

Hüter der Verfassung.

Das BVerfG in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland

Ulrich Herbert

Freiburg, Samstagsuni, Dez. 2018

1. Entstehung

Das Bundesverfassungsgericht hat nach allem, was wir wissen, im Parlamentarischen Rat keine besonders große Aufmerksamkeit auf sich gezogen, vergleicht man das etwa mit den epischen Debatten um das Verhältnis von Bund und Ländern oder um die Befugnisse des Bundeskanzlers. Es war aber klar – in wichtigen Streitfällen musste am Ende einer entscheiden, und da gab es nicht so viele Möglichkeiten: Der Bundespräsident war eine davon, aber die Erfahrungen mit dem so überaus verhängnisvollen Wirken des Reichspräsidenten von Hindenburg waren hier Warnung genug. Wenn man dem Präsidenten kein Notverordnungsrecht zubilligen wollte, dann konnte man ihm auch nicht die nicht mehr korrigierbare Letztentscheidung in den existentiellen Fragen der Republik überlassen.

Das Parlament war eine weitere Option, etwa nach britischem Vorbild. Aber auch mit parlamentarischen Mehrheiten tat man sich in Deutschland schwer, spätestens seit Reichstagsbrandverordnung und Ermächtigungsgesetz. Zudem waren die Mitglieder des Parlamentarischen Rats wie die meisten demokratischen Politiker in der Bundesrepublik und noch mehr die Westalliierten nicht ohne Grund von einer tiefen Skepsis gegenüber dem deutschen Volk erfüllt. Dass Hitler nach Wahlen zur Macht gekommen war, mithin nach dem Willen der Mehrheit, war hier ebenso unvergessen wie der Führerenthusiasmus in doch offenbar erheblichen Teilen der Bevölkerung oder die Jubelstimmung nach den außenpolitischen Coups von Wien und Prag. Die „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79, Abs.3, wonach „die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze“ von jeder Änderung ausgenommen waren (Menschenwürde, Republik, Demokratie, Bundesstaat, Rechtsstaat, Sozialstaat), war deutlicher Ausdruck dieser erfahrungsgestählten Skepsis.

Eine dritte Option: die Regierung selbst, also etwa der Kanzler – das entsprach dem etatistischen Erbe Preußens und dem Wunsch all jener, die Staat und Regierung möglichst souverän sehen wollten. Die Souveränität der vom Volk gewählten Regierung dürfe nicht von Dritten, nicht durch Wahl legitimierten Kräften ausgehebelt werden, das war hier die Grundüberzeugung, und etwa in Frankreich hat sie lange und zum Teil nach wie vor Gültigkeit. Die spezifisch deutschen Erfahrungen hingegen ließen eine solche Machtkonzentration nicht zu und, nicht minder wichtig, die Amerikaner auch nicht.

Schließlich also: ein Gericht. Das war nicht völlig neu, Reichskammergericht, Staatsgerichtshof in Weimar, Bayerisches Verfassungsgericht mögen als Stichworte genügen. Und es gab zwei Vorbilder, an denen man sich orientieren konnte: der österreichische Verfassungsgerichtshof und der amerikanische Supreme Court. Dass die Entscheidung am Ende dann eher zugunsten des österreichischen Modells ausfiel, hat wohl aber vor allem damit zu tun, dass der Supreme Court ja zugleich als der oberste Gerichtshof der USA fungiert und kein reines Verfassungsgericht ist. Das aber hätte einem deutschen Supreme Court eine enorme Machtfülle verliehen, die man ebenfalls aus historischen Gründen in Nachkriegsdeutschland verhindern wollte.

Das Bundesverfassungsgericht entsprach der Struktur der Bonner Verfassung, die unter dem Postulat der Vorläufigkeit des westdeutschen Staates nur Grundgesetz heißen durfte. Dort stehen die Grundrechte am Anfang, mit einer betont individualistischen, antikollektivistischen Prägung: die Würde des Einzelnen - nicht die Wohlfahrt der Gesellschaft, nicht das Schicksal des Volkes oder die Souveränität des Landes. Diese Grundwerte zum Maßstab zu machen, anhand dessen die Tätigkeit der Regierung und die Rechtsprechung der Gerichte zu überprüfen waren, war ein zweifellos kühner, aber folgerichtiger Schritt, und das hohe Lied dieser Entscheidung wird seit Jahrzehnten in jeder Festrede gesungen, und zu Recht.

Allerdings hatte die Entscheidung, einem Gericht die Kompetenz des letzten Worts zu übertragen, auch noch andere Herkünfte. Der Rechtsstaat hat sich in Deutschland früher und tiefgreifender durchsetzen können als Demokratie und Parlamentarismus. Das war schon vor 1848 und 1871 spürbar, vor allem aber im vielgescholtenen Deutschen Kaiserreich, das zwar gewiss keine Demokratie war, aber doch ein Rechtsstaat. Viele der Normen und Wertbezüge, nach denen dort geurteilt wurde, erachten wir heute als autoritär, paternalistisch, unsozial oder militärhörig. Aber es regierte, mit wenigen Ausnahmen, nicht die Willkür, sondern die rechtsdogmatisch einwandfreie Ableitung des Einzelfalls, nicht umsonst sind in diesen Jahren Strafgesetzbuch und BGB entstanden. Das hat der deutschen Justiz eine enorme Reputation verschafft, und so fanden auch die Juden der Weimarer Republik in den allermeisten Fällen im Recht und in der Justiz ihre wichtigsten Verbündeten gegen ihre antisemitischen Feinde. Ausnahmen von dieser Regel gab es in der Tat, aber sie wurden als Skandal und Rechtsbruch gebrandmarkt.

Insofern war die Übertragung der Letztentscheidungskompetenz auf ein Gericht im Deutschland der Nachkriegszeit auch deswegen eine gute Idee, weil ein solches eher auf die traditionsbezogene Zustimmung in der Bevölkerung und bei den Eliten zählen konnte als, sagen wir, die Einrichtung eines Oberhauses oder eines Ältestenrats aus den Parteien. In dieser Zuneigung zum Rechtsstaat steckte zweifellos auch ein gehöriges Stück Autoritätsgläubigkeit und ein Vertrauen auf die Überparteilichkeit des Rechts. Insofern wurde das neue Gericht auch als neutraler, nicht den in Deutschland eher ungeliebten Parteien verpflichteter Sachwalter der Grundregeln von Staat und Gesellschaft empfunden. Das entsprach der Struktur der neuen Herrschaft in Westdeutschland auch in anderen Bereichen: die Rolle des greisen Autokraten im Kanzleramt etwa wäre hier zu nennen oder auch die kulturelle Hegemonie des politischen Katholizismus in den 15 Jahren nach dem Krieg.

Ein Weiteres kommt hinzu: Die Ableitung konkreten Rechts aus einem weltanschaulichen Gebäude war den deutschen Juristen nicht unbekannt, sie hatten das zuvor üben können, indem sie den einzelnen Rechtsfall über den Leisten der „völkisch-organischen Weltanschauung“ des Nationalsozialismus zogen und ihr Urteil aus übergeordneten Kategorien wie Führer, Volksgemeinschaft, Rassereinheit ableiteten. Es sei bemerkenswert, so kürzlich Christoph Schönberger, „wie stark das Bundesverfassungsgericht bei seinem Erfolg nolens volens von der erst kurz zurückliegenden Rechtsumstürzung profitierte.“ Allerdings, so möchte man dagegen halten, solches gilt auch für das Case-Law der angloamerikanischen Rechtstradition. Hier wie dort wird die Entscheidung im Einzelfall von einem vorfindlichen Set normativer Wertbezüge abgeleitet und dadurch legitimiert - ob der nun als Grundrechtskatalog fixiert ist oder sich aus der Kumulation der Einzelfälle ergibt, die sich natürlich ebenfalls zu einem Wertesystem verdichten.

Ausschlaggebend war in der Bundesrepublik neben diesen verschiedenen Elementen der Kontinuität dann aber vor allem der Traditionsbruch. Denn da es keine institutio-

nellen Vorläufer des Bundesverfassungsgerichts gab, wurde es jedenfalls zum überwiegenden Teil mit *homines novi* besetzt: mit Juristen, die dem Nationalsozialismus nicht zu Willen gewesen waren, im Lande oder im Exil, und das Wüten des Unrechtsstaates kritisch bis ablehnend betrachtet oder gar an eigenem Leibe erlitten hatten. Von dieser Art Juristen gab es bekanntlich in Deutschland nach dem Kriege nicht viele – und darin vor allem unterschied sich das Bundesverfassungsgericht von den anderen Höchstgerichten der neuen Republik, und daher rührte auch ein guter Teil seiner innovativen Kraft und seiner moralischen Legitimation. Das Bundesverfassungsgericht ist übrigens ein guter Ausgangspunkt für die kontrafaktische Überlegung, wie sich die frühe Bundesrepublik wohl entwickelt hätte, wenn Solches auch in anderen Führungsfunktionen des neuen Staates früher Platz gegriffen hätte, etwa in der Ministerialverwaltung oder an den Universitäten.

Das Grundgesetz war das Resultat eines Kompromisses liberaler, katholisch-sozialer, konservativer und sozialdemokratischer Positionen im Parlamentarischen Rat. Vor allem aber entstand es in einer Zeit, als die westlichen Besatzungsmächte, vornehmlich die USA, die Leitlinien der Politik bestimmten und liberale, menschenrechtsorientierte Positionen bevorzugten. Mit Nachlassen der unmittelbaren Einflussnahme der Westalliierten und dem Aufkommen der neuen Fronten des Kalten Krieges verloren diese Leitlinien im politischen Betrieb der Bundesrepublik an Einfluss. Hier sind aber die Unterschiede zu der Entwicklung nach 1919 unübersehbar: Denn als die Weimarer Demokraten versuchten, Grundpfeiler nicht nur der institutionellen, sondern auch der gesellschaftlichen Demokratisierung zu installieren, wurden diese Ansätze von den rasch wieder erstarkten Protagonisten des untergegangenen Kaiserreiches torpediert, die in Verwaltung, Rechtswesen und Militär über sichere Bastionen verfügten. Nun aber, nach 1949, war dieser Rahmen machtbewehrt. Durch die latente Interventionsdrohung der Alliierten war diese Machtbewehrung auch stets gegenwärtig, wenn sie auch selten oder nie ausgesprochen oder umgesetzt wurde. Insofern war das Bundesverfassungsgericht vor allem in der Anfangsphase der Bundesrepublik der Sachwalter der im Grundgesetz festgeschriebenen liberalen Hegemonie unter alliierten Auspizien.

2. Perspektiven

Der zeithistorische Blick auf das Bundesverfassungsgericht ist vom Widerspruch der Disziplinen gekennzeichnet. Für den Zeithistoriker ist alles Quelle: das Urteil, die Argumentation der Prozessparteien, die öffentliche Debatte darum. Der Kontext, die einflussnehmenden Interessenvertreter, die Persönlichkeit und Vorgeschichte der Richter, die geistige Gestimmtheit der Zeit (heute würde man eher sagen: die kulturelle Hegemonie) finden ebenso Berücksichtigung wie rechtswissenschaftliche Traditionen, professionelle Standards und zünftige Gepflogenheiten der Juristen als sozialer Gruppe. Eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wird so vor allem als Ausdruck ihrer Zeit verstanden und zu anderen Erscheinungen und Entwicklungen dieser Zeit in Bezug gestellt.

Die Juristen hingegen schreiben auf ihre Urteile in aller Regel nicht einmal das Datum ihrer Entstehung. Ob eine Entscheidung 1954 oder 1994 gefallen ist, spielt hier, jedenfalls streng genommen, keine Rolle. Entscheidend ist, ob es „richtig“ oder „falsch“ war. Und das Urteil darüber bezieht sich allein auf die Qualität der rechtsdogmatischen Ableitung, also der Kohärenz der Argumentation zwischen Norm und Einzelfall. Hier lag eine verborgene, aber äußerst wirksame Quelle der Kontrolle und der Legitimation der

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Denn sie mussten den professionellen Standards der Juristen und zumal der übrigen Höchstgerichte entsprechen und wurden diesbezüglich mit Argusaugen geprüft. Es ist gewiss richtig, wenn vor allem für die Frühphase von einer großen Distanz zwischen dem Bundesverfassungsgericht und der traditionellen Justiz gesprochen wird. Schon deshalb musste sich das Bundesverfassungsgericht mehr als andere Gerichte in Bezug auf die handwerkliche Qualität seiner Entscheidungen rechtfertigen. Wenn schon der politische Gehalt umstritten war, so musste doch das rechtliche Argumentationsniveau über alle Zweifel erhaben sein. Dieser Druck wirkte sich in bemerkenswerter Weise auf die schrittweise Erweiterung der Autorität und des Ansehens dieses Gerichts aus – nicht nur in der Bevölkerung, sondern, letztlich wichtiger, auch bei den Kollegen.

Hier liegt übrigens auch der spezifisch historische Ansatz gegenüber der Geschichte des Bundesverfassungsgerichts. In dieser Perspektive werden das Gericht und seine Entscheidungen im Kontext des politischen und gesellschaftlichen, genauer: des kulturellen Gefüges der Zeit analysiert – in beide Richtungen: Wie wirkt das Gericht in die Zeit, wie wirkt die Zeit auf das Gericht? Das unterscheidet sich nicht prinzipiell vom Umgang mit anderen Institutionen, sagen wir dem Bundesfinanzministerium oder dem Bundesnachrichtendienst. Welche Bedeutung kommt der Institution im Rahmen des deutschen Verfassungsgefüges zu? War sie eher Motor, Bremse oder Ausdruck des Wandels? Veränderte sie sich im Laufe der Zeit - ihre Stellung, ihr Ansehen? Welche Bedeutung besaßen dabei Hierarchie, Struktur, Personal? Veränderte sich die Institution unter neuer Leitung? Die beliebten Fragen, ob es zwei Senate sein mussten, 24 Richter und wie viele davon aus den Obersten Gerichten, gehören zu diesem Bereich. Das sind die klassischen Fragen der Institutionengeschichte, sie wirken aber doch oft etwas hölzern, und in der Tat sind diese gewissermaßen äußeren Elemente der Historisierung auch erst dann interessant, wenn es zu Konflikten kommt, die über sich selbst und die beteiligten Institutionen hinausreichen.

Interessanter und auch spezifischer sind die gewissermaßen inneren Faktoren, also die Entscheidungen selbst, ihre Vorgeschichte, ihre rechtsgeschichtliche Einordnung, ihre Begründungen, ihre Auswirkungen. Abweichend von den Urteilen anderer Höchstgerichte hatte das Verfassungsgericht auch noch im kuriosen Einzelfall immer das Ganze im Blick, eben die rechtlichen Grundlagen und ethischen Normen, auf die sich Staat und Gesellschaft beziehen. Indem es nicht nur entscheidet, sondern begründet, fasst es den gesellschaftlichen Diskurs zusammen, prüft ihn, bewertet ihn und fügt den speziellen Fall ins Ganze. Es befragt, zugleich aber definiert es die verbindlichen ethischen Grundlagen dieser Gesellschaft. So kommt es, dass der Streit um eine Kiesbaggerei in der Nähe eines Wasserschutzgebietes zu einer Entscheidung über das Verhältnis von Eigentum und Gemeinwohl führt; die „Aktion Rumpelkammer“, eine Sperrmüllsammung der katholischen Landjugendbewegung, zur Klärung der schwierigen Frage der Grenzen der Religionsausübung. Die Durchdringung des privaten und beruflichen Alltagslebens wie des staatlichen Handelns mit den Normen des Grundgesetzes schafft Gemeinschaft, indem sie den Bezug jedes Einzelnen auf ein alle bindendes Wertesystem nicht nur vorschreibt, sondern ausführlich begründet. In der Entwicklung und Veränderung dieser – nie völlig einlinigen und widerspruchsfreien – Durchdringung liegt die spezifische Historizität der Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts. Genauer als auf jede andere Weise lassen sich aus den Urteilen des Verfassungsgerichts die Konturen der Rechtsgeschichte als Kulturgeschichte dieses Landes rekonstruieren, der Wandlungen seiner Wertbezüge, seiner Überzeugungen und der Übereinkunft, was richtig ist und was falsch.

3. Phasen

In der ersten Phase seiner Existenz (die viel beschriebenen Bemühungen des Bundesverfassungsgericht um die Stabilisierung seiner eigenen Funktion umgehe ich hier) befand sich das Gericht in der schwierigen Lage, grundlegende, liberale Rechtsprinzipien der Verfassung auf Bereiche anzuwenden, in denen ganz andere Traditionen und Rechtsverständnisse herrschten. Das betraf zum einen das Verhältnis von Bürger und Staat und die lange Tradition des Vorrangs staatlicher Interessen vor denen der einzelnen Bürger, etwa im Bereich von Meinungs- und Pressefreiheit. Hier waren die Urteile des Bundesverfassungsgerichts von grundsätzlicher Bedeutung, die die Unabhängigkeit der Presse und die Bedeutung des individuellen Rechts auf Meinungsfreiheit für das Funktionieren einer freiheitlich-demokratischen Staatsordnung hervorhoben.

Hier trug das BVerfG zur Ausgestaltung des Rechtsstaatsprinzips bei, entwickelte Theorien zur Bestimmung der Grenzen staatlicher Handlungsbefugnis und führte Grundrechtssicherungen durch Verfahren ein. Auf diese Weise entstand mit der Zeit ein immer umfangreicherer Katalog konkreter Anforderungen und Kriterien an staatliches Handeln; zugleich leistete diese Rechtsprechung aber auch einen Beitrag dazu, die Öffentlichkeit für die Existenz und Bedeutung verschiedener Grundrechtspositionen zu sensibilisieren.

Das Karlsruher Gericht ging aber auch über die klassische Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat hinaus. Bereits 1958, im Lüth-Urteil, einer seiner folgenreichsten Entscheidungen, erklärte es, das Grundgesetz habe in seinem Grundrechtsteil eine „objektive Wertordnung“ aufgerichtet, die in alle Bereiche des Rechts ausstrahle. Damit gewannen die Grundwerte der Verfassung auch Bedeutung für die Beziehungen der Bürger untereinander, die Verfassung wurde zur Grundlage der gesamten gesellschaftlichen Ordnung. Das war außerordentlich umstritten; gegen die Figur einer „objektiven Wertordnung“ des Grundgesetzes, wie sie das Bundesverfassungsgericht entwickelt hatte, setzte der Bundesgerichtshof – hier und in vielen anderen grundsätzlichen Entscheidungen der juristische Gegenspieler des BVerfG – seine Kategorie der „vorgegebenen Ordnung der Werte“.

Das wurde besonders deutlich an einem zweiten Bereich, in dem das Bundesverfassungsgericht intervenierte, er betraf die Rolle der Frauen, der Familie und der privaten Lebensführung. In der kulturellen Sphäre der Bundesrepublik dominierten bis Mitte der sechziger Jahre die Bemühungen der Verfechter jener „vorgegebenen Ordnung der Werte“, die Ausdehnung der modernen Zivilisation „einzudeichen“ und „einzudämmen“, wie die verbreiteten Begriffe der Zeit lauteten. Die Befürchtung einflussreicher Autoren der Zeit – Gehlen, Freyer, Schelsky, um nur drei zu nennen – bestand darin, dass sich nach dem Sieg des Westens nun endgültig der „Apparat“ der Entfremdung des bürgerlichen Individuums durchsetzen werde. Der Verlust von haltgebenden Orientierungen wie Familie, Vaterland, Nation, Abendland, Autorität sowie sozialen und geschlechtlichen Hierarchien werde zum Untergang der tradierten Wertvorstellungen führen. Im Mittelpunkt dieser Bestrebungen standen Begriffe wie „Sittengesetz“ und „Sittlichkeit“, in denen sich das Postulat einer naturrechtlichen Konstante ausdrückte und die auch im Strafrecht Anwendung finden sollten.

Diesem weltanschaulichen Druck vermochte sich das Bundesverfassungsgericht nicht durchweg zu entziehen. Im Bereich der Familie und der Gleichstellung der Frauen aber waren die Entscheidungen des Gerichts von durchschlagender Bedeutung, auch weil der Gesetzgeber die grundgesetzlichen Vorgaben in diesem Bereich nur sehr zögerlich bzw. gar nicht umsetzte. Hier setzte sich durch die Rechtsprechung des Bundesverfas-

sungsgericht allmählich eine Interpretation durch, welche die moderne Zivilisation, die Massengesellschaft, die Begrenzung staatlicher Interventionsmacht durch Recht, die Betonung der Selbstbestimmung und Entfaltungsmöglichkeiten des Individuums, den gesellschaftlichen Pluralismus akzeptierte und im Einzelnen ausdeutete und ihnen nicht mehr prinzipiell kritisch oder gar ablehnend gegenüberstand, wie dies im deutschen Rechtswesen seit der Durchsetzung der modernen Industriegesellschaft so verbreitet gewesen war.

Dazu gehörte auch und vor allem die rechtliche Gleichstellung der Frau, die ja in den Nachkriegsjahren noch durch das Entscheidungsmonopol des Ehemannes über das Vermögen der Frau, ihre Berufstätigkeit, ihr Arbeitsverhältnis, die Ausbildung der Kinder etc. blockiert war. In Art. 3 Abs. 2, Grundgesetz hieß es allerdings, „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“. Das stand nun aber in schroffem Gegensatz nicht nur zur gesellschaftlichen Wirklichkeit, sondern auch zu zahlreichen weiter geltenden Gesetzen. Daraus folgte aber erst einmal gar nichts, am Ehe- und Familienrecht wurde nichts verändert. In der sich nun entfaltenden Diskussion über die Gleichberechtigung von Mann und Frau ging es bald darum, welche Bedeutung die im GG festgelegten Grundsätze überhaupt besaßen. Denn die Kirchen und viele Konservative hatten massiv dagegen protestiert, dass durch eine Gleichberechtigung die „natürliche Eheordnung“ zerstört würde, die als höherrangig als die Festlegung im GG anzusehen sei.

Im Dezember 1953 stellte das Bundesverfassungsgericht dann aber fest, dass es sich beim Art. 3(2) um eine „echte“, unmittelbare Rechte und Pflichten begründende Rechtsnorm handele, die alle Bereiche des Lebens umfasste. Damit war die Bundesregierung nun gezwungen, die entsprechenden Bestimmungen dem Gebot des Grundgesetzes entsprechend anzupassen. Schließlich, aber erst im Mai 1957, verabschiedete der Bundestag das Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau, das am 1. Juli 1958 in Kraft trat: Es bedurfte jedoch aber eines weiteren Urteils des BVerfG, um auch für den Bereich der elterlichen Gewalt die von der Verfassung geforderte volle Gleichordnung von Vater und Mutter festzustellen.

In diesem Zusammenhang war auch das Strafgefangenen-Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 1972 von besonderer Bedeutung. In ihm ging es um das „besondere Gewaltverhältnis“. Danach waren Gefängnisinsassen oder Soldaten nicht Teil der Gesellschaft, sondern Teil des Staates. Ihre Grundrechte waren daher eingeschränkt. Das galt auch für Schulen: Die Grundrechte der Schüler konnten ohne eine gesetzliche Ermächtigung reduziert werden, Maßnahmen der Schule basierten auf Sonderrecht und nicht auf gesetzlicher Grundlage. Mit dem Urteil des BVerfG von 1972 aber wurde dieses Sonderverhältnis abgeschafft, Grundrechte konnten hier nur so weit eingeschränkt werden, wie das Parlament dies in einem Gesetz gestattete. Es gab keine vom Grundgesetz und seinen Regelungen ausgenommenen Sonderbereiche.

Hier wurde jene eingangs angesprochene Rolle des Bundesverfassungsgerichts als Sachwalter jener liberalen Hegemonie erkennbar, wie sie sich in der Entstehungsphase der Bundesrepublik herausgebildet hatte und sich bis Mitte der sechziger Jahre gegen zahlreiche Widerstände allmählich durchsetzen konnte.

Hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in dieser Zeit zur Integration der Bundesrepublik beigetragen? Zunächst nicht. Denn alle wichtigen Urteile des BVerfG in den 50er und frühen 60er Jahren waren umstritten und stießen auf zum Teil scharfe Kritik jener, die darin eine Erosion der traditionellen Wertordnung, das Einbrechen der viel beschworenen Dämme gegen die zivilisatorische Moderne sahen. Das hat eher zur Desintegration beigetragen. Denn durch die mit dem Lüth-Urteil über das

Grundrecht der Meinungsfreiheit beginnende Rechtsprechung des BVerfG zu den Grundrechten und ihrer Wirksamkeit wurden ja die Konflikte der 1960er und 1970er Jahre nicht pazifiziert, sondern formuliert. Um die Frage der im GG definierten Gleichstellung von Mann und Frau entfaltete sich eine jahrzehntelange kontroverse Debatte, ebenso wie um die Fragen des „Vergangenheitsbewältigung“, der Strafbarkeit von Homosexualität, der Stellung von unehelichen Kindern.

In längerer Perspektive aber ergibt sich ein anderes Bild. In den vom BVerfG aufgegriffenen Konfliktfeldern handelte es sich um Fragen der Ausgestaltung der Rechtsordnung in einer modernen Gesellschaft, die seit Jahrzehnten umstritten gewesen waren. Öffnet man die zeitliche Perspektive ein wenig, etwa zurück bis in die 1890er Jahre, so wird erkennbar, welche säkulare Bedeutung die hier ergangenen Urteile und die damit verbundenen Wandlungen in der Werteorientierung der westdeutschen Gesellschaft besaßen. In dieser Übergangsphase von der Nachkriegszeit bis zum Ende der 60er Jahre kam dem BVerfG eine herausragende Bedeutung zu, indem es zur Durchsetzung eines liberalen Modells von Staat und Gesellschaft wesentlich beitrug – und auf diese Weise auch zur Integration der deutschen Gesellschaft auf der Basis der allmählich durchgesetzten Akzeptanz dieses Modells. In diesen Jahren hat das BVerfG auch die Grundlagen für seine große Reputation in der Gesellschaft geschaffen, die ihr eine so bedeutende Rolle innerhalb der Bundesrepublik und ihrer Institutionen gesichert hat.

In dem Maße, wie sich Gesellschaft und Staat in den 1960er und 70er Jahren liberalisierten und demokratisierten, veränderten sich aber auch die Rolle und die Aufgabe des Gerichts. Zwar sind solche Phaseneinteilungen immer zu grob, weil sich Entwicklungen des Alten und des Neuen über Jahre und Jahrzehnte überschneiden, aber festzuhalten ist doch, dass das Grundgesetz zwar eine klare Basis zur Abgrenzung gegen antiliberalen, autoritären und patriarchalen Tendenzen bot. Gegenüber einer Ausdehnung nach links waren solche Abmarkierungen jedoch schwerer zu ziehen. Wo diese Grenzen lagen, etwa bei der Fristenlösung für den Schwangerschaftsabbruch, bei der paritätischen Mitbestimmung an den Universitäten, bei der betrieblichen Mitbestimmung, musste in schwierigen Suchvorgängen erst herausgefunden werden. In manchen Fällen, denken wir nur an das problematische Urteil über die Homosexualität von 1957, sind die Zeitläufte über die Position des Bundesverfassungsgerichts hinweggegangen, mit sehr tatkräftiger Hilfe des Gerichts selbst. Und gewiss wird man das KPD-Urteil selbst bei sehr weiten Maßstäben sowohl zeitgenössisch wie von heute aus nur als Skandal bezeichnen können, weil es nahezu alle rechtsstaatlichen Prinzipien, auch bei der Vorbereitung des Urteils, zuwiderlief.

In den anderen genannten Fällen – Schwangerschaftsabbruch, Drittelparität, Mitbestimmung – haben die Urteile bis heute *cum grano salis* Bestand. Diese Suchvorgänge bezogen sich auf drei Faktoren: auf die Maßgaben des Grundgesetzes natürlich, auf Nachhaltigkeit und auf Balance. Nachhaltigkeit bedeutete, eine gesellschaftliche und politische Entwicklung auf längere Sicht so abschätzen zu können, dass die Entscheidung im konkreten Fall nicht schon nach kurzer Zeit als vom historischen Prozess überholt und nicht mehr relevant wahrgenommen, sondern auch in zehn, zwanzig oder dreißig Jahren noch als vernünftig und angemessen beurteilt werden konnte.

Balance zu halten „zwischen den Rechten und Pflichten des Bürgers, zwischen den Freiheitsansprüchen des Einzelnen und den Funktionsbedingungen des Staates“ (v. Kielmansegg) war die vielleicht schwierigere Aufgabe, weil sich der Konsens, auf den sich diese Balance bezog, ja veränderte, und wenn man nur die vergangenen 25 Jahre betrachtet, erkennt man rasch, in welchem Maße und welchem Tempo.

Die Balance bezog sich aber auch auf die Mitte zwischen Regierung und Opposition in den verschiedenen Konstellationen. Dass die sozialliberale Regierung das Bundesverfassungsgericht als „Gegner“ ihrer Politik der Inneren Reformen und der Emanzipation ansah und heftig anfeindete, hat sich für die Stellung des Gerichts als ebenso vorteilhaft erwiesen wie die nicht minder heftige Kritik von beiden Seiten am Urteil zum Grundlagenvertrag. Man kann, wie Uwe Wesel, die Rolle des Bundesverfassungsgerichts in den 70er Jahren als parteipolitische Bremsfunktion gegen die sozialliberalen Reformen apostrophieren. Aber da klingt doch die Bewertung des politischen Zeitgenossen durch. Mit der Historisierung auch der Geschichte der Regierung Brandt-Scheel hingegen verliert die fortschrittsstolze Euphorie der Reformpolitik jener Jahre etwas an Glanz, und auch ihre dunkleren Seiten treten hervor, denkt man nur an die exorbitante Ausdehnung der Staatsquote oder die Zunahme von staatlicher Intervention in immer mehr Bereiche des öffentlichen und des privaten Lebens. So sind auch die Entscheidungen des Gerichts aus dieser Zeit von heute aus nicht mehr als vorwiegend parteipolitisch motiviert anzusehen, sondern als Versuche der gesellschaftspolitischen Balance.

Man kann wohl sagen, dass mit dem zweiten Machtwechsel in der Bundesrepublik von 1982, der die Stabilität des westdeutschen Staates endgültig bestätigte, auch die Stellung des Bundesverfassungsgerichts als unverzichtbare und als nahezu selbstverständlich angesehene Institution des begründeten Letztentscheids befestigt wurde. In den folgenden Jahren und Jahrzehnten veränderten sich jedoch die Ausgangsbedingungen, und die Zahl derjenigen verfassungsrechtlich zu lösenden Fragen, die bei der Entstehung des Grundgesetzes noch gar nicht existiert hatten, nahm deutlich zu. Das galt etwa für das Volkszählungsurteil, für das Urteil gegen den großen Lauschangriff, für den Umweltschutz, für die Frage der modernen Kommunikationsmittel seit Einführung des Internets und Anderes. Die Kritik, das Bundesverfassungsgericht übernehme hier Aufgaben der Politik, ist nicht von der Hand zu weisen, aber sie übersieht auch eine Überforderung der Politik in Fällen gespaltener Meinung im Volk wie in den Parteien. Nicht in allen Fällen findet sich eine so brillante Neuschöpfung wie beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung im sogenannten Volkszählungsurteil. Aber wenn in solchen Streitfragen schon entschieden werden muss, dann doch bitte unter Aufbietung aller Argumente für und gegen etwas, unter Bezug auf Grundrechte und Wertordnung, wie es das Gericht in aller Regel tut oder versucht – und nicht durch plumpen Basta-Dezisionismus, wie wir es ja auch schon erlebt haben.

Das gilt womöglich für die außenpolitischen Entscheidungen des Gerichts in geringerem Maße. Alle großen Richtungsentscheidungen – von der Wiederbewaffnung über den Grundlagenvertrag, die Nachrüstung bis zur Wiedervereinigung und den Auslandseinsätzen der Bundeswehr – sind auch Gegenstand verfassungsgerichtlicher Verfahren gewesen. In keinem einzigen Fall ist das Gericht hier von den Grundlinien der Politik abgewichen – die allerdings die Frage der Verfassungsmäßigkeit immer schon im Vorfeld mit berücksichtigt hatte. Immerhin, die Auslandseinsätze der Bundeswehr von einem Parlamentbeschluss abhängig zu machen, war eine markante Einflussnahme in einem vorab als Arkanum der Exekutive apostrophierten Feld und eine verfassungspolitische Neuerung ersten Ranges. Aber das sind doch nur Rahmungen, und sie haben der Politik außenpolitischer Zurückhaltung, die der Bundesrepublik seit ihrem Bestehen und zumal seit 1990 so außerordentlich gut getan hat, eher zugearbeitet als entgegenwirkt. Die oft zu hörende zweifelnde Frage, ob das Verhältnis von politischer Souveränität und normativer Gebundenheit in der Außenpolitik noch in rechtem Verhältnis zueinander stehen, stellt sich hier in Wirklichkeit nicht.

4. Gegenwart

Eine Geschichte des Bundesverfassungsgerichts ist eine Geschichte der Bundesrepublik und des sich wandelnden Umgangs von Politik und Gesellschaft mit den Normen und Wertbezügen, wie sie im Grundgesetz formuliert sind. An keiner anderen Institution ist dieser Wandel so präzise ablesbar wie an dieser. Deshalb am Ende die Frage, ob sich das Bundesverfassungsgericht überlebt hat. Angesichts der europäischen und internationalen Einbindung der Bundesrepublik und insbesondere angesichts der europäischen Integration, die immer mehr Bereiche des Lebens, des Regierens und des Rechts von der nationalen auf die europäische Ebene verlagert, gerate das Bundesverfassungsgericht und mit ihm das Grundgesetz in eine Randlage, verteidige es heute, so Schönberger, „nur noch halbherzig den alternden deutschen *acquis constitutionelle*“. Um seiner wachsenden Banalisierung zu entgehen, müsse es sich in der Kunst des Rückzugs üben.

Man muss nicht wie das Gericht auf den Nationalsozialismus und dessen „gegenbildlich identitätsprägende Bedeutung“ abheben, um die Rolle des Gerichts in der Zukunft nicht als schwindend, sondern als wachsend zu prognostizieren. Die Tatsache, dass die allgemeine Gerichtsbarkeit bereits täglich Europarecht und Völkerrecht verarbeitet, tangiert die spezifische Aufgabe des Verfassungsgerichts keineswegs. Denn was immer Schönes und Positives man über die Europäische Union sagen kann, und da gibt es sehr Vieles – hinreichend demokratisch legitimiert ist sie nicht. Ihre Beschlüsse und Regularien entspringen keinem demokratisch legitimierten Gesetzgeber, sondern einer Versammlung der Regierungschefs und einem Europäischen Parlament, das Kontrolle nur suggerieren kann, sowie einer Kommission, die mit einer demokratisch gewählten Regierung nicht einmal den äußeren Anschein gemein hat. Die schlichte Tatsache, dass die europäischen Vereinbarungen und Beschlüsse so weitreichend und tiefgreifend unser Leben bestimmen, dass sie von der deutschen Gerichtsbarkeit mit so großer Selbstverständlichkeit verarbeitet und umgesetzt werden, ist ja keine Antwort auf das Problem, sondern das Problem selbst. Nun aber kommt hinzu, dass die Annahme der europäischen Vordenker in den 1950er Jahren, die europäische Einigung werde selbstverständlich eine Einheit von Demokratien sein, immer weniger plausibel ist, wie man in diesen Jahren und Monaten ja überdeutlich erkennen kann. Wie sähen die europäischen Beschlüsse wohl aus, wenn erst einmal Frau Le Pen in Frankreich regierte? Wenn in Polen, Tschechien, Ungarn, Italien, Frankreich, Österreich und Dänemark rechtspopulistische Parteien das Sagen haben?

Dass in einer solchen Situation und mit einer solchen Perspektive die Prüfung der in Brüssel getroffenen Beschlüsse im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit den demokratischen Wertbezügen des Grundgesetzes eher dringender notwendig ist als vor Maastricht und Lissabon, ist ja nicht nur aus zeitgeschichtlicher und politischer, sondern auch juristischer Perspektive einleuchtend. Hingegen ist die Projektion einer Integration der EU hin zu einer bundesstaatlichen Ordnung nicht nur unrealistisch, sondern auch nicht wünschbar, solange es kein europäisches Staatsvolk gibt, das eine solche Entwicklung nicht nur in ihren nationalen Teilen, sondern auch im Ganzen befürwortet.

Im Gegenteil, je stärker globalisierende und supranationale Entwicklungen auf die Situation in den europäischen Ländern und zumal in Deutschland einwirken, desto größer wird das Bedürfnis nach dem nicht nur identitätsstiftenden, sondern vor allem partizipationsfähigen Nationalstaat, und mehr denn je bedarf es dazu eines Verfassungsge-

richts, das die unter demokratisch obskuren Bedingungen entstandenen europäischen Regularien, mögen sie nützlich sein oder schädlich, im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit den Normen überprüft, die Staat und Gesellschaft der Bundesrepublik zur Grundlage genommen haben.

Hüter der Verfassung – das gilt vor allem für Krisenzeiten, und es gibt deutliche Anzeichen, dass wir die eher vor statt hinter uns haben.