

Entscheidungen und Entscheidungsprozesse der Rechtsprechung

Herausgegeben von
J. MASING und M. JESTAEDT
O. JOUANJAN und D. CAPITANT

Mohr Siebeck

Entscheidungen und Entscheidungsprozesse
der Rechtsprechung



Entscheidungen und Entscheidungsprozesse der Rechtsprechung

Décisions juridictionnelles et processus décisionnels

Dokumentation des 9. Treffens des
Deutsch-Französischen Gesprächskreises
für Öffentliches Recht 2018

Herausgegeben von

Johannes Masing und Matthias Jestaedt
Olivier Jouanjan und David Capitant

Mohr Siebeck

Johannes Masing ist Professor für Öffentliches Recht an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br. und Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D.

Matthias Jestaedt ist Professor für Öffentliches Recht und Rechtstheorie an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.

Olivier Jouanjan ist Professor für Öffentliches Recht an der Universität Paris II Panthéon-Assas und Honorarprofessor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.

David Capitant ist Professor für Öffentliches Recht an der Universität Paris I Panthéon-Sorbonne und ehem. Präsident der Deutsch-Französischen Hochschule/Université franco-allemande.

ISBN 978-3-16-159686-5 / eISBN 978-3-16-159687-2
DOI 10.1628/978-3-16-159687-2

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Minion gesetzt und von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Inhalt

Vorwort	VII
<i>Anna-Bettina Kaiser</i> Herstellung und Darstellung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	1
<i>Thomas Hochmann</i> Die Genese der gerichtlichen Entscheidung: das Vorgehen des Verfassungsrats (<i>Conseil constitutionnel</i>)	17
<i>Markus Möstl</i> Entscheidungen und Entscheidungsprozesse der Rechtsprechung – die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland	29
<i>Jean-François Lafaix</i> Die Entscheidungsfindung im französischen Verwaltungsprozess	47
<i>Thomas Groß</i> Entscheidungen und Entscheidungsprozesse der Rechtsprechung – Europa	71
<i>Catherine Haguenau-Moizard</i> Entscheidungen und Entscheidungsprozesse der Rechtsprechung – Europa	87
Autorinnen und Autoren	101

Vorwort

Mit dem vorliegenden Band möchten wir die Beiträge der 9. Tagung des Deutsch-Französischen Gesprächskreises für Öffentliches Recht der Fachöffentlichkeit zugänglich machen.

Der Deutsch-Französische Gesprächskreis für Öffentliches Recht ist ein Zusammenschluss von Rechtswissenschaftlern aus Frankreich und Deutschland, die ein besonderes Interesse an der Entwicklung des Öffentlichen Rechts im jeweils anderen Land haben und ein besseres Verständnis der verschiedenen Problemseiten auf im Kern oftmals gemeinsame Fragen suchen. Hintergrund des Gesprächskreises ist die Erfahrung, dass trotz der geographischen Nähe, der engen geschichtlichen – auch rechtsgeschichtlichen – Verflechtung und intensiver freundschaftlicher politischer Beziehungen der Zugriff auf rechtliche Probleme oftmals von grundlegend verschiedenen Perspektiven, Lehren und Lösungsansätzen geprägt ist. Nur wenig berührt vom Zusammenwachsen Europas und einer zunehmenden Masse vergemeinschafteter Rechtsmaterien, verbleibt der Fachdialog überwiegend in nationalen Diskursen und herrscht zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen nicht selten Kommunikationslosigkeit. Hieran hat sich, auch wenn das gegenseitige Interesse immerhin zuzunehmen scheint, doch noch nichts Grundstürzendes geändert. Dem entgegenzuwirken hat sich der Deutsch-Französische Gesprächskreis zum Ziel gesetzt. Er greift auf seinen im Zweijahresturnus stattfindenden Tagungen aktuelle, aber zugleich grundlagenbezogene Themen zum Verfassungs-, Verwaltungs- und Europarecht auf und verhandelt diese auf der Grundlage von thematischen Parallelreferaten oder nach dem dialogischen Modell von Bericht und Kommentar.

Die Beiträge des vorliegenden Bandes waren Gesprächsgrundlage der 9. Tagung des Deutsch-Französischen Gesprächskreises für Öffentliches Recht, die am 16. und 17. November 2018 in Paris stattfand. Übergreifendes Thema des Zusammentreffens waren „Entscheidungen und Entscheidungsprozesse der Rechtsprechung“, *„Décisions juridictionnelles et processus décisionnels“*, die auf verfassungs-, verwaltungs- und unionsrechtlicher Ebene einem deutsch-französischen Rechtsvergleich unterzogen wurden.

In einem ersten Block gehen Anna-Bettina Kaiser, Berlin, und Thomas Hochmann, Paris-Nanterre, der Frage nach, wie die Verfassungsgerichte der beiden Länder – das Bundesverfassungsgericht und der *Conseil constitutionnel* – zu ihren Entscheidungen gelangen und wie sie sie kommunizieren. Ob Beratungskultur oder Stil, Maßstabbildung, Rolle der Rechtswissenschaft oder ausländischer Rechtsverständnisse: die Beiträge belegen eindrucksvoll und kenntnisreich, wie

unterschiedlich der Zugriff und das (Selbst-)Verständnis von deutschem Verfassungsgericht und französischem Verfassungsrat sind. Sie demonstrieren damit zugleich die Variationsbreite des österreichischen Modells eines funktionell spezialisierten und institutionell verselbständigten Verfassungsgerichts.

Die Unterschiede, die sich in dem der Verwaltungsgerichtsbarkeit gewidmeten Block zeigen, sind auf andere Weise erkenntniserhellend: Markus Möstl, Bayreuth, und Jean-François Lafaix, Straßburg, zeichnen je ein Bild der deutschen und der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, das deren Spezifika deutlich hervor-treten lässt und einen substanziellen Vergleich ermöglicht. Von unterschiedlichen Ausgangspunkten aus – in Deutschland sind ordentliche Gerichtsbarkeit und Verwaltungsgerichtsbarkeit bereits aufgrund einheitlicher Richterausbildungen einander sehr viel näher als in Frankreich, wo der *juge judiciaire* und der *juge administratif* klar kontrastiert werden – zeigen sich dies- und jenseits des Rheins dann doch zahlreiche, offenbar mit der Funktion und Institution der Verwaltungsgerichtsbarkeit zusammenhängende Ähnlichkeiten in Bezug auf die Entscheidungen und Entscheidungsprozesse.

Im dritten Block, der den europäischen Gerichten, namentlich dem Gerichtshof der Europäischen Union und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, gewidmet ist, gilt der deutsch-französische Vergleich nicht dem Gegenstand der Betrachtung – denn dieser ist den Beiträgen von Thomas Groß, Osnabrück, und Catherine Haguenu-Moizard, Straßburg, gemeinsam –, sondern den unterschiedlichen Wahrnehmungen, Erwartungen und Einordnungen diesseits und jenseits des Rheins. Dadurch entsteht ein facettenreiches Bild eines europäischen Rechts(prechungs)pluralismus.

Die Beiträge sind die Frucht einer Tagung, die dank des Zusammenwirkens der Universitäten Paris 1 (Panthéon-Sorbonne) und Paris 2 (Panthéon-Assas) in den Räumen der Faculté de droit de Paris an der place du Panthéon stattfinden konnte. Dank gilt für Übersetzungs- und redaktionelle Arbeiten Angela Reinthal, Lucas Hartmann, Sabine Klostermann und Rike Edith Sinder. Zu danken ist einmal mehr dem Verlag Mohr Siebeck, namentlich Frau Dr. Julia Scherpe-Blessing sowie Frau Ilse König, für die Aufnahme dieser Schrift in das Verlagsprogramm sowie für eine hervorragende verlegerische Betreuung des Bandes.

Freiburg und Paris, im Oktober 2020

Johannes Masing
Matthias Jestaedt

Olivier Jouanjan
David Capitant

Herstellung und Darstellung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

Anna-Bettina Kaiser

I. Interne Vorbereitung von Entscheidungen und Beratungskultur	2
II. Stil, Kommunikation mit der Öffentlichkeit, Maßstabsbildung und Eigenzitate ...	4
III. Umgang mit Wissenschaft	10
IV. Rechtsvergleichung und Auseinandersetzung mit ausländischen Entscheidungen	12
V. Ausblick	15

Spricht man über „Entscheidungen und Entscheidungsprozesse in der Rechtsprechung“ und insbesondere der Verfassungsgerichtsbarkeit, ist die Frage nach *Herstellung* und *Darstellung* von Verfassungsgerichtsentscheidungen bereits mitgestellt.¹ Dieser Frage soll hier für das Bundesverfassungsgericht nachgegangen werden. Aus der Fülle der möglichen Zugänge wird der Beitrag dabei Schlaglichter auf vier ausgewählte Bereiche werfen: (1) auf die interne Vorbereitung von Entscheidungen und die Beratungskultur, (2) auf den Stil und die Maßstabsbildung, (3) auf den Umgang mit der Wissenschaft und (4) auf die Rezeption ausländischer Rechtsprechung.

Als verbindende Klammer dient die Frage, wie Herstellung und Darstellung in den erwähnten Bereichen miteinander verwoben sind. Denn nur auf den ersten Blick sind etwa die interne Vorbereitung von Entscheidungen sowie die Beratungskultur ausschließlich der *Herstellungsseite* zuzuordnen. Längst hat die Wissenschaft herausgearbeitet, dass interne Verfahrensregeln die Entscheidungsbegründungen direkt beeinflussen.² Daher ist es bedauerlich, dass sich die deutsche Rechtswissenschaft als überwiegend dogmatisch arbeitende Wissenschaft trotz verschiedener gegenläufiger Tendenzen noch immer nahezu ausschließlich mit der Darstellungsseite – also der begründeten Entscheidung – beschäftigt.³ Durch diese Blickverengung geraten wichtige Aspekte aus dem Blick.

¹ Zur Unterscheidung von Herstellung und Darstellung s. *Niklas Luhmann*, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, 2. Aufl. 1997, S. 51.

² *Mathilde Cohen*, *Ex Ante Versus Ex Post Deliberations: Two Models of Judicial Deliberations in Courts of Last Resort*, *The American Journal of Comparative Law* 62 (2014), S. 951 ff.

³ Anders die Politikwissenschaft, die sich explizit für die Herstellungsseite interessiert, aber die Darstellung häufig aus dem Blick verliert, so bedauernd *Silvia von Steinsdorff*, *(Verfassungs-) Richterliches Entscheiden*, in: Christian Boulanger/Julika Rosenstock/Tobias Singelstein

I. Interne Vorbereitung von Entscheidungen und Beratungskultur

Es liegt nahe, mit der internen Vorbereitung von *Senatsentscheidungen* zu beginnen. Stets bereitet der Berichterstatter einer Entscheidung für den zuständigen Senat die Akte mit Hilfe eines wissenschaftlichen Mitarbeiters auf und erarbeitet ein Votum, das anschließend im Senat diskutiert wird (§ 23 Abs. 1 S. 1 GO BVerfG); nach der Beratung verfasst er einen Entscheidungsentwurf, der in sogenannten Leseberatungen des Senats modifiziert wird, bis über die endgültige Entscheidung und Begründung möglichst ein Konsens erzielt wird.⁴ Eine mündliche Verhandlung ist auf die Gesamtheit der rund 6.000 Verfahren pro Jahr⁵ gesehen entgegen der Formulierung des § 25 Abs. 1 BVerfGG extrem selten (in den letzten 20 Jahren 4 bis 14 Verhandlungen pro Jahr);⁶ tatsächlich sieht das Bundesverfassungsgerichtsgesetz insbesondere für Verfassungsbeschwerden (§ 94 Abs. 5 S. 2 BVerfGG) und die Kammerrechtsprechung (§ 93d Abs. 1 S. 1 BVerfGG) Ausnahmen vom Grundsatz der mündlichen Verhandlung vor.

Die Senatsberatung wird aufgrund des gesetzlich bestimmten Beratungsgeheimnisses⁷ nach §§ 30 Abs. 1 S. 1 BVerfGG, 43 DRiG häufig als *black box* bezeichnet.⁸ Das Beratungsgeheimnis prägt die Beratungskultur und stellt unter anderem sicher, dass Rechtsmeinungen von den Richtern tastend ausprobiert werden können,⁹ aber auch, dass eine Politisierung der Entscheider vermieden wird, wie sie aus den USA bekannt ist.¹⁰ Richter können daher von „ihrer“ Partei nicht ohne weiteres unter Druck gesetzt werden. Vor dem Hintergrund dieser wichtigen Funktionen des Beratungsgeheimnisses erscheint es nicht unproblematisch, wenn einzelne Richter, etwa die Berichterstatter, „ihre Entscheidungen“ in Fachzeitschriften ausführen und verteidigen.¹¹

(Hrsg.), *Interdisziplinäre Rechtsforschung*, 2019, S. 205 (219 f.). Die Herstellungsseite betont aus juristischer Sicht aber *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Die Klugheit der Entscheidung ruht in ihrer Herstellung, selbst bei der Anwendung von Recht, in: Arno Scherzberg (Hrsg.), *Kluges Entscheiden. Disziplinäre Grundlagen und interdisziplinäre Verknüpfungen*, 2006, S. 3 (4 ff.).

⁴ *Hoffmann-Riem* (Fn. 3), S. 18.

⁵ Siehe https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2018/gb2018/A-III.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 10.1.2020).

⁶ https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2018/gb2018/A-II-4.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 10.1.2020).

⁷ Anders das Schweizerische Bundesgericht, s. *Hoffmann-Riem* (Fn. 3), S. 15.

⁸ *Uwe Kranenpohl*, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*, 2010, S. 20.

⁹ *Hoffmann-Riem* (Fn. 3), S. 16.

¹⁰ Vgl. die Praxis in den USA, wo Datenbanken zum Abstimmungsverhalten gepflegt werden.

¹¹ *Andreas Voßkuhle*, Die politischen Dimensionen der Staatsrechtslehre, in: Helmut Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft (Die Verwaltung, Beiheft 7)*, 2007, S. 157: „Richter, die [...] ihre Entscheidungen in wissenschaftlichen Fachzeitschriften rechtfertigen und kommentieren, schaffen eher zusätzlich Irritationen, als dass sie Klärendes zu einem Rechtsproblem beitragen“.

Regulär öffnet sich die *black box* der Beratung – sieht man von der offiziellen Entscheidungsbegründung ab – über die gelegentliche Angabe des Stimmenverhältnisses am Ende der Entscheidungen (§ 30 Abs. 2 S. 2 BVerfGG), vor allem aber über Sondervoten.¹² Sie sind, anders als beim *Conseil constitutionnel*, gem. § 30 Abs. 2 S. 1 BVerfGG zugelassen (s. auch § 55 GO BVerfG) – seit 1970.¹³ Insgesamt fällt auf, dass das Gericht Einblicke in die *black box* nur sehr vorsichtig gewährt, was mit seiner Tendenz zu konsensuellem Entscheiden erklärt werden kann. So wird das Stimmenverhältnis nicht immer mitgeteilt, Sondervoten kann sich ein Richter, so die informelle Regel, nur einige wenige Male in seinem Richterleben leisten.¹⁴

Verschiedenen Interviews und Veröffentlichungen von Richterinnen und Richtern lassen sich weitere Charakteristika der Beratungskultur am Gericht entnehmen:¹⁵ Hervorgehoben wird stets der diskursive, deliberative Charakter der Beratungen, der das Bundesverfassungsgericht im Vergleich zum US Supreme Court auszeichne,¹⁶ aber auch die große Härte der Auseinandersetzungen.¹⁷ Parteipolitische Argumente seien tabu.¹⁸ Unterstützt werde die Möglichkeit zur Deliberation schließlich durch informelle Regeln. Vorabsprachen unter den Richtern seien nicht zulässig, nach strenger Lehre nicht einmal gemeinsame Mittagessen.¹⁹ Das in diesen Aussagen gezeichnete Bild vom Bundesverfassungsgericht als *model*

¹² S. zur Skepsis gegenüber Sondervoten bei Erlass des BVerfGG *Uwe Wesel*, Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik, 2004, S. 39.

¹³ Gesetz vom 21.12.1970 (BGBl. I 1765 ff.). In ungefähr 6–7 % der Senatsentscheidungen ergeht ein Sondervotum, s. *Benedikt Grünewald*, in: Christian Walter/Benedikt Grünewald (Hrsg.), BeckOK BVerfGG, § 30 Rn. 17 (Stand: 1.6.2019).

¹⁴ So *Wolfgang Hoffmann-Riem* in der Rede zu seiner Verabschiedung vom BVerfG.

¹⁵ S. *Kranenpohl* (Fn. 8); *Hoffmann-Riem* (Fn. 3), S. 9 ff.; *Monika Dommann/Kijan Espahangazi* im Gespräch mit der Verfassungsrichterin *Susanne Baer*, „Grundrechte sind der Riss in der Mauer der Macht“, *Merkur* 2015, S. 34 ff.; *Gertrude Lübke-Wolff*, Wie funktioniert das Bundesverfassungsgericht?, 2015; *Johannes Masing*, Entscheidung in unterschiedlichen Spruchkörpern. Einblicke in die innere Verfassung des Bundesverfassungsgerichts, in: Matthias Jestaedt/Hidemi Suzuki (Hrsg.), Verfassungsentwicklung II. Verfassungsentwicklung durch Verfassungsgerichte, 2019, S. 177 ff.; eine ethnologische Studie wie diejenige von *Dominique Schnapper*, Une Sociologue au Conseil Constitutionnel, 2010 (sowohl Soziologin als auch ehemaliges Mitglied des *Conseil constitutionnel*) liegt zum BVerfG freilich nicht vor.

¹⁶ *Cohen* (Fn. 2), S. 951; *Uwe Kranenpohl*, Was macht eigentlich Karlsruhe? Die Entscheidungsfindung des Bundesverfassungsgerichts aus sozialwissenschaftlich-empirischer Perspektive, in: Michael Wrase/Christian Boulanger (Hrsg.), Die Politik des Verfassungsrechts. Interdisziplinäre und vergleichende Perspektiven auf die Rolle und Funktion von Verfassungsgerichten, 2013, S. 167 (175); *Susanne Baer*, Comparing Courts, in: Anna-Bettina Kaiser/Niels Petersen/Johannes Saurer (Hrsg.), The U. S. Supreme Court and Contemporary Constitutional Law: The Obama Era and Its Legacy, 2018, S. 253 (264).

¹⁷ *Hoffmann-Riem* (Fn. 3), S. 15; *Masing* (Fn. 15), S. 181 ff.

¹⁸ Vgl. die differenzierte Auswertung des (über Sondervoten messbaren) Abstimmungsverhaltens von *Benjamin G. Engst et al.*, Zum Einfluss der Parteienähe auf das Abstimmungsverhalten der Bundesverfassungsrichter – eine quantitative Untersuchung, *JZ* 2017, S. 816 ff. S. für einen kritischen Überblick über die sog. *judicial behaviour*-Forschung von *Steinsdorff* (Fn. 3), S. 207 ff.

¹⁹ *Hoffmann-Riem* (Fn. 3), S. 15.

*deliberative institution*²⁰ ist freilich zu relativieren: Zum einen ist anzunehmen, dass dem *Berichterstatter* ein großer Einfluss zukommt. In der weitaus überwiegenden Anzahl der Entscheidungen folgt die Senatsmehrheit dem Votum,²¹ was wohl auf den sogenannten Ankereffekt zurückzuführen ist; zwingend ist dies aber keineswegs.²²

Zum anderen arbeiten die *Kammern*, die die weit überwiegende Anzahl der Verfahren erledigen (rund 97 % [!] der Verfassungsbeschwerden²³), in der Regel nach dem Umlaufverfahren. Auch herrscht hier Einigungszwang durch das Erfordernis der Einstimmigkeit.²⁴ Um diese zu erreichen, wird der *Berichterstatter* versuchen, in seinem Beschlussentwurf möglichst die Kontinuität gegenüber der Senatsrechtsprechung zu dokumentieren – was freilich mit der Gefahr verbunden ist, dass auch für Kontinuität gesorgt wird, wo sie unterbrochen werden sollte;²⁵ darauf wird beim Thema der Maßstabsbildung zurückzukommen sein. Festzuhalten bleibt: Eine echte Deliberation ist den Senatsverfahren vorbehalten – alles andere wäre angesichts der großen Arbeitsbelastung des Gerichts auch gar nicht zu operationalisieren.²⁶

II. Stil, Kommunikation mit der Öffentlichkeit, Maßstabsbildung und Eigenzitate

Es schließt sich die *Darstellungsseite* der Entscheidungen an. Um mit dem Offensichtlichen zu beginnen: Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind unvergleichlich viel länger als diejenigen des *Conseil constitutionnel*, ja, sie könnten nicht unterschiedlicher sein. Während der *Conseil constitutionnel* in einem oder wenigen knappen Sätzen das Ergebnis lediglich apodiktisch festhält,²⁷

²⁰ Cohen (Fn. 2), S. 958.

²¹ Donald P. Kommers, *Judicial Politics in West Germany: A Study of the Federal Constitutional Court*, 1976, S. 192; Kranenpohl (Fn. 8), S. 133 ff.; differenzierend Hoffmann-Riem (Fn. 3), S. 15.

²² So hat Susanne Baer als *Berichterstatterin* in der Entscheidung zum Tarifeinheitsgesetz die Mehrheitsansicht verfasst und dieser ihr Sondervotum (zusammen mit Andreas Paulus) angeschlossen, BVerfG, Urteil vom 11.7.2017, BVerfGE 146, 71 ff. und 150 ff. Ein weiteres Beispiel betrifft den *Berichterstatter Rudolf Mellinghoff*, der (zusammen mit Udo Di Fabio) ein Sondervotum in der 5%-Sperrklausel-EuWG-Entscheidung verfasst hat: BVerfG, Urteil vom 9.11.2011, BVerfGE 129, 300 ff. und 346 ff.

²³ Näher Klaus Schlaich/Stefan Korioth, *Das Bundesverfassungsgericht*, 11. Aufl. 2018, Rn. 265.

²⁴ Hoffmann-Riem (Fn. 3), S. 19.

²⁵ Diese Gefahr benennt Hoffmann-Riem (Fn. 3), S. 19.

²⁶ Zur Arbeitsbelastung s. oben bei Fn. 5.

²⁷ S. Olivier Jouanjan, *Conseil constitutionnel* und Bundesverfassungsgericht: zwei verschiedene Modelle der europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Michael Stolleis (Hrsg.), *Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, 2011, S. 137 (144), der den „Befehlston“ und „autoritären Stil“ des *Conseil constitutionnel* beklagt.

woran auch die Reform vom Mai 2016 wenig geändert hat,²⁸ ringt das Bundesverfassungsgericht über viele Seiten hinweg um sein Ergebnis. Eine empirische Auswertung hat zudem ergeben, dass die Entscheidungen des Karlsruher Gerichts immer länger werden: Benötigten die Senatsentscheidungen in den 1950er Jahren noch durchschnittlich 12 Seiten, waren es in den 1970er und 1980er Jahren schon 15; seit der Jahrtausendwende hat sich die durchschnittliche Seitenzahl sogar noch einmal auf 32 Seiten pro Entscheidung verdoppelt.²⁹ Seit dem 132. Band hat das Gericht als Lesehilfe Randnummern eingefügt. In besonders bedeutenden Fällen wird der Entscheidung sogar eine Gliederung vorangestellt.³⁰ Betrachtet man allerdings die Kammerrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, relativiert sich dieser Befund: Die Begründungen der Kammerentscheidungen sind bedeutend kürzer – und die meisten Kammerentscheidungen ergehen sogar *ohne Begründung*, was das Gesetz für *nicht* angenommene Verfassungsbeschwerden ermöglicht (§ 93d Abs. 1 S. 3 BVerfGG).³¹

Die Länge der Senatsentscheidungen hat zur Folge, dass diese primär von der Fachöffentlichkeit analysiert werden. Mit der allgemeinen Öffentlichkeit kommuniziert das Gericht, genau wie der *Conseil constitutionnel*,³² aber über *Pressemitteilungen*, die es für die bedeutenden Entscheidungen verfasst. Pressemitteilungen wie Pressesprecher hat das Gericht 1996 eingeführt, nachdem die beiden Entscheidungen „Kruzifix“³³ und „Soldaten sind Mörder“³⁴ zu großen Diskussionen in der Öffentlichkeit geführt hatten.³⁵

Die Länge der Senatsentscheidungen ist nicht zuletzt auf den sogenannten Maßstabsteil in der Begründetheit zurückzuführen: Zumeist unter dem Gliederungspunkt C I wird zunächst abstrakt ein Entscheidungsmaßstab formuliert, unter C II folgt die Subsumtion für den konkreten Fall. Um die Bedeutung dieses

²⁸ Vgl. *Louis Favoreu et al.*, *Droit constitutionnel*, 21. Aufl. 2019, Rn. 494.

²⁹ *Stefan Martini*, *Vergleichende Verfassungsrechtsprechung. Praxis, Viabilität und Begründung rechtsvergleichender Argumentation durch Verfassungsgerichte*, Berlin 2018, S. 96 f. Vgl. auch *Michel Troper/Christopher Grzegorzczuk/Jean-Louis Gradies*, *Statutory Interpretation in France*, in: Neil MacCormick/Robert S. Summers (Hrsg.), *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, 1991, S. 172, die eine Studie zitieren, die drei Entscheidungen zum gleichen Thema aus den drei Ländern Frankreich, Deutschland und den USA verglichen hat: Die französische Entscheidung habe 300 Wörter betragen, die deutsche 2000, diejenige aus den USA gar 8000.

³⁰ So beispielsweise im KPD-Verbotsverfahren, BVerfG, Urteil vom 17.8.1956, BVerfGE 5, 85 ff., Gliederung vorab auf S. IV f.; auch die NPD-Entscheidung kennt eine Gliederung, s. BVerfG, Urteil vom 17.1.2017, BVerfGE 144, 20 (24 ff.).

³¹ Zur Kritik *Schlaich/Korioth* (Fn. 23), Rn. 265.

³² *Guy Canivet*, *La motivation des décisions du Conseil constitutionnel*, verfügbar unter <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/la-motivation-des-decisions-du-conseil-constitutionnel> (zuletzt abgerufen am 02.07.2019).

³³ BVerfG, Beschluss vom 16.5.1995, BVerfGE 93, 1.

³⁴ BVerfG, Beschluss vom 10.10.1995, BVerfGE 93, 266.

³⁵ *Christian Rath*, *Pressearbeit und Diskursmacht des Bundesverfassungsgerichts*, in: Robert Chr. van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hrsg.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2. Auflage 2015, S. 403 (405). Vgl. auch § 32 GO BVerfG.

Maßstabsteils zu akzentuieren, wurde das Bundesverfassungsgericht gar als „maßstabsetzende Gewalt“ bezeichnet.³⁶ Dabei stellt der Maßstabsteil eine Zwischenschicht zwischen Verfassung und Einzelfall³⁷ und damit Dogmatik dar. Die Maßstäbe wirken lehrbuchartig. Sie sind zwar anhand von Fällen entwickelt worden, werden aber in späteren Entscheidungen vom Ursprungsfall gelöst, also dekontextualisiert; der Ursprungsfall wird zum ahistorischen Zitat in einer Zitatkette. Tatsächlich verweist das Gericht in seinen Entscheidungen seit dem Jahr 2001 durchschnittlich auf 45 eigene Entscheidungen³⁸ und stabilisiert mit dieser Selbstreferentialität Erwartungen.

In jüngerer Zeit wurde verstärkt auf die Gefahren aufmerksam gemacht, die mit diesem Verfahren verbunden sind: Maßstäbe, die anlässlich eines bestimmten Falles entwickelt wurden, verselbständigten sich, entwickelten ein Eigenleben und kämen schließlich dort zur Anwendung, wo sie nicht passten; gerade der ahistorische Umgang mit den Maßstäben könne dazu führen, dass eine durch einen gewissen Zeitgeist geprägte Dogmatik perpetuiert und schließlich in die Gegenwart transportiert werde, wo sie nicht mehr sachangemessen erscheine.³⁹ Schließlich werde durch ausgeprägte Maßstäbe der politische Prozess zu sehr eingeeengt, zumal die Politik die Maßstäbe im Grundrechtsbereich faktisch nicht ändern könne.

Diese Beobachtungen und die mit ihnen beschriebene Gefahr sind nicht von der Hand zu weisen. Jüngster Beleg ist die Stadionverbotsentscheidung des Ersten Senats, in der das Gericht wieder auf die Figur der mittelbaren Drittwirkung rekurriert und zu diesem Zweck die dogmatische Herleitung der berühmten *Lüth*-Entscheidung aus dem Jahr 1958 übernimmt.⁴⁰ Noch immer oder schon wieder ist die Rede von den Grundrechten als *Wertordnung* – und dies, obwohl das Gericht von dieser Begründung zwischenzeitlich Abstand genommen hatte und in der Literatur längst konsentiert ist, dass die ursprüngliche Begründung vom Zeitgeist der 1950er Jahre geprägt war und heute nicht mehr trägt.⁴¹

³⁶ *Oliver Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Matthias Jestaedt et al., Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011, S. 159 ff. Eine frühe Thematisierung der Maßstabbildung findet sich bei *Peter Lerche*, Stil und Methode der verfassungsrechtlichen Entscheidungspraxis, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band 1, 2001, S. 333 ff.

³⁷ *Lepsius* (Fn. 36), S. 174 f.

³⁸ *Martini* (Fn. 29), S. 90.

³⁹ *Matthias Jestaedt*, Autorität und Zitat. Anmerkungen zur Zitierpraxis des Bundesverfassungsgerichts, in: Steffen Detterbeck/Jochen Rozek/Christian von Coelln (Hrsg.), Recht als Medium der Staatlichkeit. Festschrift für Herbert Bethge zum 70. Geburtstag, 2009, S. 513 (532 f.); *Lepsius* (Fn. 36), S. 196 ff.

⁴⁰ BVerfG, Beschluss vom 11.4.2018, BVerfGE 148, 267 (280) (Stadionverbot), Rn. 32.

⁴¹ *Rainer Wahl*, Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band 1, 2004, § 19, Rn. 8 ff.

Trotz dieser Bedenken kann und sollte das Gericht aber nicht auf den Maßstabteil verzichten!⁴² Maßstäbe erbringen als Zwischenschicht zwischen dem extrem abstrakten und dadurch in besonders großem Maße auslegungsbedürftigen Verfassungstext und dem konkreten Einzelfall eine unentbehrliche Vermittlungsleistung und sorgen zumindest für eine gewisse Transparenz. Fehlt, wie etwa beim *Conseil constitutionnel*, ein derartiger Maßstabteil, übernehmen Paratexte wie die Kommentare des Generalsekretärs dessen Funktion.⁴³ Vor allem wäre die massenhafte Kammerrechtsprechung ohne die entwickelten Maßstäbe gar nicht möglich: Gemäß § 93c Abs. 1 S. 1 BVerfGG muss die für die Beurteilung der Verfassungsbeschwerde maßgebliche verfassungsrechtliche Frage durch das Bundesverfassungsgericht nämlich bereits entschieden sein, damit eine Kammer einer Verfassungsbeschwerde stattgeben kann.

Ferner sind die damit einhergehenden Probleme – Entkontextualisierung etc. – der deutschen Dogmatik als Methode bis zu einem gewissen Grad eingeschrieben.⁴⁴ Dogmatik führt, um mit *Rainer Wahl* zu sprechen, stets zu gewissen Pfadabhängigkeiten.⁴⁵ Es ist dann Aufgabe gerade auch der Wissenschaft, herauszuarbeiten, ob sich gewisse Pfade zu Holzwegen entwickelt haben und verlassen werden sollten.⁴⁶ Im Übrigen ist das Phänomen der (entkontextualisierten) Maßstäbe ebenso im Zivilrecht bekannt; auch der BGH ist in gewissem Sinne eine maßstabsetzende Gewalt, denn auch das BGB wird überwiegend so angewandt, wie es der BGH interpretiert.⁴⁷ Schon das Reichsgericht hat mit entkontextualisierten Selbstzitate gearbeitet.⁴⁸ Und so heißt es denn auch bei *Carl Schmitt*: „Rechtspraxis und Rechtslehre arbeiten seit Jahrtausenden mit Maßen und Maßstäben“⁴⁹.

Der Unterschied zwischen Fachgerichtsbarkeit und dem Bundesverfassungsgericht besteht daher nicht in der Technik der Maßstabbildung (sie ist nach hier vertretener Auffassung alternativlos), sondern in der *Bindungswirkung* der „Ent-

⁴² Anders *Lepsius* (Fn. 36), S. 257: „Abkehr vom Maßstab zum Präjudiz“. Daran anschließend *Armin von Bogdandy*, *Tyrannie der Werte? Herausforderungen und Grundlagen einer europäischen Dogmatik systemischer Defizite*, *ZaöRV* 79 (2019), S. 503 ff.

⁴³ *Denis Baranger*, *Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *Jus Politicum* 7 (2012), S. 32 f., verfügbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2177832 (zuletzt abgerufen am 21.6.2019).

⁴⁴ So zu Recht *Thomas Hochmann*, *Motivation et justice constitutionnelle: le modèle allemand*, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2017/2, S. 23 (25).

⁴⁵ *Rainer Wahl*, *Entwicklungspfade im Recht*, *JZ* 2013, S. 369 ff.

⁴⁶ So auch *Oliver Lepsius*, *Kontextualisierung als Aufgabe der Rechtswissenschaft*, *JZ* 2019, S. 793 ff.

⁴⁷ *S. Schlaich/Korioth* (Fn. 23), Rn. 492: „Natürlich halten sich Untergerichte in der Regel an die Rechtsansichten ihrer Obergerichte“.

⁴⁸ *Oliver Lepsius*, *Entscheidungsaufbau und Entscheidungstechnik: eine Lesehilfe*, in: *Anselm Doering-Manteuffel/Bernd Greiner/Oliver Lepsius*, *Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 1985*, 2015, S. 7 (8).

⁴⁹ *Carl Schmitt*, *Einleitung*, in: *ders.*, *Die Tyrannie der Werte*, 3. Auflage 2011, S. 24.

scheidungen“ des Bundesverfassungsgerichts nach § 31 Abs. 1 BVerfGG. Diese Wirkung interpretiert das Bundesverfassungsgericht extensiv, weil es auch die „tragenden Gründe“ für bindend erklärt⁵⁰ – und sich damit implizit auf seine Maßstabsteile bezieht. Daher sollte eine Diskussion um eine mögliche Versteinerung des Rechts primär bei der *Reichweite* der Bindungswirkung geführt,⁵¹ nicht aber die Maßstabsbildung an sich kritisiert werden.

Ist nach alledem eine Maßstabsbildung unentbehrlich, müssen die Maßstäbe aber in der Tat durch eine Kontextualisierung und ein *distinguishing* aktuell gehalten werden. Dieser Aufgabe ist sich das Gericht auch bewusst. So war es seinerseits auf eine Kontextualisierung beim Auslegen der *EGMR*-Rechtsprechung angewiesen, als es jüngst die Frage zu entscheiden hatte, ob Beamten in Deutschland ein Streikrecht zukomme. Nach Auffassung vieler sollte dieses Ergebnis aus *EGMR*-Entscheidungen folgen, die das Straßburger Gericht zu türkischen Fällen getroffen hatte – und zwar zu einer Rechtslage, die sich von der deutschen in zentralen Punkten unterscheidet.⁵² Zu Recht hat das Bundesverfassungsgericht hier ein *distinguishing* vorgenommen.⁵³

Nun liegt die Gretchen-Frage nahe, wie es das Gericht mit der Kontextualisierung und der Historisierung der *eigenen* Fälle hält bzw. wie dem Gericht ein *distinguishing* schon im Maßstabteil gelingen kann. Tatsächlich lassen sich hier unterschiedliche Strategien beobachten:

(1) Selten bricht das Gericht ausdrücklich mit seiner eigenen Rechtsprechung. Doch kommt es durchaus vor, dass das Gericht einen Entwicklungspfad aufgibt, so geschehen in seiner jüngsten *NPD*-Entscheidung.⁵⁴ Möglich war diese Rechtsprechungsänderung vor allem deswegen, weil die letzten Parteiverbotsentscheidungen aus den 1950er Jahren stammten.⁵⁵ Besonders häufig kann diese Strategie allerdings nicht angewandt werden, sonst würde die Rechtssicherheit und Erwartungsstabilisierung, die Dogmatik leisten soll, in Frage gestellt.

(2) Als zweite Strategie kommt die Bildung einer Ausnahme zur bisherigen Dogmatik in Betracht. So ist das Gericht in der *Wunsiedel*-Entscheidung vorgegan-

⁵⁰ Ständige Rechtsprechung seit BVerfG, Urteil vom 23.10.1951, BVerfGE 1, 14 (37) (Südweststaat).

⁵¹ Grundlegend die Kritik bei *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Beharrung oder Innovation – Zur Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, *Der Staat* 13 (1974), S. 335 ff.; s. ferner *Oliver Lepsius*, Zur Bindungswirkung von Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen, in: Rupert Scholz et al. (Hrsg.), *Realitätsprägung durch Verfassungsrecht*, 2008, S. 103 ff. Antikritik bei *Antje von Ungern-Sternberg*, Normative Wirkungen von Präjudizien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *AöR* 138 (2013), S. 16 ff.

⁵² Näher *Anna-Bettina Kaiser*, Streikrecht für Beamte – Folge einer Fehlrezeption?, *AöR* 142 (2017), S. 417 ff.

⁵³ BVerfG, Urteil vom 12.6.2018, BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 132, 173.

⁵⁴ BVerfG, Urteil vom 17.1.2017, BVerfGE 144, 20 (*NPD*-Verbotsverfahren), Rn. 586: Potentialität beim „darauf ausgehen“ erforderlich.

⁵⁵ BVerfG, Urteil vom 23.10.1952, BVerfGE 2, 1 (*SRP*-Verbot); BVerfG, Urteil vom 17.8.1956, BVerfGE 5, 85 (*KPD*-Verbot).

gen, in der es eine Ausnahme vom Erfordernis eines allgemeinen Gesetzes zur Einschränkung der Meinungsfreiheit anerkannt hat.⁵⁶ Freilich ist diese Entscheidung ein problematisches Beispiel, hätte das Festhalten an der bisherigen Dogmatik das Gericht doch vor dem nunmehr eingeschlagenen Sonderweg bewahren können.

(3) Die dritte und wichtigste Strategie kommt auf die Unterscheidung von Herstellung und Darstellung zurück. In der Darstellung legt das Gericht zwar durch die erwähnte vielfache Verwendung von Eigenzitatena nahe, es führe seine alte Rechtsprechung bruchlos fort. Doch faktisch erlaubt die Vielzahl vergangener Entscheidungen, gerade auf diejenigen Entscheidungen zu rekurrieren, die im Fall passend erscheinen. Denn es ist keinesfalls so, dass in jeder Entscheidung zur selben verfassungsrechtlichen Maßstabnorm, etwa der Berufsfreiheit, der C I-Teil identisch, also statisch wäre. Vielmehr ist eine Dynamik des C I-Teils zu beobachten. Die Wahl bestimmter Textbausteine und das Außerachtlassen anderer Textbausteine ermöglicht dem Gericht eine Flexibilität, die in der Darstellung eine Kontinuität vermittelt und dennoch im Herstellungsprozess ein *distinguishing* ermöglicht. Anschaulich hat die französische Rechtswissenschaft im Hinblick auf die Begründung des *Conseil constitutionnel*, wengleich dort mit kritischem Unterton, den Begriff der „banque de considérants“ geprägt,⁵⁷ aus der sich das Gericht bedient. Der Maßstabteil erscheint so als „bewegliches System“. Als Beispiel kann die Dogmatik zur Berufsfreiheit dienen. Von der alten Drei-Stufen-Theorie, die das Gericht in den 1950er Jahren prägte, bleiben heute nur noch kleine Bestandteile zurück.⁵⁸

Wie könnte das Gericht – jenseits der beschriebenen Strategien – der Versteinerungstendenz seiner eigenen Rechtsprechung entkommen?

(1) Zum einen sollten *Dogmatik und Historisierung nicht als Gegensätze* wahrgenommen werden.⁵⁹ Historisierung kann vielmehr eine Chance sein, die Dogmatik zu verfeinern und *à jour* zu halten. Ein überzeugendes Beispiel hierfür ist die eben referierte NPD-Entscheidung. In diesem Zusammenhang könnte hilfreich sein, wenn das Gericht beim Selbstzitat das Jahr und den thematischen Namen der zitierten Entscheidung angeben würde – der Rückgriff auf einen erkennbar alten Beleg kann den Rechtfertigungsbedarf erhöhen.

⁵⁶ BVerfG, Beschluss vom 4.11.2009, BVerfGE 124, 300 (Wunsiedel), 1. Leitsatz. Kritisch etwa *Mathias Hong*, Das Sonderrechtsverbot als Verbot der Standpunktdiskriminierung – der Wunsiedel-Beschluss und aktuelle versammlungsgesetzliche Regelungen und Vorhaben, DVBl. 2010, S. 1267 ff.

⁵⁷ *Baranger* (Fn. 43), S. 4.

⁵⁸ Berechtigt erscheint damit aber eine ähnliche Frage, wie sie *Lepsius* (Fn. 36), S. 199, zur *Lüth*-Entscheidung stellt: Ist die Drei-Stufen-Theorie noch maßgebend?

⁵⁹ So aber *Josef Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 91; *Lepsius* (Fn. 36), S. 198; ähnlich *Jestaedt* (Fn. 39), S. 533; kritisch *Anna-Bettina Kaiser*, Schafft sich die Verfassungsgeschichte ab? Ein Kommentar zu Michael Stolleis, in: Michael Stolleis, Verfassungs(ge)schichten, 2017, S. 77 (88 f.).

(2) Zum anderen könnte die Maßstabsbildung noch *transparenter* werden. So spielt in der Eigenwahrnehmung des Gerichts ein *distinguishing* bei den Beratungen eine entscheidende Rolle.⁶⁰ Dieses *distinguishing* auf Herstellungsebene könnte noch deutlicher kenntlich gemacht werden durch eine ausdrückliche Darstellung der *distinguishing*-Überlegungen; auf diese Weise könnte eine größere Transparenz bei den Maßstäben erzielt werden. Selbstzitate von unveröffentlichten Beschlüssen werden inzwischen ohnehin vermieden.⁶¹

(3) Als problematisch erweist sich schließlich die Rückkehr zu alten Entwicklungspfaden, etwa die Rückkehr zur Rede von Grundrechten als Wertordnung. Das heißt freilich nicht, dass auf die Privatrechtsgeltung der Grundrechte verzichtet werden sollte. Ein denkbarer Weg hätte aber sein können, auf die genaue Begründung der Konstruktion zu verzichten⁶² und der Literatur im Wege der Arbeitsteilung die Entwicklung der Theorie zu überlassen.

III. Umgang mit Wissenschaft

Weniger Aufmerksamkeit als die Maßstabsbildung hat die Frage erhalten, wie das Bundesverfassungsgericht mit Beiträgen aus der Literatur umgeht.⁶³ Fest steht zunächst, dass die Entscheidungen des Karlsruher Gerichts anders als die Entscheidungen des *Conseil constitutionnel* wissenschaftliche Beiträge zitieren. Die Politikwissenschaft ordnet auch aus diesem Grund das Karlsruher Gericht der Kategorie des *diskursiven Gerichts* zu.⁶⁴ Doch wie das Gericht die Literatur *genau* verarbeitet, ist als Thema unterbelichtet.

Auch an dieser Stelle ist es sinnvoll, zur Ausgangsunterscheidung von Herstellung und Darstellung zurückzukehren. Auf *Herstellungsebene* ist davon auszugehen, dass zumindest der Berichterstatter mit Hilfe seines zuständigen wissenschaftlichen Mitarbeiters die deutschsprachige Literatur zum Fall *in ihrer gesamten Breite* aufarbeitet.⁶⁵ (Für die anderen Senatsmitglieder wird eine Handakte vorbereitet mit sämtlichen „verfahrens- und entscheidungserheblichen Schriftstücke[n]“, § 23 Abs. 1 S. 2 GO BVerfG.) Diese breite Rezeption der Literatur führt freilich nicht dazu, dass die Literatur auch vollständig in der Entscheidung, also

⁶⁰ Redebeitrag des Bundesverfassungsrichters *Ulrich Maidowski* auf der Tagung „Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik“, veranstaltet von *Florian Meinel* und *Christoph Schönberger* im April 2016 am Wissenschaftszentrum Berlin.

⁶¹ Vgl. aber zur älteren Praxis *Schlaich/Korioth* (Fn. 23), Rn. 265 mit Fn. 349.

⁶² Vgl. *Cass Sunstein*, *Incompletely Theorized Agreements*, *Harvard Law Review* 108 (1995), S. 1733 ff.

⁶³ S. aber *Jestaedt* (Fn. 39), S. 513 ff.

⁶⁴ *Kranenpohl* (Fn. 8), insbesondere Kapitel 5.

⁶⁵ So ausdrücklich *Andreas Voßkuhle*, Die „unsichtbaren“ Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, Vortrag vom 9. 11. 2018 in Würzburg, Manuskript, S. 25.