

# Zeitschrift für Rechtspolitik mit Rechtspolitischer Umschau

# 5

Herausgegeben

von Professor *Dr. Rudolf Gerhardt*, Mainz, und Professor *Dr. Martin Kriele*, Köln

Redaktion: Rechtsanwalt *Martin W. Huff*, Palmengartenstraße 14, 60325 Frankfurt a. M.

Mai 2002

35. Jahrgang

Seite 193 – 240

## Inhalt

### Forum

- I. Karakaya/S. Buch: Sittenwidrigkeit von Sportmanagementverträgen ..... 193
- D. Spitzhorn: Beschleunigung von Genehmigungsverfahren ..... 196
- U. Wollenteit: Rechtliche Aspekte eines Pelztierhaltungsverbots ..... 199
- M. Neumann: Parlamentarische Staatssekretäre in der Bundesverwaltung ..... 203
- W. A. Welke: Mandatory sentencing ..... 207

### Themen der Zeit

- G. Casper: Die Karlsruher Republik ..... 214
- K. M. Meyer-Abich: Die gesellschaftliche Menschenwürde des Embryos in der Naturgeschichte ..... 219
- H. H. von Arnim: Wer kümmert sich um das Gemeinwohl? ..... 223

### Bericht

- H. A. Hesse: Vom wuchernden Prüfungsunwesen im Studium der Rechtswissenschaft ..... 232
- Buchbesprechungen ..... 234
- Echo ..... 235

### Rechtspolitische Umschau

- S. Detjen: Bericht aus Berlin ..... 237
- R. Wägenbaur: Bericht aus Brüssel ..... 238
- S. Schnorr/V. Wissing: Vorfeld der Gesetzgebung ... 239

## Themen der Zeit

Professor Dr. Gerhard Casper, Stanford

### Die Karlsruher Republik\*

Der nachfolgende Text dokumentiert den Festvortrag, den Gerhard Casper, ehemaliger Präsident der Stanford University, aus Anlass des Staatsakts zum 50-jährigen Bestehen des BVerfG am 28. 9. 2001 in Karlsruhe gehalten hat. Der Beitrag fragt aus einer Außenperspektive nach dem Einfluss der Rechtsprechung des BVerfG auf die politische und verfassungsrechtliche Entwicklung der Bundesrepublik.

#### I. Einleitung

Als ihm 1999 der Friedenspreis des Deutschen Buchhandels verliehen wurde, begann Fritz Stern seine Rede mit der Frage: „Warum müssen deutsche Demokratien durch Städte begrenzt oder identifiziert werden: Weimar, Bonn, Berlin. Damit wird die unerwünschte Diskontinuität nur unterstrichen“<sup>1</sup>. Die Diskontinuität, die mit der Bezeichnung „Berliner Republik“ geschaffen worden ist, scheint mir in der Tat fragwürdig. Die Kontinuität des neuen Deutschlands, das durch eine evolutionäre Revolution seit 1949 entstanden ist, wäre betont worden, wenn man auf jedes Städteattribut verzichtet hätte: „Bundesrepublik“ ist eine zutreffende und griffige Bezeichnung. Diese Chance ist wohl verpasst. „Genosse Trend“ scheint auf der Berliner Republik zu bestehen.

#### II. Herrschaft des Rechts in der Karlsruher Republik

Wenn denn Städte zur näheren Bestimmung deutscher Republik dienen sollen, erlauben Sie mir – jedenfalls für den heutigen Tag und aus dem heutigen Anlass – die Stadt Karlsruhe als Symbol deutscher verfassungsrechtlicher Kontinuität zu wählen. Der politischen Lage und den politischen Kräften zur Zeit der Wende, einschließlich der 1990 freigewählten Repräsentanten der Bevölkerung in der DDR, ist es zu verdanken, dass nach „Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands“ das Grundgesetz für das gesamte deutsche Volk gilt und damit die durch das BVerfG geprägte Verfassungsgeschichte der vergangenen fünfzig Jahre als unbezweifelbare Verfassungstradition andauert. Das ist es, was ich zunächst und vor allem mit der Bezeichnung „Karlsruher Republik“ sagen möchte. Mein Titel will dagegen nicht das Klischee von der „Herrschaft der Richter“ aufnehmen. Das BVerfG ist von großer Bedeutung. Die Schaffung des BVerfG unterscheidet die Bundesrepublik institutionell von ihren Vorgängern. Auch insofern ist sie „Karlsruher Republik“. Das Gericht ist, wie Alfred Grosser es einmal ausgedrückt hat, unter allen Institutionen der Bundesrepublik „die originellste und interessanteste Instanz“<sup>2</sup>. Dennoch sollte man realistisch sein. Am Ende wird das Leben in Demokratien vor

allem gestaltet durch die Ansichten und Tätigkeiten der Bürger und ihrer Repräsentanten, nicht in erster Linie durch die „Aristokratie der Robe“, auch wenn diese in wichtigen Fragen das letzte Wort hat.

In den mehr als zweihundert Jahren der selten förmlich geänderten amerikanischen Verfassung hat Deutschland das Ende des Heiligen Römischen Reichs gesehen, den Rheinbund, den Deutschen Bund, 1848, später den Norddeutschen Bund, die bismarcksche Reichsverfassung von 1871, die Weimarer Verfassung, die Rechtlosigkeit und Willkürherrschaft des Dritten Reichs, die Besatzungszeit, zwei Verfassungen der DDR und das Grundgesetz. Wie befriedigend, im wahrsten Sinne des Wortes, und wie befreiend, dass wir heute demokratische Verfassungskontinuität als „Karlsruher Republik“ feiern dürfen. 1951 war das nicht mit Sicherheit vorauszusehen.

In einer recht ambivalenten Ansprache an die Studenten der Hamburger Universität zum In-Kraft-Treten des Grundgesetzes am 24. 5. 1949 sagte Rudolf Laun: „Zwar ist das neue Gesetz nach dem Willen aller Beteiligten nur als ein Provisorium gedacht; zwar ist es nur von Parlamenten und nicht vom Volk selbst geschaffen; zwar ist es keine freie Schöpfung, sondern unter dem Druck der Besetzung zu Stande gekommen; zwar ist es nicht das Werk ganz Deutschlands, sondern nur ein Werk Rumpfdeutschlands: Aber es ist doch ein Auftakt zu einer neuen Entwicklung, wie immer sie verlaufen mag“<sup>3</sup>. Dass die Entwicklung gut verlaufen ist, ist sicherlich nicht ausschließlich, aber doch in vieler Hinsicht, dem BVerfG, ist „Karlsruhe“ zu verdanken.

Es ist nicht zu weit hergeholt, wenn wir in Karlsruhe, der Residenz des BVerfG und des BGH, der „Residenz des Rechts“, auch eine weiter zurückreichende Kontinuität erwähnen. Die Hauptstadt des ehemaligen Landes Baden liegt an der französischen Grenze. Der lange deutsche Weg nach Westen hat im gewissen Sinne hier 1818 mit der badischen Verfassung begonnen, die „westlicher“ war als andere Verfassungen des deutschen Konstitutionalismus und die immerhin ein Jahrhundert Jahre währendes Leben gehabt hat. Mit einem eindrucksvollen Katalog staatsbürgerlicher Rechte, einschließlich politischer Rechte, zielte die Verfassung auf etwas, was man als „rule of law“ bezeichnen darf<sup>4</sup>. Verfassungsänderungen bedurften einer Zweidrittelmehrheit in jeder der beiden Kammern der Ständeversammlung<sup>5</sup>. „Sämtliche Staatsdiener“ waren „für die genaue Verfolgung der Verfassung“ verantwortlich<sup>6</sup>.

Außer „befriedigende“ und „befreiende“ Kontinuität zu betonen, soll „Karlsruher Republik“ auch den einfachen Tatbestand ausdrücken, dass das BVerfG zum Symbol der Herrschaft des Rechts in Deutschland geworden ist: Man „geht nach Karlsruhe“, um sein Recht durchzusetzen. In

\* Der Autor ist ehemaliger Präsident der Stanford University. – Es handelt sich um die – mit Anmerkungen versehene und geringfügig gekürzte – Rede, die der Verfasser beim Staatsakt zur Feier des fünfzig-jährigen Bestehens des BVerfG am 28. 9. 2001 in Karlsruhe gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten.

1) „Verleihung des Friedenspreises an Fritz Stern: ‚Was blühen kann in der Berliner Republik – Auszüge aus der Rede des amerikanischen Historikers‘, Der Tagesspiegel v. 18. 10. 1999, vgl. <http://www2.tagesspiegel.de/archiv/1999/10/17/ak-ku-de-16569.html>.

2) Grosser, Deutschlandbilanz: Geschichte Deutschlands seit 1945, 1970, S. 143.

3) Laun, Das Grundgesetz Westdeutschlands – Ansprache gehalten im Auftrage der Universität Hamburg an die Studenten der Universität Hamburg am 24. 5. 1949, 2. Aufl. (1951), S. 5.

4) §§ 7-25 der Verfassungsurkunde für das Großherzogtum Baden 1818, s. Huber, Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte I, 3. Aufl. (1978), S. 173 f. (Auszüge: § 7 – Gleiche Rechte für alle Bürger; § 13 – Eigentum und persönliche Freiheit; § 15 – Gesetzlicher Richter in Strafverfahren; § 17 – Pressefreiheit).

5) Huber (o. Fußn. 4), S. 181.

6) Huber (o. Fußn. 4), S. 173.

dem Zeitraum zwischen September 1951 und dem 31. 12. 2001 132.000mal, davon 127.000mal mit der Verfassungsbeschwerde. Im ersten Jahr, 1951, waren es fast fünfhundert Verfahrenseingänge, fünfzig Jahre später etwa zehnmal so viel<sup>7</sup>. In der Tat erreichen das *BVerfG*, im Verhältnis zur Zahl der Bevölkerung, mit rund fünftausend Eingängen mehr Fälle als den amerikanischen *Supreme Court* mit rund siebentausend<sup>8</sup>.

Die Akzeptanz der verfassungsgerichtlichen Rolle in der deutschen Bevölkerung ist groß und von 1975 bis 1998 in den alten Bundesländern von 55% auf 69% gestiegen; in den neuen Bundesländern betrug sie 1998 bereits 61% – insoweit die Kontinuität der „Karlsruher Republik“ bestätigend<sup>9</sup>. Kontroverse Entscheidungen haben diesen Trend unterbrochen, aber nicht geändert. Die über die Jahre wiederholte Formulierung, für die das Institut für Demoskopie Allensbach diese hohe Zustimmungsrate ermittelt hat, lautet: „Ich finde es gut, dass das *BVerfG* Entscheidungen der Regierung und des Bundestags ablehnen kann, wenn sie nicht mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Diese Kontrolle ist in einem Rechtsstaat unerlässlich.“ Nur 14% fanden, dass es sich hierbei um politische Entscheidungen handelt, „die man nicht einem Gericht überlassen sollte“<sup>10</sup>. Vom Deutschen Jugendinstitut 1992 befragte 16-29-jährige hatten mehr Vertrauen in Gerichte im Allgemeinen und besonders in das *BVerfG* als in andere staatliche Institutionen<sup>11</sup>.

### III. Institutioneller Wandel

Was dem Außenstehenden an der Karlsruher Republik nach fünfzig Jahren auffällt, ist der institutionelle Pragmatismus. Die Kontroversen um „Juridifizierung der Politik“ und „Politisierung der Justiz“, die in den ersten Jahrzehnten „Schwarz“ und „Rot“, aus verschiedenen Anlässen und zu verschiedenen Zeitpunkten, auf Karlsruher Barrikaden trieben, werden im Großen und Ganzen gelassener angegangen. Man scheint heute allgemein zu verstehen, dass, jedenfalls wenn es sich um die Verfassung handelt, Politik und Recht nicht scharf getrennte Bereiche sind, es nicht sein können und es nicht einmal sein sollen. Im Verfassungsstaat geht es darum, dass die Hindernisse, die *ex ante* errichtet worden sind, um uns, in der schönen Formulierung *Russell Hardins*<sup>12</sup>, vom falschen Wege abzuhalten, durch effektive Institutionen und Konventionen andauernd gestärkt, aber auch neuen Verhältnissen angepasst werden. Das ist eine heikle rechtspolitische – allerdings keine parteipolitische – Aufgabe.

Mein Freiburger Lehrer, *Konrad Hesse*, von 1975 bis 1987 Mitglied des *Ersten Senats*, hat die geforderte Dialektik in seiner Freiburger Antrittsvorlesung von 1958 über „Die normative Kraft der Verfassung“ so beschrieben:

Die wesentlichste ... Voraussetzung der normativen Kraft der Verfassung ist es also, dass sie nicht nur die sozialen, politischen oder ökonomischen Gesetzmäßigkeiten, sondern vor allem auch die geistige Situation ihrer Zeit in sich aufnimmt, dass sie vom allgemeinen Bewusstsein als sachgemäße und gerechte Ordnung bejaht und getragen wird. Kaum minder wesentlich ist es jedoch, dass die Verfassung sich einem Wandel dieser Bedingtheiten anpassen vermag. Sie muss sich, abgesehen von den rein organisatorisch-technischen Bestimmungen, nach Möglichkeit auf *wenige elementare Grundsätze* beschränken, deren Ausprägung im Einzelnen ... jeweils neu, aber im Hinblick auf jene wesentlichen Grundsätze entwickelt werden kann ...<sup>13</sup>.

Diese Ausprägung im Einzelnen, die ständige Definition der *res publica* unter Bezugnahme auf elementare Verfassungsgrundsätze, hat das *BVerfG* in einer Weise betrieben, die ihm weltweit Beachtung und Achtung eingebracht hat.

Es hat sich mit dem Wandel auseinandergesetzt und sich dabei selbst gewandelt, wie, unter anderen, *Gary Schaal* und Mitautoren in einer Schrift darlegen, die in ihrem Titel ebenfalls auf *Die Karlsruher Republik* Bezug nimmt<sup>14</sup>.

### IV. Vorbildfunktion des BVerfG

Das *BVerfG* hat zur Ausdehnung der spezialisierten Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt beigetragen. Sein Erfolg und seine Bedeutung haben insbesondere neue Demokratien in Mittel- und Osteuropa ermutigt, viele Aspekte der Institution zu rezipieren<sup>15</sup>. Sein Einfluss ist aber auch in Westeuropa und darüber hinaus zu finden, vielleicht am eindrucksvollsten in Südafrika<sup>16</sup>. Das *BVerfG* als Vorbild in einer sich demokratisierenden Welt hat auch deshalb Gewicht, weil Karlsruhe zweimal in seiner Geschichte an Regimetransformationen mitzuwirken hatte. Die Hauptaufgabe war natürlich der vom Grundgesetz 1949 markierte Neuanfang nach dem deutschen Staat, in dem gesetzliches Unrecht und der Völkermord organisiert waren. Die zweite Transformation war die rechtliche Behandlung der Wiedervereinigungsfolgen nach 1990. Die Fragen reichten von der strafrechtlichen Verantwortung ehemaliger DDR Funktionäre über Dienstrecht und Rentenregelungen bis zu den Enteignungen aus der sowjetischen Besatzungszeit. Die Sorgfalt, mit der das Gericht diese schwierigen Probleme angegangen ist, im Ergebnis natürlich nicht jenseits jeder Kritik, war ein Beitrag zur Wiedervereinigung seinerseits.

### V. Das Lüth-Urteil als Wegweiser

Ich kehre zum Neuanfang vor fünfzig Jahren zurück. Wenn ich auf die Insel reiste, auf die man nur ein Buch, ein Musikstück, ein Bild und nur eine Entscheidung des *BVerfG* von Bedeutung mitnehmen darf, so würde ich als Entscheidung das *Lüth-Urteil* aus dem Jahre 1958 wählen – nicht weil ich mit der Urteilsbegründung voll übereinstimme, sondern eben wegen ihrer Bedeutung für die Karlsruher Republik. Das Thema des Urteils, im ersten Leitsatz formuliert, lautete: „Die Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat; in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes ver-

7) S. <http://www.bundesverfassungsgericht.de/cgi-bin/link.pl?aktuell>.

8) S. 2000 Year-end Report of the Federal Judiciary, <http://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2000year-endreport.html>.

9) Die Zahlen basieren auf der Korrespondenz des Verfassers mit dem Institut für Demoskopie Allensbach.

10) *Noelle-Neumann/Petersen*, Allensbacher Jahrbuch der Demoskopie – 1993, 1997, S. 752.

11) *Hoffmann-Lange*, Jugend und Demokratie in Deutschland – DJJ Jugendsurvey, 1995, S. 258, 259 f.

12) *Hardin*, Liberalism, Constitutionalism and Democracy, 1999, S. 134.

13) *Hesse*, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, 1959, S. 13-14.

14) *Schaal/Friedel/Endler*, Die Karlsruher Republik, 2000.

15) Ein guter Überblick über die Formen der Rezipierung findet sich auf den Internetseiten des Slowenischen Verfassungsgerichts, A Tabular Presentation of Constitutional/Judicial Review Around the World, <http://www.us-rs.com/en/revfr.html>.

16) Vgl. etwa den Fall *Alix Jean Carmichele v. The Minister of Safety and Security*, CCT 48/00, Para. 54, <http://www.concourt.gov.za/cases/2001/carmichelesum.shtml>. („Our Constitution is not merely a formal document regulating public power. It also describes, like the German Constitution, an objective, normative value system. As was stated by the German Federal Constitutional Court: ‚The jurisprudence of the Federal Constitutional Court is consistently to the effect that the basic right norms contain not only defensive subjective rights for the individual but embody at the same time an objective value system which, as a fundamental constitutional value for all areas of the law, acts as a guiding principle and stimulus for the legislature, executive and judiciary.‘ *BVerfGE* 39, 1 [41] = NJW 1975, 573“).

körpert sich aber auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt<sup>17</sup>.

Das LG Hamburg hatte im Jahre 1951 Erich Lüth unter Berufung auf das Recht der unerlaubten Handlungen im Bürgerlichen Gesetzbuch untersagt, zum Boykott eines neuen Films aufzurufen, der nach einem Drehbuch und unter der Regie des ehemaligen Nazi Regisseurs Veit Harlan hergestellt worden war. An sich lag der Fall einfach. Ein LG, also ein Arm der staatlichen Gewalt, hatte auf Grund einer als Generalklausel gefassten gesetzgeberischen Bestimmung eine Meinungsäußerung verboten, nämlich dass ein Harlan-Film boykottiert werden sollte. Lüth berief sich auf sein „Abwehrrecht“ aus Art. 5 GG. Das BVerfG musste beurteilen, ob der Beschwerdeführer Recht hatte. Lüths Verfassungsbeschwerde wurde in der Tat als begründet angesehen. Das Gericht entschied aber sehr viel mehr – auch wenn Theodor Ritterspach, der Berichterstatler im Ersten Senat, kurz vor seinem Tode meinte, er hätte nicht gehaut, was sich aus diesem Fall entwickeln würde. Die Entscheidung nahm sozusagen den Namen der Bonner Verfassung, „Grundgesetz“, beim Wort. Die Verfassung wurde das Gesetz für die Gesetze, eine Grundnorm nicht nur im formalen Sinn. Ich zitiere:

„Ebenso richtig ist, dass das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will, in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und dass gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt. Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muss als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muss in seinem Geiste ausgelegt werden“<sup>18</sup>.

Diese Feststellung sollte weit tragen und hat in der Tat weittragende Folgen gehabt – bis zu der Postulierung auf die Verfassung gegründeter, durchsetzbarer staatlicher Schutz- und Handlungspflichten zu Gunsten derjenigen, die das Gericht für schutzbedürftig hält. Sie machte nicht nur den Staat, sondern auch die Gesellschaft zum „Regelungsgegenstand“ – ich benutze Dieter Grimms Begriff<sup>19</sup> – der Verfassung. Sie sagte den Bürgern der Republik, dass eine neue Zeit angebrochen sei. Sie sagte den Gerichten und anderen Vertretern der Staatsgewalt, dass vorkonstitutionelles Recht nicht dazu benutzt werden dürfe, einfach alte Lösungen zu perpetuieren. Auf den Fall Lüth angewandt, entschied das BVerfG, dass die in Art. 5 GG als Schranken der Redefreiheit aufgeführten „allgemeinen Gesetze“ nicht dazu verwandt werden dürfen, das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung seines „besonderen Wertgehalts“ zu entleeren<sup>20</sup>.

Vier Jahrzehnte später wird das Thema des Wertsystems variiert. Es ist mehr von „Prinzipien“, weniger von „Wertordnung“ die Rede. Das Wertsystem ist sozusagen weniger systematisch, ist offener, ist problematischer geworden. Von der Güterabwägung wird heute die „praktische Konkordanz“ von Rechtsgütern erwartet. Darin liegt allerdings auch etwas Expansives. In der Tat sieht das Gericht Abwehr gegen staatliche Eingriffe in die Freiheit als nur eine Funktion der Grundrechte.

Beispielhaft zitiere ich aus dem so genannten „Bürgerschafts“-Urteil von 1993<sup>21</sup>, in dem der Erste Senat, entgegen dem BGH, einem Bürgerschaftsvertrag, den eine 21-jährige Tochter zu Gunsten ihres Vaters mit einer Sparkasse eingegangen war, wegen der ungleichen Verhandlungsstärke der Vertragspartner die Wirksamkeit versagte,

d. h. das Gericht betrachtete die Vertragsfreiheit als durch die Verfassung, nicht nur durch das einfache Recht, eingeschränkt.

Mit der Pflicht zur Ausgestaltung der Privatrechtsordnung stellt sich dem Gesetzgeber ein Problem praktischer Konkordanz. Am Zivilrechtsverkehr nehmen gleichrangige Grundrechtsträger teil, die unterschiedliche Interessen und vielfach gegenläufige Ziele verfolgen. Da alle Beteiligten des Zivilrechtsverkehrs den Schutz des Art. 2 I GG genießen und sich gleichermaßen auf die grundrechtliche Gewährleistung ihrer Privatautonomie berufen können, darf nicht nur das Recht des Stärkeren gelten. Die kollidierenden Grundrechtspositionen sind in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden<sup>22</sup>.

## VI. Verhältnis zum Gesetzgeber

Das BVerfG hat in den fünfzig Jahren seiner Existenz immer wieder betont, dass seiner Nachprüfung gesetzgeberischer Abwägungen, aber auch seiner Nachprüfung der anderen Gerichtsbarkeiten, Grenzen gesetzt sind. Es darf und soll nicht die Aufgaben der anderen Gewalten und anderen Gerichtsbarkeiten übernehmen. Seine Zuständigkeit ist nur die verfassungsrechtliche Prüfung<sup>23</sup>. Wenn die verfassungsrechtliche Prüfung sich aber darauf erstreckt, ob der Staat etwaige Schutzpflichten richtig wahrgenommen hat, dann werden die Grenzziehungen zwischen den Gewalten, auch den Gerichtsbarkeiten, sehr unsicher. Was der Verfassung zugeordnet wird, wird den anderen Gewalten weitgehend vorenthalten. Wie die Bundesverfassungsrichterin Wiltraut Rupp-v. Brinneck und der Richter Helmut Simon in ihrem Sondervotum von 1975 zum Gesetz über den Schwangerschaftsabbruch betonten: „Als Abwehrrechte haben die Grundrechte einen verhältnismäßig deutlich erkennbaren Inhalt. ... Demgegenüber ist es regelmäßig eine höchst komplexe Frage, wie eine Wertentscheidung durch aktive Maßnahmen des Gesetzgebers zu verwirklichen ist. ... Die Entscheidung, die häufig Kompromisse voraussetzt und sich im Verfahren von trial and error vollzieht, gehört nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung und dem demokratischen Prinzip in die Verantwortung des vom Volk unmittelbar legitimierten Gesetzgebers“<sup>24</sup>.

Der Preis für diese verfassungsrechtliche Entwicklung kann langfristig eine Schwächung des Gesetzgebers sein, insbesondere wenn dieser sich darauf zu verlassen beginnt, dass sein Wort nicht das letzte Wort ist, und daher glaubt, seinen eigenen Entscheidungspflichten nicht mehr wirklich nachkommen zu müssen. Mit einer bildhaften, an Jonathan Swift's Gulliver erinnernden Formulierung hat Jutta Limbach die Gefahr so beschrieben: „Je enghemischer das Gericht das Netz der Verfassungsvorgaben knüpft, desto mehr zurt es die Handlungsmöglichkeiten des Parlaments fest und lähmt seine politische Phantasie“<sup>25</sup>.

Der Preis ist auch eine Überbeanspruchung der Verfassung im politischen Diskurs: Jeder Anspruch kann einen verfassungsrechtlichen Mantel umgehängt bekommen. Der allzu leichte Vorwurf einer angeblichen Verfassungs-

17) BVerfGE 7, 198 = NJW 1958, 275. Zum Lüth-Fall insgesamt, aus der amerikanischen Perspektive, s. die vorzügliche Analyse von Currie, The Constitution of the Federal Republic of Germany, 1994, S. 181-188.

18) BVerfGE 7, 198 (205) = NJW 1958, 275.

19) Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 408-409.

20) BVerfGE 7, 198 (205) = NJW 1958, 275.

21) BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36.

22) BVerfGE 89, 214 (232) = NJW 1994, 36.

23) BVerfGE 18, 85 (92 ff.) = NJW 1964, 1715.

24) BVerfGE 39, 1 (71 f.) = NJW 1975, 573.

25) Limbach, Im Namen des Volkes, 1999, S. 164.

verletzung erschwert die sachliche Analyse von Vor- und Nachteilen rechtspolitischer Entscheidungen. Wie die Fälle zeigen, die von der gesetzlichen Legalisierung des Schwangerschaftsabbruchs oder der Frage, ob Privatschulen vom Staat zu subventionieren sind, bis zu sozialstaatlichen Interventionen reichen, handelt es sich um eine Argumentationsweise, die von „rechts“ und „links“ und allen Farben des politischen Regenbogens gleichermaßen in Anspruch genommen werden kann.

Nun ist das *BVerfG* im Großen und Ganzen bei der Entwicklung von Schutzpflichten behutsam vorgegangen. Dennoch scheint die Karlsruher Republik dem Außenstehenden durch eine Feinkalibrierung charakterisiert zu sein, die das Gericht als Hüter einer sachgemäßen und gerechten Ordnung im Ganzen und als Revisionsinstanz im Einzelfall, nicht nur als Hüter der Verfassung, erscheinen lässt.

### VII. Rechtsschutz nach Ermessen der Gerichte

Die Hauptaufgabe eines Verfassungsgerichts – die Lösung von Zweifelsfragen bei der Auslegung und Entwicklung der Verfassung – kann unter der Feinkalibrierung leiden, insbesondere angesichts der Arbeitslast des *BVerfG*. Die Tatsache, dass die Annahme von Verfassungsbeschwerden, jedenfalls de jure, nicht im Ermessen des Gerichts steht, sollte auch in diesem Zusammenhang bedacht werden. Ein Ermessen des Gerichts würde den Druck zu früh zu allem eine Stellung beziehen zu müssen, vermindern und würde insofern „judicial self-restraint“, Zurückhaltung, erleichtern<sup>26</sup>.

Die Betonung der Rechtsschutzfunktion des *BVerfG* ist angesichts der fehlenden rule of law im Naziregime sehr verständlich. Von außen gesehen, scheint es dennoch allzu formal, das Ermessen des Gerichts im Annahmeverfahren aus rechtsstaatlichen Erwägungen abzulehnen. Die rule of law ist schließlich die Sache aller Gerichte. Für den Bürger ist das Wichtigste, dass das *BVerfG* selbst, und nicht eine andere Instanz, über die Annahme seiner Beschwerde entscheidet, dass er in der Tat „nach Karlsruhe“ gehen kann.

Ermessen des obersten Gerichts bei der Fallauswahl ist mit Rechtsschutz durchaus vereinbar, wie das Beispiel des amerikanischen *Supreme Court* über inzwischen viele Jahrzehnte gezeigt hat. Vor fünfundzwanzig Jahren habe ich mit *Richard Posner* eine empirische Untersuchung zur Arbeitslast und Entscheidungspraxis des *Supreme Court*<sup>27</sup> unternommen, die uns überzeugt hat, dass der amerikanische Oberste Gerichtshof keine Fälle vermeidet, die – ich benutze die deutschen Formulierungen aus dem Gesetz über das *BVerfG* – von „grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung“ sind oder bei denen die Annahme für die Durchsetzung von Rechten wirklich angezeigt ist (§ 93 a II *BVerfGG*).

### VIII. Streitbare Demokratie und Redefreiheit

Ich komme zurück auf die Urteilsbegründung im Fall *Lüth*. Das unmittelbare Gewicht der Entscheidung lag in ihren Ausführungen zur grundlegenden Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für die Demokratie. Ich zitiere:

Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung ist als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt (un des droits les plus précieux de l'homme nach Artikel 11 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789). Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist. Es ist in gewissem Sinne die Grundlage jeder Freiheit überhaupt, „the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom“ (Cardozo)<sup>28</sup>.

Mit seiner Berufung auf den „schlechthin konstituierenden“ Charakter der Redefreiheit verknüpfte das *BVerfG* das Grundrecht aus Art. 5 GG sozusagen mit dem Organisationsteil der Verfassung: Die Meinungsäußerungsfreiheit ermöglicht es dem Bürger, seine Rolle als ein Teil des Souveräns wahrzunehmen.

*Wilhelm Hennis* hat die These vertreten, dass sich der deutsche, von der konstitutionellen Monarchie herkommende Verfassungsbegriff dadurch von dem von der Volkssouveränität ausgehenden Verfassungsbegriff anderer westlicher Demokratien unterscheidet, dass er die Verfassung vornehmlich versteht als ein „Instrument der Konstitutionalisierung von zur Mitbestimmung zugelassenen gesellschaftlichen Kräften“<sup>29</sup>. In den ersten Jahrzehnten des *BVerfG* schien dieses Verständnis mehr als gelegentlich auch die Einstellung des Gerichts zu charakterisieren. Das Bemühen, die Lehren aus der Zerstörung der Weimarer Republik nicht zu missachten, und die manchmal allzu „streitbare Demokratie“ ließen das schlechthin Konstituierende der Redefreiheit zu Zeiten in den Hintergrund geraten<sup>30</sup>.

Im Ganzen ist das Gericht aber der Bewertung der Redefreiheit in *Lüth* erfreulich treu geblieben und hat sie optimiert, selbst wenn die Urteilsschelte gelegentlich, zuletzt vor wenigen Jahren, sehr laut wurde<sup>31</sup> und selbst wenn Politiker, Verwaltungen und Bürger, hierzulande wie auch anderswo, gelegentlich vergessen, wie kompliziert und schwierig Demokratie in einer pluralistischen Gesellschaft ist. In dieser Hinsicht besonders erfrischend war die einstimmige Entscheidung des *Zweiten Senats* vom Ende letzten Jahres, die es den Zeugen Jehovas zubilligte, dass sie sich nicht als „Sachwalter des Staates“ verstehen müssen, wenn sie den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts beanspruchen. Lapidar sagte das Gericht: „Ob einer antragstellenden Religionsgemeinschaft der Körperschaftsstatus zu versagen ist, richtet sich nicht nach ihrem Glauben, sondern nach ihrem Verhalten“<sup>32</sup>. Diese Unterscheidung zwischen Glauben und Verhalten sollten sich alle Demokratien ins Buch schreiben, wenn in Reaktion auf die Terroranschläge der Druck größer wird, Menschen vor allem auf Grund ihres Glaubens und ihrer Meinungen, ihrer Hautfarbe oder ihrer Abstammung zu beurteilen.

### IX. Europäische Integration

Die Demokratie als Thema ist in den neunziger Jahren vom *BVerfG* vor allem im Zusammenhang mit der europäischen Integration aufgegriffen worden. Es handelt sich

26) Für eine Annahme nach Ermessen votierte auch die Mehrheit (mit zehn zu eins Stimmen) der von dem Bundesministerium der Justiz eingesetzten Kommission zur Entlastung des *BVerfG*, vgl. 3. Abschn., A I, S. 32 f. des Berichts der Kommission, in: Bundesministerium der Justiz, Entlastung des Bundesverfassungsgerichts, 1998.

27) *Casper/Posner*, The Workload of the Supreme Court 92, 1976. („There is no compelling quantitative [or, we might add, qualitative] evidence either that this increase in time pressure has interfered significantly with the ability of the Court to discharge its various responsibilities or that the Court is denying review in cases where Supreme Court review would serve an important function.“).

28) *BVerfGE* 7, 198 (205 f.) = NJW 1958, 275.

29) *Hennis*, in: *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, 1968, S. 373 f.

30) *Casper*, „Redefreiheit und Ehrenschutz“, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, 1971, S. 104.

31) Erwähnt sei beispielsweise die Kritik an der Entscheidung aus dem Jahre 1995 betreffend die Äußerung „Soldaten sind Mörder“, *BVerfGE* 93, 266 = NJW 1995, 3303; zur Kritik s. etwa *Gounalakis*, NJW 1996, 481.

32) *BVerfGE* 102, 370 = NJW 2001, 429.

sozusagen um eine dritte „Regimetransformation“, mit der das *BVerfG* sich auseinandersetzt.

Das Konzept der Volkssouveränität, insoweit hat *Hennis* sicher recht, hat in der deutschen Geschichte nicht die Rolle gespielt, die ihr etwa im revolutionären Amerika oder im revolutionären Frankreich zufiel. 1918 war die Volkssouveränität in Deutschland klar zum Ausdruck gekommen, 1949 eher eine Fiktion, 1989 sichtbar – „Wir sind das Volk“, „Wir sind ein Volk“. Keine Verfassungsgerichtsbarkeit, insbesondere aber nicht die deutsche im Hinblick auf die deutsche Geschichte und das Verbot „verfassungswidriger Verfassungsänderungen“ in Art. 79 III GG, ist auf eine gradlinige Durchsetzung des Volkswillens gerichtet, eher umgekehrt: Vor allem soll sie den Einzelnen und Minderheiten gegen die Mehrheit schützen. Die Volkssouveränität ist alles in allem ein schwieriges, eher rhetorisches Konzept.

In seinem Buch *Liberalism, Constitutionalism and Democracy* weist *Russell Hardin* – in Bezug auf die Volkssouveränität – auf das heute wohlverstandene Problem der Aggregation politischer Präferenzen hin. Er fährt dann fort, dass Regierungsgewalt, um effektiv zu sein, durch Institutionen wirken muss. Aber die Struktur und schließlich auch die Entscheidungen der Institutionen sind im Wesentlichen unbeabsichtigte Folgen, aus Wachstum resultierend, „and not the outcome of popular choice or even any systematic choice at all“<sup>33</sup>. Dies ist das Dilemma, mit dem sich das *BVerfG* in seinem *Maastricht*-Urteil von 1993 beschäftigt hat<sup>34</sup>. Die Verfassungsbeschwerden betrafen die Gründung der Europäischen Union und die Frage, ob die europäische Integration und ihre Institutionen den unverzichtbaren Mindestanforderungen demokratischer Legitimation noch genügen. Nach seiner europäischen Grundrechtsjudikatur setzte sich das *BVerfG* mit der politischsten aller Fragen auseinander: Was bedeutet demokratische Legitimation in der Europäischen Union?

Wie sieht Karlsruhe die europäische Demokratie? Ich zitiere aus der *Maastricht*-Entscheidung:

„Demokratie, soll sie nicht lediglich formales Zurechnungsprinzip bleiben, ist vom Vorhandensein bestimmter vorrechtlicher Voraussetzungen abhängig, wie einer ständigen freien Auseinandersetzung zwischen sich begegnenden sozialen Kräften, Interessen und Ideen, in der sich auch politische Ziele klären und wandeln ... Entscheidend ist, dass die demokratischen Grundlagen der Union schritthaltend mit der Integration ausgebaut werden und auch im Fortgang der Integration in den Mitgliedstaaten eine lebendige Demokratie erhalten bleibt ... Die Staaten bedürfen hinreichend bedeutsamer eigener Aufgabenfelder, auf denen sich das jeweilige Staatsvolk in einem von ihm legitimierten und gesteuerten Prozess politischer Willensbildung entfalten und artikulieren kann, um so dem, was es – relativ homogen – geistig, sozial und politisch verbindet ... rechtlichen Ausdruck zu geben. Aus alledem folgt, dass dem Deutschen Bundestag Aufgaben und Befugnisse von substanziellem Gewicht verbleiben müssen“<sup>35</sup>.

Was die Berufung auf die „relative Homogenität“ des Staatsvolks angeht, so liegt die Betonung wohl auf dem Attribut „relativ“. Den Akzent setzte der *Senat*, so verstehe ich die Begründung jedenfalls, auf die „lebendige Demokratie“, auf die „ständige freie Auseinandersetzung zwischen sich begegnenden sozialen Kräften, Interessen und Ideen“, auf das, was *Lüth* den „unmittelbarsten Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit“ nannte. Wenn in der Karlsruher Republik von einer „Leitkultur“ die Rede sein kann, so ist es sicher die Kultur, die sich als demokratisch versteht und in der fast alle Grundrechte „jedem“, auch dem Ausländer, zustehen, wie es neustens auch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union bekräftigt<sup>36</sup>.

Im *Maastricht*-Urteil verlangt das *BVerfG*, in Übereinstimmung mit Art. 23 GG, zweierlei von der Europäischen Union: Erstens, den Ausbau der demokratischen Grundlagen der Union und, zweitens, die strikte Beschränkung des „Staatenverbundes“ auf die ihm vertraglich eingeräumten Zuständigkeiten, die nur in Übereinstimmung mit dem so genannten Subsidiaritätsprinzip ausgeübt werden dürfen, d. h. nur wenn die Ziele der in Betracht genommenen Maßnahmen auf nationaler Ebene nicht ausreichend erreicht werden können.

Dem Außenstehenden, der dies aus der Perspektive der Verfassungsgeschichte des amerikanischen Föderalismus betrachtet, gelingt es nicht, von dem zweiten Grundsatz viel zu erwarten. Die amerikanische Verfassung beschränkt den Bundesgesetzgeber, der allerdings unmittelbar demokratisch legitimiert ist, auf einen festgelegten Katalog von Zuständigkeiten<sup>37</sup>. Historisch gesehen die wichtigsten sind die Befugnis, den Handel zwischen den einzelnen Staaten und mit fremden Nationen zu regeln, und das Recht, Steuern zu erheben und Geld auszugeben. Spätestens seit den dreißiger Jahren des vorigen Jahrhunderts hat der *US-Supreme Court* daraus, vor allem im Interesse des Sozialstaats, eine umfassende Kompetenz geschaffen, die Wirtschaft als solche, und damit auch fast alle anderen Lebensbereiche, zu regeln.

Nicht nur gibt es, wie das Beispiel der Vereinigten Staaten zeigt, kaum etwas, das sich nicht mit dem Ziel, materielles Wohlergehen zu fördern, verknüpfen und rechtfertigen ließe, sondern es findet sich auch immer ein „zwingender“ Grund, warum es eine einheitliche Regelung geben sollte. Diese Fragen sind allerdings nicht wirklich justiziabel, auch beim *EuGH* in Luxemburg nicht. Justiziabilität fehlt gleichfalls den meisten Kontroversen über die europäische Demokratie. Die europäische Demokratie ist vor allem die Aufgabe der Bürger und der Politik in den Mitgliedstaaten. Eine *europaweite* Öffentlichkeit – von Fachleuten, Wirtschaft und Verbänden abgesehen – gibt es bisher in breiten Bürger- und Wählerschichten kaum. Es ist schwer vorstellbar, dass sich dies in absehbarer Zeit ändern wird – insbesondere angesichts der kommenden Erweiterungen der Union. Ohne eine europäische Öffentlichkeit würde aber auch eine weitere Stärkung des Europäischen Parlaments nicht viel mehr Demokratie als „lediglich formale Zurechnung“ erreichen.

Die Charakterisierung des Demokratiedilemmas der Europäischen Union als Demokratiedefizit legt es nahe, das Defizit durch eine Stärkung des Europäischen Parlaments zu reduzieren. Weniger formal scheint es mir zu sein, weiterhin darauf abzustellen, dass in den Öffentlichkeiten der Mitgliedstaaten und in ihren Parlamenten europäische Probleme und Fragen immer und transparent auf der Tagesordnung stehen, um die „Rückkoppelung“ europäischer Politik an die Volksvertretungen der Mitgliedstaaten zu gewähren.

## X. Lebendige Demokratie als Auftrag

Das wohlthuende Bestehen des *Zweiten Senats* auf „lebendiger Demokratie“ in den Mitgliedstaaten ist wahrscheinlich noch auf lange Zeit wichtiger für Europa als Straßburg oder rechtliche Dispute über Kompetenzvorschriften in Luxemburg. Nach dem zweiten Weltkrieg

33) *Hardin*, *Liberalism, Constitutionalism and Democracy*, 1999, S. 154.

34) *BVerfGE* 89, 155 = NJW 1993, 3047.

35) *BVerfGE* 89, 155 (185 f.) = NJW 1993, 3047.

36) S. ABIEG Nr. 364, S. 1-22, [http://www.europarl.eu.int/charter/pdf/text\\_de.pdf](http://www.europarl.eu.int/charter/pdf/text_de.pdf).

37) Art. 1, Section 8 der amerikanischen Verfassung.

sind viele Demokratien pluralistischer, offener, sachlicher, weniger hierarchisch, fairer geworden. Von der Fortdauer dieser nationalstaatlichen Veränderungen hängt unsere Zukunft ab.

Am Ende des Verfassungskonvents von Philadelphia im Jahre 1787 wurde *Benjamin Franklin* von einer *Mrs. Powel* gefragt: „Was haben wir denn nun, Doktor, eine Republik oder eine Monarchie?“ *Franklins* Antwort war: „Eine Republik, wenn ihr sie bewahren könnt“ („A republic if you can keep it“). Die Aufgabe ist eine Daueraufgabe – überall und für jeden. Im Falle Amerikas hat es einen Bürgerkrieg gebraucht, und dann noch viele Jahrzehnte, um eine integrierte Republik zu erreichen.

Nach fünfzig Jahren *BVerfG*, nach fünfzig Jahren „Karlsruher Republik“, kann die Bundesrepublik den kommenden Transformationen im Vertrauen auf ihre eigene lebendige Demokratie entgegensehen. Das ist in der Tat ein Grund zum Feiern.