

## Der Fall »LER« – ein Paradigmenwechsel im Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts?

Der Vergleichsvorschlag und sein Beitrag zur pluralistischen Verfassungstheorie

### 1. Einleitung

Bisher gab es eine verfassungsrechtliche Konstante im politischen System der Bundesrepublik Deutschland: Das Verfassungsgericht prüft jeden ihm vorgelegten Fall an der Verfassung und fällt eine Entscheidung. Egal, ob es sich um die erweiterte NATO-Strategie oder das Reiten im Wald, die europäische Integration oder ÖPNV-Semestertickets für Studenten handelte – das höchste deutsche Gericht war bisher stets der Meinung, für praktisch jede Frage sei aus dem Grundgesetz eine Lösung herauszulesen und in Form eines Urteils unumstößlich festzuschreiben. »In Fällen, wo die Verfassung tatsächlich keine Norm bereithält, weist es die Klage zumeist nicht etwa als nicht-justiziabel ab, sondern müht sich, die Lücke zu schließen.«<sup>1</sup> Daran änderte im Prinzip auch die nachträglich eingeführte Möglichkeit des Minderheitenvotums nichts, selbst wenn transparenter wurde, dass sich auch Verfassungsrichter bei der Aufgabe, der Verfassung mit ihren Generalklauseln diese jeweils grundgesetzzuhärente *einzigmögliche* Antwort zu entlocken, doch des öfteren uneins sind. »An die Seite dieser Weigerung, die Verfassung zu schließen, tritt ihre Öffnung. Wichtigstes Beispiel ist der Ausbau der Grundrechte zu einer Wertordnung, da die Grundrechtsauslegung damit auf eine noch abstraktere Ebene gehoben wird.«<sup>2</sup> Auch die Einführung neuer Entscheidungsformen wie »Appellentscheidungen« und »Ankündigungsentscheidungen« ist weniger als *judicial restraint* denn als eigenmächtige Ausweitung des Handlungsspielraums des Gerichts zu sehen.<sup>3</sup>

Im Rechtsstreit um das Unterrichtsfach »Lebensgestaltung–Ethik–Religionskunde« (LER) an brandenburgischen Schulen hat das Bundesverfassungsgericht nun erstmals offen den Willen ausgedrückt, in einer politisch und gesellschaftlich hochbrisanten Frage nicht letztverbindlich entscheiden zu wollen.<sup>4</sup> Zwar wurde die Entscheidungsform des Vergleichs bisher schon einmal von den Verfassungsrichtern bemüht, doch während der Zweite Senat im Jahr 1992 einen Prozess per Vergleich beendete, sollen im Fall »LER« die Beschwerdeführer nach Wunsch des Gerichts auf der Grundlage eines vom Ersten Senat vorgelegten Vorschlags »Erklärungen abgeben, durch die die Verfahren beendet werden können«.<sup>5</sup> Dies soll dadurch ermöglicht werden, dass nach einer erfolgten Einigung mit der brandenburgischen Regierung die »Antragsteller [...] die Verfassungsbeschwerden gegenüber dem Bundesverfassungsgericht zurücknehmen«,<sup>6</sup> d. h. der Senat kein Urteil erlassen muss.

Der eigentliche Inhalt des Beschlusses – der Vorschlag für eine Vereinbarung zwischen den Beschwerdeführern und der brandenburgischen Regierung – ist für die

1 H. Abromeit, Volkssouveränität, Parlamentsouveränität, Verfassungssouveränität: Drei Realmodelle der Legitimation staatlichen Handelns, in: Politische Vierteljahresschrift, 36. Jg., Heft 1/95, S. 49 (61).

2 B.-O. Bryde, Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1982, S. 175.

3 Vgl. ebd., S. 176.

4 BVerfG, 1 BvF 1/96 vom 11. 12. 2001 (<http://www.bverfg.de>).

5 Ebd., Rn. 2.

6 Ebd., Rn. 25.

folgenden stichpunktartigen Betrachtungen nebensächlich.<sup>7</sup> Im Mittelpunkt stehen allgemeine Überlegungen zu möglichen Auswirkungen der Entscheidungsform des Vergleichsvorschlags auf die Verfassungs- und Demokratietheorie sowie die politische Praxis in der Bundesrepublik. Zunächst soll mit Rückgriff auf Häberle<sup>8</sup> ein Modell pluralistischer Verfassungsinterpretation in Erinnerung gerufen und aus demokratietheoretischer Sicht problematisiert werden. Im Anschluss daran werden potenzielle Folgen eines (zumindest partiell) veränderten Rollenverständnisses und -verhaltens des Bundesverfassungsgerichts für Wissenschaft und Praxis skizziert.

## 2. *Pluralistische Verfassungsinterpretation und Letztentscheidungsrecht*

In den siebziger Jahren formulierte Peter Häberle Beiträge zu einer »Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft«. Ein Kernpunkt seiner Arbeiten war die Beteiligungsfrage: »These ist: In die Prozesse der Verfassungsinterpretation sind potentiell alle Staatsorgane, alle öffentlichen Potenzen, alle Bürger und Gruppen eingeschaltet.«<sup>9</sup> Die »Demokratisierung der Verfassungsinterpretation«<sup>10</sup> müsse angestrebt werden. »Es wäre falsch, die Beeinflussungen, Erwartungen, sozialen ›Zwänge‹, denen Richter ausgesetzt sind, nur unter dem Aspekt der Gefährdung ihrer Unabhängigkeit zu sehen. Diese Beeinflussungen enthalten auch ein Stück Legitimation.«<sup>11</sup> Häberle's gutgemeintes Modell hat allerdings einen demokratietheoretischen Haken: Das Recht zur letztverbindlichen Entscheidung verbleibt beim demokratisch schwach legitimierten Bundesverfassungsgericht,<sup>12</sup> dem »letztlich ›kompetenten‹ Verfassungsinterpreten«. <sup>13</sup> So liegt es bei den Verfassungsrichtern, frei darüber zu befinden, welche Meinungen und Einflüsse der pluralistischen Gesellschaft sie in ihre Entscheidungsfindung aufnehmen bzw. nicht berücksichtigen. Um es überspitzt zu formulieren: Die Gesellschaft darf und soll über die Auslegung der Verfassung diskutieren, während das Bundesverfassungsgericht sich davon zwar inspirieren lassen kann, aber letztlich doch hinter verschlossenen Türen auf der Basis teilweise kaum transparenter Kriterien das für alle verbindliche, nicht kontestierbare Urteil fällt. Der erste Teil dieses Ansatzes erinnert an die deliberative Demokratietheorie mit ihrem idealtypischen Modell des öffentlichen Diskurses; jedoch dürfte die Form der eigentlichen Entscheidungsfindung aus diskurstheoretischer Sicht unannehmbar sein. Auch nach Häberle's Modell übernimmt letztlich das Bundesverfassungsgericht »die Funktion der Verfassungsergänzung und -weiterentwicklung, mithin zumindest partiell die Rolle der ›*powvoir constituant*‹; d. h. es tritt an die Stelle des – im Verfassungsstaat fehlenden – Souveräns«. <sup>14</sup>

## 3. *Das Bundesverfassungsgericht als Moderator und Mediator?*

Betrachtet man das Verhalten des Bundesverfassungsgerichts im Fall »LER« aus dem Blickwinkel der eben skizzierten (und kritisierten) »offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten«, <sup>15</sup> so fällt zunächst auf, dass das Gericht (vorerst) absichtlich auf

<sup>7</sup> Siehe hierzu zusammenfassend H. Kerscher, Die Partner sind frei. Der Karlsruher Vergleichsvorschlag ist nicht bindend, in: Süddeutsche Zeitung, Nr. 286 vom 12. 12. 01, S. 8.

<sup>8</sup> P. Häberle, Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, Berlin 1978.

<sup>9</sup> Ebd., S. 156.

<sup>10</sup> Ebd., S. 157.

<sup>11</sup> Ebd., S. 166.

<sup>12</sup> Vgl. Häberle, ebd., S. 160.

<sup>13</sup> Ebd., S. 169.

<sup>14</sup> Abromeit (Fn. 1), S. 60.

<sup>15</sup> Häberle (Fn. 8), S. 155.

sein Recht verzichtet, über den Normenkontrollantrag bzw. die Verfassungsbeschwerden verbindlich zu entscheiden. Dies mag vielleicht daran liegen, dass im Senat keine Einigkeit über ein Urteil besteht. Allerdings haben Meinungsverschiedenheiten in der Vergangenheit das Gericht noch nie davon abgehalten, eine Entscheidung zu fällen; notfalls wurde ein Urteil mit einem Abstimmungsergebnis von 4:4 Stimmen zur verbindlichen Verfassungsauslegung. Im vorliegenden Fall scheint der Senat das Fach LER ohnehin für verfassungsgemäß zu erachten, sonst hätte er wohl nicht in seinem Schlichtungsentwurf die Beibehaltung aller LER betreffenden Regelungen vorgeschlagen.<sup>16</sup> Auch hätte das Gericht den Streitparteien kaum völlig freie Hand bei der Festlegung einer Vereinbarung zugestehen können, wenn die Verfassungsmäßigkeit von LER nicht außer Frage stehen würde.<sup>17</sup>

Somit dürfte nicht strittig sein, ob das Bundesverfassungsgericht in diesem Fall aufgrund der Verfassungslage ein Urteil fällen könnte oder nicht. Das Gericht *will* in dieser Sache nicht entscheiden. Dies ist festzuhalten, auch wenn es schließlich doch urteilen muss, falls eine außergerichtliche Einigung auf der Grundlage des Schlichtungsvorschlags nicht zustande kommt. Das Bundesverfassungsgericht scheint nicht mehr bereit, grundsätzlich jeden Fall auch gegen inner- und außergerichtliche Widerstände gleich letztverbindlich zu entscheiden und so gegebenenfalls den Unmut einflussreicher Gesellschaftsgruppen auf sich zu ziehen, d. h. Vertrauensverluste in Bevölkerung, Politik und Wissenschaft zu riskieren. Vorschnell könnte man mutmaßen, das Gericht schließe sich dem Trend zum *soft law* an. Doch welche Konsequenzen könnte ein solches, verändertes Rollenverhalten in Zukunft haben?

Das Bundesverfassungsgericht wäre weniger Entscheider und mehr Moderator bzw. Mediator. Beschränkten sich die zwei Senate bisher im Idealfall darauf, resümierend tätig zu werden und Kompromisslösungen in Entscheidungen zu gießen, so fällt dieser letzte Schritt jetzt mitunter weg, sollte der Fall LER Schule machen: Das Gericht präsentiert einen Kompromissvorschlag und beschließt nur dann verbindliche Urteile, wenn sich die Streitparteien nicht einigen können. Bisher wurden die höchstrichterlichen Urteile aus Karlsruhe oftmals insbesondere aufgrund ihres politische Differenzen überbrückenden Charakters geschätzt. Es bleibt abzuwarten, ob das Bundesverfassungsgericht nicht vielleicht ausgerechnet dadurch an Ansehen einbüßt, dass es seine Kompromisse nicht gleich als verbindliche Verfassungsinterpretationen präsentiert, sondern den Streitparteien zunächst die mit einem ausgewogenen Vorschlag versehene Chance zu einer außergerichtlichen Einigung ermöglicht. So sehr eine derartige Neuerung aus demokratietheoretischer Sicht zu begrüßen wäre, weil das Gericht hier nur über den verfassungsmäßig gebotenen Rahmen, nicht aber den konkreten Inhalt eines politischen Streits entscheiden würde – also wirklich *judicial restraint* übt –, so könnte in Bevölkerung und Politik doch angesichts der bisherigen Praxis die Anspruchshaltung überwiegen, von den roten Roben aus Karlsruhe keinen weiteren Beitrag zur politischen Debatte, sondern eine unanfechtbare Entscheidung vorgesetzt bekommen zu wollen.

Noch kann man über ein verändertes Rollenverständnis des Bundesverfassungsgerichts und dessen Folgen für Wissenschaft und Politik nur Vermutungen anstellen. Ob und inwieweit der Fall LER Präzedenzcharakter hat, wird sich erst im Laufe der Zeit zeigen, wobei sich das Gericht vor allem an den Reaktionen auf seinen Vergleichsvorschlag in Politik, Wissenschaft und Öffentlichkeit orientieren dürfte.<sup>18</sup> Es

<sup>16</sup> Vgl. BVerfG (Fn. 4), Rn. 11.

<sup>17</sup> Vgl. BVerfG (Fn. 4), Rn. 3.

<sup>18</sup> Erste Reaktionen sind mehrheitlich positiv, vgl. H. Kerscher, Karlsruhe für Religionsunterricht in Bran-

steht außer Zweifel, dass das Gericht seinen Handlungsspielraum nicht mehr einschränken wird, als ihm im »Interesse und Bedürfnis der Institution Bundesverfassungsgericht«<sup>19</sup> nötig erscheint. Deshalb ist wohl davon auszugehen, dass Vergleichsvorschläge auch in Zukunft eher Seltenheitswert haben werden. Immerhin sind Ansätze erkennbar, dass das Gericht bereit ist, sich bei besonders strittigen Fragen in bisher ungewohnter Form zurückzunehmen und den Ball versehen mit einem Kompromissvorschlag in die Arena der Politik zurückzuspielen – zweifellos ein demokratietheoretischer Gewinn aus Sicht einer konsequent verstandenen »offenen Gesellschaft von Verfassungsinterpreten«, und rollentheoretisch durchaus nachvollziehbar, denn »das Gericht kann die sozialen Rahmenbedingungen seiner Entscheidungen umso souveräner ignorieren, je weniger soziale Folgen seine Entscheidungen haben«. <sup>20</sup> Vielleicht hat sich Bryde an diesen Gedanken aus seiner Habilitationsschrift erinnert, als er kürzlich – nunmehr Verfassungsrichter – den Beschluss zum Fall LER mitunterzeichnete.

## Rüdiger Fleiter

### Die Ludwigsburger Zentrale Stelle – eine Strafverfolgungsbehörde als Legitimationsinstrument? Gründung und Zuständigkeit 1958 bis 1965

#### *Einleitung*

Im Dezember 1958 nahm die Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung von NS-Verbrechen in Ludwigsburg (ZSt) bei Stuttgart ihre Tätigkeit auf. Die Behörde stand vor einer gewaltigen Aufgabe, die bis dahin sträflich vernachlässigt worden war: der strafrechtlichen Aufarbeitung des Holocaust. Die Zentrale Stelle erhielt den Auftrag, sämtliche nationalsozialistischen Tötungsverbrechen in Vorermittlungsverfahren systematisch aufzuklären, ihre Erkenntnisse an die Staatsanwaltschaften weiterzuleiten und die NS-Verfahren zu koordinieren. Bereits nach vier Wochen hatte sie 64 (!) Vorermittlungsverfahren eingeleitet – und das, obwohl erst einmal ein funktionierender Betrieb aufgebaut werden musste. 1959 leitete die Zentrale Stelle weitere 400 Vorermittlungsverfahren ein.<sup>1</sup> In den über 40 Jahren ihres Bestehens hat die Behörde gegen über hunderttausend Beteiligte ermittelt und etwa 16 000 Verfahren wegen NS-Verbrechen angestoßen.<sup>2</sup> Ludwigsburg hat aus dem In- und Ausland abertausende Akten des Grauens zusammengetragen und auf über 1,6 Millionen Karteikarten Personen, Tatorte und Einheiten erfasst. Obwohl die Zentrale Stelle gewaltige Anstrengungen unternahm, NS-Täter aufzuspüren und zu verfolgen, blieb die Strafverfolgung von NS-Verbrechen ein Unterfangen mit unbefriedigendem Ergebnis. Um diesen Umstand zu erklären, muss das

denburg, in: Süddeutsche Zeitung, Nr. 286 vom 12. 12. 01, S. 1; und dpa: CDU: Haben unser Ziel nicht erreicht, in: ebenda, S. 8.

<sup>19</sup> Vgl. Bryde (Fn. 2), S. 167 f.

<sup>20</sup> Bryde (Fn. 2), S. 189.

<sup>1</sup> Adalbert Rückerl, NS-Verbrechen vor Gericht. Versuch einer Vergangenheitsbewältigung, 2., überarb. Aufl., Heidelberg 1984, S. 146 f.

<sup>2</sup> Zahlen nach Michael Greve, Neuere Forschungen zu NS-Prozessen, in: KJ 32 (1999), S. 472 und ZSt, Die Tätigkeit der Zentralen Stelle in Zahlen seit ihrer Gründung bis zum 31. Dezember 1999.