

III. Sprengkraft des Fortschritts – Mehr Rechte, weniger Demokratie

Unter dem Grundgesetz wurde dieses Konzept aufgegeben. Das repräsentativ-demokratische Instrument der Ministeranklage lebt in Form der Präsidentenanklage fort (Art. 61 GG), hat aber in dieser, da von echten Machtbefugnissen des Bundespräsidenten kaum die Rede sein kann, sein Wirkungspotential vielmehr in der Sphäre des Symbolischen ein sublimiertes Dasein führt, nahezu jegliche Bedeutung für den Schutz der Verfassung und die Gestaltung der Verfassungswirklichkeit verloren. Für signifikante Verfassungsverletzungen fehlt es an bedeutsamen Gelegenheiten. Die Grundrechte sind demgegenüber mit dem Grundgesetz zu wirklichen Rechten des Einzelnen erstarkt und binden nunmehr die gesamte staatliche Gewalt einschließlich der Gesetzgebung „als unmittelbar geltendes Recht“ (Art. 1 Abs. 3 GG). Sie begründen damit erstmals ein echtes Verfassungsrechtsverhältnis des Einzelnen zum Staat, namentlich in seiner Gesetzgebungsfunktion³¹.

Einzelne Vorstöße, gerade den Gesetzgeber auch *unmittelbar rechtlich* an die Verfassung und besonders ihre Grundrechte zu binden, gab es bereits unter der Weimarer Verfassung sowohl in der Literatur³² wie in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, das einen materiellen Vorrang der Verfassung geltend machte und für Gesetzesnormen eine Prüfungs- und Verwerfungscompetenz in Anspruch nahm³³: Im Einzelfall sollten Gesetze, die gegen die höherrangige Verfassung verstoßen, außer Anwendung bleiben

31 *Christoph Enders*, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, Tübingen 1997, S. 430; zu verfassungsrechtlichen Streitigkeiten, die Einzelpersonen nicht vor den Verwaltungsgerichten führen können, *Klaus Rennert*, in: Erich Eyermann (Begr.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 15. Aufl., München 2019, § 40, Rn. 21, 27.

32 Vor allem *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, München–Leipzig 1928, S. 126 f., 157 ff.; ferner *Hensel*, Rangordnung (Fn. 28), S. 316 in Fn. 2. Zur Gleichheitsgarantie *Erich Kaufmann*, Die Gleichheit vor dem Gesetz des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1927), S. 2–24, 20; zur Eigentumsgarantie *Martin Wolff*, Reichsverfassung und Eigentum, in: Festgabe für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923, Tübingen 1923, IV, S. 1–30, 3, 5, 6.

33 RG, Urt. vom 4. November 1925, RGZ 111, 320 (322 ff.) – Aufwertungs-Urteil; RGZ 116, 268 – Galgenberg.

können. Solchen Vorstößen ging es meist weniger um die konsequente Umsetzung des Freiheitsprinzips, sie richteten sich vielmehr gegen einen demokratischen Gesetzgeber sozialistischer Prägung, der die überkommene Eigentumsordnung in Frage zu stellen drohte. Der anti-demokratische Impetus wurde schon von Zeitgenossen gesehen. Man erkannte hinter der Behauptung von der verstärkten Geltungskraft der Grundrechte der Weimarer Verfassung das „Mißtrauen gegen ein auf der Souveränität des Volkes beruhendes Parlament, das alle Kreise, welche die Demokratie ablehnten, aufrief, nach Mitteln zu suchen, um der Legislative Schranken zu setzen, sie daran zu hindern, weitergreifende soziale Umstellungen durchzuführen“³⁴. Die Herauslösung des Einzelnen aus dem repräsentativ gebildeten und verantworteten Gesamtzusammenhang politischer Herrschaft, die Reduzierung seiner Stellung auf ein Bündel von (Grund-)Rechtsansprüchen gegen den Staat, war das nicht beiläufige Resultat einer Operation, die dazu beitrug, das demokratische Fundament der verfassungsmäßigen politischen Ordnung zu diskreditieren und ihren Zerfall zu beschleunigen. Der Charakter der Grundrechte veränderte sich dabei: Aus Rechten *auf Allgemeinheit* des Individualinteresses, soweit es das Potential der Verallgemeinerung in sich trägt, wurden Rechte *gegen die Allgemeinheit*, gegen die vom Gesetzgeber in politisch-demokratischer, nicht primär rechtlich definierter Verantwortung bestimmten Rahmenbedingungen der Rechts- und Sozialordnung.

In den Verfassungsberatungen zum Grundgesetz hat man ungeachtet dieser Hintergründe den Grundrechten Individualrechtscharakter beilegen wollen, der ausdrücklich und unmißverständlich darin zum Ausdruck kommt, daß diese (auch) die Gesetzgebung „als unmittelbar geltendes Recht“ binden (Art. 1 Abs. 3 GG). Freilich haben sich die Rahmenbedingungen gewandelt: Aus der Unsicherheit und Skepsis, ja grundsätzlichen

34 Willibalt Apelt, Geschichte der Weimarer Verfassung, München 1946, S. 343 f., auch S. 287 f., 300. Kritisch zum „Sieg des Mißtrauens der Juristen gegenüber der Verfassungsloyalität der Politiker [...] der Demokratie“ bereits Thoma, Bedeutung (Fn. 27) S. 41, besonders mit Blick auf Carl Schmitts Lehre von den verfassungsänderungsfesten Grundrechtsgehalten, S. 42 ff., die „auf eine Entwertung der geschriebenen Verfassungen hinaus(laufe)“. Das Rechtsstaatsideal der Weimarer Reichsverfassung gehe „nicht auf die Bindung des Gesetzgebers, sondern auf Bindung von Justiz und Verwaltung einschließlich ihrer obersten Spitze [...]“. Die rechtsgestaltende Souveränität soll sich in die Legislative zurückziehen“, S. 45, mit dem Resümee, S. 53: „Subjektive Meinungen haben gegenüber den formgerechten Entscheidungen des Gesetzgebers keine rechtliche Geltung“. Dazu Dreier, Zwischenkriegszeit (Fn. 27), Rn. 31 f.

Feindschaft der Weimarer Zeit gegenüber einer demokratisch legitimierten und durch die Pluralität der Werte und Meinungen gekennzeichneten Ordnung wurde das Zutrauen zu den freiheitlichen Grundsätzen und den Garantien des Rechts, der Sicherheit und sozialen Gerechtigkeit, wie sie das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland zur Basis eines bald prosperierenden Staatswesens machte. Vor diesem Hintergrund wirken Grundrechte, auch wenn sie rechtsförmig durchsetzbare Ansprüche bezeichnen, nicht als Systembruch im Konzept einer repräsentativen demokratischen Ordnung, sondern bleiben Teil des Systems, dem sie zur gelegentlichen Korrektur von Fehlleistungen der demokratisch legitimierten Institutionen, vor allem auch des Gesetzgebers dienen.

Und dennoch sind negative Effekte, die zu Lasten des repräsentativen Legitimationszusammenhangs gehen und zur Krise der Repräsentation beitragen, nicht zu übersehen: Das zur Wahrung der Verfassung berufene Bundesverfassungsgericht wuchert mit dem Pfund seiner herausragenden und in der genauen Reichweite letztlich von ihm selbst definierten Kontrollfunktion. Das Grundgesetz gilt heute in der Gestalt, die ihm das Bundesverfassungsgericht durch seine häufig sehr eigenständige Auslegung gibt, davon kündigt der Verfassungswandel, den das Grundgesetz an vielen Stellen infolge dieser Interpretation durchlaufen hat. Der politische Spielraum, der den Organen der staatlichen Willensbildung und -ausübung in Wahrnehmung ihrer Repräsentationsaufgabe bleibt, wird durch die autoritative Funktion des Bundesverfassungsgerichts unvermeidbar verengt. Die Verunsicherung des Repräsentationszusammenhangs wird besonders dort spürbar, wo das Bundesverfassungsgericht die Geltungskraft der Grundrechte und damit die Rechtsstellung des Einzelnen in seinem Verhältnis zur Allgemeinheit weit über das ursprünglich absehbare Maß hinaus gestärkt hat, um nun über ihre Wahrung und ihre Funktionsbedingungen verbindlich zu entscheiden³⁵. Der Gesetzgeber reagiert mittlerweile in Anerkennung dieses Rangverhältnisses häufig, indem er sich bis in Details sei-

35 Zu nennen wären an dieser Stelle nicht nur die Umdeutung von Grundrechtsgarantien auf der Ebene ihres Schutzbereichs (wie etwa der Berufswahlgarantie zum einheitlichen Grundrecht der Berufsfreiheit durch die „Drei-Stufen-Lehre“, BVerfGE 7, 377) oder ihrer Schranken (etwa: mit der Anerkennung eines grundgesetzlichen Gegenentwurfs zum NS-Totalitarismus als ungeschriebener Schranke der Meinungsfreiheit, BVerfGE 124, 300, mit der Implementierung des Jugendschutzes als Schranke der Kunstfreiheit, BVerfGE 83, 130 oder mit der Überlagerung speziell geregelter Vorbehaltsklauseln durch ungeschriebene „selbstverständliche“ Schranken, BVerfGE 66, 116). Zu nennen wären auch die Anerkennung nicht ausdrücklich normierter Garantien (wie die eines allgemeinen Per-

ner Arbeit vertrauensvoll an die Hand des Bundesverfassungsgerichts begibt: Die Formulierungen, die das Bundesverfassungsgericht hier zur Lösung von Interessenkollisionen findet, werden unbesehen in den Gesetzestext übernommen, der damit vor Verfassungsverstößen bewahrt scheint. Aber was, wenn wie im Falle der automatisierten Kfz-Kennzeichen-Abfrage das Gericht seine Auffassung ändert und seine Rechtsprechung aufgibt³⁶? Was, wenn eine Entscheidung gar nicht das letzte Wort sein sollte und konnte und für Interpretationen ihrerseits offen ist, wie etwa im Fall der Definition der Gefahr als zentraler Eingriffsvoraussetzung für die Behörden nach dem BKA-Gesetz³⁷? Was, wenn, wie im Sozialrecht, berechtigter Zweifel bestehen, ob verfassungsrechtliche Erwägungen überhaupt geeignet sein können, die für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbaren Mindestvoraussetzungen angesichts ihrer situativen Kontingenz zutreffend zu bestimmen³⁸? Die Verfassungs- und besonders Grundrechtsbindung des Gesetzgebers vermittelt eine trügerische Sicherheit. Vor allem aber drängt sich die Frage auf: Wozu ein Parlament, wenn das Bundesverfassungsgericht die bessere Gesetzgebungsarbeit leistet?

Die Befähigung des parlamentarischen Gesetzgebers, das Maß der allgemeinen Freiheit nach vernünftigen Grundsätzen verlässlich zu bestimmen, wird dadurch langfristig fragwürdig, das Modell der Repräsentation gerät unweigerlich ins Hintertreffen gegenüber der höheren Vernunft des Bundesverfassungsgerichts. Es verwundert wenig, daß das Bundesverfassungs-

sönlichkeitsrechts, BVerfGE 34, 269; 54, 148 oder eines Grundrechts auf substantiell demokratische Entscheidungen, BVerfGE 123, 267) und vor allem die Vermehrung der Grundrechtsfunktionen (durch Anerkennung der mittelbaren Drittwirkung, BVerfGE 7, 198; der grundrechtlichen Schutzpflichten, BVerfGE 39, 1) auch gegen den erklärten Willen des historischen Verfassungsgebers (so für die Statuierung einer grundrechtlichen Leistungsfunktion in Gestalt des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, Art. 1 Abs. 1 GG, BVerfGE 125, 175).

36 BVerfGE 120, 378 (399): Kein Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung liegt vor, wenn „die Daten anonym bleiben und sofort spurlos und ohne die Möglichkeit, einen Personenbezug herzustellen, gelöscht werden“. Die Formulierung wurde übernommen durch § 19a Abs. 1 Satz 6 SächsPolG a.F. vom 15. August 1994, SächsGVBl. S. 1541, Bekanntmachung vom 13. August 1999, SächsGVBl. S. 466 m. späteren Änderungen, ebenso jetzt wieder § 58 Abs. 2 Satz 7 SächsPVDG. Anders aber nunmehr BVerfG, Beschl. vom 18. Dezember 2018 – 1 BvR 142/15 = NVwZ 2019, 381 LS 1.

37 BVerfGE 141, 220 (272, Rn. 112); Übernahme der Formulierung etwa durch Art. 11 Abs. 3 BayPAG oder § 55 BKAG.

38 BVerfGE 125, 175; 132, 134; BVerfG, Urt. vom 5. November 2019 – 1 BvL 7/16 = NJW 2019, 3703.

gerichtet auf der Skala der beliebtesten Einrichtungen des Staatslebens weit oben rangiert, während das Vertrauen in das politische System im übrigen auf immer neue Tiefstwerte sinkt³⁹. Immer wieder wird über eine Entlastung des Bundesverfassungsgerichts nachgedacht⁴⁰. Eine solche Zuständigkeits-Entlastung würde jedenfalls die Demokratie stärken, nämlich die Verantwortungsbereitschaft der politischen Institutionen fördern und so der Politikverdrossenheit entgegenwirken.

39 Renate Köcher, Das Bollwerk. In einer Zeit großer Unsicherheit wird das Bundesverfassungsgericht zu einer Institution, der die Bürger zutrauen, die politische Ordnung und nationale Interessen zu wahren, FAZ Nr. 195 vom 22.8.2012, S. 10; *dies.*, Erosion des Vertrauens. Das Zutrauen in die Leistung der Regierung und die politische Stabilität des Staates ist erdrutschartig gefallen, FAZ Nr. 270 vom 20.11.2019, S. 10.

40 Etwa Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Überlastung des Bundesverfassungsgerichts, ZRP 1996, S. 281–283; Hans Hugo Klein, Kann das Bundesverfassungsgericht entlastet werden?, FAZ Nr. 293 vom 17.12.1997, S. 10, 11.