

Online-Texte der Evangelischen Akademie Bad Boll

## Die zwei Krisen der Verfassungsrechtsprechung

*Prof. Dr. Dr. Ingo Müller*

### **Ein Beitrag aus der Tagung:**

60 Jahre Grundrechte

Entwicklungen und Gefährdungen

Bad Boll, 8. – 10. Mai 2009, Tagungsnummer: 520909

Tagungsleitung: Kathinka Kaden

---

### **Bitte beachten Sie:**

Dieser Text ist ausschließlich zum persönlichen, privaten Gebrauch bestimmt. Jede weitere Vervielfältigung und Verbreitung bedarf der ausdrücklichen Genehmigung des Urhebers/der Urheberin bzw. der Evangelischen Akademie Bad Boll.

© 2009 Alle Rechte beim Autor/bei der Autorin dieses Textes

Eine Stellungnahme der Evangelischen Akademie Bad Boll ist mit der Veröffentlichung dieses Textes nicht ausgesprochen.

Evangelische Akademie Bad Boll  
Akademieweg 11, D-73087 Bad Boll  
E-Mail: [info@ev-akademie-boll.de](mailto:info@ev-akademie-boll.de)  
Internet: [www.ev-akademie-boll.de](http://www.ev-akademie-boll.de)

# Die zwei Krisen der Verfassungsrechtsprechung

*Prof. Dr. Dr. Ingo Müller*

Das Bundesverfassungsgericht genießt von allen Verfassungsorganen das höchste Prestige. Dabei wurden über kein anderes Verfassungsorgan so vernichtende Urteile gesprochen: Dass es „in erschütternder Weise vom Weg des Rechts abgewichen sei“, meinte Justizminister Dehler, „dieser Beschluss ist ein nullum“ zu einer Entscheidung im Streit um die Europäische Verteidigungsgemeinschaft<sup>1</sup>, es habe „den gewaltenteiligen Staat ruiniert“ beklagte Norbert Geis<sup>2</sup> und dass man sich „von acht Arschlöchern in Karlsruhe“ nicht die Ostpolitik kaputt machen lasse, wird abwechselnd Herbert Wehner und Horst Ehmke zugeschrieben<sup>3</sup>.

Bei Umfragen in der Bevölkerung beurteilen regelmäßig rund 50 % das Ansehen des Bundesverfassungsgerichts als gut oder sehr gut. Zwar wird der Wert dieser Aussage dadurch etwas geschmälert, dass näheres Nachfragen ergibt, dass nur 8 % überhaupt wissen, was das Gericht macht, und nur eine kleine Minderheit zwischen den beiden Karlsruher Gerichten Bundesgerichtshof und Verfassungsgericht unterscheiden kann. Aber im Ansehen der Bevölkerung hatte das Gericht zwei Tiefpunkte 1975/78 und 1995, als die Zustimmung unter 40 % sank, und 1995 ist das einzige Jahr, in dem es mehr Teils-teils-Bewertung gab als Zustimmung.<sup>4</sup> Die Dellen im Renommee des Gerichts spiegeln seine zwei Krisen Mitte der Siebziger und der Neunziger Jahre wider.

Um die Krisen der Verfassungsrechtsprechung, man könnte auch sagen, des Grundrechts- oder Verfassungsverständnisses überhaupt, zu erfassen, muss man etwas zurückgreifen.

Aus der Rechtsprechung der fünfziger Jahre ragen zwei Entscheidungen hervor (eigentlich drei, aber zwei ergingen in derselben Sache), Höhepunkte der Rechtskultur in dieser sonst so trüben Justizperiode: 1. die 131er –Entscheidungen und 2. das Lüth-Urteil.

1. Aufgrund der Klage von 34 ehemaligen Gestapo-Beamten hatte das Bundesverfassungsgericht über das Gesetz zu Art. 131 GG zu entscheiden, das den von den Siegermächten entlassenen Beamten einen Rechtsanspruch auf Wiedereinstellung in den Staatsdienst gab, außer Belasteten der Entnazifizierung und Gestapo-Beamten. Entgegen der weit verbreiteten und auch in der Gesetzesbegründung enthaltenen Auffassung, dass das Deutsche Reich am 8. Mai 1945 keineswegs aufgehört habe zu bestehen und daher auch die Beamtenverhältnisse weiter gälten, erklärte das Verfassungsgericht am 17. Dezember 1953 unmissverständlich: „Alle Beamtenverhältnisse sind am 8. Mai 1945 erloschen.“<sup>5</sup> Die Reaktion war einhelliger Protest in der Juristenschaft. Der im Gegensatz zum Bundesverfassungsgericht fast ganz mit ehemaligen Richtern des Dritten Reichs besetzte Bundesgerichtshof beschloss, dem Urteil, das immerhin Gesetzeskraft hatte, nicht zu folgen;<sup>6</sup> ein bislang einmaliger Vorgang. Die

<sup>1</sup> U. Wesel, Der Gang nach Karlsruhe (2004), S. 71

<sup>2</sup> zit. nach taz v. 6.9.1995

<sup>3</sup> Die FAZ v. 27.6.1973 schreibt das Zitat nur „einem führenden Politiker der größeren Bonner Koalitionspartei“ zu, ohne den Urheber zu offenbaren.

<sup>4</sup> Institut für Demoskopie Allensbach, zit. n. Becker/Zimmerling, Politik und Recht, PVS-Sonderheft 36/2006, S. 271.

<sup>5</sup> BVerfGE 3, 58

<sup>6</sup> BGHZ 13, 265

vom Verfassungsgericht penibel aufgezählten Unrechtsakte der nationalsozialistischen Richter- und Beamtenschaft nannte der Große Zivilsenat unter Vorsitz des Präsidenten Hermann Weinkauff am 20. Mai 1954 bloße „Zierate“, welche die eigentliche Arbeit der Beamtenschaft nicht nennenswert beeinflusst hätten: „Der überwiegende Teil der deutschen Beamten hat sich... in erster Linie dem Staate und seinen legitimen Aufgaben verpflichtet“ gefühlt; der Treueeid auf Hitler habe ihm nicht persönlich gegolten, sondern „dem obersten Staatsorgan“.<sup>7</sup> Einflussreiches Mitglied des Großen Senats war damals Willi Geiger, Vorsitzender des III. Zivilsenats und gleichzeitig Richter des Bundesverfassungsgerichts von 1951 bis 1977, 26 Jahre lang. Aber nicht im Ersten Senat, von dem die 131er-Urteile stammen, sondern in Zweiten.

In einer zweiten 131er-Entscheidung rechnete das Verfassungsgericht dann am 19. Februar 1957<sup>8</sup> mit der damals unter Juristen gängigen Auffassung ab, der Justizalltag im Dritten Reich sei überwiegend rechtsstaatlichen Regeln gefolgt. Der Bundesgerichtshof hatte sich zum Beleg für seine These von den „Zieraten“ peinlicherweise auf die Spitzen der deutschen Nachkriegs-Rechtswissenschaft berufen, die mit denen der Nazi-Jurisprudenz weitgehend identisch waren. Das Verfassungsgericht hielt dem genüsslich entgegen, was diese Autoren früher geschrieben hatten, und sah keinen Grund, „ihren damaligen Ausführungen weniger wissenschaftlichen Ernst zuzuerkennen, als den heutigen.“<sup>9</sup> In einer vollständigen Auflistung aller Verwaltungszweige und Gerichtsbarkeiten zeigte das Verfassungsgericht den Bundesrichtern auf, dass sämtliche Bereiche der Rechtsprechung und öffentlichen Verwaltung, auch die scheinbar unpolitischen, am Unrecht der Nazi-Diktatur beteiligt waren. Die beiden 131er-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind die bislang ernsthaftesten Versuche der deutschen Justiz, sich vom Schatten der Vergangenheit zu befreien.

2. In seinem erst in den letzten Jahren so richtig gewürdigten Lüth-Urteil vom 15. Januar 1958<sup>10</sup> hatte das Gericht über das zu entscheiden, was Juristen „Drittwirkung der Grundrechte“ nennen.

Der Pressesprecher des Hamburger Senats Erich Lüth, engagierter Intellektueller und Vorstandsmitglied der Deutsch-Israelischen-Gesellschaft, hatte im September 1950 bei der „Woche des Deutschen Films“ in Hamburg anlässlich der Aufführung des Films „Unsterbliche Geliebte“ von Veit Harlan, einst Vorzeigeregisseur des Dritten Reichs, dem wir den Durchhaltefilm „Kolberg“ verdanken und den meistbesuchten Film der NS-Zeit, das antisemitische Propaganda-Stück „Jud Süß“, unter Hinweis auf diese Werke zum Boykott der Harlan-Filme aufgerufen. Auf Antrag der Dominik-Film-Produktionsfirma sowie des Herzog-Filmverleihs erließ das Landgericht Hamburg, gestützt auf § 826 BGB (vorsätzliche sittenwidrige Schädigung) eine einstweilige Verfügung gegen Lüth mit dem Verbot, weiter zum Boykott aufzurufen. Seine von Adolf Arndt vertretene Verfassungsbeschwerde schmorte einige Jahre beim Gericht, bis es das heute legendäre Urteil absetzte. Es entschied zwar nicht, dass Grundrechte generell in Privatrechtsverhältnissen gelten, sie sind weiterhin subjektive Abwehrrechte des Bürgers gegenüber dem Staat. Aber – und das ist das Neue – das Gericht ernannte sie zu obersten Prinzipien unserer Rechtsordnung und als solche überwölbten sie alle Rechtsgebiete. Sämtliche Normen der Rechtsordnung, auch des Privatrechts, müssen im Geiste der Grundrechte ausgelegt werden. Diese bildeten eine „objektive Werteordnung“, in deren Zentrum die Meinungsfreiheit steht, denn die ist die „Grundlage jeder Freiheit überhaupt“.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> BGHZ 13, 299

<sup>8</sup> BVerfGE 6, 167

<sup>9</sup> BVerfGE 6, 167

<sup>10</sup> BVerfGE 7, 198.

<sup>11</sup> BVerfGE 7, 198 <208>.

„Die Erfolgsgeschichte des Grundgesetzes“ schreibt der Staatsrechtsprofessor und Verfassungsrichter Dieter Grimm, „lässt sich nicht von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts trennen. Denn ihr verdankt es seine hohe Wirkungskraft“.<sup>12</sup> Im Umkehrschluss könnte man sagen, dass die Krisen des Verfassungsgerichts auch solche des Verfassungsverständnisses in Deutschland sind. Die Wirkung der Grundrechte wuchs nach Grimms Auffassung durch das Lüth-Urteil enorm: „Erstens wurden sie aus der reinen Staatsrichtung gelöst und auch auf gesellschaftliche Beziehungen erstreckt. Zweitens wurden sie auch aus der reinen Abwehrhaltung gelöst. Sie erlegen (dem Staat) nicht nur Unterlassungspflichten auf, sondern unter Umständen auch Handlungspflichten zur Freiheitssicherung, und schließlich gelten sie auch in der täglichen Rechtsanwendung“.

Dies alles gilt nicht nur für die Meinungsfreiheit. Zehn Jahre später wandte das Gericht im Lumpensammler-Fall dieselben Prinzipien auf die Religionsfreiheit an.<sup>13</sup> Nachdem die katholische Landjugend eine „Aktion Rumpelkammer“ gestartet hatte, um Alt-Textilien zu sammeln und für karikative Zwecke zu verwerten, hatte ihr das Landgericht Düsseldorf das auf Antrag eines professionellen Lumpensammlers wegen angeblichen Verstoßes gegen die guten Sitten verboten. Das Verfassungsgericht hob die Entscheidung auf und rügte, das Landgericht habe bei der Wertausfüllung der Generalklausel „Sittenwidrigkeit“ das Recht der Landjugend auf Religionsfreiheit nicht berücksichtigt.

Die grundrechtszentrierte Werteordnung stieß in der konservativen Rechtswissenschaft – eine andere gab es damals kaum – auf schroffe Ablehnung. Die Grundrechte hatten, wie die Marburger Staatsrechtslehrer Walter Hamel 1957 formulierte, „nicht den Sinn, individuelle Rechte besonders zu privilegieren, .... sondern die soziologischen Mächte im Staat zu dem harmonischen Gefüge der Gemeinschaft zusammen zu ordnen. Grundrechte sollen die Einheit des Staates .... konstituieren“.<sup>14</sup> Vor allem der damals einflussreichste Staatsrechtslehrer, Ernst Forsthoff, sah in der „Umbildung des Verfassungsgesetzes“ – so der Titel seines Beitrags zur Festschrift für Carl Schmitt – eine „Entformalisierung der Verfassung (durch) Werteanalyse und Werteabwägung“. Das sei keine Jurisprudenz mehr und führe zur „Preisgabe der Positivität des Rechts überhaupt“ und dadurch werde „die Rechtsprechung zum eigentlichen Herren einer nicht mehr freien, sondern wertgebundenen oder wertungsgebundenen Gesellschaft“.<sup>15</sup> Auch Carl Schmitt sprach – jetzt in der Festschrift für Forsthoff – von der „Tyrannei der Werte“. Und Forsthoff gab an anderer Stelle den Staat schon ganz verloren: „Die Situation des modernen Staates ist damit die, dass er kein Staat mehr ist“;<sup>16</sup> die Grundrechtsinterpretation wie im Lüth-Urteil verleihe dem Staat „eine gewisse Aura des Strauchdiebhaften“.<sup>17</sup>

Anfang der Siebziger Jahre war die Bundesrepublik eine andere geworden. Als in Bonn seit 1966 eine Große Koalition regierte und die parlamentarische Opposition auf die kleine FDP-Fraktion geschrumpft war, entstand die sehr viel mächtigere, damals wohl auch überschätzte „außerparlamentarische Opposition“, kurz APO genannt. Und seit dem 21. Oktober 1969 stand der Regierung sogar ein Sozialdemokrat vor. Uwe Wesel erklärt einen Schwenk der Verfassungsrechtsprechung aus der Opposition gegen diese Entwicklung<sup>18</sup>. Mir scheint dies jedoch eher eine Reaktion darauf, dass die Staatlichkeit von großen Teilen der Jugend und linksorientierter Intellektueller in Frage gestellt wurde.

<sup>12</sup> Die Karriere eines Boykottaufrufs, Die Zeit Nr. 40/2001.

<sup>13</sup> Urteil vom 16. Oktober 1968, BVerfGE 24, 236.

<sup>14</sup> Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat (1957), S. 64.

<sup>15</sup> Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung, in: Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl. (1976), S. 221.

<sup>16</sup> Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl. (1976), S. 181.

<sup>17</sup> aaO., S. 178.

<sup>18</sup> Der Gang nach Karlsruhe (2004), S. 225

Das erste Urteil, das eine veränderte Einstellung zu den Grundrechten erkennen ließ, die eher unscheinbare „Unteroffiziers-Diskussions-Entscheidung“ vom 18. Februar 1970, enthält den entlarvenden Satz: „Es ist festgestellt worden, dass der Beschwerdeführer bei der politischen Diskussion am 5. Juli 1968 für Ziele und Verhalten der sogenannten außerparlamentarischen Opposition Partei ergriffen hat“<sup>19</sup>. Die skurrile Entscheidung erging im Vorfeld der Abhörurteils. In einer Diskussion über Notstandsgesetze hatte ein Stabsunteroffizier kritisiert, dass gegen Telefon-Abhörmaßnahmen nicht mehr die Gerichte angerufen werden könnten, und dass „in der Bundesrepublik ... die freie Meinungsäußerung durch Repressalien eingeschränkt“ werde. Für diese Meinungsäußerungen war er disziplinarisch bestraft worden, und zu seiner Verfassungsbeschwerde stellte der Senat fest:

1. „Es steht nicht in Frage, dass in der Bundeswehr das aktuelle politische Geschehen offen diskutiert werden kann“.
2. „Mit der provozierenden Behauptung, in der Bundesrepublik könne man seine Meinung nicht frei äußern, diffamiert der Beschwerdeführer die freiheitliche demokratische Grundordnung“.
3. „Solche Äußerungen sind nicht durch das in Art. 5 Abs. 1 GG verbürgte Grundrecht gedeckt“.

Mit anderen Worten: Die Meinungsäußerung, bei uns würde man für Meinungsäußerungen bestraft, ist so offensichtlich unzutreffend, dass man für sie zu Recht bestraft wird. Mit dieser feinen Dialektik brachte der Senat sogar das Kunststück fertig, dem Beschwerdeführer voll und ganz Recht zu geben und seine Beschwerde dennoch zurück zu weisen.

Verfassungsdogmatisch interessant ist an diesem Urteil, dass mit ihm das erste Mal die Grundrechte in „Grundpflichten“ umgedeutet wurden: „Die Bundesrepublik Deutschland ist eine Demokratie, die von ihren Bürgern eine Verteidigung der freiheitlichen Ordnung erwartet und einen Missbrauch der Grundrechte im Kampf gegen diese Ordnung nicht hinnimmt“<sup>20</sup>.

Wenn das Gericht in der Folge – meist sogar unter Berufung auf das Lüth-Urteil – von der „Werteordnung des Grundgesetzes“ sprach, meinte es etwas gänzlich anderes als damals. Die Werte wurden andere. Nicht mehr, wie bei Lüth, die Grundrechte und in deren Zentrum die Meinungsfreiheit – Grundlage jeder Freiheit überhaupt<sup>21</sup> – sind die Bausteine dieser Ordnung, die dem „Schutz des Einzelnen gegen den allmächtig und willkürlich gedachten Staat dienen“<sup>22</sup>, sondern der Staat selbst, den es gilt, vor den Grundrechts-Beanspruchern zu schützen.

Offenbar hatte sich das Gericht die Vorwürfe der Staatsrechtslehrer zu Herzen genommen, seine Grundrechts-Judikatur löse den Staat von innen her auf: „Der Bestand der Bundesrepublik Deutschland und ihre freiheitliche Verfassungsordnung sind ein überragendes Rechtsgut, zu dessen wirksamem Schutz Grundrechte ... eingeschränkt werden können“<sup>23</sup>.

Mit den am 30. Mai 1968 vom Bundestag beschlossenen Notstandsgesetzen sollte auch eine „Souveränitätslücke“ geschlossen werden. Nach wie vor kontrollierten Geheimdienste der ehemaligen Besatzungsmächte den Fernmeldeverkehr, und deutsche Behörden waren auf deren Amtshilfe angewiesen. Mit dem Gesetz zu Art. 10 GG (Post- und Fernmeldegeheimnis) sollte die Lücke geschlossen werden. Gegen dieses Gesetz erhob das Land Hessen Normenkontrollklage, und eine Gruppe Mannheimer

---

<sup>19</sup> BVerfGE 28, 36

<sup>20</sup> aaO., S. 38.

<sup>21</sup> BVerfGE 7, 198 <208>.

<sup>22</sup> BVerfGE 2, 1 ff. (SRP-Verbot vom 23. Oktober 1952) sowie BVerfGE 5, 85 ff. (KPD-Verbot vom 17. August 1956).

<sup>23</sup> BVerfGE 30, 1

Richter und Rechtsanwälte Verfassungsbeschwerde. Gegenstand der Klagen war nicht die Befugnis, Telefongespräche abzuhören, sondern der im Gesetz vorgesehene Ausschluss des Rechtsweges gegen die Grundrechtseingriffe, wodurch die Kläger die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG verletzt sahen, die als Inbegriff des Rechtsstaatsbegriffs auch zu den Sakramenten der Verfassung nach Art. 79 Abs. 3 GG gezählt wird. Die Klagen wurden allesamt als unbegründet zurückgewiesen. Ausgehend von der zweimaligen Erwähnung des Verfassungsschutzes im Grundgesetz (in Art. 73 Nr. 10, wo die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder zur Bundes-Gesetzgebungs-Kompetenz erklärt wird und in Art. 87 Abs. 1, bundeseigene Verwaltung) argumentiert das Gericht:

1. „Das Grundgesetz (sieht) für den Verfassungsschutz ausdrücklich eine eigene Institution vor, das Verfassungsschutzamt“.
2. „Es kann nicht Sinn der Verfassung sein, zwar den verfassungsmäßigen obersten Organen im Staat eine Aufgabe zu stellen und (dafür) ein besonderes Amt vorzusehen, aber .... dem Amt die Mittel vorzuenthalten, die zur Erfüllung seines Verfassungsauftrags nötig sind“<sup>24</sup>

Und nötig erschien dem Gericht nicht nur das Abhören, sondern auch die Verweigerung des Rechtsschutzes, denn diese „dient der Effektivität des Verfassungsschutzes und macht eigentlich das Abhören und Briefe öffnen erst sinnvoll“<sup>25</sup>. Wenn es um die „Effektivität des Verfassungsschutzes“ geht, müssen sich alle Grundrechte, selbst der Menschenwürdesatz –die Kläger hatten auch eine Verletzung der Menschenwürdegarantie gerügt -, „systemimmanente Modifikationen“<sup>26</sup> gefallen lassen. Otto Mayer, Begründer der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft und wegen eines ironisch gemeinten Wortes unberechtigterweise der verfassungsrechtlichen Indifferenz verdächtigt („Verfassungsrecht kommt und geht, Verwaltungsrecht aber besteht“), hatte einst „Organisationsnormen zu Eingriffsbefugnissen umzuinterpretieren (und genau das hat das Gericht im Abhörurteil getan), als Kennzeichen des Polizeistaats“ bezeichnet.

In ihrem abweichenden Votum rügten die Richter Geller und von Schlabrendorff sowie die Richterin Rupp-von Brünneck, „mit der gleichen Argumentation könnten auch verschärfte Vernehmungen (d.h. Folter) zugelassen werden“.

Im April 1978 sprach das Gericht auf genau die gleiche Weise der „Errichtung und Funktionsfähigkeit der Bundeswehr“ „verfassungsrechtlichen Rang“ zu<sup>27</sup>. Die sozialliberale Koalition hatte im Juli 1977 mit einer Änderung des Wehrpflichtgesetzes die Gewissensprüfung für Kriegsdienstverweigerer abschaffen wollen<sup>28</sup>. Gegen die geplante „Postkartenlösung“ klagten die CDU/CSU-Bundestagsfraktion und die Länder Bayern, Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz. Der Zweite Senat erklärte das Gesetz für verfassungswidrig, wobei es den „hohen verfassungsrechtlichen Wert der Bundeswehr“ gegen das in Artikel 4 Abs. 3 garantierte Recht auf Kriegsdienstverweigerung ausspielte.

Auf Vorlage des Amtsgerichts Lüneburg, das es für verfassungswidrig hielt, dass Sozialarbeiter nicht auch ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 Abs. 1 StPO haben, reihte das Gericht, wieder der Zweite Senat, am 19. Juli 1972 auch die „Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege“ in die Werteordnung ein<sup>29</sup>: „Soweit der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit die Idee der Gerechtigkeit als wesentlichen Bestandteil enthält, verlangt er auch die Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Rechtspflege“. Der

---

<sup>24</sup> BVerfGE 30, 1 (20)

<sup>25</sup> BVerfGE 30, 1 (19)

<sup>26</sup> BVerfGE 30, 1 (29).

<sup>27</sup> BVerfGE 48, 127 (159)

<sup>28</sup> BGBl I, 1229

<sup>29</sup> BVerfGE 33, 367



Anlass, die Vorlage eine Vorlage nach Artikel 100 GG, war eher unauffällig. Aber die Entscheidung erging zu Beginn der großen Terroristenprozesse, für die sich das neue Konstrukt verwenden ließ und für die es offenbar auch gemacht wurde. Die „unabweisbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung“ und „die Aufklärung schwerer Straftaten als wesentliche(r) Auftrag eines staatlichen Gemeinwesens“ lassen sich gegen die verfassungsrechtlich verbürgten prozessualen Rechte Beschuldigter abwägen. Das Rechtsstaatsprinzip, das nach klassischer Auffassung dem staatlichen Verfolgungsinteresse Grenzen setzen soll, wird mit dieser Konstruktion ambivalent und kann auch eine Einschränkung der Prozessgarantien verlangen. Zu Recht wandte der Bonner Strafrechtslehrer Gerald Grünwald gegen dieses Verfassungskonstrukt ein: „Der Rechtsstaatsbegriff wird pervertiert, wenn er gegen den beschuldigten Bürger gekehrt und als Legitimation für die Entfaltung der Staatsgewalt im Interesse der Strafverfolgung verwendet wird“.<sup>30</sup>

Vollends vom Staatspathos durchdrungen ist die Radikalen-Entscheidung vom 22. Mai 1975<sup>31</sup>. Dabei war ihr Tenor gar nicht zu beanstanden. Das Land Schleswig-Holstein hatte den geprüften Rechtskandidaten Heiner Sämisch von der Roten Zelle Jura unter Hinweis auf den Beamtenstatus der Referendare und die damit einhergehende gesteigerte Staatstreue den Eintritt in den juristischen Vorbereitungsdienst verweigert. Das Verfassungsgericht erklärte § 9 Abs. 1 Nr. 2 des Landesbeamtengesetzes und § 25 der Justizausbildungsordnung, die für Referendare den Beamtenstatus vorschreiben, zwar nicht für verfassungswidrig aber es erlegte dem Land auf, neben dem Beamtenverhältnis eine nicht-diskriminierende Möglichkeit zu eröffnen, den Vorbereitungsdienst außerhalb des Beamtenverhältnisses abzuleisten, was auf das selbe hinausläuft.

Das 58 Seiten lange Urteil besteht fast ausschließlich aus obiter dicta, Ausführungen, die nichts mit dem zu entscheidenden Fall zu tun haben. Es liest sich, als habe der Berichterstatter Willi Geiger Rache nehmen wollen für die beiden 131er-Entscheidungen des Gerichts. Das Urteil entspricht voll und ganz dem Beschluss des Großen Zivilsenats vom 20. Mai 1954, dem mit den „Zieraten“, zieht eine Kontinuitätslinie vom Ende des 18. Jahrhunderts bis zu Art. 33 Abs. 5 GG und spricht von dem niemals in Frage gestellten „intakten, loyalen, pflichttreuen, dem Staat und seiner verfassungsmäßigen Ordnung innerlich verbundenen Beamtenkörper“, als hätte der Erste Senat in seinen zwei 131er-Entscheidungen nicht genau das Gegenteil festgestellt. Vom Beamten verlangt das Berufsverbotsurteil nicht nur die Einhaltung der Gesetze und Vorschriften, sondern „mehr als eine nur formal korrekte, im übrigen uninteressierte, kühle, innerlich distanzierte Haltung gegenüber Staat und Verfassung“<sup>32</sup> und steigert sich zu der Forderung, „dass er sich in dem Staat, dem er dienen soll, zu Hause fühlt, jetzt und jederzeit“.<sup>33</sup> Nachzutragen zu dem Urteil ist, dass 1995 der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte feststellte, die Berufsverbote seien menschenrechtswidrig und die Bundesrepublik verurteilte, 422.639 Mark Schadensersatz an die Lehrerin Dorothea Vogt zu zahlen.<sup>34</sup>

Der Etatismus der siebziger Jahre entsprach ganz dem Geschmack der deutschen Staatsrechtslehre. Werner Weber, Carl-Schmitt-Schüler wie Forsthoff, lobte, das Gericht sei „in eine staatsbewahrende Verantwortung von außerordentlichem Rang hineingewachsen“.<sup>35</sup> Und Hans Mayer, Politologieprofessor in München und langjähriger Kultusminister Bayerns, zeigte sich begeistert von dem „neue(n),

---

<sup>30</sup> JZ 1976, S. 766 (773)

<sup>31</sup> BVerfGE 39, 334

<sup>32</sup> BVerfGE 39, 334

<sup>33</sup> BVerfGE 39, 334 (349)

<sup>34</sup> Focus online aus: focus Nr. 37, 1996

<sup>35</sup> Spannungen und Kräfte im Westdeutschen Verfassungssystem (1970), S. 165.

die liberalen wie die sozialstaatlichen Vereinseitigungen überwindende(n) Grundrechtsdenken“,<sup>36</sup> denn die „Balancen der Verfassung (werden) zerstört durch eine Freiheitsideologie, die den individualistischen Anspruch der Grundrechte in ultrakonkretem Realismus überdehnt“,<sup>37</sup> d.h. wenn tatsächlich von ihnen Gebrauch gemacht wird. Helmut Schelsky sah damals gar den Staat gefährdet durch die „exzessive Beanspruchung der individuellen Freiheits- und Grundrechte der Person“.<sup>38</sup> Die Tageszeitung „Die Welt“ schließlich hatte die wahren Verfassungsfeinde ausgemacht: „Radikale Demokraten, die eifersüchtig die Individualrechte gegenüber dem Staat verteidigen“.<sup>39</sup>

Mit dem Ende der sozialliberalen Regierung –die APO hatte sich inzwischen aufgelöst oder „den Marsch durch die Institutionen“ angetreten – endete auch die etatistische Phase der Verfassungsrechtsprechung. Der 15. Dezember 1983 sollte sogar zu einer Sternstunde des Bundesverfassungsgerichts werden. Zwar wurde damals keineswegs, wie in mehreren Verfassungsbeschwerden beantragt, das viel bekämpfte Volkszählungsgesetz 1983<sup>40</sup> für verfassungswidrig erklärt. Aber das Gericht hatte Verständnis dafür, dass „die angeordnete Datenerhebung .... Beunruhigung auch in solchen Teilen der Bevölkerung ausgelöst (hat), die als loyale Staatsbürger das Recht und die Pflicht des Staates respektieren, die für rationales und planvolles staatliches Handeln erforderlichen Informationen zu beschaffen“.<sup>41</sup> Es erklärte daher manche Übermittlungsregelung, unter anderem den Melderegisterabgleich, für verfassungswidrig und stoppte erst einmal die ganze Volkszählung. Vor allem entwickelte es – vor einem Vierteljahrhundert geradezu visionär – aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht das „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“, d.h., die Befugnis des Einzelnen, „grundsätzlich selbst über Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen“. Wie ein Kontrastprogramm zur etatistischen Grundrechtsbetrachtung wenige Jahre zuvor erscheint der Leitsatz: „Im Mittelpunkt der grundgesetzlichen Ordnung stehen Wert und Würde der Person, die in freier Selbstbestimmung als Glied einer freien Gesellschaft wirkt“.

Was auch immer als Krise des Verfassungsgerichts und seiner Rechtsprechung gesehen wird, einig sind sich Kritiker und Verteidiger darin, dass das Gericht Mitte der Neunziger seine größte Krise durchlebte.

Ein leichtes Grollen war schon nach dem Beschluss des Zweiten Senats zur Strafbarkeit des Cannabis-Konsums vom 9. März 1994<sup>42</sup> vernehmbar. Es hatte zwar einige Verfassungsbeschwerden und die Vorlage des Landgerichts Lübeck, die den Haschisch-Konsum straffrei stellen wollten, verworfen, aber der Rechtsprechung verklausuliert nahe gelegt, Gering-Konsumenten im Weg der verfassungskonformen Auslegung straffrei zu lassen.

Am 25. August 1994 entschied die Dritte Kammer des Ersten Senats über das Tucholsky-Zitat „Soldaten sind Mörder“. Ein Pazifist hatte es neben einem halben Dutzend anderer Aufkleber mit Quellenangabe an seinem Auto befestigt und war dafür vom Amtsgericht Krefeld wegen Beleidigung verurteilt worden. Die Verfassungsgerichtskammer hob die Verurteilung auf, da sie gegen Art. 5 des Grundgesetzes verstieß.<sup>43</sup> Ein Sturm der Entrüstung brach los. Zwar hatten schon im Dezember 1932

<sup>36</sup> Die Grundrechte im modernen Staat, 2. Aufl. (1974), S. 69.

<sup>37</sup> aaO., S. 46.

<sup>38</sup> Die Strategie der Systemüberwindung, in: Systemüberwindung, Demokratisierung und Gewaltenteilung (1973), S. 28.

<sup>39</sup> Die Welt vom 28. Juli 1975.

<sup>40</sup> BGBl 1982 I, 369.

<sup>41</sup> BVerfGE 65, 1(2).

<sup>42</sup> BVerfGE 90, 145.

<sup>43</sup> NJW 1994, 2943.



das Landgericht Berlin und das Kammergericht Carl von Ossietzky nach Veröffentlichung eben dieses Zitats freigesprochen –der Autor Tucholsky war in Paris, unerreichbar für die deutsche Justiz – und am 8. Dezember 1987 die 14. Strafkammer des Landgerichts Frankfurt eine Verurteilung wegen des anstößigen Satzes aufgehoben. Aber die Frankfurter Entscheidung hatte schon ein großes Presse-Echo zur Folge, das Hunderte empörter Leser mobilisierte, allein weil beim Vorsitzenden des Gerichts gingen damals über 50 Schreiben ein, deren wüste Beschimpfungen bis zu Morddrohungen reichten<sup>44</sup>. Ähnlich ging es nun dem Bundesverfassungsgericht. Der Berichterstatter, Prof. Dieter Grimm, musste zeitweilig unter Personenschutz gestellt werden.

Das „skandalöseste Fehlurteil des Bundesverfassungsgerichts seit Bestehen der Bundesrepublik“ nannte der stellvertretende CSU-Vorsitzende Ingo Friedrich die Entscheidung<sup>45</sup>. Rudolf Wassermann zeigte sich „erschreckt über die Frivolität, mit der Soldaten der Schutz der Menschenwürde entzogen“ wurde<sup>46</sup>, Bernd Rütters empörte sich über die „Freigabe der Verlüderung der politischen Diskussion“<sup>47</sup> und für den rheinland-pfälzischen CDU-Vorsitzenden Johannes Gerster war das Urteil schlicht „linker Scheißdreck“<sup>48</sup>.

Allerdings blieb der Senat standhaft, als das Amtsgericht Ansbach, Zweigstelle Rothenburg ob der Tauber, einen Kriegsdienstverweigerer (Lehrer) verurteilt hatte, der bei einem Nato-Manöver ein Bettlaken entrollt hatte, auf dem stand: „A soldier is a murder“. Der Erste Senat bestätigte am 10. Oktober 1995 den Beschluss vom Vorjahr – jetzt als Senatsentscheidung – und hob die Urteile des Amts- und Landgerichts, sowie des Bayerischen Obersten Landesgerichts ebenfalls wegen Verletzung des Artikels 5 GG auf. Die Bundestagsfraktionen von CDU/CSU und FDP legten daraufhin sogar einen Gesetzentwurf zum Schutz der Soldatenehre vor: nach einem neuen § 109b StGB sollte die Verunglimpfung von Soldaten mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren geahndet werden<sup>49</sup>.

Am 16. Mai 1995 erklärte dann der Erste Senat die bayerische Volksschulordnung, nach der in allen Klassenzimmern Kreuze anzubringen waren, für unvereinbar mit dem in Artikel 4 GG enthaltenen Grundsatz der Religions- und Bekenntnisfreiheit und somit für nichtig<sup>50</sup>. Das Gericht sah eine Verletzung der „negativen“ Glaubensfreiheit, des Rechts, von religiösen Symbolen verschont zu bleiben, darin, dass alle Schüler unabhängig von ihrer Weltanschauung, mit dem christlichen Kreuz konfrontiert wurden. Zwar mussten nicht alle Kreuze abgehängt werden, aber doch dann, wenn auch nur ein Elternpaar dies verlangte. Als Konsequenz aus dem Urteil musste im Januar 2002 der bayrische Verwaltungsgerichtshof zähneknirschend dem Volksschullehrer Konrad Riggemann Recht geben, der sich geweigert hatte, unter dem Kreuz zu unterrichten, ausgerechnet in Pfaffenhofen<sup>51</sup>.

Die Empörung über das „Kruzifix-Urteil“ übertraf sogar die über das Soldaten-Urteil. Norbert Geis, prominenter CSU-Politiker, beklagte, das Gericht habe „die Verfassung verletzt und den gewaltenteilten Staat ruiniert“<sup>52</sup>. Mit dem „unseligen Beschluss, (der) sprachlich schlampig, theologisch oberflächlich (und) unüberbietbar peinlich“ sei, habe das Gericht „die Autorität des Rechts und den Res-

<sup>44</sup> Frankfurter Neue Presse vom 31. Dezember 1987.

<sup>45</sup> Zit. N. Badische Neueste Nachrichten v. 20.9.1994

<sup>46</sup> Kommentar in der Welt v. 19.9.1994

<sup>47</sup> Werteordnung im Wandel - Gibt die Rechtsprechung Orientierung? In: Justizmin. Baden-Württemberg, Bericht über das Symposium am 30. November und 1. Dezember in Triberg, 1996, S. 181

<sup>48</sup> zit. N. Hepp/Otto aaO. S. 125

<sup>49</sup> BT-Drs. 13/3971

<sup>50</sup> BVerfGE 93, 1.

<sup>51</sup> Kruzifix-Urteil in Bayern löst Streit aus, Welt Online, 2. Januar 2002

<sup>52</sup> Zit. n. C. Rath, taz vom 6. September 1995.

pekt vor dem Verfassungsgericht zerstört“, meinte Jesuitenpater Basilius Streithofen.<sup>53</sup> Widerstand kam vor allem aus Bayern. Ministerpräsident Stoiber erzog ein neues Jetzt-erst-Recht-Schulgesetz und wollte damit deutlich machen, „dass diese Urteile, die im Namen des Volkes gesprochen werden, vom Volk nicht verstanden werden“. <sup>54</sup> Der schon erwähnte Hans Mayer wurde deutlicher: „Gegen den puren Unsinn und Übermut höchster Gerichte ist Widerstand geboten“. <sup>55</sup> Und Peter Gauweiler sprach in einem Gastkommentar der Bild-Zeitung von „einer Schande für unser Land“<sup>56</sup>(dass ein) juristisches Gremium, dessen Präsidentin sich als Feministin bezeichnet, sich anmaßt“ über bayerische und katholische Dinge zu urteilen. Selbst Ernst Benda meldete sich zu Wort; der ehemalige Präsident des Gerichts sah in den heftigen Reaktionen „ein Indiz für einen Kunstfehler“. <sup>57</sup> Auch die Staatsrechtslehrer fielen ein in den polemischen Chor. Josef Isensee las mit seinem Festvortrag zum Juristentag 1996 – ausgerechnet in Karlsruhe – den Richtern vom Schlossbezirk die Leviten: „In kurzer Zeit ist das Vertrauen in das Bundesverfassungsgericht, das in Jahrzehnten aufgebaut wurde, jäh abgestürzt, Zustimmung umgeschlagen in Ablehnung, Respekt in Geringschätzung, Bewunderung in Schelte“. <sup>58</sup> Er beobachtete weiter, dass „Kritik und Apologetik die Lager gewechselt haben, die Rollen von Bock und Gärtner vertauscht sind“. Von der verunglückten Metapher abgesehen – sagt er damit doch, dass er selbst sich vom Gärtner zum Bock gewandelt hat – ist ihm Recht zu geben. Die konservativen Staatsrechtslehrer haben stets gegen die Grundrechte polemisiert und nur die etatistischen Phasen der Gerichtsbarkeit begrüßt.

Die zweite hier dargestellte Krise der Verfassungsinterpretation ist, bei Licht besehen, überhaupt gar keine, sondern nur die konsequente Bereinigung der Krise der Siebziger Jahre und die Rückkehr zu den Gedanken der Lüth-Rechtsprechung, dass nämlich im Zentrum unserer Werteordnung die Grundrechte stehen, nicht Staat oder Kirche, sondern der Mensch. Das Verfassungsgericht hat seine Krisen offenbar überwunden. Aber die konservative Staatsrechtslehrerschaft scheint immer eine Krise zu bekommen, wenn das Gericht mit den Grundrechten Ernst macht.

Prof. Dr. Dr. Ingo Müller, Bremen

Vorstandsmitglied Forum Justizgeschichte, Rechtswissenschaftler, Politologe

---

<sup>53</sup> Die neue Ordnung (1995), S. 329.

<sup>54</sup> Vgl. H.U. Wehler, Der Kampf gegen Karlsruhe, Die Zeit vom 1. Dezember 1995.

<sup>55</sup> aaO.

<sup>56</sup> Bild-Zeitung vom 11. August 1995.

<sup>57</sup> Götterdämmerung, NJW 1995, 2470.

<sup>58</sup> Verhandlungen des 61. DJT, Sitzungsberichte Bd. II/1, Teil H, Vorabdruck in: JZ 1996, 1085 <1086>.