

„Das deutsche Verfassungsgericht erfreut sich europaweit höchster Wertschätzung“

Interview mit dem Bundesverfassungsrichter Professor Herbert Landau*

Professor Herbert Landau wurde 1948 in Wilgersdorf bei Siegen geboren. Nach dem Studium der Sozialarbeit und der Rechtswissenschaft war er von 1979 bis 1982 wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Römisches Recht, Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht in Gießen. Er war Richter am Amtsgericht und am Oberlandesgericht sowie Leitender Oberstaatsanwalt. Von 1987 bis 1991 war er persönlicher Referent des Hessischen Justizministers Karl-Heinz Koch (Vater von Roland Koch). In den Jahren 1996 bis 2005 war Herbert Landau Richter am Bundesgerichtshof (BGH). Er wurde jedoch für die Zeit der 15. und 16. Legislaturperiode des Hessischen Landtags beurlaubt, da er nun Staatssekretär im Hessischen Ministerium der Justiz wurde. Seit dem 1. Oktober 2005 ist er Richter des Bundesverfassungsgerichts (Zweiter Senat) und seit 2006 hat Landau eine Honorarprofessur der Philipps-Universität Marburg inne.

Aktuelle Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das Verhältnis zur Berliner Politik und die Euro-Rettung

Bonner Rechtsjournal (BRJ): Herr Professor Landau, Günter Bannas fasst das Verhältnis der Berliner Politik zum Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe in der FAZ prägnant so zusammen: „In Berlin ist man sauer auf Karlsruhe“. Die Behandlung Homosexueller, die Sperrklausel bei der Europawahl, das „negative Stimmgewicht“ – alles das hat in jüngster Vergangenheit zu Spannungen zwischen der Legislative und der Judikative geführt, besonders CDU/CSU sind hörbar verschnupft. Hinzu kommt ein selbstbewusster Gerichtspräsident, der sich allzu bereit allgemeinpolitisch äußert. Wolfgang Schäuble und Hans-Peter Friedrich haben Ihnen bereits nahe gelegt, Sie mögen doch bitte für den Bundestag kandidieren, wenn Sie Politik machen möchten. Werden Sie seinem Vorschlag folgen?

Landau: Günter Bannas beschreibt nur eine aktuelle Situation. Er beschreibt Spannungen, die sich entlang bestimmter Entscheidungsstränge definieren lassen. Es ist sicher so, dass das Parlament und die Regierung, also Legislative und Exekutive, nicht immer erfreut sind über Entscheidungen des Gerichts, wenn es den Rahmen der Verfassung exakt nachvollziehen muss. Aber Günter Bannas vergisst zu erwähnen, dass dies eine Erscheinung ist, die sich über die 60-jährige Geschichte des Bundesverfassungsgerichts erstreckt. Man kann das sehr schön nachlesen: Beginnend mit dem Streit über die Europäische Verteidigungsgemeinschaft¹ bis hin zu dem Streit über das zweite deutsche Fernsehen², also Konflikte mit der Regierung Adenauer, bis hin schließlich zu den Ostverträgen³ und den Konflikten mit der Regierung Brandt. Dabei war die Kritik des ersten Bundesjustizministers Thomas Dehler derart überzogen, dass er später nicht mehr ernannt wurde. Auch dies ist aktuell nachzulesen in dem Sammelband „Die Rosenburg“⁴. Kein Parlament, keine Regierung ist spannungsfrei zu dem deutschen Bundesverfassungsgericht geblieben. Das wollten die Väter und Mütter des Grundgesetzes auch nicht, denn sonst hätten sie dem Gericht nicht eine solche Kompetenzfülle verschafft und es nicht als Verfassungsorgan beschrieben. Sie wollten gerade nicht, dass das Verfassungsgericht - wie in vielen anderen Staaten - nur selektiv und rudimentär eingreifen kann. Es ist schon eine sehr intensive Kontrolle, die in vielen Rechtsgebieten vollzogen wird. Ich denke, das hat der Republik, etwa was Berechenbarkeit und Rationalität politischer Prozesse anbelangt, gut getan.

BRJ: Einerseits ist das Bundesverfassungsgericht ein einflussreiches Verfassungsorgan, andererseits hat es nur eine beschränkte rechtlich verbindliche Handhabe: Es kann die Politik etwa nicht zwingen, bestimmte Entscheidungen zu treffen oder zu unterlassen. Es erlässt Feststellungsurteile. Würde sich die Berliner Politik weigern die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu beachten, würde dies zumindest staatsrechtlich folgenlos bleiben. Ist die Macht des Bundesverfassungsgerichts letztlich „nur“ eine politische?

* Das Interview wurde am 20. Juni 2013 in Karlsruhe von Luna Rösinger und Philipp Bender aufgezeichnet. Der erste Teil des Gesprächs „Aktuelle Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das Verhältnis zur Berliner Politik und die Euro-Rettung“ wurde vorbereitet und geführt von Bender. Den zweiten Teil „Der Topos der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege und Absprachen im Strafprozess“ hat Rösinger vorbereitet und geführt. Luna Rösinger hat Rechtswissenschaft in München und Bonn studiert und ist Doktorandin bei Professor Dr. Thomas Weigend an der Universität zu Köln. Philipp Bender studiert Rechtswissenschaft in Bonn und ist Mitarbeiter am Institut für Öffentliches Recht, Lehrstuhl Professor Dr. Christian Hillgruber. Wir möchten Herrn Dr. Christoph Stieber für seine Unterstützung danken.

¹ BVerfGE 2, 79.

² BVerfGE 12, 205.

³ BVerfGE 40, 141.

⁴ Dreier, in: Görtemaker/Safferling (Hrsg.), Die Rosenburg, Göttingen 2013, insbes. S. 88 ff.



Philipp Bender im Gespräch mit dem Bundesverfassungsrichter Herbert Landau

Landau: Eine rechtliche Macht ist es zunächst einmal, Gesetze für nichtig zu erklären oder sie verfassungskonform auszulegen. Das *Bundesverfassungsgericht* kann sich überdies darauf beschränken, wie im Urteil zu den Verfahrensabsprachen bloß die verfassungsrechtliche Ausgangslage zu beschreiben. Auch dies hat Auswirkungen auf den politischen Prozess. Dies ist Ausdruck des Verfassungsstaates, den wir uns gegeben haben. Natürlich gibt es auch die Möglichkeit, Vollstreckungsanordnungen zu treffen. Aber Sie haben Recht mit Ihrer Frage: Der Einfluss des Gerichts beruht maßgeblich darauf, dass das Gericht sowohl von der Bevölkerung, wie auch von den jeweils Regierenden, den Abgeordneten des Deutschen Bundestages und auch von den Ländern respektiert und anerkannt wird. Alle Versuche, etwa nach dem Kopftuchurteil⁵ Ende der neunziger Jahre, zum Gesetzesungehorsam aufzurufen, sind gescheitert. Bei näherer Betrachtung kann kein politisch Verantwortlicher wollen, dass von diesem so erfolgreichen verfassungsrechtlichen Rahmen, der der Politik gezogen ist, Abstriche gemacht werden. Insofern bin ich mir auch in der aktuellen Situation sicher, dass die Anordnungen des Gerichts – nehmen Sie die Monita im ESM-Urteil vom 12. September 2012⁶ – von der Politik vollzogen werden, wie das in den 60 Jahren der bundesrepublikanischen Geschichte auch stets der Fall gewesen ist. Es wird keinen Ungehorsam gegenüber den verfassungsrechtlichen Leitlinien des Gerichts geben.

BRJ: *Ist es eine historische Eigenart der Deutschen, dass gerade sie auf die Einhaltung ihrer rechtsstaatlichen Regeln so viel Wert legen?*

Landau: Das ist die Kernfrage, die wir in der europäischen Einigung gestellt bekommen, es ist im Prinzip der Nukleus dessen, was uns in allen Fragen der europäischen Integration antreibt. Natürlich ist das so! Dieses wird von vielen europäischen Partnern geradezu als lästig empfunden, nämlich dass die Deutschen so stark auf der Einhaltung der Rechtsregeln beharren. Es ist auch eine interessante Frage an junge Juristen: Wie kommt es, dass die Deutschen in ihrer Verfassungstradition nach dem Zweiten Weltkrieg eine solche – man möchte fast sagen: außergewöhnliche – Stellung innerhalb der europäischen Staatengemeinschaft einnehmen, jedenfalls eine gewisse Besonderheit zum Ausdruck bringen. Und zwar gilt das nicht nur für das Bundesverfassungsgericht mit seiner im Vergleich zu anderen Europäischen Gerichten großen Kompetenzfülle, sondern auch für alle anderen Verfassungsorgane, Regierung, Bundestag und Bundesrat. Das hängt mit unserer Geschichte zusammen: Mit der entsetzlichen Negation des Rechts im „Dritten

⁵ BVerfGE 108, 282.

⁶ 2 BvR 1390/12.

Reich“, die eine Kulturnation in eine barbarische Nation verwandelte, die das Recht missachtete, sich über Menschenrechte hinwegsetzte bis hin zur physischen Vernichtung von Menschen. Das haben andere Völker so nicht erlebt! Und die Konsequenzen, die nach dem Zweiten Weltkrieg aus dem furchtbaren Geschehen gezogen worden sind, sind so dominant in unserer Geschichte, dass sie nicht nur die Generation meiner Eltern erfasst haben, sondern auch meine Generation. Selbst Ihre Generation ist davon berührt. Dies ist genau das, was wir der Welt mitzuteilen haben: Niemals, zumindest nicht in der deutschen Geschichte, darf wieder Macht vor Recht gesetzt werden. Unsere staatliche Gemeinschaft soll immer nach verlässlichen Rechtsregeln organisiert werden. Diesen historisch gewachsenen Umstand haben andere Völker so nicht in ihr gemeinsames Bewusstsein genommen. Daraus erwächst sicherlich eine deutsche „Sonderstellung“. Deshalb beharren wir strikt auf der Einhaltung des verfassungsrechtlich gezogenen Rahmens, besonders auf den Kernsätzen, die in Art. 79 III GG niedergelegt sind, nämlich den Rechtsstaat, die Demokratie, den Sozialstaat, den Bundesstaat und die Menschenwürde. Diese Wertungen sind für uns völlig unverrückbar. Alles das sind Lehren aus unserer Geschichte.

„Das Bundesverfassungsgericht ist, wie manche sagen, ein ‚Exportschlager‘ geworden.“

BRJ: *Otto Deppenheuer hat in einem Vortrag am 20. April d.J. in Bonn angemahnt: „Der Hüter der Verfassung mausert sich unablässig zum Herrn der Verfassung.“ Und Carl Schmitt behauptete schon 1929, dass bei einer Etablierung einer Verfassungsgerichtsbarkeit nicht etwa die Politik juridifiziert, sondern die Justiz politisiert werde. Dabei habe die Justiz alles zu verlieren und die Politik nichts zu gewinnen. Entspricht das Bundesverfassungsgericht heute Ihren Idealvorstellungen einer Verfassungsgerichtsbarkeit? Gibt es eine solche Idealkonstruktion überhaupt?*

Landau: Auch die bundesdeutsche Verfassungsgerichtsbarkeit und ihre Rechtsprechung sind nicht perfekt. Wie in jedem menschlichen Werk gibt es Entwicklungen, die kritikbedürftig sind. Es ist wichtig, sich der Kritik von Politik und Wissenschaft zu stellen und darüber zu reflektieren. Etwa was das alte Spannungsverhältnis zwischen der Wahrung des gesetzgeberischen Ermessensspielraums und der verfassungsrichterlichen Kontrolle anbelangt. Aber besonders vor dem spezifischen deutschen geschichtlichen Hintergrund konnte die Grundordnung nicht anders angelegt sein. Gerade dies ist, was den Einfluss der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit anbelangt, von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Wir haben gerade die Kollegen des südafrikanischen Verfassungsgerichts zu Besuch gehabt. Bei den Gesprächen mit ihnen merkte man, mit welcher Bewunderung sie das Modell der deutschen Bundesverfassungsgerichtsbarkeit betrachten, und wie sie versuchen, dieses in ihr eigenes, eigentlich völlig anders gelagertes System zu übertragen. Dies gilt etwa auch für viele Staaten Mittel- und Osteuropas sowie für Entwicklungs- und Schwellenländer in Südamerika und Afrika. Das *Bundesverfassungsgericht* ist, wie manche sagen, ein „Exportschlager“ geworden. Meiner Meinung nach ist das ein Grund Stolz darauf zu sein, - oder wie Udo Steiner sagte: es ist ein starkes Stück Deutschland - dass wir die Konsequenzen aus der Geschichte in dieser Form gezogen und Staat und Gesellschaft haben mitgestalten können. Dass über die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit immer wieder diskutiert werden muss, wissen wir schon aus den Zeiten der Weimarer Republik. Dieses Problem begleitet uns in ständigen Diskussionen in den Senat und kritische Stimmen werden aufgenommen, von den Richtern erwogen und in die Entscheidungsfindung miteinbezogen.

BRJ: *Konkreter: Überdehnt das BVerfG in jüngster Zeit nicht (v.a.) den Gehalt von Art. 3 GG und entsteht nicht der Eindruck, dass das Gericht in allzu großer Zeitgeistverliebtheit – und quasi in vorseilendem politischen Gehorsam – ideologische Ziele verfolgt, die mit immer gewagteren Rechtskonstruktionen und oft durch Bruch mit seiner bisherigen Rechtsprechung verfolgt werden?*

Landau: Politische Zielsetzungen der Senate gibt es nicht, insbesondere keine parteipolitischen Zielsetzungen. Die Auslegung des Verfassungstextes unterliegt natürlich stetem Wandel, wie Staat und Gesellschaft ja auch. Das Grundgesetz beschreibt in seiner ursprünglichen Form eine Wirklichkeit, wie sie Anfang der fünfziger Jahre zu finden war. Wenn Sie sich die Rechtsprechung zum Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung⁷ anschauen und seine Entwicklung aus Art. 2 GG heraus, sehen Sie, wie ein Verfassungstext vor dem Hintergrund einer historischen und gesellschaftlichen Entwicklung Änderungen unterliegen muss. Der Einsatz von Bundeswehrsoldaten im Ausland etwa war noch für die Verfassungsgeber nach der Katastrophe des Zweiten Weltkriegs völlig undenkbar. Die Herausforderung der europäischen Integration hat ganz neue Fragen aufgeworfen, auf die wir Antworten aus dem Grundgesetz finden müssen. Schließlich muss auch die gesellschaftliche Veränderung, die Lebensweise und der Einstellungswandel der Menschen mit in die Betrachtung genommen werden. Sie sprechen mit ihrer Frage wohl auch die aktuelle Entscheidung zum Ehegattensplitting an: Die beiden hier tragenden Sätze der Verfassung, nämlich Schutz von Ehe und Familie in Art. 6 GG einerseits und Gleichheit der Menschen nach Art. 3 GG andererseits müssen immer wieder in einen Spannungsbogen hineingesetzt werden. Ich würde den in der Frage unterstellten Vorwurf, dass hier Politik betrieben werde, dass das Gericht gar ideologisch entscheide, nach meinen

⁷ BVerfGE 65, 1 – Volkszählung.

Erfahrungen zurückweisen. Er ist auch unrealistisch, denn das Gericht ist gerade keine monolithische Instanz. Ein Senat besteht aus acht Menschen, acht Richtern, die natürlich unterschiedliche Vorstellungen davon haben, wie Staatswesen und Gesellschaft idealerweise geordnet sein sollten. Aber wir orientieren uns argumentativ eng an dem Wortlaut der Verfassung und an dem, was Rechtsprechung und Rechtswissenschaften im Diskurs in über 60 Jahren dazu entwickelt haben. Ich weiß, es sind gern gebrauchte Vorwürfe, dem Gericht den Willen zu politischer Gestaltung zu unterstellen, zumal aus der Politik selbst, wenn sie mit bestimmten Entscheidungen nicht einverstanden ist. Bei ruhiger Betrachtung sind diese Vorwürfe aber unbegründet.

BRJ: *Nochmal konkret: Würde Ihr Senat künftig auch die Sperrklausel von 3% für die Wahl zum Europäischen Parlament verwerfen, so wie sie am 13.06.2013 vom Bundestag verabschiedet wurde? Nicht nur für die deutschen MdEP war die Entscheidung im November 2011, die Sperrklausel des § 2 VII EuWG für ungültig zu erklären, ein ziemlicher Schlag ins Kontor.*

Landau: Wenn man das Urteil vom November 2011⁸ aufmerksam liest, dann kann von einer Herabsetzung des Europäischen Parlaments gerade nicht die Rede sein. Dort wird eine Abwägung des Grundsatzes der Gleichheit der Wahl mit dem Erfordernis der Funktionsfähigkeit eines Repräsentativorgans vorgenommen. Und man kann doch einige Unterschiede zu nationalen Parlamenten - die etwa eine Regierung aus ihrer Mitte heraus wählen oder diese ablösen können und mächtige Initiativrechte haben - ausmachen, die nicht von der Hand zu weisen sind, so dass bei der Abwägung die Argumente auch anders zu gewichten sein müssen. Aber es ist auch wahr: die Entwicklung des Europäischen Parlaments seit seinen Anfängen hat zu einer starken Stellung geführt, es ist eine aktuell progrediente, die sich nationalen Parlamenten annähert. Sie kennen vielleicht die Rechtsprechung des Gerichts, die auf eine Stärkung des EU-Parlaments zielt.⁹ Ich denke, dass der Kompetenzzuwachs für das Europäische Parlament möglicherweise geeignet ist, dieses Verhältnis zwischen der Erfolgswertgleichheit und der Funktionsfähigkeit neu zu bestimmen. Ich kann selbstverständlich nichts dazu sagen, wie der Senat zukünftig entscheiden wird; das wird man sehen müssen. Ich kann nur sagen, es ist das gute Recht des Gesetzgebers, Entwicklungen aufzunehmen und Gesetze neu zu formulieren und zu beschließen. Es gibt kein Normwiederholungsverbot. Das Dynamische unseres Verfassungsstaates beruht gerade darauf, dass die politischen Kräfte neue Bewertungen hervorbringen, die dann auch möglicherweise neue Antworten erfordern. Man muss abwarten, wie der Senat vor der nächsten Wahl entscheiden wird.

BRJ: *Das Urteil vom November 2011 liest sich allerdings so, als könne eine Sperrklausel von vornherein nicht gerechtfertigt werden, denn die Betrachtung der Parlamentswirklichkeit ergebe keinen Anlass für einen Eingriff in die Erfolgswertgleichheit und in die Chancengleichheit der politischen Parteien. Gerade die Verschärfung des Prüfungsmaßstabes des Gerichts, nämlich die Möglichkeit der Rechtfertigung einer Sperrklausel erst bei einer faktischen Funktionsunfähigkeit (statt Funktionsbeeinträchtigung), bedeutet ein weites Vorwagen in das Gebiet des Wahlgesetzgebers. Normalerweise unterliegt diesem eine solche Prognoseentscheidung in Bezug auf mögliche Funktionsbeeinträchtigungen des Parlaments.*

Landau: Im Wahlrecht sind die aus dem Demokratieprinzip fließenden Maßstäbe traditionell eng, denn es geht hier um ein tragendes Prinzip unserer Staatsordnung, nämlich die Gleichheit der Wahl. Es geht um die Frage, ob Eingriffe in dieses Grundprinzip gerechtfertigt werden können. Sie haben gerade selbst angeführt, dass es bestimmte Fragen gibt, die darauf abzielen: Welche Aufgaben hat ein Parlament? Welche Stellung hat es innerhalb eines Machtgefüges? Dabei ist ein Unterschied zu machen etwa zwischen einem kommunalen Parlament, das auch Exekutivfunktionen innehat, zwischen einem Landesparlament, einem nationalen Parlament oder dem Europäischen Parlament. Bei einem Eingriff in den Grundsatz der Gleichheit muss man sich fragen, wie die Anforderungen an eine Rechtfertigung zu gestalten sind. Hier wird nun angeführt, es habe sich für das Europäische Parlament Entscheidendes verändert. Das kann man so wahrnehmen. Insbesondere wenn Sie sich die europäischen Rettungsmaßnahmen in der Eurokrise anschauen, so kann man zu der Feststellung gelangen, dass die Bedeutung des Europäischen Parlaments eher gewachsen ist. Dies ist zu begrüßen, vor allem wenn man bedenkt, dass die demokratische Legitimation für das Krisenmanagement nicht nur über den Deutschen Bundestag und die anderen nationalen Parlamente vermittelt wird, sondern eben auch über das Parlament in Straßburg. Es muss aber dem Senat vorbehalten bleiben, wie er nun in diesem Spannungsverhältnis entscheiden und welche Verfassungsgüter er wie gewichten wird.

BRJ: *2007 bildeten Sie eine Kammer zusammen mit den BVR Hassemer und Di Fabio. Im September 2007 nahmen Sie eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an, die sich gegen die besoldungsrechtliche Ungleichbehandlung von eingetragenen Lebenspartnerschaften und Ehen wandte.¹⁰ Verheiratete Beamte erhalten nach § 40 I Nr.1 BBesG den Familienzuschlag der Stufe 1, den Beamte in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft nicht erhalten (2 BvR 855/06). Zentrale Feststellung hierbei war, dass bereits der besondere verfassungsrechtliche Schutz der Ehe nach Art. 6 I GG*

⁸ BVerfGE 129, 300.

⁹ Zuletzt das sog. „Lissabon-Urteil“ in BVerfGE 123, 267.

¹⁰ 2 BvR 855/06.

einen Unterschied darstelle, der die Verschiedenbehandlung rechtfertige. Der Schutz einer bestimmten Form des Zusammenlebens (Ehe) diskriminiere nicht gleichzeitig andere Lebens- und Gemeinschaftsformen, die nicht in jeder Hinsicht an besonderen Schutz- oder Fördermaßnahmen teilhaben.

In der Entscheidung zur Sukzessivadoption durch eingetragene Lebenspartner im Februar 2013¹¹ fehlt dieser traditionelle Kernbestand der BVerfG-Rechtsprechung und man liest Aussagen wie die, dass eingetragene Lebenspartnerschaften „gleichermaßen auf Dauer angelegt und durch eine verbindliche Verantwortungsübernahme geprägt sind wie die Ehe“. Hier verwischt also die natürliche Unterschiedlichkeit der Ehe und ihr besonderer Schutz, der bestimmte Ungleichbehandlungen rechtfertigt. Nunmehr bedürfe es hierfür eines „gewichtigen Sachgrundes“, die Berufung auf den „besonderen Schutz der Ehe“ reiche nicht mehr aus. Man hebt die rechtliche Unterscheidung mit Hinweisen auf Faktisches wie „genauso behütete Verhältnisse“, „Dauerhaftigkeit des Zusammenlebens“ und „verbindliche Verantwortungsübernahme“ auf.

Ich lebe in Bonn mit meinem jüngeren Bruder in einer WG – könnten wir unter Berufung auf diese Grundsätze des Bundesverfassungsgerichts ein Kind adoptieren?

Landau: Das ist nun sehr überspitzt und polemisch nachgefragt! Sie wissen, dass die rechtliche Verbundenheit zwischen Ihnen und Ihrem Bruder nicht so stark ist wie die zwischen zwei Lebenspartnern. In verschiedenen Gesetzen – insbesondere 2001 und 2005 – sind beide Einrichtungen, nämlich Ehe und eingetragene Lebenspartnerschaft, vom Gesetzgeber – und ich betone ausdrücklich: vom Gesetzgeber! – bewusst einander angenähert worden. Faszinierend an diesem Thema ist die Entwicklung, die das Zusammenspiel zwischen Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht hat deutlich werden lassen: Der Gesetzgeber des Jahres 2001 wollte keine Gleichstellung in allen Bereichen. Wenn Sie nun das Sondervotum zu der Entscheidung zum Ehegattensplitting nachlesen, welches ich gemeinsam mit der Kollegin Kessal-Wulf verfasst habe¹², werden Sie genau diese feine Differenzierung nachvollziehen können. Im Jahre 2001 wollte man beispielsweise die eingetragene Lebenspartnerschaft, was das Unterhaltsrecht betrifft, der Ehe gleichstellen. Dies ist bei der Frage nach der Gleichstellung für den beamtenrechtlichen Familienzuschlag bedeutsam. Man wollte aber mit Blick auf den Zugewinnausgleich, den Versorgungsausgleich und auf das Sozialrecht, eben nicht in allen Fragen Ehe und Lebenspartnerschaft gleichstellen. Allerdings hat nach der Entscheidung des Ersten Senats aus dem Jahr 2001 der Gesetzgeber im Jahre 2005 weitere Schritte der Angleichung beider Institute vollzogen. Nun könnte man sagen, dies sei zunächst eine demokratisch politische Festlegung des Gesetzgebers gewesen, die die besondere Stellung der Ehe in Art. 6 GG nicht tangiert habe. Aber dieses Handeln des Gesetzgebers löst sofort die Frage aus, wie man getreu der Verfassung dies auf dem Hintergrund des Art. 3 GG sieht. Jede Annäherung beider Lebensformen führt zu der Frage nach dem möglichen Ausgleich von Grundrechten [Art. 3, Art. 6 GG, Anm. d. Verf.]. Dieses Zusammenspiel zwischen dem Gesetzgeber, der aktiv vorangeschritten ist, und beiden Senaten des Gerichts, die mit unterschiedlichen Begründungen darauf geantwortet haben, bei denen es zum Teil auch zu unterschiedlichen Entscheidungen in den Kammern gekommen ist, zeichnete sich ab. Alles dies wird in dem Sondervotum nachgezeichnet, auch mit den Brüchen, die sich im Hinblick auf die Beurteilung auf der gesetzlichen Ausgangslage des Jahres 2001 ergeben haben. Es bleibt aber dabei, dass die Bedeutung von Ehe und Familie, die unter dem besonderen Schutz des Art. 6 GG stehen, nicht verkannt werden darf und dass den besonderen Formen beider Institute Rechnung getragen werden muss. Diesen Gedanken finden Sie etwa in dem Sondervotum, wenn davon gesprochen wird, dass das Zusammenleben und die Verantwortungsgemeinschaft in Ehe und Familie in besonderer Weise zukunftsgerichtet sind. Das muss nicht automatisch dazu führen, dass andere Lebensformen, wenn sie rechtlich einen ähnlichen Status erworben haben, benachteiligt werden. Dies verhindert gerade schon Art. 3 GG. Das weiß der Gesetzgeber und damit konnte er bei sorgfältiger Analyse der Rechtsprechung des Gerichts auch rechnen, so dass er von den Entscheidungen des Ersten wie des Zweiten Senats nicht überrascht sein durfte.

BRJ: In Ihrem Sondervotum pochen Sie weiterhin auf natürliche und institutionelle Unterschiede zwischen der Ehe und der eingetragenen Lebenspartnerschaft (Stichworte: Zugewinnngemeinschaft, Versorgungsausgleich). Fühlen Sie sich am Bundesverfassungsgericht unter den progressiven Voßkuhles, Lübke-Wolffs, Baers, Paulus‘, Gerhardts etc. nicht einsam mit Ihrer Meinung?

Landau: Die Zuschreibungen „progressiv“ und „konservativ“ passen nur, wenn man politische Bilder „malen“ will. Aber sie passen nicht auf die Wirklichkeit der Senatsberatungen. Auf diese treffen solche Zuschreibungen nicht zu, sondern entscheidend ist, mit welchen verfassungsrechtlichen Argumenten bestimmte Fragen, die dem Gericht unterbreitet werden und die es sich ja nicht selbst stellt, beantwortet werden können. Ich fühle mich in keiner Weise einsam. Im Gegenteil, ich betrachte meine vergangenen acht Amtsjahre als große Befriedigung – und zwar nicht meines persönlichen Ehrgeizes – sondern wegen des Privilegs, mit beraten und mit entscheiden zu dürfen. Ich bin mir auch sicher, dass viele Entscheidungen, in denen mir die Berichterstattung zufiel, so gestaltet wurden, dass sie für unseren Staat und unsere Gesellschaft positiv und zukunftsgerichtet waren.

¹¹ 1 BvR 3247/09.

¹² 2 BvR 288/07, Rn. 116 ff.

BRJ: *Die Institutionalisierung der Euro-Rettung schreitet voran: Über EFSF, ESM, Fiskalpakt und Anleihekäufe durch die EZB. Ihr ehemaliger Senatskollege Udo Di Fabio hat sich erst jüngst diesbezüglich in einem Gutachten kritisch geäußert und angemahnt: Notfalls müsse Karlsruhe Berlin zum Austritt aus der gemeinsamen Währung verpflichten. Halten Sie das – neben rein juristischen Erwägungen auch tatsächlich – für möglich oder gar wahrscheinlich?*

Landau: In meinem Amt äußere ich mich nicht über die politischen Aussichten, das ist Sache von Regierung und Parlament. Ich schätze *Udo Di Fabio* sehr, er ist einer unserer herausragenden Staatsrechtslehrer. Und er war mir in Karlsruhe ein äußerst angenehmer, liebenswerter Kollege. Aber es ist eine Sache, rechtsgutachterlich zu Fragen Stellung zu nehmen und eine andere, in einem Amt Verantwortung zu tragen, in dem sich der Blick auf Staat und Gesellschaft ausgehend von der Verfassung richten muss. Hier muss die Zukunft in einer ganz besonderen Weise und in einer ganz besonderen Verantwortung in den Blick genommen werden. Die hat er ja auch zwölf Jahre lang übernommen.

In der Tat, es sind komplexe Situationen und Fragen gerade in einer Übergangsphase, in der wir einerseits noch von einem Staatenverbund auszugehen haben – hier gilt das Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung und die Mitgliedstaaten sind die Herren der Verträge –, in der aber andererseits das Ziel der europäischen Integration nicht aus dem Blick gelassen werden darf. Trotz dieser völkerrechtlichen Ausgangslage versuchen viele politische Kräfte, eine Integration in Richtung Bundesstaat anzustreben, vor allem in dem wichtigen Bereich der Wirtschafts- und Währungsunion.

Hier sind die Grenzen eines verfassungsrechtlichen Interpretationsraumes möglicherweise bald erreicht, auch weil unsere Verfassung nicht *expressis verbis* für den Umgang mit solchen Mehrebenensystemen in einer solch dynamischen Entwicklung die notwendigen Parameter bereithält. Einerseits beschreibt schon die Präambel des Grundgesetzes das Ziel eines vereinten Europas und der Senat hat aus Art. 23 GG zudem den Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit abgeleitet. Andererseits gilt es, die Identität der Republik, insbesondere das demokratische Prinzip zu wahren. Diese Abwägung hat der Senat gerade auch unter der Berichterstattung von *Udo Di Fabio* in zwei Bereichen vorgenommen: Daraus hat sich zum einen der *ultra-vires*-Gedanke, der aber schon auf Maastricht¹³ zurückzuführen ist, und zum anderen die Identitätsprüfung nach Art. 79 III GG herausgebildet. Eine besondere Aufmerksamkeit ist auf die Herstellung und Sicherung demokratischer Verantwortlichkeit zu richten. Die deutsche Verfassung, unser Grundgesetz, will gerade nicht, dass irgendeine Hoheitsgewalt über deutsche Bürger ausgeübt wird, an der sie nicht gleichberechtigt als Freie unter Gleichen in demokratischen Wahlen mitwirken können. Eine solche Gefahr, träte sie denn ein, gilt es zu verhindern. Sollte dies aus politischen Gründen anders gehandhabt werden, kann das möglicherweise politischen Sachzwängen in der Krise geschuldet sein. Aber: Keine Hoheitsgewalt, ganz gleich ob national oder supranational, darf ausgeübt werden, ohne dass der deutsche Bürger grundsätzlich gleichberechtigt daran teilhat. Dies gilt auch für das aktuelle Problem, dass die Völker und ihre Parlamente mit der Europäischen Zentralbank (EZB) eine Institution geschaffen haben, die gleich der deutschen Bundesbank eine unabhängige, dem unmittelbaren demokratischen Willen entzogene Institution ist. Hier muss sich das Gericht sehr intensiv mit der Frage nach seinen eigenen Kompetenzen befassen, aber natürlich auch mit der entscheidenden Frage: Wie steht es mit dem identitätsstiftenden Grundsatz der Demokratie in Deutschland? Das sehen andere europäische Völker und andere Höchstgerichte möglicherweise nicht so pointiert.

BRJ: *Lässt sich eine immer selbstbewusstere EZB überhaupt noch rechtlich durch das Grundgesetz und damit durch das Bundesverfassungsgericht fassen? Etwa durch eine ultra-vires-Kontrolle?*

Landau: Genau das muss gerade Gegenstand der Überlegungen sein, nämlich wie weit die Kompetenzen des deutschen Bundesverfassungsgerichts reichen. Ich würde aber nicht davon sprechen, dass die EZB ungebunden sei. Sie hat vielmehr einen sachbezogenen Auftrag zur Ausübung einer bestimmten Aufgabe, nämlich zur Sicherung der Währung und der Preisstabilität, die ihr ja durch die Verträge und die Zustimmungsgesetze demokratisch übertragen worden ist. Aufgrund dieser Sachzuweisung liegt dann – wie früher bei der deutschen Bundesbank – möglicherweise eine Modifikation des Demokratieprinzips vor. Das galt wie gesagt für die frühere Bundesbank, das gilt aber auch in anderen Bereichen wie etwa für die Unabhängigkeit der Justiz. Zwar sind Richter personell demokratisch legitimiert, aber in welcher Art und Weise sie innerhalb der Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit und der Bindung an Recht und Gesetz ihre Aufgaben wahrnehmen, dafür gibt es keine unmittelbare demokratische Kontrolle. Mit diesen Problemen noch dazu auf supranationaler Ebene umzugehen, ist besonders schwierig; das hat die mündliche Verhandlung vor dem Gericht vor einigen Wochen deutlich gemacht.

BRJ: *Empfanden Sie es als bemerkenswert, dass EZB-Präsident Mario Draghi nicht selbst in Karlsruhe aufgetreten ist? Zeugt das nicht von einer geringen Wertschätzung auf internationaler Ebene? Auch die IWF-Chefin Lagarde soll schon gezürnt haben: „Wenn ich noch einmal das Wort ‚Bundesverfassungsgericht‘ höre, verlasse ich den Saal!“*

¹³ BVerfGE 89, 155.

Landau: Die Wertschätzung des deutschen Verfassungsgerichts ist europaweit besonders hoch. Wir können uns über die Repräsentanz der EZB nicht beklagen. Ich hatte persönlich den Eindruck, dass Herr *Asmussen* als Mitglied des Direktoriums der EZB sehr kompetent und ausführlich die Maßnahmen der EZB als Beitrag zur Bewältigung der Eurokrise dargelegt hat.

BRJ: *Warum hat man den Eindruck, dass in Karlsruhe diese Tage mehr über die europäische Integration verhandelt und diskutiert wird als im Bundestag in den letzten Jahren? Ist der Deutsche Bundestag (noch) mächtig genug für eine solche EU? Tun Ihnen die Abgeordneten nicht ein wenig Leid?*

Landau: Nein, die Abgeordneten nehmen ihre Verantwortung in bemerkenswerter Weise wahr. Sie sind dieser wahrlich historischen Herausforderung bislang in jeder Hinsicht gerecht geworden. Es ist bewundernswert, unter welchen wirtschafts- und finanzpolitischen Sachzwängen der Deutsche Bundestag noch dazu unter hohem Zeitdruck agiert. Hierfür ist in Kooperation der Weg auch durch das *Bundesverfassungsgericht* geöffnet worden. Als Mitglieder des deutschen Parlaments sind die Bundestagsabgeordneten diejenigen, die am meisten und intensivsten die europäischen Angelegenheiten mitgestalten. Ich bin mir nicht sicher, ob das in allen europäischen Parlamenten in dieser Form der Fall ist. Insofern war die Rechtsprechungslinie des Gerichts, die auf eine erweiternde Bestätigung der Kompetenzen des Deutschen Bundestages gerichtet war, richtig. Nach dem bisherigen Ablauf der europäischen Integration, auch in der historischen Krise, kann man sagen, dass es gelungen ist, beide Elemente – nämlich das dynamische, politisch gestaltende und das in besonderer Weise abwägende verfassungsorientierte – zum Wohle Deutschlands zusammen zu führen. Ich sehe die Stellung des Bundestages und die eines jeden Abgeordneten sogar stark aufgewertet. Dies war aber mit Blick auf die demokratische Legitimation auch geboten.

Der Topos der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege und Absprachen im Strafprozess

BRJ: *In Ihrer Antrittsvorlesung, die in der NStZ 2007, 121 ff. abgedruckt ist, haben Sie dem Topos der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege eine „Wiedergeburt“ gewünscht und ihn in den Folgejahren als Richter des Bundesverfassungsgerichts auch tatsächlich wieder zum Leben erweckt. So hielt in einem Nichtannahmebeschluss vom 02.07.2009 die Zweite Kammer des Zweiten Senats, der auch Sie zu dieser Zeit angehörten, die Verwertung eines rechtswidrig – im konkreten Fall sogar unter Verletzung des Grundrechts des Beschuldigten aus Art. 13 I GG – erlangten Beweismittels für zulässig und argumentierte mit den „Belangen einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege“: „Der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn ausreichende Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden. Daran gemessen bedeutet ein Beweisverwertungsverbot eine Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist.“ Müssen im Rechtsstaat unter Geltung des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes nicht vielmehr die Freiheitsrechte des Bürgers als Regel, die hierin eingreifende Wahrheitssuche dagegen als begründungsbedürftige Ausnahme angesehen werden?*

Landau: Ja, aber das sind sie ja auch. Die ganze Strafprozessordnung ist als Ausdruck der verfassungsrechtlichen Grundsätze eine systematische Ansammlung von Normen, die gerade den Rechtsschutz des Bürgers sicherstellen wollen, die ihm ein weites Beweisantragsrecht geben, die mit ganz strengen und engen Formen die Wahrheitsermittlung des Gerichts vorschreiben. Die Strafprozessordnung ist ja geradezu ein Corpus der Rechtsstaatlichkeit, wenn man sieht, wie sie – und zwar in den Entwicklungen, die sie ja auch in den letzten Jahrzehnten genommen hat – auf die Sicherung der Rechte des Bürgers zielt. Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege ist ein Verfassungssatz, der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt, möglicherweise ihm sogar vorgelagert ist. Das hat der Senat in zwei Fällen, in denen ich Berichterstatter war, betont. Es sind nicht nur Kammerentscheidungen, es sind Senatsentscheidungen gewesen, nämlich die zur Rügeverkümmern und die Entscheidung von 2011 zur „Lebensversicherung“, wo genau diese Abwägung von Beschuldigtenrechten mit der Funktionstüchtigkeit beschrieben wird. Das Strafrecht ist zur Erhaltung des Normbewusstseins der Menschen nur in der Lage und kann seine Wirksamkeit entfalten, wenn es - Sie zitieren das aus dem 33. Band (*Anmerkung BRJ*: Das gesamte Zitat stammt aus dem genannten Nichtannahmebeschluss; der erste Satz findet sich jedoch auch bereits in BVerfGE 33, 367, 383) - mit rechtsstaatlichen Mitteln gelingt, durch ein Gericht die Wahrheit wirklich herauszufinden. Nur so kann man auch dem Schuldprinzip, das in Art. 1 und Art. 20 GG beinhaltet ist, Rechnung tragen. Denn wir nehmen den Menschen in seiner Menschenwürde ja gerade auch in dem Umstand ernst, dass er straffällig geworden ist. Wir versuchen ihn durch Wahrheitsermittlung - und zwar Ermittlung der historischen Wahrheit, nicht einer irgendwie diskursiv hergestellten Wahrheit - und durch Anwendung des Schuldprinzips als Gleichen unter Gleichen zu behandeln und ihm nur dann Strafe zuzumessen, wenn der Sachverhalt ausdrücklich bis ins Einzelne nachvollzogen ist. Dies ist eines der *essentialia* des Grundgesetzes: Strafen außerhalb eines solchen Systems, das etwa ohne Schuldprinzip und ohne Wahrheitsermittlung auskommen wollte, würde der Menschenwürde nicht gerecht. Es geht nicht um den Vorrang der einen vor der anderen Seite. Es geht vielmehr darum, dass innerhalb des Gesamtkomplexes der Abwägung der Aspekt der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege nicht aus dem Blick verloren werden darf. Ansonsten ist die wichtige Aufgabe des Strafrechts nicht gesichert, auf das Normbewusstsein der Menschen zu wirken. Die Einhaltung ganz einfacher sittlich-ethischer Normen, wie Schutz des Lebens, der Gesundheit, des Eigentums, ohne deren Einhaltung ein

soziales Zusammenleben gar nicht möglich wäre, hat fundamentale Bedeutung. Sie soll durch das Strafrecht als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes gesichert werden. Das hat der Senat in diesen beiden Entscheidungen so festgelegt. Und ich glaube – das möchte ich in aller Bescheidenheit festhalten dürfen –, mit dieser Abwägung sind wir den Möglichkeiten vieler anderer Rechtsordnungen, die mit dem Wahrheitsbegriff und der Wahrheitsermittlung anders umgehen, doch überlegen.

BRJ: *Wäre es – um hierauf zurückzukommen – bei der Ablehnung von Beweisverwertungsverböten nicht wichtig, eine Befugnisnorm für die Verwertung zu haben, anstatt nur ein durch Rechtsverstoß erlangtes Beweismittel, dessen Verwertung nach der Rechtsprechung auch noch die Regel sein soll? Es gibt keine Norm, die die Verwertung erlaubt, es sei denn, man will die Wahrheitserforschungspflicht nach § 244 II StPO heranziehen.*

Landau: Ich kenne diese Ansichten im Schrifttum, der die Rechtsprechung – auch die des *Bundesgerichtshofs* – indes nie gefolgt ist. Sie will im Grunde verwaltungsrechtliches Denken in den Strafprozess einfließen lassen. Natürlich ist das eine Technik, die man, wenn man die Obersätze der Freiheitssicherung auf der einen Seite und der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege auf der anderen Seite heranzieht, auch so gestalten kann. Ich sehe dabei allerdings keine entscheidenden Vorteile. Befugnisnormen, wenn man deren Erfordernisse nicht zu eng fasst, sind ja in der Strafprozessordnung allenthalben vorhanden, vor allem was die richterliche Erkenntnisbildung anbelangt. Das Ermitteln von Sachverhalten, die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung und auch das Zumessen von Strafe, sind objektivierbare menschliche Erkenntnisprozesse, aber eben auch Willensakte von Richtern in einem dynamischen kommunikativen Prozess. Die Gesellschaft hat den Richtern diese Aufgaben zugewiesen. Diese dynamischen Prozesse lassen sich mit technischen Vorgängen, die das Verwaltungsrecht vornehmlich prägen und seien sie noch so komplex wie im Planungsrecht oder im Atomrecht, nicht ohne weiteres vergleichen. Insofern ist das Modell, das die Strafprozessordnung vorgibt, nämlich unter dem Schutz der Beschuldigtenrechte gleichwohl einen Weg zur Wahrheitserforschung zu finden, ein sehr bewährtes. Hier erkenne ich nach langen Jahren der vergleichenden Betrachtung keine entscheidenden Vorteile anderer Rechtsordnungen. Wenn das so wäre, könnte man über alle möglichen Änderungen und Entwicklungen reden, aber ich glaube, dass wir mit diesem Konzept gut gefahren sind. Dies möchte ich beibehalten.

BRJ: *Der Große Senat des BGH hielt in seinem Grundsatzurteil aus dem Jahr 2005¹⁴ Absprachen im Strafverfahren im Interesse einer „funktionstüchtigen Strafrechtspflege“ für notwendig. Der Zweite Senat des BVerfG verweist in seinem Urteil vom 19.03.2013 zu Absprachen im Strafverfahren zwar auf diese Rechtsprechung, nimmt hierzu aber nicht Stellung. Kann nach Ihrem Verständnis der Topos der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege zur Legitimation so unterschiedlicher Erscheinungen wie der Ablehnung von Beweisverwertungsverböten zwecks Erzielung einer möglichst breiten Tatsachengrundlage einerseits, der Absprachen im Strafverfahren mit der Folge der Abkürzung der Wahrheitssuche andererseits dienen? Es scheint sich doch um zwei völlig verschiedene Arten von Strafrechtspflege zu handeln, die „funktionstüchtig“ sein sollen.*

Landau: Ich glaube, dass dies zwei verschiedene Verständnisse von Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege sind. Zurückgehend auf die Auseinandersetzungen in den 1970er Jahren im Zusammenhang mit der RAF, die insoweit bis heute Bedeutung hat, ist davon die Rede, dass der Topos der Funktionstüchtigkeit argumentativ so eine Art „Tapentür“ ist, die mal in die eine, mal in die andere Richtung geöffnet werden kann und nicht auf den ersten Blick erkenntlich ist. Aber ich denke, dass man hier sauber trennen kann. Eine Funktionstüchtigkeit, die legitimiert, dass Einbußen an verfassungsrechtlichen Prinzipien des Strafrechts – Schuldprinzip und Wahrheitserforschungspflicht – hingenommen werden, das wäre nicht mein Verständnis von Funktionstüchtigkeit. Mein Verständnis von Funktionstüchtigkeit richtet sich auf die Ziele des Strafverfahrens und die Verwirklichung dieser Ziele. Es muss für die Bürger unter dem Aspekt der Stabilisierung des Normbewusstseins sichtbar bleiben und werden, dass der Staat im ernsthaften Versuch, die Wahrheit zu ermitteln, Sachverhalte rekonstruiert und Strafen zumisst. Würde der Begriff der Funktionstüchtigkeit auf Verkürzung von Rechten oder gar auf Schmälerung verfassungsrechtlicher Prinzipien hinauslaufen, so entspricht dies nicht meinem Verständnis. Soweit der Große Senat den Begriff der Funktionstüchtigkeit zur Begründung der Notwendigkeit von Verfahrensabsprachen verwendet, ist dies ein anderes Verständnis, das mit dem vom Senat verwendeten Begriff allenfalls in mittelbarem Zusammenhang steht.

BRJ: *Im bereits erwähnten Urteil vom 19.03.2013 zu den Absprachen im Strafverfahren weist der Zweite Senat des BVerfG auf das Risiko von Verständigungen hin, „dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht in vollem Umfang beachtet werden“ und ermahnt die Gerichte zur Gesetzestreue. Nach einem Gutachten von Altenhain gaben etwas mehr als die Hälfte der Richter an, dass nach ihrer Einschätzung in mehr als der Hälfte aller Verfahren mit Absprachen die gesetzlichen Vorschriften zur Verständigung verletzt werden. Nach Ansicht des Senats sind die Gründe für das erhebliche Vollzugsdefizit „interessengeleitete Missverständnisse und Bestrebungen, die gesetzliche Regelung wegen ihrer – als unpraktisch empfundenen*

¹⁴ BGHSt 50, 40 ff.

– Schutzmechanismen zu umgehen.“ *Der Senat hält es zudem für möglich, dass sich die „gerichtliche Praxis weiterhin in erheblichem Umfang über die gesetzlichen Regelungen hinwegsetzen“ könnte. Wie ist so etwas in einem Rechtsstaat möglich?*

Landau: Da muss man weit ausholen und muss so alt geworden sein wie ich, damit man die Entwicklungen des Deals seit den 1970er Jahren hat begleiten können. Es handelt sich um ein Instrument, was sich zunächst *praeter legem* – manche sagen: *contra legem* – entwickelt hat; dann folgten Versuche des *BGH*, dieses Institut einzufangen. Dem Appell des Großen Senats hat der Gesetzgeber schließlich nachgegeben, in einem Umfang, von dem der Zweite Senat in seinem Urteil vom 19. März 2013 gesagt hat: Das ist so in Ordnung. Das Konzept trägt den verfassungsrechtlichen Prinzipien ausreichend Rechnung. Allerdings hat das Gutachten von *Altenhain* ergeben, und alle Sachverständigen haben das in der Anhörung bestätigt, dass jedenfalls die Ernsthaftigkeit der Bedrohung dieser verfassungsrechtlichen Leitlinien in der Praxis nicht hinreichend deutlich wahrgenommen worden ist. Das hat nicht dazu geführt, dass der Senat sagt, das Gesetz sei wegen struktureller Defizite verfassungswidrig. Dieser Schritt ist nicht gegangen worden, sondern es ist das Konzept des Gesetzgebers vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Leitplanken, quasi der „Palisadenzäune“ beschrieben worden und es sind in Auslegung des einfachen Gesetzes Kontrollmechanismen entwickelt worden, die in der Konsequenz des gesetzgeberischen Gedankens gelegen haben. Das ist zum Beispiel eine intensivere Kontrolle durch die Revisionsenate des *Bundesgerichtshofs* und der Oberlandesgerichte, das ist eine intensivere Kontrolle durch die Staatsanwaltschaft, die ursprünglich im 19. Jahrhundert als Wächter der Gesetze gesehen wurde und einer geheimen Kabinettsjustiz entgegenwirken sollte, und schließlich ist dem Gedanken der demokratischen Öffentlichkeit Rechnung getragen worden. Der Senat geht davon aus, dass die festgestellten Vollzugsdefizite unter diesen neuen Auspizien sich nicht mehr so deutlich feststellen lassen werden, sodass der Satz vielleicht Realität im Recht der Verständigung werden kann, dass im „Rechtsstaat des Grundgesetzes das Recht die Praxis, und nicht die Praxis das Recht“ bestimmt.



v.l.n.r.: Luna Rösinger, Bundesverfassungsrichter Herbert Landau und Philipp Bender in Karlsruhe

BRJ: *In der Entscheidung wird, wie Sie bereits erläutert haben, differenziert zwischen der „derzeit“ noch verfassungsgemäßen gesetzlichen Regelung der Verständigung und der verfassungswidrigen Praxis. Es liege zwar ein Vollzugsdefizit vor, jedoch kein strukturelles Regelungsdefizit. Das Verständigungsgesetz sichere durch Schutzmechanismen die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben in ausreichender Weise. Dem Gesetzgeber wurde jedoch vom Bundesverfassungsgericht eine Beobachtungspflicht auferlegt. Was aber kann der Gesetzgeber noch tun, wenn die gesetzlichen Schutzmechanismen doch angeblich jetzt schon ausreichen?*

Landau: Wie gesagt, wir gehen davon aus, dass diese vom Senat erschlossenen, in der Zielrichtung des gesetzgeberischen Konzepts liegenden, zusätzlichen, verstärkten Kontrollmechanismen – Revisionsgerichte, Staatsanwaltschaft, demokratische Öffentlichkeit – sich weiter entfalten werden, und dass verfassungswidrige sogenannte informelle Absprachen deutlich an Gewicht verlieren werden. Ich möchte sogar der Hoffnung Ausdruck verleihen, dass sie nach der Kenntnisnahme der Entscheidung des Gerichts und nach den ersten Reaktionen von Revisionsgerichten und Staatsanwaltschaften dann völlig abgestellt sind. Der Gesetzgeber muss das allerdings beobachten, weil er über die verfassungsrechtlichen Grenzen nicht disponieren kann: Das Schuldprinzip und die Wahrheitserforschungspflicht sind ihm verfassungsrechtlich vorgegeben. Insofern muss er die weitere Entwicklung beobachten. Sollten sich wider Erwarten die vom Gesetz angelegten, von uns nur beschriebenen Kontrollmechanismen nicht effektiv umsetzen lassen, dann ist der Gesetzgeber zum Handeln aufgefordert. Die Vollzugsdefizite wären dann strukturell bedingt, das Verständigungsgesetz könnte dann als solches verfassungswidrig und damit nichtig sein.

BRJ: *Herr Professor Landau, wir möchten uns bei Ihnen für dieses Gespräch bedanken.*