

Frank Schorkopf

# Gesetzgebung durch Höchstgerichte und Parlamente\*

Zur gewaltenübergreifenden Korrektur von Rechtsprechung

- I Rechtsetzung – Rechtsfortbildung – Rechtsgewinnung
- II Typologie
  - 1 Kompensatorische Rechtsprechung
  - 2 Prärogative Rechtsprechung
  - 3 Präskriptive Rechtsprechung
  - 4 Konfrontative Rechtsprechung
  - 5 Kollusive Rechtsprechung
- III Korrekturen
  - 1 Die *référé législatif* im geltenden Recht
  - 2 Mechanismus des parlamentarischen *Overrides*
    - a) Exekutiver Nichtanwendungserlass
    - b) Anwendungsbeispiele
    - c) Bewertung
  - 3 Dialoge
- IV Schluss

## I Rechtsetzung – Rechtsfortbildung – Rechtsgewinnung

Wer Recht setzt und wer Recht spricht, tut Verschiedenes. Diese klassische Aussage beruht auf dem gewaltenteilenden Vorverständnis, dass hoheitliche Gewalt funktional differenziert ausgeübt wird, dass Legislative und Judikative unterschiedlichen Rationalitäten folgen.<sup>1</sup> Und doch ist die Differenzierung zwischen Rechtsetzung und Rechtsprechung nicht fraglos. Aus der Methodentheorie heraus wird argumentiert, dass Normsetzung und Normanwendung als einheitlicher Prozess der Rechtsgewinnung verstanden werden sollten.<sup>2</sup> Das Argument ist unterlegt mit entsprechenden Beobachtungen aus den Anfängen moderner Verfassungsstaatlichkeit bis hin in

---

\* Eine erweiterte und überarbeitete Fassung ist erschienen in AöR 144 (2019), S. 202–233.

**1** Auf die strukturellen Unterschiede zwischen höchstrichterlicher Regelbildung und Gesetzgebung verweist CHRISTOPH SCHÖNBERGER, *Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen*, VVDStRL 71 (2012), S. 296 (311 ff.).

**2** MATTHIAS JESTAEDT, *Richterliche Rechtsetzung statt richterliche Rechtsfortbildung*, *Methodologische Betrachtungen zum sog. Richterrecht*, in: Christian Bumke (Hrsg.), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, 2012, S. 49 ff.; SCHÖNBERGER (Anm. 1), S. 296 (300 ff.).

neuere Zeit. Der amerikanische Rechtsgelehrte *John Chipman Gray* schrieb 1909, als man in den Vereinigten Staaten bereits über ein Jahrhundert auf *Marbury vs. Madison* zurückblickte:

It has been sometimes said, that the Law is composed of two parts, – legislative law and judge-made law, but, in truth, all the Law is judge-made law. The shape in which a statute is imposed on the community as a guide for conduct is that statute as interpreted by the courts. The courts put life into the dead words of the statute.<sup>3</sup>

*Rudolf Smend* stellte zum zehnjährigen Bestehen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) bekanntlich fest, dass das Grundgesetz praktisch nunmehr so gelte, wie das BVerfG es auslege und die Literatur es in diesem Sinne kommentiere.<sup>4</sup> Ähnliches wird in der Gegenwart für das Verhältnis von Unionsgesetzgeber und Europäischem Gerichtshof (EuGH) festgestellt. Die Verträge seien, so der britische Rechtslehrer *Gareth Davies*, praktisch wie prinzipiell das, was der Gerichtshof sage, was sie seien, herausgefordert nur durch die Möglichkeit der Rebellion durch nationale Verfassungsgerichte.<sup>5</sup> Und in einem neueren Beitrag über eine moderne Theorie des Öffentlichen Rechts stellt *Armin von Bogdandy* fest, dass „sich das traditionelle kognitive Paradigma der Interpretation und Rechtsanwendung als unhaltbar erwiesen“ habe. Unter nicht näher benanntem Hinweis auf die wegweisenden Arbeiten *Carl Schmitts* und *Hans Kelsens* heißt es weiter, Auslegung wie Anwendung des Rechts beinhalten gewöhnlich ein rechtsschöpferisches Element, hätten „dogmatische Konstruktionen in aller Regel einen eigenständigen normativen Gehalt jenseits der Rechtsquelle.“<sup>6</sup>

<sup>3</sup> JOHN CHIPMAN GRAY, *The Nature and Sources of the Law*, 1909, S. 119 f. Die berühmte Stelle in der Entscheidung des US Supreme Court lautet: „It is emphatically the duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret the rule. If two laws conflict with each other, the Court must decide on the operation of each“, *Marbury vs. Madison* 5 U.S. 137 (1803), S. 137.

<sup>4</sup> RUDOLF SMEND, Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts am 26. Januar 1962, *Das Bundesverfassungsgericht*, hrsg. vom Bundesverfassungsgericht, 1963, S. 23 (24), erneut abgedruckt in: *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3. Aufl. 1994, S. 581 (582). Diese Aussage ist später aufgegriffen und zur These vom Bundesverfassungsgerichtspositivismus geformt worden, BERNHARD SCHLINK, *Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit*, *Der Staat* 28 (1989), S. 161 (168 ff.); vgl. auch MATTHIAS JESTAEDT, *Verfassungsgerichtspositivismus*, in: Otto Depenheuer/Markus Heintzen/Matthias Jestaedt/Peter Axer (Hrsg.), *Nomos und Ethos*, 2002, S. 183 ff.

<sup>5</sup> GARETH DAVIES, *The European Union Legislature as an Agent of the European Court of Justice*, *Journal of Common Market Studie* 54 (2016), S. 846 (847). Das Zitat lautet im englischen Original: „[...] and it is the Court which is entrusted with their interpretation. The Treaties are, both in practice and in principle, what it says they are, subject only to the possibility of rebellion by national constitutional courts. Hence to be an agent of the Treaties is, in substance, to be an agent of the court.“ (Nachweise weggelassen).

<sup>6</sup> ARMIN VON BOGDANDY, *Das Öffentliche im Völkerrecht im Lichte von Schmitts „Begriff des Politischen“*. Zugleich ein Beitrag zur Theoriebildung im Öffentlichen Recht, *ZaöRV* 2017, S. 878 (898 f.).

Die Anfrage an das klassische Verhältnis von Rechtsetzung, d.h. hier im engeren Sinn von Gesetzgebung, und Rechtsprechung beinhaltet eine unterschwellige Besorgnis über Entdifferenzierung. Gesetzgebung wird sowohl nach allgemeiner Erwartung als auch nach Herrschaftstheorie und vergleichendem Verfassungsrecht im Kern der Legislative, nicht der rechtsprechenden Gewalt zugewiesen. Der vergewissernde Blick in die Rechtsgeschichte zeigt uns dabei zunächst, dass es um Machtfragen unabhängig von der Herrschaftsform geht. Vom aufgeklärten Absolutismus des 18. Jahrhunderts bis hinein in die „sozialistische Gesetzlichkeit“ der untergegangenen DDR war der Richter immer wieder Vorlage- oder Anfragepflichten an extrajustizielle Gremien (*référé législatif*) unterworfen, die bei Auslegungszweifeln entsprechende Richtungen – nach dem Willen des Monarchen oder der führenden Partei – vorgeben sollten.<sup>7</sup> Die in modernen Verfassungsstaaten bestehenden Vorlagepflichten an Höchstgerichte erfüllen in der Gegenwart eine andere Funktion: die Rechtseinheit. Die liberale Demokratie führt das Motiv der Unterordnung des Richters allerdings auch fort, indem sie die „richterliche Macht“ an den Willensakt des parlamentarischen Gesetzgebers zu binden sucht und jedes Anzeichen für ein *gouvernement des juges* mit Argwohn betrachtet.<sup>8</sup>

Vom demokratietheoretischen Standpunkt wird eingewandt, dass der Richter nicht zur politischen Gestaltung, sondern allein zur Anwendung und Auslegung des Rechts legitimiert sei. Das Problem ist von *Ernst-Wolfgang Böckenförde* in das Gegensatzpaar von parlamentarischem Gesetzgebungsstaat und verfassungsvollziehendem Jurisdiktionsstaat gebracht worden.<sup>9</sup> In der Rechtsdebatte der Vereinigten Staaten ist bis in die Gegenwart die judikative Verdrängung von Recht, das vom demokratischen Mehrheitswillen legitimiert ist, unter der Überschrift der *counter-majoritarian difficulty* eines der umstrittensten Themen.<sup>10</sup> Die demokratietheoretische Kritik einer Herrschaft der Minderheit trifft dabei keineswegs allein auf staatliche Rechtsordnungen zu. Denn auch in den internationalen Beziehungen wird nationales Recht aufgrund von völker- und europarechtlichen Bindungen jedenfalls in der Anwendung

---

SCHÖNBERGER (Anm. 1), S. 296 (301): „Auch gerichtliche Urteile erzeugen Recht, sie wenden diese nicht lediglich an“, mit Hinweis auf *Adolf Julius Merkl* und *Hans Kelsen*.

7 MATTHIAS MIERSCH, Der sogenannte *référé législatif*, 2000.

8 CHRISTIAN HILLGRUBER (Hrsg.), *Gouvernement des juges – Fluch oder Segen?*, 2014; OLIVER LEPSIUS, Entscheiden durch Maßstabsbildung, in: Robert Christian van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hrsg.), *Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2. Aufl. 2015, S. 119 (127 ff.); MARCUS HÖRETH, Die Selbstautorisierung des Agenten. Der Europäische Gerichtshof im Vergleich zum U.S. Supreme Court, 2008. Die bekannte Formel geht zurück auf die Monographie von ÉDOUARD LAMBERT, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, 1921.

9 ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, 2. Aufl. 1981, S. 402.

10 ALEXANDER M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, 2. Aufl. 1986, S. 16 f.; OR BASSOK/YOAV DOTAN, *Solving the countermajoritarian difficulty?*, *International Journal of Constitutional Law* 11 (2013), S. 13 ff.

verdrängt.<sup>11</sup> Das Einwirken von Judikaten internationaler Gerichtshöfe auf die deutsche Rechtsordnung ist unter den Topoi „ultra vires-Kontrolle“ und „Identitätskontrolle“ eines die Rechtsprechung des BVerfG prägenden Themen.<sup>12</sup> Der EU-Austritt des Vereinigten Königreichs war im Vorfeld des Brexit-Referendums und ist bei den laufenden Verhandlungen von dem Motiv geprägt, den Einfluss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) auf das nationale Recht zurückzudrängen.<sup>13</sup>

Bereits die erwähnte Denkströmung in der Methodentheorie, die synthetisierend von Rechtsgewinnung oder neuerdings von „judikativer Rechtsetzung“ spricht,<sup>14</sup> lenkt die Aufmerksamkeit auf die Idealtypik der Gewaltenteilung, in der die vermeintlich klar markierten Sphären bei näherem Blick weniger deutlich getrennt sind. Die Gewaltenteilung ist seit langem eine Gewaltengliederung:<sup>15</sup> Die Exekutive ist zu delegierter Rechtsetzung ermächtigt (Art. 80 GG; Art. 290 AEU-Vertrag). Der deutsche Gesetzgeber hat bestimmten Entscheidungen des BVerfG Gesetzeskraft verliehen (§ 31 BVerfGG). Einzelne Rechtsgebiete überlässt der Gesetzgeber – wie beispielsweise im Arbeits- und Staatshaftungsrecht – zumindest zur konkretisierenden Ausgestaltung ausdrücklich den Gerichten.

Das Bild, das sich von dieser Gewaltenverschränkung praktisch wie theoretisch zeichnen lässt, hat aber noch mehr Detailreichtum. In der Verfassungstheorie ist anerkannt, dass im Gefüge der drei überlieferten Gewalten die Unabhängigkeit der Judikative auch deshalb hingenommen werden kann, weil die demokratisch legitimierte Legislative die Entscheidungen der Gerichte nachträglich ändern kann. Diese Möglichkeit tritt neben die Gesetzesbindung, die das Grundgesetz in den starken Satz fasst, dass die Richter nur dem Gesetz unterworfen seien (Art. 97 Abs. 1 GG). Die Praxis thematisiert diesen Zusammenhang mit wenig Engagement, weil die Korrektur als „Gerichtsschelte“ und damit als Eingriff in die Unabhängigkeit der Justiz gesehen werden kann, mit der die Institution des Rechtsstaates prinzipiell in Frage gestellt sein

---

**11** MICHAEL ROSENFELD, *Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts*, in: Georg Nolte (Hrsg.), *European and US constitutionalism*, 2005, S. 197 (212 ff.); JED RUBENFELD, *Unilateralism and Constitutionalism*, *New York University Law Review* 79 (2004), S. 1971 (2002).

**12** Zusammenfassend FRANK SCHORKOPF, *Staatsrecht der internationalen Beziehungen*, 2017, § 2 Rn. 195 ff.; THOMAS WISCHMEYER, *Nationale Identität und Verfassungsidentität: Schutzgehalte, Instrumente, Perspektiven*, *AöR* 140 (2015), S. 415 ff.

**13** Vgl. etwa den Abschnitt „Taking Control of Our Own Law“ im Weißbuch der Britischen Regierung, *The United Kingdom’s exit from and the new partnership with the European Union*, Februar 2017, Ziff. 2.

**14** MEHRDAD PAYANDEH, *Judikative Rechtserzeugung*, 2017; zur Rechtsgewinnung siehe die Nachweise in Anm. 2.

**15** CHRISTOPH MÖLLERS, *Gewaltengliederung*, 2005; DERS., *Die drei Gewalten. Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, europäischer Integration und Internationalisierung*, 2008.

könnte.<sup>16</sup> Die Debatte über die Lage des Rechtsstaates in einigen EU-Mitgliedstaaten,<sup>17</sup> die im Fall Polens nun sogar zu einem förmlichen Sanktionsverfahren nach Art. 7 EU-Vertrag geronnen ist,<sup>18</sup> vergegenwärtigt die dünne Linie, die zwischen politischer Dienstbarmachung der Justiz und Kritik an judikativer Rechtsgestaltung verläuft. Die überstaatliche Dimension solcher Kritik ist zudem verknüpft mit der Furcht vor der Delegation einer ohnehin stetig auf Akzeptanz bedachten internationalen Gerichtsbarkeit – sie erhöht die Toleranzschwelle für Kritik.

Die legislative Korrektur von Rechtsprechung ist gleichwohl ein anerkanntes Instrument demokratisch legitimierter Hoheitsgewalt. In den nachfolgenden Überlegungen soll auf der Grundlage einer aus Praxis und Theorie gespeisten Typologie höchstrichterlicher Gesetzgebung (Ziff. II) eine Systematik von Korrekturmodellen entwickelt werden (Ziff. III), die über das erwartbare Instrument der formellen Änderung eines Richterspruchs durch den Gesetzgeber hinausgeht. Dabei ist zweierlei zu berücksichtigen: Zum einen ist im Blick zu halten, dass die rechtsetzende und die rechtsprechende Gewalt im Einzelfall nicht auf Abgrenzung ausgerichtet sind, sondern von sich aus die Verschränkung, möglicherweise sogar ein arbeitsteiliges Zusammenwirken suchen. Zum anderen ist die Abgrenzung von Rechtsetzung und Rechtsprechung von einer staatlichen Rechtsordnung aus gedacht und durch deren Rahmenbedingungen determiniert; an dieser Stelle soll der Rahmen in dem Sinn erweitert werden, dass die überstaatliche Höchstgerichtsbarkeit hinzuzudenken ist.

---

**16** Beispiele aus neuerer Zeit für die deutsche Rechtsordnung sind die Einfügung des Art. 91e GG auf BVerfGE 119, 331 ff. – ARGE (2007) und § 4a TVG, eingeführt durch das Tarifeinheitsgesetz v. 15.7.2015, mit dem eine Rechtsprechungsänderung des BAG zur „Tarifeinheit“ rückgängig gemacht werden sollte, vgl. BT-Drucks. 18/4062; für Beispiele aus dem Gesellschaftsrecht siehe HOLGER FLEISCHER/FRAUKE WEDEMANN, Kodifikation und Derogation von Richterrecht, AcP 209 (2009), S. 597 (618 ff.). Das Europarecht kennt eine Änderung des Primärrechts, mit der die EuGH-Entscheidung in der Rs. Barber, C-262/88, Slg. 1990, 1889, rückgängig gemacht wurde. Ein Protokoll zum Vertrag von Maastricht beschränkte die zeitlichen Rückwirkungen des Urteils, das Art. 119 EWG-Vertrag für unmittelbar anwendbar erklärte, um je nach Geschlecht unterschiedliche Rentenalteransprüche als Diskriminierung geltend zu machen, siehe ausführlich FRANK ROSENKRANZ, Die Beschränkung der Rückwirkung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs, 2015, S. 393 f. Für Änderungen des Sekundärrechts zur Korrektur von EuGH-Entscheidungen siehe DORTE SINDBJERG MARTINSEN, An Ever More Powerful Court?, *The Political Constraints of Legal Integration in the European Union*, 2015, S. 87–90.

**17** ARMIN VON BOGDANDY/PAL SONNEVEND (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, 2015; ANDRAS JAKAB/DIMITRY KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values*, 2016; FRANK SCHORKOPF, Wertesicherung in der Europäischen Union, *EuR* 2016, S. 147 ff.; WOJCIECH SADURSKI, *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, 2012.

**18** European Commission, Rule of Law: European Commission acts to defend judicial independence in Poland, Press release v. 20.12.2017, IP/17/5367.

## II Typologie

Das Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsprechung, das im Folgenden zugespitzt als „höchstrichterliche Gesetzgebung“ bezeichnet wird, ist eine Zustandsbeschreibung. Mit der Formulierung ist eine Grenzüberschreitung markiert und nach deren Rechtfertigung gefragt, ohne dass über die Motive für entsprechende Judikatur spekuliert wird. Bereits der oberflächliche Zugriff auf die Praxis höchstrichterlicher Gesetzgebung verweist auf Gründe, die offensichtlich von den anderen Gewalten gebilligt werden – die genannten Themen des Arbeits- und Staatshaftungsrechts sind sogar Beispiele, in denen der parlamentarische Gesetzgeber prinzipiell mit einem weiten Kompetenzverständnis der Judikative einverstanden ist. Es zeigt sich, dass weitere Gründe bestehen, die im Folgenden in einer Typologie zusammengefasst werden: Rechtsprechung kann den Gesetzgeber korrigieren (1). Sie kann Rechtsschöpfung bei legislativem Schweigen sein (2) und normative Vorgaben für zukünftiges Handeln machen (3). Möglich ist zudem ein Handeln der Rechtsprechung gegen den erklärten Willen des Gesetzgebers (4), aber auch ein einverständliches Zusammenwirken (5).

### 1 Kompensatorische Rechtsprechung

Die klassische Konstellation ist die Korrektur des Gesetzgebers – dieser Typus wird in der weiteren Argumentation als kompensatorische Rechtsprechung bezeichnet. Der Gesetzgeber hat ein Gesetz erlassen, das von einem Höchstgericht am Maßstab der Verfassung, etwa im Rahmen einer Normenkontrolle oder einer Rechtssatzverfassungsbeschwerde, überprüft wird. Das Gesetz wird durch die Entscheidung des Höchstgerichts korrigiert, indem einzelne Normen verfassungskonform ausgelegt, für verfassungswidrig erklärt oder mit ergänzenden Inhalten ausgestattet werden. Kompensatorische Rechtsprechung ist reaktiv, d.h. sie setzt zeitlich gesetzgeberische Aktivität voraus, an die sie, angestoßen durch einen Rechtsstreit, anknüpft.

Im deutschen Verfassungsprozessrecht hat sich für diesen Typus als Schnittstelle die Rechtsfigur der Fortgeltungsanordnung (§ 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG) herausgebildet.<sup>19</sup> Eine Norm ist verfassungswidrig, die gesetzliche Rechtsfolge der Nichtigkeit – mit der Folge der Rückgabe des Sachverhalts an den Gesetzgeber – tritt jedoch nicht ein. Denn das BVerfG lässt die mit der Verfassung unvereinbare Norm in Geltung, zuweilen befristet, mit der ausdrücklichen Aufforderung an den Gesetzgeber, für eine Korrektur im Sinne der höchstrichterlichen Entscheidung zu sorgen.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> PHILIPP STARK, in: Christian Burkiczak/Franz Wilhelm Dollinger/Frank Schorkopf (Hrsg.), BVerfGG, Neuausgabe, 2015, § 95, Rn. 127 ff.

<sup>20</sup> Bislang einzigartig war die an Bundeskanzlerin *Angela Merkel* gerichtete Aufforderung des Vorsitzenden des Ersten Senats, *Ferdinand Kirchhof*, vom 12.7.2016, die in der Entscheidung über die Erbschaftssteuergesetzgebung (BVerfGE 138, 136 ff.) genannte Frist einzuhalten, da der Senat andernfalls

Ein aktuelles Beispiel in diesem Zusammenhang ist das Urteil des Ersten Senats vom Juli 2017 zum Tarifeinheitengesetz.<sup>21</sup> Der Gesetzgeber will mit dem Gesetz die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sichern, indem die gleichzeitige Anwendung unterschiedlicher Tarifverträge konkurrierender Gewerkschaften auf dieselbe Beschäftigtengruppe in einem Betrieb unterbunden wird.<sup>22</sup> Mehrere Gewerkschaften, die in einem Betrieb aktiv sind, erhalten dadurch einen neuen Status: den der Mehrheits- oder der Minderheitsgewerkschaft. Der Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft wird kraft Gesetzes (*ipso iure*) für anwendbar im Betrieb erklärt, während der Tarifvertrag der Minderheitsgewerkschaft verdrängt wird. Das BVerfG bestätigt das Tarifeinheitengesetz, indem es das gesetzgeberische Ziel billigt, einzelne Regelungen in ihrer grundrechtsbegrenzenden Wirkung eng auslegt und die Folgen der Verdrängungswirkung vorläufig neu regelt. So wird die *ipso iure*-Verdrängungswirkung des Minderheitstarifvertrages durch insgesamt sechs zusätzliche Kautelen eingeschränkt<sup>23</sup> und die Arbeitsgerichte werden ausdrücklich beauftragt, „unzumutbaren Härten“ bei der Gesetzesanwendung im Einzelfall zu vermeiden und ggf. dem BVerfG im Wege der konkreten Normenkontrolle einen konkreten Streitfall vorzulegen.<sup>24</sup> Der erhebliche Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG wird durch diese Maßnahmen kompensiert. Noch weitergehend ist der Ausspruch, soweit sich die Verdrängungswirkung negativ auf die Repräsentation von Interessen der Berufsgewerkschaften im Mehrheitstarifvertrag auswirkt.<sup>25</sup> Der Gesetzgeber muss diese Folgewirkung der Verdrängung spätestens bis zum 31. Dezember 2018 neu regeln; bis dahin gilt eine Übergangsregelung, die das BVerfG vorgibt. Werden die zusätzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, tritt die Verdrängungswirkung – und damit die zentrale Rechtsfolge des Gesetzes – nicht ein; wiederum sollen Zweifelsfragen von den Arbeitsgerichten geklärt werden.

---

über Maßnahmen, u.a. über eine Vollstreckungsanordnung nach § 35 BVerfGG, nachdenken werde – damit ist in der Sache gemeint, dass das BVerfG vorläufige Normen im Erbschafts- und Schenkungsteuergesetz erlassen würde, vgl. aber die Anordnung nach § 35 BVerfGG in BVerfGE 88, 203 (208–231) – Schwangerschaftsabbruch II (1993).

**21** BVerfGE 146, 71 ff. – Tarifeinheit (2017).

**22** Siehe die Gesetzesbegründung in BT-Drucks. 18/4062.

**23** BVerfG (Anm. 21); die Urteilsgründe schränken die Verdrängungswirkung in folgender Weise ein: (i) sie besteht nur im Überschneidungsbereich (Ziff. 183), (ii) greift nicht bei objektiver Ergänzungsfähigkeit des Mehrheitstarifvertrages (Ziff. 186), (iii) endet bei Wiederanwendbarkeit des Minderheitstarifvertrages (Ziff. 189) und (iv) nicht erfüllten (einklagbaren) Verfahrensrechten (Ziff. 195 f.). Zudem soll sie (v) ausnahmsweise nicht eingreifen, wenn die Verdrängungsfolgen für Arbeitnehmer untragbar wären (Ansprüche betreffend Lebensplanung, Ziff. 187). Als zentrale Kompensation wird ein weit verstandenes Nachzeichnungsrecht positioniert (Ziff. 190 ff.). Bereits zum Zeitpunkt, in dem die Mehrheitsverhältnisse noch ungeklärt sind und eine Gewerkschaft „potentiell einen Nachteil erleiden könnte“ entsteht ein vollumfängliches Nachzeichnungsrecht („in seiner Gesamtheit“, Ziff. 194).

**24** BVerfG (Anm. 21), Ziff. 188.

**25** BVerfG (Anm. 21), Ziff. 1 Tenor; Ziff. 200 ff.

## 2 Prärogative Rechtsprechung

Der zweite Typus knüpft an die zeitliche Reihung von gesetzgeberischem Handeln und judikativer Korrektur an, indem es den Kausalzusammenhang umkehrt. Bei der prärogativen Rechtsprechung betätigen sich Höchstgerichte rechtsschöpferisch, mit der Möglichkeit, dass der Gesetzgeber die judikativ bewirkte Rechtslage nachträglich ändert. Aus dieser Konstellation ergibt sich, dass prärogative Rechtsprechung durchaus auch vom Willen des Gesetzgebers in dem Sinn gedeckt ist, dass der Gesetzgeber die Lösungen der Rechtsprechung abwartet oder ihr sogar ausdrücklich überlässt.

Zunächst wieder ein Beispiel aus der Spruchpraxis des BVerfG.<sup>26</sup> Das Grundgesetz verpflichtet die Bundesregierung, für einen Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland die grundsätzlich vorherige konstitutive Zustimmung des Deutschen Bundestages einzuholen. Der deutsche Streitkräfteeinsatz im Ausland hängt also nicht allein von materiellen Voraussetzungen und dem Handlungswillen der Bundesregierung ab, sondern bedarf der parlamentarischen Mitwirkung, die sich aus dem Wortlaut des Grundgesetzes jedoch nicht ergibt. Sie ist das Ergebnis der Rechtsprechung des BVerfG, das 1994 in seinem Leiturteil AWACS-Adria/Somalia diese Voraussetzung geschaffen und den Gesetzgeber zugleich aufgefordert hat, jenseits der Mindestanforderungen und Grenzen des Parlamentsvorbehalts die Form und das Ausmaß der parlamentarischen Mitwirkung näher auszugestalten.<sup>27</sup> Der Gesetzgeber ist dieser Aufforderung nachgekommen und hat 2005 das Parlamentsbeteiligungsgesetz beschlossen.<sup>28</sup>

Beispiele für diesen Typus gibt aber auch die Entscheidungspraxis überstaatlicher Höchstgerichte. Zum einen ist die Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft zu nennen. Die Unionsbürgerschaft ist bekanntlich ein unionsrechtlicher Status, der zur Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates hinzu tritt, die Staatsangehörigkeit jedoch nicht ersetzt und zu dieser akzessorisch ist (Art. 20 Abs. 1 AEUV). Seit der Entscheidung der Großen Kammer des Gerichtshofs in der Rechtssache *Ruiz Zambrano* im Jahr 2011 ist eine materiell unmittelbare Union-Bürger-Statusbeziehung geschaffen worden,<sup>29</sup> ist die Notwendigkeit des grenzüberschreitenden Sachverhalts

<sup>26</sup> In diesem Absatz folge ich SCHORKOPF (Anm. 12), § 6 Rn. 73 f.

<sup>27</sup> BVerfGE 90, 286 (381–390), Ls. 3 – AWACS-Adria/Somalia (1994); s. bereits den Beschluss im Eilverfahren BVerfGE 89, 38 ff. – Somalia (1993). Die Entscheidung zog erhebliche Kritik auf sich: CHRISTIAN BURKICZAK, Ein Entsendegesetz für die Bundeswehr?, ZRP 2003, S. 82 (84); ANDREAS PAULUS, Die Parlamentszustimmung zu Auslandseinsätzen nach dem Parlamentsbeteiligungsgesetz, in: Dieter Weingärtner (Hrsg.), Einsatz der Bundeswehr im Ausland, 2007, S. 81 (83–88); OTTO DEPENHEUER, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, GG, Art. 87a, Rn. 143–147 m.w.N. (Oktober 2008); differenzierter, mit Hinweis auf die Folgen von Entscheidungsalternativen GEORG NOLTE, Bundeswehreinsätze in kollektiven Sicherheitssystemen, ZaöRV 54 (1994), S. 652 (673–683).

<sup>28</sup> Gesetz über die parlamentarische Beteiligung bei der Entscheidung über den Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Ausland v. 18.3.2005, BGBl. I S. 775.

<sup>29</sup> EuGH [GK], Urt. v. 8.3.2011, Rs. C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124 – Ruiz Zambrano.

entfallen, wurden bis dahin inexistenten Aufenthalts- und Arbeitsrechte eingeführt sowie das Statusvermittlungsprinzip umgekehrt. Mit anderen Worten: Neben die anerkannte Vermittlung elterlicher Aufenthaltsrechte an ihre Abkömmlinge durch Staatsangehörigkeitsweitergabe ist die reflexhafte Vermittlung von Aufenthaltsrechten für ausreisepflichtige Eltern durch die Unionsbürgerschaft des Kindes getreten.<sup>30</sup> Rechtsquelle für diese Einzelrechte ist ein „Kernbestand“ an Unionsbürgerrechten. Dabei ist für unser Erkenntnisinteresse von besonderer Bedeutung, dass der Unionsgesetzgeber durchaus Teilhaberechte für Arbeitnehmer und deren Angehörige anerkannt hat, diese Rechte jedoch an die Marktteilnahme bindet. *Ruiz Zambrano* „überbrückt“ diese Voraussetzung, indem der Status als Unionsbürger nunmehr die Teilhaberechte vermitteln soll.

Zum anderen ist auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) hinzuweisen. Exemplarisch für prärogative Rechtsprechung ist die Entscheidung in der Sache *Mamatkulov und Askarov*, mit der im Jahr 2005 vorläufige Maßnahmen des Gerichtshofs für verbindlich erklärt worden sind.<sup>31</sup> Während die Vertragsparteien der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) sich im Einklang mit internationalem Verfahrensrecht ausdrücklich gegen diesen Schritt entschieden hatten, kam der Gerichtshof bei einem passenden Sachverhalt zum gegenteiligen Ergebnis. Der Gerichtshof legte die EMRK und das Prozessrecht dabei nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes aus (Art. 31 Abs. 1 WVRK) und berief sich auf die völkerrechtliche Praxis des Internationalen Gerichtshofes, des Interamerikanischen Gerichtshofes sowie des VN-Menschenrechtsausschusses und Ausschusses gegen Folter. Der Ausspruch der Großen Kammer beruhte also auf einer Art internationaler Rechtsvergleichung,<sup>32</sup> die deutlich von einem Fortschrittsdenken, von einer Modernisierungsteleologie des „noch nicht“ getragen ist. In einem Sondervotum schrieben drei Richter der Entscheidung eine *legislative function* zu und formulierten den klassisch gewaltenteilenden Standpunkt:

[...] there is a wide difference between the mere *interpretation* of a treaty and its *amendment*, between the exercise of judicial functions and international law-making.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Hierzu m.w.N. FERDINAND WEBER, Staatsangehörigkeit und Status, 2018, S. 216–227.

<sup>31</sup> EGMR [GK], Urt. v. 4.2.2005, Nr. 46827/99 und 46951/99 – *Mamatkulov und Askarov/Türkei*, Rn. 123–128; dazu KARIN OELLERS-FRAHM, Verbindlichkeit einstweiliger Anordnungen des EGMR: Epilog – das Urteil der Großen Kammer im Fall *Mamatkulov u.a. gegen Türkei*, EuGRZ 32 (2005), S. 347 ff. Siehe Art. 39 VerfO EGMR; in der EMRK sind vorläufige Maßnahmen nicht vorgesehen.

<sup>32</sup> CHRISTOPH GRABENWARTER, Menschenrechtsschutz und Menschenrechtspolitik durch den EGMR, in: Christian Hillgruber (Hrsg.), *Gouvernement des juges – Fluch oder Segen?*, 2014, S. 45 (67–69).

<sup>33</sup> EGMR [GK] (Anm. 31), Gemeinsames Sondervotum der Richter LUCIUS CAFLISCH, RIZA TÜRMEN und ANATOLY KOVLER, Rn. 11 f., Hervorhebung im Original.

In den beiden überstaatlichen Beispielskonstellationen ist die Rechtsprechung weder vom Unionsgesetzgeber noch vom „Vertragsgesetzgeber“ der EMRK in das geschriebene Recht aufgenommen worden. Der deutsche Beispielsfall kennt das Parlamentsbeteiligungsgesetz, d.h. eine einfachgesetzliche Konkretisierung des verfassungsrechtlich verankerten Parlamentsvorbehalts. Gemeinsam ist den Beispielen, dass die Gerichte ihre prärogative Rechtsprechung auf den jeweils höchstrangigen Normtext, auf die Auslegung des „Verfassungsrechts“ gestützt haben.

### 3 Präskriptive Rechtsprechung

Damit ist der Bogen geschlagen zu einer – nicht immer trennscharf abgrenzbaren – Variante der prärogativen Rechtsprechung, der gleichwohl ein Typus zugewiesen werden kann: der präskriptiven Rechtsprechung. Ihr prägendes Merkmal ist, dass der Gegenstand höchstrichterlicher Gesetzgebung dem Gesetzgeber zumindest faktisch entzogen ist. Der Gesetzgeber kann den Regelungsgegenstand also nicht mehr in Form einer Zweitcodierung adressieren, sondern muss die höchstrichterliche Gesetzgebung hinnehmen. Die Rechtsprechung immunisiert ihre Aussagen in dieser Variante durch die Maßstäblichkeit im Verfassungs- oder Vertragsrecht. Wohlbekannt ist insoweit die Rechtsprechungslinie des BVerfG, die das Existenzminimum eines Menschen in der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) normativ rückbindet, so dass Transferansprüche im Bereich der Arbeitslosen- und Sozialhilfe<sup>34</sup> sowie im Flüchtlingsschutz<sup>35</sup> super-konstitutionalisiert sind.

Ein neueres Beispiel ist der Beschluss des Ersten Senats vom Oktober 2017 zum „dritten Geschlecht“.<sup>36</sup> Danach schütze das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) auch die geschlechtliche Identität derjenigen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen ließen. Diese Personen seien zudem durch Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG vor Diskriminierungen wegen ihres Geschlechts geschützt. Deshalb ist der Gesetzgeber verpflichtet worden, im Personenstandsrecht die binären Geschlechtseinträge aufzugeben und zumindest einen weiteren positiven Eintrag zuzulassen. Wie der Gesetzgeber diese Vorgaben umsetzt, steht in seinem Ermessen. Gleichwohl ist der Anspruch auf Nichteinordnung in die überlieferte Geschlechterzweiheit grundrechtlich konstitutionalisiert. Der Gesetzgeber hat also allenfalls einen Spielraum, sein Gesetzgebungsprogramm im Personenstandsrecht ist dennoch vornormiert.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> BVerfGE 125, 75 – Hartz IV (2010).

<sup>35</sup> BVerfGE 132, 134 – Asylbewerberleistungsgesetz (2012).

<sup>36</sup> BVerfGE 147, 1; dazu JUDITH FROESE, *Tertium datur: Der Abschied von der Binarität der Geschlechterordnung*, DöV 2018, S. 315 ff.

<sup>37</sup> Zu den Plänen der Bundesregierung für die Umsetzung des Urteils bis zum 31.12.2018 siehe BT-Drucks. 19/2554 und 19/2654.

Mit dem Hinweis auf einen zumindest faktischen Entzug ist gemeint, dass Verfassungsänderungen zwar mögliche Handlungsoptionen für den (verfassungs-) ändernden Gesetzgeber sein mögen, in der Rechtspraxis jedoch ausscheiden, weil Mehrheiten nicht erreichbar sind oder aber der Regelungsgegenstand nicht die verfassungspolitische Fallhöhe erreicht, ein entsprechendes Änderungsverfahren auszulösen.

#### 4 Konfrontative Rechtsprechung

Der vierte Typus setzt bei den Willensrichtungen von Gesetzgeber und Höchstgerichten an, die sich – wenn sie eindeutig zugeordnet werden können – in einer konfrontativen Rechtsprechung kanalisieren können. In diesem Fall erfolgt höchstrichterliche Rechtsprechung gegen den ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers. Es kann deshalb durchaus Überschneidungen mit dem ersten Typus der kompensatorischen Rechtsprechung geben, die korrigierend auch dann in den gesetzgeberischen Willen eingreift, wenn dieser eindeutig feststellbar ist.

Die Verfassungsrechtsprechung enthält zahlreiche Beispiele für diesen Typus, von denen die Rechtsprechung zum Schwangerschaftsabbruch das eindrucklichste ist – das BVerfG erklärte das erste Strafrechtsänderungsgesetz von 1974 für verfassungswidrig und beanstandete auch die zweite Gesetzesänderung, womit es in der Sache auf die Seite der parlamentarischen Minderheit trat.<sup>38</sup>

Ein prägendes Beispiel aus der neueren Verfassungsrechtsprechung ist die Rechtsprechungslinie zur deutschen Sperrklausel bei Europawahlen. Das BVerfG hatte im Jahr 2011 die bei der Europawahl 2009 zur Anwendung gekommene Fünf-Prozent-Sperrklausel (§ 2 Abs. 7 EuropawahlG) für unvereinbar mit Art. 3 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 GG und daher nichtig erklärt.<sup>39</sup> Der schwerwiegende Eingriff in die Grundsätze der Wahlrechtsgleichheit und der Chancengleichheit der politischen Parteien sei unter den seinerzeit gegebenen rechtlichen wie tatsächlichen Verhältnissen nicht zu rechtfertigen. Der Gesetzgeber reagierte und änderte das Europawahlgesetz, indem er eine Drei-Prozent-Sperrklausel einführte. Bereits ein Jahr später erklärte der Zweite Senat erneut die nunmehr geänderte Sperrklausel, zum allgemeinen Verdruss der meisten Beteiligten, Beobachter und Kommentatoren, mit einer parlamentskritischen Argumentation für nichtig.<sup>40</sup> Ausdrücklich war im Gesetzgebungsverfahren ein Verbot der inhaltsgleichen Normwiederholung thematisiert worden. Denn mit

<sup>38</sup> BVerfGE 39, 1 ff. – Schwangerschaftsabbruch I (1975); 86, 390 ff. – Schwangerschaftsabbruch II eA-Antrag (1992); 88, 203 ff. – Schwangerschaftsabbruch II Hauptsache (1993); im letztgenannten Urteil ergänzte das BVerfG die fortgeltenden, aber nunmehr lückenhaften Gesetzesnormen durch eigene Regelung auf der Grundlagen von § 35 BVerfGG, ebenda, S. 209–213.

<sup>39</sup> BVerfGE 129, 300 ff. – 5 %-Sperrklausel EP-Wahl (2011).

<sup>40</sup> BVerfGE 135, 259 ff. – 3 %-Sperrklausel (2014).

der beabsichtigten Beibehaltung der Institution „Sperrklausel“ stand im Raum, dass das Gesetz zur Reparatur des Europawahlgesetzes gegen die Gesetzeskraft der Verfassungsgerichtsentscheidungen (§ 31 BVerfGG) verstoßen könnte. Diese Argumentation wies der Senat ausdrücklich zurück – die zwei Prozent Unterschied machten auch im Streitgegenstand den Unterschied. Ein Teil der Verstimmung, die diese Entscheidung im politischen Berlin auslöste, dürfte jedoch der expliziten Zurückweisung des dem ersten Urteil widersprechenden Gesetzgeberwillens geschuldet sein.<sup>41</sup> Das Sondervotum zum zweiten Urteil verweist ausdrücklich auf den Prognosespielraum des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des Wahlrechts und eine zu hohe Kontrolldichte des gesetzgeberischen Willens durch „Karlsruhe“.<sup>42</sup> Die Änderung des gesetzgeberischen Rahmens erfolgt nun auf europäischer Ebene – das Europäische Parlament hat die Einführung einer obligatorischen Sperrklausel zwischen 3 % und 5 % für Mitgliedstaaten mit mehr als 26 Sitzen vorgeschlagen; dies wurde vom Rat im Juni 2018 bestätigt.<sup>43</sup> Dieser Vorschlag für eine Neufassung von Art. 3 des Direktwahlaktes verpflichtet Deutschland unionsrechtlich, erneut eine Sperrklausel einzuführen. Durch die unionsrechtliche Pflicht zur Sperrkauseinführung wäre die Jurisdiktion des BVerfG auf die Identitätskontrolle beschränkt.<sup>44</sup>

Das zweite Beispiel stammt aus dem epischen Thema eines EMRK-Beitritts zunächst der Europäischen Gemeinschaften und heute der Europäischen Union. Seit Ende der 1970er Jahren versucht das „supranationale Europa“ dem „menschenrechtlichen Europa“ formell beizutreten. Die entsprechenden Bemühungen scheiterten Mitte der 1990er Jahre vorerst daran, dass es im Primärrecht keine Rechtsgrundlage für diesen Schritt gab – der EuGH hatte dies in einem Gutachtenverfahren festgestellt.<sup>45</sup> Mit dem Vertrag von Lissabon haben die Vertragsparteien diese Rechtsgrund-

---

**41** Eine vergleichbare, auf das Wahlrecht in den Kantonen bezogene Kontroverse liegt in der Schweiz zwischen dem Bundesgericht und dem Ständerat vor: Schweizerische Eidgenossenschaft, Stellungnahme des Bundesrates v. 17.1.2018, 14.307/14.316, BBl. 2018, S. 777 ff.; vgl. ANDREAS AUER, Wahlrecht in den Kantonen: Angriff auf die richterliche Unabhängigkeit, NZZ v. 17.5.2018 (Online-Ausgabe); MARTIN SCHUBARTH, Die Schweiz kennt keinen Richterstaat, NZZ v. 31.5.2018 (Online-Ausgabe).

**42** BVerfGE 135, 259 (301 f.) – abweichende Meinung PETER MÜLLER.

**43** Entschließung des Europäischen Parlaments vom 11.11.2015 zu der Reform des Wahlrechts der Europäischen Union (2015/2035(INL)), P8\_TA(2015)0395; vgl. Art. 223 AEUV. Der Rat hat im Juni 2018 einen entsprechenden Beschluss gefasst, allerdings das Quorum auf 25 Sitze angehoben und eine Spanne von 2 % bis 5 % vorgesehen (<http://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2018/06/07/european-parliament-elections-council-reaches-agreement-on-a-set-of-measures-to-modernise-eu-electoral-law/>, zuletzt abgerufen am 1.10.2020). Der Beschluss des Rates bedarf der Ratifikation durch die Mitgliedstaaten und würde erst für die Europawahlen 2024 wirksam.

**44** THOMAS GIEGERICH, Bringt das EU-Recht den Europawahlen in Deutschland die 5%-Klausel zurück?, v. 7.6.2018, <https://verfassungsblog.de/bringt-das-eu-recht-den-europawahlen-in-deutschland-die-5-klausel-zurueck/> (zuletzt abgerufen am 1.10.2020); Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Ausarbeitung, Ratifikation der Änderung des Direktwahlakts, v. 30.4.2018, WD 3 - 3000 - 127/18.

**45** EuGH, Gutachten 2/94, Slg. 1996, I-1759 ff.

lage in das Vertragsrecht aufgenommen. Art. 6 Abs. 2 EU-Vertrag formuliert imperativ, die „Union tritt der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten bei.“<sup>46</sup> Die direkten Verhandlungen mit dem Europarat, der die EMRK verwaltet, und indirekt mit dessen 47 Vertragsstaaten (27 EU-Mitgliedstaaten und 20 Nicht-Mitgliedstaaten), führten zu einem umfangreichen Beitrittsabkommen.<sup>47</sup> Zuvor hatten die EMRK-Vertragsstaaten ein Protokoll angenommen, dass die EMRK für das Rechtssubjekt „Europäische Union“ geöffnet hat. Es ist weithin bekannt, dass der EuGH in einem weiteren Gutachten den Entwurf des Beitrittsabkommens für unvereinbar mit dem geltenden Unionsrecht erklärt hat.<sup>48</sup> Das Plenum kam zu dem Ergebnis, dass das Beitrittsabkommen mit Art. 6 Abs. 2 EU-Vertrag unvereinbar sei; zusammenfassen lässt sich die Argumentation mit dem Hinweis, die besondere supranationale – verfassungsrechtliche – Struktur des Unionsrecht passe nicht zu einem völkerrechtlichen Menschenrechtsgerichtshof und seiner unitarisierenden Direktionskraft.<sup>49</sup>

Die Unbotmäßigkeit des EuGH ist in den Kommentaren zum Gutachten durchaus auf den „Gesetzgeber“, d.h. die Vertragsparteien und deren Gestaltungsmacht, bezogen worden. So wurde in der Literatur vorgeschlagen, eine Unbeschadetheitsklausel, eine noch ausdrücklichere Beitrittsermächtigung in das Primärrecht aufzunehmen oder sich auf eine interpretative Erklärung der Mitgliedstaaten im Sinne des Art. 31 Abs. 2 WVRK zu einigen.<sup>50</sup> Und tatsächlich ist der normative Beitrittsimperativ aus Art. 6 Abs. 2 EUV eine Leerstelle im Gutachten 2/13. Der EuGH, der in die Verhandlungen einbezogen war, setzt sich nicht mit diesem Auftrag auseinander, den immerhin die Mitgliedstaaten im Wege des dafür vorgesehenen Vertragsänderungsverfahrens in das Primärrecht aufgenommen hatten.<sup>51</sup>

Schließlich lässt sich auch ein Beispiel für konfrontative Rechtsprechung aus der Spruchpraxis des EGMR nennen. In der Sache *Genovese gegen Malta* entschied der EGMR im Jahr 2011, dass ein Recht auf Staatsangehörigkeit in den sachlichen Schutz-

**46** Siehe aber Protokoll Nr. 8 und die Protokoll Nr. 8 und die Erklärungen Nr. 2 und Nr. 53 zum Vertrag von Lissabon, ABL. EU 2008 Nr. C 115/273, 337, 355.

**47** Fifth Negotiation Meeting between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Final Report to the CDDH, 10.6.2013, 47+1(2013)008rev2. Der Entwurf ist mit weiteren Verhandlungsdokumenten zugänglich unter <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/accessionEU&c=> (zuletzt abgerufen am 1.10.2020); zusammenfassend JÖRG POLAKIEWICZ, Der Abkommensentwurf über den Beitritt der EU zur EMRK, EuGRZ 2013, S. 475 ff.

**48** EuGH [Plenum], Gutachten v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454 – Gutachten 2/13.

**49** Zusammenfassend FRANK SCHORKOPF, Anmerkung zu EuGH, Gutachten 2/13, JZ 70 (2015), S. 781 ff.

**50** CHRISTOPH GRABENWARTER, EuZW 2015, S. 180; LEONARD F. M. BESSELINK, Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13, Verfassungsblog v. 23.12.2014.

**51** Darauf weist hin JEAN-PAUL JACQUÉ, l’Avis 2/13 CJUE. Non à l’adhésion à la Convention européenne des droits de l’homme? (<http://www.droit-union-europeenne.be/412337458>, zuletzt abgerufen am 1.10.2020).

bereich des Rechts auf Privat- und Familienleben (Art. 8 EMRK) falle.<sup>52</sup> Der Gerichtshof traf diese Entscheidung, obgleich die Vertragsparteien ein solches Recht auf Staatsangehörigkeit, wie es in Art. 20 AllgErklMR enthalten ist, ausdrücklich nicht in der EMRK verankern und damit auch der Jurisdiktion des EGMR entziehen wollten. Für die Thematik der Staatsangehörigkeit ist deshalb 1997 eine eigene Konvention des Europarates<sup>53</sup> aufgelegt worden, die das entsprechende Recht gerade nicht enthält.

## 5 Kollusive Rechtsprechung

Ein fünfter Typus rundet das analytische Schema ab, mit der Konstellation einer (stillschweigenden) Übereinstimmung von Gesetzgeber und Höchstgericht. Diese kollusive Rechtsprechung, die sich mit präskriptiver Rechtsprechung überschneiden kann, steht für ein arbeitsteiliges Zusammenwirken der beiden Gewalten. Damit ist weniger eine Ausrechenbarkeit judikativer Standpunkte gemeint, wie sie etwa zwischen den 1970er bis in die 1990er Jahre für den EuGH angenommen werden kann. Aus Sicht der Europäischen Kommission und der Mitgliedstaaten etwa war – und teilweise ist es bis heute – vorhersehbar, wie der Gerichtshof in Sachverhalten mit dem *effet utile*-Grundsatz<sup>54</sup> im Hintergrund entscheiden würde, in denen eine integrationsvertiefende einer mitgliedstaatsfreundlichen Sicht gegenübersteht.

Das tragende Beispiel aus der neuen Verfassungsrechtsprechung für kollusive Rechtsprechung ist das Urteil des Zweiten Senats im NPD-Parteiverbotsverfahren und die nachfolgende Änderung von Art. 21 GG durch den verfassungsändernden Gesetzgeber. Das BVerfG hat die radikale politische Partei bekanntlich nicht als verfassungswidrig eingestuft, weil es dieser an der notwendigen Potenzialität, also praktischen Bedeutung fehlte. Die Urteilsgründe enthalten dennoch Hinweise an den Gesetzgeber,<sup>55</sup> auf die der Gerichtspräsident bei der Urteilsverkündung besondere Aufmerksamkeit lenkte, wie durch eine neue Vorstufe der Verfassungswidrigkeit, der Verfassungsfeindlichkeit, einer politischen Partei finanzielle Ressourcen entzogen werden können. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat den Hinweis aufgegriffen und ein zweites Parteisanktionsverfahren in das Grundgesetz aufgenommen (Art. 21 Abs. 3 und 4 GG n.F.).<sup>56</sup>

<sup>52</sup> EGMR, Urt. v. 11.10.2011, Nr. 53124/09 – Genovese/Malta; dazu ANDREAS ZIMMERMANN/SARINA LANDEFELD, Europäische Menschenrechtskonvention und Staatsangehörigkeitsrecht der Konventionsstaaten, ZAR 2014, S. 97 (99).

<sup>53</sup> Europäisches Übereinkommen über die Staatsangehörigkeit v. 6.11.1997, SEV Nr. 166.

<sup>54</sup> SIBYLLE SEYR, Der „*effet utile*“ in der Rechtsprechung des EuGH, 2008; MICHAEL POTACS, *Effet utile* als Auslegungsgrundsatz, Europarecht 44 (2009), S. 465 ff. Ausführlich zur Methodik des EuGH KONRAD WALTER, Rechtsfortbildung durch den EuGH, 2009, S. 161 ff.

<sup>55</sup> BVerfGE 144, 20, Rn. 606 – NPD-Parteiverbot (2017).

<sup>56</sup> Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 13.7.2017, BGBl. I S. 2346. Mittlerweile hat der Bundesrat beschlossen, ein Verfahren nach Art. 21 Abs. 3 GG, §§ 13 Nr. 2a, 43 ff. einzuleiten, siehe Bundesrat, BR-Drucks. 30/18, S. 964. Sitzung v. 2.2.2018, PlPr. 964, S. 4 D.

In diesem fünften Typus spiegelt sich auch die Kritik, dass ein „entscheidungs-freudiges Gericht“ die „Flucht des Gesetzgebers aus der Verantwortung“ fördern kann.<sup>57</sup> Es sind nicht wenige rechtspolitisch umkämpfte Vorhaben, bei denen der Gesetzgeber durchaus im Blick hat, dass „Karlsruhe“ die endgültige Richtung weisen werde. Dabei könnte auch ein Motiv sein, dass politisch umkämpfte Entscheidungen als akzeptabler eingeordnet werden, wenn sie nicht von politischen Institutionen, sondern von Richtern getroffen werden. Möglicherweise steht hinter einer solchen höheren Akzeptanz von Richterrecht aber zugleich das unreflektierte Vorverständnis, ein Richterspruch sei Ausdruck höherer Vernunft und nicht das Ergebnis prozeduralisierter Kompromissfindung in gesetzgebenden Körperschaften. Dass Höchstgerichte in mitgliederstarken Spruchkörpern beraten und der Richterspruch auf einer regelmäßig vom Beratungsgeheimnis geschützten (Mehrheits-)Entscheidung beruhen kann,<sup>58</sup> wird bei dieser Präferenz zugunsten der Judikative nicht zur Kenntnis genommen.

Die Neigung des BVerfG, sich auf die Kassation von Gesetzen zu beschränken, anstatt einen Unvereinbarkeitstenor mit judikativen Übergangsregelungen abzusetzen, verstärkt diese Tendenz. Die im ersten Typus als Beispiel zitierte Entscheidung zum Tarifeinheitsgesetz erhellt diesen Zusammenhang exemplarisch. Ausdrücklich verweist das Sondervotum darauf, dass der Gesetzgeber in den Fällen, in denen er „die Weichen für eine zumutbare Einschränkung der Koalitionsfreiheit nicht gestellt hat,“ selbst gefragt ist. „Das Urteil hätte nicht mühevoll fachrechtliche Auslegungsoptionen aufzeigen müssen, um den Wünschen des Gesetzgebers möglichst weitgehend folgen zu können.“<sup>59</sup> Die Kollusion liegt in diesem Fall in dem kaum noch trennbaren zweistufigen Gesetzgebungsverfahren: dem legislativen Rahmengesetz und der judikativen Konkretisierung.<sup>60</sup>

### III Korrekturen

Das typologisch aufbereitete Zusammenwirken von Rechtsetzung und Rechtsprechung ist in einem dritten Schritt mit einem Modell abzugleichen, das Instrumente für die Korrektur höchstrichterlicher Gesetzgebung bereithält. Zunächst werden die

<sup>57</sup> So bereits KLAUS SCHLAICH, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), S. 99 (107).

<sup>58</sup> § 30 Abs. 2 BVerfGG, der abweichende Meinungen zu einer Entscheidung gestattet, bestätigt die Regel. Art. 45 Abs. 2 EMRK gestattet Richtern des EGMR Sondervoten. Das Verfahrensrecht des EuGH sieht weiterhin keine Sondervoten vor, dazu MARCUS HÖRETH, Richter contra Richter. Sondervoten beim EuGH als Alternativen zum „Court Curbing“, Der Staat 50 (2011), S. 191 ff.

<sup>59</sup> BVerfG (Anm. 21), Rn. 22 f., abweichende Meinung der Richterin SUSANNE BAER und des Richters ANDREAS PAULUS.

<sup>60</sup> Damit ist nicht der zuweilen alltagspraktisch diagnostizierte Befund eines Verlusts parlamentarischer Rechtsetzungsfähigkeiten gemeint (der rechtssoziologisch zu belegen wäre), siehe aber die Hirsch-These (Anm. 97).

überkommenen Antworten näher in den Blick genommen, mit denen strukturell einer legislativen Rechtsprechung entgegen gewirkt werden soll (1). Es folgen Überlegungen zu einem Mechanismus des parlamentarischen „Override“, mit einem Seitenblick auf die Praxis der Nichtanwendungserlasse (2). Der dritte Abschnitt streift das neuere, dialogisch ausgerichtete Modell einer dialogischen Interaktion der Gewalten (3).

## 1 Die *référé législatif* im geltenden Recht

Richterliche Macht in der Manifestation höchstrichterlicher Gesetzgebung ist dem Recht seit langem bekannt. Durch die Epochen ziehen sich die Versuche, den Richter mittels Zitationsregeln und Kodifikationsanstrengungen, Vorlage- und Anfragepflichten, Kommentierungs- und Auslegungsverboten an den authentischen Willen des Gesetzgebers – sei er auf das monarchische Prinzip oder auf die parlamentarische Demokratie gegründet – zu binden.<sup>61</sup> Der methodenkritische Beobachter wird sogleich anfügen, dass die vorausgesetzte Existenz und Feststellbarkeit eines authentischen Gesetzgeberwillens zunächst einmal hinterfragt und eigens begründet werden müsse. Doch selbst wenn wir realistischerweise davon ausgehen, dass Gesetze mehrdeutig und lückenhaft sind und der konkretisierenden Anwendung unterliegen, müssen wir bis in die Gegenwart die Frage beantworten, wer diese Aufgabe in welchem Umfang im gewaltenteilenden Gefüge politischer Herrschaft erfüllen soll.

Sowohl die vergewissernde Rückschau als auch der Blick in die Gegenwart legen eine negative, allenfalls gemischte Bilanz der *référé législatif* – wie die genannten Begrenzungsversuche richterlicher Macht hier zusammenfassend genannt werden – nahe.<sup>62</sup> Der Satz im österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB), nur „dem Gesetzgeber steht die Macht zu, ein Gesetz auf eine allgemein verbindliche Art zu erklären“ (§ 8 ABGB), ist in Zeiten der Verfassungsgerichtsbarkeit ein Erinnerungsort authentischer Interpretationsansprüche und eine Mahnung für die Gegenwart. Das BVerfG hat sich im Jahr 2010 zu einem entsprechenden Versuch des bundesdeutschen Gesetzgebers, der die Rückwirkung einer Norm des Rentenrechts in der Gesetzesbegründung als deklaratorisch bezeichnete,<sup>63</sup> deutlich zurückweisend geäußert:

Die in der Begründung des Gesetzesentwurfs [...] in Anspruch genommene Befugnis des Gesetzgebers zur authentischen Interpretation ist für die rechtsprechende Gewalt nicht verbindlich.

<sup>61</sup> MIERSCH (Anm. 7); HANS-JÜRGEN BECKER, Kommentierverbot, in: Albrecht Cordes/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Christa Bertelsmeier-Kierst (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. II, 2. Aufl. 2012, Sp. 1979 ff. und CLAUDIETTER SCHOTT, Auslegungsverbot, ebenda, Bd. I, 2. Aufl. 2008, Sp. 369–375.

<sup>62</sup> Siehe MIERSCH (Anm. 7).

<sup>63</sup> BT-Drucks. 15/2149, S. 30; in der Sache ging es aus Sicht des Gesetzgebers um eine Korrektur der Rechtsprechung des BSG, vgl., ebenda, S. 21, 24.

Sie schränkt weder die Kontrollrechte und -pflichten der Fachgerichte und des Bundesverfassungsgerichtes ein noch relativiert sie die verfassungsrechtlichen Maßstäbe. Zur verbindlichen Auslegung einer Norm ist letztlich allein die rechtsprechende Gewalt berufen, die gemäß Art. 92 GG den Richtern anvertraut ist (vgl. BVerfGE 65, 196 (215); 111, 54 (107)). Dies gilt auch für die Frage, ob eine Norm konstitutiven oder deklaratorischen Charakter hat. Der Gesetzgeber ist zwar befugt, im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung zu handeln, zu der auch die aus den Grundrechten und dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Grenzen für rückwirkende Rechtsetzung gehören, und dabei gegebenenfalls eine Rechtsprechung zu korrigieren, mit der er nicht einverstanden ist. Er kann diese Ausgangslage und die Prüfungskompetenz der Gerichte aber nicht durch die Behauptung unterlaufen, seine Norm habe klarstellenden Charakter.<sup>64</sup>

Das Misstrauen der Vertragsparteien gegenüber einem integrationsgeneigten Gerichtshof lässt sich deutlich praxisrelevanter und sichtbarer an den salvatorischen Kompetenzschutzklauseln nachweisen, mit denen die Normen verknüpft sind, die die Charta der Grundrechte in das Primärrecht einbeziehen. Durch die Bestimmungen der Charta dürften die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union „in keiner Weise“ erweitert werden (Art. 6 Abs. 1 Uabs. 2 EU-Vertrag; Art. 51 Abs. 2 GrCh).<sup>65</sup> Schlussendlich haben die Vertragsparteien aus Furcht vor einer unitarisierenden europäischen Grundrechtsrechtsprechung sogar zum historisch überlieferten Instrument der Interpretationslenkung gegriffen, indem sie die Auslegung und Anwendung der Charta ausdrücklich an die allgemeinen Regeln der Charta (Art. 51 bis 54 GrCh) und die von den Vertragsparteien verfassten, quellenorientierten Erläuterungen binden (Art. 6 Abs. 1 Uabs. 3 EU-Vertrag).

Es bleibt zuletzt noch der grobe Klotz eines Jurisdiktionsausschlusses, der in der deutschen Rechtsordnung wegen der umfassend verstandenen Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG grundsätzlich nicht möglich ist.<sup>66</sup> Das Unionsrecht hingegen kennt den Ausschluss der Gerichtsbarkeit und praktiziert diesen für Akte der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (Art. 24 Abs. 1 Uabs. 2 Satz 6 EU-Vertrag) und für mitgliedstaatliche Polizeimaßnahmen (Art. 276 AEU-Vertrag)<sup>67</sup> sowie für die materiellen Voraussetzungen des Sanktionsverfahrens gegen einen Mitgliedstaat (Art. 269 AEU-Vertrag). Dass mit dem Jurisdiktionsausschluss ein Nerv getroffen ist, zeigt der Hinweis des EuGH in seinem bereits zitierten Gutachten zum EMRK-Beitritt der Union. Als einen der tragenden Gründe für den Unionsrechtsausschluss nennt der Gerichtshof nämlich den Jurisdiktionsausschluss bei der Gemeinsamen Außen- und Sicher-

<sup>64</sup> BVerfGE 126, 369 (392) – Fremdrentengesetz (2010).

<sup>65</sup> Siehe auch das Protokoll über die Anwendung der Charta auf Polen und das Vereinigte Königreich, ABl. EU 2007 Nr. C 303/359 sowie die Erklärung Nr. 53 der Tschechischen Republik.

<sup>66</sup> Zu den wenigen Ausnahmen siehe EBERHARD SCHMIDT-ABMANN, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, GG-Kommentar, Art. 19 Abs. 4, 72. EL (Juli 2014), Rn. 31–35.

<sup>67</sup> HANS-JOACHIM CREMER, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 275, Rn. 4, der für das Primärrecht der GASP, also mit Blick auf die Jurisdiktionsperre in Art. 275 Abs. 1 AEUV, ausdrücklich von einem Rechtsfortbildungsverbot für den EuGH spricht.

heitspolitik, der für den EGMR nach einem Beitritt nicht gelten würde.<sup>68</sup> Und in der Tat bedarf es eines erheblichen Begründungsaufwandes, wenn politische Gemeinwesen, die sich dem Rechtsstaat als strukturellem Prinzip verschrieben haben, die Jurisdiktion von Gerichten prinzipiell ausschließen.

Im Völkerrecht antworten die Staaten auf einen befürchteten *judicial activism* bislang nicht mit authentischer Interpretation, die nach Art. 31 Abs. 3 lit. a und b, Abs. 4 WVRK durchaus möglich wäre. Stattdessen verweigern sie die Ratifikation von dynamisierungsfähigem Vertragsrecht und setzen sich dabei moralischem Öffentlichkeitsdruck und Soft Law-Prozessen aus.<sup>69</sup> Ein aktuelles Beispiel ist das im Jahr 2000 unterzeichnete Protokoll Nr. 12 zur EMRK, das ein selbstständiges, allgemeines Diskriminierungsverbot in die Menschenrechtskonvention einführen würde. Das Protokoll ist bislang erst von 20 der insgesamt 47 Vertragsstaaten des Europarates, darunter lediglich neun der 28 EU-Mitgliedstaaten ratifiziert worden. Auch die Bundesrepublik sieht von einer Ratifikation ausdrücklich ab, weil sie die EGMR-Rechtsprechung zum Protokoll abwarten möchte, um Problemen für das deutsche Beamten-, Ausländer- und Asylrecht vorzubeugen.<sup>70</sup> Dass das Protokoll ausgehandelt und gezeichnet, nicht aber ratifiziert worden ist, lenkt die Aufmerksamkeit auf die als Problem empfundene – oder wohl eher befürchtete – Auslegung durch den Gerichtshof, als den Wortlaut der Gewährleistung an sich.

Dass diese Befürchtung der Vertragsparteien substantiell ist, zeigt die Änderung der Präambel der EMRK durch das 15. Zusatzprotokoll vom Juni 2013.<sup>71</sup> Durch das Änderungsprotokoll wird nunmehr in der Präambel auf das Prinzip der Subsidiarität und des *margin of appreciation* hingewiesen, d.h. der EGMR soll ausdrücklich darauf verpflichtet werden, den Vertragsstaaten bei der Anwendung der EMRK in der nationalen Rechtsordnung einen weiten Gestaltungsspielraum zuzugestehen. Die Vertragsparteien haben mit diesem Schritt auf verschiedene Rechtsprechungslinien geantwortet, die die primäre Verantwortung der Vertragsparteien für die Wahrung der EMRK-Rechte in Frage stellten und teilweise, besonders wenn Entscheidungen auf die Doktrin der EMRK als *living instrument* gestützt werden,<sup>72</sup> als „übergreifig“ empfunden

<sup>68</sup> EuGH (Anm. 48), Ziff. 255.

<sup>69</sup> SCHORKOPF (Anm. 12), § 3 Rn. 228 ff.

<sup>70</sup> Bericht der Bundesregierung zum Stand der Unterzeichnung und Ratifizierung europäischer Abkommen und Konventionen [...], BT-Drucks. 18/4881 v. 4.5.2015, S. 7 (zu Nr. 177); bekräftigt in BT-Drucks. 18/11866 v. 31.3.2017, S. 7: „Die Rechtsprechung des EGMR erlaubt insoweit derzeit noch keine klare Beurteilung“.

<sup>71</sup> Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CETS No. 213; Gesetz zu dem Protokoll Nr. 15 v. 24.6.2013 zur Änderung der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 2.12.2014, BGBl. 2014 II, S. 1034.

<sup>72</sup> Zum „living instrument“-Ansatz des EGMR NICOLAS BRATZA, Living Instrument or Dead Letter – The Future of the European Convention on Human Rights, *European Human Rights Law Review* 2014, S. 116 ff.; GEORGE LETSAS, The ECHR as a living instrument: its meaning and legitimacy, in: Andreas Føllesdal/Birgit Peters/Geir Ulfstein (Hrsg.), *Constituting Europe*, 2013, S. 106 ff.

wurden. Das Ministerkomitee hatte im April 2018 mit der Kopenhagen-Deklaration den Jurisdiktionsgrenzen des EGMR erhebliche Aufmerksamkeit gewidmet und den Spielraum der Vertragsparteien insbesondere bei den Gewährleistungen aus Art. 8 bis 11 EMRK betont. Das Dokument markiert die Differenz zwischen überstaatlicher Rechtsprechung einerseits sowie Rechtsetzung und -anwendung andererseits, ohne eine exakte Linie benennen zu können.<sup>73</sup>

## 2 Mechanismus des parlamentarischen *Overrides*

Ein Korrekturinstrument, das bislang nur vereinzelt diskutiert worden ist, lässt sich unter dem Oberbegriff des *Override*-Mechanismus zusammenfassen. Es geht dabei nicht um das klassische Instrument der einem Urteil nachlaufenden Gesetzgebung, mit der ein Richterspruch überschrieben wird (*Overruling*). Es geht vielmehr um einen parlamentarischen Willensakt, wonach eine konkrete Gerichtsentscheidung nicht angewandt werden soll. Mit anderen Worten: Das judikativ beanstandete Gesetz soll in der legislativen Gestalt weiter gelten. Der parlamentarische *Override* wendet sich also gegen das (rechtsschöpferische) Auslegungsergebnis eines Höchstgerichts.

### a) Exekutiver Nichtanwendungserlass

Zunächst erinnert dieser Mechanismus an den Nichtanwendungserlass, der in der deutschen Rechtsordnung aus dem Steuerrecht vertraut ist. Das Bundesministerium der Finanzen nimmt bekanntlich für sich in Anspruch, die Finanzverwaltung durch einen Nichtanwendungserlass anzuweisen,<sup>74</sup> Urteile des Bundesfinanzhofs über den entschiedenen Fall hinaus nicht anzuwenden. Die Exekutivspitze entscheidet in solchen Konstellationen, ob die Finanzverwaltung bei der Anwendung einfachen Rechts an die Rechtsprechung gebunden ist. Da der Nichtanwendungserlass mit Wortlaut und Zweck der entscheidungserheblichen Norm argumentiert, tritt die Exekutive der höchstrichterlichen Rechtsprechung mit einer abweichenden Normauslegung gegenüber.<sup>75</sup> Dies geschieht durchaus mit dem Motiv, das Höchstgericht auch zu einer Rechtsprechungsänderung zu bewegen, wenngleich dem Gesetzgeber Zeit verschafft werden soll, über eine Korrektur der Gerichtsentscheidung oder eine Anpassung des Steuergesetzes nachzudenken.

<sup>73</sup> Council of Ministers, Copenhagen Declaration, insb. Ziff. 28; ein Entwurf der Deklaration enthielt noch weitergehende Forderungen an den EGMR, u.a. sich nicht als „vierte Instanz“ zu verstehen, siehe Draft Copenhagen Declaration v. 2.8.2018, Ziff. 22–26.

<sup>74</sup> Ein Nichtanwendungserlass ist eine Weisung des Finanzministeriums i.S.v. Art. 108 Abs. 3 Satz 2 GG, Art. 85 Abs. 3 GG.

<sup>75</sup> Ausführlich MARC DESENS, Bindung der Finanzverwaltung an die Rechtsprechung, Bedingungen und Grenzen für Nichtanwendungserlasse, 2011; Beispiele dazu, ebenda, S. 6–11.

Aus dem steuerrechtlichen Nichtanwendungserlass ließe sich der Rechtsgedanke extrahieren, dass die Exekutive die allgemeine Möglichkeit erhält, die Wirkung von Entscheidungen der obersten Bundesgerichte mittels Nichtanwendungserlasses auf den entschiedenen Einzelfall zu begrenzen. Dass dafür ein Bedarf besteht, zeigt die Entscheidung des BVerwG zu einem „Recht auf einen schmerzfreien Tod“. Das BVerwG hat auf der Grundlage des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – entgegen der Grundannahme des Betäubungsmittelgesetzes – eine Erlaubnispflicht für den Erwerb von Betäubungsmitteln konstruiert, die in Extremsituationen den Suizid ermöglichen würden.<sup>76</sup> Das zuständige Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte ist wegen Art. 20 Abs. 3 GG an diesen Akt präskriptiver Rechtsprechung gebunden und müsste entsprechende Abgabeanträge positiv bescheiden.<sup>77</sup> Der Staat assistierte demnach bei der Selbsttötung eines Menschen.<sup>78</sup> Nach einer längeren Selbstvergewisserung hat sich das Bundesgesundheitsministerium im Juni 2018 entschieden, die nachgeordnete Behörde anzuweisen, das Urteil nicht umzusetzen und die Abgabeanträge zurückzuweisen.<sup>79</sup>

Dabei ist aber im Blick zu halten, dass der steuerrechtliche Nichtanwendungserlass als norminterpretierende Verwaltungsvorschrift keine Außenwirkung hat, sondern die Finanzverwaltung verwaltungsintern bei der Anwendung der Steuergesetze bindet.<sup>80</sup> Eine der Exekutive eingeräumte Möglichkeit, Entscheidungen oberster Bundesgerichte mit Außenwirkung außer Kraft zu setzen – im Selbsttötungsfall des Bundesverwaltungsgerichts demnach zu Lasten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Betroffenen, weil dessen Betäubungsmittelgebrauch wieder ein strafbewehrter Gesetzesverstoß wäre –, würde höhere Anforderungen an die Legitimation des Exekutivhandelns stellen. Die „Stummschaltung“ der Judikative erfolgte in diesen Fällen nicht durch eine parlamentarische Mehrheit, sondern durch Exekutivspitzen. Deshalb scheint das Instrument eines parlamentarischen „Overrides“ naheliegender als ein exekutiver Nichtanwendungserlass.

## b) Anwendungsbeispiele

Ein Beispiel für den Versuch, einen solchen „legislative Override“ als *legal transplant* in einer anderen Rechtsordnung einzuführen, gibt wiederum das Recht der Europäi-

<sup>76</sup> BVerwGE 158, 147, Ls. 2 und 3, Rn. 22 ff.

<sup>77</sup> Eine weitere Möglichkeit, die nicht verschwiegen werden soll, ist die schlichte Nichtbefolgung der Rechtsprechung durch die Exekutive, wofür das Unionsrecht Beispiele beisteuert, siehe SINDBJERG MARTINSEN (Anm. 16), S. 121 ff.

<sup>78</sup> Siehe dazu die Ad-hoc-Empfehlung des Deutschen Ethikrates, Suizidprävention statt Suizidunterstützung. Erinnerung an eine Forderung des Deutschen Ethikrates anlässlich einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, v. 1.6.2017; kritisch zum Moralvotum des Ethikrates JOSEF FRANZ LINDNER, Deutscher Ethikrat als praeceptor iurisdictionis?, ZRP 2017, S. 148 ff.

<sup>79</sup> <http://www.spiegel.de/gesundheit/diagnose/suizidbeihilfe-schwerstkranken-erhalten-keine-todbringenden-medikamente-a-1215871.html> (zuletzt abgerufen am 1.10.2020).

<sup>80</sup> DESENS (Anm. 75), S. 33.

schen Union. Das Vereinigte Königreich wollte mit Blick auf den EuGH einen solchen Mechanismus einrichten und schlug der Regierungskonferenz des späteren Vertrages von Amsterdam deshalb vor, den Rat zu ermächtigen, Entscheidungen des EuGH per Mehrheitsvotum außer Kraft zu setzen.<sup>81</sup> Der Vorschlag fand jedoch keinen Konsens.

In anderen Rechtsordnungen gibt es eine rechtspolitische Debatte, einen entsprechenden Mechanismus einzuführen, oder bereits Anwendungsbeispiele. Das *Florida House of Representatives* etwa brachte Ende des Jahres 2016 einen Vorschlag für eine neue Verfassungsnorm ein, die die Außerkraftsetzung einer judikativen Ungültigkeitserklärung durch Floridas Supreme Court oder untergeordnete Instanzen vorsah, wenn zwei Drittel der Mitglieder des Repräsentantenhauses und des Senats innerhalb von fünf Jahren nach dem Urteilsspruch hierfür stimmen.<sup>82</sup> Der Unterausschuss *Civil Justice and Claims*, dem der Entwurf zugeleitet wurde, lehnte diesen im Mai 2017 endgültig ab.

Die kanadische Charter of Fundamental Freedoms enthält mit Section 33 eine so genannte *notwithstanding clause*.<sup>83</sup> Die Vorschrift beruht auf einem historischen Kompromiss in der föderalen Debatte Anfang der 1980er Jahre über eine geschriebene Verfassung. Die Provinzen Saskatchewan, Neufundland und Alberta banden ihre Zustimmung an die Aufnahme eines entsprechenden Mechanismus; zwei weitere Bundesstaaten blieben den Verhandlungen von vornherein aufgrund von Souveränitätsvorbehalten (Quebec) und der prinzipiellen Ablehnung einer kodifizierten Verfassung (Manitoba) fern.<sup>84</sup>

---

**81** KEVIN BROWN, Cabinet to push for curb on European Court, *Financial Times*, Thursday, February 2 1995, S. 10, mit dem Hinweis auf das Barber-Protokoll (siehe Anm. 16). Vgl. dazu auch KAREN ALTER, Who are the „Masters of the Treaty“?: European government and the European Court of Justice, *International Organization* 52 (1998), S. 121 (130): „British officials hoped to elicit German support for their proposals. There had been rumors about a potential German proposal to limit preliminary ruling reference rights to high courts. And Chancellor Helmut Kohl had become increasingly critical of the ECJ. The British challenge to the ECJ was the most serious to date because it went beyond rhetoric to articulate and specify an anti-ECJ policy.“

**82** Florida House of Representatives, HJR 121 v. 27.12.2016 (<https://www.flsenate.gov/Session/Bill/2017/121/BillText/Filed/PDF>, zuletzt abgerufen am 1.10.2020).

**83** Section 33 lautet: (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).

**84** NICHOLAS STEPHANOPOULOS, The Case for the legislative Override, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 10 (2005), S. 250 (254 f.); ADAM DODEK, The Canadian Override, *Israel Law Review* 49 (2016), S. 45 (49 ff.).

Section 33 sieht vor, dass das Gesetz eines Landes aufgrund einfacher Parlamentsmehrheit mit einer Klausel versehen werden kann, die das Gesetz für die Dauer von fünf Jahren auch dann fortgelten lässt, wenn der Federal Supreme Court währenddessen die Verletzung bestimmter Bundesgrundrechte durch das Gesetz feststellen sollte (Sec. 33 Abs. 1 und 3). Entsprechende Klauseln gelten nicht für alle Grundrechte, ausgenommen sind demokratische Rechte sowie Rechte auf Freizügigkeit und Bildung. Sind die fünf Jahre abgelaufen, kann der Landesgesetzgeber den Rechtsakt durch erneute parlamentarische Willensbetätigung weiter aufrechterhalten (Sec. 33 Abs. 4). Im Ergebnis handelt es sich um eine Art Imprägnierung gliedstaatlicher Gesetzgebung gegen unitarisierende Interventionen des Gesamtstaates. Ein Autor hat in einer Studie über die Praxis der *notwithstanding clause* gezeigt, dass insbesondere Quebec umfangreichen Gebrauch von Sec. 33 gemacht hat, wobei der Federal Supreme Court diese Praxis gegen den Quebec Court of Appeal bestätigt hat.<sup>85</sup> Erwähnenswert ist auch, dass Alberta 1999 in einem Gesetz, das die Ehe ausschließlich als Verbindung von Mann und Frau definierte, vorsorglich eine *notwithstanding clause* anfügte, ausdrücklich um einer gegenläufigen Rechtsprechung des Federal Supreme Court präventiv entgegen zu wirken.<sup>86</sup>

Das dritte Beispiel beruht auf einer ähnlichen, durch die kanadische Verfassungsrechtslage angeregten Dogmatik und kommt aus dem israelischen Recht. Die Knesset fügte im Jahr 1994 eine *notwithstanding clause* mit vierjähriger Laufzeit allein dem Grundrecht auf Berufsfreiheit an.<sup>87</sup> Dieser Schritt erfolgte, nachdem Israels Supreme Court ein Verbotsgesetz über den Import nichtkoscheren Fleisches für verfassungs-

---

**85** Der Gliedstaat Quebec fügte unmittelbar nach Inkrafttreten der kanadischen Bundesverfassung mittels Gesetz jedem bis dahin geltenden quebec'schen Gesetz nachträglich – und damit vorsorglich – eine *notwithstanding clause* an; der Federal Supreme Court erklärte diese Praxis unter Verweis auf den Wortlaut für verfassungsmäßig und wendete sich damit gegen den Quebec Court of Appeal, der mit der Bedeutung der Grundrechte gegen eine flächendeckende und präventive Klauselverwendung argumentierte hatte, vgl. STEPHANOPOULOS (Anm. 84), S. 250 (256 f.).

**86** Der Federal Supreme Court betrieb eine materielle Rechtsangleichung zwischen Verheirateten und gleichgeschlechtlich Verpartnerten, die Klausel wurde 2005 jedoch nicht verlängert, siehe DAVID JOHANSEN/PHILIP ROSEN, The Notwithstanding Clause of the Charter, *Library of Parliament Research Publications*, Background Paper No BP-194-E, October 2008, S. 8, zugänglich unter [https://firstamendmentlawyers.org/wp-content/uploads/2019/07/2014\\_2\\_0304materials.pdf](https://firstamendmentlawyers.org/wp-content/uploads/2019/07/2014_2_0304materials.pdf) (zuletzt abgerufen am 1.10.2020).

**87** Israel Basic Law: Freedom of Occupation, 1994, Section 8(a): „A provision of a law that violates freedom of occupation shall be of effect, even though not in accordance with section 4 [the limitation clause], if it has been included in a law passed by a majority of the members of the Knesset, which expressly states that it shall be of effect, notwithstanding the provisions of this Basic Law; such law shall expire four years from its commencement unless a shorter duration has been stated therein“. Zu den Hintergründen dieser Gesetzesänderung RIVKA WEILL, Juxtaposing Constitution-Making and Constitutional-Infringement Mechanisms in Israel and Canada, *Israel Law Review* 49 (2016), S. 103 (119 ff.).

widrig erklärte hatte. Seitdem ist die Einführung eines *Overruling*-Mechanismus in der rechtspolitischen Debatte nicht verstummt.<sup>88</sup>

### c) Bewertung

Die Bilanz legislativer *Override*-Mechanismen fällt uneindeutig aus. Das Parlament immunisiert sein Recht gegenüber höchstrichterlicher Rechtsprechung und bringt damit zum Ausdruck, dass Rechtsauslegung durch unabhängige Richter von vornherein weichen muss. Das Parlament beansprucht einen legitimatorischen Primat, der im latenten Widerspruch zum Rechtsstaatsprinzip steht. Wir sehen uns unvermittelt versetzt in die basale Grundfrage nach dem Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaat. Zugleich ist es sicherlich kein Zufall, dass Kanada und Israel die Anwendungsbeispiele für den legislativen *Override* sind, zwei diverse Staaten mit dezidiert föderaler Struktur oder einer hohen wertgebundenen Verfassungsordnung. Die Funktion solcher Mechanismen liegt denn vielleicht eher in der Vorwirkung auf die Kompetenzzusübung der die Gewalten repräsentierenden Organe.

Bezogen auf die europäische Integration könnte ein *Override*-Mechanismus beispielsweise die Botschaft der Mitgliedstaaten transportieren, dass eine an der *ever closer Union* (Art. 1 Abs. 2 EU-Vertrag) orientierte, integrationsoptimierende Rechtsprechung nicht dem erklärten Vertragswillen entspricht.<sup>89</sup> Im Unionsrecht kommt erschwerend hinzu, dass durch das Initiativmonopol der Kommission und die von *Dieter Grimm* beschriebene Konstitutionalisierung der Grundfreiheiten wie des Sekundärrechts die legislative Korrektur von Rechtsprechung durch die Mitgliedstaaten stark eingeschränkt ist.<sup>90</sup> Das Unionsrecht wird dadurch der demokratischen Gestaltung entzogen, auf die schwerfällige Primärrechtsänderung reduziert oder kreativer Auslegung überantwortet.<sup>91</sup> Aus diesem Grund sollte eine Leerstelle in der Matrix der Reformvorschläge geschlossen und der EuGH in die Diskussion einbezogen werden. So wäre zu überlegen, Rat und Parlament, als gemeinsame Rechtsetzungsorgane der

<sup>88</sup> LORRAINE E. WEINRIB, *The Canadian Charter's Override Clause: Lessons for Israel*, *Israel Law Review* 49 (2016), S. 67 ff.

<sup>89</sup> Vgl. OLAF LARSSON/DANIEL NAURIN, *Judicial Independence and Political Uncertainty: How the Risk of Override Affects the Court of Justice of the EU*, *International Organization* 70 (2016), S. 377 (379): „Our results demonstrate a strong correlation between member states' signaled preferences and the decisions of the CJEU, in a pattern that goes beyond legal merit, and that is difficult to explain without reference to the override mechanism. We conclude, therefore, that state governments are still crucial parts of the broader audience that defines the political boundaries of the court's discretion.“

<sup>90</sup> DIETER GRIMM, *Europa ja – aber welches?*, 2016, S. 104 ff.; auch DAVIES (Anm. 5), S. 846 (849 f.).

<sup>91</sup> STEFAN OETER, *Bundesstaat, Föderation, Staatenverbund – Trennlinien und Gemeinsamkeiten föderaler Systeme*, *ZaöRV* 75 (2015), S. 733 (745), mit der These, dass es zu einer „Versteinerung“ des Primärrechts kommen werde, der nur noch durch judikativ angeleiteten, kontinuierlichen Verfassungswandel beizukommen sein werde; ähnlich RUDOLF STREINZ, *Richterrecht in der europäischen Integration – Die Rolle der Verfassungsvergleichung*, in: Günter Herzig/Marcus Klamert/Rainer Palmstorfer u.a. (Hrsg.), *Europarecht und Rechtstheorie*, 2017, S. 47 (52).

Union, die Möglichkeit zu geben, Entscheidungen des Gerichtshofs unter näher zu bestimmenden Verfahrensbedingungen für nicht anwendbar zu erklären.

### 3 Dialoge

Das Miteinander oder Nebeneinander von Gesetzgebung und Rechtsprechung kann schließlich aus der Präferenz der Zeitumstände heraus auch als Kommunikationsverbund gesehen werden. An die Stelle eines imperativen Anspruchs auf eine Kompetenz, die Differenzen betont, ließe sich auch eine dialogische Responsivität als Leitmerkmal setzen. Der Gesetzgeber macht einen Rechtsakt, ein Höchstgericht legt diesen aus und sendet damit seinen Standpunkt zurück an den Gesetzgeber, der wiederum zur Rückantwort aufgefordert ist. In der Politikwissenschaft sind solche Einflussphänomene unter dem Begriff der *Modification* untersucht worden, womit eine Teilakzeptanz bezeichnet wird.<sup>92</sup> Der Gesetzgeber ist zwar mit einer höchststrich-terlichen Entscheidung nicht einverstanden, korrigiert den Entscheidungsausspruch aber auch nicht. Stattdessen nimmt der Gesetzgeber seinen Ausgangspunkt bei der Rechtsprechung und entscheidet sich von dort aus für andere Gestaltungslösungen. Der nicht-konfrontative Dialog ist in der Typologie des zweiten Abschnitts durchaus angelegt, wenn Höchstgerichte und Gesetzgeber zusammenwirken (kollusive Rechtsprechung) oder Rechtsprechung ein Themengebiet rechtlich erstmals strukturiert (prärogative Rechtsprechung).

Eine dialogisch motivierte Korrektur von Rechtsprechung ist für außenstehende Beobachter äußerst schwer zu beurteilen. Sicherlich wäre es verfehlt, sowohl den Gesetzgeber als auch die Höchstgerichte als introvertierte Gewaltenmonaden zu betrachten, die sich erst durch das Bewusstwerden ihres Eingebundenseins in ein Gewaltengefüge für den kommunikativen Austausch öffnen. Den Austausch hat es schon immer gegeben und wird es auch weiterhin, auch ohne theoretische Rahmung, geben. Und sicherlich hat *Rudolf Streinz* mit seiner Analyse einen Punkt, dass der EuGH sich auch unter dem Eindruck anhaltender Kritik aus der Literatur verschiedener Mitgliedstaaten zumindest teilweise korrigiert;<sup>93</sup> er nennt insbesondere den Rechtsprechungsverlauf zum Zugang von Unionsbürgern zu Sozialleistungen und die Rechtsprechung zum Anwendungsbereich der Grundrechtecharta.<sup>94</sup> Als Korrekturinstrument ist der gewaltenverzahnte Dialog allerdings im besten Fall ein Hilfsmittel.

<sup>92</sup> SINDBJERG MARTINSEN (Anm. 16).

<sup>93</sup> RUDOLF STREINZ, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts bzw. Unionsrechts durch den EuGH, in: Stefan Griller/Heinz Peter Rill (Hrsg.), *Rechtstheorie, Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung*, 2011, S. 223 (231 f., 234), mit seiner Ansicht nach die These belegenden Beispielen.

<sup>94</sup> STREINZ (Anm. 91), S. 47 (50 f., Anm. 18, 66) mit der Anmerkung, der EuGH sei durchaus bereit, „ausufernden Folgen seiner Rechtsprechung“, die bei einer Verallgemeinerung problematisch werden, entgegenzuwirken.

Denn der informelle Austausch zwischen den Vertretern der Gewalten folgt einer verdeckten Rationalität, jedenfalls nicht den Kompetenzen und ihren Anwendungsregeln, die den Gewalten formal zugewiesen sind. Der Dialog ist mehr an effizienter Aufgabenerledigung ausgerichtet als eine maßstäbliche Kategorie, das Grundproblem funktional differenzierter Hoheitsgewalt zu klären.

## IV Schluss

Das Grundproblem judikativer Rechtserzeugung ist die Positionierung der Gerichte als Adressat rechtspolitischer Kritik. Wenn höchstrichterliche Gesetzgebung eine akzeptierte Option der Judikative wird, geht die kategoriale Distanz der Gerichte gegenüber der Legislative verloren.<sup>95</sup> Sind Richter die Zielscheibe rechtspolitischer Kritik, erhöht das die Gefahr für die Unabhängigkeit der Mitglieder eines Spruchkörpers. Nicht mehr allein Rechtskritik ist für den Richter von Bedeutung, sondern auch Überlegungen zur Zweckmäßigkeit und Verallgemeinerbarkeit einer Einzelfallentscheidung im übergeordneten politischen Gestaltungsrahmen der Zeit.<sup>96</sup> Dadurch wird erstens die Besetzung der Richterbank politisiert, weil nicht allein Rechtskenntnisse und Lebenserfahrung, sondern gesellschaftliche Vermittelbarkeit und politisches Judiz Auswahlkriterien werden. Darunter leidet zweitens strukturell die Akzeptanz von Rechtsprechung, wie deutlich der empirische Befund aus den europäischen Höchstgerichten zeigt. Die Akzeptanz der Entscheidungen ist hoch, solange methodisch zweifelsfrei Rechtsprechung im klassisch gewaltenteilenden Sinn vorliegt.

Deshalb sind politische Ziele wie eine „immer engere Union“ der Völker Europas oder ein gemeineuropäischer Grundrechtsraum (*common space*) oder ist der Anspruch, die Kompositionen des Gesetzgebers mehr oder minder virtuos zu interpretieren,<sup>97</sup> für Gerichte wie Magnete, die den Vorwurf der Politisierung auf sich ziehen. Die „Unabhängigen“,<sup>98</sup> zu denen neben Richtern auch Zentralbanker gehören, müssen darauf bedacht sein, sich nicht der Kritik der Mandatsüberschreitung, der Selbstau-

<sup>95</sup> Vgl. SCHLAICH (Anm. 57), S. 99 (107).

<sup>96</sup> Zu dieser Gefahr einer „Ablösung von der individuellen Streitentscheidungsfunktion“ SCHÖNBERGER (Anm. 1), S. 296 (314 f.) m.w.N.

<sup>97</sup> BGH-Präsident GÜNTER HIRSCH, ZRP 2006, S. 161: „Sucht man ein Bild, so passt meines Erachtens am ehesten das des Pianisten und Komponisten für das Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber. Er interpretiert die Vorgaben, mehr oder weniger virtuos, er hat Spielräume, darf aber das Stück nicht verfälschen.“ Dazu die Kritik von CHRISTOPH MÖLLERS, FAZ v. 26.10.2006, und von BERND RÜTHERS, FAZ v. 27.12.2006. *Hirsch* hat an dem Sprachbild festgehalten, siehe DERS., Auf dem Weg zum Richterstaat?, JZ 62 (2007), S. 854 (858).

<sup>98</sup> Zu diesem Begriff ANTOINE VAUCHEZ, Die Regierung der „Unabhängigen“: Überlegungen zur Demokratisierung des EU, in: Jürgen Rüttgers/Frank Decker (Hrsg.), Europas Ende, Europas Anfang, 2017, S. 181 ff.; ausf. DERS., *Démocratiser l'Europe*, 2014.

torisierung<sup>99</sup> auszusetzen. Ihre demokratisch legitimierte, begrenzte Hoheitsgewalt<sup>100</sup> wird durch den Auftrag gerechtfertigt – im Fall von Richtern – nach methodisch vertretbaren Regeln geltendes Recht anzuwenden und auszulegen.

Das setzt voraus, anzuerkennen, dass es prinzipiell eine Differenz zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung gibt, dass sich rationale Kriterien für diese Unterscheidung nennen lassen. Die Methodendebatte über Existenz und Gestalt eines Gesetzgeberwillens, die hier nur ganz am Rand erwähnt worden ist, verdient deshalb mehr Aufmerksamkeit. Nicht nur, dass einerseits erhebliche Uneinigkeit über die Zugänge besteht, über die der maßgebende Wille des Gesetzgebers ermittelt werden kann. Andererseits wird prinzipiell bestritten, dass es bei der Rechtsanwendung darum gehe, überhaupt einen historischen Willen zu erforschen. Dass „Karlsruhe“ in den letzten Jahren dem subjektiven Willen des Gesetzgebers wieder mehr Aufmerksamkeit geschenkt hat, ist zu begrüßen:

Der Richter darf sich nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen. Er muss die gesetzgeberische Grundentscheidung respektieren und den Willen des Gesetzgebers unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung bringen.<sup>101</sup>

Dass der EuGH zuletzt die historische Auslegung des Primärrechts, d.h. den Willen der Vertragsparteien, angewendet hat,<sup>102</sup> ist sicherlich kein Zufall in der Rechtsprechungspraxis. Auch der mit harten Bandagen geführten, amerikanischen Verfassungsdebatte über eine strikte Bindung des Richters an den historischen Wortlaut der Verfassung (*originalism*) werden wir nicht gerecht, wenn wir diesen Ansatz als methodisch uninformatives Wolkenkuckucksheim karikieren.<sup>103</sup> In dieser Bekenntnisfrage für das amerikanische Verfassungsrecht und seine Richter geht es um die Autonomie des Rechts bei der Auslegung, um die Rolle der Bundesgerichte und speziell des Supreme Court sowie um die in ihnen verkörperte richterliche Macht. Der theoretische Ansatz ist seinerseits eine intellektuelle Antwort auf vorausliegende Entdifferenzierungsprozesse zwischen Recht und Politik.<sup>104</sup>

**99** HÖRETH (Anm. 8).

**100** ANDREAS VOßKUHLE/GERNOT SYDOW, Die demokratische Legitimation des Richters, JZ 67 (2002), S. 673 ff.

**101** BVerfGE 128, 193 (210) – nahehehlicher Unterhalt (2011); zu der Differenz von subjektiver und objektiver Theorie THOMAS M. J. MÖLLERS, Methodenlehre, 2017, § 6 Rn. 60 ff.

**102** Vgl. EuGH [Plenum], Rs. C-370/12, Urt. v. 27.11.2012, ECLI:EU:C:2012:756, Rn. 135 – Pringle; EuGH [GK], Rs. C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625, Rn. 50 – Inuit Tapiriit Kanatami u.a.: „Die Entstehungsgeschichte einer Vorschrift des Unionsrechts kann ebenfalls relevante Anhaltspunkte für deren Auslegung liefern [...]“, nachfolgend Rs. C-456/13 P, ECLI:EU:C:2015:284, Rn. 29 – T & L Sugars.

**103** JOHN O. MCGILLIS, *Originalism and the Good Constitution*, 2013; ROBERT W. BENNETT/LAWRENCE B. SOLLUM, *Constitutional Originalism. A Debate*, 2011; YVONNE TEW, *Originalism at home and abroad*, *Columbia Journal of Transnational Law* 52 (2014), S. 780 ff.

**104** Eindrücklich JOHANNES REICH, „Originalismus“ als methodologischer Scheinriese und verfassungspolitische Konterrevolution, *JöR* 65 (2017), S. 713 (727 ff.).

Für überstaatliche Höchstgerichte könnten legislative *Override*-Mechanismen eine Option sein. Denn die Vertragsparteien könnten rascher Konsens im Einzelfall bilden, dass sie einen bestimmten Weg nicht einschlagen wollen, auch wenn ein Konsens über vertragliche Strukturänderung nicht herbeiführbar ist. Vieles spricht aber auch dafür, dass das Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung in der Schwebe einer ungefähren Positionsbestimmung bleiben sollte.



# Diskussion zum Vortrag von Frank Schorkopf

Leitung: CHRISTIAN STARCK

STARCK:

Herr Schorkopf, vielen Dank für den schönen Vortrag. Sie haben unsere Diskussion schon etwas vorstrukturiert, indem Sie zunächst die judikative Rechtsetzung herausgearbeitet und dann im zweiten Teil die Korrekturmodelle entworfen haben. Jetzt wollen wir mit der Diskussion beginnen und fangen mit Herrn Kirchhof an.

KIRCHHOF:

Herzlichen Dank für diesen äußerst anregenden Vortrag über das zentrale Verhältnis von rechtsprechender und legislativer Gewalt, vor allem auch mit Blick auf die supranationale Europäische Union. Ich möchte mit einer Vorbemerkung beginnen, um dann auf die zentrale These zu kommen. Mich hat die Kritik an den Unvereinbarkeits-erklärungen etwas erstaunt. Es geht um Fälle, in denen das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz zwar für verfassungswidrig erklärt, dieses aber vorübergehend bestehen bleibt, bis es der Gesetzgeber korrigiert. Das ist ein wichtiger Mechanismus, weil der Entscheidungsraum des Gesetzgebers gewahrt wird, wenn ein für nichtig erklärtes Gesetz einen Zustand schaffen würde, der sich noch weiter vom Grundgesetz entfernt. Aber die zentrale These ist ja, durch Nichtanwendungserlasse, die in der steuerrechtlichen Praxis vorkommen, Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zu korrigieren. Das Steuerrecht hat die Besonderheit, dass es Massenfallrecht ist. Wenn ein Senat des Bundesfinanzhofs (BFH) seine Rechtsprechung ändert, kann es sein, dass die 42 Millionen Einkommenssteuerpflichtigen mit ihren Steuerberatern sofort reagieren. Um diese äußerst breiten Folgen in einer unsicheren Rechtslage zu verhindern, nutzt die Finanzverwaltung ihre eigene Kompetenz, die Gesetze zu konkretisieren. Aber dass die Finanzverwaltung „A“ sagt und die Rechtsprechung „B“, das darf im Rechtsstaat nur vorübergehend vorkommen. Nichtanwendungserlasse sind deshalb nur als vorläufiges Instrument zulässig: Entweder kommt es zu einer gesetzgeberischen Korrektur oder einer Korrektur der Rechtsprechung. Das führt mich zur zentralen These. Der EuGH hat in der Tat im Vergleich zu anderen Gerichten eine sehr breite Kompetenz auf europäischer Ebene, weil das Primärrecht faktisch kaum änderbar ist. Alle EU-Mitgliedstaaten müssten zusammenkommen, um korrigierend einzugreifen. Aber eine Zwischenschicht einzuführen, mit der wir das Primärrecht und das Sekundärrecht nicht ändern, sondern einen Beschluss fassen, der besagt, dass nur eine Anwendung im Einzelfall möglich ist, das halte ich aus Gründen der Rechtssicherheit und der Gewaltenteilung für problematisch. Wir wissen schon aus der Rechtsquellenlehre im Steuerrecht, dass man dort nicht nur die BFH-Rechtsprechung kennen, sondern auch diese Nichtanwendungserlasse auffinden muss. Das sorgt für Verwirrung. Wir sollten daher versuchen, die Änderungen des Sekundärrechts auf europäischer Ebene zu erleichtern. So könnte der Gesetzgeber korrigierend eingrei-

fen. Dann würden wir die Förmlichkeit des Gesetzes und des Parlamentsbeschlusses wahren, aber gleichzeitig dem EuGH einen handlungsfähigen korrigierenden Gesetzgeber zur Seite stellen.

STARCK:

Herr von Knobloch bitte.

VON KNOBLOCH:

Ich möchte als ersten Punkt etwas zu der Typologie sagen: Sie nennen die prärogative und die präskriptive Rechtsprechung. Ich glaube, dass das Bundesverfassungsgericht schlicht sagen würde, das ist deskriptive Rechtsprechung. Wir erfinden nichts, sondern wir finden irgendetwas. Das hat das Bundesverfassungsgericht beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung, also beim Datenschutz, und beim Recht auf Integrität informationstechnischer Systeme gemacht. Da hat das Gericht nicht gesagt, „wir haben etwas Neues erfunden“, sondern es hat gesagt, „wir haben das in Art. 1 und 2 GG gefunden und haben es nur aufgeschrieben“. Das hat ihm sehr starke Kritik von der Bundesregierung, insbesondere von *Wolfgang Schäuble*, eingebracht, der gesagt hat „Wer Politik machen möchte, der soll sich in den Bundestag wählen lassen und nicht Richter werden wollen.“

Zweitens: Die „kollusive Rechtsprechung“ hat etwas mit den Schwierigkeiten nationaler Verfassungsrechtsprechung mit der europäischen Ebene zu tun. Ich meine das sogenannte Mehrebenensystem, aber auch den europäischen Verfassungsgerichtsverbund. Wir haben das auch gestern in Karlsruhe wieder erlebt. Herr Professor Schorkopf hat die Bundesregierung in dem Fall des Beamtenstreikverbots ja vertreten. Da ist der Versuch erkennbar, von Karlsruhe aus doch letztentscheidend im europäischen Verfassungsverbund zu wirken. Daher muss man sich auf irgendeine Form der Kollusion wahrscheinlich auch künftig einlassen.

STARCK:

Jetzt noch Herr Schröder.

SCHRÖDER:

Vielen Dank für den anregenden Vortrag. Ich hätte nur zwei Bemerkungen: Sie sprachen davon, wie eine Gerichtsentscheidung durch ein Parlament korrigiert werden kann, und haben sich dabei ganz auf die Verfassungsrechtsprechung konzentriert. Im Verfassungsrecht ist es so, dass das BVerfG mit 5 zu 3 Stimmen entscheiden kann und keine Zwei-Drittel-Mehrheit benötigt wie das Parlament. Das halte ich für einen schweren Konstruktionsfehler. Meine zweite Bemerkung betrifft den Punkt „Nichtanwendungserlasse“. Ich würde nicht so formulieren, dass es eines Nichtanwendungserlasses bedarf, um ein Präjudiz zu überwinden. Wer sagt uns denn, dass die Verwaltung überhaupt an Gerichtsentscheidungen gebunden ist (soweit sie nicht im konkreten Fall Partei war)? Meines Erachtens ist die Verwaltung, und das scheint

mir auch die ganz herrschende Meinung zu sein, genauso wenig gebunden wie ein Gericht. Sie hat Präjudizien zu beachten, sie hat darüber zu diskutieren, aber sie kann von ihnen abweichen. Darum meine ich, dass der Nichtanwendungserlass gar nichts besonders Wichtiges ist, sondern nur ein spezifisches Hilfsmittel, um die Nichtbindung durch Weisung von oben zu realisieren. Aber jede Verwaltungsbehörde darf sich eigene Gedanken über eine höchstrichterliche Entscheidung machen, wenn es sich nicht gerade um eine Entscheidung des BVerfG mit Gesetzeskraft handelt.

STARCK:

Bitteschön, Herr Schorkopf.

SCHORKOPF:

Herzlichen Dank für die Hinweise zum Nichtanwendungserlass. Ich habe gegen Ende meines Vortrags deutlich gemacht, dass vielleicht der Sinn eines parlamentarischen *Overruling*-Mechanismus eher in seiner Existenz liegt als in seiner Anwendung. Dass der Gesetzgeber ein solches Instrument in der momentanen Rechtsstaatsdiskussion vorschlagen könnte, kann man sich nicht vorstellen. Aber vielleicht wirkt die Diskussion als Signal in die Gerichte hinein und sorgt für eine Selbstvergewisserung, von überschießender Rechtsprechung Abstand zu nehmen. Das setzt voraus, dass wir die Gerichte überhaupt erreichen. Ich glaube, den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) erreichen wir kaum. Zwar trifft sich das BMJV gelegentlich mit der deutschen Richterin, aber der Einfluss ist deutlich geringer als bei den innerstaatlichen Gerichten.

Über den Vorschlag, das Sekundärrecht leichter zu ändern, könnte man nachdenken. Das Problem ist dabei, dass sehr vieles von dem, was wir als Verfassungsrecht betrachten würden, auch im Sekundärrecht steht. Das heißt, wir würden im Grunde genommen vier Chips auf den grünen Tisch schieben, in der Hoffnung, dass der Gewinn anschließend größer ist. Aber man weiß nicht, wie das Spiel ausgeht. Das Wettbewerbsrecht, das gesamte Währungsrecht sowie die Preisstabilität des Europäischen Zentralbanksystems sind alle im Sekundärrecht geregelt und wir würden dies zur Disposition des ordentlichen EU-Gesetzgebers stellen, der grundsätzlich mit qualifizierter Mehrheit entscheidet.

Herr von Knobloch, zur deskriptiven Rechtsprechung. In Deutschland lautet die Urteilsformel „Für Recht erkannt.“ Wir erkennen also – nach der Urteilsformel – nur das, was vorgefunden ist. Ihr Hinweis auf die *Schäuble*-Kritik bestätigt das.

Herr Schröder, ich teile Ihre Einschätzung nicht ganz. Zur zweiten Bemerkung: Natürlich ist die Verwaltung über Art. 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz gebunden. Zur ersten Bemerkung möchte ich darauf hinweisen, dass die Entscheidung mit 5 zu 3 Stimmen auch eine qualifizierte Mehrheit ist, denn bei einer Vier-zu-vier-Entscheidung liegt eine Abweisung vor.

STARCK:

Vielen Dank, jetzt kommt Herr Rottleuthner dran.

ROTTLEUTHNER:

Vielen Dank, Herr Schorkopf, für diesen spannenden Vortrag. Ich habe eine Frage zum Verhältnis von Rechtsprechung und Verwaltung und knüpfe daran an, dass sich ein Bundesinstitut nicht an ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts hält. Wie ist diese Verweigerungshaltung eines Bundesinstituts mit rechtsstaatlichen Anforderungen vereinbar? Vielleicht könnten Sie die Entwicklung etwas kommentieren; das würde mich aus aktuellem Anlass interessieren.

STARCK:

Frau Schumann bitte.

SCHUMANN:

Wir haben im Familienrecht zunehmend die Situation, dass der Gesetzgeber Entscheidungen des BVerfG oder des BGH abwartet und nicht selbst tätig wird, obwohl es um Probleme geht, die juristisch und gesellschaftlich stark diskutiert werden und dringend gelöst werden müssten. Zwei aktuelle Beispiele sind das Wechselmodell und die Leihmutterchaft, zu der es inzwischen auch mehrere Urteile des EGMR gibt. Das Problem an dieser Zurückhaltung des Gesetzgebers liegt aber darin, dass Entscheidungen nur den Einzelfall und vergleichbare Fälle lösen, aber andere Fallkonstellationen ungelöst lassen. Die Rechtsprechung erzeugt nicht dieselbe Wirkung wie eine gesetzliche Regelung, sondern belässt für abweichende Fälle eine große Rechtsunsicherheit. Bei existenziellen Fragen, wie etwa der rechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung, leuchtet die Problematik unmittelbar ein. Daher stellt sich die Frage, warum der Gesetzgeber in solchen grundlegenden Fragen überhaupt Gerichtsentscheidungen abwartet und nicht selbst tätig wird, sondern Einzelfall für Einzelfall entscheiden lässt. Es drängt sich der Eindruck auf, dass die Politik vor schwierigen Entscheidungen zurückschreckt und darauf hofft, dass eine höchstrichterliche Entscheidung in der Bevölkerung stärker akzeptiert wird. Mit Hinweis auf die durch das BVerfG oder den EGMR vorgegebenen Linien lassen sich anschließend – ähnlich wie bei den Vorgaben der EU – neue Gesetze einfacher „verkaufen“.

STARCK:

Herr Reimer bitte.

REIMER:

Zwei kurze Bemerkungen. Die erste knüpft an Ihren Begriff „Höchstgerichte“ an. Wie Herr Schröder glaube ich, dass sich dahinter zwei ganz unterschiedliche Phänomene verbergen. Ihre Beispiele waren Verfassungsgerichte, das BVerfG und man könnte noch die Landesverfassungsgerichte zur Seite stellen. Das gilt weiter für den EuGH als

einen Typ diffuser Verfassungsgerichtsbarkeit und für den EGMR, da beide ihre Befugnis zu präskriptiver Rechtsprechung aus der Höherrangigkeit der Rechtsebene, zu der sie judizieren, schöpfen. Diese Höchstgerichte sind etwas fundamental Verschiedenes von den Revisionsgerichten, die Rechtsfortbildung betreiben, welche durch den einfachen Gesetzgeber reversibel und daher unter demokratischen Gesichtspunkten bei weitem nicht so problematisch ist. Ich glaube, diese fundamentale Dichotomie wird durch Ihre Fünfer-Typologie etwas verschliffen. Interessant finde ich bei den Verfassungsgerichten, dass diese eine Art Grundsatzgesetzgebung betreiben, die auf Stabilität gerichtet ist. Was früher das allgemeine Gesetz war, sind jetzt Entscheidungen von Verfassungsgerichten, und die Gesetzgebung übernimmt dann die Feinsteuerung und Ausarbeitung. Das ist doch ein Paradox, das bemerkenswert ist. Meines Erachtens hat das etwas mit der pathologischen Konstitutionalisierung zu tun. Und wir haben höherrangiges Recht der Union mit Anwendungsvorrang vor nationalem Recht. Das ist aber keine binäre Entscheidung, sondern es liegt an uns als *scientific community*, den Grad der Konstitutionalisierung, d.h. den Regelungsanspruch von Primärrecht und von Verfassungsrecht, mitzubestimmen. Das ist ein Beitrag, den wir auch leisten können, um möglicherweise Auswüchsen von Richterstaatlichkeit – wenn sie denn bestehen sollten – gegenzusteuern.

Mein zweiter Punkt hat damit zu tun, dass wir Normen auslegen und die Methodenlehre glaubt, uns unterrichten zu können, wie wir Normen zu interpretieren haben. Normen sind aber auch Entscheidungsprodukte der Judikative, wie wir heute wieder sehr anschaulich gesehen haben. Ich denke, es ist eine gemeinsame Aufgabe für uns, dass wir, die wir uns mit der Methodenlehre beschäftigen, die Auswertungen von Gerichtsentscheidungen analysieren und eine Methodologie der Interpretation von Rechtsentscheidungen entwickeln. Die Besorgnis einer Fehlinterpretation des EGMR könnten wir vielleicht eindämmen, wenn wir ein bisschen mehr methodologische Fertigkeiten im Umgang mit Gerichtsentscheidungen aus dem eigenen Rechtskreis und aus Europa entwickeln könnten.

STARCK:

Ja bitte, Herr Schorkopf.

SCHORKOPF:

Ich beginne mit der Frage von Herrn Rottleuthner. Es ist durchaus unklar, wer eigentlich für den Nichtanwendungserlass zuständig ist. Ich denke, es müsste in diesem Fall der Minister sein, der als Dienstvorsetzter für die Behördenleiter über die staatsorganisationsrechtliche Anbindung an den Kanzler und die Bundesregierung auch die demokratische Legitimation hat.

Frau Schumann, Sie selbst sitzen im Arbeitskreis „Abstammungsrecht“ im BMJV. Dies zeigt, dass der Gesetzgeber sich durch die Einsetzung von Expertenkommissionen Fachwissen und Reflexion verschaffen möchte, um dann richtig zu handeln. Ich denke aber auch, dass das Abwarten von Grundsatzentscheidungen etwas damit zu

tun hat, dass der Richter Lösungen konsensualer und mit weniger politischen Konflikten erreichen kann. Ich würde sogar die These aufstellen, dass alle großen gesellschaftspolitischen Konflikte der Bundesrepublik seit den 1950er Jahren in Karlsruhe gelandet sind. Vielleicht haben sich inzwischen alle, auch der Gesetzgeber, damit arrangiert. Hinzu kommt neuerdings die Pluralisierung im Bundestag mit sechs Fraktionen und sieben Parteien, während die Justiz noch weniger divers ist.

Herr Reimer, Ihre Anregung nehme ich auf. Ich wollte den Begriff Verfassungsgerichte nicht nehmen und habe deshalb Höchstgerichte gewählt. Aber ich wollte auch die Revisionsgerichte nicht ganz ausschließen. Diese kann man methodisch in mein Schema miteinbeziehen, wenn sie verfassungsrechtlich argumentieren. Zu Ihrem letzten Aspekt: Es gibt ein schönes Buch von *Hans Hattenhauer* aus den 1970er Jahren mit dem Titel „Die Kritik des Zivilurteils“, bei dem es u.a. auch darum geht, wer die Entscheider und wie die soziologischen Rahmenbedingungen waren. Man müsste eine vergleichbare „Kritik des öffentlich-rechtlichen Urteils“ verfassen, weil insofern ein methodisches Defizit in der Ausbildung besteht.

STARCK:

Jetzt haben wir noch vier Wortmeldungen: Frau Auer, Herr Eichenhofer, Herr Willoweit und Frau Wittling-Vogel.

AUER:

Sie hatten gesagt, eine Akzeptanz der Rechtsprechung wäre nur bei methodischer Absicherung gewährleistet und da würden Sie zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung nach rationalen Maßstäben differenzieren wollen. Mich würde interessieren, nachdem Sie Ihren Vortrag mit einem sehr kritischen Zitat eingeleitet haben und am Schluss auch wieder sehr ins Zweifelnde gekommen sind, wo Sie ungefähr die Richtung sehen würden.

STARCK:

Herr Eichenhofer bitte.

EICHENHOFER:

Ich möchte an Herrn Reimer anknüpfen: Sie diskutieren ja nicht nur Probleme des Verhältnisses von Rechtsprechung und Gesetzgebung, sondern auch zugleich Probleme des Ranges, genauer: des Geltungsvorranges von Recht. Wenn Verfassungsrecht und Europarecht dem Gesetzesrecht oder nationalen Recht vorgehen, kann man dem mit nationalstaatlichen Mitteln oder mit Mitteln des einfachen Rechts relativ wenig entgegensetzen. Wie weit kann die Rechtsprechung auf diesen Ebenen gehen? Ich will drei Beispiele nennen: Das BVerfG hat mal gewusst, dass eine Raucherkneipe 75 Quadratmeter misst, dass der Mindestbedarf pauschalisiert festgesetzt werden kann oder dass die Noten bei der Vergabe von Studienplätzen vielleicht nicht alles sind. Das Problem ist, wenn die höchste Ebene Rechtsprechung betreibt, soll sie sich der Tat-

sache bewusst bleiben, dass, wenn sie einen Verfassungsverstoß oder einen Verstoß gegen Primärrecht oder Sekundärrecht feststellt, es die Sache des Gesetzgebers ist, die Konsequenzen zu ziehen. Und ich meine, dass viele Probleme, die Sie behandelt haben, nicht entständen, wenn die Gerichte dieser höheren Ebenen sich nicht so viel Gestaltungsmacht unter Berufung auf ihre Aufgabe, Verfassung und Europarecht auszulegen, herausnehmen würden.

STARCK:

Herr Willoweit bitte.

WILLOWEIT:

Ich habe eine Frage und einen rechtshistorischen Kommentar. Nochmal zurück zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. März 2017 über die Zulässigkeit der Selbsttötung auf der Grundlage des Betäubungsmittelgesetzes.<sup>1</sup> Ich als naiver Rechtshistoriker und Zivilrechtler habe gedacht, jetzt geht ein Aufschrei durch die Republik – aber nichts davon. In diesen Tagen liest man: „Das haben wir nicht angewendet, denn wir halten die Entscheidung des BVerwG für rechtswidrig.“ Sehen Sie eigentlich irgendeinen Hinderungsgrund, dass der Gesetzgeber eingreift und seinen früher einmal gegenteilig erklärten Willen in einem Gesetz festlegt und sagt: „Das BVerwG mag dieser Meinung sein, wir, die Repräsentanten der Volkssouveränität bestimmen jetzt das Gegenteil?“ Verstößt das nach Ihrer Auffassung gegen das Rechtsstaatsprinzip? Da würde dieses sehr belastet, denn die Deduktion aus Prinzipien ist nicht nur ein logischer Vorgang, es ist auch ein politisch aufgeladener Prozess und ich sehe nicht ein, dass man ein solches Verbot gegenüber dem parlamentarischen Gesetzgeber dem Rechtsstaatsprinzip entnehmen kann.

Die rechtshistorische Bemerkung ist eine ganz andere. Ich habe den Eindruck, dass Rechtsprechung seit jeher vor allem eines im Blick hat: den Schutz individueller Interessen und deren Überführung in subjektive Rechte. Das ist eine Dominanz, die sich seit dem Mittelalter bis in unser Jahrhundert zieht. So hat das Reichsgericht zum Beispiel dieses ominöse Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aus der Realität abgelesen, das kann man an den Formulierungen direkt nachvollziehen. Da ist ein Recht, das existiert und infolgedessen müssen wir es schützen. Mit der informationellen Selbstbestimmung läuft das genauso. Die Gerichte lesen das aus der Realität ab und halten es für ihre primäre Aufgabe, diese subjektiven Interessen in subjektive Rechte zu transformieren. Die ganze Epoche dieser gewaltigen Gesetzgebung in der Aufklärung ist eine vorübergehende Zeit, die wir auf dem Kontinent haben, die wir in der angelsächsischen Welt niemals in dieser Form hatten, und es ist kein Wunder, dass die Einzelfallentscheidung, die sich um solche subjektiven Rechte kümmert, dominant die Rechtsordnung überrollt. Aber das ist eigentlich nur ein rechtshistorischer Kommentar, um das Ganze noch besser zu verstehen. Ich

<sup>1</sup> BVerwGE 158, 142–163.

würde noch einen Punkt hinzufügen: Frau Schumann sagte schon, die Urteile werden so gern entgegengenommen. Man muss nur die Medien verfolgen. Jeder Erfolg eines Staatsbürgers vor dem BVerfG wird abends in der Tagesschau bejubelt. Das hat damit zu tun, dass es eine wirkliche Kontrolle der Regierung durch das Parlament in klassischer Weise gar nicht mehr gibt, weil in der Bundesrepublik der Regierungsapparat und die Koalitionsmehrheit eine Einheit bilden und infolgedessen sich die Justiz als Kontrollorgan etabliert hat.

STARCK:

Frau Wittling-Vogel bitte.

WITTLING-VOGEL:

Vielen Dank. Ich möchte zwei Punkte aufgreifen.

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zu der Frage, ob der Staat den Zugang zu einem todbringenden Medikament ermöglichen muss, zeichnet die Lösung eines Falles vor, von dem wir nicht wissen, ob er vorlag oder jemals vorliegen wird. Für das Gericht kommt ein Recht auf Zugang zu diesem Medikament nur in Betracht, wenn seine Verwendung die einzige Möglichkeit ist, eine krankheitsbedingte extreme Notlage auf zumutbare Weise zu beenden. Das Gericht weist auch darauf hin, dass die Betroffene künstlich beatmet wurde und daher ein palliativmedizinisch begleiteter Behandlungsabbruch eventuell möglich und zumutbar gewesen wäre. Wie nun der zu entscheidende Fall lag, konnte nicht geklärt werden, da die betroffene Ehefrau des Klägers sich inzwischen selbst getötet hatte. Alles in allem bleibt die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts damit vollständig im abstrakten Bereich und lässt auch offen, ob medizinische Fachkenntnisse bei der Beurteilung auf dieser abstrakten Ebene herangezogen wurden. Es kommt mir bedenklich vor, wenn ein Gericht Regeln aufstellt, ohne dass diese sich wenigstens an einem Fall und unter Heranziehung von wesentlichen (nicht juristischen) Fachkenntnissen bewähren müssen.

Mein zweiter Punkt betrifft den EGMR. Mir kommt zu pessimistisch vor, was zu seiner Erreichbarkeit durch juristische und rechtspolitische Diskussionen gesagt wurde. Wir haben seit 2010 eine Kette von Ministerkonferenzen des Europarats zu der Situation des EGMR, veranstaltet in enger Kooperation mit dem Gerichtshof. Dort geht es auch um die Frage der Reichweite der EMRK und der Spielräume, die den Vertragsstaaten bleiben müssen. Ein Ergebnis dieser Konferenzen ist die Aufnahme des Subsidiaritätsgrundsatzes und des Grundsatzes des „margin of appreciation“ der Vertragsstaaten in die Präambel der EMRK. Ein weiteres Ergebnis ist die Verstärkung der europaweiten Diskussion zu Fragen des Gerichtshofs und seiner Rechtsprechung durch das Format „Dialogue between Judges“.<sup>2</sup> Damit sind nicht nur die Richter in Straßburg gemeint, sondern vor allem auch die nationalen Richter. Der Gerichtshof

<sup>2</sup> Die Bedeutung des Diskussionsprozesses zwischen Vertragsstaaten, dem EGMR und der Zivilgesellschaft wurde im April 2018 durch die auf der Ministerkonferenz des Europarats in Kopenhagen

ist außerdem dabei, ein Netzwerk der Gerichte in Europa mit dem Ziel des Informationsaustauschs aufzubauen. Auch die Kontakte zu den deutschen obersten Gerichten haben sich verstärkt. Damit ist ein Diskussionsprozess in Gang gekommen, der den EGMR einschließt und durchaus Auswirkungen hat.

STARCK:

Herr Schorkopf bekommt das letzte Wort und schließt die Diskussion ab. Bitteschön.

SCHORKOPF:

Danke, Herr Vorsitzender. Frau Auer, ich denke, dass am Ende doch ein Paradox steht. Ich erlaube mir, als Rechtswissenschaftler umfassender zu denken und der These auch eine Antithese entgegenzusetzen. Meine Hoffnung ist im Grunde, dass wir durch Kommunikation eine Bewusstseinsänderung herbeiführen. Das ist ein Vorschlag zur Reflexion, in der Hoffnung, Richter zu erreichen. Es wird schwierig, weil Verfassungsrichter nur für zwölf Jahre gewählt sind. Es ist eine paradoxe Situation aufgrund der Erkenntnis, dass wir uns dem Problem nur annähern können, aber nicht zu einer harten, rationalen Abgrenzung kommen. Die Versuche in der Rechtswissenschaft, den Stein der Weisen zu finden und zu sagen, das ist das Abgrenzungskriterium, werden vermutlich erfolglos bleiben.

Herr Eichenhofer, nochmal zu dem Aspekt der Nichtigkeit und Unvereinbarkeit. Die Unvereinbarkeit soll etwas Bestimmtes erreichen, im Grunde den Gesetzgeber schützen. Das ist sicher auch richtig, wenn es eine Fortgeltungsanordnung ist, die nichts dazu sagt, wie der Gesetzgeber das Problem lösen soll. Das Problem ist, dass die Unvereinbarkeit mit einem Ersatzregime versehen wird. Es gibt *Overrulings*, zum Beispiel im Bereich der Sozialverwaltung, wo die kommunalen Sozialämter mit der Bundesverwaltung der Arbeitsagenturen zusammenarbeiten: die sogenannten ARGes für die Hartz-IV-Verwaltung. Diese hatte sich der Gesetzgeber ausgedacht und sie wurden vom BVerfG gekippt. Sie seien verfassungswidrig, weil es sich um Mischverwaltung handle, die demokratisch nicht mehr zuordenbar sei. Daraufhin hat der verfassungsändernde Gesetzgeber Art. 91e GG eingeführt und die ARGes haben weiter existiert. Das ist ein *Overruling* einer Verfassungsgerichtsentscheidung. Der Unmut war groß, aber es gab keinen Aufschrei, vielleicht auch deshalb, weil es um Leistungsverwaltung ging. Ich denke aber nicht, dass es ein Grundsatzproblem mit dem Rechtsstaatsprinzip gibt. Es handelt sich um Rangprobleme, nämlich den Anwendungsvorrang des Unionsrechts und einen faktischen Vorrang der EMRK, weil keiner letztendlich den Konflikt mit dem EGMR eingehen möchte.

Das bringt mich zu Frau Wittling-Vogel: Danke für die Hinweise. In Vergessenheit geraten ist, dass der Brexit, jedenfalls in der Debatte bis zur Volksabstimmung, maßgeblich auch durch den EGMR getragen war. Premierminister *Cameron* hat immer auf

---

verabschiedete Erklärung noch einmal betont, [https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen\\_Declaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen_Declaration_ENG.pdf), Rn 33–41.

zwei Punkte hingewiesen: Ihn störe der EuGH und die EU, aber auch der EGMR und die Entscheidung zum Wahlrecht für Strafgefangene. Dies war der Unmut über – und jetzt kommt ein Richterbild – den fremden Richter. In der NZZ war kürzlich zu lesen, dass mit dem EuGH der fremde Richter in die Schweizer Angelegenheiten eingreife. Das ist ein tiefes Bild, der fremde Richter, der Besatzungsrichter in der Militärstrafgerichtsbarkeit nach 1945; das spielt auch eine Rolle beim Internationalen Strafgerichtshof. Ich denke an den Protest der afrikanischen Staaten, dass fremde Richter über afrikanische Verhältnisse urteilen. Das ist ein Bild, über das wir mehr nachdenken müssen. Wenn man das zu Ende denkt, dann läuft es auf eine Interessenabwägung hinaus: Einerseits treten wir als offener Staat mit einem Interesse friedlicher internationaler Beziehungen in Europa auf, andererseits verteidigen wir aber unsere Verfassungsordnung und das deutsche Wirtschafts- und Sozialmodell. Wenn wir unseren Streikrechtsfall wieder nehmen, dann ging es intensiv darum, ob wir überhaupt noch das Berufsbeamtentum in der deutschen Verfassung bewahren können – womit wir im europäischen Vergleich relativ alleine dastehen. In einer Rechtsgutsabwägung entscheide ich mich für das deutsche konstitutionalisierte Verfassungs- und Sozialmodell, das ich nicht aufgeben möchte, weil wir seit 70 Jahren eine liberale Demokratie haben, deren Kern ich aus verfassungspolitischen Gründen nicht dem fremden Richter anvertrauen möchte.