Wie frei ist das BVerfG in Karlsruhe?¹

- 1. In seinem Kommentar und seiner Schilderung der Arbeitsbelastung des BVerfG beruft sich *Lamprecht* auf *Böckenförde*, genauer: auf dessen Abschiedsrede nach seiner Pensionierung als Richter am BVerfG. *Böckenförde* sei bei der Rede in der Lage gewesen, "freier zu reden". Heißt das im Umkehrschluss, ein Richter am BVerfG, der sich noch im Dienst befindet, ist weniger frei darin, einen "ungeschminkten Abriss seiner Arbeit" zu geben? Der von aller richterlichen Verantwortung unbelastete und diesbezüglich in jedem Fall freie Rechtsreferendar fragt sich angesichts einer solchen Andeutung: Was ist los bei dem Hüter der Verfassung? Die Freiheit, die ihm anders als Verfassungsrichtern? zu Teil wird, nimmt er auch für sein Nachdenken darüber in Anspruch.
- 2. Lamprecht erachtet es für einen Verstoß des BVerfG gegen die von diesem selbst heraus gearbeiteten Konkretisierungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör, soweit die Bundesverfassungsrichter nicht in der Lage sind, das anfallende Arbeitspensum im wesentlichen selbst zu bewältigen. Eine de facto-Selbstregulierung der Arbeitsbelastung ohne ausreichende Rechtsgrundlage, wie Lamprecht sie schildert, würde in der Tat bedenklich sein. Ob sich der Widerspruch zu den "hehren Postulaten der eigenen Rechtsprechung" (Lamprecht) schon existenzbedrohend auswirkt, bereits zum "Zerfall des Gerichts von innen" (Böckenförde) führt, können wir von unserem Standpunkt aus nicht beurteilen. Die Rede von der Masse der vor das BVerfG gebrachten Beschwerden, Anträge, Anklagen usw. ist jedoch seit langem jedem Studierenden zumindest als "Einstiegsanekdote" bei der Beschäftigung mit den Grundrechten und deren Durchsetzung vor dem BVerfG bekannt.
- 3. Das BVerfG ist von dem Gedanken an einen Umzug in das Potsdamer Stadtschloss abgekommen.² Gegen einen Umzug wurde zum Teil die schöne Überlegung ins Feld geführt, dass das höchste staatliche Gericht stets eine gewisse räumlich-symbolische Distanz zum Hauptsitz von Bundesexekutive und -legislative in der Hauptstadt wahren solle. Es hat sich statt dessen für einen Anbau an sein Gebäude entschlossen, um Platz für die Ergänzung seines Mitarbeiterstabs zu schaffen. Dadurch ändert sich an der eigentlichen Situation indes nichts, es wird lediglich ein Symptom behandelt. Es ist der Befund der Raumknappheit für die Mitarbeiter, der *Lamprecht* fragen lässt, ob das BVerfG noch gesetzlicher Richter sei. Ebenso wie *Böckenförde* plädiert er "als kleineres Übel" dafür, wenigstens die Annahme von Verfassungsbeschwerden in das richterliche Ermessen zu legen, was dem Gericht auch gesetzlich gestatten würde, zu tun, was es klammheimlich längst praktiziere.³ Auch die Einführung einer ersten Instanz nach dem Vorbild des EuGH komme in Betracht. Mit ihren Vorschlägen aber praktizieren *Böckenförde* und *Lamprecht* ebenfalls ein bloßes Kurieren von Symptomen. Der Blick wird von einem Gebäudeanbau weg- und statt dessen zu einem Anbau an das BVerfGG hingelenkt. Das Bild von einem Anbau verdeutlicht sich insbesondere

 2 Vgl. noch die Vorabmeldung zu Der Spiegel 49/2000 v. 4. 12 2000

¹ Erwiderung auf *Lamprecht*, NJW 2001, 419 ff.

⁽http://www.spiegelgruppe.de/presseservice/pressearchiv/spiegelvorab-umzug-041200.htm).

³ Auch der US-Supreme Court entscheidet nach Ermessen über die Annahme der ihm vorgelegten Begehren. Freilich teilt er seinen Sitz in Washington D.C. mit der Exekutive und Legislative des Bundes und ist auch insoweit nicht mit dem BVerfG vergleichbar, weil er sich das Argument der räumlich-symbolischen Distanz nicht zu Eigen gemacht hat.

dadurch, dass eine erste Instanz beim BVerfG einerseits wenig mehr als eine Beförderung des jetzigen Mitarbeiterstabs zu (kleinen) Bundesverfassungsrichtern, das unter dem Strich zu bewältigende Pensum jedoch andererseits um keinen Deut gemindert sein würde. Letzteres würde sich in der Tat besser durch die vorgeschlagene Änderung des Annahmeverfahrens für Verfassungsbeschwerden erreichen lassen, wenngleich laut Böckenfördes Vorschlag auch für die Annahmeprüfung das Ermessen von mindestens drei Richtern erforderlich ist. Eine langfristige Gewähr aber bietet auch diese Idee nicht. Das Pensum würde wieder steigen nun allerdings auf der Ebene der richterlichen Ermessensausübung –, wenn sich in Zukunft die Zahl der erhobenen Beschwerden noch weiter erhöhte. Der Vergleich mit einem nachträglich geschaffenen Flaschenhals drängt sich auf, der vielleicht den Fluss hemmen kann, gegebenenfalls aber auch der Ort der Verstopfung ist. Darüber hinaus - ist es erstrebenswert, vor der Fülle zu kapitulieren und gerade die Möglichkeit zur Verfassungsbeschwerde als Rechtsbehelf für jedermann ohne spezialisierten anwaltlichen Beistand durch Verfahrensrecht einzuschränken? Sollte nicht vielmehr daran gearbeitet werden, dass das Pensum, d. h. vor allem die Zahl der zu bearbeitenden Verfassungsbeschwerden, abnimmt? Anders gefragt, sollte zur Verbesserung der Situation nicht von einem Anbau abgesehen werden, wenn ein Umzug Erfolg versprechender sein würde?

4. Die seit langem beklagte Flut von Verfassungsbeschwerden wird in maßgeblicher Weise dadurch verursacht, dass Art. 2 I GG in einem umfassenden Sinne allgemeine menschliche Handlungsfreiheit gewährleiste.⁴ Wie bekannt, falle selbst das Reiten im Walde in den Schutzbereich von Art. 2 I GG als "Auffanggrundrecht".⁵ Durch solch ein weites Verständnis muss sich die Verfassungsbeschwerde tendenziell zur allgemeinen Normenkontrolle ausweiten, obgleich der Katalog des Art. 93 I Nr. 4a GG nicht weit und allgemein, sondern noch recht spezifisch und übersichtlich gefasst ist. Will man sich gegen Eingriffe in seine Rechte z. B. aus den Artt. 4 I, 5 I 1 Alt. 1 GG wehren, so ist die Frage nach der Selbstbetroffenheit eine sehr spezifische. Anders dagegen, wenn man sich in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit verletzt sieht. Für die grundsätzliche Möglichkeit einer vollen Überprüfung ihrer Verfassungsmäßigkeit reicht irgendeine staatliche Belastung aus (im Studium wird daher gelehrt, wenn bei der Frage nach der Klagebefugnis gemäß § 42 II VwGO keine wirklich treffende Rechtsverletzung zu finden sei, könne man "immer noch" auf einen Eingriff in das subjektive öffentliche Recht aus Art. 2 I GG verweisen⁶). Das kann auch der geringste Verstoß gegen Rechtsvorschriften sein, er fällt nach herrschender Meinung unter die "verfassungsmäßige Ordnung" i. S. d. Art. 2 I GG. "Banalisierung der Grundrechte" nennt Grimm das und "vom Grundgesetz nicht vorgesehen". Es wirkt sich zudem belastend für das BVerfG aus. Bei konsequentem Verständnis müsste das BVerfG bei jeder Verfassungsbeschwerde, die eine Verletzung von Art. 2 I GG rügt, den zu Grunde gelegten Hoheitsakt vollständig auf seine Rechtmäßigkeit hin überprüfen. Bei der Feststellung seiner Rechtswidrigkeit würde die Verfassungswidrigkeit des Hoheitsakts die Folge sein. Tatsächlich gehört ebenfalls zur ständigen Rechtsprechung des BVerfG die Aussage, das Gericht sei keine Superrevisionsinstanz und konzentriere sich allein auf die jeweils zu Grunde liegende Norm und auf ihre verfassungsrechtliche Auslegung. Das ist inkonsequent, aber konsequentes Vorgehen würde gegen die verfassungsmäßige Aufteilung

_

⁴ St. Rspr. seit BVerfGE 6, 32, 36 f.; dazu sowie zum Folgenden *Grimm*, Sondervotum zu BVerfGE 80, 137 ff., BVerfGE 80, 164 ff. = NJW 1989, 2528 f.; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl., RdNr. 425 ff.

⁵ BVerfGE 80, 137 ff

⁶ Vgl. statt vieler *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 16. Aufl., RdNr. 372; *Ramsauer*, Die Assessorprüfung im öffentlichen Recht, 4. Aufl., RdNrn. 14.12; 33.05.

⁷ Grimm (Fn. 4), BVerfGE 80, 164, 168 = NJW 1989, 2528, 2529.

der Gerichtszuständigkeiten verstoßen. Diese Probleme würde das BVerfG bei einer restriktiven Betrachtung des Schutzbereichs von Art. 2 I GG so nicht haben. Die Verfassungsbeschwerde würde wieder mehr eine besondere Einrichtung des Grundrechtsschutzes sein.

a) Dass der Schutzbereich des Art. 2 I GG nicht so weit zu fassen ist, wie das BVerfG und die herrschende Meinung in der Literatur es tun, dafür sprechen im Übrigen die Argumente, die sich aus dessen Auslegung ergeben. Die Grundrechte gewährleisten Freiheit nicht allumfassend, sondern punktuell. Art. 2 I GG ist daher kein Auffang-, sondern allenfalls das "Mutter"-Grundrecht (wenn man dies nicht schon in Art. 1 I GG erkennt). Dass nicht die Freiheit des einzelnen, zu tun und zu lassen was er will, in den Schutzbereich fällt, zeigt schon der einschränkende Wortlaut: "Persönlichkeitsentfaltung". Wenn auch weit gefasst, meint dies bei weitem nicht jedes denkbare menschliche Verhalten. Das Gegenargument der herrschenden Meinung lautet insoweit, der Parlamentarische Rat habe den Schutzbereich seiner Zeit denkbar weit fassen wollen, es nur eleganter formuliert als der frühere Herrenchiemsee-Entwurf. Der Herrenchiemsee-Entwurf lautete diesbezüglich: "Jedermann hat die Freiheit, zu tun und zu lassen, was die Rechte anderer nicht verletzt, und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt." Da ist das Gegen-Gegenargument nicht weit: Eben. Als früheres, nicht Grundgesetz gewordenes Gerüst bildet der Herrenchiemsee-Entwurf keine Grundlage für einen Schluss auf den Willen der Grundgesetzverfasser. Ferner stimmt die Annahme nachdenklich, die Mütter und Väter des Grundgesetzes hätten dem Begriff "verfassungsmäßige Ordnung" in Art. 2 I GG einen äußerst weiten Inhalt, 18 Artikel und zwei Absätze später dagegen einen denkbar engen Inhalt geben wollen.

b) Mehr Gewicht hat der Einwand, unter Persönlichkeitsentfaltung könne man entweder nur den Schutz eines unantastbaren Mindestmaßes von Handlungsfreiheit verstehen, ohne das der Mensch seine Wesensanlage als geistig-sittliche Person nicht entfalten könne (Persönlichkeitskerntheorie). Dann brauche man eine Unterscheidung zur Menschenwürde allerdings nicht mehr zu treffen, weshalb diese Theorie nicht richtig sein könne. Oder aber Persönlichkeitsentfaltung sei eben die allgemeine menschliche Handlungsfreiheit. *Tertium non datur*.

Tertium datur! Zwischen Menschenwürde und allgemeiner Handlungsfreiheit existiert ein großer Bereich von Freiheitsbetätigungen, die auch ohne exakte Benennung Grundrechtsschutz verdienen. Elemente hieraus hat das BVerfG selbst herausgebildet: Das Recht auf Selbstbestimmung (Schuldenfreiheit bei Volljährigkeit), Selbstbewahrung (Sphärentheorie) und Selbstdarstellung (Recht auf Gegendarstellung) usw. Ein entsprechend allgemein gehaltener Wortlaut des Art. 2 I GG ist hier angebracht. Denn gerade die Persönlichkeit wird insbesondere unter dem allgemeinen (d. h. dem wissenschaftlichen, technischen, politischen und gesellschaftlichen) Fortschritt ins Visier genommen, also aus Positionen, deren Wirkungsrichtungen sich nie durch ein ganz genau bezeichnetes Grundrecht abstrakt-generell im Voraus bestimmen lassen werden. Im Übrigen läßt sich allgemeine Handlungsfreiheit nicht in wirklich nennenswerter Weise grundrechtlich schützen. Allenthalben stößt sie auf die Schranke der von der herrschenden Meinung weit verstandenen verfassungsmäßigen Ordnung. So gesehen, bietet Art. 2 I GG nicht mehr als den subjektiven Schutz vor rechtswidriger Behinderung des eigenen Willens. Dabei soll das Grundgesetz das Rechtsstaatsprinzip nur objektiv gewährleisten, Art. 20 III GG. Die herrschende Meinung erkennt jedoch in der Weite der Schrankentrias des Art. 2 I GG einen Beweis für den weit zu fassenden Schutzbereich, die ansonsten ohne Bedeutung sei. Doch auch der Schutzbereich der enger zu verstehenden Persönlichkeitsentfaltung ist noch recht weit, und diese kann nicht weniger die Rechte anderer verletzen sowie gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstoßen.

- c) Des weiteren sprechen systematische Erwägungen gegen die Gewährung von allgemeiner Handlungsfreiheit durch Art. 2 I GG. Wenn man annimmt, das Grundgesetz habe bereits dort die allgemeine Handlungsfreiheit einem äußerst weiten Schrankenvorbehalt ausgesetzt, warum regelt es dann dort nicht auch die eingeschränkte Zulässigkeit von Arbeitszwang und Zwangsarbeit? Diese Arten des Zwangs stehen inhaltlich mit der in Art. 12 I GG geregelten Berufsfreiheit nicht in Zusammenhang. Die Verortung dieser Regeln in Art. 12 GG erklärt sich schlüssig aus der Anknüpfung an einen hermeneutischen Konnex zwischen Beruf und Arbeit. Sie wurde deshalb hinter der Statuierung der Berufsfreiheit vorgenommen, weil Art. 2 I GG etwas ganz anderes schützt eine engere persönliche Lebenssphäre, die sich zwar nicht auf rein geistige und sittliche Entfaltung beschränkt, aber auch nicht das Recht gewährt, alles zu tun, was nicht verboten ist.
- 5. Setzte sich die Auffassung durch, dass der Schutzbereich des Art. 2 I GG restriktiver aufzufassen ist, so würde sich insoweit, wie gesagt, vor allem die Flut der eingereichten Verfassungsbeschwerden deutlich verringern und die Verfassungsbeschwerde würde wieder mehr ein besonderes Instrument grundrechtlichen Schutzes sein. Und auch das BVerfG würde weniger Überlastung zu beklagen haben. Interessant – und möglicherweise schwierig – würde bleiben, wo die Grenze zwischen der enger verstandenen Persönlichkeitsentfaltung und der ungeschützten "Restbetätigung" zu ziehen wäre. Doch muss der Schutzbereich eines jeden Grundrechts abgegrenzt werden, auch wenn dies nicht leicht sein mag: Was ist Kunst? Was ist Meinung? Die Grenze des Schutzbereichs von Art. 2 I GG lässt sich sicherlich nicht auf ewig festschreiben. Angesichts der sich wandelnden Angriffsarten und -richtungen ist Flexibilität hier sinnvoll. Versteht man Art. 2 I GG nicht als Auffang-, sondern als ein punktuell freiheitsschützendes Grundrecht, dann lässt es sich mit den anderen Freiheitsgewährleistungen vergleichen. Kommt man zu dem Ergebnis, dass eine Verhaltensweise gleichwertige Bedeutung hat wie etwa das Sich-Versammeln, so spricht dies für Schutz. Es spricht nichts dagegen, den Schutzbereich der Persönlichkeitsentfaltung weit zu fassen und auf die Privatautonomie zu erstrecken. Auch lässt sich etwa die Demonstrationsfreiheit von Ausländern einbeziehen angesichts ihrer Bedeutung für die politische Willensbildung und deren potentielle Auswirkungen auf jeden persönlich. Ein geringwertiger Verstoß dagegen vermag die freie Persönlichkeitsentfaltung nicht zu beeinträchtigen. Das BVerfG würde in puncto Art. 2 I GG überwiegend mit Fällen beschäftigt werden, die im Grenzbereich zwischen Persönlichkeitsentfaltung und "Rest" spielen. Das würde nicht nur der Ausgangslage des Grundgesetzes entsprechen, sondern auch die zum Teil abenteuerlichen Schlenker vermeiden, zu denen die herrschende Meinung gezwungen ist man halte sich nur den extremen Spurwechsel vor Augen, den sie zu vollziehen hat, wenn sie von dem weiten Verständnis des Begriffes "verfassungsmäßige Ordnung" in Art. 2 I GG zu einem engen Verständnis davon in Art. 20 III GG übergeht.
- **6.** Letzten Endes streiten hier unterschiedliche Grundrechtstheorien miteinander.⁸ Das BVerfG hängt zwar grundsätzlich keiner bestimmten Theorie an, sondern beruft sich sowohl auf eine liberale als auch auf eine institutionelle sowie auf eine wertbezogene oder politischfunktionale Grundrechtsinterpretation.⁹ Hinsichtlich des Art. 2 I GG zeigt das BVerfG aber ein dezidiert liberales Grundrechtsverständnis. Dagegen stützt sich das Grundgesetz hinsichtlich der Menschenrechte auf eine institutionelle Basis, wie sich aus Art. 1 II GG

_

⁸ Zu den Grundrechtstheorien Böckenförde, NJW 1974, 1529 ff.

⁹ Nachweise bei Böckenförde (Fn. 8).

ergibt ("Grundlage"). Das nimmt den Grundrechten nicht ihren herkömmlichen Charakter, auch Abwehrrechte im liberalen Sinne zu sein. Doch sind sie es nicht primär und vorstaatlich. Vielmehr statuieren sie objektive Ordnungsprinzipien für die jeweils geschützten Bereiche. Die Grund- und Menschenrechte wirken mithin nicht so sehr als Abwehr gegen freiheitsbeschränkende Gesetze. Vor allem fungieren sie als Gesetze zur Verwirklichung von Freiheit, und zwar gerade auch das Menschenrecht der Persönlichkeitsentfaltung.

- 7. Geboten ist also nicht die Einführung eines richterlichen Ermessens dahingehend, ob eine Verfassungsbeschwerde wegen besonderer Bedeutung zur Entscheidung anzunehmen ist, was ein "Zurücktreten des individualrechtsschützenden Charakters der Verfassungsbeschwerde zu Gunsten ihrer objektivrechtlichen Funktion" zur Folge haben würde, wie *Lamprecht* und *Böckenförde* es bezeichnen. Geboten ist vielmehr ein Zurücktreten der Sichtweise von den Grundrechten als umfassende Freiheitsgewährleistung zu Gunsten eines institutionellen Grundrechtsverständnisses. Das ist nicht als Mittel zum Zweck zu verstehen. Dennoch würde es zur Folge haben, dass dem BVerfG weit weniger Verfassungsbeschwerden vorgelegt werden. Es sollte nicht sein, dass Richter am BVerfG erst nach ihrer Pensionierung "freier" über die dortigen Zustände reden können.
- 8. Das BVerfG muss nicht nach Potsdam ziehen, wenn es auf eine gewisse traditionelle Distanz zur Hauptstadt bedacht ist. Es mag den nötigen Platz für seinen Stab durch Anbauten auf seinem Karlsruher Grundstück erhalten. Aber: Potsdam, das steht für Friedrich II., "den Großen". Dieser wiederum steht für ein aufgeklärtes Verständnis vom Staat als normativer Gestalter und Ordner von Freiheit, und ein solches Verständnis liegt der institutionellen Grundrechtstheorie zu Grunde. Das BVerfG begehre nicht "ernsthaft und mit Nachdruck" einen Anbau an das BVerfGG durch den Gesetzgeber. Es entscheide sich wenigstens mittelfristig für die institutionelle Grundrechtstheorie, für die unter anderem *Hesse* und *Grimm* als Paten stehen. Die besseren Argumente sprechen nach wie vor dafür. Insoweit: Das BVerfG ziehe nach Potsdam!

02/2001