

# Benchmarking der besonderen Art: Muss der Zweite immer vom Ersten lernen?

Grundrechtstheoretische Anmerkungen anlässlich des Urteils des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 2. März 2006

von Carsten Schütz

## I. Problemaufriss

Nach dem weithin skandalisierten Fall Stratmann<sup>1</sup> geriet erneut eine Richterkollegin ins Visier der Heidelberger Staatsanwaltschaft, die diesmal den Verdacht einer Verletzung des Dienstgeheimnisses erkannt zu haben glaubte und in der Beschwerdeinstanz auch eine Strafkammer des LG Heidelberg fand, die einen darauf gestützten Durchsuchungsbeschluss erließ. Das BVerfG hat mit Urteil vom 2.3.2006<sup>2</sup> nunmehr festgestellt, dass der Durchsuchungsbeschluss verfassungswidrig war. So kurz, so gut – im Ergebnis also ein Erfolg der beschwerdeführenden Richterin, die nach prozessual mühseligem Weg endlich Recht bekam. So lang, so schlecht: In der Begründung lässt die Entscheidung des Zweiten Senats allerdings aufhorchen, und zwar weniger wegen der Würdigung des Einzelfalls als im Hinblick auf die grundsätzlichen Ausführungen zu Art. 10 GG.

Der Zweite Senat hat mit der Entscheidung, die Verbindungsdaten nach Beendigung der eigentlichen Kommunikation dem Schutzbereich des Art. 10 GG zu entziehen, denselben Weg eingeschlagen, den der Erste Senat, ihm schon seit längerem vorausgehend, beschritten hat: Die einschränkende Interpretation der

Schutzbereiche der Grundrechte. Man mag einen frühen, allerdings (damals) nicht mehrheitsfähigen Ansatz in dem Sondervotum des Verfassungsrichters Grimm zur Entscheidung des Ersten Senats vom 6.6.1989<sup>3</sup> sehen. Diese Abkehr von den Grundsätzen des Elfes-Urteils<sup>4</sup> fand (damals) aber keine Mehrheit. In der Tendenz folgt der Erste Senat neuerdings aber diesen Spuren, wie sich aus jüngst von Volkmann<sup>5</sup> und Möllers<sup>6</sup> publizierten Analysen ergibt. Die bisherige Grundrechtsdogmatik ist gekennzeichnet durch die Eröffnung weiter Schutzbereiche bei gleichzeitiger Verlagerung der jeweils entscheidungserheblichen Argumentation in die verfassungsrechtliche Rechtfertigung und damit die Verhältnismäßigkeitsprüfung und somit Abwägung. Nunmehr aber wird das jeweils relevante Handeln schon aus dem Grundrechtsschutzbereich ausgeklammert, so dass es auf die Fragen des Eingriffs, eines Gesetzesvorbehalts sowie der Geeignetheit, Erforderlichkeit oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne gar nicht mehr ankommt. Nicht zuletzt in der Entscheidung zur Loveparade und zur Fuckparade<sup>7</sup> hat diese Umkehr prominenten Ausdruck gefunden, aber auch in Entscheidungen zur Berufsfreiheit aus Art. 12 GG oder dem Schutz der Wohnung aus Art. 13 GG<sup>8</sup>.

## II. Erfolgreiches „Benchmarking“?

Im hier zu besprechenden Urteil vom 2.3.2006 ist eine Parallele zu beobachten: Die Daten über eine erfolgte Kommunikation werden von dieser grundrechtlich separiert und nur dem Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung unterstellt, anstatt sie als zwingenden Ausfluss der nach Art. 10 GG geschützten Kommunikation auch an dessen Gewährleistungen teilhaben zu lassen. Dies stellt eine restriktive Interpretation des Schutzbereichs Art. 10 GG dar und liegt damit auf der neuen methodischen Linie des Ersten Senats. Der Zweite (Senat) scheint im Sinne Neuer Steuerungsmodelle vom Ersten lernen zu wollen: Ob dies aber tatsächlich gelungenes Benchmarking ist, hängt davon ab, ob vom Ersten lernen auch heißt, vom Besten zu lernen und nicht nur vom Erstbesten.

## III. Die grundrechtliche Problematik

Was ist nun das Problematische an der Restriktionstendenz der Rechtsprechung? Ein erster Blick scheint aus freiheitsrechtlicher Sicht ein eindeutiges Ergebnis zu produzieren: Verringerung

des Grundrechtsschutzes verlangt nach Ablehnung in einer Zeit, in der Bundes- wie Landesgesetzgeber ideologisiert und allzu irrational um des Rechtsguts vermeintlicher Sicherheit willen die Bundesrepublik zum Präventionsstaat unter Aufgabe überkommener Freiheitsgewährleistungen zu machen versuchen<sup>9</sup>. Dabei wird der internationale Terrorismus wie schon zuvor die organisierte Kriminalität zum nicht mehr zu hinterfragenden Totschlagargument, das entsprechend jede Rechtseinschränkung pauschal zu rechtfertigen vermag.

Dieser Aspekt ist im Hinblick auf die Schutzbereichsbeschränkung gerade deshalb von besonderer Bedeutung, weil hier eine Parallele deutlich wird, deren Auswirkungen kumulativ das Problem verschärfen: Denn eine weite Definition der Schutzbereiche hat auf der Kehrseite sodann umso eher das Vorliegen eines Eingriffs durch staatliches Handeln zur Folge. Im Falle eines solchen Eingriffs wird der Gesetzgeber jedoch rechtfertigungspflichtig: Er muss sich im Rahmen eines Gesetzesvorbehalts bewegen und diesen verhältnismäßig ausfüllen<sup>10</sup>; im Falle vorbehaltloser Grundrechte muss gar ein Verfassungsrechtsgut gefunden werden, dessen Sicherstellung der Eingriff dient. Liegt aber wegen eines engen Schutzbereichsverständnisses gar kein Eingriff vor, entfällt auch die Notwendigkeit der Rechtfertigung.

#### IV. Abwägung als demokratische Problematik

##### 1. Das antidemokratische Element der rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsdoktrin

Wie aber sieht die bisherige Praxis aus? Die mit weiten Schutzbereichen systemnotwendig verbundene Verlagerung des Entscheidungsschwerpunktes in den „Prüfungspunkt“ der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Eingriffs hat deutliche Nachteile: Denn die in der Beurteilung von „Verhältnismäßigkeit“ liegende sehr subjektive Wertung des Entscheiders führt zu einer Beliebigkeit, die mit Rechtssicherheit nicht mehr viel zu tun hat und vor allem die Steuerungsmacht des demokratischen Gesetzgebers beschränkt. Bäumlin/Ridder haben dies gebrandmarkt, als sie das Verhält-

nismäßigkeitsprinzip als „Rechtsstaat total“ und „aufhaltsame Epiphanie“<sup>11</sup> bezeichneten, das statt des Volkes das „Recht“ zum neuen Souverän mache. Diese Philippika darf nicht allzu leicht beiseite geschoben werden in einem rechtsprechungslastigen Staat, der weiterhin auch hochpolitisches Handeln rechtlichen Bindungen unterwerfen will<sup>12</sup>. Dabei ist die Entscheidung von Rechtsfragen, also die letztverbindliche, der Rechtskraft fähige Feststellung und der Ausspruch dessen, was im konkreten Fall rechtens ist, gem. Art. 92 GG bei den Richterinnen und Richtern monopolisiert<sup>13</sup>. Dies führt dazu, dass die Richterschaft als Dritte Gewalt zum einflussreichen Machtfaktor wird, die im Einzelfall gesetzgeberische Entscheidungen umgehen kann durch verhältnismäßige und aufgrund des Verfassungsrangs des Verhältnismäßigkeitsprinzips als „verfassungskonforme“ deklarierbare („unbegrenzte“<sup>14</sup>) Auslegung. Dabei schützt das Verwerfungsmonopol des BVerfG gem. Art. 100 Abs. 1 GG den Gesetzgeber nur bedingt, wenn nicht gänzlich ohne gesetzliche Grundlage entschieden<sup>15</sup>, sondern diese Grundlage „nur“ im Sinne des Anwenders (verhältnismäßig) interpretiert wird.

Verschärft wird die Problematik zudem, wenn statt Einzelfallüberlegungen, auf die es im Rahmen von Verhältnismäßigkeitserwägungen idealiter nur ankommen kann, eine allgemeine „Systemgerechtigkeit“ zum Abwägungsposten wird. Damit werden abstrakt-generelle Wertungen, die an sich mittels des Gesetzes definiert werden müssen und daher der gesetzgebenden Gewalt obliegen, zum Maßstab des zu entscheidenden Einzelfalls gemacht; sie wirken aber wegen der vom Einzelfall gelösten Argumentationsebene „flächendeckend“ und daher weit über den Einzelfall hinaus<sup>16</sup>. Dies schränkt den Gesetzgeber in seiner Entscheidungsfreiheit und damit den politischen Gestaltungsspielraum (des Volkes) unzulässig ein. Die Bewertung, ob eine gesetzliche (Neu-)Regelung politisch sinnvoll ist oder dem Willen des Volkes entspricht, tritt in den Hintergrund und wird überlagert von der Frage, ob ein Gesetz auch ausreichend den Vorgaben des BVerfG folgt.

Zwar muss diese Kritik eine Einschränkung erfahren: Denn wenn ein Parla-

mentgesetz der (abstrakten) Normenkontrolle unterworfen wird, so fehlt es gerade an einem Einzelfall und trotzdem kommt das Verhältnismäßigkeitsprinzip zur Anwendung. Bei der abstrakten Prüfung eines abstrakten Gesetzes kommt es daher zwangsläufig und systemimmanent zu überindividuellen Abwägungen; das BVerfG tritt an die Stelle des Gesetzgebers – eine notwendige Folge von Verfassungsgerichtsbarkeit. Doch gilt dies eben nicht nur in diesen Ausnahmefällen, sondern auch etwa in Verfassungsbeschwerdeverfahren (vgl. § 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG); auch hier wird die Systemgerechtigkeit als Entscheidungsmaßstab bemüht<sup>17</sup>. Daher kann der neueren Rechtsprechung durchaus auch Positives abgewonnen werden, wenn mit ihr tatsächlich die Gewichtung verfassungsrechtlicher Belange rationalisiert und der Wille des Gesetzgebers (mehr) respektiert würde<sup>18</sup>.

##### 2. Die Kehrseite: Verlust der Verdienste der bisherigen Grundrechtsrechtsprechung?

Rudolf Lamprecht hat ein Verdienst der grundrechtlichen Rechtsprechung des BVerfG 1999 in seinem Buch „Vom Untertan zum Bürger“ treffend gewürdigt. Die Omnipräsenz der Grundrechte als Schranken freiheitsvernichtender Staatstätigkeit war für die postfaschistische Gesellschaft der Bundesrepublik ein Glücksfall, gab sie doch notwendige Hilfestellung bei der Gewinnung und Ausräumung der nach dem Weltkrieg garantierten Freiheiten. Doch wird zu Recht die Frage gestellt, ob die „heile Welt von Elfes und Lüth“ der politisch verunsicherten Nachkriegsgesellschaft besser zu Gesicht“ stand „als einer modernen Demokratie“<sup>19</sup>. Sie scheint zu bejahen zu sein, ohne dass zu befürchten steht, dass mit dieser heilen Welt die Errungenschaften der Grundrechte verloren zu gehen drohen. Trotzdem muss zur Vorsicht gemahnt werden: Ein größerer Spielraum des Gesetzgebers kann gerechtfertigt werden mit der Überzeugung, dass Freiheitseinschränkungen als Entscheidung des demokratischen Gesetzgebers vom Einzelnen deutlich öfter als bisher hinzunehmen sind. Dann bedarf es auch keiner Überlegung zu Kompensationsmechanismen. Gleichwohl führt dies dazu, dass Politik politischer wird. Der jeweilige Grundrechtsträger kann sich nicht (mehr)

damit begnügen, erst dann zu reagieren, wenn er von einer gesetzlichen Regelung verfassungswidrig betroffen wird. Dies war bisher möglich, standen doch die Gerichte und das BVerfG als Retter parat. Übt letzteres sich aber in Zurückhaltung, so verbleibt keine Notbremse mehr. Der Einzelne muss sich daher schon vorher um die Politik kümmern.

Hierauf scheint aber die Bevölkerung der Bundesrepublik schlecht vorbereitet. Wie es einmal in einem Kommentar des Nachrichtenradiosenders „B 5 aktuell“ hieß, müssten Gesetzentwürfe nach der Verabschiedung durch die Bundesregierung nur noch die politischen Entscheidungsgremien „Bundestag, Bundesrat und Bundesverfassungsgericht“ durchlaufen. Dieses Bonmot legt den Finger in eine Wunde, aus der weniger das Blut der Politisierung eines Gerichts tropft als vielmehr der Eiter der Verrechtlichung der deutschen Politik, die als Symptom einer allgemeinen Entpolitisierung gelten darf, auch wenn sie seit langem deutsche Tradition sein dürfte. Auf Rekordtiefstände sinkende Wahlbeteiligungen bei den Landtagswahlen in Baden-Württemberg und Sachsen-Anhalt sowie den Kommunalwahlen in Hessen im März 2006 mögen Ausdruck heutiger demokratischer Normalität sein; mancher Politiker mag darin auch in offener Selbstüberschätzung autosuggestiv Anzeichen weit verbreiteter Zufriedenheit zu erkennen glauben. Tatsächlich aber ist dies Ausdruck einer im Vordringen befindlichen Stimmung, die sich auch andernorts seit langem in dramatisch zurückgehendem Engagement und Mitgliedschaften in Parteien, Vereinen, Gewerkschaften, Kirchen etc. manifestiert: nämlich ein allgemeines Desinteresse jenseits des eigenen Wohles.

### 3. Die Grundrechte als Schranken des Gesetzgebers

Es darf dabei nicht vergessen werden, dass die Grundrechte sich auch und gerade gegen Mehrheitsentscheidungen durchsetzen sollen. Dies ist der Sinn ihrer Bindungswirkung gem. Art. 1 Abs. 3 GG auch gegenüber dem parlamentarischen Gesetzgeber. Daher muss die Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers weiter Grenzen haben. Doch ist es erforderlich, diese Grenzen deutlicher als bisher zu definieren, zumindest durch Be-

## Zum Hintergrund des Verfahrens

Die beschwerdeführende Amtsrichterin hatte Haftbefehl gegen zwei Personen erlassen, die verdächtig waren, Anschläge auf US-amerikanische Einrichtungen geplant zu haben. Über das zugrunde liegende Ermittlungsverfahren gelangten Informationen an die Medien, so dass der Verdacht der Verletzung von Dienstgeheimnissen aufkam. Offiziell aufgrund der Bekanntschaft der Beschwerdeführerin mit einem beteiligten SPIEGEL-Journalisten richtete sich der Verdacht gerade gegen sie. Ziel der Durchsuchung war es sodann, Zugriff auf die Verbindungsdaten des Mobiltelefons sowie des privaten PCs der Richterin zu erhalten, um so prüfen zu können, ob sie Kontakt zu dem Journalisten aufgenommen hatte. Letztendlich wurden das Mobiltelefon beschlagnahmt und die darin gespeicherten Verbindungsdaten analysiert. Die Speicherauswertung ergab, dass für den tatrelevanten Zeitraum keine Gesprächsdaten vorhanden waren.

stimmung der für die Gerichte geltenden Abwägungstopoi. Denn auch in Zukunft wird die Abwägung aus der Grundrechtsdogmatik nicht verschwinden können. Es gehört zwar „zu den selbstverständlichen Eigenarten juristischen Denkens, für die unübersehbare Vielzahl sozialer Konflikte möglichst eindeutige rechtliche Regeln zur Verfügung zu stellen bzw. anzuwenden.“<sup>20</sup> Es gibt jedoch Normen und Rechtsgebiete, „die sich gegen eine solche Formalisierung und Dogmatisierung stärker als andere sperren“. Wegen des hohen Abstraktionsgrades verfassungsrechtlicher Begriffe muss gerade hier eine „Berufung auf die Formalität (auch) des (Verfassungs-)Rechts“ und der Versuch einer Minimierung von „Abwägung“ scheitern, weil diese „unhintergebar erscheint“<sup>21</sup>.

Hinzu kommt, dass auch die Abwägung nicht nur eine Gefahr für den Rechtsstaat<sup>22</sup> darstellt, sondern bei Offenlegung der Abwägungsgesichtspunkte Transparenz schafft, die sodann der Kritik unterzogen werden kann; zudem fordern auch die besonderen Umstände eines Einzelfalles ihr „Recht“<sup>23</sup>. Viel gefährlicher ist hiergegen die von Rütters zutreffend kritisierte „objektive Methode“, die höchst subjektive Wertungen der entscheidenden Richter<sup>24</sup> hinter objektivierenden Floskeln verbirgt und den unabwählbaren und (noch<sup>25</sup>) unversetzbaren Richter zum Gesetzgeber auf Lebenszeit macht.

## V. Fazit

### 1. Mit Vorsicht vom Ersten lernen

Der neu eingeschlagene Weg bedarf nach alledem letztlich nicht einer globa-

len Ablehnung und Kritik. Es ist jedoch erforderlich, die weitere Entwicklung zu verfolgen, und zwar von einer prinzipiell kritischen Perspektive: Denn die neuere Rechtsprechung des BVerfG beruht auf dem Grundsatz eines reduzierten Geltungsbereichs der einzelnen Grundrechte und führt damit zunächst zu einer Einschränkung des Freiheitsschutzes des Einzelnen. Die grundsätzliche Tendenz des Ersten Senats, die nun vom Zweiten aufgegriffen zu werden scheint, ist daher akzeptabel, solange es gelingt, damit verbundene Freiheitsverluste zu kompensieren und/oder jedenfalls den verbleibenden Freiheitsschutz effektiver zu machen. Ob dies allerdings der Fall ist, muss sich erst noch zeigen. Es besteht die Gefahr, dass neue Grenzbereiche entstehen, die freiheitssichernd ausgestaltet werden müssen, für die aber in Zukunft eher „in dubio contra libertatem“ gelten wird; und gerade die faktischen Konsequenzen wird man zu beobachten haben jenseits aller grundrechtsdogmatischen Überlegungen<sup>26</sup>, weil besonders die Grenzbereiche den Gegenstand des problematischen Aufeinandertreffens von Staatsgewalt und individueller Freiheit darstellen.

### 2. Der Einzelfall belegt die Gefährdung im Grenzbereich

Das Urteil vom 2.3.2006 belegt diese Grenzproblematik. Vorliegend ging es nicht (mehr) um den Zugriff auf eine laufende Kommunikation oder deren Inhalte, sondern um die „äußeren“ Charakteristika dieser Kommunikation (Zeit/Gesprächspartner). Es kam also darauf an, ob im Grenzbereich der eigentli-

chen und zweifelsfrei durch Art. 10 GG geschützten Kommunikation und den dabei und danach technisch zwingend entstehenden und gespeicherten Kommunikationsdaten letztere noch grundrechtlich zu ersterem zu zählen oder davon und damit auch von Art. 10 GG zu trennen sind. Das Gericht entschied sich für Letzteres mit einer eher abstrakten als faktisch grundrechtsschutzorientierten Lösung. Natürlich kann man die Datenspeicherung auf dem Handy und einer Festplatte dem eigenen Verfügungsbereich zurechnen. Nur verkennt dies, dass die moderne Kommunikation(stechnik) von dem einzelnen Benutzer zwar verwendet werden kann; aber so gut wie niemand versteht die dabei ablaufenden technischen Vorgänge oder kann diese gar beherrschen. Soweit daher eine Kommunikation Daten generiert, die automatisch irgendwo auf einer SIM-Card oder in einer Datei der Festplatte dauerhaft abgelegt werden, ist der einzelne Betroffene genau so macht- und hilflos wie er gegen den Mitschnitt des Gesprächs durch Abhörung wäre. Blicke nur die vom BVerfG angesprochene physische Zerstörung, sprich: der Hammer auf das Handy und die Festplatte. Ein sicherlich nicht ernst gemeinter Rat!

Hinzu kommt, dass der Schutz aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung zwar immer gilt, aber der für die beschwerdeführende RichterIn mitbeihilfliche und auch verletzte Art. 13 GG, der noch einmal besonderen Schutz gewährt, auf der Straße bei der Beschlagnahme eines Handys oder Notebooks nicht gilt. Gleiches gilt für den Beruf „(Ermittlungs)RichterIn“, der gem. BVerfG die Schwere des Eingriffs bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung mitbestimmt: Dies kommt auch nicht jedem zugute. Der „normale“ Bürger auf der Straße ist gegen die Handybeschlagnahme also nur noch sehr schwach geschützt.

### 3. Die Aufgabe der Zukunft

Der Grundrechtsschutz endet freilich nicht völlig. Auch die beschwerdeführende Kollegin hat die Feststellung der Verfassungswidrigkeit erreicht, aber eben auch nur wegen Verhältnismäßigkeitserwägungen: „Die angegriffenen Entscheidungen verletzen die Bf. jedoch in der durch Art.13 GG garantierten Un-

verletzlichkeit der Wohnung sowie in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG), weil dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht hinreichend Rechnung getragen worden ist.“<sup>27</sup>

Damit lässt der Zweite Senat erkennen, dass er trotz Reduzierung des Schutzbereichs des Art. 10 GG die Notbremse der Verhältnismäßigkeit zu ziehen bereit ist. Die Einschätzung, die Reduzierung der Schutzbereiche bringe auf der anderen Seite einen Gewinn an Rechtssicherheit, weil die Unwägbarkeiten der Verhältnismäßigkeitsprüfung vermieden würden, erweist sich daher als nicht zwingend. Man wird erst nach längerer Zeit und vermehrtem Entscheidungsmaterial beurteilen können, ob sich insgesamt eine zu kritisierende Freiheitsreduzierung aus den neuen Rechtsprechungstendenzen ergibt.

Wir als Richterinnen und Richter sollten uns jedenfalls bewusst machen, dass die Grundrechte nicht der Dispositionsfreiheit der Mehrheit obliegen. Der nötige Mittelweg aber zwischen individuellem Freiheitsschutz und Respekt vor der demokratischen Mehrheitsentscheidung ist damit nicht schon definiert.

### Anmerkungen

- <sup>1</sup> S. die Kritik von Albrecht, ZRP 2004, 259; Böllinger, KJ 38 (2005), 203; Schütz, BJ 2005, 72; Stuth, BJ 2004, 339; krit. auch Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, 151.
- <sup>2</sup> BVerfG, NJW 2006, 976.
- <sup>3</sup> BVerfG, NJW 1989, 2525 („Das Reiten im Walde genießt keinen Grundrechtsschutz“).
- <sup>4</sup> BVerfGE 6, 32, wodurch jedes menschliche Verhalten dem Grundrechtsschutz der allgemeinen Handlungsfreiheit unterstellt wurde.
- <sup>5</sup> Volkmann, JZ 2006, 261.
- <sup>6</sup> Möllers, NJW 2005, 1973.
- <sup>7</sup> BVerfG, NJW 2001, 2459.
- <sup>8</sup> Vgl. die Einzelanalyse bei Möllers, NJW 2005, 1973 (1974 ff.).
- <sup>9</sup> Zur Mutation hin zum Präventionsstaat s. Denninger, KJ 21 (1988), 1; ders., in: Adolf-Arndt-Kreis (Hrsg.), Sicherheit durch Recht in Zeiten der Globalisierung, 2003, 9; s. a. Albrecht, BJ 2006, 289 (in diesem Heft).
- <sup>10</sup> S. aber jüngst Raue, AöR 116 (2006), 79, der die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne als Zulässigkeitsvoraussetzung eines Grundrechtseingriffs verneint.

- <sup>11</sup> AK-GG-Bäumlin/Ridder, 2. Aufl. 1989, Art. 20 I-III Rn. 64 ff.
- <sup>12</sup> Es sei nur an den Chor der Kritiker (s. etwa Pestalozza, NJW 2005, 2817; Starck, JZ 2005, 1053) erinnert, als das BVerfG in NJW 2005, 2669, sich in lobenswertem judicial self-restraint übe und die Bewertung des Vorliegens der Voraussetzungen einer Vertrauensfrage gem. Art. 68 GG dahin (zurück)gab, wo sie hingehört, nämlich in die politische Bewertungsmacht des jeweiligen Bundeskanzlers und das freie Mandat der Bundestagsabgeordneten.
- <sup>13</sup> Vgl. BVerfGE 103, 111 (137) m.w.Nw.
- <sup>14</sup> S. den Titel von Rütters, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 1968. Rütters hat zuletzt wieder die Richtermacht mit nachdenkenswertem Überlegungen, wenn auch zugespitzt, kritisiert, s. etwa JZ 2006, 53; NJW 2005, 2759.
- <sup>15</sup> Zuletzt hat das BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), NJW 2006, 1339, das KG bei einer solchen grundlagenlosen Entscheidung „ertappt“ und aufgehoben.
- <sup>16</sup> So Möllers, NJW 2005, 1973 (1978).
- <sup>17</sup> Möllers, NJW 2005, 1973 (1977).
- <sup>18</sup> So Volkmann, JZ 2005, 261 (270).
- <sup>19</sup> Möllers, NJW 2005, 1973 (1978).
- <sup>20</sup> Schulze-Fielitz, FS für Klaus Vogel, 2000, 311 (312).
- <sup>21</sup> Schulze-Fielitz (Fn. 19), 313.
- <sup>22</sup> S. Leisner, NJW 1997, 636, der den Abwägungsstaat im Gegensatz zum Rechtsstaat sieht (ebd., 638).
- <sup>23</sup> Gassner, NJW 1998, 119 (120).
- <sup>24</sup> Lamprecht, BJ 2005, 14; ders., DRiZ 2004, S. 89.
- <sup>25</sup> S. grundsätzliche Reformervägungen bei Gröschner, Reichweite richterlicher Inamovibilität im Verfassungsstaat des Grundgesetzes, 2005; ders., NJW 2005, 3691; dagegen Wittreck, ThürVBl. 2005, 245; kleiner Schritt im Gesetzentwurf des Landes Sachsen-Anhalt vom 14.2.2006 (BR-Drs. 120/06).
- <sup>26</sup> Vgl. Tschentscher, NVwZ 2001, 1243 (1245), der zutreffend vordergründig einen gelungenen Mittelweg des BVerfG erkennt, dann aber die kritischen praktischen Konsequenzen benennt.
- <sup>27</sup> BVerfG, NJW 2006, 976 (983).

### Der Autor:



**Dr. Carsten Schütz** ist Richter auf Probe in der hessischen Justiz, z.Zt. am LG Fulda;  
E-Mail: Carsten.Schuetz@gmx.de