

V&R **unipress**

Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen  
Neue Folge

Band 7

Herausgegeben von

Udo Di Fabio, Urs Kindhäuser und Wulf-Henning Roth

Christian Hillgruber / Christian Waldhoff (Hg.)

# **60 Jahre Bonner Grundgesetz – eine geglückte Verfassung?**

V&R unipress

Bonn University Press

Gedruckt im Auftrag der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät mit freundlicher Unterstützung der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.



„Dieses Hardcover wurde auf FSC-zertifiziertem Papier gedruckt. FSC (Forest Stewardship Council) ist eine nichtstaatliche, gemeinnützige Organisation, die sich für eine ökologische und sozialverantwortliche Nutzung der Wälder unserer Erde einsetzt.“

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-89971-621-4

Veröffentlichungen der Bonn University Press  
erscheinen im Verlag V&R unipress GmbH

© 2010, V&R unipress in Göttingen / [www.vr-unipress.de](http://www.vr-unipress.de)

Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages. Hinweis zu § 52a UrhG: Weder das Werk noch seine Teile dürfen ohne vorherige schriftliche Einwilligung des Verlages öffentlich zugänglich gemacht werden. Dies gilt auch bei einer entsprechenden Nutzung für Lehr- und Unterrichtszwecke. Printed in Germany.

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

---

# Inhalt

Vorwort . . . . .	7
Christian Hillgruber Grundrechte als Verfassungsfundament – Die Grundrechtskonzeption des Parlamentarischen Rates . . . . .	9
Hans Peter Schwarz Woran scheitern deutsche Bundeskanzler? . . . . .	29
Jürgen Rüttgers Föderale Vielfalt und Wille zur Einheit . . . . .	53
Wolfgang Löwer Wehrhafte Demokratie . . . . .	65
Wolfgang Schäuble Das Grundgesetz als Rechtsrahmen der deutschen Einheit . . . . .	87
Andreas Voßkuhle Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung – Die Pflege des verfassungsrechtlichen »Quellcodes« durch das Bundesverfassungsgericht . . . . .	97
Josef Isensee Demokratie ohne Volksabstimmung: das Grundgesetz . . . . .	117
Matthias Herdegen Das Grundgesetz und die Europäische Union . . . . .	139

---

Christian Waldhoff	
Die Kirchen und das Grundgesetz nach 60 Jahren . . . . .	151
Peter Häberle	
Das GG als »Exportgut« im Wettbewerb der Rechtsordnungen . . . . .	173
Zu den Autoren . . . . .	205

---

## Vorwort

Das Grundgesetz verfasst sechzig Jahre nach seinem Inkrafttreten einen deutschen Staat, der die Souveränität über seine inneren und äußeren Angelegenheiten wiedererlangt hat. Mit der deutschen Einheit, die vor beinahe zwanzig Jahren erreicht wurde, ist das provisorische Grundgesetz zur endgültigen Verfassung geworden. Trotz der mittlerweile über 50 Änderungen, die der verfassungsändernde Gesetzgeber seit 1949 vorgenommen hat, ist das Grundgesetz in seinen primären Setzungen unverändert, die Herausforderungen der Nachkriegszeit hat es bewältigt, neue Fragen sind entstanden, auf die diese Verfassung eine Antwort geben soll. Der 60. Jahrestag der Verkündung des Bonner Grundgesetzes war für die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Bonn der Anlass für eine Ringvorlesung, in der die neuere deutsche Verfassungsgeschichte der Ausgangspunkt für die Suche nach Antworten auf die verfassungsrechtlichen Fragen der Gegenwart sein sollte.

Unser Dank gilt an erster Stelle den Referenten der Ringvorlesung, die sich sämtlich ohne Weiteres zur Verfügung gestellt und durch ihre je unterschiedlichen Sichtweisen auf das Grundgesetz im Jubiläumsjahr den Verfassungsdiskurs substantiell vorangebracht haben. Prof. Dr. Frank Schorkopf, jetzt Universität Göttingen und seinerzeit Privatdozent unserer Fakultät, half mit, die Idee zu dieser Vorlesungsreihe zu entwickeln. Unser herzlicher Dank gilt neben ihm zahlreichen Helfern, welche die Vorlesung und diesen Band ermöglicht haben. Vom Lehrstuhl Hillgruber ist hier Dr. Christoph Goos hervorzuheben, vom Lehrstuhl Waldhoff sind es vor allem Frau Schulz, Herr Dieterich und Herr Helbach. Wir danken der Universität Bonn, die durch einen Zuschuss die Aufzeichnung der gesamten Ringvorlesung im Uni-TV-Bonn und diesen Band ermöglicht hat. Nicht zuletzt gebührt den Angehörigen der Universität und den Bonner Bürgern unser Dank, die durch ihr großes Interesse

und ihre Diskussionsbereitschaft zum Erfolg der Ringvorlesung beigetragen haben.

Bonn, im Mai 2010  
Christian Hillgruber  
Dekan

Christian Waldhoff



## **Grundrechte als Verfassungsfundament – Die Grundrechtskonzeption des Parlamentarischen Rates**

### **I. Einleitung**

Die sechzigjährige Geschichte des Grundgesetzes ist – ungeachtet vereinzelter, irritierter und irritierender Äußerungen dieser Tage – nach allgemeiner Einschätzung insgesamt gesehen eine außerordentliche Erfolgsgeschichte. Und diese Erfolgsgeschichte ist v. a. die Geschichte einer einzigartigen Entfaltung individueller Freiheit gegenüber dem Staat, die eine in Deutschland nie zuvor erreichte praktische Wirksamkeit erlangt hat. Nicht zuletzt wegen der wirkungsvollen Grundrechtsgewährleistungen haben sich die Deutschen das Grundgesetz in einem Akt des Verfassungspatriotismus wie keine andere deutsche Verfassung zuvor angeeignet und zueigen gemacht.

Im folgenden möchte ich anhand einiger ausgewählter Grundfragen etwas näher untersuchen, wie viel von dem, was aus den Grundrechten des Grundgesetzes in sechzig Jahren ihrer Geltung geworden ist, schon in der Grundrechtskonzeption des Parlamentarischen Rates angelegt gewesen ist, und wie viel insbesondere das Bundesverfassungsgericht nachträglich »hinzugefügt« hat.

### **II. »Mit den Grundrechten beginnen« – das Grundrechtsverständnis im Ausschuss für Grundsatzfragen**

Schon in der Entstehungsgeschichte des Grundrechtsteils des Grundgesetzes bewahrheitet sich, so *Hermann v. Mangoldt* in seinem Schriftlichen Bericht über den Ersten Abschnitt des Grundgesetzes an das Plenum, »daß die Geschichte der Grundrechte zugleich die Geschichte der menschlichen Freiheit ist«<sup>1</sup>.

---

1 *Hermann von Mangoldt*, Schriftlicher Bericht über den Abschnitt 1. Die Grundrechte, Parlamentarischer Rat Bonn 1948/49, Anlage zum stenographischen Bericht der Sitzung vom 6. Mai 1949, S. 5, 7.

In der Tat spielten die Grundrechte und die durch sie zu gewährleistende Freiheit in den Beratungen des Parlamentarischen Rates eine herausgehobene, zentrale Rolle. Deshalb wandte sich man ihrer Ausgestaltung und Ausformulierung auch sogleich zu. »Jedenfalls kommen wir«, so *Theodor Heuss*, »wenn wir mit den Grundrechten beginnen, mitten in die Arbeit hinein. Die anderen Probleme, Provisorium, Legitimität usw. werden zu rechten Zeit auftauchen. [...] Ich fürchte, wenn wir in eine Diskussion über den Begriff des Provisoriums eintreten, kommen wir nicht weiter. [...] Daher sollten wir mit den Grundrechten beginnen«<sup>2</sup>.

Mit den Grundrechten in den Beratungen anzufangen, darauf verständigte sich der Ausschuss für Grundsatzfragen, dem *Heusschen* Votum folgend, in der Tat schon in seiner zweiten Sitzung vom 16. September 1948, und dies nicht allein aus Gründen der Arbeitsökonomie. Vielmehr drückte sich darin, wie der weitere Verlauf der Beratungen zeigen sollte, eine grundlegende Wertentscheidung aus: die Vorordnung des Einzelnen in seiner Würde und mit den ihm zukommenden Freiheitsrechten vor den neu zu konstituierenden Staat, dessen bestimmungsgemäßer Zweck gerade in der Gewährleistung und dem Schutz dieser Rechte liegen sollte.

Der Konvent von Herrenchiemsee hat diese Grundüberzeugung in dem Satz niedergelegt, dass der Mensch nicht um des Staates willen, sondern der Staat um des Menschen willen da sei. *Carlo Schmid* griff diesen Gedanken im Parlamentarischen Rat wieder auf: »Wir wollen unter ›Staat‹ etwas verstehen, das zu dienen hat und nicht von sich aus da ist. Vor dem Staat soll der Mensch kommen. Wir vindizieren dem Menschen Rechte, die er für sich beansprucht, ehe er anfängt, dem Staat andere Rechte zuzuerkennen«<sup>3</sup>.

Im Ausschuss für Grundsatzfragen sprach *Schmid* davon, dass den Grundrechten das »logische Prius zukommt«, und meinte: »Sie dürften nur geringe Kontroversen hervorrufen«<sup>4</sup>. Anders als 1848 bewahrheitete sich 1948 diese Einschätzung, jedenfalls im Grundsätzlichen. Noch in derselben Sitzung einigte man sich darauf, eine Katalog »echter«, klassischer, das Verhältnis des Einzelnen zum Staat regelnder Grundrechte aufstellen zu wollen, die keine bloß politisch-programmatischen Deklarationen sein sollten, sondern unmittelbar anwendbares Recht, das zu bekräftigen nach der rechts nihilistischen NS-Herrschaft aller Anlass bestand: »Nach den Exzessen der staatlichen Macht in den vergangenen 12 Jahren haben auch die klassischen Grundrechte wieder eine evidente Be-

2 *Theodor Heuss*, Der Parlamentarische Rat. Akten und Protokolle, Bd. 5/1, Ausschuss für Grundsatzfragen, 1993, Zweite Sitzung vom 16. 9. 1948, Dok. Nr. 2, S. 3 – 14, 14.

3 *Carlo Schmid*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Vierte Sitzung vom 23. 9. 1948, Dok. Nr. 5, S. 62 – 87, 65.

4 *Schmid*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Zweite Sitzung vom 16. 9. 1948, Dok. Nr. 2, S. 3 – 14, S. 9.

deutung erlangt<sup>5</sup>. *Carlo Schmid* gab die Auffassung der überwältigenden Mehrheit der Ausschussmitglieder wieder, als er erklärte: »Ich halte es überhaupt für sinnwidrig, Deklamationen und Deklarationen in die Verfassung aufzunehmen. Wohl aber ist es praktisch notwendig, einen Katalog jener Grundrechte aufzunehmen, die bindendes Recht für die Gerichte sind und auf die sich der einzelne Bürger berufen kann, um einen konkreten Rechtsanspruch einzuklagen oder umgekehrt einen Eingriff des Staates in seine Freiheitssphäre abzuwehren«<sup>6</sup>.

Im übrigen, auch das war alsbald Konsens, sollte nicht nur die Verwaltung, sondern auch die Gesetzgebung an die Grundrechte gebunden sein: »Sie sollen unmittelbar geltendes Recht sein. Das heißt, sowohl der Gesetzgeber wie der Richter wie die Verwaltung sollen an dieses Recht gebunden sein, und der einzelne Betroffene soll wegen eines solchen Rechts auch einen Prozess führen können«<sup>7</sup>. Von Anfang an war klar, dass man sich darauf beschränken wollte, jene Rechte als Grundrechte aufzuführen, die in diesem juristischen Sinne einer Beschränkung der Staatsgewalt »reale Bedeutung« erlangen konnten<sup>8</sup>. Sie sollten – anders als in der Weimarer Verfassung, in der sie »teilweise nur eine Stück Literatur« gewesen waren, – als aktuelles Recht und nicht als Rechtsgrundsätze, die zu ihrer Ausführung erst noch besonderer Durchführungsgesetze bedürfen, ausgestaltet werden«<sup>9</sup>.

Gerade deshalb schied auch ein bloßer Rekurs auf das heillos umstrittene Naturrecht aus: »Es besteht die Notwendigkeit, die Grundrechte im einzelnen zu konkretisieren«, stellte *August Zinn* fest. »Mit allgemeinen Rechtssätzen vorverfassungsrechtlicher Art kann die Rechtspraxis nichts anfangen. Eine nähere verfassungsrechtliche Umschreibung erscheint [mir] deshalb unerlässlich«<sup>10</sup>. Naturrechtssätze könne man nicht unmittelbar anwenden. Sie seien zu unsicher und zu unbestimmt. Es gelte die zu garantierenden Rechte vielmehr in die für die unmittelbare Rechtsanwendung erforderliche Form zu bringen. *Carlo Schmid* betonte den historischen Entscheidungscharakter der Verbürgung konkreter

5 *August Zinn*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Dritte Sitzung vom 21. 9. 1948, Dok. Nr. 4, S. 28–61, S. 34. Ebenso *Josef Schrage*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), S. 39.

6 *Schmid*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Zweite Sitzung vom 16. 9. 1948, Dok. Nr. 2, S. 3–14, 10.

7 *Wilhelm Heile*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Sitzung vom 21. 9. 1948, Dok. Nr. 4, S. 28–61, 43. Siehe ferner die Äußerungen von *v. Mangoldt* und *Anton Pfeiffer*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), S. 43, ferner *Helene Weber*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Vierte Sitzung vom 23. 9. 1948, Dok. Nr. 5, S. 62–87, 69.

8 *Zinn*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), S. 9.

9 *Zinn*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Dritte Sitzung vom 21. 9. 1948, Dok. Nr. 4, S. 28–61, 35. Auch *Ludwig Bergsträsser*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), S. 32 hatte die Notwendigkeit betont, »die personellen Grundrechte durcharbeiten, die Formulierungen möglichst so zu gestalten, dass sie unmittelbar anwendbares Recht sein können«.

10 *Zinn*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), S. 34.

Grundrechte: »Ich würde das Ganze dezisionistisch-voluntativ fassen: Wir, die wir hier sind, erklären, dass wir unterhalb eines bestimmten Standards von Freiheiten und Rechten des Einzelmenschen kein staatliches Leben führen wollen. [...] Damit ist der Mindeststandard charakterisiert, von dem wir ausgehen wollen, die absolute Schranke, die gegenüber der Staatsraison aufgerichtet ist«<sup>11</sup>.

Das Grundgesetz beschränkt sich denn auch darauf, in dem Bekenntnis des deutschen Volkes gemäß Art. 1 Abs. 2 GG nach und aufgrund der Erfahrungen mit der nationalsozialistischen Diktatur den Anschluss an die Idee vorstaatlicher und universelle Geltung beanspruchender Menschenrechte zu erklären<sup>12</sup>. Auf der Grundlage dieser bekenntnishaften Anknüpfung an die europäisch-atlantische Menschenrechtstradition<sup>13</sup> bringt es die Menschenrechte sodann über Art. 1 Abs. 3 GG als Grundrechte zu unmittelbarer, positiver, verfassungsrechtlicher Geltung, »damit sie in Zukunft eine wirksamere Bindung für den einfachen Gesetzgeber darstellen«<sup>14</sup>.

Den Einwand, dass man Freiheiten festlegen werde, die wegen der Herrschaft der Besatzungsmächte keine praktische Wirkung entfalten würden, ließ man im Ausschuss für Grundsatzfragen nicht gelten. *Theodor Heuss* betonte: »Wir müssen den Grundrechtskatalog so formen, als ob die Besatzungsmächte nicht vorhanden wären, als einen Anspruch, den wir den Deutschen geben«<sup>15</sup>. *Carlo Schmid* assistierte: »Wir können den Grundrechtskatalog als Mindeststandard dessen, was wir haben wollen, schaffen. [...] Ohne einen gewissen Mindeststandard von Grundrechten können wir nicht leben und dürfen wir nicht leben wollen«<sup>16</sup>. Mochte das Verfassungswerk auch insgesamt im Hinblick auf die

11 *Schmid*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Vierte Sitzung vom 23. 9. 1948, Dok. Nr. 5, S. 62–87, 70. Siehe auch schon *dens.*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), S. 67: »In dieser Sphäre der geschichtlichen Entwicklung sind wir Deutsche nicht bereit, unterhalb eines Freiheitsstandards zu leben, der den Menschen die und die und die Freiheiten als vom Staate nicht betreffbar garantiert«.

12 Dabei war man sich im Parlamentarischen Rat bewusst, dass die Grund- und Menschenrechte, wie die damals in Vorbereitung befindliche und im Entwurfsstadium (Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Dok. Nr. 10, S. 220–225) zur Kenntnis genommene Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen (vom 12. Dezember 1948) zeigte, »sich neuerdings zu einem völkerrechtlich anerkannten Recht zu entwickeln beginnen« (*Zinn*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), S. 34).

13 Vgl. *Christian Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/ders., GG, Kommentar, 5. Aufl. 2005 Art. 1 Abs. 2 Rn. 126 f., 131 f. m.w.N.

14 v. *Mangoldt*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Dritte Sitzung vom 21. 9. 1948, Dok. Nr. 4, S. 28–61, 40.

15 *Heuss*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Zweite Sitzung vom 16. 9. 1948, Dok. Nr. 2, S. 3–14, 11.

16 *Schmid*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), S. 10 f. Vgl. auch *Pfeiffer*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), S. 12: »Auch bei den Grundrechten sollten wir uns keinerlei Beschränkungen auferlegen, sondern hundertprozentig hineinsteigen, ohne Rücksicht darauf, welche Stellung

Teilung Deutschlands provisorischen Charakter haben, so durfte dies doch für die auszuarbeitenden Grundrechte nicht gelten: »Aber man kann die Grundrechte nicht als provisorisch ansehen, sondern diese müssen den Ewigkeitsgehalt irgendwie in sich tragen, um überhaupt eine innere Rechtfertigung zu haben. [...] Aber wenn man über Grundrechte spricht, dann muss man ihnen schon das Pathos des Dauernden geben«<sup>17</sup>.

### III. Die Entscheidung des Parlamentarischen Rates für ein allgemeines Freiheitsrecht

Doch welche Grundrechte sollten zu diesem Mindeststandard rechnen? Wie weit sollte der Freiheitsschutz reichen? *Ludwig Bergsträsser* legte als Berichterstatter am 21. 9. 1948 einen Grundrechtskatalog vor, der als Art. 1 bereits das, wie *August Zinn* es nannte<sup>18</sup>, »allgemeine Freiheitsrecht« enthielt, das später Art. 2 Abs. 1 GG werden sollte:

»Der Mensch ist frei. Er darf tun und lassen, was die Rechte anderer nicht verletzt oder die verfassungsmäßige Ordnung des Gemeinwesens nicht beeinträchtigt. Niemand kann zu einer Handlung, Unterlassung oder Duldung gezwungen werden, wenn nicht ein Gesetz oder eine auf Gesetz beruhende Bestimmung oder ein Gewohnheitsrecht es verlangt oder zulässt. Glaubt jemand, durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt zu sein, so steht ihm der Rechtsweg offen.«<sup>19</sup>

Ein solches allgemeines Freiheitsrecht versteht sich keineswegs von selbst. In der Weimarer Verfassung war es nicht enthalten. Der anglo-amerikanischen

---

die Besatzungsmächte im einzelnen einnehmen«. Siehe ferner *Adolf Blomeyer, Hermann v. Mangoldt, Der Parlamentarische Rat* (Fn. 2), Dritte Sitzung vom 21. 9. 1948, Dok. Nr. 4, S. 28–61, S. 39 f., 40.

17 *Heuss, Der Parlamentarische Rat* (Fn. 2), Dritte Sitzung vom 21. 9. 1948, Dok. Nr. 4, S. 28–61, 43 f. Grundsätzlich *Adolf Süsterhenn, Der Parlamentarische Rat* (Fn. 2), Bd. 5/II, Dok. Nr. 38, 29. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen, S. 805–845, 807: »Es ist richtig, dass zu Beginn dieser Verhandlungen und auch schon bei den Verhandlungen in Chiemsee sehr stark der fragmentarische Charakter dieses Verfassungswerks betont worden ist [...] Es hat sich aber [...] herausgestellt, dass das, was hier im Entwurf vorliegt, eigentlich doch schon de facto eine Vollverfassung im wirklichen Sinne des Wortes ist, und das Fragmentarische lediglich noch darin besteht, dass wir gebietsmäßig ein Fragment darstellen und bezüglich der Ausübung der Hoheitsrechte im Verhältnis zu den Besatzungsmächten nur gewisse fragmentarische Befugnisse besitzen. Im übrigen ist das System und der Aufbau dieser Verfassung [...] durchaus der Aufbau einer Vollverfassung«.

18 *Zinn, Der Parlamentarische Rat* (Fn. 2), Dritte Sitzung vom 21. 9. 1948, Dok. Nr. 4, S. 28–61, 35.

19 *Katalog der Grundrechte, Der Parlamentarische Rat* (Fn. 2), Dok. Nr. 3, S. 15–27, 17.

Rechtstradition ist es fremd; diese kennt nur bestimmte, aus spezifischen historischen Unrechtserfahrungen hervorgegangene, thematisch zugeschnittene und abgegrenzte, besondere Freiheitsrechte. Die Formulierung des Art. 1 des Bergsträsserschen Entwurfs lehnte sich an Art. 2 Abs. 1 u. 2 der Hessischen Verfassung vom 1. 12. 1946 an und rekurrierte mit der Formulierung eines allgemeinen Freiheitsanspruchs ideengeschichtlich auf Art. 4 der französischen Menschen- und Bürgerrechtserklärung von 1789<sup>20</sup>. Bergsträsser erläuterte dementsprechend: »Freiheit besteht in jeder Handlung, die niemandem anderen schädlich ist. Die Grenzen der Freiheit des einzelnen, die sein natürliches Recht ist, gehen nur bis zu dem Punkt, wo sie die Freiheiten seines Mitbürgers beeinträchtigen. Die erwähnten Grenzen werden ausschließlich von dem Gesetz festgelegt«<sup>21</sup>. Auf diese Weise wollte man »den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit in Verbindung mit der Freiheit festlegen«<sup>22</sup>. »Die Grundrechte«, so Bergsträsser weiter, »sind aus der Idee entstanden, die Einzelpersonlichkeit gegen den Staat abzugrenzen, also aus der Idee der Freiheit heraus«<sup>23</sup>. Dass diese allgemeine Freiheitsgarantie als rechtsverbindliche und einklagbare konzipiert war, zeigte ihre Verkopplung mit der Rechtsweggarantie, die später in Art. 19 Abs. 4 GG ihren definitiven Platz fand. In allen Fällen, in denen in Freiheitsrechte eingegriffen wird, sollte die Klagemöglichkeit bestehen<sup>24</sup>.

Diese Grundrechtsgewährleistung war somit von Anfang als die Garantie der Freiheit von gesetzwidrigem und gesetzlosem Zwang konzipiert, effektiviert durch die flankierende Gewährleistung gerichtlichen Rechtsschutzes. Die Vorschrift enthielt damit die grundrechtliche Gewährleistung der allgemeinen,

20 »La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a des bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi«. Weil das allgemeine Freiheitsrecht damit am Anfang der kontinentaleuropäischen Geschichte der Grundrechte steht, ist seine Garantie keineswegs schlechthin »unhistorisch«, wie teilweise behauptet wird (vgl. nur *Dieter Grimm*, Sondervotum, BVerfGE 80, 137 (164); *Klaus Rennert*, Das Reiten im Walde – Bemerkungen zu Art. 2 I GG, in: NJW 1989, 3261, 3263). Wie hier auch *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/ders., Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2005, Bd. 1, Art. 2 I Rn. 9, der allerdings zu Recht darauf hinweist, dass damit damals noch kein wirksamer Schutz gegen den – in rousseauistischen Manier als omnipotent angesehenen – Gesetzgeber verbunden war.

21 *Bergsträsser*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Dok. Nr. 3, S. 15–27, 17.

22 v. *Mangoldt*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Vierte Sitzung vom 23. 9. 1948, Dok. Nr. 5, S. 62–87, 75.

23 *Bergsträsser*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Dritte Sitzung vom 21. 9. 1948, Dok. Nr. 4, S. 28–61, 29. Ebenso *Schrage*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), S. 39: »Die Grundrechte haben ihren Ursprung in der Freiheit der Persönlichkeit und in dem Schutz dieser Freiheit gegen den Eingriff des Staates und seiner Verwaltung«.

24 v. *Mangoldt*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Vierte Sitzung vom 23. 9. 1948, Dok. Nr. 5, S. 62–87, 75.

unter Gesetzesvorbehalt stehenden und mit gerichtsförmigem Rechtsschutz bewehrten Verhaltensfreiheit.

In zweiter Lesung wurde die Bestimmung vom Grundsatzausschuss grundlegend umgestaltet. Der heute geltende Abs. 1 erhielt dabei seine endgültige Fassung. Die von *Richard Thoma* an dem in erster Lesung beschlossenen Grundrechtskatalog geübte Kritik<sup>25</sup> insoweit aufnehmend, wurde der Satz »Der Mensch ist frei« als nichtssagend aufgegeben<sup>26</sup> und Abs. 2 so formuliert wie er später als Art. 2 Abs. 1 GG Verfassungsgesetz wurde. Dabei war die nunmehr von der »freien Entfaltung seiner Persönlichkeit« sprechende, auf einen Vorschlag der CDU/CSU-Fraktion zurückgehende<sup>27</sup> Neufassung offenbar durch den im Oktober 1948 in Paris angenommenen Entwurf der am 10.12.1948 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedeten Erklärung der Menschenrechte inspiriert<sup>28</sup>.

Diese Neufassung blieb allerdings nicht unbestritten. Kritik wurde an der Wahl der Worte »freie Entfaltung seiner Persönlichkeit« geübt: »Freie Entfaltung der Persönlichkeit ist doch mehr ein innerer Vorgang. Der Einzelne soll das Recht haben, frei zu handeln, soweit er nicht die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verletzt«<sup>29</sup>. Dem wurde entgegengehalten: »Die Persönlichkeit kann sich nur im Handeln entfalten«<sup>30</sup> und »Menschenwürde bedeutet vor allen Dingen, frei verantwortlich zu handeln«<sup>31</sup>. Die Diskussion endete mit der Feststellung: »Freie Entfaltung« umfaßt alles«<sup>32</sup>. Daher beließ man es beim Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit<sup>33</sup>.

Verlauf und Abschluss dieser Diskussion ist zu entnehmen, dass die neue Wortwahl keine Inhaltsänderung, insbesondere keine Beschränkung des Gewährleistungsgehalts des Grundrechts bedeuten, es vielmehr auch mit Art. 2

---

25 *Richard Thoma*, Kritische Würdigung des vom Grundsatzausschuss des Parlamentarischen Rates beschlossenen und veröffentlichten Grundrechtskatalogs vom 26.10.1948, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Dok. Nr. 18, S. 361–379, 363.

26 Vgl. 23. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 19.11.1948, in: Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, Bd. 5/II, 1993, Dok. Nr. 30, S. 603–620, 605 f.

27 Ebd., S. 603–620, 604 Fußn. 7, 606.

28 Vgl. den Entwurf vom 7.10.1948, in: Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, Bd. 5/I, Dok. Nr. 10, S. 220–225. Art. 23 Abs. 2 des Entwurfs erklärt »die volle Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit« zum Erziehungsziel, und nach Art. 27 hat das Individuum »Pflichten gegenüber der Gemeinschaft, die ihm die freie Entwicklung seiner Persönlichkeit erlaubt«.

29 *Bergsträsser*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), 23. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 19.11.1948, Bd. 5/II, 1993, Dok. Nr. 30, S. 603–620, 606.

30 *Fritz Eberhard*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Bd. 5/II, 1993, Dok. Nr. 30, S. 603–620, 607.

31 v. *Mangoldt* ebd.

32 *Lambert Lensing* ebd.

33 v. *Mangoldt*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Bd. 5/II, 1993, Dok. Nr. 30, S. 603–620, 609.



Abs. 2 in der vom Ausschuss für Grundsatzfragen auf der 27. Sitzung am 1.12.1948 in zweiter Lesung<sup>34</sup> und vom Hauptausschuss in der 17. Sitzung am 3.12.1948 in erster Lesung<sup>35</sup> angenommenen Fassung bei der grundrechtlichen Garantie der Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne bleiben sollte<sup>36</sup>. Dies wird durch die weitere Entstehungsgeschichte bestätigt.

Art. 2 wurde im weiteren Verlauf der Beratungen als »Generalklausel für die ganzen Grundrechte« bezeichnet. »Wir haben folgenden Aufbau. Oben darüber steht die Menschenwürde, dann kommt die allgemeine Freiheit, die alles in sich schließt. Art. 3, 4 und 5 sind alles Freiheiten, die aus dieser allgemeinen Freiheit fließen und eine Spezialisierung dieser allgemeinen Freiheit darstellen«<sup>37</sup>. *Adolf Süsterhenn* deutete das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit als »ein gewisses Aktivitätsrecht ..., ein Recht, sich auszuwirken im Sinne der Persönlichkeitsentfaltung«, wodurch man »in den Rechtsbereich anderer eindringen« könne<sup>38</sup>.

Bei der zweiten Lesung der Grundrechte im Hauptausschuss führte *Hermann von Mangoldt*, der Vorsitzende des Grundsatzausschusses, zu dem in Art. 2 Abs. 2 des Entwurfs enthaltenen »Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit« aus, der Grundsatzausschuss sei der Auffassung gewesen, »daß die Fassung ›Jedermann hat die Freiheit, zu tun und zu lassen‹ zu vulgär klingt, und wir meinen, daß das Würdevolle im Klang, das wir in die ganze Fassung unserer Grundrechte hineinlegen wollten, durch diese Fassung durchbrochen würde«<sup>39</sup>. Dementsprechend erläuterte er den Eingriffsvorbehalt nach Abs. 3 S. 1 des Entwurfs dahin, dass damit festgelegt werde, »daß in die Freiheitsrechte, also in diese allgemeine Freiheit, wie sie in Artikel 2 niedergelegt ist – und das gleiche gilt auch für alle anderen Freiheiten, wie sie in den folgenden Artikeln, die im Grunde genommen nur Spezialgesetze dazu sind, niedergelegt sind –, nur auf Grund der Rechtsordnung, das heißt aufgrund eines Gesetzes oder gewohnheitsrechtlicher Sätze, eingegriffen werden kann«<sup>40</sup>.

In dem von den Berichterstattern des Hauptausschusses für das Plenum des

34 Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), 27. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 1.12.1948, Bd. 5/II, Dok. Nr. 35, S. 784–788, 784.

35 Abgedruckt in: Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Bd. 5/II, Dok. Nr. 37, S. 802–804, 802.

36 Dies ist vom Allgemeinen Redaktionsausschuss zunächst nicht verstanden worden; vgl. Anm. zu der redigierten Fassung vom 13. 12. 1948, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Bd. 5/II, Dok. Nr. 40, S. 875–891, 877.

37 v. *Mangoldt*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), 32. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 11. 1. 1949, Bd. 5/II, Dok. Nr. 42, S. 910–953, 918.

38 S. Fn. 37, S. 910–953, 925. Vgl. auch v. *Mangoldt* ebd.: »Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ist das Recht auf persönliche Freiheit«.

39 Protokolle der Sitzungen des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates, 42. Sitzung vom 18. 1. 1949, S. 529, 533.

40 Ebd., S. 535.



Parlamentarischen Rats abgegebenen schriftlichen Bericht zum Entwurf des GG für die Bundesrepublik Deutschland führte *Hermann von Mangoldt* zum Abschnitt I. Die Grundrechte aus, Art. 2 Abs. 1 enthalte die Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit; die Formulierung bringe die Anerkennung des Werts der Persönlichkeit zum Ausdruck. Der allgemeinen Handlungsfreiheit seien »zugleich nach doppelter Richtung unüberschreitbare Schranken gesetzt, die von allgemeiner Bedeutung für den ganzen Grundrechtsteil sind. Niemand darf für sich Freiheiten in Anspruch nehmen, wenn er damit gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt«<sup>41</sup>. In Art. 2 Abs. 1 sei der persönlichen Freiheit »die allgemeine Formulierung« gegeben worden, während »die Freiheitsrechte, welche in den auf Artikel 2 folgenden Artikeln verbrieft werden, im Grunde genommen nur eine Konkretisierung der allgemeinen Rechte und Freiheiten dieses Artikels auf einzelnen Lebensgebieten darstellen«<sup>42</sup>.

#### IV. Die Bestätigung und Entfaltung des allgemeinen Freiheitsrechts in der Rechtsprechung des BVerfG

Das BVerfG hat Art. 2 Abs. 1 GG schon sehr früh und dann in ständiger Rechtsprechung als umfassende Garantie menschlicher Verhaltensfreiheit gedeutet und zur Reichweite dieses Grundrechts betont, dass damit nicht nur ein begrenzter Bereich der Persönlichkeitsentfaltung, sondern »jede Form menschlichen Handelns ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt«<sup>43</sup>, geschützt sei. Nachdem es zunächst noch offengelassen hatte, ob unter dem Begriff der freien Entfaltung der Persönlichkeit die menschliche Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne zu verstehen ist oder ob Art. 2 Abs. 1 sich auf den Schutz eines Mindestmaßes dieser Handlungsfreiheit beschränkt, ohne das der Mensch seine Wesensanlage als geistig-sittliche Person überhaupt nicht entfalten kann<sup>44</sup>, entschied es im sog. Elfes-Urteil aus dem Jahr 1957, dass Art. 2 Abs. 1 GG »ein selbständiges Grundrecht ist, das die allgemeine menschliche Handlungsfreiheit gewährleistet«<sup>45</sup>. Mit dieser – gegen anfänglich erhebliche Widerstände in der Lehre (Stichwort: Persönlichkeitskerntheorie<sup>46</sup>) und bis heute im Hinblick auf eine

41 Anlage zum Sten. Ber. der 9. Sitzung des Parl. Rats am 6. 5. 1949, S. 5, 7.

42 Ebd., S. 5, 6.

43 BVerfGE 80, 137 (152) – Reiten im Walde.

44 BVerfGE 4, 7 (15 f.) (1954).

45 BVerfGE 6, 32 (36).

46 Stellvertretend: *Hans Peters*, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in:

dadurch angeblich eintretende »Banalisation der Grundrechte«<sup>47</sup> angefochtene Deutung des Jedermann-Grundrechts der freien Persönlichkeitsentfaltung als allgemeines Freiheitsrecht hat das BVerfG dem, wie gesehen, eindeutig artikulierten Willen des Parlamentarischen Rates entsprochen.

Die Bedeutung einer solchen grundrechtlichen Gewährleistung allgemeiner Freiheit kann kaum hoch genug eingeschätzt werden. Sie hat Auffangfunktion und garantiert, wie das BVerfG bereits in seiner Elfes-Entscheidung ausgeführt hat<sup>48</sup>, einen praktisch lückenlosen Freiheitsschutz: Soweit nicht bestimmte Lebensbereiche besonders grundrechtlich geschützt sind, kann sich der Einzelne bei Eingriffen der öffentlichen Gewalt in seine Freiheit auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen. Das Verständnis des Art. 2 Abs. 1 GG als Gewährleistung allgemeiner menschlicher Verhaltensfreiheit bedeutet materiellrechtlich, dass es kein Tun oder Lassen gibt, das grundsätzlich, d. h. von vornherein außerhalb jeglichen Grundrechtsschutzes steht.

Sofern der Staat Handlungsgebote oder -verbote setzt, greift – subsidiär – die Garantie allgemeiner Handlungs- und Unterlassungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG ein und verlangt eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung für die darin liegende Beschränkung der allgemeinen Freiheit des status negativus. Dabei gilt: Jede Beschränkung der individuellen Freiheit ist prinzipiell rechtfertigungsbedürftig. Schon die Formulierung des Art. 2 Abs. 1 GG (»... hat das Recht ..., soweit nicht ...«) drückt ein ihm – wie allen Grundrechten – zugrundeliegendes – rechtliches, nicht tatsächliches – Regel-/Ausnahmeverhältnis zwischen der (allgemeinen) Freiheit und der staatlichen Eingriffsbefugnis aus, das dem eingreifenden Staat die objektive »Beweislast« für die verfassungsrechtliche Legitimität des Eingriffs aufbürdet. Diese Rechtfertigungslast ist gemeint, wenn in der Elfes-Entscheidung von »der grundsätzlichen Freiheitsvermutung des Art. 2 I GG« gesprochen wird<sup>49</sup>. Ob der rechtfertigungsbedürftige Eingriff rechtfertigungsfähig ist, d. h. vor der Verfassung gerechtfertigt werden kann, beurteilt sich sodann anhand der Schrankentrias von Halbsatz 2.

In diesem – durch Art. 2 Abs. 1 GG »vergrundrechtlichten« und damit verobjektivierten –rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip<sup>50</sup> und seiner freiheitssichernden Funktion liegt zugleich die materielle Rechtfertigung des bisweilen als überholt gescholtenen Eingriffs- und Schrankendenkens: Im Grundrechtsbereich wird die Freiheit des Bürgers als dem staatlichen Recht vorausliegend und

---

Constantopoulos/Wehberg (Hrsg.), *Gegenwartsprobleme des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie*, Festschrift für Rudolf Laun, 1953, S. 669–678, 669.

47 Siehe nur *Grimm*, Sondervotum, BVerfGE 80, 137 (164, 168) – Reiten im Walde; *Wolfgang Knies*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 57 (1998), S. 149, 150.

48 BVerfGE 6, 32 (37).

49 BVerfGE 6, 32 (42).

50 *Carl Schmitt*, *Verfassungslehre*, 1928, S. 126.

prinzipiell unbegrenzt gedacht und erfährt durch dieses Recht erst nachträglich und von außen her Einschränkungen im Hinblick auf das gemeine Wohl und zur Gewährleistung der gleichen Freiheit der anderen<sup>51</sup>.

## V. Der Gesetzesvorbehalt – trojanisches Pferd der Freiheitsgarantie?

Aber büßt das allgemeine Freiheitsrecht nicht aufgrund des einfachen Gesetzesvorbehalts, unter den das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG mit der Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung gestellt worden ist, seine praktische Schutzwirkung gleich wieder ein?

Dass die Grundrechte durch den Gesetzgeber ausgehöhlt werden könnten, war die große Sorge, die die Mitglieder des Grundsatzausschusses umtrieb. »Wir wollen«, so formulierte *Helene Weber*, »die Grundrechte in der Verfassung garantieren; daher müssen wir Vorsorge dagegen treffen, dass sie den Menschen in einer viel zu leichten Weise wieder abgesprochen werden können«<sup>52</sup>. Deshalb wurde »in klarer Fortbildung der Weimarer Verfassung«<sup>53</sup> ausdrücklich (Art. 1 Abs. 3 GG) vorgeschrieben, dass die Grundrechte auch den Gesetzgeber binden sollten, und diese Bindung selbst sollte unabänderlich sein<sup>54</sup>. Doch war es unumgänglich, die meisten Grundrechte unter einen mehr oder weniger weit reichenden Gesetzesvorbehalt zu stellen. Mussten sie damit gegenüber dem Gesetzgeber nicht leerlaufen? Die Problematik wurde klar erkannt, eine überzeugende Lösung aber zeichnete sich in den Beratungen des Parlamentarischen Rates noch nicht ab.

Wenn man nur allgemein formulierte Rechtssätze aufstelle, so *Hermann von Mangoldt*, müsse man »gleichzeitig sagen, dass von den damit gewährten

---

51 *Carlo Schmid* bezeichnete es schon auf der 2. Sitzung des Plenums des Parlamentarischen Rats vom 8. 9. 1948 in seinem Bericht über die dem Parlamentarischen Rat gestellte Aufgabe an Hand der Vorarbeiten und Entwürfe, in: *Der Parlamentarische Rat 1948 – 1949. Akten und Protokolle*, Bd. 9, 1996, Dok. Nr. 2, S. 18 – 69, 38) als eine Frage, »nicht nur von theoretischer, sondern von eminent praktischer Bedeutung«, »ob diese Grundrechte betrachtet werden als Rechte, die der Staat verliehen hat, oder als verstaatlichte Rechte, als Rechte, die der Staat schon antrifft, wenn er entsteht, und die er lediglich zu gewährleisten und zu beachten hat; denn nur, wenn die Freiheit dem Staat vorausliegt, ist eine Freiheitseinschränkung rechtfertigungsbedürftig.

52 *Weber*, *Der Parlamentarische Rat* (Fn. 2), Vierte Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 23. 9. 1948, Bd. 5/1, Dok. Nr. 5, S. 62 – 87, 69.

53 *v. Mangoldt*, Schriftlicher Bericht über den Abschnitt 1. Die Grundrechte, *Parlamentarischer Rat Bonn 1948/49, Anlage zum stenographischen Bericht der Sitzung vom 6. Mai 1949*, S. 5, 8.

54 Vgl. die Diskussion in der Vierten Sitzung, *Der Parlamentarische Rat* (Fn. 2), Dok. Nr. 5, S. 62 – 87, 63 f.

Rechten nur im Rahmen des Gesetzes Gebrauch gemacht werden kann«. Auf diese Weise aber würden die Grundrechte praktisch wertlos. Diesem Dilemma könne man nur entkommen, »indem man auf den einzelnen Gebieten die Freiheitsrechte konkretisiert, also als besondere Freiheiten Freiheit der Meinungsäußerung, Freiheit der Religionsausübung usw. gewährt. So haben die Bill of Rights die Freiheitsrechte konkretisiert. Eine Festlegung allgemeiner Freiheitsrechte nützt uns nichts: wir müssen also, um zu einer wirklichen Sicherung des einzelnen Staatsbürgers zu kommen, die Freiheitsrechte aufgliedern, konkretisieren. Wir müssen in die Einzelheiten hineingehen, also einen Katalog aufstellen«<sup>55</sup>.

Daher hielt man eine allgemeine Interpretationsregel, derzufolge die Grundrechte »im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung zu verstehen seien, aber auch einen pauschalen, für alle Grundrechte gleichermaßen geltenden Schrankenvorbehalt entgegenstehender Gesetzesrechts zum Schutz der öffentlichen Sicherheit, Sittlichkeit oder Gesundheit, wie ihn Art. 21 Abs. 3 und Abs. 4 S. 1 des Herrenchiemseer Entwurfs vorgeschlagen hatten<sup>56</sup>, im Grundsatzausschuss »von Anfang an für gefährlich«, und hoffte »zu einer stärkeren Klärung« der Reichweite der Einschränkung und damit zugleich »zu einer größeren Sicherung der Grundrechte« dadurch zu gelangen, dass man die Schrankenregelungen bei den einzelnen Grundrechtsbestimmungen konkretisierte und spezifizierte<sup>57</sup>. Wenn in einzelnen Artikeln der Gesetzgeber allgemein zu Eingriffen in die Grundrechte ermächtigt werde, so *Hermann von Mangoldt* in seinem Schriftlichen Bericht über die Ausschussarbeit an das Plenum, »wäre den Grundrechten ihr Wert als eine wirksame Verbürgung der menschlichen Persönlichkeitsrechte weitgehend genommen worden. Denn, was hier auf der einen Seite durch die weite Fassung der einzelnen Freiheitsrechte gegeben wurde, wäre auf der anderen Seite durch die zu allgemeinen Ermächtigungen an den Ge-

55 Vgl. v. *Mangoldt*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Dritte Sitzung vom 21.9.1948, Dok. Nr. 4, S. 28–61, 41, 48.

56 Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, in: Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, Bd. 2, 1981, S. 504–630, 579–615, 582: »(3) Die Grundrechte sind, soweit sich aus ihrem Inhalt nichts anderes ergibt, im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung zu verstehen. (4) Eine Einschränkung der Grundrechte ist nur durch Gesetz und unter der Voraussetzung zulässig, dass es die öffentliche Sicherheit, Sittlichkeit oder Gesundheit zwingend erfordert. [...]«. Der Bericht (Der Parlamentarische Rat (ebd.), S. 506, 516) räumte selbst ein, dass »auch diese Formel nicht voll befriedigend ist«. Der von *Bergsträsser* vorgelegte Grundrechtskatalog (Der Parlamentarische Rat. Akten und Protokolle, Bd. 5/1, Ausschuss für Grundsatzfragen, 1993, Dok. Nr. 3, S. 15–27, 27) übernahm in Art. 34 Art. 21 Abs. 4 S. 1 HcE, merkte aber zugleich an, dass dieser Satz »dem Berichtersteller unzumutbar zu sein [scheint], da er die Autorität der Grundrechte erschüttern und ihrer Durchlöcherung Vorschub leisten würde«.

57 Vgl. v. *Mangoldt*, Der Parlamentarische Rat. Akten und Protokolle, Bd. 5/1, Ausschuss für Grundsatzfragen, 1993, Achte Sitzung vom 7. 10. 1948, Dok. Nr. 9, S. 172–219, 215.

setzgeber wieder genommen worden«. Deshalb schien es erforderlich, »bei jedem Grundrecht soweit wie möglich konkretisierend festzustellen, nach welchen Richtungen der Gesetzgeber zu Eingriffen ermächtigt sein sollte«<sup>58</sup>.

Gegen die völlige Beseitigung der Grundrechte sollte die Garantie der Unantastbarkeit der Menschenwürde schützen<sup>59</sup>; denn »ohne Anerkennung von Freiheitsrechten ist echte Achtung vor der Menschenwürde undenkbar«<sup>60</sup>. Der Aufzehrung der Freiheitssubstanz durch staatliche Grundrechtseingriffe sollte durch eine Wesensgehaltsgarantie entgegengewirkt werden (Art. 20 des in erster Lesung vom Ausschuß für Grundsatzfragen angenommenen Grundgesetzteilentwurfs<sup>61</sup> = Art. 19 Abs. 2 GG), und um des effektiven Grundrechtsschutzes wegen und wegen der Mißbrauchsanfälligkeit wollte man mehrheitlich auch keine Suspension der Grundrechtsgeltung im Fall eines Staatsnotstandes akzeptieren<sup>62</sup>: »Es ist«, so *Carlo Schmid*, nichts leichter für den Staat, als zu erklären, er sei in einem Notstand. Das hat er in der Vergangenheit oft genug getan. Ich halte das für eine gefährliche Sache. Man sollte das Regieren nicht so leicht machen. Ich bin fürs Erschweren«<sup>63</sup>.

Doch das Problem des den grundrechtsgebundenen Gesetzgeber zu Eingriffen ermächtigenden Gesetzesvorbehalts blieb bestehen, selbst wenn man ihn bereichsspezifisch qualifizierte, und holte den Ausschuss daher auch wieder ein: »Man kann«, so *August Zinn*, »mit jedem Gesetz die Grundrechte aus den Angeln heben und aushöhlen. Es ist ein falscher Weg der Konkretisierung, wenn man auf Gesetze verweist, die jeder Gesetzgeber nach eigenem Ermessen erlassen kann«<sup>64</sup>.

Da der Grundsatzausschuss sich entschlossen hatte, auch ein allgemeines

58 *v. Mangoldt*, Schriftlicher Bericht über den Abschnitt 1. Die Grundrechte, Parlamentarischer Rat Bonn 1948/49, Anlage zum stenographischen Bericht der Sitzung vom 6. Mai 1949, S. 2.

59 (Fn. 57).

60 *v. Mangoldt*, Schriftlicher Bericht über den Abschnitt 1. Die Grundrechte, Parlamentarischer Rat Bonn 1948/49, Anlage zum stenographischen Bericht der Sitzung vom 6. Mai 1949, S. 5, 7.

61 Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Dok. Nr. 16, S. 333–340, 338.

62 Vgl. die Diskussion auf der Achten Sitzung vom 7. 10. 1948, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Dok. Nr. 9, S. 172–219, 185–193, 192. Kritisch bereits *Schmid*, Zweite Sitzung des Plenums vom 8.9.1948. Bericht über die dem Parlamentarischen Rat gestellte Aufgabe an Hand der Vorarbeiten und Entwürfe, in: Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, Bd. 9, 1996, Dok. Nr. 2, S. 18–69, 38 f.

63 *Schmid*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Vierte Sitzung vom 23. 9. 1948, Dok. Nr. 5, S. 62–87, 77.

64 *Zinn*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Dritte Sitzung vom 21.9. 1948, Dok. Nr. 4, S. 2–61, 42. Siehe auch die Äußerung *dess.*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), S. 36, dass Art 98 der Bayerischen Verfassung »zwar die Unverletzlichkeit der Wohnung festlegt, aber hinzufügt, dass Einschränkungen durch Gesetz zulässig sind, wenn dies erforderlich erscheint. Der Gesetzgeber kann also jederzeit das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung beseitigen [sic!; C.H.]«.

Freiheitsrecht in den Rechtekatalog aufzunehmen, das gar nicht anders als unter einen einfachen Gesetzesvorbehalt gestellt gewährleistet werden konnte, musste sich das Problem hier in aller Schärfe stellen. Es konnte nicht überraschen, dass die kritische Würdigung des vom Grundsatzausschuss in erster Lesung beschlossenen und veröffentlichten Grundrechtskatalogs, die der Bonner Staatsrechtler *Richard Thoma* vorlegte, gerade in diesem Punkte vernichtend ausfiel: Wenn unter der »verfassungsmäßigen Ordnung« die gesamte jeweils in Geltung stehende Rechtsordnung gemeint sei, werde die Bestimmung »zu einer nahezu inhaltlosen Banalität, mit der man die Verfassungsurkunde nicht belasten und bagatellisieren sollte. Der Satz sagt dann nämlich nur: Der Mensch ist von Rechts wegen frei, soweit er nicht von Rechts wegen unfrei ist«<sup>65</sup>. *Thomas* eigener Alternativvorschlag – »In die Freiheit und die Rechte der Einzelnen und ihrer Verbände darf nur durch verfassungsmäßige Gesetze oder aufgrund ermächtigender Rechtssätze eingegriffen werden« (Art. 3 S. 1 des von *Thoma* vorgeschlagenen Grundrechtskatalogs<sup>66</sup>) – besagte indes nichts anderes, vom ausdrücklichen, indes selbstverständlichen Postulat der Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung einmal abgesehen<sup>67</sup>.

Der Grundsatzausschuss hielt denn auch ungeachtet der Kritik<sup>68</sup> an der Gewährleistung eines allgemeinen Freiheitsrechts fest, wohl wissend, dass der Gesetzgeber dann zu weitgehenden Einschränkungen desselben ermächtigt werden müsse: »Von dem Grundsatz, den Gesetzgeber bei jedem Grundrechte nur in möglichst genau umgrenzten Umfange zu Eingriffen zu ermächtigen, hat abgegangen werden müssen in Art. 2 [...] die allgemeine Formulierung, welche der persönlichen Freiheit in Abs. 1 des Artikels 2 gegeben wurde, machten es hier unmöglich, für die Ermächtigung eine spezielle Fassung zu finden, die zugleich die notwendige Kürze gehabt hätte«. Etwaige Bedenken »gegen eine so weite Ermächtigung« wurden angesichts der speziellen Freiheitsgarantien der nachfolgenden Grundrechte zurückgestellt<sup>69</sup>.

Im übrigen sollte der Schrankenvorbehalt »sowohl das Recht der Ingerenz des

65 *Thoma*, Kritische Würdigung des vom Grundsatzausschuss des Parlamentarischen Rates beschlossenen und veröffentlichten Grundrechtskatalogs vom 26. 10. 1948, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Dok. Nr. 18, S. 361 – 379, 363.

66 Ebd., S. 364, 375.

67 So auch *v. Mangoldt*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), 22. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen, Bd. 5/II, Dok. Nr. 29, S. 584 – 602, 597.

68 Zur Auseinandersetzung siehe 22. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Bd. 5/II, Dok. Nr. 29, S. 584 – 602, 595 – 597; 23. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Bd. 5/II, Dok. Nr. 30, S. 603 – 620, 605 f.

69 *v. Mangoldt*, Schriftlicher Bericht über den Abschnitt 1. Die Grundrechte, Parlamentarischer Rat Bonn 1948/49, Anlage zum stenographischen Bericht der Sitzung vom 6. Mai 1949, S. 5, 7.

Staates als auch die Notwendigkeit klarstellen, daß der Staat zu einem Eingriff einer demokratisch zustandekommenen gesetzlichen Ermächtigung bedarf«. So müsse »jede Eingriffsmöglichkeit des Staates bewiesen werden«<sup>70</sup>.

Eine genauere Vorstellung davon, dass und wie auch ein unter einfachem Gesetzesvorbehalt stehendes allgemeines Freiheitsrecht wirksamen Schutz gegen den Gesetzgeber jenseits einer Garantie des nicht näher bestimmten Wesensgehalts bieten konnte, entwickelte sich im Parlamentarischen Rat aber noch nicht. Die Wesensgehaltsgarantie wurde als justitiable Grenze angesehen, deren Verletzung ein Gesetz verfassungswidrig mache. Gleiches gelte, falls die erforderliche gesetzliche Ermächtigung zum Grundrechtseingriff fehle<sup>71</sup>. Gegen ein Gesetz, das den Wesensgehalt wahrte, aber schienen die Grundrechte machtlos zu sein<sup>72</sup>.

## VI. Die Entdeckung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als materielle Schranke gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit – Die Sicherung allgemeiner Freiheit durch das BVerfG

Es gehört zu den großen Leistungen des Bundesverfassungsgerichts, die Grundrechte und insbesondere das allgemeine Freiheitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG auch gegenüber dem (einfachen) Gesetzgeber stark gemacht zu haben, die Grundrechtsbindung effektuiert zu haben, obwohl es – auch insoweit in Übereinstimmung mit der hier referierten Entstehungsgeschichte – unter dem Begriff der »verfassungsmäßigen Ordnung« als der maßgeblichen Schranke »die allgemeine Rechtsordnung«, »die die materiellen und formellen Normen der Verfassung zu beachten hat, also die Gesamtheit der der Verfassung gemäßen Rechtsordnung« versteht und die allgemeine Freiheit äußeren Verhaltens damit unter dem Vorbehalt jedes sie verfassungsmäßig beschränkenden Gesetzes stellt<sup>73</sup>.

Am Anfang stand dabei die Erkenntnis, dass Rechtsfolge des Regel-/Aus-

70 Schmid, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Vierte Sitzung vom 23.9.1948, Dok. Nr. 5, S. 62–87, 76.

71 Siehe v. Mangoldt, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), 32. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen, Bd. 5/II, Dok. Nr. 29, S. 910–953, 951 f.

72 Siehe bereits Schmid, Zweite Sitzung des Plenums vom 8.9.1948. Bericht über die dem Parlamentarischen Rat gestellte Aufgabe an Hand der Vorarbeiten und Entwürfe, in: Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, Bd. 9, 1996, Dok. Nr. 2, S. 18–69, 38: »Wenn ich jedes Grundrecht durch Gesetz einschränken kann, dann ist es sinnlos, es durch die Verfassung zu garantieren, dann ist es eine bloße Deklamation und keine effektive Wirklichkeit. Der allgemeine Gesetzesvorbehalt entwertet das Grundrecht, reduziert es auf Null«.

73 BVerfGE 6, 32 (37–40).



nahmeverhältnisses zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlichem Eingriff nicht nur die verfassungsrechtliche Rechtfertigungsbedürftigkeit jedes Eingriffs sondern auch seine notwendige Begrenztheit ist. In der insoweit grundlegenden Elfes-Entscheidung führte das BVerfG dazu aus, die Gesetzgebungsgewalt nach dem Grundgesetz unterliege stärkeren Beschränkungen als unter der Geltung der Reichsverfassung von 1919.

»Damals waren nicht nur zahlreiche Grundrechte durch den allgemeinen Gesetzesvorbehalt, dem jedes verfassungsmäßig erlassene Gesetz entsprach, tatsächlich »leerlaufend«; der Gesetzgeber konnte durch ein mit der verfassungsändernden Mehrheit erlassenes Gesetz auch im Einzelfall eine ihm entgegenstehende verfassungsrechtliche Schranke jederzeit überwinden. Demgegenüber hat das Grundgesetz eine wertgebundene Ordnung aufgerichtet, die die öffentliche Gewalt begrenzt. Durch diese Ordnung soll die Eigenständigkeit, die Selbstverantwortlichkeit und die Würde des Menschen in der staatlichen Gemeinschaft gesichert werden (BVerfGE 2, 1 [12 f.]; 5, 85 [204 ff.]). Die obersten Prinzipien dieser Wertordnung sind gegen Verfassungsänderungen geschützt (Art. 1, 20, 79 Abs. 3 GG). Verfassungsdurchbrechungen sind ausgeschlossen; die Verfassungsgerichtsbarkeit überwacht die Bindung des Gesetzgebers an die Maßstäbe der Verfassung. Gesetze sind nicht schon dann »verfassungsmäßig«, wenn sie formell ordnungsmäßig ergangen sind. Sie müssen auch materiell in Einklang mit den obersten Grundwerten der freiheitlichen demokratischen Grundordnung als der verfassungsrechtlichen Wertordnung stehen, aber auch den ungeschriebenen elementaren Verfassungsgrundsätzen und den Grundentscheidungen des Grundgesetzes entsprechen, vornehmlich dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und dem Sozialstaatsprinzip. Vor allem dürfen die Gesetze daher die Würde des Menschen nicht verletzen, die im Grundgesetz der oberste Wert ist, aber auch die geistige, politische und wirtschaftliche Freiheit des Menschen nicht so einschränken, daß sie in ihrem Wesensgehalt angetastet würde (Art. 19 Abs. 2, Art. 1 Abs. 3, Art. 2 Abs. 1 GG)«<sup>74</sup>.

Jeder Eingriff muss also, um (materiell) verfassungsgemäß zu sein, das Prinzip der Freiheit wahren<sup>75</sup>.

Damit war das BVerfG aber noch nicht wirklich über den schon im Parlamentarischen Rat erreichten Erkenntnisstand hinausgelangt. Der entscheidende (Fort-)Schritt erfolgte erst mit der Anerkennung des die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers auch bei der Verfolgung an sich legitimer Gemeinwohlzwecke limitierenden justitiablen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, wie sie erstmals ausführlicher im sog. Apothekenurteil erfolgte. Die hier für gesetzliche Einschränkungen des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) entwi-

74 BVerfGE 6, 32 (40 f.).

75 Zum »Prinzip der freien Ausreise« vgl. BVerfGE 6, 32 (42).



ckelte sog. Drei-Stufen-Lehre ist nämlich nichts anderes als eine spezifische Ausprägung dieses Grundsatzes. Der wirksame Schutz des Grundrechts der Berufsfreiheit verlange, so das BVerfG, gesetzlichen Eingriffen hier grundsätzlich enge Grenzen zu ziehen, über die durch die Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG) gebotene Wahrung des in ihm enthaltenen Freiheitsprinzips hinaus. »Die praktische Schwierigkeit liegt darin, das grundsätzlich freie wirtschaftspolitische, sozialpolitische und berufspolitische Ermessen, das dem Gesetzgeber gewahrt bleiben muß, mit dem Freiheitsschutz, auf den der einzelne Bürger gerade auch dem Gesetzgeber gegenüber einen verfassungsrechtlichen Anspruch hat, zu vereinen«<sup>76</sup>. »Das Grundrecht soll die Freiheit des Individuums schützen, der Regelungsvorbehalt ausreichenden Schutz der Gemeinschaftsinteressen sicherstellen. Der Freiheitsanspruch des Einzelnen wirkt, wie gezeigt wurde, um so stärker, je mehr sein Recht auf freie Berufswahl in Frage steht; der Gemeinschaftsschutz wird um so dringlicher, je größer die Nachteile und Gefahren sind, die aus gänzlich freier Berufsausübung der Gemeinschaft erwachsen könnten. Sucht man beiden – im sozialen Rechtsstaat gleichermaßen legitimen – Forderungen in möglichst wirksamer Weise gerecht zu werden, so kann die Lösung nur jeweils in sorgfältiger Abwägung der Bedeutung der einander gegenüberstehenden und möglicherweise einander geradezu widerstreitenden Interessen gefunden werden. Wird dabei festgehalten, daß nach der Gesamtaufassung des Grundgesetzes die freie menschliche Persönlichkeit der oberste Wert ist, daß ihr somit auch bei der Berufswahl die größtmögliche Freiheit gewahrt bleiben muß, so ergibt sich, daß diese Freiheit nur so weit eingeschränkt werden darf, als es zum gemeinen Wohl unerlässlich ist«<sup>77</sup>.

Damit ist »das Prinzip der Verhältnismäßigkeit«<sup>78</sup> auf eine allgemeine Formel gebracht, die in der Rechtsprechung des BVerfG sodann näher ausdifferenziert worden ist: Ein grundrechtseinschränkendes Gesetz muss geeignet und erforderlich sein, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Ein Gesetz ist geeignet, wenn mit seiner Hilfe der erstrebte Erfolg gefördert werden kann; es ist erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkendes Mittel hätte wählen können<sup>79</sup>. Ferner muss bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des

76 BVerfGE 7, 377 (400).

77 BVerfGE 7, 377 (404 f.).

78 So ausdrücklich BVerfGE 7, 377 (407).

79 Aufgrund des dem Gesetzgeber bei der Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit des gewählten Mittels zur Erreichung der erstrebten Ziele sowie bei der in diesem Zusammenhang vorzunehmenden Einschätzung und Prognose der dem einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren eingeräumten Einschätzungs- und Beurteilungsprärogative, die vom BVerfG je nach der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann (vgl. BVerfGE 50, 290 (323 f.).

Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit für die Adressaten des Verbots gewahrt sein. Die Maßnahme darf sie mithin nicht übermäßig belasten (Übermaßverbot oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne).

Die Ausgestaltung eines gesetzgeberischen Eingriffs muss diesen, sich aus dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit ergebenden verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen. Sie bilden in materieller Hinsicht den Maßstab, nach dem die grundrechtlich geschützte Freiheit des Einzelnen gesetzlich eingeschränkt werden darf.

Die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch den Gesetzgeber zu kontrollieren, d. h. »zum Schutz der Freiheit des Bürgers Gesetze unter gewissen Voraussetzungen auf ihre Notwendigkeit zu prüfen«, hat das BVerfG im Apothekenurteil zu seiner eigenen Aufgabe erklärt<sup>80</sup>: »Wenn sich aus der Auslegung eines Grundrechts Grenzen für den Gesetzgeber ergeben, muß das Gericht ihre Einhaltung überwachen können; es darf sich dieser Aufgabe nicht entziehen, wenn anders es nicht die Grundrechte praktisch zum guten Teil entwerten und seiner ihm vom Grundgesetz zugewiesenen Funktion ihren eigentlichen Sinn nehmen will«<sup>81</sup>.

Das allgemeine Freiheitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG erweist sich hier als das »Grundrecht mit umfassender prozessualer Hebelwirkung«<sup>82</sup>. »Jedermann kann im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen, ein seine Handlungsfreiheit beschränkendes Gesetz gehöre nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung, weil es (formell oder inhaltlich) gegen einzelne Verfassungsbestimmungen oder allgemeine Verfassungsgrundsätze verstoße; deshalb werde sein Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt«<sup>83</sup>. Damit ist auch die Rügefähigkeit einer jeden unverhältnismäßigen Freiheitseinschränkung sichergestellt.

Mit dem subtileren, mehr als bloß die Grundsubstanz der Freiheit sichernden Instrument des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hat das BVerfG einen Rückgriff auf die Wesensgehaltsgarantie oder gar die Menschenwürdegarantie zwecks Beschränkung des gesetzgeberischen Ermessens bei Freiheitsbeschränkungen weithin entbehrlich gemacht<sup>84</sup>. Art. 19 Abs. 2 GG, vom Parlamentarischen Rat

m. w. N. aus der älteren Rspr.; E 76, 1 (51); 77, 170 (214 f.); 88, 203 (262 f.); 90, 145 (173); 91, 1 (23)), erweitern sich allerdings wieder bis zu einem gewissen Grade die gesetzgeberischen Spielräume.

80 BVerfGE 7, 377 (409–413, 410).

81 BVerfGE 7, 377 (410).

82 Klaus Stern, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 75 IV 4 c, S. 1495.

83 BVerfGE 6, 32 (41).

84 BVerfGE 7, 377 (408 f.) ist zu entnehmen, dass die Fachgerichte bis dahin Grenzen für die – die Berufswahlfreiheit einschränkende – Statuierung objektiver Berufszulassungsvoraussetzungen »ausschließlich der Vorschrift des Art. 19 Abs. 2 GG« entnommen hatten. Das BVerfG erklärte dazu konsequent: »Von dem hier eingenommenen Standpunkt aus kann

noch als die wichtigste materielle Schranke für den in Grundrechte eingreifenden Gesetzgeber konzipiert, fristet daher nur noch ein Schattendasein. Die Wesensgehaltsgarantie ist funktional durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit abgelöst worden, der das verfassungsgerichtliche Kontrollarsenal entscheidend erweitert und zugleich verfeinert hat<sup>85</sup>.

## VII. Fazit: Wirksamer Freiheitsschutz auch gegenüber dem Gesetzgeber – in der Konzeption des Parlamentarischen Rates angelegt, in der Judikatur des BVerfG vollendet

Auch wenn der Parlamentarische Rat den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz noch nicht selbst als integralen Bestandteil der angeordneten Grundrechtsbindung des Gesetzgebers entdeckt hat<sup>86</sup>, dürfte das BVerfG durch dessen Anwendung doch genau das getan haben, was die Väter und Mütter des Grundgesetzes erklärtermaßen gewollt haben: dem an die Grundrechte gebundenen Gesetzgeber wirksame Schranken zu setzen und den Vorrang der Freiheit zu sichern. Denn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergibt sich nicht erst aus dem Rechtsstaatsprinzip, sondern folgt schon aus den Grundrechten und nicht zuletzt aus dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG selbst, das als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt nur so weit beschränkt werden darf, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist<sup>87</sup>.

Es ist letztlich der Rechtsprechung des BVerfG zu verdanken, dass es unter der Geltung des Grundgesetzes keine »leerlaufenden« Grundrechte mehr gibt. Sie würden, so hat es das BVerfG zutreffend formuliert, »mit der Gesamttendenz des Grundrechtsabschnitts in Widerspruch stehen«<sup>88</sup>. Diese »Gesamttendenz« aber geht auf eine Grundentscheidung des Verfassungsgebers selbst zurück, die wegweisende Wertentscheidung<sup>89</sup>, bei der Schaffung des Grundgesetzes die Würde und die Freiheit des Menschen zum normativen Ausgangspunkt zu

---

dahingestellt bleiben, ob aus dem Verbot der Antastung des Wesensgehalts der Grundrechte sich weitere Grenzen für den Regelungsgesetzgeber des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 ergeben würden und wie sie im einzelnen zu ziehen wären.«

85 Siehe nur *Horst Dreier*, Grundgesetz-Kommentar, <sup>2</sup>2004, Art. 19 II Rn. 17.

86 Dabei war der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht schon lange, nicht zuletzt aufgrund der Rechtsprechung des PrOVG, etabliert; siehe dazu *Barbara Remmert*, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes, 1995.

87 Vgl. BVerfGE 17, 306 (313 f.); 19, 342 (348 f.); 55, 159 (165); 65, 1 (44).

88 BVerfGE 7, 377 (403) – Apotheekenurteil.

89 *Heile*, Der Parlamentarische Rat (Fn. 2), Sitzung vom 21.9.1948, Dok. Nr. 4, S. 28–61, 42 hatte sich nicht gescheut, von einer »Ideologie« zu sprechen, auf die man sich einigen könne und solle.

nehmen und den Staat in den Dienst ihrer Verwirklichung zu stellen<sup>90</sup>. Sie hat die überkommene, vom amerikanischen Historiker *Leonard Krieger* als obrigkeitkonform und spekulativ bezeichnete, deutsche Vorstellung von Freiheit grundlegend und, wie es scheint, dauerhaft gewandelt: von einer staatsfernen und abgewandten Idee zu einer ihren Staat legitimierenden und tragenden, politischen Grundüberzeugung der Deutschen.

---

90 Vgl. *Johannes Brockmann*, 3. Sitzung des Plenums vom 9. 9. 1948, in: *Der Parlamentarische Rat*, Bd. 9, 1996, S. 70 – 149, 143, 144: »Wir als Parlamentarischer Rat, der die erste Grundlage für diese Zukunft zu schaffen hat, werden unserer Verantwortung gegenüber der Zukunft gerecht, wenn wir die Freiheit als das oberste Prinzip über alle unsere Arbeit stellen. [...] Verfassungen müssen nicht nur folgerichtig durchdacht sein, sondern vor allem auch von einer großen Konzeption getragen werden. Nur dann gehen sie in das Volk ein, sind ihm angemessen und werden vom Volk getragen und behütet, darauf kommt es letztlich an.« Siehe ferner schon *Süsterhenn*, 2. Sitzung des Plenums vom 9. 9. 1948, in: *Der Parlamentarische Rat*, Bd. 9, 1996, S. 46 – 69, 55.

## Woran scheitern deutsche Bundeskanzler?<sup>1</sup>

Im internationalen Vergleich qualifiziert die Stabilität der Bundesregierungen für das Guinness-Buch der Rekorde: seit 1949 waren es nur ganze acht Bundeskanzler. Das viel ältere, institutionell noch stabilere amerikanische Präsidialsystem hat es im gleichen Zeitraum auf 11 Präsidenten gebracht. Im gleichfalls durchs Mehrheitswahlrecht stabilisierten Prime Ministerial Government der Briten wurden zwischen 1949 und 2009 12 Premierminister verschlissen, von anderen parlamentarischen Demokratien in Europa oder Übersee ganz zu schweigen. Es sind freilich nicht allein die Kanzlerartikel des Grundgesetzes, auf denen die gegenüber der Weimarer Republik viel größere Regierungsstabilität auf Bundesebene beruht. In der Bundesrepublik weisen auch die Länderregierungen eine eindrucksvolle Stabilität auf, dies nicht selten mit bloß hauchdünnen Mehrheiten, was jedoch zum Regieren reicht. Zwar haben sich dort natürlich häufiger dramatische Regierungswechsel vollzogen – reguläre Abwahl eines Ministerpräsidenten, Rücktritt aufgrund von Vorgängen, die echt skandalös sind oder die sich doch zu Skandalen aufblasen lassen, Palastrevolution der Regierungspartei oder gar Tod eines eben erst zurückgetretenen Regierungschefs unter mysteriösen Umständen. Insgesamt war aber bis 1990 in den 11 Ländern der alten Bundesrepublik und seit wiederum 20 Jahren in den nunmehr 16 alten und neuen Bundesländern doch ein ganz erstaunliches Maß von Regierungsstabilität zu beobachten. Sieht man einmal von den Vorgängen in einigen der neuen Ländern unmittelbar nach der Wiedervereinigung ab, dann haben sich auch die meisten Ministerpräsidenten der Länder ähnlich wie die Bundeskanzler bisher politischer Langlebigkeit erfreut, Resultat in erster Linie der Stabilitätsbedingungen im deutschen Parteiensystem.

Immerhin: nicht nur in den Ländern, sondern genauso im Bund haben Regierungschefs keine Ewigkeitsgarantie. Wie bei den am längsten amtierenden Kanzlern *Konrad Adenauer* und *Helmut Kohl* zu studieren ist, kommt selbst die

---

1 Leicht veränderter Nachdruck eines Beitrags zur Festschrift für Karl Schmitt, Demokratie und Parteien, 2009, S. 73 ff.

längste Kanzlerschaft irgendwann einmal zu Ende. Kein Bundeskanzler hat bisher sein Amt freiwillig aufgegeben. Der Begriff Scheitern ist somit berechtigt. Von den gestürzten Größen wird dies zwar als Tragödie empfunden, selbst wenn sie unnatürlich lange regiert haben. Doch das Scheitern von Kanzlern, gleich ob sie nun 16 Jahre amtiert haben wie *Helmut Kohl* oder nur drei oder vier wie *Erhard*, *Kiesinger* und *Brandt*, eröffnet interessante Einblicke in die Mechanismen des bundesdeutschen Regierungssystems. Über die Gründe für die im deutschen Fall so offenkundige Regierungsstabilität liegen schon zahlreiche Studien vor. Demgegenüber ist die Frage bisher viel weniger diskutiert: Woran scheitern deutsche Bundeskanzler?

Daß beim finalen Debakel einer Kanzlerschaft meist ein ganzes Ursachenbündel im Spiel ist, versteht sich von selbst. Dennoch läßt sich beim Scheitern bestimmter Bundeskanzler zumeist doch auch eine Hauptdeterminante ausmachen. Sechs Faktoren treten dabei ins Blickfeld: die Gegebenheiten in der jeweils dominanten Kanzlerpartei; der dem deutschen Regierungssystem inhärente Zwang zur Koalitionsbildung; die innere Verfassung der zweiten Großpartei, die sich in der Opposition findet, von dieser Position aus aber der dominanten Kanzlerpartei zu schaffen macht; Wahlniederlagen in den Bundesländern, von denen die auf Bundesebene amtierenden Kanzler nachhaltig erschüttert werden, dies auch deshalb, weil sie oft Rückwirkung auf die Mehrheitsverhältnisse im Bundesrat haben; das Votum der Wählerschaft bei Bundestagswahlen; Schwächen und Fehler der jeweiligen Bundeskanzler.

Noch knapper formuliert, sind bezüglich des Scheiterns von Bundeskanzlern sechs Hauptgründe zu prüfen: I. Ein erfolgreicher Putsch in der Kanzlerpartei, II. Koalitionsbruch, III. Größere Attraktivität der oppositionellen oder bislang in einer großen Koalition befindlichen zweiten Großpartei, IV. Spektakuläre Wahlniederlagen in Bundesländern, V. Abwahl in Bundestagswahlen, VI. der Anteil der einzelnen Kanzler am eigenen Scheitern.

Alles in allem läßt sich das Scheitern der jeweiligen Kanzler doch zumeist auf eine der eben skizzierten systemischen Hauptdeterminanten zurückführen. Selbstverständlich scheitert auch jeder Bundeskanzler an sich selbst (dies wird unter Punkt VI zu skizzieren sein), wenngleich es richtig ist, daß sich im deutschen Regierungssystem nur kräftige, den Durchschnitt der Konkurrenten überragende Exemplare an die Spitze des Rudels durchbeißen können, die sich vergleichsweise lange zu halten verstehen. Selbst *Ludwig Erhard* und *Willy Brandt*, die kurz danach gestürzt sind, haben kurz zuvor für ihre Parteien triumphale Wahlerfolge errungen. Doch der personale Faktor des Scheiterns wird hier nicht in den Vordergrund gerückt; in erster Linie interessieren die institutionellen Bedingungen und die historischen Konstellationen. Die Kernfrage lautet nicht, weshalb sich bestimmte Bundeskanzler individuell wenig geeignet zur Kanzlerschaft erwiesen haben (allenfalls bei *Erhard* und bei *Brandt* sind

einige prinzipielle Zweifel erlaubt), sondern man muß fragen: an welchen institutionellen Bedingungen scheitern die ausnahmslos weit überdurchschnittlichen Spitzenpolitiker, die es ins Bundeskanzleramt geschafft haben?

## I.

Im politischen System der Bundesrepublik kann die Bedeutung der Kanzlerpartei schwerlich überschätzt werden. Ein Bundeskanzler sitzt nur dann fest im Sattel, wenn er die eigene Partei zum Instrument seines Willens geformt hat. Mag sein, daß angesehene innerparteiliche Kritiker noch vorhanden sind. Doch sie müssen sich ducken oder werden notfalls gedeckelt. In diesem Punkt hat *Adenauer* das Modell vorgegeben. Bekanntlich ist er im Herbst 1949 nicht aus heiterem Himmel in die politische Arena gesprungen. Der Griff nach dem Amt des Bundeskanzlers ist ihm nur deshalb gelungen, weil er zuvor drei lange Jahre hindurch als zäher, streitlustiger, gerissener, in Maßen auch integrativer Parteivorsitzender der CDU in der britischen Zone alle innerparteilichen Konkurrenten aus dem Weg geräumt, unterworfen, beiseite geschoben und mit viel Glück bei den Bundestagswahlen 1949 die SPD distanziert hatte. Erst war er Parteiführer, ab 1949 Parteiführer und Bundeskanzler zusammen. Einmal installiert, nutzte er das Bundeskanzleramt, um seine CDU zur stärksten politischen Kraft im Land zu machen, und er nutzte die CDU, um das Amt des Bundeskanzlers weit über alle anderen Verfassungsorgane emporzuheben – über das Kabinett, über die Fraktionen des Deutschen Bundestags, über den Bundesrat mit den Länderregierungen. Nur das Bundesverfassungsgericht zeigte ihm gelegentlich die Grenzen seiner Macht auf. Es kann somit nicht erstaunen, daß schon in den frühen fünfziger Jahren zwei Kurzformeln zur Bezeichnung des bundesdeutschen Regierungssystems in Umlauf kamen: der Begriff »Parteiendemokratie« und der Begriff »Kanzlerdemokratie«. *Adenauer* war beides gleichzeitig: souveräner Dirigent der Parteiendemokratie und Erfinder des Konzepts der Kanzlerdemokratie. »Die Kanzlerdemokratie«, schrieb der gescheite Beobachter *Thomas Ellwein* im Jahr 1963, »ist durch die Verfassung möglich geworden, daß sie entstanden ist, liegt am Wirken Dr. Adenauers.«<sup>2</sup>

Die Bundesrepublik hat bekanntlich als Vielparteiendemokratie begonnen. Bei den Bundestagswahlen 1949 erhielten die beiden großen Formationen von CDU/CSU mit 31 % und die SPD mit 29,2 % der Stimmen zusammen nur über rund 60 % der Stimmen. Man kann den ersten Deutschen Bundestag zwar nicht gerade als Paradies der kleinen und mittleren Parteien bezeichnen. Aber daß ein

2 *Thomas Ellwein*, Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, 1963, S.165.

bemerkenswerter Konzentrationsprozeß bereits in der dritten Legislaturperiode dieses Vielparteiensystem zu einem Dreiundeinhalb-Parteiensystem von CDU/CSU, SPD und FDP eindampfen würde, ließ sich im Jahr 1949 nicht vorhersehen. 1957 erhielten die beiden großen Parteiformationen Union und SPD bereits 82 % der Wählerstimmen. Die allein noch unabhängige FDP kam 1957 nur auf 7,7 %. Der Konzentrationsprozeß hatte sich durchgesetzt, weil es *Adenauer* gelungen war, aus seiner programmatisch anfangs recht heterogenen, regional zersplitterten CDU so etwas wie die *Adenauer*-CDU zu machen. Zugleich wurden unter ihm CDU und CSU zur dominanten Parteigruppierung. Aufgrund der Tücken des Wahlrechtssystems oder als Huckepackparteien der CDU/CSU waren die Kleinparteien fast verschwunden. Zudem verfügten CDU und CSU gleichfalls dank des Wahlrechts über eine größere Zahl von Bundestagsmandaten, als dies bei einem reinen Proporzwahlrecht ihrem Stimmenanteil von 50,2 % entsprochen hätte. Manche Beobachter meinten oder hofften damals, das deutsche Parteiensystem entwickle sich in Richtung des britischen Systems. Dazu kam es zwar nicht. Doch die Dominanz der beiden Großparteien bildete von nun an ein Hauptmerkmal des deutschen politischen Systems, allerdings – man muß dies dick unterstreichen – bei sehr beträchtlichem Vorsprung der Unionsparteien.

CDU und CSU wurden zwar 1969 mit viel Pech in die Opposition verwiesen, weshalb die Tatsache oft übersehen wird, daß sie, beginnend 1953, über fast vierzig Jahre hinweg bei den Bundestagswahlen zwischen rd. 45 % bis 50 % der Stimmen für sich verbuchen konnten.<sup>3</sup> Schon 1987 und verstärkt im wiedervereinigten Deutschland begann dann die Abwärtsbewegung. Doch während der neunziger Jahre hielten sich CDU und CSU mit 43,8 % 1990 und 41,5 % 1994 immer noch über der Vierzig-Prozent-Marke. Erst seit 1998 pendelt die Union zwischen rd. 35 % und 38,5 %.

Die zweite dieser Großparteien war die SPD. Sie mußte sich emporkämpfen und hat die Union nur zweimal überflügelt. Selbst bei der stark polarisierten Bundestagswahl vom 19. November 1972, als *Willy Brandt* zum strahlenden Wahlsieger wurde, lag sie mit einem Stimmenanteil von 45,8 % nur vergleichsweise knapp vor CDU/CSU mit 44,9 %. Der eigentliche Wahltriumph der SPD war die Abwahl von *Helmut Kohl*. Damals errang sie 40,9 % der Stimmen gegenüber nur 35,1 % für die Union. Ansonsten aber weist die SPD eine große Schwankungsbreite auf: rd. 40 % bis 45 % zwischen 1965 und 1980, danach zumeist zwischen rd. 35 % und 40 % mit einem Tiefpunkt bei 33,5 % (1990) und dem schon erwähnten Höhepunkt von 40,9 im Jahr 1998. Die ganze Geschichte der Bundesrepublik hindurch war das Verhältnis zwischen den beiden Großparteien somit nicht ganz gleichwertig. Über längere Perioden hinweg konnten

---

<sup>3</sup> Nur zweimal, 1972 und 1987, rutschte sie auf 44,9 % und 44,3 %.



CDU und CSU beträchtlich größere Wählermengen an sich binden als die SPD. Das blieb nicht ohne Rückwirkung auf ihre Rolle als Kanzlerpartei.

Alles in allem aber war der Abstand der beiden Großparteien (dieser Begriff ist passender als der unscharfe Terminus Volkspartei) zu den jeweiligen Kleinparteien sehr groß. Bezüglich der Kanzlerdemokratie hatte das ein sehr wichtiges Ergebnis: bisher ist nur Spitzenpolitikern der Großparteien der Griff nach dem Bundeskanzleramt gelungen. 1980 und 2002 bemühten sich zwar die Parteiführer der CSU mit Unterstützung der CDU um die Kanzlerschaft, doch vergebens. CDU und SPD sind und bleiben die einzigen Kanzlerparteien. Dabei wirkt die regionale CSU im Parteiverbund der Unionsparteien zumeist als unterstützende Kraft, nicht selten auch als irritierender Faktor. Die Fraktionsgemeinschaft auf Bundesebene erlaubt es der Union aber, im Deutschen Bundestag als eine Art Kanzlerpartei aufzutreten.

Für die jeweiligen Bundeskanzler bedeutet diese Grundstruktur des bundesdeutschen Parteiensystems: sie sitzen nur dann fest im Sattel, wenn sie sich ihrer Kanzlerpartei sicher sein können. Dabei kommt es in allererster Linie auf die Kontrolle der Fraktion an, in zweiter Linie auf die Kontrolle der gesamten Parteiorganisation, auch in den Ländern. In der SPD hat letztere bekanntlich größeres Gewicht als bei der CDU. Doch wenn in wichtigen Landesverbänden Zweifel an der Führungskraft des eigenen Bundeskanzlers aufkommen, strahlt das auch auf die Bundestagsfraktion aus. Ein Hauptgrund für das Scheitern von Bundeskanzlern, so die erste Beobachtung, ist also der Verlust an verlässlicher Kontrolle über die eigene Partei. Dafür gibt es vier klassische Beispielfälle: die Beendigung der Kanzlerschaften von *Konrad Adenauer*, *Ludwig Erhard*, *Helmut Schmidt* und *Gerhard Schröder*. Alle vier haben das Kanzleramt durchweg nur sehr unwillig aufgegeben, so saß der Begriff »Scheitern« den Vorgang angemessen erfaßt.

Beim Sturz *Adenauers* kam Verschiedenes zusammen. Nach der Bundestagswahl 1961 wünschten die FDP unter *Erich Mende*, die CSU unter Strauß, doch auch viele in der CDU einen Kanzlerwechsel hin zu *Ludwig Erhard*. Mit der ihm eigenen Raffinesse setzte sich *Adenauer* zwar noch einmal durch, mußte aber eine zeitliche Beschränkung seiner Amtszeit versprechen – was immer das auch heißen mochte und wie getreulich er sich daran halten würde.

Als jedoch die Wahlen zum Berliner Abgeordnetenhaus am 17. Februar 1963 und die Landtagswahl in Rheinland-Pfalz am 31. März 1963 hohe SPD-Zuwächse erbrachten, verlor die Fraktionsführung der CDU/CSU die Geduld. Von außen her unterstützt von der FDP, zwang sie dem Bundeskanzler das Versprechen ab, im Herbst 1963 definitiv zurückzutreten. Persönliche Verdrossenheit wichtiger Akteure, koalitionspolitischer Kalkül und Differenzen über die Frankreich- und Amerikapolitik spielten durchaus eine Rolle. Das Hauptmotiv aber war die Sorge der Kanzlerpartei, der natürlich hochverehrte, leider aber

hochbetagte und von Jahr zu Jahr eigenwilligere »Alte« würde nicht mehr in der Lage sein, die Bundestagswahl 1965 für die Union zu gewinnen. Noch Jahre später giftete der gegen seinen erbitterten Widerstand »abgemeierte«, wenn gleich danach, wie es sich gehört, mit großem Zeremoniell abgefeierte *Adenauer*: »die dritte Entlassung war die schlimmste«<sup>4</sup>, schlimmer als die Absetzung als Oberbürgermeister von Köln durch die Nationalsozialisten im März 1933, schlimmer als die durch die Briten im Oktober 1945. Die 14-jährige Amtszeit *Adenauers* ist also durch eine Revolte der Fraktion von CDU/CSU zum Abschluß gebracht worden. Der Erfinder der »Kanzlerdemokratie« wurde schließlich zuguterletzt zum Opfer der eigenen Kanzlerpartei.

Auch der zweite Bundeskanzler fiel einem Putsch der eigenen Fraktion zum Opfer. Anders als *Adenauer*, der sich während der langen Kanzlerjahre immer auch als Parteivorsitzender verstanden hatte, war *Ludwig Erhard* als Außen-seiter zur CDU gestoßen. Er war zwar 1949 als Spitzenkandidat der CDU Württemberg-Baden und als CDU-Kandidat im Bundestagswahlkreis Ulm-Heidenheim für sie angetreten, hatte danach stets höchste Parteipositionen bekleidet und besaß in der Fraktion von CDU/CSU starke Unterstützung. Er galt als Ikone des »Wirtschaftswunders«, erwies sich in allen Wahlkämpfen als be-gnadeter Redner und wurde von der CDU als »Wahllokomotive« hoch geschätzt. Dennoch waren ihm Parteiorganisation und Parteipolitik seltsam gleichgültig geblieben. Dabei spielte auch die Konfession noch eine Rolle. Unter den stark katholisch geprägten Spitzenpolitikern der CDU fanden sich manche, die diesem liberalen evangelischen Wirtschaftspolitiker mit Vorbehalten begegneten. *Er-hard* versäumte es denn auch, sich alsbald nach dem Rücktritt *Adenauers* als Bundeskanzler den Parteivorsitz zu sichern. Ob er das unter den Bedingungen des Jahres 1963 überhaupt erreicht hätte und ob der Parteivorsitz ihn wirklich vor der Vendetta *Adenauers* und dessen Anhängern bewahrt hätte, ist allerdings fraglich. Jedenfalls schenkte er der Rolle des Parteiführers anfangs zu wenig Beachtung mit dem Ergebnis, daß der aus dem Kanzleramt gedrängte *Adenauer*, der immer noch Parteivorsitzender war, ihm viele Knüppel zwischen die Beine werfen konnte. Als *Adenauer* schließlich resignierte und *Erhard* sich endlich auch als Bundesvorsitzender der CDU inthronisieren ließ, war es bereits zu spät. Eine aus heutiger Sicht nicht besonders gravierende Konjunkturdelle entzauberte ihn. Eine Wahlniederlage der CDU in einem Bundesland wirkte erneut als Katalysator für die Entschlossenheit von Partei und Fraktion, sich seiner zu entledigen. Diesmal war es eine ziemlich verheerende Wahlschlappe in Nord-rhein-Westfalen. Ungeschickte taktische Spielchen der FDP trugen gleichfalls zur Ablösung bei. Ausschlaggebend war aber die Überzeugung in der eigenen Partei, daß *Erhard* sich mit den außen- und innenpolitischen Aufgaben des

---

4 *Hans-Peter Schwarz*, *Adenauer. Der Staatsmann: 1952 – 1967*, 1991, S.838.

Bundeskanzlers überfordert zeigte. Hinzu kam noch, daß die nach eigener Kanzlerwürde begierigen Diadochen in der CDU/CSU-Fraktion ihre Zeit ablaufen sahen, falls nicht sofort gehandelt würde. Auch diesmal mußte der Bundeskanzler zurücktreten, weil sich die Kanzlerpartei letztlich nichts mehr von ihm versprach.

Aus der Gruppe der CDU-Kanzler war *Ludwig Erhard* der letzte, den die eigene Partei über die Klinge springen ließ. *Kiesinger* war zu kurz im Amt, als daß sich die Frage stellte. Und mit *Helmut Kohl* amtierte ein so großer Köhner bei der Führung und Kontrolle der eigenen Kanzlerpartei, daß er im Frühjahr 1989 einen Aufstand aus den Reihen der eigenen Partei souverän abwehren konnte, als seine eigenen Sympathiewerte und die der CDU 1988 und in der ersten Jahreshälfte 1989 in den Keller gingen. Wie er den Putsch der Parteifreunde *Geißler*, *Späth*, *Süßmuth* und *Blüm* ins Leere laufen ließ, war durchaus meisterlich. Subkutane Zweifel, ob er es 1989 noch einmal schaffen würde, bestanden zwar auch danach noch fort. Wäre die DDR nicht ins Wanken gekommen, hätte ihm vielleicht schon 1990 das Schicksal der Abwahl widerfahren können, das ihn dann erst 1998 ereilt hat. Stattdessen lief er als Kanzler der Einheit zu großer Form auf, so daß er sich künftig wegen mangelnden Rückhalts in der eigenen Kanzlerpartei keine Sorgen mehr machen mußte.

Und die SPD-Kanzler? Daß Bundeskanzler *Willy Brandt* gewisse Führungsschwächen aufwies, war im Führungskreis seiner Partei wohlbekannt. Die vier Jahre *Brandtscher* Kanzlerschaft waren ähnlich kurz wie die von *Erhard* und *Kiesinger*. Doch über fast ein Vierteljahrhundert hinweg bildete das Amt des SPD-Vorsitzen seine eigentliche Machtbasis. Kanzlerparteien sind zwar unkalulierbare und auch völlig undankbare Monster, sobald sie sicher zu sein glauben, daß ihr Bundeskanzler die kommende Bundestagswahl an die Wand fahren könnte. Aber im Frühjahr 1974 war es mit *Willy Brandt*, dem strahlenden Wahlsieger vom November 1972, noch nicht soweit gekommen. Die *Guillaume-Affäre* brach unversehens über ihn und die Kanzlerpartei herein. Manche haben zwar danach den Partei-Granden vorgeworfen, sie hätten den Bundeskanzler mit größerer Entschiedenheit vom Rücktritt abhalten sollen. Aber kann man einen Kanzler halten, der sich selbst fallen läßt? *Brandt* hat in den Tagen vor dem Rücktritt durchaus realistisch eingesehen, daß er nach Lage der Dinge den Angriffen aus den Reihen der Opposition, dem Aufruhr in der öffentlichen Meinung und den Zweifeln, die sich beim Koalitionspartner FDP ausbreiteten, nicht mehr gewachsen sein würde. Ein Opfer der eigenen Kanzlerpartei ist er jedenfalls 1974 nicht geworden. Auch nach seinem Scheitern als Bundeskanzler haben ihn die meisten Parteimitglieder und SPD-Wähler als Ikone der neuen Ostpolitik, der Demokratisierung und der Öffnung für die kritische junge Generation mit ihren kritischen Themen vergöttert.

Etwas komplizierter liegen die Dinge im Fall *Helmut Schmidts*. Anders als

*Ludwig Erhard* nach dem Abgang *Adenauers* als Bundeskanzler, war er sich nach dem Rücktritt *Willy Brandts* wohl voll darüber im klaren, daß unter den Bedingungen des deutschen Regierungssystems das Bundeskanzleramt und der Vorsitz der Kanzlerpartei eigentlich in dieselbe Hand gehören – dies ganz besonders bei einer Traditionspartei wie der SPD, wo damals der Parteivorsitz mindestens soviel, wenn nicht noch mehr galt, als das Amt des Bundeskanzlers. Doch *Schmidt* wollte oder konnte *Willy Brandt* damals und später nicht aus dem Parteivorsitz verdrängen. So mußte er in den immerhin acht Jahren als Bundeskanzler mit wachsendem Unwillen konstatieren, wie *Brandt* die SPD für die »neue Linke« öffnete und auch der Außen- und Sicherheitspolitik des Bundeskanzlers zunehmend die Unterstützung versagte. *Schmidts* Sturz erfolgte zwar aufgrund der »Wende« des Koalitionspartners FDP. *Genscher*, *Lambsdorff* und ihre Parteifreunde konnten aber mit einiger Plausibilität argumentieren, daß die Kanzlerpartei dem wirtschaftlichen Konsolidierungskurs *Helmut Schmidts* heftig widerstrebte und zugleich nicht dazu bereit war, die Installierung von Pershing-II und Cruise Missiles zu tolerieren. Nach der Ablösung *Schmidts* zeigte sich, daß er auf dem Parteitag mit seiner Bejahung der Nachrüstung fast vollständig isoliert war. Zweifellos hat damals die Linksverschiebung in der Kanzlerpartei zum Scheitern seiner Kanzlerschaft beigetragen. Entscheidend war jedoch die Umorientierung des Koalitionspartners.

Schließlich *Gerhard Schröder*. Sein Scheitern, nachdem er sich zur Agenda 2010 aufgerafft hatte, ist geradezu ein Schulbeispiel dafür, was einem Kanzler widerfährt, der den Rückhalt in der Kanzlerpartei verliert. Bei erster sich bietender Gelegenheit, als *Oskar Lafontaine* alles hinwarf, war es ihm gelungen, auf einem rasch einberufenen Sonderparteitag das Amt des Bundeskanzlers und den Parteivorsitz in einer Hand zu vereinigen. Doch das hilft einem Bundeskanzler nicht viel, der die eigene Partei zu einer unumgänglichen, aber in ihren Reihen zutiefst unpopulären Reformpolitik zwingt, damit die Gewerkschaften entfremdet, den Exodus Zehntausender von Mitgliedern bewirkt und danach Landtagswahl auf Landtagswahl verliert. Die spätere Übergabe des Parteivorsitzes an *Franz Müntefering* hat in der SPD die Unzufriedenheit mit dem eigenen Kanzler nicht mehr grundlegend eindämmen können. Selbst der tatkräftigste, unbedenklichste Bundeskanzler kann sich nicht halten, wenn seine Politik mit den innersten Überzeugungen seiner Partei nicht mehr übereinstimmt. In solchen Fällen sind die Gesetzmäßigkeiten deutscher Parteiendemokratie stärker als die Möglichkeiten der Kanzlerdemokratie.

## II.

In Mehrparteiensystemen ohne klares Mehrheitswahlrecht sind Koalitionsregierungen der Regelfall, es sei denn, eine Großpartei ist so attraktiv, daß sie bei den Wahlen eine absolute Mehrheit erobert. Das war jedoch, wie schon erwähnt, in der Geschichte der Bundesrepublik nur ein einziges Mal der Fall, als die Union mit *Adenauer* bei der legendären Bundestagswahl 1957 50,2 % der Stimmen in die Scheuern fuhr. Die Kanzlerdemokratie der Bundesrepublik beruht also prinzipiell auf Koalitionen mit einer oder mehreren kleineren Parteien. Eigentlich müßte somit auch hier eine Grundbedingung jedes Koalitionssystems in Kraft treten: der Regierungschef ist am Ende, wenn die Koalition zerbricht. Doch genau dieser an und für sich natürlichste Fall des Scheiterns von Koalitionen ist in der Geschichte der Bundesrepublik nur zweimal eingetreten: im Spätherbst 1966 beim halbherzigen Ausscheiden der FDP-Minister aus der Regierung *Erhard* und im September 1982, als die FDP-Minister die Regierung *Schmidt* verließen, um der Entlassung zuvorzukommen, und damit »die Wende« erzwingen.

Der Sachverhalt, daß der Kanzlersturz durch Koalitionsbruch so vergleichsweise selten ist, resultiert aus einer Reihe von Gründen. Sicherlich entfaltet dabei Art. 67 GG seine Wirkung. Bei genauem Zusehen zeigt sich indessen, daß die berühmte Vorschrift, die den Kanzlersturz an die Wahl eines neuen Bundeskanzlers knüpft, im Regierungssystem der Bundesrepublik bisher viel eher eine *fleet in being* war. Das mag sich irgendwann ändern, vielleicht sogar bald. Tatsächlich wurden aber die Koalitionen zwischen der jeweiligen Großpartei CDU oder SPD mit den unentbehrlichen Kleinparteien FDP oder den Grünen in erster Linie durch andere Bedingungen zusammengehalten.

In der Phase zwischen den Bundestagswahlen 1953 und 1961, als *Adenauer* im Zenit stand, war das zahlenmäßige und psychologische Gewicht der Kanzlerpartei so groß, daß die FDP gegebenenfalls entbehrlich war. Als die FDP 1956 aus einer Reihe von Gründen aus der Koalition mit der übermächtigen und auch übermütigen Union ausschied, führte das zu einer Abspaltung des sogenannten Ministerflügels. Die Freien Demokraten sahen sich vier frustrierende Jahre hindurch in die Opposition verwiesen. Nach den Bundestagswahlen 1961 und 1965 wurde die FDP wieder für die Regierungsbildung gebraucht. Die sechziger Jahre erwiesen sich als jene Periode in der Geschichte der Bundesrepublik, während der die Mechanismen klassischer parlamentarischer Systeme in Kraft waren. Die beiden Großparteien CDU und SPD, die FDP und die damals vergleichsweise eigenständig operierende CDU-Schwester CSU waren programmatisch und aufgrund langjähriger Vertrautheit des Spitzenpersonals untereinander prinzipiell koalitionsfähig. Koalitionen zwischen CDU/CSU und FDP waren ebenso möglich wie eine große Koalition von CDU/CSU und SPD

oder eine Koalition zwischen SPD und FDP, zu der es nach den Bundestagswahlen 1969 gekommen ist. Der Sturz *Ludwig Erhards* wurde zwar, wie schon erwähnt, in erster Linie von der unruhigen Kanzlerpartei erzwungen, doch auch die gewissermaßen klassischen Bedingungen einer Koalitionsregierung spielten mit hinein.

Die Installierung der sozialliberalen Koalition mit den Parteiführern *Willy Brandt* und *Walter Scheel* führte aber zu neuen Bedingungen einer Koalitionsregierung. Die Polarisierung über die »neue Ostpolitik« mit Anerkennung der DDR und der Westgrenze Polens hatte bei der FDP eine Art Parteispaltung zur Folge. Diejenigen, die nicht bereit waren, die »neue Ostpolitik« mitzutragen, gingen ins Lager der Opposition über. Andererseits betrachtete der linke Flügel der FDP die sozialliberale Koalition von nun an als eine Art neues, historisches Bündnis. Außerdem war es der FDP gelungen, sich mit dem Auswärtigen Amt, dem Innenministerium und dem Landwirtschaftsministerium drei große klassische Ressorts zu sichern. Eine Partei, die bei der Bundestagswahl spärliche 5,8 % errungen hat, somit beinahe unter die 5-Prozent-Marke abgesunken ist und danach noch weitere Abgeordnete verliert, überlegt es sich dreimal, ob sie den neuen Koalitionspartner verlässt, der sie so großzügig bedient hat und vorerst vor dem Untergang rettet. Unter solchen Umständen ist es verführerisch, schon vor den Wahlen Koalitionsaussagen zu machen – ein Versprechen, das dem Geist des klassischen Parlamentarismus eigentlich zuwiderläuft, den Koalitionsbruch aber zumindest psychologisch erschwert. So hat sich in den siebziger Jahren bei der FDP die Praxis herausgebildet, Koalitionen für die ganze Legislaturperiode einzugehen. Dieses Konzept der Koalitionsehe, das jetzt musterbildend werden sollte, verband Elemente eines traditionellen und eines post-modernen Eheverständnisses. Die Koalitionsaussage vor den Wahlen erinnerte gewissermaßen an das Verlöbnis aus dem bürgerlichen Zeitalter, die Praxis eines sehr detaillierten Koalitionsvertrags entsprach modernen Eheverträgen, wobei aber die Verbindung jeweils auf die vier Jahre einer Legislaturperiode terminiert wurde – Ehe auf Zeit sozusagen, wie Frau *Pauly* das unlängst ins Gespräch gebracht hat, doch das mit der Perspektive, sie bei beiderseitigem Wohlverhalten fortzuführen.

»Die Wende« im Jahr 1982 war gewissermaßen ein Ausreißer aus der Praxis, sich für eine ganze Legislaturperiode zu binden. Sie hat bei der FDP zu einer erneuten Parteispaltung geführt und ist sowohl seitens der SPD als auch in Teilen der Öffentlichkeit als unmoralischer Verrat gebrandmarkt worden, obschon sich die FDP dabei eigentlich nur gemäß den Regeln der parlamentarischen Demokratie verhielt. Als sich die FDP danach von 1982 an bis zum Wahldesaster von 1998 im Bündnis mit der CDU befand, hat sich die Frage des Koalitionsbruchs aus vielen Gründen nie mehr sehr ernsthaft gestellt. Seit ihm die Freien Demokraten als aufsteigenden Stern der CDU in Rheinland-Pfalz kennengelernt hatte,

bot *Helmut Kohl* in eigener Person Gewähr dafür, allein die Koalitionsoption mit der FDP wahrzunehmen. Zudem wurde die kleine, aber unentbehrliche FDP, die 1983 mit spärlichen 7,0 % in die Koalition nur einen vergleichsweise geringen Stimmenanteil einbrachte, auch vonseiten der CDU mit dem Auswärtigen Amt, dem Justizministerium und dem Wirtschaftsministerium bestens bedient. Nach dem Aufkommen der Grünen gab es zudem für die FDP kaum noch eine realistische Wechseloption.

Zwischen 1998 und 2005 spielten dann die Grünen im Bündnis mit der Großpartei SPD ein ähnliches Spiel, wie ihnen dies die FDP über Jahrzehnte hindurch vorgemacht hatte. Erneut führte die Polarisierung zu einer propagandistischen Überhöhung des Koalitionsbündnisses. Man sprach von dem »Projekt Rot-Grün«. Mit der Zuteilung von Ministerien erwies sich die SPD zwar nicht ganz so spendabel, wie das zuvor in Koalitionssystemen Usus geworden war, zumal sich die Grünen mit 6,7 % bei der Bundestagswahl 1998 recht schwach präsentiert hatten. Doch immerhin erhielten sie das Auswärtige Amt, das aus ihrer Sicht unabdingbare Umweltministerium und das Gesundheitsministerium. Koalitionskrähe blieben zwar nicht aus. Rot-Grün führte eine stürmische Ehe. Doch das Ende der Regierung *Schröder* wurde nicht durch einen Konflikt mit den Grünen herbeigeführt. Schließlich verfügten diese über keine andere Option als die Koalition mit der SPD. So wie einstmals die FDP auf dem Bündnis mit CDU/CSU saßen sie nun auf der Allianz mit der Großpartei SPD fest.

Aus den eben knapp skizzierten Gründen sind somit die Kanzler nur ganz selten an ihren kleineren Koalitionspartnern gescheitert. Und die Bundeskanzler der hierzulande selteneren Großen Koalitionen sind bisher überhaupt noch nie durch einen Koalitionsbruch aus dem Amt katapultiert worden. Naturgemäß werden große Koalitionen erst einmal auf Zeit abgeschlossen, wobei sich jede Seite vorbehält, nach Ablauf der Legislaturperiode andere Optionen wahrzunehmen. 1966 hatten sich die Groß-Koalitionäre sogar vorgenommen, durch Einführung eines mehrheitsbildenden Wahlrechts für eine Flurbereinigung zu sorgen, um ein für allemal von den Frechheiten kleinerer Koalitionspartner verschont zu bleiben. Es gehört zu den Schwerverständlichkeiten der deutschen Parlamentsgeschichte, daß ernsthafte Spitzenpolitiker überhaupt daran glauben, den prinzipiell verabredeten Mordplan an der FDP tatsächlich in Gesetzesform bringen zu können. Natürlich hat sich der Schlauere der beiden Koalitionspartner bei der ersten Gelegenheit aus diesem Versprechen herausgewunden, dies in der zutreffenden Erwartung, in der von Vernichtung bedrohten FDP gegebenenfalls einen dankbaren neuen Koalitionspartner zu finden.

Immerhin bekundete die Verabredung eines Mehrheitswahlrechtes im Jahr 1966 doch die Absicht, auf längere Sicht nicht auf der Großen Koalition festzusitzen. Auch die gegenwärtige Große Koalition bekundet die Absicht, ihre



Elefantenehe tunlichst nicht über den kommenden Wahltag hinaus fortzuführen. Allerdings besteht der Charme dieser Großen Koalitionen nicht zuletzt darin, erst einmal vier Jahre lang ziemlich ungestört und behaglich regieren zu können, dies selbst dann, wenn ein psychisch etwas instabiler, aber demagogisch begabter Parteivorsitzender der einen Großpartei seinen früheren Parteifreunden an der Spitze einer Protestpartei die Hölle heiß macht. Zweifellos ist es viel gesunder Machtinstinkt, aber auch viel träges Beharrungsvermögen, das diese programmatisch schwer vereinbare Koalition zusammenhält und eventuell auch nach den kommenden Wahlen zusammenhalten wird.

### III.

Der dritte Checkpunkt beruht auf einer schönen Annahme, die leider nicht ganz zutreffend ist. Zu den Mythen des parlamentarischen Regierens gehört der Glaube, der natürliche Verschleißprozeß einer Regierung lasse die jeweilige Opposition erstarken, veranlasse diese zur Entwicklung eines neuen, attraktiveren Politik-Mix und führe schließlich dank überzeugender Alternative zur Abwahl der Kanzlerpartei. Die Geschichte der deutschen Kanzlerdemokratie ist jedoch nicht dazu angetan, diese Auffassung zu bestätigen. Was im britischen Regierungssystem mit dem Gegeneinander zweier Großparteien zutreffen mag, ist in der Bundesrepublik viel schwerer zu bewerkstelligen. Hier war es über Jahrzehnte hinweg viel eher die Koalitionsräson der kleineren Koalitionspartei, die den Gang der Dinge maßgeblich beeinflusst hat. *Kurt Georg Kiesinger*, von 1966 bis 1969 Bundeskanzler, der bei der Bundestagswahl 1969 immerhin auf 46,1 % Wählerstimmen kam, wurde nicht aus dem Bundeskanzleramt gedrängt, weil die FDP-Opposition überzeugender gewesen wäre. Deren Stimmenanteil ging sogar gegenüber 1965 von 9,5 % auf 5,8 % zurück. Der Machtwechsel kam vielmehr zustande, weil die SPD, bisheriger Partner in der Großen Koalition, ebenso wie der Wahlverlierer FDP eine »sozial-liberale« Koalition für nützlicher hielt. 1976 kam die durchaus attraktive Oppositionspartei CDU/CSU, die mit 48,6 % die Mehrheit nur knapp verfehlte, wiederum allein deshalb nicht zum Zug, weil der kleinen Regierungspartei FDP das Weiterregieren zusammen mit dem SPD-Kanzler *Helmut Schmidt* besser behagte. Der natürliche Abnutzungsprozeß der Regierung war zwar offenkundig, aber die Gegebenheiten des Wahlrechts und der parlamentarischen Konstellation standen dem Wechsel entgegen.

Ähnliche Erfahrungen machte später die SPD-Opposition im Jahr 1994. Wie in der eben erwähnten Konstellation des Jahres 1976 mußten damals sowohl CDU/CSU (Rückgang von 43,8 % auf 41,4 %) als auch die FDP (Absturz von 11,0 % auf 6,9 %) durchaus fühlbare Verluste einstecken, dennoch blieb die



Regierungskoalition an der Macht. Nur ein einziges Mal – im Jahr 1998 – kam es durch einen überzeugenden Wahlsieg der frisch und angriffig wirkenden Oppositionsparteien SPD und Grüne zur Ablösung einer ziemlich ausgelaugten Bundesregierung. Mit wirtschaftlicher Unzufriedenheit verband sich dabei die gewissermaßen klassische Devise: »It's time for a change.«

Beim Rückblick auf 60 Jahre Kanzlerdemokratie wird man somit alles in allem eher von einem Regierungsbonus als von einem Oppositionsbonus sprechen können. Das gilt selbst unter den erschwerten Bedingungen wirtschaftlicher Stagnation oder doch stark gebremsten Wachstums seit den späten achtziger Jahren. Wahlgeschenke, zeitlich gut platzierte außenpolitische Initiativen, hemmungsloser Einsatz der regierungsamtlichen Propagandaapparate, Angstpropaganda, die einer Opposition zumeist mehr zu schaffen macht als einer amtierenden Bundesregierung, und die durchweg größere Sichtbarkeit des Bundeskanzlers auf internationaler Ebene wirken zusammen.

Fast unvermeidlich bietet andererseits die jeweilige große Oppositionspartei der Wählerschaft häufig ein zerstrittenes Bild. Persönlicher Ehrgeiz der Prätendenten, die ihre Eignung für die Kanzlerrolle nur behaupten, aber nicht beweisen können, sachliche Gegensätze zwischen den Parteiflügeln, Kunstfehler bei der Wahlkampfführung sowie unterschiedliche Koalitionspräferenzen wirken sich fast zwangsläufig zugunsten der Regierung aus, sofern diese nicht töricht genug ist, sich ihrerseits zu zerstreuen.

So ist es 1972 und 1980 weder den CDU-Kanzlerkandidaten *Barzel* und *Strauß* gelungen, die sozialliberalen Bundeskanzler abzulösen, noch zwischen 1983 und 1994 den Kanzlerkandidaten *Hans-Jochen Vogel*, *Johannes Rau*, *Oskar Lafontaine* oder *Rudolf Scharping*. *Edmund Stoiber* und – genau betrachtet – auch *Angela Merkel* haben 2002 und 2005 dieselbe Erfahrung machen müssen. Beim Versuch, die jeweiligen Kanzler aus dem Sattel zu heben, wird die Opposition nicht zuletzt durch die Tatsache geschwächt, daß in der Wirtschafts- und Sozialpolitik die großen Alternativen fehlen. Bereits 1957, also ganz in der Frühzeit der Bundesrepublik, hat der gescheite *Wilhelm Hennis* in einem seiner Aufsätze zum modernen Regieren diagnostiziert: »Gleich, welche Partei am Ruder ist, der Durchschnittsbürger hat im großen und ganzen das Gleiche von ihr zu erwarten.«<sup>5</sup> Das war gewiß etwas überzogen formuliert. Doch wie das seitherige Auf und Ab zeigt, sieht »der Durchschnittsbürger« die Sachlage immer noch ähnlich.

---

5 *Wilhelm Hennis*, *Regieren im modernen Staat*, »Das Modell des Bürgers«, 1999, S.29.

#### IV.

Unsere bisherigen Überlegungen haben sich fast ausschließlich auf die Ebene des Bundes bezogen. Aber die Bundesrepublik ist föderalistisch gegliedert. Deshalb wird hierzulande viel häufiger gewählt als in den größtenteils zentralstaatlich strukturierten Demokratien im westlichen Europa. Die Mitsprache des Bundesrats bei der Gesetzgebung verbessert den Handlungsspielraum der jeweiligen Bundesregierung oder engt ihn ein. Besonders in den Jahrzehnten, da die FDP als eine Art Wettermacherin im bundesdeutschen Regierungssystem fungiert hat, ist ihre Position gegenüber den jeweiligen Bundeskanzlern mitsamt der Kanzlerpartei gestärkt worden, weil sie auch für Koalitionen auf Länderebene gebraucht wurde. Desgleichen können Wahlerfolge oder Wahlniederlagen der Kanzlerpartei in den Ländern die psychologische Großwetterlage einer Regierungskoalition stark beeinflussen. So ist also auch zu prüfen, welche Rolle Landtagswahlen bisher beim Scheitern von Bundeskanzlern gespielt haben.

Schon im bisherigen Durchgang war verschiedentlich auf entsprechende Zusammenhänge zu verweisen. Negative Landtagswahlergebnisse haben vergleichsweise häufig als Katalysatoren beim Scheitern von Bundeskanzlern gewirkt. Welche Rolle im Frühjahr 1963 die Wahlen in Berlin und in Rheinland-Pfalz für den Entschluß zur Ablösung *Adenauers* gespielt haben, wurde bereits erwähnt, desgleichen, wie die Wahlniederlage der CDU in Nordrhein-Westfalen im Sommer 1966 den Niedergang *Ludwig Erhards* beschleunigt hat. In dem damals mit großem Abstand wichtigsten Land der Bundesrepublik ging der CDU-Stimmenanteil von 50,5 % auf 42,8 % zurück bei gleichzeitiger Verbesserung der SPD von 39,2 % auf 43,3 %. Auch im Vorfeld des Rücktritts *Willy Brandts* am 6. Mai 1974 hat die Wahl zur Hamburger Bürgerschaft am 3. März 1974 bei der SPD und auch beim Bundeskanzler selbst eine depressive Stimmung erzeugt. Gegenüber der Bürgerschaftswahl 1970 mit einem SPD-Anteil von 55,3 % konnten 1974 nur noch 44,9 % erzielt werden; die CDU hatte sich von 32,8 % auf 40,6 % gesteigert. Acht Jahre später war es neben den negativen Umfrageergebnissen von SPD und FDP erneut eine Bürgerschaftswahl in der SPD-Hochburg Hamburg, die am 6. Juni 1982 bei *Genscher* und *Lambsdorff* die Bereitschaft verstärkte, sich auf das Abenteuer der »Wende« einzulassen. Die SPD war von 51,5 % auf 42,7 % abgestürzt, bei einem Aufstieg der CDU von 37,6 % auf 43,2 %.

Im Vorfeld der Wahlniederlage von *Helmut Kohl* im Herbst 1998 ging gleichfalls von einer Landtagswahl eine Signalwirkung aus. Seit 1997 hatte sich der Bundeskanzler ziemlich erfolglos bemüht, aus einem Umfragentief herauszukommen. Bei der Landtagswahl in Niedersachsen am 1. März 1998 errang *Gerhard Schröder* erneut die absolute Mehrheit für die SPD und wurde daraufhin auf einem hervorragend aufgelegenen Wahlparteitag in Leipzig mit 93,4 Pro-

zent der Stimmen zum Kanzlerkandidaten gekürt. Von da an kam der amtierende Bundeskanzler nicht mehr hoch.

Doch später mußte es auch *Gerhard Schröder* erleben, daß eine verlorene Landtagswahl den Anfang vom Ende einer Kanzlerschaft markieren kann. Nach einer Serie von Niederlagen verlor die SPD im Frühsommer 2005 auch das von ihr als Stammland betrachtete Nordrhein-Westfalen an CDU und FDP. Im Jahr 2000 war sie dort noch auf 42,8 % Wählerstimmen gekommen, die CDU nur auf 37 %. 2005 aber kehrte sich das Stärkeverhältnis um: Die SPD stürzte auf 37,1 % ab, während die CDU 44,8 % erreichte. Das führte zum Entschluß vorzeitiger Neuwahlen und schließlich zum Verlust der Kanzlerschaft.

## V.

Das eben Ausgeführte zeigt deutlich, daß das Scheitern von Bundeskanzlern letzten Endes meist direkt oder indirekt auf Wahlentscheidungen zurückgeht. Keine Kanzlerpartei hält Unpopularität in der öffentlichen Meinung und wiederholte Nackenschläge bei Landtagswahlen über einen längeren Zeitraum hinweg aus. Wenn sie ihrem Vorsitzenden nicht selbst das Vertrauen entzieht, bringt der kleinere Koalitionspartner die politische Hinrichtung ins Rollen. Doch wie gezeigt, ist das selten. Viel häufiger ist, daß sich die Bundeskanzler dank der Machtmittel, die ihnen zu Gebote stehen, selbst durch kritischste Situationen durchbeißen und oft, kurz nachdem sie im Keller waren, wieder obenauf sind. *Konrad Adenauers*, *Willy Brandts*, *Helmut Kohls* und *Gerhard Schröders* Kanzlerjahre sind voller erstaunlicher Beispiele. Dennoch gilt: Kein Bundeskanzler kann auf Dauer gegen die Wähler regieren. Und die Furcht vor schlimmen Wahlniederlagen in den Ländern oder gar im Bund plagt bald mehr bald weniger stark jeden Kanzler, jedes Bundeskabinett, jede Parteiführung und jede Parlamentsfraktion.

Dennoch gehört die direkte Abwahl von Bundeskanzlern bei einer Bundestagswahl doch erst zu den neueren Entwicklungen. Erstmals widerfuhr das *Helmut Kohl* im Oktober 1998. Er zog daraus sofort die Konsequenz und legte auch den Parteivorsitz nieder. Nicht ganz so eindeutig war die Abwahl von *Gerhard Schröder*. In der Wahlkampfschlacht zur Bundestagswahl am 18. September 2005 war es ihm trotz langdauernder Unpopularität seiner Regierung aufgrund der Agenda 2010 nochmals gelungen, in einem furiosen Endspurt eine Art Patt zwischen Schwarz-Gelb und Rot-Grün zu erreichen, allerdings bei leichtem numerischem Übergewicht der CDU/CSU gegenüber der SPD. Doch nach verschlungenen Manövern in den folgenden Wochen, die zeitgeschichtlich erst teilweise ausgeleuchtet sind, zog er sich zurück und legte sein Bundestagsmandat nieder.

## VI.

Runden wir nun diesen Aufriß der systemischen Faktoren mit einigen knappen Beobachtungen zu der Frage ab, inwiefern die einzelnen Kanzler selbst zum eigenen Sturz beigetragen haben.

Bei *Adenauers* Sturz im Jahr 1963 kamen drei Hauptpunkte zusammen: erstens das Altersproblem (»der Alte«, wie man ihn in der eigenen Partei nannte, war inzwischen 87 Jahre alt geworden). Aus *Adenauers* stets in starkem Maß vorhandener Dickköpfigkeit war eine unverkennbare Altersstarrheit geworden, dies verbunden mit Streitsucht. »Der Kanzler wird kantiger und grantiger. Auch sprunghafter und unbelehrbarer«, vermerkte der Fraktionsvorsitzende *Heinrich Krone* am 8. März 1962 in seinem Tagebuch. Das äußerte sich zum einen in *Adenauers* Überzeugung, vorerst als Kanzler unersetzlich zu sein, zum anderen in der Absicht, den von der Mehrheit der CDU als Nachfolger favorisierten *Ludwig Erhard* »auf Null zu bringen.«

Damit ist der zweite wesentliche Grund für das Scheitern angesprochen: *Adenauers* kontraproduktives Taktieren in der Nachfolgefrage. Daß Bundeskanzler, die sehr lange amtieren, bei der Nachfolgeregelung scheitern, zeigte sich hier erstmalig.

Schließlich der dritte Hauptpunkt: *Adenauers* Außenpolitik. Bis zur Wende von den fünfziger zu den sechziger Jahren hatte *Adenauer* zwischen den großen westlichen Mächten – USA, Großbritannien, Frankreich – einen Kurs zu steuern gewusst, der einseitige Optionen vermied, obschon ihm stets klar war, daß man im Zweifelsfall der amerikanischen Führung folgen müsse. Die letzte Phase seiner Kanzlerschaft von 1960 bis 1963 zeigt aber eine Umorientierung: zusehendes Misstrauen gegen die USA und Großbritannien bei demonstrativer Hinwendung zu *de Gaulle*. In seinen letzten Jahren nach dem Abschied vom Kanzleramt wurde aus *Adenauer* vollends eine Art Oberhäuptling der deutschen Gaullisten. Mit dieser zusehends einseitigen Fixierung auf Frankreich befand er sich in deutlichem Gegensatz zu der vorherrschenden Zeittendenz, die damals die CDU, die FDP, aber auch die oppositionelle SPD erfaßt hatte. Das politische Establishment in Bonn war fast die ganzen sechziger Jahre hindurch mehrheitlich »atlantisch«. Psychologie und Politik des betagten *Adenauer* hatten also durchaus ihren Anteil daran, daß er 1963 das Palais Schaumburg verlassen musste – natürlich hochgehört, aber doch mit bitterstem Groll im Herzen.

Daß *Ludwig Erhard* temperamentsmäßig, auch von seinem ganzen Werdegang und seinem Selbstverständnis her, für die Kanzlerrolle schlecht geeignet war, hat *Adenauer* früh und mit mitleidloser Scharfsichtigkeit erkannt. *Erhard* verstand sich als Volkskanzler und nicht als Parteikanzler. Zudem war seine Außenpolitik ähnlich einseitig wie die *Adenauers* in seiner Spätzeit. *Adenauers* politischer Irrtum war überschießende Amerika-Kritik, dies verbunden mit

überschießender Frankreich-Orientierung; zu *Erhards* Sturz trug auch sein überschießendes, durchaus unangebrachtes Vertrauen in Präsident *Johnson* bei. Persönliche Treulosigkeit des Bundeskanzlers gegenüber seinem wichtigsten Helfer kam hinzu. Wenn es dem für die Kanzlerrolle wenig geeigneten *Erhard* gelungen war, sich im Haifischteich der CDU-, CSU- und FDP-Granden überhaupt drei Jahre lang zu halten, so vor allem dank der administrativ-politischen Kompetenz seines Staatssekretärs *Westrick*. Als *Erhard* schließlich *Westrick* den Wölfen vorwarf, war dies für das Rudel seiner Verfolger ein Signal, daß man nun auch den Kanzler vom Schlitten werfen konnte.

Hat *Kiesinger* auch durch persönliche Schwächen und Fehler zum eigenen Scheitern beigetragen? Er galt als gleichermaßen glänzend und bequem. Sehr ausgeprägt war seine Vorsicht, die der Ängstlichkeit durchaus benachbart war. Deshalb traute er sich der eigenen Partei gegenüber auch nicht, so etwas wie die »neue Ostpolitik« energisch durchzusetzen. Unvorsichtig war er nur der FDP gegenüber, zu deren Ermordung er die Hand bot. Unvorsichtig war auch sein allzu großes Vertrauen darauf, daß der sogenannte Zuchtmeister der SPD *Herbert Wehner* die Genossen schon wieder in den Pferch der Großen Koalition treiben würde. Aber im übrigen, wie schon gesagt, hatte er bei der entscheidenden Bundestagswahl einfach Pech.

Für *Willy Brandt* galt grosso modo Vergleichbares wie für *Ludwig Erhard*. Temperamentsmäßig eignete er sich nicht zum harten Führer der eigenen Koalition. Seine Minister und der Fraktionsvorsitzende *Wehner* liefen am langen Zügel, und des öfteren verwickelten sich die Zügel. Wirtschafts- und Sozialpolitik war nicht sein Ding. Ähnlich wie *Kiesinger* war auch *Brandt* etwas bequem, leistete sich zu lange Auszeiten und zudem Eskapaden, die man sich als Bundeskanzler versagen sollte. Als dann unerwartet die *Guillaume*-Affäre aufkochte, verlor er, was ihm *Helmut Schmidt* heftig vorwarf, die Nerven und trat vorschnell zurück.

Im Unterschied zu seinem Vorgänger und darin nur noch vergleichbar *Adenauer* verstand sich *Helmut Schmidt* als Dompteur seines Kabinetts, der gern mit der Peitsche knallte. Er scheiterte, wie schon gesagt, im wesentlichen an den Umständen. Zu der objektiv unvermeidlichen politischen Entfremdung zwischen SPD und FDP kam erschwerend hinzu, daß gegen Ende der sozial-liberalen Koalition die Vertrauensbasis Chemie zwischen ihm und *Hans-Dietrich Genscher* zerbröckelt war. Das ist beiden nicht vorzuwerfen. Derlei gehört zu den gewissermaßen schicksalhaften psychologischen Gegebenheiten in Verhältnissen der hohen Politik. Psychologisch gleichfalls verständlich war *Schmidts* Ungeduld, mit der er im September 1982 die Trennung von der FDP betrieb. Der vorsichtige *Wischniewski* riet zum Temporisieren, um der FDP ganz eindeutig den schwarzen Peter für den Koalitionsbruch zuzuschieben, *Bölling*

plädierte – vor allem auch mit Blick auf die Landtagswahl in Hessen – für scharfes Vorgehen und verstärkte *Schmidts* Freude am offenen Austrag von Konflikten. Aber dies alles hat vorwiegend Einfluß auf die Taktik gehabt. Entscheidend waren jedoch die eingangs breiter erörterten strukturellen Veränderungen im Parteiensystem, ganz besonders der galoppierende Linkskurs in der SPD.

Inwiefern haben bei der Abwahl *Helmut Kohls* im Jahr 1998 neben den Umständen auch eigene Fixierungen und Fehler eine Rolle gespielt? Vier Punkte hatten in der Tat Gewicht. Erstens war *Kohl* genauso wie *Adenauer* letztlich davon überzeugt, nur unter ihm selbst könne das Staatsschiff den richtigen Kurs halten. Häufig hat er damals intern und später auch öffentlich erklärt, er müsse so lange im Amt bleiben, bis der Euro unter Dach und Fach sei. Zum zweiten ist ihm genauso wie *Adenauer* die Nachfolgeregelung missraten. Anders als der erste Bundeskanzler hatte er zwar mit *Wolfgang Schäuble* einen Kronprinzen, den er selbst lange Zeit für geeignet hielt. Aber er wollte nicht loslassen und verstärkte so ungewollt die seit langem bei vielen Wählern vorhandene Stimmung, die sich, wie erwähnt, in dem Satz formulieren ließ: »It's time for a change.« Ein dritter Punkt, der in den letzten Jahren auch im Verhältnis zu *Schäuble* wohl ein gewisses Gewicht hatte, war die Koalitionspräferenz. Wenn es bei *Kohl* von den frühen Anfängen an eine innenpolitische Maxime gab, dann die, mit der FDP zusammenzugehen. Bei *Schäuble* aber glaubte er zeitweilig eine gewisse Bereitschaft zu erkennen, erforderlichenfalls auch als Kanzler einer Großen Koalition zu amtieren. Schließlich der vierte Punkt, der ihn die Warnzeichen in den Jahren 1995 und 1996 übersehen ließ: der Glaube an seine eigene Fortüne im Wahlkampf, wenn es wirklich drauf ankam. Dreimal hintereinander hatte er ein sehr kritisches Tief bei den Umfragen und den Landtagswahlen erlebt: 1984/85, erneut 1988 sowie im Frühjahr 1989 und ein weiteres Mal 1992 und 1993. Immer wieder rettete ihn dann seine eigene Durchsetzungsfähigkeit als Wahlkämpfer, das verbunden mit dem Glück, das dem Tüchtigen manchmal lacht. So war das erstmals 1987, dann erneut im Dezember 1989, als er wider alles Erwarten die Bundestagswahlen als »Kanzler der Einheit« bestreiten konnte, und schließlich noch ein weiteres Mal 1994, als ihm das Desaster der SPD mit ihren Vorsitzenden in Verbindung mit einem leichten ökonomischen Zwischenhoch half. So vertraute er darauf, doch nochmals obsiegen zu können, zumal er bis zu den Wahlen in Niedersachsen im Frühjahr 1998 auf einen Kanzlerkandidaten *Lafontaine* hoffte, gegen den ein polarisierender Wahlkampf möglich schien. Zugleich verpasste er die Gelegenheit, *Schäuble* rechtzeitig und in aller Form als seinen Nachfolger aufzubauen, um so der Oppositionsstrategie »Es ist Zeit für einen Wechsel!« entgegenzuwirken. Es läßt sich aber nur darüber spekulieren, ob er damit noch durchgedrungen wäre.

Schließlich *Gerhard Schröder*. Blickt man auf die Wiederbelebung der Kon-

junktur im Jahr 2006, dann ist evident, daß er zu früh aufgegeben und den Weg vorzeitiger Neuwahlen beschritten hat.

Welche Rolle dabei neben dem innerparteilichen Druck auch Fragen seiner psychischen Verfassung gespielt haben, läßt sich beim heutigen Wissensstand nicht klar erkennen. Wie man weiß, meinen manche, er habe das Temperament eines Spielers.

## VII.

Soweit der Befund. Natürlich fragen wir uns alle, ob die eben skizzierten Beobachtungen auch Prognosen erlauben, wie es mit der gegenwärtigen Bundeskanzlerin oder späteren Nachfolgern weitergehen wird? Wohl kaum. Die Politische Wissenschaft befindet sich in dieser Hinsicht in der Lage der Meteorologen vor Einführung der Wetterbeobachtung durch Satelliten. Das heißt: mehr als Wahrscheinlichkeitsvermutungen von 55 % oder 60 % Treffsicherheit sind nicht möglich. Der Grund für diese Unsicherheit liegt in der Natur der Sache. Die Zahl der Variablen, die auf das Schicksal einer Koalitionsregierung einwirken werden, ist einfach zu groß. Demgegenüber kann man in der Rolle des historisch arbeitenden Politologen aber ziemlich zutreffend analysieren, an welchen Umständen dieser oder jener Bundeskanzler tatsächlich gescheitert ist.

Beim Blick auf die Zukunft lassen sich somit die hier diskutierten Faktoren (und noch ein paar andere mehr) benennen, doch nur in Frageform kleiden, ohne daß dabei zuverlässige Prognosen zu abzuleiten wären. Versuchen wir das also zum Schluß.

Wie lange bleibt es – erstens – in der Kanzlerpartei halbwegs ruhig, sollte der Wahlerfolg ausbleiben? (Die CDU ist amtierenden Kanzlern gegenüber geduldiger, führt sich aber, anders als die SPD, erfahrungsgemäß wie ein tückisch vorgehender Scharfrichter auf, wenn eine Bundestagswahl so richtig vergeigt ist).

Was führt – dies die zweite unserer Fragen – die Koalitionspartei gegenüber der Kanzlerpartei im Schilde? (Das hängt, man weiß das, ganz von den Umständen und den Personen ab. Der berühmte *Herbert Wehner* hätte 1969 lieber die Große Koalition fortgesetzt, da er die FDP für eine unzuverlässige Bande hielt. *Willy Brandt* war risikofreudiger.)

Wie wirkt sich – das unser dritter Gesichtspunkt – die parlamentarische Opposition aus? (In dieser Hinsicht ist die Lage heute völlig neu. FDP und die Grünen sind gegenwärtig so ohnmächtig wie die FDP in den fernen Jahren 1957 bis 1961, als *Adenauer* regierte, oder wie die FDP während der Großen Koalition 1966 bis 1969. Das kann sich am Wahlabend aber schlagartig ändern. Je nach Wahlausgang wird aus der wie ein Zwerg einhertrippelnden Kleinpartei ein



gewaltiger Riese, dessen Appetit auf Schlüsselministerien und programmatische Konzessionen der Kanzlerpartei kaum zu stillen ist. Außerdem ist bisher eine so frech demagogische Opposition wie die Linkspartei in der Geschichte der Bundesrepublik noch nicht aufgetreten, auch nicht ein politischer Unternehmer wie *Oskar Lafontaine*, dem es gelungen ist, die Seele der SPD, wenn auch nicht deren Verstand, zusammen mit einem Teil der Wähler, in die neue, mit ihr konkurrierende Linkspartei mitzunehmen.)

Wie werden sich – dies unser vierter Punkt – künftige Wahldesaster der einen oder der anderen Koalitionspartei in den Ländern auswirken? (So wie bisher, läßt sich antworten. In dieser Hinsicht gibt es nichts Neues unter der Sonne. Die politischen Größen unserer säkularisierten Gesellschaft glauben nur selten an den lieben Gott, häufiger aber, trotz aller Behauptung des Gegenteils, an Meinungsumfragen, ganz sicher jedoch an Wahlergebnisse, an denen nicht zu rütteln ist.)

Das führt zur fünften Frage: Welche Möglichkeiten hat der Wähler, wenn er gewisse Bundeskanzler im Amt halten oder aus dem Amt entfernen möchte? (Auch hier lautet die Antwort: Nichts Neues unter der Sonne! Da sich künftige Stärkeverhältnisse zwischen den Parteien nicht sicher abschätzen lassen, gleicht jede Wahl einem Roulette. Man möchte Schwarz-Gelb oder Rot-Grün und bekommt unversehens Schwarz-Rot. Man möchte die Ampel – Rot-Gelb-Grün – und könnte Rot-Rot-Grün bekommen. Man möchte Schwarz-Rot auf jeden Fall beenden und kriegt wieder Schwarz-Rot. Sicher ist nur eines: von 8:00 morgens bis 18:00 abends am Wahlsonntag hat der Wähler das Wort. Dann schließt sich das *window of opportunity*, und die politischen Größen entscheiden nach freiem Ermessen, dies nicht selten so bedenkenlos, als hätten sie nie Wahlversprechen zu Protokoll gegeben. Daß Bundeskanzler an gebrochenen Wahlversprechen scheitern, das hat es noch nie gegeben.)

Schließlich – sechstens – der Persönlichkeitsfaktor. Wird er sich bei den Bundestagswahlen 2009 und danach als wichtig erweisen? (Über die psychische und temperamentsmäßige Ausstattung von Frau *Merkel* zu schreiben oder zu reden, überlasse ich anderen. Daß die gegenwärtige Kanzlerin über ein stabiles Nervenkostüm verfügt, hat sie jedenfalls hinlänglich gezeigt. Ob sie es seit 2005 gelernt hat, inmitten einer Wahlkampfschlacht instinktsicher zu reagieren, bleibt abzuwarten. Wie sie den Test künftiger Koalitionsverhandlungen bestehen würde, hängt von den jeweiligen Stärkeverhältnissen der konkurrierenden Parteien ab. Immerhin wird ihr schon heute niemand vorwerfen können, daß sie nicht mit gebotener Raffinesse nach allen Seiten Signale ausgesandt hat, erforderlichenfalls zu fast allem bereit zu sein – progressiver Bürgerblock mit der FDP, Fortsetzung, leider, leider, der Großen Koalition oder auch notfalls – das Signal wurde in Hamburg ausgesandt – duldsames Zusammengehen mit den Grünen. Doch daß sich FDP und Grüne mit CDU/CSU zu einer Jamaica-Koali-



tion im Bund bereit finden könnten, ist nach wie vor ein recht unwahrscheinliches Szenario. Vielleicht wird auch Frau *Merkel* trotz aller Schlaueit das Schicksal *Kiesingers* nicht erspart bleiben, vielleicht aber schafft sie es doch, anders als dieser, kraft konstitutiver Geschmeidigkeit selbst aus einer vergeigten Wahl das Beste zu machen. Darin hat sie schließlich Erfahrung, und dies ist ein Persönlichkeitsfaktor, den man nicht unterschätzen sollte.)

Damit bin ich mit meinen Beobachtungen am Ende angelangt. Wie Sie sehen, wollte ich mich dem *Genius loci* der Staatswissenschaftlichen Fakultät halbwegs gehorsam erweisen und habe einige institutionelle Aspekte des Scheiterns deutscher Bundeskanzler erörtert. Daneben war auf die Konstellationen einzugehen. Diese sind und bleiben sehr wichtig. Alsdann wurden einige Feststellungen zu der Frage nachgereicht, inwieweit die Kanzler zum eigenen Scheitern jeweils selbst beigetragen haben.

Denn irgendwann und irgendwie, meine Damen und Herren, bald früher oder bald später scheitern alle deutschen Bundeskanzler, selbst die energischsten oder die schlausten, und zumeist sind dabei die eben skizzierten Faktoren im Spiel.

## Quellen (in Auswahl):

Bundeskanzler, die scheitern, sind naturgemäß für Journalisten ein großes Festessen. Somit bilden die Tageszeitungen nach wie vor eine erstrangige Quelle. Die sehr viel später publizierten Sitzungsprotokolle der Parteivorstände, der Fraktionen sowie Briefwechsel oder Tagebuchaufzeichnungen der Hauptakteure bestätigen meist nur im großen und ganzen, was die gut informierte Journaille schon zum Zeitpunkt des Endes einer Kanzlerschaft zu berichten wußte. Verwiesen sei in diesem Zusammenhang (für das Scheitern der Bundeskanzler Adenauer, Erhard und Kiesinger) auf die folgenden Quellenwerke:

CDU-Bundesvorstand. Die Protokolle des CDU-Bundesvorstands, bearb. von Günter Buchstab, Bde 1–5, 1950–1969, Düsseldorf 1986–2005.– Quellen zur Geschichte des Parlamentarismus und der politischen Parteien, Vierte Reihe, 7/1-I-III, FDP-Bundesvorstand. Sitzungsprotokolle 1949–1967, 3 Bde, Düsseldorf 1990–1993; 11/I-IV, Die CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag, Sitzungsprotokolle 1949–1966, 9 Bde, Düsseldorf 1998–2004; 8/I-III, Die SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag. Sitzungsprotokolle 1949–1966, 5 Bde, Düsseldorf 1993.– Adenauer. Briefe 1961–1963, bearb. von Peter Mensing (=Rhöndorfer Ausgabe, hgg. von Rudolf Morsey und Hans-Peter Schwarz), Paderborn 2006.–Heinrich Krone. Tagebücher. Zweiter Band: 1961–1966, bearb. von Hans-Otto Kleinmann (=Forschungen und Quellen zur Zeitgeschichte, Bd.44), Düsseldorf 2003, S. 107–236, 378–256.– Horst Osterheld, »Ich

gehe nicht leichten Herzens...« Adenauers letzte Kanzlerjahre- ein dokumentarischer Bericht von Horst Osterheld, Mainz 1986; Außenpolitik unter Bundeskanzler Ludwig Erhard 1963 – 1966. Ein dokumentarischer Bericht aus dem Kanzleramt (=Forschungen und Quellen zur Zeitgeschichte, Bd.23), Düsseldorf 1992, S. 239 – 390.– Helmut Kohl, Erinnerungen 1930 – 1982, München 2004, S. 262 – 271.– Eine Analyse des Rücktritts Willy Brandts 1974 und der Abwahl von Helmut Schmidt anhand veröffentlichter parteioffizieller Protokolle ist gegenwärtig noch nicht möglich. Immerhin haben einige der Hauptakteure oder nahestehende Beobachter die Vorgänge aus ihrer Sicht geschildert: Willy Brandt, Erinnerungen, Berlin 1999, S. 303 – 341, Hans Dietrich Genscher, Erinnerungen, Berlin 1995, S. 194 – 204, 445 – 468.– Horst Ehmke, Mittendrin. Von der Großen Koalition zur deutschen Einheit, Berlin 1994, S. 209 – 244, 313 – 319.– Hans-Jochen Vogel, »Helmut Schmidt wird Bundeskanzler«, in: Bernhard Vogel/Hans-Jochen Vogel, Deutschland aus der Vogel Perspektive. Eine kleine Geschichte der Bundesrepublik, Freiburg 2007, S. 151 – 158; Nachsichten. Meine Bonner und Berliner Jahre, München 1996, S. 151 – 168.–Hans Apel, Der Abstieg. Politisches Tagebuch eines Jahrzehnts, Stuttgart 1990, S. 148 – 224.– Klaus Harpprecht, Im Kanzleramt. Tagebuch der Jahre mit Willy Brandt, Reinbek bei Hamburg 2001, S. 540 – 558.– Klaus Bölling, Die letzten 30 Tage des Kanzlers Helmut Schmidt. Ein Tagebuch, Reinbek bei Hamburg 2002.– Jochen Thies, Helmut Schmidts Rückzug von der Macht. Das Ende der Ära Schmidt aus nächster Nähe, Stuttgart 1988.– Zum Ende der Ära Kohl bleibt das Erscheinen der Memoiren der Hauptbeteiligten abzuwarten. Siehe vorerst Wolfgang Schäuble: Mitten im Leben, München 2000, S. 13 – 42.– Ähnlich wenig zahlreich sind bisher Erinnerungen der Hauptakteure an das Ende der Kanzlerschaft Gerhard Schröders, der in seinen zu früh und zu oberflächlich verfassten Memoiren (Entscheidungen. Mein Leben in der Politik, Hamburg 2007, S. 487 – 505) die Chance vertan hat, seine eigene Sicht der dramatischen Vorgänge detailliert und überzeugend zu formulieren.

### Literatur (in Auswahl):

Die Abfolge der acht Kanzler stellen vor: Arnulf Baring/Gregor Schöllgen, Kanzler, Krisen, Koalitionen. Von Konrad Adenauer bis Angela Merkel, München 2006.–  
 Einen kritisch vergleichenden Überblick über Bundeskanzler und Kanzlerkandidaten gibt: Peter März, An der Spitze der Macht. Kanzlerschaften und Wettbewerber in Deutschland, München 2002. Dort auch die wesentliche Literatur bis zum Jahr 2002.  
 Die politische Wissenschaft hat dem Problem des politischen exitus letalis deutscher Bundeskanzler bislang wenig systematische Aufmerksamkeit geschenkt.  
 Lesenswert ist der Aufsatz von Karl-Rudolf Korte, »Konjunkturen des Machtwechsels in

Deutschland: Regeln für das Ende der Regierungsmacht?«, in: Zeitschrift für Parlamentsfragen, Heft 4/2000.

Zur Gesamtthematik in vergleichender Perspektive siehe Gerhard Hirscher/Karl-Rudolf Korte (Hg.), Aufstieg und Fall von Regierungen. Machterwerb und Machterosion in westlichen Demokratien, München 2001.

Das Ende der jeweiligen Kanzlerschaften wird natürlich in den jeweiligen Biographien und Monographien zumeist ausführlich dargestellt und analysiert. Im folgenden kann gleichfalls nur eine Auswahl genannt werden:

Zu Adenauer: Hans-Peter Schwarz, Adenauer. Der Staatsmann: 1952–1967, Stuttgart 1991, S. 826–839.

Daniel Koerfer, Kampf ums Kanzleramt. Erhard und Adenauer, Stuttgart 1987.–

Zum Sturz Ludwig Erhards und zum Ende der Kanzlerschaft Kiesingers : Klaus Hildebrand, Von Erhard zur Großen Koalition. 1963–1969 (=Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, Bd.4), Stuttgart 1984, S. 202–240, 365–416.

Philipp Gassert, Kurt Georg Kiesinger 1904–1988. Kanzler zwischen den Welten, München 2006, S. 681–730.

Mit Blick auf einen Hauptakteur, der weder gegen Erhard noch gegen Kiesinger zum Zuge kam siehe auch: Torsten Oppelland, Gerhard Schröder (1910–1989). Politik zwischen Staat, Partei und Konfession (=Forschungen und Quellen zur Zeitgeschichte, Bd.39) Düsseldorf 2002, S. 506–518, 677–680.–

Die klassische Darstellung zum »Machtwechsel« von Kiesinger zu Brandt als auch zur Vorgeschichte und zum Ablauf des Rücktritts von Willy Brandt ist nach wie vor: Arnulf Baring, Machtwechsel. Die Ära Brandt-Scheel, Stuttgart 1982, S. 29–194, S. 685–762.– Peter Merseburger hat die bisher beste Brandt-Biographie geschrieben und auch die Krise 1973/74 abgewogen dargestellt (Willy Brandt 1913–1992. Visionär und Realist, Stuttgart 2002, S. 657–738).

Sehr informativ ist auch die Behandlung des Rücktritts von Willy Brandt 1974 und des Scheiterns von Helmut Schmidt 1982 durch Wolfgang Jäger in: Karl Dietrich Bracher/Wolfgang Jäger/Werner Link, Republik im Wandel 1969–1974.

Die Ära Brandt (=Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, Bd.5) Stuttgart 1986, S. 91–126, und Wolfgang Jäger/Werner Link, Republik im Wandel 1974–1982. Die Ära Schmidt (=Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, Bd.6), Stuttgart 1987, S. 188–272.

Die derzeit letzte, gründliche Darstellung der Geschichte des Niedergangs der Kanzlerschaft Helmut Schmidts ist: Hartmut Soell, Helmut Schmidt. Macht und Verantwortung. 1969 bis heute, Stuttgart 2008, S. 819–901.

Zu Niedergang und Abwahl Helmut Kohls im Jahr 2008 und zum Ende der Kanzlerschaft Gerhard Schröders stehen die eingehenden zeitgeschichtlichen oder politologischen Arbeiten noch aus.

Einprägsam zum Zeitklima und zur politischen Konstellation, in der die Kanzlerschaft Kohls zu Ende ging, ist Hans Jörg Hennecke, Die dritte Republik. Aufbruch und Ernüchterung, München 2003, S. 17–47.

Zur Bewertung der Vorgänge aus der Nachwahl-Perspektive 1998 siehe auch: Matthias

Jung/Dieter Roth, »Wer zu spät geht, den bestraft der Wähler. Eine Analyse der Bundestagswahl 1998«, und Oscar W.Gabriel/Frank Bretschneider, »Die Bundestagswahl 1998: Ein Plebiszit gegen Kanzler Kohl?«, in: Aus Politik und Zeitgeschichte B 52/98 (28. Dezember 1998), S. 3 – 32.

Zur Bundestagswahl 2005 mit anschließendem Rücktritt Gerhard Schröders siehe: Matthias Jung/Andrea Wolf, »Der Wählerwille erzwingt die große Koalition«; Karl-Rudolf Korte, »Was entschied die Bundestagswahl 2005?«, und: Frank Bretschneider, »Bundestagswahlkampf und Medienberichterstattung«, in: Aus Politik und Zeitgeschichte 51 – 52/2005, S. 3 – 26.

---

Jürgen Rüttgers

## Föderale Vielfalt und Wille zur Einheit

Herr Rektor, meine sehr geehrten Damen und Herren,

lassen Sie mich mit einer kleinen Geschichte beginnen – mit einer Geschichte vom 20. Juni 1991. Die Bonner müssten den Termin zwei Jahre nach dem Fall der Mauer, knapp ein Jahr nach der Deutschen Einheit kennen. An diesem Tag haben wir im Bundestag über den künftigen Sitz von Bundestag und Bundesregierung abgestimmt. Es ging also um Bonn oder Berlin. Es ging natürlich auch um die Zukunft der Bonner Republik. Es war ein Thema, das wochenlang alle anderen Themen in den Schatten stellte.

Es war mehr als nur eine symbolische Frage zu der Zeit, in der der Wille zur Einheit stark war. Alle wussten: Jetzt muss zusammenwachsen, was zusammengehört. Das sprach für Berlin. Aber es gab auch Skepsis. War Berlin nicht auch nur ein Symbol: für die Verirrungen der deutschen Geschichte, für einen Obrigkeitsstaat, für Zentralismus, Nationalismus, Nazibarbarei, imperialen Größenwahn und natürlich auch für das Unrechtsregime der DDR, für die Teilung Deutschlands? Stand Bonn nicht für die besten deutschen Traditionen: Demokratie, Bescheidenheit, einen breiten Wohlstand in einer menschlichen Republik? Aber andererseits war Berlin auch der Ort der Wiedervereinigung. Für viele musste daher die Entscheidung für Berlin fallen, den Ort der Mauer. Ihr Fall musste der Auftakt zu einer neuen, einer Berliner Republik werden.

Wir haben damals kontrovers und auch heftig debattiert. Man muss fair sein: Gute Argumente gab es auf beiden Seiten. Wir haben sie damals stundenlang diskutiert. Rückwirkend war es eine der Sternstunden im Bundestag. Und es war eine knappe Entscheidung: 338 gegen 320 Stimmen für Berlin.

Nun, ich gestehe zu den Verlierern zu gehören. Ich habe damals aus Überzeugung für Bonn gestimmt. Damit bekannte ich mich klar zu vier Jahrzehnten Bonner Republik. Zu ihren Werten und zu ihren Erfolgen, zum Föderalismus und zum Prinzip der Subsidiarität, zum Prinzip der Selbstbestimmung und der Selbstverantwortung, zur sozialen Marktwirtschaft und zum Ausgleich von wirtschaftlicher Vernunft und sozialer Gerechtigkeit. Es war meine begründete

Überzeugung für Bonn. Allerdings, wenn ich ehrlich bin, dann muss ich auch sagen: ein wenig Lokalpatriotismus war dabei, denn für mich war die Bonner Republik auch die rheinische Republik. Nicht umsonst nennt man selbst heute noch die soziale Marktwirtschaft auch den rheinischen Kapitalismus.

Das hat nichts mit Volkstümlichkeit zu tun. Es hat etwas zu tun mit der Weltoffenheit der rheinischen Städte. Hier am Rhein ist der Wille gewachsen, die Grenzpfähle in Europa niederzureißen. Es hat zu tun mit dieser Tradition des Widerstands gegen Zentralismus und Obrigkeitsstaat. Diese rheinische Tradition hatte der Nazibarbarei getrotzt. Daraus bezog die Bonner Republik ihre föderale Stärke. Von dort kommt auch die Stärke der kommunalen Selbstverwaltung.

Ich will auch das Lebensfrohe, das Unideologische nennen, das die Bonner Republik so menschlich gemacht hat. Und wodurch wir – das ist ganz wichtig – der Welt das Bild eines anderen Deutschland vermittelt haben. Es war auch die Tradition der katholischen Soziallehre und der evangelischen Sozialethik, die sich der Vereinnahmung durch die Nazibarbarei entzogen hat und über die Zeit stark geblieben ist. In dieser Tradition wurzelte der Geist, der weder eine reine Staatswirtschaft noch eine reine Marktwirtschaft wollte, sondern einen neuen Weg ging: Den der sozialen Marktwirtschaft. Sie verbindet eine liberale Wirtschaftsordnung mit einer solidarischen Gesellschaftsordnung, wirtschaftliche Vernunft und soziale Gerechtigkeit, und die freie Marktwirtschaft mit einem solidarischen Sozialstaat.

Diese soziale Marktwirtschaft hat die Tradition des jüdisch-christlichen Menschenbildes und der Aufklärung mit Leben erfüllt. Das interpretieren wir heute gelegentlich falsch. Das war nach der materialistischen Barbarei des Nationalsozialismus nicht das Anknüpfen an etwas Altes, sondern etwas ungeheuer Neues. Es gibt von *Konrad Adenauer* eine bedeutende Rede aus dem Jahre 1946, die für mich immer noch zu den schönsten Stücken aus der Anfangszeit nach dem Krieg gehört. In dieser sogenannten Universitätsrede hat er in der Aula der Kölner Universität gesagt: »*Die menschliche Person hat eine einzigartige Würde und der Wert jedes einzelnen Menschen ist unersetzlich. Aus diesem Satz ergibt sich eine Staats-, Wirtschafts- und Kulturauffassung, die neu ist gegenüber der in Deutschland seit langem üblichen.*« Und der Alte wusste, was das hieß. Als am 8. Mai 1949 der parlamentarische Rat das neue Grundgesetz annahm, da trat er ans Mikrofon und sagte: »*Für uns Deutsche ist es der erste frohe Tag seit 1933!*« Das ist ein Satz! Ganz einfach und ganz klar.

Es ist kein Zufall gewesen, dass der parlamentarische Rat hier in Bonn getagt hat. So wenig es ein Zufall gewesen ist, dass Bonn Bundeshauptstadt wurde. Auf noch etwas sind wir in Nordrhein-Westfalen stolz: Mit 17 Vertretern kamen die meisten Väter und Mütter des Grundgesetzes aus unserem neu gegründeten

Bundesland. Und drei der vier Mütter des Grundgesetzes kamen aus Nordrhein-Westfalen. Das war zumindest nach damaligen Verhältnissen vorbildlich.

Der erste gewählte Ministerpräsident von Nordrhein-Westfalen, *Karl Arnold*, hat damals die Eröffnungsrede gehalten. Er hat auch durchgesetzt, dass die neue Verfassung »Grundgesetz« heißen solle, weil sie zu diesem Zeitpunkt nicht die endgültige Verfassung für das ganze Deutschland sein konnte, sondern eben nur eine vorläufige Verfassung für die drei westlichen Besatzungszonen. Nun, was sagen die Franzosen zu Recht? »Nichts dauert länger als ein Provisorium.« Und schon gar, wenn es so gelungen ist wie unser Grundgesetz.

Mit meiner Entscheidung 1991 für die Bonner Republik habe ich mich auch zum Grundgesetz bekannt. Damals ging es um die von uns intensiv diskutierte Frage: Braucht das geeinte Deutschland nur eine neue Bundeshauptstadt, oder auch eine neue Verfassung? Nicht nur im Parlament, sondern auch unter Staatsrechtlern, Philosophen und in der Öffentlichkeit erinnere ich mich an spannende Debatten. Und gerade jetzt, just 20 Jahre später in einem Gedenkjahr des Grundgesetzes und der Wiedervereinigung, wird die Frage wieder aufgeworfen.

*Franz Müntefering* hat vor kurzem beklagt, dass wir mit der Deutschen Einheit keine gemeinsame neue Verfassung schufen. Und er hat auch behauptet, dies sei ein Grund, warum die innere Einheit Deutschlands bis jetzt nicht erreicht sei. Ich will Ihnen meine Meinung sagen: Ich habe dieses Argument schon 1991 für falsch gehalten. Das Grundgesetz ist die beste Verfassung, die wir Deutschen je gehabt haben. Es hat uns sechs Jahrzehnte Frieden, Freiheit und Wohlstand beschert. In ihm sind unsere grundlegenden Werte und Normen festgeschrieben. Wenn Sie mich fragen: Die grundlegenden Werte und Normen kann man nicht so einfach neu formulieren. In diesem Grundgesetz ist zusammengefasst, was unsere Identität ausmacht.

Das Grundgesetz hat in Deutschland etwas Historisches geschaffen: einen grundlegenden Wandel im Staatsverständnis. Der Staat ist für die Menschen da und nicht die Menschen für den Staat. Zum ersten Mal sind einklagbare Grundrechte formuliert worden. Einklagbar nicht von Institutionen, sondern von jedem einzelnen Bürger. Das Grundgesetz hat ein Bundesverfassungsgericht errichtet, das darüber wacht. Und es bietet anders als in Weimar einen wirksamen Schutz gegen totalitäre Versuchungen. Nie wieder durfte ein Präsident die Möglichkeit haben, einen Kanzler einfach nach Belieben einzusetzen wie Hindenburg das mit Hitler getan hat. Nie wieder sollte ein Parlament elementare Grundrechte oder gar den Rechtsstaat außer Kraft setzen können. Dafür gibt es im Grundgesetz eine Ewigkeitsgarantie. Nie wieder sollten Verfassungsfeinde die Demokratie gefährden können, und deshalb können verfassungsfeindliche Parteien verboten werden.

Unser Grundgesetz lebt allerdings von Voraussetzungen, die es selbst nicht

schaffen kann. Ich meine den Konsens über unsere elementaren Werte. Einen solchen Wertekonsens darf man nicht nur bei Festvorträgen oder Ringvorlesungen beschwören, sondern er muss sich konkret niederschlagen. Etwa in den Normen, die zu allem und jedem gemacht werden. Oder in den demokratischen Verfahren zu ihrer Verabschiedung. Auch und vielleicht sogar nicht zuletzt muss dieser Wertekonsens die Grundlage sein für das Verhalten der Bürgerinnen und Bürger, wenn es einmal darauf ankommt. Umgekehrt lässt sich dann an den Verfahren und Verhaltensweisen ablesen, wie es um die Werte einer Gesellschaft bestellt ist.

Das gilt übrigens nicht nur für das Grundgesetz, sondern auch für unsere Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung. Die ist zwar in unserem Grundgesetz mit angelegt, aber sie folgt nicht zwangsläufig aus ihm. Sie musste getrennt durchgesetzt werden. Das ist verbunden mit dem Namen *Ludwig Erhard* – ich rede von der sozialen Marktwirtschaft. Auch sie ist von einem Wertekonsens abhängig und damit von Werten, die sie selbst nicht schaffen kann.

Der Markt schafft zum Beispiel keine Werte.

Der Markt schafft keine Solidarität.

Der Markt schafft keine Gerechtigkeit.

Wenn man sich über diese Epoche der sozialen Marktwirtschaft informiert, was übrigens hochspannend ist, dann sehen Sie, dass den Vätern und Müttern die Bedeutung ihrer Entscheidungen damals wohl bewusst war. Einer der Gründerväter, der Ökonom *Wilhelm Röpke*, hat es so formuliert:

*»Selbstdisziplin, Gerechtigkeitsinn, Ehrlichkeit, Fairness, Ritterlichkeit, Maßhalten, Gemeinsinn, Achtung vor der Menschenwürde des Anderen, feste sittliche Normen – das alles sind Dinge, die die Menschen bereits mitbringen müssen, wenn sie auf den Markt gehen und sich im Wettbewerb miteinander messen.«*

Anders formuliert: die Erfolgsbedingungen der sozialen Marktwirtschaft liegen jenseits von Angebot und Nachfrage. Den Gründern war klar, dass zwischen der Funktionsfähigkeit des Marktes und der Wirksamkeit eines gesellschaftlichen Wertekonsenses ein unlösbarer Zusammenhang besteht. Und wer den Wertekonsens dauerhaft in Frage stellt, der legt die Axt an den Ast, auf dem wir alle sitzen. Wirtschaftlicher Erfolg verlangt deshalb auch immer nach sozialer Verantwortung. Sie ist der Kitt, der die Gesellschaft zusammenhält. Sie ist die Grundlage dafür, dass Freiheit und Sicherheit im Gleichgewicht stehen. Darum geht es: *»Die soziale Marktwirtschaft ist ein Ansatz, um das Gleichgewicht zwischen Freiheit und Sicherheit zu finden.«* Das ist ein Zitat von *Ludwig Erhard* und *Alfred Müller-Armack*. Es gibt keine Freiheit ohne Sicherheit und es gibt keine Sicherheit ohne Freiheit. Beides gehört eng zusammen. Das ist nicht nur der Kern der sozialen Marktwirtschaft. Ich glaube, es ist auch ihr Erfolgsrezept.



Jede echte Demokratie beginnt in der Gemeinde. Deshalb soll alles, was möglich ist, auch in der Gemeinde entschieden werden. Je näher am einzelnen Bürger, desto besser. Diese Erkenntnis ist nicht nur eine Proklamation. Sie beruht auf Erfahrungen, die noch aus der Zeit vor dem Kaiserreich stammen. Sie haben vor allem Dingen im Mittelalter und gerade hier bei uns am Rhein eine große Rolle gespielt. Die besten politischen Entscheidungen werden nach allen Erfahrungen dann gefällt, wenn sie nah bei den Menschen gefällt werden. Aus diesem Grund ist das föderative System der Bundesrepublik, im Vergleich zwischen verschiedenen Systemen, einem zentralistischen System überlegen. Obwohl Entscheidungsprozesse dann manchmal etwas länger dauern, überwiegt ganz klar ein unglaublicher Vorteil: Entscheidungen verfügen über eine breitere Legitimation.

Der Föderalismus ist eines der großen Erfolgsprinzipien der Bundesrepublik. In Berlin wird gelegentlich vergessen, dass die Länder die Bundesrepublik gegründet haben und nicht umgekehrt. Die erfolgreiche Neugründung nach dem Zweiten Weltkrieg war nur auf dieser föderalen Basis möglich. Wenn dieses föderale System trotz etwas längerer Entscheidungsprozesse einem zentralistischen System überlegen ist, dann gibt es auch die andere Abrisskante. Die lautet: »Das darf sich nicht gegenseitig blockieren.«

Das ist übrigens einer der Punkte, die schon mein großer Vorgänger *Karl Arnold* immer wieder diskutiert hat. Er ist nicht nur der Erfinder des Begriffes »Grundgesetz«, sondern auch der Erfinder des Begriffes »kooperativer Föderalismus«. Dahinter steckt die Vorstellung, dass der Bundesrat nicht die Institution des parteipolitischen Kampfes mit anderen Mitteln sei, sondern dass es eine Verpflichtung zu einer engen Kooperation zwischen Bund und Ländern gäbe. Daher der Name »kooperativer Föderalismus«.

Aus meiner Sicht war das auf beiden Ebenen zu verschiedenen Zeiten der Bundesrepublik durchaus anders. Zeitweise war der Föderalismus ein Mittel zur parteipolitischen Auseinandersetzung im Kampf um die Macht. Es gab und gibt Phasen enger Kooperation zwischen Bund und Ländern. Wenn man es einmal grosso modo sagen möchte: Wäre man der Linie von *Arnold* gefolgt und beim kooperativen Föderalismus geblieben, dann wäre uns die eine oder andere Staatskrise erspart geblieben. Aber dass die Einsetzung des Föderalismus als Machtmittel das System nicht ruiniert hat beweist, dass es trotz solcher Verirrungen möglich ist, in einem solchen stabilen System trotzdem wieder zu den richtigen Verhaltensweisen zu kommen.

Ich will Sie nur darauf hinweisen, dass Sie alle – auch die Jüngeren im Saal – vor wenigen Monaten ein exzellentes Beispiel eines solchen kooperativen Föderalismus erlebt haben. Es waren die Entscheidungen über das Finanzmarktstabilisierungspaket Ende letzten Jahres. Es ist uns innerhalb kürzester Zeit gelungen – insgesamt hat es 14 Tage gedauert – dieses hochschwierige und sehr

teure Gesetzespaket zu schnüren. Wir haben die Entscheidungen gemeinsam gefällt, um den Kollaps unseres Finanzsystems zu verhindern. Das Ausmaß ist enorm: Das Land Nordrhein-Westfalen beteiligt sich insgesamt an den Paketen gegen die Weltwirtschaftskrise mit 7,7 Milliarden Euro. Das ist das größte Paket, das es je in der Landesgeschichte gegeben hat. Das dürfen sie nicht mit den großen Zahlen vergleichen, von denen Sie sonst hören: 480 Milliarden für den Finanzmarkt und 100 Milliarden für die Realwirtschaft. Da sage ich immer: Das ist oft kein richtiges Geld, sondern eine Garantie. In bar hätte man diese Summen nicht stemmen können.

Der Föderalismus besitzt eine ungeheure positive Kraft, die wir für uns nutzen können. Man muss der Versuchung widerstehen, Schritt für Schritt den Zentralismus wachsen zu lassen. Davon bin ich überzeugt, weil ich den Menschen vertraue. Wer auf Zentralismus setzt, der misstraut letztlich den Menschen und ihrer Fähigkeit zur Freiheit. Sie erinnern sich an die Anfangsthese des Föderalismus, »Je näher an den Menschen, desto besser ist es«. Wer dagegen glaubt, er müsse alles von oben regeln, der traut den Menschen nicht zu, dass sie ihre eigenen Dinge selbstverantwortlich gestalten können.

Das ist übrigens eine typisch deutsche Krankheit, die mir gelegentlich große Sorgen macht. Wenn ich bestimmte politische Argumentationsketten z. B. abends im Fernsehen höre, wenn irgendwo etwas passiert, wenn irgendein Virus ausbricht, das keiner kennt, wird sofort die Forderung nach staatlicher Regelung gestellt. Wenn das dann nicht schnell genug passiert, kommt die Frage nach der Schuld. Die wird übrigens sehr häufig dann mehr diskutiert als das eigentliche, sehr komplexe Thema selbst. Seine Komplexität lässt sich bekanntermaßen in den Nachrichten schlecht überbringen. Das Problem muss innerhalb 1 Minute und 15 Sekunden an den Mann oder die Frau gebracht werden, weil sonst viel zu viele abschalten und die Werbeerlöse einbrechen. Es sind hochkomplexe Fragestellungen, zugegebenermaßen, aber eben auch Themen, die unsere Grundlagen betreffen.

So wie das Thema des Zentralismus. Sie kennen das von Bildungs- und auch von den Hochschulthemen. Wenn Sie manchen Medien glauben, ist immer jedes für ganz Deutschland einheitlich geregelte System einem föderalen System mit natürlich dann unterschiedlichen Regelungen überlegen. Ich sage: Die historische Erfahrung zeigt, dass das besser wird, was man nicht für alle einheitlich regelt. Und zwar, weil es ja einen Wettbewerb um die besten Lösungen gibt.

Nehmen Sie als ganz praktisches Beispiel unser Universitätsgesetz. Es billigt den Hochschulen in Nordrhein-Westfalen ein bisher nicht gekanntes Maß an Autonomie und Freiheit zu. Alle Entscheidungen, bis auf die Rechtsaufsicht, fallen inzwischen in den Universitäten. Bekanntermaßen sitzen die größten Zentralisten, die wir in Deutschland haben, in Bayern, allerdings nicht bezogen auf die nationale Ebene, sondern bezogen auf die bayerische Ebene. Ich weiß,

dass die Universitäten in Bayern neidisch sind auf die Freiheit, die unsere Universitäten haben. In Bayern kann sich niemand vorstellen, dass soviel Freiheit ohne die Staatsregierung in München möglich ist.

Sie sehen an diesem Beispiel: Die Frage, ob sie etwas regeln und wie sie es regeln, ist natürlich auf der einen Seite politisch und auf der anderen Seite von Traditionen abhängig. Wir sind mehr als 60 Jahre, die im Süden sind etwa 800 Jahre alt. Wir sind jünger, frischer, agiler, besser – zumindest prospektiv. Und wir haben eben die Möglichkeit, solche Entscheidungen auch noch anders zu beeinflussen. Das muss man fairerweise auch sagen, weil Tradition etwas ganz Wichtiges ist. Ich glaube jedenfalls, so paradox es erscheinen mag, dass gerade die Vielfalt der politischen Ebenen und Institutionen neue Lösungen ermöglicht: Nämlich zum Beispiel eine andere Kontrolle als ein Modell, in dem sozusagen »die Beamten kontrollieren, die Anderen was tun.« Auch diese Vielfalt bewahrt die Einheit der Gesellschaft.

Meine letzte Beurteilung zum Thema föderaler Vielfalt: Ich halte ein föderales System auch für stabiler. Das kann man mit einem schönen Satz von *Mao Tse Tung* belegen. Das mag Sie jetzt wundern, aber er hat mindestens einen schönen Satz gesagt und der lautet: »*Lasst viele bunte Blumen blühen.*« Eine Blumenwiese ist viel stabiler als ein englischer Rasen. Gerade in Krisenzeiten ist der Aspekt der Stabilität wichtig, und auch der Erhalt von Gemeinsamkeiten. Darüber darf man nicht vergessen, dass man sich gelegentlich fragen muss, ob da etwas zu korrigieren ist. Die Welt ändert sich und so viel Offenheit muss sein.

Das war der Grund für die Föderalismusreform. Sie hat das Subsidiaritätsprinzip gestärkt, die Länder haben mehr Kompetenzen bekommen. Der Zusammenhalt zwischen Entscheidung und Verantwortung war in Deutschland in den letzten Jahren gelegentlich etwas unter die Räder gekommen. »Es wurde entschieden«, aber man brauchte nicht die Verantwortung für die eigenen Entscheidungen übernehmen. Was meinen Sie, wie oft sie in bestimmten Themen, wenn Sie eine Aufgabe wie ich haben, zwar tapfer entscheiden, aber wehe Sie fragen einmal, wer eigentlich die Ergebnisse verantwortet. Dann sind meistens alle weg. Die Föderalismusreform hat die Verantwortung gestärkt, weil sie für mehr Klarheit und Effizienz gesorgt hat. Ich will aber nicht darum herum reden: Es gibt auch Themen, wo es schon wieder hakt. Zum Beispiel wollen alle im Bildungswesen wieder mehr Geld vom Bund, obwohl dies eigentlich nicht mehr zulässig ist. Eine Regelung haben wir bisher noch nicht geschaffen. In der Krise hat das auch zu einer Änderung des Artikels 104b geführt, weil der Bund kein Geld im Rahmen der Krisenbewältigung für Bildungsaufgaben zur Verfügung stellen durfte, aber für energetische Ertüchtigung. Das führte zu Idiotien, dass man etwa Solarzellen auf der Uni mit Bundeshilfe installieren darf, aber den Hörsaal nicht reparieren kann. Das ist zu regeln.

Sie haben schon von Professor Hillgruber gehört, dass es jetzt eine zweite

Kommission gibt, die sich mit den Finanzen beschäftigt. Es ist klar, dass es bei anderen Zuständigkeiten auch andere Finanzströme geben muss. Das ist nicht ganz einfach – wenn es ums Geld geht, hört die Freundschaft oftmals auf. Da alle unsere öffentlichen Ebenen tendenziell unterfinanziert sind, gibt es da immer Streit.

Aber es gibt eben auch die andere Seite. Nachdem wir so viele Schulden gemacht haben, ist es an der Zeit darüber nachzudenken, wie diese Schulden wieder mal wegkommen. Die Wahrheit ist, dass die jetzige Generation bereits seit 40 Jahren davon lebt, dass sie über ihre Verhältnisse lebt. Die Ausgaben sind immer höher als die Einnahmen gewesen. Bisher hat man es bis auf eine große Anstrengung in den letzten Jahren kaum geschafft, das anzupacken. Wir waren hier in Nordrhein-Westfalen auf einem guten Weg. Wir haben im letzten Jahr zu unserem eigenen Erstaunen einen ausgeglichenen Haushalt hinbekommen, durch Sparsamkeit und Konzentration bei den Investitionen auf Zukunftsfragen – ich denke eine Summe weg, die wir für die Krise zurückgelegt haben. Übrigens seit 49 Jahren das erste Mal. Das ändert sich dramatisch durch die Beschlüsse in Reaktion auf die Krise. Das sind für Nordrhein-Westfalen diese 7,7 Milliarden. Man braucht hier eine andere Regelung. Eine Kernentscheidung in der Föderalismusreform II soll jetzt eine Schuldenbremse sein. Das bedeutet im Klartext, dass man eigentlich ab einem gewissen Zeitpunkt keine Schulden mehr machen können soll oder besser formuliert: machen dürfen soll. Aber wie immer ist auch da die Regel das eine und die Ausnahme das andere und in Krisenfällen taucht das auf.

Das ist übrigens auch ein Thema der nächsten vier Wochen. Ich halte das vom Prinzip her für richtig. Ich finde, dass die jetzige Generation es schaffen muss, zumindest die Kehrtwende hinzubekommen. Es kann nicht sein, dass das zu Lasten der nächsten Generationen liegen bleibt. Dazu kommt ja noch die Rückführung der Reproduktionsrate, wie es so schön heißt. Etwas anders formuliert: Diese Generation hat auch gleichzeitig erklärt, dass Kinder zu bekommen und zu erziehen eine zu teure und anstrengende Angelegenheit sei. Damit hat sie gleichzeitig massiv die sozialen Sicherungssysteme verändert, weshalb vom Rentensystem bis zum Gesundheitssystem die Kosten für die nächste Generation drastisch nach oben gehen werden. Insofern muss sich da etwas verändern. Es ist gut, das Bund und Länder sich verständigen konnten und es ist gut, dass das beschlossen wird.

Ich möchte einen weiteren Aspekt ansprechen. Eine Gesellschaft ist dann attraktiv, wenn sie vielfältig ist. Das ist wie mit der Blumenwiese. Viele unterschiedliche Elemente müssen in einer Gesellschaft wirken können. Aber ganz wichtig ist auch, dass es so etwas gibt wie eine Einheit der Gesellschaft. Angefangen bei den Werten zur Frage, wie sie gelebt werden, bis zur Frage des Lebens, das aufgrund einer Verfassung – des Grundgesetzes – da ist. Das schafft eine

Grundlage, die in all den Fällen trägt, wenn etwas nicht geregelt ist. Jeder, der sich mit Regelungen beschäftigt, weiß, dass man gar nicht so viel regeln kann wie das Leben Vielfalt bereithält. Es muss dann Verhaltensweisen geben, auf die man sich verlassen kann. Darüber ist schon viel gesagt worden. Es geht um die Kernfrage: »Was hält denn eigentlich eine Gesellschaft zusammen?«

Die Einheit der Gesellschaft ist ein hohes Gut, ohne die eine Demokratie auf Dauer nicht funktionieren kann. Ich sage das auch, weil die Wiedervereinigung trotz der staatlichen Einheit einen Verlust an politischer und gesellschaftlicher Einheit zu Folge hatte. Dann hat noch die Shareholder-Value Ideologie der letzten Jahrzehnte massiv dazu beigetragen, dass unsere Gesellschaft auseinandergefallen ist. Es ist eine Kluft entstanden, die wieder geschlossen werden muss. Unsere Gesellschaft darf nicht auseinanderfallen in Arme und in Reiche, in Arbeitende und in Arbeitslose, in Junge und in Alte, in gut Ausgebildete und in schlecht Ausgebildete, in Einheimische und in Zuwanderer, und auch nicht in West und in Ost. Das gilt umso mehr in der Krise.

Wenn man sich ein bisschen mit den Ursachen der Wirtschaftskrise beschäftigt, dann sind Sie auch beim Beginn des Grundgesetzes. Nach meiner festen Überzeugung gibt es zwei Gründe, die zu dieser Krise geführt haben und jetzt erzähle ich Ihnen nichts von Heuschrecken und Ähnlichem. Ich glaube, dass es um zwei Geisteshaltungen geht: die eine ist ein schrankenloser Materialismus und die zweite ein ungezügelter Individualismus. Beide entstanden vor dem Hintergrund einer philosophischen Mehrheitsmeinung, nämlich der Postmoderne. Eine Haltung, nach der alles möglich und erlaubt ist, was gefällt. Anything goes. Das hat dazu geführt, dass am Schluss nur wichtig war, wer wie viel Geld verdient und wer zu den Spitzenverdienern gehört und was man dafür tun muss.

Das ist genau das Gegenteil unserer gesellschaftlichen Wirklichkeit, die damals vor 60 Jahren die Väter und Mütter des Grundgesetzes angelegt haben. Ich glaube, dass wir uns mit der Frage in den nächsten Monaten und Jahren intensiv beschäftigen werden. Nicht dass Sie meinen, das wären Themen, die banal sind, nach dem Motto, davon reden Ministerpräsidenten, wenn sie die Einladung einer Universität bekommen. Das sind hoch konkrete Themen. Anhand eines Beispiels aus der Bildungspolitik möchte ich dies gerne erläutern.

Sie werden sicherlich schon vielen bildungspolitischen Festreden zugehört haben in den letzten Jahren. Ich gestehe, selber auch schon einige gehalten zu haben – auch hier in der Bonner Universität, als ich Bundesminister für Bildung, Forschung, Technologie und Wissenschaft war. Die Reden hatten immer ein bestimmtes Mantra: der Standort Deutschland müsse gestärkt werden, wir hätten zu wenig Studienabsolventen, wir bräuchten mehr Abiturienten, damit wir mehr Studenten bekommen und wenn wir die alle durch das System gebracht haben, dann haben wir eine bessere ökonomische Ausgangsposition. Das ist

zwar nicht falsch, aber einseitig. Denn es übersieht, dass Bildung ein Wert an sich ist auch in seinen verrückteren Ausprägungen, zum Beispiel den sogenannten Orchideenfächern. Auch wenn sich nur ein paar Leute dafür interessieren, so sind sie trotzdem wichtig für die Kultur und das Zusammenhalten des Landes. Wir müssen darüber nachdenken, wie wir uns das wiedererobern. Das ist eine spannende Sache. Das können Sie dann weiter durchdeklinieren.

Wie halten wir es etwa mit dem Schutz der Privatsphäre? Sie werden das verfolgt haben. Bei Google gibt es ein neues Angebot. Mit Autos wird durch die Straßen gefahren und jedes Haus aufgenommen. Sie können das dann anschauen. Ich glaube, dass wir darüber reden müssen. Ich glaube, dass wir eine Regelung brauchen, nach der jeder verlangen kann, dass sein Haus nicht gezeigt wird und dass das keine Sache ist, der man sich zu unterwerfen hat.

Oder: Heute gab es beinahe einen Amoklauf in Sankt Augustin. Der ist zum Glück glimpflich abgelaufen. Denken Sie an den Fall in Baden-Württemberg. Muss man sich eigentlich gefallen lassen, dass in öffentlichen Medien – Stichwort Internet – Geschichten wie Rassismus, Rechtsradikalismus, Sex, Gewalt in dem Umfang angeboten werden, dass man sich dem kaum entziehen kann, wenn man sie nutzt?

Ich weiß: Wir sind beim Grundgesetz, das Gegenargument heißt, Zensur findet nicht statt. Insofern ist das nicht einfach und wir werden in den nächsten Monaten darüber diskutieren, weil es Regeln geben wird und diese werden auch wieder zum Verfassungsgericht gehen. Das ist auch gut so, denn darüber muss debattiert werden. Worauf ich hinaus will: Es gibt eine ganze Reihe von Themen, über die wir uns neu verständigen werden müssen. Es geht nicht um die Frage, was alles technisch möglich ist, sondern es geht darum, wie wir eigentlich zusammenleben wollen. Und die Betonung liegt auf wollen. Es geht nicht darum, was Unternehmensberater uns als Zukunft ausrechnen können, sondern um die normative Frage, wie wir unser Zusammenleben organisieren wollen.

Ganz gleich wie lange die Krise dauert, eines ist jedenfalls klar: Nach ihr wird nichts mehr so sein wie zuvor, nach ihr darf es nicht so weitergehen wie zuvor. Wir brauchen auch neue Ziele, auch eine neue Geisteshaltung. Ich glaube, dass wir in Deutschland anders als vor 60 Jahren kein gemeinsames Ziel mehr haben. Das hat etwas mit dieser Postmoderne zu tun, die alles für möglich erklärt hat. Jeder macht nur, was er will, und jeder will nur, was ihm nutzt. Ein neues gemeinsames Ziel kann nicht heißen: Für jeden mehr von allem. Es müsste ein Ziel sein jenseits von Angebot und Nachfrage. Aber die Frage, was das ist, kann nicht von der Politik und schon gar nicht von oben dekretiert werden. Es kann nur das Ergebnis einer gesellschaftlichen Diskussion sein. Ich will meinen kleinen Beitrag dazu leisten. Ich glaube, dass drei Aufgaben gelöst werden müssen:

1. Wir brauchen eine Erneuerung der sozialen Marktwirtschaft, Stichwort »Kampf gegen die Krise.«
2. Wir müssen die Einheit unserer Gesellschaft gewährleisten.
3. Wir müssen die kulturellen Grundlagen unseres Landes stärken.

Es ist nicht nur die Krise, die bewältigt werden muss. Hinter ihr stehen massive Herausforderungen, wie zum Beispiel der demographische Wandel, die Klimakatastrophe, die Globalisierung oder die Armut in Deutschland. Sie sehen an der Größenordnung dieser Herausforderungen, dass die Lösungen nicht von selber kommen werden.

Ich mache mir manchmal Sorgen, ob eine solche Debatte noch bei uns funktioniert. Ob wir eigentlich die Kraft für sie haben – übrigens überall. Es handelt sich nicht nur um eine Parlaments- und Parteilernaufgabe, sondern um eine, die in jeder Institution den nötigen Raum haben muss, um zu Ergebnissen zu kommen. Wenn Sie sehen, dass jeder dritte Bundesbürger inzwischen nicht mehr glaubt, dass die Demokratie wichtige Probleme wirksam lösen kann, in Ostdeutschland sogar über die Hälfte der Bevölkerung, dann sollte ich mich Sorgen machen. Kaum jemand gerade unter den jungen Leuten interessiert sich für Politik, nach der letzten Shell-Studie weniger als 40 % – da sollte man sich Sorgen machen. Alle Institutionen in Deutschland stehen inzwischen in einer Krise, ob das die Parteien, die Vereine, die Verbände oder die Kirchen sind. Die Volksparteien haben seit 1990 mehr als 20 % ihrer Mitglieder verloren, die Gewerkschaften sogar ein Drittel. Das ehrenamtliche Engagement ist rückläufig. Aber all das ist notwendig, um eine menschliche Gesellschaft zu schaffen.

Jede Gesellschaft braucht Institutionen, die außerhalb des staatlichen Sektors Aufgaben übernehmen, mit denen der Staat selbst überfordert wäre. Deshalb braucht jede Gesellschaft starke Parteien, Kirchen, Gewerkschaften, Verbände. Wir dürfen sie nicht schwächen, wir müssen sie stärken. Wenn das richtig ist, dann müssen wir mit pauschalen Schuldzuweisungen aufhören. Dann darf man eigentlich nicht mehr sagen, die Politiker oder, wie im Moment in Mode, »die Unternehmer sind Schuld«. Ich kenne viele Unternehmer und sage Ihnen, dass die meisten – weit über 90 % – mit der Krise nichts zu tun und nicht zu ihr beigetragen haben. Sie übernehmen soziale Verantwortung gegenüber ihren Arbeitnehmern. Es verbessert die Situation nicht, dass 10 % erst das große Rad gedreht und uns jetzt da hineingerissen haben. Aber deshalb darf man nicht »die Unternehmer« zu Schuldigen erklären. Übrigens stimmt auch die Unterteilung in Familienunternehmer und Manager nicht. Übrigens gilt das auch für die Politiker. Und auch für die Kirchen, die sind nicht alle verstockt und altmodisch. Da gibt es viele spannende Leute.

*Montesquieu* hat, als er über die Grundlagen moderner Verfassungen nachgedacht hat, dabei immer vom »Geist der Verfassung« und »Geist der Gesetze«



gesprachen. Und genau um die Frage geht es: Wie erfüllen wir den Geist des Grundgesetzes weiter mit Leben oder wie erfüllen wir ihn wieder neu?

Ich glaube, dass das die Botschaft dieses Jahres ist. Deshalb müssen wir die gesellschaftlichen Institutionen stärken. Wir müssen für die Einheit der Gesellschaft kämpfen, gegen soziale Verwahrlosung, gegen Altersarmut, gegen Parallelgesellschaften. Wir müssen die Grundregeln unserer Demokratie stärken.

Natürlich gibt es in einer Demokratie Streit, und den muss es auch geben. Die deutsche Überzeugung, der Parteienstreit sei falsch, verstößt übrigens gegen das Grundgesetz. Wer soll denn bitte streiten stellvertretend für die Gesellschaft und vorklären, was die Meinungsfrage ist, bevor man sich um Mehrheiten im Parlament bemüht? Das ist die Aufgabe von Parteien. Und dann gibt es manchmal diesen Unterton, es handele sich bei einer Lösung um einen »Kompromiss.« Ein Kompromiss ist das Vornehmste, was es in einer Demokratie geben kann. Nur wenn einer anordnet, was zu geschehen hat, braucht man keine Kompromisse. Wenn viele ihre Meinung einbringen sollen, dann muss es Kompromisse geben. All das trägt dazu bei, dass eine Demokratie stabil ist, und dass sie übrigens Protestwähler oder sogar Extremisten ertragen kann. Es ist nach meiner Auffassung heute unsere große politische Aufgabe, den Geist unserer Verfassung zu stärken. Denn die Werte, von denen ich gesprochen habe, sind nicht selbstverständlich. Das Errungene kann auch wieder verloren gehen, wie uns die deutsche Geschichte schmerzlich zeigt.

Ich will Ihnen eine kleine Geschichte erzählen. Als wir am 8. Mai 1995 den 50. Jahrestag des Endes des Zweiten Weltkriegs gefeiert haben, gab es, damals schon in Berlin, eine große Veranstaltung mit dem französischen Präsidenten *Mitterrand*, dem britischen Premierminister *Major*, dem russischen Ministerpräsidenten *Tschernomyrdin* und dem amerikanischen Vizepräsidenten *Al Gore*. Letzterer hat seine Rede – wie die Amerikaner das so wunderbar können – auch mit einer Geschichte beendet. Er erzählte, wie General *Eisenhower* das Kriegsende nach Washington meldete. Er sandte ein Telegramm an Präsident *Truman* ab und versammelte dann eine Gruppe von Berichterstattern in seinem Büro. Dann hat er ganz skeptisch in die Zukunft geblickt und gesagt: »*Der Erfolg dieser militärischen Operation wird von heute gesehen in 50 Jahren beurteilt werden. Wenn zu jeder Zeit Deutschland eine stabile Demokratie ist, dann werden wir Erfolg gehabt haben.*« Und *Al Gore* schloss seine Rede – wie auch nur Amerikaner das können – mit viel Pathos: »*Die 50 Jahre sind vergangen, dieser Tag ist gekommen, heute melde ich Mission fulfilled.*« Die Mission ist erfüllt. Ein besseres Kompliment können wir doch gar nicht bekommen. Ich bedanke mich herzlich für Ihre Aufmerksamkeit.



## Wehrhafte Demokratie

### I.

*Freiherr vom Stein* war gewiss ein kluger Kopf.<sup>1</sup> Unter dem Datum vom 12. Februar 1816 schrieb er eine Denkschrift für den Großherzog von Baden, die in dieser Phase des Frühkonstitutionalismus Gemeingültiges für den Prozess der Verfassungsbildung formulierte (wenn auch in concreto mit denn doch leicht rückwärts gewandter Absicht, die heute nicht mehr unmittelbar einleuchten mag). »Verfassungen bilden heißt ... nicht sie aus Nichts erschaffen, sondern den vorhandenen Zustand der Dinge untersuchen, um eine Regel aufzufinden, die ihn ordnet, und allein dadurch, dass man das Gegenwärtige aus dem Vergangenen entwickelt, kann man ihm Dauer in Zukunft versichern, (sonst) erhält die neue Institution ein abenteuerliches Dasein ohne Vergangenheit und ohne Bürgerschaft für die Zukunft.«<sup>2</sup>

Diese Einsicht gilt gerade auch, wenn die Geschichte das dem Akt der Verfassunggebung vorausliegende Gemeinweisen durch einen für Nachgeborene nicht mehr vorstellbaren Grad – und hier ist der Begriff durchaus angezeigt – der Ent-Artung der Staatsgewalt gekennzeichnet gewesen ist.<sup>3</sup> Gelungene Verfas-

---

1 S. schon *Otto (von) Gierke*, Die Stein'sche Städteordnung. Rede zur Feier des Geburtstages Seiner Majestät des Kaisers und Königs ... am 27. Januar 1909, 1909, S. 9: »Stein dachte geschichtlich. Aber er gehörte nicht zu den rückwärts gerichteten Geistern, denen die Gegenwart nur das Gewordene ist. Er blickte vorwärts, ihm war die Gegenwart vor allem das Werdende. Er hatte das volle Gefühl für die geschichtliche Gestaltungskraft der eigenen Tat.«

2 Denkschrift *Steins* »Über die Herrenbank«, Frankfurt, 10./12. Februar 1816, in: *Freiherr vom Stein*, Briefe und amtliche Schriften, 5. Band, (neubearbeitet von *Manfred Botzenhart*), 1964, Nr. 385 (S. 463 (465)); zum Hintergrund der Denkschrift s. *Ernst Rudolf Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band I: Reform und Restauration 1789 – 1830, 2. Aufl. 1967, S. 326 f. sowie *Michael Kotulla*, Deutsche Verfassungsgeschichte 1806 – 1918, 1. Band: Gesamtdeutschland, Anhaltinische Staaten und Baden, 2006, S. 392 Tz. 761 f.). Es ging Stein um die Bewahrung einer zweiten Kammer; in der Sprache des preußischen Verfassungsrechts würde man von einem Herrenhaus gesprochen haben.

3 S. jetzt auch die Begründung des BVerfG für die Verfassungsmäßigkeit von § 130 Abs. 4 StGB, die die historische Erfahrung des Nationalsozialismus zum quasi extra-konstitutionellen

sungen sind Antworten auf die Vergangenheit und auch in ihrem rückwärts gewandten Besserungsversprechen Verheißung für die Zukunft.

Mein Thema ist ein deutlicher Beleg für diese These, weil die Wehrhaftigkeit des Bonner Grundgesetzes gegen solche Akteure, die in der Demokratie ihre politischen und ideologischen Ziele unter Missachtung der die Demokratie konstituierenden Regeln durchsetzen wollen, durchaus eines ihrer Charakteristika ist.<sup>4</sup>

## II.

Bevor ich den historischen Faden nochmals aufnehmen werde, will ich zuerst kennzeichnen, was mit »wehrhafter Demokratie« gemeint ist, welche Institutionen damit erfasst sind (1) und wie insbesondere das Bundesverfassungsgericht das Normgefüge interpretatorisch verarbeitet und wo das Bundesverfassungsgericht der Auslegung Grenzen gezogen hat (2).

1a) Die die »wehrhafte Demokratie« konstituierenden Normen<sup>5</sup> bestehen verfassungsunmittelbar schwergewichtig in den Institutionen der Grundrechtsverwirkung (Art. 18 GG)<sup>6</sup>, im Parteiverbot (Art. 21 Abs. 2 GG)<sup>7</sup> und im Ver-

---

Rechtfertigungsgrund für die Einschränkung der Meinungsfreiheit nimmt: »Angesichts des sich allgemeinen Kategorien entziehenden Unrechts und des Schreckens, die die nationalsozialistische Herrschaft über Europa und weite Teile der Welt gebracht hat, und der als Gegenentwurf hierzu verstandenen Entstehung der Bundesrepublik Deutschland ist Art. 5 Abs. 1 und 2 GG für Bestimmungen, die der propagandistischen Gutheißung des nationalsozialistischen Regimes in den Jahren zwischen 1933 und 1945 Grenzen setzen, eine Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts für meinungsbezogene Gesetze immanent.« So BVerfG, v. 4. November 2009 – 1 BvR 2150/08 Tz. 64, EuGRZ 2009, S. 631 (639) = NJW 2010, 47 – Wunsiedel-Beschluss mit kritischer Besprechung von *Ulrich Volkmann*, Der Wunsiedel-Beschluss des BVerfG, NJW 2010, 417.

4 S. auch die Beobachtung des amerikanischen Betrachters zum 60jährigen Verfassungsjubiläum: *Peter E. Quint*, 60 Years of the Basic Law and its Interpretation: An American Perspective, in: JöR NF 57 (2009), S. 1 (2): »The Basic Law and Rejection of the Nazi Past«. Die Zurückweisung der Nazi-Vergangenheit drücke sich in der herausgehobenen Menschenwürde-Garantie, in der breiten Grundrechtsgewährleistung, in der Übernahme der allgemeinen Regeln des Völkerrechts in die Verfassung, im Verbot des Angriffskrieges (»Nuremberg principles«) und im Rechtsstaatsprinzip aus. »Other provision make this rejection more specific by authorizing the prohibition of totalitarian political parties and groups«.

5 S. die Gesamtdarstellung bei *Jürgen Becker*, Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VII, 1992, § 167 sowie *Markus Thiel*, Zur Einführung: Die »wehrhafte Demokratie« als verfassungsrechtliche Grundentscheidung, in: ders. (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S. 1 ff.

6 S. dazu m. umf. Nachw. *Markus Thiel*, Die Verwirkung von Grundrechten gemäß Art. 18 GG, in: ders. (Hrsg.) (Fn. 5), S. 129 ff.

einsverbot (Art. 9 Abs. 2 GG)<sup>8</sup>. Das erst später im Zuge der Notstandsgesetzgebung hinzugekommene subsidiäre Widerstandsrecht nach Art. 20 Abs. 4 GG<sup>9</sup> gibt dem Bürger das Recht, dem Angriff auf die freiheitliche demokratische Ordnung sogar mit sonst illegalen Mitteln<sup>10</sup> entgegen zu treten. Im Ursprungsbefund von 1949 begegnet uns die freiheitlich demokratische Ordnung zudem als Schutzgut im Rahmen von Art. 91 GG, der eine insoweit drohende Gefahr als Tatbestand des inneren Notstandes erfasst. Der Parlamentarische Rat schützt die Verfassung überdies in Art. 5 Abs. 3 GG, der Hochschullehrer daran erinnert, dass die verfassungsmäßige Ordnung nicht im Gewand der Wissenschaft bekämpft werden darf, was in die schöne Formulierung gefasst ist, dass die Freiheit der Lehre nicht von der Treue zur Verfassung entbindet<sup>11</sup>. Die Formulierung hat ihr Vorbild in der durch die Weimarer Verfassung eingeführten Eidesformel für Beamte; sie bekräftigte die Verfassungstreupflicht.<sup>12</sup>

b) Wehrhaftigkeit ist aber nicht nur ein Thema verfassungsunmittelbarer Regelungen, sondern auch des einfachen Rechts. Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit gelegentlich von einer »Zweigleisigkeit des Sanktionensystems« gesprochen.<sup>13</sup> Dienstnehmer des Staates kann nicht sein, wer die freiheitliche demokratische Grundordnung aktiv bekämpft. Es ist von ihm vielmehr ein positives Eintreten für die Verfassungsordnung zu verlangen.<sup>14</sup> Auch hier ist das einfache Recht mit der Verfassung direkt verknüpft. Die beamtenrechtliche Grundpflicht, für die freiheitliche demokratische Grundordnung eintreten zu müssen, also die Loyalitätserwartung an den Dienstnehmer im öffentlichen

- 
- 7 S. dazu den Überblick bei *Markus Thiel*, Das Verbot verfassungswidriger Parteien (Art. 21 Abs. 2 GG), in: ders. (Hrsg.), (Fn. 5) S. 173 ff.
- 8 Dazu s. z.B. *Wolfgang Löwer*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GGK I, 5. Aufl. 2000, Art. 9 Rn. 36 ff.
- 9 S. zur Entstehungsgeschichte des Art. 20 Abs. 4 GG *Rudolf Dolzer*, Der Widerstandsfall, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 5) § 171 Rn. 8–10; zur Deutung s. zuletzt *Jan Heinemann*, Das Widerstandsrecht nach Art. 20 Abs. 4 GG, in: Markus Thiel (Hrsg.), (Fn. 5), S. 99 ff.
- 10 *Dolzer*, (Fn. 9), Rn. 39 f.
- 11 Die Treue-Klausel lässt die bessernde Rückwärtsgewandtheit des Grundgesetzes eindrucksvoll erkennen; s. die Übersicht über die Entstehungsgeschichte bei *Rudolf Werner Matz*, in: JöR NF 1 (1951), S. 89–92; s. dort S. 89 nur den Hinweis auf den Abgeordneten Professor Dr. Bergsträsser, der im Parlamentarischen Rat daran erinnert, dass in der Weimarer Zeit vielfach Lehrstühle dazu benutzt worden seien, die Republik systematisch zu unterhöhlen.
- 12 Die Eidesformel in der Weimarer Zeit lautete: »Ich schwöre Treue der Verfassung, Gehorsam den Gesetzen und gewissenhafteste Erfüllung meiner Amtspflichten« (s. dazu *Wilhelm Merk*, Verfassungsschutz, 1935, S. 295–304).
- 13 BVerfGE 25, 88 (100).
- 14 S. jetzt § 33 Abs. 1 Satz 2 BeamStG v. 17. Juni 2008 (BGBl. I S. 1010); zu den aus dieser Pflicht resultierenden Problem s. z.B. *Manfred Wichmann/Karl Ulrich Langer*, Öffentliches Dienstrecht, 6. Aufl. 2007, Rn. 102 ff.

Dienst, ist beamtenrechtlich hergebrachter Grundsatz im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG.<sup>15</sup>

Hinzu kommt das politische Strafrecht, das explizit auch die nationalsozialistische Vergangenheit als Gegenstand strafbewehrter Verbotsnormen thematisiert.<sup>16</sup> Der Besondere Teil des Strafgesetzbuches beginnt im 1. Abschnitt im 3. Titel (hinter 1. Titel: Friedensverrat und 2. Titel: Hochverrat) mit Strafnormen, die die »Gefährdung des demokratischen Rechtsstaats« ahnden. § 92 Abs. 2 StGB definiert die Verfassungsgrundsätze (in Anknüpfung an die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung), die die freiheitliche demokratische Grundordnung ausmachen.

*Mittelbar* wirkt der Verfassungsgrundlagenschutz über den Transmissionsriemen von Generalklauseln wie etwa § 15 VersG; hier kommt die freiheitliche demokratische Grundordnung als Schutzgut der öffentlichen Sicherheit in Betracht.

Im Einzelnen sind die Grenzziehungen hier nicht immer ganz leicht, weil der Zielkonflikt möglichst freier und unreglementierter geistiger Auseinandersetzung auch mit Missliebigen und Abseitigen besonders deutlich wird. Auch politisch Sektiererisches, Absurdes, Rückwärtsgewandtes, ideologisch Abseitiges muss seinen Freiraum finden können. Das macht die Stärke freiheitlicher Ordnung aus; sie interessiert sich nicht für die vorgebliche geistige Unordnung Einzelner oder von Gruppen von Bürgern, solange sich das alles als geistige Auseinandersetzung darstellt.

Die Grenze zum staatlichen Richtertum über Gesinnung ist indes nicht leicht zu finden. Der Staat – und das gilt für den Gesetzgeber, die Exekutive und die Judikative – ist immer gefährdet, sein Mandat zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Ordnung zu überdehnen. Man kann das mit einem Text von *Thomas Mann*, der die Überschrift erhalten hat »Über akademische Freiheit«, sehr schön demonstrieren: Wenn man den Text zu lesen beginnt denkt man

15 BVerfGE 39, 334 (347 f.) – Radikalenerlass; inzident bestätigt in der Entscheidung vom 17. Dezember 2001 der 1. Kammer des Zweiten Senats – 2 BvR 1151/00 – DVBl. 2002, 471 – Nichtbeförderung eines aktiven Mitglieds der Partei »Die Republikaner«; s. aber auch BVerwG, vom 18. Mai 2001 – 2 WD 42.00, 43.00 – DVBl. 2002, 122 (123 r. Sp.: Zusammenfassung der Grundsätze), in concreto wird die aktive Betätigung in der Partei »Die Republikaner« nicht für dienstpflichtwidrig gehalten. Für nicht beamtete Dienstnehmer gilt die Loyalitätspflicht – allerdings abgeschwächt nach Maßgabe einer (nicht unbedingt überzeugenden) Funktionstheorie –; s. die Hinweise z. B. bei *Stefan Ulrich Pieper*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hofmann/Hopfauf (Hrsg.), GG, 11. Aufl. 2008, Art. 33 Rn. 131; s. dazu w. Hinw. unten in Fn. 59–66.

16 S. dazu § 130 StGB – Ausschwitzlüge, BVerfGE 90, 241 (249 ff.); s. dazu m. weit. Nachw. *Christoph Fiedler*, BVerfGE 90, 241 – Ausschwitzlüge, in: Jörg Menzel (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 2000, S. 541 ff.; jetzt verfassungsrechtsgrundsätzlich BVerfG, v. 4. November 2009 (Fn. 3). S. aber auch mit Betonung der Meinungsfreiheit z. B. BVerfGK 8, 159 zu § 86a StGB in Sachen »Ruhm und Ehre der Waffen-SS«.

zunächst, es gehe um die wehrhafte Demokratie: »Wenn von Freiheit die Rede ist«, so sagt *Thomas Mann*, »so habe ich aus Erfahrung das eine zu sagen, dass dieses große, lebenswichtige Gut leichter verloren als es zurückgewonnen ist. (...) Nur eine selbstbewusste und zum Kampf bereite Freiheit kann sich am Leben erhalten (...). Sie (darf) niemals ihren Todfeinden die Freiheit einräumen, sie (die Freiheit) ums Leben zu bringen, wie das in meinem Lande unglücklicherweise geschehen ist.« Erst danach erkennt man die eigentliche Zielrichtung der aus dieser Sicht dann doppelbödigen Einleitung: Unter Hinweis auf die unterschiedlichen »Geistesformen« in Deutschland und in den Vereinigten Staaten fährt *Thomas Mann* fort, es erfülle ihn diese Differenz mit Zuversicht, »wenn wir sehen, wie auch in diesem Lande die Feinde der Freiheit nicht untätig sind und unter gefährlichen Masken zu denen sogar die Maske und der Name der Freiheit selbst gehören, ihr verführerisches und verderbliches Spiel treiben.«<sup>17</sup> Diese *Feinde der Freiheit*, so lässt der Text im Folgenden erkennen, sind die Protagonisten der Vollziehung des normativen Gedankengutes u. a. des Senators *McCarthy*, die unter dem von *Thomas Mann* genannten Stichworten des Unnationalen und Unamerikanischen gegen nonkonformistische linke Überzeugungen vorgingen.<sup>18</sup> *Thomas Manns* solidarisches Grußwort für eine ideologisch verdächtige kalifornische Universität verdeutlicht, dass der Satz ›keine Freiheit für die Feinde der Freiheit‹ nur so lange innerlich balanciert ist, wie die Freiheit des Denkens unberührt bleibt und dass die Wehrhaftigkeitsinstitutionen auch hysterisch überdehnt zu Feinden der Freiheit werden können<sup>19</sup>.

17 S. den Text von *Thomas Mann*, Über akademische Freiheit, jetzt in: *Thomas Mann*, Große kommentierte Frankfurter Ausgabe, 19.1: Essays VI 1945 – 1950; (hrsgg. von Herbert Lehner), 2009, S. 132 – 134. Zuerst in *Thomas Mann*, Gesammelte Werke in 13 Bänden, 1974, Band XI, S. 1148 – 1150.

18 Beginnend mit dem Smith-Act 1940 (54 Stat. 670, 18 U.S.C. § 2385) und den Folgeaktivitäten des House Committee on Un-American Activities (HUAC) s. etwa *Gerd Raeithel*, Geschichte der Nordamerikanischen Kultur, Band III: Vom New Deal bis zur Gegenwart, 1930 – 2002, 4. Aufl. 2002, S. 211 ff.; höchstrichterliche Sanktion der Verurteilung der Führungsspitze der U.S. Communist Party in: *Dennis v. United States* 341 U.S. 494 (1951); s. dazu *Johanny H. Killian* et. al. (Ed.), *The Constitution of the United States of America. Analysis and Interpretation*, 2004, p. 1126 ss.

19 Solche Hysterie ist zum Beispiel greifbar in der Elfes-Entscheidung, die dadurch geprägt ist, dass sie in überaus verdienstlicher Weise die Dogmatik des Grundrechtsschutzes hin zur Lückenlosigkeit fortentwickelt hatte, im Ausgang aber die Behinderung der Ausreise von Elfes bestätigt, weil seine politischen Auffassungen anstößig waren und diese Anstößigkeit unter den Rechtsbegriff der »Belange der Bundesrepublik Deutschland« subsumiert wurden (s. BVerfGE 6, 32) und dazu *Christoph Fiedler*, in: Jörg Menzel (Fn. 16), (BVerfGE 6, 32 – Elfes) Allgemeine Handlungsfreiheit und äußerungsbezogenes Ausreiseverbot, S. 76 (83). Auch die Rechtsprechung zum politischen Strafrecht wird man nicht unbedingt als Ruhmesblatt der deutschen Straf- und Verfassungsrechtsgeschichtsgeschichte bezeichnen können; pars pro toto verweise ich auf auf die anschauliche (wenn auch subjektiv gefärbte) Quelle: *Heinrich Hannover*, Die Republik vor Gericht 1954 bis 1974. Erinnerungen eines unbequemen Rechtsanwalts, 2. Aufl. 1998, S. 44 ff., 51 ff., 57 ff., 85 ff., 97 ff.; s. als Kritiker

Die Grenze des für ein demokratisches Gemeinwesen noch Hinnehmbaren zu finden, ist allerdings auch unter Einbeziehung historischer totalitärer Erfahrung eine anspruchsvolle Aufgabe, wie die Kontroverse zwischen dem Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen und dem Bundesverfassungsgericht um die sachgerechte Erfassung der öffentlichen Ordnung mit Blick auf neonazistische Versammlungsaktivitäten eindrucksvoll gezeigt hat.<sup>20</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat auch in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf die Erinnerung an die nationalsozialistische Herrschaft verwiesen und angemerkt, dass sich das Grundgesetz angesichts der Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus für eine wehrhafte Demokratie entschieden hat. Es heißt dann weiter: »In der Tat will das Grundgesetz nationalsozialistische Bestrebungen abwehren. Zugleich schafft es rechtsstaatliche Sicherungen, deren Fehlen das nationalsozialistische Regime geprägt hat. Dementsprechend enthält das Grundgesetz einen Auftrag zur Abwehr von Beeinträchtigungen der Grundlagen einer freiheitlichen demokratischen Ordnung mit den Mitteln des Rechtsstaats«<sup>21</sup> (was die Kritik an der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalens<sup>22</sup> impliziert, es habe die hohen Hürden im einfachen Recht, um Rechtsextremisten entgegenzutreten, richterrechtlich unzulässig gegen das demokratische Gesetz gesenkt<sup>23</sup>).

Jüngst hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Wunsiedel-Beschluss<sup>24</sup> das Grundgesetz als zum Nationalsozialismus »gegenbildlich-identitätsgeprägt« gedeutet mit der Konsequenz, dass eine Meinung – wenn sie sich inhaltlich als »propagandistische Affirmation der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft darstellt« – sogar um ihres Inhalts willen unterdrückt werden darf, obwohl die entsprechende Strafnorm (§ 130 Abs. 4 StGB) mit dem Schutzmechanismus der Allgemeinheit des Gesetzes mit Art. 5 Abs. 2 GG nicht vereinbar ist.<sup>25</sup> Die Befürwortung nationalsozialistischer Gewalt und Willkürherrschaft »ist in Deutschland ein Angriff auf die Identität des Gemeinwesens nach innen mit friedensbedrohendem Potential.« »Insofern ist sie mit anderen

---

weiter z. B. *Helmut Ridder*, Grundgesetz, Notstand und politisches Strafrecht, in: ders., *Gesammelte Schriften* (hrsgg. von Dieter Deiseroth, u. a.), 2009, S. 493 (513 ff.); eine dogmatisch genaue Analyse des gegenwärtigen politischen Strafrechts hat zuletzt *Mark Deiters*, *Der Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung durch das Strafrecht*, in: Markus Thiel (Hrsg.), (Fn. 5), S. 291 ff., vorgelegt.

20 S. zu dieser Kontroverse, *Wolfram Höfling*, in: Michael Sachs (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2009, Art. 8 Rn. 59b m. umf. Nachw.; zuletzt *Hermann Josef Blanke*, in: Klaus Stern/Florian Becker, *Grundrechte Kommentar*, 2010, Art. 8 Rn. 20; als Schlusspunkt s. BVerfGE 111, 147 (158).

21 BVerfGE 111, 147 (158).

22 OVG NRW, v. 23.03.2001 – 5 B 395/01 – NJW 2001, 2111 f.; v. 12.04.2001 – 5 B 492/01 – NJW 2001, 2113 f.; v. 29.06.2001 – 5 B 832/01 – NJW 2001, 2986.

23 Explizit BVerfGE 111, 147 (159): Die Auffassung, es seien zu hohe Hürden gesetzt, »erlaubt keine Errichtung von Grundrechtsschranken durch Richterrecht«.

24 S. oben Fn. 3.

25 BVerfG, wie Fn. 3, Tz. 65.

Meinungsäußerungen nicht vergleichbar (...). Dieser geschichtlich begründeten Sonderkonstellation durch besondere Vorschriften Rechnung zu tragen, will Art. 5 Abs. 2 GG nicht ausschließen.«<sup>26</sup>

Die Grenzlinie zwischen einfach-rechtlicher und verfassungsunmittelbarer Regelung des Schutzes der freiheitlichen demokratischen Grundordnung markiert das *Kompetenzrecht*: Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 lit. b) GG definiert für die ausschließliche Bundesgesetzgebung als Gegenstand der Zusammenarbeit des Bundes und der Länder auch den Verfassungsschutz; dieser wird – allerdings noch nicht 1949<sup>27</sup> – legaldefiniert als Einrichtung zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, des Bestandes und der Sicherheit des Bundes oder eines Landes. Wenn Kompetenzvorschriften auch keine Aufgabennormen sind<sup>28</sup>, so enthält die Gesetzgebungskompetenz des Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 lit. b) GG doch ein Moment der Legitimation des Verfassungsschutzes. Innere Sicherheit soll – neben der Zuständigkeit der Polizeikräfte – auch Aufgaben einer mit spezifischen, aber auch limitierten, Befugnissen ausgestatteten Verfassungsschutzbehörde sein können.

Spätere Verfassungsänderungen haben den Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung noch in Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2 und Art. 87a Abs. 4 GG eingefügt.

2. Ist nun dieses Normenensemble, insbesondere die Trias der Verwirkung, des Parteiverbotes oder des Vereinsverbotes gewissermaßen ein Staatsformprinzip einer »wehrhaften« oder »streitbaren« Demokratie? Im Schrifttum<sup>29</sup> ist – allerdings allgemeiner – durchaus davon die Rede, dass das Bekenntnis zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung die Antwort auf die Frage »nach der Staatsidee der Bundesrepublik Deutschland« (*Klaus Stern*<sup>30</sup>) gibt, was durchaus auf der Linie liegt, die das Bundesverfassungsgericht in seinem aktuellen Wunsiedel-Beschluss herausgearbeitet hat.<sup>31</sup>

Das Bundesverfassungsgericht rubriziert die Verfassungsschutznormen zunächst als »Grundsatzentscheidung des Verfassungsgebers für eine aktive Bekämpfung der aktiven Feinde der demokratischen Wertordnung«. <sup>32</sup> Gelegentlich

26 BVerfG, wie Fn. 3, Tz. 66.

27 In der Ursprungsfassung hatte es nur geheißen: »... in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes ...«; zur Entwicklung des Verfassungsschutzes seit 1949 s. *Bernadette Droste*, Handbuch des Verfassungsschutzrecht, 2007, S. 9 f.

28 Zur – in der Regel – zu verneinenden Frage nach einem materiellen Gehalt von Kompetenznormen s. m. weit. Nachw. *Christoph Degenhart*, in: Michael Sachs (Fn. 20), Art. 70 Rn. 70 f.

29 *Becker* (Fn. 5), § 167 Rn. 17.

30 *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I, 2. Aufl. 1984, S. 558.

31 BVerfG, wie Fn. 3.

32 BVerfGE 13, 46.



wird die Entscheidung für die Streitbarkeit auch als »Wesenszug« der Verfassung bezeichnet.<sup>33</sup> 1970, im sogenannten Soldatenbeschluss, ist schließlich von der »verfassungspolitischen Grundentscheidung des Grundgesetzes« für die Streitbarkeit die Rede<sup>34</sup> oder auch von einem entsprechenden »Prinzip«.<sup>35</sup>

Methodisch ist die Verdichtung von Einzelnormen zu einem Prinzip, einer Grundentscheidung oder Grundsatzentscheidung immer der Gefahr ausgesetzt, dass die Sicht auf die im Ziel gleichgerichteten Normen als »Prinzip« im Ergebnis mehr hergeben als die Analyse der Einzelvorschriften. Wenn mit einer solchen Methodik etwa der Gesetzesvorbehalt umgangen werden sollte, also aus dem »Prinzip« Eingriffsbefugnisse abgeleitet würden, die nicht aus einer Einzelnorm legitimiert werden könnten, wäre ein solches Vorgehen verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar. Es entspräche dem methodischen Vorgehen, Subverfassungen wie Wirtschaftsverfassung, Arbeitsverfassung, Kulturverfassung etc. aus einem Ensemble von grundgesetzlichen Vorschriften herzuleiten und dann nicht mehr mit den Einzelvorschriften zu argumentieren, sondern mit Wesenszügen der Sub-Verfassungen. Auch von dieser Vorgehensweise ist die Staatsrechtslehre methodisch zu Recht abgerückt.

Die Verdichtung zum Prinzip aus einem gemeinsamen Nenner verfassungsrechtlicher Eingriffsnormen hat einen anderen, durchaus legitimen Zweck. Dieser ist in einem erst schrittweise tastend herausgearbeiteten Grundsatz praktischer Konkordanz<sup>36</sup> zu sehen, der in den ersten Jahren bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidens nur inzident angewendet worden ist, aber noch nicht auf den Begriff gebracht worden war.

Das Prinzip streitbarer Demokratie wird herangezogen im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Rechtfertigungsprüfung für grundrechtseingreifende Normen oder bei der Normauslegung.

Das ist ein gewichtiger Punkt, weil die Repression gegenüber den »Feinden der Freiheit«, wie das Bundesverfassungsgericht im KPD-Urteil<sup>37</sup> sagt, gerade

33 BVerfGE 25, 88 (100).

34 BVerfGE 28, 36 (48 f.) und BVerfGE 39, 334 (349) – Radikale im öffentlichen Dienst.

35 BVerfGE 28, 51 (55).

36 S. grundlegend für die Begrifflichkeit *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 317 ff. i.V.m. Rn. 72.

37 BVerfGE 5, 85 (241); s. dazu neuerdings *Jörn Ipsen*, Der Staat der Mitte. Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, 2009, S. 161 f., dessen Einschätzung, die Entscheidung sei nicht als Ausprägung des Kalten Krieges zu betrachten, allerdings differenziert gelesen werden muss. Vermutlich hätte es das Verbotverfahren ohne den Kalten Krieg nicht gegeben. Der Erste Senat war sich der hochpolitischen Implikationen des Verfahrens sehr bewusst, wie schon der prozessual grenzwertige Versuch des Präsidenten Wintrich zeigt, die Bundesregierung zur Antragsrücknahme zu bewegen; s. dazu *Thilo Rensmann*, Die Demokratie zeigt sich wehrhaft – Parteiverbotsverfahren vor dem BVerfG, BVerfGE 2, 1 – SRP; BVerfGE 5, 85 – KPD, in: Jörg Menzel (Fn. 16), S. 56 ff. sowie *Hans-Peter Schwarz*, Die Ära Adenauer – Gründerjahre der Republik 1949–1957 (1981), S. 130 ff.;



deren Freiheit beschränkt; diese berufen sich auf ihre Meinungs-, Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit.

Praktische Konkordanz findet sich schon im KPD-Urteil, wenn dort zur Schonung der Freiheit für das Verbot nicht ausreichen soll, dass die freiheitliche demokratische Grundordnung nicht anerkannt oder dass sie abgelehnt wird. »Es muss vielmehr eine aktiv-kämpferische, aggressive Haltung gegenüber der bestehenden Ordnung hinzukommen, sie muss planvoll das Funktionieren dieser Ordnung beeinträchtigen, im weiteren Verlauf diese Ordnung selbst beseitigen wollen.«<sup>38</sup> Und schon für die angesichts des eindeutigen Verfassungstextes etwas obskure Frage, ob Art. 21 Abs. 2 GG mit der Diskriminierung verfassungsfeindlicher Auffassungen nicht zu einem »unerträglichen Selbstwiderspruch« führe, weil sie die Meinungsfreiheit in einer Weise beschränke, die nicht hinnehmbar sei, lautet die Antwort des Bundesverfassungsgerichts, dass es nicht um das Haben einer Gesinnung gehe, sondern in einem diese Verfassungsgrundlagen zerstörenden Gebrauchmachen von einer Gesinnung. In dieser Auslegung – so das Gericht – widerspricht Art. 21 Abs. 2 GG auch nicht »einem Grundprinzip der Verfassung, an dem auch die einzelnen positiven Verfassungsbestimmungen gemessen werden können und müssen.«<sup>39</sup> Immerhin: Das Gericht begibt sich hier in dogmatisch schwieriges Gelände: Auch originäres Verfassungsrecht des *pouvoir constituant* könnte danach denkgesetzlich verfassungswidriges Verfassungsrecht sein.<sup>40</sup>

Die Kritik hat die Argumentation des Gerichts mit der Differenzierung zwischen Haben der Gesinnung und Gebrauchmachen von der Gesinnung nicht überzeugen können. *Helmut Ridder*<sup>41</sup> beanstandet<sup>42</sup> – übrigens damals durchaus respektvoll<sup>43</sup> –, dass es den Urteilsgründen nicht gelinge, das Aktiv-Kämpferi-

---

richtig ist an der Einschätzung Ipsens, dass das dann – nach vielen Wirren – ergangene Urteil eine in sich überzeugende verfassungsrechtliche Begründung gibt.

38 BVerfGE 5, 85 (141) – KPD-Urteil.

39 BVerfGE 5, 85 (137) – KPD-Urteil.

40 BVerfGE 5, 85 (137); grundlegend BVerfGE 3, 225 (232 f.) – Gleichberechtigung

41 *Helmut Ridder*, *Streitbare Demokratie?* In: *Neue Politische Literatur* 2 (1957), S. 351 (362 f.), wiederabgedruckt in: ders. *Gesammelte Schriften* (Fn. 19), S. 541 (547).

42 Interessanterweise richtet sich die Kritik wegen der Selbstwidersprüchlichkeit bei Ridder und vielen anderen nur gegen die Aktivierung des Arsenal der freiheitlichen demokratischen Grundordnung gegen politisch linksextreme Überzeugungen. Bei Ridder heißt es insofern (Fn. 41) (NPL, S. 252 = *Gesammelte Schriften* S. 540) nach einer Charakterisierung des Verbotsverfahrens gegen die SRP als ersten Fall, der gegen faschistische Kräfte gerichtet gewesen sei, sei der 2. Fall (das KPD-Verfahren) »der erste tieferste Fall«. Diese Einseitigkeit des Blickes, der das Instrumentarium gegen die Extreme auf der einen Seite des ideologischen Spektrums anwenden will, aber auf der anderen Seite nicht, ist überaus charakteristisch für die spätere Diskussion; solche Kritik ist für die normative Lage, die es zu beurteilen gilt, unbrauchbar. Die Verfassung ist zerstörerischen Kräften gegenüber farbenblind.

43 S. 30 Jahre später den mit Furor formulierten Aufruf zur Aufhebung des KPD-Verbots: *Helmut Ridder*, *Dreißig Jahre ›KPD-Verbot‹*, zitiert nach dem Abdruck, in ders., *Gesammelte*

sche hinreichend von der bloßen Überzeugung und deren Kommunikation zu unterscheiden. Es würden geistige Kommunikationsvorgänge und Überzeugungsversuche in Tathandlungen umgedeutet. Generell beklagt *Ridder*, dass mit Art. 21 Abs. 2 GG, der »zweifellos geltendes Verfassungsrecht« ist<sup>44</sup>, eine »artwidrige« Unfreiheit für die »Feinde der Freiheit« in der freiheitlichen demokratischen Grundordnung entstehe<sup>45</sup>, was wiederum auf die Behauptung der Selbstwidersprüchlichkeit der Verfassung hinausläuft.

Ich lasse dahinstehen, ob es aus heutiger Sicht verfassungswidriges Verfassungsrecht in der Verfassung des *pouvoir constituant* überhaupt geben kann. Das Gericht befreit sich jedenfalls aus der vertrackten Fragestellung des Selbstwiderspruchs, in dem es Art. 21 Abs. 2 GG als bewussten verfassungspolitischen Willen zur Lösung eines Grenzproblems der freiheitlichen demokratischen Ordnung versteht<sup>46</sup>.

Als Ergebnis lässt sich jedenfalls verbuchen: Grenzprobleme können immer nur im Lichte des Terrains beiderseits der Grenze gelöst werden; erste Schlussfolgerungen aus der »Gleichwertigkeit« von kommunikativer Freiheit und Parteiverbot ist das genannte Tatbestandsmerkmal des Aktiv-Kämpferschen zur Vermeidung bloßer Gesinnungsverfolgung.

Im nächsten Schritt hat das Bundesverfassungsgericht das Prinzip zur Auslegung einfachen Rechts herangezogen: Entschädigung nach dem Bundesentschädigungsgesetz erhielt nicht, wer nach dem Erlass des Grundgesetzes die freiheitlich demokratische Grundordnung des Grundgesetzes bekämpft hat. Es ging um einen KPD-Funktionär, der vor dem Verbot strafrechtlich nicht aufgefallen war. Im ersten Schritt rechtfertigt das Gericht den gesetzlichen Entschädigungsausschluss mit der »verfassungsrechtlichen Grundsatzentscheidung« des Verfassungsgebers für eine Bekämpfung der aktiven Feinde der demokratischen Wertordnung<sup>47</sup>. Im zweiten Schritt hält es aber die Anwendung des Gesetzes auf einem Funktionär der KPD ohne strafrechtliche Verurteilung wegen dessen Verhaltens vor dem Verbotsausspruch für verfassungswidrig. Für ihn gelte das Parteienprivileg des Art. 21 Abs. 2 GG, das den mit allgemein

---

Schriften (Fn. 19), S. 532 mit dem Fazit S. 562: »Zu den wichtigstens Voraussetzungen für die Entgiftung des ideologischen Haushalts für die Entstrickung der BRD aus dem Sumpf der Selbstbelügung, für die endliche Herstellung von demokratischen Verhältnissen und republikanischem Bewusstsein, für den Frieden in Europa, für die Löschung des deutschen Namens aus dem Buch der Schande gehört die ehrliche Aufhebung des »KPD-Vorbots« vom 17. August 1956«.

44 *Ridder* (Fn. 41), NPL, S. 366 = Gesammelte Schriften S. 550.

45 Der Bezugspunkt von »artwidrig« ist der »überlieferte Bestand der gesinnungsneutralen klassischen westlichen Demokratie« (*Ridder*, wie Fn. 41).

46 BVerfGE 5, 85 (139) – KPD-Urteil.

47 BVerfGE 13, 50.

erlaubten Mitteln arbeitenden Funktionär bis zum Verbotsausspruch schütze<sup>48</sup>. Obwohl sich das Parteienprivileg nicht schon seinem Wortlaut nach als Schutznorm für die Funktionäre einer später verbotenen Partei darstellen muss, stärkt das Bundesverfassungsgericht hier wiederum im Sinne praktischer Konkordanz die kommunikative Freiheit, indem es die Risiken der Verfassungswidrigkeit einer Partei nicht deren Mitgliedern aufbürdet; diese Risiken sollen erst wirksam werden können, wenn das Bundesverfassungsgericht eine Partei für verfassungswidrig erklärt hat.

In ähnlicher Weise ist in dem Soldatenbeschluss vom 15. Februar 1970 das soldatische Disziplinarrecht im Lichte der »verfassungspolitischen Grundentscheidung« der streitbaren Demokratie ausgelegt worden. Für den Soldaten ist dessen Sonderstatusverhältnis mit zu beachten, das ihn vom allgemeinen Gewaltverhältnis des Bürgers (das im Falle des KPD-Funktionärs in Rede stand) unterscheidet. In diesem Sinne wird zum verfassungsorientierten Maßstab für den betroffenen Stabsunteroffizier und seine Meinungsfreiheit, dass er durch sein gesamtes Verhalten »für die Erhaltung der freiheitlichen Ordnung einzutreten habe«<sup>49</sup>, was es ausschließe, »während des Dienstes die freiheitlich-demokratische Grundordnung in Frage zu stellen.«<sup>50</sup> Hier wird also die stärkere Inpflichtnahme des Soldaten im Abgleich mit dem Funktionär einer Partei mit dem Sonderstatusverhältnis begründet. Aus diesem folgt eine gesteigerte Loyalitätserwartung des Staates, die die positive Verfassungstreuepflicht begründet.

Im sogenannten Abhörurteil<sup>51</sup> ging es um ein verfassungsänderndes Gesetz, nämlich die Abhörbefugnisse zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, die mit einer Änderung des Art. 10 Abs. 1 GG ermöglicht wurden.

Auf der Basis der Annahme, dass es verfassungswidriges Verfassungsänderungsrecht geben könne (eine Annahme, die für verfassungsänderndes Recht wegen der in der Verfassung vorfindlichen Normen unterschiedlicher Geltungsstärke (Art. 79 Abs. 3 GG) gewiss zutrifft), findet das Gericht die Legitimation letztlich in der »Grundentscheidung des Grundgesetzes für die streitbare Demokratie«.<sup>52</sup> Methodisch rechtfertigt das Gericht seine Position

---

48 BVerfGE 13, 52 f.

49 BVerfGE 28, 36 (48 f.).

50 Ebenso BVerfGE 28, 51 (55).

51 BVerfGE 30, 1.

52 BVerfGE 30, 1 (19 f.); dazu *Ralf Müller-Terpitz*, BVerfGE 30, 1 – Abhörurteil. Kapitulation vor dem *pouvoir constitué*, in: Jörg Menzel (Fn. 16), S. 163 f.; die damalige Verfassungsänderung hat im Zusammenhang mit der Notstandsverfassung außerordentlich kontroverse Diskussionen hervorgerufen; das engagierte – auch enragierte – Plädoyer *Günter Dürigs* zur Begründung des gegen das Verfassungsänderungsgesetz gerichteten Normenkontrollantrags ist abgedruckt in der Festschrift für Theodor Maunz, 1971, S. 41 ff.; s. weiter – ebenfalls eine

ausdrücklich damit, dass die Auslegung von Verfassungsvorschriften – verkürzt gesagt – immer das Sinn ganze der Verfassung im Blick haben muss.<sup>53</sup> Drei Richter (*Geller, von Schlabrendorff, Rupp*) haben diese Sicht für zu weitgehend gehalten.<sup>54</sup> Die Begründung zeigt deutlich die Ambivalenz des Arguments der streitbaren Demokratie als Freiheitssicherung (die im Funktionieren einer demokratischen Ordnung liegt) durch Freiheitseinschränkung (für extremistische systemtranszendierende angelegte politische Betätigung). Die dissentierenden Richter weisen darauf hin, dass der Gesetzgeber bei der Rechtsgüterabwägung zwischen Gefahrenabwehr und den Individualrechten der Bürger die Grenzen gewissermaßen sorgfältig und behutsam ziehen müsse (was selbstverständlich ist): »Verkennt der Gesetzgeber die Schranken, so kehrt die ›streitbare Demokratie‹ sich gegen sich selbst.«<sup>55</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat indes keinen Anlass gesehen, seine Sicht der Dinge zu korrigieren, wie sein Urteil zum 14. Juli 1999 zum Verbrechensbekämpfungsgesetz 1994 zeigt.<sup>56</sup>

Die Entscheidung des Gerichts, die streitbare Demokratie im Rahmen praktischer Konkordanz einzusetzen führt methodisch auch hier nur dazu, dass dieses Ensemble von Verfassungsvorschriften Grundrechtseingriffe, die im einfachen Recht konstituiert sind, rechtfertigt.

Diese Rechtsprechung wird wiederum für die verfassungsorientierte Auslegung des einfachen Rechts – hier des öffentlichen Dienstrechts – im Radikalen-Beschluss fortgeführt und befestigt<sup>57</sup>. Intensiv diskutiert wurde im Vorfeld der

---

Philippika – *Peter Häberle*, Die Abhörenscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Dezember 1970, in: JZ 1971, 145 ff.; dort bezeichnet Häberle die zur Eingriffsrechtfertigung herangezogene Formel von der streitbaren Demokratie als »verkrusteten Begriff« (a.a.O., S. 147 l. Sp.) (was gegenüber den damals gerade mal 20 Jahre alten Verfassungsrechtssätzen denn auch wieder erstaunlich ist) und fühlt sich gar zu der Frage provoziert, »ob hier nicht der seltene Fall einer verfassungswidrigen Verfassungsrechtsprechung vorliegt«; weit. Hinw. zur Kritik bei *Wolfgang Löwer*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GGK, Band 1, 5. Aufl. 2000, Art. 10 Rn. 48. In der zeitgenössischen Diskussion ist viel zu wenig zur Kenntnis genommen worden (knapper Hinweis bei *Häberle*, a.a.O., S. 156, der aber die zugrunde liegenden Fragen in ihrer Bedeutung nicht richtig erfasst), dass es bei der Novellierung darum ging, ob weiterhin im souveränitätsbeschränkten Deutschland von den Alliierten der Post- und Fernmeldeverkehr ohne jede (!) Kontrolle überwacht werden würde, oder ob die Bundesrepublik verfassungsrechtlich limitiert (wenn auch mit erheblicher Eingriffstiefe u. a. in die Rechtsschutzgarantie) selbst ihre verfassungsmäßige Ordnung und ihren Bestand sollte im Sektor der Post- und Fernmeldekontrolle sichern können (s. die Hinweise bei *Löwer*, a.a.O., Rn. 44 i.V.m. Rn. 47 f.). Der EGMR hat einen Verstoß gegen die EMRK ebenso wenig feststellen können (EGMR v. 6. September 1978 – Nr. 5029/71 – Klass u. a., NJW 1979, 1755 m. Anm. *Claus Arndt* = EGMRE 1, 320).

53 BVerfGE 30, 1 (19 f.).

54 BVerfGE 30, 1 (33 ff.) – Abhörurteil.

55 BVerfGE 30, 1 (45); für verfassungswidriges Verfassungsrecht *Georg Hermes*, in: Horst Dreier (Hrsg.), GG, Band I, 2. Aufl. 2004, Art. 10 Rn. 61 m. weit. Nachw.

56 BVerfGE 100, 317 (361).

57 BVerfGE 39, 334.

Entscheidung die Frage, ob das Fernhalten verfassungsfeindlicher Dienstnehmer mit Art. 3 Abs. 3 GG vereinbar sei, verbiete die Vorschrift doch auch die Benachteiligung wegen einer politischen Überzeugung. Auch hier muss sich Art. 3 Abs. 3 GG, der den Einzelnen vor Benachteiligungen auch wegen seiner politischen Überzeugung schützen will, verhältnismäßige Einschränkungen gefallen lassen, die ihre Legitimation im Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung finden. Wörtlich heißt es unter Berufung auf die Verfassung als Sinn Ganzes<sup>58</sup>: »In diesen Zusammenhang gestellt ist es schlechterdings ausgeschlossen, dass dieselbe Verfassung, die die Bundesrepublik aus der bitteren Erfahrung mit dem Schicksal der Weimarer Demokratie als eine streitbare, wehrhafte Demokratie konstituiert hat, diesen Staat mit Hilfe des Art. 3 Abs. 3 GG seinen Feinden auszuliefern geboten hat.«

Auch diese Entscheidung aus dem Jahre 1975 ist außerordentlich kontrovers aufgenommen worden<sup>59</sup>, weil sie in der damaligen zeitgeschichtlichen Lage vor allem Bewerber mit linksextremistischen Überzeugungen und Aktivitäten aus dem öffentlichen Dienst fernhielt. Als etwa im Jahre 2004 die (Wehrdienst-) Entlassung wegen Mitgliedschaft in der NPD judiziert worden ist<sup>60</sup>, hat das keine vergleichbare Kritikwelle mehr ausgelöst. Das Grundgesetz ist aber, darauf ist zu bestehen, was die extremistischen Ränder betrifft, farbenblind. Dabei liegt an sich nahe, dass eine gesteigerte Loyalitätspflicht hergebrachter Grundsatz des Beamtentums ist<sup>61</sup> und *dadurch* ein Stück wehrhafter Verfassungsschutz geleistet wird. Aber natürlich wird auch diese Entscheidung von dem das Thema stets grundierenden *basso continuo* begleitet, dass die Durchsetzung des Prin-

---

58 BVerfGE 39, 368.

59 S. dazu die umf. Nachw. bei *Ralf Dreier*, Verfassung und Ideologie. Bemerkungen zum Radikalenproblem, in: Dieter Wilke/Harald Weber, (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Friedrich Klein, 1977, S. 86 m. Fn. 6; dort fehlt die zornbebende Kritik von *Helmut Ridder*, Mommentum Germaniae Juridicum. Der »Radikalen-Beschluss« des Bundesverfassungsgerichts oder: Der Austritt der Bundesrepublik aus der Familie der westeuropäischen parlamentarischen Demokratien/Eine freiwillige Satire auf eine unfreiwillige, zuerst in: konkret Nr. 10/1975 und Nr. 11/1975, wiederabgedruckt in, ders., Gesammelte Schriften (Fn. 19), S. 655 ff.; s. dort nur Fn. 2: »Wer nachts an Deutschland denken und dadurch um seinen Schlaf gebracht sein möchte, sollte die Lektüre nicht scheuen, die auf Verständnis für die freiwillige Satire der hier vorgelegten Bemerkungen erwecken könnte.« Die nicht zu scheuende Lektüre bezieht sich auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts in Sachen Extremisten oder Radikale; s. weiter *Peter Fritsch*, Extremisten-Beschluss, 2. Aufl. 1976, mit den maßgeblichen Dokumenten; *Hans Hugo Klein*, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, in: VVDStRL 37 (1979), S. 53 (83–89); *Wolf Schönbohm*, Verfassungsfeinde als Beamte? Die Kontroverse um die streitbare Demokratie, 1979; zuletzt *Beate Rudolf*, »Verfassungsfeinde« im öffentlichen Dienst, in: Markus Thiel (Hrsg.), (Fn. 5), S. 209 ff.

60 BVerwGE, v. 7. Juli 2004 – 6 C 17/03 – NJW 2005, 85.

61 Unstrittig ist die Charakteristik als hergebrachter Grundsatz indes nicht, s. nur *Johannes Masing*, in: Horst Dreier (Hrsg.), GG, Band II, 2. Aufl. 2006, Art. 33 Rn. 47 (nur dass die Weimarer Republik auf diese Loyalität nicht uneingeschränkt hoffen durfte).

zips wehrhafter Demokratie in Ansehung der Freiheit – wie immer im Zugriff des Staates auf personale Autonomie – eine Frage des Maßes ist. *Helmut Steinberger* hat dies auf die gelungene Formel gebracht: » Die Freiheit ist ein abgründiger Zustand nicht nur in dem Sinne, dass ihr Missbrauch zur Selbstzerstörung führen kann, sondern auch insofern, als der Versuch, sie zu bewahren, gleichfalls in ihre Vernichtung umschlagen kann.«<sup>62</sup>

Im Lichte des internationalen Rechts hat die deutsche Position Schwierigkeiten sich plausibel zu machen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte<sup>63</sup> hat im Falle der entlassenen Gymnasiallehrerin *Vogt* wegen Mitgliedschaft und Engagement in der Deutschen Kommunistischen Partei zwar die besondere historische Situation Deutschlands skizziert<sup>64</sup>, will aber die Entlassung der Gymnasiallehrerin funktionsbezogen nicht akzeptieren, wenn das dienstliche Verhalten nicht mitgewürdigt wird.<sup>65</sup> (Was in der Konzeption des Bundesverfassungsgerichts keine Rolle spielen kann.) Auch die Untersuchungsverfahren im Rahmen der International Labour Organisation kritisieren die deutsche Durchsetzung von Loyalitätspflichten.<sup>66</sup>

Schließlich hat das Gericht in seinem NPD-Beschluss vom 29. Oktober 1977<sup>67</sup> im Zusammenhang mit den Verfassungsschutzberichten des Bundesamtes für Verfassungsschutz die Etablierung von Berichten über verfassungsfeindliche Bestrebungen und Organisationen für verfassungsrechtlich legitim gehalten. Auch so kämen die Behörden »ihrem Auftrag nach, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu wahren zu verteidigen.«

Der Gesamtbefund leitet mich zu folgender These: Die Regelung im Grundgesetz zur Verteidigung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, insbesondere in Art. 18, Art. 9 Abs. 3, Art. 21 Abs. 2 und Art. 73 Nr. 10b GG entfalten ihre primäre Bedeutung nicht durch ihre unmittelbare Normdurchsetzung – das gilt jedenfalls für die Grundrechtsverwirkung und die Parteiverbote –, sondern durch ihre Legitimationskraft für gesetzliche Einschränkungen

62 *Helmut Steinberger*, Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie, 1974, S. 267.

63 EGMR, v. 26. September 1993 – 7/1994/454/535 – NJW 1996, 375 = EuGRZ 1995, 590 – Fall *Vogt*; s. dazu mit weit. Hinw. *Jens Meyer-Ladewig*, EMRK, 2. Aufl. 2006, Art. 10 Rn. 18 f. sowie *Beate Rudolf* (Fn. 59), S. 244 ff.

64 Zur Beamentreuepflicht bemerkt der EGMR (wie Fn. 63) Tz. 51: Sie sei begründet »in der Vorstellung, dass die Beamtenschaft der Garant der Verfassung und der Demokratie ist. Deutschland machte in der Weimarer Republik besondere Erfahrungen, was dazu führte, dass bei der Gründung der Bundesrepublik nach dem Alptraum des Nationalsozialismus die deutsche Verfassung auf dem Grundsatz der »wehrhaften Demokratie« gestaltet wurde.« Darin sieht der Gerichtshof – für Deutschland – ein berechtigtes Ziel im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK; s. in der Entscheidung auch Tz. 49.

65 EGMR (Fn. 63), Tz. 60.

66 *Peter Voegeli*, Völkerrecht und »Berufsverbote« in der Bundesrepublik Deutschland, 1976 – 1992, 1995 sowie jüngst sehr sorgfältig *Beate Rudolf* (Fn. 59).

67 BVerfGE 40, 287.

extremistischer politischer Betätigung. Die Verdichtung zum Staatsstrukturprinzip an Stelle einer bloßen Deutung als Sammelbezeichnung zielverwandter Normen, ermöglicht es, den Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung in die Methodik praktischer Konkordanz mit entsprechendem Gewicht einzustellen. Das ermöglicht dem Gesetzgeber den Konflikt zwischen freiheits-sichernder Toleranz und sicherheitsgewährender Intoleranz auszugleichen.<sup>68</sup>

### III.

An dieser Stelle soll der historische Faden nochmals aufgenommen werden.

Klar ist – wie *Walter Jellinek* 1950 gesagt hat<sup>69</sup> –, dass die verfassungsmäßige Ordnung »in gewolltem Gegensatz« zu Weimar stehen soll und dass dazu eine verfassungsrechtliche Regelung gehören musste, die den suizidalen Tendenzen, wie man im Anschluss an *Karl Loewenstein*<sup>70</sup> gerne sagt, die der unbegrenzt toleranten Demokratie inhärent sind, entgegenzutreten sollte. Das war offenbar Gemeingut im Parlamentarischen Rat.<sup>71</sup>

Dieser Befund, der das Suizidale der Weimarer Republik der Weimarer Verfassung anlastet, als Ursache ihres Scheiterns also einen Verfassungsdefekt diagnostiziert, ist nicht so selbstverständlich, wie häufig angenommen wird.<sup>72</sup> Im Blick auf die Weimarer Reichsverfassung war sicher korrekturbedürftig die Nichtberücksichtigung der Parteien als bestimmende Faktoren des Ver-

68 S. auch mit ähnlicher Tendenz die genaue Analyse bei *Thiel* (Fn. 5), S. 1 ff.

69 *Walter Jellinek*, Kabinettsfrage und Gesetzgebungsnotstand nach dem Bonner Grundgesetz, in: VVDStRL 8 (1950), S. 3 (5).

70 *Karl Loewenstein*, Militant Democracy and Fundamental Rights, in: *The American Political Science Review* 31 (1937), 417 (431); 638 ff.

71 Einige Hinw. dazu finden sich z. B. bei *Walter Schmitt Glaeser*, Missbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf, 1968, S. 21 ff. Schon der dem Konvent von Herrenchiemsee vorliegende Bayerische Entwurf eines Grundgesetzes (publiziert: *Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Band 2: Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee* (bearb. von *Peter Bucher*), 1981, Dok. 1) enthielt eine Verwirkungsvorschrift. Sie ist dann auch Inhalt des HChE (Art. 10) geworden. Im Darstellenden Teil des Berichts heißt es dazu: »Es bedarf keiner Darlegung, dass jede Demokratie, die in diesem Punkt achtlos ist, in Gefahr steht, selbstmörderisch zu werden.« Weil ein solches Schwert aber auch missbraucht werden könne, müsse es eine Beschwerde zum Verfassungsgericht geben (s. der Parlamentarische Rat, a.a.O., S. 516); im Kommentierenden Teil des Berichts heißt es dann nochmals: »Auch ... Art. 20 gehört zu den Vorschriften, welche die Maxime ›Demokratie als Selbstmord‹ bekämpfen« (s. Parlamentarischer Rat, a.a.O., S. 623). Für die im HChE ebenfalls vorgesehenen Parteiverbote (Art. 47 Abs. 4 HChE) ist auf die Selbstmord-Metapher nicht zurückgegriffen worden.

72 S. auch *Michael Brenner*, Die wehrhafte Demokratie: Eine Lehre aus Weimar?, in: Eberhard Eichenhofer (Hrsg.), 80 Jahre Weimarer Reichsverfassung – was ist geblieben?, 1999, S. 95 ff.



fassungslebens in der Verfassung, was das Grundgesetz mit der Regelung des Art. 21 GG dann auch geändert hat. Gerade die fehlende Verfassungsverankerung hatte aber für die Selbstschutzzfähigkeit des Weimarer Systems auch gewissermaßen einen Vorteil: die Parteien – ihrer Rechtsnatur nach rechtsfähige oder nicht rechtsfähige Vereine – waren damit wie jeder Verein dem Reichsvereinsgesetz unterworfen. Sie konnten also verboten werden, wenn deren Zweck den Strafgesetzen zuwider lief – allerdings auch *nur* wenn ihre Betätigung gegen Strafnormen verstieß<sup>73</sup>. Davon hat die Weimarer Republik auch Gebrauch gemacht<sup>74</sup>, wenn auch ohne durchgreifenden Erfolg in dem Sinne, dass die NSDAP zeitlich dauerhaft aus dem Willensbildungsprozess ausgeschlossen worden wäre. Das rechtliche Handlungsinstrumentarium war aber durchaus vorhanden. Hinzu kam die Gesetzgebung des Reiches und der Länder zum Schutz der Republik<sup>75</sup> und die Möglichkeit der Vereinsauflösung durch präsidentielle Notverordnungen wie die Verordnung über die Auflösung der kommunistischen Gottlosenorganisation vom 3. Mai 1932<sup>76</sup> gezeigt hat. 1923 war im Übrigen auf der Basis der präsidentiellen Diktaturgewalt auch die NSDAP reichsweit verboten worden.<sup>77</sup>

Das Scheitern war wohl erst wahrscheinlich geworden, als sich die NSDAP entschlossen hatte, innerhalb des staatsrechtlichen Rahmens unter Nutzung der legalen Gegebenheiten zur Macht »durchzumarschieren«. *Dagegen* war die Weimarer Republik in der Tat einigermaßen wehrlos.<sup>78</sup> Berüchtigt ist das Zitat

73 Die Schwelle lag damit bei Hoch- und Landesverrat; s. *Schmitt Glaeser* (Fn. 71), S. 26 Fn. 26.

74 S. *Christoph Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung, 1997, S. 122 ff. m. weit. Nachw.; *Ernst Rudolf Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. Band VI: Die Weimarer Reichsverfassung, 1981, S. 150 – 156; ausf. *Christoph Gusy*, Weimar – die wehrlose Republik?, 1991 sowie *Katrin Stein*, Parteiverbote in der Weimarer Republik, 1999.

75 S. dazu *Gusy*, Reichsverfassung (Fn. 74), S. 123 und *Huber* (Fn. 74), S. 151. S. das (erste) Gesetz zum Schutze der Republik vom 21. Juli 1922, RGBl. 1922 I S. 585, abgedruckt bei *Ernst Rudolf Huber*, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte. Band III: Dokumente der Novemberrevolution und der Weimarer Republik 1918 – 1933, 1966, Nr. 190. Der (sozialdemokratische) preußische Innenminister und Berliner Polizeipräsident Albert Grzesinski hielt das Republikenschutzgesetz allerdings rückschauend für ein »Messer ohne Heft und Klinge« (*Albert Grzesinski*, Im Kampf um die deutsche Republik. Erinnerungen eines Sozialdemokraten (hrsgg. von Eberhard Kolb), 2001, S. 211).

76 S. *Kurt Häntzschel*, Die Verordnungen gegen politische Ausschreitungen und über die Auflösung der kommunistischen Gottlosenorganisation mit den Ausführungsbestimmungen des Reichs und der Länder, 3. Aufl. Berlin, 1932.

77 S. das auf § 1 der Verordnung des Reichspräsidenten betreffend die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung für das Reichsgebiet nötigen Maßnahmen vom 26. September 1923 (RGBl. 1923 I), S. 205 (bei *Huber*, Dokumente, (Fn. 75), S. 286, Dok. Nr. 265) gestützte Verbot des Chefs der Heeresleitung General v. Seeckt betreffend KPD und NSDAP vom 23. November 1923 (bei *Huber*, Dokumente, a.a.O., S. 337 Nr. 316), wobei diese Regelungen schon im Jahre 1924 ihre Kraft wieder verloren hatten.

78 Dieses Faktum ist schon häufiger unterstrichen worden: s. *Friedrich Karl Fromme*, Von der



von *Erich Goebbels* aus dem Jahre 1928, der unter der Überschrift »Was wollen wir im Reichstag?« die Möglichkeit des legalen Machtgewinns programmatisch herausstellte: »Wir gehen in den Reichstag hinein, um uns im Waffenarsenal der Demokratie mit deren eigenen Waffen zu versorgen. Wir werden Reichstagsabgeordnete, um die Weimarer Gesinnung mit ihrer eigenen Unterstützung lahmzulegen. Wenn die Demokratie so dumm ist, uns für diesen Bären dienst Freikarten und Diäten zu geben, so ist das ihre Sache (...). Uns ist jedes gesetzliche Mittel recht, den Zustand von heute zu revolutionieren.«<sup>79</sup> Dieser mögliche Weg über die Legalität in den Unrechtsstaat war die vielleicht größte normative Schwäche der Weimarer Reichsverfassung. Dass *Hitler* beabsichtigte, diese Schwäche auszunutzen, hat er öffentlich bekräftigt. Seit dem Ulmer Reichswehrprozess<sup>80</sup> bestand kein Zweifel über *Hitlers* Weg. Im Prozess hatte er auf die Frage, wie er sich die Errichtung des Dritten Reiches vorstellte – schließlich sogar beeidet – geantwortet: »Die national-sozialistische Bewegung wird in diesem Staate mit den verfassungsmäßigen Mitteln das Ziel zu erreichen suchen. Die Verfassung schreibt uns nur die Methoden vor, nicht aber das Ziel. Wir werden auf diesem verfassungsmäßigen Wege die ausschlaggebenden Mehrheiten in den gesetzgebenden Körperschaften zu erlangen suchen, um in dem Augenblick, wo uns das gelingt, den Staat in die Form zu gießen, die unserer Idee entspricht.«<sup>81</sup> Die Weimarer Wahrnehmung der damaligen Wähler hat sich größtenteils mit dem Legalitätsversprechen begnügt, hat sich aber mit der latenten Drohung, dass die Weimarer Republik in die Form gegossen werden sollte, die den nationalsozialistischen Ideen entsprach, nicht hinreichend beschäftigt.

Das Problem der mangelnden Ausschaltung extremistischer Parteien aus dem politischen Prozess lag sicher auch im rechtlichen Rahmen, der durchaus erweiterungsfähig gewesen wäre. Rechtlich unglücklich war sicher, dass das Verbandsverbot die Partei als Organisation traf, davon aber – in Fortsetzung der Rechtstradition des Kaiserreichs<sup>82</sup> – die Abgeordnetenmandate und die Frak-

---

Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz, 1960, S. 169 f.; *Schmitt Glaeser* (Fn. 71), S. 29.

79 Das Originalzitat findet sich in Goebbels Zeitschrift »Der Angriff« v. 30. April 1928; hier ist es zitiert nach dem Wiederabdruck, in: Wolfgang Michalka/Gottfried Niedhart (Hrsg.), Die ungeliebte Republik. Dokumente zur Innen- und Außenpolitik Weimars 1918–1933, 1981, Dok. Nr. 132, S. 251; in die Debatte eingeführt hat den Text wohl *Karl Dietrich Bracher*, Die Auflösung der Weimarer Republik, 1955, S. 375 Fn. 40, in der letzten (6.) Aufl. 1978, S. 333, Fn. 40.

80 S. etwa *Ian Kershaw*, Hitler 1889–1936, 1998, S. 426 ff.

81 Hitlers »Legalitätseid« im Ulmer Reichswehrprozess v. 25. September 1930 ist abgedruckt bei *Kershaw* (Fn. 80), S. 427 und z. B. bei *Michalka/Niedhart* (Fn. 79), Dok. Nr. 154 (285).

82 Schon im konstitutionellen Staatsrecht war unter der Geltung des Sozialistengesetzes zwischen dem Parteiverbot und dem Mandatsbestand unterschieden worden; s. dazu *Ernst*

tionen in den Volksvertretungen unberührt blieben. Das hat das Bundesverfassungsgericht bei den Parteiverboten der Nachkriegszeit dann anders gesehen: Die Mandate der Abgeordneten der KPD verloren mit dem Verbotsauspruch gegenüber der Partei ihre Kraft.<sup>83</sup>

Das Problem lag mindestens ebenso gewichtig auf der Vollzugsebene. Zuständig für den Vollzug des Vereinsverbots waren die Länder, die die Verbote entschlossen und dauerhaft hätten durchsetzen müssen. An solcher Entschlossenheit und an einem homogenen politischen Verbotswillen hat es, auf die Dauer der Weimarer Republik gesehen, aber gefehlt.

Es war also weniger der institutionelle Rahmen substantiell notleidend; es hat an der Entschlossenheit gefehlt, die demokratische Republik zu verteidigen. Dem schönen Satz der französischen Verfassung vom 22. August 1795<sup>84</sup>, der »die vorliegende Verfassung in die treuen Hände des gesetzgebenden Körpers, der Regierung, der Exekutive und Richter legt« und »sie der Wachsamkeit der Hausväter, der Gattinnen und der Mütter, der Zuneigung der jungen Bürger und dem Mut aller Franzosen empfiehlt« entsprach jedenfalls keiner Weimarer Wirklichkeit. Es hat der Verfassungskonsens gefehlt<sup>85</sup>, vom Verfassungspatriotismus ganz zu schweigen.

An dieser Stelle setzt die neue Normativität des Verfassungsgrundlagenschutzes an: Sie verdeutlicht, dass die Weimarer theoretische Diskussion um die Grenzen der Demokratie – schlagwortartig in der Diktion von *Hans Kelsen*<sup>86</sup>: »Bleibt sie (die Demokratie) sich selbst treu, muss sie auch eine auf Vernichtung der Demokratie gerichtete Bewegung dulden« – staatsrechtlich nicht mehr fortgeführt werden soll. Der Wertrelativismus, der – gewaltfrei allerdings – alles gelten lässt, jene suizidale Lethargie (*Karl Loewensteins* Formulierung im Exil)<sup>87</sup> sollte an ihr Ende kommen. In Art. 79 Abs. 3 GG als Ewigkeitsgarantie wurde die Einsicht *Carl Schmitts* in die Unverfügbarkeit der Substanz der Verfassung rezipiert<sup>88</sup> und in Art. 9 Abs. 2, Art. 18, Art. 21 Abs. 2 GG

---

*Rudolf Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band IV: Struktur und Krisen des Kaiserreichs, S. 1159 f.

83 BVerfGE 2, 1 (72 ff.) – SRP-Verbot; 5, 85 (392) – KPD-Verbot; s. dazu *Thiel* (Fn. 7), S. 200 – 203.

84 S. die Verfassung der Französischen Republik vom 5. Fructidor III, greifbare Übersetzung jetzt bei *Dieter Gosewinkel/Johannes Masing*, Die Verfassungen in Europa, 1789 – 1949, 2006, S. 206 ff.

85 S. etwa *Ulrich Scheuner*, Grundrechte und Verfassungskonsens als Stützen der Verfassungsordnung, in: Weimar als Erfahrung und Argument (hrsgg. von der Kommission für Geschichte des Parlamentarismus und der politischen Parteien), 1977, S. 25 (29 – 32).

86 *Hans Kelsen*, Verteidigung der Demokratie, in: Blätter der Staatspartei, 2. Jahrgang 1932, S. 90 – 98 wiederabgedruckt in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), Hans Kelsen, Verteidigung der Demokratie, 2006, S. 237.

87 S. oben Fn. 70.

88 S. *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 11 ff., 102 ff.; s. aber auch die Weimarer Gegen-

der Rechtsrahmen geschaffen, um die Selbstpreisgabe der politischen freiheitlichen Ordnung zu verhindern.

Die »Entwicklung des Gegenwärtigen aus dem Vergangenen«, um *vom Stein* nochmals zu zitieren, kann eben auch bedeuten, aus der Geschichte zu lernen. Verfassungen sind denn auch häufig schon als »Gedächtnis der Nation« apostrophiert worden. Auch hier bleibt natürlich richtig, dass die Demokratie nach dem vielleicht meist verwendeten Staatsrechtszitat der Gegenwart »von Voraussetzungen lebt, die sie nicht selbst schaffen kann«. Aber es kann institutionell verdeutlicht und normativ sichtbar gemacht werden, was diese Voraussetzungen sind. Unsere Trias von Grundrechtsverwirkung, Vereinsverbot und Parteiverbot verdeutlicht in Ansehung der Tatsache, dass die Vernachlässigung, ja partielle Verachtung des Verfassungskonsenses über die grundlegenden Spielregeln einer demokratischen Ordnung, unabsehbare Amoralität in der Definition und Verfolgung der Staatszwecke ermöglichen kann. Dem ist der Parlamentarische Rat entgegengetreten.

#### IV.

Wenn man den Blick auf Gegenwart und Zukunft lenkt, wird man konstatieren müssen, dass die verfassungsunmittelbaren Teilelemente der Trias aus Grundrechtsverwirkung, Parteiverbot und Vereinsverbot unterschiedlich wirksam geworden sind.

Die Grundrechtsverwirkung (Art. 18 GG) ist in nur zwei Verfahren geltend gemacht worden, obwohl entstehungsgeschichtlich dem Verfahren erhebliche Bedeutung beigemessen worden war. Die Grundrechtsverwirkung kann nur ausgesprochen werden, wenn derjenige, gegen den vorgegangen wird, im Blick auf die Zukunft »gefährlich« ist. Das konnte weder für den politisch im Verfahrenszeitraum gar nicht mehr tätigen vormaligen Zweiten Vorsitzenden der

---

position bei *Richard Thoma*, Grundbegriffe und Grundsätze, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Zweiter Band, 1932, § 71, S. 154: »Die gegenteilige Lehre (gemeint ist die von Schmitt u. a. abweichende Auffassung, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber Bindungen nicht unterliege) von der angeblichen juristischen Begrenztheit des verfassungsändernden Gesetzes weiß denn auch weder die ideengeschichtliche noch dogmengeschichtliche Beweisgründe für sich anzuführen. Sie ist »wunschrechtliche« Behauptung; unbewusstes Residuum der rationalistischen Vorstellung von einem nur durch Einstimmigkeit abänderbaren contrat social oder unabänderlichen ordre naturel.« Die erforderlichen Nachweise zum Weimarer Diskussionsstand finden sich bei *Thoma*, a.a.O., in Fn. 107; der aktuelle Diskussionsstand ist nachgewiesen bei *Diana Zacharias*, Die sog. Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG, in: Markus Thiel (Hrsg.), (Fn. 5), S. 57 ff.

Sozialistischen Reichspartei (damals längst aufgelöst) behauptet werden<sup>89</sup>, noch für den Verleger einer rechtsextremistischen Zeitung.<sup>90</sup>

Gleichwohl wird man nicht annehmen können, die Norm sei mangels Aktualisierung durch entsprechende Anträge obsolet geworden. Niemand kann wissen, ob die Norm in der Zukunft nicht noch Bedeutung entfalten wird, weil niemand etwaige anti-demokratische Kräfte der Zukunft kennt. Außerdem hat die Norm auch aktuell eine wichtige Erinnerungsfunktion. Sie verweist darauf, was die Verfassung vom Bürger erwartet, dass er nämlich die Freiheit des Grundgesetzes nicht dazu missbraucht, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu bekämpfen. Das Institut der Grundrechtsverwirkung ist stets Mahnung, Freiheit als zerbrechliches gesellschaftliches Gut zu verstehen. Es ist flet in being gegenüber solchen individuellen Kräften, die mit einer Chance auf breitere Beachtung die Grundlagen der freiheitlichen Demokratie zerstören wollen.

Das Grundrechtsverwirkungsverfahren hat auch deshalb keine wesentliche Bedeutung entfaltet, weil das normativ diskriminierte Geistesgut seine Gefährlichkeit regelmäßig erst in kollektiver Verstärkung erfolgreich entfalten kann. Deshalb muss dem Parteiverbot an sich viel größere Bedeutung zukommen. Insgesamt sind aber nur fünf Parteiverbotsverfahren geführt worden. Wie bereits berichtet, waren die Verbotsanträge gegen die Sozialistische Reichspartei<sup>91</sup> und die Kommunistische Partei Deutschland<sup>92</sup> erfolgreich. Zwei Verbotsanträge richteten sich gegen Verbände, die rechtlich nicht als Parteien zu qualifizieren waren; es fehlte zwar nicht an der Verfassungsfeindlichkeit, wohl aber an dem zu fordernden »Ernst-Nehmen-Müssen«.<sup>93</sup> Gegen diese Vereinigungen hätten Vereinsverbotsverfahren betrieben werden müssen – und nicht Parteiverbotsverfahren.

Immerhin haben diese Verfahren verdeutlicht, dass die antragsstellende Bundesregierung die Verbotsnorm des Art. 21 Abs. 2 GG durchaus anzuwenden bereit ist, wenn Parteien mit totalitären Zielen wirksam werden wollen. Daher haben diese beiden – verfahrensrechtlich fehlplazierten – Verbotsanträge gezeigt, dass die Bundesregierung sich die immer mal wieder vorgetragene These, die Verbotsnorm passe nicht mehr in die Zeit, die politische Auseinandersetzung mit solchen Vereinigungen reiche aus, Repression sei extremistischen Kräften gegenüber doch nicht erforderlich, es handele sich doch insgesamt wohl um ein Relikt aus dem Kalten Krieg etc., nicht zu eigen gemacht hat. Diese Argumente sind angesichts der normativen Entscheidung der Verfassung für ihren Grundlagenschutz auch neben der Sache. Das Grundgesetz spricht in Art. 21

89 BVerfGE 11, 282 f.

90 BVerfGE 38, 23 ff.

91 BVerfGE 2, 1 – SRP-Verbot.

92 BVerfGE 5, 85 – KPD-Verbot.

93 BVerfGE 91, 262 – Nationale Liste; 91, 376 – Freiheitliche Deutsche Arbeiterpartei.

Abs. 2 GG (und in Art. 9 Abs. 3 GG) sehr deutlich: Politische Verbandsakteure, die das Grundgesetz als Basis seiner freiheitsfeindlichen Überwindung nutzen wollen, *sind* verfassungswidrig.

Deshalb war es durchaus folgerichtig, dass die Verfassungsorgane Bundesregierung, Bundestag und Bundesrat einen Verbotsantrag gegen die Nationaldemokratische Partei Deutschlands gestellt haben.<sup>94</sup> Da ich als Verfahrensbevollmächtigter des Deutschen Bundestages an dem Verfahren beteiligt gewesen bin, lasse ich die ergangene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts unkommentiert<sup>95</sup>. Das Moment der Gegenbildlichkeit des Grundgesetzes zur nationalsozialistischen Herrschaftsordnung wurde in diesem Verbotsverfahren besonders deutlich. Der tragende Verbotsgrund hätte in der Wesensverwandtschaft der Partei mit dem Nationalsozialismus gelegen. Dass diese nicht hinzunehmen ist, zeigt sich in der Antragstellung durch alle drei antragsberechtigten Verfassungsorgane.

Das Verfahren, ist, wenn man so will, am Infiltrationserfolg der Verfassungsschutzbehörden gescheitert: Es war gelungen sehr viele V-Leute *in* der Partei (!) zu gewinnen, so dass nach Bekanntwerden dieser Tatsachen nach Ansicht dreier Richter das Verfahren nicht fortgesetzt werden konnte, insbesondere auch deshalb nicht, weil es auch V-Leute auf der Vorstandsebene der Bundespartei und der Landesverbände gebe, wobei die Verfassungsschutzämter nicht bereit waren, die Identität dieser Personen preiszugeben. Damit war die für die Ablehnung einer Verfahrensfortsetzung nötige Zwei-Drittel-Mehrheit im Spruchkörper nicht mehr gegeben, so dass das Verfahren eingestellt worden ist<sup>96</sup>; es mag hier dahinstehen, ob diese Sicht der Dinge prozessual zutrifft.<sup>97</sup> Entscheidend ist, dass auch hier durch die Antragstellung die »gegenbildliche Substanz« des Grundgesetzes bekräftigt worden ist.

Ein solcher Antrag könnte im Übrigen jeder Zeit wieder gestellt werden, wenn das Verhältnis von Beobachtung durch den Verfassungsschutz und Verbotsverfahren sorgfältiger austariert würde. Es muss jedenfalls ausgeschlossen werden, dass Beobachtung nach der Entscheidung für einen Verbotsantrag den Grundsatz des fairen Verfahrens verletzt. Es muss sichergestellt sein, dass die

94 BVerfGE 107, 339.

95 S. eine gründliche Betrachtung des NPD-Verbotsverfahrens bei *Theresia Anna Gelberg*, Das Parteiverbotsverfahren nach Art. 21 Abs. 2 GG am Beispiel des NPD-Verbotsverfahrens, 2009. Die Autorin hat für ihre Arbeit auch die Verfahrensakten auswerten können. Auf welcher Rechtsgrundlage der Zweite Senat dies gestattet hat, entzieht sich meiner Kenntnis.

96 § 15 Abs. 4 Satz 2 BVerfGG, BVerfGE 107, 339 (356); zur Kritik an der Nichtfortsetzung des Verfahrens s. die die Entscheidung nichttragende abweichende Meinung der vier Richter *Sommer, Jentsch, Di Fabio* und *Mellinghoff*, BVerfGE 107, 339 (378 ff.); die Verfahrenseinstellung nach Maßgabe von § 15 Abs. 4 Satz 2 BVerfGG ist hingegen einstimmig erfolgt.

97 *Gelberg* (Fn. 95), S. 125 ff. kritisiert die Anwendung der Zwei-Drittel-Regelung in dieser Konstellation.

Antragsgegnerin in ihrer Prozessvorbereitung und -führung nicht den Antragsteller durch seine Beobachtungskraft am Tisch sitzen hat. Für die Verfassungsschutzbehörde steckt darin gewiss ein Dilemma, weil sie hochrangige Quellen, die sie zur Risikobeherrschung in den Zeiträumen außerhalb des Verbotsverfahrens dringend benötigt, zur Durchführung des Verbotsverfahrens »abschalten« muss, ohne sicher sein zu können, dass am Verfahrensende auch ein Verbotsausspruch steht.

Die größte alltagspraktische Bedeutung haben die Vereinsverbote. Sie tragen der kollektiven Verstärkung, die aus der verbandsmäßigen Organisation herührt, für aktiv verfolgte verfassungswidrige Bestrebungen Rechnung. Die Verbotsverfahren gegenüber Vereinen zeigen, dass der Staat wachsam bleibt, wenn es um die aktiv-kämpferische Bedrohung der freiheitlichen Demokratie geht.

Die Trias aus Grundrechtsverwirkung, Parteiverbot und Vereinsverbot hat zumindest den Verfassungskonsens der Gegenbildlichkeit gegen nationalsozialistische Staatsauffassung und Durchsetzung gestärkt. Insofern gehört die wehrhafte Demokratie zu den identitätsbildenden Ecksteinen des Grundgesetzes. Auch auf ihnen ruht das gesamte – auch von einem breiten Verfassungskonsens getragenen – Gebäude. Das gilt auch dann, wenn diese Ecksteine nicht bewegt werden (müssen). Und das gilt auch noch nach 60 Jahren.

## Das Grundgesetz als Rechtsrahmen der deutschen Einheit

Herr Professor *Hillgruber* hat in seiner Einführung an die Präambel des Grundgesetzes in der Fassung von 1949 erinnert. Die drei westlichen Alliierten erteilten den Ministerpräsidenten der westdeutschen Länder den Auftrag, eine Verfassung auszuarbeiten. Sie sollte die Grundrechte gewähren und sichern und sie sollte die grundsätzliche Gliederung des Bundes in Länder vorsehen. Das waren die beiden Vorgaben. Artikel 79 Absatz 3 des Grundgesetzes – die so genannte Ewigkeitsgarantie der Länder –, hat mit diesem Auftrag der Alliierten zu tun.

Die Ministerpräsidenten der westdeutschen Länder haben diesem Vorschlag nur zögerlich Folge geleistet. Sie waren besorgt, dass die Schaffung einer Verfassung im westlichen Teil des zerstörten und in vier Besatzungszonen aufgeteilten Deutschland zu einer Verfestigung der Teilung führen würde. Daher auch der Name Grundgesetz. Inzwischen klingt der Name »Grundgesetz« schöner als »Verfassung« und erfahrungsgemäß erweisen sich Provisorien als besonders haltbar. Im Falle des Grundgesetz hat sich gezeigt: Es ist nicht nur eine gelungene Verfassung, sondern ein Glücksfall in der deutschen Geschichte, den wir gemeinsam feiern dürfen.

Wir feiern bei staatlichen Anlässen auch ökumenische Gottesdienste, wie zuletzt bei der Wahl des Bundespräsidenten am 22. Mai und am 23. Mai zum Gedenken an das Grundgesetz. Deshalb hatten wir auch gleich zwei Gottesdienste in Berlin gefeiert: in der St. Hedwigs Kathedrale und im Dom. So waren auch die Orte ökumenisch verteilt.

Mein Freund *Rudolf Seiters* hatte 1990 unvorsichtigerweise zu sagen gewagt, dass die Glocken in Deutschland läuten würden. Das hat dazu geführt, dass man gesagt hat, dass es am 3. Oktober 1990 keinen Gottesdienst, auch keinen ökumenischen Gottesdienst geben solle. Vielleicht am Vorabend eine Bußandacht. Von dem Johannisempfang der Evangelischen Kirche in Deutschland kehrte der Bundeskanzler eher schlecht gelaunt zurück.

Als wir uns am Abend im Kanzlerbungalow trafen, erklärte er, dass es nur eine Bußandacht geben werde und keinen ökumenischen Gottesdienst. Und ich

antwortete, dass ich das nicht glaube. Der Bundeskanzler behauptete jedoch, dass die Kirche sich nicht vorschreiben lasse, wann es Gottesdienste gebe. Ich entgegnete: »Herr Bundeskanzler, haben Sie dem Bischof *Kruse*, dem Ratsvorsitzenden, zugestimmt?« »Nein«, antwortete der Bundeskanzler. »Konnte der Bischof den Eindruck gewinnen, Sie hätten den Vorschlag akzeptiert?«. »Was hätte ich tun sollen!«, entgegnete der Bundeskanzler. Daraufhin habe ich mit Bischof *Kruse* telefoniert und meine Bedenken geäußert und ihn bestärkt einen ökumenischen Gottesdienst am 3. Oktober zu feiern. Inzwischen wissen wir, dass wir einen Grund zum Feiern hatten.

Jetzt aber zu meinem Vortragstitel: Warum ist das Grundgesetz als Rechtsrahmen der deutschen Einheit zu verstehen? Ich möchte zunächst zwei Gesichtspunkte nennen: die Präambel des Grundgesetzes – »das gesamte Deutsche Volk bleibt aufgefordert, in freier Selbstbestimmung die Einheit und Freiheit Deutschlands zu vollenden« – und Artikel 23 in seiner alten Fassung, der vorsieht, dass die diejenigen, die gehindert waren am Grundgesetz mit zu wirken, durch einfache Willenserklärung beitreten – »in anderen Teilen Deutschlands ist es nach deren Beitritt in Kraft zu setzen«.

Das war die Rechtslage. Das Wiedervereinigungsgebot des Grundgesetzes hat über Jahrzehnte nicht nur den rechtlichen, sondern am Ende auch den politischen Rahmen gebildet, in dem die Wiedervereinigung nach über 40 Jahren noch möglich war.

Ab den 60er und 70er Jahren war der politische Konsens, ob es noch eine Wiedervereinigung geben werde, ob man sie noch brauche und ob sie noch wünschenswert sei, brüchiger geworden. Aber auch als der politische und gesellschaftliche Konsens schwach geworden war, blieb der Rahmen von Artikel 23 und der Präambel des Grundgesetzes bestehen. Insofern hat das Grundgesetz nicht nur 1989/90 den rechtlichen Rahmen gebildet, sondern auch die Stabilität erhalten.

Das Grundsatzurteil des Bundesverfassungsgerichts ist – Ehre sei, wem Ehre gebührt – auf Betreiben der Bayerischen Staatsregierung ergangen und hat den Spielraum für alle diejenigen beschränkt, die sich in den 70er und 80er Jahren den Kopf zerbrochen haben – das waren hochanständige Persönlichkeiten –, ob man nicht in den Fragen der einen Staatsangehörigkeit oder auch anderen Geräer Forderungen etwas nachlassen könne.

Eine spannende Diskussion war der Status der ständigen Vertretung anstelle von Botschaften. Die Besonderheit waren völkerrechtliche Beziehungen zwischen den beiden Staaten in Deutschland. Denn es waren nicht zwei deutsche Staaten, sondern es waren zwei deutsche Staaten in Deutschland mit staatsrechtlichen Beziehungen in sehr spezifischer Art. Deswegen auch der Status der ständigen Vertretung. Deswegen war auch nicht das Auswärtige Amt für die Beziehung innerhalb der Bundesregierung zuständig, sondern eine Stelle im



Kanzleramt. Diese Aufgabe kam mir vor meiner Tätigkeit als Innenminister zu Teil. Daher hatte ich auch spezifische Erfahrungen, die wir bei der Gestaltung des Einigungsvertrages zu Gute gekommen sind. Mein offizieller Verhandlungspartner damals war der Außenminister der DDR. Er hätte sich lieber mit dem Außenminister der Bundesrepublik getroffen, was Herr *Genscher* bei Vollversammlungen der UNO nicht ganz vermeiden konnte, jedoch zu vermeiden sich bemühte.

Es war für die Bundesregierung eine *conditio sine qua non*, an der deutschen Staatsangehörigkeit festzuhalten. 1989 kam es zu der starken Reisebewegung aus der DDR in die Bundesrepublik, über Ungarn und die bundesdeutsche Botschaft in Tschechien, zunächst auch über unsere ständige Vertretung in Ost-Berlin. Die eine, deutsche Staatsangehörigkeit hat die DDR bestritten und jeder DDR-Bürger hätte sich nach dem Strafrecht auch strafbar gemacht, wenn er in die Bundesrepublik gereist wäre. Wenn er aber in der Bundesrepublik war und auf ein Einwohnermeldeamt ging, so hatte er einen Anspruch auf die Ausstellung eines Personalausweises und damit auch den Anspruch in Europa zu reisen, wohin er wollte.

Das war der Rechtsrahmen für die politische Dynamik des Jahres 1989. Ein weiterer zentraler Punkt ist genauso wichtig ist und hat fast noch größere aktuelle Bedeutung. Zum Monatsende erwarten wir das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Lissabon-Vertrag. Mag sein, dass wir in der Parlamentsbeteiligung die eine oder andere Auflage bekommen. Aber der Lissabon-Vertrag wird auch vom deutschen Verfassungsgericht nicht als Verstoß gegen das Grundgesetz gewürdigt werden. Da habe ich wenig Sorge.

*Helmut Kohl* hat in seinen Erklärungen zur Lage der Nation im geteilten Deutschland zum 17. Juni immer wieder betont, dass die Freiheit der Kern der deutschen Frage sei. Von Bonn wurde nicht die Herstellung der staatlichen Einheit gefordert, sondern die Selbstbestimmung der Menschen in der DDR. Die Menschen der DDR sollten selbst entscheiden können. Wir waren überzeugt, dass wenn sie die Freiheit hätten, sie sich für die Einheit entscheiden würden – was inzwischen geschichtlich auch nachzuweisen ist.

Diese Entwicklung wäre nicht möglich gewesen, wenn der Weg der europäischen Einigung und der Weg der Einordnung in die internationale Gemeinschaft durch das Grundgesetz nicht vorgezeichnet gewesen wären. Deshalb möchte ich die Artikel 24, 25 und 26 des Grundgesetzes erwähnen, die wesentlich zu dieser Entwicklung beigetragen haben.

In Artikel 25 des Grundgesetzes ist schon damals geregelt worden, dass völkerrechtliche Grundsätze unmittelbar geltendes Bundesrecht sind. Das ist eine neue Norm und ein erster wichtiger Schritt zur Übertragung von Teilen nationaler Souveränität auf eine supranationale Einrichtung. Artikel 26 hält das Verbot des Angriffskrieges fest. Das Wort »Krieg« kommt im Grundgesetz nur als

Verbot des Angriffskriegs vor. Ansonsten reden wir von »Verteidigung«. Auch das ist für manche Debatten ein nützlicher Hinweis. Noch wichtiger ist die Übertragung von Hoheitsrechten in Artikel 24 auf kollektive Instanzen, insbesondere auf die sich allmählich bildende Europäische Union und die Anbindung an die UNO und die NATO.

Diese drei Grundgesetzbestimmungen waren darauf ausgelegt, dass das tatsächlich, aber auch moralisch zerstörte Deutschland als gleichberechtigtes Glied den Weg in die internationale Gemeinschaft zurückgewinnen sollte. Dies entspricht auch der Präambel des Grundgesetzes, wo es heißt: »im Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen, von dem Willen beseelt, als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen«. Das stand schon 1949 in der Präambel des Grundgesetzes und das steht auch in der Präambel des Grundgesetzes in der neuen Fassung.

Wir reden immer von der Friedlichen Revolution und von den Helden in Leipzig und überall in den Städten in der ehemaligen DDR – zu Recht, denn wann hat das deutsche Volk eine Revolution erfolgreich, friedlich und unblutig zustande gebracht? Wir können stolz darauf sein, was unsere Landsleute in der DDR 1989 geleistet haben. Das sind auch Verdienste der politischen Führung und des damaligen Bundeskanzlers *Helmut Kohl*.

Aber ohne die Entwicklungen in Polen, die Wahl des Papstes bis zu *Solidarnosc*, ohne die Entwicklungen in Ungarn und der Tschechoslowakei, ohne die Aussöhnung mit Frankreich, Israel, Polen und Tschechien, ohne den Willen der Europäer im Osten, auch an der europäischen Einigung teilzunehmen und ohne ihre Zustimmung wäre es nie zur Deutschen Einheit gekommen. Deswegen ist die Ausrichtung des Grundgesetzes auf die europäische Einigung von Anfang an eine notwendige, unerlässliche Bedingung dafür, dass es am Ende zu dieser glücklichen Entwicklung gekommen ist.

Frau *Dorothee Wilms*, Bundeministerin für innerdeutsche Beziehungen, hatte in Paris richtigerweise gesagt, dass sie sich eine Wiedervereinigung Deutschlands nur unter einem europäischen Dach vorstellen könne. Danach gab es eine Debatte, ob sie einer nationalstaatlichen Wiedervereinigung einer Absage erteilt habe. Ich habe dann in meiner alemannischen Art gesagt: »Es ist mir wurscht, ob die Deutsche Einheit unter ein nationales oder ein europäisches Dach kommt. Ich nehme jede, die ich kriegen kann. Aber es wird vermutlich nur so sein, dass wir sie mit Zustimmung unserer Partner in Europa bekommen.«

Nun zu einer eher unakademischen Bemerkung meinerseits – es gibt viele Debatten, ob wir nicht am Ende mit unserer Politik der innerdeutschen Beziehungen dazu beigetragen habe, die Wiedervereinigung zeitlich hinauszuschieben und ob wir das SED-Regime damit nicht länger an der Macht gehalten haben. Diese Position wurde von Leuten vertreten, die gar nicht dafür waren, dass es jemals zur Wiedervereinigung kommt.

Ich halte das alles für Unsinn. Der Schlüssel zur Wiederherstellung der staatlichen Einheit Deutschlands und der Wiedervereinigung lag bis 1989 nicht in den Händen der Deutschen. Die deutsche Frage war Teil der weltpolitischen Konfrontation und sie konnte nicht durch die Deutschen allein gelöst werden, weil das immer zu einer weltpolitischen Konfrontation geführt hätte. Immer wenn die Gefahr bestand, dass es zu Verwicklungen komme könnte, die in dem Ost-West-Konflikt zu unabsehbaren Eskalationsmöglichkeiten führen, war es ausgeschlossen und unverantwortbar einzugreifen.

Diese Lektion haben die Deutschen 1953 gelernt. Die Polen und Ungarn haben sie 1956 gelernt. Die Polen haben es dann noch einmal versucht. Dann wurde das Kriegerrecht verhängt. Die Tschechoslowaken haben 1968 diese Lektion gelernt. Ich gebe zu, dass viele von uns an dem Tag, als die Mauer fiel, neben den Tränen der Freude auch die Sorge hatten, ob es gut gehen würde. Im Nachhinein betrachtet, war dieser Moment sehr gefährlich gewesen. Niemand wusste, was im Falle eines Falles passieren würde.

Die Amerikaner hatten die Chance zur Einigung übrigens schon viel früher gesehen als die Europäer. *Vernon Walters* war im April als amerikanischer Botschafter nach Deutschland gekommen. *George Bush sen.* war erst seit Jahresbeginn im Amt und hatte den Ruhestandsbeamten reaktiviert mit dem Argument, dass in Deutschland in diesen Jahren die entscheidende Musik spiele. *Walters* kam nach Deutschland und sagte mir bei seinem Antrittsbesuch im Innenministerium: »In meiner Amtszeit kommt die Wiedervereinigung«. Ich schaute ihn an, ein Herr Anfang siebzig – und ich fragte ihn, wie lange er auf Posten sei und er antwortete mir: »drei Jahre«. Die Wiedervereinigung hat dann noch sechs Monate gedauert. Die Amerikaner haben dies früher verstanden. Sie haben auch den Rückzug aus Afghanistan erkannt. Auch die Absage *Gorbatschows* an die *Breshnewdoktrin*.

*Honecker* konnte den Vierzigsten Jahrestag der DDR noch feiern. Danach ging es schnell und die Menschen in der DDR erkannten, dass die Panzer der Roten Armee nicht eingesetzt werden und auch die Machthaber in der SED begriffen, dass es sinnlos ist, einen Krieg gegen das eigene Volk zu führen. Die SED hat kapituliert und sich dem Prozess gefügt.

Es ging nur dieser unblutige Weg. Wäre Blut geflossen, wäre es dazu nicht gekommen. Der Schlüssel lag in Moskau. Dann war es auch wichtig, dass wir die Zustimmung unserer Partner überall in Europa dafür gewinnen. Deswegen war der Zwei-plus-vier-Prozess eine notwendige Voraussetzung. Manche wollten auch einen Friedensvertrag. Wir haben immer noch keinen Friedensvertrag. Wenn man aber weiß, dass die Mehrzahl unserer Kriegsgegner uns erst in den letzten Monaten vor der Kapitulation im Mai 1945 den Krieg erklärt hat, dann kann man sich ungefähr vorstellen, wie langwierig die Friedensverhandlung geworden wäre.

Es war richtig, den Prozess so zu gestalten – Zwei-plus-vier-Verhandlungen und die Absicherung durch ein KSZE-Treffen, das in Paris bis zum 2. Oktober 1990 stattfand. Der erste Termin bei dem man die staatliche Einheit nach Herstellung der äußeren Voraussetzungen schaffen konnte, war der 3. Oktober 1990. So ist er unser nationaler Feiertag geworden. Ich sage das für alle diejenigen, die glauben, *Helmut Kohl* habe den Tag willkürlich auf den Todestag von *Franz Josef Strauß* gelegt.

Inzwischen fiel die Entscheidung für freie Wahlen in der DDR. Der Termin lag noch nicht fest, man einigte sich auf den 18. März. In der Bundesrepublik entstand dann die Debatte, ob die Wiedervereinigung auf der Grundlage von Artikel 23 oder auf der Grundlage von Artikel 146 erfolgen sollte. Artikel 146 lautete in der Fassung von 1949: »Dieses Grundgesetz verliert seine Gültigkeit an dem Tag, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die vom deutschen Volk in freier Entscheidung beschlossen worden ist.« Also lag es nahe, gemeinsam eine neue Verfassung auszuarbeiten und auf dieser Grundlage einen souveränen deutschen Staat zu bilden. Die Alternative war der Artikel 23 – der Beitritt.

Ich vertrat die Auffassung der Wiedervereinigung auf Grundlage des Artikels 23. Aber letztendlich war es nicht die Entscheidung der Bundesrepublik Deutschland, denn wenn die Menschen in der DDR sich dafür entschieden hätten und wenn sie uns eine Erklärung geschickt hätten, dass sie beitreten, dann wäre die Debatte beendet gewesen. So steht es im Grundgesetz, und jede andere Entscheidung oder Haltung oder Reaktion wäre eindeutig verfassungswidrig gewesen. Also hatten wir es gar nicht zu entscheiden.

Aber falls wir um Rat gefragt worden wären – und man sagt auch heute noch ungefragt seinen Rat, indem man sich öffentlich äußert – hätte ich, wie viele andere auch, für Artikel 23 plädiert, weil wir sonst eine neue Verfassung hätten ausarbeiten müssen. Ich vermute, wir würden heute noch damit beschäftigt sein und hätten darüber die historische Chance verspielt. Am Ende war es eine Frage, die in der freien Wahl am 18. März 1990 in der DDR entschieden wurde. Denn die einen hatten im Wahlkampf ganz klar die schnelle Herstellung der Deutschen Einheit auf der Grundlage von Artikel 23 gefordert. Es gab andere Auffassungen, aber die Mehrheit in der frei gewählten Volkskammer hatte sich schon vor der Wahl programmatisch auf diese schnelle Einheit festgelegt und die große Mehrheit der Menschen in der DDR hatte dafür votiert.

Diejenigen, die die Speerspitze der Bürgerbewegung waren, hatten andere Überlegungen. Sie wollten nicht, dass das Land ausblutet und die Jüngeren und Leistungsstarken das Land verlassen. Deswegen waren die ersten Demonstrationen: »Wir bleiben hier! Wir reformieren unseren Staat, damit man da auch leben kann!« Das war ein legitimes, verdienstvolles Anliegen. Sie wollten die DDR reformieren. Sie hatten sich auch nicht vorstellen können, dass die Wiedervereinigung klappt.

Ich glaube, dass *Gorbatschow* nicht genau wusste, auf was er sich einließ. Trotzdem bleibt es sein historischer Verdienst. Wenn einer den Friedensnobelpreis verdient hat, dann ist es *Gorbatschow*. Auf die Gefahr hin, das eigene Weltreich zu verlieren, zu entscheiden, dass nicht zu Waffengewalt gegriffen wird, das ist friedensnobelpreiswürdig. Dieser Mann hinterlässt einen bleibenden Verdienst nicht nur für Deutschland, sondern für die Geschichte der Menschheit.

Solche geschichtlichen Abläufe vollziehen sich in der Regel nicht geplant. Die große Mehrheit der Menschen in der DDR hatte den Traum, so zu leben, wie sie im Fernsehen vermittelt bekamen, wie man in der Bundesrepublik lebt. Wir haben in den deutsch-deutschen Verhandlungen darüber gerungen haben, mehr Reiseverkehr zuzulassen, und wir waren sehr erfolgreich. Ab 1986 kamen jährlich mehr als 5 Millionen Besucher aus der DDR. Mehr als eine Drittel der Bevölkerung kam jedes Jahr in die Bundesrepublik – nicht nur Rentner.

Die Leute kamen, wenn sie acht Tage in Bonn, Köln oder Frankfurt am Main zu Besuch waren, nicht glücklich und zufrieden in die DDR zurück. Die Unzufriedenheit wuchs. Deswegen war unsere Deutschlandpolitik in den 80er Jahren nicht etwas, was das Regime verlängert hätte. So lange Deutschland geteilt war, wollten wir die Folgen der Teilung für die Menschen in Deutschland lindern und die Mauer, wenn wir sie nicht abschaffen konnten, durchlässig machen. Gerade damit haben wir die Einheit der Nation erhalten und die Legitimität des Regimes in der DDR nicht stabilisiert.

Als sie die Chance der Wiedervereinigung spürten, haben die Bürger der DDR gerufen: »Wir sind ein Volk«. Als *Helmut Kohl* in Dresden ankam, hat er zu *Rudolf Seiters* gesagt: »Seiters, die Birne ist geschält«, was eine pfälzische Ausdrucksweise ist für »die Sache ist gelaufen«.

Wir haben innerhalb der Bundesregierung diskutiert, wenn es zur Wiedervereinigung kommt, dann ist das Innenministerium für die Schaffung einer Überleitungsgesetzgebung zuständig. In der Weihnachtspause habe ich mir angeschaut, wie man es beim Saarbeitritt gemacht hatte. Dieser Fall war aber anders und es gab auch Frankreich und es diente ein Vertrag zwischen Frankreich und Deutschland als Rechtsgrundlage. Und so sind wir auf die Idee gekommen, die Bedingungen für die Herstellung der Einheit vorher zu paktieren. Das ist der Grundgedanke des Einigungsvertrags. Die Alternative wäre gewesen: Beitritt und danach Überleitungsgesetzgebung durch einen gesamtdeutschen Gesetzgeber.

Dann wäre die Bevölkerung der DDR aber nur im Verhältnis zu ihrer Bevölkerungszahl vertreten gewesen. Das Angebot, vorab im Verhältnis 1:1 zu verhandeln – auch wenn eine politische Gleichwertigkeit nicht gegeben war, das wollte auch in der DDR niemand –, sollte ein Stück Sicherheit schaffen, damit die Menschen in der DDR bei ihrer Entscheidung wissen, unter welchen Bedin-

gungen sie beitreten. Das ist der rechtliche Grundgedanke des Einigungsvertrags.

Wir haben darüber nachgedacht, ob dieser Gedanke mit dem Wiedervereinigungsgebot kollidierte. Unsere Überzeugung war: Er ist näher am Grundgesetz und er dient dazu, diesen Prozess zu ermöglichen und zu befördern. Aber deswegen habe ich peinlich darauf geachtet, dass in den Verhandlungen nicht etwa wir, die Bundesrepublik, die Vorschläge machten, wo man von der Rechtsordnung der Bundesrepublik vorübergehend abweichen sollte. Aus dem Verständnis des Grundgesetzes benötigten wir keine Regelungen. Da war alles geregelt. Aber die DDR musste der Demandeur sein und benennen, welche Regelungen zu machen sind.

Daraus ist der komplizierte und komplexe Mechanismus zum Einigungsvertrag entstanden, den ich im Einzelnen nicht rekapitulieren will. Ich möchte nur ein paar Besonderheiten in Erinnerung rufen. Wir haben sehr darauf geachtet, dass wir an Änderungen nur hineingenommen haben, was für den Einigungsvertrag zwingend notwendig war. Wir haben der Versuchung widerstanden, mehr zu wollen – ich war kurzfristig sogar in Versuchung, eine Länderneugliederung in Deutschland zu erreichen. Aber diesen Versuch habe ich schnell aufgegeben, weil es nicht notwendig war und eine Überfrachtung gewesen wäre.

Grundgesetzänderungen in einem Vertrag vorzusehen, der durch Ratifizierung nur insgesamt akzeptiert oder abgelehnt werden kann, ist verfassungsrechtlich keine einfache Sache. Artikel 23 musste man aus dem Grundgesetz herausnehmen. Vielleicht erinnern Sie sich auch noch an den Zeitpunkt der Anerkennung der Oder-Neiße Grenze – eine sehr schwierige Frage. Als mich der amerikanische Außenminister *Baker* darauf im Januar/ Februar ansprach, antwortete ich: Wir machen das, aber im Zusammenhang mit der Wiedervereinigung und nicht vorab, aus einer Reihe von politischen Gründen. Und was ist mit Artikel 23? Den streichen wir im Zuge der Wiedervereinigung. Die Präambel musste geändert werden.

Dann haben wir eine Verfassungsänderung in den Einigungsvertrag aufdringendes Bitten der DDR hineingenommen. Die Regelungen, die wir in der gemeinsamen Erklärung zur Regelung offener Vermögensfragen im Zusammenhang mit der Wirtschafts- und Währungsunion gefasst haben – Grundlage endlosen Streits –, das Verhältnis von Entschädigung und Rückgabe, schienen zweifelhaft und man fragte sich, ob sie verfassungsfest sei. In der Tat haben wir sie durch eine Änderung des Grundgesetzes im Einigungsvertrag verfassungsfest gemacht. Das war der einhellige Wunsch aller Abgeordneten der freigeählten Volkskammer der DDR – es gab nur einen Abgeordneten der Volkskammer, der anderer Meinung war –, weil sonst der soziale Frieden in der

damals noch bestehenden DDR unter keinen Umständen zu erhalten gewesen wäre.

Schwierige Verhandlungen gab es nicht nur zwischen DDR und Bundesrepublik, sondern auch zwischen Regierung und Opposition. Wir waren in einem Wahljahr und der Zeitraum für die Bundestagswahlen ist sehr schmal durch die Regelung des Grundgesetzes und die vorzeitige Bundestagsauflösung. Die politische Lage war schwierig. Wir brauchten eine verfassungsändernde Mehrheit und wir brauchten einen Konsens mit der großen Oppositionspartei, der SPD. Das hat die Verhandlung unglaublich nervenaufreibend gemacht.

Wir haben morgens um 2 Uhr im Innenministerium paraphiert und um 13 Uhr haben wir den Vertrag in Ost-Berlin unterzeichnet. Bis kurz vor Mitternacht habe ich im Kanzleramt mit den Spitzen von Koalition und Opposition im Bundestag und Bundesrat über die letzten noch strittigen Punkte verhandeln müssen. Die Verhandlungsdelegation der DDR musste warten. Unser Hauptstreitpunkt war §218 – der Schutz ungeborenen Lebens. Seitdem bin ich mit meiner Kollegin Frau *Herta Däubler-Gmelin*, damals stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion, in freundschaftlichen Beziehungen verbunden, die für den Rest unseres Lebens unzerstörbar sind.

Wir hatten eine gefestigte Verfassungsrechtsprechung zur Schutzverpflichtung der Ordnung des Grundgesetzes für das ungeborene Leben. Es wäre völlig hoffnungslos gewesen und es wäre nie zu einem Einigungsvertrag gekommen, wenn wir die in der Bundesrepublik geltende Regelung für den Schutz ungeborenen Lebens auf Gesamtdeutschland hätten übertragen wollen. Umgekehrt war es völlig unvorstellbar, eine Regelung zu schaffen, die im Zuge des Einigungsvertrages den Schutz ungeborenen Lebens in der Bundesrepublik abschafft. Die einzige Lösung war, für eine begrenzte Zeit die Regelungen in der DDR bestehen zu lassen. Unter der Geltung des Grundgesetzes war der Schutz ungeborenen Lebens in der DDR bzw. in den neuen Bundesländern nach dem 3. Oktober für einen bestimmten Zeitraum nicht in dem Maße gegeben, wie er verfassungsrechtlich in der Bundesrepublik konkretisiert und durch verfassungsgerichtliche Rechtsprechung judiziert war.

Dies war verfassungsrechtlich keine einfache Frage. Wir haben dann einige Zeit danach eine Neuregelung des Schutzes ungeborenen Lebens durch den gesamtdeutschen Gesetzgeber geschaffen, die wiederum verfassungsgerichtlich überprüft wurde, Bestand hatte und heute überwiegend Konsens in der Gesellschaft gefunden hat. Aber es war mit die schwierigste verfassungsrechtliche Hürde auf diesem Weg.

Ein weiteres Problem war die Kirchensteuer. Kirchensteuerrecht ist Landesrecht. Länder gab es aber in der DDR nicht. Sie sollten erst zum 14. Oktober ins Leben gerufen werden. Von Seiten der evangelischen Kirche in Deutschland ist gesagt worden, die Kirchen in der DDR würden niemals eine Kirchensteuerre-



gelung akzeptieren. Das sei für ihr Verständnis von Staat völlig inakzeptabel. Ohne Kirchensteuern könnten sie aber nicht existieren. Also mussten wir einen Weg finden, Kirchensteuern einzuführen.

Auch dieses Problem haben wir in einer verfassungsgerichtlich nicht zu beanstandenden Weise gelöst. Wir haben im Einigungsvertrag Landesrecht für Länder geschaffen, die es gar nicht gab. Für Juristen ist das ein spannendes Thema.

Das Grundgesetz ist ein Glücksfall geworden, weil es von vornherein so angelegt war, in der fragilen gesellschaftlichen Situation von 1949 Halt zu geben, und weil es gleichzeitig so klug angelegt war, geschichtlichen Entwicklungen Raum zu lassen und vorherzusehen, wie die schrittweise Abgabe staatlicher Souveränität an supranationale europäische Einrichtungen. Der Verfassungsgesetzgeber von 1949 traf eine unglaublich weise und weit reichende Entscheidung.

Und das Grundgesetz war so offen und flexibel, dass wir die Wiedervereinigung auf seiner Basis schaffen konnten. Und es hat zugleich ermöglicht, dass es überhaupt zu einer politischen Entwicklung kommen konnte, die uns Einheit, Frieden und Freiheit ermöglicht hat.

*Johann Wolfgang von Goethe* hat einmal klug gesagt: »Was du ererbst von deinen Vätern, erwirb es, um es zu besitzen.« Die Ökonomen kennen das Gesetz vom abnehmenden Grenznutzen. Auf soziale Einheiten und Politik übertragen heißt es: Alles, was man hat, verliert an relativer Wertschätzung. Deswegen nimmt auch die Wahlbeteiligung ab, seitdem das Recht zu Wählen nicht mehr bestritten ist.

Was du ererbst, erwirb es, um es zu besitzen: Wenn wir glauben, wir hätten das Geschenk der rechtlich gefassten Freiheit so sicher, dass uns nichts mehr passieren kann, wäre das die größte Gefahr. Wenn wir glauben, die Einheit sei vollendet, wäre das Geschenk leicht verspielt. Deswegen müssen wir solche Jubiläumsdaten zum Anlass nehmen, dankbar und freudig zu sagen: »Mensch, ist das gut gelungen!« Zugleich sollten wir uns aber vornehmen, alles zu tun, dass wir die Einheit auch für die Zukunft bewahren.

Ich habe schon darauf hingewiesen, ohne den Weg der europäischen Einigung wäre die deutsche Wiedervereinigung nicht möglich gewesen. Diesen Weg müssen wir fortsetzen. Herzlichen Dank.



## Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung – Die Pflege des verfassungsrechtlichen »Quellcodes« durch das Bundesverfassungsgericht\*

### I. Die Jubiläumsfrage: Hat sich das Grundgesetz bewährt?

#### 1. Mögliche Erfolgsindikatoren

Ist unsere Verfassung in guter Verfassung und wie steht es mit der Institution, die letztverbindlich über ihre Einhaltung wacht, dem Bundesverfassungsgericht? 60 Jahre Grundgesetz sind ein guter Anlass, beiden Fragen nachzugehen. Wie misst man aber den Erfolg einer Verfassung und der Arbeit eines Verfassungsgerichts? Soll man auf die Akzeptanz in der Bevölkerung und unter den politischen Organen abstellen, die bekanntlich außerordentlich hoch ist?<sup>1</sup> Oder wäre eine Analyse der bislang 54 Gesetze zur Änderung des Grundgesetzes<sup>2</sup> aufschlussreicher? Man könnte auch die Gerichtsstatistik des Bundesverfas-

---

\* Für die wertvolle Unterstützung bei der Erarbeitung des Vortrags danke ich meinem wissenschaftlichen Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht, Herrn Richter am Sozialgericht Dr. Michael Hornig.

1 Nach einer aktuellen Allensbach-Umfrage finden 82 % der Befragten in Westdeutschland (1955: 30 %; 1972: 52 %) und 58 % der Befragten im Osten Deutschlands das Grundgesetz »im Großen und Ganzen gut«. 22 % der Befragten im Westen sprachen sich für ein neues, zeitgemäßeres Grundgesetz aus, hingegen jedoch eine knappe Mehrheit von 41 % der Befragten im Osten Deutschlands (zitiert nach *Thomas Petersen*, Erfolgsgeschichte Bundesrepublik, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 28. Januar 2009, [www.faz.net](http://www.faz.net)). Nach einer Umfrage von infratest dimap ([www.infratest-dimap.de](http://www.infratest-dimap.de)) vom März 2009 haben 76 % der wahlberechtigten Bevölkerung sehr großes oder großes Vertrauen in das Bundesverfassungsgericht; Bundesregierung und Bundestag liegen hier lediglich bei knapp 50 %. Die »Shell Jugendstudie 2006« dokumentiert bei einer Befragung von Jugendlichen im Alter zwischen 15 bis 25 Jahren für das Bundesverfassungsgericht ebenfalls einen Spitzenplatz als einer Organisation, der »großes Vertrauen entgegengebracht wird«. Aus der Literatur vgl. ferner *Hans Vorländer/André Brodocz*, Das Vertrauen in das Bundesverfassungsgericht, in: H. Vorländer (Hrsg.), Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit, 2006, S. 259 ff. Eine empirische Aufarbeitung der Thematik findet sich ferner bei *Oliver Lembcke*, Über das Ansehen des Bundesverfassungsgerichts. Ansichten und Meinungen in der Öffentlichkeit 1951–2001, 2006.

2 Stand 19.03.2009.

sungsgerichts heranziehen und z. B. darauf verweisen, dass bisher<sup>3</sup> mehr als 169.000 Verfassungsbeschwerden erhoben wurden, über die letzten Jahrzehnte aber immer nur ca. 2,5 % der Beschwerden erfolgreich waren und überhaupt nur insgesamt 611 Einzelnormen und Gesetze<sup>4</sup> ganz oder teilweise als verfassungswidrig beanstandet wurden. Denkbar wäre ferner, den erreichten Grad der Konstitutionalisierung der eigenen Rechtsordnung zu untersuchen<sup>5</sup> oder die vielfältige Rezeption des Grundgesetzes bzw. der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch die Verfassungsgerichte anderer Staaten.<sup>6</sup> Wir sehen: Das Spektrum möglicher Ansätze ist weitläufig und zahlreiche Indizien sprechen dafür, dass die Kombination aus Grundgesetz und Bundesverfassungsgericht ein Erfolgsmodell darstellt.<sup>7</sup> Der tiefere Grund für diesen Erfolg und mögliche Gefährdungslagen sind damit aber noch nicht benannt. Aufschluss verspricht hier ein Blick auf drei zentrale Voraussetzungen der Funktionsfähigkeit der Verfassung und ihre Pflege durch das Bundesverfassungsgericht.

## 2. Ein Blick hinter die Kulissen: der verfassungsrechtliche »Quellcode«

Ungeachtet verschiedener Typologien von Verfassungsfunktionen besteht über die Aufgaben einer Verfassung heute im Kern weitgehend Einigkeit. Neben ihrer Ordnungs-, Leitbild-, Kontroll- und Schutzfunktion dient die Verfassung vor allem der Bildung und Erhaltung staatlicher Einheit.<sup>8</sup> Damit die Verfassung

3 Bundesverfassungsgericht (Hrsg.), Jahresstatistik 2008, S. 1. Sie umfasst den Zeitraum vom 7.9.1951 bis zum 31.12.2008. Die offizielle Jahresstatistik 2008 des Bundesverfassungsgerichts vom Februar 2009 ist verfügbar unter [www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/statistik\\_2008.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/statistik_2008.html).

4 Stand 31. Dezember 2008; nach einer Addition aller beanstandeten Bundes- (436) und Ländergesetze (175); vgl. Bundesverfassungsgericht (Hrsg.), Jahresstatistik 2008, S. 28.

5 Übersichtlich *Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, S. 9 ff.

6 Allgemein zur internationalen verfassungsrechtlichen Rezeption und zum Grundgesetz als Referenzmodell *Klaus Stern*, Ausstrahlungswirkung des Grundgesetzes auf ausländische Verfassungen, in: Bundesministerium des Innern (Hrsg.), *Bewährung und Herausforderung. Die Verfassung vor der Zukunft*, 2001, S. 249 ff. m.w.N.

7 Statt vieler vgl. zuletzt *Paul Kirchhof*, Das Grundgesetz – ein oft verkannter Glücksfall, in: DVBl. 2009, S. 541 ff.; *Thomas Oppermann*, Deutschland in guter Verfassung? – 60 Jahre Grundgesetz, in: JZ 2009, S. 481 ff.; *Michael Sachs*, Das Grundgesetz in seinem sechsten Jahrzehnt, in: NJW 2009, S. 1441 ff.; *Helge Sodan*, Kontinuität und Wandel im Verfassungsrecht, in: NVwZ 2009, S. 545 ff.

8 Vgl. *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, § 3 III, S. 78 ff.; *Dieter Grimm*, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, in: ders., Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 315 ff., 321 ff.; *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 19 ff.; *Andreas Voßkuhle*, Verfassungsstil und Verfassungsfunktion, in: AöR 119 (1994), S. 35 ff., 46 ff.

diesen Funktionen dauerhaft gerecht werden kann, muss sie jenseits ihrer materiellen Einzelaussagen mindestens drei Eigenschaften erfüllen: Sie muss *stabil* sein, sie muss *offen* sein für Entwicklungen in der Zukunft und sie muss die Dynamik gesellschaftlicher und politischer Prozesse aufnehmen und angemessen verarbeiten können. Diesen dritten Aspekt möchte ich mit »*Vielfalts-sicherung*« umschreiben. Erst das fein abgestimmte Zusammenspiel dieser drei teilweise gegenläufigen Parameter schafft jene »relative Konstanz« einer Verfassung, die der Dienstbarmachung für die Ziele und Interessen temporärer Mehrheiten eine Absage erteilt, ohne sich dem Bedürfnis nach Anpassung an die Erfordernisse der Zeit zu verschließen,<sup>9</sup> und die gleichzeitig ein produktives Zusammenspiel staatlicher wie gesellschaftlicher Akteure fördert. In Anlehnung an die Rhetorik der digitalisierten Welt könnte man auch vom »Quellcode«<sup>10</sup> des Grundgesetzes sprechen, der unabdingbar ist, um ein ausführbares Programm zu erzeugen, dessen Kenntnis aber auch notwendig ist, um das Programm den jeweiligen Anforderungen anzupassen und ggf. fortzuschreiben.

### 3. Jede Verfassung ist nur so gut wie ihre Interpreten

Eine tragende Rolle bei der Bewahrung und Fortschreibung des »Quellcodes« kommt neben dem verfassungsändernden Gesetzgeber dem Bundesverfassungsgericht zu.<sup>11</sup> Das Gericht steht zwar nicht, wie seine paternalistische und zumindest terminologisch missverständliche Selbstcharakterisierung als »oberster Hüter der Verfassung«<sup>12</sup> leicht suggeriert,<sup>13</sup> über dem positiven Verfassungsgesetz, sondern unterliegt denselben verfassungsrechtlichen Bindungen wie alle anderen Organe der öffentlichen Gewalt. Als letztverbindlicher Interpret des Grundgesetzes erschöpft sich seine Aufgabe aber nicht in der Entscheidung der dort enumerativ aufgezählten Verfassungsstreitigkeiten,<sup>14</sup> sondern ihm ist gleichzeitig in besonderer Weise die Pflege der Verfassung insge-

9 So *Andreas Voßkuhle*, Verfassungsstil und Verfassungsfunktion, in: AöR 119 (1994), S. 35 ff., 59.

10 Darunter versteht man den für Menschen lesbaren, in Programmiersprache geschriebenen Text eines Computerprogramms; vgl. <http://de.wiktionary.org/wiki/Quelltext>.

11 Vgl. auch *Gunnar Folke Schuppert*, Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht, in: AöR 120 (1995), S. 34 ff., 88; *Peter Lerche*, Stil und Methode der verfassungsrechtlichen Entscheidungspraxis, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, 2001, S. 333 ff., 342 ff.

12 Vgl. BVerfGE 1, 184 (195 ff.); 1, 396 (408 f.); 2, 124 (131); 6, 300 (304); 40, 88 (93). Aus der jüngeren Literatur vgl. nur *Oliver Lembcke*, Hüter der Verfassung, 2007.

13 Kritisch gegenüber einer solchen Terminologie *Andreas Voßkuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. III, 5. Aufl. 2005, Art. 93 Rn. 18 m.w.N.

14 Vgl. insbesondere Art. 93 GG, einen zusammenfassenden Katalog enthält auch § 13 BVerfGG; dazu *Ernst Benda/Eckart Klein*, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. 2001, Rn. 344 ff.

samt anvertraut.<sup>15</sup> Wie aber pflegt man als Gericht eine Verfassung oder genauer: den verfassungsrechtlichen Quellcode?

## II. Wie pflegt das Bundesverfassungsgericht den verfassungsrechtlichen Quellcode?

### 1. Stabilität

Betrachten wir zunächst den Parameter der Stabilität. Als »der ruhende Pol des Ganzen«<sup>16</sup> soll die Verfassung ein Stück zeitlose Kontinuität verkörpern.<sup>17</sup> Sie ist insofern dazu bestimmt, »altes Recht zu werden«<sup>18</sup> und als »Kompass« eine verlässliche Orientierung im dynamischen Prozess der gesellschaftlichen und politischen Entwicklung zu ermöglichen.

Stabilität ist vor allem dort erforderlich, wo es um die identitätsstiftenden inhaltlichen Kernaussagen der Verfassung geht. Im Mittelpunkt stehen hier die Grundrechte und die Staatsstrukturprinzipien (Demokratie, Bundesstaat, Sozialstaat, Rechtsstaat<sup>19</sup>), die nicht von ungefähr über die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG der Änderung durch den Gesetzgeber entzogen sind.<sup>20</sup> Zusammen ergeben Grundrechtsteil und Staatsstrukturprinzipien den unverfügbaren Identitätskern der Verfassung. Während sich organisationsrechtliche Regelungen in weiten Teilen an der Funktionstauglichkeit eines effektiven Staatsapparates orientieren und insofern schon von Natur aus – bei Funkti-

15 *Lerche*, Stil und Methode (Fn. 11), S. 336, spricht in diesem Zusammenhang von »ein(em) Stück verfassungsgewollter Kompetenz-Kompetenz«.

16 *Stern*, Staatsrecht (Fn. 8), S. VIII.

17 *Voßkuhle*, Verfassungsstil (Fn. 9), S. 52.

18 *Niklas Luhmann*, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, *Rechtshistorisches Journal* 1990, S. 176 ff., 183.

19 *Shuppert*, Rigidität (Fn. 11), S. 75 f., differenziert in diesem Zusammenhang weiter aus, indem er allein das Rechtsstaatsprinzip als ein »Stabilität vermittelndes Bollwerk« bezeichnet und den anderen Strukturprinzipien ein hohes Maß an Dynamik beimisst.

20 Ob Art. 79 Abs. 3 GG auch die Grundrechte mit umfasst, ist umstritten. Jedenfalls ein Mindestniveau des Grundrechtsschutzes und damit ein Kern(-bestand) an Grundrechten dürfte über Art. 1 Abs. 1 und 2 GG sowie die Grundrechtsbindung des Art. 1 Abs. 3 GG garantiert sein; in diese Richtung auch *Horst Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz*, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 79, Rn. 32 (»Garantie eines Mindestbestandes an Grundrechten«); *Dietrich Murswiek*, Zu den Grenzen der Abänderbarkeit von Grundrechten, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), *HGR*, Bd. II, 2006, § 28 Rn. 60 ff., 70 ff.; ablehnend dagegen *Michael Sachs*, in: ders. (Hrsg.), *GG*, 5. Aufl. 2009, Art. 79, Rn. 51. Aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung vgl. BVerfGE 94, 49 (103 f.) (Asylgrundrecht); 109, 279 (310) (»Lauschangriff«).

onsdefiziten – eher änderbar erscheinen,<sup>21</sup> verhält sich dies bei den materiellen Aussagen zum Verhältnis zwischen dem Einzelnen und dem Staat anders: Ihre Aufnahme in die Verfassung basiert auf Grunderkenntnissen und Überzeugungen, die im geschichtlichen Entwicklungsprozess gewonnen wurden, auf deren festen Bestand sich der Einzelne verlassen darf und die nicht mehr in Zweifel gezogen werden.<sup>22</sup> Mit seinen rhetorisch schlichten, aber prägnanten und universell anerkannten Aussagen über die Würde des Menschen, über Freiheit und Gleichheit bietet das Grundgesetz übergeordnete Orientierungspunkte in einer ansonsten zunehmend auch rechtlich unsicher(er) gewordenen Welt.

Dabei stößt man aber auf eine Paradoxie: Aufgrund des direkten Zusammenhanges zwischen der Genauigkeit einer Verfassung und ihrer Änderungsbedürftigkeit kann Stabilität im materiellen Bereich nur über offene Normstrukturen,<sup>23</sup> also mit elastischen, sprachlich weit gefassten Formulierungen erreicht werden, die verhindern, dass der Verfassungstext häufig im Wege der Grundgesetzänderung an die sich wandelnde Lebenswirklichkeit angepasst werden muss. Damit die Weite des Verfassungstextes aber nicht in beliebige und folglich ihrerseits destabilisierende Verfassungsinterpretationen im Einzelfall umschlägt, bedarf es der Entwicklung tragfähiger und verlässlicher dogmatischer Strukturen.<sup>24</sup>

Das kann nur durch eine langfristig angelegte, kontinuierliche Verfassungsrechtsprechung mit klarer Zielrichtung gelingen, die nicht ausschließlich auf das konkrete Ergebnis schaut. Nach außen kommt dieses Bemühen des Bundesverfassungsgerichts um dogmatische Kontinuität<sup>25</sup> etwa durch häufige Selbstzitate, die ausdrückliche Bezugnahme auf frühere Entscheidungen und vergleichsweise wenige explizite Rechtsprechungsänderungen<sup>26</sup> zum Ausdruck. Die

---

21 Vgl. auch *Dieter Grimm*, Das Grundgesetz nach 50 Jahren, in: ders., *Die Verfassung und die Politik*, 2001, S. 295 ff., 314 f.

22 So *Voßkuhle*, *Verfassungsstil* (Fn. 9), S. 53; ähnlich auch *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung*, in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, 1991, S. 29 ff., 50 f.; *Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke*, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, 2000, S. 33 f.

23 Vgl. z. B. *Lerche*, *Stil und Methode* (Fn. 11), S. 342 ff., 347 f.; *Brun-Otto Bryde*, *Verfassungsentwicklung*, 1982, S. 80 ff.

24 Zur Aufgabe der Verfassungsrechtsdogmatik als »geltungsrechtliche Gebrauchswissenschaft« vgl. *Matthias Jestaedt*, *Die Verfassung hinter der Verfassung*, 2009, S. 29 ff. m.w.N.

25 *Lerche*, *Stil und Methode* (Fn. 11), S. 335, spricht von einem »prinzipiellen (nicht überscharfen) Kontinuitätsanspruch«, mit dem sich die Verfassungsgerichtsbarkeit konfrontiert sieht.

26 Vgl. z. B. BVerfGE 85, 264 (285 f., 314 f.) (Parteienfinanzierung; ausdrückliche Abweichungen insbesondere von BVerfGE 73, 40); 99, 1 (8 ff.) (Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG bei Wahlen); 107, 395 (401) (Anhörungsrüge); aus der jüngeren Judikatur z. B. BVerfG,

Fortbildung des verfassungsrechtlichen Kontrollmaßstabs geschieht eher durch dogmatische Anbauten und Feinjustierungen, mitunter auch verdeckt, selten jedoch durch demonstrativen Abbruch des Altbestandes.<sup>27</sup>

Auch einzelne rhetorisch aufgeladene Formulierungen dienen der Vermittlung von Kontinuität.<sup>28</sup> Zu denken ist hier etwa an die »Objektformel« im Zusammenhang mit dem Schutz der Menschenwürde,<sup>29</sup> die »schlechthin konstituierende Bedeutung der Meinungsfreiheit für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung«<sup>30</sup>, die frühere Rede vom »Menschenbild des Grundgesetzes«<sup>31</sup> oder die Formel von der »verfassungsmäßigen Wertordnung«<sup>32</sup>.

Noch wichtiger – wenngleich auch deutlich schwieriger – erscheint es freilich, tagespolitische Präferenzen nicht auf dogmatische Entwicklungslinien durchschlagen zu lassen. Ein schönes Lehrstück für Kontinuität bietet hier die eher liberale Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Versammlungs-

---

Beschluss vom 4. Februar 2009 – 1 BvL 8/05 – (Tauglichkeit des Stückzahlmaßstabes für die Spielgerätebesteuerung angesichts technischer Entwicklungen; Abgrenzung zu BVerfGE 14, 76; 31, 8). Allgemein dazu *Georg Seyfarth*, Die Änderung der Rechtsprechung durch das Bundesverfassungsgericht, 1998; *Thomas Lundmark*, Stare decisis vor dem Bundesverfassungsgericht, in: *Rechtstheorie* 28 (1997), S. 315 ff. Für eine Präjudizienbindung dagegen *Martin Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 286 ff.; *Michael Sachs*, Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen, 1977; *Michael Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, 1997, S. 434 f.

- 27 So erkannte das BVerfG zwar im Plenumsbeschluss zur Anhörungsrüge unter ausdrücklicher Aufgabe seiner bisherigen Auffassung den verfassungsrechtlichen Anspruch auf Überprüfung der behaupteten Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch ein (Fach-) Gericht an (BVerfGE 107, 395 (401)), begründete seine Auffassung jedoch gleichzeitig mit der kontinuierlichen Fortschreibung seiner ausdifferenzierten Dogmatik zur Garantie des effektiven Individualrechtsschutzes, vgl. BVerfGE 107, 395 (401 ff.).
- 28 So auch *Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, S. 74.
- 29 Danach darf der Mensch nicht zum »bloßen Objekt der Staatsgewalt herabgewürdigt werden«, vgl. BVerfGE 27, 1 (6); 45, 187 (227 f.); 96, 375 (399); 109, 133 (150); 109, 279 (311 f.). Die Objektformel geht auf einen Aufsatz von *Günter Dürig* (Der Grundsatz von der Menschenwürde, in: *AöR* 81 [1956], S. 117 [127]) zurück, zur Kritik vgl. nur *Horst Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz*, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 1, Rn. 53 m.w.N.; *Wolfram Höfling*, in: *M. Sachs* (Hrsg.), *GG*, 5. Aufl. 2009, Art. 1, Rn. 15 ff. m.w.N.
- 30 Aus BVerfGE 7, 198 (208) (Lüth); später auch für die Presse- (BVerfGE 10, 118 (121) – Lebach) und ebenso für die Rundfunkfreiheit (BVerfGE 59, 231 (266); 77, 65 (74)); zur Meinungsfreiheit erneut BVerfGE 20, 56 (97) (Parteienfinanzierung); 25, 44 (56); 32, 230 (247); 33, 1 (15) (Strafgefangene); 42, 133 (139) (Wahlwerbung); 93, 266 (292 f.) (»Soldaten sind Mörder«); BVerfG, Beschluss vom 24. März 2001 – 1 BvQ 13/01, NJW 2001, S. 2069 f.; BVerfG, Urteil vom 12. März 2008 – 2 BvF 4/03, NVwZ 2008, S. 658 ff., 664. In BVerfGE 5, 85 (134) (KPD-Verbot) hieß es noch, die Meinungsfreiheit sei »ohne Frage« eines der »vornehmsten Rechtsgüter jeder freiheitlichen Demokratie«.
- 31 Aus BVerfGE 4, 7 (15 f.) (Investitionshilfe). Zur Entwicklung und heutigen Bedeutung dieser rhetorischen Figur vgl. zuletzt überzeugend *Christian Bumke*, Menschenbilder des Rechts, in: *JöR* 57 (2009), S. 125, 137 ff.
- 32 BVerfGE 6, 32 (41) (Elfes).

freiheit. Während in den 1980er Jahren über die Zulässigkeit und die Rahmenbedingungen von Demonstrationen der aufkommenden Friedens- und Umweltbewegung entschieden werden musste,<sup>33</sup> ist der Erste Senat seit den 1990er Jahren verstärkt mit den Verboten rechtsextremer Aufmärsche beschäftigt.<sup>34</sup> Zu einer dogmatischen Kurskorrektur innerhalb seiner Rechtsprechung ist es gleichwohl und trotz heftigen Widerstands einiger Instanzgerichte<sup>35</sup> nicht gekommen.

Ebenfalls durch hohe Kontinuität gekennzeichnet ist etwa die Rechtsprechung des Gerichts zur Gewährleistung eines lückenlosen und effektiven Individualrechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG),<sup>36</sup> die sich vom politischen Geist der zahlreichen Beschleunigungs- und Vereinfachungsnovellen, die der Gesetzgeber in den letzten beiden Jahrzehnten auf den Weg gebracht hat, nicht hat infizieren lassen.<sup>37</sup> So betont das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung, dass der Zugang zu einem fachgerichtlich eröffneten Instanzenzug nicht in unzumutbarer und durch Sachgründe nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden darf.<sup>38</sup> In diesem Sinne ist das Effektivitätsgebot kein zusätzliches, ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Art. 19 Abs. 4 GG, sondern integraler Bestandteil des Rechtsschutzes.<sup>39</sup>

33 Vgl. BVerfGE 69, 315 (Brokdorf), dazu auch *Christoph Gusy*, Lehrbuch der Versammlungsfreiheit, in: JuS 1986, S. 608 ff.; vgl. auch BVerfGE 73, 206 (Sitzblockade I); 92, 1 (Sitzblockade II).

34 Vgl. BVerfGE 84, 203 (Republikaner); 111, 147 (Synagogenbau – NPD-Demonstration).

35 Vgl. beispielsweise OVG NRW, Beschluss vom 7.11.2008 – 5 B 1668/08 – (dazu *BVerfG*, Beschluss vom 7.11.2008 – 1 BvQ 43/08 –, EuGRZ 2008, S. 769 ff.); OVG NRW, Beschluss vom 9.11.2004 – 5 A 880/03 – (dazu *BVerfG*, Beschluss vom 19.12.2007 – 1 BvR 2793/04 –, NVwZ 2008, S. 671 ff.); OVG NRW, Beschluss vom 30.11.2007 – 5 B 1940/07 – (dazu *BVerfG*, Beschluss vom 1.12.2007 – 1 BvR 3041/07 –); OVG NRW, Beschluss vom 8.6.2006 – 5 B 839/06 – (dazu BVerfGK 8, 195 ff.); OVG NRW, Beschluss vom 27.1.2006 – 5 B 138/06 – (dazu BVerfGK 7, 229 ff.); *Niedersächs. OVG*, Beschluss vom 24.1.2006 – 11 ME 20/06 – (dazu BVerfGK 7, 221 ff.); *BayVGH*, Beschluss vom 10.8.2005 – 24 CS 05.2053 –, BayVBl. 2005, S. 755 ff. (dazu *BVerfG*, Beschluss vom 16.8.2005 – 1 BvQ 25/05 –, NJW 2005, S. 1262 f.).

36 Vgl. BVerfGE 58, 1 (40) (Art. 19 Abs. 4 GG als »Grundsatznorm für die gesamte Rechtsordnung«).

37 Vgl. z.B. BVerfGE 94, 166 (206 f.) (Rechtsschutz von Asylbewerbern im Flughafenverfahren); 96, 27 (39); in diesem Zusammenhang ist auch die Rechtsprechung zu den Anforderungen an die Begründung einer Rechtsmittelzulassung zu nennen, vgl. z. B. aus der jüngeren Kammerrechtsprechung *BVerfG*, Beschluss vom 21.1.2009 – 1 BvR 2524/06 –, juris; *BVerfG*, Beschluss vom 11.2.2008 – 2 BvR 2575/07 –, juris; *BVerfG*, Beschluss vom 26.3.2007 – 1 BvR 2228/02 –, NVwZ-RR 2008, S. 1 f.; dies gilt auch für die fachgerichtliche Auslegung und Anwendung der Zulassungsgründe selbst, vgl. *BVerfG*, Beschluss vom 24.1.2007 – 1 BvR 382/05 –, NVwZ 2007, S. 805 f. Der mögliche Zugang zu den Gerichten darf auch nicht aufgrund der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit faktisch versperrt sein, vgl. BVerfGE 50, 217 (231); 81, 347 (356 f.); BVerfGK 6, 53 ff.

38 Vgl. BVerfGE 77, 275 (284); 78, 88 (99); 84, 366 (369 f.); 104, 220 (232).

39 So *Hartmut Maurer*, Rechtsstaatliches Prozessrecht, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Verfassungsgericht, Bd. II, 2001, S. 467 ff., 487.



## 2. Zukunftsoffenheit

Um angesichts einer unbekannteren Zukunft nicht zu einer starren realitätsfernen Größe zu verkümmern, muss die Verfassung auch in der Lage sein, auf neue Herausforderungen (zeit-)angemessen zu reagieren; mit anderen Worten, sie muss zukunfts offen und flexibel sein. Die Verfassung ist insofern nicht nur etwas »Gegebenes«, sondern zugleich etwas »Aufgegebenes, aufgegeben zur Fortentwicklung«. <sup>40</sup> Vor diesem Hintergrund erweist sich die Zukunftsfähigkeit einer Verfassung auch daran, dass sie den gesellschaftlichen Wandel aktiv begleitet und mit der Verfassungswirklichkeit Schritt hält.

Jenseits der Verfassungsänderung durch den (verfassungsändernden) Gesetzgeber kommt insbesondere dem Bundesverfassungsgericht die Aufgabe zu, die Verfassung im Wege der Verfassungsinterpretation fortzuentwickeln. <sup>41</sup> Das bekannte Schlagwort des »stillen Verfassungswandels« verschleiert diesen Vorgang eher, als dass es ihn erhellt. Denn durch Interpretation ändert sich nicht der normative Gehalt einer Verfassung, sondern die (bisherige) Konkretisierung einer bis zu einem gewissen Grad offenen Verfassungsnorm wird durch eine andere Konkretisierung des letztverbindlich entscheidenden Verfassungsinterpretation ersetzt oder ergänzt. <sup>42</sup> Die schlichte Ersetzung der bisherigen Interpretation einer Verfassungsnorm durch eine andere trägt aber zunächst einmal noch nicht zur Pflege der Zukunftsoffenheit der Verfassung bei, sondern ist eher die Folge eines offenen Normprogramms. Dementsprechend sind die Strategien des Bundesverfassungsgerichts zur Pflege des Parameters »Zukunftsoffenheit« auch deutlich subtiler. Vier Strategien möchte ich näher beleuchten:

### a) Die »Erfindung« neuer »offener« Grundrechte

Die erste Strategie könnte man etwas überspitzt umschreiben mit: »Erfindung« neuer Grundrechte. Seit seinem Bestehen ist das Bundesverfassungsgericht immer wieder mit Gefährdungslagen für die individuelle Freiheit des Einzelnen konfrontiert worden, die von den Müttern und Vätern des Grundgesetzes so nicht vorhergesehen werden konnten. So stellte das Bundesverfassungsgericht angesichts der neuartigen Möglichkeiten moderner Datenerhebung und -ver-

<sup>40</sup> Wolfgang Hoffmann-Riem, *Modernisierung von Recht und Justiz*, 2001, S. 171.

<sup>41</sup> Nach *Lerke Osterloh*, *Freiheit und Wertordnung*, in: Bundesministerium des Innern (Hrsg.), *Bewährung und Herausforderung. Die Verfassung vor der Zukunft*, 1999, S. 79 ff., 82, ist die Frage nach verfassungsgerechten Freiheiten und verfassungsgerechten Pflichten als ein Problem des rechten Maßes jeweils zu einem bestimmten Zeitpunkt und jeweils für eine konkrete Situation in demokratisch und rechtsstaatlich geordneten Verfahren stets neu zu bearbeiten und zu lösen.

<sup>42</sup> So *Andreas Voßkuhle*, *Gibt es und wozu nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel?*, in: R. Wahl (Hrsg.), *Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation*, 2008, S. 201 ff., 209.



arbeitung mit jederzeitiger Verfügbarkeit, beliebiger Transferier- und grenzenloser Kombinierbarkeit persönlicher Daten in seinem Volkszählungsurteil aus dem Jahre 1983 fest: »Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Information in bestimmten Bereichen der sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden.«<sup>43</sup> Dementsprechend gebe es »kein belangloses Datum« mehr.<sup>44</sup> Statt nun einfach das Volkszählungsgesetz unter Hinweis auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG für verfassungswidrig zu erklären, kreierte das Verfassungsgericht unter Rückgriff auf wissenschaftliche Vorarbeiten von *Podlech*<sup>45</sup> ein »neues« Grundrecht: das »Recht auf informationelle Selbstbestimmung«. Grundlage dieser »Anpassung des Normprogramms«<sup>46</sup> war die frühere, auf die Rechtsprechung des BGH<sup>47</sup> zurückgehende Erkenntnis<sup>48</sup> des Gerichts, dass Art. 2 Abs. 1 GG neben den »benannten« Freiheitsgarantien auch »unbenannte«<sup>49</sup> Grundrechtsgehalte gewährleistet, die sich zu einem eigenständigen Grundrecht des Schutzes der Persönlichkeit und der freien Entfaltung der Persönlichkeit ausformen.<sup>50</sup> Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützt mit den Worten des Ersten Senats »die Befugnis, selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden.«<sup>51</sup>

Diese Formulierung diente nicht nur als Obersatz bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung des Volkszählungsgesetzes, sie war und ist ihrerseits auch

43 BVerfGE 65, 1 (43).

44 BVerfGE 65, 1 (45).

45 *Adalbert Podlech*, Das Recht auf Privatheit, in: J. Perels (Hrsg.), Grundrechte als Fundament der Demokratie, 1979, S. 50 ff., 55; *ders.*, Art. 2 Abs. 1, in: AK-GG I, 1. Aufl. 1984, Rn. 45: »Nur wer mit einer hinreichend sicheren Prognose überschauen kann, welche ihn betreffenden Informationen in bestimmten Sektoren seiner sozialen Umwelt bekannt sind, konkret, nur wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner über sich selbst in etwa abschätzen kann, ist in der Lage, Handlungen in die Zukunft hinein aus eigener Selbstbestimmung zu planen und zu entscheiden.« Näher zu den Hintergründen *Anna-Bettina Kaiser*, Die Kommunikation der Verwaltung, 2009, S. 184 f.

46 So *Friedhelm Hufen*, Schutz der Persönlichkeit und Recht auf informationelle Selbstbestimmung, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Verfassungsgericht, Bd. II, 2001, S. 105 ff., 120.

47 Vgl. z. B. BGHZ 13, 334 (337); BGH, NJW 1965, S. 685 (Soraya).

48 Vgl. BVerfGE 27, 1 (6) (Mikrozensus); 32, 373 (378) (Arztkartei); 33, 367 (376) (Sozialarbeiter); 34, 238 (245) (Verwertungsverbot heimlicher Tonbandaufnahmen); 34, 269 (281 f.) (Soraya); 47, 46 (73) (Sexualkundeunterricht); 49, 286 (298) (Transsexuelle); 54, 148 (153) (Beweislastverteilung bei ehrverletzenden Äußerungen); 56, 37 (41 ff.) (Selbstbezeichnung); 63, 131 (142 f.) (Gegendarstellung).

49 Zu dieser Terminologie vgl. BVerfGE 54, 148 (153); 79, 256 (268).

50 Vgl. *Friedhelm Hufen*, Schutz der Persönlichkeit (Fn. 46), S. 105, 110.

51 BVerfGE 65, 1 (41 f.).

offen für weitere Interpretationen. So stellte das Gericht später etwa fest, dass auch der Zugang zu persönlichen Informationen – z.B. bei Eintragungen in das Bundeszentralregister,<sup>52</sup> in Patientenakten<sup>53</sup> oder im Wege einer gewünschten Akteneinsicht<sup>54</sup> – vom informationellen Selbstbestimmungsrecht umfasst ist.<sup>55</sup> Begleitend zum Abwehrgehalt entwickelte es ferner aus dem Gedanken des Grundrechtsschutzes durch Verfahren als positive Kehrseite des neuen Grundrechts weitergehende Anhörungs-, Beratungs- und Informationsrechte der Betroffenen.<sup>56</sup>

Die Anschlussfähigkeit und Offenheit seiner eigenen (grundrechtserweiternden) Rechtsprechung zeigt sich einmal mehr in der jüngsten Neuschöpfung des Bundesverfassungsgerichts: dem »Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme«. Diese neue Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts geht über die bisherigen Schutzverbürgungen hinaus und bewahrt den persönlichen und privaten Lebensbereich des Grundrechtsträgers im Bereich der Informationstechnik auch insoweit vor staatlichem Zugriff, als auf das informationstechnische System insgesamt zugegriffen wird und nicht nur auf einzelne Kommunikationsvorgänge oder gespeicherte Daten.<sup>57</sup> Besonderen Schutz genießen demnach Informationssysteme, die allein oder in ihren technischen Vernetzungen personenbezogene Daten des Betroffenen in einem Umfang oder in einer Vielfalt enthalten können, dass ein Zugriff auf das System es ermöglicht, einen Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung einer Person zu gewinnen oder gar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit zu erhalten.<sup>58</sup> In dieser Interpretation ergänzen Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG insbesondere den von Art. 13 Abs. 1 GG ge-

52 *BVerfG*, Beschluss vom 17.7.1991 – 2 BvR 1570/89 –, CR 1992, S. 693.

53 Vgl. *BVerfGK* 7, 168 ff.; dazu auch *BVerfGK* 8, 183 ff. (Patientendaten eines Strafgefangenen).

54 Vgl. *BVerfG*, Beschluss vom 18.3.2009 – 2 BvR 8/08 –, *BVerfG*, Beschluss vom 24.9.2002 – 2 BvR 742/02 –, NJW 2003, S. 501 ff. (Auskünfte aus Verfahrensakten und Akteneinsicht).

55 Weitere Beispiele aus der (jüngeren) verfassungsgerichtlichen Judikatur vgl. *BVerfGE* 120, 378 ff. (Kfz-Kennzeichenerfassung); *BVerfG*, Beschluss vom 25.8.2008 – 1 BvR 3255/07 –, NJW 2008, S. 1435 ff. (Pflicht zur Veröffentlichung der Vorstandsvergütungen der gesetzlichen Krankenkassen); *BVerfGE* 117, 202 ff. (Vaterschaftsfeststellung); *BVerfGE* 103, 21 ff. (»genetischer Fingerabdruck«); dazu auch *Walter Frenz*, Informationelle Selbstbestimmung im Spiegel des *BVerfG*, in: DVBl. 2009, S. 333 ff. m.w.N.

56 Vgl. nur *Friedhelm Hufen*, Schutz der Persönlichkeit (Fn. 46), S. 118; zum Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung vgl. aus der jüngeren Literatur nur *Friedrich Schoch*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, in: Jura 2008, S. 352 ff.

57 *BVerfGE* 120, 274 (313).

58 *BVerfGE* 120, 274 (314). Geschützt ist demnach zunächst das Interesse des Nutzers, dass die von einem vom Schutzbereich erfassten informationstechnischen System erzeugten, verarbeiteten und gespeicherten Daten vertraulich bleiben.

schützten real-räumlichen um einen virtuell-informationstechnischen Bereich freier Persönlichkeitsentfaltung.<sup>59</sup>

Wie bereits beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung löst sich das Gericht in gewissem Umfang vom konkreten Fall und entwickelt ausgehend von typischen Gefährdungssituationen ein eigenständiges abstrakt-generelles Normprogramm, das seinerseits materielle Konkretisierungsspielräume für die Zukunft aufweist. Diese Vorgehensweise unterscheidet sich z.B. grundlegend von der des U.S. Supreme Court. Im anglo-amerikanischen Case-Law ist die normative Aussage eines Präjudizes nur in ihrer Sachverhaltsbezogenheit erkennbar. Die Ermittlung der Präjudizienbindung (*doctrine of stare decisis*) anhand eines bestimmten Sachverhalts strukturiert die gesamte Argumentation, indem sie über das »distinguishing« normative Freiräume schafft oder schließt.<sup>60</sup> Wie an den beiden Beispielen zu sehen ist, sind für das Bundesverfassungsgericht neue Fälle dagegen unter bestimmten Voraussetzungen auch Anlass zur abstrakten Ergänzung des Normprogramms, wenngleich es sich in der Regel darauf beschränkt, neue Sachverhalte unter die (irgendwann) zuvor selbst konturierte Norm zu »subsumieren«.

b) Flexible dogmatische Figuren mit hohem Entwicklungspotential

Die zweite Strategie des Gerichts zur Pflege der Zukunftsoffenheit der Verfassung ist mit der ersten eng verwandt und besteht in der Kreation dogmatischer Figuren und Institute, die keinen Fallbezug aufweisen und sich durch ein hohes Entwicklungspotential auszeichnen.

Das sicherlich eindrucksvollste Beispiel und für manche der Sündenfall in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schlechthin findet sich im »Lüth«-Urteil<sup>61</sup> aus dem Jahr 1958.<sup>62</sup> Dort knüpfte das Gericht bekanntlich an verfassungstheoretische Überlegungen aus der Weimarer Zeit<sup>63</sup> an, wonach Grundrechte nicht allein subjektive Abwehrrechte gegenüber dem Staat sind,

59 So *Dietrich Murswiek*, in: M. Sachs (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2009, Art. 2, Rn. 73c. Zu den vom Bundesverfassungsgericht selbst näher identifizierten Schutzlücken vgl. BVerfGE 120, 274 (312 ff.).

60 So *Oliver Lepsius*, Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, S. 319 ff., 321 f., der am Beispiel des Normbegriffes prägnant und aufschlussreich das deutsche Rechtsdenken dem amerikanischen gegenüberstellt.

61 BVerfGE 7, 198.

62 Anschaulich *Rainer Wahl*, Lüth und die Folgen, in: T. Henne/A. Riedlinger (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus rechts-historischer Sicht, 2005, S. 371 ff.: Er spricht von der »spektakulärsten Neuerung des deutschen Staatsrechts nach 1945« (S. 373).

63 Hierzu *Rudolf Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, S. 119 ff. Vgl. auch *Stefan Ruppert*, Geschlossene Wertordnung? Zur Grundrechtstheorie Rudolf Smends, in: T. Henne/A. Riedlinger (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005, S. 327 ff., 341 ff.

sondern als Teile einer objektiven Wertordnung bzw. – zurückhaltender – als Elemente objektiver Ordnung<sup>64</sup> zugleich objektive Prinzipien (aus-)bilden, die der gesamten Rechtsordnung Maß und Richtung geben.<sup>65</sup> Hinter dieser Ausweitung des Grundrechtsschutzes steht die Überlegung, dass der Gebrauch der meisten Grundrechte angesichts der fortschreitenden Vergesellschaftung nicht mehr aufgrund der natürlichen Handlungsfreiheit des Einzelnen möglich ist, sondern – (schutz-)bereichsbezogen – in einem bedeutenden Maß auch von staatlichen oder gesellschaftlichen Vorleistungen abhängt.<sup>66</sup>

Diese auch als Ausstrahlungswirkung bezeichnete objektive Komponente des Grundrechtsschutzes hatte zur Folge, dass die Grundrechte aus der Perspektive des Staates im Sinne einer Multifunktionalität nicht nur eine Begrenzungs-, sondern auch eine Aufforderungswirkung entfalten.<sup>67</sup> Plakativ und vereinfachend gesprochen, findet Freiheitsschutz seit dem Lüth-Urteil nicht nur gegenüber dem Staat, sondern auch durch den Staat statt. Aufgrund der »innigen Verschränkung beider Grundrechtsdimensionen«<sup>68</sup> begannen sich auch die Akzente des Grundrechtsschutzes zu verschieben. Neben der »klassischen« Beschränkung des Staates zum Schutz grundrechtlicher Freiheiten erstreckte sich der Grundrechtsschutz beispielsweise durch Anerkennung einer (mittelbaren) Drittwirkung auch darauf, gegenläufige, aber grundrechtsgeschützte Belange Privater in ein beiden Seiten angemessen Rechnung tragendes Verhältnis zu bringen.<sup>69</sup> Weitere Bedeutungsgelände liegen in grundrechtlichen Verfahrensgarantien sowie in Einrichtungsgarantien bzw. institutionellen Aspekten.

Als wahrscheinlich prominenteste Ausprägung der objektiven Grundrechtsdimension und echter »Exportschlager« gilt die grundrechtliche Begründung staatlicher Schutzpflichten. Am Beispiel der Fristenlösung zum Schwangerschaftsabbruch arbeitete das Bundesverfassungsgericht heraus,<sup>70</sup> dass den Staat unter Beachtung des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit

64 *Wahl*, Lüth (Fn. 62), S. 380 f.

65 Vgl. *Grimm*, Grundgesetz nach 50 Jahren (Fn. 21), S. 307; so auch geradezu appellierend bereits *Adolf Arndt*, Das nicht erfüllte Grundgesetz, 1960, S. 21 f.

66 So *Dieter Grimm*, Das Grundgesetz nach vierzig Jahren, in: ders., Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl. 1994, S. 374 ff., 384.

67 *Grimm*, Grundgesetz nach 50 Jahren (Fn. 21), S. 308.

68 So *Osterloh*, Freiheit und Wertordnung (Fn. 41), S. 80.

69 Statt vieler vgl. *Matthias Ruffert*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht, in: JZ 2009, S. 389 ff. m.w.N.

70 *Thomas Vesting*, Prozedurales Rundfunkrecht, 1997, S. 104 f., geht allerdings davon aus, dass das Verfassungsgericht die Schutzpflicht am Beispiel des Schwangerschaftsabbruchs in einem »eher untypischen Kontext ... entdeckt hat« und verortet die Figur verfassungs- und gesellschaftsgeschichtlich stärker in der Auseinandersetzung mit dem Gefährdungspotential der Atomtechnologie.

(Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG)<sup>71</sup> die Pflicht treffe, sich schützend und fördernd vor das Leben zu stellen und es auch vor rechtswidrigen Eingriffen durch Andere zu bewahren.<sup>72</sup> Dieser Gedanke ließ sich auch auf neuartige Gefährdungskonstellationen übertragen, etwa den Schutz des Lebens gegen terroristische Bedrohung,<sup>73</sup> gegenüber den Gefahren der atomaren<sup>74</sup> und elektromagnetischen<sup>75</sup> Technologien, gegenüber Flug- und Straßenverkehrslärm<sup>76</sup> sowie gegenüber der chemischen Verseuchung und Schädigung von Luft und Wald.<sup>77</sup>

Eine Verletzung der staatlichen Schutzpflicht wurde aber in allen zuletzt genannten Beispielen verneint. Der Gefahr, durch neue entwicklungs offene dogmatische Figuren die »Büchse der Pandora« zu öffnen, ist sich das Gericht durchaus bewusst. Deshalb hat es etwa bei der Entwicklung des Schutzpflichtgedankens hohe Anforderungen an eine Verletzung der grundrechtlichen Schutzpflicht formuliert und den Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers betont.<sup>78</sup> Auf diese Weise schafft es sich selbst flexible Reaktionsmöglichkeiten für neue Fallkonstellationen.

Die objektive Dimension der Grundrechte ist nicht das einzige Beispiel für eine entwicklungs offene dogmatische Figur. Erinnert sei hier nur an den im Zusammenhang mit Art. 19 Abs. 4 GG und dem rechtsstaatlichen Justizgewährleistungsanspruch entwickelten Grundsatz »effektiven Rechtsschutzes«, demzufolge eine »tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle«<sup>79</sup> in allen zur Verfügung gestellten Instanzen gewährleistet sein muss. Aus diesem Grundsatz

71 Nachdem die Schutzpflichten entsprechend der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus den objektiven Wertentscheidungen des jeweils betroffenen Grundrechts folgen, aktivierte es die dogmatische Figur der Schutzpflicht – außerhalb des Art. 2 Abs. 2 GG – etwa auch für das Gegendarstellungsrecht in BVerfGE 73, 118 (201), für die Presse in BVerfGE 80, 124 (133), für das Recht der Kenntnis von der eigenen Abstammung in BVerfGE 96, 56 (64) oder für das Arbeitsrecht beispielsweise in BVerfGE 92, 26 (46); 97, 169 (175).

72 Vgl. BVerfGE 39, 1 (42) (Fristenlösung); 88, 203, (251 ff.) (Indikationslösung).

73 BVerfGE 46, 160 (164) (Schleyer); 49, 24 (53) (Kontaktsperre-Gesetz); in diesem Zusammenhang auch BVerfGE 115, 118 (152 f., 159 f.) (Luftsicherheitsgesetz); 115, 320 (346 f.) (Rasterfahndung).

74 BVerfGE 49, 89 (140 ff.) (Kalkar I); 53, 30 (57 ff., 65 f.) (Mülheim-Kärlich); in diesem Zusammenhang ist auch der C-Waffen-Beschluss zu nennen, vgl. BVerfGE 77, 170 (214 f.).

75 BVerfG, NJW 1997, S. 2509.

76 BVerfGE 56, 54 (73 f.) (Fluglärm); 79, 174 (201 f.) (Straßenverkehrslärm).

77 BVerfG, NJW 1996, S. 651 f. (Boden-Ozon).

78 Die Kontrolldichte des BVerfG beschränkt sich regelmäßig auf eine Evidenzkontrolle offensichtlich Grundrechtsverletzungen, vgl. beispielsweise BVerfGE 77, 170 (215) (C-Waffen-Beschluss), oder auf das sog. Untermaßverbot, vgl. BVerfGE 88, 203 (254) (Schwangerschaftsabbruch – Indikationslösung). Aus der Literatur vgl. z.B. *Christian Calliess*, Schutzpflichten, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), HGR, Bd. II, 2006, § 44 Rn. 6; *Matthias Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie, 2005. Aus der jüngeren Rechtsprechung vgl. ferner BVerfGE 115, 118 (159 f.) (Luftsicherheitsgesetz).

79 BVerfGE 35, 263 (274), st. Rspr. Aus jüngerer Zeit z.B. BVerfGE 101, 106 (122); 104, 220 (231 f.); 107, 395 (401); 108, 341 (347).

wurden im Laufe der Zeit vielfältige Anforderungen an das gerichtliche Verfahren entwickelt in Bezug auf Verfahrensdauer,<sup>80</sup> Vollständigkeit der Nachprüfung,<sup>81</sup> Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit der Entscheidungen<sup>82</sup> sowie in Bezug auf Regelungen des einstweiligen Rechtsschutzes.<sup>83</sup>

Schließlich darf im Zusammenhang mit der Entwicklung flexibler dogmatischer Figuren auch der Hinweis auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bzw. auf das Übermaßverbot nicht fehlen, die so nicht im Grundgesetz stehen und deren maßgebliche Ausprägung auf das Apothekenurteil zurückgeht.<sup>84</sup> Beim Grundsatz der Verhältnismäßigkeit handelt es sich um das wichtigste Element der verfassungsgerichtlichen Kontrolle von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung,<sup>85</sup> womit das Bundesverfassungsgericht eine strenge Bindung seiner Judikatur an rationale Entscheidungsstrukturen proklamiert.

### c) Sondervoten

Eine dritte Strategie des Bundesverfassungsgerichts zur Pflege der Zukunftsoffenheit bietet die Möglichkeit der Abgabe von Sondervoten.<sup>86</sup> Anders als bei allen anderen Gerichten in Deutschland können einzelne Richter, die sich mit ihrer Auffassung in der Senatsberatung nicht durchsetzen konnten, ihre abweichende Meinung zu der Entscheidung (dissenting opinion) oder zu deren Begründung (concurring opinion) schriftlich niederlegen und der Mehrheitsentscheidung beifügen. Durch die Veröffentlichung der abweichenden Meinung findet eine Durchbrechung des Grundsatzes statt, wonach Entscheidungen eines

80 Vgl. etwa BVerfGE 93, 1 (13).

81 Z.B. BVerfGE 101, 106 (123); 101, 397 (407); 103, 142 (156); zur Zulässigkeit von Präklusionsvorschriften vgl. BVerfGE 61, 82 (109 ff.); BVerfG, Beschluss vom 27.12.1999 – 1 BvR 1746/97 –, NVwZ 2000, S. 546 ff.; zur gerichtlichen Kontrolldichte bei exekutivem Ermessen z. B. BVerfGE 103, 142 (156); 101, 106 (123 f.).

82 Vgl. z. B. BVerfGE 101, 106 (123 f.); 107, 395 (401).

83 Vgl. BVerfGE 49, 220 (226); 77, 275 (284); BVerfGK 1, 201 (204); aus der jüngeren Kammerrechtsprechung BVerfG, Beschluss vom 24.3.2009 – 2 BvR 2347/08 –, juris Rn. 8 ff. Allgemein auch Michael Sachs, in: ders. (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2009, Art. 19, Rn. 143 ff. m.w.N.; Helmut Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 19 Abs. 4, Rn. 80 f., 94 ff., 106 ff. m.w.N.; Maurer, Rechtsstaatliches Prozeßrecht (Fn. 39), S. 487 f.

84 Vgl. BVerfGE 7, 377 (399 ff.). Die dort entwickelte Stufentheorie wurde vom Bundesverfassungsgericht rückblickend als »das Ergebnis strikter Anwendung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit bei den vom Gemeinwohl her gebotenen Eingriffen« qualifiziert, vgl. BVerfGE 13, 97 (104).

85 So Bernhard Schlink, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, 2001, S. 445 ff., 445; grundlegend Peter Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1999 (1961).

86 Vgl. § 30 Abs. 2 BVerfGG; die Einzelheiten regelt § 56 GO-BVerfG.

(Kollegial-)Gerichts nach geheimer Beratung und mit einheitlicher Begründung ergehen.<sup>87</sup>

Standen zunächst die Stellung des einzelnen Richters und seine Herauslösung aus der Anonymität der jeweiligen Entscheidung hinter der gesetzgeberischen Entscheidung zur Einführung des Sondervotums, so tritt heute immer stärker auch der zukunftsgerichtete Beitrag abweichender Meinungen zur Fortentwicklung des Verfassungsrechts in den Vordergrund. Zudem gewinnt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Streitfragen an Transparenz und lassen Sondervoten in konkreten Einzelfragen auch die Relativität und Zeitgebundenheit von (Verfassungs-)Recht und der Vorstellung von Gerechtigkeit erkennen.<sup>88</sup>

Zwar kündigt sich in Sondervoten nicht immer die neue Verfassungshorizonte aufreißende und die Verfassungsinterpretation voranbringende »Meinung von morgen« an,<sup>89</sup> man sollte die Bedeutung bestimmter Sondervoten für eine spätere Fortschreibung oder gar Änderung der Rechtsprechung aber nicht zu gering schätzen. Denn die Offenlegung verschiedener Ansichten und Begründungen macht deutlich, dass die gerichtliche Entscheidung zwar für das konkrete Verfahren das letzte Wort darstellt,<sup>90</sup> nicht aber zwingend für die dahinterstehende Auslegung der Verfassung.<sup>91</sup> Augenscheinlich wird dies beispielsweise am Sondervotum des Richters *Böckenförde* im Anschluss an die Ent-

87 Vgl. hierzu *Gerd Roellecke*, Sondervoten, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, 2001, S. 363 ff., 365 ff. Seit 1971 – dem Jahr der gesetzlichen Einführung des Sondervotums – machten Richter des Verfassungsgerichts in ca. 8 % aller Senatsentscheidungen von der Abgabe eines Sondervotums Gebrauch (Stand: 31.12.2008). Von 1.969 in der amtlichen Sammlung veröffentlichten Senatsentscheidungen enthielten 142 ein Sondervotum; vgl. Bundesverfassungsgericht (Hrsg.), Jahresstatistik 2008, S. 12. Statistisch aufbereitet (Stand 1982) hat die Sondervoten des Bundesverfassungsgerichts *Karl-Heinz Millgramm*, Separate Opinion und Sondervotum in der Rechtsprechung des Supreme Court of the United States und des Bundesverfassungsgerichts, 1985, S. 86 ff., 163 ff. Vgl. ferner *Rolf Lamprecht*, Richter contra Richter, 1992.

88 So schon *Wolfgang Heyde*, Dissenting Opinions in der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, in: JöR 19 (1970), S. 201 ff., 217; insgesamt skeptisch und kritisch allerdings *Roellecke*, Sondervoten (Fn. 87), S. 378 ff., der Sondervoten als »Relikte aus einer vormodernen Organisation der Rechtsprechung« bezeichnet, die – weil ohne wirklich relevante Funktion – heute weder schaden noch nützen (S. 380 f.).

89 *Ernst Benda/Eckart Klein*, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl. 2001, Rn. 317.

90 Vor diesem Hintergrund geht die von *Josef Isensee*, Bundesverfassungsgericht – quo vadis?, in: JZ 1996, S. 1085 ff., 1087, geäußerte Befürchtung der Delegitimation der Entscheidung durch das Sondervotum fehl. Ein Autoritätsverlust der Entscheidung ist durch das Sondervotum nicht zu befürchten, so auch *Klaus Schlaich/Stefan Koriath*, Das Bundesverfassungsgericht, 7. Aufl. 2007, Rn. 51.

91 Vgl. *Willi Geiger*, in: FS für Martin Hirsch, 1981, S. 455 ff., 461; auf die über den Einzelfall hinausreichende Bedeutung von Sondervoten für die Verfassungsdogmatik weist auch *Doris Hennecke*, in: D.C. Umbach/T. Clemens/E.-W. Dollinger (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2005, § 30 Rn. 20, hin.



scheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Parteienfinanzierung.<sup>92</sup> Nur sechs Jahre nach seiner ersten Entscheidung beurteilte das Gericht die steuerliche Begünstigung von Parteispenden durch Körperschaften mit Blick auf das Recht des Bürgers auf gleiche Teilhabe an der politischen Willensbildung unter Abweichung von seiner bisherigen Rechtsprechung und ausdrücklicher Bezugnahme auf das Sondervotum als verfassungswidrig.<sup>93</sup>

d) Obiter dicta

In ihrem Beitrag zur (Verfassungs-)Rechtsfortbildung ebenfalls nicht zu unterschätzen sind – bei gebotener Zurückhaltung – die in inhaltlicher Nähe zu den Sondervoten befindlichen obiter dicta, mit denen das Bundesverfassungsgericht rechtliche Ausführungen über den jeweiligen Verfahrensgegenstand des konkreten Falles hinaus<sup>94</sup> vornimmt. Ein bekanntes Beispiel hierfür ist die klare Aussage des Bundesverfassungsgerichts anlässlich seiner Entscheidung zur Indikationslösung des Schwangerschaftsabbruchs, wonach das Dasein eines Kindes rechtlich keinesfalls als Schaden zu qualifizieren sei.<sup>95</sup>

### 3. Vielfaltssicherung

Damit können wir uns dem dritten Parameter des grundgesetzlichen »Quellcodes« zuwenden, dessen Pflege sich das Bundesverfassungsgericht zur Aufgabe gemacht hat: der Vielfaltssicherung. Der Gedanke der Vielfaltssicherung ist ein Kind der Aufklärung, des Pragmatismus<sup>96</sup> und nicht zuletzt der Demokratie.<sup>97</sup> Auch die moderne Evolutionsbiologie darf im Jahr des 200. Geburtstag von *Charles Darwin* als Patin nicht unerwähnt bleiben.

92 BVerfGE 73, 40 (103).

93 BVerfGE 85, 264 (314 f.).

94 Vgl. zur Bedeutung BVerfGE 96, 375 (404); 96, 409 (410).

95 So BVerfGE 88, 203 (296) (Indikationslösung). Diese Aussage, die für das eigentliche Normenkontrollverfahren ohne Belang war, bezog sich auf die damalige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Haftung von Ärzten für ungewollte Schwangerschaften. Im Anschluss an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sah sich der Bundesgerichtshof vor dem Hintergrund der vom Bundesverfassungsgericht zitierten Menschenwürde zur Anpassung seiner Rechtsprechung veranlasst, vgl. BGHZ 129, 178.

96 Zu dieser Strömung in der US-amerikanischen Philosophie vgl. nur die grundlegende Arbeit von *Joachim Lege*, *Pragmatismus und Jurisprudenz*, 1999.

97 Der Gedanke der Vielfaltssicherung weist Bezüge zur Pluralismuskonzeption auf (klassisch: *Ernst Fraenkel*, *Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie*, 1964, vgl. ferner nur *Helmut Quaritsch*, *Zur Entstehung der Theorie des Pluralismus*, in: *Der Staat* 19 [1980], S. 37 ff.; *Markus Thelen*, *Demokratie, Grundkonsens und politischer Pluralismus*, 1997), geht aber darüber hinaus, da die Pluralismuskonzeption vor allem um die Erfassung und Verarbeitung des Verbände- und Parteienstaats kreist, so zu



Statt auf Einsicht, Konsensbereitschaft, Wahrhaftigkeit und Vorstellungen materieller Gerechtigkeit setzt die regulative Idee der Vielfaltssicherung auf prozedurale Rationalität, auf die Erhaltung einer Pluralität von Handlungsoptionen, die Kompatibilisierung von Dissensen, die Ermöglichung von Durchlässigkeit verschiedener Sprachspiele füreinander und die Gewährleistung des Wandels durch Konstruktion von »Unterbrechern« gegenüber sich selbst verstärkenden Diskursen.<sup>98</sup>

Vielfaltssicherung meint folglich im vorliegenden Kontext nicht nur Offenheit für neue Entwicklungen, sondern zielt auf die dauerhafte Gewährleistung eines produktiven Zusammenspiels staatlicher und gesellschaftlicher Akteure im Sinne eines permanenten gemeinsamen Lernprozesses, wobei das Bundesverfassungsgericht selbst aktiv an dem Spiel – auch in der Rolle des Lernenden – beteiligt ist. Das macht die Lage kompliziert. Einerseits ist dem Bundesverfassungsgericht aufgegeben, die in der Verfassung selbst angelegten Vielfaltsgebote aktiv zur Entfaltung zu bringen,<sup>99</sup> gleichzeitig soll es aber das Gemeinwesen vor einer Überkonstitutionalisierung bewahren, die jede Form von Politik im Keim erstickt und das Problemlösungspotential der Gesellschaft nicht hinreichend zur Entfaltung kommen lässt. Nun wird aber gerade das Bundesverfassungsgericht für die verfassungsrechtliche Überformung aller Lebensbereiche maßgeblich verantwortlich gemacht.<sup>100</sup>

Einen – wenn auch nicht den einzigen – Ausweg aus diesem Dilemma bietet die Entwicklung zumeist ungeschriebener organisatorischer und verfahrensrechtlicher (Vielfalts-)Sicherungen aus einzelnen Grundgesetzgehalten. Verfahren und Organisation(en) geben in diesem Zusammenhang einen Bewegungsrahmen für vielfältige Interaktionen vor.<sup>101</sup>

---

treffend *Anna Leisner-Egensperger*, Vielfalt – ein Begriff des Öffentlichen Rechts, 2004, S. 32–43. Vielschichtiger ist das Konzept des Pluralismus aber entfaltet bei *Peter Häberle*, Die Verfassung des Pluralismus, 1980.

98 So *Karl-Heinz Ladeur*, »Prozedurale Rationalität«, in: *ZfRSoz* 7 (1986), S. 265 ff. (273).

99 Überblick bei *Leisner-Egensperger*, Vielfalt (Fn. 97), S. 44 ff. Vgl. ferner nur *Ulrich R. Haltern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Mißtrauen, 1998, S. 151 ff. m.w.N. Grundlegend zu pluralistischen Theorien der Verfassungsgerichtsbarkeit *Peter Häberle*, Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft, in: ders., Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft, 1980, S. 55 ff., sowie *Ingwer Ebsen*, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, 1985.

100 Zur alten Sorge vor dem verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat vgl. nur *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl. 1981, S. 401 f.; ders., Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 159 ff., 189 ff., sowie der Überblick über die Diskussion bei *Shu-Perng Hwang*, Verfassungsgerichtlicher Jurisdiktionsstaat?, 2005, S. 17 ff. m.w.N.

101 So *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Grundrechte als Organisations- und Verfahrensgarantien, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), HGR, Bd. II, 2006, § 45 Rn. 34, wengleich dieser die Organisations- und Verfahrensgehalte nicht aus den jeweiligen materiellen Grundrechten

a) Vielfaltssicherung durch Organisation

Die verfassungsgerichtliche Formalisierung organisationsrechtlicher Fragestellungen wird vom Bundesverfassungsgericht insbesondere<sup>102</sup> in den weiten Bereichen mittelbarer staatlicher, staatsferner und staatsfreier (Selbst-)Verwaltung betont, indem es unter anderem mit Blick auf grundrechtliche Gewährleistungen<sup>103</sup> die verfassungsrechtlichen Bedingungen bestimmter Freiheitsverbürgungen organisatorisch vorstrukturiert, ohne gleichzeitig Einfluss auf die Entscheidung für ein konkretes, einziges Organisationsmodell zu nehmen. Prominente Beispiele hierfür sind an erster Stelle die Organisation des Rundfunks<sup>104</sup> sowie der Hochschulen<sup>105</sup> und Schulen, aber auch der politischen Parteien.<sup>106</sup>

b) Vielfaltssicherung durch Verfahren

Das Bundesverfassungsgericht delegiert die grundgesetzliche Entscheidungsverantwortung zum Zweck der Vielfaltssicherung jedoch nicht nur organisatorisch, sondern auch mit Blick auf Verfahrensfragen. Dies erfolgt beispielsweise<sup>107</sup> durch die Begründung verfassungsunmittelbarer Richtervorbehalte zur verfahrensrechtlichen Absicherung von Freiheitsverbürgungen bei Online-Durchsuchungen<sup>108</sup> sowie im Strafprozess durch die besondere prozedurale Sicherung

---

herleitet, sondern eigenständige prozedural-dogmatische Teildogmatiken entwickelt, vgl. *ders.*, a.a.O., Rn. 35 ff.

102 Aber nicht nur, wie z. B. die Pflicht zur Organisation des Richterdienstes (Bereitschaftsdienst) zeigt, um dem verfassungsrechtlichen Richtervorbehalt im Rahmen des Art. 13 GG zu genügen; vgl. BVerfGE 103, 142 (152).

103 Mit den vorrangigen objektiv-rechtlichen Zielen der Grundrechtsausgestaltung, -förderung, -effektuierung, -wahrnehmung und -realisierung.

104 Bei der Rundfunkfreiheit kommt verstärkend hinzu, dass die Staatsfreiheit sogar grundrechtlich geboten ist; vgl. aus der Rechtsprechung BVerfGE 12, 205 (Deutschland-Fernsehen); 35, 202 (Lebach); 57, 295 (saarländisches Rundfunkgesetz); 73, 118 (Privatfunk); 83, 238 (332 f.) (duale Rundfunkordnung); 87, 181 (Werbeverbot Drittes Fernsehprogramm); 90, 60 (96 ff.) (Rundfunkgebührenstaatsvertrag); 95, 220 (Landesmedienanstalt); 97, 228 (Kurzberichterstattung); 107, 299 (Fernmeldegeheimnis der Rundfunkanstalten); vgl. dazu auch *Vesting*, Prozedurales Rundfunkrecht (Fn. 70), S. 150 ff.

105 Vgl. BVerfGE 15, 256 (universitäre Selbstverwaltung); 35, 79 (114 ff.) (Hochschul-Urteil, Gruppen-Universität); 85, 360 (384 f.); 88, 129 (136 f.); 94, 268 (285 f.) (wissenschaftliches Personal); 95, 193 (209 f.); 111, 333 (353 ff.) (leistungsorientierte Verteilung von Mitteln, Evaluation, Hochschulrat). Aus der Literatur *Hans-Heinrich Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 281 ff.

106 In diesem Zusammenhang gilt auch bereits der ausdrückliche verfassungsrechtliche Gesetzgebungsauftrag des Art. 21 Abs. 3 GG. Vgl. zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit Blick auf die Parteienfinanzierung BVerfGE 20, 56 (56 ff.) (Parteienfinanzierung I); 85, 264 (287 ff.) (Parteienfinanzierung II).

107 Allgemein zur grundrechtsschützenden und -effektivierenden Bedeutung der Ausgestaltung von Entscheidungsverfahren BVerfGE 53, 30 (57 ff.).

108 Vgl. aus der jüngeren Judikatur BVerfGE 120, 274 (326 ff., 331) (Online-Durchsuchung).

der Grundrechte des Beschuldigten bei längerfristiger Observation.<sup>109</sup> Häufig verknüpft das Verfassungsgericht die damit bezweckte Effektivierung des Grundrechtsschutzes eines speziellen Freiheitsrechts<sup>110</sup> mit der – gleichsam als Kehrseite auftretenden – Frage der prozedural zu sichernden Effektivität des Rechtsschutzes und fordert in diesem Zusammenhang zusätzliche verfahrensrechtliche Sicherungen ein.<sup>111</sup>

### III. Die angemessene Zuordnung der drei Parameter

Alle drei hier näher beleuchteten Parameter stehen in einem gewissen Spannungsverhältnis. Das macht die Pflege des verfassungsrechtlichen Quellcodes für das Bundesverfassungsgericht zur eigentlichen Herausforderung. Soll die Stabilität der Verfassung stärker betont werden oder verlangen ihre eingangs genannten Funktionen mehr nach entwicklungsöffener Dynamik oder nach vielfaltssichernden Arrangements?

Ausgehen müssen wird man von der Erkenntnis, dass keinem der drei Parameter eine Vorrangstellung zukommt. Auch existiert kein starres Beziehungsgeflecht zwischen ihnen. Ziel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss es deshalb sein, abstrahiert von dem einzelnen zu entscheidenden Verfahren eine *jeweils angemessene* Zuordnung dieser Parameter anzustreben. Stabilität darf nicht zum Hindernis werden, wenn Bewegung und Fortschreiten aufgegeben sind. Andererseits darf das Bemühen um Zukunftsoffenheit nicht die stabilisierende Wirkung einer verbindlichen Fixierung aufheben.<sup>112</sup> Gleichzeitig gilt es, vielfaltsverengenden Tendenzen entgegenzutreten

109 Vgl. BVerfGE 112, 304 (318 f.); zur Durchsuchung, Sicherstellung und Beschlagnahme von Datenträgern BVerfGE 113, 29 (57 ff.).

110 In diese Richtung geht auch das Gebot »vertrauensvoller Kooperation« zwischen Polizei und Veranstalter/Demonstranten im Bereich der Versammlungsfreiheit (vgl. BVerfGE 69, 315 (355) – Brokdorf), wenngleich es für den Veranstalter nicht den Charakter einer Rechtspflicht einnimmt, wenn er sich der Kooperation verschließt, vgl. *Christian Bumke/Andreas Voßkuhle*, Casebook Verfassungsrecht, 5. Aufl. 2007, S. 175. Mit Blick auf Indizierungsverfahren in Kollision mit der Kunstfreiheit aus Art. 4 Abs. 3 GG vgl. BVerfGE 83, 130 (149 ff.).

111 Vgl. zu ergänzenden Dokumentationspflichten BVerfGE 112, 304 (320); zur Frage möglicher Beweisverwertungsverbote BVerfGE 113, 29 (61). Vgl. in diesem Zusammenhang auch für die Insolvenzverwalterbestellung *BVerfG*, Beschluss vom 3.8.2004 – 1 BvR 135/00, 1 BvR 1086/00 – (juris Rn. 29 ff., 37). Vor diesem Hintergrund werden beispielsweise im Rahmen des Art. 12 GG für berufsqualifizierende Prüfungsverfahren besondere Sorgfaltsstandards gefordert, vgl. BVerfGE 52, 380 (388); 84, 34 (45 f.); 84, 59 (72 ff.); zu den Zulassungsbeschränkungen einer Hochschule BVerfGE 85, 36 (54).

112 Angelehnt an *Hesse*, Grundzüge (Fn. 8), Rn. 37.

und das Grundgesetz bzw. dessen Interpretation für die Dynamik der gesellschaftlichen und politischen Prozesse offen zu halten.

Letztlich hängt die angemessene Zuordnung der drei Parameter aber von dem Judiz der einzelnen Richterinnen und Richtern des Gerichts ab, von ihrem Gespür für Entwicklungen, ihrer Erfahrung, ihrem Wissen um die eigene Aufgabe und vor allem von ihrer Bereitschaft, mit den anderen Mitgliedern des Senats immer wieder in ein intensives Gespräch einzutreten. Diese Erkenntnis mag dogmatisch unbefriedigend sein, sie ist aber dem Umstand geschuldet, dass Verfassungsrechtsprechung Menschenwerk ist und sich nicht vollständig determinieren lässt. Blickt man auf die letzten 58 Jahre der Rechtsprechungstätigkeit des Gerichts zurück, dann sollte uns dieser Umstand nicht zu sehr beunruhigen.

## Demokratie ohne Volksabstimmung: das Grundgesetz

### I. Angst vor dem Volke?

»Cave canem!« Vorsicht, bissiger Hund! – so warnt im Parlamentarischen Rat der Abgeordnete *Theodor Heuss* (FDP), der ein Jahr später zum ersten Bundespräsidenten der Bundesrepublik Deutschland gewählt werden soll.<sup>1</sup> Der bissige Hund, den er meint, ist das Volk, wenn es das feste Gehege der repräsentativ-demokratischen Institutionen verläßt und seine ungebärdige Willensmacht unvermittelt zur Geltung bringt. Die konträre Position formuliert in den Beratungen des Grundgesetzes der Abgeordnete *Heinz Renner* (KPD): bei den Gegnern des Plebiszits walte »hysterische Angst vor der direkten Form des Eingreifens des Volkes«; es mangle an Vertrauen zum demokratischen Gedanken, zur Kraft der Demokratie.<sup>2</sup>

*Heuss* repräsentiert die Mehrheit des Parlamentarischen Rates. Sein Votum stützt das Grundgesetz, wie es der Parlamentarische Rat beschließt und wie es bis heute gilt: als Verfassung einer Demokratie, der die direkten Sachentscheidungen des Volkes prinzipiell fremd sind. *Renner* aber gibt der verfassungspolitischen Opposition die Formel, die sich heutzutage geradezu als Totschlagargument erweist: wer sich der Einführung des Plebiszits widersetzt, hat Angst vor dem Volk und weckt Zweifel an seiner demokratischen Gesinnung. In der verfassungspolitischen Debatte sind die Skeptiker gegenüber der unmittelbaren Demokratie in die Defensive geraten, obwohl sie das Grundgesetz auf ihrer Seite haben. Kein Politiker, der das geltende Verfassungsrecht verteidigt, wagt im Forum der Öffentlichkeit so provozierend deutlich zu reden wie weiland im Parlamentarischen Rat der FDP-Abgeordnete *Heuss* oder auch der SPD-Abgeordnete *Löwenthal*, der den Volksentscheid zu den geheiligten Vorurteilen einer gewissen Sorte von Schlagwortdemokratie rechnete.<sup>3</sup> Die Zaghaftigkeit der

---

1 Parlamentarischer Rat, Plenum, 3. Sitzung vom 9. September 1948, Sten. Ber. S. 43.

2 Parlamentarischer Rat, Hauptausschuß, 22. Sitzung vom 8. Dezember 1948, Sten. Ber. S. 263.

3 Zitiert nach JöR n. F. 1 (1951), S. 575.

Verteidiger entspringt nicht der Angst vor dem Volke, sondern der Angst vor dem Zeitgeist, der auf unmittelbare Bürgerbeteiligung drängt, im Jargon: auf »mehr Demokratie«. Wer mit dem Zeitgeist segelt, braucht nicht skrupulös seine Argumente zu prüfen. So darf er das Plebiszit als Allheilmittel anpreisen gegen die echten wie die eingeredeten Mißstände des politischen Systems, gegen Machtmißbrauch und gegen Politikverdrossenheit.<sup>4</sup> Die Grundregel des rationalen politischen Diskurses, daß die Begründungslast beim Veränderer liegt,<sup>5</sup> hat sich umgedreht: begründungspflichtig soll der sein, der sich der Änderung des Grundgesetzes, wie es seit sechs Jahrzehnten in Geltung steht, widersetzt.

Die Lobeshymnen, die zur 60-Jahr-Feier des Grundgesetzes allerorten gesungen werden, nehmen elegische Töne an, wenn sie das Thema Plebiszit berühren. In dieser Hinsicht, so klagt man, sei die Demokratie des Grundgesetzes noch unfertig und bedürfe des Ausbaus. Einen Ausbau versucht im Jahre 2002 eine Gesetzesinitiative der rot-grünen Koalition zur Revision des Grundgesetzes, die weitgreifende plebiszitäre Möglichkeiten auf tun sollte. Sie findet im Bundestag eine Mehrheit von 348 gegen 199 Stimmen, erreicht jedoch nicht das für eine Verfassungsrevision erforderliche Zweidrittelquorum von 444 Stimmen.<sup>6</sup> Dagegen erweist sich der plebiszitäre Trend auf Landesebene als erfolgreich: alle 16 Landesverfassungen sehen heute Formen der direkten Demokratie vor.<sup>7</sup> Der Trend erfaßt auch das Kommunalrecht, in dem das Bürgerbegehren und der Bürgerentscheid Raum gewinnen.<sup>8</sup> Ein Motivationsschub für die direkte Demokratie ergibt sich aus dem Erlebnis der friedlichen Revolution in der DDR, in der die Demonstranten mit dem Ruf »Wir sind das Volk« erfolgreich aufbegehrt hatten gegen die SED-Diktatur. Daß das etablierte Kommandosystem abgelöst wurde durch spontane, improvisierte Verständigungsformen wie die Runden Tische, erscheint als Sieg der direkten Demokratie und umgibt die alte Idee mit einer neuen Glorione.

Schon vor der Wiedervereinigung hatten periodisch auftretende Massenbe-

4 Repräsentativ *Peter Häberle*, Verfassungspolitik für die Freiheit und Einheit Deutschlands, in: JZ 1990, S. 358 (361); *Hans Herbert von Arnim*, Der Staat als Beute, 1993, S. 356 ff.; *ders.*, Staat ohne Diener, 1995, S. 363 ff.; *ders.*, Die Partei, der Abgeordnete und das Geld, 1996, S. 416 ff.; *ders.*, Fetter Bauch regiert nicht gern, 1999, S. 382 ff.; *ders.*, Das Europa-Komplott, 2006, S. 90 ff.

5 *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, <sup>3</sup>1914, S. 340; *Martin Kriele*, Recht und praktische Vernunft, 1979, S. 81 f.; *Odo Marquardt*, Abschied vom Prinzipiellen, 1982, S. 178; *Josef Isensee*, Mehr Recht durch weniger Gesetze? (1985), in: *ders.*, Recht als Grenze – Grenze des Rechts, 2009, S. 110 (129 f.).

6 Deutscher Bundestag, 240. Sitzung am 7. Juni 2002, Plenarprotokoll 14/240, S. 24017 ff.

7 Übersicht *Alfred Rinken*, Volksgesetzgebung und Verfassung, in: FS für Alexander Hollerbach, 2001, S. 403 ff. Material *Otmar Jung*, Grundgesetz und Volksentscheid, 1994, S. 35 ff. – Zu den Verfassungen der neuen Länder *Johannes Rux*, Direkte Demokratie in Deutschland, 2008, S. 407 ff.; *Peter Neumann*, Sachunmittelbare Demokratie, 2009, S. 91 ff., 441 ff.

8 Übersicht *Neumann* (Fn. 7), S. 117 ff.

wegungen die direkte Demokratie für sich eingefordert. In den fünfziger Jahren versuchten SPD-regierte Länder und Gemeinden, das bundesrechtliche Verbot des Plebiszits durch amtliche Befragungen und Abstimmungen zu unterlaufen. Sie scheiterten am Bundesverfassungsgericht, das den Betreibern Lektionen erteilte über den Vorbehalt der Verfassung, über die Kompetenzabhängigkeit staatlicher Verfahren und über die Bundestreue.<sup>9</sup> Juristen strengen immer wieder ihre Phantasie an, das harte Verbot des Grundgesetzes anzunagen und dem Plebiszit Schlupflöcher zu bohren durch Inauguration einer konsultativen Volksbefragung, durch Selbstbindung des Gesetzgebers an das positive Ergebnis einer Volksabstimmung, durch Volksinitiativen (»Bürgerbegehren«), die eine Befassungspflicht des Bundestages auslösen sollen.<sup>10</sup> Bislang freilich nur Seminarideen ohne praktische Folgen.

Die plebiszitäre Abstinenz des Grundgesetzes ist von Anfang an auf Kritik gestoßen. So rügte *Werner Weber*, die Schöpfer des Grundgesetzes seien vor dem Einbruch des Elementaren in das Verfassungsleben, vor dem ständigen Infragestellen des Übergewichts der Parteien zurückgeschreckt. Das Volk werde nun vollständig und ausnahmslos mediatisiert durch die politischen Parteien. Diese monopolisierten in allen Organen und Funktionen die politische Entscheidungsgewalt. Das Volk werde im Grundgesetz zwar oft genannt, doch erscheine es nur »blaß und wie in einer Vitrine gezeichnet«.<sup>11</sup> Die Kritik der Staatsrechtslehre, vollends der politischen Wissenschaften, ist im Laufe der Jahre stetig gewachsen, besonders kräftig in den letzten zwei Jahrzehnten.<sup>12</sup> Sechs Jahrzehnte der Geltung des Grundgesetzes haben nicht ausgereicht, daß sich alle, Bürger wie Amtsträger, Politiker wie Wissenschaftler, an die plebiszitäre Abstinenz des Bundes gewöhnt, sich mit ihr dauerhaft abgefunden und sie gar als sinnvoll angenommen hätten. Das System einer Volksherrschaft ohne Volksabstimmung weckt weiterhin Erstaunen und Widerspruch. Es lohnt, diesen ei-

- 
- 9 BVerfGE 8, 104 (110 ff.); 8, 122 (132 ff.). – Würdigung der Volksentscheidungsaktionen zur Atombewaffnung *Werner Weber*, Mittelbare und unmittelbare Demokratie, in: FS für Karl Gottfried Hugelmann, Bd. II, 1959, S. 765 (770 ff.).
- 10 Exemplarisch *Ingwer Ebsen*, Abstimmungen des Bundesvolkes als Verfassungsproblem, in: AöR 110 (1985), S. 1 ff.; *Hasso Hofmann*, Bundesstaatliche Spaltung des Demokratiebegriffs? (1985), in: ders., Verfassungsrechtliche Perspektiven, 1995, S. 146 (159 f.). – Kritik *Martin Kriele*, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, in: VVDStRL 29 (1971), S. 46 (61); *Peter Krause*, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III, <sup>3</sup>2005, § 35 Rn. 23 ff.
- 11 *Werner Weber*, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungsleben, 1951, S. 20, 21, 47.
- 12 Willkürlich herausgegriffene Beispiele: *Hans Nawiasky*, Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1950, S. 66 ff., 78 ff.; *Christian Pestalozza*, Der Popularvorbehalt, 1981; *Hofmann* (Fn. 10), S. 146 ff.; *Hartmut Maurer*, Plebiszitäre Elemente in der repräsentativen Demokratie, 1997, S. 28 ff.; *Hans Herbert von Arnim*, Das System, 2001, S. 373 ff.

genartigen Zug des Grundgesetzes genauer zu betrachten, seine Gründe und Hintergründe auszuleuchten und seine Auswirkung auf die politische Praxis zu untersuchen.

Der antiplebiszitäre Zug ist dem Grundgesetz von Geburt an eigen. Es ist im Jahre 1949 ohne unmittelbare Beteiligung des Volkes zustande gekommen, und es hat sich im Jahre 1990 ohne unmittelbares Votum des Volkes durch den Beitritt der DDR aus der Verfassung des westlichen Teilstaates in die Verfassung Gesamtdeutschlands verwandelt. Die Verfassung der Demokratie hat sich dem Volk niemals zur Abstimmung gestellt. Grund für Kritiker, hier einen Geburtsmakel zu wittern. Plebiszitäre Abstinenz waltet also in der Verfassungsgebung wie in der Gesetzgebung. Die eine wie die andere gehört zum Thema.

## II. Ausschluß der Volksgesetzgebung – konsequenter Parlamentarismus

### 1. Die geltende Verfassungslage

»Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt« – so versteht und so konstituiert das Grundgesetz die Demokratie (Art. 20 Abs. 2). Der Text mag den Eindruck erwecken, Wahlen und Abstimmungen stünden als gleichwertige Verfahren der Willensausübung des Volkes nebeneinander. Der Eindruck täuscht. Das Grundgesetz sieht die Wahlen auf Bundesebene als das reguläre Verfahren vor, und auch hier ausschließlich die Wahlen zum Deutschen Bundestag, nicht etwa auch die des Bundespräsidenten oder anderer Bundesorgane. Abstimmungen sind nur vorgesehen für eine Neugliederung der Länder (Art. 29, 118, 118a GG), eine schmale Thematik, der heute keine praktische Bedeutung mehr zukommt.<sup>13</sup> Nur soweit das Grundgesetz Abstimmungen ausdrücklich vorsieht, sind sie zulässig. Die Ausübung der Staatsgewalt durch das Volk selbst unterliegt dem strikten Vorbehalt der Verfassung.<sup>14</sup>

Das ist die Kehrseite der Grundentscheidung für die parlamentarische Demokratie. Keine außenparlamentarische Bewegung kann von Verfassungs wegen dem Parlament oder der von ihm getragenen Regierung die Entscheidung in

13 Zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben *Thomas Würtemberger*, Neugliederung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) HStR VI, <sup>3</sup>2008, § 132 Rn. 65 ff., 69, 77 f.; *Neumann* (Fn. 7), S. 56 ff., 64 ff., 242 ff.

14 *Kriele* (Fn. 10), S. 60 f.; *Krause* (Fn. 10), § 35 Rn. 15, 16; *Maurer* (Fn. 12), S. 15 f.; *Josef Isensee*, Der Vorbehalt der Verfassung, in: FS für Walter Leisner, 1999, S. 359 (395 ff.).



einer politischen Sachfrage streitig machen. Kein Bundestag und keine Bundesregierung dürfen sich ihrer Entscheidungsverantwortung für ein lästiges Problem dadurch entledigen, daß sie es einem Referendum übergeben. Das Grundgesetz zeigt kantiges, repräsentativdemokratisches Profil.

Diese Grundentscheidung war nicht das Ergebnis großer Debatten des Parlamentarischen Rates. Sie ging den protokollarischen Diskussionen voraus. Zu Beginn der Verfassungsberatungen hatte der Vertreter der SPD noch Volksbegehren und Volksentscheid als Agenda genannt.<sup>15</sup> Doch seine Partei zog sich zurück und überließ am Ende den zwei Vertretern des Zentrums, unter Assistenz eines kommunistischen Vertreters, sich für die verlorene Sache des Plebiszits einzusetzen. Die Außenseiter vermochten nicht, die Mehrheit unter Begründungszwang zu setzen. Zwar wurden Gründe vorgetragen; ob es die maßgebenden und die vollständigen waren, läßt sich allerdings nicht mit letzter Klarheit erkennen.

## 2. Kontrastbild Weimar

Das Grundgesetz rückt ab von der Weimarer Verfassung, die dem Volk weitreichende Entscheidungsrechte einräumte. Es übernimmt nicht die Volkswahl des Staatsoberhauptes. Der Grund liegt allerdings nicht in einem prinzipiellen Affekt gegen das Verfahren, sondern in dem *Hindenburg-Syndrom*, das die Konzeption des Bundespräsidenten bestimmt. Das Grundgesetz entmachtet das Staatsoberhaupt und reduziert es nahezu auf seine protokollarische Position. Für eine solch kompetenzschwächliche Staatsdarstellungsfigur wäre die Direktwahl durch das Volk zuviel des demokratischen Legitimationsaufwandes. Allerdings bildet die Volkswahl eines Staatsorgans kein Plebiszit, sondern ein Verfahren der repräsentativen Demokratie. Thema der plebiszitären Demokratie ist nicht die Entscheidung über das staatliche Führungspersonal, sondern über Sachfragen, also nicht die Wahl, sondern die Abstimmung.

Eben dieses demokratische Instrument hatte die Weimarer Reichsverfassung bereitgestellt, in den Formen der Gesetzesverwerfung und des Gesetzesvorschlags. Dort ging es darum, ein vom Reichstag beschlossenes Gesetz zu Fall zu bringen, hier darum, einem Volksbegehren die Verbindlichkeit als Gesetz zu verschaffen. Dort lag die Initiative beim Reichspräsidenten, hier bei der Aktivbürgerschaft.<sup>16</sup> Freilich wurden die plebiszitären Möglichkeiten kaum ge-

15 Abg. *Menzel*, Parlamentarischer Rat, Plenum, 3. Sitzung vom 9. Sept. 1948, Sten. Ber., S. 30.

16 Gesetzesverwerfung: Art. 73 Abs. 1 und Abs. 2 WRV. Gesetzesvorschlag: Art. 73 Abs. 3 WRV. Dazu *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, <sup>14</sup>1933, S. 385 – zu Art. 73 WRV; *Georg Kaisenberg*, Die formelle Ordnung des Volksbegehrens und des Volksentscheids in Reich und Ländern, in: *Gerhard Anschütz/Richard Thoma* (Hrsg.), Handbuch des

nutzt. Der Reichspräsident übte seine Befugnis, ein Gesetz zum Volksentscheid zu bringen, niemals aus. Ebenso kam es nicht zum Volksentscheid auf Antrag eines Zwanzigstels der Stimmberechtigten über ein Gesetz, dessen Verkündung auf Antrag eines Drittels der Reichstagsabgeordneten ausgesetzt worden war. Dagegen wurden in den 13 Jahren der Verfassungsgeltung acht Volksbegehren beantragt. Von denen erledigten sich fünf Anträge im Vorfeld, nur drei gelangten zur Durchführung. Ein Volksbegehren, gegen den Bau von Panzerkreuzern gerichtet, scheiterte am Beteiligungsquorum (1928); die beiden anderen, die sich für die Enteignung der ehemaligen Fürstenhäuser (1926) und gegen den *Young-Plan* (1929) aussprachen, erreichten zwar die Stufe des Volksentscheides, überwandern aber nicht – mangels ausreichender Beteiligung der Stimmberechtigten – die Hürde des Quorums.<sup>17</sup>

Im Jahre 1930 zog *Richard Thoma* die Bilanz, daß Volksbegehren und Volksentscheide »bisher fast ausschließlich demagogisch mißbraucht und gebührenderweise ergebnislos« geblieben seien – freilich mit dem Nachsatz, das dürfe nicht zu der Annahme führen, es handele sich um unbedachte und wenig erhaltenswerte Institute. Verschiedene Umstände seien denkbar, unter denen das Plebiszit sich als erwünschte Lösung politischer Schwierigkeiten und wertvolle Bürgerschaft politischer Freiheit erweisen könnte.<sup>18</sup> Dieser Erweis blieb aus. Aus der Rückschau des Jahres 1955 urteilt *Hans Schneider*, daß Volksbegehren und Volksentscheid »wenn auch nicht gerade schlechte, so jedenfalls keinerlei positive Ergebnisse« gezeitigt hätten; so hätten die beiden Volksentscheide auch nicht politisch klärend gewirkt.<sup>19</sup> Ein karges Resümee, doch kein so schlimmes, daß es die plebiszitäre Abstinenz des Parlamentarischen Rates erklären könnte.

Die Erfahrungen sind, rein von ihrer Quantität her, zu spärlich, um auf sie ein abschließendes Urteil über Nutzen und Nachteil der Volksgesetzgebung im demokratischen System stützen zu können. Sie sprechen auch keine eindeutige Sprache. Immerhin zogen die vorgrundgesetzlichen Landesverfassungen aus ihnen keine negativen Schlüsse, als sie sämtlich das Tor der Volksgesetzgebung

---

Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932, S. 204 (205 f.); *Reinhard Schiffers*, Elemente direkter Demokratie im Weimarer Regierungssystem, 1971, S. 97 ff.

17 Zur Weimarer Praxis: *Georg Kaisenberg*, Die Volksgesetzgebung nach Reichsrecht, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 5 (1927), S. 169 ff.; *Schiffers* (Fn. 16), S. 195 ff.; *Ulrich Schüren*, Der Volksentscheid zur Fürsteneinteignung, 1978, S. 189 ff.; *Rux* (Fn. 7), S. 108 ff.

18 *Richard Thoma*, Das Reich als Demokratie, in: *Anschütz/Thoma* (Fn. 16), S. 186 (196).

19 *Hans Schneider*, Volksabstimmungen in der rechtsstaatlichen Demokratie, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 155 (158). Spätere Sicht *Schiffers* (Fn. 16), S. 281 ff.; *ders.*, Schlechte Weimarer Erfahrungen?, in: *Hans Herbert von Arnim* (Hg.), Direkte Demokratie, 2000, S. 51 ff.

aufstießen, mehr oder weniger weit, besonders weit die Verfassung des Freistaates Bayern.<sup>20</sup>

Reflexhaft meldet sich, wo immer das Grundgesetz von der Weimarer Verfassung abweicht, die Erklärung, hier wirkten sich (notorisch schlimme) »Weimarer Erfahrungen« aus. Auf der Basis dieses hartnäckigen Vorurteils ist es ein Leichtes, die antiplebiszitäre Haltung des Grundgesetzes zu delegitimieren: es bedarf nur einer Aufbereitung der geschichtlichen Vorgänge, um darzutun, der Bonner Verfassungsgeber sei einem historischen Fehlurteil aufgesessen. Doch in den protokollierten Debatten des Parlamentarischen Rates spielt das Argument der »Weimarer Erfahrungen« eine eher beiläufige Rolle, wenn etwa der Abgeordnete *Heuss* (FDP) die politisch-psychologische Wirkung der beiden Weimarer Volksentscheide beklagt, in denen eine komplizierte Sache in vereinfachter Darstellung an das Volk herangetragen worden sei, so daß die zuvor geleistete politische Erziehungsarbeit der Demokratie überrannt worden sei.<sup>21</sup> Der Abgeordnete *Katz* (SPD) erinnert an das Volksbegehren zum Sturz der preußischen Regierung, in dem die Extreme zusammengefunden hätten. Die Weimarer Praxis diene ihm auch als Argument für die These, die Volksgesetzgebung sei nicht praktikabel.<sup>22</sup> Doch den kargen Materialien läßt sich nicht entnehmen, daß diese historischen Erfahrungen ausschlaggebend gewesen seien. Nicht nachzuweisen ist übrigens auch, daß die drei Akklamationsreferenden der nationalsozialistischen Ära<sup>23</sup> das plebiszitäre Verfahren in den Augen des Parlamentarischen Rates desavouiert hätten. Die Entstehungsgeschichte ergibt insoweit ein klares Bild: der antiplebiszitäre Zug des Grundgesetzes läßt sich nicht als traumatische Reaktion auf einzelne Vorgänge in der Weimarer Republik deuten.

Die prinzipielle Absage an das Plebiszit ist auch nicht etwa einmaligen Umständen der Entstehungszeit verhaftet, obwohl Hinweise auf die »aufgeregten Zeiten« gefallen sind<sup>24</sup> – doch welche Zeit ist nicht aufgereggt oder wenigstens der alsbaldigen Aufregung fähig? Bundeskanzler *Adenauer* sollte später in allen Phasen seiner langen Amtszeit mit erhobenem Zeigefinger konstatieren: »Die Lage war noch nie so ernst.« Neuerdings wird die These vertreten, der Ausschluß

20 Zur bayerischen Spitzenposition *Udo Steiner*, Schweizer Verhältnisse in Bayern? Zu Bürger- und Volksbegehren im Freistaat, 2000, S. 3 ff.

21 Parlamentarischer Rat, Hauptausschuß, 22. Sitzung vom 8. Dez. 1948, Sten. Ber., S. 264.

22 Ebd., S. 263 und S. 264.

23 Die Plebiszite bestätigten bestimmungsgemäß den Austritt des Deutschen Reiches aus dem Völkerbund (1933), die Übernahme des Reichspräsidentenamtes durch Hitler (1934) und den Anschluß Österreichs (1938). Dazu *Schneider* (Fn. 19), S. 160 ff. Exempel für die heutige Strapazierung der »NS-Erfahrungen« zugunsten des Plebiszits *Rolf Hochhuth*, Für den echten Volksentscheid, in: *Die Welt* v. 7.6.2002, S. 11.

24 Kontroverse zwischen den Abg. *Katz* (SPD) und *Renner* (KPD) in: Parlamentarischer Rat, Hauptausschuß (Fn. 2), Sten. Ber. S. 263 f.

des Plebiszits sei eine Ad-hoc-Maßnahme in der Bedrohungslage des Ost-West-Konflikts und eine Interimslösung für die Zeit der deutschen Teilung gewesen, geboren aus den Ängsten des Kalten Krieges, als Vorsorge gegen die Gefahr, daß das Plebiszit zum Mittel kommunistischer Subversion gerate. Die »plebiszitäre Quarantäne« erübrige sich nunmehr, seit die staatliche Teilung, der ideologische Antagonismus und die politischen Feindbilder sich erledigt hätten.<sup>25</sup> Das Argumentationsschema ist durchsichtig. Die grundgesetzliche Regelung wird als situationsabhängig gedeutet, damit sie nunmehr als historisch überholt erscheint. Das Legitimationsfundament soll ausgehöhlt, das Grundgesetz reif gemacht werden für seine Änderung oder Uminterpretation im Sinne von »mehr Demokratie«. Die Entstehungsgeschichte bestätigt die These nicht. Im Gegenteil: sie beweist, daß die antiplebiszitäre Haltung des Grundgesetzes keine bloße Reaktion auf eine bestimmte Lage, daß sie nicht vorläufig, keine situationsverhaftete Maßnahme war, sondern eine planmäßige Grundentscheidung über die demokratische Gestalt des neuen Staatswesens.

Wenn die Entscheidung des Bonner Verfassungsgebers sich auch nicht, wie es eine stereotype Erklärung will, monokausal auf üble Erfahrungen mit den plebiszitären Einrichtungen der Weimarer Verfassung zurückführen läßt, so hat doch, freilich in einem allgemeineren und tieferen Sinne, die Erfahrung der Weimarer Republik die politische Vorstellungswelt der Autoren des Grundgesetzes geprägt: daß die freiheitliche Demokratie in ihren Fundamenten nicht dauerhaft gesichert und daß der Wille des Volkes Flugsand ist, daher angewiesen auf Hegung durch das Recht und auf Festigung durch Institutionen. Bei den Beratungen über die Ausgestaltung der Demokratie war sich der Parlamentarische Rat im klaren: mit der verfassungsrechtlichen Zuweisung der Macht an das Volk war es nicht getan. Das Volk als der Inhaber der Macht bedürfe der Erziehung, so unwidersprochen der Abgeordnete *Heuss* im Parlamentarischen Rat.<sup>26</sup> Erziehung aber ist immer prekär. Sie zeitigt keine sicheren und keine dauerhaften Erfolge. Was heute erreicht ist, kann morgen zunichte werden.

Also doch Angst vor dem Volke? Das war es eben nicht, was die Autoren des Grundgesetzes leitete, aber auch nicht der Glaube an die paradisische Unschuld, die natürliche Güte, die erhabene Weisheit des Volkssouveräns (»vox populi vox dei«); es war vielmehr die aus der Erfahrung der Katastrophen eines halben Jahrhunderts gespeiste Einsicht in die Verführbarkeit und Manipulierbarkeit der Massen, ihren Wankelmut (heute »Hosiannah« – morgen »Crucifige«) und ihre wilden Leidenschaften, die jederzeit ausbrechen können. »Cave canem!« – das war kein Zeichen von irrationaler Angst, sondern von Vorsicht.

25 *Otmar Jung*, Abschluß und Bilanz der jüngsten plebiszitären Entwicklung in Deutschland auf Landesebene, in: JöR n. F. 48 (2000), S. 39 ff.; *ders.* (Fn. 7) S. 329 ff.

26 Parlamentarischer Rat (Fn. 2), S. 264.

Allenfalls mag man von rational begründeter Furcht sprechen: »Furcht vor der elementaren Unberechenbarkeit unmittelbarer Volksabstimmungen.«<sup>27</sup>

Der Ausweg aus der Gefahr, den das Grundgesetz weist, liegt in der Unterwerfung der Volksherrschaft unter das Recht. Ihre Ausübung wird vermittelt durch die gewaltenteilige Ämterorganisation, diszipliniert durch Institutionen, kanalisiert durch Kompetenz und Verfahren, geläutert durch Repräsentation. Die rechtsstaatlichen Vorkehrungen schließlich schaffen Distanz zwischen Staat und Bürger. Hier sichern sie die grundrechtliche Freiheit des Einzelnen vom Staat – aber auch zum Staat –; dort sichern sie die Unabhängigkeit der Amtsträger von außerstaatlichen Bindungen und die Ausrichtung auf das demokratisch interpretierte Gemeinwohl.

### 3. Vollständige Konstitutionalisierung der Staatsgewalt

Die Absage an das Plebiszit entspricht der Konstitutionalisierung der Staatsgewalt, die das Grundgesetz vollzieht, wie sie zum Ausdruck gelangt im Anspruch auf normative Wirksamkeit, in der unmittelbaren Geltung der Grundrechte, besonders markant in der Verfassungsgerichtsbarkeit mit umfassender Kompetenzausstattung und der Befugnis zum Letztentscheid im Konflikt um die Verfassungsinterpretation. Der KPD-Abgeordnete *Renner* sah richtig, wenn er die Reserviertheit gegenüber der unmittelbaren Demokratie in einen Zusammenhang stellte mit der Behandlung der obersten Bundesorgane, vollends mit der Errichtung des Bundesverfassungsgerichts als »Rückversicherung«.<sup>28</sup>

Das Grundgesetz weist die Gesetzgebung des Bundes dem Bundestag und, in abgestufter Teilhabe, dem Bundesrat zu. Für den Volksgesetzgeber als dritter Größe bleibt kein Raum. Die Absage an die Volksgesetzgebung bildet einen Wesenszug des grundgesetzlichen Demokratiekonzepts, die Kehrseite der konsequenten Verwirklichung des parlamentarischen Regierungssystems. Sie entspricht der klaren Zuweisung der Verantwortung an Parlament und Regierung, dem Ausschluß konkurrierender Machtpräsidenten, damit auch des Bundespräsidenten, dem im Vergleich zum Reichspräsidenten nach Weimarer Fassung die eigene Legitimationsbasis in der Volkswahl wie auch die wesentlichen Machtbefugnisse vorenthalten werden. Konflikte zwischen dem parlamentarischen und dem präsidialen Prinzip, wie sie sich in der Weimarer Republik entzündeten, werden so von vornherein vermieden, aber eben auch Konflikte zwischen parlamentarischem und plebiszitärem Prinzip. Der Zuteilung von Verantwortung an Parlament und Regierung entspricht deren Pflicht, sie

27 *Weber* (Fn. 11), S. 47.

28 *Renner* (KPD), Parlamentarischer Rat, Hauptausschuß (Fn. 2), Sten. Ber. S. 264.

wahrzunehmen und die Legislaturperiode durchzustehen. Eine Auflösung des Bundestages, die im Falle eines Widerspruchs zwischen repräsentativem und empirischem Volkswillen einen Ausweg böte, scheidet aus. Das Grundgesetz versagt dem Bundestag das Recht zur Selbstauflösung. Die vorzeitige Beendigung der Legislaturperiode durch den Bundespräsidenten ist auf zwei eng definierte, notstandsähnliche Tatbestände beschränkt, das Scheitern der Kanzlerwahl und die Ablehnung der Vertrauensfrage.<sup>29</sup> Ein Volksentscheid zur Aberufung des Parlaments vor Ablauf der Amtszeit, wie ihn einzelne Landesverfassungen vorsehen (etwa Art. 54 Abs. 3 BerlVerf), kommt auf Bundesebene nicht in Betracht. Das konstruktive Mißtrauensvotum soll der Bundesregierung Bestandsschutz gegen eine rein destruktive Mehrheit verschaffen.

Überhaupt trägt das Grundgesetz Sorge für die Stabilität des parlamentarischen Regierungssystems und die Balance der gewaltenteilig verfaßten Organisationseinheiten. In diesem System wäre das Plebiszit ein externer, unberechenbarer Störfaktor geworden, eine Durchbrechung des Regelkreises der Verantwortung. Das Grundgesetz verwirklicht die restlose Konstitutionalisierung der Demokratie. Die Herrschaft des Volkes ist identisch mit der Herrschaft des Rechts.<sup>30</sup>

#### 4. Repräsentation als Dialog

Dem Verfassungsgeber lagen rousseauistische Träume von einer identitären Demokratie fern: daß die Freiheit des Bürgers sich darin erschöpft, an der politischen Willensbildung mitzuwirken und sich mit dem Allgemeinen Willen, wie er sich im Gesetz darstellt, rückhaltlos zu identifizieren; daß der Bürger seine persönliche Einsicht und sein privates Interesse opfert, um im staatlichen Ganzen aufzugehen; daß er den eigennützigen Standpunkt des bourgeois überwindet, um sich zur Höhe des selbstlosen, ausschließlich gemeinwohlorientierten *citoyen* zu erheben. Entspräche die Gesinnung aller Bürger tatsächlich dem Ideal *Rousseaus*, so stünde dem Plebiszit allerdings kaum noch ein prinzipieller Einwand im Wege. Doch die Bedingung ist in der Wirklichkeit nicht erfüllt. Der Verfassungsstaat verlangt auch eine solche Gesinnung nicht. Sie gilt

---

29 Scheitern der Wahl eines Bundeskanzlers (Art. 63 Abs. 4 S. 3 GG) und Ablehnung der Vertrauensfrage (Art. 68 GG). Zu letzterem Tatbestand BVerfGE 62, 1 (36 ff.); 114, 121 (147 ff.). Dazu *Josef Isensee*, Befindlichkeit deutscher Demokratie, in: Peter M. Huber (Hg.), *Das Grundgesetz zwischen Stabilität und Veränderung*, 2007, S. 1 (13 ff.). – Zu der Bedeutung der Parlamentsauflösung für die Dosierung der repräsentativen und der plebiszitären Elemente: *Ernst Fraenkel*, *Die repräsentative und die plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat*, 1958, S. 35 ff.

30 Vgl. *Kriele* (Fn. 10), S. 49 ff.

ihm noch nicht einmal als Ideal.<sup>31</sup> Vielmehr setzt er den Eigennutz und die Vielfalt der Interessen und Meinungen als gegeben voraus und sichert sie in den Grundrechten ab, die sich für den Einzelnen als Abwehrrechte gegenüber den Emanationen der demokratischen Staatsgewalt darstellen. Freiheit bedeutet also nicht nur Freiheit *zum* Allgemeinen Willen, sondern auch und wesentlich Freiheit *vom* Allgemeinen Willen. Die rechtsstaatliche Demokratie tastet die Differenz zwischen privaten und öffentlichen Belangen nicht an. Sie ist angelegt auf rechtliche Differenzierung, nicht auf Identität.

Da der Wettbewerb der privaten Interessen und der politische Streit legitim sind, erhebt sich immer wieder die praktische Notwendigkeit einer verbindlichen Entscheidung. Hier erweist sich das parlamentarische Verfahren dem plebiszitären als strukturell überlegen. Der parlamentarische Gesetzgeber muß sich seinen Adressaten gegenüber öffentlich erklären, seine Regelungen rechtfertigen und Akzeptanz einwerben, zumal bei denen, die der derzeitigen Mehrheitsformation im Parlament politisch fernstehen. Dagegen dürfen sich die Initiatoren eines Volksbegehrens und Volksentscheids damit begnügen, die erforderliche Abstimmungsmehrheit zustande zu bringen. Um die Akzeptanz der Minderheit brauchen sie sich nicht zu kümmern, wenn erst einmal »das Volk« gesprochen hat, hinter dessen breiten Rücken sie sich zurückziehen können. Der Stimmbürger hat sein Votum als einzelner abgegeben, unbeobachtet, rechtlich abgeschirmt durch das Abstimmungsgeheimnis. Zu seiner Entscheidung braucht er sich nicht zu bekennen. Soweit er es für opportun hält, kann er in der Öffentlichkeit anders agieren als in der Abstimmungskabine. Es gibt keine verfahrensmäßigen Vorkehrungen dahin, daß er in seiner Entscheidung über seine privaten Interessen und Launen hinauswächst und auf die Belange der Allgemeinheit Rücksicht nimmt. Der Idee nach ist sein Gemeinsinn gefordert. Doch das Verfahren ist nicht dazu angetan, ihn zu aktivieren. Denn es gibt kein Gegenüber, dem der Stimmbürger sich zu verantworten hätte.

Darin liegt der wesentliche Unterschied zur Repräsentativdemokratie. Das Parlament (mit ihm jedes seiner Mitglieder) hat dem Volk gegenüber Rede und Antwort zu stehen und sich zu seiner Entscheidung öffentlich zu bekennen, unter dem Risiko der Kritik und des Akzeptanzverlustes. Am Ende riskiert die derzeitige Mehrheitsformation die Wahlniederlage. Repräsentation erweist sich als dialogisches Verfahren. Dieses findet innerhalb des Parlaments statt und zwischen dem Parlament und den Kräften der Gesellschaft. Die Publizität, die dem Gesetzgebungsverfahren eigen ist, stimuliert parlamentarische wie außerparlamentarische Einflüsse, weckt Kritik und Kontrolle, wirbt aber auch um Einsicht und Zustimmung. Der dialogische Prozeß wirkt darauf hin, aus hete-

---

31 Näher *Josef Isensee*, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, <sup>1</sup>1992 (<sup>2</sup>2000), § 115 Rn. 222 ff.



rogenen partikularen Interessen gemeinverträgliche Lösungen herauszufiltern. Das parlamentarische Verfahren bietet keine materielle Richtigkeitsgewähr; das leistet überhaupt kein denkbare Verfahren. Es gibt Impulse dazu, daß die Gesellschaft über ihre Repräsentanten zu ihrem besseren Selbst findet.<sup>32</sup> Die identitäre Demokratie enthält keine Vorkehrungen dazu, den Stimmbürger zu bewegen, seinen Interessenstandpunkt und seine Parteiposition im politischen Konflikt zu überwinden.

##### 5. Plebiszitäre Präention: »mehr Demokratie«

Im Plebiszit erweitern sich die Mitwirkungsrechte der Aktivbürger – doch gewinnt der einzelne damit mehr effektiven Einfluß? Die Frage ist leicht zu bejahen für den, der sich mit der zur Abstimmung stehenden Sache identifiziert und dafür eine Mehrheit findet. Allen anderen bleibt nur die Wahl, zu einer vorgegebenen Frage Ja oder Nein zu sagen. Eine Modifikation ist nicht möglich. Während das Parlament, in den Gesetzesberatungen Einflüssen und Argumenten offen, die Vorlagen verändern kann, reduziert sich der plebiszitäre Diskurs auf Annahme oder Ablehnung einer Initiative.<sup>33</sup> Souverän ist hier nicht, wer die Frage beantwortet, sondern wer sie stellt. Das aber ist beim Plebiszit im modernen Großstaat nicht der nonkonformistische Einzelgänger, in der Regel auch nicht der politische Amateur (wie er sich in Ad-hoc-Bürgerinitiativen, zumeist freilich im kommunalen oder regionalen Raum, mitunter erfolgreich betätigt), sondern Medien, Gewerkschaften, Verbände, vor allem aber Parteien, die sich die Chance nicht entgehen lassen, ein zusätzliches Aktionsfeld zu besetzen, so daß ein Verfahren, das nach den erklärten Zielen seiner Befürworter dazu dienen soll, die Macht der Parteien zu brechen, diese am Ende stärkt und nur das beschädigt, was sie bislang tatsächlich diszipliniert hat: die Institutionen des Parlamentarismus.

Gleichwohl kann in der unmittelbaren Demokratie niemand darauf bauen, daß die eigenen Ansichten und Belange schon einen Sachwalter in einer der intermediären Organisationen finden werden. Wenn eine oppositionelle Bevölkerungsmehrheit der Abstimmung fern bleibt, siegt eine Minderheit der Initianten eines Volksbegehrens. Die Gefahr kann durch hohe Quoren verrin-

32 Leitgedanke der Repräsentationstheorie *Herbert Krüger*, *Allgemeine Staatslehre*, <sup>1</sup>1964, S. 238 ff.

33 Dazu *Carl Schmitt*, *Volksbegehren und Volksentscheid*, 1927, S. 31 ff.; *Schneider* (Fn. 19), S. 169 ff.; *Weber* (Fn. 11), S. 775; *Kriele* (Fn. 10), S. 306 f.; *Walter Schmitt Glaeser*, ... die Antwort gibt das Volk, in: *FS für Peter Lerche*, 1993, S. 315 ff.; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Demokratische Willensbildung und Repräsentation*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR III*, <sup>3</sup>2005, § 34 Rn. 4 ff.

gert, keineswegs aber gebannt werden. Die repräsentative Demokratie vermag mit der Apathie der Mehrheit der Bürgerschaft zu leben, ohne daß das Gemeinwohl Schaden nehmen müßte. In der identitären Demokratie aber führt die Apathie zur Herrschaft aktivistischer Minoritäten. Wer dieser Gefahr begegnen will, muß Partei ergreifen. Diesen Politisierungseffekt mag begrüßen, wer die *levée en masse* für erstrebenswert, wer mit *Rousseau* das vorbehaltlose Aufgehen des Bürgers im Staat für den demokratischen Idealzustand hält. Die Verfassung der liberalen Demokratie bietet jedoch keine Argumente dazu, daß eine Gruppe jedermann zwingen kann, sich für ihr Vorhaben zu interessieren, und daß die Aktivität der einen die Handhabe abgibt, alle zum Engagement zu vergattern. Denn die Grundrechte liberaler Provenienz belassen dem Bürger die Freiheit, seine Prioritäten selber zu setzen, die eben auch zugunsten »unpolitischer« und privater, dennoch überaus gemeindienlicher Aufgaben wie Familie und Beruf ausfallen können. Diesem liberalen Konzept entspricht die liberale Demokratie.

## 6. Verfassungsrechtlicher Ausgleich für das fehlende Plebiszit

*Rousseau* sagte den Engländern nach, nur während der Parlamentswahlen seien sie frei, nach deren Abschluß sanken sie zurück in Knechtschaft.<sup>34</sup> Wenn die Prämisse stimmt, daß das Volk nur frei sei in Wahlen – das sei vorerst unterstellt –, verfügt das deutsche über mehr Freiheit als das englische je in der Neuzeit besessen hat, weil es dank seiner föderalen Gliederung seine Vertretung auf zwei staatlichen Ebenen wählt, so daß zu der alle vier Jahre stattfindenden Wahl zum Bundestag sechzehn Wahlen zu Landtagen treten. Diese sind alle mehr oder weniger bundespolitisch imprägniert, so daß die Bundesregierung und ihre parlamentarische Basis einem ständigen regionalen Test auf das Vertrauen der Wähler ausgesetzt sind. Die Wahlen zu den Landesparlamenten bestimmen indirekt über die Vertretung des Landes im Bundesrat und damit über die Verteilung der politischen Gewichte im Bund. Aus der Sicht des demokratischen Prinzips erweist sich der Bundesstaat kraft der Verdoppelung seiner Entscheidungsebenen dem Einheitsstaat als strukturell überlegen. Im übrigen treten zu den Wahlen auf den zwei staatlichen Ebenen noch die auf kommunaler und auf europäischer Ebene, die ebenfalls mehr oder weniger den Sog der Bundesrepublik ausgesetzt sind.

Außerhalb der Wahlen üben die aktuellen Stimmungen und Strömungen der Bevölkerung, von der Demoskopie mit immer feineren Instrumenten beobachtet, starken Einfluß auf die staatlichen Entscheidungsorgane aus, in solchem Maße, daß diese nicht selten weniger agieren als reagieren und, in Wählerkli-

<sup>34</sup> *Jean-Jacques Rousseau*, *Contrat social*, 1752, III/15.

entelfurcht gelähmt, die ihnen von Verfassungen wegen zukommende Führungsaufgabe nicht verantwortlich wahrnehmen. Die Empfänglichkeit und Reizbarkeit des Repräsentativsystems gegenüber Impulsen aus der Gesellschaft wird deutlich im Kontrast zu der relativen Immunität der supranationalen Bürokratie und ihrer Spitze, der Europäischen Kommission, die, nicht auf Wählergunst angewiesen, kontinuierlich und effizienzorientiert ihre vorgegebenen Ziele verfolgt und sich den nationalen Regierungen anbietet, deren unpopuläre Vorhaben diskret und widerstandslos durchzusetzen und für sie die Kastanien aus dem Feuer zu holen, ohne daß sich irgendeiner die Finger verbrennt.

Die eigentliche Kompensation des fehlenden Plebiszits, so es denn einer solchen überhaupt bedarf, liegt in den liberalen Grundrechten, die, ihrerseits abgeschirmt gegen staatliche Mehrheitsherrschaft, freiwillige politische Aktivität entbinden, mit dieser den offenen Wettbewerb um Einfluß auf staatliche Entscheidungen. Der Einfluß kann spontan oder organisiert erfolgen, unmittelbar oder vermittelt über Verbände, Medien und Parteien. Er vollzieht sich nicht über rechtlich geordnete Entscheidungsverfahren, sondern in einem existentiellen Prozeß, dessen Erfolg abhängt von der jeweiligen Schlagkraft, vom Geschick, von der Fortune in der jeweiligen Situation. In der Wirklichkeit stehen der formellen Repräsentativdemokratie der staatlichen Ämterordnung grundrechtlich legitimierte, pluralistische Gegenmächte der Gesellschaft gegenüber, die, cum grano salis gesprochen, eine informelle Plebiszitärdemokratie in Permanenz bilden.<sup>35</sup>

## 7. Plebiszitäre Öffnung des Bundes durch Revision des Grundgesetzes

### a) Identitätsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG

Allein der verfassungsändernde Gesetzgeber könnte im förmlichen Verfahren mit qualifizierter Mehrheit plebiszitäre Verfahren für den Bund einführen, allerdings nur, soweit er den unantastbaren Kernbestand von Verfassungsprinzipien, darunter das demokratische Prinzip, nicht berührt (Art. 79 Abs. 3 GG).

Dem demokratischen Grundsatz im Sinne des Grundgesetzes ist die Abstimmung nicht schlechthin unvereinbar, wie deren Erwähnung in der Strukturnorm des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG erkennen läßt. Doch dürfen die plebiszitären Möglichkeiten die Prävalenz der parlamentarischen Demokratie nicht antasten und ihre Funktionsfähigkeit nicht beeinträchtigen. Das Verfahren der Volksge-

35 *Josef Isensee*, Grundrechte und Demokratie (1981), in: ders., *Recht als Grenze – Grenze des Rechts*, 2009, S. 13 (20 ff.). – Zur demokratischen Funktion der Versammlungsfreiheit: BVerfGE 69, 315 (342 ff.); BVerfG, Kammerbeschuß v. 12.7.2001, in: DVBl 2001, S. 1351 (1352 – besondere Bedeutung in »Demokratien mit parlamentarischem Repräsentativsystem und geringen plebiszitären Mitwirkungsrechten«).

setzung muß so ausgestaltet sein, daß sie demokratische Legitimation begründen und Gemeinwohlfähigkeit erreichen kann. Das Risiko, daß die Volksgesetzgebung aktivistischen Minderheiten anheimfällt und daß sich ihrer einzelne Gruppen auf Kosten anderer bedienen, muß durch wirksame Vorkehrungen gebannt werden, so durch angemessene Quoren und Ausschluß mißbrauchsanfälliger Regelungsgegenstände wie des Staatshaushalts und der Abgaben- und Leistungsgesetze.<sup>36</sup>

b) Bundesstaatliche Homogenität (Art. 28 Abs. 1 GG)

Vergleichbar strukturiert sind die Vorgaben, welche die Homogenitätsklausel des Grundgesetzes für die plebisitären Elemente der Landesverfassungen trifft.<sup>37</sup> Doch der Verfassungsautonomie der Länder bleibt weiter Spielraum. Sie alle nutzen ihn, wenngleich in unterschiedlichem Maße.<sup>38</sup> Doch die Reichweite des Plebiszits auf Landesebene wird a priori begrenzt durch die bundesstaatliche Kompetenzordnung, darüber hinaus zunehmend durch das Europarecht. Damit verbleibt ein immer schmalerer Anwendungsbereich, der wiederum von innen her eingeschränkt wird durch Finanzvorbehalte.<sup>39</sup> Mögliche Gegenstände sind etwa Rundfunk, Schule, Kommunalverfassung, Feiertage. Hochpolitische Entscheidungen, die an das Überleben des Gemeinwesens rühren, wie Außen-, Europa- und Verteidigungspolitik, Ausländerpolitik, Energieversorgung, gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht und soziale Sicherung, entziehen sich dem Plebiszit in den Ländern. Diese sind zwar Staaten nach Maßgabe des Grundgesetzes, doch tragen sie nicht das volle Risiko ihrer Existenz, weil sie eingebettet sind in die vom Bund garantierte, gesamtstaatliche Solidargemeinschaft: Staaten

36 Entsprechend zu den »Ewigkeitsklauseln« der Landesverfassungen: BayVerfGH 53, 42 (60 ff.); BremStGH in: BayVBl 2000, S. 342 ff.; ThürVerfGH in: LKV 2002, S. 83 (85 ff.). Dazu *Josef Isensee*, Volksgesetzgebung – Vitalisierung oder Störung der parlamentarischen Demokratie?, in: DVBl 2001, S. 1161 (1163 f., 1166 ff.); *ders.*, in: Wendt/Rixecker, Verfassung des Saarlandes, 2009, Art. 100 Rn. 46.

37 Zu den Homogenitätsvorgaben für das Plebiszit BremStGH in: BayVBl 2000, S. 342 ff.; ThürVerfGH in: LKV 2002, S. 83 (97); *Josef Isensee*, Verfassungsreferendum mit einfacher Mehrheit, 1999, S. 31 ff.; *Klaas Engelken*, Demokratische Legitimation bei Plebisziten auf staatlicher und kommunaler Ebene, in: DÖV 2000, S. 881 (887). Skeptisch gegenüber der Relevanz des Art. 28 Abs. 1 GG *Horst Dreier*, Landesverfassungsänderung durch quorenlosen Volksentscheid aus der Sicht des Grundgesetzes, in: BayVBl 1999, S. 513 ff.; *Steiner* (Fn. 20), S. 18. *Neumann* (Fn. 7), S. 340 ff.

38 Dazu *Rux* (Fn. 7), S. 259 ff., 404 ff., 890 ff.; *Neumann* (Fn. 7), S. 441 ff.

39 *Josef Isensee*, Plebiszit unter Finanzvorbehalt, in: FS für Reinhard Mußgnug, 2005, S. 101 ff.; *Jürgen Krafczyk*, Der parlamentarische Finanzvorbehalt bei der Volksgesetzgebung, 2005, S. 95 ff., 174 ff.; *Christian Waldhoff*, Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, <sup>3</sup>2007, § 116 Rn. 152 ff. – jeweils mit Nachw.

ohne Ernstfall.<sup>40</sup> Mithin hat auch das plebiszitäre Potential geringeres politisches Gewicht.

c) Vorbehalt des Referendums für Verfassungsrevision und  
Europaintegration?

Der verfassungspolitischen Erwägung wert ist die Frage, ob parlamentarische Gesetze, die Grundlagen des Staates verändern, dem Volk zur Zustimmung vorgelegt, also einem Referendum unterworfen werden sollten. In Frage kämen verfassungsändernde Gesetze. Das entspräche dem Vorschlag des Herrenchiemseer Verfassungskonvents, der für die Verfassungsrevision neben der Entscheidung von Bundestag und Bundesrat die Annahme durch Volksentscheid verlangt hatte.<sup>41</sup> Der Vorrang der parlamentarischen Entscheidung bliebe gewahrt. Eine Verfassungsänderung am Parlament vorbei wäre ausgeschlossen. Doch die Verfassungsänderung würde erschwert, die Stabilität der Verfassung gestärkt. Freilich könnte dieses Erschwernis die Neigung steigern, politisch unbequeme Verfassungsnormen durch Änderung der Interpretation statt durch Änderung des Wortlauts den neuen Bedürfnissen anzupassen und statt der förmlichen Verfassungsrevision den informellen Verfassungswandel zu betreiben. Dieser Trend ist aber ohnehin wirksam. Jedenfalls träte bei Einführung eines Zustimmungsplesbiszits kein Konflikt mit der Identitätsgewähr des Art. 79 Abs. 3 GG auf. Das wäre auch dann nicht der Fall, wenn das Referendum auf andere Grundlagengesetze erstreckt würde: auf Gesetze, welche die klassischen Elemente des Staates betreffen, etwa Gebietsabtretungen (hier bietet sich das Neugliederungsplesbiszit des Art. 29 GG als Analogon an), Staatsangehörigkeitsfragen wie Ausweitung der Erwerbsgründe und Zulassung der Mehrstaatlichkeit, Regelungen also, welche die Identität des Staatsvolkes neu definieren; Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union wie auch Zulassung neuer Mitgliedstaaten, mit denen sich die Identität des supranationalen Staatenverbundes, damit das Gewicht Deutschlands als Mitgliedstaates, ändert. Die Zangengeburt des Lissaboner Vertrages zeigt aber auch, welche Schwierigkeiten der Referendumsvorbehalt schon eines einzigen Mitgliedstaates dem Ratifikationsverfahren bereiten kann.

Ein Referendum könnte die Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG nicht überspielen. Sollte die Verlagerung staatlicher Kompetenzen einmal dazu führen, daß der bisherige europäische Staatenverbund sich in einen europäischen Bundesstaat verwandelt, so wäre die Grenze überschritten, die das Grundgesetz einer zu-

40 Josef Isensee, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VI, <sup>3</sup>2008, § 126 Rn. 65 ff., 236 ff.

41 Art. 106 Abs. 1 Herrenchiemseer Entwurf eines Grundgesetzes für den »Bund deutscher Länder«. Eine entsprechende Regelung enthält Art. 75 Abs. 2 S. 2 BayVerf.

lässigen Verfassungsänderung setzt. Dieser kann nicht, wie das Bundesverfassungsgericht im Urteil über den Lissabon-Vertrag feststellt, über die Identität der freiheitlichen Verfassungsordnung verfügen. »Das Grundgesetz setzt damit die souveräne Staatlichkeit nicht nur voraus, sondern garantiert sie auch.«<sup>42</sup> Solange das Grundgesetz gilt, verwehrt es den Staatsorganen, die souveräne Staatlichkeit zugunsten eines europäischen Bundesstaates preiszugeben und die *capitis deminutio* zu einem Gliedstaat zu vollziehen. Der Übergang würde einen originären Akt der Verfassungsgebung des deutschen Volkes erfordern, einen Akt also, der nicht auf die Bahnen der Verfassungsrevision (Art. 79 GG) noch auf die der Verfassungsablösung (Art. 146 GG) angewiesen ist. Ob er je kommen wird und wie er kommen wird, das ist keine Rechtsfrage.

## 8. Verfassungsgeschichtliche Bilanz

Die Absage an das Plebiszit, positiv gewendet: das streng repräsentative Entscheidungssystem, wird in der Öffentlichkeit, soweit diese das ungeschriebene Prinzip überhaupt wahrnimmt, nicht zum eigentlichen und wesentlichen Gehalt des Grundgesetzes gerechnet. Gleichwohl hat sich das ungeschriebene Verfassungsprinzip als besonders wirkmächtig erwiesen. Es bildet eine Voraussetzung dafür, daß Bundestag und Bundesregierung politische Entscheidungen gegen den Willen einer demoskopischen Mehrheit, gegen den Widerstand mächtiger gesellschaftlicher Formationen und kämpferischer politischer Protestbewegungen treffen und darauf hoffen konnten, daß diese sich wenigstens langfristig mit den Ergebnissen abfinden, sie vielleicht sogar nachträglich billigen. Die verfassungsrechtliche Stringenz hat sich in kritischen Situationen bewährt, in denen politische Richtungsentscheidungen zu treffen und durchzusetzen waren, so für Adenauers Westpolitik und Brandts Ostpolitik, für die Wiederbewaffnung und für den NATO-Doppelbeschluß, für die Notstandsverfassung, für die Einführung der Europäischen Währungsunion unter Kohl und die Agenda 2010 unter Schröder, last but not least für den Lissaboner Vertrag. Hypothetische Geschichtsurteile und rückwirkende Prognosen (»was wäre gewesen, wenn«) lassen sich nicht mit Sicherheit treffen. Dennoch spricht ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit dafür, daß die Geschichte der Bundesrepublik Deutschland anders verlaufen wäre, wenn wichtige Weichenstellungen den herrschenden

42 BVerfGE 123, 267 (343). – Zustimmung *Klaus Ferdinand Gärditz/Christian Hillgruber*, Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen – Zum Lissabon-Urteil des BVerfG, in: JZ 2009, S. 872 (874 ff.). Grundsätzlich: *Christian Hillgruber*, Der Nationalstaat in der überstaatlichen Verflechtung, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR II, <sup>3</sup>2004, § 32 Rn. 40 f., 108. Zur (Un-)Anwendbarkeit des Art. 146 GG: *Josef Isensee*, Schlußbestimmung des Grundgesetzes, Art. 146, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR VII, <sup>1</sup>1992, § 166 Rn. 68.

Strömungen und den außerparlamentarischen Kräften überlassen worden wären. Die These sei gewagt: daß eine Voraussetzung der Erfolgsgeschichte der Bundesrepublik im Ausschluß des Plebiszits liegt und daß das Grundgesetz seine heutige Popularität in einem hohen Maße einem verkannten und unpopulären Grundzug verdankt: der konsequenten Durchführung des Repräsentationsprinzips. Seine Aufweichung oder Auflösung gäbe den Weg frei zu einer anderen Republik.

### III. Verfassunggebung ohne Votum des Volkes

#### 1. Entstehung des Grundgesetzes

Das Grundgesetz kam im Jahre 1949 ohne unmittelbare Mitwirkung des Volkes zustande. Der Parlamentarische Rat war keine Nationalversammlung wie jene von Weimar, die durch Volkswahl zur Verfassunggebung berufen war. Vielmehr waren seine Mitglieder von den Landtagen nach Parteiproporz entsandt worden. Das Volk wurde auch nicht gefragt, ob es den Verfassungsentwurf, den der Parlamentarische Rat erstellt hatte, annehmen wolle. Die Entscheidung über die Annahme trafen die Volksvertretungen der (west-)deutschen Länder, nachdem die drei westalliierten Militärgouverneure ihre Genehmigung (mit vereinzelt Vorbehalten) erteilt hatten.<sup>43</sup> Das Verfahren verstand sich nicht von selbst. Immerhin hatten die Alliierten anfänglich eine Volksabstimmung gefordert, damit die westdeutsche Bevölkerung sich zu ihrer Verfassung bekenne und die Verantwortung nicht auf die Besatzungsmächte abschiebe.<sup>44</sup> Ein Grund, weshalb der Parlamentarische Rat das Referendum ablehnte, war der Wunsch, das Verfahren zu beschleunigen. Doch dieser Lösung waren Kontroversen vorausgegangen.<sup>45</sup> So hatte der Abgeordnete *Heinrich von Brentano* (CDU) sich dafür eingesetzt, der Verfassungsentwurf müsse dem deutschen Volk vorgelegt und dieses befragt werden, ob es unter dieser Verfassung leben wolle. Ein Absehen von einer Volksabstimmung werde ein politisches Versäumnis und ein ernster politischer Fehler sein. Nur die Gesamtheit des Volkes könne die Verfassung mit dem er-

43 Art. 144 Abs. 1 GG. Zum historischen Vorgang *Reinhard Mußgnug*, Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR I, 72003, § 8 Rn. 84 ff., 97.

44 Im Frankfurter Dokument I und in der Konferenz mit den Ministerpräsidenten am 20. Juli 1948, vgl. Johannes Wagner (Hg.), *Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle*, Bd. 1, 1975, S. 30 ff. (32); 163 ff. (165).

45 Bericht: JöR n. F. 1, S. 919 ff.



forderlichen Vertrauen ausstatten und sie damit zu lebendiger Wirksamkeit bringen, die für eine gesunde Entwicklung der Demokratie Voraussetzung sei.<sup>46</sup>

Dieser Warnung zum Trotz sollte das Grundgesetz das erforderliche Vertrauen auch ohne anfängliches Referendum finden und es zu lebendiger Wirksamkeit bringen. Im Jahre 1949 hatte das Gros der Deutschen dringlichere Sorgen, als sich um die bestmögliche Verfassung zu kümmern. In den folgenden Jahrzehnten aber lernten die Deutschen im tätigen Umgang mit der Verfassung, die Freiheit, die sie bot, wahrzunehmen, die Institutionen, die sie schuf, mit Leben zu füllen, und dem Recht, das sie vorgab, zu vertrauen. In den Wahlen zum Bundestag bestätigten sie indirekt das Grundgesetz, indem sie mit überwältigender Mehrheit ihre Stimmen den verfassungstragenden und den verfassungstreuen Parteien gaben.<sup>47</sup> Im Laufe der Jahrzehnte erreichte das Grundgesetz einen Grad von Akzeptanz wie niemals zuvor eine Verfassung in der deutschen Geschichte. Die eigenartigen Umstände seiner Entstehung fanden allenfalls akademisches Interesse.

## 2. Die Verfassung des wiedervereinten Deutschland

Doch im Jahre 1990 gewann das Thema jäh politische Brisanz, als die Wiedervereinigung Deutschlands in greifbare Nähe rückte und sich die Möglichkeit abzeichnete, daß das Grundgesetz auf einem der zwei legalen Wege, die es selber vorgezeichnet hatte, abgelöst werden könnte, durch eine andere, nunmehr gesamtdeutsche Verfassung, »die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung« hätte beschlossen werden müssen (Art. 146 GG a. F.). Vorgesehen für eine solche Verfassungsgebung, der das Grundgesetz hatte weichen wollen, waren die Fähigkeit des deutschen Volkes, »frei von äußerem und innerem Zwang« zu entscheiden, und »ein gewisser Mindeststandard freiheitlich-demokratischer Garantien«.<sup>48</sup> Damit war jedoch nicht bereits das Verfahren festgelegt, in dem das Volk seinen Willen hätte kundgeben können. Zulässig gewesen wäre sowohl der repräsentative Modus über eine vom Volk gewählte Nationalversammlung als auch der plebiszitäre über ein Verfassungsreferendum.<sup>49</sup>

Die politischen Befürworter einer solchen Ablösung des Grundgesetzes strebten eine Volksabstimmung an. Sie werde, so verhiessen sie, den Geburtsmakel tilgen, der am Grundgesetz haften: daß nicht das Volk selbst es in Kraft gesetzt habe und daß die, die es beschlossen hätten, sich nicht auf sein Mandat

46 Parlamentarischer Rat, Plenum, 9. Sitzung v. 6. 5. 1949, Sten. Ber. S. 192, 193.

47 Dazu *Mußgnug* (Fn. 43), § 8 Rn. 100 f.

48 So BVerfGE 5, 85 (131 f.) – KPD-Urteil von 1956.

49 Vgl. *Udo Steiner*, Verfassungsgebung und verfassungsgebende Gewalt des Volkes, 1966, S. 97 ff.; *Isensee* (Fn. 42), § 166 Rn. 19 f.

hätten stützen können. Dem Grundgesetz fehle also die demokratische Legitimation.<sup>50</sup> Doch das Erfordernis demokratischer Legitimation folgt aus der Verfassung. Es geht ihr nicht voraus und es bildet keinen Maßstab, an dem sie gemessen werden könnte. Die Verfassung der Demokratie braucht nicht nach demokratischen Regeln zustande zu kommen. Gäbe es solche Regeln, so stünden sie im Rang höher als die Verfassung selbst, und die Frage nach dem Geltungsgrund der höchsten Norm verschöbe sich um eine Stufe weiter. Da aber die Verfassung keine staatliche Norm über sich kennt, kann sie auch von keiner in Frage gestellt werden. Sie leitet denn auch ihre Geltung nicht aus staatlichen Normen ab, sondern aus dem noch unverfaßten und unnormierten Willen des Volkes. Das entspricht dem Selbstverständnis des Grundgesetzes, das sich in seiner Präambel auf die verfassunggebende Gewalt des Deutschen Volkes beruft, also einschlußweise jeden Vorwurf eines Geburtsmakels zurückweist. Die Präambel ist kein historischer Bericht. Nur wer sie so mißversteht, kann sie der Lüge zeihen.<sup>51</sup> Die Präambel beschreibt nicht, unter welchen Umständen das Grundgesetz zustande kam. Vielmehr nennt es den vorrechtlichen Grund, auf den es seinen Geltungsanspruch stützt. Das ist eine normative Aussage, die nicht empirisch bewiesen oder widerlegt werden kann. Das Grundgesetz nennt den vorrechtlichen Grund seiner Geltung. Das deutsche Volk erscheint in diesem Kontext nicht als Handlungssubjekt, sondern als Referenzsubjekt.<sup>52</sup> Für die Geltung einer Verfassung kommt es nicht darauf an, ob und wieweit sie ihren Ursprung aus dem Willen des Volkes nachweisen kann, sondern ob sie hier und heute vom Willen des Volkes getragen wird. Diese Voraussetzung aber erfüllte das Grundgesetz in seinem ursprünglichen Geltungsbereich des Jahres 1990 in vollem Maße.

Als im Jahre 1990 die Weichen zur Wiedervereinigung gestellt wurden, diente die Geburtsmakeltheorie denn auch nicht der verfassungsgeschichtlichen Auf-

50 Repräsentativ für die Geburtsmakeltheorie *Hans Meyer*, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 49 (1990), S. 161 (163 f.); *ders.*, Diskussionsbeitrag, in: ZParl 1990, S. 340 f.; *Dieter Grimm*, Risiko Demokratie, in: FAZ v. 5. 4. 1990, S. 35; *Rainer Wahl*, die Verfassungsfrage nach dem Beitritt, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis 1990, S. 468 (476); *Hans-Peter Schneider*, Die verfassunggebende Gewalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII, 1992, § 158 Rn. 37. Ablehnend *Wolfgang Knieps*, Verfassungsgebung oder Verfassungsänderung?, in: Eckart Klein (Hg.), Verfassungsentwicklung in Deutschland nach der Wiedervereinigung, 1994, S. 13 (18 ff.); *Paul Kirchhof*, Brauchen wir ein erneuertes Grundgesetz?, 1992, S. 17 f.; *Isensee* (Fn. 42), § 166 Rn. 32 ff.; *Martin Heckel*, Die Legitimation des Grundgesetzes durch das deutsche Volk, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VIII, 1995, § 197 Rn. 42 ff.

51 So aber Fehldeutung und Vorwurf durch *Hans-Peter Schneider*, in: Der Spiegel, Heft 33 (1990), S. 19; *Rainer Wahl* (Fn. 50), S. 468 (476); *Michael Sachs*, Das Grundgesetz im vereinten Deutschland, in: JuS 1991, S. 985 (990).

52 Zu Tradition und rechtlicher Relevanz der Lehre von der verfassunggebenden Gewalt des Volkes *Josef Isensee*, Das Volk als Grund der Verfassung, 1995, S. 21 ff., 43 ff., 68 ff., 95 ff. (Nachw.).

klärung, sondern der verfassungspolitischen Delegitimation des Grundgesetzes, in der Absicht, seine Ablösung zu erwirken. Das Ziel wurde verfehlt. Die Wiedervereinigung vollzog sich auf dem anderen Weg, den das Grundgesetz vorgezeichnet hatte: durch Beitritt der DDR zum Staatsverband der Bundesrepublik Deutschland, mit der Folge, daß das Grundgesetz seine Geltung auf das Beitrittsgebiet ausweitete.<sup>53</sup> Die Übernahme des Grundgesetzes war eine verfassungsgesetzliche Folge des Beitritts. Diese bedurfte nicht des Plebiszits, und sie hätte es auch nicht vertragen. Gleichwohl wurde sie vom Einigungsvertrag unterfangen und näher ausgestaltet, mithin von den demokratisch legitimierten Institutionen beider deutscher Staaten getragen. Die Kontinuität der Verfassungsgeltung blieb gewahrt.<sup>54</sup>

### 3. Plebiszitäres Menetekel

Die einmalige Gelegenheit, die Option der Verfassungsablösung auszuüben, ging vorüber. Daher ist sie seither obsolet. Allerdings wurde die Schlußbestimmung des Art. 146 GG in veränderter Form im Zuge der einigungsvertraglichen Verfassungsrevision erneuert. Damit zeichnet sich die diffuse Möglichkeit eines dereinstigen Volksentscheids über eine Ablösung des Grundgesetzes ab – an einem dies incertus an, incertus quando. Die Verfassungsinterpreten streiten, ob und unter welchen Bedingungen das Grundgesetz durch eine andere Verfassung abgelöst werden könnte.<sup>55</sup> Die Schlußbestimmung des neuen Art. 146 ist der Blinddarm des Grundgesetzes: rechtlich überflüssig, doch politisch entzündlich. Sie schürt Hoffnungen und Ängste. Immerhin hat sie einen guten Sinn. Sie erinnert, daß jede Generation das Erbe des Grundgesetzes erwerben muß, um es zu besitzen, daß die freiheitliche Ordnung, die es vorgibt, der stetigen Zufuhr an Akzeptanz bedarf, um weiterzuleben, kurz: daß Inhalt und Wirksamkeit des Grundgesetzes abhängen von tagtäglichem Plebiszit, zu dem alle Bürger aufgerufen sind.

53 Art. 23 S. 2 GG a. F. Dazu *Peter Lerche*, Der Beitritt der DDR – Voraussetzungen, Realisierung, Wirkungen, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR VIII, <sup>1</sup>1995, S. 194.

54 Dazu *Hans Hugo Klein*, Kontinuität des Grundgesetzes und seine Änderung im Zuge der Wiedervereinigung, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR VIII, <sup>1</sup>1995, § 198 Rn. 1 ff.

55 *Schneider* (Fn. 50), § 158 Rn. 38 f.; *Isensee* (Fn. 42), § 166 Rn. 48 ff., 61 ff.; *Heckel* (Fn. 50), § 197 Rn. 86 ff.; *Paul Kirchhof*, Die Identität der Verfassung, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR II, <sup>3</sup>2004, § 21 Rn. 56 ff., jeweils mit weit. Nachw.



## Das Grundgesetz und die Europäische Union

Von allen Einwirkungen auf unsere Verfassungsordnung hat die Einbindung Deutschlands in die Europäischen Gemeinschaften und die Europäische Union wohl den stärksten Einfluss ausgeübt. Die europäische Integration hat massive Veränderungen nicht nur im Text des Grundgesetzes ausgelöst. Sie hat auch durch eine allmähliche Verdrängung von Verfassungssubstanz und durch neue Steuerungselemente für die Politikgestaltung das staatsrechtliche Gefüge der Bundesrepublik Deutschland nachhaltig verändert, dadurch kommt es zu einer Art »Verfassungsdurchbrechung«.

Doch blicken wir zunächst einmal auf die Perspektive der Verfassungsgründer und den Wandel im verfassungsrechtlichen Selbstverständnis.

### I. Selbstbewusste Integrationsoffenheit

Von allen europäischen Verfassungen zeichnet sich das Grundgesetz durch eine besonders prononcierte Offenheit für die Integration unter dem Dach der Europäischen Union aus. Mit nobler Demut begründet die Präambel den Willen des deutschen Volkes, »als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa den Frieden der Welt zu dienen«. Die allgemeine Bereitschaft zur Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen (Art. 24 Abs. 1 GG) wird später mit Blick auf den Vertrag von Maastricht durch den »Europa-Artikel« des neuen Artikel 23 GG ergänzt, der die Einbindung in die Europäische Integration zum Staatsziel erklärt<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> BVerfG, 2 BvE 2/08 u. a., NJW 2009, S. 2267 Rn. 225; *Peter Badura*, Das Staatsziel »Europäische Integration«, in: Festschrift für Herbert Schambeck, 1994, S. 887 ff.; *Matthias Herdegen*, Die Belastbarkeit des Verfassungsgefüges auf dem Weg zur Europäischen Union, in: EuGRZ 1992, S. 589 ff.; *ders.*, Die Europäische Union als Wertegemeinschaft: aktuelle Herausforderungen, in: Festschrift für Rupert Scholz, 2007, S. 139 ff., *Karl-Peter Sommermann*, Staatsziel »Europäische Union«. Zur normativen Reichweite des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG nF, in: DÖV 1994, S. 596 ff.

Mit dem Heranwachsen der Bundesrepublik Deutschland, nunmehr zu einem gewichtigen Glied des Europäischen Staatenverbunds, finden in die Öffnung für die Europäische Integration zunehmend selbstbewusste Züge Eingang. Die »Solange«-Rechtsprechung forderte zunächst demokratische und grundrechtliche Standards ein<sup>2</sup>; sie legt dann in wohlgefälliger Betrachtung des nunmehr erreichten Grundrechtsstandards die Überprüfung von EG-Rechtsakten am Maßstab des Grundgesetzes auf Eis – mit dem einschneidenden Vorbehalt, dass elementare Verfassungssubstanz nicht beschädigt wird<sup>3</sup>. Im Widerhall dieser Rechtsprechung formuliert die Vorschrift des Art. 23 Abs. 2 Satz 1 GG sehr deutliche Bedingungen für die künftige Mitwirkung Deutschlands bei der Europäischen Union: »demokratische, rechtsstaatliche, soziale und föderative Grundsätze, das Prinzip der Subsidiarität und schließlich einen dem Grundgesetz im Wesentlichen vergleichbarer Grundrechtsschutz«.

Das *Maastricht*-Urteil mahnt ohne falsche Bescheidenheit die Einhaltung der Kompetenzgrenzen durch die Europäische Union und die Gemeinschaften an<sup>4</sup>; gleichzeitig macht das Bundesverfassungsgericht – wiederum selbstbewusst – dem Europäischen Gerichtshof mit geradezu grandseigneuraler Manier das Angebot zu guter Kooperation. Dieses verfassungsrechtlich genährte Selbstbewusstsein ist bei weiten Teilen der reinen Europarechtslehre<sup>5</sup>, aber auch beim Europäischen Parlament<sup>6</sup>, auf schroffen Widerspruch gestoßen.

In seiner neuen Entscheidung zum Vertrag von Lissabon hat das Bundesverfassungsgericht das Beharren auf verfassungsrechtlich geprägte Identität noch einmal akzentuiert. Die Bewahrung der Souveränität der Bundesrepublik<sup>7</sup> wird hier geradezu zum Leitthema der verfassungsrechtlichen Würdigung der europäischen Integration. Dieses Leitthema wird in allen Variationen mit der »Integrationsverantwortung« der Verfassungsorgane<sup>8</sup> ausgeführt.

2 BVerfGE 37, 271 (280, 285 f.) – »Solange I«.

3 BVerfGE 73, 339 (375 f., 378 f., 387) – »Solange II«.

4 BVerfGE 89, 155 (186, 188, 210 f.).

5 Christian Tomuschat, Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, in: EuGRZ 1993, S. 489 ff.

6 Entschließung des Europäischen Parlaments zu den Beziehungen zwischen dem Völkerrecht, dem Gemeinschaftsrecht und dem Verfassungsrecht der Mitgliedsstaaten v. 2.10.1997, A4–0278/97, in: EuZW 1998, S. 165.

7 BVerfG (Fn. 1) u. a. 216, 223 ff., 249, 299 ff., 329, 339 ff., 351.

8 BVerfG (Fn. 1) u. a. Rn. 236 ff.

## II. Wechselwirkungen zwischen Europarecht und Verfassungsrecht

Die deutsche Verfassungsordnung und das Recht der Europäischen Union stehen in einem Verhältnis osmotischer Durchdringung. Auch außerhalb des »Europaartikels« haben die europäischen Verträge in den Änderungen des Kommunalwahlrechts für Unionsbürger (Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG), zur Auslieferung Deutscher (Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG), zum Asylrecht (Art. 16a GG) und zur Europäischen Währungsunion (Art. 88 Satz 2 GG) Spuren hinterlassen. Auch die Novellierung zum Wehrdienst für Frauen (Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG n.F.) geht auf gemeinschaftsrechtliche Impulse zurück.

Wichtiger vielleicht noch als die ausdrücklichen Änderungen im Grundgesetz ist die Überlagerung der staatsrechtlichen Gewaltenteilung durch neue verbindliche Standards vor allem für die Haushalts- und Wirtschaftspolitik. Im Kräfteparallelogramm des »gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichtes« (Art. 109 Abs. 2 GG) hat der EG-Vertrag die Preisstabilität zum dominierenden Faktor gemacht (Art. 105 Abs. 1 Satz 1 EG). Die Vorschrift über die Haushaltsdisziplin (Art. 104 EG) und die Mechanismen des »Stabilitäts- und Wachstumspaktes« transportieren den wohl ehrgeizigsten Versuch, ökonomische Rationalität in normative Standards umzumünzen, in das Zentrum nationaler Politikgestaltung. Wer die europarechtlichen Verpflichtungen ernst nimmt, wird in der neuen Aufnahme der sog. »Schuldenbremse« in das Grundgesetz (Art. 109, 115 GG) auch keine Verletzung der von Art. 79 Abs. 3 GG gewährleisteten Eigenstaatlichkeit der Länder sehen können.<sup>9</sup>

Umgekehrt hat das Vorbild des deutschen Staatsrechts auf die Gewährleistung der Menschenwürde an der Spitze der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Art. 1) und die Unabhängigkeit der Zentralbanken (Art. 108 EG) prägend eingewirkt.

## III. Vorbehalte gegen die Anwendbarkeit von EU-Recht zu Gunsten unaufgebbarer Verfassungssubstanz

Die materiellen Schranken, die das Grundgesetz für die Übertragung von Hoheitsrechten und die Einbettung Deutschlands in den europäischen Integrationsprozess errichtet, begrenzen aus verfassungsrechtlicher Perspektive zwingend den Geltungsanspruch von EU-/EG-Recht im innerstaatlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland. Dies ist der ganze Kern der »Solange«-Recht-

<sup>9</sup> Siehe *Matthias Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 79 Abs. 3 Rn. 164.



sprechung<sup>10</sup>. Das Lissabon-Urteil bekräftigt noch einmal das Monopol des Bundesverfassungsgerichts auf die von ihm sog. »Identitätskontrolle«.<sup>11</sup>

Auch andere Verfassungsgerichte haben sich die Sicht von der notwendigen Verankerung des Geltungsanspruches von EU-Recht in der jeweiligen nationalen Verfassung zu eigen gemacht<sup>12</sup>, die dann auch den Vorrang des Gemeinschaftsrechts konditioniert.<sup>13</sup>

Auf der anderen Seite brauchen die Europäische Union und die Gemeinschaften mit ihren Organen auf derartige Verfassungsvorbehalte keine Rücksicht zu nehmen. Die Nichtbeachtung von EU-Recht unter Berufung auf die eigene Verfassung ist schlicht eine Vertragsverletzung. Hier besteht ein nicht völlig auflösbares Konfliktpotential. Dies wird sich dann – und nur dann – ändern, wenn der unbedingte Vorrang des EU-Rechts im Grundgesetz und den anderen Verfassungen anerkannt wird. Darin läge ein entscheidender Schritt in Richtung auf einen europäischen Bundesstaat und zu einer einschneidenden Minderung der Souveränität der Mitgliedstaaten. Hiervon sind wir aber noch sehr weit entfernt.

Der »Solange«-Vorbehalt lässt dem EU-Recht weiten Raum für die Verdrängung von Verfassungssubstanz. Namentlich der Harmonisierungseifer im Bereich der Zusammenarbeit in Strafsachen gibt grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Bedenken Nahrung. Während sich jetzt noch die grundgesetzlichen Standards bei der innerstaatlichen Umsetzung von Rahmenbeschlüssen in diesem Gebiet voll durchsetzen<sup>14</sup>, wird sich dies mit dem Vertrag von Lissabon und der dort vorgesehenen Vergemeinschaftung der »dritten Säule« grundlegend ändern.

Die Verantwortung für die möglichst weite Schonung von Verfassungssubstanz liegt bei den Vertretern der Bundesrepublik Deutschland im Rat der Europäischen Union, die auch in dieser Funktion nach Art. 20 Abs. 3 GG in verfassungsrechtlicher Gebundenheit agieren<sup>15</sup>. Ganz anders handeln die Abgeordneten des Europäischen Parlaments frei von jeder grundgesetzlichen Bindung. Das bedeutet auch, dass jede Steigerung des parlamentarischen Einflusses zu Lasten des Rates die Einwirkung des Grundgesetzes auf die europäische Willensbildung schwächt.

Im Übrigen besteht kein Anlass, mögliche Grundrechtskonflikte zu dramatisieren. Viele Eingriffe in Privatautonomie und wirtschaftliche Freiheiten im eifernden Kampf gegen jede Form der Diskriminierung, allseits als Wohltat

10 BVerfGE 89, 155, 174 f.; siehe oben bei Fn. 2 und 3.

11 BVerfG (Fn. 1) u. a. Rn. 241.

12 Tribunal constitucional von Spanien, in: EuGRZ 1993, 285 ff.

13 Siehe Oberster Gerichtshof von Dänemark, in: EuGRZ 1999, 49 ff.

14 Vgl. BVerfGE 113, 273.

15 Hierzu *Matthias Herdegen*, Europarecht, 11. Auflage 2009, S. 112 ff.

gelobte Preisregulierungen im Dienste des Verbraucherschutzes (etwa bei Bankgebühren oder Mobilfunkkosten) und die Ausrottung der schlimmen Glühbirne im Dienste der Energieeinsparung treffen in der deutschen Grundrechtsordnung auf keine größere Sensibilität als im Europarecht. Bei der Umsetzung von individuellen Sanktionen des UN-Sicherheitsrates hat der Europäische Gerichtshof durch die Einforderung des EU-Grundrechtsstandards mögliche Konflikte mit den nationalen Grundrechtsordnungen vermieden.

#### IV. Kompetenzkonflikte

Nimmt man die notwendige Rückführung der Übertragung von Hoheitsrechten auf die parlamentarische Zustimmung ernst, behält die Bundesrepublik Deutschland aus verfassungsrechtlicher Sicht insoweit die Deutungshoheit über die vertraglichen Kompetenzschränken der Europäischen Union<sup>1617</sup>. Diese Deutungshoheit teilt das Bundesverfassungsgericht aber mit dem Europäischen Gerichtshof und den Gerichten anderer Mitgliedstaaten. Zu Deutungskonflikten kann es dann kommen, wenn die Grenzen vertretbarer, d. h. aus deutscher Sicht vorhersehbarer Auslegung und Rechtsfortbildung durch die EU-Organe überschritten werden. Der Vorrang des EU-Rechts löst einen solchen Konflikt nicht. Denn dieser Vorrang bezieht sich nur auf Rechtsetzung und Rechtsfindung innerhalb des vertraglichen Rahmens<sup>18</sup>.

Eine eigene Problematik birgt dabei die vom Verfassungsgericht praktizierte verfassungskonforme Auslegung des Vertrages von Lissabon<sup>19</sup>. Auf völker- und europarechtlicher Ebene sind verfassungsrechtliche Deutungsvorbehalte als solche unbeachtlich. Solange völkerrechtlich tragfähige Auslegungsvarianten mit der verfassungskonformen Deutung kollidieren, ist mit der Ratifikation die Gefahr einer Vertragsverletzung vorprogrammiert. Deutschland gerät dann in eine unbehagliche Position, wenn der Europäische Gerichtshof und die anderen Mitgliedstaaten sich die deutsche Sicht nicht zu eigen machen.

16 EuGH, Rs. C-402/05, – *Kadi*.

17 BVerfGE 89, 155 (188); BVerfG (Fn. 1) u. a. Rn. 236 ff.

18 So zutreffend BVerfG (Fn. 1) u. a. Rn. 343; siehe auch Schlusserklärung Nr. 17 zum Vertrag von Lissabon.

19 BVerfG (Fn. 1) u. a. Rn. 362 ff.

## V. Mitwirkung des Deutschen Bundestages

Die demokratische Rückbindung der Übertragung von Hoheitsrechten erzwingt eine gestaltende Mitwirkung des Deutschen Bundestages auf zwei Ebenen. Zunächst verlangt Art. 23 Abs. 1 GG in Satz 2 und 3, dass die vertraglichen Grundlagen auf einem Zustimmungsgesetz ruhen, das bei Einwirkung auf die Verfassungssubstanz mit verfassungsändernden Mehrheiten verabschiedet worden ist. Nach dem Demokratieprinzip muss das vertragliche Integrationsprogramm zugleich ausreichend bestimmt sein, d. h. die Konturen der künftigen Rechtsgestalt der Europäischen Union erkennen lassen<sup>20</sup>.

Auf der nachgelagerten Ebene der Beschlussfassung im Rat behandelt die Vorschrift des Art. 23 GG das Parlament im Vergleich zur liebevollen Behandlung der Länderinteressen geradezu stiefmütterlich (Art. 23 Abs. 2 und 3 GG). Die Geschichte des europäischen Haftbefehls mit dem unbekümmerten Umgang deutscher Fachminister mit verfassungsrechtlichen Anforderungen<sup>21</sup> ist hier ein besonders nachdenklich stimmendes Lehrstück für parlamentarisch ungebändigte Regelungsseligkeit.

Schon bisher ist im deutschen Staatsrecht über einen zwingenden Parlamentsvorbehalt für bestimmte Ratsbeschlüsse nachgedacht worden<sup>22</sup>. Eine ganz neue Dimension erreicht der Parlamentsvorbehalt wie ihn jetzt das Lissabon-Urteil formuliert: Vertragssimmanente Kompetenzerweiterungen, wesentliche Abänderungen der Entscheidungsfindung oder vertraglich kaum vorstrukturierte Regelungen in verfassungsrechtlich besonders sensiblen Bereichen bedürfen einer speziellen parlamentarischen Grundlage als Bedingung für die deutsche Zustimmung im Rat der Europäischen Union. Dabei verlangt das Verfassungsgericht jetzt ein Zustimmungsgesetz nach Art. 23 Abs. 1 Satz 2 (und erforderlichenfalls Satz 3 GG) beim Übergang zum Mehrheitsprinzip nach der allgemeinen Brückenklausel in Art. 48 Abs. 7 EU n.F.<sup>23</sup> und bei der Ausübung der »Vertragsabrundungskompetenz« des Art. 353 AEU, die mittlerweile einen neuen Anwendungsbereich erhalten hat.<sup>24</sup> In anderen Fällen bedarf die deutsche Zustimmung im Rat eines schlichten Zustimmungsbeschlusses des Deutschen Bundestages und – nach Maßgabe der berührten Gesetzgebungskompetenz der Länder – des Bundesrates, nämlich bei der Inanspruchnahme spezieller Brü-

20 BVerfGE 89, 155 (183 f., 187); BVerfG (Fn. 1) u. a. Rn. 236.

21 Siehe BVerfGE 113, 273; zu den in der Verhandlung auch von dem Bundesverfassungsgericht aufgearbeiteten Hintergründen *Frank Schorkopf*, Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht, 2006.

22 *Matthias Herdegen*, Europarecht, 11. Auflage 2009, S. 117 f.

23 BVerfG (Fn. 1) u. a. Rn. 319.

24 BVerfG (Fn. 1) u. a. Rn. 328.

ckenklauseln<sup>25</sup>. Schließlich hat sich bei der Suspendierung des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens (»Notbremseverfahren«) im Strafrecht nach Art. 83 AEU<sup>26</sup> und im Sozialrecht gemäß Art. 48 Abs. 2 AEU<sup>27</sup> der deutsche Vertreter nach Weisungen der gesetzgebenden Körperschaften zu richten. Auch für den Einsatz deutscher Streitkräfte mahnt das Bundesverfassungsgericht den Parlamentsvorbehalt an<sup>28</sup>. Dabei übersieht das Gericht, dass die Beistandsverpflichtung nach Art. 42 Abs. 7 UAbs. 1 Satz 1 EU n.F. viel weiter reicht als die Beistandsklausel nach dem NATO-Vertrag. Wenn die Mitgliedstaaten im Beistandsfall »alle in ihrer Macht stehende Hilfe und Unterstützung« schulden, bedeutet dies auch den Einsatz der Streitkräfte. Diese Klausel ist der Beistandspflicht nach Art. 5 des WEU-Vertrages nachgebildet, die bisher noch keiner als staatsrechtlich bedenklich eingestuft hat.

Die Ausweitung der parlamentarischen Mitwirkung ist eine im Grundsatz notwendige Antwort auf das Übergewicht der Exekutive im europäischen Integrationsprozess, die das deutsche Staatsrecht bislang nicht ernst genug genommen hat. Allerdings machen die neuen Konstruktionen die Entscheidungsfindung in Europa und das Aushandeln von Paketlösungen nicht einfacher. Es bleibt abzuwarten wie sich die strenge parlamentarische Rückbindung auf das politische Gewicht der Bundesrepublik Deutschland im Konzert der Mitgliedstaaten auswirkt.

## VI. Auswirkungen der europäischen Integration auf die föderale Balance

Der europäische Integrationsprozess berührt Kompetenzen von Bund und Ländern gleichermaßen. Dies zwingt zu einer »Nachführung« der europarechtlichen Entwicklung im Verfassungsrecht. Bei der Einführung des neuen Art. 23 GG haben die Länder im Ringen um die Mitwirkung an Rechtsetzungsprozessen in der Europäischen Union ihre Interessen in weit reichender, ja extremer Form durchzusetzen vermocht (Art. 23 Abs. 4 bis 6 GG). Der Außenvertretung der Bundesrepublik Deutschland im Rat der Europäischen Union durch einen vom Bundesrat benannten Vertreter der Länder (Art. 23 Abs. 6 Satz 1 GG) ist (auch von mir) als zu schwierigen Abstimmungsprozessen zwingendes, der Vertretung deutscher Interessen im Rat abträgliches Kuriosum

---

25 Etwa Art. 31 Abs. 3 EU n.F.; BVerfG (Fn. 1) u. a. Rn. 320 f.

26 BVerfG (Fn. 1) u. a. Rn. 365.

27 BVerfG (Fn. 1) Rn. 400.

28 BVerfG (Fn. 1) u. a. Rn. 386 ff.

kritisiert worden<sup>29</sup>. Allerdings hat die bisherige Praxis derartige Befürchtungen nicht bestätigt. Auch Belgien und Österreich praktizieren ein ähnliches Modell.

## VII. Das Grundgesetz und künftige Erweiterungen der Europäischen Union

Das Grundgesetz äußert sich nicht ausdrücklich zu den staatsrechtlichen Anforderungen für eine Erweiterung der Europäischen Union. Wohl aber verlangt es für die Übertragung von Hoheitsrechten mit der dann möglichen Verdrängung von Verfassungssubstanz eine 2/3-Mehrheit in den gesetzgebenden Körperschaften (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG). Wenn man sich vergegenwärtigt, dass jeder Beitritt eines neuen Mitgliedstaates die Ausübung übertragener Hoheitsrechte durch Veränderung der Kräfteverhältnisse in den Organen der Europäischen Union (der Gemeinschaften) nach sich zieht, müssen derartige beitriffsbedingte Vertragsänderungen ebenso behandelt werden wie die Übertragung von Hoheitsrechten. Dies bedeutet, dass jede EU-Erweiterung dann auch der verfassungsändernden Mehrheiten für das Zustimmungsgesetz bedarf.<sup>30</sup> Das heißt dann auch, dass jede Volkspartei mit mindestens einem Drittel der Parlamentssitze künftige Erweiterungen der Europäischen Union aus eigener Kraft verhindern kann. Die Implikationen dieser Auslegung von Art. 23 GG für den Beitritt der Türkei liegen auf der Hand. Ich halte diese Folgen auch rechtspolitisch für richtig. Angesichts der Bedeutung der vergemeinschafteten Kompetenzen erscheint es sachlich geradezu geboten, dass massive Gewichtsverschiebungen in der Europäischen Union von den verfassungsändernden Mehrheiten im Bundestag und Bundesrat getragen werden.

## VIII. Vertiefung der europäischen Integration

Die vielleicht spannendste Frage gilt den Grenzen, die das Grundgesetz künftigen Integrationsschritten zieht. Wie viel an fortschreitenden Kompetenzzuwächsen zugunsten der Europäischen Union und der Gemeinschaften nimmt die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland noch hin?

Solange aus deutscher Sicht Legitimationsgrundlage für die europäische Regelungsgewalt das deutsche Staatsvolk Bezugspunkt und Quell aller Legitimation ist, muss der Bundesrepublik Deutschland – und damit auch der

29 Vgl. Matthias Herdegen, in: EuGRZ 1992, S. 589 ff. (593 f.).

30 So Matthias Herdegen, *Europarecht*, 11. Aufl. 2009, S. 85; *ders.*, in: *Festschrift für Rupert Scholz*, 2007, S. 139 ff. (146).

Volkvertretung – ein hinreichendes Maß an staatsrechtlichem Eigenleben zu eigen sein<sup>31</sup>. Dieses Reservat politischer Selbstbestimmung gebieten nicht nur der Grundsatz der Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 2 GG), sondern auch der materielle Gehalt des aktiven Wahlrechts aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG und vor allem die »föderativen Grundsätze« von den Art. 23 Abs. 1 GG als Bedingung für die deutsche Einbindung in die Europäische Union.

Das Lissabon-Urteil versucht in besonders ambitionierter Weise verfassungsrechtliche »claims« für das freie staatsrechtliche Eigenleben der Bundesrepublik Deutschland abzustecken und die staatliche Souveränität mit unaufgebbarer Substanz zu unterlegen. Zu dieser Strategie gehört die positive Umschreibung von Hoheitsbereichen, in denen sich die politische Selbstbestimmung des deutschen Volkes zumindest im Kern ohne europäische Fremdsteuerung entfalten muss. Dies sind Bereiche, die sich durch besondere Grundrechtsrelevanz auszeichnen oder von besonderer Bedeutung für die politische, wirtschaftliche, soziale und kulturelle Ordnung sind: etwa die Gewährleistung von Sicherheit (Gewaltmonopol), die Budgethoheit, das Strafrecht, das Familienrecht, die Medienordnung, das Sozialrecht und die Bildung<sup>32</sup>. Ein solcher Katalog souveränitätsrelevanter Bereiche hat den Charme, dass er demokratische Selbstbestimmung nicht in ängstlicher Abwehr jeweils neuer Kompetenzverluste umschreibt, sondern mit einem positiven Gehalt unterlegt. Auf der anderen Seite liegen die Probleme einer positiven Umschreibung auf der Hand. Weder das Grundgesetz noch der völkerrechtliche Staatsbegriff formulieren einzelne mehr oder weniger unantastbare Regelungsdomänen.

Deutschlands Status als souveräner Staat hat jedenfalls den bislang massivsten Einbruch, nämlich den Verlust der Währungshoheit (die seit *Jean Bodin* als klassisches Attribut souveräner Staatlichkeit gilt<sup>33</sup>), überdauert. Auch die einschneidenden Standards für die Haushaltsdisziplin, die an den Nerv nationaler Politikgestaltung rühren haben die Bundesrepublik Deutschland nicht einmal an den Rand des Untergangs als souveräner Herrschaftsverband geführt. Hierfür ist weniger die deutsche Selbsteinschätzung<sup>34</sup> maßgeblich, als vielmehr die Qualifikation der internationalen Gemeinschaft, die den Status der Mitglieder der Eurozone als souveräne Staaten nie in Zweifel gezogen hat. Die Souveränität Deutschlands würde wohl auch die weitgehende Vergemeinschaftung der Verteidigungspolitik überleben. Der tiefere Grund dafür, dass sich für die zulässige Übertragung von Kompetenzen kein bestimmter Fixpunkt for-

31 Zum Erfordernis »hinreichend bedeutsamer eigener Aufgabenfelder« für die einzelnen Mitgliedstaaten sowie von Aufgaben und Befugnissen von substantiellem Gewicht für den Deutschen Bundestag BVerfGE 89, 155 (186).

32 BVerfG (Fn. 1) u. a. Rn. 249 ff.

33 *Jean Bodin*, *Six livres de la République*, 1576, Buch 1, 10. Kapitel.

34 Vgl. BVerfGE 89, 155 (190).

mulieren lässt (im Sinne eines »bis hierher und nicht weiter«), liegt in den besonderen Strukturen der europäischen Entscheidungsprozesse. Anders als bei einem um wesentliche Souveränitätsbereiche amputierten Protektorat, gibt die europäische Integration den Mitgliedstaaten Kompensation für den Kompetenzverlust: nämlich durch die Mitentscheidung an der Ausübung der übertragenen Kompetenzen. Der Gegensatz von nationaler Selbstbestimmung und supranationaler Fremdbestimmung wird dadurch entscheidend eingebeut. Entscheidend bleibt normativ ein auch unter demographischen Gesichtspunkten angemessenes Gewicht für die deutsche Mitwirkung in EU-Organen und – faktisch – der politische Wille der deutschen Vertreter, das staatsrechtliche Eigenleben der Bundesrepublik auch im Rausch europäischer Harmonisierungsfreude zu sichern.

In diesem Sinne sichert eine Stimmengewichtung nach demographischen Maßstäben im Rat der Europäischen Union oder auch nach der Finanz- und Wirtschaftskraft, wie künftig im Rat der Europäischen Zentralbank, eine verfassungsrechtlich angemessene Legitimation. Je stärker diese Repräsentation ausfällt, desto größer ist auch die Chance, dass verfassungsrechtliche Substanz auf die europäische Ebene transportiert wird. Dabei ist zu bedenken, dass anders als die deutschen Ratsmitglieder die deutschen Abgeordneten im Europäischen Parlament keinerlei verfassungsrechtlicher Bindung unterliegen. Insoweit besteht eine gewisse Spannung zwischen zunehmender Parlamentarisierung und der Bewahrung von Verfassungssubstanz.

Viel Scharfsinn ist gerade in Deutschland auf die Frage verwandt worden, ob das Grundgesetz der Bundesrepublik für einen echten europäischen Bundesstaat offen ist oder nicht. In der deutschen Staatsrechtslehre dominiert seit jeher die Ansicht, dass Art. 79 Abs. 3 GG verbietet, dass das Grundgesetz zur bloßen Verfassung des Gliedstaates eines europäischen Bundesstaates mutiert<sup>35</sup>. Das Lissabon-Urteil bekennt sich sehr prononciert zum Erhalt souveräner Staatlichkeit als absolute Integrationssschranke nach Art. 79 Abs. 3 GG und erteilt einem europäischen Bundesstaat als möglicher Option unter dem geltenden Grundgesetz eine Absage.<sup>36</sup>

Ich halte diese Anschauung, die ich selbst in einem früheren Leben mit verve vertreten habe<sup>37</sup>, heute für etwas undifferenziert. Der Begriff des Bundesstaates ist im vergleichenden Staatsrecht und im Völkerrecht ein Haus mit sehr vielen Wohnungen, in denen auch ein hohes Maß nationaler Selbstbestimmung und ein absoluter Schutz von Verfassungssubstanz Platz finden. So macht ein unbedingtes verfassungsvertragliches Austrittsrecht jeden Souveränitätsverlust

35 Zur Diskussion m. w. Nachw. *Matthias Herdegen* (Fn. 9), Art. 79 Abs. 3 Rn. 161 ff.

36 BVerfG (Fn. 1) u. a. Rn. 216, 228, 264.

37 Siehe *Matthias Herdegen*, in: EuGRZ 1992, S. 589 ff. (592 f.).



umkehrbar. Die weitreichenden Hindernisse für eine solche Umkehr in der Rechtswirklichkeit gelten etwa im Hinblick auf die Währungsunion schon heute.

Entscheidend kommt es wohl auf zwei Bedingungen an: nämlich dass (1.) die unaufgebbaren Verfassungsprinzipien des Art. 79 Abs. 3 GG jedenfalls für Deutschland auch verfassungsvertraglich auf europäischer Ebene garantiert sind und (2.) die Bundesrepublik Deutschland aus eigener Rechtsmacht die Wahrung eben dieser Prinzipien im Geltungsbereich des Grundgesetzes zu sichern vermag (und sei es auch durch ein unbeschränktes Austrittsrecht zu diesem Zweck)<sup>38</sup>.

Nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts bleibt völlig offen, ob und unter welchen Bedingungen eine bundesstaatlichen Ordnung für Europa sich mit dem Mechanismus der Verfassungsablösung nach Art. 146 GG – mit all seinen verfassungsrechtlichen Unwägbarkeiten – verwirklichen lässt. Der Blick des Gerichts über das Grundgesetz hinaus auf eine mögliche Verfassungsablösung durch den »unmittelbar erklärten Willen des Deutschen Volkes«<sup>39</sup> zugunsten eines europäischen Bundesstaates ist äußerst heikel. Es bleibt zu hoffen, dass der Gedanke einer Verfassungsablösung nicht eines Tages eine vom Bundesverfassungsgericht sicher ungewollte Dynamik entfaltet. Gerade die Aufladung einer Vielzahl von Sachbereichen – vom Familienrecht zur Medienordnung – mit unaufgebbaren Souveränitätsvorbehalten erweist sich in diesem Zusammenhang als nicht ganz ungefährlich. Sie mag in fernerer Zukunft manchen Stimmen das Grundgesetz als allzu eng gewobenes Korsett erscheinen lassen, dessen man sich dann eben bei hinreichend starkem Impuls für die europäische Integration etwa im Wirtschaftsvölkerrecht oder bei der gemeinsamen Verteidigung entledigen müsse. Man mag sich auch fragen, ob nach den »Lissabon-Kriterien« nicht schon die Zustimmung zum Maastricht-Vertrag mit der Wirtschafts- und Währungsunion die verfassungsrechtliche Tabuzone verletzt hat.

Gegenwärtig und wohl auch in näherer Zukunft fehlt es derartigen Befürchtungen wohl an Substanz. Denn zur Zeit streitet in keinem Mitgliedstaat eine große politische Kraft für einen europäischen Bundesstaat.

Das Modell einer europäischen Ordnung mit Eigenstaatlichkeit ihrer Mitglieder entspricht nicht nur dem Leitbild verfasster Staatlichkeit wie es noch heute im alten und neuen Europa völlig herrschend ist. Es entspricht auch der alten mittelalterlichen Idee verbundener Vielfalt der *discordia concors*, welche die vielleicht größte Stärke des politischen Denkens im Abendland ausmacht.<sup>40</sup> So spricht alles dafür, dass uns auch in den nächsten 60 Jahren unser Grund-

38 Matthias Herdegen (Fn. 9), Art. 79 Abs. 3 Rn. 164.

39 BVerfG (Fn. 1) Rn. 228.

40 Ludger Honnfelder, Europa als *discordia concors*, in: Guardini Stiftung, Auf der Suche nach dem Ganzen, 20 Jahre Guardini Stiftung, 2007, S. 163 ff.



gesetz als Leitordnung für den Rechtsraum der Bundesrepublik Deutschland erhalten bleibt.

## Die Kirchen und das Grundgesetz nach 60 Jahren

Das Verhältnis der Kirchen zur staatlichen Ordnung berührt Grundfragen der Verfassung. Zugleich ist es Seismograph für gesellschaftliche Verhältnisse und Veränderungen. In meinem Vortrag möchte ich ausgehend jeweils von der gesellschaftlichen Stellung der beiden großen Kirchen deren Verhältnis zu Staatlichkeit und Verfassung und – gleichsam als Spiegelung – die Verhältnisbestimmung der Verfassungsordnung zu den Kirchen zur Zeit der Entstehung des Grundgesetzes 1948/49 und in der Gegenwart einander gegenüberstellen. Daraus sollen Erkenntnisse für das staatskirchenrechtliche Grundproblem des Verhältnisses des Staates zur Religion gewonnen werden.

Die These der folgenden Beobachtungen lautet: In einer Phase einer traditionell unsicheren Position beider Großkirchen zur Verfassungsstaatlichkeit bei gleichzeitig hohem gesellschaftlichem Einfluss konnten die Kirchen in der Vor- und Frühphase der Bundesrepublik deutliche Akzente – auch und vor allem bei der Verfassungsgebung – setzen und ihr Verhältnis zum Staat in aus heutiger Sicht letztlich übertriebener, weil kaum zukunftsfähiger Weise formieren. Zahlreiche kirchliche Postulate wurden in die Verfassungen aufgenommen. Nach der auch inhaltlichen Versöhnung mit dem Verfassungsstaat hat sich ihr Einfluss – korrespondierend zu ihrer gesellschaftlichen Wirksamkeit – verringert, das Staat-Kirche-Verhältnis hat sich verfassungsrechtlich in einer zukunftsfähigen Weise normalisiert. Probleme resultieren nunmehr eher aus dem Stellungnahme-Pluralismus der Kirchen und aus Fällen ihrer Überidentifikation mit dem Grundgesetz. Der Schwerpunkt meines Berichts liegt dabei auf der Zeit der Entstehung des Grundgesetzes.

## 1. Die Ausgangssituation der Kirchen nach 1945 und ihre Positionierung in den Prozessen der Verfassungsgebung

- a) Die Kirchen als moralisch intakte Großorganisationen im geistigen Vakuum der Nachkriegsgesellschaft

Wie stellte sich die Situation der Kirchen nach dem totalen Zusammenbruch 1945 dar? Beide Kirchen wurden 1945 bei Differenzierungen im Einzelnen als praktisch einzige intakte, politisch-moralisch nicht diskreditierte Großorganisationen wahrgenommen<sup>1</sup>. In den Worten *Rudolf Smends* waren sie »eine Art von Siegern von 1945«<sup>2</sup>. Angesichts des geistig-moralischen Vakuums nach Ende der totalitären NS-Herrschaft kam ihnen damit eine zentrale Position im gesellschaftlich-politischen Prozess zu<sup>3</sup>. Nach dem »faschistischen Nihilismus« und dem »materialistischen Sozialismus« lag es nahe, gerade christliche Werte in den neuen Verfassungen zu betonen<sup>4</sup>, man kann einen gewissen Prozess der »Rechristianisierung« in der unmittelbaren Nachkriegszeit erkennen<sup>5</sup>. Die hier angesprochene »Intaktheit« und die relative Unbelastetheit stellen dabei jedoch pauschale Zuschreibungen dar, die bei näherem Hinsehen durchaus zu differenzieren wären. Die – nicht zuletzt als Ergebnis des Kulturkampfes entstandene – katholische Verbandskultur war im Wesentlichen kurz nach der Machtergreifung wie praktisch alle intermediären Gewalten durch das NS-Regime zwar nicht gleichgeschaltet, wohl aber ausgeschaltet worden. Sichtbare kirchliche Widerstandsakte erfolgten vorrangig durch Einzelpersonen, weniger durch die Institutionen selbst. Zudem hatte mit dem Konkordatsschluss am 20. Juli 1933 die katholische Kirche und mit dem Experiment der Deutschen Christen die evangelische Seite auch handfest mit dem Regime kooperiert. Die evangelischen Kirchen reagierten mit dem Stuttgarter Schuldbekennnis vom 19. Oktober 1945 auf eigene Versäum-

1 *Jörn Ipsen*, *Der Staat der Mitte. Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, 2009, S. 193.

2 *Rudolf Smend*, *Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz*, ZevKR 1 (1951), S. 4 (10).

3 *Klaus Gotto*, *Die Katholische Kirche und die Entstehung des Grundgesetzes*, in: Rauscher (Hrsg.), *Kirche und Katholizismus 1945 – 1949*, 1977, S. 88.

4 *Frank R. Pfetsch*, *Ursprünge der Zweiten Republik. Prozesse der Verfassungsgebung in den Westzonen und in der Bundesrepublik*, 1990, S. 143.

5 *Anselm Doering-Manteuffel*, *Kirche und Katholizismus in der Bundesrepublik der Fünfziger Jahre*, in: *Historisches Jahrbuch 1982*, S. 113 (114); *Wolfgang Löhr*, *Rechristianisierungsvorstellungen im deutschen Katholizismus 1945–1948*, in: *Kaiser/Doering-Manteuffel (Hrsg.), Christentum und politische Verantwortung. Kirchen im Nachkriegsdeutschland*, 1990, S. 25; zur allgemeinen Stimmung in kirchlichen Kreisen in diesem Zusammenhang *Gotto*, *Entstehung* (Fn. 3), S. 88 f.; zu den Kategorien von De- und Rechristianisierung in historischer Perspektive der *Sammelband* hrsg. von *Hartmut Lehmann*, *Säkularisierung, Dechristianisierung, Rechristianisierung im neuzeitlichen Europa*, 1997.

nisse<sup>6</sup>. Das »katholische Milieu« hatte die Kriegswirren weitgehend unbeschadet überstanden und konnte sich jetzt unabhängig von Repression neu formieren. Zudem stand mit der Katholischen Soziallehre ein ausformulierter, allerdings überwiegend auf vormoderne Staatsvorstellungen bezogener Gesellschaftsentwurf zur Verfügung<sup>7</sup>. Auf protestantischer Seite gab es – von Ausnahmen abgesehen – keine Entsprechungen. Die Kirchen stellten somit neben den neukonstituierten Gewerkschaften und den Beamtenverbänden wohl die einflussreichsten außerstaatlichen Institutionen bei der Verfassungsgebung dar<sup>8</sup>.

## b) Einflussnahmen der Kirchen auf die Neukonstituierung

Neben den Gewerkschaften wurden die Kirchen von den Besatzungsmächten als der Kooperation mit dem gestürzten Regime weitgehend unverdächtig eingestuft<sup>9</sup> und ihnen damit bis zu einem gewissen Grad und bis zur Reorganisation staatlicher Institutionen auch eine Rolle als Volksrepräsentanten zugeschrieben<sup>10</sup>. Unterhalb des Besatzungsregimes kam es, etwa auf kommunaler Ebene, zu einer vopolitischen Integrationsaufgabe<sup>11</sup>, zu teilweise quasi-staatlichen Funktionen der Kirchen<sup>12</sup>. Trotz dieses großen Einflusses waren die Kirchen im Hinblick auf Verfassungsgebungen weitgehend unvorbereitet. Paradigmatisch kam das etwa darin zum Ausdruck, dass am gleichen Tag, an dem der Parlamentarische Rat in Bonn seine Arbeit aufnahm, der 72. Deutsche Katholikentag in Mainz eröffnet

6 Dessen zentraler Passus lautet: »Wohl haben wir lange Jahre hindurch im Namen Jesu Christi gegen den Geist gekämpft, der im nationalsozialistischen Gewaltregiment seinen furchtbaren Ausdruck gefunden hat; aber wir klagen uns an, dass wir nicht mutiger bekannt, nicht treuer gebetet, nicht fröhlicher geglaubt und nicht brennender geliebt haben.« Zitiert nach Ruhl (Hrsg.), Neubeginn und Restauration. Dokumente zur Vorgeschichte der Bundesrepublik Deutschland 1945–1949, 3. Aufl. 1989, S. 296; vgl. aus der Literatur etwa *Harry Noormann*, Protestantismus und politisches Mandat 1945–1949, 1985, S. 50 ff.

7 *Doering-Manteuffel*, Kirche und Katholizismus (Fn. 5), S. 115.

8 *Michael F. Feldkamp*, Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Die Entstehung des Grundgesetzes, 1998, S. 113; zum Verbandseinfluss i.w.S. bei der Entstehung des Grundgesetzes *Werner Sörgel*, Konsensus und Interessen. Eine Studie zur Entstehung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1969.

9 *Sörgel*, Konsensus und Interessen (Fn. 8), S. 167; *Ipsen*, Staat der Mitte (Fn. 1), S. 193; *Stefan Koriath*, Evangelisch-theologische Staatsethik und juristische Staatslehre in der Weimarer Republik und der frühen Bundesrepublik, in: Cancik u. a. (Hrsg.), Konfession im Recht, 2009, S. 121 (139).

10 Siehe etwa *Damian van Melis*, Der katholische Episkopat und die Entnazifizierung, in: Köhler/van Melis (Hrsg.), Siegerin in Trümmern. Die Rolle der katholischen Kirche in der deutschen Nachkriegsgesellschaft, 1998, S. 42.

11 *Doering-Manteuffel*, Kirche und Katholizismus (Fn. 5), S. 114.

12 *Frederic Spotts*, Kirchen und Politik in Deutschland, 1976, S. 45, 48.

wurde, ohne dass das Parallelereignis in Bonn dort Resonanz gefunden hätte<sup>13</sup>. Für die evangelische Seite ist hervorgehoben worden, dass auf der Konferenz »Kirche und Recht« am 14./15. Mai 1949, also eine Woche nach der Verabschiedung der Textfassung des Grundgesetzes am 8. Mai, nur in einer nachträglich hinzugefügten Bemerkung der daraus entstandenen Publikation auf die im Entstehen befindliche Verfassung eingegangen wird<sup>14</sup>. Untersucht man den kirchlichen Einfluss<sup>15</sup> auf die Verfassungsgebung nach 1945, so ist zunächst zu beachten, dass beide Kirchen ihrer Lehre und Tradition nach den demokratisch-parlamentarischen Verfassungsstaat, also dasjenige, was in den Verfassungsgebungsprozessen errichtet werden sollte, ambivalent sehen mussten. Die katholische Kirche – als weltumspannende Organisation ohnehin zurückhaltend bei der Festlegung auf Staatsformen – hat sich mit dem Verfassungsstaat und mit der parlamentarischen Demokratie trotz gewichtiger Ansätze in der katholischen Soziallehre<sup>16</sup> ihrer offiziellen Lehre nach erst mit dem Zweiten Vatikanum, also Mitte der 1960er Jahre arrangiert, indem mit der Anerkennung einer umfassenden Religionsfreiheit die Säkularität des freiheitlichen Staates akzeptiert wurde<sup>17</sup>. Gerade die teilweise neothomistisch geprägte, weniger auf pluralen Interessenausgleich als auf hierarchisches Ordnungsdenken verpflichtete Katholische Soziallehre ging weitgehend von einem vormodernen, ständestaatlich-hierarchischen Staatsverständnis aus. Selbst die vielberufene Weihnachtsansprache *Papst Pius XII.* von 1944<sup>18</sup>, in der angesichts der totalitären Katastrophe erstmals eine Aussöhnung mit der Demokratie anklingt, weist individueller Selbstbestimmung keine zentrale Funktion

13 Burkhard van Schewick, Die katholische Kirche und die Entstehung der Verfassungen in Westdeutschland 1945 – 1950, 1980, S. 65 f.

14 Reiner Anselm, Verfasste Grundwerte – letztlich wertlos? Zur Haltung des Protestantismus in der Rechts- und Verfassungsdiskussion zwischen 1943 und 1949, Mitteilungen der Evangelischen Arbeitsgemeinschaft für Kirchliche Zeitgeschichte 9 (1989), S. 34 (78).

15 Grundsätzlich zum historischen Gegensatz von Parlamentarismus und Kirche Walter Leisner, Demokratie, 1979, S. 198 ff. Allgemeine Analyse kirchlicher Einflussnahme bei Johannes Keppeler, Kirchlicher Lobbyismus? Die Einflussnahme der katholischen Kirche auf den deutschen Staat sei 1949, 2007; Ansgar Hense, Die Religionsfreiheit der anderen: Herausforderung kirchlicher »Lobbyarbeit«, in: Deutsche Kommission Justitia et Pax, Religionsfreiheit – gegenwärtige Herausforderungen aus christlicher Sicht, 2009, S. 44 ff.

16 In Beziehung zur politischen Entwicklung nach dem Ersten Weltkrieg im Überblick Wilhelm Weber, Gesellschaft und Staat als Problem für die Kirche, in: Jedin/Repgen (Hrsg.), Handbuch der Kirchengeschichte, Bd. 7: die Weltkirche im 20. Jahrhundert, 1979, S. 230 ff. Hier auch Nachzeichnungen der Auseinandersetzungen des Papsttums mit Demokratie und ähnlichen verfassungspolitischen Fragen der Zeit, ebd., S. 245 ff.

17 Gesamtdarstellung bei Godehard Lindgens, Katholische Kirche und moderner Pluralismus. Der neue Zugang zur Politik bei den Päpsten Johannes XXIII. und Paul VI. und dem Zweiten Vatikanischen Konzil, 1980; Rudolf Uertz, Katholizismus und demokratischer Verfassungsstaat, in: Brouck/Stein (Hrsg.), Christentum und Demokratie, 2006, S. 114; Karl Graf Ballestrem, Katholische Kirche und Menschenrechte, ebd., S. 147.

18 Text in: Schnatz (Hrsg.), Päpstliche Verlautbarungen zu Staat und Gesellschaft, 1973, S. 337 ff.

zu<sup>19</sup>. Andererseits hatte der politische Katholizismus mit der Zentrumsparterie seit der zweiten Hälfte des 19. Jh. einen wichtigen Akteur gestellt, dem im Kaiserreich und in der Weimarer Epoche eine parlamentarische Schlüsselposition zukam<sup>20</sup>. Die protestantische Tradition<sup>21</sup> war in der Weimarer Zeit noch wesentlich weniger »systemkonform«<sup>22</sup>: Der »geistliche und moralische Vertrauensvorschuss, den der Staat im deutschen Protestantismus lange Zeit genossen hatte, wurde nach 1918 [...] von einem tiefen Misstrauen verdrängt; die parlamentarische Mehrheitsdemokratie und ihre Verfassungsinstitutionen stießen bei vielen Repräsentanten und theologischen Wortführern auf eine weitgehende Reserve, die von inneren Vorbehalten bis zu offener Ablehnung reichte.«<sup>23</sup> Nach dem Zusammenbruch des Staatskirchentums und der dadurch ausgelösten fundamentalen Identitätskrise – die evangelische Kirche gehört »in gewissem Maße zu den Besiegten von 1918«<sup>24</sup> – stand den konservativen Kirchenleitungen – anders als auf katholischer Seite das Zentrum – zudem keine genuin evangelische Partei zur Verfügung. In dieser Situation bot sich die nicht parlamentarisch-demokratisch ausgerichtete Deutschnationale Volkspartei (DNVP) als politische Heimstatt an<sup>25</sup>. Hinzu kam, dass die sich nach 1945 immer mehr abzeichnende deutsche Teilung durch die westdeutsche Verfassungsgebung den – trotz ihrer territorialen Gliederung – stark gesamtdeutsch orientierten evangelischen Kirchen prekär erscheinen musste<sup>26</sup>. In ihren offiziellen Verlautbarungen und in der Handlungspraxis konnten somit beide Kirchen nach 1945 nicht für ein parlamentarisch-demokratisches System in Anspruch genommen werden. Gleichwohl sind für die Landes- wie die Bundes-

19 *Doering-Manteuffel*, Kirche und Katholizismus (Fn. 5), S. 115 f.

20 Vgl. insgesamt die sehr kritische Einstellung bei *Hans-Ulrich Wehler*, Deutsche Gesellschaftsgeschichte 1914–1949, Bd. 4, 2003/2008, S. 445 ff.; kirchenfreundlicher *Ludwig Volk*, in: Jedin/Repgen (Hrsg.), Handbuch der Kirchengeschichte, Bd. 7: Die Weltkirche im 20. Jahrhundert, 1979/1985, S. 537 ff.; *Thomas M. Gaulb*, Kirche und Politik in der Bundesrepublik Deutschland 1945–1976, 1990, S. 67 ff.

21 Vgl. als geschichtlichen Abriss *Martin Honecker*, Evangelische Theologie vor dem Staatsproblem, 1981, S. 7 ff. (wieder abgedruckt in *ders.*, Evangelische Christenheit in Politik, Gesellschaft und Staat, 1998, S. 59 ff.); *ders.*, Grundriss der Sozialethik, 1995, S. 306 ff.

22 Vgl. *Anselm*, Grundwerte (Fn. 14), S. 34 ff.

23 *Trutz Rendtorff*, Eine kirchliche Lektion in Sachen Demokratie, in: ZEE 20 (1985), S. 365.

24 *Smend*, Staat und Kirche (Fn. 2), S. 7.

25 Ausführlich *Wehler*, Gesellschaftsgeschichte (Fn. 20), S. 436 ff.

26 Vgl. etwa an der Person *Gustav Heinemanns* orientiert *Arnulf Baring*, Im Anfang war Adenauer. Die Entstehung der Kanzlerdemokratie, 3. Aufl. 1984, S. 356 ff.; zur gesamtdeutschen Ausrichtung der EKD nach 1945 *Martin Greschat*, Die Evangelische Kirche, in: Benz (Hrsg.), Die Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 1985, S. 265 (277 ff.); *Martin Höllen*, Katholizismus und Deutschlandfrage, in: Kaiser/Doering-Manteuffel (Hrsg.), Christentum und politische Verantwortung. Kirchen im Nachkriegsdeutschland, 1990, S. 122 (123 f.); zur sehr viel ambivalenteren katholischen Position vgl. diesbzgl. daneben *Heinz Hürten*, Zur Haltung des deutschen Katholizismus gegenüber der Sicherheits- und Bündnispolitik der Bundesrepublik Deutschland 1948–1960, in: Langner (Hrsg.), Katholizismus im politischen System der Bundesrepublik 1949–1963, 1978, S. 83.

ebene kirchliche Dokumente vorhanden, die auch auf die legitimatorischen und staatsorganisationsrechtlichen Grundlagen der Neukonstituierungen Einfluss nehmen. Die Katholiken beriefen sich auf die demokratiefreundliche Weihnachtsansprache des Papstes von 1944<sup>27</sup> und suchten auch hinsichtlich vorstaatlicher, nach ihrer Lehre »naturrechtlich« verankerter Grundrechte einen umfassenden Konsens zur Abwehr etwaiger neuer Totalitarismen herbeizuführen. Wahrscheinlich ist es folgerichtig, dass sich die kirchlichen Einflussnahmen auf die Verfassungsgebung auf Landesebene wie in Bezug auf das Grundgesetz sich daher eher auf *konkrete* Anliegen konzentrierten. Diese Einflussnahme ist inzwischen wissenschaftlich gut und ausführlich untersucht worden<sup>28</sup>.

Noch vor dem Grundgesetz boten sich die Verfassungsgebungsprozesse in den reorganisierten oder neugeschaffenen Ländern an, Einfluss auf die Verfassungstexte zu nehmen. Gerade die vorgrundgesetzlichen Landesverfassungen wiesen dabei teilweise markante Prägungen durch die maßgeblichen politischen und geistigen Kräfte auf. So können die Bayerische Verfassung vom 2. Dezember 1946, die rheinland-pfälzische Verfassung vom 18. Mai 1947 und die Verfassung des noch mit unsicherem Status ringenden Saarlands vom 15. Dezember 1947 als durch genuin christliches Gedankengut geprägte Dokumente verstanden werden<sup>29</sup>. Auf katholischer Seite war entscheidend, dass mit zwei herausragenden Persönlichkeiten »mit politischem Format und persönlicher Dynamik«<sup>30</sup> die Einflussnahme auf die Verfassungsgebung frühzeitig institutionalisiert werden konnte: Prälat *Wilhelm Böhler*, ein in der Weimarer Zeit für die kirchliche Schulpolitik zentrale Gestalt, der nach 1945 als wichtiger kirchenpolitischer Berater Kölner Domkapitular wurde<sup>31</sup> und der Kölner Kardinal *Joseph Frings*<sup>32</sup>, der

27 Siehe oben Fn. 18.

28 Vgl. die zusammenfassende Bewertung bei *Paul Mikat*, Verfassungsziele der Kirchen unter besonderer Berücksichtigung des Grundgesetzes, in: *Morsey/Reppen* (Hrsg.), *Christen und Grundgesetz*, 1989, S. 33 f.

29 *Bengt Beutler*, Die Stellung der Kirchen in den Länderverfassungen der Nachkriegszeit, in: *Rauscher* (Hrsg.), *Kirche und Katholizismus 1945–1949*, 1977, S. 26; *ders.*, Das Staatsbild in den Länderverfassungen nach 1945, 1973; *Jörg Menzel*, Landesverfassungsrecht, 2002, S. 329 ff.; *Ingo von Münch*, Christliches, sozialistisches und liberales Gedankengut im deutschen Verfassungsrecht nach 1945, in: *Festschrift für Friedrich E. Schnapp zum 70. Geburtstag*, 2008, S. 195 ff.; vgl. für Rheinland-Pfalz *Peter Brommer*, Kirche und Verfassung. Zum rheinland-pfälzischen Verfassungsentwurf Süsterhenns aus dem Jahr 1946, in: *Jahrbuch für westdeutsche Landesgeschichte* 16 (1990), S. 429.

30 *Gotto*, Entstehung (Fn. 3), S. 91.

31 Zu ihm etwa *Bergmann/Steinberg* (Hrsg.), In Memoriam Wilhelm Böhler, 1965 und dort für unser Thema v. a. *Adolf Süsterhenn*, Mitgestalter des Grundgesetzes, a.a.O., S. 77 ff.; *Burkhard van Schewick*, Wilhelm Böhler (1891–1958), in: *Aretz u. a.* (Hrsg.), *Zeitgeschichte in Lebensbildern*, Bd. 4, 2000, S. 197; eigener Bericht bei *Wilhelm Böhler*, Elternrecht, Schulfragen und Reichskonkordat im Parlamentarischen Rat und in der Politik der deutschen Bundesrepublik und ihrer Länder, in: *FS für Hans Ehard zum 70. Geb.*, 1957, S. 178.

Nachfolger des eher unglücklichen Kardinals *Bertram*<sup>33</sup> als Vorsitzender der Fuldaer Bischofskonferenz war. *Böhler* leitete als Bevollmächtigter der deutschen Bischöfe in Bonn die kirchliche Verbindungsstelle zum Parlamentarischen Rat, aus der später das »Katholische Büro« erwuchs. »Sein« Bischof *Frings* repräsentierte die Mehrheitsmeinung im deutschen Episkopat. Die hier praktizierte Form der Einflussnahme sollte sich als prägend für die gesellschaftliche Präsenz der Kirche(n) in der Bundesrepublik nach Wegfall des Zentrums als katholischer Partei erweisen<sup>34</sup>. Ganz anders stellte sich die Lage auf evangelischer Seite dar: Durch den Nationalsozialismus war die kirchliche Organisation weitgehend zerstört, zermürbende Verhandlung über die Reorganisation der Landeskirchen wie der übergeordneten Verbände verringerten – neben persönlichen Differenzen verschiedener Leitungsfiguren – die Schlagkraft evangelischer Interventionen bei den Verfassunggebungen. Mit dem Präses der Evangelischen Kirche im Rheinland *Heinrich Held* bekam zwar *Böhler* einen evangelischen Vertreter an die Seite gestellt, dessen Wirksamkeit jedoch wegen der (zu) späten Installierung und aus den angedeuteten Gründen geringer zu veranschlagen ist<sup>35</sup>. Hinzu kam die deutlich größere Identitätskrise durch die starke Spaltung in der NS-Zeit und durch die sich abzeichnende deutsche Teilung, bei der vor allem protestantische Bevölkerungsteile von der westdeutschen Entwicklung ausgeschlossen wurden. Die Teilung wurde durch die westdeutsche Neukonstituierung zunächst verschärft und erschwerte so eine protestantische Identifikation mit dem neuen Staat<sup>36</sup>. Die Katholiken, im Kaiserreich noch eindeutig in Abwehrstellung befindliche Minderheit, auch in der Weimarer Zeit noch mit einem Inferioritätskomplex behaftet und quantitativ dem protestantischen Bevölkerungsteil unterlegen, zogen demographisch und gesellschaftlich nunmehr langsam gleich<sup>37</sup>. Alle diese Faktoren führten dazu, dass keine an die katholische Geschlossenheit heranreichende evangelische »Lobbyarbeit« möglich war<sup>38</sup>. Zudem gab es wohl nicht gleich enge Verbindungen

32 Zu ihm die maßgebliche Biographie von *Norbert Trippen*, Josef Kardinal Frings (1887 – 1978), 2 Bde., 2003/2005, hier v. a. Bd. 1 S. 335 ff.

33 Zu ihm *Ludwig Volk*, Adolf Kardinal Bertram (1859 – 1945), in: Morsey (Hrsg.), Zeitgeschichte in Lebensbildern, Bd. 1, 1973, S. 274.

34 *Doering-Manteuffel*, Kirche und Katholizismus (Fn. 5), S. 119 f.; zu kirchlichem »Lobbyismus« insgesamt je unterschiedlich *Keppeler*, Lobbyismus (Fn. 15); *Hense*, Religionsfreiheit (Fn. 15).

35 *Anselm*, Grundwerte (Fn. 14), S. 39 f.

36 *Karl Dienst*, Die Rolle der Evangelischen und der Katholischen Kirche in der Bildungspolitik zwischen 1945 und 1990, in: Handbuch der deutschen Bildungsgeschichte, Bd. VI/1, 1998, S. 110 (112 ff.).

37 *Hans-Ulrich Wehler*, Deutsche Gesellschaftsgeschichte 1949 – 1990, 2008, S. 204 f.

38 *Reiner Anselm*, Verchristlichung der Gesellschaft? Zur Rolle des Protestantismus in den Verfassungsdiskussionen beider deutscher Staaten 1948/49, in: Kaiser/Doering-Manteuffel (Hrsg.), Christentum und politische Verantwortung. Kirchen im Nachkriegsdeutschland, 1990, S. 63 (65 ff.).



zwischen Kirche und Abgeordneten des Parlamentarischen Rates<sup>39</sup>, wie es für das Gespann *Wilhelm Böhlers* mit *Adolf Süsterhenn* und *Helene Weber*<sup>40</sup> paradigmatisch war: *Süsterhenn*<sup>41</sup> hatte bereits die Landesverfassung von Rheinland-Pfalz in ihrer naturrechtlich-christlichen Ausrichtung maßgeblich gestaltet, besaß mithin unmittelbare praktische Erfahrung bei der Verfassungsgebung. *Böhler* war – wie erwähnt – in der Weimarer Zeit maßgeblicher Interessenvertreter der Kirche in allen Schulfragen, hatte demnach ebenfalls große Erfahrung mit dem politischen Prozess.

aa) Besondere Anliegen der Kirchen: Elternrecht und Konfessionsschule als Postulate gegen totalitäre Vereinnahmung

Die besonderen kirchlichen, v. a. katholischen Anliegen bei den Verfassungsgebungen waren neben der staatskirchenrechtlichen Stellung der Kirchen und dem Fortbestehen des Reichskonkordats von 1933 das Elternrecht und die Schulfrage. V. a. die katholische Kirche<sup>42</sup> hatte seit langem die christliche (d. h. katholische) Erziehung als zentrales Postulat, etwa gegen totalitäre Vereinnahmungen erkannt. Bereits im ersten gemeinsamen Hirtenwort der deutschen Bischöfe nach dem Zusammenbruch wurde die Forderung deutlich: »Darum bestehen wir in Einmütigkeit und Übereinstimmung mit den Weisungen Papst *Pius' XI.* in seiner herrlichen Erziehungsenzyklika auf der katholischen Schule für die katholischen Kinder. Wo keine Möglichkeit einer öffentlichen katholischen Schule gegeben ist, muss der Kirche die Freiheit bleiben, private katholische Schulen zu errichten. Ebenso verlangen wir katholische höhere Privatschulen, besonders die Ordenschulen, wie sie vor 1933 bestanden und segensreich gewirkt haben. Wir stützen unsere Forderung auf unser durch Gesetz und Konkordat verbürgtes Recht.«<sup>43</sup>

39 Vgl. näher *van Schewick*, Entstehung der Verfassungen (Fn. 13), S. 72 ff.

40 Zu ihr *Rudolf Morsey*, *Helene Weber* (1881 – 1962), in: Aretz u. a. (Hrsg.), *Zeitgeschichte in Lebensbildern*, Bd. 3, 1979, S. 223.

41 Zu ihm als Kurzbiographie *Winfried Baumgart*, *Adolf Süsterhenn* (1905 – 1974), in: Aretz u. a. (Hrsg.), *Zeitgeschichte in Lebensbildern*, Bd. 6, 1984, S. 189; *Rudolf Uertz*, *Adolf Süsterhenn* (1905 – 1974). Landesminister, Rheinland-Pfalz, in: Buchstab u. a. (Hrsg.), *In Verantwortung vor Gott und den Menschen*, 2008, S. 355; *Peter Bucher* (Hrsg.), *Adolf Süsterhenn. Schriften zum Natur-, Staats- und Verfassungsrecht*, 1991.

42 Vgl. insgesamt auch *Rudolf Uertz*, *Christlich-demokratische Wertvorstellungen im Parlamentarischen Rat 1948/49*, in: Buchstab/Kleinmann (Hrsg.), *Historisch-politische Mitteilungen* 15 (2008), S: 103 (115 ff.). Zu dem spezifisch evangelischen Interesse an Elternrecht und Schulfrage *Anselm*, *Grundwerte* (Fn. 14), S. 41 ff.; zur katholischen Position zur Verteidigung von Ehe und Familie in der Nachkriegszeit vgl. *Peter Derleder*, *Konfessionelle Prägungen des Familienrechts im 20. Jahrhundert*, in: Cancik u. a. (Hrsg.), *Konfession im Recht*, 2009, S.147 (148 ff.); *Dieter Schwab*, *Konfessionelle Denkmuster und Argumentationsstrategien im Familienrecht*, ebd., S. 163 ff.

43 Vom 23. August 1945, in: Löhr (Hrsg.), *Hirtenbriefe und Ansprachen zu Gesellschaft und Politik 1945.1949*, 2. Aufl. 1986, S. 42 f.

Elternrecht und Konfessionsschule lagen nach katholischem Verständnis zusammen, stellten zwei Seiten einer Medaille dar<sup>44</sup>. Das Elternrecht<sup>45</sup> wurde naturrechtlich verankert gesehen. In katholischen Gebieten hätten Volksabstimmungen damals in vielen Fällen die Konfessionsschule hervorgebracht. In einem Schreiben *Papst Pius XII.* vom 20. Februar 1949 – also zur Zeit der kritischen Beratungen des Parlamentarischen Rates – kommt die Enttäuschung über den sich in Bonn abzeichnenden Kompromiss zum Ausdruck, indem naturrechtlicher Anspruch mit dem NS-Regime kontrastiert wird: »Nichts würde uns, wie Wir dem deutschen Volk auch in seinem gegenwärtigen Unglück und seiner Erniedrigung mit stets gleicher Liebe zugetan sind und es baldmöglichst wieder als geachtetes, gesundes und leistungsstarkes Glied in einer friedlichen Völkergemeinschaft sehen möchten, tiefer schmerzen, als Zeuge sein zu müssen, dass gewisse Kreise dieses Volkes der Neuordnung ihres Staatswesens einen kulturellen Unterbau geben, der sie ungewollt und unbewusst zu Nachahmern eines zusammengebrochenen Staatssystems machte, eines Staatssystems, das neben vielen anderen unrühmlichen Kennzeichen auch das der planmäßigen Missachtung naturgegebener religiöser Rechte und offenkundiger Vertragsuntreue an seiner Stirne trug.«<sup>46</sup>

Für die evangelische Seite spielte die Schulfrage eine eher untergeordnete Rolle<sup>47</sup>, wie überhaupt die (zumindest öffentliche) Einflussnahme »weniger kraftvoll« ausfiel<sup>48</sup>. Unabhängig von der katholischen Seite unterbreiteten die evangelischen Landeskirchen in der britischen Besatzungszone in Anlehnung an die Weimarer staatskirchenrechtlichen Artikel einen »Vorschlag für den Abschnitt Kirchen und Religionsgemeinschaften in der geplanten Verfassung für die Republik Deutschland [sic!].« Diese Beschränkung auf eine Einflussnahme hinsichtlich staatskirchenrechtlicher Fragen wurde schon bald als unbefriedigend empfunden. Gleichwohl blieb das Wirken *Heinrichs Helds* blass; explizite, archivalisch überlieferte Stellungnahmen bezogen sich auf ähnliche Fragen wie das Elternrecht, den Lebensschutz im Sinne der Abtreibungsfrage und die Unver-

44 Kritisch zu dieser Koppelung *Helmut Simon*, *Katholisierung des Rechts?* 1962, S. 33 ff. Zu den Diskussionen über die Ausgestaltung des Schulwesens insgesamt die Zusammenstellung bei *Frank R. Pfetsch*, *Ursprünge* (Fn. 4), S. 330 ff.

45 Zur konkreten Entstehungsgeschichte von Art. 6 Abs. 2 GG *Matthias Jestaedt*, in: *Dolzer/Waldhoff/Graßhof* (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Loseblattsammlung, Stand: 139. Lieferung April 2009, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rdnr. 3 ff.

46 Presseveröffentlichung eines Schreibens von Papst Pius XII. an die deutschen Bischöfe über die Arbeit des Parlamentarischen Rates vom 20. Februar 1949, in: *Feldkamp* (Hrsg.), *Die Entstehung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland 1949. Eine Dokumentation*, 1999, S. 182 (183).

47 Auch zur weiteren Situation in der Bundesrepublik *Ipsen*, *Staat der Mitte* (Fn. 1), S. 206 f.

48 *Mikat*, *Verfassungsziele* (Fn. 28), S. 35.

sehrtheit des Leibes als Reaktion auf Zwangssterilisationen im Dritten Reich<sup>49</sup>. Es sei der Vollständigkeit halber bemerkt, dass für die weitere staatskirchenrechtliche Entwicklung der frühen Bundesrepublik dann – anders als bei der Entstehung der Verfassung – die evangelische Kirche mit ihren Verträgen und evangelische Staatskirchenrechtler das Feld dominierten.

Die kirchlichen Forderungen im Bereich der Grundrechte kommen paradigmatisch in dem Schreiben Kardinal *Frings* an den Parlamentarischen Rat vom 20. November 1948 zum Ausdruck, mit dem er auf erste Überlegungen und Entwürfe reagiert:

»Ich möchte an erster Stelle auf das Fehlen einer Vorschrift über die Unverletzlichkeit des Lebens und des menschlichen Körpers hinweisen. Nach dem vollständigen Verfall jeglicher Achtung vor diesen Grundwerten und vor der Würde des Menschen, die wir unter dem Nationalsozialismus erlebt haben, aber auch heute noch erleben, begründet sich die Forderung nach einer Sicherung dieser Güter aus sich selbst. Christen, denen die Heiligkeit dieser Lebenswerte noch vertraut ist, empfinden es nach den Erfahrungen der vergangenen Zeit als absolut verbindliche Pflicht, für ihren Schutz mit dem größten Nachdruck einzutreten. Das katholische Volk hat ferner den dringenden Wunsch, Ehe und Familie als die dem Menschen nächstliegenden Lebensgemeinschaften und Träger natürlicher Rechte und Pflichten unter den besonderen Schutz des Staates gestellt zu sehen. Die Würde der Ehe und Familie muss durch grundrechtliche Gewährleistung gegen öffentliche Angriffe geschützt werden. In diesem Zusammenhang ist nicht zuletzt das Elternrecht von grundlegender Bedeutung. Das Fehlen einer Garantie für dieses Recht in den bisherigen Vorschlägen des Parlamentarischen Rates wird von der kath. Öffentlichkeit ganz besonders schmerzlich empfunden. Die Anerkennung des Elternrechts ist eine der elementaren Grundforderungen, die der kath. Volksteil gegenüber jeder Verfassungsregelung erheben muss ...«<sup>50</sup>

Letztlich konnten sich die Kirchen trotz der nachhaltigen Interventionen der Abgeordneten *Helene Weber* und *Adolf Susterhenn* mit ihrer Forderung nach Aufnahme eines umfassenden Schutzes des Elternrechts nur teilweise durchsetzen<sup>51</sup>. Die grundsätzlich kritischen Vertreter von Sozialdemokratie und Liberalismus im Parlamentarischen Rat konnten darauf hinweisen, dass im Gegensatz zur Weimarer Tradition nur klassische Abwehrrechte in den Grundrechtsabschnitt aufgenommen werden sollten. Zudem gerieten die über »ihre« Abgeord-

49 Näher *Anselm*, Verchristlichung der Gesellschaft? (Fn. 39), S. 67 f.

50 Zitiert nach: Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, Bd. 5/II: Ausschuss für Grundsatzfragen, 1993, S. 903 f. Fn. 75.

51 Vgl. Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, Bd. 5/II: Ausschuss für Grundsatzfragen, 1993, S. 806 ff.; Debatte im Plenum, dokumentiert ebd., Bd. 9: Plenum, 1996, S. 572 ff.; vgl. insgesamt – aus der Perspektive v.a. der kirchlichen Quellen, *van Schewick*, Entstehung der Verfassungen (Fn. 13), S. 77 ff.

nete eingebrachten kirchlichen Forderungen in ein Spannungsverhältnis zur Kulturhoheit der Länder, die wiederum gerade von den kirchlichen Anliegen tendenziell wohlgesinnten Parteien hochgehalten wurde<sup>52</sup>.

bb) Der Kampf um »christliche Verfassungen«

Im Parlamentarischen Rat setzten sich – wiederum mit Abstufungen – die neugegründete CDU/CSU, das Zentrum und die Deutsche Partei für die kirchlichen Belange und Forderungen ein. Das Zentrum, das im Wesentlichen nur noch in Nordrhein-Westfalen eine schmale Basis fand, war die nun in Konkurrenz zur überkonfessionellen CDU wieder belebte katholische Partei, die DP wurde oftmals als evangelisches Pendant gesehen und hatte vor ihrem endgültigen Verschwinden nur in Niedersachsen Bedeutung. Diese Parteien besaßen mit 31 von 65 Mandaten (ohne die nicht stimmberechtigten Berliner Abgeordneten) keine Mehrheit<sup>53</sup>. Die Kirchen versuchten über »ihre« Vertreter im Parlamentarischen Rat und über die Parteien, die auch ihre Anliegen vertraten, eine christlich-naturrechtliche Verankerung des gesamten Staatswesens vor allem durch »naturrechtlich« begründete Grundrechte zu erreichen. Der politische Liberalismus und die Sozialdemokratie dagegen waren nur für rationale Staatsbegründungen und -begrenzungen zu gewinnen. Entscheidend bei der Einflussnahme der Kirchen auf das Grundgesetz war ein Gespräch zwischen den Kirchen und dem Parlamentarischen Rat unter der Leitung von dessen Präsidenten *Konrad Adenauer* am 14. Dezember 1948 in Bonn<sup>54</sup>. Lediglich Abgeordnete der KPD waren nicht eingeladen. An dem Gespräch nahmen u. a. die bedeutenden und prägenden Abgeordneten *Anton Pfeiffer*, *Adolf Susterhenn*, *Helene Weber* für CDU und CSU, *Carlo Schmid*, *Ludwig Bergsträsser*, *Walter Menzel* für die SPD sowie für die FDP *Theodor Heuss* und *Hermann Höpker-Aschoff*, ferner Vertreter des Zentrums und der Deutschen Partei teil. Der ranghöchste evangelische Vertreter, der Bielefelder Präses *Koch* bat Prälat *Böhler*, die gemeinsamen Anliegen vorzubringen. Dieses Treffen Mitte Dezember 1948 war schon deshalb bemerkenswert, weil die Kirchen der verfassungsgebenden Versammlung »auf Augenhöhe«, d. h. gleichberechtigt entgegentraten. Es stellte somit ein »Sinnbild für die neue Stellung der Kirchen in

52 Vgl. die Darstellung bei *Wolfram Werner*, Einleitung, in: *Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle*, Bd. 5/I: Ausschuss für Grundsatzfragen, 1993, S. IX (XLI ff.); ferner *Gotto*, Entstehung des Grundgesetzes (Fn. 3), S. 96; nicht zutreffend die Bewertung bei *von Münch*, christliches Gedankengut (Fn. 29), S. 200, dass nur Einflussnahme »in geringem Ausmaß« stattgefunden habe.

53 *Ivo Zeiger*, Das Bonner Verfassungswerk, *Stimmen der Zeit* 145 (1949/50), S. 161 (165). Zur Bedeutung der konfessionellen Zusammensetzung der verfassungsgebenden Gremien der Nachkriegszeit *Frank R. Pfetsch*, *Verfassungspolitik der Nachkriegszeit. Theorie und Praxis des bundesdeutschen Konstitutionalismus*, 1985, S. 152.

54 *Feldkamp*, *Parlamentarischer Rat* (Fn. 8), S. 115.

Deutschland«, der gleichberechtigten Koordination dar<sup>55</sup>. Während des auf Veranlassung *Adenauers* zustande gekommenen Treffens sah sich *Carlo Schmid* veranlasst klarzustellen, dass der Parlamentarische Rat keinen christlichen Staat schaffen könne und schaffen werde.

Die Ergebnisse des Parlamentarischen Rates wurden von den Kirchen, insbesondere der Katholischen Kirche ambivalent beurteilt<sup>56</sup>. Die Ausgestaltung der staatskirchenrechtlichen Artikel blieben hinter ihren Forderungen durch die Übernahme des Weimarer Kompromisses zurück; das wichtige Anliegen des Elternrechts und die Konfessionsschule konnten in der neuen Verfassung aus unterschiedlichen Gründen nicht bzw. nur teilweise verankert werden. Eine starke Strömung im deutschen Episkopat unter der Führung des Bischofs von Münster *Michael Keller*, die in der Sache letztlich einen christlichen Staat forderten, plädierte daher von katholischer Seite für eine Ablehnung der Verfassung. Nur eine absterbende Kleinpartei, wie das Zentrum, konnte sich für derartige Forderungen noch erwärmen, die Unionsparteien als sich herausbildende Volksparteien mussten ganz andere Interessengegensätze austarieren. Nur dem weitsichtigen Wirken Kardinal *Frings'* unter entscheidendem Einfluss seines kirchenpolitischen Beraters *Böhler* im Zusammenwirken mit *Adenauer* ist es zu verdanken, dass sich die Katholische Kirche dennoch auf den Boden des Grundgesetz stellte und zur Mitarbeit am neuen Staatswesen bereit waren<sup>57</sup>. Ohne diese Mitarbeit wäre die Gründungsphase der Bundesrepublik sicher anders verlaufen. Rückblickend kann der Einfluss der beiden großen Konfessionen abgestuft gesehen werden<sup>58</sup>: Die Katholische Kirche konnte aufgrund struktureller Vorteile besonders einflussreich wirken. In den Worten *Paul Mikats*: »Vertreten durch eine hierarchische Führung, die mit einer Stimme sprach, gestützt auf eine katholische Staats- und Gesellschaftslehre, die seit den Tagen *Leos XIII.* in päpstlichen Rundschreiben ebenso ihren lehramtlichen Niederschlag gefunden hatte wie im Codex Iuris Canonici von 1917, und nicht zuletzt im parteipolitischen Raum wirkungsvoll mit einer neuen politischen Größe, mit der CDU und CSU, seit deren Gründung mannigfach personell verbunden, gewann die Katholische Kirche in den Nachkriegsjahren eine erhebliche politische Einflusskraft, die, in rückschauender Betrachtung, heute sogar vielfach noch größer eingeschätzt wird, als sie es tatsächlich war.«<sup>59</sup> In

55 *van Schewick*, Entstehung der Verfassungen (Fn. 13), S. 97.

56 Bemerkenswert ausgewogen die ausführliche Würdigung des Jesuitenpaters, Professors für Kirchenrecht an der Gregoriana und Rektors des Germanicum in Rom *Zeiger*, Verfassungswerk (Fn. 54), S. 170.

57 Vgl. *Gotto*, Entstehung des Grundgesetzes (Fn. 3), S. 99 ff.

58 Vgl. etwa auch *Ulrich Scheuner*, Die Stellung der Evangelischen Kirche und ihr Verhältnis zum Staat in der Bundesrepublik 1945–1963, in: Rauscher (Hrsg.), Kirche und Staat in der Bundesrepublik 1945–1963, 1979, S. 133 f.

59 *Mikat*, Verfassungsziele (Fn. 28), S. 34.

diesem Zusammenhang ist noch zu betonen, dass die Kirchen durch ihre (teilweise bzw. überwiegende) Abwehrhaltung während des nationalsozialistischen Diktatur weniger aufgrund theologischer Annäherung, als vielmehr aus praktischer Erfahrung eng zusammenarbeiteten und – von den dargestellten Akzenten abgesehen – gemeinsame »Verfassungsziele« überwiegend auch gemeinsam verfolgten. In der Analyse kirchlicher Einwirkung auf die Grundgesetzgebung ist gesagt worden, dass »es seit dem Jahr 1517 nicht viele Gelegenheiten gegeben habe«, derart eng zusammenzuarbeiten<sup>60</sup>. Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass die Kirchen auf der Basis vormoderner Staatslehren eine ihren deutlich und effektiv vorgetragenen Forderungen weit entgegenkommende Verfassung erhielten. *Reiner Anselm* sieht dies betont kritisch, wenn er feststellt, dass durch das Verhalten der Kirchen bei der Verfassunggebung letztlich »eine Delegitimierung des demokratischen Rechtsstaats erfolgte, so dass die Mitarbeit an der Entstehung des Grundgesetzes zumindest ambivalent zu beurteilen« sei: »Man beteiligte sich sehr wohl an der Verfassungsdiskussion, aber nicht an der Konstituierung eines modernen, weltanschaulich neutral und pluralistisch verfassten Rechtsstaats. Ihm gegenüber herrschte tiefe Skepsis, wenn er nicht auf einem durch die kirchliche Verkündigung gefüllten und in der kirchlichen Lehre begründeten Freiheits- und Grundrechtsverständnis ruhe.«<sup>61</sup> Milder formuliert *Paul Mikat* den gleichen Tatbestand: »Demgegenüber fällt weniger ins Gewicht, dass z.B. in den Hirtenbriefen der katholischen Bischöfe das Demokratieproblem unmittelbar kaum angesprochen, geschweige denn näher thematisiert worden ist ... Die Staatsformdistanz der traditionellen katholischen Staatslehre wirkte sich noch aus, die Demokratieproblematik, zumal das Problem einer freiheitlich-pluralistischen Demokratie, trat offenbar zurück gegenüber Forderungen nach prinzipieller Anerkennung des Naturrechts als unverzichtbarer Grundlage jeder gerechten staatlichen Ordnung, nach Bindung der Staatsverfassung an den Schöpferwillen Gottes.«<sup>62</sup>

Wie sich hier andeutet hatte die dargelegte Zurückhaltung in der Anerkennung der durch das Grundgesetz bejahten Staatsform auch konfessionspezifische Gründe: Die Katholische Kirche als weltumspannende Gemeinschaft, die in den zahlreichen Staaten sehr unterschiedlichen Staats- und Regierungsformen gegenübersteht, hält sich zumindest ihrer älteren Einsicht nach hinsichtlich überschnellen Identifikationen mit konkreten Herrschaftslegitimationen zurück, muss sie zugleich doch in unterschiedlichen Regierungsformen ihren Auftrag erfüllen. Die evangelischen Kirchen in Deutschland waren bis 1918 mit der konstitutio-

---

60 *van Schewick*, Entstehung der Verfassungen (Fn. 13), S. 97 f.

61 Verchristlichung der Gesellschaft? (Fn. 39), S. 73 f.

62 Verfassungsziele (Fn. 28), S. 39.

nellen Monarchie verbunden und mussten nach dem traumatisierenden Ende des Bündnisses von Thron und Altar ihren Weg und ihre Stellung neu finden.

c) Auswirkungen auf das Verhältnis von Staat und Kirche

aa) Die Übernahme des Weimarer staatskirchenrechtlichen Kompromisses in das Grundgesetz

Die Interventionen der beiden Kirchen betrafen neben den oben erörterten Punkten natürlich vor allem das Staatskirchenrecht<sup>63</sup>. Dieser Normenkomplex war in mehrfacher Hinsicht besonders umstritten: Zum einen, da er Landeskompetenzen berührte, zum anderen aufgrund der sich im Parlamentarischen Rat abbildenden weltanschaulichen Gegensätze. Nach heftigen Debatten einigte man sich auf die Übernahme der entsprechenden Weimarer Bestimmungen, des »Weimarer Kulturkompromisses«<sup>64</sup>. Damit waren Normen als Ergebnis eines Kompromisses übernommen, die schon bei ihrer Entstehung 1919 einen Kompromiss darstellten; in den Worten *Smends*: »Der Art. 140 ist nicht das Ergebnis einer klar bewussten grundsätzlichen staatskirchenpolitischen Entscheidung des Parlamentarischen Rats, sondern gehört eher unter die Verlegenheitsergebnisse verfassunggebender Parlamentsarbeit, er ist nicht weit entfernt vom Typus der sogenannten Formelkompromisse«<sup>65</sup>. Waren die Bestimmungen 1919 Versuche einer Ablösung des Staatskirchentums, galt es 30 Jahre später die Erfahrungen des Kirchenkampfs zu verarbeiten. Dieser durch die Übernahme der bereits ausgleichenden Weimarer Bestimmungen »doppelte Kompromiss« erfolgte vor dem Hintergrund eines Verständnisses des Verhältnisses von Staat und Kirche durch die Kirchen, v. a. auf katholischer Seite, die mit dem Staat als *societas naturalis completa et perfecta* die Kirche als *societas supranaturalis completa et perfecta* gleichgeordnet gegenüberstellten. Auf den Einzelnen bezogen bedeutete dies die Gleichstellung von »Bürger« und »Christ«. Durch die so beschriebene Gleich-

63 Vgl. zur Entstehungsgeschichte etwa *Axel von Campenhausen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 5. Aufl. 2005, Art. 140 Rdnr. 2 ff.; *Stefan Korioth*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Loseblattsammlung, Stand des Gesamtwerks: 54. Lieferung, Januar 2009, Art. 140 Rdnr. 4 ff.

64 Vgl. näher *Alexander Hollerbach*, Zur Entstehungsgeschichte der staatskirchenrechtlichen Artikel des Grundgesetzes, in: Blumenwitz u. a. (Hrsg.), Konrad Adenauer und seine Zeit, Bd. 2, 1976, S. 367; *ders.*, Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 6, 1989, § 138 Rdnr. 22 ff.; *Helmut Witetschek*, Die Haltung des Parlamentarischen Rates zum Verhältnis von Staat und Kirche, Politische Studien 25 (1974), S. 283; im Überblick *Ipsen*, Staat der Mitte (Fn. 1), S. 192.

65 *Smend*, Staat und Kirche (Fn. 2), S. 11; kritisch dazu etwa *Alexander Hollerbach*, Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 6, 1989, § 138 Rdnr. 28.



ordnung wird die vertragliche Abstimmung, nicht die staatlich-hoheitliche Rechtsetzung zum entscheidenden Instrument der Ausformung der rechtlichen Beziehungen: Staat und Kirche als unabgeleitete gleichberechtigte Entitäten handeln ihre Rechtsbeziehungen vertraglich aus<sup>66</sup>. Dass diese Sichtweise nicht die staatsrechtliche Sichtweise aus Sicht des neugegründeten Staates sein konnte, war Pragmatikern wie Kardinal *Frings* und seinem Helfer *Wilhelm Böhler* freilich klar. Etwaige Bedenken der westalliierten Siegermächte konnten durch einen Briefwechsel mit dem apostolischen Administrator in Deutschland ausgeräumt werden<sup>67</sup>.

bb) Die Koordinationslehre als situative Übersteigerung des Überkommenen Im Angesicht ihrer moralischen und politischen Stärke haben die Kirchen und hat die staatskirchenrechtliche Lehre bei gleichem Normenbestand die staatskirchenrechtlichen Bestimmungen des Grundgesetzes im Vergleich zu Weimar uminterpretiert<sup>68</sup>. In den vielzitierten Worten *Rudolf Smends*: »Wenn zwei Grundgesetze dasselbe sagen, so ist es nicht dasselbe.«<sup>69</sup> Die Staatskirchenrechtsartikel regelten nicht Distanz, Ab- und Ausgrenzung, sondern postulierten eine loyale partnerschaftliche Zusammenarbeit bei der Erfüllung der gemeinsamen Aufgaben. Aus der Position des moralischen Siegers des Kirchenkampfes heraus sei mit dem Körperschaftstatus durch das Bonner Verfassungswerk ein kirchlicher Öffentlichkeitsauftrag anerkannt worden, das Gemeinschaftsleben nach kirchlichen Grundsätzen ungestört gestalten zu können<sup>70</sup>. »Öffentlicher Auftrag« und – damit zusammenhängend – »öffentliche Verantwortung« wurden für die Evangelische Kirche nach 1945 bzw. 1949 zu »Parolen«, an denen sie »ihr Selbstverständnis« ausrichtete<sup>71</sup>. Derartige Deutungen waren auch für das traditionelle katholische Kirchenverständnis anschlussfähig, die für das Verhältnis der beiden unabgeleiteten souveränen Gewalten Staat und Kirche nur die Koordina-

66 Vgl. insgesamt auch *Ipsen*, Staat der Mitte (Fn. 1), S. 193 f.

67 *Gotto*, Entstehung des Grundgesetzes (Fn. 3), S. 98.

68 Zum Folgenden als Übersicht *Bernd Jeand'Heur/Stefan Korioth*, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000, Rdnr. 44 ff.; *Korioth*, evangelische Staatslehre (Fn. 9), S. 139.

69 Staat und Kirche (Fn. 2), S. 4.

70 *Smend*, Staat und Kirche (Fn. 2), S. 9 ff.; vgl. dazu etwa *Wolfgang Bock*, Das für alle geltende Gesetz und die kirchliche Selbstbestimmung, 1996, S. 74 ff.; zum größeren Zusammenhang *Martin Greschat*, Zwischen Aufbruch und Beharrung. Die evangelische Kirche nach dem Zweiten Weltkrieg, in: *Conzemius u. a.* (Hrsg.), Die Zeit nach 1945 als Thema kirchlicher Zeitgeschichte, 1988, S. 99 (108 ff.); zum Öffentlichkeitsauftrag, der dann auch bald Bestandteil etwas des Loccum-Vertrages wurde, ausführlich *Klaus Schlaich*, Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen, in: *Listl/Pirson* (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 2. Aufl. 1995, § 44.

71 Vgl. *Trutz Rendtorff*, Die Autorität der Freiheit. Theologische Beobachtungen zur öffentlichen Rolle der Evangelischen Kirche in Deutschland, in: *Zeitschrift für Theologie und Kirche* 101 (2004), S. 379 (381).



tion, die vorzugsweise in gleichberechtigtem Vertragsschluss mündet, als sachgerechtes Regelungsinstrument akzeptiert<sup>72</sup>. Mit dem auf Niedersachsen bezogenen Loccumer Vertrag von 1955 war nun auch auf evangelischer Seite eine Art Mustervertrag geschaffen, der auf viele weitere vertragliche Abmachungen ausstrahlte<sup>73</sup>. In den 1950er und 1960er Jahren übernahm die Evangelische Kirche die Führung vertraglicher Abmachungen zwischen Staat und Kirche<sup>74</sup>. Für die katholische Seite mit den fortgeltenden (Landes-)Konkordaten aus der Weimarer Zeit musste erst das Bundesverfassungsgericht im sog. Konkordatsstreit den Formelkompromiss des Art. 123 Abs. 2 GG in seiner Bedeutung für das Reichskonkordat von 1933 verbindlich interpretieren<sup>75</sup>.

## 2. Wandlungen in Rolle und Bedeutung der Kirchen und ihrem Verhältnis zur Verfassungsstaatlichkeit unter 60 Jahren Grundgesetz

### a) Religionssoziologische Veränderungen: Die »bröckelnde« Volkskirche

Es ist hier nicht der Ort die religionssoziologischen Veränderungen zwischen der Zeit der Entstehung des Grundgesetzes und der Gegenwart darzustellen. Einige Stichworte mögen genügen: Die »organisatorische Geschlossenheit« und die darauf beruhende »gesellschaftliche Präsenz« der Kirchen begannen schon Anfang der 1960er Jahre zu schwinden<sup>76</sup>. Der Katholizismus war durch das Konzil und gesellschaftliche Entwicklungen, darunter exemplarisch etwa die Debatte, die *Rolf Hochhuths* Stück »Der Stellvertreter« hervorrief, irritiert und geschwächt<sup>77</sup> –

72 Grundlegend etwa *Alexander Hollerbach*, Die vertragsrechtlichen Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: Listl/Pirson (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 1994, S. 253; berichtend auch *Ipsen*, Staat der Mitte (Fn. 1), S. 198. Aus neuerer Zeit als Koordinationslehre so vertreten nur mehr von *Willi Geiger*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum kirchlichen Selbstbestimmungsrecht, ZevKR 26 (1981), S. 156 ff.

73 *Jeand'Heur/Korioth*, Staatskirchenrecht (Fn. 69), Rdnr. 276 ff.

74 *Jeand'Heur/Korioth*, Staatskirchenrecht (Fn. 69), Rdnr. 276; *Ipsen*, Staat der Mitte (Fn. 1), S. 199.

75 BVerfGE 6, 309 ff. m.w.N.

76 Vgl. zur Entwicklung bis in die Gegenwart je unterschiedlich *Hans Maier*, Staat und Kirche in der Bundesrepublik Deutschland. Die politischen und gesellschaftlichen Grundlagen, in: Listl/Pirson (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1994, § 3 S.92 ff.; *Thomas M. Gaulty*, Kirche und Politik in der Bundesrepublik Deutschland 1945–1976, 1990; *Karl Gabriel*, Christentum zwischen Tradition und Postmoderne, 1992; *Wehler*, Gesellschaftsgeschichte, Bd. 5 (Fn. 38), S. 363 ff.; *Ipsen*, Staat der Mitte (Fn. 1), S. 195 ff.

77 *Doering-Manteuffel*, Kirche und Katholizismus (Fn. 5), S. 114.

ein Trend, der bis in die Gegenwart anhält. Gleichsam als Preis für die gesellschaftliche Gleichstellung in der modernen Gesellschaft erledigte sich das katholische Milieu: Politisch wurde das Zentrum durch die überkonfessionelle Union ersetzt, das Verbandswesen und die katholische Sozialisation schwächten sich deutlich ab<sup>78</sup>. Im Protestantismus ist ebenfalls eine weiter voranschleichende Säkularisierung festzustellen. Diese geht zudem nicht von einem geschlossenen konfessionellen Milieu aus, da der deutsche Protestantismus ohnehin – historisch betrachtet – mit dem Establishment verwoben war. Volkskirchliche Strukturen können nicht mehr überall angetroffen werden. Mit der Wiedervereinigung kam – jenseits der Redeweise von einer Stärkung des protestantischen Gewichts in der Berliner, im Vergleich zur Bonner Republik – ein praktisch entchristlichter Staatsteil hinzu, sodass inzwischen ein Drittel der Bevölkerung konfessionslos ist.

Wie sieht nun heute das Verhältnis der Kirchen zur Staatsform des Grundgesetzes aus? Durch das Zweite Vatikanische Konzil war das Verhältnis der Katholischen Kirche zur Welt und damit auch zum demokratischen Verfassungsstaat auf eine neue Basis gestellt worden. Durch die prinzipielle Anerkennung allgemeiner Religionsfreiheit und damit des Verhältnisses zu anderen Kirchen und Religionen unter Betonung bisheriger Versäumnisse und auch Fehler konnten in gewissen Grenzen eine pluralistische Gesellschaftsordnung und damit die parlamentarische Demokratie als Staatsform sowie allgemeine Menschenrechte akzeptiert, ja mit zentralen kirchlichen Anliegen identifiziert werden, ohne den kirchlichen Wahrheitsanspruch aufzugeben<sup>79</sup>. In der grundlegenden »Demokratie-Denkschrift« der Evangelischen Kirche in Deutschland von 1985 heißt es: »Zum ersten Mal erfährt die Staatsform der liberalen Demokratie eine so eingehende positive Würdigung in einer Stellungnahme der evangelischen Kirche.« Es habe über 40 Jahre gedauert, »bis die Affinität zwischen christlichem Glauben und Demokratie in einer verbindlichen Form festgehalten und zum Ausdruck gebracht wurde«<sup>80</sup>.

---

78 Kurze betont kritische Zusammenfassung bei *Wehler*, Sozialgeschichte (Fn. 38), S. 204 ff., 369 ff.

79 Vgl. insgesamt die Interpretation bei *Lindgens*, Pluralismus (Fn. 17); kritisch zum Verhältnis Kirche – Demokratie *Walter Leisner*, Demokratie. Selbstzerstörung einer Staatsform? 1979, S. 190 ff.; zum Verhältnis von Kirche und Menschenrechten *Marianne Heimbach-Steins*, Menschenrechte in Gesellschaft und Kirche, 2001 sowie jetzt *Arnold Angenendt*, Toleranz und Gewalt. Das Christentum zwischen Bibel und Schwert, 2. Aufl. 2007, S. 122 ff.

80 *Wolfgang Huber*, Ethik und Demokratie. Ansprache auf dem Katholikentag in Ulm, 19. Juni 2004, [www.ekd.de/vortraege/huber04\\_06\\_19\\_huber\\_katholikentag ...](http://www.ekd.de/vortraege/huber04_06_19_huber_katholikentag...), S. 2; vgl. insgesamt *Honecker*, Sozialethik (Fn. 21), S. 330 ff.; *ders.*, Der Auftrag der Kirche und die Aufgabe des Staates, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 25 (1991), S. 49 ff. (wieder abgedruckt in *ders.*, Evangelische Christenheit in Politik, Gesellschaft und Staat, 1998, S. 22 (insbes. 28 f.); *ders.*, Gedanken zur Denkschrift der EKD: »Evangelische Kirche und freiheitliche Demokratie«, 1986; *Roman Herzog*, Demokratie und Staat, in: Jüngel u. a., Evangelische Christen in unserer Demokratie, 1986, S. 39; *Helmut Simon*, Demokratie und

## b Interessenfelder kirchlicher Einflussnahme

Die »Versöhnung« der Kirchen mit der Verfassungsordnung hat dazu geführt, dass auch die Themen kirchlicher Stellungnahmen, Petitionen und Denkschriften pluraler, man könnte auch sagen beliebiger und unüberschaubarer geworden sind. Für die evangelische Seite hat der Münchener Theologe *Trutz Rendtorff* gefragt, wie sich die »öffentliche Rolle« seiner Kirche zeige: »Öffentlich wahrnehmbar und phänomenologisch beschreibbar [...] in einer stetig zunehmenden Anzahl von Denkschriften, Stellungnahmen und Handreichungen. Eine grobe Schätzung dürfte irgendwo bei zweihundert solcher Dokumente liegen, nicht eingerechnet die permanente Praxis öffentlicher Erklärungen aus aktuellem Anlass oder die entsprechenden öffentlichen Äußerungen aus den Gliedkirchen der EKD.« Er fragt dann nach der inner- wie außerkirchlichen Rezeption derartiger Verlautbarungen: »Gehört die ›öffentliche Verantwortung‹ überhaupt zu den Spezifika kirchlicher Lehre und Verkündigung? Eine solche Frage wird provoziert durch die Vielzahl der Themen, zu denen sich die EKD öffentlich geäußert hat. Die Bandbreite ist weit gespannt. Sie erstreckt sich von politisch-ethischen Großthemen, wie sie von der inzwischen zum Dreiklang geronnenen Formel ›Frieden, Gerechtigkeit, Bewahrung der Schöpfung‹ repräsentiert sind, bis hin zu Themen wie beispielsweise das Baubodenrecht (1973) oder die Entwicklung eines Breitbandkommunikationssystems (Kabelfernsehen) (1977). Die Dynamik des Imperativs der ›öffentlichen Verantwortung‹ lässt die Themen als ebenso unendlich erscheinen wie die medial je präsenten Themen der öffentlichen Angelegenheiten es sind.«<sup>81</sup> Auf katholischer Seite müssen die zahlreichen Äußerungen katholischer Verbände gebündelt im Zentralkomitee der Deutschen Katholiken<sup>82</sup> von den zahlenmäßig selteneren amtskirchlichen Verlautbarungen unterschieden werden. Die Begrenzung auf spezifisch kirchliche Anliegen, wie sie für die Zeit um 1948/49 gezeigt werden konnte ist entfallen. Das ist zum Teil auch Auswirkung der beschriebenen Aussöhnung mit der Verfassungsordnung als solchen. Zwar können solche Themen – bei konfessionellen Unterschieden – auch in der Gegenwart ausgemacht werden, wie die Fragen des Lebensschutzes oder der biomedizinischen Herausforderungen zeigen. Das hindert beide Kirchen jedoch nicht daran,

---

Grundgesetz, ebd., S. 55; kritisch *Andreas Püttmann*, Ein »Ja, aber« zur Bonner Demokratie, *ZfP* 36 (1989), S. 75 ff.

81 *Rendtorff*, Autorität der Freiheit (Fn. 72), S. 382 f.; vgl. als Gegenposition etwa *Eduard Lohse*, Erneuern und Bewahren. Evangelische Kirche 1970 – 1990, 1993, S. 84 ff.

82 Vgl. nur die beiden – ausgewogenen – Äußerungen: Thesen gegen den Missbrauch der Demokratie, verabschiedet vom Beirat für politische Fragen am 30. April 1971, in: Buchheim u. a. (Hrsg.), *Christliche Botschaft und Politik. Texte des Zentralkomitees der deutschen Katholiken zu Politik, Staat, Verfassung und Recht*, 2. Aufl. 1990, S. 17, sowie: Zum 40. Jahrestag der Annahme des Grundgesetzes. Erklärung des Zentralkomitees der deutschen Katholiken, beschlossen von der Vollversammlung am 5. Mai 1989, ebd., S. 155.

zu mehr oder minder allen gesellschaftlichen, ökonomischen und sonstigen Fragen Stellung zu beziehen. Die Gefahr eines solchen Stellungnahme-Pluralismus liegt auf der Hand: Wer sich zu allem und jedem äußert, wird im Einzelfall u. U. kaum noch gehört. Die Durchschlagskraft der Einmischung verdünnt sich angesichts der Breite der Themen<sup>83</sup>. Mit dieser Kritik sind weniger die nunmehr klaren Bekenntnisse zum Staat des Grundgesetzes gemeint (da dieser »in besonderer Weise dem christlichen Menschenbild entspricht«<sup>84</sup>), als vielmehr die z. T. kaum noch kirchlich-theologisch fundierten Äußerungen zu beliebigen gesellschaftlichen Anlässen. Wo sich aus der Schrift und aus der kirchlichen Lehre keine Aussagen zu bestimmten gesellschaftspolitischen Agenden finden lassen, wären die Kirchen gut beraten, zu schweigen, wollen sie nicht eine Gefährdung von Auftrag und Anliegen riskieren.

Zum Problem oder zum Ärgernis wird dies dann, wenn eine Überidentifikation der Kirchen mit der Verfassung, konkret mit dem Grundgesetz erfolgt. Nachdem etwa der naturrechtliche Diskurs in katholischen Stellungnahmen mehr oder weniger ausgedient hatte, haben die Kirchen erkannt, »welche Möglichkeiten das Grundgesetz bietet, um konfessionell inspiriertes Denken im Staat zur Geltung zu bringen«<sup>85</sup>. Das kann jedoch auch zum Problem werden: Wenn etwa Kirchenführer in den Debatten über den Lebensschutz statt auf genuin christliche bzw. theologische Positionen mit dem Grundgesetz argumentieren; so etwa jüngst der bayerische Landesbischof *Johannes Friedrich* im ökumenischen Festgottesdienst zum 60. Jahrestag der Verkündung des Grundgesetzes im Bonner Münster: »Wir sollten in unseren ethischen Debatten über den Schutz des Lebens am Anfang und am Ende immer wieder auf diesen Grundsatz unseres Grundgesetzes [die Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1] rekurrieren.«<sup>86</sup> Ähnliches ist mir aus einer Predigt des Münchener Kardinals *Friedrich Wetter* im Dankgottesdienst zur Wiedervereinigung am 3. Oktober 1990 in Erinnerung. Es befremdet auch, wenn Bischof *Wolfgang Huber* im ökumenischen Gottesdienst aus Anlass des Verfassungsjubiläums ausführt: »Das Grundgesetz, dessen Jubiläumstag uns zusammenführt, gibt uns den Ton vor, in dem wir heute Gottesdienst feiern.«<sup>87</sup> Wenn ausgeführt

---

83 Teilweise abweichende Wertung bei *Ipsen*, Staat der Mitte (Fn. 1), S. 203.

84 Die Balance von Kontinuität und Wandel wahren. Gemeinsame Erklärung des Vorsitzenden des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland, Bischof Dr. Wolfgang Huber und des Vorsitzenden der Deutschen Bischofskonferenz, Erzbischof Dr. Robert Zollitsch, zum 60. Jahrestag der Verkündung des Grundgesetzes vom 20. Mai 2009 unter Rückgriff auf eine frühere gemeinsame Erklärung.

85 *Schwab*, Konfessionelle Denkmuster (Fn. 43), S. 177; vgl. kritisch auch *Püttmann*, Bonner Demokratie (Fn. 81), S. 78 f.

86 Zitiert nach der Pressemitteilung der EKD vom 30.5.2009: Dankbar für den Staat des Grundgesetzes. Leitender Bischof der VELKD predigt im ökumenischen Festgottesdienst der ACK im Bonner Münster,

87 Zitiert nach der Pressemitteilung der EKD vom 22.5.2009: Zuversicht schöpfen aus Ver-

wird, dass die Menschenrechte »inzwischen einen Schwerpunkt der christlichen Ethik« bilden<sup>88</sup>, muss der Gefahr gesteuert werden, dass die christliche Ethik mit weltlichen Kategorien, statt mit ihrem Argumentationsarsenal debattiert. Gefahren und Fehlentwicklungen drohen von kirchlichen Versuchen, die Verfassung zu interpretieren: So wenn etwa in der EKD-Erklärung »Christentum und politische Kultur« von 1997 die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes als rechtlich verpflichtend auch für die Gesellschaft postuliert wird<sup>89</sup>. Freilich hat auch die kirchliche Überidentifikation mit einem Staat – wiederum mit konfessionellen Besonderheiten – in unterschiedlichen historischen und politischen Zusammenhängen eine gewisse Tradition. Meine Kritik behauptet nicht, dass hier der Schwerpunkt kirchlicher Verkündigung und Stellungnahme liegt; sie will lediglich auf eine Beobachtung und ihre Gefahren hinweisen.

c) Auswirkungen auf das Verhältnis von Staat und Kirche

aa) Von der Koordination zur Kooperation

Abschließend soll noch auf die Veränderungen im Staat-Kirche-Verhältnis, also im Staatskirchenrecht hingewiesen werden. Der »koordinationsrechtliche Überschwang der Nachkriegszeit«<sup>90</sup> als Folge einer »überhitzten kirchlichen Nachkriegskonjunktur«<sup>91</sup> musste zwangsläufig angesichts des gesellschaftlichen Bedeutungs- und Einflussverlustes der Kirchen normalisiert werden. Hinzu kamen juristische Bedenken, die auch im Staatskirchenrecht die teilweise verloren gegangenen juristischen Standards einklagten. Ein handfester Etatismus forderte das staatliche Letztentscheidungsrecht ein<sup>92</sup>. Dies konnte auch demokratisch gewendet werden: In einem prinzipiell weltanschaulich-religiös neutralen Staat kann auch der Mehrheitsreligion kein außerrechtlicher Sonderstatus eingeräumt werden. Die staatskirchenrechtliche Koordinationslehre wandelte sich zur

---

trauen. Ansprache des Ratsvorsitzenden der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD), Bischof *Wolfgang Huber*, im Ökumenischen Gottesdienst »60 Jahre Grundgesetz« am 22. Mai 2009 im Berliner Dom.

88 Vgl. etwa: *Wolfgang Huber*, Die Religionen und der Staat, Vortrag auf Einladung der Friedrich-Ebert-Stiftung in Bonn am 2. Februar 2005, Abschnitt VI, hier zitiert nach EKD-Pressedienst.

89 Erklärung des Rates der EKD »Christentum und politische Kultur« vom Oktober 1997, EKD-Text Nr. 63, hier zitiert nach dem EKD-Pressedienst, Einleitung, Textziffern 1 und 2.

90 *Axel Freiherr von Campenhausen*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz 1949–1989, in: *Morsey/Reppen* (Hrsg.), Christen und Grundgesetz, 1989, S. 71 (74).

91 *Helmut Simon*, Freie Kirche im demokratischen Staat, *ZevKR* 42 (1997), S. 155 (162).

92 Hervorzuheben sind die fulminanten Beiträge von *Helmut Quaritsch*, Kirchen und Staat – Verfassungs- und staatsrechtliche Probleme der staatskirchenrechtlichen Lehre der Gegenwart, in: *Der Staat* 2 (1962), S. 175 ff. und 289 ff.; zur Diskussion insgesamt *Bock*, Selbstbestimmung (Fn. 71), S. 92 ff.

Kooperationslehre. Diese bringt zum Ausdruck, dass sich gerade aus den über Art. 140 GG rezipierten Rechtsnormen ein Gegenmodell zum laizistischen Verständnis von Religionsfreiheit ergibt. Das Bundesverfassungsgericht hat das in seiner neueren Rechtsprechung in die Formel gefasst: »Die dem Staat gebotene religiös-weltanschauliche Neutralität ist ... nicht als eine distanzierende im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche, sondern als eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung zu verstehen.«<sup>93</sup>

bb) Staatskirchenrecht in flexibler Kontinuität angesichts gesellschaftlichen Einflussverlustes der Kirchen und religiöser Pluralisierung

Das geltende Staatskirchenrecht des Grundgesetzes ist in der Lage, die neuen Herausforderungen zu meistern<sup>94</sup>. Das Grundrecht der Glaubens-, Gewissens und Religionsfreiheit dient dem Minderheitenschutz in der demokratischen Staatsform. Nach richtigem Verständnis bietet das institutionelle Staatskirchenrecht mit Körperschaftsstatus und Kirchensteuerrecht ein Angebot an die Religionsgemeinschaften, da der Staat Religion und Kirchen als prinzipiell förderungswürdige Faktoren erkannt hat, da sie Voraussetzungen fördern, die der Staat selbst weder schaffen noch garantieren kann. Angesichts der religiösen Diversifizierung gilt dieses Angebot – wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt werden – auch für nichtchristliche Glaubensgemeinschaften. Das Staatskirchenrecht unserer Verfassung ist keine einseitige Privilegierung der christlichen Großkirchen, auch wenn es historisch auf diese zugeschnitten war. Das zeigt sich schon daran, dass inzwischen über 20 Religionsgemeinschaften den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts erlangt haben<sup>95</sup>.

### 3. Ausblick

Fassen wir abschließend unsere Beobachtung noch einmal zusammen: Zur Zeit der Entstehung des Grundgesetzes waren beide Kirchen bei herausragendem gesellschaftlichen Einfluss keine aktiven Verfechter der legitimatorischen Grundfrage der neuen Verfassungsordnung. Durch ihre Geschichte und durch ihre Lehre befangen, konzentrierte sich die ohnehin asymmetrische Einflussnahme auf grundrechtliche Fragen, vorrangig auf das Elternrecht und die Schul-

93 BVerfGE 108, 282 (300) – »Kopftuch«.

94 Vgl. mit umfassenden Nachweisen nur *Christian Waldhoff*, Die Zukunft des Staatskirchenrechts, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 42 (2008), S. 55.

95 Vgl. etwa die Aufzählung bei *Paul Kirchhof*, Die Kirchen als Körperschaften des öffentlichen Rechts, in: Listl/Pirson (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 1994, S. 651 (678 f.).

organisation sowie daneben auf das Staatskirchenrecht. Die nach zeitgenössischer Selbsteinschätzung der Kirchen unbefriedigenden Ergebnisse der Interventionen erscheinen aus heutigem Blick alles andere als erfolglos. Im Staatskirchenrecht wurde mit der Koordinationslehre ein aus Sicht des Verfassungsstaates kaum durchhaltbarer Anspruch erhoben. In der Gegenwart stehen wir vor einer umgekehrten Situation. Der gesellschaftliche Einfluss, die Prägekraft der Kirchen hat sich signifikant verringert, die ohnehin nur schwer einzuschätzende Interventionsmacht dürfte derjenigen vor 60 Jahren nicht mehr entsprechen. Nach 60 Jahren Grundgesetz hat sich allerdings auch das kirchliche Verhältnis zu dieser Verfassung im Sinne einer Erfolgsgeschichte gewandelt. Das Grundgesetz als die Verfassung Deutschlands ist praktisch ohne Einschränkung nicht nur in seinem Grundrechtsabschnitt, sondern in den legitimatorischen Grundfragen als vorbildlich akzeptiert. Von Sonderfragen abgesehen verflacht damit notwendig die Durchschlagskraft von Interventionen und Stellungnahmen im (verfassungs-)politischen Prozess einer gereiften Verfassungsordnung. Dem entspricht eine »kooperative« Normalisierung des Staat-Kirche-Verhältnisses in einem zukunftsfähigen Staatskirchenrecht »flexibler Kontinuität« (Begriff nach *Ansgar Hense*). Wie deutlich der beschriebene Paradigmenwechsel ausgefallen ist, erhellt aus der Einbeziehung verfassungsrechtlicher Argumente in kirchliche Verkündigung, im Extremfall in den theologischen Diskurs. Zahlreiche Ideen des modernen Verfassungsstaates besitzen ideengeschichtlich zwar christliche Wurzeln, »sie wurden aber nicht ›auf dem Boden kirchlicher Autorität‹ hervorgebracht«<sup>96</sup>. Mit den Worten *Eberhard Jüngels*: »Die Kirche sollte diese ihre weltlichen Kinder segnen, statt sie sozusagen in den Mutterschoß zurückzufordern.«<sup>97</sup> Religion und Kirche werden durch eine derartige Verwirrung der Kategorien von Voraussetzungen des freiheitlichen Verfassungsstaates<sup>98</sup> zu deren Produkt. Setzte sich diese Tendenz fort, verfehlten die Kirchen womöglich ihren Auftrag. Aus der Sicht des Verfassungsstaates wäre ihre Funktion verloren.

96 *Wolfhart Pannenberg*, Die Kirchen und die entstehende Einheit Europas, in: ders., Beiträge zur Ethik, 2004, S. 221 (231).

97 *Eberhard Jüngel*, Untergang oder Renaissance der Religion? In: ders., Indikative der Gnade – Imperative der Freiheit, 2000, S. 24 (32).

98 Vgl. »klassisch« *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 92 (112); Erstdruck in: Säkularisierung und Utopie. Ernst Forsthoff zum 65. Geb., 1967, S. 75.



## Das GG als »Exportgut« im Wettbewerb der Rechtsordnungen

### Einleitung

Was haben J. Haydn, F. Mendelssohn-Bartholdy, A. Lincoln und C. Darwin gemeinsam? 2009 ist für alle ein Jubiläumsjahr! Was verknüpft A. v. Canterbury, G.F. Händel, A. v. Humboldt<sup>1</sup>, E.A. Poe, Wilhelmine von Bayreuth und den Eisvogel? Sie alle werden im Jahre 2009 geehrt, sei es wegen Geburt, wegen Todes oder wegen Artenschutzes. Was verbindet zudem J. Calvin, das *mare liberum* (H. Grotius), F. Schiller, das deutsche Jugendherbergswerk und die deutsche Kriegsgräberfürsorge, ja sogar den Europarat und die *Nouvelle Vague*? Auch ihre Existenz jährt sich in diesem Jahr zum 500., 400., 250., 100., 90. oder 50. Mal. Was eint zuletzt noch Polens »Runder Tisch«<sup>2</sup>, das *annus mirabilis* 1989, die Weimarer Verfassung von 1919 sowie das deutsche Grundgesetz? Ebenfalls das Jubiläumsjahr 2009!

»Ringvorlesungen« sind eine eigene Wissenschafts- und Literaturgattung, zumal in Deutschland. Man darf ihnen das Attribut »klassisch« verleihen. Werden sie zu einer Art »akademischer Verfassungstag«<sup>3</sup> wie heuer in Bonn für das zu Recht allenthalben stolz gefeierte<sup>4</sup> 60 Jahre alt gewordene GG<sup>5</sup> – Stich-

---

1 Vgl. *Manfred Geier*, Die Brüder Humboldt, eine Duografie, 2009.

2 Der Verf. hat den Runden Tisch Polens oft als »kulturelles Gen« der Menschheit bezeichnet (z. B. in Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl. 1998, S. 31, 82, 614, 621), auch im Blick auf König Artus' Tafelrunde, dies wird jetzt Gemeingut, vgl. zuletzt FAZ vom 4. April 2009, S. 10: »Ritter der runden Tafel, Wie Polens Kommunisten unversehens die Macht entglitt.« S. schon FAZ vom 31. März 2009, S. 34: »Helden des Rückzugs?, Polen streiten über den Runden Tisch von 1989.«

3 Eindruckvoll für die Schweiz der Band: Zehn Jahre neue Bundesverfassung, hrsgg. von A. Epiney u. a., 2009; für Österreich: FS 75 Jahre Bundesverfassung, 1995, hrsgg. von der Österreichischen Parlamentarischen Gesellschaft.

4 Freilich waren die Pläne für das Grundgesetzjubiläum in Berlin schon im Vorfeld als »geschichtsfern« kritisiert worden: »Blamage im Verzug«, FAZ vom 6. Februar 2009, S. 31; »Autogala und Markenparade«, SZ vom 31. Januar/1. Februar 2009, S. 13. Beim Verfassungsjubiläum trat dann nur der soeben wiedergewählte Bundespräsident auf. Gespielt wurde u. a. die Neunte Sinfonie von *Beethoven*, Der Spiegel 17/2009, S. 19. Positiv erschienen vorab dem-

worte sind die »bewährte Verfassung«, das »akzeptierte Grundgesetz« (so der Titel unserer Festschrift für G. Dürig, 1990)<sup>6</sup>, die normative Kraft der Verfassung (K. Hesse) –, so ist das Glück vollkommen (*Kriterien* für die »Bewahrung« einer Verfassung sind<sup>7</sup>: das grundsätzliche Einverständnis möglichst vieler Bürger

- gegenüber nur die Vorhaben der Bundeszentrale für politische Bildung (bpb), »Nacht der Demokratie« in Bonn, vgl. FAZ vom 28. Februar 2009, S. 33. Allerdings zeigte sich, dass das Berliner Bürgerfest erfreulich großen Zulauf hatte. Auf der Straße des 17. Juni stellten sich Institutionen u. a. wie Bundestag, BVerfG und einzelne Länder vor. S. aus der Presse: »Sechzig Jahre Glück gehabt«, FAZ vom 25. Mai 2009, S. 29; »Deutsche, schwerelos«, Rheinischer Merkur 22/2009, S. 18.
- 5 Schon zum 50-jährigen Jubiläum gab es den Prachtband *Die deutschen Verfassungen, 1849-1871-1919-1949*, hrsgg. von J. Limbach u. a., 1999; sodann T. Ellwein/ E. Holtmann (Hrsg.), *50 Jahre Bundesrepublik Deutschland*, PVS Sonderheft 30/1999. Aus der damaligen *wissenschaftlichen Lit.* grundlegend: *Helmuth Schulze-Fielitz*, *Grundsatzkontroversen in der deutschen Staatsrechtslehre nach 50 Jahren Grundgesetz – in der Beleuchtung des Handbuch des Staatsrechts*, in: *Die Verwaltung* 32 (1999), S. 241 ff. Vgl. heute etwa die Ausstellung im Deutschen Historischen Museum in Berlin »Im Namen der Freiheit. Verfassung und Verfassungswirklichkeit in Deutschland 1849-1919-1949-1989«, 2009. – Auch die *Printmedien* nehmen sich des Themas an, z. B. *Der Spiegel* Nr. 7/2009: »Die Biografie einer Republik, sechzig deutsche Jahre«. *Die Zeit* vom 19. März 2009, S. 52: »Unser Buch der Freiheit« (Rezensionen von *Peter Zolling*, *Das Grundgesetz*, 2009; sogar die Zeitung »Bild« veranstaltet zum Geburtstag der Bundesrepublik die große Kunstaktion »60 Jahre, 60 Werke« (Bundesausgabe vom 31. März 2009, S. 8); die Zeitschrift »Der Stern« bringt ein Extraheft heraus: »60 Jahre Bundesrepublik«. *Karen-Susan Fessel/Manfred Schwarz/Yayo Kawamura (III.)*: GG, was ist das? Vorwort von *Jutta Limbach*, 2009). Bemerkenswert auch die Serie der »Zeit« (*Die Zeit* vom 19. März 2009). Der Nordbayerische Kurier veranstaltet eine Umfrage als Serie zum 60. Geburtstag des GG: »Wie haben sie das Jahr 1949 erlebt?«, NBK vom 31. März 2009, S. 11. – Die F.-Thyssen-Stiftung veranstaltete vom 24. – 26. März 2009 ein Kolloquium zum 60-jährigen Jubiläum des GG in Berlin mit Referaten u. a. von *Herbert Schambeck*: Das GG und seine Bedeutung für die neue Ordnung des integrierten Europa oder *Pedro Cruz Villalón*: Das GG in der spanischen Verfassungsentwicklung (1978 – 2008) sowie *Georg Ress*: Das GG im Rahmen des europäischen Menschenrechtsschutzes. – Die Europäische Akademie Berlin führt zusammen mit Fakultäten der Universität Potsdam im Mai 2009 ebenfalls eine Tagung »60 Jahre Grundgesetz« durch. Referenten sind u. a. Ministerpräsident a. D. *Lothar de Maizière* sowie *Reinhard Mußgnug*. – Das erste *Fernsehprogramm* zeigte am 23. Mai 2009 eine Dokumentation: »Wie es begann – eine Zeitreise zum Grundgesetz«, auch Kindern will es die Verfassung mit einer eigenen Sendung nahebringen (FAZ vom 20. Mai 2009, S. 36). Die Hans-Seidel-Stiftung in München veranstaltete am 20. Juli 2009 eine Tagung »60 Jahre Bundesrepublik – Eine internationale Erfolgsgeschichte«. – Auch auf dem *Buchmarkt* werden die 60 Jahre Grundgesetz, z. T. popularwissenschaftlich, gefeiert: z. B. *Christian Bommarius*, *Das Grundgesetz. Eine Biographie*, 2009; *Maximilian Steinbeis/Marion u. Stephan Detjen*, *Die Deutschen und das Grundgesetz*, 2009; H.-P. Schwarz (Hrsg.), *Die Bundesrepublik Deutschland. Eine Bilanz nach 60 Jahren*, 2008; H. Prantl/R. Probst (Hrsg.), *Einigkeit und Recht und Wohlstand*, 2009.
- 6 S. auch die Allensbacher Repräsentativumfrage, die zu dem Ergebnis kommt: »Die angesehene Verfassung«, FAZ vom 20. Mai 2009, S. 5; s. noch die Umfrage der »Identity-Stiftung« zum Nationalgefühl: »60 Prozent der Deutschen sind stolz, Deutsche zu sein«, FAZ vom 30. April 2009, S. 5.
- 7 Dazu schon *Peter Häberle*, *Verfassungsentwicklung und Verfassungsreform in Deutschland*, in: *Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*,

mit der Verfassungsentwicklung (Stichwort: Akzeptanz, Legitimität, nicht zuletzt dank Verständlichkeit und Übersichtlichkeit der Verfassungstexte) – die Erziehungsziele haben hier ihren Ort (gemeindeutsch etwa Respekt vor der gleichen Würde des anderen, Verantwortungsgefühl, Verantwortungsbewusstsein für Natur und Umwelt, soziale Gerechtigkeit, Völkerversöhnung), sodann eine Balance zwischen Konsens und Dissens aller Bürger und Gruppen im Rahmen der Verfassung (Stichwort: friedliche Konfliktaustragung, Integrationsleistung), die Bewältigung der kurz-, mittel- und langfristigen Aufgaben »im Laufe der Zeit« (Stichwort: Sicherung eines menschenwürdigen Lebens in regionaler, ja globaler Perspektive, auch für »künftige Generationen«), all dies unter den Hauptzielen von Gerechtigkeit (verstanden als Wahrheit des Rechts), Gemeinwohl, Friedensbewahrung nach innen und außen sowie Wahrheitsuche im Dienst der Menschen und Bürger – im Rahmen einer Verfassung, die Macht begrenzt, Staatsaufgaben und -funktionen etabliert und den drei sinnstiftenden kulturellen Instanzen der Religionen, Wissenschaften und Künste pluralistisch Raum gibt (»Freiheit aus Kultur«) – den Begriff »Kultur der Freiheit« habe ich 1991 geprägt.<sup>8</sup> In einer »Ringvorlesung« behandelt die Wissenschaftlergemeinschaft vor Ort, heute die Bonner Juristenfakultät, ein bestimmtes Thema, das »Bonner Grundgesetz«, aus unterschiedlichen Blickwinkeln. Sie sucht sich auch Redner von außerhalb, und ein Blick auf das Bonner Gesamtprogramm zeigt, dass sie Themen und Redner zu einer gelungenen pluralen Vielfalt unter Einbeziehung auch von Politikern verbunden hat. Das mir zuge dachte Thema habe ich im Kleinen schon vor zwanzig bzw. zehn Jahren behandelt<sup>9</sup>; Große aus unserer Zunft wie *H.P. Ipsen* äußerten sich zum Jubiläum 40 Jahre Grundgesetz<sup>10</sup>.

---

Kolloquium zum 60. Geburtstag von R. Novak, 2000, S. 41 (60). – Zuletzt *Peter Lerche*, »Bewährung« des Grundgesetzes?, FS Herzog, 2009, S. 265 ff.

8 *Peter Häberle*, Aktuelle Probleme des deutschen Föderalismus, in: *Die Verwaltung* 24 (1991), S. 169 (184).

9 *Peter Häberle*, Ausstrahlungswirkungen des deutschen Grundgesetzes auf die Schweiz. Ein Beispiel für weltweite Prozesse der Produktion und Rezeption »in Sachen Verfassungsstaat«, in: Ulrich Battis/Ernst Gottfried Mahrenholz/Dimitris Th. Tsatsos (Hrsg.), *Das Grundgesetz im internationalen Wirkungszusammenhang der Verfassungen – 40 Jahre Grundgesetz*, 1990, S. 17 ff.; *ders.*, Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells, JZ 1992, S. 1033 ff.; in spanischer Übersetzung, in: *Derechos Humanos Constitucionalismo Ante El Tercer Milenio*, Antonio-Enrique Pérez Luño (coordinador), 1996, S. 151 ff. (auch in: *Europäische Rechtskultur*, 1994/TB 1997, S. 175 ff.); *ders.*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft am Beispiel von 50 Jahren Grundgesetz (1999), in: *ders.*, *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, 1999, S. 239 ff.

10 Vgl. JöR 38 (1989), S. 1 ff. S. auch die Tübinger Ringvorlesung Vierzig Jahre Bundesrepublik Deutschland, 1990, sowie Bundesrat (Hrsg.), *Vierzig Jahre Bundesrat*, 1989; Bundesrat (Hrsg.), *50 Jahre Herrenchiemseer Verfassungskonvent*, 1999. S. auch *Dieter Grimm*, *Das Grundgesetz nach vierzig Jahren*, in: NJW 1989, S. 1305 ff. – Das 30-jährige Jubiläum des GG wurde gefeiert auf der Berliner Staatsrechtslehrertagung: VVDStRL 38 (1980). S. auch den Sammelband: J. Becker (Hrsg.), *Dreißig Jahre Bundesrepublik – Tradition und Wandel*, 1979.

Kritische Stimmen z. B. aus der Marburger Schule von *W. Abendroth* »Der Kampf um das Grundgesetz« (1977)<sup>11</sup> oder das sogenannte Manifest »Eine Verfassung für Deutschland«<sup>12</sup> (1991) sowie die Diskussion um die Alternative »Beitritt« der ostdeutschen Länder oder eine neue Verfassung, legitimiert aus einer gesamtdeutschen Volksabstimmung, seien nicht unterschlagen.<sup>13</sup> (Klammerzusatz: Ich selbst votierte im »Vormärz 1990« für eine kombinierte Lösung: Art. 23 plus 146 GG – der auch heute nicht obsolet ist –, all dies im Gegensatz zu Bundeskanzler *H. Kohl*, der richtig erkannte, dass es nur ein schmales Zeitfenster für die Wiedervereinigung gab. Herr *J. Isensee* hat in dieser Ringvorlesung gesprochen über »Demokratie ohne Volksabstimmung: Das Grundgesetz«, Herr *W. Schäuble* über das »Grundgesetz als Rechtsrahmen der deutschen Einheit«.) – Zuzustimmen ist der jüngsten These von Frau Bundeskanzlerin *A. Merkel*, wonach die DDR ein Unrechtsstaat war.<sup>14</sup> Der Band von *W. Brugger* (Hrsg.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie* (1996)<sup>15</sup> ermutigt sehr. Demgegenüber sollten wir den Briefwechsel zwischen *E. Forsthoff* und *C. Schmitt* nicht so ernst nehmen<sup>16</sup> (bei allem Respekt vor *Forsthoff*), auch nicht die Unkenrufe von *G. Grass* in seinem Tagebuch.<sup>17</sup> Im JÖR ist im Frühjahr 2009 eine erste Folge von Beiträgen zu unserem Verfassungsjubiläum, vor allem von ausländischer Prominenz aus den USA, Italien und Österreich, erschienen.<sup>18</sup> Dies macht unser heutiges Thema indes nicht ganz überflüssig. Denn die Themenvorgabe, »Vorverständnis und Methodenwahl« (*J. Esser*) haben eigenen Zuschnitt (bekanntlich sind nach *H. Heine* die Deutschen ein methodisches Volk). Freilich sei, *sit venia verbo*, ein kleiner *Vorbehalt* eingebaut:

11 *Wolfgang Abendroth u. a.*, *Der Kampf um das Grundgesetz*, 1977.

12 *B. Guggenberger/U.K. Preuß/W. Ullmann* (Hrsg.), *Eine Verfassung für Deutschland, Manifest Text Plädoyers*, 1991; *B. Guggenberger/T. Stein* (Hrsg.), *Die Verfassungsdiskussion im Jahr der deutschen Einheit*, 1991.

13 Dazu aus der Lit.: *Peter Häberle*, *Verfassungspolitik für die Freiheit und Einheit Deutschlands*, in: *JZ* 1990, S. 358 ff. Zuletzt zu Art. 146 GG: *Horst Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *GG-Kommentar*, 2. Aufl. 2008, S. 1805 ff. (Rn. 58 ff.); *Hartmut Bauer*, *Die Verfassungsentwicklung des wiedervereinigten Deutschland*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR I*, 3. Aufl. 2003, § 14.

14 *FAZ* vom 9. Mai 2009, S. 4; *Die Welt* vom 9. Mai 2009, S. 2; s. auch den differenzierten Beitrag von *Richard Schröder*, »Vor Recht Macht«, in *FAZ* vom 9. Mai 2009, S. 8 sowie von *Gerd Roellecke*, *FAZ* vom 15. Juni 2009, S. 29.

15 *W. Brugger* (Hrsg.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, 1996; dazu mein Besprechungsaufsatz in *AÖR* 123 (1998), S. 476 ff.

16 Briefwechsel 1926 – 1974, hrsgg. von *D. Mußgnug u. a.*, 2007, und dazu treffend die Rezension in *SZ* vom 1. Dezember 2008, S. 14: »Neinsager der Bundesrepublik«.

17 *Günter Grass*, *Unterwegs von Deutschland nach Deutschland. Tagebuch 1990, 2009*. Kritisch zu Recht: *FAZ* vom 2. Februar 2009, S. 28: »eine Chronik der Ressentiments«. Unselig ist seine These: »Artikel 23 ist als Ermächtigungsgesetz missbraucht« worden (zit. nach *FAZ* vom 23. März 2009, S. 28).

18 *JÖR* 57 (2009), S. 1 ff. Eine Zweite und Dritte Folge schließen sich 2010 und 2011 an.

Der Bonner Dekan C. Hillgruber hat mir die Begriffe »Exportgut«<sup>19</sup> und »Wettbewerb« vorgegeben. Ich halte mich der Form nach höflich an diese mir freilich allzu ökonomisch geprägt erscheinenden Begriffe, diese Freiheit des Redners sei vielleicht gestattet (das Wort »Exportgut« legt auch fälschlicherweise nahe, dass das GG weggegeben wird, zumal Ideen des GG nicht als Fertigteile, sondern in Prozessen aktiv Beteiligter vermittelt werden). Das Grundgesetz ist kein »Wirtschaftsgut«, sondern *Kultur*, und es steht weniger im wirtschaftlichen Wettbewerb<sup>20</sup> als in Prozessen der Produktion und Rezeption in Sachen Konstitutionalismus. Damit widerspreche ich der Eröffnungsrede von Bundespräsident H. Köhler zum 67. Deutschen Juristentag in Erfurt<sup>21</sup>: »Den weltweiten Wettbewerb der Rechtsordnungen besteht am besten, wer ihn unverzagt annimmt und an ihm wächst.« Die Verfassungen stehen aber m. E. in kulturellen Kontexten, nicht primär auf ökonomischen Füßen. Ist mir diese Distanzierung von der wirtschaftswissenschaftlichen bzw. präsidialen Terminologie erlaubt? Geboten ist jedenfalls die Frage, was unsere Nation »im Innersten« zusammenhält. Es ist gewiss nicht der Markt, vielmehr: die Sprache (*Luthers, Kants und Goethes*), die ganze deutsche Geschichte einschließlich der Reformation, die Weimarer Klassik, das Deutschlandlied, die Nationalflagge und wohl auch die in zwei Weltkriegen und der Judenverfolgung entstandene Schuld und das GG des wiedervereinten »europäischen Deutschland« (*T. Mann*) sowie Homogenität und Pluralität unseres Föderalismus und das Ansehen des BVerfG. Manche (vor allem Studenten) mögen auch die Erfolge der deutschen Fußballnationalmannschaft als Integrationsfaktor hinzunehmen (als Staatsrechtslehrer musste man dies jedenfalls bei der Fußballweltmeisterschaft in Berlin 2006 akzeptieren).

Mein Referat ist zweigeteilt: auf eine historisch in die Zeit und komparativ in den Raum ausgreifende *Bestandsaufnahme* folgt ein Zweiter Teil: ein *Theorierahmen* mit einem »Inkurs«. Ein Ausblick rundet das Ganze ab. Der Erste Teil erfordert Fleiß, der Zweite Phantasie, der Schluss Bescheidenheit.

---

19 S. aber auch *Pedro Cruz Villalón*, Vergleich, in: IPE, Bd. I, 2007, § 13, Rdnr. 30: »Beim deutschen Grundgesetz überwiegt ganz deutlich sein Charakter als Exportprodukt«. Auch der *Verf.* selbst hat den deutschen Föderalismus noch 1996 als »Export-Artikel« bezeichnet: Ein deutscher Beitrag zur italienischen Regionalismus- bzw. Föderalismusdebatte, in FS J.-F. Aubert, 1996, S. 483 (487).

20 Dazu aber *Gerhard Wegner*, Nationalstaatliche Institutionen im Wettbewerb, 2004.

21 Zit. nach FAZ vom 20. November 2008, S. 11.

## Erster Teil: Bestandsaufnahme – Beispiele

### I. Allgemeine Beispiele aus Raum und Zeit (historisch)

Im Laufe der Geschichte lassen sich viele Beispiele für Rezeptionen aufzählen. Man erinnere sich der Rezeption des klassischen römischen Rechts in Alteuropa seit 1100 n. Chr. (Bologna). Man vergegenwärtige sich die Rezeption des »Roman Dutch Law« in Südafrika und Sri Lanka<sup>22</sup>. Japan<sup>23</sup> und Korea<sup>24</sup> öffnen sich seit langem den französischen und deutschen Kodifikationen im Zivilrecht sowie dem US-amerikanischen und dem deutschen Verfassungsrecht. Großbritannien trug sein common law in die halbe Welt. Das deutsche Privatrecht ist mit seinen z. T. neuen Rechtsformen im Wirtschaftsrecht (Stichwort »Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)«) offenbar weltweit attraktiv.<sup>25</sup> In Bonn erwähne

22 Aus der Lit.: *Frank-Florian Seifert*, Die Verfassungsreform in Sri Lanka unter besonderer Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts der Sri-Lanka-Tamilen, in: VRÜ 34 (2001), S. 48 ff.

23 Dazu *Noriyuki Inoue*, Der allgemeine Gleichheitssatz der japanischen Verfassung im Spiegel der Rechtsprechung und Verfassungslehre, in: JöR 48 (2000), S. 489 ff.; *Noriko Kokubun*, Die Bedeutung der deutschen für die japanische Staatslehre unter der Meiji-Verfassung, 1993; *Takeo Harada*, Wehrlose Verfassung des japanischen Kaiserreichs? Einige Bemerkungen zur Rezeption und Entwicklung des westlichen Konstitutionalismus in der japanischen Vorkriegszeit, in: JöR 49 (2001), S. 587 ff.; *Heinrich Wilms*, Ausländische Einwirkungen auf die Entstehung der Verfassung Japans und Deutschlands im Vergleich, in: R. Wahl (Hrsg.), Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation, 2008, S. 107 ff. S. auch *Koresuke Yamauchi*, Die Rezeption ausländischen Rechts in Japan – Beispiele aus dem Wirtschafts- und Familienrecht, in: VRÜ 36 (2003), S. 492 ff.; *Markus Kotzur*, Globalisierung – regionaler, nationaler und universaler Menschenrechtsschutz – ein deutsch-japanisches Symposium, in: VRÜ 38 (2005), S. 466 ff.

24 *Young Huh*, Brücken zwischen der europäischen und der koreanischen Rechtskultur, in: JöR 52 (2004), S. 93 ff.

25 Dazu *Joachim Jahn*, FAZ vom 20. November 2008, S. 11; zum GmbH-Recht *ders.*, FAZ vom 30. Oktober 2008, S. 13. Bemerkenswert die Bundesjustizministerin *Brigitte Zypries*, Ein Rechtssystem mit Qualitätssiegel, FAZ vom 27. Oktober 2008, S. 10; *dies.*, Der Kampf ums beste Recht – Globalisierung als Wettbewerb der Rechtsordnungen, in: D. Staffelt/P. Struck (Hrsg.), Deutschland in der Globalisierung, 2008, S. 438 ff. Sie denkt freilich primär an Gesetzbücher und privatwirtschaftliche Kodifikationen, z. B. in der Aussage: »Deutschland muss sich in diesem Wettbewerb noch stärker einsetzen, denn die Verbreitung unserer Rechtsordnung ist weit mehr als Wissenschafts- und Kulturaustausch. Sie erleichtert auch die internationalen Aktivitäten deutscher Unternehmen, sie bietet deutschen Anwaltskanzleien neue Aussichten und Felder und erhöht die Bereitschaft ausländischer Unternehmen, in einem Land mit vertrauter Rechtsordnung zu investieren. ... Wir können den Wettbewerb um das beste Recht selbstbewusst führen, denn unsere Gesetzbücher tarieren unterschiedliche Interessen fair aus und sorgen für eine angemessene Verteilung der Risiken.... Wie dies gelingen kann, zeigt unsere China-Politik: Ein »Großer Runder Tisch« versammelt regelmäßig alle Akteure des Rechtsstaatsdialogs«. Vgl. auch *Nicole Schulte-Kulmann*, Förderung von Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechten in der europäisch-chinesischen Zusammenarbeit, in: VRÜ 36 (2003), S. 529 ff. Zuletzt *Horst Eidenmüller*:



ich gerne den koreanischen Gelehrten und hiesigen Ehrendoktor *Young Huh*, der viel für das Ansehen des deutschen Verfassungsrechts in (Süd-)Korea geleistet hat.<sup>26</sup> Bekannt ist die Wirkung des deutschen Rechts in der Türkei von *Kemal Atatürk*. Prominent bleibt hier *E.E. Hirsch* (er ist der Verfasser des türkischen Handelsrechts).<sup>27</sup> In jüngster Zeit gibt es Literatur, die darstellt, wie stark das deutsche Verfassungsrecht in Taiwan beachtet wird.<sup>28</sup> Auffällig ist die Rezeption der deutschen Strafrechtswissenschaft im heutigen Spanien (vor allem *H.-H. Jescheck* und *C. Roxin*). Schon diese kleine Bestandsaufnahme<sup>29</sup> lässt erkennen, dass Rezeptionen nach ihren Themen und ihren »Mittlern« zu systematisieren

- 
- Kampf um die Ware Recht, FAZ vom 26. März 2009, S. 8, wo zum Glück nicht Verfassungsprinzipien ins Blickfeld kommen. S. auch *ders.*, Recht als Produkt, in: JZ 2009, S. 641 ff., wo ganz offen von »Rechtsmarkt« die Rede ist, aber »lediglich« das Wirtschafts- und Gesellschafts-, auch Insolvenzrecht als Beispielmaterial dienen. Wenig überzeugend bleibt die Grundannahme, das Recht sei zum Produkt geworden. Ganz und gar unangemessen ist die Formulierung: »Vermarktung von Rechtsprodukten« (ebd. S. 652). – Positiv zu bewerten ist das »German Law Journal« als Online-Zeitschrift, das kürzlich als »Deutscher Botschafter« sein zehnjähriges Bestehen feierte (FAZ vom 16. Juli 2009, S. 6).
- 26 Dazu Ehrenpromotion *Young Huh*, Bonner Akademische Reden, 2008. Von ihm: Die Grundzüge der neuen koreanischen Verfassung von 1987, in: JöR 38 (1989), S. 565 ff.; *ders.*, Sechs Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit in der Republik Korea, in: JöR 45 (1997), S. 535 ff.; *ders.*, Zur neueren Entwicklung des Verfassungsrechts in der Republik Korea, in: JöR 48 (2000), S. 471 ff.
- 27 *Ernst E. Hirsch*, Als Rechtsgelehrter im Lande Atatürks, 2008; s. noch *Ernst E. Hirsch*, Die Verfassung der türkischen Republik vom 9. November 1982, in: JöR 32 (1983), S. 507 ff. – S. auch S. Tellenbach (Hrsg.), Das neue türkische Straf- und Strafprozessrecht, 2008 – ein Sammelband der Deutsch-Türkischen Juristenvereinigung. – Das »Deutsch-Türkische Forum für Staatsrechtslehre« publizierte kürzlich einen Sammelband: Der Schutz staatlicher Ehre und religiöser Gefühle und die Unabhängigkeit der Justiz, 2008 (hrsgg. von O. Depenheuer/O. Can u. a.).
- 28 *Yun-Ju Wang*, Die Entwicklung der Grundrechte und der Grundrechtstheorie in Taiwan. Eine Rezeptionsgeschichte des deutschen Grundrechtsverständnisses, 2008; *Tzu-Hui Yang*, Der taiwanische Verfassungsprozess im Lichte richterlicher Rechtsfortbildung, in: JöR 57 (2009), S. 711 ff.; C. Starck/W. Heun (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit im Rechtsvergleich, Drittes deutsch-taiwanisches Kolloquium vom 2. – 3. Oktober 2006, 2008; W. Heun/C. Starck u. a. (Hrsg.), Rezeption und Paradigmenwechsel im öffentlichen Recht, viertes deutsch-taiwanisches Kolloquium 2008, 2009; *Mathias Neukirchen*, Die Verfassung der Republik China (Taiwan), in: VRÜ 38 (2005), S. 418 ff.; C. Starck (Hrsg.), Staat und Individuum im Kultur- und Rechtsvergleich, 2000.
- 29 Aus der wachsenden, materialreichen Literatur: J. Kramer/B.G. Schubert (Hrsg.), Verfassungsgebung und Verfassungsreform im In- und Ausland, 2005; U. Battis u. a. (Hrsg.), Das Grundgesetz im Prozess europäischer und globaler Verfassungsentwicklung, Internationales Symposium zum fünfzigjährigen Bestehen des GG, 2000; M. Morlok (Hrsg.), Die Welt des Verfassungsstaates, 2001 (zu Ehren des Verf. P.H.); *Christian Starck*, Grundgesetz und deutsche Verfassungsrechtsprechung im Spiegel ausländischer Verfassungsentwicklung, 1990, jetzt in: *ders.*, Verfassungen, 2009, S. 363 ff.; *Hans-Peter Schneider*, Das Grundgesetz als Vorbild? Sein Einfluss auf ausländische Verfassungen, in: *ders.* (Hrsg.), Das Grundgesetz in interdisziplinärer Betrachtung, 2001, S. 159 ff.; C. Starck/A. Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I, 2. Aufl. 2007.



sind. Erste Umriss einer Rezeptionstheorie werden schon jetzt aus dem Material deutlich<sup>30</sup>. Sie wurden bereits vor 17 Jahren entwickelt.

## II. Das Nehmen und Geben in Sachen Grundgesetz

### 1. Ein Blick auf Weimar

Im Blick auf das Grundgesetz (bzw. des Werks seiner Väter und vier Mütter<sup>31</sup>) ist immer auch an die Weimarer Verfassung (1919) zu denken, teils im positiven Sinne, weil das Grundgesetz an Weimarer Traditionen anknüpft (z. T. auch an die Paulskirche von 1849), teils im negativen Sinne, weil das Grundgesetz zum Teil bewusst gegen Weimar gerichtet ist und Erfahrungen mit dieser großen Verfassung verarbeitet. Stichworte sind: die erstrangige Platzierung des Menschenwürde-Artikels, die wehrhafte Demokratie, der stupende Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit sowie die Öffnung nach außen im Sinne der »offenen Staatlichkeit« (K. Vogel, 1964) bzw. des »kooperativen Verfassungsstaates« (1978) – damit wird die Europäisierung und Internationalisierung wie später in vielen jüngeren Verfassungen eröffnet. Die Weimarer Verfassung (1919) wird wissenschaftlich im europäischen und lateinamerikanischen Ausland besonders beachtet, auch und gerade in den letzten Jahren. Erinnert sei an die Arbeiten von F. Lanchester und J. Luther<sup>32</sup> aus Italien.

### 2. Nehmen und Geben heute

- a) Die *Menschenrechte* bilden eine erste Normgruppe (Art. 1 GG in allen Absätzen, besonders wegweisend: Abs. 2 in dem Passus »Menschenrechte als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft«, was z. B. das Problem der extritorialen Geltung der Grundrechte differenziert löst). Hier ist das Grundgesetz zunächst »Nehmer« (Abs. 2), bereichert durch die USA und

30 Dazu Peter Häberle, Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells, JZ 1992, S. 1033 ff.

31 Zur Vorgeschichte des GG: Dietmar Willoweit, Verfassungspolitisches Denken im Vorfeld des GG, Deutsche Geschichtsbilder und Zukunftsvisionen zwischen 1945 und 1948, FS Laufs, 2006, S. 459 ff.

32 Fulco Lanchester, Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania, 1995; Jörg Luther, Italienische Beobachtungen und Verarbeitungen des Grundgesetzes (1949–2009), in: JöR 57 (2009), S. 15 ff. Zu begrüßen ist die Ausstellung in Weimar »Weimar 1919. Chancen einer Republik«, 2009, dazu M. Otto: »Auch die Verfassung, deren Fehler das GG nicht wiederholen wollte, hat aber ihre Geburtstagsausstellung verdient«, FAZ vom 3. Juni 2009, S. 32. – Immerhin jetzt: FAZ vom 15. Juli 2009, S. N4: »Keine Schelte der Weimarer Verfassung«, Bericht von einer Tagung über die Weimarer Verfassung »Wert und Wirkung für die Demokratie«, mit einem Hinweis, die WRV sei eine »gute Verfassung in schlechter Zeit« gewesen.

Frankreich<sup>33</sup>. Frankreich ist besonders stolz auf sein »Exportgut« universale Menschenrechte. Deutschland hat in Art. 1 Abs. 1 GG eine Fassung der Garantie der Menschenwürde geleistet, die weltweit ausstrahlt, etwa von Griechenland<sup>34</sup> bis nach Südafrika sowie andere ferne und nahe Länder<sup>35/36</sup>. Die grenzüberschreitende »Ausstrahlung« des deutschen GG ist dabei von der verfassungsinternen, die ganze Rechtsordnung erfassenden Ausstrahlung zu unterscheiden. Neben den herausragenden Leistungen des BVerfG, dessen Grundrechtsjudikatur (etwa in Gestalt des fünfzig Jahre alten Lüth-Urteils (BVerfGE 7, 198), das sogar in Mexiko gefeiert wird,<sup>37</sup> heute weithin leuchtet und oft ein Stück materieller Verfassungsgebung bzw. -änderung ist, sei auch die Wissenschaft erwähnt. So hat etwa *H. Ehmke*, einst in Bonn habilitiert, in seinem berühmten Freiburger Staatsrechtslehrerreferat über Verfassungsinterpretation 1961 die »preferred freedoms doctrine« rezipiert.<sup>38</sup> Ein Blick auf die EU-Ebene zeigt, wie viel dort von Deutschland aus »genommen« wurde. Man denke nur an die Wirkung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit<sup>39</sup>, an die Schutzpflichtendimension der Grundrechte (seit BVerfGE 39, 1 (4)) und als Textstufe an die EU-Grundrechte-Charta (2000), die bekanntlich schon »vorwirkt«<sup>40</sup>. Die ungeschriebene »mittelbare Drittwirkung« wird häufig übernommen. Vor allem die (neben der Menschenwürdeklausel – jetzt endlich im Lissabon-Urteil des BVerfG in den schon 1987 geforderten Zusammenhang mit der Demokratie gestellt<sup>41</sup>)

33 Allgemein: *Constance Grewe*, Frankreichs Beitrag zur europäischen Verfassungskultur, in: JÖR 52 (2004), S. 43 ff. Zuletzt aus der Lit.: J. Isensee (Hrsg.), *Menschenrechte als Weltmission*, 2009.

34 Dazu demnächst *Kostas Chryssogonos* u. a., JÖR 58 (2010), S. 53 ff.

35 Nachweise in *Peter Häberle*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR II* § 22, 3. Aufl. 2004, Rdnr. 4. Vgl. zuletzt Chapter 3, Art. 4 Verf. Kwazulu Natal (1996), zit. nach JÖR 47 (1999), S. 514 ff.; Art. 19 Abs. 1 Verf. Malaŵi (1994), zit. nach JÖR 47 (1999), S. 563 ff. – Aus der deutschen Lit. zuletzt *Renate Künast*, *Am Anfang steht die Menschenwürde: Ein Grundgesetz für das 21. Jahrhundert*, NJW 2009, S. 1723 ff., freilich mit dem fragwürdigen Vorschlag, einen »neuen Gesellschaftsvertrag«, wohl in einem geänderten Grundgesetz, zu entwerfen.

36 »Vom deutschen Vorbild« ist z. B. der Grundrechtekatalog der Verf. der Niederlande (1983) beeinflusst, vgl. *Leonard Besselink*, Niederlande, in: *IPE Bd. I*, 2007, § 6, Rdnr. 92.

37 Dazu *Helmuth Schulze-Fielitz*, *Das Lüth-Urteil – nach 50 Jahren*, JURA 2008, S. 52 ff.; *Rainer Wahl*, *Die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte im internationalen Vergleich*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *HGR Band I*, 2004, § 19, Rdnr. 12 – 17 bzw. *Rubén Sánchez Gil*, *Mexiko-City 2010*, i.E. (mit einem Vorwort des Verf.).

38 *Probleme der Verfassungsinterpretation*, VVDStRL 20 (1963), S. 53 (73 ff., 102).

39 Dazu *Angelika Emmerich-Fritsche*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung*, 2000.

40 Dazu *Peter Häberle*, *Europäische Verfassungslehre*, 4. Aufl. 2006, S. 668, 6. Aufl. 2009, S. 668. Allgemein *ders.*, *Wechselwirkungen zwischen den deutschen und außerdeutschen Verfassungen*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *HGR I*, 2003, S. 313 ff.

41 *Peter Häberle*, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR Band I*, 1987, Rn. 61 – 69.

vielleicht weltweit erfolgreichste GG-Norm, die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, wird oft nachgeahmt, etwa in Spanien (Art. 53 Abs. 1 S. 3 Verf. von 1978), Portugal (Art. 18 Abs. 3 Verf. von 1976), in der Türkei (Art. 11 Abs. 2 Verf. von 1961), Chile (Art. 19 Ziff. 26 Verf. von 1980) und (Süd-)Korea (Art. 37 Abs. 2 S. 2 Verf. von 1987) sowie in Namibia (Art. 22 a Verf. von 1990) – »Nachbilder« – auch in der EU-Grundrechte-Charta von 2000 (Art. 112 Abs. 1). Vor allem die osteuropäischen Verfassungen nach 1989 rezipieren den deutschen Wesensgehaltsgedanken<sup>42</sup>. Zuvor hatten schon die total revidierten Schweizer Kantonsverfassungen ihre eigene Textstufe in Gestalt von »Kerngehaltsgarantien« geformt<sup>43</sup>. Der österreichische Verfassungsgerichtshof, der EGMR und der EuGH haben bereits in den frühen 70er und 80er Jahren »Wesensgehaltsjudikatur« geleistet<sup>44</sup>. Der neueste, fast sensationelle Rezeptionsvorgang universaler Menschenrechte findet sich, gewiss auch dank der UN-Texte in der Charta 08, am 9. Dezember 2008 in China veröffentlicht<sup>45</sup>, mit dem suggestiven Satz: »Menschenrechte: Sie sind kein Geschenk des Staates, sondern Rechte, die jeder Mensch von Geburt an besitzt.« Sowie: »Die Freiheit ist der Kern der universellen Werte.«

- b) Die *parlamentarische Demokratie* des Grundgesetzes verdankt sich Großbritannien. Wichtige Themen der Einzelausformung wirkten dann von 1949 aus auf spätere Verfassungen, z. B. wurde in Ungarn in § 39/A das deutsche konstruktive Misstrauensvotum des Art. 67 GG rezipiert<sup>46</sup>. Auch knüpft etwa Art. 4 der französischen De-Gaulle-Verfassung (1958) in Sachen politische Parteien an Art. 21 GG an. In Osteuropa übernehmen nur manche Verfassungen Elemente der »streitbaren Demokratie« des GG (Beispiel: Art. 13 Verf. Polen (1997) im Blick auf das Parteienverbot) – über die wehrhafte Demokratie sprach in dieser Ringvorlesung Herr W. Löwer. Die Charta 08 aus China fordert eindrucksvoll: »Abschaffung der Sonderrechte, die einer einzigen Partei das politische Monopol gewähren, Schaffung einer freien Betätigung politischer Parteien und eines fairen (Parteien-)Wettbewerbs,

42 Dazu Peter Häberle, Europäische Verfassungslehre, 6. Aufl., 2009, S. 341 f.

43 Dazu René Wiederkehr, Die Kerngehaltsgarantie am Beispiel kantonaler Grundrechte, 2000; Markus Schefer, Die Kerngehalte von Grundrechten, 2001; Peter Häberle, Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz, JöR 34 (1985), S. 303 (316).

44 Peter Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 3. Aufl. 1983, S. 264 ff.; vgl. zuletzt fragmentarisch: Christoph Grabenwarter/Thilo Marauhn, in: dies. (Hrsg.), EMRK/GG, 2006, Kap. 7 Rn. 54. – Zu »Wechselwirkungen zwischen österreichischer und deutscher Verfassungsrechtsprechung« gleichnamig Michael Holoubek, in: D. Merten (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Österreich, 2008, S. 85 ff.

45 FAZ vom 22. Dezember 2008, S. 6 f. S. auch Rheinischer Merkur Nr. 5/2009, S. 5: »Die Kommunisten werden nervös. Mehr als 8000 Chinesen haben die ‚Charta 08‘ schon unterzeichnet. Obwohl die Sicherheitsorgane hart durchgreifen, schaffen sie es nicht, den im Internet kursierenden Aufruf für mehr Demokratie zu stoppen.«

46 Zur Praxis: Georg Paul Hefty, Die ungarische Variante, FAZ vom 23. April 2009, S. 10.

Verrechtlichung und Normalisierung der Parteienpolitik«. Freilich: Das Zuviel an deutscher Parteienstaatlichkeit wirft auch Schatten (z. B. im öffentlich-rechtlichen Fernsehen).

- c) Der *Föderalismus* war eine Erfindung der USA mit Ausstrahlung auf die Schweiz (1848) und die deutsche Paulskirche (1849), auch die Bismarck-Verfassung (1871). Der Regionalismus ist aus meiner Sicht der »kleine Bruder« des Föderalismus. »Weimar« (1919) wirkte hier nach Italien, das Grundgesetz nach Spanien. Mittlerweile wird in Italien das Stichwort diskutiert: »L'Italia verso il federalismo« (A. D'Atena<sup>47</sup>). Das konstitutionelle Regionalismusrrecht<sup>48</sup> der Autonomen Gebietskörperschaften in Spanien verarbeitet eigenwüchsig die föderale Idee der vertikalen Gewaltenteilung des Föderalismus weiter. Die jüngsten Regionalstatute in Spanien<sup>49</sup> sind fast schon »kleine Verfassungen« (dies gilt vor allem für Andalusien (2006)<sup>50</sup>, die Balearn (2007)<sup>51</sup>, Aragón (2007)). Ähnliches lässt sich für Italien nachweisen. Die Regionalstatute dort, etwa der Toscana (2004) und Umbriens (2005), reichern sich mit vielen Themen gemeineuropäischer Grundrechte und »Staatsaufgaben« an. Ihre gehaltvollen Europa-Artikel machen sie in ihrem Selbstverständnis »europaanmittelbar«, es entsteht ein Stück gemeineuropäisches Regionalismus- bzw. Verfassungsrecht. Man darf, um jetzt auf die EU-Ebene zu gehen, für dort (trotz des Lissabon-Urteils des BVerfG) von »präföderalen Strukturen« sprechen (vgl. vor allem Art. 6 und 7 EUV). Speziell die Idee der Bundestreue (R. Smend, 1916) hat sowohl in Spanien<sup>52</sup> als auch in Gestalt der Regionalismustreue in Italien und auf der EU-Ebene<sup>53</sup> Karriere gemacht.<sup>54</sup> Auch hier besticht der Rezeptionsvorgang in der erwähnten Charta 08 aus China: »Im Rahmen einer demokratischen und verfassten (Gesellschaft) sollte eine Bundesrepublik China gegründet wer-

47 Von ihm etwa *Le Regioni dopo il Big Bang*, 2005.

48 Dazu mein Beitrag: Das konstitutionelle Regionalismusrrecht in Italien, in: JöR 58 (2010), S. 443 ff.

49 Zum »europäischen Spanien« gleichnamig: Miguel Azpitarte, in: JöR 56 (2008), S. 479 ff. Zur »juristischen Kultur« in Katalonien gleichnamig Peter Häberle, in: JöR 56 (2008), S. 503 ff. Zum »Beitrag Spaniens zur europäischen Rechtskultur« gleichnamig: Francisco Balaguer Callejón, in: JöR 52 (2004), S. 11 ff.

50 Dazu F. Balaguer Callejón (coord.), *El nuevo estatuto de Andalucía*, 2007.

51 Aus der Lit.: Avelino Blasco Esteve (Director), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares*, 2008.

52 Dazu Enoch Alberti, Die Beziehungen zwischen dem Staat und den Autonomen Gemeinschaften, in: J. Kramer (Hrsg.), *Die Entwicklung der Statute der Autonomen in Spanien und die bundesstaatliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland*, 1996, S. 129 (138 f.).

53 Allgemein: W. Graf Vitzthum (Hrsg.), *Europäischer Föderalismus*, 2000, z. B. zu Bosnien: S. 81 ff.

54 Aus der Lit.: Ole Due, *Der Grundsatz der Gemeinschaftstreue in der EG*, 1992; Jens Woelk, *Konfliktregelung und Kooperation im italienischen und deutschen Verfassungsrecht*, 1999.

- den.« – Das Wort von der »verfassten Gesellschaft« wurde erstmals 1976 in der deutschen Literatur gewagt<sup>55</sup>. Jüngst wird sogar für den Irak eine föderale Ordnung gesucht und der deutsche Bundesrat als Vorbild aufgegriffen.<sup>56</sup>
- d) Die *Verfassungsgerichtsbarkeit* verdankt sich Österreich, insbesondere *H. Kelsen* und zuvor *G. Jellinek*. Diese Einrichtung wurde in alle Welt »exportiert« und nach 1989 vor allem in Gestalt der Textstufen des deutschen Grundgesetzes weiter entwickelt. Viele osteuropäische Verfassungen knüpfen an die weiten Kompetenzregelungen des GG an (ein Beispiel ist Art. 160 Verf. Slowenien (1991)), besonders in Sachen Verfassungsbeschwerde und effektiver Rechtsschutz. Ein Blick auf die europäische Ebene: Hier spricht man zu Recht im Blick auf EGMR und EuGH endlich von (europäischen) »Verfassungsgerichten«<sup>57</sup>. Die bereits gerühmte Charta 08 aus China postuliert: »Ein Verfassungsgericht ist zu schaffen sowie ein System zur Prüfung von Verfassungsverstößen und zum Schutz der Verfassungsautorität.« Freilich muss das Verhältnis zwischen dem BVerfG und dem parlamentarischen Gesetzgeber in Deutschland immer wieder neu austariert werden. (Unter diesem Gesichtspunkt sind die Entscheidungen zum Luftsicherheitsgesetz, zur Vorratsdatenspeicherung und zur heimlichen Online-Durchsuchung, zur automatischen Kennzeichenerfassung und zum Bayerischen Versammlungsrecht nicht zu kritisieren.) Wo das ungarische Verfassungsgericht mit der geschriebenen Verfassung nicht weiterkommt, greift es gerne auf deutsche Vorbilder zurück.
- e) Die Karriere des deutschen *Rechtsstaatsprinzips*<sup>58</sup> ist besonders eindrucksvoll (»Vorzeige-Rechtsstaat«). Philosophisch letztlich auf *I. Kant* zurückgehend, dann von (dem von *C. Schmitt* geschmähten) *F.J. Stahl* entwickelt (dessen Ehrengrab vom Berliner Wowereit-Senat kürzlich aufgehoben wurde<sup>59</sup>), ist der Rechtsstaat unter dem Grundgesetz nicht nur der Deutschen liebstes Kind.<sup>60</sup> Fast wörtlich wird er im Ganzen oder Einzelnen in osteu-

55 Peter Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 1978, S. 11, 329 ff. u. ö. (3. Aufl. 1998).

56 So von dem arabischen Autor *Naseef Naeem* (zit. nach *Robert von Lucius*, FAZ vom 11. September 2008, S. 8); s. auch *ders.*, *Die bundesstaatliche Ordnung der Verfassung der Vereinigten Arabischen Emirate*, in: JöR 58 (2010), S. 633 ff.

57 Früh *Klaus W. Weidmann*, *Der europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf dem Weg zu einem europäischen Verfassungsgerichtshof* (Diss. Bayreuth), 1985; später (vom Verf. im Bayreuther Kolloquium vorgeschlagen): *Ernst Gottfried Mahrenholz*, *Europäische Verfassungsgerichte*, in: JöR 49 (2001), S. 15 ff.

58 Gerade in Deutschland ist die Balance zwischen Freiheit und Sicherheit heikel, vgl. das Streitgespräch zwischen *Winfried Hassemer* und *Wolfgang Schäuble*, FAZ vom 11. März 2009, S. 33.

59 Dazu FAZ vom 3. März 2009, S. 33.

60 Zuletzt *Eckart Hien*, *Der Rechtsstaat in Deutschland – Innensicht und Außensicht*, in: DVBl 2009, S. 163 ff. S. auch *Dieter Grimm*, *Stufen der Rechtsstaatlichkeit, Zur Exportfähigkeit einer westlichen Errungenschaft*, in: JZ 2009, S. 596 ff.

ropäischen Reformverfassungen nach 1989 rezipiert (z. B. Art. 2 Verf. Polen (1992): »demokratischer Rechtsstaat«)<sup>61</sup> und jüngst findet er sich auch auf der EU-Ebene und sogar im Völkerrecht<sup>62</sup> wieder. Mit China<sup>63</sup> führt Deutschland mehr oder weniger aufrichtig seit den Zeiten von G. Schröder einen sog. Rechtsstaatsdialog, wenig erfolgreich angesichts des kulturellen Völkermords in Tibet<sup>64</sup> – der dortige Aufstand gegen China begann vor fünfzig Jahren. Es gibt »Testfälle« der Rechtsstaatsförderung in Afrika und im westlichen Balkan. »Rechtsstaat made in Germany« ist eine Lösung.<sup>65</sup>

## Zweiter Teil: Ein Theorierahmen: Erscheinungsformen, Gegenstände, Akteure und kulturelle Bedingungen für die Vorbildwirkung bzw. Rezeption einer Verfassung wie des GG in anderen Feldern des Konstitutionalismus, die Relevanz der neuen Kontexte (»Metamorphosen«)

### I. Erscheinungsformen und Gegenstände von Rezeptionen

Das GG konstituiert sich zuvörderst aus seinen (zu oft formell geänderten, auch durch Interpretation gewandelten) *Texten*, aus seinen auf sie bezogenen *Judikaten*, vor allem des BVerfG; und dann aus den in seinem Kraftfeld gewachsenen *Theorien*, d. h. Beiträgen der Wissenschaft<sup>66</sup> (mit den »jungen Klassikern«: G. Dürig und K. Hesse). Bei all dem ist auch die *Verfassungswirklichkeit* im Auge zu behalten. Paradigmen wie die Bürgergesellschaft (civil society), die »offene

61 Zur Vorbildwirkung der deutschen Verfassungslehre in Polen: *Piotr Tuleja*, Polen, in: IPE, Bd. I, 2007, § 8, Rdnr. 9.

62 Dazu *Markus Kotzur*, Kooperativer Grundrechtsschutz der Völkergemeinschaft, in: EuGRZ 2008, S. 673 ff.

63 Zu neuen »Stimmen« der Rechtswissenschaft in China: *Robert Heuser*, Der offene Weg: Ein Jahrhundert chinesischer Verfassungsreform, in: JöR 56 (2008), S. 655 (665 ff.).

64 Weitere Themen im »Geben und Nehmen« (etwa in Sachen Drittwirkung, Sonderstatus, Schutzpflichten, Grundrechtsträgerschaft und Medienfreiheit und ihre Dimension des Pluralismusprinzips): *Peter Häberle*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR Band I 2004, § 7 Rdnr. 32 ff., 45 ff.

65 Solche Stichworte finden sich im 21. Forum Globale Fragen »Der Rechtsstaat – Patentrezept für alle Welt?«, Berlin, 15. Januar 2009. – S. auch *Andreas Schmitz-Vornmoor*, Law – Made in Germany, Versuch einer Standortbestimmung im Wettbewerb der Rechtsordnungen, in: Notar 6 – 2009, S. 240 ff.

66 Verfassungsgeschichtliche Darstellungen bei *Hasso Hofmann*, Die Entwicklung des Grundgesetzes von 1949 bis 1990, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, 3. Aufl. I, § 9; *Horst Dreier*, Deutschland, in: IPE, Bd. I, 2007, § 1, Rdnr. 41 ff.; *Walter Pauly*, Wissenschaft vom Verfassungsrecht, IPE, Bd. II, 2008, § 27, Rdnr. 11 ff., 21 ff.; *Rainer Wahl*, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006.



Gesellschaft der Verfassungsinterpreten«, vor allem in Brasilien seit Jahren intensiv diskutiert (Stichwort: *amicus curiae*), kommen als Werk der Wissenschaft hinzu. Texte, oft »still« gewandelt, in neuen Texten etwa in den (leider) über 54 Verfassungsänderungen seit 1949 »laut« ergänzt, die verfassungsrichterliche Judikatur heute in jetzt 121 Bänden der Entscheidungen des BVerfG geprägt und bald postglossarische, bald innovative, »abwegige« und kühne Beiträge der Verfassungsrechtslehre als Wissenschaft<sup>67</sup> fügen sich zu einem schwer auseinanderlegbaren Ganzen. Texte, Judikate und Theorien (einschließlich Klassikertexte wie *H. Jonas'* »Prinzip Verantwortung«, vgl. Art. 20a GG und seine weltweiten Vorbilder) formen die Elemente einer *Trias*, sie leben in einer Symbiose, die schwer zu entwirren ist. Wir lesen heute das GG, etwa den Grundrechtsschutz, von vorneherein »mit den Augen« des BVerfG, das oft neue Grundrechte schafft: vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung<sup>68</sup> (E 65, 1) bis zum neuen Informationsgrundrecht.<sup>69</sup> Auch das Schweizer Bundesgericht in Lausanne hat »ungeschriebene Grundrechte« entwickelt, die dann in der total revidierten BV von 1999 »nachgeführt« auf eine konstitutionelle Textstufe gehoben worden sind. Die Wissenschaft kann Vorreiter von neuen Interpretationen sein – ein prägnantes Beispiel (neben *G. Dürigs* Kommentierung der Art. 1, 2 und 3 GG) ist die zum geflügelten Wort gewordene Formel von der »praktischen Konkordanz« (*K. Hesse*) –, sie kann aber auch bloß »Kommentierte Verfassungsrechtsprechung« bleiben<sup>70</sup>. Sie kann als Rezeptionsmittler wirken (dazu sogleich), sie darf punktuell sogar verfassungspolitische Vorschläge wagen. Die Judikatur kann »judicial activism« pflegen, so oft in den USA, von der Wissenschaft kritisch begleitet nicht selten das BVerfG, vor allem die Verfassungsgerichte in Osteuropa (besonders in Ungarn) nach dem »annus mirabilis« 1989 und derzeit der Supreme Court in Brasilia sind als Pioniere tätig. Die Judikatur kann aber auch »restraint« üben, wobei den Sondervoten eine positive Rolle zukommt (es gibt sie vor allem am BVerfG, am EGMR, in Spanien sogar mit Verfassungsrang<sup>71</sup>: Art. 164 Abs. 1 Verf. von 1978, leider noch nicht in Italien oder am EuGH). Die deutsche Staatsrechtslehre unter dem GG lebt *bis heute* von den Klassikern der Weimarer Zeit »auf deren Schultern« wir als Zwerge stehen.

67 Dazu das Geburtstagskolloquium für Helmuth Schulze-Fielitz, in: ders. (Hrsg.), Die Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Beiheft 7 Die Verwaltung, 2008.

68 Dazu jetzt *Gabriele Britz*, Europäisierung des grundrechtlichen Datenschutzes?, in: EuGRZ 2009, S. 1 ff.

69 BVerfGE 120, 274. Dazu *Walter Leisner*, in: NJW 2008, S. 2902 ff.; *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme, in: JZ 2008, S. 1009 ff.

70 So das gleichnamige Buch des Verf. von 1979.

71 Bemerkenswert ist die auch tatsächlich genutzte Möglichkeit zu Sondervoten in der russischen Verfassungsgerichtsbarkeit, dazu *A. Nußberger/C. Schmidt/T. Moršćakova* (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung in der Russischen Föderation, 2009.



Gleichwohl: Wir können – selten genug – ein wenig weitersehen als diese Klassiker, etwa *R. Smend*, *C. Schmitt*, *H. Heller*, *H. Kelsen*. Unter »Grundgesetz« ist also im Folgenden neben den Texten auch die GG-Wissenschaft sowie die Judikatur des BVerfG zu verstehen. Beispiele für eine Ausstrahlung von GG-Wissenschaft sind an erster Stelle die »Grundzüge« von *K. Hesse*<sup>72</sup>, an letzter Stelle vielleicht meine Lehre vom »status activus processualis«, von der offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten und vom kulturwissenschaftlichen Ansatz in Lateinamerika; Beispiel für die Rezeption eines BVerfG-Urteils in einer fernen Wissenschaftlergemeinschaft ist das Lüth-Urteil (BVerfGE 7, 198)<sup>73</sup> in Mexiko. Sollte es zu einer geschriebenen Verfassung in Großbritannien kommen, so jüngst die Forderung von *T.G. Ash*<sup>74</sup>, so hätte das deutsche Grundgesetz gewiss weitere Rezeptionschancen.

## II. Rezeptionsmittler und die Frage, was *gegenständlich* zum Vorbild wird

Diese oft unterschätzte *personale* Frage ist wichtig. Es sind konkrete Personen, die ein Prinzip des GG »nach außen« transportieren, das Paradigma der »offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten bzw. -geber« war ein früher Versuch (1975/78), heute wird gerne von »Akteuren«<sup>75</sup> gesprochen. Jedenfalls muss die Methodenlehre um den *personalen* Aspekt ergänzt werden. Fragen wir uns, *wer* eine Verfassung wie das GG regional, kontinental/überregional oder international in Teilen, etwa das Rechtsstaatsprinzip, wirksam werden lässt, als Vorbild darstellt bzw. seine Inhalte transportiert. Dabei ist ein weltweiter Blick geboten, der hier nur in Ausschnitten möglich ist. Überdies müssen wir das Grundgesetz nur als ein *Beispiel* nehmen. Auch andere Verfassungen, vor allem die US-Bundesverfassung wirken übernational (die Präsidentschaftsdemokratie z.B. in Lateinamerika) – nach *D. Kommers* freilich hat das deutsche Grundgesetz die Verfassung der Vereinigten Staaten als Modell heute »abgelöst«<sup>76</sup>. Hier weitere Beispiele: Spanien<sup>77</sup> hat sich vor 1978 in Sachen »Staatskirchenrecht«, richtiger

72 Dazu *Peter Häberle*, Die »Grundzüge« und ihre Rezeption im Ausland, in: JöR 57 (2009), S. 545 ff.

73 Dazu T. Henne/A. Riedlinger (Hrsg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005; *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: Jura 2008, S. 52 ff., vgl. oben Fn. 37.

74 SZ vom 29. Mai 2009, S. 2: »Ein Grundgesetz für Großbritannien«. Aus der Lit.: *Almut Mareen Fröhlich*, Von der Parlamentsouveränität zu Verfassungssouveränität, Der britische Verfassungswandel am Beispiel des Human Rights Act 1998, 2009.

75 Vgl. etwa meinen Beitrag Rechtsvergleichung im Dienste der Verfassungsentwicklung – an Beispielen des Föderalismus/Regionalismus bzw. von Zweikammersystemen, FS Scholz, 2007, S. 584 (585 f.).

76 Zit. nach FAZ vom 19. Mai 2009, S. 34.

77 Zur »wichtigsten und konstantesten Rolle der deutschen Verfassung« im spanischen Ver-

seit 1976: »Religionsverfassungsrecht«<sup>78</sup>, von deutschen Staatsrechtslehrern wie dem Bonner *U. Scheuner* in Madrid beraten lassen (Herr *C. Waldhoff* hat in dieser Ringvorlesung über »Die Kirchen und das Grundgesetz nach 60 Jahren« gesprochen). Eine Delegation aus Südafrika suchte kurz vor der Erarbeitung der Verfassung von 1997 in Karlsruhe Rat, also bei Verfassungsrichtern. Aus den USA kam nach 1989 eine große Zahl von aggressiven Law Firms in die neuen Reformstaaten Osteuropas, oft in Konkurrenz mit deutschen Staatsrechtslehrern (z. B. durfte ich individuell, ohne Auftrag einer Stiftung, in Polen und für Estland Voten abgeben<sup>79</sup>). Im Wirkungszusammenhang der Verfassungen<sup>80</sup> gibt es also nicht nur viele »Blumen« sondern auch Hundert »Gärtner«, um im chinesischen Bild zu bleiben. Typologisch sei unterschieden:

- Parteipolitiker, mit Beratern »im Tross«
- einzelne Staatsrechtslehrer, z. B. deutsche für Albanien<sup>81</sup> und Bosnien<sup>82</sup>, Estland<sup>83</sup>, Polen<sup>84</sup>, Georgien<sup>85</sup> (hier: *H. Steinberger*, *A. Blankenagel*), vielleicht

---

fassunggebungsprozess: *Manuel Medina Guerrero*, Spanien, in: IPE, Bd. I, 2007, § 11, Rdnr. 9 (etwa in Sachen demokratischer und sozialer Rechtsstaat, Bindung aller staatlichen Gewalt an die Verfassung, Grundrechte, insbes. Würde des Menschen, freie Entfaltung der Persönlichkeit und Wesensgehaltgarantie). *Francisco Balaguer Callejon* und *Miguel Azpitarte Sánchez* schreiben sogar einen Beitrag »Das Grundgesetz als ein Modell und sein Einfluss auf die spanische Verfassung von 1978«, in: JöR 58 (2010), S. 15 ff. – Zur Wirkung der Schriften des *Verf. P.H.* in Spanien und Italien: *Mariano García-Pechuan*, Spanien, in: IPE Band II 2008, § 37, Rdnr. 22, m.w.N.; *Paolo Ridola*, Das Wirken Peter Häberles in Italien, in: M. Morlok (Hrsg.), Die Welt des Verfassungsstaates, 2001, S. 125 ff.

78 *Peter Häberle*, Staatskirchenrecht als Religionsrecht der verfassten Gesellschaft, in: DÖV 1976, S. 73 ff. – Mit Kummer verfolgt man als wissenschaftlicher Beobachter den Berliner Streit über die Schulfächer Ethik und Religion sowie das Scheitern des Volksentscheids »Pro Reli« (April 2009).

79 Dokumentiert in: Die Verwaltung 28 (1995), S. 249 ff. (Polen) und in JöR 43 (1995), S. 170 ff. (Estland).

80 So der treffende Titel einer Tagung in Hagen, 1989.

81 Dazu *Günter Frankenberg*, Verfassunggebung zwischen Hobbesianischem Naturzustand und Zivilgesellschaft, Die Verfassung der Republik Albanien, in: JöR 49 (2001), S. 47 ff.

82 Dazu *Andreas Zimmermann*, Einflüsse des deutschen Grundgesetzes auf die Verfassung von Bosnien-Herzegowina, in FS H.-P. Schneider, 2008, S. 551 ff.; *Ulrich Karpen*, Nation Building im Kleinen – Erfahrungen beim Aufbau von Bosnien-Herzegowina, FS H.-P. Schneider, 2008, S. 500 ff.; *ders.*, Das Grundgesetz als »Exportartikel« – Förderative Strukturen bei der Verfassungsreform in Südafrika, Bosnien-Herzegowina und Afghanistan, FS Scholz, 2007, S. 615 ff.; *ders.*, Der deutsche Bundesstaat im Internationalen Vergleich und Wettbewerb – Die Bundesrepublik als neues Mitglied im »Forum of Federations – The Global Network on Federalism«, in: DÖV 2008, S. 814 ff.; *Edin Sarčević*, Verfassunggebung und »konstitutionelles Volk«: Bosnien zwischen Natur- und Rechtszustand, in: JöR 50 (2002), S. 494 ff.

83 *Peter Häberle*, Vorläufige und punktuelle Stellungnahme zum Verfassungsentwurf Estland, in: JöR 43 (1995), S. 170 ff.

84 *Peter Häberle*, Zwischenrufe zu polnischen Verfassungsentwürfen (1991), in: JöR 43 (1995), S. 134 ff.; *ders.*, Verfassungspolitische Maximen für die Ausgestaltung der »Europafähigkeit« Polens, in: Die Verwaltung 28 (1995), S. 249 ff.

85 Dazu *Wolfgang Gaul*, Verfassunggebung in Georgien, 2001.

auch für Vietnam<sup>86</sup>, sogar die Philippinen und den Irak (*H.-P. Schneider*) – der Begriff »Zivilgesellschaft«<sup>87</sup> macht also nicht nur in Kasachstan Karriere (Präambel der Verf. von 1995)<sup>88</sup>

- parteinahe Stiftungen, in Deutschland die Konrad-Adenauer-<sup>89</sup>, Friedrich-Ebert- und Friedrich-Naumann-Stiftung; die SPD bzw. ihr nahestehende Kollegen haben etwa den ANC in Südafrika<sup>90</sup> beraten, aber auch DAAD und DFG auf Seminarebene sowie die Alexander von Humboldt-Stiftung (z. B. sind mehrere osteuropäischer Verfassungsrichter der ersten Stunde »Humboldtianer« gewesen, etwa in Ungarn)
- andere Arbeitskreise und Einrichtungen wie die Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V. (Bonn)<sup>91</sup>, hier wirkte zum Beispiel der so früh verstorbene Kölner Kollege *G. Brunner* für Ungarn
- Verfassungsrichter (z. B. auch auf dem Forum der regelmäßigen Treffen der Verfassungsrichter Europas), eher informell, aber auch als Berater, so der jüngst verstorbene ehemalige BVerfG-Präsident *E. Benda* in Asien
- der EuGH als Institution<sup>92</sup>
- EU-Institutionen, vor allem die EU-Kommission und ihre »Dienste«
- die Venedig-Kommission des Europarates (z. B. *H. Steinberger* und *G. Batliner* in Sachen Georgien<sup>93</sup>)

86 Zur vietnamesischen Verfassung vom 5. April 1992: *Otto Depenheuer*, in: JöR 45 (1997), S. 675 ff.

87 Aus der unüberschaubaren Lit. nur *Norman Weiß*, Zur Rolle der Zivilgesellschaft für den Schutz der Menschenrechte, in: E. Klein/C. Menke (Hrsg.), Universalität – Schutzmechanismen – Diskriminierungsverbote, MRZ Universität Potsdam, Band 30 (2008), S. 232 ff.

88 Zit. nach JöR 47 (1999), S. 634 ff.

89 Vortrefflich sind die KAS-Auslandsinformationen, z. B. 1/09. S. auch die jüngste Broschüre der K.-Adenauer-Stiftung von 2009: Demokratie- und Rechtsstaatsförderung in der Entwicklungszusammenarbeit.

90 Dazu *Lourens Marthinus du Plessis*, German Verfassungsrecht under the Southern Cross, FS *H.-P. Schneider*, 2008, S. 522 ff.; *Robert von Lucius*, Beraten und Ermüden, Südafrikas Wege zur Verfassungsreform, ebd. S. 513 ff.; *Jörg Fedtke*, Die Rezeption von Verfassungsrecht. Südafrika 1993 – 1996, 2000; *Heinz Klug*, Co-operative Government in South Africa's Post-Apartheid Constitution: Embracing the German Model?, in: VRÜ 33 (2000), S. 432 ff.; *Thomas Michael Grupp*, Südafrikas neue Verfassung, mit vergleichender Betrachtung aus deutscher und europäischer Sicht, 1999.

91 Vgl. die Jahresberichte z. B. von 2003 mit der Aufzählung von 19 Partnerstaaten der IRZ-Stiftung, und 2005 mit 20 Partnerstaaten, u. a. dem Kosovo, der Russischen Föderation sowie Serbien und Montenegro, zuletzt der Jahresbericht 2008 mit der Behandlung von Partnerstaaten wie Albanien und Bulgarien (das TRANSFORM-Programm der Bundesregierung hat das Ziel, »die Entwicklung rechtsstaatlicher und marktwirtschaftlich ausgerichteter Strukturen zu unterstützen und den Aufbau einer unabhängigen funktionsfähigen Justiz zu fördern«).

92 Zahlreiche Begegnungen und Besuche z. B. in Curia, Jahresbericht des EuGH 2007, S. 241 ff.

93 Zu informellen Austauschwegen: Medien, Internet, Weltöffentlichkeit, mein Beitrag in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR Band I., 2004, § 7, Rdnr. 25.

- die GTZ, ein Bundesunternehmen »im Auftrag der Bundesregierung«, das z. B. der georgischen Regierung bei der Entwicklung eines »demokratisch und marktwirtschaftlich organisierten Rechtsstaats« hilft und überdies »Projektlisten« für Länder von Argentinien bis Peru sowie von Afghanistan<sup>94</sup> bis Usbekistan führt
- einzelne nationale Wissenschaftlergemeinschaften (z. B. die japanische Forschungsgesellschaft für deutsches Verfassungsrecht<sup>95</sup>), auch bilaterale Juristenvereinigungen (etwa die deutsch-französische<sup>96</sup>, deutsch-türkische oder deutsch-portugiesische, auch deutsch-mexikanische<sup>97</sup> sowie Partnerschaften zwischen einzelnen Universitäten, etwa seit 50 Jahren zwischen Aix-Marseille und Tübingen, auch Gesprächskreise, z. B. zwischen italienischen und deutschen Staatsrechtslehrern). In Thailand wird ein Exzellenzzentrum aufgebaut unter Beteiligung von *P. Kunig*. Wie wird er dort mit seiner Zerlegung des Rechtsstaatsprinzips<sup>98</sup> zurechtkommen?

Die *Entwicklungszusammenarbeit*<sup>99</sup> ist ein eigenes politisches und wissenschaftliches Thema geworden.<sup>100</sup> Europarat und OSZE haben sich die Förderung von Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedsländern und darüber hinaus auf die Fahnen geschrieben.<sup>101</sup> Erinnert sei an die EU-Mission Eulex im Kosovo.<sup>102</sup> Am

94 Dazu aus der Lit.: *Hans-Joachim Vergau*, Manifest der Hoffnung. Über die neue Verfassung Afghanistans, in: VRÜ 37 (2004), S. 465 ff.

95 Dazu *Hisao Kuriki*, Über die Tätigkeit der Japanischen Forschungsgesellschaft für deutsches Verfassungsrecht, in: JöR 50 (2002), S. 599 ff. Die »FdV«, Japan, ediert sogar die wichtigsten Entscheidungen des BVerfG, zuletzt Bd. III, 2009. – Allgemein zu den »Möglichkeiten und Grenzen der Zusammenarbeit nationaler Wissenschaftlergemeinschaften in Sachen Verfassungsstaat«: *Peter Häberle*, JöR 53 (2005), S. 355 ff.

96 Bemerkenswert sind deutsch-französische Studienkurse wie zwischen den Universitäten Cergy-Pontoise und Düsseldorf.

97 Dazu *Mauricio Foeth*, Jahrestag der deutsch-mexikanischen Juristenvereinigung in Berlin, in: VRÜ 38 (2005), S. 221 ff.

98 *Philip Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, dazu meine Rezension in: NJW 1987, S. 175 f.

99 Einen Theorierahmen sucht mein Beitrag: Aspekte einer kulturwissenschaftlich-rechtsvergleichenden Verfassungslehre in »weltbürgerlicher Absicht« – die Mitverantwortung für Gesellschaften im Übergang, in: JöR 45 (1997), S. 555 ff.

100 Vgl. etwa *Franz von Benda-Beckmann*, »Recht und Entwicklung« im Wandel, in: VRÜ 2008, S. 295 ff.; A. Boeckh u. a. (Hrsg.), Kultur und Entwicklung, 2007; *Oliver Meinecke*, Rechtsprojekte in der Entwicklungszusammenarbeit – Theorie und Praxis am Beispiel von GTZ-Projekten zur Konsolidierung des Rechtsstaats in Südafrika und Sambia, 2007. Aus der Tagespresse etwa *Reinhard Müller*: »Rechtsexport und Jetset. BGB für Sudan, ARD für Afghanistan? Wissenstransfer gibt es auch in der Rechtspraxis. Dieser stößt an seine Grenzen, wo er kulturelle Eigenheiten nicht beachtet.« – Aus der wissenschaftlichen Lit.: *Silvia Tellenbach*, Die Verfassung der Islamischen Republik Afghanistan, in: ZaöRV 64 (2004), 943 ff.

101 Dazu die Berliner Tagung vom 15. Januar 2009: Der Rechtsstaat – Patentrezept für alle

sog. »Bündnis für das deutsche Recht« sind beteiligt: das Bundesministerium der Justiz, die Bundesnotarkammer, die Bundesrechtsanwaltskammer, der Deutsche Anwaltverein, der Deutsche Juristinnenbund, der Deutsche Notarverein, der Deutsche Richterbund. Die K.-Adenauer-Stiftung leistet ein eigenes »Rechtsstaatsprogramm« und spricht auf Hochglanzpapier von »weltweitem Interesse an der deutschen Rechtskultur«. <sup>103</sup> Der Kreis der Beteiligten ist groß und pluralistisch.

Schließlich mag es auch nicht direkt auf konkrete Personen und Institutionen bezogene Rezeptionsprozesse geben: die Lektüre deutscher BVerfG-Entscheidungen im Inneren, d. h. im wissenschaftlichen Dienst der Corte in Rom oder neuerdings das Internet (das langfristig auch geschlossene Gesellschaften wie China, Burma und Nordkorea zu Öffnungen zwingt). Die Lektüre von Werken von im Ausland bekannten deutschen Staatsrechtslehrer, etwa in Japan <sup>104</sup> und Korea, auch in Südamerika oder Portugal <sup>105</sup>, sollte nicht gering geschätzt werden. Noch gibt es ja Menschen, die die alte Kunst des Lesens von Texten beherrschen!

Diese »Tafel« der Rezeptionsmittler ist offen; unterschiedlich dürfte auch die Intensität und Breite ihrer Aktivitäten sein. Gewiss gehören auch NGOs z. B. in Sachen Menschenrechte hierher.

### III. Kulturelle Bedingungen, insbesondere für Rezeptionen

Es ist nicht leicht, die Voraussetzungen und Bedingungen zu nennen, die den »Boden«, gleichsam den »Humus« für eine Rezeption der Prinzipien einer Verfassung wie des GG bilden. Mitunter ist auch die Frage »post« oder »propter« nicht zu beantworten. Auch der »Zeit-Punkt« (die »Stunde« der Verfassungsgebung, die nicht immer wahrgenommen wird, z. B. nicht sogleich in Polen, 1989) ist relevant (rechtzeitig ergriffen in Südafrika, 1997, und der Schweiz, 1999). Hier einige Stichworte: Auf Nehmerseite, also auf Seiten des Verfassungsstaates oder des konstitutionellen Gebildes wie der EU muss es einen »Bedarf« für die Rezeption geben, politisch, kulturell, wohl auch z. T. ökonomisch. So haben die

---

Welt?, z. B. mit Themen wie Rechtsstaatsförderung in Afghanistan und im Westlichen Balkan.

102 Dazu SZ vom 9. Dezember 2008, S. 4.

103 Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. (Hrsg.), Weltweit für den Rechtsstaat, 2008.

104 Dazu als Beispiel: *Tsuyoshi Hatajiri*, Eine Studie über die Verfassungslehre von P. Häberle und ihre Rezeption in Japan, in: Verfassung im Diskurs der Welt, Liber Amicorum für P. Häberle, 2004, S. 517 ff.; *Noriyuki Inoue*, Eine Seite der japanischen Verfassungskultur, ebd. S. 501 ff.

105 Dazu *Jose Joaquim Gomes Canotilho*, Interkonstitutionalität und Interkulturalität, in: Verfassung im Diskurs der Welt, Liber Amicorum für P. Häberle, 2004, S. 83 ff.

totalrevidierten Kantonsverfassungen in der Schweiz seit den 60er Jahren des 20. Jahrhunderts sowie die langjährigen Bemühungen um eine neue »nachgeführte« BV auch im Ausland nach Vorbildern gesucht, was in der Schweiz nicht gerne zugegeben wird<sup>106</sup>. Bei Staatsneugründungen nach Revolutionen oder Sezessionen besteht viel Bedarf nach Vorbildern. Innerbundesstaatlich geschah dies in den ostdeutschen Ländern, die in ihren neuen Verfassungstexten gerne auch auf die Judikatur des BVerfG oder an die Lehre anknüpften, man denke z. B. an die »Grundversorgung« durch das öffentlich-rechtliche Fernsehen, ein Begriff von *K. Hesse*, jetzt in einer ostdeutschen Verfassung Text geworden (Art. 12 Abs. 1 Verf. Thüringen (1993)). Ganz allgemein kam es nach 1989 zu einem westöstlichen Ideenaustausch in Sachen Verfassungsstaat. (Überhaupt ist die Binnenausstrahlung des GG auf die neuen ostdeutschen Länderverfassungen ein wichtiger Merkposten.) Nach der mehr oder weniger friedlichen Revolution in Osteuropa orientieren sich die Verfassungsgeber oft an westlichen Modellen. Das »Nation-Building und Constitution making« in Südafrika<sup>107</sup> (1997) und wohl auch Namibia<sup>108</sup> (1990) ist ebenfalls typisch und vom GG beeinflusst. Die Vorbildwirkung der deutschen »Bundestreue« hat sich in Spanien ausgewirkt: auf die Verfassung selbst wie auf die Judikatur; sie greift auf das Tribunal Constitucional in Madrid über, sie wirkt als »Gemeinschaftstreue« im EU-Verfassungsrecht. Die Einflüsse der deutschen Grundrechtslehren auf die Judikatur des EGMR oder den Verfassungsgerichtshof in Paris sind bekannt, auch das Europäische Verfassungsrecht wurde z. B. in Sachen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Deutschland aus sehr bereichert. Es sind *bewährte* Verfassungsprinzipien, die gerne als Vorbild genommen werden. Insoweit kommt die Verfassungswirklichkeit eines Landes auf der Geber- und Nehmerseite ins Spiel (das Paradigma der »Textstufen«<sup>109</sup>). Das GG kann sich rühmen, in Gestalt seiner erwähnten *Trias* von Texten, Judikaten und Theorien besonders intensiv aus-

106 Dazu *Peter Häberle*, Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz, in: JöR 34 (1985), S. 303 ff.; zuletzt *ders.*, Neueste Schweizer Kantonsverfassungen, in: JöR 56 (2008), S. 279 ff. – Der hohe Stand der Schweizer Staatsrechtslehre spiegelt sich jüngst in dem Basler Kolloquiums-Band für R. Rhinow: Demokratie–Regierungsform–Verfassungsfortbildung, 2009, sowie in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR Bd. VII 2: Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, 2007.

107 Dazu mit Nachweisen: *Jörg Lücke*, Entwicklung der neuen südafrikanischen Verfassung, in: JöR 47 (1999), S. 467 ff.; *ders.*, Grundrechte in einer neuen südafrikanischen Verfassung, in: ZaöRV 52 (1992), S. 70 ff.

108 Dazu *Edzard Schmidt-Jortzig*, The Constitution of Namibia: An Example of a State Emerging under Close Supervision and World Scrutiny, in: German Yearbook of International Law 34 (1991), S. 413 ff., sowie *Manfred O. Hinz*, Die Verfassung Namibias (1990), in: JöR 40 (1991), S. 653 ff., der Verfasser *Manfred O. Hinz* hat Namibia beraten.

109 Dazu zuletzt *Peter Häberle*, Europäische Verfassungslehre, 6. Aufl. 2009, S. 4 ff., sowie erstmals *ders.*, Textstufen als Entwicklungswege des Verfassungsstaates, FS Partsch, 1989, S. 555 ff.



zustrahlen. Die Gründlichkeit der deutschen BVerfG-Judikate, aber auch der hohe Stand der GG-, insbesondere der Grundrechtswissenschaft haben sich fast weltweit viel Ansehen erworben. Man denke auch an das BVerfG im Ganzen und Einzelnen oder an die Wirkung der »Weimarer Klassik« (1919) in Italien<sup>110</sup>. Die soziale Marktwirtschaft, obwohl nicht als Text im GG ausdrücklich normiert, hat in Osteuropa textlich und in der Realität viel Gefolgschaft gefunden (vgl. Art. 11 Verf. Albanien von 1998; Art. 9 Abs. 3 Verf. Moldau von 1994 nennt sogar den Markt als »Grundfaktor der Wirtschaft«). Weil dem so ist, rechtfertigt sich unser heutiges Thema gerade aus Anlass des 60jährigen GG-Jubiläums: Das GG strahlt europaweit, ja weltweit aus. Es hat manche Bewährungsproben bestanden, ist glaubwürdig, gerade auf den Trümmern zweier deutscher Diktaturen. Der wissenschaftliche Gelehrtenaustausch spielt bei all dem eine wachsende Rolle. Ob wirtschaftliche Gründe hinzukommen, ist nicht sicher, mein Thema scheint dies suggerieren zu wollen. Zu beobachten sind freilich auch jene Normbereiche, die im Ausland gerade *nicht* rezipiert worden sind, die Normfelder, in denen sich das GG gerade nicht durchgesetzt hat, sondern andere Modelle verfolgt wurden: etwa bei der Wahl von Verfassungsrichtern. So entscheiden sich manche osteuropäische Verfassungsstaaten dafür, ein Drittel der Verfassungsrichter vom Staatspräsidenten auswählen zu lassen – das gute italienische Vorbild (1947). Da und dort mag auch der Zufall eine Rolle spielen. Die meisten neueren Verfassungen normieren hochdifferenzierte Staatsaufgabenkataloge – gerade im Gegensatz zum GG! Auch der in Skandinavien, Lateinamerika (vor allem Mexiko) und Osteuropa wirkmächtige Ombudsmann ist auf Verfassungsstufe im GG nicht vorhanden.

Es gehört zum Programm der seit 1982 entwickelten »Verfassungslehre als Kulturwissenschaft«, auch andere kulturelle Bedingungen für das heute fast weltweit gemeinsame Arbeiten am *Typus* Verfassungsstaat zu erkunden. Doch stößt man hier auf Grenzen dessen, was ein einzelner Gelehrter zu leisten vermag. Einschlägig werden: das hohe Ansehen einer geglückten Verfassung wie des GG einschließlich seines BVerfG und seiner Wissenschaftlergemeinschaft, die »Attraktivität« der Prinzipien, die sie erarbeitet haben, vor allem aber auch das Bedürfnis für die Übernahme von Texten, Judikaten und Theorien auf der »Nehmerseite« – dieses war nach 1989 in ganz Osteuropa groß. Sezessionen und Neugründungen von Staaten, etwa in Ex-Jugoslawien, jüngst dem Kosovo bzw. in Südafrika<sup>111</sup> mussten vergleichende Umschau halten, ob und wie sie welche konstitutionellen Normenkomplexe übernehmen. Die erwähnten »Rezeptions-

110 Dazu auch für das GG: *Luther* (Fn. 32), in: JöR 57 (2009), S. 15 ff.

111 Dazu *Henk Botha*, *Comparative Law and Constitutional Adjudication: A South African Perspective*, in: JöR 55 (2007), S. 569 ff. – Nach Asien greift über der Band von T. Groppi/V. Piergigli/A. Rinella (ed.), *Asian Constitutionalism in Transition, a Comparative Perspective*, 2008.



mittler« wie die parteinahen Stiftungen, auch EU-Institutionen wie jüngst bei einem Seminar in Brüssel (Oktober 2008), auf dem Politiker der Seychellen Informationen für eine Verfassungsreform dort eingeholt haben, spielen eine große Rolle. Der staatsrechtliche Positivismus vermag auch auf diesem Felde gar nichts zu erklären. So sind es letztlich rechtskulturelle und kulturelle Traditionen, die hier wirken: die Offenheit mancher osteuropäischer Staaten wie etwa Polens und Rumäniens für Frankreich, was große Tradition hat (für Polen: *F. Chopin*). In Afrika wirkten die alten Verbindungen der Kolonialmächte nach: Portugals Verfassung von 1976 etwa im Vergleich zu den lusophonen Staaten wie Angola, Mosambik<sup>112</sup>. Spaniens spätere Verfassung von 1978 strahlte nach Lateinamerika aus: erleichtert auch durch dieselbe *Sprache*. Mitunter dürfte es sogar zu einer vom Thema der heutigen Vorlesung suggerierten »Konkurrenzsituation« kommen. Wirtschaftliche Verbindungen können Kräfte freisetzen, um Verfassungsprinzipien als Vorbilder zu transportieren. Reizvoll wäre die Frage, wer, d. h. welche Institutionen und Personen, etwa deutsche Bundesminister und einzelne Staatsrechtslehrer heute z. B. in China die bescheidenen Ansätze zur Entwicklung eines Rechtsstaatsprinzips, dort in der Vorhand sind, immerhin wurde jüngst *K. Hesses* Klassiker »Grundzüge« ins Chinesische übersetzt (2008)<sup>113</sup>. Ob das derzeit weltweit nachlassende Ansehen der USA negative Auswirkungen hat auf das bislang große Vorbild der US-Bundesverfassung (z. B. für Argentinien's Präsidentschaftsdemokratie in der Verfassung von 1853, erwähnt sei auch die Übernahme von *Marbury vs. Madison*, 1803, durch Argentinien) und die Rezeptionen ihrer sonstigen Verfassungsinstitutionen, bleibe offen. Die angelsächsische »rule of law« fügt sich indes günstig mit dem gemeineuropäischen Rechtsstaatsprinzip<sup>114</sup> zu einem Ganzen.

#### IV. Rezeptionen im Kontext

Selbst dort, wo Verfassungstexte z. B. aus dem GG wörtlich »übernommen« werden, braucht dies nicht zu bedeuten, dass sie kurz, mittel- und langfristig dasselbe auch im Nehmerland aussagen. Das Rezipierte gewinnt »Selbststand« – je nach neuem *Kontext* für den anderen Verfassungsstaat. Das geflügelte Wort von *R. Smend* (1951: »Auch wenn zwei Grundgesetze dasselbe sagen, so ist es nicht dasselbe.«), gilt erst recht im Wirkungszusammenhang von Produktion

112 Dazu *Dietrich Nelle*, Mosambik am Scheideweg – die Verfassung von 2004, in: VRÜ 38 (2005), S. 174 ff.

113 Zur Rezeption seiner »Grundzüge« im Ausland: mein Beitrag in JöR 57 (2009), S. 545 ff.

114 Dazu zuletzt *Michaela Wittinger*, Das Rechtsstaatsprinzip – vom nationalen Verfassungsprinzip zum Rechtsprinzip der europäischen und der internationalen Gemeinschaft?, in: JöR 57 (2009), S. 427 ff.

und Rezeption zwischen Verfassungsstaaten. Spanien hat 1978 in Sachen »Autonome Gebietskörperschaften« manches vom italienischen Regionalismus (1947) übernommen. Heute entwickelt es die »Autonomien« selbstständig. Die rezipierten Verfassungstexte entfalten sich im neuen Kraftfeld des benachbarten Verfassungsstaates oft anders als im Ursprungsland – ein Anwendungsfeld der 1979 entworfenen Kontextthese<sup>115</sup>. Die Nehmer bleiben also nicht bloß passiv, das Ganze ist nicht nur »Einbahnstraße«. Diese Vorgänge kann nur das kulturwissenschaftliche Verfassungsverständnis sensibel beobachten und rechtfertigen. So groß also der Einfluss des GG europa-, ja weltweit ist, man darf die *originäre* Kreativität der *Nehmerseite* nicht unterschätzen. Die dortigen Wissenschaftlergemeinschaften und Gerichte sind ihrerseits schöpferisch, z. B. bei einer Aufwertung des Verfassungsprozessrechts durch die Verfassungsgerichte in Peru bzw. Brasilien (hier dank des Einflusses einzelner deutscher Staatsrechtslehrer<sup>116</sup>) und Argentinien. M.a.W. ein produktives Moment wohnt der »Rezeption« schon im Ansatz bei. Es kommt zu »Metamorphosen«.

*Im Ganzen* in historischer und länderbezogener Betrachtung: Das GG strahlte in den 70er Jahren aus, vor allem auf Griechenland<sup>117</sup>, Portugal und Spanien, in den 80er und 90er Jahren auf die Schweiz, auch (Süd-)Korea, nach 1989 auf Osteuropa, weltweit in den 90er Jahren auf Länder wie Südafrika, auch Namibia (1990)<sup>118</sup>. Dabei ist unter »Grundgesetz« sowohl dessen Text als auch die kreativen Interpretationen durch Rechtsprechung und Wissenschaft zu verstehen.

Halten wir kurz inne: Wie verhalten sich all diese Überlegungen zum viel diskutierten Dekonstruktivismus? (Klammerzusatz: Dieser wühlte mich 2006 in Rom, anlässlich einer Einladung durch den Präsidenten der dortigen Corte, auf, in Form einer »dekonstruierten« Beethoven-Sonate, veranstaltet von *I. Pogorelich*.) Es war vor allem *Jacques Derrida* (auch *Paul de Man*), der den Begriff der Dekonstruktion bzw. des Dekonstruktivismus geprägt hat.<sup>119</sup> Er kennzeichnet einerseits einen Ansatz der systematischen Philosophie, als *poststrukturalistische* Kritik gerichtet gegen die Idee des Strukturalismus, der zufolge das

115 *Peter Häberle*, Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, 1979, S. 44 u. ö., und *ders.*, Die Verfassung im Kontext, in: Handbuch des Schweizerischen Verfassungsrechts, 2001 (hrsgg. von D. Thürer u. a.), S. 17 ff.

116 Dazu *G. Mendes*, in: *Conversas academicas com P. Häberle*, Brasilia 2009, S. XI ff.; *ders.*, in: *Valor EU&*, Nr. 424/2008, S. 14 f.

117 Zur Wirkung des GG auf Griechenland: *Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis*, Griechenland, in: *IPE*, Bd. I, 2007, § 3, Rdnr. 12. Zum Versuch der Periodisierung der Ausstrahlung des GG (»Rezeptionswellen«), mein Beitrag a.a.O., in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *HGR Band I* 2004, § 17, Rdnr. 11.

118 Dazu *Manfred O. Hinz*, Die Verfassung Namibias (1990), in: *JöR* 40 (1991/1992), S. 653 ff.

119 Mit spezifisch rechtstheoretischem Akzent etwa *Jacques Derrida*, *The Force of Law: »Mystical Foundation of Authority«*, in: *Cardozo Law Review* 11 (1990), S. 919 ff.; allg. *ders.*, *Grammatologie*, 1983; *ders.*, *Die Schrift und die Differenz*, 2. Aufl. 2003.

selbstbestimmt-rationale Individuum seinen Gedanken in Form eindeutiger Sprachstrukturen Gestalt gebe und dadurch sog. »cultural meanings«, autonome Sinnzuschreibungen durch Sprache produziere.<sup>120</sup> Der Dekonstruktivismus zweifelt zum einen an der Autonomie des Subjekts, er stellt sich zum anderen vehement gegen die Vorstellung, dass es unveränderliche, ahistorische, gar universelle Bedeutungsstrukturen oder Begriffsgehalte gebe. Damit ist die Brücke zur zweiten Komponente des Dekonstruktivismus geschlagen. Er bezeichnet auch eine Methode der (ideologie-)kritischen Textinterpretation. Ziel dieser hermeneutischen Dekonstruktion ist nicht etwa, Begriffen jeden Bedeutungsgehalt abzusprechen, sondern die Fülle möglicher, jeweils kontextabhängiger, häufig konfligierender, teils offener, teils verdeckter Bedeutungsmöglichkeiten aufzuzeigen und auf diese Weise interpretatorische Bedeutungszuschreibungen als Herrschaftsinstrumente zu begreifen.<sup>121</sup> In den USA bedienen sich vor allem die »Critical Legal Studies« dieser Analysemethode<sup>122</sup>, im Völkerrecht haben ihr nicht zuletzt die Arbeiten von *M. Koskenniemi* zu manchem Widerhall verholfen.<sup>123</sup> Dass Texten nur ein vermeintlich objektiver Sinngehalt innewohnt, dass der Richter nicht der objektive »Mund der Gesetze ist« und jede Interpretation vom subjektiven Vorverständnis des Interpretierenden abhängt, ist indes in den Rechtswissenschaften auch jenseits dekonstruktionistischer Zuspitzung ein bekanntes Phänomen.<sup>124</sup> Vor allem die rechts- und kulturvergleichende Methode schafft die notwendige Vorverständnis- und Kontextsensibilität; sie hilft, die multiplen, wandelbaren Bedeutungsgehalte von Begriffen aufzudecken. Insoweit mag der Dekonstruktivismus den Rechts- als Kulturvergleich kritisch inspirieren, methodisch infragestellen kann er ihn nicht.

Ähnliches in Sachen Selbststand des Verfassungsstaates gilt gegenüber *G. Teubner*. Er erhebt, systemtheoretisch inspiriert und mit Topoi wie »Weltrecht« und »Weltgesellschaft« arbeitend, die Forderung, ein staatszentriertes Verständnis von Verfassung durch das Paradigma einer »globalen Zivilverfassung ohne Weltstaat« zu ersetzen.<sup>125</sup> Diese Verfassung beruht für ihn nicht – jedenfalls

120 Textbelege bei *Peter Engelmann*, Postmoderne und Dekonstruktion: Texte französischer Philosophen der Gegenwart, 2004.

121 Siehe *José Manuel Aroso Linhares*, Dekonstruktion als philosophische (gegenphilosophische) Reflexion über das Recht, in: ARSP 93 (2007), S. 39 ff.

122 *Roberto Mangabeira Unger*, The Critical Legal Studies Movement, 1986; *Nigel Purvis*, Critical Legal Studies in Public International Law, in: Harvard International Law Journal (Vol. 32) 1991, S. 81 ff.

123 *Martti Koskenniemi*, From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument, 1989. S. auch das Zeit-Gespräch von *Martti Koskenniemi*: »Das Völkerrecht ist nicht die Bibel«, Die Zeit vom 9. Dezember 2004, S. 52.

124 *Josef Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972; siehe auch *Hans-Georg Gadamer*, Wahrheit und Methode, 5. Aufl. 1986, S. 281 ff.

125 *Gunther Teubner*, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfas-

nicht vorrangig – auf hoheitlichen Satzungsakten, sondern auf der komplexen Interaktion zivilgesellschaftlicher Akteure (vor allem multinationaler Unternehmen).<sup>126</sup> Sie schaffen, oft spontan, konstitutionelle Strukturen auf Weltebene, die im Sinne des Rechtspluralismus neben staatlich gesetztes Recht treten und sich in globalen Foren wie dem »Cyberspace« artikulieren.<sup>127</sup> Dieses »Weltrecht« genieße, so *Teubner*, nur geringen politischen und institutionellen Rückhalt, sondern sei eng an soziale und ökonomische Prozesse gekoppelt, von denen es seine wesentlichen Impulse erfahre. Nicht die Setzung, sondern die »Emergenz« begründet seine Entstehung.<sup>128</sup>

### Inkurs: Verfassungspolitische Reformfragen zum Grundgesetz

Bei dieser Erfolgsbilanz unseres GG nach 60 Jahren kann nur als Merkposten erwähnt werden, wo sich das GG Reformfragen<sup>129</sup> zu stellen hätte und wo es gerade *nicht* rezipiert wurde, weil es nicht »vorbildlich« erschien<sup>130</sup>. Ein Merkposten sei die Frage nach den verfassungsrechtlichen Grenzen für Auslandseinsätze der Bundeswehr (Stichworte: Einsatz gegen Piraten)<sup>131</sup>, der Streit um

---

sungstheorie, in: *ZaöRV* 63 (2003), S. 1 ff. sowie 28 und in: *Leipziger Juristische Seminararbeiten. Jahrbuch 2005*, S. 9 ff.

- 126 *Gunther Teubner*, *Privatregimes: Neo-spontanes Recht und duale Sozialverfassung der Weltgesellschaft*, in: *Liber Amicorum S. Simitis*, 2000, S. 437 ff.; *Jean-Philippe Robe*, *Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order*, in: G. Teubner (Hrsg.), *Global Law without a State*, 1996; *Oran R. Young*, *International Governance. Protecting the Environment in a Stateless Society*, 1994. – »Zur *Lex Mercatoria*«: *Volker Boehme-Nefler*, *Unschärfes Recht*, 2008, S. 194 ff.
- 127 *Jean-Philippe Robe*, *Multinational Enterprises: the Constitution of a Pluralistic legal order*, in: G. Teubner (Hrsg.), *Global Law without a State*, 1997, S. 45 ff.; *Teubner*, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, in: ebd., S. 3 ff.; *Graf-Peter Callies*, *Reflective Transnational Law: on Definition of Transnational Law*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 23 (2002), S. 185 ff.
- 128 *Gunther Teubner*, *Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, in: *Rechtshistorisches Journal* 1996, S. 255 ff.;
- 129 Aus der schon älteren Lit.: mein Beitrag, *Die Kontroverse um die Reform des deutschen Grundgesetzes*, 1991/1992, in: *ZfP* 1992, S. 233 ff.; *Rainer Wahl*, *Empfehlungen zur Verfassungsreform*, in: *AöR* 103 (1978), S. 477 ff.
- 130 So wurde die »wehrhafte Demokratie« des GG von der neuen Verfassung Griechenlands (1975) gerade *nicht* rezipiert, vgl. *Stylianos-Ioannis G. Koutnatzis*, *Griechenland*, in: *IPE*, Bd. I, 2007, § 3, Rdnr. 13 f., 92, auch nicht in Südafrika.
- 131 Dazu *Andreas Fischer-Lescano/Timo Tohidipur*, *Rechtsrahmen der Maßnahmen gegen die Seepiraterie*, in: *NJW* 2009, S. 1243 ff.; *Reinhard Müller*, *Gegen Piraten und Scheinprobleme*, *FAZ* vom 20. April 2009, S. 10. Die Forderung von *Wolfgang Schäuble*, das Grundgesetz für Bundeswehreinätze zum Zwecke der Piratenbekämpfung zu ändern, wird von SPD und FDP abgelehnt (*FAZ* vom 11. Mai 2009, S. 6; *FAZ* vom 12. Mai 2009, S. 1; *SZ* vom 12. Mai 2009, S. 5).

eine mehr oder weniger »stille« Grundgesetzänderung in Sachen Flugsicherung<sup>132</sup> sowie eine m. E. kritisch zu beurteilende staatliche Pressehilfe<sup>133</sup>. Vieles spricht für die konstitutionelle Verankerung eines Selbstauflösungsrechts des Bundestags, denn die m. E. verfassungswidrige Bundestagsauflösung unter G. Schröder kann nicht einmal mit der normativen Kraft des Faktischen im Sinne G. Jellineks legitimiert werden.<sup>134</sup> Die Forderung nach grundgesetzlichem Schutz der Homo-Ehe (Frau Bundesjustizministerin B. Zypries<sup>135</sup>) ist zurückzuweisen. Der erstaunliche Vorstoß des am Verfassungstag 23. Mai 2009 frisch wiedergewählten Bundespräsidenten H. Köhler zu Gunsten einer Direktwahl des Staatsoberhauptes wurde von vielen zu Recht sogleich abgelehnt.<sup>136</sup> Die sehr hohe Frequenz von mehr als 54 Verfassungsänderungen in sechzig Jahren sollte uns ohnehin nachdenklich stimmen. Müssen wir die Verfassungsänderung erschweren? (Klammerzusatz: Sehr viele Verfassungsänderungen bezogen sich auf den Föderalismus, dies ist jedoch kein Argument für seine Labilität, sondern für seine Vitalität und Entwicklungsbedürftigkeit.)

Die vielzitierten »plebiszitären Defizite« des GG<sup>137</sup>, die es weder in Bayern, noch in den neuen ostdeutschen Länderverfassungen gibt, seien hier nicht behandelt (für mich ist die halbdirekte Demokratie der Schweiz das Ideal<sup>138</sup>), wohl aber ein Wort zur Frage, ob das GG um einen Sprachen-Artikel angereichert werden sollte.<sup>139</sup> Bekanntlich werben dafür Teile der CDU/CSU. Die Verfassungsver-

132 Dazu zu Recht kritisch *Stefan Hobe*: »Nach oben offen«, FAZ vom 20. Mai 2009, S. 8. Die Überwachung des Luftverkehrs soll weiter in der Hand der bundeseigenen Deutschen Flugsicherung GmbH bleiben; diese soll aber Aufgaben an ausländische Flugsicherungsorganisationen delegieren können. Der Bundesrat muss noch zustimmen.

133 Hierzu der Vorschlag von *Dieter Grimm*: »Über staatliche Pressehilfe nachdenken, Verfassungsänderungen erschweren«, FAZ vom 13. Mai 2009, S. 1.

134 Dazu *Thomas Holzner*, Die normative Kraft des Faktischen: Die Vertrauensfrage nach Art. 68 GG – stiller Verfassungswandel hin zu einem Selbstauflösungsrecht?, 2009.

135 FAZ vom 22. Mai 2009, S. 1. Gleiches gilt für den erneuten Vorstoß des Regierenden Bürgermeisters von Berlin *Klaus Wowereit*, FAZ vom 27. Juni 2009, S. 4.

136 FAZ vom 26. Mai 2009, S. 4. Erstaunlich ist das plötzliche Lob von Altbundespräsident *Roman Herzog* im Zusammenhang mit einer Kritik am »Insiderspiel« der Politik, FAZ vom 26. Mai 2009, S. 34.

137 Aus der Fülle der Literatur hier nur H.K. Heußner/O. Jung (Hrsg.), Mehr direkte Demokratie wagen, 1999.

138 Ungerechtfertigt ist also die These von *Urs Widmer*, Kuhschweizer und Sauschwabe, FAZ vom 31. März 2009, S. 31: »Nie hat sich in den letzten fünfzig oder hundert Jahren ein einziger Deutscher um die Schweiz gekümmert. Die Schweiz kam – bis vor wenigen Wochen – im deutschen Denken einfach nicht vor ...«.

139 Dazu etwa aus der Tagesliteratur: Verein Deutsche Sprache e.V., Sprachnachrichten Nr. 39 Oktober 2008, »Deutsch ins Grundgesetz«, sowie Nr. 41 März 2009, »Deutsch als Staatsziel«; SZ vom 8. Dezember 2008, S. 6: »Für Deutsch im Grundgesetz. CDU-Spitzen stehen im Sprachenstreit gegen Merkel.«; »Viel Zuspruch für Deutsch-Antrag«, FAZ vom 5. Dezember 2008, S. 5; Die Welt vom 3. Dezember 2008, S. 1

gleichung in europa- und weltbürgerlicher Absicht<sup>140</sup> könnte viele Argumente für einen Sprachen-Artikel liefern (Deutsch als Landessprache mit Sprachenfreiheitselementen nach Schweizer Vorbild). Zahlreiche Verfassungen nehmen sich des Themas im Kontext der (anderen) Symbol-Artikel: nationale Feiertage, Nationalflagge, Nationalhymne, nationale Hauptstadt an<sup>141</sup>. Theoretisch stünden wir vor der Frage, ob das Grundgesetz hier eine Normengruppe »importieren«, besser rezipieren sollte. Dies führt in die Abgründe des Streites über die deutsche »Leitkultur«, in die ich mich am Ende meines Vortrages nicht stürzen möchte, obschon das GG und die Landesverfassungen Werte vorgeben (z. B. in den Erziehungszielen). Eine Anmerkung ist indes geboten: Wir sollten nicht von »Multi-Kulti« sondern von pluralistischer Kultur im Kraftfeld des Grundgesetzes sprechen. Die von mir erstmals 1980 vorgeschlagene<sup>142</sup> Kulturstaatsklausel für das GG wurde leider jüngst vom Bundestag erneut abgelehnt<sup>143</sup>, über die Frage »Sport als Staatsziel im GG« mag man streiten<sup>144</sup>. (Ob die Fragen des Einbürgerungstestes geglückt sind, mag dahingestellt bleiben<sup>145</sup>, gelungen ist jedoch die wohl nach amerikanischem Vorbild erstmals erfolgte Einbürgerungsfeier im Kanzleramt<sup>146</sup>.) Und: Als Skandal muss es gewertet werden, dass die Große Koalition durch eine Verfassungsänderung die vom BVerfG kürzlich für verfassungswidrig erklärte Mischverwaltung in Sachen Job-Center »korrigieren« wollte<sup>147</sup> – die CDU votierte zum Glück in letzter Minute dagegen. Im Rahmen

140 So der gleichnamige Band des Verf. von 2009. Spezieller mein Beitrag: Sprachen-Artikel und Sprachenprobleme in westlichen Verfassungsstaaten – eine vergleichende Textstufenanalyse, FS Pedrazzini, 1990, S. 105 ff.; *Wolfgang Kahl*, Sprache als Kultur- und Rechtsgut, in: VVDStRL 65 (2006), S. 386 ff. (s. auch die Aussprache ebenda). – Grundsätzlich zuletzt *Anna Gamper*, Verfassungsvergleichung und »gemeineuropäischer« Verfassungsstaat, in: ZÖR 2008, S. 359 ff.

141 Dazu *Peter Häberle*, Feiertage als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates, 1987; *ders.*, Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates, 2007; *ders.*, Nationalflaggen bürgerdemokratische Identitätselemente und internationale Erkennungssymbole, 2008; *ders.*, Die Hauptstadtfrage als Verfassungsproblem, in: DÖV 1990, S. 989 ff. (auch in: *ders.*, Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, 1992, S. 297 ff.). – Der Vorschlag von *Heribert Prantl*, das Deutschlandlied um eine Strophe mit dem DDR-Hymnentext »Auferstanden aus Ruinen« zu ergänzen (SZ vom 21. April 2009, S. 4), ist eine willkommene Provokation.

142 *Peter Häberle*, Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat, 1980, S. 59. Aus der Lit. zuletzt *Klaus Stern*, Kulturstaatlichkeit – ein verfassungsrechtliches Ziel, FS H.-P. Schneider, 2008, S. 111 ff.

143 Vgl. SZ vom 20./21. Juni 2009, S. 5.

144 Vgl. die Forderung des DOSB, zit. nach FAZ vom 3. Juli 2009, S. 30. Dazu mein Beitrag »Sport als Thema neuerer verfassungsstaatlicher Verfassungen«, FS Thieme, 1993, S. 25 ff., sowie *Martin Nolte*, Staatliche Verantwortung im Bereich Sport, 2004.

145 Z.T. abgedruckt in SZ vom 9. Juli 2008, S. 8.

146 FAZ vom 13. Mai 2009, S. 1.

147 Dazu FAZ vom 4. März 2009, S. 1. Kritisch zu Recht: *Stefan Dietrich*, »Durch eine Grund-



der drei Föderalismusreformen hätte man sich durchaus neben der normierten Schuldenbremse auch der Idee des Wettbewerbsföderalismus in Sachen Steuerrecht nach dem Vorbild der Schweiz öffnen sollen.<sup>148</sup> Freilich sollte hierzu nur das Grundsätzliche in der Verfassung geregelt werden, zu Recht wird die (geplante) detaillierte Regelung als »Verunstaltung« der Verfassung und als Verstoß gegen die »Verfassungsästhetik« kritisiert.<sup>149</sup> Vor allem ist die Schuldenbremse, soweit sie den Ländern ab 2020 die Aufnahme neuer Schulden untersagt (Art. 143d GG n.F.), meines Erachtens ein Verstoß gegen deren Haushalts- und Verfassungsautonomie.<sup>150</sup> Auch ist es demokratie- und rechtsstaatspolitisch unerträglich, dass in Berlin der parlamentarische Gesetzgeber zum »Gesetznehmer« wird (Gesetzesentwürfe von Anwaltskanzleien)<sup>151</sup>. Wenigstens sei angemerkt, dass das Grundgesetz sprachlich in der Präambel sowie in den Grundrechtsartikeln der frühen Textstufen von 1949 vorbildlich »bürgerfreundlich« war bzw. zum Teil noch ist (vgl. aber Art. 16 a GG von 1993<sup>152</sup>, auch Art. 23 Abs. 3 – 7 GG von 1992). Die Präambel von 1949 freilich bleibt vorbildlich, suggestiv. Sie erfüllt alle Anforderungen der kulturwissenschaftlichen Präambeltheorie (1982): sprachliche Bürgernähe, Konzentrat der Verfassung, Nachzeichnung der Geschichte und Zukunftsentwurf – Overtüren und Präludien der Komponisten sowie Prologen der Dichter analog.

---

gesetzänderung soll ein verfassungswidriges Gesetz geheilt werden«, FAZ vom 21. Juli 2008, S. 8. S. auch *Horst Dreier*, Verfassungsänderung leicht gemacht, ZSE 3/2008, S. 399 ff.

148 Aus der Lit.: *Johannes Hancke*, Defizitbegrenzung im Bundesstaat – Verfassungsmäßigkeit einer verbindlichen Verschuldensregel für die Bundesländer, in: DVBl. 2009, S. 621 ff.; *Iris Kemmler*, Schuldenbremse und Benchmarking im Bundesstaat, Neuregelung aufgrund der Arbeit der Föderalismuskommission II, in: DÖV 2009, S. 549 ff.

149 Aus der Zeitungslit.: *Hans Hugo Klein*, Ein erbärmliches Zeugnis, Übungsfeld für politischen Aktionismus: Die geplante Schuldenbremse verunstaltet die Verfassung, FAZ vom 7. Mai 2009, S. 8; freilich hält Bayerns Ministerpräsident *Horst Seehofer* die berechtigte Kritik von Bundestagspräsident *Norbert Lammert* (FAZ vom 23. April 2009, S. 1) nicht für zutreffend, FAZ vom 4. Mai 2009, S. 1; überzeugend demgegenüber *Heribert Prantl*: Die Verfassung wird dicker, aber nicht besser, Seitenlange neue Regelungen zur Schuldenbremse sind ein neuer Höhepunkt in der Verschandelung des Grundgesetzes, SZ vom 5. Mai 2009, S. 5; kritisch auch *W.J. Patzelt*, Unsere Verfassung verträgt keine Basteleien, FAZ vom 5. Juni 2009, S. 9.

150 So auch *Hans-Peter Schneider*, Selbstmord der Kostgänger, FAZ vom 18. Juni 2009, S. 8.

151 Dazu FAZ vom 17. März 2009, S. 11: »Gesetzgeber und Gesetznehmer«.

152 Bemerkenswert *Christof Gramm/Stefan Ulrich Pieper*, Grundgesetz, Bürgerkommentar, 2008; *Walter Schmitt Glaeser*, Der freiheitliche Staat des Grundgesetzes, 2008.



## Ausblick und Schluss

Ausblick und Schluss können knapp sein. Der Typus »Verfassungsstaat« ist im raumzeitlichen Vergleich gesehen ein Projekt mit großer Tradition: fortlaufend kommt es fast weltweit zu Prozessen der Produktion und Rezeption. Das Ganze ist in größere kulturelle Vorgänge eingebettet, die sich uns oft entziehen. Beteiligt sind viele – vom Bürger bis zum »Weltgeist«. Das deutsche GG ist nur *ein* Beispiel, freilich ein besonders gelungenes – seit 60 Jahren. Sein Ansehen ist heute weltweit groß, das darf uns mit bescheidenem Stolz erfüllen, bleibt aber auch Verpflichtung, zumal die deutsche Wiedervereinigung und die Weitergeltung des GG ein verdienter (?) Glücksfall ist. *F. Stern* erklärt das Jahr 1989 zum »glücklichsten des zwanzigsten Jahrhunderts«. <sup>153</sup> *W. Brandts* Wort: »Jetzt wächst zusammen, was zusammengehört«, bleibt freilich angesichts mancher Defizite (beklagenswert ist das vorläufige Scheitern des Wettbewerbs für das vom Bundestag beschlossene Einheits- und Freiheitsdenkmal auf dem Berliner Schlossplatz<sup>154</sup>) nach wie vor eine Mahnung (Stichwort: »Ossis gegen Wessis«). Auch mag man Altbundeskanzler *H. Schmidt* zustimmen, wenn er meint: »Wir bleiben eine gefährdete Nation.«<sup>155</sup> Das »Erfolgsmodell« GG, das GG als »bewährte Verfassung« ist ein Geschenk für uns alle, obwohl oder gerade weil wir alle daran Anteil haben.<sup>156</sup> Ob das Grundgesetz eine ganz große Bewährungsprobe wie etwa einen 11. September oder Weimar vergleichbare Massenarbeitslosigkeit bestehen würde, bleibt eine offene Frage. *H. Köhlers* Bild vom Grundgesetz als »Leuchtfeuer der Freiheit«<sup>157</sup> wirkt suggestiv. Unbegreiflich ist das Wort des angesehenen Stuttgarter Rechtsanwalts *R. Zuck*: »Der Bürger steht der Verfassung fern, mit seinem gewöhnlichen Tagesablauf hat sie nichts zu tun.«<sup>158</sup> *H. Dreiers* Kritik an der »Sakralisierung« des Grundgesetzes<sup>159</sup> bleibt fragwürdig.

---

153 Zit. nach FAZ vom 20. Februar 2009, S. 33, anlässlich der Verleihung der Ehrendoktorwürde der New Yorker Exiluniversität an Bundeskanzlerin *Angela Merkel*. S. aber auch *A. Öhler*, Schmerzlichen Glückwunsch, Sechzig Jahre Bundesrepublik, Pleiten Pech und Pannen statt Pathos – warum tun wir Deutschen uns so schwer mit staatstragenden Feierlichkeiten?, *Rheinischer Merkur* 18/2009, S. 17.

154 *Die Welt* vom 7. Mai 2009, S. 7; FAZ vom 6. Mai 2009, S. 31; SZ vom 7. Mai 2009, S. 13. Der Wettbewerb wurde neu ausgeschrieben, vgl. FAZ vom 3. Juli 2009, S. 31.

155 FAZ vom 22. Dezember 2008, S. 33.

156 Aufschlussreich: »Zum Abschluss der Berlinale machen sich dreizehn Regisseure ein Bild zur Lage der Nation: ‚Deutschland 09‘«, FAZ vom 14. Februar 2009, S. 33. – Beachtlich ist auch der ansprechend illustrierte Band »Unser Grundgesetz. Meine Verfassung. Ansichten von Schriftstellern«, hrsgg. von K. Hempel-Soos, 2003. Mitautoren sind hier etwa *Wolf Biermann*, *Christoph Dieckmann*, *Erich Loest*, *Ralph Giordano*.

157 FAZ vom 23. Mai 2009, S. 1.

158 Zit. nach FAZ vom 18. März 2009, S. 23.

159 FAZ vom 24. November 2008; *ders.*, »60 Jahre und kein bisschen heilig, Wer das Grundgesetz zur Bibel verklärt, schadet der Demokratie«, *Die Zeit* vom 7. Mai 2009, S. 13; vgl.

Ebenso fragwürdig ist der Vorschlag von *F. Müntefering*, eine neue gesamtdeutsche Verfassung zu fordern.<sup>160</sup> Gleiches gilt für *P. Strucks* zum hundertsten Mal wiederholten Vorschlag: »Es können nicht 16 Länder bleiben«.<sup>161</sup> Die Rechtspolitik ist gefordert beim Schutz des Urheberrechts im Sinne des Heidelberger Appells gegenüber Google.<sup>162</sup> *A. Arnolds* »Das nicht erfüllte Grundgesetz« (1960) bleibt nach wie vor eine verfassungspädagogische Mahnung. Das Wort vom »Verfassungspatriotismus« (*D. Sternberger/J. Habermas*) ist ein richtiger Versuch, dem *GG als Kultur* nahe zu kommen. (Da der Einigungsvertrag von 1990 – ein Meisterstück von *W. Schäuble* – ausdrücklich die Kultur als Klammer für Ost- und Westdeutschland charakterisiert hat (Art. 35 Abs. 1: »In den Jahren der Teilung waren Kunst und Kultur [...] eine Grundlage der fortbestehenden Einheit der deutschen Nation«), ist es bedauerlich, dass die Berliner Kunstausstellung »60 Jahre – 60 Werke« die Kunst unter der SED-Diktatur (z. B. den großen *W. Tübke*) ausgespart hat.<sup>163</sup>) Die Wirkung des GG im Rahmen des EU-Verfassungsrechts ist ebenfalls groß. Das GG hat als »fußläufige Bonner Republik« 1949 mit großer heilsam provinzieller Bescheidenheit begonnen, das sollte man in der sog. »Berliner Republik« nicht vergessen. Von »Karlsruher Republik« zu sprechen (*G. Casper*, 2001 vor dem BVerfG) fällt mir schwer, weil *wir* alle »Hüter« (besser: Interpreten) der Verfassung sind. *H.-D. Genschers*<sup>164</sup> Vision einer »Weltnachbarschaftsordnung« ist auch eine Ermutigung für jede Verfassungsvergleichung in europa- und weltbürgerlicher Absicht, an der das GG als sanfte, aber nachhaltige geistige Macht fast weltweit inhaltlich und personell beteiligt ist. Ist es zu hoch gegriffen, wenn man die These wagt, dass tendenziell in Sachen Verfassungsstaat derzeit das Grundgesetz fast den Beiträgen des deutschen Idealismus zur Weltkultur (*I. Kant, L. v. Beethoven, F. Schiller u. a.*) nahekommt? Die Frage nach der Zukunft des Grundgesetzes wage

---

auch die Kritik von *Christian Geyer*, Geknebelte Debatte?, H. Dreiers Beitrag zum Verfassungsjubiläum, FAZ vom 9. Mai 2009, S. 33. – Zuletzt von *Horst Dreier*: Das Grundgesetz – eine Verfassung auf Abruf?, in: APuZ 18 – 19/2009, S. 19 ff.

160 FAZ vom 15. April 2009, S. 4. Dass er diesen in einer Sitzung des Bundestags zur Würdigung des Grundgesetzes wiederholte (FAZ vom 15. Mai 2009, S. 1), spricht für sich selbst.

161 FAZ vom 28. März 2009, S. 2. – Kritisch zur Länderneugliederung schon mein Beitrag: Ein Zwischenruf zur föderalen Neugliederungsdiskussion in Deutschland – Gegen die Entleerung von Art. 29 Abs. 1 GG, FS Gitter, 1995, S. 315 ff.

162 Dazu überzeugend *R. Reuß*, Unsere Kultur ist in Gefahr, FAZ vom 25. April 2009, S. 33.

163 Dazu FAZ vom 2. Mai 2009, S. 33; Rheinischer Merkur, Bunte Republik Deutschland, 19/2009, S. 18 (»Das Panorama spart die DDR aus«); s. auch *Eduard Beaucamp*, Netzwerker und ihre Moral, Die Kunst der DDR wird zu Unrecht geschnitten, FAZ vom 5. Juni 2009, S. 13.

164 *Hans-Dietrich Genscher*, Für eine Weltnachbarschaftsordnung, FAZ vom 24. Oktober 2008, S. 9.

ich nicht zu stellen: Sie kennt nur der Weltgeist, der im Gegensatz zu *Hegel* kein Schwabe ist. Vielen Dank.<sup>165</sup>

---

165 Jüngste GG-Jubiläumsliteratur: *Thomas Oppermann*, Deutschland in guter Verfassung – 60 Jahre Grundgesetz, in: JZ 2009, S. 481 ff.; *Michael Sachs*, Das Grundgesetz in seinem sechsten Jahrzehnt, in: NJW 2009, S. 1442 ff.; *Paul Kirchhof*, Das Grundgesetz – ein oft verkannter Glücksfall, in: DVBl 2009, S. 541 ff.; *Peter M. Huber*, Das europäisierte Grundgesetz, in: DVBl 2009, S. 574 ff.; *Rolf Lamprecht*, Vom Untertan zum Bürger – Wie das Bonner Grundgesetz an seinem Karlsruher »Über-Ich« gewachsen ist, in: NJW 2009, S. 1454 ff.; S. Huster/R. Zintl (Hrsg.), Verfassungsrecht nach 60 Jahren, 2009. Die FAZ veröffentlichte am 22. Mai 2009 eine Beilage »60 Jahre Grundgesetz« mit Aufsätzen u. a. von *Hans-Jürgen Papier*: »Großbaustelle Bundesstaat«, *Vassilios Skouris*: »Ein delikater Balanceakt, das Grundgesetz vermittelt der Europäischen Union Legitimation und wird durch die Integration verändert«, *Wolfgang Schäuble*: »Was uns verbindet«, *Franz Walter*: »Irrwege des Parteienstaates«, *Cem Özdemir*: »Patriot durch Anerkennung«, *Dieter Grimm*: »Der Weg zur Musterverfassung«. Auch die Zeitung Die Welt gestaltete eine Sonderbeilage »60 Jahre Bundesrepublik Deutschland«, Welt am Sonntag vom 10. Mai 2009, S. 25; *Dieter Wellershoff*, Meine Verfassung, »Wo Freiheit ist und Recht, da ist auch Vaterland«: Erzählerische Anmerkungen zum Grundgesetz, FAZ vom 23. Mai 2009, S. 42; *Paul Kirchhof*, Gedächtnis der Demokratie, Rheinischer Merkur vom 21. Mai 2009, S. 1; *Jörn Ipsen*, Der Staat der Mitte, 2009; Kritische Justiz (Hrsg.), Verfassungsrecht und gesellschaftliche Realität, 2009; *Hans Maier*, Das Grundgesetz nach 60 Jahren, ZfP 2009, S. 409 ff.



---

## Zu den Autoren

*Peter Häberle*, Jahrgang 1934, studierte Rechtswissenschaft in Tübingen, Bonn, Freiburg und Montpellier. Er promovierte 1961 mit einer verfassungsrechtlichen Arbeit in Freiburg i.Br. (Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 3. Aufl. 1983). 1969 erfolgte die Habilitation ebenfalls in Freiburg (Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 2. Aufl. 2006). Rufe führten ihn an die Universitäten Marburg, Augsburg und Bayreuth sowie St. Gallen. Häberle ist ordentliches Mitglied der Bayerischen und korrespondierendes Mitglied der Heidelberger Akademie der Wissenschaften sowie siebenfacher Ehrendoktor und Gehrter zahlreicher ausländischer Universitäten und Verfassungsgerichte. Seit seiner Emeritierung leitet Häberle die Forschungsstelle für Europäisches Verfassungsrecht an der Universität Bayreuth. Seine Forschungsinteressen liegen in dem Bereich des deutschen und ausländischen Verfassungsrechts und der kulturwissenschaftlichen Verfassungsvergleichung sowie des Religionsverfassungsrechts und der Europäischen Verfassungslehre.

*Matthias Herdegen*, Jahrgang 1957, studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten Heidelberg und Cambridge. In Heidelberg wurde er 1983 mit einer völkerrechtlichen Arbeit promoviert (Die Haftung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für fehlerhafte Rechtsetzungsakte, 1983) und habilitierte sich dort 1989 mit einem staatsrechtlichen Werk (Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 1989). Nach einer Professur an der Universität Bonn wechselte Herdegen 1991 auf einen Lehrstuhl in Konstanz, um seit 1995 einen Lehrstuhl für öffentliches Recht und Völkerrecht an der Universität Bonn zu bekleiden, verbunden mit dem Amt des geschäftsführenden Direktors des Instituts für Öffentliches Recht und Direktors des Instituts für Völkerrecht an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät. Neben zahlreichen Gastprofessuren ist er korrespondierendes Mitglied der Academia de Jurisprudencia von Kolumbien sowie Ehrenprofessor an der Universität Colegio Mayor de

Nuestra Senora del Rosario in Bogotá und der Päpstlichen Universität Javeriana. Herdegens Forschungsschwerpunkte sind neben dem deutschen und ausländischen Staatsrecht das Europarecht, das Völkerrecht und das Internationale Wirtschaftsrecht.

*Christian Hillgruber*, Jahrgang 1963, studierte Rechtswissenschaft an der Universität zu Köln, wurde dort mit einer staatsrechtlichen Arbeit promoviert (Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992) und habilitierte sich 1997 wiederum in Köln mit einem völkerrechtlichen Thema (Die Aufnahme neuer Staaten in die Völkerrechtsgemeinschaft. Das völkerrechtliche Institut der Anerkennung in der europäischen und US-amerikanischen Praxis des 19. und 20. Jahrhunderts, 1998). Nach einer Professur an der Universität Heidelberg war Hillgruber von 1998 bis 2002 Lehrstuhlinhaber an der Universität Erlangen-Nürnberg. 2002 wurde er nach Bonn berufen. Seit 2009 ist er stellvertretendes Mitglied des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen. Seine Forschungsschwerpunkte liegen neben dem Staatsrecht im Völkerrecht und in den Grundlagen des öffentlichen Rechts.

*Josef Isensee*, Jahrgang 1937, studierte Rechtswissenschaft und Philosophie in Freiburg, Wien und München. Promoviert wurde er 1967 in Erlangen mit einer Arbeit über das Subsidiaritätsprinzip (Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2001). Die Habilitation erfolgte dort mit einem steuerrechtlichen Werk 1970 (Die typisierende Verwaltung. Gesetzesvollzug im Massenverfahren am Beispiel der typisierenden Betrachtungsweise des Steuerrechts, 1976). Nach einem Ordinariat an der Universität des Saarlandes in Saarbrücken folgte Isensee 1975 einem Ruf nach Bonn, wo er auch über seine Entpflichtung (2002) hinaus öffentliches Recht lehrt. Seine Forschungsinteressen erstrecken sich neben dem Staatsrecht auf die Verfassungstheorie, das Steuer- und das Sozialversicherungsrecht. Isensee ist ordentliches Mitglied der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften und wurde mit dem Ehrendoktor der Fakultät für Kanonisches Recht der Kardinal-Stefan-Wyszyński-Universität Warschau ausgezeichnet.

*Wolfgang Löwer*, Jahrgang 1946, studierte Rechtswissenschaft in Bonn, wo er auch mit einer staatshaftungsrechtlichen Arbeit 1978 promoviert wurde (Staatshaftung für unterlassenes Verwaltungshandeln, 1979). Die Habilitation mit einer verfassungsgeschichtlichen Schrift erfolgte dort 1984. Nach einer Professur in Münster folgte Löwer Rufen auf Lehrstühle in Berlin und seit 1990 in Bonn. Löwer ist seit 2006 Mitglied des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen und ordentliches Mitglied der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften. Seine Forschungsinteressen erstrecken sich

neben dem Verfassungsrecht auf das öffentliche Wirtschafts-, insbesondere Energierecht und das Wissenschaftsrecht.

*Jürgen Rüttgers*, Jahrgang 1951, seit 2005 Ministerpräsident des Landes Nordrhein-Westfalen. Rüttgers studierte Rechtswissenschaft und Geschichte in Köln. Diese Universität promovierte ihn auch 1979 mit einer arbeitsrechtlichen Dissertation zum Dr. iur. Nach Tätigkeiten auf kommunaler Ebene und verschiedenen Ämtern in der CDU wurde er 1993 zum stellvertretenden und 1999 zum Landesvorsitzenden der CDU Nordrhein-Westfalen gewählt. 1987 bis 2000 war Rüttgers Mitglied des Deutschen Bundestags und zugleich von 1994 bis 1998 Bundesminister für Bildung, Wissenschaft, Forschung und Technologie in der Regierung *Helmut Kohl*.

*Wolfgang Schäuble*, Jahrgang 1942, ist Bundesminister der Finanzen seit 2009, zuvor war er Bundesminister des Innern von 2005 bis 2009. Nach einem Studium der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften in Freiburg i.Br. und Hamburg, der Promotion zum Dr. iur. und einer Tätigkeit in der Finanzverwaltung des Landes Baden-Württemberg ist Schäuble seit 1972 Mitglied des Deutschen Bundestages. 1981 bis 1984 bekleidete er das Amt des Parlamentarischen Geschäftsführers der CDU/CSU-Fraktion, von 1984 bis 1989 fungierte er als Bundesminister für besondere Aufgaben und Chef des Bundeskanzleramtes. Von 1989 bis 1991 war er bereits zuvor Innenminister sowie von 1991 bis 2000 Vorsitzender und dann von 2002 bis 2005 stellvertretender Vorsitzender der CDU/CSU-Bundestagsfraktion.

*Hans Peter Schwarz*, Jahrgang 1934, studierte Politische Wissenschaft, Geschichte und Literaturwissenschaft in Basel und Freiburg i.Br. Er wurde mit einer Arbeit über das Politikverständnis von Ernst Jünger promoviert (*Der konservative Anarchist. Politik und Zeitkritik Ernst Jüngers*, 1962) und habilitierte sich 1964 an der Universität Freiburg (*Vom Reich zur Bundesrepublik. Deutschland im Widerstreit der außenpolitischen Konzeptionen in den Jahren der Besatzungsherrschaft 1945–1949, 1966*). 1966 bis 1973 war er Lehrstuhlinhaber für Politikwissenschaft an der Universität Hamburg, 1973 bis 1987 in Köln und von 1987 bis zu seiner Emeritierung 1999 war er Professor für Politische Wissenschaft und Zeitgeschichte an der Universität Bonn. Einem breiteren Publikum wurde er vor allem durch seine fulminante Adenauer Biographie bekannt (*Adenauer. Der Aufstieg: 1876–1952*, 2. Aufl. 1986; *Adenauer. Der Staatsmann: 1952–1967*, 1991). Hans Peter Schwarz lebt seit seiner Emeritierung in München.



*Andreas Voßkuhle*, Jahrgang 1963, ist seit 2008 Vizepräsident und seit 2010 Präsident des Bundesverfassungsgerichts und Vorsitzender des Zweiten Senats. 1999 wurde er zum Direktor des Instituts für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie an der Universität Freiburg ernannt. Er hat dort einen Lehrstuhl für öffentliches Recht inne. Nach dem Studium in Bayreuth und München wurde Voßkuhle 1992 mit einer staatsrechtlichen Arbeit in München promoviert (Rechtsschutz gegen den Richter. Zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG, 1993) und habilitierte sich 1998 in Augsburg (Das Kompensationsprinzip. Grundlagen einer prospektiven Ausgleichsordnung für die Folgen privater Freiheitsbetätigung, 1999). Er ist ordentliches Mitglied der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften. Seine Forschungsgebiete sind neben dem Verfassungsrecht das Verwaltungsrecht, das Umweltrecht und die Staatslehre.

*Christian Waldhoff*, Jahrgang 1965, ist seit 2003 Direktor des Kirchenrechtlichen Instituts sowie Inhaber eines Lehrstuhls für öffentliches Recht an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn. Nach dem Studium in Bayreuth, Fribourg, München und Speyer wurde er 1996 in München mit einer finanzverfassungsrechtlichen Arbeit promoviert (Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Steuergesetzgebung im Vergleich Deutschland – Schweiz, 1997) und habilitierte sich dort 2002 mit einer verwaltungsrechtlichen Studie (Der Verwaltungszwang. Historische und dogmatische Studien zur Rechtsdurchsetzung durch die Verwaltung). Seine Forschungsgebiete sind das Verfassungsrecht, das Staatskirchenrecht, die Verfassungsgeschichte und das öffentliche Finanzrecht. Seit 2010 ist er Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats des Bundesministeriums der Finanzen.