

Günter Frankenberg

Hüter der Verfassung einer Zivilgesellschaft

Womit kann das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung in politisch umstrittenen Fragen – etwa die Kruzifix-, Soldaten sind Mörder-, Sitzblockaden-Entscheidungen – legitimieren? Stellt legal-rational begründete Autorität eine hinreichende moderne Legitimationsquelle dar? Frankenberg bezweifelt das. Er schlägt stattdessen eine Legitimationsgrundlage vor, die im zivilgesellschaftlichen Konflikt ihre Wurzeln hat.

D. Red.

I. Unruhe über Karlsruhe

Im Bild ein modernes Gebäude aus Glas und Stahl, schlicht und würdig: »eine wohlproportionierte ›Orangerie«¹. Das architektonische Versprechen von Transparenz, ganz im Stile einer demokratischen Republik. Der Sitz des Bundesverfassungsgerichts, kurz: BVerfG. Aus dem Off informiert uns die sonore Stimme des öffentlich-rechtlichen Kommentators, das seit langem erwartete Urteil in der Sache X sei ergangen. Schnitt. Nun treten die Mitglieder des BVerfG – farbenprächtig wie Richterkönige, verschlossen wie Subsumtionsautomaten – vor die Augen auch der Fernsehkameras und verkünden ihr Urteil. Schnitt.

Die interessierte Öffentlichkeit hält zwar nicht den Atem an, doch eine erhöhte Aufmerksamkeit ist dem obersten Gericht der Republik gewiß. Seine Sprüche sind häufig für eine Überraschung gut und regelmäßig kontrovers. Diese Öffentlichkeit, so die allein vom Kurzzeitgedächtnis informierte Meinung, wurde aus Karlsruhe im vergangenen Jahr mehr denn je mit Kontroversen bedient. In der Tat haben die Entscheidungen zu Sitzblockaden, Soldaten, Kruzifix und – weniger spektakulär, aber verfassungspolitisch kaum weniger folgenreich – zu Einheitswerten erheblichen Staub aufgewirbelt.² Wer freilich ein wenig im Buch der vergleichsweise kurzen Geschichte des BVerfG und in der mittlerweile auf 92 Bände angewachsenen Entscheidungssammlung blättert, stößt auf zahlreiche Urteile und Beschlüsse, die kaum weniger umstritten waren: Der Streit um die ursprünglichen Pläne Adenauers zur Wiederbewaffnung der Bundesrepublik führte zu einem ersten schweren Verfassungskonflikt, in dem die Bundesregierung dem BVerfG vorwarf, »über die Bestimmungen des Grundgesetzes hinausgegangen« zu sein und »aus eigener Machtvollkommenheit Recht (zu) setzen«,³

¹ Rasehorn, Aus einer kleinen Residenz. Zum Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts, in: Daubler/Kusel (Hg.), Verfassungsgericht und Politik (1979), 149. Boshaft die Charakterisierung der Residenz des Rechts Karlsruhe: »halb so groß wie der Zentralfriedhof von Chicago, aber doppelt so tot« (S. 160).

² BVerfG NJW 1995, 1114 (Sitzblockaden); BVerfG NJW 1995, 3303 (Soldaten), im Nachgang zum Beschluß der 3. Kammer des Ersten Senats BVerfG NJW 1994, 2943; BVerfG EuGRZ 1995, 359 ff. (Kruzifix); BVerfG NJ 1995, 523 (Einheitswerte). Nicht zufällig verpaßte »Kruzifix« nur knapp, von der Gesellschaft für deutsche Sprache als »Wort« des Jahres ausgezeichnet zu werden.

³ Bulletin der Bundesregierung Nr. 198 (1952), 1729. Im Vorfeld der Entscheidung des BVerfG über das

und mit dem »Ende der deutschen Verfassungsjustiz«⁴ drohte. Bald danach sah sich das BVerfG massiven Protesten vornehmlich aus den juristischen Fakultäten gegenüber, als es mit unmißverständlicher Deutlichkeit die These zurückwies, der Wechsel von der NS-Diktatur zur Bundesrepublik habe die Rechtsverhältnisse der ehemaligen Angehörigen des öffentlichen Dienstes unberührt gelassen.⁵ Wiederum die Bundesregierung nahm Anstoß an der laut Kanzler Adenauer »falschen Entscheidung«, die dessen Plan, eine »Deutschland-Fernsehen GmbH« zu gründen, Verfassungswidrigkeit bescheinigte.⁶ Ein regierungsnaher Kommentator belehrte das Gericht, es habe mit seinem 1. Fernseh-Urteil »Ulbricht und seinen Genossen gedient«⁷.

Die Epoche, in der das BVerfG von seinen Gegnern als »Kampfinstrument« der linken Opposition tituliert werden konnte,⁸ ging in den 60er Jahren zu Ende, wenn sie denn je existierte. Mit dem für Grundrechtsfreunde schwer erträglichen (und verfassungsdogmatisch nicht leicht nachvollziehbaren) Abhör-Urteil⁹ setzte sich eine etatistische Tendenz durch. Aus Anlaß dieser Entscheidung, die der Staatsgewalt unter Modifikation »elementarer Verfassungsgrundsätze« die Befugnis zum Abhören zusprach, trat erstmals der interne verfassungsrichterliche Dissens in einem Sondervotum zutage.¹⁰ Ebenfalls eher den Imperativen innerer Sicherheit als rechts- und verfassungsstaatlicher Logik gehorchte auch der viel kritisierte »Radikalenbeschuß«, der den Beamten im Namen nicht der Verfassungs-, sondern der Staats-treue auferlegte, »sich jederzeit in diesem Staat zu Hause fühlen«.¹¹

Daß Etatismus freilich nicht als Regierungsfreundlichkeit mißzuverstehen ist, demonstrierte das BVerfG in den 70er Jahren, als sich die sozialliberale Regierung aufmachte, längst überfällige soziale Reformen ins Werk zu setzen. Regelmäßig von der im Parlament überstimmten Opposition angerufen, korrigierte das Gericht eine Reihe von Reformprojekten. Die sogenannte Fristenlösung scheiterte an der »objektiven Wertordnung« des Grundgesetzes, der das Gericht, konstruktiv über Art. 2 II GG, eine Schutzpflicht des Staates auch für das ungeborene Leben entnahm.¹² Diese Entscheidung empörte neben der Regierungsmehrheit vor allem die außerparlamentarischen Bewegungen, die das Selbstbestimmungsrecht der Frauen favorisierten. Wiederum die sozialliberale Regierung war über die verfassungsrichterliche Beurteilung der Brandtschen Entspannungspolitik erbost.¹³

Gutachten des Bundespräsidenten zur Verfassungsmaßigkeit der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft äußerte der damalige Justizminister Dehler, er hoffe, »daß sich beim BVerfG der Geist des Sozialismus nicht (auswirke)«. Die dann gefallte Entscheidung des Gerichts betreffend die bindende Wirkung seines noch zu erstellenden Gutachtens quittierte der Justizminister als »völlig rechtlos« (Lietzmann, Das Bundesverfassungsgericht, 1988, 102 f.). Dehler besiegelte damit das Ende seiner politischen Karriere. Vgl. Leicht, DIE ZEIT Nr. 35 (1955) und Wesel, DIE ZEIT Nr. 40 (1995).

⁴ Bulletin d. Bundesreg. Nr. 185 v. 26. 11. 1952.

⁵ BVerfGE 1, 167/177 f. (G 131 – Übernahme »verdrangter« Angehöriger des öffentlichen Dienstes); 3, 58 (Übernahme von Beamten); 3, 187 (Übernahme von Angestellten); 3, 288 (Übernahme von Soldaten) – im offenen Widerspruch zu BGHZ 13, 299.

⁶ BVerfGE 12, 205 (1. Fernseh-Urteil).

⁷ Wagner-Kauf, in: die politische meinung nr. 58 (1961).

⁸ Vgl. Ridder, In Sachen Opposition, in: FS f. Adolf Arndt, hrsg. v. Ehmke (Frankfurt/M. 1969). Zu einer anderen Einschätzung: Ridder, Unerfülltes Grundgesetz? in: vorgänge Nr. 37 (1979), 101.

⁹ BVerfGE 30, 1 (Abhör-Urteil).

¹⁰ BVerfGE 30, 33 (Sondervotum zum Abhör-Urteil).

¹¹ BVerfGE 39, 334 (»Radikalen«-Beschuß). Zur Bandbreite der Kritik vgl. Bockenforde, Verhaltensge-wahr oder Gesinnungstreue?, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie (1991), 277 ff.; Abendroth, Das Bundesverfassungsgericht und die Berufsverbote im öffentlichen Dienst, in: ders., Arbeiterklasse, Staat und Verfassung, 295 ff.; Schlink, Der Staat 1976, 335 ff.; Denninger, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, VVDStRL 37 (1979), 7 ff.

¹² BVerfGE 39, 1 und 88, 203 (§ 218 StGB/Schwangerschaftsabbruch).

¹³ BVerfGE 35, 257 (Grundlagen-Vertrag). Aus dem Kabinett wird die wenig galante Äußerung eines Mit-gliedes der Bundesregierung kolportiert, man werde sich von den »acht Arschlochern in Karlsruhe« nicht »die Ostpolitik kaputt machen« lassen. Zit. nach Leicht, DIE ZEIT (Fn. 3).

Unübersichtlicher wird die Lage in den 80er Jahren. Die Freude der Christdemokraten am Verfassungsgericht erhielt, bald nachdem diese die Kanzlermehrheit stellten, durch die Urteile zur Demonstrationsfreiheit¹⁴ und zum Volkszählungsgesetz von 1983¹⁵ erhebliche Dämpfer. Ein Trost für diese, daß das BVerfG, nachdem es 1978 die sozialliberale Wehrpflichtnovelle kassiert hatte,¹⁶ nunmehr die von Christ- und Freidemokraten ersonnene »lästige Alternative« des Zivildienstes absegnete und dabei das Kunststück fertigbrachte, dessen gegenüber dem Wehrdienst drei Monate längere Dauer mit dem an sich klaren, entgegenstehenden Wortlaut von Art. 12a II 2 GG zu versöhnen.¹⁷ Ein weiterer Trost für Staatsfreunde: Die Protestform des zivilen Ungehorsams fand in der ersten Mutlangen-Entscheidung zwar Erwähnung, aber im Rahmen von § 240 StGB etwa als Grund, die Verwerflichkeit der Nötigung zu verneinen, keine Gnade.¹⁸ Obwohl sich die knappe 4 : 4-Entscheidung bald zu festigen schien,¹⁹ überraschte der Erste Senat schließlich Publikum und Fachgerichte mit einem »overruling« und befreite diese Form des symbolischen Protests immerhin vom Odium der Nötigung.²⁰ Und brachte damit – und mit der 1995 wiederholten Beantwortung der Frage, ob Soldaten unter dem Schutz von Art. 5 I GG unter Umständen Mörder genannt werden dürfen²¹ – die durch eine seit insbesondere der *Lüth*-Entscheidung²² verhältnismäßig konsequente, vermeintlich allzu liberale²³ Rechtsprechung ohnehin gereizten Staatsfreunde gegen sich auf.²⁴ Die Kritik am BVerfG, so die Bilanz, wechselt von Fall zu Fall die Seite.²⁵ Da das Gericht, streng genommen, keine Vergleiche schließt, kennt jede seiner Entscheidungen Sieger und Verlierer, denen die Niederlage nahelegt, ihre Enttäuschung durch Urteilsschelte kleinzuarbeiten. Solcher durchweg am Ergebnis orientierten Kritik entgeht das Gericht auch nicht dadurch, daß es unter der Flagge »praktischer Konkordanz« Kompromisse sucht²⁶, mit »verfassungskonformen Auslegungen« dem

14 BVerfGE 69, 315 (Brokdorf). Insbesondere die Verpflichtung der Sicherheitskräfte zu versammlungsfreundlichem Verhalten (sog. Kooperationsprinzip) stieß in Kreisen der Exekutive auf wenig Gegenliebe.

15 BVerfGE 65, 1 (Volkszählung).

16 BVerfGE 48, 127 (Wehrpflicht I).

17 BVerfGE 69, 1 (Verlängerung des Zivildienstes).

18 BVerfGE 73, 206 (Sitzblockade Mutlangen I). Die Stimmengleichheit im Ersten Senat führte gem. § 15 III 3 BVerfGG dazu, daß ein Verfassungsverstoß nicht festgestellt werden konnte.

19 Weitere Entscheidungen zu Sitzblockaden: BVerfGE 76, 211 (Sitzblockade Neu-Ulm); BVerfG NSZ 1991, 279, NJW 1991, 971 und NJW 1992, 2688 (Aufrufe zu Sitzblockaden).

20 BVerfG NJW 1995, 1114 (Sitzblockade Großengstingen). Dreh- und Angelpunkt dieses Meinungswandels auf der Basis veränderter Mehrheitsverhältnisse im Ersten Senat ist freilich die Unbestimmtheit des »vergeistigten Gewaltbegriffs« im Sinne von Art. 103 II GG. Vgl. hierzu auch BVerfGE 87, 406.

21 BVerfG NJW 1994, 2943 und BVerfG NJW 1995, 3303.

22 BVerfGE 7, 198 (Boykottaufruf); vgl. auch E 25, 256 (Blinkfuer). Auch die Luth-Entscheidung war seinerzeit kaum weniger kontrovers als heutige Sprüche zu Art. 5 I GG, die als zu liberal gescholten werden. Es entbehrt nicht einer gewissen Ironie, wenn F. K. Fromme, die Staatskassandra vom Main, der in der Luth-Entscheidung fundierten Dogmatik zur Meinungsfreiheit, in Milde zurückblickend, eine gewisse zeitgeschichtliche Berechtigung nicht versagen will, aber im gleichen Atemzug und Argument doch dazu auffordert, den Schutzbereich von Art. 5 I GG in einer konsolidierten, vom Schatten der Vergangenheit befreiten Demokratie einzuengen.

23 So Schmitt Glaeser, JZ 1983, 95 ff.; Wurtenberger, NJW 1983, 1144 ff.; Kriele NJW 1994, 1897 ff.

24 Nicht immer laufen deren Argumente so aus dem Ruder wie Roelleckes Dictum: »Sitzblockaden sind subtile Geiselnahmen« (NJW 1995, 1525/1527). Vgl. auch Ruthers, Als Motor des Zeitgeistes ungeeignet (FAZ v. 9. 6. 1995, 10), der dem BVerfG vorwirft, es beuge sich dem Zeitgeist. Den Soldaten-Beschluß hält er für »ein seltsames Gemisch aus Schizophrenie und systematischer Heuchelei« (FAZ v. 22. 5. 1995). Reifenrath, Wider den Zeitgeist, (FR v. 29. 11. 1995), 12 behauptet mit guten Gründen das Gegenteil. So erscheint der Zeit-, im Unterschied zum Weltgeist wohl eine Frage der Perspektive.

25 Was nicht nur für die Parteien verfassungsrechtlicher Streitigkeiten, sondern auch für einige professionelle Beobachter gilt.

26 Gute Beispiele für die methodische Angreifbarkeit der Abwägung nach Maßgabe »praktischer Konkordanz« sind die Entscheidungen zur Paradoxie einer »christlichen Gemeinschaftsschule« – BVerfGE 41, 29 (Baden-Württ.); 41, 65 (Bayern); 41, 88 (Nordrhein-Westf.) – und zum Schulgebet (BVerfGE 52, 223; vgl. dazu Bockenforde, DÖV 1980, 323).

offenen Konflikt mit dem Gesetzgeber ausweicht oder mit »Schlüsselbegriffen«²⁷ wie vor allem der Verhältnismäßigkeit²⁸ operiert, die einer Entscheidung die unerbittliche Schärfe nehmen (sollen). Denn unabhängig von solchen Strategien wird das BVerfG stets als zu streng oder zu nachgiebig, seine Entscheidung als zu politisch oder zu juristisch etc. kritisiert.²⁹

II. Der Kruzifix-Konflikt

Der vom doppelt falsch sogenannten »Kruzifix-Urteil«³⁰ losgetretene Streit verläßt, insofern vergleichbar dem Verfassungskonflikt um die Wiederbewaffnung, die Bahnen vorhersehbarer und routinierter Urteilsschelte. Damals, ein knappes Jahr nach der Konstituierung des BVerfG, wie im Sommer 1995 schlägt die Kritik am Ergebnis um in wütende Angriffe auf die Institution Verfassungsgerichtsbarkeit. Damals wie heute, auch das dürfte keine zufällige Parallele sein, droht die Exekutive mit Boykott bzw. praktiziert solchen.³¹ Hemmungsloser freilich als seinerzeit die Mitglieder der Adenauer-Regierung laufen dieser Tage die Gegner des Kruzifix-Beschlusses Sturm bis Amok.

Sommer und Herbst 1995: Kein Tag vergeht, an dem nicht ein weiterer kirchlicher Würden- oder politischer Bedenkenträger, je nach Temperament, sein Unverständnis oder Entsetzen bekundet und, je nach Verfassungstreue, seinen Protest äußert oder zum Widerstand aufruft.³² Die Entscheidung über das Kreuz im Klassenzimmer entzweit die Republik. Dem Kanzler ist sie schlicht unverständlich. Andere sehen in ihr eine Erpressung der Mehrheit der deutschen Bevölkerung, eine »Gefahr für den Fortbestand der sozialen Marktwirtschaft«³³, wenn nicht gar den Untergang des christlichen Abendlandes, zumindest aber die Umriss einer »kreuzeslosen abendländischen Gesellschaft«³⁴. Bayerns ehemaliger Kultusminister Hans Maier, der Vater des vom BVerfG als verfassungswidrig gerügten § 13 I 3 der Bayerischen Volksschulordnung (»In jedem Klassenzimmer ist ein Kreuz anzubringen.«), und sein Glaubensbruder, der Kardinal und Erzbischof von Freising und München, stellten die Tat (gottlob nicht die Motive) der Senatsmehrheit gar auf eine Stufe mit den atheistischen Bilderstürmern des Nazi-Regimes. Und der um schiefe Metaphern selten verlegene Finanzminister Waigel fragte die Richter, »ob sie mit dieser Entscheidung nicht auch Hand an die Wurzel ihres eigenen Gerichts gelegt« hätten.³⁵

²⁷ Vgl. Denninger, Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe, in: ders., Der gebändigte Leviathan, 158 ff.

²⁸ Ein prägnantes Beispiel: BVerfGE 50, 290 (Mitbestimmung) und aus neuerer Zeit BVerfG EuGRZ 1994, 245 ff. (Cannabis).

²⁹ Nicht selten trifft solche in der Zusammenschau gegensätzliche Kritik ein und dieselbe Entscheidung.

³⁰ Weder handelt es sich technisch um ein Urteil (vielmehr um einen Beschluß), noch geht es nur um das Kruzifix (vielmehr auch um das schlichte Kreuz ohne Darstellung des Gekreuzigten).

³¹ Angesichts des laxen Sprachgebrauchs in den letzten Monaten (vgl. auch Ross, unten Fn. 35) ist darauf hinzuweisen, daß sich die Opposition der Bayerischen Staatsregierung gegen den Karlsruher Beschluß nicht als ziviler Ungehorsam adeln läßt. Der von ihr intuete Gesetzesbeschluß im Bayerischen Landtag ist maskierter Rechtsungehorsam.

³² Von den zahllosen Berichten und Kommentaren siehe nur Knapp, Die Frau in der Zentrale kriegt den ersten Ärger ab, FR v. 16. 8. 1995; Jungel, Die unsichtbare Kirche, FAZ v. 14. 9. 1995; Schostaek, Die Preußen sitzen jetzt in Karlsruhe, FAZ v. 25. 9. 1995; Gunther, Das Recht, die Moral und die Mehrheit, FR v. 22. 8. 1995 und Wehler, Der Kampf gegen Karlsruhe, in: DIE ZEIT Nr. 49 (1995).

³³ So allen Ernstes der Bischof von Hildesheim, FAZ v. 25. 8. 1995.

³⁴ Kardinal Meisner, Bericht der FR v. 12. 8. 1995.

³⁵ FR v. 17. 8. und 9. 9. 1995. Zur aufs Ganze gehenden, auf die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit zielenden Kritik vgl. die Erklärung von Justizministern der SPD und des Bündnis 90/Die Grünen, FAZ v. 25. 8. 1995. Vgl. außerdem Augstein, Hande weg vom Gericht, Der Spiegel Nr. 35 (1995), 36 (eine wirre Attacke auf das und zugleich eine Verteidigung des BVerfG); Ross, Hüter der Verfassung, FAZ v.

Die Angegriffenen zeigten Wirkung und Abwehrbereitschaft. Anfangs wies der Vorsitzende des Ersten Senats die Verantwortung für den Streit ums Kreuz den starrsinnigen bayerischen Kultusbehörden zu.³⁶ Dann besserte er, verfahrensrechtlich nicht ganz korrekt, in seiner Pressemitteilung den in der Tat mißverständlichen Ersten Leitsatz nach.³⁷ Auf dem Spiel stehe mittlerweile neben der Autorität des Gerichts auch die Verbindlichkeit des Rechts, sekundierte sein Richterkollege Grimm.³⁸ Am Ende meinte die Präsidentin des BVerfG, die Grenze zumutbarer Kritik sei erreicht.³⁹

Was um Himmels willen hatte das BVerfG, genauer: Was hatten drei Richter und zwei Richterinnen seines Ersten Senats im Namen des Volkes entschieden? Nicht »Kruzifixe verfassungswidrig«, wie die Frankfurter Allgemeine Zeitung ebenso knapp wie falsch meinte. Wohl aber, daß es dem Landesgesetzgeber von Verfassungen wegen verwehrt sei, das Aufhängen von Kruzifixen in den Klassenräumen öffentlicher Schulen zur Pflicht zu machen. Glaubens- und Gewissensfreiheit, immerhin das älteste Grundrecht überhaupt und in Art. 4 I GG ohne Vorbehalt verbürgt, verböten es, einer bestimmten – hier: der katholischen – Glaubensüberzeugung »mit staatlicher Unterstützung Ausdruck zu verleihen« und die andersgläubigen Schüler zu zwingen, »unter dem Kreuz zu lernen«.⁴⁰

Wer den Blick zwischen der Verfassung einer demokratischen Republik und § 13 I 3 BayVSO hin- und herwandern läßt und im übrigen zu Befürchtungen, das Abendland könne an kreuzlosen Klassenzimmern untergehen, Abstand zu halten vermag, wird an Beschluß und Begründung wenig Sensationelles finden. Mit (1) der negativen Religionsfreiheit, (2) der Trennung von Staat und Kirche in einer säkularisierten Gesellschaft und dem (3) daraus sich ergebenden Prinzip der weltanschaulichen Nichtidentifikation sowie (4) dem Grundsatz der Parität von Kirchen und Bekenntnissen sind die verfassungsrechtlichen Markierungspunkte vorgezeichnet. Der staatliche Schulherr hat sie bei der Veranstaltung von Schule zu respektieren. Regionale Traditionen oder Erziehungsziele in Landesverfassungen, wie die bayerische Ehrfurcht vor Gott (Art. 131 II BV), erlangen auch im Durchgang durch das föderalistische Prinzip nicht die Kraft, bundesverfassungsgesetzlich verbürgte Grundrechte einzuschränken.⁴¹ Daß diese, wenn ihre Verletzung festgestellt werden kann, legislativen Mehrheiten in den Arm fallen, also minderheitenschützend wirken, liegt nicht an Karlsruhe, sondern der Struktur solcher Verbürgungen als negativen Kompetenzbestimmungen.⁴²

Kann mithin das von der Mehrheit des Ersten Senats befürwortete Ergebnis schwerlich als anstößig bezeichnet werden, so gibt noch weniger deren Sprache Anlaß zur Beanstandung. Freilich macht die Senatsmehrheit unverblümt und (für viele schwer erträglich) unmißverständlich deutlich, daß das Kreuz nicht zugleich für die einen

1. 9. 1995, der die »Rückkehr zur Gesinnungstatschaft« befürchtet. Ausführlicher: Ders., Die ungeliebte Legalität, in: Merkur 1995, 1084 ff. (interessant ist die Interpretation des Kruzifix-Streits als Fortsetzung der Brent-Spar-Hysterie) und Herz, Reaktionäre Vorstellungen, in: Merkur 1995, 1141 ff. Kutschka, Gotterdämmerung in Karlsruhe, in: Blätter für deutsche u. internat. Politik, H. 10 (1995), diagnostiziert ein »bigottes Verhältnis zum Rechtsstaat« und Akzeptanzprobleme.

36 Hierzu auch Czermak, NJW 1995, 3348 ff. In kritischer Distanz zur Senatsmehrheit, hinsichtlich Art. 4 I GG jedoch alles andere als überzeugend: Link, NJW 1995, 3353 ff.

37 Presseerkl. des Vizepräsidenten des Ersten Senats, FR v. 12. 8. 1995. Der 1. Leitsatz lautet: »Die Anbringung eines Kreuzes oder Kruzifixes in den Unterrichtsraumen einer staatlichen Pflichtschule, die keine Bekenntnisschule ist, verstößt gegen Art. 4 Abs. 1 GG.« Die Korrektur präzisierte, wie aus den Beschlußgründen ersichtlich, daß nur die »staatlich angeordnete« Anbringung verfassungswidrig ist (EuGRZ 1995, 359).

38 Grimm, Unter dem Gesetz, FAZ v. 7. 9. 1995.

39 Limbach, »Die Grenzen sind erreicht« (Interview), Der Spiegel Nr. 35 (1995), 34 ff.

40 EuGRZ 1995, 363.

41 Das scheinen die dissentierenden Richter zu übersehen (EuGRZ 1995, 366 ff.).

42 Ausführlich dazu Denninger, Der Einzelne und das allgemeine Gesetz, KJ 1995, 425 ff. Eben das verkennt Link, NJW 1995, 3348 ff.

und in einem Kontext als christliches Symbol, für die anderen und in anderem Kontext als nur kulturelle Errungenschaft und Verkörperung abendländischer Werte erhalten kann.⁴³ Schließlich fehlt auch der besonders häufig attackierten Metapher »unter dem Kreuz lernen« jeder Überraschungseffekt. Daß »unter dem Kreuz« Handlungen von verfassungsrechtlichem Belang geschehen können, stellte das BVerfG bereits lange zuvor in seiner Entscheidung zu Kreuzen in Gerichtssälen fest.⁴⁴ Es kann also keine Rede davon sein, die Kruzifix-Mehrheit des Ersten Senats habe »mit der Brechstange argumentiert«,⁴⁵ wie ein ehemaliger Verfassungsrichter meinte kundtun zu müssen. Im Gegenteil ist jenem BVerfG, das unter aktiver Mitwirkung eben dieses Kritikers die Vor-Urteile zum Kruzifix-Beschluß fällte, vorzuwerfen, daß es in puncto »christlicher Gemeinschafts(?)schule« und Schulgebet nicht den Mut hatte, die Säkularisierungsgewinne des GG argumentativ einzulösen, statt dessen ein Exerzitium zur Unbestimmtheit des Rechts⁴⁶ vorführte, dem die Senatsminderheit in ihrem abweichenden Kruzifix-Votum nun freudig nacheifert.

Aus dem engeren Kontext des Kruzifix-Beschlusses ist nicht recht zu ersehen, was genau es war, das die Deiche der (wohl überwiegend geheuchelten) Empörung anstach. Dem Bruch mit der Rechtsprechung zu Schulgebet und Gemeinschaftsschulen, wiewohl beachtlich, fehlt für sich genommen die hinreichende Brisanz. Auch wegen dieses Bruchs nunmehr befürchtete Einflußverluste der Kirchen erklären nicht angemessen das teilweise hysterische Gezeter über die *möglicherweise* kreuzfreie Zone Schule. Daß Politiker mit rechtspopulistischen Neigungen, denen die ganze Richtung des Ersten Senats oder das Verfassungsgericht als Kontrolleur nicht paßt, als Trittbrettfahrer des Kreuzzuges gegen Karlsruhe auf billige Zustimmung aus waren und zugleich dem BVerfG vor anderen »allzu liberalen«, sprich: grundrechtsfreundlichen Sprüchen – zumal in Sachen Asyl⁴⁷ – den Schneid abkaufen wollten, läßt sich mit einer Reihe von Äußerungen belegen⁴⁸ und führt zurück zur Frage nach der gefährdeten Autorität des Verfassungsgerichts.

43 »Das Kreuz gehört nach wie vor zu den spezifischen Glaubenssymbolen des Christentums. Es ist geradezu sein Glaubenssymbol schlechthin. Es versinnbildlicht die im Opfertod Christi vollzogene Erlösung des Menschen von der Erbschuld« (EuGRZ 1995, 364). Dagegen stellt die dissentierende Minderheit apodiktisch die empirisch mehr als angreifbare und normativ fragwürdige Behauptung auf: »Es mag sein, daß in einem Schuler christlichen Glaubens beim Anblick des Kreuzes im Klassenzimmer teilweise diejenigen Vorstellungen geweckt werden, die von der Senatsmehrheit als Sinngehalt des Kreuzes geschildert werden. Für den nichtglaubigen Schuler hingegen kann das nicht angenommen werden. Aus seiner Sicht kann das Kreuz im Klassenzimmer nicht die Bedeutung eines Symbols für christliche Glaubensinhalte haben, sondern nur die eines Sinnbilds für die Zielsetzung der christlichen Gemeinschaftsschule, nämlich für die Vermittlung der Werte der abendländischen Kultur, und daneben noch die eines Symbols einer von ihm nicht geteilten, abgelehnten und vielleicht bekämpften religiösen Überzeugung« (EuGRZ 1995, 368).

44 BVerfGE 35, 336.

45 Benda, einer der Autoren der Schulgebets- und Gemeinschaftsschulen-Urteile, zit. nach Fromme, Wenn ein Gericht zuviel will (Fn. 32).

46 Die »christliche Gemeinschaftsschule« signalisiert bereits im Begriff eine Paradoxie, die dem Gericht hätte auffallen müssen. Wenn in der Urteilsbegründung (BVerfGE 41, 44 ff. u. 77 ff.) von »religiösen« bzw. »christlichen Bezügen« die Rede ist, so mag man diese im Hinblick auf Art. 7 III oder V GG für verfassungskonform halten, sollte sich dann freilich über das Konzept der »Gemeinschaft« Gedanken machen. (Krit. hierzu Renck, Aktuelle Probleme der christlichen Gemeinschaftsschule, KJ 1994, 488 ff. mwNachw.) Die These, das Schulgebet als »religiöser Bekenntnisakt, das außerhalb des Religionsunterrichts gesprochen wird, ist nicht Teil des allgemeinen Schulunterrichts, der im Rahmen des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags erteilt wird« (E 52, 238 f.), erscheint bedenklich genug. Jedoch die Schlußfolgerung, damit falle das Schulgebet »auch nicht unter die Vermittlung christlicher Kultur- und Bildungswerte« (S. 239), ist schlechterdings absurd. – Allgemein zur Unbestimmtheit: Frankenberg, Der Ernst im Recht, 303 f.

47 Hier ist freilich der Zweite Senat am Zug.

48 Im Anschluß an die Ableitung eines »Rechts auf das Kreuz« für die christliche Mehrheit der bayer. Bevölkerung warnte der Bayer. Ministerpräsident Stoiber des BVerfG davor, den Asylkompromiß auszuhebeln (Bericht der FAZ v. 9. 9. 1995). Vgl. auch Knapp, Die Frau in der Zentrale ..., FR v. 16. 8. 1995; Fromme, Ein Ruf wird verspielt, FAZ v. 14. 8. 1995.

Was gefährdet ist oder sein könnte, muß, so will es die Logik, zunächst einmal existieren. § 31 BVerfGG gibt einen Hinweis auf die Autorität des BVerfG: Seine Entscheidungen haben institutionelle Folgen. Als wichtigste wird dort die Verbindlichkeit genannt. § 35 BVerfGG ergänzt diese um den Gesichtspunkt der Vollstreckung. Von den Verfassungsgeossinnen und -geossen sowie vor allem von den anderen öffentlichen Gewalten wird Gehorsam erwartet. Deshalb fällt hinhaltender Widerstand des Gesetzgebers, der Aufträge aus Karlsruhe nicht erfüllt,⁴⁹ unangenehm auf. Desgleichen Unbotmäßigkeit aus den Reihen der Justiz⁵⁰, erst recht maskierter oder gar offener Ungehorsam von Seiten der Exekutive⁵¹. Selbst übermäßig scharfe Urteilsschelte aus der Mitte des souveränen Volkes⁵² gilt als unfein. Woraus zu schließen ist: Das BVerfG nimmt im politischen System der Bundesrepublik eine hervorgehobene Stellung ein, seine Richterinnen und Richter genießen eine besondere Autorität.⁵³

Gleich hinter »Autopsie« definiert der Große Duden, Autorität sei der »auf Leistung oder Tradition beruhende maßgebende Einfluß und das daraus erwachsende Ansehen und die maßgebende Person selbst; in der Theologie die nicht einsehbar, Glauben und Gehorsam fordernde Macht«.⁵⁴ Das Wörterbuch unterscheidet ferner: »autoritär« – in illegitimer Autoritätsanmaßung handelnd – und »autoritativ« – auf echte Autorität gestützt, in legitimer Vollmacht handelnd, maßgebend, entscheidend. Kürzer ließe sich sagen: Autorität hat, wer erwarten kann. Genauer: wer erwarten kann, daß die mit dem Anspruch auf Verbindlichkeit gesetzten Zeichen freiwillige Nachachtung finden. Die Freiwilligkeit, die eine legitime Autorität auszeichnet, verwandelt autoritäre Herrschaft in autoritative Macht und eine Leistung, wie Recht sprechen oder Gesetze beschließen und diese ausführen, in eine Personen oder Institutionen zugeschriebene Qualität. Sie besitzen Legitimität. Auf Freiwilligkeit sind Verfassungsgerichte in besonderer Weise angewiesen, da ihnen zur Durchsetzung ihrer Entscheidungen keine Zwangsgewalt zur Verfügung steht.

Folgen wir den Idealtypen legitimer Autorität Max Webers, so scheiden Charisma und Tradition vorderhand als Autoritäts- bzw. Legitimitätsquellen aus. Die These

49 Vgl. BVerfGE 8, 210/216; 17, 148/155; 22, 163/172 und 25, 167 ff., hinsichtlich der Gleichstellung nicht-ehelicher Kinder. Zu neueren nicht erledigten Aufträgen an den Gesetzgeber vgl. Salgo, KritV 1994, 262 ff.

50 Gezügelt justiziellen Ungehorsam demonstrierte der BGH (NJW 1988, 1738) gegenüber der Mutlangen-Entscheidung des BVerfG (E 73, 206), als es die verfassungsgerichtlich zugelassene Berücksichtigung der Fernziele im Rahmen der Verwerflichkeit nunmehr in die Strafzumessung verbannte. Vgl. auch die BVerfG-Rüge des OLG Nürnberg, es habe sich »nicht mit der gebotenen Nuchternheit mit seiner Rechtsprechung auseinandergesetzt« (2 BvR 219/94).

51 Während die Kritik mißliebiger Urteile durch Regierungsmitglieder gang und gabe ist und diese dabei nicht immer Maß halten (siehe etwa die Reaktionen auf den »Soldaten«-Beschluß, auf die jüngste Sitzblockaden-Entscheidung und zuletzt das Spionage-Urteil), durfte offener exekutiver Widerstand die Ausnahme sein. Als eine solche gilt der Hinweis der Bundesregierung an den Präsidenten des BVerfG aus Anlaß der Schleyer-Entscheidung (E 46, 160), man werde sich auch einer verfassungsrichterlich verfügten Freilassung der inhaftierten Terroristen widersetzen.

52 Für scharfe, Souveränitätsmangel dokumentierende Angriffe auf das BVerfG zur neuesten Sitzblockaden-Entscheidung (NJW 1995, 1141) und zum »Soldaten«-Beschluß (NJW 1994, 2943) vgl. Ruthers, Als Motor des Zeitgeistes ungeeignet, und die eher gehässigen, auf Mißverständnis angelegten Ausfälle von Roelleke, Bio-Recht oder die Sanftmut von Gesäß-Protestierern, in: NJW 1995, 1525 ff.

53 Zum Begriff der Autorität vgl. Arendt, Was ist Autorität?, in: dies., Fragwürdige Traditionsbestände im politischen Denken der Gegenwart (Frankfurt/M. o. J.), 117 ff.; Friedrich, Politische Autorität und Demokratie, in: ZfPol NF 7 (1960), 1 ff.; Horkheimer (Hg.), Studien über Autorität und Familie (Paris 1936), insbes. 3 ff. (Horkheimer, Theoretische Entwürfe) und 136 ff. (H. Marcuse, Ideengeschichte); Sennett, Autorität (Frankfurt/M. 1985) und Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl. (Tübingen 1980), 122 ff. und 551 ff.

54 Fremdwörterbuch, 2. Aufl. (1971), 82.

einer »außeralltäglichen Hingabe an die Heiligkeit, Heldenkraft oder Vorbildlichkeit«⁵⁵ der Karlsruher Richterinnen und Richter wäre allzu ironisch – ein Ton, der auch von ihnen nicht sonderlich geschätzt wird.⁵⁶ Ebenso wenig können wir hier das Werk eines »Alltagsglaubens an die Heiligkeit von je her geltender Traditionen« vermuten.⁵⁷ Das Entzauberungswerk der Aufklärung hat ein für allemal den unbeschweren Rückgriff auf eine ehrwürdige, unbezweifelbare Überlieferung verlegt. Im Kontext einer säkularisierten Gesellschaft müßte das oberste Gericht seine Traditionsbasis wohl oder übel mit posttraditionalen Mitteln konstruieren. Diese paradoxe Aufgabe zu lösen, ist ihm weder bisher geglückt noch im Kontext einer demokratischen Republik zuzumuten.⁵⁸ Davon abgesehen stehen das jugendliche Alter der Institution sowie die unabschließbare Grundsatzdebatte über ihre demokratische Legitimität, auf die sogleich zurückzukommen sein wird, jener für die Geburt und Entwicklung einer Tradition erforderlichen, wehevollen Ruhe entgegen.

Also bliebe, wenn Weber das letzte Wort hätte, nur der »Glaube an die Legalität gesetzter Ordnungen und des Anweisungsrechts der durch sie zur Ausübung von Herrschaft Berufenen«.⁵⁹ Solche legal-rationale Autorität könnte sich hier aus der Verfassung ableiten und in der Tat einer Institution zugeschrieben werden. Diese Autoritätsgrundlage drängt sich auf, ist jedoch so unproblematisch nicht.

Am Anfang steht der Text: das Grundgesetz. Es überantwortet unter anderem dem BVerfG »rechtsprechende Gewalt« (Art. 92) und weist diesem bestimmte Entscheidungsverfahren zu (Art. 93), die auf entsprechende Befugnisse schließen lassen. Allerdings faßt sich das GG kurz hinsichtlich der Mitglieder des Gerichts und ihrer Wahl, legt sodann die Ausgestaltung der Gerichtsverfassung nebst Verfahrensordnung in die Hände des Gesetzgebers (Art. 94). Der vom Grundgesetz informierte Blick entdeckt ferner die Bindung auch des Verfassungsgerichts an die Grundrechte (Art. 1 III) und an »Gesetz und Recht« (Art. 20 III). All das – die Ermächtigung des BVerfG durch die Verfassung – durchaus prima facie eine Grundlage für einen Glauben an die Autorität kraft gesetzter Ordnung.

Freilich: Bei Lichte besehen, offenbart diese Grundlage tiefe Risse und Spannungen, die an ihrer Tragfähigkeit Zweifel aufkommen lassen. Diese konzentrieren sich, geweckt durch die beachtliche Machtfülle des BVerfG, insbesondere sein Recht, Beschlüsse des Gesetzgebers zu prüfen und bei Verstößen gegen das GG zu verwerfen, zunächst auf eine präzise Positionsbestimmung des Gerichts im Verfassungsgefüge. Zumal die in Art. 93 I Nr. 1–4 und 100 I GG vorgesehenen Verfahren legen nahe, in Karlsruhe ein »oberstes Verfassungsorgan« zu vermuten. Diese Stellung wird ihm jedoch von den Interpretationseliten verwehrt. Nach »herrschender Meinung«. Mangels Verfahrensautonomie bleibt dem BVerfG demnach nur der Verlegenheitsstatus einer »verfassungsorganähnlichen« Institution.⁶⁰ Und doch soll es

⁵⁵ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 124.

⁵⁶ Vgl. BVerfG – 2 BvR 291/94.

⁵⁷ M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 124.

⁵⁸ Selbst wenn die Richter immer wieder versucht haben, ihren Entscheidungsgründen die Rückendeckung einer fragwürdigen Tradition zu besorgen. Zur Argumentationsfigur der Tradition in der Rspr. des BVerfG vgl. die material- und gedankenreiche Monographie von Blankenagel, *Tradition und Verfassung. Neue Rechtsprechung und alte Geschichte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* (Baden-Baden 1987).

⁵⁹ Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 124.

⁶⁰ Zum Streit über die Organqualität vgl. Schlaich, *VVDStRL* 39 (1981), 133; Ipsen, *Staatsrecht I*, 6. Aufl. (1994) Rn. 845 ff.; Stern, *Staatsrecht II*, 345 mwNachw. und Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht* 3. Aufl. (1991), § 2, Rn. 13 ff. Siehe dazu insbes. Art. 94 II GG iVm §§ 1 ff. BVerfGG.

dieser Institution selbst geschaut und ausgedeutet werden kann, an einer strikten Bindung an das Prinzip demokratischer Legalität fehlen. Zum anderen durchzieht seine Entscheidungspraxis ein höchst eigenwilliges Verständnis von und Verhältnis zu richterlicher Zurückhaltung.⁷⁶ Wertordnungslehre als potentielle Bevormundung des Volkes und seiner öffentlichen Gewalten sowie wiederholte Belehrungen des Gesetzgebers über die Prinzipien aktiver Sozialgestaltung rücken das BVerfG in die gefährliche Nähe einer sich über das Verfassungsgesetz erhebenden Letztentscheidungsinstanz.

Wir können bilanzieren: Autorität kraft göttlicher Gnade, offenbarter Wahrheit oder ehrwürdiger Tradition kommt in einer demokratischen Republik nicht in Frage. Autorität kraft Verfassungslegalität ist von Paradoxien nicht frei. Autorität durch Leistung wäre eher denkbar, aber – angesichts der, wie oben illustriert, mal von Staats-, mal von Grundrechtsfreunden vorgetragenen Urteilsschelte – höchst prekär. Mithin spricht alles für eine paradoxe Intervention. In diesem Sinne soll hier die These verteidigt werden, daß das BVerfG seine Autorität dem Konflikt verdankt. Genauer: der selbstreflexiven Wahrnehmung gesellschaftlicher Kontroversen auf der Ebene und in der Sprache der Verfassung als Ausdruck einer »grundlegenden Konvention«.⁷⁷ Mit »grundlegender Konvention« werden jene Konfliktregeln bezeichnet, die sich einer expliziten oder stillschweigenden, allerdings nur wirksamen, wenn in der sozialen Praxis der Zivilgesellschaft aufweisbaren Übereinkunft verdanken. Als grundlegend gelten in diesem Kontext jene für eine einigermaßen zivilisierte Austragung von sozialen Kämpfen unverzichtbaren Regeln, insbesondere die Respektierung der physischen und psychischen Integrität der Konfliktgegner sowie die Anerkennung ihrer gleichen Freiheit. Die Bezeichnung »Konvention« soll die Möglichkeit der Änderung und die Notwendigkeit der Aktualisierung, damit zugleich die Risiken einer solchen Übereinkunft hervorheben. Hiermit treten die Mitglieder einer Zivilgesellschaft als Akteure ins Bild, die als einzelne und in Assoziationen die verschiedenen Öffentlichkeiten »bevölkern« und dort ihre unterschiedlichen Bedürfnisse und Interessen, Überzeugungen und Forderungen zur Geltung bringen.⁷⁸ *Erstens* nimmt das BVerfG soziale Konflikte gleichsam von außen als Beobachtungs- und Schlichtungsinstanz wahr. Und zwar als das legitime, auf Dauer gestellte Aufeinanderprallen kontroverser Meinungen und Forderungen, Lebenspläne und Weltbilder. Das Gericht befindet sich damit auf Augenhöhe einer interessensgespaltenen, radikal pluralistischen Gesellschaft. Frühzeitig erkannte es, daß Konflikte für eine demokratische Republik konstitutiv und folglich Dreh- und Angelpunkt für die Auslegung der Freiheiten politischer Kommunikation sind.⁷⁹ Von *Lüth*⁸⁰ bis *Brok-*

ders., *Der gebändigte Leviathan*, 143 ff.; Preuß, *Internalisierung des Subjekts*, 261 ff.; ders., *Legalität und Pluralismus*, 22 ff.

76 Vgl. BVerfGE 2, 79/96; 64, 158/168 ff.; 66, 84/95 (Zurückhaltung gegenüber dem Gesetzgeber); dagegen 35, 15; 39, 1 und 25, 167/178 ff. (wenig Zurückhaltung gegenüber dem Gesetzgeber); 18, 224/240; 54, 208/215 und 66, 116 (Zurückhaltung gegenüber der Justiz), dagegen 70, 93/97 und 80, 48/51 (weniger Zurückhaltung gegenüber der Justiz).

77 Diese »grundlegende Konvention« mag auch als demokratische Streitkultur bezeichnet werden. Ausführlich dazu Frankenberg, *Die Verfassung der Republik. Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft* (1996), bes. 150 f. und 191 ff.

78 Ausführlich hierzu Frankenberg (Fn. 77), Kap. II und Rodel/Dubié/Frankenberg, *Die demokratische Frage* (Frankfurt 1989).

79 Am prägnantesten wohl im Lüth-Urteil: »Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung ist als unmittelbarer Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt ... Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist.« (BVerfGE 7, 198/208; vgl. auch BVerfGE 5, 85/305)

80 BVerfGE 7, 198.

dorf⁸¹ haben die Richterinnen und Richter – sukzessive, wenngleich nicht immer gradlinig – ihr Konfliktbild vom Modell des quietistischen, am idealisierten Marktgeschehen orientierten, »rein geistigen Wettstreits« der Meinungen abgelöst und – mit aller gebotenen Vorsicht – den »Kampf der Meinungen«⁸² bis zur Grenze »Schmähhkritik«⁸³ zugelassen. Selbst nicht-argumentative, »nötigende Einwirkungen«⁸⁴ auf andere stellte das BVerfG unter den Schutz der Verfassung und bescheinigte dem zivilen Ungehorsam immerhin die Dignität eines diskussionswürdigen Phänomens, um diese Protestform schließlich realitätsnah aus dem Bannkreis der Gewaltnötigung zu befreien.⁸⁵

Mit solchen Entscheidungen hat das BVerfG, ob bewußt oder nicht, jene Ressource gehegt, von der eine Institution zehren muß, die den Gehorsam oberster Verfassungsorgane⁸⁶ notfalls weder mit polizeilichen Mitteln erzwingen noch mit Geld erkaufen kann. Diese Ressource ist die kritische Aufmerksamkeit und politische Handlungsfähigkeit der Akteure in den verschiedenen politischen Öffentlichkeiten, die die Vitalität einer Zivilgesellschaft konstituieren. Daß diese Öffentlichkeiten unberechenbar, fragmentiert, in Staats- und Grundrechtsfreunde, in Gegner und Befürworter der Verfassungsgerichtsbarkeit gespalten sind, tut ihrer Bedeutung als Autoritätsressource keinen Abbruch. Im Gegenteil: Von einer reinen Akklamationsöffentlichkeit hätte das Verfassungsgericht bereits auf mittlere Sicht keine Autoritätsimpulse zu erwarten. Erst öffentliche Kontroversen erzeugen von Fall zu Fall jene Reibungsenergien, für deren temporäre Entladung und Ableitung sich eine Verfassung als geeignete und erforderliche *Schiedsinstanz* empfehlen und erweisen kann.

Zweitens beteiligt sich das BVerfG, durchaus ambivalent, selbst an politischen Konflikten. Nicht mehr nur Forum oder Bühne für andere, wagt es sich nunmehr selbst in die öffentliche Arena, gibt seine üblicherweise als Neutralität deklarierte Zurückhaltung auf und wird aktiv. Weniger bei der Frage, ob der Bund das Schornsteinfegerwesen ordnen dürfe⁸⁷ oder wie das Nettoentgelt eines einer Kirchensteuer erhebenden Kirche nicht angehörenden Arbeitslosen zu berechnen sei⁸⁸. Wohl aber stets dann, wenn es die ohnehin nicht immer sichere verfassungsrechtliche Deckung verläßt und sich relativ unverhüllt mit den öffentlichen Gewalten⁸⁹ oder gar dem mutmaßlichen Volkssouverän, jedenfalls einer Mehrheitsmeinung,⁹⁰ anlegt. In diesen Fällen dekonstruiert das Gericht – eher unfreiwillig – jene mit der Vorstellung einer Schiedsinstanz verbundene Doktrin, seine Funktion sei, Frieden zu stiften, und prä-

81 BVerfGE 69, 315/344 ff.

82 BVerfGE 7, 198/208. Vgl. die vorsichtigere Formulierung in BVerfGE 25, 256/264 (Blinkfuer) und BVerfG NJW 1989, 381/382.

83 Vgl. BVerfGE 60, 234/240; 62, 230/244 f. Vgl. dazu Kubler, Wirtschaftsordnung und Meinungsfreiheit.

84 BVerfGE 69, 315/344 ff.

85 Ohne aber – richtigerweise – ein »Recht« auf zivilen Ungehorsam zu verkünden. Vgl. BVerfGE 73, 206 und st.Rspr. bis zur Wende hinsichtlich der Beurteilung des »vergeistigten Gewaltbegriffs« als nicht vereinbar mit Art. 103 II GG in BVerfG NJW 1995, 1141.

86 Im übrigen ist das BVerfG hinsichtlich der Durchsetzung seiner Urteile so machtlos nicht; vgl. etwa § 35 BVerfGG und BVerfGE 6, 300 (Vollstreckung des KPD-Verbots).

87 BVerfGE 1, 264.

88 BVerfGE 90, 226.

89 Ein solcher Fall war die Entscheidung zu »Soldaten sind Mörder«. Nach den scharfen Reaktionen vor allem der Exekutive auf freisprechende Urteile der Strafgerichte – erwartbar die Einporung des Bundesministers für Verteidigung, überraschend die Kritik des vormaligen Bundespräsidenten – hatte der vorsichtige Kammerbeschuß, der diese provokante Äußerung in den Schutzbereich von Art. 5 I GG einbezog, zwangsläufig den Charakter einer Parteinahme. Vgl. BVerfG NJW 1994, 2943 und die Einlassungen oder eigentlich: Auslassungen von Ruthers und Roellecke (Fn. 4) und die Kommentare von Herdegen, NJW 1994, 2933 ff.; Lorenz NJ 1994, 561 ff. und Soehring NJW 1994, 2926 ff.

90 In der Entscheidung zur Fristenlösung führte das BVerfG aus, daß es sich auch von einem »allgemeinen Wandel der hierüber in der Bevölkerung herrschenden Anschauungen« nicht irritieren lassen könne; BVerfGE 39, 1/67.

sentiert sich selbst als politischer Akteur. Dieser Rollenwechsel ist prekär, was sich beispielsweise dann zeigt, wenn das Gericht aus einer die Verfassung überwölbenden, vermeintlich »objektiven Wertordnung« eine argumentative Waffe für sich selbst schmiedet, oder wenn es jenseits des Horizonts einer *strict interpretation* Verfassungsaufträge auffindet und an die öffentlichen Gewalten adressiert.

Gelingen kann und innerhalb des Rahmens einer demokratischen Republik zu halten ist ein solcher Rollenwechsel freilich nur unter der teilnehmenden Beobachtung und notfalls protestierenden Mitwirkung einer einigermaßen wachen und kritischen Öffentlichkeit. Fällt diese aus, kann also von einer Zivilgesellschaft keine Rede sein, dann können sich in der Tat die von den Gegnern der Verfassungsgerichtsbarkeit befürchteten Gefahren einstellen. Hält jene jedoch die Augen offen, und ist sie zum »role-taking« bereit, d. h. fähig und willens, für die »grundlegende Konvention« einzutreten, dann vermag sie als »multikulturelle Gesellschaft der Verfassungsinterpreten« die für eine zivile Regelung gesellschaftlicher Konflikte notwendigen Prinzipien zu verteidigen.⁹¹

Drittens spiegelt das BVerfG das, was es wahrnimmt, nämlich die Konflikthaftigkeit der Gesellschaft, in seiner eigenen Entscheidungs- und Begründungspraxis wider. Allerdings mit der berufs- und situationsbedingten Behutsamkeit. Richterliche Urteile, das lernt man im juristischen Studium oder in der Referendarzeit – oder nie –, sind so zu begründen, daß der Zweifel schweigt. Deshalb beraten Gerichte ihre Sprüche unter Ausschluß der Öffentlichkeit und bringen ihre Gründe mit Hilfe der Relationstechnik auf eine Stromlinie, die zur »objektiven Wahrheit« oder authentischen Interpretation, zur offensichtlichen (Un-)Begründetheit einer Klage oder ähnlichen Eindeutigkeiten führen soll.

Dieser Methode, die alle Einwände zu Grabe tragen, jedenfalls einschläfern will, folgen die Mitglieder des BVerfG nur auf halbem Wege. Nach ihrer geheimen Beratung gewährt ihnen das Gesetz die Freiheit zu offenem Dissens (§ 30 II BVerfGG), wobei die Dissidenten entweder anonym bleiben⁹² oder in einem Sondervotum in Erscheinung treten können.⁹³ Wenngleich die Institution ihr Personal naturgemäß mehr oder weniger schwach nötigt, nach außen mit einer Stimme zu sprechen, fehlt es nicht an abweichenden Voten, die häufig mehr Einfluß gehabt und mehr für das Ansehen des BVerfG geran haben als die jeweilige Mehrheitsmeinung.⁹⁴ Wichtiger noch: Die Zulassung von offenem Dissens führt eine Transparenz ein, die nicht nur der Architektur seines Sitzes, sondern einem demokratisch-republikanischen Stil eher entspricht als demonstrative Geschlossenheit.⁹⁵ Dieser Stil ebenso wie ihre Doppelrolle legen den Verfassungsrichterinnen und -richtern nahe, Abschied zu nehmen von einem Selbstbild als »Knecht des Rechts«, das sich mit Formeln wie »Distanz und Diskretion«, »Dienst am Recht« und dem »Verzicht auf politische

91 Der zivile Ungehorsam (im strikten Sinne) läßt sich als ein solches role-taking interpretieren. Zur Phänomenologie und normativen Bedeutung dieser Protestform vgl. Frankenberg, *Ziviler Ungehorsam und rechtsstaatliche Demokratie*, JZ 1984 und ders., *Der zivile Ungehorsam auf dem Rechtsweg*, in: Roth/Rucht (Hg.), *Neue soziale Bewegungen in der Bundesrepublik*, 2. Aufl. (1991).

92 Vgl. etwa die 4 : 4 Konstellation in der ersten und die 5 : 3 Konstellation in der zweiten Sitzblockaden-Entscheidung (BVerfGE 73, 206 und BVerfG NJW 1995, 1114).

93 Zur Geschichte und Praxis der Sondervoten: Lamprecht, *Richter contra Richter. Abweichende Meinungen und ihre Bedeutung für die Rechtskultur* (Baden-Baden 1992).

94 Solche Ehren- und Ansehensrettungen waren – nie unstrittig – die Voten der Dissidenten und Dissidentinnen zum Abhor-Urteil (E 30, 1/33 ff.), zu den Entscheidungen betreffend die Fristenlosung (39, 1/68 ff.), die Treuepflicht (E 39, 378 ff.), die Parteienfinanzierung (E 73, 40/103 ff.), die parlam. Kontrolle der Geheimdienste (E 70, 324/366 ff.), die Neuordnung des Rechts der Kriegsdienstverweigerung (E 69, 1/57 ff.) und über Strafbarkeit des Umgangs mit Cannabis-Produkten (E 90, 145/212 ff.). Vgl. dazu auch Lamprecht, *Richter contra Richter* (Fn. 93).

95 Daß sich die Installation des Dissenses auch funktionalistisch interpretieren läßt – etwa nach Maßgabe von Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (Neuwied/Berlin 1969) –, liegt auf der Hand.

Ambitionen« in einem »entsagungsvolle(n) Amt«⁹⁶ noch angemessen beschreiben läßt. Die Entsagungen waren vorgezeichnet durch die Maxime, nach der ein Verfassungsrichter nicht verteidigt, nicht kommentiert und nicht »auf Angriffe, Kritik und Unverstand« reagiert.⁹⁷ Im Kruzifix-Konflikt – freilich nicht erst hier⁹⁸ – demonstrierten die Angegriffenen ein deutlich anderes Selbstverständnis und Selbstbewußtsein: Verfassungsrichterinne(n) und -richter lassen sich auf öffentliche Kommunikation ein.⁹⁹ Wer das als »Entscheidungs-Marketing« kritisiert, muß sich fragen lassen, ob solche Kritik nicht die selbstexplikative Kraft von Urteilsgründen überschätzt, heimlich noch immer der Sehnsucht nachgibt, der Zweifel möge schweigen, oder aber sich dagegen sperrt, das BVerfG in die nüchterne Realität einer demokratischen Republik einzufügen.

Schlußbemerkung

Das auf die Legitimität des Konflikts gegründete Ansehen des BVerfG, obwohl von Ambivalenzen nicht frei, hat einiges für sich. Der permanente Rollenwechsel sowie die veröffentlichten internen Differenzen arbeiten beharrlich der verbreiteten Sehnsucht nach einer quasi-transzendenten Instanz entgegen, die ein für allemal das letzte Wort hat. Mit 4 : 4- oder 5 : 3-Entscheidungen, Kursänderungen, overrulings und Grenzüberschreitungen demystifiziert ein Verfassungsgericht sich selbst und warnt zugleich vor einer Überschätzung des Legalen.¹⁰⁰ Eine derart kommunikative und streitbare Entscheidungspraxis legt uns nahe, Abstand zu halten von Dämonisierungen oder Idealisierungen dieser Institution. Als Hüter und Streiter zugleich bleiben Richterinnen und Richter aus Karlsruhe auf dem Teppich einer Konflikt- bzw. Zivilgesellschaft. Sie bekräftigen die Legitimität des unabschließbaren Diskurses über die Legitimität. Selbstreflexiv oder, wie es noch vor dreißig Jahren geheißen hätte, dialektisch.

⁹⁶ So der ehemalige Verfassungsrichter Geiger, zit. nach Lamprecht/Malanowski, Richter machen Politik (Frankfurt/M. 1979), 9.

⁹⁷ Geiger (Fn. 96).

⁹⁸ Geiger predigte öffentlich Wasser und trank heimlich Wein: Er selbst publizierte seinen Dissens mit der Richtermehrheit in Sachen EVG-Vertrag. Vgl. JZ 1953, 39 und Lietzmann, Das Bundesverfassungsgericht, 103. Auch andere Mitglieder des BVerfG haben sich nicht davon abhalten lassen, Entscheidungen zu erläutern oder zu verteidigen.

⁹⁹ Vgl. nur Grimm, Unter dem Gesetz (Fn. 38) und Limbach, Die Grenzen sind erreicht (Fn. 39).

¹⁰⁰ Vgl. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 3. Aufl. (1967), Vorrede.