

# Symposiumsbericht „Gouvernement des juges – Fluch oder Segen?“

Philipp Bender, Bonn\*

## I. Einleitung

„*Gouvernement des juges – Fluch oder Segen?*“ lautete der Titel des Symposiums, das der rechtswissenschaftliche Fachbereich unter der Regie von Professor Dr. *Christian Hillgruber* am 20.04.2013 im Festsaal der Universität abgehalten hat. Der Einladung an den Rhein waren viele Gäste und nicht zuletzt die namhaften Redner Professor Dr. *Otto Depenheuer*, Professor Dr. *Matthias Jestaedt* und Professor Dr. Dr. *Christoph Grabenwarter* nachgekommen. Den Gegenstand der Betrachtung an diesem Vormittag bildete das Gerichtsregime im europäischen Mehrebenensystem und es wurde der Frage nachgegangen, inwieweit man hier von einer „Richterherrschaft“ (*gouvernement des juges*) sprechen kann oder gar muss. So wurde das deutsche *Bundesverfassungsgericht* ebenso wie der unionale *Europäische Gerichtshof* (EuGH) und der internationale *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* (EGMR) durchleuchtet und ihre Rolle kritisch gewürdigt. Musikalisch begleitet wurde das Symposium von einem Trio des *Collegium Musicum*, welches Stücke von *Wolfgang Amadeus Mozart* („Kegelstatt-Trio“) zum Besten gab. Abgerundet wurde die Vortragsveranstaltung durch einen Sektempfang und ein Mittagsbuffett.

## II. Die „Herrschaft der Richter“ als strukturelles Problem im Staat der Gewaltenteilung und im europäischen Mehrebenensystem

Nach einem Grußwort von Dekan Professor *Klaus Sandmann*, der sich dem Phänomen einer letztentscheidenden Verfassungsgerichtsbarkeit aus volkswirtschaftlicher Sicht über die ersten beiden Hauptsätze der Wohlfahrtstheorie näherte, führte Professor *Hillgruber* in die Thematik der Richterherrschaft aus historischer Sicht ein.

Mit dem Schlagwort des „*gouvernement des juges*“ hatte der französische Rechtsvergleicher *Edouard Lambert* 1921 den US-amerikanischen Supreme Court kritisiert, der sich legislative Befugnisse angemäht habe und damit sein – 1803 auch sich selbst zugewiesenes – Recht des *judicial review* überschritten habe. *Hillgruber* machte jedoch gleich zu Beginn deutlich, dass das Problem der Machtbalance zwischen Legislative und (verfassungsgerichtlicher) Judikative ein strukturelles Problem im gewaltenteiligen Verfassungsstaat sei: Durch die verfassungsgerichtliche

Letztinterpretation durch Karlsruhe verbleibe dem Gesetzgeber naturgemäß die Rolle des „Erstinterpreten und Erstanwenders der Verfassung“. Dabei bleibe dieses Dilemma nicht mehr auf den Nationalstaat beschränkt: Auch dem supranationalen *EuGH* hat *Jean-Pierre Colin* schon 1966 ausgestellt, eine Bedeutung gleich einer „*gouvernement des juges dans les Communautés Européennes*“ zu haben. Daneben sei der *EGMR* in Straßburg erst spät in den Fokus dieser Betrachtungsweise gerückt, dabei komme auch ihm nicht zuletzt aufgrund seiner evolutiv-expansiven Interpretationspraxis der Menschenrechtskonvention als *living instrument* die Rolle eines „Verfassungsgerichtshofes für Europa“ zu. Gerade wegen dieser Anscheinstendenz der „Richterherrschaft“ sei es bemerkenswert, so folgerte *Hillgruber*, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit bei vielen Völkern hohe Zustimmung-, ja sogar Beliebtheitswerte erreiche. Ob hierin wohl ein Misstrauen der Demokratien gegen sich selbst zu erblicken sei? Oftmals finde sich jedoch auch der paternalistische Hinweis darauf, dass Gesetzgebung den parlamentarischen Gesetzgeber fachlich überfordere, so dass – sinngemäß – es sich immer lohnen würde, die Verfassungsgerichte nochmal über die Gesetze schauen zu lassen.

*Hillgruber* schloss seine Einführung mit der Frage, inwieweit sich die drei zu behandelnden Gerichte im Mehrebenensystem gegenseitig potenzierten oder blockierten – gebe es gar eine neue Gewaltenteilung zwischen den Verfassungsgerichten?

## III. Bundesverfassungsgericht – Quo vadis: Bis an die Grenzen seiner Legitimation und Legitimität?

Als erster Referent beleuchtete Professor *Otto Depenheuer*, Direktor am Kölner Seminar für Staatsphilosophie und Rechtspolitik, die Rolle des deutschen *Bundesverfassungsgerichts* im gewaltenteiligen Staat.

Während er einerseits die 60-jährige Erfolgsgeschichte des Gerichts hervorhob und dessen Aufgabe und Funktion – sicherlich idealisiert – herausarbeitete, mahnte er gleichzeitig einen Übergriff „*ultra vires*“ in das Politische an. Anhand solcher Leitentscheidung wie etwa betreffend den Parlamentsvorbehalt im Verteidigungsrecht, die Abschussermächtigung im Luftsicherheitsgesetz, die „Euro-Rettung“ sowie nicht zuletzt solche zur europäischen Integration, zeigte *Depenheuer* auf, wie sich das *Bundesverfassungsgericht* zunehmend selbst entgrenze und tief in legislatorischem Revier wildere. Gerade weil

\* Der Autor studiert Rechtswissenschaft an der Universität Bonn und ist Mitarbeiter am Institut für Öffentliches Recht, Lehrstuhl Professor Dr. *Christian Hillgruber*.

Karlsruhe dem Parlament in Berlin „so effektiv in den Arm fallen“ könne, werde das Gericht – hier noch zurückhaltend formuliert – immer „selbstbewusster“. Mit der eigenverantwortlichen weitreichenden Politisierung gelange das Gericht in die Systemwirklichkeit der Politik und müsse lernen, nun selbst nach politischen Regeln zu spielen und auch politische „Kniffe“ anzuwenden: Kameras im Sitzungssaal, Beiträge in der Tagespresse, Pressekonferenzen und Hintergrundgespräche im politischen Berlin und Personalisierungstendenzen seien heute an der Tagesordnung, die Tugenden der richterlichen Zurückhaltung und Bescheidenheit träten in den Hintergrund. Nicht zuletzt werde das *Bundesverfassungsgericht* auch immer häufiger an politischen Maßstäben gemessen und laufe gar Gefahr, seinen politischen Kredit zu überziehen.

Zwar werde das Politische noch halbwegs durch eine „normative Illusionspflege“ camouffiert (die Richter als bloßer *bouche de la constitution*), dennoch sei eine selbstbewusste Staatslehre unlängst zur Verfassungsgerichtslehre verkümmert. Allen Mahnungen hin zu mehr *judicial self-restraint* zum Trotz.

Die Antwort auf die gestellte Frage „*Gouvernement des juges* - Fluch oder Segen?“ lautete für *Depenheuer* im Folgenden auch klar: Fluch. Die Verabsolutierung der methodischen Rationalität nehme Politik und Gesellschaft ihre Freiräume und führe mangels Kontroll- und Korrekturfähigkeit in eine Erstarrung des Gemeinwesens. Wo an sich eine „verfassungsgerichtliche Freiheitsermöglichung durch Interpretationsreduktion“ angezeigt sei, erzeuge eine zwanghaft widerspruchsfreie, systemkonforme Rechtsprechung tatsächlich (politische) Unfreiheit: Das *Bundesverfassungsgericht* ändere seine Rechtsprechung – wenn überhaupt – nur in großen Zeitabständen, wohingegen politische Entscheidungen flexibel jederzeit „korrigiert“ werden könnten.

Mithin sei eine politische Widersprüchlichkeit hinzunehmen, jedenfalls sei sie nicht auf dem Altar einer verfassungsgerichtlichen Rationalitätsverpflichtung zu opfern. Das Recht habe auch irgendwo zu enden und damit einhergehend auch der Beruf der Juristen, nämlich die Kunst, das Recht zu finden. Am Ende bedeute Staatsleitung durch das *Bundesverfassungsgericht* nicht mehr als eine strukturelle Überforderung: „Wer regieren will, verliert die Kontrollautorität: Es gibt nichts mehr, was ihn schützt. Das Recht nicht, weil es nicht mehr greift, die demokratische Legitimation nicht, weil es *ultra vires* handelt, die öffentliche Meinung nicht, weil es [das *Bundesverfassungsgericht*, Anm. d. Verf.] diese gerade verloren hat.“

#### IV. Luxemburger Richterrecht: Kognitive Dissonanzen im Diskurs über Selbstverständnis und Praxis des *EuGH*

Es folgte der Vortrag von Professor *Matthias Jestaedt*, Direktor der Abteilung Rechtstheorie am Institut für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie der Universität Freiburg im Breisgau, der die Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofes* (*EuGH*) zum Gegenstand hatte.

Der französische Rechtswissenschaftler *Jean-Pierre Colin* gab einer der ersten Untersuchungen des *EuGH* bezeichnenderweise den Titel „*Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes*“. Damit war gleichzeitig gesagt, dass der Gerichtshof ein aktivistischer, seine Aufgaben extensiv verstehender Hüter des Gemeinschaftsrechts (Recht der Montanunion, Euratom und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft) von Beginn an war. Dies brachte ihm jedoch auch stets Kritik ein. Andererseits hätten, so *Jestaedt*, sich die Gewichte im sogenannten europäischen Verfassungsgerichtsverbund aus *EuGH*, *EGMR* und den nationalen Verfassungsgerichten zuletzt nicht gerade zugunsten des *EuGH* verschoben: Auch der *EGMR* werde zunehmend selbstbewusster und nicht zuletzt das *Bundesverfassungsgericht* in Karlsruhe spreche stets ein gewichtiges Wort mit in den Angelegenheiten der europäischen Integration. In gerade diesen Fragen stehe der *EuGH* sogar eher im Abseits.

Zur Bestimmung der richterlichen Rolle werde vor allem auf das Konzept der Rechtsfortbildung verwiesen, wobei dieses gerne als „Konzept des erhobenen Zeigefingers“ abschätzig beurteilt werde. In der Tat stelle die Rechtsfortbildung durch den *EuGH* einen Grenzbereich legitimer Rechtsprechungsaktivität dar, sei jedoch keinesfalls eine Rechtsetzung mit politischen Gestaltungsfreiräumen. Definitiv überschritten werde die Grenze zulässiger Rechtsfortbildung, wenn neue Regelungen geschaffen würden bzw. es zu strukturellen Verschiebungen im System der konstitutionellen Macht- und Einflussverteilung kommen würde. Derartige Überschreitungen erfasst das *Bundesverfassungsgericht* als „ausbrechende Rechtsakte“ (*ultra vires*), wobei es in der grundlegenden „Kloppenburg“-Entscheidung aus dem Jahre 1987 dem *EuGH* zugestanden hatte, „Rechtsfindungswege“ einzuschlagen, „wie sie in jahrhundertelanger gemeineuropäischer Rechtsüberlieferung und Rechtskultur ausgeformt worden sind“ (BVerfGE 75, 223, 243). Weiterhin habe das *Bundesverfassungsgericht* im „Honeywell“-Beschluss seine *ultra-vires*-Kontrolldichte abgebaut und dem *EuGH* einen „Anspruch auf Fehlertoleranz“ zugebilligt. *Jestaedt* fragte an dieser Stelle seiner Betrachtung dann folgerichtig: „Was bleibt am Ende von der Lehre vom ‚ausbrechenden Rechtsakt‘ – außer viel Lärm um (fast) Nichts?“

Der Vorwurf unzulässiger Rechtsfortbildung könnte jedoch deshalb ins Leere gehen, weil der *EuGH* den Begriff schlichtweg nicht kenne und so nie verwenden würde – er spreche einfach von *interprétation*. Der *EuGH* reflektiere schlicht seine eigene Rolle im Rechtsfindungsprozess nicht, er betrachte seine Entscheidungsleistung als bloße dynamische Auslegung unter den *Topoi* des *effet utile* bzw. der *principes généraux du droit*. Ganz praktisch gesprochen verpuffe der deutsche Vorwurf der kompetenzwidrigen Rechtsfortbildung als bloße *querelle allemande*. Möglicherweise, so stellte *Jestaedt* fest, überspannten wir Deutschen aber unsere Ansprüche an eine stimmige Dogmatik. Oftmals sei es praktikabler, sich der *EuGH*-Rechtsprechung über einen „modifizierten *case law-approach*“ zu nähern und die deutsche Tendenz zur „rechtssatzartigen Leitsatzjudikatur“ zu unterdrücken.

## V. Menschenrechtsschutz und Menschenrechtspolitik durch den *EGMR*

Als letzter Redner an diesem Samstag befasste sich Professor *Christoph Grabenwarter*, Lehrstuhlinhaber am Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht an der Wirtschaftsuniversität Wien und Richter am österreichischen *Verfassungsgerichtshof*, mit der Rechtsprechung des *EGMR* in Straßburg. Dieser sei vor allem rechtsvergleichend tätig und betreibe – wiederum – Rechtsfortbildung, diesmal jedoch auf der Grundlage völkerrechtlicher Rechtsquellen. Der Gerichtshof betrachte die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) als sogenanntes *living instrument*, was zu einer evolutiv-dynamischen Rechtsfindung führe. Auch bilde völkerrechtliches *soft law* den Motor einer selbstbewussten Rechtsfortbildung. Flankierend hierzu seien das EU-Recht und die Charta-Rechte Mittel zur Auslegung von Parallelgarantien.

*Grabenwarter* schloss seine Untersuchung mit einigen rechtspraktischen, völkerrechtsdogmatischen und methodologischen Beobachtungen. Als Faktoren der Begünstigung eines *judicial activism* nannte er die Auswahl der Richter und deren verschiedenartige juristische Ausbildung und generell die Internationalität des Gerichts. Der Begründungsstil bleibe oftmals bewusst kryptisch, um eine nicht zu strikte, in sich konsistente Rechtsprechungsdogmatik herausbilden zu müssen.