

(Verfassungs-)Rechtsstaat und Zivilgesellschaft

Vortrag zur Festveranstaltung 50 Jahre Österreichische Juristenkommission

Prof. Dr. Susanne Baer

Richterin des Deutschen Bundesverfassungsgerichts

Gliederung

- I. Ambivalenz der Begriffe
 - 1. Interdisziplinäres Verständnis
 - 2. Transnationale, kollegiale Reflexion
- II. Die ÖJK im Kontext
 - 1. Zivilgesellschaft in Distanz zum Staat?
 - 2. Die relative Unabhängigkeit der ÖJK
 - 2.1. Organisation und Finanzierung
 - 2.2. Personelle Verflechtungen
 - 3. Vorgeschichte(n): Instrumentalisierung und Elite
 - 4. Die ÖJK als „rechtsstaatliches Gewissen“
 - 5. Eine inklusive Organisation?
 - 6. Handlungsfelder: „Minding the Court“ – Minding Justice
 - 7. Handlungsformen: Fachgespräch und Begegnung
 - 8. Zugang zur Macht für strukturell Ungehörte?
- III. Engagement gegen Vorurteile

Es ist mir eine große Ehre, heute zum 50. Geburtstag der Österreichischen Juristenkommission nicht nur gratulieren zu können, sondern auch gebeten worden zu sein, den Festvortrag zu halten. Zugleich haben Sie mir damit eine schwere Aufgabe gestellt, und zwar in zweifacher Weise: Sie haben mich ausdrücklich um Kritik aus einer Außenperspektive gebeten und dies zu einem sehr großen Thema.

Lässt sich über die ganz großen Begriffe noch irgendetwas Interessantes sagen, den bekannten Debatten hinzufügen? Sowohl der Rechtsstaat als auch die Zivilgesellschaft gehören weder zu den Orchideen der Wissenschaft noch zu den vernachlässigten Themen öffentlicher Diskussion. Rechtsstaatlichkeit ist heute nicht zuletzt Maßstab für die Verlässlichkeit von wirtschaftlichen Investitionen; Verfassungsstaatlichkeit ist ein Indikator für einen Rechtsstaat, der auch den Bürgerinnen und Bürgern dient, die nicht investieren; die Zivilgesellschaft ist ein Sammelbegriff für Aktivitäten, die von der „Latschdemo“ für den Frieden bis zur Kunstprovokation, von der Podiumsdiskussion bis zum Protest der „Wutbürger“ reichen.

Ist die Österreichische Juristenkommission Teil der Zivilgesellschaft, vielleicht gar ein Verein der Wutbürgerinnen und Wutbürger? Ich werde mich im Folgenden an Ihrer Selbstbeschreibung orientieren und diese vor dem Hintergrund der Forschung zu Organisationen und Handlungsweisen der Zivilgesellschaft reflektieren. Die Forschung wird dazu dringend benötigt, damit die erwünschte kritische Betrachtung ihren Namen verdient, also möglichst systematisch reflektiert ausfällt.

I. Ambivalenz der Begriffe

Die Dinge liegen nicht ganz so einfach wie einleitend skizziert. Der Verfassungsrechtsstaat und die Zivilgesellschaft können konkret, also in ihren jeweiligen sozialen, kulturellen und politischen Kontexten, sehr unterschiedlich aussehen. Zudem verändern sie sich ständig. Und schließlich sind sie keinesfalls eindeutig zu bewerten. Zwar ist zu vermuten, dass österreichische wie auch deutsche Juristinnen und Juristen Rechtsstaatlichkeit spontan als positiv wahrnehmen. Bei der Zivilgesellschaft ist das aber bereits nicht ganz so klar. Sehen wir genauer hin, sind weder Rechtsstaat noch Verfassungsstaat noch Zivilgesellschaft immer nur eindeutig positiv konnotiert. Vielmehr erscheinen sie uns vielfach zumindest ambivalent, manchmal auch deutlich negativ. Wenn beispielsweise Rechtsstaaten meinen, ohne fundamentale und tatsächlich durchsetzbare Menschenrechte auszukommen, genügt das Label Rechtsstaatlichkeit allein nicht. Wenn Verfassungsstaaten ihren Verfassungsgerichten die Kompetenzen beschneiden, können wir nicht mehr schlicht von Verfassungsstaatlichkeit sprechen, denn es könnte sich um dekorativen Konstitutionalismus handeln. Und wenn die Zivilgesellschaft zum Ersatzszenario für parlamentarische Auseinandersetzungen wird, in dem schlicht Stärkere dominieren, aber nicht in demokratischen Verfahren, dann gewinnt die Demokratie nicht, sondern ist in Gefahr.

1. Interdisziplinäres Verständnis

Wenn wir das Verhältnis zwischen Rechtsstaat und Zivilgesellschaft genauer bestimmen wollen, können wir uns also nicht auf Alltagsassoziationen verlassen. Hier gilt, was auch in der juristischen Arbeit gelten sollte: Wer ernsthaft und eventuell sogar handlungsleitend über die Wirklichkeit sprechen will, darf sich nicht auf die eigenen Alltagsannahmen verlassen. Um wirklich etwas über die Rolle einer Juristenkommission in einem Rechtsstaat sagen zu können, braucht es Wissenschaft. Genauer: Wer Aktivitäten der Zivilgesellschaft in einem Rechtsstaat verstehen möchte, muss auf Erkenntnisse zurückgreifen, die insbesondere in der Forschung gewonnen werden, die sich mit Recht als einem empirischen Phänomen befasst. Das ist Forschung zu Recht und damit auch zu Rechts- und Verfassungsstaatlichkeit als Praxis, auch als einer „politics of rights“¹. Die damit zwingend interdisziplinäre Rechtsforschung² hilft uns, gerade den großen Begriffen nicht vorschnell zu verfallen und positiven oder negativen Assoziationen nicht zu erliegen. Und in der interdisziplinären Rechtsforschung gehört Kritik – ein wenig anders als in der in weiten Teilen positivistischen – „rein“ dogmatischen Rechtswissenschaft – zum guten Ton. Dort lautet ein Credo: Recht muss reflexiv verstanden werden, um es nicht zuletzt moralisch vertretbar nutzen zu können, oder eben: wir dürfen den großen Begriffen nicht auf den Leim gehen. Wir dürfen auch unser juristisches Fachwissen nicht damit verwechseln, Recht als soziales, kulturelles, ökonomisches und politisches Phänomen oder gar die Welt verstanden zu haben.

2. Transnationale, kollegiale Reflexion

Kritik ist also die Tugend jeder wissenschaftlichen Betrachtung. Doch allzu kritisch können meine Beobachtungen dann auch wieder nicht werden. Sie haben mich ja nicht nur in meiner Restfunktion als Wissenschaftlerin hierher gebeten, sondern auch als Kollegin im europäischen Verfassungsgerichtsverbund.³ Dieser Verbund lebt vom Gespräch, und auch dort gibt es durchaus kritische Töne. Aber Kritik wird hier kollegial-loyal modifiziert, hoffentlich erahnend, was insbesondere für Richterinnen und Richter und die weiteren Funktionsträger des

¹ Scheingold, *The politics of rights: Lawyers, public policy, and political change*, 1974.

² Vgl. Baer, *Rechtssoziologie*, 2011. Die Prozesse der Konstitutionalisierung und zivilgesellschaftlichen Engagements werden ja in vielen wissenschaftlichen Disziplinen behandelt: in der Politikwissenschaft, der Soziologie, der Verwaltungswissenschaft, der Kulturwissenschaft, der Rechtswissenschaft im öffentlichen Recht. Was daraus nutzbar gemacht werden kann, um Recht als Praxis besser zu verstehen, bündelt die Rechtsforschung.

³ Der Begriff orientiert sich an der Kennzeichnung der Europäischen Union als „Verfassungsverbund“, also weder als Bundesstaat noch als Staatenbund, und wurde von Andreas Voßkuhle auf das Zusammenwirken der Gerichte in diesem übertragen. Zu den sich daraus ergebenden Fragestellungen und Praxen auch jenseits der EU vgl. Baer, *Praxen des Verfassungsrechts. Text, Gerichte und Gespräche im Konstitutionalismus* in: Bäuerle u.a. (Hrsg.), *Demokratie-Perspektiven*, Festschrift Bryde, 2013.

Rechtsstaats wichtig ist, wenn sie sich als Teil von Zivilgesellschaft begreifen wollen. Diese Zivilgesellschaft ist heute – und auch das deutet die Einladung der Österreichischen Juristenkommission für einen Vortrag zu Ihrem Geburtstag an eine Außenstehende an – transnational verfasst, agiert grenzüberschreitend. Für die Zivilgesellschaft gehört es heute – wie auch für Gerichte, auch für nationale Verfassungsgerichte – schlicht dazu, sich über Grenzen hinweg zu verständigen.⁴

II. Die ÖJK im Kontext

Wer ist nun die Österreichische Juristenkommission im Kontext von Verfassungsrechtsstaat und Zivilgesellschaft, kritisch reflektiert, systematisch verstanden, jenseits der Alltagsassoziation? Was tut sie und was könnte sie tun wollen?

Die Zivilgesellschaft ist in dieser Paarung das deutlich jüngere und für Juristinnen und Juristen auch das unbekanntere Phänomen.⁵ Aus einer rechtlichen Perspektive gab es lange nur Normunterworfenen, die heute etwas kommunikativer orientiert Normadressaten heißen. Sie wurden erst später – beim Zusammentreffen von Rechtsstaat mit Demokratie – zu Legitimationssubjekten, also Quelle der Macht, der „Gewalt“, die dem Rechtsstaat innewohnt.⁶ Staatstheoretisch blieben sie allerdings die Gesellschaft, die vom Staat kategorial zu unterscheiden war. Demgegenüber werden Bürgerinnen und Bürger in jüngerer Zeit auch aktiv in den Rechtsstaat eingebunden. Sie sind nicht mehr nur das Gegenüber, sondern Teil desselben: als Mitverantwortliche, Mitgestaltende, Sachkundige. Das reicht von den tradierten Rechtsfiguren der Beilehung oder der Verwaltungshilfe über die „public private partnerships“ bis zu den in der Wissensgesellschaft besonders wichtigen Beiräten und Sachverständigen, Anzuhörenden und Planungsbeteiligten, in der Justiz den Schöffinnen und Schöffen oder auch den Drittbeteiligten, als *amici curiae*. Bürgerinnen und Bürger sind also heute nicht mehr nur unterworfen, sondern am Rechtsstaat über den Legitimationsakt hinaus vielfach beteiligt. Zudem geht Beteiligung teilweise über die Einbindung von Eliten hinaus. Das zeigt sich nicht nur qualitativ, sondern auch quantitativ: Waren 1948 noch 40

⁴ Dies bedingt nicht zuletzt neue Formen und Kanäle der Diffusion von Recht; vgl. Keck, Sikkink, *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Relations*, 1998; Baleble, Krisch, Schmidt-Gernig (Hg.), *Transnationale Öffentlichkeit und Identität im 20. Jahrhundert*, 2002.

⁵ Für Europa vgl. Cichowski, *The European Court and Civil Society*, 2007 (movement activism in light of litigation and mobilization dynamics; S. 7-13 zu environmental and women's rights); auch Hoskyns, *Encapsulating Feminism*, *European Law Journal* 2 (1996) 1; Harlow, Rawlings, *Pressure Through Law*, 1992; für das internationale Recht vgl. Treves et.al. (eds.), *Civil Society, International Courts and Compliance Bodies*, 2005.

⁶ Die Einbindung von NGOs zur Entlastung oder Information des Staates ist allerdings sehr alt. Am Beispiel des Roten Kreuzes schon Jellinek, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, 1882 (Bedürfnis nach Expertise).

zivilgesellschaftliche Organisationen bei den Vereinten Nationen akkreditiert, so wurden 2008 insgesamt 3052 NGOs gezählt.⁷

Wie aber sieht diese Beteiligung der Zivilgesellschaft am Rechtsstaat genau aus? Die Zivilgesellschaft ist ja heute ebenso omnipräsent wie heterogen. Gehört die ÖJK überhaupt dazu?

Über sich selbst sagt sie: „Die Österreichische Juristenkommission ist ein Verein im Sinne des Vereinsgesetzes. Sie zählt Vertreterinnen und Vertreter aller juristischen Berufsgruppen zu ihren Mitgliedern.“ Beschreibt das eine NGO?

Formal ist diese Frage für die Internationale Juristenkommission in ihrer Beziehung zu den Vereinten Nationen, der UNESCO und im Europarat geklärt. Sie ist dort als NGO akkreditiert. Aber trifft es in der Sache auch auf die Österreichische Kommission zu? Ist ihre Selbstbeschreibung und ist sie in ihrer Ausrichtung und ihrem Tun in der Sache ein Teil der österreichischen Zivilgesellschaft, in einem anspruchsvollen Sinne?

1. Zivilgesellschaft in Distanz zum Staat?

Der Begriff der Zivilgesellschaft kommt aus dem Englischen und übersetzt das Konzept der „civil society“ ins Deutsche. Wieder einmal zeigt sich, wie schwierig das Übersetzen ist – schon klassisch ist das Problem, den Rechtsstaat als „rule of law“ nicht ganz fassen zu können, aber auch die „citizenship“ nicht ganz zu verstehen, wenn wir sie Bürgerschaft nennen. Begriffe bezeichnen vielschichtige Konzepte und diese hängen an Kontexten: So wird in den USA anders als im kontinentalen Europa „die“ Gesellschaft nicht kategorial vom Staat⁸ unterschieden, weshalb „civil society“ spezifische Formen gesellschaftlichen Handelns meint. Der Begriff der Zivilgesellschaft wirkt demgegenüber hierzulande leicht tautologisch, wenn damit nur benannt werden soll, dass es sich eben nicht um den Staat handelt.⁹ Die Doppelung – „zivil“ und „Gesellschaft“ – markiert vielmehr auch, dass zur Zivilgesellschaft nicht alles zählt, was nicht staatlich ist.

Wie sollen wir nun nennen, worum es uns hier geht? Im Deutschen ist anstelle der „civil society“ manchmal von der Bürgergesellschaft die Rede. Das weckt die Assoziationen, dass sich Individuen mit Bürgersinn für das Gemeinwohl engagieren.¹⁰ Doch ist der Bürger eine durchaus schillernde Figur¹¹, und Engagement

⁷ Baehr, Non Governmental Human Rights Organizations in International Relations, 2009, S. 3.

⁸ Für ein anderes Verständnis vom Staat vgl. Schuppert, Staat als Prozess, 2010; zum Status in der deutschen rechtswissenschaftlichen Diskussionen Möllers, Staat als Argument, 1999.

⁹ Dann geht es genauer eher um einen dritten Sektor, der zwischen Staat und Privatunternehmen für die Daseinsvorsorge tätig ist. Dazu Schuppert, Governance und Rechtsetzung, 2011.

¹⁰ Vgl. Frankenberg, Die Verfassung der Republik, 1996. Siehe auch van den Brink, van Reijen (Hrsg.), Bürgergesellschaft, Recht und Demokratie, 1995.

¹¹ Vgl. dazu Baer, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, 2006, S. 18; siehe auch Gosewinkel, Zivilgesellschaft- eine Erschließung des Themas von seinen Grenzen her, 2003.

kann sehr altruistisch ausfallen, aber auch sehr egozentrisch sein. Die Zivilgesellschaft als „civil society“ bevölkert nur der Bürger als *citoyen*, aber nicht als *bourgeois*. Und: „Le citoyen est un etre eminent politique“, wie es Rousseau 1762 im Contrat Social formuliert.¹² Schon damals war es allerdings nicht ganz korrekt, nur von Männern zu sprechen, weshalb es auch im Deutschen durchaus naheliegt, die Gesellschaft der Bürger und Bürgerinnen geschlechtergerecht als Zivilgesellschaft zu bezeichnen. Die Zivilgesellschaft also lebt im Ausgangspunkt von der Differenz zum Staat.

2. Die relative Unabhängigkeit der ÖJK

Allerdings ist diese Differenz zum Staat in heutigen Governance-Netzwerken nicht so einfach und eindeutig zu bestimmen. Für die ÖJK stellen sich da Fragen zur Organisation und personellen Zusammensetzung.

2.1. Organisation und Finanzierung

Manche Juristenkommissionen erhalten Zuschüsse von Ministerien. Das weckt zwar nicht unerhebliche Zweifel an ihrer Staatsferne, spricht aber nicht zwingend gegen zivilgesellschaftliches Handeln. Viele Organisationen werden heute vom Staat bezuschusst, ohne damit auch gleich Staat zu sein. In der sich dezidiert autonom, also vom Staat unabhängig definierenden Frauenbewegung ist das als Problem der Abhängigkeit von „Staatsknete“ intensiv diskutiert worden. Es könnte sein, dass Juristenkommissionen, die sich nicht als autonome Bewegung begreifen, da weniger Berührungsängste haben. Aber die Frage stellt sich auch für sie: Wie stark ist eine Organisation in der Gesellschaft verankert und lässt sich insofern auch als Gegengewicht zum Staat verstehen, die selbst staatlich finanziert ist, entsprechend Rechenschaft ablegen muss, zwar nicht zensiert und gegängelt wird, aber doch freundliche Kooperationsgespräche führt? Die Frauenprojekte der autonomen Frauenbewegung haben immer darauf gepocht, dass es keine inhaltliche Einnischung in ihre Arbeit gibt. Vor dem Hintergrund einer solchen Unabhängigkeit fordern Frauenbewegungen in vielen Staaten sogar, genau die Organisationen und Aktivitäten aus Steuergeldern zu finanzieren, die sich auf den Staat kritisch beziehen. Ein Beispiel sind die Initiativen, die Schattenberichte zu den UN-Menschenrechtskonventionen wie der CEDAW erstellen. Solange eine solche Freiheit der Kritik auch bei einer Juristenkommission gesichert ist, gehören sie ihrer Organisation nach zur Zivilgesellschaft.

2.2. Personelle Verflechtungen

Das Cardozo Committee der Vereinten Nationen hat im Jahr 2004 ausdrücklich betont, dass zur Zivilgesellschaft nur gehört, wer wirklich staatsunabhängig arbeitet: „no window dressing“. Unabhängigkeit ist also auch ein Faktor zivilge-

¹² Rousseau, Le Contrat Sociale, 6. Kapitel, 1. Buch.

sellschaftlicher Legitimität. Diesbezüglich stellt sich für die ÖJK wie für manch andere Juristenkommissionen auch das Problem, personell mit dem Staat engstens verbandelt zu sein. Das erzeugt Reputation und ist ein Zugang zur Macht, aber darin liegt auch eine Herausforderung.

Wie zivilgesellschaftlich ist eine Organisation, in der Ministerialbeamte den Ton angeben? Und wie lässt sich eine Organisation einordnen, in der Richterinnen und Richter dominieren, also nicht die Exekutive, sondern die Judikative? Und was ändert sich, wenn die Anwaltschaft stark vertreten ist, also die nicht an den Staat gebundenen Juristinnen und Juristen? Je mehr die ÖJK Zivilgesellschaft sein will, desto deutlicher muss sie dafür sorgen, dass sich in ihr zwar Menschen engagieren, die auch im Rechtsstaat Positionen bekleiden, dass sie aber als ÖJK nicht dem Staate dient.

3. Vorgeschichte(n): Instrumentalisierung und Elite

Hier lastet auf Juristenkommissionen als nationalen Organisationen der Internationalen Juristenkommission Geschichte. In Grußworten zum Geburtstag wurde daran erinnert, dass „ein Areopag weiser Männer“ (auch: weißer Männer) den Anfang machte, was einseitig genug wäre. Doch gibt es noch weitere Aspekte, die gerade die Staatsferne der IJK kompromittierten. Sie wird auf den deutschsprachigen Websites der nationalen Organisationen so nicht erzählt. Eine gewünscht kritische Reflexion zum Geburtstag kommt ohne sie jedoch nicht aus.

Die Geschichte der IJK ist in gewisser Hinsicht durchaus problematisch, weil sie nicht dazu prädestiniert war, in einem anspruchsvollen Sinne zivilgesellschaftlich zu agieren. Zivilgesellschaft – das ist mehr als Ehrenamt für Eliten. Die Anfangsjahre, die Gründungsmotive und Strategien der IJK ähneln vielmehr genau dem, was wir heute in Scheindemokratien und defizitären Rechtsstaaten kritisieren: Da werden Organisationen als Zivilgesellschaft präsentiert, die tatsächlich Regierungspolitik machen. So begann auch die IJK. Sie wurde 1952 nicht nur aus Anlass der Entführung und späteren Ermordung eines Berliner Anwalts gegründet¹³, sondern dezidiert auch als Gegenpart zur internationalen Assoziation demokratischer Juristen (IADJ), die sich seit ihrer Gründung in Frankreich 1946 für den Rechtsstaat engagierte – aber nicht für die Version, die sich insbesondere die USA damals vorstellten. Die IJK war damit Ausdruck eines „cultural cold war“.¹⁴ Die IADJ galt als zu links, als sozialistisch – und dem wurde die IJK entgegen gesetzt. Sie wurde auch nicht nur von einem Konglomerat US-regierungsnaher Organisationen von der Ford Foundation bis zur Harvard University gesponsert, sondern zudem bis 1967 vom CIA finanziert, ohne dies offen zu legen, weshalb der Präsident gehen musste.¹⁵ Zudem war der strategische Ansatz der IJK dezi-

¹³ Damals war wohl nicht bekannt, dass es sich um einen Nazi handelte, der am Genozid des Holocaust aktiv beteiligt war.

¹⁴ Saunders, *The Cultural Cold War: The CIA and the World of Arts and Letters*, 1999.

¹⁵ McBride gründete allerdings Amnesty International.