

Grußwort der Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts

Marion Eckertz-Höfer

29. April 2009

Institut für Verwaltung und Verwaltungsrecht in den neuen Ländern e.V.

Podiumsgespräch „Die Verwaltung als Hüterin der Grundrechte?“

Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen,
sehr geehrte Herren am Podium: Herr Dr. Brinktrine als Moderator, Herr Prof. Voßkuhle, Herr Prof. Rozek, Herr Prof. Kluth, Herr Prof. Schliesky!

Ich darf Sie alle herzlich begrüßen. Es ist für das Gericht und für mich eine große Freude, dass das „Institut für Verwaltung und Verwaltungsrecht in den neuen Ländern“ für sein komplexes Thema diesen Veranstaltungsort gewählt hat.

Die Bezüge, die dieser Ort uns geben kann, sind ja zu greifen. Ich will erst gar nicht davon sprechen, dass eine wissenschaftliche Veranstaltung immer auch dem Veranstaltungsort ein wenig Glanz abgibt. Darin lässt sich dann ein wenig sonnen. Umgekehrt können die fachkundigen Zuhörer, die Referenten und die Diskutanten etwas vom Hauch der Rechtsgeschichte in diesem Plenarsaal einatmen. Möge also der *genus loci* Inspiration und Kreativität hervorrufen und – nicht zuletzt - Erkenntnisgewinne fördern. Zumal Sie eine komplexe, um nicht zu sagen über-komplexe Themenformulierung gewählt haben.

Jedenfalls schreit dieses Thema - "Verwaltung als Hüterin der Grundrechte" - natürlich nachgerade eine Stellungnahme herbei, auch aus bundesverwaltungsrichterlicher Sicht. Schon weil in diesen Räumen der richterlichen Kontrolle ja regelmäßig auch die Verwaltung gegenwärtig ist, als Prozesspartei, und nicht selten als maßgeblicher Akteur. Und fast stets geht es um die Frage, ob die Verwaltung bei ihrem Handeln oder Unterlassen, kurz bei ihrem gezeigten Verhalten, sich zumindest auch als "Hüterin" der Verfassung gezeigt hat und rechtsstaatliche Ehre eingelegt hat. Hiervon losgelöst ist Ihre Themenwahl aber in jedem Fall immerhin tendenziell mutig – obwohl der inzwischen gewählte Titel "Verwaltung als Hüterin der Grundrechte" statt "... als Hüterin der Verfassung" nunmehr ein wenig verschleiert, dass es natür-

lich weiterhin um die Frage geht, ob und wieweit die Verwaltung zum "Hüter der Verfassung" taugt.

Gehen wir aus vom intendierten Thema "Verwaltung als Hüterin der Verfassung", so wäre dies zwar - zugegeben - eine etwas plakative, und damit auch etwas reißerische Paraphrase auf die Formulierung, die man bei Carl Schmitt finden kann, aber sie zeigte auch besser das Gefahrenumfeld auf, in dem wir uns - auch mit der jetzigen Formulierung des Tagungsthemas - bewegen. Schmitts Schrift „Hüter der Verfassung“ wurde bekanntermaßen 1931 in einer Krisenzeit des Parlamentarismus geschrieben und veröffentlicht; es ist eine Schrift, die ohne Frage als historisch und rechtsdogmatisch belastet zu gelten hat. Sie hat gleichwohl, jedenfalls in ihrer plakativen Begrifflichkeit dann auch in der Bundesrepublik zumindest sprachliche Karriere gemacht. Das verehrte Bundesverfassungsgericht hat den Begriff "Hüter der Verfassung" - obwohl ein historisch so deutlich belasteter Topos - kurzerhand auf sich selbst angewandt. In mehreren Entscheidungen - insbesondere zu Normenkontrollverfahren und zur eigenen Vollstreckungsbefugnis - bezeichnet es sich selbst als „Hüter der Verfassung“. Wie das? - darf man fragen. Und andere Hüter gibt es nicht? Nun, das BVerfG hat sich in der sich aufdrängenden Konkurrenzlage zu helfen gewusst. Es hat - jedenfalls gedanklich - dem Begriff „Hüter der Verfassung“ einfach ein qualifizierendes Adjektiv hinzugesetzt. Es ist der „oberste“ Hüter der Verfassung. Womit die Hierarchie schon einmal hergestellt ist.

Dagegen „Die Verwaltung als Hüterin der Verfassung“ - Wie befrachtet wäre denn ein solches Thema eigentlich? Carl Schmitts Monografie "Der Hüter der Verfassung" (1931) beginnt mit dem Satz: "Der Ruf nach einem Hüter und Wahrer der Verfassung ist meistens ein Zeichen kritischer Verfassungszustände". Die Verwaltung - genauer: das Berufsbeamtentum - kann für Carl Schmitt auf der Grundlage der Weimarer Verfassung nur gestützt auf die plebiszitär legitimierte Autorität des Reichspräsidenten "Hüter der Verfassung" sein (S. 149 ff.). Diesen Präsidenten stilisiert er dann aber zum eigentlichen "Hüter der Verfassung" hoch. Wir sehen schnell, dies sind dann doch gefährliche Gefilde. Denn der unter anderem als theoretischer Wegbereiter des NS-Staats geltende Carl Schmitt versuchte die Juristen seiner Zeit auch auf die - aus seiner Sicht und von ihm so genannte - „einfache, rechtswissenschaftliche Wahrheit“ einzustimmen, „daß Normen nur für normale Situationen gelten und die vorausgesetzte Normalität der Situation ein positivrechtlicher Bestandteil ihres ‚Geltens‘ ist“.

Meine Damen und Herren, Kolleginnen und Kollegen, dem entspricht unser heutiges Verständnis vom formellen und materiellen Rechtsstaat so nicht mehr. Ein solcher Satz dürfte vielmehr die meisten Juristen heute in einen gewissen Alarmzustand versetzen. Der Rechtsstaat des Grundgesetzes zeichnet sich gerade dadurch aus, dass das Primat des Rechts, die Bindung an das Recht für die Staatsdiener auch in kritischen Zeiten gilt. Nicht die faktische Macht, auch nicht das tatsächliche Handeln trägt ihre, trägt seine Rechtfertigung in sich. Auch im Ausnahmezustand heiligt der Zweck nicht das vom Recht losgelöste Handeln. Es geht allemal darum, diese Macht zu zügeln, ihr rechtsstaatliche Grenzen zu setzen. Falls erforderlich sind hierzu die Gerichte berufen und verpflichtet. Gerade auch die Verwaltungsgerichte. Wäre die Verwaltung denn hierzu in der Lage? Ihre Verfassungsbindung steht der richterlichen jedenfalls nicht nach.

Die Notstandsgesetzgebung, gegen die die Studentenschaft des Jahres 1968 protestierte – meine ersten, sehr nachdrücklichen Demonstrationserinnerungen entstammen dieser Zeit -, war eine Antwort auch auf dieses Problem. Man wollte für die Zeit der Krise des „kritischen Verfassungszustandes“ unbedingt rechtsstaatlich vorsorgen. Auf keinen Fall sollte es noch einmal eine Situation geben können, die an das unselige Notverordnungsrecht des Reichspräsidenten der Weimarer Zeit erinnern könnte! Unverändert sollte auch in der Krise, im Spannungs- oder Verteidigungsfall, diese Krise eine Stunde des Parlaments und des Rechts bleiben. Es galt Carl Schmitts Behauptung zu widerlegen, dass sich Fälle der Existenzgefährdung des Staates tatbestandlich nicht umschreiben lassen. Was bekanntermaßen nur zum Teil gelungen ist. Immerhin hat das grundgesetzliche Notstandsrecht prozedural deutlich überzeugendere Antworten gegeben als seinerzeit die Weimarer Reichsverfassung.

Eine ganz andere Antwort steckt heute möglicherweise in der Flut immer neuer Sicherheitsgesetze, mit denen man meint, die weltweite und natürlich auch in Deutschland latent stets akute Gefahr terroristischer Anschläge bannen zu können. Prävention scheint das Gebot der Stunde zu sein. Der Präventionsstaat als Allheilmittel? Das machte "die Verwaltung" zur ersten und in manchem Fall wohl auch zur einzigen "Hüterin der Verfassung". Der Notstand scheint in die Zeit der Normalität hinein geholt - aus Sicht anderer drängt er sich von selbst hinein. Normalität wird im Präventionsstaat zur bloß vermeintlichen Normalität erklärt. Geplante Sicherheitsgesetze definieren die Grenzen der Freiheit des Einzelnen um. Als letzter Schutz gegen

einen überbordenden Präventionsstaat scheint nur noch das Bundesverfassungsgericht zu funktionieren. Sechzehn Verfassungsrichter - sie ganz allein? Kann das gelingen? Also, brauchen wir sie nicht ganz zwingend: Die Verwaltung als "Hüterin" der Verfassung, als "Hüterin" gerade auch der Grundrechte, nämlich mit erstem Zugriff, weil selbst der maßgebliche Akteur? Aber machte man da nicht den Bock zum Gärtner? Auch das darf man fragen. Oder ist es doch ganz anders – vielleicht fehlt uns nur die Phantasie: Eine Verwaltung für den Alltag, für die tägliche Fron, für die Steuerung des Gemeinwohls, und eine andere Verwaltung für die Krise?

Vielleicht findet Ihre Veranstaltung ja auch darauf eine Antwort. Die darin steckende Frage geht wohl auch dahin, welches Gewicht denn die Verwaltung heute im Gesamtgefüge unserer Staats- und Gesellschaftsordnung hat, haben muss oder doch haben sollte. Eine zu allen Zeiten extrem schwierige Frage. Im Jahr 1968 – das in den Augen mancher auch ein Krisenjahr war - ging der Frankfurter Ordinarius Erhard Denninger dieser Frage nach, und zwar in Wiethölters berühmten Funk-Kolleg-Band „Rechtswissenschaft“ (S. 346). Denninger gab allerdings nicht vor, eine befriedigende Antwort zu kennen, sondern bekannte freimütig die Verlegenheit, in die ihn die Frage gebracht habe – eine Verlegenheit, zu der sich auch schon manch prominenter Vorgänger bekannt hatte. Nun: Zu wissen, dass man zu wenig weiß, ist bekanntermaßen keine Schande. Und jede Antwort könnte ohnehin nur Teilaspekte beleuchten. Vielleicht hören wir ja heute von einigen dieser Aspekte.

Aber „Hüter der Verfassung, Hüter der Grundrechte“ verweist auch auf ganz andere Zusammenhänge, die ich Ihnen nicht vorenthalten will. Der frühere Reichsgerichtspräsident Simons bezeichnete 1924 das Reichsgericht als "Wahrer und Wächter" der Reichsverfassung. In der Tat verweist der Begriff des „Hüters“ auch auf den des "Wächters". Was daran erinnert, dass schon Platon in seinem „Staat“ die "Wächter" philosophisch "geadelt" hat – und damit wohl auch schon die – ein wenig - elitäre Wendung "Hüter der Verfassung" vorbereitet hat. Interessanter wird es, wenn man in ein Wörterbuch der philosophischen Metaphern blickt. Hier verweist das Stichwort "Hüter" – ein wenig überraschend vielleicht – auch auf den Artikel "Schlafen, Träumen". Es leuchtet ein: Der ungestörte Schlaf als Grundbedingung auch der Zivilisation wurde wohl erst durch die Erfindung des Nachtwächters möglich. Ferdinand Lassalles Verspottung des "Nachtwächterstaats" geht da doch wohl in die Irre. Er übersieht, dass gerade eine Demokratie unbedingt der wachsamem Bürger bedarf und wem, wenn nicht den ausgeschlafenen Bürgern lässt sich die notwendige Wach-

samkeit zutrauen? Aber in heutigen Zeiten haben ja leider auch die Schläfer ihre Unschuld verloren. Seit "Nine-Eleven" ist selbst der "Schläfer" nicht mehr unverdächtig.

Ungeachtet der Kritik Lassalles gehört die Wahrung der inneren und äußeren Sicherheit selbstverständlich weiterhin mit zu den wichtigsten Aufgaben des Staates. Das Bundesverfassungsgericht trägt dem Rechnung. Grundrechte vermitteln auch Rechtspositionen, nach denen sich der Staat schützend vor seine Bürger zu stellen hat. Das sind tatsächliche Lagen, Situationen, in denen der einzelne ohnmächtig ist, sich gegen nicht-staatliche Machpositionen zu behaupten. Natürlich ist dies die Stunde der Verwaltung, in der sie auch "Hüterin" der Verfassung zu sein hat, aber eben nicht ihre einzige "Hüterin". Auch in Notlagen bleiben Grundrechte doch stets primär auch Abwehrrechte gegen den Staat. Zu leicht verschieben sich sonst die Maßstäbe zu Lasten der Freiheitsrechte.

Nun, ein Veranstaltungstitel, der so viele Fragen aufwirft und so wenig Antworten selbstverständlich sein lässt, hat einen großen Vorteil: Er schraubt die Erwartungshaltung in große Höhen! So auch die meinige.

Ich bin sicher, wir verbringen heute einen spannenden Abend. Und so darf ich schließen und möchte Ihrer Veranstaltung und uns allen einen erkenntnisreichen Verlauf wünschen!