

Mohr Siebeck
72010 Tübingen
Postfach 20 40
ISSN 0022-6882

Redaktion:
72074 Tübingen
Wilhelmstraße 18
jz@mohrsiebeck.com

Telefon
(07071) 923-52
Telefax
(07071) 923-67
www.juristenzeitung.de

Juristen JZ Zeitung

14

78. Jahrgang
21. Juli 2023
Seiten 625–676

Aus dem Inhalt:

Gunther Teubner und **Angelo Jr. Golia**
Digitalverfassung

Philipp Overkamp und **Henrike von Scheliha**
Die Bedürfnisse künftiger Generationen vor dem
Conseil constitutionnel

Matthias Lehmann und **Danny Busch**
Plädoyer für eine Klauselverordnung

Clemens Latzel und **Lorenz Reichert**
Bindung an Unionsgrundrechte bei überschießender
Richtlinienumsetzung

Anmerkung von
Nikolaus Marsch
Inhaltsmoderation in Internetforen durch öffentlich-
rechtliche Rundfunkanstalten: Zur Maßstabsbildung
durch Höchstgerichte im Medienrecht

Anmerkung von
Johannes Meier
Investition in Krypto-Währungen (Bitcoin/Ether) im
Spannungsfeld zwischen Auftrag, GoA und Gefälligkeit

Anmerkung von
Sören Lichtenthäler
Keine privilegierende Spezialität von § 277 StGB a.F.
gegenüber § 267 StGB – genetische vs. systematisch-
grammatische Auslegung?



Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Florian Möslin, LL.M. (London), Marburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Professor Dr. Bernhard Großfeld, Münster (bis 2000)
Professor Dr. Dr. h.c. Herbert Roth, Regensburg (bis 2021)
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen (bis 2006)
Professor Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner, Freiburg i.Br. (bis 2012)

Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

14 78. Jahrgang
21. Juli 2023

JZ Juristen Zeitung

Inhalt

Aufsätze

Professor Dr. Dr. h.c. mult. **Gunther Teubner**
und Professor Dr. **Angelo Jr. Golia**
Digitalverfassung **625**

Dr. **Philipp Overkamp** und Dr. **Henrike von Scheliha**,
LL.B./Maîtrise en Droit
Die Bedürfnisse künftiger Generationen vor dem
Conseil constitutionnel **630**

Professor Dr. **Matthias Lehmann**
und Professor Dr. **Danny Busch**
Plädoyer für eine Klauselverordnung **640**

Privatdozent Dr. **Clemens Latzel** und **Lorenz Reichert**
Bindung an Unionsgrundrechte bei überschießender
Richtlinienumsetzung **648**

Umschau

Kurzbeiträge

Zuhören und dazugehören
Ansprache zum Ausscheiden aus dem
Bundesverfassungsgericht
Professorin Dr. **Susanne Baer**,
Richterin am BVerfG a.D. **655**

Entscheiden im Bundesverfassungsgerichtsmodus
Ansprache zum Ausscheiden aus dem
Bundesverfassungsgericht
Professorin Dr. **Gabriele Britz**,
Richterin am BVerfG a.D. **659**

Glosse

Nero 2.0 – Die große Entmietung Deutschlands
Professor Dr. **Andreas Bergmann** **661**

Nachruf

Ulrich Huber (1936–2023)
Professor Dr. **Johannes Wertenbruch** **663**

Anmerkungen

BVerwG, 30.11.2022, 6 C 12.20
Anmerkung von
Professor Dr. **Nikolaus Marsch**, D.I.A.P. (ENA)
Inhaltsmoderation in Internetforen durch öffentlich-
rechtliche Rundfunkanstalten: Zur Maßstabsbildung
durch Höchstgerichte im Medienrecht **664**

OLG Frankfurt, 19.4.2023, 13 U 82/22
Anmerkung von
Dr. **Johannes Meier**
Investition in Krypto-Währungen (Bitcoin/Ether)
im Spannungsfeld zwischen Auftrag, GoA und
Gefälligkeit **669**

BGH, 10.11.2022, 5 StR 283/22
Anmerkung von
Dr. **Sören Lichtenthäler**
Keine privilegierende Spezialität von § 277 StGB a.F.
gegenüber § 267 StGB – genetische vs. systematisch-
grammatische Auslegung? **673**

JZ Information

Aktuelles aus der Rechtsprechung/
Aus dem Inhalt der nächsten Hefte **404***
Aus den Hochschulen **405***
Gesetzgebung **405***
Entscheidungen in Leitsätzen **406***
Neuerscheinungen **418***
Zeitschriftenübersicht **431***
Sammelwerke **435***
Impressum **435***

Entscheiden im Bundesverfassungsgerichtsmodus*

Ansprache zum Ausscheiden aus dem Bundesverfassungsgericht

Wenn ich in den vergangenen zwölf Jahren hier im vorderen Teil des Sitzungssaals Platz genommen habe, dann auf der Richterbank. Als eines von acht Senatsmitgliedern; einheitlich; in den roten Roben. Die Einkleidungszeremonie im Hinterzimmer hatte die optische Wahrnehmung als Gerichtsbestandteil eingeleitet. Als Bestandteil ist man dann in den Sitzungssaal in die Öffentlichkeit getreten. – Inzwischen bin ich wieder ganz Individuum. Das ist eine große Erleichterung. Zugleich bin ich froh, zwölf Jahre Teil dieses Gerichts gewesen zu sein.

Es ist ein besonderer Gerichtsort: der lichtdurchflutete Baumgarten-Bau, umgeben von Botanischem Garten, Kunsthalle, Innenstadt, Universität, Schloss und oft trubeligem Schlossplatz. Ich habe hier gerne gearbeitet. Ich hatte an diesem Ort mit vielen Personen zu tun, denen ich heute danken möchte. [...]

Meine Abschiedsworte möchte ich dem widmen, was ich zwölf Jahre lang als Markenkern dieses Verfassungsorgans erleben durfte: die besondere Art der Entscheidungsfindung, den Entscheidungsmodus dieses Gerichts.

1. Mein Bericht wird Fragment bleiben: Zwölf Jahre in wenigen Minuten. Das Beratungsgeheimnis brems. Was ich erzähle, ist zwangsläufig eine individuelle Rekonstruktion. Mein Anschauungsmaterial ist durch konkrete Personen, ihre konkret angenommenen Rollen und durch konkrete Verfahren der Jahre 2011–2023 geprägt. Und doch erscheint mir das Erlebte hinreichend un-zufällig, um davon zum Abschied zu sprechen. Wie sich das Entscheiden im Beratungszimmer des Ersten Senats – und einen Stock höher im Zweiten Senat – zuträgt, rührt an Grundfragen nach Methoden und Legitimation des Gerichts und damit nach seinem Platz im staatlichen Funktionen- und Gewaltgefüge. Denn es geht um Entscheidungsfindung durch acht Personen, die oft über große Themen von Gesellschaft und Politik richten müssen; (zwangsläufig kreative) Vorgänge der Verfassungsentwicklung eingeschlossen. Ich will es aber beschreibend-praktisch halten.

2. Ich beginne mit dem Stuhl, auf dem ich im Beratungszimmer Platz genommen habe. Ein Stuhl mit spezieller Tradition. Der der ersten RichterIN, Erna Scheffler, auf die bis heute stets Frauen gefolgt sind; 35 Jahre lang jeweils die einzige Frau im ganzen Gericht. Die Geschichte dieser Stelle ist ambivalent: Von Beginn an war es die „Familienrechtsstelle“. Für die Durchsetzung von Art. 3 Abs. 2 Grundgesetz, die Gleichberechtigung von Frauen, war die weibliche Besetzung in den Anfangsjahren vermutlich wichtig – der verfassungsrechtliche Zugriff auf das Ehe- und Familienrecht war ein Schlüssel zur Emanzipation. Und doch war es problematisch, dass immer Frauen auf diesem Familienrechtsstuhl saßen und lange Zeit auf keinem anderen. Die RichterIN des Gerichts war Spezialistin für Kinder und Familie (was nicht schlecht wäre, wenn darin in der Außensicht auf Frauen nicht doch auch mitzuschwingen drohte: Familie, Kinder – und sonst eher wenig). Das hat sich, wie Sie sehen, geändert. Und auch die exklusive Verbindung zwischen der Erna-Scheffler-Frauenstelle und dem Familienverfassungsrecht wurde ungefähr

zur Hälfte meiner Amtszeit gelöst. Dass nun auf die traditionelle Frauenstelle ganz ohne Familienrecht mit Miriam Meßling wieder eine Frau gewählt wurde, deute ich gerne so, dass insoweit etwas ins Gleichberechtigungs-Lot gekommen ist.

Im Senatsgeschehen selbst war Gleichberechtigung allerdings schon bei meinem Amtsbeginn in einer Weise real, die mich überrascht hat. Davon berichte ich hier, weil es gerade mit der Art des Entscheidens im Senat zu tun haben dürfte. Um meine Überraschung zu verstehen, muss man zunächst wissen, dass ich noch der Generation von Professorinnen angehöre, denen passieren konnte, an der Eingangstür zu Tagungen von Professorenkollegen freundlich auf den Weg ins Damenbegleitprogramm hingewiesen zu werden. Das ist keine Legende, sondern mein leibhaftiges Erlebnis. So gesehen war es ganz folgerichtig, dass nach meinem eigenen Staatsrechtslehrerreferat ein gestandener Professorenkollege, vor mich ans Podium tretend, seine Frage mit einem deutlichen „Herr Britz“ einleitete. Ich fand das merkwürdig, aber vermutlich war es das ehrenvolle Willkommen im Club. Jenseits dieses Clubs blieb der Eindruck der wenigen Professorinnen doch eher, dass ihre Diskussionsbeiträge – jedenfalls in unbekannteren Runden – signifikant weniger aufgegriffen wurden als männliche, oder dass sie erst in männlicher Wiederholung ihr Publikum erreichten.

Neu angekommen im Ersten Senat, erlebte ich das auffällig anders. Die Kollegen haben Susanne Baer und mir vom ersten Tag an zugehört wie allen anderen auch. Und über fehlende Befassung mit unseren Argumenten konnten wir nicht klagen. Zweifellos hatten wir besondere Kollegen. Aber es ist eben auch die generelle Art, wie hier Entscheidungen getroffen werden, die es kaum zulässt, währenddessen auch nur ein Senatsmitglied ins Begleitprogramm zu entlassen.

3. Ich will dieses Entscheiden im – folienhaften – Kontrast zu politischem Entscheiden beschreiben: Demokratische Entscheidungsprozesse der Politik funktionieren unter den realen Bedingungen föderaler Parteiendemokratie oft durch Aushandeln und Kompromiss; politische Akteure gehen dabei durch Phasen strategischer Positionierung und Profilierung, die nicht immer von allertiefster Sachüberzeugung getragen sein muss. Profilierung und Werben um Zustimmung in einer Anpassung an Wählerwünsche ist ein Charakterzug demokratischer Politik. Politik ist sehr direkt von Zustimmung abhängig und wird sich zwangsläufig auch daran orientieren.

Entscheidungsprozesse im Bundesverfassungsgericht sind anders. Das hat auch damit zu tun, dass sie durchweg maßstabsgebunden sind. Aber das ist nicht alles. Denn die Artikel des Grundgesetzes lassen erhebliche Entscheidungsspannen. Auch in diesen Spannen sind aber nicht Aushandlung und Kompromiss prägend. Senatsmodus ist vielmehr, was gern mit der Formel der Deliberation gekennzeichnet wird: Beratung und Herleitung eines Ergebnisses aus den vorgebrachten und erörterten Argumenten. Praktisch heißt das: Alle acht sprechen, und alle acht werden gehört. Dass sich jemand freiwillig aus der Diskussion ausklinkt, ist denkbar, wird aber als abweichendes Verhalten wahrgenommen. Hier wollen die Leute nicht nur selbst reden, sondern wollen wirklich wissen, was die anderen sieben denken, um am Ende nicht falsch zu entscheiden. Ist ein Argument vorgebracht, ist die Standardeinstellung der sieben anderen weniger, dieses Argument niederzustreiten und seine Unzulänglichkeit vorzuführen, sondern umgekehrt: herauszufinden, was daran stimmt. Wenn im Senat eine Person einem Argument ernsthaft nicht folgen kann, tut sich der Senat schwer, darüber einfach hinwegzugehen – sofern es sich nicht um eine erkennbar weltanschauliche Sperrigkeit handelt. Er nimmt mitunter lange

* Abschiedsworte der Verfasserin zur Feierstunde im Bundesverfassungsgericht am 26. Mai 2023. Besonders Persönliches ist hier weggelassen, im Übrigen ist der Text im Wesentlichen unverändert.

Strecken auf sich, um auszudiskutieren, ob eine, sei sie auch nur vereinzelt vorgetragene Position nicht in Wirklichkeit doch einen überzeugenden Punkt hat. Das geschieht nicht aus persönlicher Rücksichtnahme, um des Kompromisses willen oder als Handel, um beim nächsten Mal etwas gut zu haben“, sondern weil beharrliche sachliche Einwände Einzelner doch eine Restunsicherheit auslösen, ob etwas übersehen worden sein könnte. Aber man muss eben sachlich argumentieren; blanke Weltanschauung hat praktisch keine Chance.

4. Über die Frage, was in einer Bundesverfassungsgerichtsentscheidung als sachliches Argument gelten darf, kann man streiten; da sind wir wieder am verfassungstheoretischen Kern der Geschichte. Ich will es auch hier für heute praktisch halten: Die Argumente starten, nachdem das sachliche Problem eines Falls einigermaßen erfasst ist, meistens bei dem, was sich zu einer verfassungsrechtlichen Frage in den grauen Bänden, also der über 70-jährigen Senatsrechtsprechung, findet. Darum bringen die Senatsmitglieder aus ihren Dienstzimmern regelmäßig hohe Stapel dieser Bände ins Beratungszimmer mit, in denen sie für den Fall nützliche Argumente entdeckt haben. Vor allem verwendet man, was sich hier als vertypte Argumentation findet (also „Dogmatik“). Diese vertypten Argumentationsgänge sind oft über Jahre und Jahrzehnte in der Praxis des Bundesverfassungsgerichts, durch die Fachgerichte und durch die Rechtswissenschaft kritisch getestet. Daher ist es nur konsequent, dass sich die aktuelle Senatsberatung von Argumenten leiten lässt, die an dieser erprobten Dogmatik ansetzen.

Allerdings gelangt man auf den schon angelegten Wegen nicht immer bereits ganz bis zu einem plausiblen Ziel. Die bestehenden Argumentationsgänge müssen dann ergänzt werden. Je näher man einem Ziel aber auf den schon angelegten Wegen kommt, umso geringer ist die Gefahr, dass argumentative Umwege, Parallelwege, Geheimgänge, wacklige Behelfsstege und Sackgassen gebaut werden, was allen die Orientierung in künftigen Fällen schwerer macht. Ungünstig kann auch sein, zu viele neue Zubringer zu etablierten Wegen zu bauen, weil dies aus soliden dogmatischen Linien argumentative Tummelplätze machen könnte, auf denen in Jahren erarbeitete Differenzierung verloren geht. Manchmal wird daher doch besser neu gepflastert.

Stege, Wege, Gänge, Pflaster. Das klingt bodennah technisch. Ist es auch. Verfassungsrecht ist ein Handwerk. Die besondere Herausforderung ist dabei, dass das handwerkliche Arbeiten mit den Argumentationsfiguren letztlich immer dazu dienen soll, die Normgehalte der sehr offen formulierten Grundgesetzbestimmungen zur Geltung zu bringen; angemessene Verwirklichung der Verfassungsnormen ist der eigentliche Zweck von Verfassungsdogmatik. So gesehen ist es Handwerken am Boden und im Rechts-Himmel zugleich.

Die Suche nach der richtigen Verfassungsinterpretation fordert die Senate immer wieder neu. Natürlich sind sie dabei nicht mit ihren grauen Bänden allein. So wichtig und unhintergebar die dort geronnene Argumentationspraxis ist, so frisch weht in die Beratungen doch auch (rechts-)wissenschaftliche Anregung und Kritik hinein und werden Inspiration und Vergewisserung in Entscheidungen anderer Gerichte gesucht: denen der Verfassungsgerichte anderer Staaten und der Länder, europäischer Gerichte, aber auch der Fachgerichte, die hier oft vorangehen.

All das bildet – möglichst gut aufbereitet durch das schriftliche Berichterstattervotum – eine Grundlage, auf der dann in der Beratung um die überzeugendsten Argumente gerungen wird. Und zwar: gleichberechtigt und sachlich.

5. Warum funktioniert das so – eben so deliberativ? Dass sachliche Argumente auf dem Tisch liegen, ist wie gesagt unerlässlich. Auch scheint die Politik tendenziell Personen hierher zu wählen, die zu diesem Modus bereit sind. Hinzu kommen aber wichtige verfahrensrechtliche Stützen, die der Gesetzgeber eingezogen hat. Zwei will ich nennen:

Besondere Wirkung hat das gesetzliche Begründungserfordernis: Der Senat kann in aller Regel nicht einfach ein Ergebnis mitteilen, sondern dieses muss in einem gemeinsamen Text begründet werden, der sich der Öffentlichkeit und potenziell auch einem Sondervotum stellen muss. Gerade das Begründungserfordernis zwingt praktisch dazu, schon die Entscheidung argumentativ und nicht im Wege des Aushandelns oder schnell einfach per Mehrheitsbeschluss zu fällen. Darüber, wie gut eine Begründung im Einzelfall gelungen ist, wird sich oft streiten lassen. Darum geht es hier nicht. Es kommt nur darauf an, dass das Begründungserfordernis praktisch zum Modus argumentativer Herleitung des Ergebnisses anhält.

Sehr wirkungsvoll sind daneben die Nichtöffentlichkeit der Beratung und das Beratungsgeheimnis. Sie stärken die Sachorientierung, weil eine auf Außenwirkung schielende Positionierung praktisch ausfällt. Es würde nicht lohnen, Positionen lediglich zur eigenen Profilierung einzunehmen. Für wen und vor wem auch? Grundlegende Entscheidungen werden zu acht im kleinen Beratungszimmer erarbeitet. Niemand außer den acht Senatsmitgliedern ist dabei. Man kann sich also getrost auf solche Positionen beschränken, die man tatsächlich um ihrer selbst verfassungsrechtlich für richtig hält. Diesen Effekt kann man gar nicht genug hervorheben; vielleicht macht er sogar den größten Unterschied zur Politik, in der Positionen stärker auch danach bezogen werden, was gerade wie gut bei den Leuten ankommt.

6. Der gerichtliche Entscheidungsmodus ist nicht besser oder schlechter als politisches Entscheiden, sondern funktionsspezifisch. Ich habe Hochachtung vor denen, die sich für die politischen Entscheidungsprozesse zur Verfügung stellen. Selbst war ich im Grunde froh, dass ich im gerichtlichen Entscheidungsmodus – in Unabhängigkeit von politischen Stimmungen – arbeiten durfte.

Ich will jedoch klar sagen, dass das nicht nur Arbeiten in der Komfortzone ist. Den Argumentations- und Unabhängigkeitsmodus habe ich auch als Bürde erlebt – für das Gericht und die Richterinnen und Richter. Wenn nämlich aus politischer Kritik (die legitim ist und die das Gericht aushält und seinerseits kritisch verarbeitet) populistische Stimmungsmache wird, kann das für Bundesverfassungsgericht und Rechtsstaat zur Gefahr werden. Das Gericht kann sich aber in populistischen Schlachten nicht leicht wehren, und zwar gerade deshalb nicht, weil sein Arbeitsmodus der Modus der wägenden Argumentation ist.

Auch den einzelnen Richterinnen und Richtern verlangt es dann etwas ab, sich nicht doch einmal unter der Wucht der Attacken einfach wegzuducken oder gezielt auf balsamierende Wertschätzung wenigstens der eigenen Peers auszugehen. Das Bundesverfassungsgericht und seine Mitglieder dürfen ihr Entscheiden aber nicht an negativer Stimmungsmache und auch nicht an Beifall der Zugetanen orientieren, auch wenn es manchmal kurzfristigen Beliebtheitsgewinn verspricht. Ein klares Bild ergeben hier auch die lange Amtszeit, die praktisch fehlende Möglichkeit einer Richterabsetzung und der Ausschluss der Wiederwahl: Die einzelnen Verfassungsrichter und -richterinnen sollen unabhängig davon entscheiden, mit wieviel Kritik sie für ihre Entscheidungen rechnen müssen. Und: Die gesetzliche Ausgestaltung legt gleichermaßen nahe, dass sie auch umgekehrt mit ihrem Entscheiden

und Handeln nicht darauf zielen sollen, dafür in der Öffentlichkeit gefeiert zu werden – weder für den Schutz von Minderheiten und schwachen Belangen noch als „Stimme des breiten Volkes“. Diese Zurückhaltung kostet die Allermeisten hier individuell etwas, aber sie dient dem Gericht: Es spricht viel dafür, dass das Bundesverfassungsgericht auf lange Sicht in der Öffentlichkeit stärker dasteht, je weniger seine Mitglieder für sich und ihre Positionen individuell Anerkennung und Applaus in der Öffentlichkeit suchen. – Deshalb ist man bereit, zwölf Jahre lang „Bestandteil“ zu sein.

7. Dabei rede ich nicht radikalem Rückzug aus der Außenwelt in ungerührte richterliche Deliberation das Wort. Das funktioniert nicht. Und dafür hätte das Gericht nicht dieses transparente Gebäude mitten im Leben, das nicht nur Einblick, sondern auch Ausblick gibt. Es bleibt insbesondere richtig, dass argumentierende Verfassungsgerichte, um zu bestehen, sich und ihre Entscheidungen in der Öffentlichkeit immer noch besser und breiter vermitteln und erklären müssen und dass das nicht durch Beschlüsse und Urteile allein gelingt, sondern zusätzlichen Richtereinsatz fordert. Öffentlich erklärende Richterinnen und Richter vertragen sich mit dem Bundesverfassungsgerichtsmodus ohne Weiteres. Dass sie dabei Gegenüber finden, die sich konstruktiv-kritisch auf Erklärungen einlassen, wünsche ich dem Gericht und uns allen sehr.

[...] Allen Gerichtskolleginnen und -kollegen meiner Amtszeit danke ich für das gemeinsame Arbeiten im Bundesverfassungsgerichtsmodus. Mit den Kolleginnen und Kollegen des Ersten Senats durfte ich zwölf Jahre lang die Herausforderung und das Glück argumentierender Entscheidungssuche selbst erleben. Die Arbeit im Senat, mit den Kolleginnen und Kollegen, war erfüllend. [...]

Professorin Dr. **Gabriele Britz**, Richterin des Bundesverfassungsgerichts a. D., Justus-Liebig-Universität Gießen