

Ein neuer Typ – Rechtswissenschaft als politischer Beruf –

von

Prof. Dr. Christoph Moes, Augsburg

Das sich das Rechtssystem gegenüber anderen gesellschaftlichen Funktionssystemen ausdehnt, ist eine häufig gestellte Diagnose, nicht nur in Deutschland. Die vielen gleichzeitigen Transformationsprozesse der Gegenwart bedingen es, dass die Öffentlichkeit ständig Regelungs- oder gar Gerechtigkeitslücken entdeckt, die man zu schließen versucht, ohne dass gleichzeitig der vorhandene Bestand an Rechtsnormen reduziert wird. Ein Teil dieses Verrechtlichungsprozesses hat eine ganz besondere Qualität, weil er auf einer konstitutionellen Normebene stattfindet. Seit der U.S. Supreme Court im Jahr 1803 erfolgreich für sich in Anspruch genommen hat, Parlamentsgesetze auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung zu überprüfen, haben die westlichen Demokratien einen Siegeszug der Verfassungsgerichtsbarkeit erlebt. Deren Letztentscheidungsbefugnis gegenüber dem Gesetzgeber wurde eine der großen Errungenschaften des modernen Verfassungsstaates und inzwischen auch eine der Geschäftsgrundlagen der EU. Mit ihrem Spannungsverhältnis zum Demokratieprinzip hat sie unter dem Stichwort der *counter-majoritarian difficulty* eines der bedeutendsten Themen der Staatsrechtswissenschaft hervorgebracht.

Parlamentsgesetze sind jederzeit mit einfachen Mehrheiten revisibel. Anders sieht es aus, wenn der Verrechtlichungsprozess auf einer konstitutionellen Normebene stattfindet. Dann bedarf es für eine Revision qualifizierter Mehrheiten, die politisch oft nicht erreichbar sind. Dieser Zusammenhang ermöglicht die Machtausdehnung derjenigen Gerichte, die eine Suprematie über die politischen Gesetzgebungsorgane beanspruchen können, also des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs. Der gerichtlich kontrollierte Verfassungsvorrang war zunächst ein juristisches Nischenprodukt, dessen Übergang in die Serienfertigung sich Konrad Adenauer bekanntermaßen „so nicht vorjestellt“

hatte. Ebenso wenig „vorjestell“ hatte sich wohl Karlsruhe, dass seine schließlich zum Exportschlager gewordene Vormachtstellung über alle anderen Staatsgewalten von einem geschickten Wettbewerber, dem Europäischen Gerichtshof, als Massenprodukt in Form des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts reimportiert werden könnte. Der Verfassungs- und der Anwendungsvorrang sind rechtsstaatliche Errungenschaften, aber auch methodische Schleusen für eine immer extensivere Konstitutionalisierung politischer Konflikte. Sie ermöglichen es, aus Juristenkarrieren politische Karrieren zu machen. Wem es – allein oder im Verbund mit anderen – gelingt, ein politisches Problem zu einer Frage der Auslegung des nationalen Verfassungs- oder des EU-Rechts zu machen, kann damit einen Bypass um die Herzkammern der Demokratie – die Parlamente – legen.

Der Verfassungs- und der Anwendungsvorrang lassen sich zwar nicht über einen Kamm scheren. Aber so sehr sie sich in ihren Entstehungsbedingungen und Funktionen auch unterscheiden, teilen sie doch zwei wesentliche Eigenschaften: Zum einen entscheiden hier nicht Politiker unter den Zwängen der ihnen erteilten Mandate, sondern Juristen mit ihrer exklusiven Fachterminologie und ihren spezifischen Karrierewegen. Und obendrein sind die meisten der hier generierten Gerichtsentscheidungen faktisch abänderungsresistent. National bedarf es dafür einer Verfassungsänderung mit Zweidrittelmehrheit. Und auf EU-Ebene einer Änderung des Primär- oder Sekundärrechts. Selbst für letzteres sind die Hürden oft hoch. Und eine Primärrechtsänderung ist wegen der Zustimmungspflicht sämtlicher Mitgliedsstaaten nahezu ausgeschlossen.

Dass die konstitutionellen Gerichte immer selbstbewusster den Bereich des Politischen betreten, wird mit zwei Einwänden bestritten. Der erste lautet in Kurzform so: Gerichtsentscheidungen sind unabhängig vom behandelten Thema nie politisch, weil sie in Deliberationsverfahren richterlich unabhängiger Gremien zustande kommen, die sich von den politischen Gesetzgebungsverfahren kategorial unterscheiden. Die mit dieser Interpretation versuchte Immunsierung gegen jeden Vorwurf der Grenzverletzung ist in Richterkreisen beliebt. Dass der hier sinnvollerweise zu verwendende Begriff des Politischen auch vom Entscheidungsthema abhängt und dass manche Themen in ihrer historischen und technologischen Entwicklungsoffenheit von Gerichten gar nicht angemessen ausgeleuchtet werden können, wird dabei ausgeblendet. Besser ist der zweite Einwand. Er betont die Komplexität und Fragmentierung der gegenwärtigen Transformationsgesellschaft, deren Neuland eben auch konstitutionell erschlossen werden müsse. Die Expansion konstitutioneller Normen könne da nicht aus der Perspektive der übersichtlichen Verhältnisse der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts beurteilt werden. Und selbst wenn an der These von der Überkonstitutionalisierung etwas dran ist: Wer sollte denn den Schiedsrichter zwischen politischem und Rechtssystem spielen? Das ist letztlich eine treffende Variierung der zweitausend Jahre alten Frage: „Quis autem custodiet ipsos custodes?“ Man kann sie noch immer nicht beantworten.

Sie führt dazu, dass man der Richterschaft irgendwie vertrauen muss. Eine rechtsmethodisch saubere Erarbeitung eines konstitutionellen Richterspruchs enthebt ihn daher des Vorwurfs der politischen Entgrenzung. Jedenfalls in der Theorie. Dass die Richtersprüche in der politischen Praxis respektiert werden, ist damit keineswegs ausgemacht und innerhalb der EU aktuell ein Problem mit gewaltiger Sprengkraft. Und was heißt überhaupt „rechtsmethodisch sauber“? An der Fähigkeit der Topjuristen, unter Begriffen wie „Kohärenzprinzip“, „effet utile“, „Folgerichtigkeit“ oder „Verhältnismäßigkeit“ nahezu alles politisch Kontingente juristisch zu reformulieren, wird es jedenfalls trotz gegenteiliger und durchaus aufrichtiger Beteuerungen aus Karlsruhe und Luxemburg nicht scheitern. Obendrein haben einige jüngere Entwicklungen das Problem der Überkonstitutionalisierung verschärft. Etwa die Ausweitung von Klagebefugnissen durch das Bundesverfassungsgericht. Ebenso das vom Europäischen Gerichtshof gepflegte In-stellungbringen der Grundfreiheiten gegenüber Themenbereichen, in denen die EU keine Regelungskompetenz hat, ganz zu schweigen von der gerade in Entwicklung befindlichen Schlagkraft, die dem Luxemburger Gericht mit der Grundrechtecharta verliehen wurde. Außerdem ringen, wenn man den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg einbezieht, inzwischen drei konstitutionelle Gerichte mit ihren entwicklungs-offenen Grundrechtsinstrumenten um Deutungshoheit. Was da zum konstitutionellen Thema erhoben wird, ist oft keine Frage der Rechtsmethodik, sondern der Meinungsführerschaft im öffentlichen Diskurs. Damit ist nicht gemeint, dass konstitutionelle Richter ihrem Selbstverständnis nach Urteile nach ihren politischen Präferenzen gestalten oder die gerichtlichen Entscheidungsprozesse eine politisierte Gesprächsführung auch nur zulassen. Das ist nicht der Fall. Aber jede Organisation hat eben auch unterbewusst wirkende Anreizstrukturen. An den konstitutionellen Gerichten können gesellschaftliche Pfadabhängigkeiten enormer Reichweite geschaffen werden. Und natürlich zieht das die Aufmerksamkeit gerade derjenigen Mitglieder des juristischen Berufsstandes auf sich, die zu Strukturfragen der Gesellschaft eine gegenüber dem herkömmlichen politischen Prozess mindestens gleichwertige und unter Konsistenzgesichtspunkten sogar überlegene Beurteilungskompetenz zu besitzen meinen. Neben der dringend nötigen Bewahrung und Fortentwicklung eines konstitutionellen Bestandes kann es dann zu Interventionen in gerichtlich kaum beurteilbare politische Makroentwicklungen kommen. Die Geldpolitik der Europäischen Zentralbank und das Pariser Klimaabkommen lassen grüßen. Böse Zungen sprechen dann von einem „Gericht mit einer Agenda“ (Grimm). Auch wenn man die Dinge etwas milder betrachtet, ist es nicht wahrscheinlich, dass die von vielen Beobachtern diagnostizierte Gefahr einer Überkonstitutionalisierung politischer Konflikte jeglicher Grundlage entbehrt.

Die Reichweite konstitutioneller Gerichtsentscheidungen hat sich jedenfalls qualitativ und quantitativ stark vergrößert. Der Juristenstand segelt auf einem Ozean der Möglichkeiten neuen Kontinenten entgegen. Nahezu alle gesellschaftlichen

Konflikte der Gegenwart harren ihrer konstitutionellen Entdeckung. Um das Potential der vergleichsweise geringen Anzahl an Richtern und deren Mitarbeitern auszuschöpfen, bedarf es einer Armada rechtswissenschaftlicher Begleitschiffe, die ihre Segel längst gehisst haben. Alle paar Monate ruft dort jemand „Land in Sicht!“ Wer nur auf seinem Lehrstuhl sitzt und sich dem Recht als Forschungsgegenstand widmet, gilt heute nicht mehr als Inkarnation des Wissenschaftsethos, sondern als armer Tropf. Die Zeit gehört den Umtriebigen, die ihr Institut zu einem multifunktionellen Unternehmen irgendwo zwischen parteinaher Rechtsberatung, strategischer Prozessführung, zivilgesellschaftlichem Politaktivismus und entgeltlicher Gutachterei gemacht haben. Es ist nicht nur, aber vor allem an den Universitäten ein neuer Juristentypus entstanden. Er begreift die Rechtswissenschaft als politischen Beruf.

Zu den Kernkompetenzen dieses Berufs zählt die möglichst schnelle Besetzung von Meinungsfeldern im politischen und vorprozessualen Raum. Das geht nur mit einer Unterwerfung unter die Gesetze der digitalen Aufmerksamkeitsökonomie. Die Zeitspanne zwischen einer beliebigen politischen Initiative und ihrer ersten konstitutionellen Einordnung durch einen twitternden Rechtswissenschaftler bemisst sich in etwa einer Stunde. Der erste Blogbeitrag braucht einen Tag. Und in den sich anschließenden Stellungnahmen und Gutachten wird in elaborierter juristischer Form das Ergebnis wiedergefunden, auf das man sich ohnehin schon festgelegt hatte. Es war aufgrund der eigenen politischen Vernetzung oft auch unausweichlich. Das Selbstbewusstsein, mit dem hier Politik gemacht wird, ist angesichts der enormen empirischen Unterbelichtung der Rechtswissenschaft erstaunlich. Nicht selten setzen vehemente normative Ausführungen auf einer selektiv dargestellten Faktenlage auf und man doziert über einen Fall, den es in der Realität gar nicht gibt, sondern dessen Existenz im politischen Raum nur konstitutionell geframed werden soll. Die Nachfrage nach der hier gebotenen juristischen Produktpalette ist außerordentlich groß. Fraktionen, Abgeordnete, Verbände und Presseorgane, die keine entsprechenden Kontakte in die Rechtswissenschaft pflegen, um sich jederzeit mit der nötigen politjuristischen Munition einzudecken, leiden unter merklichen strategischen Nachteilen.

Dass hierin ein Problem für die Rechtswissenschaft liegt, wird oft in Abrede gestellt. Gerade jüngere Mitglieder der Rechtswissenschaft vertreten ein Verständnis von Recht als politisches Instrument ganz offensiv. Und die Verteidigungslinie, die Rechtswissenschaft sei ohne hinreichenden „Praxisbezug“ ja sinnlos, hat auch noch die bestgeführten Angriffe aus der Diskussion über das Selbstverständnis der Rechtswissenschaft nahezu schadlos überstanden. Dass sich das hinter dieser Linie abgeschirmte Wissenschaftspostulat in vollständigem Einklang mit vielen persönlichen Karrierestrategien befindet, sollte allerdings zu denken geben.

Die Praxisorientierung der deutschen Rechtswissenschaft hat unbestrittene Vorzüge. Sie setzt aber eine strukturelle Distanz zum Politikbetrieb voraus. Und die scheint abzunehmen. Eine erhebliche Anzahl von Angehörigen der Rechtswissenschaft – „Progressive“ ebenso wie „Konservative“ – richten ihre Karriere darauf aus, politische Entscheidungen mit den Hebeln des Rechtssystems zu beeinflussen. Sie arbeiten auf diese Weise unbewusst an einer permanenten Überschreitung von dessen Funktionsgrenzen. Das ist attraktiv. Es dehnt den persönlichen Machtbereich ganz ohne die Mühen und Risiken einer Berufspolitikerlaufbahn aus. Es verspricht Reputation im medialen und politischen Raum und vielleicht auch irgendwann eine Position in einem Gremium oder gar an einem der konstitutionellen Gerichte. Die Dimension dieses an sich nicht neuen Befundes muss inzwischen bedenklich stimmen. Wer große Teile seines Zeitbudgets in einem weitverzweigten und gut gepflegten Beziehungsgeflecht zu Parteien, Verbänden und unternehmerischen oder zivilgesellschaftlichen Lobbygruppen verbringt, mag dort auch viele fachlich wichtige Erkenntnisse gewinnen. Dass auf Dauer immer die mentale Kraft aufgebracht wird, zwischen Gegenständen der Forschung und solchen des privaten Engagements die richtige Trennung vorzunehmen, darf bezweifelt werden.

Die Pandemie hat sogar den Naturwissenschaftlern vor Augen geführt, dass sie die Entfernung zum Polit- und Medienbetrieb gut ausmessen und tunlichst nicht den Bereich des Wissens- und Technologietransfers mit Praktiken regierungs- oder lobbygefälligen Politengagements verwechseln sollten, wenn sie nicht den Preis einer partiellen Revision der funktionellen Ausdifferenzierung des Wissenschaftssystems zahlen wollen. Bei einer derart staatsnahen Disziplin wie der Rechtswissenschaft besteht diese Gefahr in noch höherem Maße. Dass die derzeitige Ausweitung der juristischen Kampfzone in einen „Richterstaat“ (Rüthers) führt, ist wenig wahrscheinlich. Vielmehr droht im Falle einer strukturellen Überdehnung der konstitutionellen Gerichtsbarkeit eher deren Niedergang. Um das zu verhindern, bedarf es nicht nur richterlicher Selbstbeschränkung. Auch manche Vertreter der Rechtswissenschaft müssen ihren Beruf wieder funktionsbezogener verstehen und im Bereich der konstitutionellen Normebenen ihren politaktivistischen Impetus zurückfahren. In unruhigen Zeiten, in denen man geneigt ist, die konstitutionellen Gerichte als wirkmächtigste Verbündete der „guten Sache“ zu betrachten, mag das als Zumutung empfunden werden. Man kann einen Verbündeten aber auch überfordern. Dann ist er irgendwann nicht mehr da.