

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 nich vorstellt“ hatte. Ebenso wenig „vorstellt“ hatte sich wohl Karlsruhe, dass seine schließlich zum Exportschlag 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 Verfassungsvorrang und der Anwendungsvorrang sind rechtsstaatliche Errungenschaften, aber auch methodische Schleusen für eine immer intensivere 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 Mitgliedstaaten nahezu ausgeschlossen.

Dass die konstitutionellen Gerichte immer selbstbewusster den Bereich des



Illustration Greser &amp; Lenz

# Ein neuer Typ

Rechtswissenschaft als politischer Beruf

Von Christoph Moes

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 Immunisierung 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 Entwicklungsphase 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 durch-

aus 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 Einstellungsbringen 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 Grundrechtcharta verliehen wurde. Außerdem ringen, wenn man den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg einbezieht, inzwischen drei konstitutionelle Gerichte mit ihren entwicklungsreifen Grundrechtsinstrumenten um Deutungshehoheit. 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 wirk-

kende 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 dringenden 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 Umtriebigern, die ihr Institut zu einem multifunktionalen Unternehmen irgendwo zwischen parteinaher Rechtsberatung, strategischer Prozessführung, zivilgesellschaftlichem Politivismus 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 ent-

sprechenden 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 zu trennen, darf bezweifelt werden.

Die Pandemie hat sogar den Naturwissenschaften vor Augen geführt, dass 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.

Professor Dr. **Christoph Moes** ist Notar in Augsburg.

# Was gegen Straftaten auf Telegram wirklich hilft

Wir müssen die Polizei besser ausstatten und international zügiger kooperieren / Von Markus Hartmann, Günter Krings und Rolf Schwartmann

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat Facebook kürzlich verboten, für die Nutzung des Dienstes einen Klarnamen zu verlangen. So wurde vordergründig ein langjähriger Streit entschieden. Das Teledienstreitrecht verlangt nämlich, dass Online-Dienste grundsätzlich auch anonym genutzt werden können. Allerdings läuft das Urteil praktisch leer, weil das Gericht aus prozessualen Gründen die Rechtslage nach der Datenschutz-Grundverordnung nicht prüfen konnte. Ob das gesetzliche Gebot, anonyme und pseudonyme Nutzung zu ermöglichen, mit Europarecht vereinbar ist, wird irgendwann der Europäische Gerichtshof klären müssen.

Es gibt gute Gründe für das gesetzliche Gebot, anonyme und pseudonyme Nutzung zu ermöglichen. Gleichzeitig ist dies ein erheblicher Eingriff in die Vertragsfreiheit des Datendienstes. Die aktuelle BGH-Entscheidung beleuchtet das rechtliche Spannungsfeld zwischen tatsächlicher und virtueller Identität der Nutzer. In welchem Maß soll ein Nutzer identifizierbar sein?

Diese Frage ist auch für eine wirksame Bekämpfung der Hasskriminalität von erheblicher Relevanz. Den Anbietern sozialer Netzwerke ist mit der Novellierung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) auferlegt worden, Daten, die den Behörden die Identifikation eines

Nutzers ermöglichen, unter bestimmten Voraussetzungen zu melden. Gegen diese Pflicht wenden sich zahlreiche Anbieter vor Gericht. Kläger sind grundsätzlich kooperationsbereite Dienste.

Ein ernsthaftes Problem für den Rechtsstaat stellen aber Dienste dar, die sich der Kooperation mit dem Staat entziehen. Allen voran Telegram, ein Hybrid aus Messengerdienst und sozialem Netzwerk, der sowohl die direkte Kommunikation zwischen Nutzern erlaubt als auch deren Vernetzung. Telegram ist für die Nutzer kostenlos und ermöglicht Gruppen von bis zu 200.000 Teilnehmern. Der Dienst will sich über Werbeeinnahmen finanzieren. Auch wenn man ihn daher mit guten Gründen dem NetzDG unterstellen kann, entzieht er sich offensiv dem staatlichen Ordnungsanspruch. Telegram will seinen Sitz in Dubai haben. Faktisch ist der Dienst dort nicht erreichbar. Die Kooperation mit deutschen Behörden lehnt er mit einer Outlaw-Attitüde ab, die sich auf die vermeintliche Sicherung der freien Meinungsäußerung beruft. Dass dies kaum hinnehmbar ist, ist ebenso unstreitig wie die Frage nach einer wirksamen und verhältnismäßigen Gegenstrategie umstritten.

Die Bundesinnenministerin will Druck auf Appstore ausüben, Telegram nicht mehr anzubieten, ferner mit Dubai

kooperieren und den Ermittlungsdruck erhöhen. Ihre ursprüngliche Idee eines Verbots scheint sie nicht mehr weiter zu verfolgen. Stattdessen hat das Bundeskriminalamt eine Telegram-Taskforce eingerichtet, die strafbare Hetze wirksamer als bisher verfolgen soll. Thüringens Innenminister Georg Maier (SPD) bringt „Geoblocking“ ins Spiel, also das technische Sperren des Telegram-Dienstes in Deutschland. Der Bundesjustizminister will Telegram verpflichten, einen Ansprechpartner in Deutschland zu nennen, und bis dahin Bußgeldbescheide öffentlich zu stellen. Immerhin – so hat die Bundesinnenministerin getwittert – hat sie ein erstes konstruktives Gespräch mit weiteren Zusammenarbeit mit der Telegram-Konzernspitze geführt.

So richtig der Wunsch nach einer einfachen und raschen Lösung des Problems ist, so wenig überzeugend fallen bei näherer technischer und rechtlicher Betrachtung viele der diskutierten Ideen leider aus. Ob Bußgelder vollstreckt werden können, ist zumindest mit Blick auf die Schwierigkeiten der Lokalisierung des Dienstes fraglich. Jedenfalls dürfte es intensiver behördlicher Anstrengung bedürfen als des Versands einiger Bescheide nach Dubai. Netzsperrern sind technisch wenig effektiv, verhältnismäßig einfach zu umgehen und haben sich in

der Vergangenheit selbst in Staaten mit deutlich restriktiver Netzpolitik als wirkungslos erwiesen. Den Vertrieb der App in den Appstores zu erschweren würde zweifelhaft Druck aufbauen. Je nach Plattform bliebe Telegram jedoch per Sideloadung oder per Weboberfläche auch ohne Appstore verfügbar. Offen bleibt vor allem die Frage, ob ein wirksames Sperren von Telegram Straftaten nicht einfach auf eine andere Plattform umleitet, statt sie wirksam zu bekämpfen. Selbst wenn man mit einem Bündel an Maßnahmen ein wirksames Druckscenario gegenüber Telegram aufbauen könnte, bliebe jedoch die drängende Frage nach der Verhältnismäßigkeit. Telegram ist unzweifelhaft ein Dienst, über den Straftaten verbreitet werden. Gleichzeitig hat er jedoch auch Millionen legitimer Nutzer. Daher muss es – wo immer möglich – erster Anspruch jeder Strategie sein, strafbaren Hass und Hetze von nicht strafbarer Meinungsäußerung trennscharf zu unterscheiden. Die einzelfallbezogene, konkrete Strafverfolgung Ersterer ist die Voraussetzung der Entfaltung demokratischer Meinungsvielfalt im Netz.

Voraussetzung für eine wirksame Strafverfolgung der digitalen Hasskriminalität ist jedoch eine in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht auskömmliche

Ausstattung der Strafverfolgungsbehörden. Dabei handelt es sich nicht lediglich um geringfügige Anpassungen der Sach- und Personalmittel, sondern um einen grundsätzlichen Infrastrukturbedarf. Dass dieser in seiner Bedeutung und Reichweite bereits erkannt worden wäre, darf bezweifelt werden: Der Entwurf der Bundesregierung des Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität von 2020, mit dem die Meldepflicht der Betreiber sozialer Medien gegenüber der Zentralen Meldestelle beim Bundeskriminalamt eingeführt wurde, diskutiert unter dem „Erfüllungsaufwand der Verwaltung“ Aufwände für die Bewältigung von circa 250.000 Meldungen bei Behörden und Gerichten. Dass es in erheblichem Maße auch qualifizierter und technisch ausgestatteter Polizeibeamter in den Ländern bedarf, um strafbaren Hass und Hetze nicht nur zur Kenntnis zu nehmen, sondern auch erfolgreich zu verfolgen, scheint sich in der damaligen Debatte nicht aufgedrängt zu haben. Laut Koalitionsvertrag will die jetzige Bundesregierung das Recht auf Anonymität sowohl im öffentlichen Raum als auch im Internet gewährleisten und nur anlassbezogen und durch richterlichen Beschluss gesichert im Einzelfall vorgehen. Das ist zu begrüßen. Es muss den

Strafverfolgern aber möglich sein, in diesen Einzelfällen die Verantwortlichen strafbaren Hasses auch zu ermitteln. In rechtlicher Hinsicht bedarf es hier vor allem einer erheblichen Beschleunigung der bislang oft quälend langsamen europäischen Zusammenarbeit und der gegenseitigen Rechtshilfe. Denn auch das im Koalitionsvertrag zur „Login-Falle“ sprachlich aufgepeppte Standardhandwerkzeug der Netzmittler steht und fällt mit den Zeitläufen der internationalen Ermittlungen. Es bleibt zu hoffen, dass Bund und Länder die Grundlagen für eine wirksame Strafverfolgung im Netz deutlich stärken. Allein die Telegram-Taskforce des Bundeskriminalamtes wird den strafbaren Hass im Netz nicht besiegen.

**Markus Hartmann** ist Oberstaatsanwalt in Köln und Leiter der Zentral- und Ansprechstelle Cybercrime Nordrhein-Westfalen.

Professor Dr. **Günter Krings** ist rechts-politischer Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion und Honorarprofessor an der Universität zu Köln.

Professor Dr. **Rolf Schwartmann** leitet die Kölner Forschungsstelle für Medienrecht an der TH Köln und ist Vorsitzender der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit.