoren, Assistenten und Studenten für zulässig gehalten.⁴⁵⁾ Im Hochschul-Urteil haben sich die Richter/in *Rupp-v. Brünneck* und *Simon* in einem Sondervotum geäußert, indem sie eine Rückbesinnung auf den negatorischen Charakter der Grundrechte angemahnt und darauf hingewiesen haben, dass sich das BVerfG unter Überschreitung seiner Funktion an die Stelle des Gesetzgebers setzt. Gewarnt wird vor einer „Überanstrengung“ der Grundrechte, wenn den weiten und unbestimmten Texten des Grundgesetzes detaillierte Beurteilungsmaßstäbe zu jeder Frage entnommen werden.⁴⁶⁾

Ein anderes Beispiel der Grenzüberschreitung ist die behauptete Verfassungswidrigkeit des vorkonstitutionellen § 253 BGB a. F., der (vom Schmerzensgeld abgesehen) eine Geldentschädigung für Nichtvermögensschäden, insbesondere für Ehrverletzungen ausgeschlossen hatte. Das Gericht hat die contralegem-Rechtsprechung des BGH mit der Begründung bestätigt, § 253 a. F. BGB sei „durch Art. 1 Abs. 1 GG (Würde des Menschen) als ius superveniens von höherem Rang außer Kraft gesetzt“.⁴⁷⁾ Da fragt man sich, wie es sein kann, dass die Würde der Person (nur) durch eine Geldzahlung wiederhergestellt werden kann. Ein unverbildetes Ehrgefühl, wie es die Väter des BGB noch besaßen, hätte ein Geldangebot zur Tilgung einer Beleidigung nur als neue Beleidigung betrachtet. Die Abwehr von Übergriffen der Yellow Press hätte man dem Gesetzgeber überlassen können. Seither sind die Grundsätze für die Abwägung von Persönlichkeitsrecht und Pressefreiheit immer unklarer geworden. So haben einige Paparazzi-Fotos von *Caro-*

line von Hannover und ihren Kindern nicht nur den BGH⁴⁸⁾ und das BVerfG⁴⁹⁾ sondern auch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte⁵⁰⁾ beschäftigt. Am Ende kam heraus, dass die Bundesrepublik 115.000 € zahlen musste, weil sie (d. h. BGH und BVerfG) *Caroline* zu wenig geschützt hätte. Hingegen hielt man in Straßburg den Schutz des Mörders *Gaeffgen* für ausreichend, weil das LG Frankfurt/M. den Polizisten *Daschner* verurteilt hatte.

Auch die Kunstfreiheit wird überdehnt, wenn sie dazu herhalten muss, die Straffreiheit der Verunglimpfung der Flagge (strafbar nach § 90a Abs. 1 Nr. 2 StGB) zu rechtfertigen. Das wurde entschieden für eine Collage, auf der ein Rekrutengelöbnis zu sehen war und jemand, der auf die Bundesflagge urinierte.⁵¹⁾ Wenn man das tolerieren will, sollte man eher den Strafrechtsschutz der Bundessymbole ganz abschaffen.

Diese und viele andere Beispiele zeigen, dass mit den allgemeinen Begriffen Würde des Menschen oder freie Persönlichkeitsentfaltung, Kunst- und Lehrfreiheit (usw.) eine beliebige und unbegrenzte Auslegung betrieben wird. Die Anfänge dieser Fehlentwicklung gehen zurück auf das Lüth-Urteil,⁵²⁾ das aus den Grundrechten eine auf alle Bereiche des Rechts ausstrahlende Wertordnung gemacht hat. So bestechend der Gedanke ist, die ganze Rechtsordnung mit dem Geist der Grundrechte zu durchdringen, so gering ist der Ertrag, wenn man alle politischen Entscheidungen ausblendet. Auch wird die Verfassung entwertet, wenn man selbst noch die kleinsten praktischen Rechtsfragen aus ihr ableitet, wie dies seit dem Elfes-Urteil⁵³⁾ geschieht, das aus der freien Persönlichkeitsentfaltung des Art. 2 Abs. 1 GG eine allgemeine Handlungsfreiheit gemacht hat.⁵⁴⁾ Mit dem Instrumentarium des BVerfG kann man nahezu jede Rechtsfrage zur Verfassungsfrage machen.⁵⁵⁾ Seither befasst sich das Gericht mit dem Grundrecht auf „Reiten im Wald“⁵⁶⁾ oder „Taubenfüttern“,⁵⁷⁾ um nur zwei Beispiele zu nennen. Zu Recht hat man von einer Banalisierung der

41) BGH NJW 1995, 2407

42) BGH VersR 2007, 109 = NJW 2007, 989 – Implanon: Arzt implantiert anti-konzeptives Hormonpräparat, Patientin wird trotzdem schwanger und erhält Unterhalt; auch der nichteheliche Vater ist in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen, nicht nur der Ehegatte, sondern auch der Lebenspartner. Wieder anders für einen nichtehelichen Vater wegen Übersehens einer Schwangerschaft der Freundin bei Verschreibung der Anti-Baby-Pille BGH NJW 2002, 1489.

43) OGH SZ 72/91 = RdM 1999/23 = JBl 1999, 593; OGH JBl 2004, 311 (Bernat) = RdM 2004/36; OGH eolex 2006 Nr. 231, 564; OGH SZ 72/91 hatte diese Frage noch offengelassen. Neuerdings hat sich jedoch der OGH (eolex 2006 Nr. 231, 564) für den ganzen Unterhalt ausgesprochen (ausführlich zur öst. Rspr. Memmer Imago Hominis 14, 195 ff.).

44) BVerfGE 35, 79.

45) VfGH G 359/02-18.

46) So auch *Hesse*, JZ 1995, 265, 268.

47) BVerfGE 34, 269 = NJW 1973, 1221 – Soraya; kritisch dazu *Honsell*, VersR 1974, 205; *Giesen*, NJW 1971, 801 f.; *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171, 193 ff.; *Hillgruber*, JZ 1996, 118, 120; *Lange*, Schadensersatz, 2. Aufl., 1990, § 7 V; *Medicus*, Bürgerliches Recht, 21. Aufl., 2007, Rz. 615.

48) BGHZ 131, 332, dazu EWiR 1996, 371 (*Helle*).

49) BVerfGE 101, 361.

50) EGMR NJW 2004, 2647.

51) BVerfGE 81, 278, 293 ff.

52) BVerfGE 7, 198, 205.

53) BVerfGE 6, 32.

54) Dazu statt aller *Böckenförde*, Der Staat 42, 2003, 165, 172; *Knies* (Fußn. 11), S. 1155, 1172 f.

55) Vgl. auch *Würtenberger*, in: Guggenberger/Würtenberger (Fußn. 7), S. 57, 69.

56) BVerfGE 80, 137.

57) BVerfGE 54, 173.

Grundrechte gesprochen.⁵⁸⁾ Bei der Normenkontrolle sieht es nicht anders aus. Eine zufällige Auswahl: Von der Mischverwaltung bei Hartz IV⁵⁹⁾ über die steuerlich anrechenbaren Leistungen zur Sozialvorsorge⁶⁰⁾ oder die bereits erwähnte Aufhebung des Rauchverbots⁶¹⁾ bis zur Pendlerpauschale,⁶²⁾ alle „großen Fragen“ der Republik können bis in die kleinsten Details hinein (nur) aus der Verfassung und erst vom BVerfG endgültig entschieden werden. Das weiß sogar, dass der Begriff „Dummschwätzer“ nicht notwendig ehrverletzend ist. Es könne als „sprachlich pointierte Bewertung“ auch der Auseinandersetzung in der Sache dienen. Das Gericht verwies deshalb an das Amtsgericht zurück mit dem Auftrag, ein „Recht zum verbalen Gegenschlag“ zu prüfen.⁶³⁾ Ganz abgesehen davon, dass dies ein Fall für die a-limine-Abweisung gewesen wäre: Muss wirklich das BVerfG den Fachgerichten diese zweifelhafte Nachhilfe in Sachen Beleidigung erteilen?

Es gibt zahlreiche weitere Beispiele einer Überschreitung der kognitiven Grenze. Hierher gehört die Herleitung des sog. Halbtteilungsgrundsatzes⁶⁴⁾ aus dem Wort *zugleich* in Art. 14 Abs. 2 Satz 2 GG, „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem gemeinen Besten dienen“. Das Wort *zugleich* ist eine Konjunktion, es bedeutet *gleichzeitig* und nicht *zu gleichen Teilen*. Aus ihm lässt sich also die Halbtteilung nicht herleiten,⁶⁵⁾ so verdienstvoll es ist, wenn sich das BVerfG um eine grammatische Interpretation bemüht. Auch wenn man mit der Idee einer derartigen Belastungsobergrenze als steuerpolitischer Zielvorgabe durchaus einverstanden ist, muss man diese Argumentation ablehnen.

Ein anderes Beispiel einer semantischen Auslegung ist BVerfGE 92, 1, 6 – Sitzblockade II.⁶⁶⁾ Mit diesem Beschluss wurde eine ständige Rechtsprechung des BGH⁶⁷⁾ aufgehoben, wonach auch eine Sitzblockade Gewalt i. S. v. § 240 Abs. 1 StGB darstellen und als Nötigung qualifiziert werden kann. Eine solche erweiternde Auslegung des Gewaltbegriffs in § 240 Abs. 1 StGB verstößt nach Meinung des BVerfG gegen das Analogieverbot von Art. 103 Abs. 2 GG. Diese Entscheidung ist auf einhellige Kritik gestoßen.⁶⁸⁾ Nach BGHSt 23, 46 setzte Gewalt i. S. v. § 240 Abs. 1 StGB nicht den „unmittelbaren Einsatz körperlicher Kräfte“ voraus. Es genügte vielmehr, dass der Täter „nur mit geringem körperlichen Kraftaufwand einen psychisch determinierten Prozess beim Opfer in Lauf setzt“. Fraglos handelt es sich dabei noch um extensive Auslegung und nicht um (verbotene) Analogie. Im Verfassungsrecht gibt es kein Gebot einer *lex clara et certa* wie im Strafrecht. Dennoch ist es nicht ohne Ironie, wenn ausgerechnet das BVerfG, das selbst permanent die vagesten und unbestimmtesten Tatbestände „konkretisiert“, hier das Fachgericht über die richtige Grenzziehung zwischen extensiver Auslegung und Analogie belehrt und dabei der Auslegung so enge Grenzen zieht. Im Übrigen ist es verfehlt, das Demonstrationsrecht mit dem Recht auf Sitzblockaden anzureichern. Was das Urteil in der Praxis der Polizeiarbeit bedeutet, kann man z. B. an den Demonstrationen gegen die Castor-Transporte sehen, die für die Polizei eine Provokation und eine Zumutung sind, ganz zu schweigen von den enormen Kosten der gewaltigen Polizeiaufgebote, die zum Wegtragen der Blockierer notwendig sind.

Sofern überhaupt der Versuch gemacht wird, die methodische Vorgangsweise des BVerfG zu beschreiben, liest sich das so wie bei Böckenförde,⁶⁹⁾ der an sich ein Kritiker der Grenzüberschreitungen ist und vor einer Überdehnung der Verfassungsjudikatur gewarnt hat: „Zum einen enthält die Verfassung in ihrem materiellen Teil, insbesondere in den Grundrechten, weithin Prinzipien oder Grundsatzregelungen. Sie sind durch Weite oder inhaltliche Unbestimmtheit gekennzeichnet. Interpretation tendiert hier dazu, in Konkretisierung überzugehen: Sie geht über die Inhalts- und Sinnermittlung von etwas Vorgegebenem hinaus, schreitet fort zur – auch schöpferischen – Festlegung von etwas nur der Richtung oder dem Prinzip nach Festgelegtem, das im Übrigen offen ist. Es wird, um als Entscheidungsmaßstab verwendbar zu sein, einer gestalten- den Ver-Bestimmung zugeführt (Konkretisierung). Auf diese Weise wird der Inhalt der Verfassung zunehmend angereichert, eben verbestimmt, und diese Anreicherung nimmt am Vorrang der Verfassung teil.“

Die Kreation neuer Bindestrich-Wörter, wie Ver-Bestimmung kann nicht über das Fehlen einer Methode hinwegtäuschen. Schon die seltsame Terminologie verrät, dass der legitime Bereich verfassungsrichterlicher Nachprüfung verlassen ist und die angebliche Auslegung nur noch als Feigenblatt einer schlecht verhüllten, politisch motivierten Rechtssetzung fungiert, die behauptet, dass die eigenen Wertungen in der Verfassung stünden, und die diese Rechtsschöpfung zu einem unwiderleglichen und unangreifbaren Monopol erhebt. Die Machtfülle eines solchen Auslegungsmonopols hätte selbst einen römischen Pontifex vor Neid erblassen lassen und stellt auch die Unfehlbarkeit des Papstes in den Schatten.⁷⁰⁾

In der Geschichte der juristischen Methode vollzog sich über Jahrtausende eine Entwicklung von einer strengen Wortbindung hin zu einer freieren Auslegung, welche nicht am Buchstaben klebt, sondern nach dem Sinn fragt. Die teleologische Interpretation in Gestalt der Analogie und der teleologischen Restriktion war allerdings schon in der Antike anerkannt.⁷¹⁾ Jeder Begriff hat einen Kern, einen Hof und einen Randbereich. Gewöhnlich zieht man die Grenze der Interpretation beim

58) Grimm, Sondervotum BVerfGE 80, 137, 146 ff.; kritisch auch Knies (Fußn. 11), S. 1155, 1172 f.; Scholz, in: Festschrift Stern, 1997, S. 1201, 1214 f.

59) BVerfG v. 20. 12. 2007- 2 BvR 2433/04.

60) BVerfG v. 13. 2. 2008 – 2 BvL1/06: 2 610 € zu niedrig, Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG.

61) BVerfG v. 30. 7. 2008 – 1 BvR 3262/07, 402/08, 906/08.

62) Verfassungswidrig: BVerfG v. 9. 12. 2008 – 2 BvL 1/07, dazu EWiR 2009, 49 (Fubhrott/Zarh).

63) BVerfG v. 30. 12. 2008 – BvR 1318/07.

64) BVerfGE 93, 121, 138 = ZIP 1995, 1337 – Einheitswert II, dazu EWiR 1995, 929 (Felix); wieder einkassiert von BVerfGE 115, 97 = NJW 2006, 1191 – Halbtteilungsgrundsatz (nicht tragender Grund, sondern nur obiter dictum).

65) Dazu Sendler, NJW 2000, 483; Sendler, NJW 2000, 2481 f.; List, NJW 2000, 1840.

66) In BVerfGE 73, 206, 256 (Sitzblockade I) war der Entscheid noch 4:4 ausgegangen und die Verfassungsbeschwerde abgewiesen worden.

67) BGHSt 23, 46.

68) Vgl. etwa Schroeder, JuS 1995, 875, 878; Krey, JR 1995, 265. Immerhin bejaht BVerfGE 104, 92, 9 (Sitzblockade III) Gewalt, wenn sich die Demonstranten anketten („Errichten einer physischen Barriere“).

69) Böckenförde, NJW 1999, 9, 12 f.

70) Der Vergleich stammt von Depenheuer, in: Festschrift Kriele, 1997, S. 457.

71) S. dazu etwa Honsell, in: Festschrift Kramer, 2004, S. 193; Honsell, in: Festschrift Koppenssteiner, 2001, S. 593, 596 ff.

möglichen Wortsinn.⁷²⁾ Danach beginnt die Analogie, die sich immerhin noch auf eine klare ratio legis auf die Ähnlichkeit der beiden Fälle (des im Gesetz geregelten und des zu entscheidenden) und den daraus resultierenden Begriff der rechtspolitischen Lücke stützen muss. Die „Konkretisierung der Wertordnung“ in einem Grundrechtskatalog oder in allgemeinen Verfassungsprinzipien, die davon nicht einmal Spuren enthalten, geht hierüber noch weit hinaus und findet im Nirgendwo politischer Dezsision statt. Die „Methode“ des BVerfG kann nicht mehr als Interpretation und als Gesetzesanwendung ausgegeben werden. Auch mit Hermeneutik als Sinnentnahme aus einem Text hat sie nichts mehr zu tun. Freilich ergibt schon der mögliche Wortsinn als Grenze zwischen Interpretation und Teleologie keine exakte Trennlinie.⁷³⁾ Das gilt mit zunehmender Entfernung vom Kerngehalt und Verflüchtigung des Sinns noch mehr für die Grenze zwischen Teleologie und „Konkretisierung der Wertordnung“ oder „Bestimmung eines objektiven Gehalts“. Was sich aber sagen lässt, ist, dass die vom Gericht zu fordernde Zurückhaltung umso größer sein müsste, je weniger ein konkreter Normgehalt greifbar ist.

Gerade der Vorrang⁷⁴⁾ der Verfassung und die überragende Stellung des BVerfG, das außerhalb der Gewaltentrennung agiert und keinerlei Kontrolle unterworfen ist, würde eine behutsame Verfassungsgerichtsbarkeit nahelegen, die den gebotenen judicial selfrestraint und die political-question-Doktrin⁷⁵⁾ beachtet und darauf bedacht ist, aus der Verfassung nichts abzuleiten, was nicht drin steht. Das BVerfG⁷⁶⁾ selbst hat die Notwendigkeit eines judicial selfrestraint einmal anerkannt. Das ist leider ein bloßes Lippenbekenntnis geblieben. Eine verbreitete Meinung in der Literatur hält den Grundsatz nicht für praktikabel. Der Ansatz sei in Deutschland nicht möglich, weil das Gericht ja verpflichtet sei zu entscheiden und es keine präzisen Ansätze für diese Empfehlung gebe.⁷⁷⁾ Das ist unzutreffend. Das Gericht gibt ja den Maßstab der konkretisierten Verfassung selber vor. Es müsste nur diese Grenzüberschreitungen unterlassen und könnte sowohl bei der „Auslegung“ der Verfassung Zurückhaltung üben als auch in Grenzfragen von Recht und Politik im Zweifel auf die Entscheidung politischer Fragen verzichten. Freilich gibt es keine klare Grenze zwischen Recht und Politik. Lediglich die Reine Rechtslehre *Kelsens*⁷⁸⁾ leistet diese Trennung, allerdings wie der Positivismus um den nicht akzeptablen Preis des Verzichts auf materiale Gerechtigkeit. Der Umstand, dass die Grenze zwischen Verfassungsauslegung und Politik fließend ist, bedeutet indes nicht, dass man sie nicht beachten müsste oder könnte: Je mehr es sich um reine Politik handelt, umso größer sollte die Zurückhaltung sein. Würde das Gericht diesen Grundsatz beachten, so wäre gegen das Letztentscheidungsrecht des BVerfG nichts einzuwenden. Man könnte dann mit *Lord Denning*⁷⁹⁾ sagen: „Someone must be trusted, let it be the judges.“ Zurückhaltung in politischen Fragen ist für die Rechtskultur der Demokratie unerlässlich. Das gilt insbesondere für die Normenkontrolle, aber auch für die Verfassungsbeschwerde. Die Rechtsprechung des BVerfG ist – man muss es leider sagen – geprägt von einem elitären Selbstverständnis, das schlecht zu einer demokratischen Grundordnung passt. Nicht

von ungefähr kennt die Schweiz keine Normenkontrolle für das Bundesrecht. Es ist eine oligarchische⁸⁰⁾ Attitüde von acht Richtern, die 612 Abgeordnete permanent über verfassungswidriges Verhalten belehren. Das einstmals gravierende Verdikt der Verfassungswidrigkeit hat durch die Beliebigkeit politischer Entscheidungen seinen Vorwurfscharakter völlig eingebüßt. Wer nicht errät, was das Gericht weissagen wird, hat einfach Pech gehabt.

IV. Überschreitung der auf Kassation beschränkten Befugnis

Eine andere Kompetenzanmaßung sind die ständigen Gestaltungseingriffe. Im Normenkontrollverfahren kann das BVerfG gem. § 78 BVerfGG Gesetze für nichtig erklären. Diese kassatorische Kompetenz reicht dem Gericht schon lang nicht mehr. Es begibt sich in die Rolle des Ersatzgesetzgebers. Es will Gesetze nicht nur kassieren, sondern selbst gestalten. So werden Vorgaben gemacht, wie eine Regelung auszusehen hat, die das Gericht nicht beanstanden wird. Dies wird von politischer Seite akzeptiert, was einleuchtet, weil mehr oder weniger beliebig ist, was aus der Verfassung herausgelesen wird, und deshalb auch niemand weiß, wie der Vorwurf der Verfassungswidrigkeit vermieden werden kann. Die Gesetze des Parlaments haben Bestand erst nach Approbation durch das Gericht. Die Beispiele dafür sind zahlreich. Ich beschränke mich auf einige wenige. Die Vorgaben im Steuerrecht sind mittlerweile so detailliert, dass dem Gesetzgeber kaum mehr ein Spielraum verbleibt. *Böckenförde*⁸¹⁾ bemerkte in seinem Sondervotum zum Vermögensteuerbeschluss, das BVerfG „etabliert sich gegenüber dem Gesetzgeber als autoritativer Praeceptor“, und „die Vorgaben des Senats sind der Einstieg in eine Verfassungsdogmatik der Besteuerung, die den Gesetzgeber bis hin zu Details wie Bewertungsmethoden anleitet“.

Häufig dekretiert das Gericht auch, dass die angegriffene Norm nichtig wird, wenn der Gesetzgeber die Vorgaben des Gerichts nicht binnen einer bestimmten Frist umsetzt. Zuletzt geschah dies mit dem Bundeswahlgesetz. Das Gericht⁸²⁾ hat den paradoxen Effekt des sog. „negativen Stimmgewichts“, wonach zusätzliche Zweitstimmen zum Verlust eines Sitzes im Bundestag führen können und umgekehrt fehlende Stim-

72) Freilich ist dies nur eine Metonymie (pars pro toto), denn regelmäßig geht es nicht um einzelne Begriffe, sondern um ganze Sätze.

73) Auf die semantischen Fragen gehe ich hier nicht ein; s. dazu aus der jüngeren Lit. *Klatt*, Die Wortlautgrenze, 2004; sowie die Beiträge in *Lersch*, Die Sprache des Rechts, 3 Bde., 2004 – 2006.

74) Dazu etwa *Starck* (Fußn. 25), S. 29 ff.; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 7 ff. u. passim.

75) S. zuletzt etwa *Burchardt*, Grenzen verfassungsgerichtlicher Erkenntnis, 2004, S. 42 ff., 63 ff. Der vom US Supreme Court stammende Begriff wird auch vom BVerfG (E 1, 14; 36, 1) verwendet. Dasselbe gilt für die political-question-Theorie.

76) BVerfGE 36, 1 14 f.: „Der Grundsatz des judicial self-restraint, den sich das BVerfG auferlegt, bedeutet nicht eine Verkürzung oder Abschwächung seiner [...] Kompetenz, sondern den Verzicht, ‚Politik zu treiben‘ ...“

77) S. etwa *Stern*, Staatsrecht III/2, 1994, S. 1706, 1710 f.; *Schlaich/Korioth* (Fußn. 15), Rz. 469; *Heun* (Fußn. 14), S. 11 f.

78) *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960/1976, S. 24 u. passim.

79) *Denning*, What Next in the Law, 1982, S. 330.

80) *Rüthers*, JZ 2002, 365.

81) BVerfGE 93, 121, 149 = ZIP 1995, 1337, Sondervotum; krit. auch *Bull*, NJW 1996, 281, 282; *Ossenbühl* (Fußn. 25), S. 34, 44; *Hesse*, JZ 1995, 265, 267.

82) BVerfG v. 3. 7. 2008 – 2 BvC 1/07.

men zu einem Überhangmandat, zu Recht beanstandet. Es hat aber eine Übergangsfrist von drei Jahren festgesetzt und dabei in Kauf genommen, dass der nächste Bundestag wiederum auf verfassungswidrige Weise gewählt wird, obwohl bis dahin noch fast anderthalb Jahre Zeit für eine Korrektur gewesen wäre. Es ist widersprüchlich den gravierenden Vorwurf der Verfassungswidrigkeit zu erheben, gleichzeitig aber eine weitere verfassungswidrige Wahl für verfassungskonform zu erklären.

V. BVerfG und Privatrecht

Auf die Diskussion über die Drittwirkung oder die Lehre von den Schutzpflichten, die ganze Bibliotheken⁸³⁾ füllen, gehe ich hier nicht ein. Inzwischen existiert auch im Privatrecht eine abschreckende Liste von Einzelfällen, die das BVerfG als „Superrevisionsinstanz“ und „oberstes Amtsgericht“⁸⁴⁾ unterschieden hat: von der Parabolantenne⁸⁵⁾ des türkischen Mieters über das verfassungsrechtliche Eigentum des Mieters⁸⁶⁾ und das Recht des Mieters auf den Einbau eines Behindertenlifts auch in einem Mehrparteienmietshaus,⁸⁷⁾ das sogar ins BGB Eingang gefunden hat,⁸⁸⁾ bis zur Zeugenentschädigung eines Studenten ohne Verdienstaufschlag⁸⁹⁾ und zur Verfassungswidrigkeit des (ausnahmslosen) Verbots von Erfolgshonoraren wegen Verstoßes gegen die Berufsfreiheit (!).⁹⁰⁾ Das auch in anderen Ländern gültige Verbot des Erfolgshonorars⁹¹⁾ geht auf das Römische Recht zurück.⁹²⁾ Seine ratio liegt auf der Hand: Der Mandant kann das Prozessrisiko nur schwer einschätzen.

Das Modell der Abwägung⁹³⁾ einander widerstreitender Grundrechte oder Verfassungsprinzipien im Einzelfall höhlt die traditionelle Zivilrechtsdogmatik aus und führt wiederum zu einer nicht unbeträchtlichen Rechtsunsicherheit.⁹⁴⁾ An die Stelle klarer, subsumtionsfähiger Tatbestände treten widerstrebende Prinzipien, die gegeneinander abgewogen werden sollen, wie etwa Meinungsfreiheit gegen Persönlichkeitsschutz oder Eigentumsgarantie, Menschenwürde gegen Handlungsfreiheit (usw.), ohne dass hierfür konkrete, nachprüfbare Maßstäbe in der Verfassung zur Verfügung stünden. Ohne solche Maßstäbe indes hat das bloße Abwägen kollidierender Grundrechte keinen nachprüfbaren Begründungswert. Es ist wie „Wägen ohne Waage“.⁹⁵⁾ Übrig bleibt nur der politische Wille. Die auf diese Weise gewonnenen Entscheide sind durchweg begründungsärmer und weniger überzeugend als die auf Subsumtion oder Analogie beruhenden Urteile der Fachgerichte. An die Stelle einer klaren Dogmatik treten vage Prinzipien. Die Voraussetzungen für das Urteil der Verfassungswidrigkeit bleiben unklar. Ein Beispiel für Abwägung im Spannungsverhältnis zwischen Meinungsfreiheit und Eigentumsgarantie sah das BVerfG⁹⁶⁾ in einem Fall, in dem ein Mieter ein Wahlplakat seiner politischen Partei an der Außenwand des Mietshauses angebracht hatte. Indessen lag hier gar kein Spannungsverhältnis vor, denn die Meinungsfreiheit gibt kein Recht zur Inanspruchnahme fremden Eigentums. Dasselbe gilt für die Kunstfreiheit. Man denke an die Graffiti des Sprayers *Nägeli*, die auch dann eine Sachbeschädigung bleiben, wenn man sie für Kunst halten wollte. Die Abwägung zwischen Eigentum und Meinungs- bzw. Informationsfreiheit erfolgt zu Gunsten der Parabolantenne des türkischen Mie-

ters.⁹⁷⁾ Anstatt Inhalt und Grenzen des sozialen Mietrechts – wie in Art. 14 Abs. 1 GG vorgesehen – dem Gesetzgeber und den Gerichten zu überlassen, erfindet das BVerfG⁹⁸⁾ ein Eigentum des Mieters i. S. v. Art. 14 GG und wägt es gegen das Eigentum des Vermieters ab. Das ganze Mietrecht wird so zum Gegenstand der verfassungsrechtlichen Überprüfung des Spannungsverhältnisses zwischen zwei Eigentumspositionen. Das BVerfG ist seither auch oberstes Mietgericht.⁹⁹⁾ So entschied es, dass eine Kündigung des Vermieters, dem mehrfach vertragswidrig die Besichtigung der heruntergekommenen Wohnung verweigert worden war, nach Art. 14 und Art. 13 GG unwirksam sei.¹⁰⁰⁾ Wenn man weiß, dass nur 2,5 % aller Verfassungsbeschwerden angenommen werden, fragt man sich, was die restlichen 97,5 % für Fälle sind, oder besser, was für Kriterien den a-limine-Abweisungen der Kammern zugrunde liegen.

Zum Verfassungsprinzip ist auch die Verhältnismäßigkeit¹⁰¹⁾ avanciert, die im einfachen Recht seit jeher beachtet worden ist, wie z. B. bei der Strafe, die schuldangemessen sein muss, bei der Notwehr, die nicht über das zur Abwehr einer gegenwärtigen Gefahr Erforderliche hinausgehen darf, oder bei der Dienstbarkeit, die schonend ausgeübt werden muss.

83) S. dazu etwa *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 37 ff.; *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 228, dort auch zum *Untermaßverbot*, welches das von Verfassungs wegen geforderte Schutzminimum bezeichnet, das nicht unterschritten werden darf – als Gegenstück zum *Übermaßverbot*; zu den *Schutzpflichten* s. noch *Diellein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992; *Diellein*, ZG 1995, 131; *Poscher* (Fußn. 3), S. 380 ff.; weiter *Hager*, JZ 1994, 373; *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171; *Diederichsen*, Jura 1997, 57; *Diederichsen* (Fußn. 25); *Isensee* (Fußn. 20), S. 485 ff.; *Floren*, Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht, 1999; *Ruffert* (Fußn. 74), S. 7 ff.; *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003; *Neuner*, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007.

84) *Robbers*, NJW 1998, 935; s. auch *Ossenbühl*, in: Festschrift Hoppe, 1996, S. 52; „... entscheidet das BVerfG wie ein Amtsrichter, beispielsweise im Ehrenschutz, im Mietrecht und zuletzt im Arbeitsrecht“.

85) BVerfG NJW 1993, 1252.

86) BVerfGE 89, 1 (u. öfter): „Das Besitzrecht des Mieters an der gemieteten Wohnung ist Eigentum im Sinne von Art. 14 Abs. 1 S. 1“; ein kurioser Beitrag zur Einheit der Rechtsordnung. Seit 2000 Jahren waren Eigentum und Besitz getrennt, *Ulpian*, Dig. 41, 2, 12, 1: nihil commune habet proprietatis cum possessione.

87) BVerfG NJW 2000, 2658, dies, obwohl der Mieter die Wohnung in Kenntnis des Umstands gemietet hatte, dass der Einbau eines Treppenlifts wegen Behinderung der übrigen Mieter nicht möglich sei, und obwohl er erklärt hatte, dass er keinen Lift benötige.

88) Zur sog. Barrierefreiheit s. § 554a Abs. 1 BGB.

89) BVerfGE 49, 280.

90) BVerfGE 117, 163.

91) Vgl. z. B. § 879 Nr. 2 ABGB. Die US-amerikanische contingency fee ist allerdings überall auf dem Vormarsch.

92) *Ulpian*, Dig. 17, 1, 6, 7; Pap.eod. 7; s. *Kunkel/Honsell*, Römisches Recht, 1987, S. 337 Fußn. 23.

93) Zur Abwägung s. etwa *Ossenbühl*, in: *Erbguth/Ebbecke u. a.*, Abwägung im Recht, Symp. Hoppe, 1996, S. 25, 33 f.; *Leisner*, Der Abwägungsstaat – Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?, 1997; *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961; *Lerche*, in: *Badura/Dreier* (Fußn. 25), S. 334, 349 ff.; *Schlitz*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976; *Stern* (Fußn. 77), S. 814 ff.; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., 1996, S. 143 ff.; *Dreier*, Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektivrechtlichen Grundlagen, 1993.

94) *Medicus*, AcP 192 (1992), 58 ff.

95) So *Koppensteiner*, WRP 2007, 475, 479 – zur Interessenabwägung.

96) BVerfGE 7, 230, 234 ff.

97) BVerfG NJW 1993, 1252.

98) BVerfGE 89, 1.

99) S. auch *Ossenbühl* (Fußn. 84), S. 25, 31.

100) BVerfG v. 16. 1. 2004 – 1 BvR 2285/03 – auch die Heranziehung des Art. 13 GG, der die Privatheit der Wohnung vor widerrechtlichem Eindringen schützt, zur Beurteilung eines Mietverhältnisses ist verfehlt.

101) Krit. *Medicus*, AcP 192 (1992), 35, 54.

Im Parteiverfahren vor den Zivilgerichten ist ein Grundrechtsschutz in der Regel nicht notwendig, weil zwei Grundrechtsträger einander in Waffengleichheit gegenüberstehen und das Gericht auf die Gewährleistung von Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit achtet. Von den Verfahrensgrundrechten, namentlich dem rechtlichen Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) abgesehen, bedarf es also keines besonderen Verfassungsschutzes. Der Grundrechtsschutz im Privatrecht ist auch deshalb zweifelhaft, weil es dort – *Medicus*¹⁰²⁾ hat auf diese einfache Erkenntnis hingewiesen – „nichts zu verschenken gibt, [das Privatrecht] kann dem einen nur geben, was es dem anderen nimmt“.

Entsprechend ihrem negatorischen Charakter, der sich gegen staatliche Eingriffe richtet, verlangen die Grundrechte, soweit sie einen konkretisierbaren Gehalt haben, im Bereich hoheitlichen staatlichen Handelns Beachtung.¹⁰³⁾ Anders ist dies im Privatrecht. Für das autonome Handeln der Privatrechtssubjekte gelten nicht dieselben Maßstäbe wie für staatliches Handeln. Wenn ein Privater seine Glaubensgemeinschaft fördert und andere Religionen dabei leer ausgehen, liegt darin kein Verstoß gegen die Religionsfreiheit. Auch das Gebot der Gleichbehandlung gilt im Privatrecht nur dort, wo es durch (einfaches) Gesetz vorgesehen ist.¹⁰⁴⁾ Zunächst muss aus dem Privatrecht selbst ermittelt werden, auf welchen Wertentscheidungen die privatrechtlichen Normen beruhen und wie diesen Werten in der Privatrechtsordnung Rechnung getragen ist.¹⁰⁵⁾ Hinter den oft technisch wirkenden Normen des Privatrechts stehen grundlegende Wertvorstellungen wie Handlungsfreiheit, Vertragsfreiheit, persönliche Verantwortung, Rechtssicherheit, Vertrauensschutz, Vertragstreue, Verhältnismäßigkeit usw. Die Privatautonomie selbst enthält in überkommenen Dogmen eine Vielzahl von Wertungen, die man auch grundrechtlich begründen kann, ohne dass dies freilich einen zusätzlichen Erkenntnisgewinn oder eine bessere Rechtsqualität brächte. Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte, ihre angeblich von Verfassungen wegen gebotene Implementierung in das Privatrecht führen zu einer Erosion der Privatautonomie, zu einer Vermehrung zwingenden Rechts und vor allen zur Ersetzung einer hochdifferenzierten Dogmatik durch Abwägungen, die ihre Begründungsarmut nur dürftig verbergen. Während die Bemühungen des BVerfG im Privatrecht nicht oft zu einer Vermehrung von Gerechtigkeit oder Rechtssicherheit führen, verursachen sie häufig eine nicht unbedeutende Verschlechterung juristischer Argumentation.

VI. Ausblick

Auch wenn die vorstehend geübte Kritik an Hand verfehler oder fragwürdiger Entscheidungen des BVerfG exemplifiziert worden ist, richtet sie sich nicht primär gegen den materiellen Inhalt dieser Judikatur, wie das etwa nach den Beschlüssen zum Kruzifix-Streit¹⁰⁶⁾ oder zum Tucholsky-Zitat („Soldaten sind Mörder“)¹⁰⁷⁾ in der Öffentlichkeit der Fall war. Es geht nicht vorrangig darum, ob man eine Entscheidung für richtig oder falsch hält, begrüßt oder ablehnt. Primär geht es um die Kritik einer fehlerhaften Methode der Rechtsgewinnung. Das intellektuell Problematische und politisch Fragwürdige der hier kritisierten Entscheidungen ist die Behauptung eines kognitiven Aktes als der Erkenntnis aus einer objektiven, im

Grundgesetz angelegten oder verankerten Wertordnung. Die Verfassungsinterpretation im weitesten Sinne fällt in die Kompetenz des BVerfG. Das Gericht erkennt jedoch auch dort noch im Namen des Volkes für Recht, wo in Wahrheit in der Verfassung nichts steht und es sich nur um die Verkündung eines politischen Willens handelt, was in der Demokratie Sache der Regierung und des Parlaments ist. Das Gericht handelt dann außerhalb seiner legitimen Kompetenz aufgrund einer ihm nicht zukommenden Autorität. Der Satz „auctoritas non veritas facit legem“¹⁰⁸⁾ muss für die Gesetzgebung wegen der Rechtssicherheit hingenommen werden. Als Rechtfertigung einer Verfassungsgerichtsbarkeit ist er schlechthin inakzeptabel.

Die überzogene Tendenz der „Grundrechtskonkretisierung“ durch das Gericht bei gleichzeitigem Fehlen einer klaren Grundrechtsdogmatik legt es nahe, die Lehre von der Ausstrahlung der Grundrechte, die nicht nur im Privatrecht zu „Strahlenschäden“¹⁰⁹⁾ führt, ganz aufzugeben und die Grundrechte wieder als bloße Abwehrrechte zu verstehen,¹¹⁰⁾ so wie das jahrhundertlang richtig war. Das wird noch wichtiger, wenn der Vertrag von Lissabon mit seiner Grundrechtscharta in Kraft treten sollte. Dann kommen wir vom Regen in die Traufe. Denn der EuGH begeht politische Grenzüberschreitungen noch bedenkenloser als das BVerfG¹¹¹⁾ und hat sich bei den Grundfreiheiten bereits für eine direkte Drittwirkung ausgesprochen.¹¹²⁾

Im Hinblick auf das letzte Wort des BVerfG und die auf der Basis einer Scheinlegitimation usurpierte unbegrenzte Macht, die einer stillen und lange Zeit unbemerkt gebliebenen Revolution gleichkommt, hat die hier vorgetragene Kritik zurzeit kaum eine Chance, gehört zu werden. Hinzu kommt, dass, was Normenkontrolle und Organstreitigkeiten anlangt, die Politik seit langem dazu übergegangen ist, politische Streitfragen in Karlsruhe auszutragen. Politische Kräfte, die eine Revision dieser Fehlentwicklung leisten könnten, sind nicht in Sicht. Gleichwohl soll man die Hoffnung nicht aufgeben, dass sich die richtige Auffassung über das Verhältnis von Politik und Verfassungsjudikatur irgendwann wieder durchsetzt: *veritas temporis filia, non auctoritatis*.¹¹³⁾

102) *Medicus*, AcP 192 (1992), 57.

103) Auch für das öffentliche Wirtschaftsrecht kann dies teilweise zutreffen, doch ist dies nicht unser Thema.

104) Das AGG gilt als gesetzgeberische Fehlleistung, vgl. etwa *Honsell*, ZIP 2008, 621, 625; s. noch *Isensee*, Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007; *Pickler*, Antidiskriminierungsprogramme im freiheitlichen Privatrecht, Karlsruher Forum 2004, S. 7; krit. *Adomeit/Mohr*, AGG, 2007, passim; s. auch einige Beiträge in Festschrift *Adomeit*, 2007.

105) Eingehend dazu *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171, 230 ff.

106) BVerfGE 93, 1.

107) BVerfGE 93, 266.

108) *Thomas Hobbes*, Leviathan 26.

109) *Isensee*, in: *Fikentscher/Heitmann/Isensee u. a.*, Wertewandel – Rechtswandel, 1997, S. 93 ff., 107.

110) So treffend *Böckenförde*, Der Staat 29 (1990), 1, 21; *Schlink*, EuGRZ 1984, 437; *Diederichsen* (Fußn. 25), S. 39, 50 f.; anders leider die ganz h. L., etwa *Grimm*, Recht 1988, 41; *Heun* (Fußn. 14), S. 54. Das Argument, die Bürger seien auf die objektiv-rechtliche Entfaltung (d. h. auf die Ausstrahlung) angewiesen, bleibt eine unbewiesene, falsche Behauptung.

111) S. dazu etwa *Roth/Hilpold*, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedsstaaten, 2008; ferner *Harrer/Gruber*, Europäische Rechtskultur, Analyse und Kritik von Rechtssetzung und Rechtsprechung, Symp. Honsell 2009.

112) Dazu *Canaris*, in: *Bauer u. a.*, Umwelt, Wirtschaft, Recht, 2002, S. 29 ff. Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, S. 40 ff. mit weit. Lit. in Fußn. 42.

113) *Gellius*, *Noctes Atticae* 12,11,7: Die Wahrheit ist eine Tochter der Zeit, nicht der Autorität.