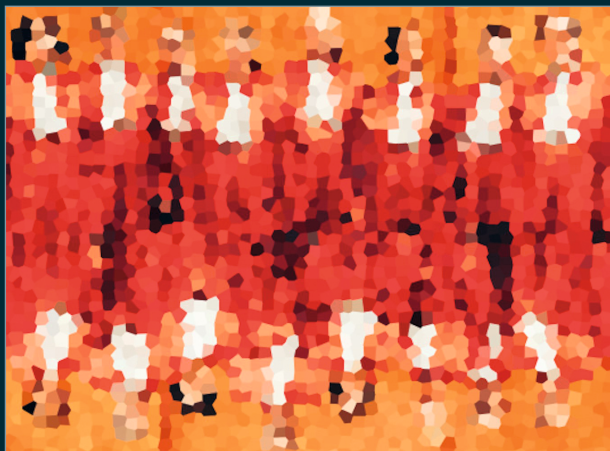


Robert Chr. van Ooyen | Martin H. W. Möllers

„Der Staat ist von Verfassungs wegen nicht gehindert ...“

National-liberaler Etatismus im Staatsverständnis
des Bundesverfassungsgerichts

STAATSVERSTÄNDNISSE



Nomos

<https://doi.org/10.5771/9783748026999> - Generiert durch IP 218.73.216.50, am 20.01.2025, 22:40:58. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.

Wissenschaftlicher Beirat:

Klaus von Beyme, Heidelberg

Horst Bredekamp, Berlin

Norbert Campagna, Luxemburg

Herfried Münkler, Berlin

Henning Ottmann, München

Walter Pauly, Jena

Wolfram Pyta, Stuttgart

Volker Reinhardt, Fribourg

Tine Stein, Göttingen

Kazuhiro Takii, Kyoto

Pedro Hermilio Villas Bôas Castelo Branco, Rio de Janeiro

Loïc Wacquant, Berkeley

Barbara Zehnpfennig, Passau

Staatsverständnisse | Understanding the State

herausgegeben von

Rüdiger Voigt

Band 153

Robert Chr. van Ooyen
Martin H. W. Möllers

„Der Staat ist von Verfassungs wegen nicht gehindert ...“

National-liberaler Etatismus im Staatsverständnis
des Bundesverfassungsgerichts



Nomos

© Titelbild: „Die zwei Senate“ (Martin H. W. Möllers).

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

ISBN 978-3-8487-8309-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-2699-3 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Das Staatsverständnis hat sich im Laufe der Jahrhunderte immer wieder grundlegend gewandelt. Wir sind Zeugen einer Entwicklung, an deren Ende die Auflösung der uns bekannten Form des territorial definierten Nationalstaates zu stehen scheint. Denn die Globalisierung führt nicht nur zu ökonomischen und technischen Veränderungen, sondern sie hat vor allem auch Auswirkungen auf die Staatlichkeit. Ob die „Entgrenzung der Staatenwelt“ jemals zu einem Weltstaat führen wird, ist allerdings zweifelhaft. Umso interessanter sind die Theorien früherer und heutiger Staatsdenker, deren Modelle und Theorien, aber auch Utopien, uns Einblick in den Prozess der Entstehung und des Wandels von Staatsverständnissen geben.

Auf die Staatsideen von Platon und Aristoteles, auf denen alle Überlegungen über den Staat basieren, wird unter dem Leitthema „Wiederaneignung der Klassiker“ immer wieder zurückzukommen sein. Der Schwerpunkt der in der Reihe *Staatsverständnisse* veröffentlichten Arbeiten liegt allerdings auf den neuzeitlichen Ideen vom Staat. Dieses Spektrum reicht von dem Altmeister *Niccolò Machiavelli*, der wie kein Anderer den engen Zusammenhang zwischen Staatstheorie und Staatspraxis verkörpert, über *Thomas Hobbes*, den Vater des Leviathan, bis hin zu *Karl Marx*, den sicher einflussreichsten Staatsdenker der Neuzeit, und schließlich zu den zeitgenössischen Staatstheoretikern.

Nicht nur die Verfälschung der Marxschen Ideen zu einer marxistischen Ideologie, die einen repressiven Staatsapparat rechtfertigen sollte, macht deutlich, dass Theorie und Praxis des Staates nicht auf Dauer voneinander zu trennen sind. Auch die Verstrickung Carl Schmitts in die nationalsozialistischen Machenschaften, die heute sein Bild als führender Staatsdenker seiner Epoche trüben, weisen in diese Richtung. Auf eine Analyse moderner Staatspraxis kann daher in diesem Zusammenhang nicht verzichtet werden.

Was ergibt sich daraus für ein zeitgemäßes Verständnis des Staates im Sinne einer modernen Staatswissenschaft? Die Reihe *Staatsverständnisse* richtet sich mit dieser Fragestellung nicht nur an (politische) Philosophen und Philosophinnen, sondern auch an Geistes- und Sozialwissenschaftler bzw. -wissenschaftlerinnen. In den Beiträgen wird daher zum einen der Anschluss an den allgemeinen Diskurs hergestellt, zum anderen werden die wissenschaftlichen Erkenntnisse in klarer und aussagekräftiger Sprache – mit dem Mut zur Pointierung – vorgetragen. Auf diese Weise wird der Leser/die Leserin direkt mit dem Problem konfrontiert, den Staat zu verstehen.

Prof. Dr. Rüdiger Voigt

Editorial – Understanding the State

Throughout the course of history, our understanding of the state has fundamentally changed time and again. It appears as though we are witnessing a development which will culminate in the dissolution of the territorially defined nation state as we know it, for globalisation is not only leading to changes in the economy and technology, but also, and above all, affects statehood. It is doubtful, however, whether the erosion of borders worldwide will lead to a global state, but what is perhaps of greater interest are the ideas of state theorists, whose models, theories and utopias offer us an insight into how different understandings of the state have emerged and changed, processes which neither began with globalisation, nor will end with it.

When researchers concentrate on reappropriating traditional ideas about the state, it is inevitable that they will continuously return to those of Plato and Aristotle, upon which all reflections on the state are based. However, the works published in this series focus on more contemporary ideas about the state, whose spectrum ranges from those of the doyen *Niccolò Machiavelli*, who embodies the close connection between the theory and practice of the state more than any other thinker, to those of *Thomas Hobbes*, the creator of *Leviathan*, those of *Karl Marx*, who is without doubt the most influential modern state theorist, those of the Weimar state theorists *Carl Schmitt*, *Hans Kelsen* and *Hermann Heller*, and finally to those of contemporary theorists.

Not only does the corruption of Marx's ideas into a Marxist ideology intended to justify a repressive state underline the fact that state theory and practice cannot be permanently regarded as two separate entities, but so does Carl Schmitt's involvement in the manipulation conducted by the National Socialists, which today tarnishes his image as the leading state theorist of his era. Therefore, we cannot forego analysing modern state practice.

How does all this enable modern political science to develop a contemporary understanding of the state? This series of publications does not only address this question to (political) philosophers, but also, and above all, students of humanities and social sciences. The works it contains therefore acquaint the reader with the general debate, on the one hand, and present their research findings clearly and informatively, not to mention incisively and bluntly, on the other. In this way, the reader is ushered directly into the problem of understanding the state.

Prof. Dr. Rüdiger Voigt

Inhaltsverzeichnis

Einführung

Robert Chr. van Ooyen/Martin H. W. Möllers

Das ‚Staatsverständnis‘ des Bundesverfassungsgerichts und das ‚Deutsche‘
in der Staats(rechts)lehre

13

Staats- und Demokratietheorie: Zwischen politischer Theologie, ‚Volksdemokratie‘ und Pluralismustheorie

Robert Chr. van Ooyen

Das Bundesverfassungsgericht und die Staats- und Demokratietheorien seiner
Richterschaft: National-liberaler Etatismus am Beispiel von Böckenförde,
Kirchhof, Herzog und Di Fabio

23

Robert Chr. van Ooyen

Der Brokdorf-Beschluss (1985) und die andere Demokratietheorie des
Bundesverfassungsgerichts: Das Pluralismuskonzept des Ersten Senats
(Kelsen und Popper, Hesse und Häberle) als Alternative zum
Legitimationsketten-Modell (Schmitt und Böckenförde)

55

Robert Chr. van Ooyen

Staatliche, quasi-staatliche und nichtstaatliche Verfolgung?
Hegels und Hobbes’ Begriff des Politischen in den Asylentscheidungen
des Bundesverfassungsgerichts

67

Robert Chr. van Ooyen

Die ‚Kopftuch-Entscheidung(en)‘ des Bundesverfassungsgerichts zwischen
Pluralismustheorie (Kelsen/Fraenkel) und Staatstheologie (Hegel/Schmitt)

81

Robert Chr. van Ooyen

Die Exekutivlastigkeit im Föderalismusverständnis des Bundesverfassungsgerichts

107

Grundrechteverständnis und Innere Sicherheit: Zwischen Liberalismus und Etatismus

Martin H. W. Möllers

Der durch Zeitgeist und Staatsräson bedingte Wandel von
Menschenwürde und Bürgerfreiheit nach 70 Jahren Grundgesetz 119

Martin H. W. Möllers

Abkehr vom liberalen Brokdorf-Beschluss bei der Polizeikessel-Entscheidung
des Bundesverfassungsgerichts? 141

Martin H. W. Möllers

Staatsräsonistische ‚Freifahrt‘ nach der ‚Schutzpflichtenlehre‘ für verdeckte
Vorfeldermittlungen im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz 153

Martin H. W. Möllers

Die Umsetzung des neuen Gefahrenbegriffs ‚drohende Gefahr‘ im Bayerischen
Polizeiaufgabengesetz nach dem Urteil des BVerfG zum BKA-Gesetz 165

Martin H. W. Möllers

Neue Beschränkungen der Übermittlungs- und Abrufregelungen
für Bestandsdaten durch das Bundesverfassungsgericht 171

Maximilian Chr. M. Möllers/Martin H. W. Möllers

Exkurs:
Das Urteil des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB
und der Grundrechtsschutz zum selbstbestimmten Tod –
Distanzierung von der Schutzpflichtenlehre? 183

Europäische Integration: Die ‚Trinitätslehre‘ von Staat – Souveränität – Volk

Robert Chr. van Ooyen

Homogenes Staatsvolk statt europäische Bürgerschaft:
Das Bundesverfassungsgericht zitiert Heller, meint Schmitt und verwirft
Kelsens postnationales Konzept demokratischer Rechtsgenossenschaft 199

Robert Chr. van Ooyen

Eine ‚europafeindliche‘ Kontinuität: Zum Politikverständnis
der Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

213

Außenpolitik: Regierungsdomäne und liberaler Grundrechtsschutz

Robert Chr. van Ooyen

Krieg, Frieden und außenpolitische Parlamentskompetenz:
John Locke's ‚föderative Gewalt‘ im Staatsverständnis
des Bundesverfassungsgerichts

233

Martin H. W. Möllers

Weltweiter Grundrechtsschutz nach dem deutschen Grundgesetz?
Die Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte im Ausland

251

Notstandsverfassung: Kein ‚Ausnahmezustand‘, aber im Zweifel auch nicht für Freiheit und demokratisches Verfahren

Robert Chr. van Ooyen

‚Kalte‘ Verfassungsänderung: Die Plenarentscheidung
des Bundesverfassungsgerichts zur Luftsicherheit

265

Martin H. W. Möllers

Freiheitsbeschränkungen infolge der Coronavirus-Pandemie und
der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Entscheidungen des
Bundesverfassungsgerichts – mehr Etatismus oder Liberalismus?

271

Abkürzungen

297

Textnachweise

299

Autoren

301

Einführung

Das „Staatsverständnis“ des Bundesverfassungsgerichts und das „Deutsche“ in der Staats(rechts)lehre

Gibt es ein „Verständnis“ einer Institution und daher auch das „Staatsverständnis des Bundesverfassungsgerichts“? Während bei der ersten Teilfrage leicht schon auf Maurice Hauriou verwiesen werden kann,¹ ist die zweite etwas kniffliger: *Das Staatsverständnis* kann es natürlich nicht geben: Angesichts der personellen und zeitlichen Diskontinuitäten, verschiedenen Entscheidungskontexten, jeweiligen Fall-Logiken und allein aufgrund der Tatsache zweier Senate gibt es *das Bundesverfassungsgericht* ja gar nicht. Und schon die Sondervoten zeugen von einer (zunehmenden) Pluralisierung der Verständnisse, nicht aber von einem Gericht als „Theorieproduzenten“ im Sinne geschlossener Systementwürfe. Seine Repräsentanten selbst wenden zudem ein, dass das Bundesverfassungsgericht überhaupt nicht „Staatstheorie“ betreibe, sondern Fälle juristisch entscheide.² Das „unpolitische“ (Verfassungs)Recht und sein unpolitisches Gericht – das ist natürlich ein Mythos,³ mit dem sich die Richter/innen allenfalls clever eine Legitimationsreserve für die Akzeptanz ihrer Urteile zu erschließen hoffen. Und bloß „Fälle entscheiden“ – das mag stellenweise für das anglo-amerikanisch geprägte Recht gelten, kaum jedoch für die Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts mit seiner dogmatischen, zeitlosen „Maßstabsbildung“⁴ und den ausufernden Begründungen. Dass das Bundesverfassungsgericht aber tatsächlich selten über „Theorie“ bzw. konkurrierende Theorieentwürfe verfügt und einfach tradierte Konzepte der Staatsrechtslehre apodiktisch nur als Vorverständnisse grundlegend vorausgesetzt werden – das ist Teil des hier diskutierten „Staatsverständnisses“. Mit dem von Peter Häberle herausgearbeiteten Ansatz⁵ über den Zusammenhang von „Kultur und Verfassung“ lässt sich dabei eine „deutsche Konstante“ im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts beobachten.⁶

Was aber ist im Staatsverständnis „deutsch“?⁷

1 Hauriou 1965 (Neusaugabe).

2 So Voßkuhle 2013.

3 Vgl. van Ooyen 2005 und 2008/09; exemplarisch gezeigt an „Brokdorf“ durch Doering-Manteuffel/Greiner/Lepsius 2015; mit Blick auf das Wirken z.B. von Gerhard Leibholz Wiegandt 1995; allgemein schon Wassermann 1972.

4 Vgl. Lepsius 2015.

5 M.w.N. van Ooyen/Möllers 2016.

6 Allgemein zu Konstanten in der deutschen politischen Kultur vgl. Sontheimer/Bleek, 1991, S. 123 ff.

7 Vgl. van Ooyen 2019.

1. Es ist der „Staat“, gedacht als die der Gesellschaft gegenübergestellte und übergeordnete souveräne politische Einheit mit eigener Substanz: „der Staat ‚über alles‘“,⁸ das „Denken vom Staat her“,⁹ der „Staat als Argument“ oder auch als „vermisster Leviathan“¹⁰ – das ist spätestens seit Hegel der „German Approach“,¹¹ auch beim Bundesverfassungsgericht.

„Staat“ meint etwas anderes als „state“ oder „government“. Selbst Rechts-*Staat* oder *Staats-Recht* sind daher Begriffe, die sich nur bedingt etwa ins Englische übersetzen lassen. Sie sind immer mehr gedacht als bloß „constitutional law“ bzw. „rule of law“. An den Gegensätzen von Staat und Recht, Staatsrecht und Verfassungsrecht haben sich in der deutschen Staatsrechtslehre fundamentale Streitigkeiten ganzer „Schulen“ entzündet. Bisweilen geschah das mit „vertauschten“ Etiketten: Carl Schmitt etwa schrieb keine Staats-, sondern ausdrücklich eine „Verfassungslehre“ (1928) des „souveränen“, „homogenen“ und „geführten“ Volkes, um eben den von ihm so geliebten, aber aus seiner Sicht untergehenden „Staat“ durch Totalisierung doch noch zu retten.¹² Daher setzte er den Begriff des Politischen als „Freund-Feind-Entscheidung“ dem des Staats sogar *voraus*. Von ihm und seinen Schülern wurde 1962 eine eigens hierfür gegründete wissenschaftliche Zeitschrift so benannt: „Der Staat“. Demgegenüber verfasste Hans Kelsen, Haupt der „Wiener Schule“ und in den 1920er Jahren wohl radikalster Kritiker dieser deutschen Staatsideologie, zwar eine „Allgemeine Staatslehre“ (1925). Diese dampfte den „Staat“ jedoch vollständig auf die positive Rechtsordnung ein: Staat ist Recht ist Verfassung. In der normativen Staatstheorie Kelsens existiert der „Staat“ überhaupt erst durch die Verfassung. Denn es gibt „nur so viel Staat, wie die Verfassung konstituiert“. ¹³ Ob Religionspluralismus, multiethnische Gesellschaft, Ausländerwahlrecht oder europäische Integration – bis heute wird im deutschen Diskurs hierüber weiter gestritten: Heißt es Staatskirchen- oder Religionsverfassungsrecht – Bürger/in oder Staatsangehörige/r¹⁴ – und ist Europa schon Bundesstaat, nur ein Kirchhofscher „Staatenverbund“ oder doch bloß normativ verstanden die Rechtsgemeinschaft der EU-Bürger/innen auf der Grundlage einer gemeinsamen europäischen Rechtsordnung (=Verfassung)?¹⁵ Der Dualismus von Staat und Recht bzw. Verfassung, der in den Begriffen „Staatsrecht“ oder auch „Verfassungsstaat“ aufbricht, suggeriert, dass der Staat Schöpfer des Rechts sei, also „eine logische Voraussetzung der Verfassung“, eine „etatistische Super-Verfassung“, die im Notstand „gegen die aktuelle

8 Weiler 1996.

9 Günther 2004.

10 Chr. Möllers 2011 und 2008; vgl. Lepsius 2004 und 2013; Gusy 2007; Schulze-Fielitz 2007; van Ooyen 2005 und 2006; Alshut 1999, Hammans 1987; schon Bärtsch 1974 und Kelsen 1992/23.

11 Schönberger 2015.

12 Vgl. zum Folgenden m. w. N. van Ooyen, 2020b.

13 Häberle 1998, S. 620.

14 Vgl. Wallrabenstein 1999; van Ooyen 2020c.

15 Vgl. Häberle/Kotzur 2016.

Verfassung verwendet werden kann“.¹⁶ Das war schon beim Großmeister der deutschen Staatslehre der Fall. Georg Jellinek definierte den Staat als „ursprüngliche Herrschermacht“;¹⁷ schöpferisch und sich selbst erschaffend, also philosophisch als eine *prima causa*. Auch beim Liberalen Jellinek zeigte sich so noch das Erbe der politischen Theologie Hegels. Und als Liberaler offenbar selbst erschrocken, versuchte er dann die Souveränität dieses irdischen Gotts in seiner „Selbstverpflichtungslehre“ wieder einzufangen – so wie das Bundesverfassungsgericht noch heute in den liberal geprägten Entscheidungen. Schon Kelsen stellte daher u. a. in seiner Auseinandersetzung mit Rudolf Smend deutlich heraus, dass der Dualismus von Staat und Recht (oder auch Verfassung und Verfassungsrecht) einer Theorie des Verfassungsbruchs gleichkomme.¹⁸ Der souveräne „Staat“ als vorrechtliche Kategorie, die Macht vor Recht setzt, ist daher „vordemokratisch“ und gegen das positive Verfassungsrecht gerichtet; er ist auch „zu einem Saloncode für deutsche europaskeptische Juristen geworden“.¹⁹

2. Und es ist das „Volk“ als homogene Gemeinschaft,²⁰ das den „Staat“ im Zeitalter der Demokratie flankiert, aber wiederum gedacht als souveräne politische Einheit mit eigener Substanz. „Volk“ meint eben etwas anderes als das amerikanische „people“ – denn „niemals denkt der Amerikaner an eine mythische Einheit, einen ‘Gesamtwillen’, unteilbar und nur eines Sinnes, wie es im deutschen ‘Volk’ mitschwingt“.²¹

Das wurzelt tief in der deutschen Romantik, im Scheitern der liberalen 1848er Paulskirchen-Bewegung, in den Freund-Feind-Kämpfen Bismarcks gegen das Zentrum und die SPD sowie einer bis zum Ende des Ersten Weltkriegs nie gelungenen Parlamentarisierung der konstitutionellen Monarchie. Antipluralistische Attitüden steigerten sich im nationalistisch-militaristischen Wilhelminismus und wurden zur schlimmen Hypothek der Weimarer Republik, verschärft auch durch eine deutschnationale Staatslehre, die den gesellschaftlichen Organisationen des Pluralismus in Form der politischen Parteien (und Verbände) als dem Deutschen „wesensfremd“ und als „westlich-dekadent“ ansah. Sie wurzeln zudem in andauernden Fehlverständnissen über die Funktionsweise des parlamentarischen, parteiendemokratischen Regierungssystems. Vor dem Auseinanderklaffen eines romantisch-verklärten Ideals identitärer Demokratie („Volkswille“) und tatsächlicher Arbeitsweise der Parlamentarismus ist schon Ende der 1990er Jahre als „latenter Verfassungskonflikt“ gewarnt worden.²² So ist „Demokratie“ in Deutschland noch heute und bis in das Bundesverfassungsgericht hinein von Vorstellungen der „Volksdemokratie“ ge-

16 Jakab 2015, S. 104 f.

17 Jellinek 1914, S. 180 f. und 183.

18 Vgl. Kelsen 1930, S. 89.

19 Jakab 2015, S. 120.

20 Vgl. Lübke-Wolff 2007; Hanschmann 2008.

21 Kremp 1996, S. 101 f.

22 Patzelt 1998 und vgl. 2015; allgemein schon Fraenkel 1990; vgl. hierzu M. Möllers 2009.

prägt;²³ Volkssouveränität und Parteien, Gemeinwohl und Gruppeninteressen werden dabei gegenüber gestellt, z. T. als unvereinbare Gegensätze – eben in Anlehnung an Ferdinand Tönnies: „Gemeinschaft“ statt „Gesellschaft“.

„Volk“ und „Staat“ als „Gemeinschaft“ – das zeigt sich schon im sprachlichen Alltagsgebrauch, denn in Deutschland ist man immer „Mit-“: Mitbewohner/in, Mitarbeiter/in, Mitbürger/in, Mitmensch usw. – als ob Bürger- und Menschsein einfach nicht ausreichte. Und es wird dauernd „integriert“: ob Ausländer und Behinderte oder ob durch die „Integrationsfunktion“ der Staatsorgane, auch des Bundesverfassungsgerichts selbst²⁴ – immer scheint es schon eine vorgegebene (politische) Einheit zu geben, in die hinein integriert werden muss, vor allem in „Volk“ und „Staat“.

So steht das Bundesverfassungsgericht bei aller Varianz über die Zeit, bei allem Streit in und zwischen den Senaten sowie seiner z. T. auch bloß okkasionellen Theoriebildung²⁵ hinweg in einer Tradition, in der die Staatsfixiertheit mit dem Volksbegriff ein besonderes Amalgam eingegangen ist – wenn auch in einer liberal „eingehegten“ Weise. Dabei wird immer wieder auf antipluralistische Konzepte des 18./19. Jahrhunderts und der Weimarer Zeit zurückgegriffen, die im bundesdeutschen Diskurs über Politik und Verfassung wirkmächtig geblieben sind. Der „national-liberale Etatismus“ ist aus „rechtspolitologischer“ Sicht²⁶ zwar nicht *das*, aber *ein* für das Bundesverfassungsgericht prägendes „Staatsverständnis“. Aufgrund der Fülle der Entscheidungen in sieben Jahrzehnten und der wechselnden Richterpersönlichkeiten kann das hier nur exemplarisch, anhand ausgewählter Vorverständnisse und „neuerer“ Entscheidungen aufgezeigt werden:²⁷

1. Im Bereich der „Staatsorganisation“ anhand der vertretenen Staats- und Demokratietheorien; dabei stehen sich zwei rivalisierende Konzepte gegenüber, vereinfacht: ein (wohl bis heute dominantes) Legitimationsketten-/Kernstaatsmodell und ein pluralistisch-prozedurales Demokratieverständnis, sodass es z. B. beim „Kopftuchstreit“ zu einem fast 20 Jahre dauernden „Long-Distance-Schlagabtausch“ zwischen den Senaten gekommen ist.
2. Im Bereich „Grundrechte“ anhand aktueller Entscheidungen zur Inneren Sicherheit; es zeigt sich, dass die hier traditionell stärker liberal ausgerichtete Theorie auch eine „dunkle“, etatistische Seite hat, wie sie sich vor allem aus der „Schutzpfllichtenlehre“ ergibt, und dass sie mit den zahlreichen „Sicherheitspaketen“ seit 9/11 Stück für Stück in Richtung „Staatsräson“ zu kippen droht. Denn das Verfassungsgericht versieht die Ausweitungen exekutiver (Sicherheits-)Befugnisse zwar fallweise mit einigen Aufla-

23 Bryde 1994; vgl. Bull 1998; Redaktion *Kritische Justiz* 2000; van Ooyen 2005, 2015 und 2020a.

24 M.w.N. van Ooyen 2014.

25 Vgl. Wöhs 2017.

26 Zum Begriff allgemein Voigt 2015.

27 Ausdrücklich sei auf eine soeben erschienene Arbeit verwiesen, die in diesem Sinne speziell das „Parlamentsverständnis“ des Bundesverfassungsgerichts analysiert: Kuhn 2021.

gen, winkt sie aber letztendlich immer wieder durch, selbst bei Lauschangriffen deutscher Behörden im Ausland.

3. Im Bereich der europäischen Integration anhand eines regelrecht „europafeindlichen“ Verständnisses bei „Maastricht“ und „Lissabon“ (das jedoch bisher ohne echte, „harte“ rechtspolitische Folgen blieb); hier reklamiert das Gericht vielleicht sogar am deutlichsten sein Konzept nationaler Souveränität, sodass es auch einer breiteren Öffentlichkeit nicht verborgen geblieben ist – und setzt sich selbst zum „Staats- und Volkshüter“ mit „Letztentscheidungsrecht“ ein.
4. Im Bereich der Außenpolitik anhand eines altmodischen Verständnisses von „Auswärtiger Gewalt“; diese erweist sich als fast parlamentsfreie „Regierungsdomäne“, die aber durch Ausweitung des liberalen Grundrechtsschutzes eingehegt werden soll.
5. Im Bereich des Notstandsverfassungsrechts anhand der neueren Entscheidungen zu „Luftsicherheit“ und „Corona-Pandemie“; hier gibt es zwar keinen Weimarer „Ausnahmestand“ mehr. Das Bundesverfassungsgericht setzt sich jedoch staatsrätsonistisch über demokratische Verfahren der Verfassungsänderung hinweg und entscheidet im Zweifel: nicht für die Freiheit.

Das Bundesverfassungsgericht – so die These des Bands – „oszilliert“ regelrecht zwischen einem liberal-pluralistischen Verständnis von Bürger/in, Verfassung und Gesellschaft und einem national-identitären Etatismus. Aber im Zweifelsfalle gilt:

„.... ist der Staat von Verfassungs wegen nicht gehindert“.²⁸

Und so verrät auch hier wiederum schon die Sprache in einer für das Bundesverfassungsgericht typischen Wendung das Denken in atavistischen politischen Theorien, die es als „Deutungsmacht“²⁹ über den unabänderbaren Verfassungskern auf „Ewigkeit“ festzuschreiben sucht.³⁰

Literatur

- Alshut*, Jörg, 1999: Der Staat in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin.
- Bärsch*, Claus-Ekkehard, 1974: Der Staatsbegriff in der neueren deutschen Staatslehre und seine theoretischen Implikationen, Berlin.
- Bryde*, Brun-Otto, 1994: Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, SuS, Heft 3, S. 305-330.
- Bull*, Hans-Peter, 1998: Hierarchie als Verfassungsgebot? Zur Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts; in: Greven, Michael Th./Münkler, Herfried/Schmalz-Bruns, Rainer (Hrsg.), Bürgersinn und Kritik. FS Bernbach, Baden-Baden, S. 241-256.
- Doering-Manteuffel*, Anselm/Greiner, Bernd/Lepsius, Oliver, 2015: Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 1985, Tübingen.
- Fraenkel*, Ernst, 1990: Deutschland und die westlichen Demokratien, erw. 2. Aufl., Frankfurt am Main.

28 BVerfGE 98, 218 – Rechtschreibreform (1998), 1. Leitsatz.

29 *Vorländer* 2015.

30 Vgl. *Hoffmann* 2020.

- Günther, Frieder, 2004: Denken vom Staat her, München.
- Gusy, Christoph, 2007: Brauchen wir eine juristische Staatslehre?, JöR, Bd. 55, S. 41-71.
- Häberle, Peter, 1998: Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl., Berlin.
- Häberle, Peter/Kotzur, Markus, 2016: Europäische Verfassungslehre, 8. Aufl., Baden-Baden.
- Hammans, Peter, 1987: Das politische Denken der neueren Staatslehre in der Bundesrepublik, Opladen.
- Hanschmann, Felix, 2008: Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft, Berlin u. a.
- Hauriou, Maurice, 1965: Die Theorie der Institution, Neuausgabe, Berlin.
- Hoffmann, Tanja, 2020: Der invariable Verfassungskern in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Düren.
- Jakab, András, 2015: Staatslehre – eine deutsche Kuriosität; in: Schönberger, S. 75-121.
- Jellinek, Georg, 1914: Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin-Heidelberg.
- Kelsen, Hans, 1930: Der Staat als Integration, Wien.
- Kelsen, Hans, 1922/23: Gott und Staat; in: Kelsen, Aufsätze zur Ideologiekritik, Neuwied – Berlin 1964, S. 29-55.
- Kremp, Werner, 1996: Politische Institutionen einst und jetzt. Die lebende Verfassung; in: Wasser, Hartmut (Hrsg.), USA, 3. Aufl., Opladen, S. 95-116.
- Kuhn, Astrid, 2021: Bundesverfassungsgericht und Parlamentarismus, Baden-Baden.
- Lepsius, Oliver, 2004: Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates?; in: EuGRZ, Heft 31, S. 370-381.
- Lepsius, Oliver, 2013: Rechtswissenschaft in der Demokratie, Der Staat, Heft 2, S. 157-186.
- Lepsius, Oliver, 2015: Entscheiden durch Maßstabbildung; in: van Ooyen/Möllers, 2015a, S. 119-135.
- Lübbe-Wolff, Gertrude, 2007: Homogenes Volk – Über Homogenitätspostulate und Integration, ZAR, Heft 4, S. 121-127.
- Möllers, Christoph, 2008: Der vermisste Leviathan, Frankfurt am Main.
- Möllers, Christoph, 2011: Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen.
- Möllers, Martin H. W., 2009: Die Traditionen politischer Kultur in Deutschland nach Ernst Fraenkel als (Vor-)Belastung des deutschen Parlamentarismus; in: van Ooyen/Möllers, S. 207-249.
- van Ooyen, Robert Chr., 2005: Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, Berlin.
- van Ooyen, Robert Chr., 2006: Der Staat – und kein Ende?, JöR, Bd. 54, S. 151-166.
- van Ooyen, Robert Chr., 2008/09: Machtpolitik, Persönlichkeit, Staatsverständnis und zeitgeschichtlicher Kontext: wenig beachtete Faktoren bei der Analyse des Bundesverfassungsgerichts, JJZG, Bd. 10, S. 249-265.
- van Ooyen, Robert Chr., 2014: Integration. Die antidemokratische Staatstheorie von Rudolf Smend im politischen System der Bundesrepublik, Wiesbaden.
- van Ooyen, Robert Chr., 2015: Bundesverfassungsgericht und politische Theorie, Wiesbaden.
- van Ooyen, Robert Chr., 2019: Das „Deutsche“ in der deutschen Staats(rechts)lehre, RuP, Heft 2, S. 205-210.
- van Ooyen, Robert Chr., 2020a: Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa, 8. Aufl., Baden-Baden.
- van Ooyen, Robert Chr., 2020b: Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie, 2. Aufl., Berlin.
- van Ooyen, Robert Chr., 2020c: Ausländerwahlrecht, 3. Aufl., Frankfurt am Main.
- van Ooyen, Robert Chr./Möllers, Martin H. W. (Hrsg.), 2009: (Doppel-)Staat und Gruppeninteressen. Pluralismus – Parlamentarismus – Schmitt-Kritik bei Ernst Fraenkel, Baden-Baden.
- van Ooyen, Robert Chr./Möllers, Martin H. W. (Hrsg.), 2015a: Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden.

- van Ooyen, Robert Chr./Möllers, Martin H. W. (Hrsg.), 2015b: Verfassungs-Kultur. Staat, Europa und pluralistische Gesellschaft bei Peter Häberle, Baden-Baden.
- Patzelt, Werner, 1998: Ein latenter Verfassungskonflikt?; in: PVS, Heft 4, S. 725-757.
- Patzelt, Werner, 2015: Warum mögen die Deutschen ihr Verfassungsgericht so sehr; in: van Ooyen/Möllers 2015a, S. 313-331.
- Redaktion *Kritische Justiz* (Hrsg.), 2000: Demokratie und Grundgesetz, Baden-Baden.
- Schönberger, Christoph, 2015: Der „German Approach“, Tübingen.
- Schulze-Fielitz, Helmuth (Hrsg.), 2007: Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Berlin.
- Sontheimer, Kurt/Bleek, Wilhelm, 1991: Grundzüge des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland, 14. Aufl., München.
- Voigt, Rüdiger, 2015: Das Bundesverfassungsgericht in rechtspolitologischer Sicht; in: van Ooyen/Möllers 2015a, S. 69-94.
- Vorländer, Hans, 2015: Die Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichts; in: van Ooyen/Möllers 2015a, S. 299-312.
- Voßkuhle, Andreas, 2013: Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts; in: Ders. u.a. (Hg.): Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen, Berlin, S. 371-383.
- Wallrabenstein, Astrid, 1999: Untertan, Bürger oder Volkszugehöriger? Zum Verständnis des deutschen Einbürgerungsrechts; in: Der Staat, Heft 2, S. 260-278.
- Wassermann, Rudolf, 1972: Der politische Richter, München.
- Weiler, J. H. H., 1996: Der Staat „über alles“. Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, JöR, Bd. 44, S. 91-135.
- Wiegandt, Manfred H., 1995: Norm und Wirklichkeit: Gerhard Leibholz (1901-1982), Baden-Baden.
- Wöbst, Christian, 2017: Hüter der Demokratie, Wiesbaden.

Staats- und Demokratietheorie: Zwischen politischer Theologie, „Volksdemokratie“ und Pluralismustheorie

Das Bundesverfassungsgericht und die Staats- und Demokratietheorien seiner Richterschaft:

National-liberaler Etatismus am Beispiel von Böckenförde, Kirchhof, Herzog und Di Fabio

1. Jede Justiz ist politisch

„Jede Justiz ist politisch, ob man das nun zugibt oder nicht“; entscheidend ist daher „daß sich der Richter des politischen Charakters seiner Tätigkeit bewußt wird“.¹ Das „Politische“ der Justiz hat eine ganze Reihe von Facetten; hierzu gehören die Einflüsse und Rahmenbedingungen, die überhaupt zur ihrer Tätigkeit führen ebenso wie die Auswirkungen von Gerichtsentscheidungen in den politischen Raum. In einem engen Verständnis wiederum fassen Jurist*innen unter „politische Justiz“ die direkte Rechtsbeugung im Verfahren des (Straf-)Prozesses durch Weisung der Regierung in das Gericht hinein – in extremen Schauprozesse zum Zwecke der (oft auch physischen) Vernichtung der Opposition. Streng genommen aber handelt es sich hier wohl gar nicht mehr um „Justiz“, sondern um „Politik“, weil überhaupt kein unabhängiges Verfahren existiert.² Demgegenüber wäre mit Otto Kirchheimer „politische Justiz“ erst gegeben, wenn ein „Kampf-(Straf)-Recht“ zur Anwendung durch eine „echte“ Justiz kommt; bestimmte (Gesetze haben zwar eine eindeutige „politische Färbung“, ihre Anwendung im konkreten Fall erfolgt jedoch durch den Richter weisungsunabhängig, als „rationales“ Strafverfahren und „fair“. So betrachtet ist sie dann sogar ein notwendiger Bestandteil des Rechtsstaats – sozusagen seine „dunkle Seite“ –, weil auch alle liberalen Demokratien in legitimer Weise politisches Recht zur „zivilisierten“ Bekämpfung ihrer „Feinde“ kennen, das aber in Exzesse umschlagen kann: Das galt etwa für die „McCarthy-Ära“ in den USA aber auch für die antikommunistische, politische Strafjustiz der bundesdeutschen Gründerzeit.

Justiz ist aber aus Sicht der Rechtspolitologie³ auch „politisch“, weil die in den Gerichten agierenden Personen nicht „neutral“ sind. Richter*innen streifen ihre „Weltanschauung“ nicht mit dem Überziehen der Robe ab: familiäre und berufliche Sozialisationen, normative Verankerung, religiöse Orientierung, wissenschaftliche Ansätze („Schulen“), politische Orientierungen und bisweilen auch Standesinteressen sind mindestens „subku-

1 Wassermann 1972, S. 17.

2 Vgl. van Ooyen 2011, S. 199 ff.

3 Zum Begriff vgl. Voigt 2015, S. 69 ff.

tan“ präsent:⁴ Über monarchistisch sozialisierte Funktionseliten mit sozialen Abstiegs- und Proletarisierungsängsten infolge der Inflation von 1923, die auf einmal das richterliche Prüfungsrecht von Gesetzen entdecken, ist schon in der Weimarer Zeit von Ernst Fraenkel gearbeitet worden.⁵ Obrigkeitsstaatliche Kontinuitätslinien der Justiz verlängerten sich bis weit in die Bundesrepublik.⁶ Zudem ist bekannt, dass der BGH, der bei der Frage der Fortgeltung von NS-Beamtenverhältnissen gerne naturrechtlich, im Falle der strafrechtlichen Verfolgung der NS-Justiz-Juristen zwecks Exkulpation dann aber hart rechtspositivistisch argumentierte („Gesetz ist Gesetz“).⁷ Und „politisch“ beschränkt sich in diesem Sinne inzwischen nicht mehr auf die seit dem 19. Jahrhundert kanonisierte klassische weltanschauliche Dreiteilung von Liberalismus, Konservatismus und Sozialismus, sondern ist längst auch etwa bei „Genderfragen“ angekommen.⁸

2. Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts

Die Macht des Bundesverfassungsgerichts ist nicht zuletzt „Deutungsmacht“.⁹ Daher sind die Vorstellungen von Demokratie, Politik, Staat und Verfassung, die den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zugrunde liegen, von zentraler Bedeutung – vor allem, wenn es sich um Grundlagenurteile handelt, deren Ergebnisse jenseits der täglichen Gerichtsroutine zunächst offen sind und die im weiteren Verlauf den Pfad der Rechtsprechung prägen. Hervorzuheben ist dabei, dass das „Politische“ in der Verfassungsgerichtsbarkeit zunächst einmal für sich genommen kein „Makel“ ist – wie von vielen Jurist*innen an- und von diesen seitens der Politikwissenschaft dann z. T. übernommen wird. Schon das vorangestellte Eingangszitat von Wassermann sollte darauf aufmerksam machen, dass das „Politische“ in der Justiz eben nicht hintergebar ist¹⁰ – und gerade deshalb auch nicht aus dem „Recht“ als „Teufel“ ausgetrieben werden muss. Beim „Politischen“ des Bundesverfassungsgerichts¹¹ geht es vielmehr darum, die politisch-theoretischen Vorverständnisse und ideengeschichtlichen Rezeptionslinien, die wichtige verfassungsgerichtliche Entscheidungen dominieren, bei der Deutung zentraler verfassungsrechtlicher Begriffe offenzulegen und von hier aus ggf. einer Kritik zu unterziehen. Es also nicht das Problem, dass das Bundesverfassungsgericht schon allein dadurch politisch agiert, dass es Deutun-

4 Vgl. van Ooyen 2008/09, S. 249 ff.

5 Vgl. Fraenkel 1999, S. 177 ff.

6 Vgl. Requate 2008.

7 Vgl. allgemein: Müller 1989; speziell: von der Ohe 2010.

8 Vgl. allgemein: Ludwig/Sauer/Wöhl 2009.

9 Vgl. Vorländer 2015, S. 299 ff.

10 Vgl. van Ooyen 2009, S. 98 ff.; grundsätzlich schon Kelsen 2019.

11 Zu diesem politisch-theoretisch und ideengeschichtlichen Ansatz vgl. insgesamt van Ooyen 2020a; van Ooyen 2015a; van Ooyen 2005.

gen von Demokratie, Staat und Verfassung als „maßstabsetzende Gewalt“¹² normativ in die Gesellschaft einschreibt bzw. einschreiben muss (oder auch nur verstärkt). Problematisch wird es erst, wenn dies

1. nicht offen gelegt, sondern sogar weggeleugnet wird. So lässt sich nicht nur regelmäßig beobachten, dass die Bürger*innen sich nach einem möglichst politikfernen Bundesverfassungsgericht sehnen,¹³ das dem – von ihnen selbst gewählten (!) – parlamentarischen „Parteiengeschacher“ von „oben“ Paroli bietet: das Bundesverfassungsgericht sozusagen als „Ersatzkaiser-Ersatz“. Das Gericht versucht selbst, den „Makel“ des Politischen loszuwerden – sei es, weil es annimmt, hierüber seine Legitimationsreserven schützen zu können,¹⁴ oder sei es, weil es sogar an den in der deutschen politischen Kultur besonders wirkmächtigen Mythos einer klaren Trennung von Recht und Politik auch glaubt.
2. Und problematisch ist dies zudem, wenn die den zentralen Entscheidungen zugrunde liegenden theoretischen Vorverständnisse „falsch“ sind; „falsch“ im Sinne immanenter Widersprüche oder aber relativ betrachtet im Hinblick auf konkurrierende, „richtigere“ Theorieansätze, die jedoch vom Gericht ausgeblendet bzw. erst gar nicht verfolgt werden.

Nachfolgend wird daher anhand der Staatsverständnisse von ausgewählten Richtern exemplarisch gezeigt, dass die vom Bundesverfassungsgericht als Demokratie- und Staatstheorie vertretene „Trinitätslehre“ von Staat – Volk – Souveränität¹⁵ in diesem Sinne „falsch“ ist: sie veraltet und antipluralistisch, ihr etatistisch eingehegtes „Volksdemokratie-Modell“ dabei von zweifelhafter ideengeschichtlicher Herkunft.

Die getroffene Auswahl der Richter Ernst-Wolfgang Böckenförde, Paul Kirchhof, Roman Herzog und Udo Di Fabio ergibt sich, weil sich alle vier auch in der Staatsrechtslehre als namhafte Wissenschaftler etabliert haben, sodass sich hier einschlägige Zusammenhänge klarer herausarbeiten lassen als bei Mitgliedern des Gerichts, die ganz überwiegend bloß als Richter*in tätig sind.¹⁶ Die Macht des Berichterstatters bleibt in der Forschung zwar strittig,¹⁷ obwohl Kirchhof, Böckenförde und Di Fabio jeweils maßgebliche Urteile des Zweiten Senats, namentlich zu „Demokratie“ und „Europa“ mit ihrer Federführung

12 Vgl. *Lepsius* 2015, S. 119 ff.

13 Vgl. *Patzelt* 2015, S. 313 ff.

14 Vgl. *Lietzmann* 2015, S. 459 ff.

15 *van Ooyen* 2020a.

16 In der rechtspolitologischen und zeitgeschichtlichen Forschung sind diese Arbeiten immer noch viel zu selten; vgl. aber z. B. mit Blick auf Richter Gerhard Leibholz: *Wiegandt* 1995; auch *Lepsius/Doe-ring-Manteuffel* 2015, S. 167 ff.

17 Vgl. *Kranenpohl* 2009, S. 135 ff. Mit Blick auf die Arbeitsweise des BGH wird von BGH-Richtern selbst kritisiert, dass wohl nur der jeweilige Berichterstatter und der Vorsitzende überhaupt die ganzen Akten(berge) lesen würden und daher der Ausgang erheblich von der Person des Berichterstatters abhängen könne; vgl. *Fischer/Eschelbach/Krehl* 2013, S. 395 ff.

geprägt haben.¹⁸ Herzog wiederum hat zwar etwa an der berühmten, liberalen „Brokdorf-Entscheidung“ des Ersten Senats mitgewirkt;¹⁹ sein staatsorganisationsrechtliches Verfassungsverständnis aber bleibt genauso ganz dem nationalen Etatismus verpflichtet. Die Entscheidungen des Verfassungsgerichts bzw. die Schriften von Böckenförde, Kirchhof, Herzog und Di Fabio spiegeln – wohl unabhängig von ihrer Senatszugehörigkeit – letztendlich nur den allgemeinen, problematischen Traditionsbestand wider, der für die deutsche Staatslehre überhaupt charakteristisch und über lange Jahre dominant (gewesen) ist²⁰ – dies bei vielen, ideengeschichtlich nicht geschulten Staatsrechtlern z. T. sogar völlig unreflektiert.

3. Der liberal-etatistisch eingehegte Schmitt bei Böckenförde

3.1 *Etatistische „Volksdemokratie“ und Schmitt-Rezeption*

Eine theoretisch anspruchsvolle und im Bereich der Staatslehre und des Bundesverfassungsgerichts einflussreiche Konzeption hat Ernst-Wolfgang Böckenförde vorgelegt; sein Verdienst ist es, das Demokratieprinzip gegenüber dem in der Rechtsprechung des Gerichts dominierenden Topos des Rechtsstaats endlich überhaupt zur Geltung gebracht zu haben²¹ – doch, da seine Demokratietheorie explizit im Rückgriff auf Carl Schmitt erfolgte, leider in einer „falschen“ Weise.

Denn dem Demokratieverständnis von Böckenförde,²² seiner „Volksdemokratie“²³ liegt wie bei Schmitt die antipluralistische Konzeption einer homogenen politischen Einheit „Volk“ zugrunde. Das Volk konstituiert sich hierbei nicht durch die bloß formalrechtliche Gleichheit der Bürger in der Herrschaftsunterworfenheit und – als demokratischer Reflex hiervon – in der gemeinsamen Teilhabe an der Herrschaft.²⁴ Böckenförde begreift „Volk“ vielmehr als „Gemeinschaft“, deren Homogenität aus der Annahme einer Staat und Recht *vorgelagerten* und *substanziellen* Gleichheit resultiert:

„Die demokratische Gleichheit ist insofern eine spezifische Gleichheit, als sie zu ihrem Anknüpfungspunkt nicht die allgemeine Menschengleichheit hat, sondern die Zugehörigkeit zur politischen Gemeinschaft des Volkes... Der spezifische Charakter der demokratischen Gleich-

18 Zu „Europa“ vgl. die weiteren Beiträge im Band.

19 Zur alternativen Demokratietheorie bei „Brokdorf“ vgl. den weiteren Beitrag im Band.

20 Vgl. Bärtsch 1974; van Ooyen 2020b; Günther 2004; Möllers 2008; Schönberger 2015; van Ooyen 2019, S. 205 ff.

21 Vgl. Lepsius 2003, S. 393.

22 Vgl. Böckenfördes ausführlichen Handbuch-Beitrag: Demokratie als Verfassungsprinzip; zuerst in: Böckenförde 1987; aktualisiert in: Böckenförde 1991a, S. 289 ff.

23 Zur Kritik vgl. schon: Dreier 1991; Bryde 1994, S. 305 ff.; Köppe 1997, S. 45 ff.; Bull 1998, S. 241 ff.; Redaktion *Kritische Justiz* 2000; Lübke-Wolff 2007, S. 121 ff.; Petersen 2010, S. 137 ff.; Schönberger 2014, S. 121 ff.; Goerlich 2014, S. 194 ff.; van Ooyen 2015b, S. 326 ff.

24 So in der normativen Staatstheorie, ob bei Aristoteles, Cicero, Kant oder positivistisch bei Kelsen.

heit... zielt – über die formelle rechtliche Zugehörigkeit, die die Staatsangehörigkeit vermittelt, hinausweisend – auf ein bestimmtes inhaltliches Substrat, die sogenannte substanzielle Gleichheit, auf der die Staatsangehörigkeit aufruht. Hier meint Gleichheit eine vorrechtliche Gleichartigkeit“.²⁵

Diese Gleichheit ist es, die für Böckenförde das Politische und die Einheit konstituiert, zugleich auch das Heterogene als das „Fremde“ trennt – und zwar in einem existenziellen Sinne:

„Diese begründet die relative Homogenität, auf deren Grundlage allererst eine... demokratische Staatsorganisation möglich wird; Die Bürger wissen sich in den Grundfragen politischer Ordnung ‚gleich‘ und einig, erfahren und erleben Mitbürger nicht als existentiell anders oder fremd...“.²⁶

Entscheidend ist dabei allein die Konstituierung der existenziellen politischen Einheit und als Konsequenz der Ausschluss des Anderen, d. h. die „Vernichtung“ des Heterogenen innerhalb der politischen Einheit „Volksgemeinschaft“ („politische Gemeinschaft des Volkes“ (!); s. o.). Dabei ist wiederum in Anlehnung an Schmitt auch für Böckenförde der Inhalt des Politischen völlig beliebig, im Zeitalter des Nationalstaats jedoch durch die nationale Homogenität definiert:

„Diese Gleichartigkeit kann durch gemeinsame Religion, gemeinsame Sprache und Kultur, gemeinsames politisches Bekenntnis gegeben sein. In der modernen Demokratie, wie sie sich mit und seit der Französischen Revolution entwickelt hat, beruht sie bislang vornehmlich auf nationaler Gleichartigkeit und setzt diese voraus“.²⁷

Das „Volk“ existiert bei Böckenförde wie bei Schmitt als eine dem Staat vorausgesetzte souveräne politische Einheit, es ist wie bei diesem das „formlos Formende“²⁸ und hat folglich als in der Geschichte handelndes Subjekt von eigener Substanz ontische Qualität. Der Nationalstaat zeigt sich insofern nur als die konkrete Organisationsform der politischen Einheit in einer bestimmten historischen Epoche – oder wie es Schmitt formuliert hat, als die konkrete Entscheidung des Volkes über die Form seiner politischen Existenz.²⁹ Schmitt hielt jedoch die Epoche der Staatlichkeit für im Niedergang begriffen. Ein Zurück in das Zeitalter der souveränen Staatlichkeit schien ihm angesichts moderner „Entzauberung“ des Staates als „Betrieb“ unmöglich und so setzte er zur Wiederherstellung des in der Moderne verlorenen Mythos auf die Volkssouveränität im Sinne identitärer Demokratie, auf den Weg des plebiszitär legitimierten „Volksführers“ und seiner Legitimation ohne

25 Böckenförde 1991a, S. 332; vgl. auch S. 348 ff.

26 Böckenförde 1991a, S. 332 f.; vgl. hierzu: Schmitt 1996a, S. 13 f.; Schmitt 1996b, S. 27.

27 Böckenförde 1991a, S. 333; vgl. Schmitt 1996b, S. 38 f.

28 Schmitt 1993, S. 81; vgl. auch den an die Schmittsche Verfassungslehre angelehnten Begriff der verfassungsgebenden Gewalt; sie ist bei Böckenförde die nicht zu „zähmende“, politisch-theologisch überhöhte Gewalt des „souveränen Volkes“; Böckenförde 1991a, S. 90 ff.

29 Vgl. Schmitt 1993, S. 75.

Zwischenschaltung staatlicher Organe durch „Identitätsprinzip“ und „acclamatio“.³⁰ Genau deshalb schrieb Schmitt ja eine Verfassungslehre, nicht aber mehr eine Staatslehre. Seine „politische Theorie“ ist ganz bewusst „politische Theologie“ und nicht wie noch bei Hegel „Staatstheologie“ - oder, in den Worten Eric Voegelins formuliert: ein Fall von „politischer Religion“ mit dem „Volk“ als innerweltlichem Gottesersatz.³¹

Hier liegt der entscheidende Unterschied zu Böckenförde, der insoweit viel „konservativer“, weniger „revolutionär“ als Schmitt ist. Denn Böckenförde emanzipiert sich nicht vom Staatsbegriff, sondern verharrt im Etatismus des 19. Jahrhunderts; er ist „Staatstheologe“ – weil der (christliche) Staat für ihn mit der politischen Theologie Hegels (und Hobbes‘) Garant der (Glaubens-)freiheit – und des Friedens – schlechthin, der Pluralismus aber „ohne objektive Orientierung“ ist.³² Der Staat ist daher für Böckenförde die „‘minimum condition‘ für Frieden und Sicherheit“.³³ Er beklagt zwar einerseits den Verlust religiös gestifteter homogener Einheit infolge der Säkularisation. Die durch den (National)staat gegebene Einheit bleibt für ihn prekär, ein „Wagnis“,³⁴ da der „freiheitliche, säkularisierte Staat... von Voraussetzungen (lebt), die er selbst nicht garantieren kann“³⁵. Auf der anderen Seite führt für ihn aber „kein Weg über die Schwelle von 1789 zurück, ohne den Staat als Ordnung der Freiheit zu zerstören“³⁶. Staat, Frieden und Freiheit sind danach eine untrennbare „Symbiose“ eingegangen, da der Staat durch Beendigung des (religiösen) Bürgerkriegs mit der Herstellung von Frieden und (Religions)freiheit die vorstaatlichen Bedingungen geschaffen hat und garantiert, die ihm zugleich in seiner Labilität einer bloß säkularen politischen Einheit zugrunde liegen und stabilisieren. Deshalb kann Böckenförde mit Hegel den Prozess der Säkularisation „nicht als Negation, sondern als Verwirklichung der Offenbarung“ begreifen.³⁷

Heruntergebrochen auf das Verhältnis von Staat und Demokratie folgt hieraus im Unterschied zu Schmitt: Obschon wie dieser vom Mythos der Volkssouveränität ausgehend, permanent den „Volkswillen“ und das Volk als „Einheit“³⁸ gar als „Schicksalsgemeinschaft“ beschwörend³⁹ ist Demokratie für Böckenförde immer die durch die staatlichen Organe vermittelte Demokratie, d. h. Repräsentativdemokratie.⁴⁰ Insoweit bemerkt Meh-

30 Schmitt 1996a, S. 22.

31 Vgl. Voegelin 1996; Voegelin 1999.

32 Böckenförde 1991b, S. 142.

33 Böckenförde 1991b, S. 106.

34 Böckenförde 1991b, S. 112.

35 Ebd.; auch dieses „Böckenförde-Diktum“ ist ja bloß eine Variation von Schmitt, der den Begriff des Politischen dem des Staates voraussetzte.

36 Böckenförde 1991b, S. 113.

37 Böckenförde 1991b, S. 110.

38 Vgl. z. B. Böckenförde 1991a, S. 306 und S. 308: „Volkswillen“, S. 315: „Staatsvolk als Gesamtheit“, S. 324: „kollektiv-autonome Freiheit des Volkssouveräns“, S. 329: „politische(n) Gemeinschaft des Volkes“, S. 331: „Volk als Einheit“, S. 348: „Wir-Bewußtsein“ usw.

39 Ebd., S. 311 und 314: „politische Schicksalsgemeinschaft“, „Schicksal des Volkes“, „existentiell verbunden“.

40 Vgl. auch Böckenförde 1991a, S. 379 ff.

ring richtig, Böckenförde „harmonisiert... Schmitts Nationalismus mit seinem Etatismus“⁴¹. In den vom „ganzen Volk“ legitimierten Staatsorganen kommt zwar auch für Böckenförde die *volonté général* des „ganzen Volkes“ zum Ausdruck:

„Das demokratische Prinzip, wie es Art. 20 Absatz 2 GG als nähere Ausgestaltung der Volkssouveränität formuliert, ist bezogen auf die Ausübung von Staatsgewalt in der Bundesrepublik Deutschland. Es verhält sich nicht zur Demokratie als Lebensform, auch nicht zur ‚Demokratisierung der Gesellschaft‘...“⁴²

„Positiv-konstruierend legt der Satz vom Volk als Träger und Inhaber der Staatsgewalt fest, dass Innehabung und Ausübung der Staatsgewalt sich konkret vom Volk herleiten muß... (sogenannte ununterbrochene demokratische Legitimationskette)... Und sie darf, einmal eingerichtet, nicht autonom werden, muß sich vielmehr stets in angebar Weise auf den Volkswillen zurückführen lassen und gegenüber dem Volk verantwortet werden. Erst unter dieser Voraussetzung kann staatliches Handeln durch vom Volk unterschiedene und organisatorisch getrennte Organe so angesehen werden, dass das Volk durch diese Organe die Staatsgewalt ausübt.“⁴³

In extremo begreift diese Vorstellung den Staat als Automatenmodell⁴⁴ (bzw. juristisch formuliert als „Subsumtionsmaschine“), wo man vorne den allgemeinen Volkswillen hineinschüttet und hinten der bis auf den Einzelfall heruntergebrochene demokratische Beschluss herausrattert. Sie impliziert, da von einer unverfälschten Vermittlung des „Volkswillens“ durch den Staat ausgegangen wird, eine Identität von Volk, Staat und Individuum, d. h. letztlich auch hier eine Identität von Regierenden und Regierten. So ließe sich das Problem des Politischen als das Problem der Herrschaft von Menschen über Menschen einfach wegzaubern und mit ihm – insoweit typisch für alle Konzeptionen von „Volksdemokratie“ und „Staatstheologie“ – jede Form von Opposition, die von vornherein als illegitim zu gelten hätte. Doch so weit geht Böckenförde gerade nicht. Sein Begriff von Demokratie ist nicht nur liberal-rechtsstaatlich durch den Grundrechtsschutz flankiert; in seiner „Staatsdemokratie“ bleibt vielmehr eine Differenz der „Herrschaft“ – als Staatsgewalt – aufgrund der Repräsentation durch die Staatsorgane erhalten:

„Die Errichtung der Demokratie als Staats- und Regierungsform, die das Grundgesetz vorschreibt, bedeutet nicht die Aufhebung und Überwindung staatlich organisierter politischer Herrschaft, sondern eine bestimmte Organisation dieser Herrschaft. Staatsgewalt und die mit ihr gegebene Herrschaft von Menschen über Menschen bleibt auch in der Demokratie bestehen und wirksam, löst sich nicht in einer (falsch verstandenen) Identität von Regierenden und Regierten, auch nicht im herrschaftsfreien Diskurs auf. Sie wird aber in einer Weise organisiert,

41 Mehring 1995, S. 197.

42 Böckenförde 1991a, S. 296.

43 Ebd., S. 299.

44 „Absolutistisches Maschinenmodell“, so Blanke 2000, S. 48; „Der Staat als Maschine“ als „Ideal des absolutistischen Fürstenstaates“, so schon Dreier 1991, S. 36.

daß ihre Ausübung vom Volk... legitimiert und kontrolliert wird und darin als Form der Selbstbestimmung und Selbstregierung des Volkes erscheint...“.⁴⁵

Aus diesem Dualismus“ von „Volk“ und „Staat“, ergeben sich nun zwei grundsätzliche Konsequenzen, die das gesamte Verständnis von Demokratie bei Böckenförde durchziehen:

1. Nicht zuletzt diese „Differenz“, das Festhalten am tradierten Staatsbegriff, schützt sein Demokratieverständnis vor der totalitären Implikation des Schmittschen – und auch vor dessen radikalen Parlamentsfeindlichkeit. Denn Schmitt löst den Dualismus von Staat und Gesellschaft – und damit auch den von Öffentlich und Privat – im Begriff des Volkes vollständig auf. Folglich totalisiert sich bei Schmitt Herrschaft schrankenlos und letztendlich wird in dieser „Demokratie“ durch den charismatisch legitimierten „Führer“ als Inbegriff des „Volkswillens“ überhaupt jede Form von Institutionen überflüssig.⁴⁶ Nicht so bei Böckenförde, für den das direkt vom Volk legitimierte staatliche Parlament selbstverständlich zentrales Repräsentationsorgan des „Volkswillens“ sein muss.
2. Andererseits hat dieses Verharren im – liberal flankierten – Etatismus des 19. Jahrhunderts bei Böckenförde zur Folge, dass er Demokratie immer nur von „oben“, als staatliche Demokratie begreifen kann. Demokratie als gesellschaftliches Phänomen, jenseits des Staates, ist für ihn undenkbar. Denn in der für das obrigkeitsstaatliche Denken typischen Weise, die das Politische mit dem Staat identisch setzt, erscheint von hier aus die pluralistische Gesellschaft immer als „ungeordnet“ und „obskur“, weil dem Staat als Inbegriff des repräsentierten „Volkswillens“ fremd, ja sogar entgegengesetzt. Die der „Staatsdemokratie“ gegenübergestellte gesellschaftliche Vielheit wird aus dieser Sicht schnell überhaupt als Gefahr für das „Gemeinwohl“ des „Volkes“ begriffen, die es zu bekämpfen gilt. Denn keinesfalls kann sich in solch organisierten „Partikularinteressen“ in irgendeiner Weise der „Volkswillen“ widerspiegeln; sie bleiben so gesehen vielmehr singuläre und auf Eigennutz zielende Interessen, die – wie bei Schmitt – die politische Einheit „Staat“ bzw. „Volk“ gefährden. Im besten Fall noch hält dieses Verständnis von Demokratie den pluralistischen Wettbewerb der Gruppen für demokratisch irrelevant, weil nämlich für bloßes „Privatvergnügen“.

So auch bei Böckenförde, der unter der Überschrift „Das Fehlen demokratischer Legitimation bei gesellschaftlichen Gruppen und Verbänden“ ausführt:⁴⁷

„Ist die demokratische Legitimation auf das Staatsvolk als Gesamtheit bezogen, können sich Gruppen und Organisationen von Bürgern, auch wenn sie zahlenmäßig stark sind, auf sie nicht berufen. Was sie zusammenführt und eint, sind... wirtschaftliche und soziale Interessen oder

45 Böckenförde 1991a, S. 297.

46 Vgl. auch Böckenförde 1991b, S. 211 ff.

47 Böckenförde 1991a, S. 315; vgl. auch: Böckenförde 1991a, S. 406 ff.

geistig-kulturelle, gegebenenfalls auch politische Bestrebungen... Aber sie stehen dabei nicht in irgendeiner Weise schon für die Gesamtheit der Staatsbürger...“⁴⁸.

„Ebensowenig sind ‚Volk‘ schon alle diejenigen, die sich – einerlei in welchen Gruppierungen – jeweils ‚unten‘ befinden, d. h. als einfache Bürger der Verwaltung und den Behörden, aber auch dem Gesetzgeber gegenüberstehen, wie z. B. Bürgerinitiativen, Basisgruppen oder die von staatlichen Maßnahmen Betroffenen. Volk im demokratischen Sinne meint die Gesamtheit der (Staats-)Bürger..., von der der einzelne Bürger nur ein Teil ist. Beliebig gruppierte einzelne Bürger aus dem Volk bleiben einzelne (singuli)...; weder sind sie noch repräsentieren sie das Volk.“⁴⁹

Genau gegen diese Sicht ist die gesamte politikwissenschaftliche Pluralismustheorie von Laski, Kelsen und Fraenkel Sturm gelaufen. Denn deren zentrale Einsicht, dass das „Gemeinwohl“ (wenigstens idealtypisch betrachtet) sich in einer pluralistischen Demokratie überhaupt erst als „Resultierende“ des Wettbewerbs gerade dieser Gruppen „aposteriori“ ergibt,⁵⁰ bleibt Böckenförde völlig verschlossen.

Aus dem „etatistischen Demokratiemodell“ ergeben sich nun Ableitungen für die Stellung des Bürgers und die europäische Integration. Sie lassen sich dann mehr oder weniger wörtlich in den Begründungen der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Ausländerwahlrecht,⁵¹ dem Maastricht-Vertrag oder auch zur demokratischen Mitbestimmung in der öffentlichen Verwaltung wieder finden.

3.2 „Staatsvolk“ statt Bürger*in und das „Demokratiedefizit“ der EU der „Kein-Demos-These“

Im Hinblick auf den politischen Status des Bürgers findet sich bei Böckenförde ein Bürgerverständnis, das in der Rezeption Schmitts einerseits „volksidentitär“ aufgeladen ist („Homogenität“, „Schicksalsgemeinschaft“, „existenziell nicht fremd“ usw.; s. o.). Zugleich aber ist es viel stärker als bei Schmitt auf den tradierten Begriff der Staatsangehörigkeit bezogen. Hierher rührt die Ambivalenz im Hinblick auf die Stellung des „Ausländers“, die genau an dem Begriff des „Staatsvolks“ bei Böckenförde – und mit ihm bei den einschlägigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – aufbricht. Aus der „volksidentitären“ Sicht ist der Ausländer für Böckenförde nämlich zunächst einmal als ein „Fremder“ nicht zum Staatsvolk zugehörig. Er ist dies jedoch nicht unwiderruflich, denn aus der „staatlichen“ Sicht wiederum kann er durch einen staatlichen Akt der „Inte-

48 Böckenförde 1991a, ebd.

49 Ebd., S. 313; auch „Scheinlegitimation“ (S. 316).

50 Fraenkel 1990, S. 297.

51 M. w. N.: van Ooyen 2020c.

gration“, durch den Erwerb der Staatsangehörigkeit Staatsbürger werden⁵² (so dann auch die Lösung des Gerichts in der Entscheidung zum kommunalen Ausländerwahlrecht⁵³). Grundsätzlich verschlossen bleibt dem so definierten Ausländer im Gegensatz zum „nativen“ Staatsangehörigen als „Volksangehöriger“ aber der automatische Erwerb des Bürgerstatus, etwa allein, wie es z. B. die „normative Staatstheorie“ formuliert, durch den dauerhaften Aufenthalt und der damit verbundenen Herrschafts- bzw. Gesetzesunterworfenheit. Denn – nun wiederum aus der „volksidentitären“ Sicht – erst muss aus dem „Fremden“ im Sinne von „Homogenisierung“ das „Fremde“ ausgetrieben werden. Sonst, so Böckenförde, „bleibt er, politisch gesehen, doch ‚Gast‘“ und „mit dem politischen Schicksal des Volkes, bei dem er lebt, nicht existentiell verbunden.“⁵⁴

Mit diesem Verständnis des „Staatsvolks“ als politischer Einheit geht bei Böckenförde auch erhebliche Skepsis gegenüber der bisherigen Form europäischer Integration einher. Sie wird – insoweit in der Tradition konservativer Kultur- und Modernitätskritik von Nietzsche bis Schmitt stehend – als seelenlos und kalt empfunden, daher von ihm als „Maschinerie“⁵⁵ und abschätzig „bloße Rechtsgemeinschaft“⁵⁶ bezeichnet. Böckenförde kontrastiert das mit gemeinschaftsbezogenen, antipluralistischen Begriffen wie „Volksbewußtsein“,⁵⁷ „Homogenität“, „Verwurzelung“, „Bodenhaftung“, „Geborgenheit“, „Heimat“, auch „Mythos“. Er weist sich so als ein Gegner von „Europäisierung“, „Globalisierung“ und „Individualisierung“ aus, die er nur als Gefahr – weil die vermeintliche politische Einheit des souveränen Staats auflösend – begreifen kann. Alle Modernisierungsphänomene werden im Kontext daher immer wieder negativ aufgeladen mit Begriffen wie „Homogenitätsspaltung“, „Atomisierung“, „Entwurzelung“, „Desintegration“, „Parzellierung von Staatlichkeit“⁵⁸ usw. Doch im Gegensatz zu den „konservativ-revolutionären Staatsüberwindern“ Nietzsche und Schmitt bringt ihn seine Staatsfixiertheit nicht total in die Gegnerschaft zur Moderne. Böckenfördes Verhältnis hierzu ist vielmehr ambivalent; hier zeigt sich noch einmal – positiv wie negativ – der konservativere Charakter seines Denkens, das Leistung und Kritik der Moderne allein am Staatsbegriff erfassen kann und hieran eisern festhält. Denn: Insoweit die europäische Moderne bei der Geburt des souveränen Nationalstaates – als „säkularisierte“ Form der zuvor religiös gestifteten Einheit – Pate gestanden hat,⁵⁹ wird sie von Böckenförde als „staatstragend“ bejaht. Und genau so

52 Bei Böckenförde sogar unter Hinnahme der Doppelstaatsangehörigkeit im Falle von EU und NATO-Staaten, da hier kein Loyalitätskonflikt im „Ernstfall“ zu befürchten sei; vgl. *Böckenförde* 2000, S. 67; *Böckenförde* 2000, S. 34 ff.

53 Vgl. BVerfGE 83, 37 (60) (1990).

54 *Böckenförde* 1991a, S. 314; vgl. *Böckenförde* 2000, S. 246 ff.

55 *Böckenförde* 2000, S. 91.

56 Ebd.

57 *Böckenförde* 2000, S. 113.

58 Ebd., S. 120, 122, 113, 114, 119 bzw. 123.

59 Vgl. *Böckenförde* 1991b, S. 92 ff.

weit ist er auch tatsächlich „Europäer“, nämlich eines Europas der vermeintlichen Homogenität des „christlichen Abendlands“:

„Gewiß gehört die christliche Religion und eine davon geprägte – wenn auch heute säkularisierte – Kultur dazu, aber ebenso Rationalismus, Aufklärung und Formen der Bürgergesellschaft. Umgreift sie daher nur das ‚lateinische Europa‘ oder bezieht sie auch jene Länder und Mentalitäten ein, die weder durch einen Investiturstreit, das Auseinandertreten von Staat und Kirche, noch durch eine Reformation, durch Rationalismus und Aufklärung und durch ein hieraus erwachsenes Verständnis von Recht, Freiheit und Politik geprägt sind?“⁶⁰

Und in der zugehörigen Fußnote: „Die Brisanz dieser Fragestellung darf nicht unterschätzt werden, weshalb es zur gegenwärtigen political correctness gehört, sie nicht zu artikulieren. Denn die Scheidelinie läuft quer durch den Balkan und schließt auch Osteuropa, Rußland aus.“⁶¹

Auf der anderen Seite, soweit der Prozess fortschreitender Modernisierung den Nationalstaat als politische Einheit erodiert, gar auflöst, ohne eine neue Form – vermeintlicher – politischer Einheit zu etablieren, lehnt er ihn ab. In einer „globalisierten“, „ökonomisierten“ und „zerfaserten“ Welt will er mit dem Festhalten am Staat den Primat des Politischen einfordern, den das Denken von Schmitt in seinem Kampf gegen „Neutralisierung“ und „Entpolitisierung“ durchzieht. Dabei ist noch einmal hervorzuheben, dass die „politische Einheit“ auch bei Böckenförde eben nicht einfach durch die Rechtsordnung bzw. die Einsetzung politischer Institutionen normativ begründet werden kann, sondern sie muss substantielle Gleichheit beinhalten. Und genau deshalb ist mit Blick auf den Prozess der europäischen Integration im Ergebnis für ihn nicht wirklich erheblich, ob nun dem EU-Parlament im Zuge einer Institutionenreform die Entscheidungsbefugnisse übertragen werden, die ein direkt gewähltes Parlament – etwa in Anlehnung an die Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts – haben muss. Denn das wirkliche Demokratiedefizit in der EU besteht für Böckenförde nicht im Institutionengefüge, sondern – in der Abwesenheit des „Volkes“. Ob das Parlament nun von Bürgern gewählt wird oder nicht, ob es wesentliche Entscheidungsbefugnisse hat oder nicht – all das ist für ihn letztlich nicht entscheidend, weil nicht Ausdruck „wahrer Demokratie“. Denn diese ist allein die Repräsentation des Volkes:

„Im Sinne des nationalen Demokratiemodells wäre es konsequent, dieser Lage abzuhelpen, daß endlich dem... europäischen Parlament stärkere Entscheidungsbefugnisse übertragen werden. Das mag für eine innere Strukturreform der EG sinnvoll sein. Aber das Demokratieproblem in den Europäischen Gemeinschaften löst es nicht. Denn... das europäische Parlament kann nicht repräsentieren, was es nicht gibt: das europäische Volk.“⁶²

60 Böckenförde 2000, S. 101.

61 Ebd.

62 Ebd., S. 92.

Mit Bezug zu Europa – nicht zum staatlichen Institutionengefüge – finden wir also bei Böckenförde genau das Muster der Kritik am Parlamentarismus wieder, das Schmitt in seiner Entgegensetzung von Liberalismus und Demokratie vorformuliert hat, und das sich in der Maastricht-Entscheidung niederschlägt. Zwar hält das Bundesverfassungsgericht auch hier eine Demokratisierung im Sinne der Stärkung der Kompetenzen des Europaparlaments für wichtig, entscheidend aber ist das Problem des Fehlens eines „europäischen Volkes“ im Sinne politischer Homogenität, sodass sich demokratische Legitimation primär über den Nationalstaat – und dessen Parlament – vollziehen muss. Und auch für die Lissabon-Entscheidung bleibt diese Entgegensetzung von (nationaler) Demokratie und (europäischem) Parlamentarismus grundlegend.⁶³

3.3 Demokratie kommt beim „Legitimationsketten-Modell“ von „oben“

Für Böckenförde kommt demokratisch legitimates Handeln nur dann zustande, soweit es sich auf das Staatsvolk im Sinne einer „Gesamtheit“, „Ganzheit“ und nicht als bloße Summe von Einzelwillen zurückführen lässt. Aus dem „Automatenmodell“ der staatsdemokratischen „Maschine“ folgt, dass es nur drei Formstränge von Legitimation geben kann, die alle allein „staatlich“ bestimmt sind und den Willen der politischen Einheit „Volk“ repräsentieren. Es sind dies:

- a) die funktionelle / institutionelle Legitimation (d. h. durch die qua Verfassung eingerichteten drei Staatsfunktionen und ihre Organe),
- b) die organisatorisch-personelle (sog. „Legitimationskette“ – durch Wahl bzw. Bestellung der Amtswalter) und
- c) die sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation (durch die inhaltlichen Vorgaben der Gesetze und Gesetzesbindung sowie durch die demokratische Verantwortlichkeit / Kontrolle).⁶⁴

Setzt man nun die Legitimationsquelle unter a) mit der verfassungsmäßigen Einrichtung der Institutionen im Bereich der Gesetzgebung, Vollziehung und Rechtsprechung als erfüllt bzw. gegeben voraus, so wird die demokratische Legitimation konkreten Handelns ausschließlich durch die beiden Formen b) und c) bestimmt. Personelle und sachliche Legitimation müssen dabei nach Böckenförde immer zusammenwirken, auch wenn sie sich bis zu einem gewissen Grad, nicht aber vollständig, gegenseitig ersetzen können.⁶⁵ Hieraus ergibt sich nun, dass gesellschaftliche Mitbestimmung in Bereichen der Verwaltung soweit sie über das Maß bloßer Mitwirkung hinausgeht, aus seiner Sicht absolut unzuläs-

63 Vgl. m. w. N. van Ooyen 2020a.

64 Vgl. Böckenförde 1991a, S. 301 ff.

65 Ebd., S. 308 ff.

sig ist, zumindest, soweit das Verwaltungshandeln sich nicht auf sog. rein behördeninterne Vorgänge beschränkt:

„Um hier die demokratische Legitimation der Entscheidung sicherzustellen, muß die Entscheidungsmacht des demokratisch legitimierten Organs gewährleistet bleiben... Demgemäß bestehen Bedenken gegen Beteiligungsrechte solcher Instanzen, die den Bereich der Mitwirkung (Beratungs-, offene Vorschlagsrechte u. ä.) überschreiten und sich als – rechtlich nicht überholbare – Mitentscheidung darstellen.“⁶⁶

Vielmehr zeige sich, dass die straffe Hierarchisierung und Weisungsgebundenheit des Verwaltungshandelns allein garantiere, dass der „Volkswille“ vollzogen würde; so gesehen führt eine Durchbrechung dieses Prinzips durch die Schaffung staatsfreier – d. h. für Böckenförde „demokratiefreier“ – Entscheidungsräume geradezu zur Aushebelung der Volkssouveränität. Nicht einmal der Gesetzgeber könne sich daher hierüber grundsätzlich hinwegsetzen, indem er durch Gesetz – also durch ausschließlich sachlich-inhaltliche Legitimation – solch staatsfreien Räume der Selbstverwaltung den gesellschaftlicher Gruppen übertrage:

„Organe innerhalb der Verwaltung, die von ministerieller Weisungsgewalt freigestellt und zu autonomer Entscheidung berufen sind, ... durchbrechen die Verantwortlichkeit und den durch sie vermittelten Legitimationsstrang. Im Bereich der Staatsverwaltung... besteht dafür kein verfassungsrechtlicher Rückhalt; er kann auch nicht aus einem Verzicht des Parlaments auf seine Kontrollkompetenz hergeleitet werden.“⁶⁷

Aus demokratietheoretischer Sicht ist daher für Böckenförde die funktionale Selbstverwaltung, d. h. die Übertragung staatlicher Aufgaben auf nicht weisungsgebundene, nur der Rechtsaufsicht unterliegende Selbstverwaltungsträger (sog. Verwaltungsautonomie),⁶⁸ selbst durch gesetzliche Regelung nur in ganz engen Grenzen überhaupt zulässig. Die Voraussetzungen hierfür sind: eine verfassungsrechtliche Grundlage, weitest gehende Normierung durch den Gesetzgeber selbst, die die Autonomiespielräume klein hält, und die Beschränkung auf Angelegenheiten, die nicht „die Allgemeinheit betreffen oder sonst von politischer Tragweite sind.“⁶⁹ Denn die mit der Selbstverwaltung gegebene, pluralistisch organisierte Partizipation der Betroffenen an den Verwaltungsentscheidungen ist für ihn gerade nicht Element der Demokratie im Sinne seines Verständnisses einer staatlich vermittelten Souveränität der politischen Einheit „Volk“. Diese sind vielmehr bloß „Private“:

„Die dadurch vermittelte Legitimation ist weder an sich eine demokratische, vom Staatsvolk ausgehende, noch weist sie strukturähnliche Elemente mit dieser auf. Es handelt sich um eine

66 Ebd., S. 306.

67 Ebd., S. 310; auch S. 308: „... sie können nicht vom Gesetzgeber oder der Exekutive selbst durch eigenmächtige Ausgliederungen geschaffen werden“.

68 Z. B. Berufskammern, Hochschulen, Sozialversicherungsträger, Bundesanstalt für Arbeit usw.

69 Böckenförde 1991a, S. 321.

autonome... Legitimation, deren Träger bestimmte, nach persönlichen, funktions- oder interessenbestimmten Merkmalen abgegrenzte Gruppen von einzelnen (Privaten) sind, sogenannte gesellschaftliche Gruppen... Auch wenn sie durch staatliches Gesetz zur eigenständigen Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben zusammengeschlossen sind, werden sie da-durch nicht jeweils zu einer mit dem Staatsvolk strukturverwandten Gesamtheit, mithin einem ‚Teilvolk‘. Die Errichtung von Trägern funktionaler Selbstverwaltung ist somit nicht Ausdruck einer demokratischen Rückbindung der Verwaltung oder demokratischer Partizipation.“⁷⁰

Allerdings scheint dieser, vom Schmittschen Demokratieverständnis des Volks als politischer Einheit geprägten Sicht die Einrichtung der nichtstaatlich legitimierten kommunalen Selbstverwaltung unmittelbar zu widersprechen.⁷¹ Will Böckenförde die kommunale Selbstverwaltung nicht als demokratisch illegitim verwerfen, so muss er deren Legitimation aus einer zumindest staatsähnlichen Quelle rechtfertigen. So tritt hier an die Stelle der Legitimation durch das gesamte Staatsvolk eine „strukturverwandte“, nämlich die Bürgerschaft als örtlich verfasste politische Einheit:⁷²

„Die Legitimation der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften... geht von der Gesamtheit der Gemeinde- bzw. Kreisbürger aus. Diese... stellt... eine unbestimmte Allgemeinheit dar, die an die durch Wohnsitznahme vermittelte Zugehörigkeit... anknüpft. Auf dieser Grundlage werden alle Bürger gleichheitlich, ohne Differenzierung nach persönlichen, funktions- oder interessenbestimmten Merkmalen einbezogen und erfasst.“⁷³

D. h.: Demokratie und Selbstverwaltung sind grundsätzlich nur im Falle der kommunalen Selbstverwaltung vereinbar, weil hier eine Legitimation durch ein der Gesamtheit als politische Einheit ähnliches „Teilvolk“ erfolgt.⁷⁴ Dagegen gelangen in der funktionalen Selbstverwaltung nur partikulare, „private“ Interessen zum Ausdruck, die gerade nicht als ein solches „Teilvolk“ einer „quasi-staatlichen“ politischen Einheit begriffen werden können. Ihnen fehlt durch das die Gleichheit und Einheit durchbrechende – weil differenzie-

70 Böckenförde 1991a, S. 319; auch „strukturähnlich“, S. 317.

71 Insofern weitaus konsequenter allerdings Schmitt, der die kommunale Selbstverwaltung als genauso „antidemokratisch“ begriffen hat: „Oft wird Selbstverwaltung... mit demokratischer Verwaltung gleichgestellt... Ein solcher Gedankengang ist in Wahrheit liberal und nicht demokratisch. Demokratie ist ein politischer Begriff und führt deshalb zu einer entschiedenen politischen Einheit und Souveränität... Das Volk in einer Demokratie ist immer das ganze Volk der politischen Einheit, nicht die Wählerschaft einer Gemeinde oder eines Kreises. Daß die politische Einheit als ein homogenes und geschlossenes Ganzes von allen weiteren, innerpolitischen Gruppierungen und Organisationen in spezifischer Weise unterschieden wird, ist wesentliche Voraussetzung der politischen Demokratie“; Schmitt 1993, S. 272 f. (hier gegen Hugo Preuß); vgl. auch Rinken 2000, S. 135.

72 Vgl. Böckenförde 1991a, S. 319.

73 Ebd., S. 317.

74 Ebd.; vgl. auch Böckenförde 1991b, S. 232.

rende – Merkmal des Interesses, Berufsstands o. ä. der notwendige Bezug auf die „Allgemeinheit der Bürger“. ⁷⁵

Damit blendet Böckenförde im Bereich des Verhältnisses von Demokratie und Verwaltung nicht nur sämtliche Realitäten aus, die spätestens seit Max Weber mit dem Problem der Herrschaft der Bürokratie beschrieben werden – so als ob sich der Wille des Gesetzgebers als Ausdruck des „Volkswillens“ ungebrochen durch die Bürokratie vollzöge. Als bürgerferne Konsequenz hieraus ergibt sich vor allem aber, dass jede Form von demokratischer Partizipation an Verwaltungsentscheidungen durch die Betroffenen, ⁷⁶ jede „Beteiligung von Personen, die außerhalb des hierarchischen Legitimationszusammenhangs stehen... demokratie- und damit prinzipiell verfassungswidrig ist“. ⁷⁷ Denn diese stellt sich als eine unzulässige, gegen die demokratische Gleichheit verstößende Differenzierung und Bevorrechtigung einer Gruppe dar, die die allein staatlich vermittelbare Souveränität des Volkes aushebelt. ⁷⁸

Und genau das sind die Argumentationen und Ergebnisse, die sich 1995 in der grundlegenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Auslegung des Demokratieprinzips anlässlich des Mitbestimmungsgesetzes in Schleswig-Holstein niederschlugen ⁷⁹ – und zwar bis in den Wortlaut der Diktion hinein. Ganz im Sinne des staatlich fixierten, bürgerfernen und antipluralistischen Demokratiebegriffs von Böckenförde wird hier vom Verfassungsgericht die demokratische Partizipation durch Interessensgruppen im Bereich des Verwaltungshandelns kategorisch ausgeschlossen. Fortgeführt und variiert um die Unterscheidung zwischen „hoheitlichem“ und „privatem“ Bereich wird dies im Beschluss „Lippeverband“, in dem sich das Gericht dann zwar leicht für die „Betroffenendemokratie“ öffnet, sich schon aber im Leitsatz wegen des Festhaltens an der Demokratietheorie Böckenfördes zu paradoxen Formulierungen versteigen muss: nämlich, dass demokratisch-pluralistische Mitbestimmung streng genommen nur eine Sache jenseits der staatlich organisierten Verwaltung sein könne – also eigentlich bloß „Privatsache“. ⁸⁰ „Hoheitliche“ Aufgaben stehen so Aufgaben des Staates gegenüber, die privatisierbar und letztendlich gar keine Staatsaufgaben sind. Angelehnt an die seit den 1990er Jahren wieder verstärkt

75 Böckenförde 1991a, S. 319; zudem ist die kommunale Selbstverwaltung legitimatorisch mit Art. 28 GG auf verfassungsrechtlicher Ebene abgesichert. Ausnahmen vom Prinzip staatlicher Legitimation sind für Böckenförde daher möglich, soweit sie verfassungsrechtlich verankert sind oder sich aus der „Natur der Sache“ ergeben (Bsp.: öffentlich-rechtlicher Rundfunk, Prüfungswesen, verwaltungsinterne Kontrollinstanzen).

76 Vgl. Böckenförde 1991a, S. 313; polemisch von ihm auch als „Betroffenen-Demokratie“ bezeichnet (S. 320).

77 Rinken 2000, S. 135; hier auch als „neo-etatistische Demokratietheorie“ (S. 133) bezeichnet; vgl. ausführlich Dreier 1991, S. 159, von ihm charakterisiert als „mechanistisches Maschinenmodell des Absolutismus“.

78 So auch – mit Kritik an der Rechtsprechung des BVerfG in Anlehnung an Böckenförde – Bull 1998, S. 244: „Was als Demokratie ‚von unten nach oben‘ begonnen hat, wird nun zur demokratisch legitimierten Herrschaft ‚von oben nach unten‘“.

79 Vgl. BVerfGE 93, 27; ausführlich m. w. N. van Ooyen 2005, S. 121 ff.

80 Vgl. BVerfGE 107, 59 – Lippeverband, Leitsatz 1; m. w. N. van Ooyen 2005, ebd.

geführte Diskussion um die vermeintlichen „Kernaufgaben“ des Staates stellt sich hier heraus, dass es der „echte“ Bereich von Staat im Sinne des „Nachtwächters“ ist, der sich – wie der Begriff „hoheitlich“ schon selbst suggeriert – der demokratischen Mitbestimmung entzieht: Staat und pluralistische Gesellschaft stehen sich so wieder einander gegenüber, wie es in der deutschen Staatslehre seit Hegel üblich ist.

4. Der organizistische, theologisch-politische Staatslehre-Mix und das Verbot der „Entstaatlichung“ im „Staatenverbund“ souveräner Staaten bei Kirchhof

Im Vergleich zu Böckenförde, bei dem das Demokratieprinzip – wenn auch in einer Schmittschen Färbung – den zentralen Maßstab bildet, ist die Staatstheorie von Paul Kirchhof noch stärker in ihrer traditionell-etatistischen Schlagseite zum „Staat“ hin ausgeprägt. In seinem zeitlich kurz vor „Maastricht“ erschienenen Handbuch-Beitrag wird zwar auch das Problem des „Demokratiedefizits“ auf europäischer Ebene thematisiert;⁸¹ es steht aber der souveräne „Staat“ so sehr im Mittelpunkt, dass es eher randständig bleibt. Kirchhofs Verständnis ist insofern der organischen Staatslehre verpflichtet,⁸² als dass er den Staat (und das von ihm geschöpfte Recht) permanent als etwas Gewachsenes, „Vorgefunden(es)“ begreift, was schon immer da gewesen sei. Der Staat „wird von jeher nicht als beliebig abgrenzbare und zuordnungsfähige Organisation verstanden, das Recht von jeher nicht als gewillkürte Setzung begriffen.“⁸³ So ist der Verfassungsstaat für Kirchhof eben keine bloß „rechtlich bestimmte Institution und rechtlich angeleitetes Verfahren“;⁸⁴ „Staat“ ist vielmehr natürlicher Ausdruck einer theologisch-politischen Ordnung:

„Solange die Welt als Schöpfungsordnung erklärt wird, die menschliche Natur und die Ordnung der Dinge einem göttlichen Schöpfungsplan folgen, sind Staatenbildung und Rechtsetzung eher das Aufspüren einer vorgefundenen Ordnung als willentliche Setzung.“⁸⁵

Das sei auch das klare Ergebnis der Staatslehre, und zwar auch derjenigen, die nicht auf religiösen Kategorien aufbaue. Spöttisch formuliert: staatliche Herrschaft als (gottgewollter und hierarchischer) „Ameisenhaufen“. Im Unterschied zu Böckenförde hat man bei Kirchhofs staatsrechtlichen Schriften auch kaum den Eindruck einer theoretischen Durchdringung der ideengeschichtlichen Klassiker, sondern eher den einer kaum hinterfragten, apodiktischen Wiedergabe von juristisch kanonisiertem, konservativem „Lehrbuchwissen“, das „gesamplet“ wird. Insgesamt bemüht er hierfür – explizit gerichtet gegen die Konzeption des Staats als Rechtsgemeinschaft der normativen Staatstheorie Kelsens⁸⁶ – eine

81 Vgl. Kirchhof 1993, z. B. S. 883.

82 Vgl. hierzu Mayer-Tasch 1971.

83 Kirchhof 1993, S. 867.

84 Ebd., S. 869.

85 Ebd.

86 Vgl. ebd., z. B. S. 871, 869.

Reihe von Klassikern: von Aristoteles über Thomas von Aquin, Montesquieu und Hegel bis zu der Weimarer Integrationslehre von Rudolf Smend,⁸⁷ um schließlich dann noch einfach bei der „Freund-Feind-Theorie“ des Faschisten Carl Schmitt zu landen:

„... der Staat hebt seine Staatsangehörigen von Fremden rechtlich und tatsächlich ab, beansprucht Führung, indem er Eigenes vom Allgemeinen, Zugehöriges vom Fernstehenden unterscheidet. Die Staatstheorie betont den Gegensatz von Freund und Feind, um dem Denken und Handeln eine verlässliche Ausrichtung zu geben.“⁸⁸

Und so wird bei Kirchhof nicht nur das Konzept des souveränen Staates in ideen- und rechtsgeschichtlich unhaltbarer Weise einfach von der Neuzeit über das Mittelalter bis in die Antike projiziert,⁸⁹ so als ob immer und überall der „Staat“ als die „natürliche“ Form politischer Herrschaft existierte. Vor allem aber sieht er infolge seiner rückwärtigen Projektion des neuzeitlichen Staatsgedankens gerade die Nationalstaatlichkeit als die zentrale Essenz des gesamten europäischen Rechtsdenkens: Die „europäische Rechtsidee“ sei danach die „Rechtsgemeinschaft der Staaten“.⁹⁰

„... Eine durch europäisches Rechtsdenken geprägte Verfassung verlangt eine verlässliche Gemeinschaft der Verfassungsstaaten, nicht einen europäischen Großstaat... Das durch europäisches Recht geprägte Denken fordert somit nicht eine Auflösung der in gemeinsamer Geschichte, Sprache und Kultur gewachsenen, in gemeinsamem Schicksal zusammengehörigen Staatsvölker und ihrer Staaten, wohl aber eine Rechtsgemeinschaft dieser Völker in Europa... Europäisches Rechtsdenken wehrt eine vereinheitlichende Verstaatlichung in Europa ab...“⁹¹

Damit kündigt sich schon hier an: ein europäischer Staat wäre so gesehen etwas „Wider-natürliches“. In theoretischer Perspektive führt dies dazu, dass ein Konzept, das mit der Staatslehre des Georg Jellinek im ausgehenden 19. Jahrhundert wohl seinen Theorieabschluss fand, als Messlatte für alle Formen politischer Herrschaft herangezogen wird. Das kann man natürlich – normativ betrachtet – so machen; nur das neue Phänomen der europäischen Integration wird man mit diesem – insofern antiquierten – Instrumentarium nicht adäquat erfassen und beschreiben können. Anstatt also die eigene theoretische Begrifflichkeit anhand der Realität einer Revision zu unterziehen, geht Kirchhof den leichteren, umgekehrten Weg, indem er die Realität einfach in sein Prokrustesbett „Staat“ zwängt.⁹² Und so kann er diese mit Blick auf den Prozess der europäischen Integration tatsächlich

87 Vgl. ebd., S. 867-869; zu den antipluralistischen Implikationen der nach 1945 wirkmächtigen Integrationslehre von Smend, die sich in Weimar in diesem Punkt ja kaum von der Schmitts unterschied, van Ooyen 2014; auch Lhotta 2005.

88 Kirchhof 1993, S. 869.

89 Bis heute lässt sich das in juristischen Staatslehren beobachten, in denen die politische Herrschaft der griechischen Polis und der römischen Res Publica einfach und falsch mit „Staat“ gleichgesetzt wird, obwohl dieser ein neuzeitliches Phänomen ist; vgl. Roth 2011; Rolin 2005; zu den Grundproblemen schon Bärsch 1974.

90 Kirchhof 1993, S. 874.

91 Ebd., S. 874 f.

92 Vgl. van Ooyen 2006, S. 151 ff.

nur mit dem tradierten Dualismus von „Staatenbund“ und „Bundesstaat“ einfangen.⁹³ Dabei spürt er natürlich die Hilflosigkeit der überholten Begrifflichkeit, denn die „allgemeine Staatslehre wird Phantasie entwickeln müssen, um die Alternativen von Staatenbund oder Bundesstaat zu überwinden“.⁹⁴ Nur, sein Neologismus des „Staatenverbunds“,⁹⁵ der sich dann in der Maastricht-Entscheidung niedergeschlagen hat und auf den auch „Lissabon“ rekurriert, leistet das gerade nicht – und zwar nicht nur, weil er juristisch überhaupt viel zu unscharf, sondern weil er ja dem Konzept des Staates der deutschen Staatslehre grundsätzlich verhaftet bleibt.⁹⁶ In diesem Kontext hält Kirchhof daher eisern an der von ihm zitierten Jellinekschen „Drei-Elementen-Lehre“ fest. So bleibt der Staat „ursprüngliche(r) Herrschermacht“⁹⁷ und damit *prima causa* im Sinne der politischen Theologie bzw. Staatstheologie Hegels. Denn „ursprüngliche“, d. h. nicht abgeleitete Macht gibt es nur in der Theologie als eine Eigenschaft Gottes – schöpferisch und sich selbst erschaffend – nicht aber im Bereich der von Menschen eingesetzten Institutionen zur Regelung des politischen Lebens. Mit diesem ontologischen Staatsbegriff wird der „Staat“ als politische Einheit und Subjekt substantzialisiert.

Auch inhaltlich, bezogen auf die Staatszwecke, ist Kirchhof mit seinem Verständnis von Kernkompetenzen dem „Nachwächterstaat“ des 19. Jahrhunderts verbunden, da er im Prinzip nur die klassischen Staatsaufgaben, flankiert durch ein bisschen Sozialstaatlichkeit, als „echten“ Ausdruck von Staatlichkeit und damit des Politischen akzeptiert. – Hieran ließe sich noch ein Exkurs zu seinem Parlamentsverständnis anschließen, das jedoch schon unlängst als hoffnungslos antiquiert entlarvt worden ist.⁹⁸ Denn Kirchhofs Vorstellung vom „Honoratiorenparlament“ knüpft im günstigsten Falle an die Parlamentarismustheorie von John St. Mill an, ist aber angesichts der konservativen Tradition der deutschen Staatsrechtslehre wohl eher in der Parteien- und Pluralismusfeindlichkeit von Triepel bis Schmitt zu verorten. – Das Bild der echten „Kern-Staatlichkeit“ findet sich fast originalgetreu dann in der Lissabon-Entscheidung wieder.⁹⁹ Jedenfalls zählt für Kirchhof der Bereich der Wirtschaft, der immerhin für die meisten Menschen im Alltag von zentraler Bedeutung ist – soweit sie nicht Rentiers oder Beamt*innen sind – nicht dazu, und zwar noch nicht einmal als „Vorstufe“.¹⁰⁰ Auch dieses Staatsmotiv ist dann in der Maastricht-Entscheidung hilfreich gewesen, um die besondere Qualität der Integration als bloße

93 Vgl. *Kirchhof* 1993, S. 857 ff.

94 Ebd., S. 886.

95 Ebd., S. 873, 879.

96 Eine ähnliche Problematik findet sich bei der „quasi-staatlichen“ Verfolgung in der Rechtsprechung zum Asylrecht, sodass sich wegen des etatistischen Verständnisses die Realität politischer Verfolgung in Bürgerkriegen oder „privaten“ Geschlechterverhältnissen (z. B. weibliche Genitalverstümmelung) dann nicht einfangen lässt; vgl. hierzu den weiteren Beitrag im vorliegenden Band.

97 *Kirchhof* 1993, S. 869; *Jellinek* 1914, S. 180 f. u. 183.

98 Vgl. *Schuett-Wetschky* 2013, S. 333 ff.

99 Seit der Entscheidung „Europäischer Haftbefehl I“ fortgeführt durch den Berichterstatter Di Fabio (s. u.).

100 *Kirchhof* 1993, S. 859.

„Wirtschaftsgemeinschaft“ herunterzuspielen, sodass die staatliche Messlatte des „Demokratiedefizits“ (noch) nicht angelegt werden musste und der Vertrag dann doch verfassungskonform sein konnte. Der Staat ist dabei, wie oben herausgestellt, für Kirchhof zudem immer Nationalstaat, sodass die Souveränität mit dem „Volk“ als „Staatsvolk“ korrespondiert, das als eine homogene politische Einheit und damit antipluralistisch begriffen wird, nämlich im Sinne von: „nationale Schicksalsgemeinschaft“, „Gemeinschaft“, „durch Geburt und Herkunft verwandten Staatsvolks“, „Mindesthomogenität“ usw.¹⁰¹

„Staat“, „Souveränität“ und „Volk“ – gemessen hieran muss nicht nur der „Verfassungspatriotismus“ als Krückenersatz „echter“ Staatlichkeit abgelehnt werden; so gesehen ist auch Deutschland erst mit der Überwindung der Zweistaatlichkeit während der Teilung so richtig Staat geworden.¹⁰² Vor allem aber erweist sich die europäische Integration, solange kein wirkliches europäisches Volk vorhanden ist, als „widernatürliche“ Gefahr der „Entstaatlichung“, die sich sogar durch die „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 III GG verbiete,¹⁰³ selbst wenn die Integration die grundgesetzlichen Vorgaben der Verfassungsprinzipien erfüllte. Denn „jede Forderung nach Parlamentarisierung der EWG... (zielt) auf ein Stück Entstaatlichung der Mitgliedstaaten“.¹⁰⁴

Genau hier traf sich Berichterstatter Kirchhof daher mit dem eher demokratietheoretisch argumentierenden Senatskollegen Böckenförde:¹⁰⁵ Solange es kein europäisches Volk im skizzierten Sinne als homogene politische Einheit gebe, solange sei die europäische Integration eben gar nicht ein Problem in institutioneller Hinsicht. Solange seien der Übertragung von Hoheitsrechten vielmehr überhaupt Grenzen gesetzt, weil sich die demokratische Legitimation nur über das deutsche Volk und damit allein über das nationale Parlament herstellen lasse. Auch Kirchhof pflegt daher mit Blick auf das EU-Parlament wie Böckenförde einen problematischen antiparlamentarischen Affekt. Daher bleibe im Prozess der europäischen Integration die Souveränität Deutschlands erhalten¹⁰⁶ – und „kann die europäische Versammlung, die sich ‚Parlament‘ nennt, gegenwärtig nicht ein Parlament... sein.“¹⁰⁷

101 Ebd., S. 859, 860, 866 bzw. 873; zum „Heller Zitat“ der „Homogenität“ bei „Maastricht“ vgl. den weiteren Beitrag im vorliegenden Band.

102 Vgl. ebd., S. 861 f.

103 Vgl. *Kirchhof* 1993, S. 882 ff.

104 Ebd., S. 883.

105 Dass bei der Maastricht-Entscheidung Böckenfördes Sicht im Vergleich zu Kirchhofs gemäßigter und das Heller-Zitat sogar ein Kompromiss gewesen sei, macht dann nur noch einen graduellen Unterschied aus; so aber *Lübbe-Wolff* 2007.

106 Vgl. *Kirchhof* 1993, S. 881.

107 So Kirchhof auch nach „Maastricht“: *Kirchhof* 2000, S. 53. Dagegen im selben Band *Pernice* 2000b, S. 83: „Bild hegelscher Prägung eines nahezu göttlichen Staates, der allumfassend, letztverantwortlich, unentrinnbar ist“ statt „multilevel constitutionalismus“.

5. Der „Volksstaat“ und sein Präsident als existenzieller „Integrator“ über der pluralistischen Gesellschaft bei Herzog

Roman Herzog, der zwar an der berühmten, liberalen „Brokdorf-Entscheidung“ maßgeblich mitgewirkt hat, bleibt im Staatsorganisationsrecht dagegen genauso in den tradierten Bahnen der deutschen Staatsrechtslehre:

Er definiert in Anlehnung an die „Integrationslehre“ von Rudolf Smend die Integration zur politischen Einheit als „neue Wesenheit“, die durch den als Prozess verstandenen Zusammenschluss von Menschen „zu einem Ganzen“ entsteht, also „nicht nur die Summe der Glieder darstellt“. ¹⁰⁸ Dabei wird das vermeintlich „echte Volk“ der pluralistischen Gesellschaft entgegengesetzt:

„... denn wenn Integration eben jenes Zusammengehörigkeitsgefühl ist, kraft dessen ein Volk erst ein Volk wird, so kann die pluralistische Gesellschaft, in der dieses Zusammengehörigkeitsgefühl teilweise dem Gefühl von Gruppenzugehörigkeit gewichen ist, nur als teil-integriert bezeichnet werden.“ ¹⁰⁹

In einem nächsten Schritt wird das als politische Einheit begriffene „Volk“ als „Körper“ hypostasiert, mit eigener existentieller Substanz versehen und als in der Geschichte handelndes Subjekt verstanden. Hinter diesem ontologisierten Verständnis lugt dabei der politische Existenzialismus von Carl Schmitt hervor:

„Es ist sehr wahrscheinlich, daß ein Volk... seine Existenz nicht nur fühlt, sondern erkennt und will. Auf der Hand liegt dabei, daß dies vorwiegend in Zeiten des Existenzbedrohung der Fall ist...“

Die bewußte und gewollte Zusammengehörigkeit macht aus einem Volke einen ganz anders strukturierten Aktionskörper, als dies in dem gewissermaßen paradiesischen Urzustand unbewußten Volkstums der Fall ist... Nation ist demgemäß jedes Volk, das sich seiner selbst bewußt geworden ist und damit zugleich die Bewahrung seiner Eigenart anstrebt.“ ¹¹⁰

Bei so viel „Existenz“ des „Volkes“ und „Willen“ zur „Existenz“ bedarf es wohl keiner ausführlichen Erläuterung, wie stark sich hier Herzog an Schmitts Konzeption von „Volk“ als „formlos Formendes“ und dessen Verfassungsbegriff als Entscheidung der politischen Einheit orientiert (s. o.). Auch in seinem „Pluralismus-Artikel“ findet sich eindeutig diese antipluralistische Tendenz und die Substanztialisierung des Staats- bzw. Volksbegriffs. Herzog anerkennt zwar zweifellos die Bedeutung der divergierenden Gruppeninteressen, sucht jedoch andererseits wegen der vermeintlichen Gefahr der Auflösung der politischen Einheit „Volk“ durch Partialinteressen durchgehend nach der Wahrung des „wahren Interesses“ der „Gesamtheit“ – schließlich sei dies „... eine Lebensfrage schlechthin, daß im

108 Herzog 1986a, S. 3; m. w. N. van Ooyen 2020b, S. 211 ff.

109 Herzog 1971, S. 81; „autoritärer Etatismus“, so schon Hammans 1987, S. 50 ff.

110 Ebd., S. 44.

Volk wieder das Gefühl für das Ganze im Gegensatz zum Gruppeninteresse geweckt wird.“¹¹¹ Diese kollektive Identität wird bei Herzog durch die „Schicksalsgemeinschaft“ (sic!) „gemeinsam bestandener und gemeinsam zu bestehender Gefahren bzw. ... gemeinsam erbrachter Leistungen“ erreicht.¹¹² Die Vorstellung von einem kollektiven Schicksal als Konstituens ist überaus merkwürdig – nicht nur, weil schon der Begriff der „Schicksalsgemeinschaft“ in seiner Konnotation als homogene, „geschlossene“ Gemeinschaft mit dem Begriff der pluralistischen, „offenen“ Gesellschaft kontrastiert. Sie ist es erst recht in der Silbe „Schicksal“, die eine jenseits der freien Entscheidung des Individuums und Aushandlung der politischen Interessen der Gruppen stehende Notwendigkeit, Vorherbestimmtheit der „Gemeinschaft“ beinhaltet. Aus dieser Prämisse folgt dann bei Herzog das Funktionsverständnis des Amtes des Bundespräsidenten:

Dieser sei wie kein anderer dazu berufen, „die Einheit des Staates zum Ausdruck zu bringen.“¹¹³ So sind nach seiner Auffassung Parlament und Regierung hierzu nicht wirklich in der Lage.¹¹⁴ In seiner Grundgesetz-Kommentierung – immerhin einer der maßgeblichen Kommentare überhaupt – kommt er, die „staatspolitische Rolle“ des Präsidenten beschreibend, daher zum Schluss:

„..., daß vom Bundespräsidenten auch die Fähigkeit zur Integration des Staatsvolkes erwartet werden muß. In einer pluralistischen Demokratie, in der die unvermeidlichen... Gruppeninteressen starke zentrifugale Kräfte freizusetzen pflegen, kommt es entscheidend darauf an, daß es ebenso starke zentripetale Kräfte gibt, die die Einheit des Gemeinwesens betonen und stärken; denn ohne dieses Bewußtsein der Einheit... sind auf Dauer... weder die Ergebnisse gesellschaftlicher Selbstregulierungsprozesse noch parlamentarische Mehrheitsentscheidungen erträglich.“¹¹⁵

Wahrer Repräsentant der politischen „Einheit“ ist somit allein der Präsident. Konsequentermaßen folgt Herzog hieraus, dass der Präsident hinsichtlich der Reden, die ja möglicherweise in die Richtlinien-/Ressortkompetenz nach Art. 65 GG eingreifen, nicht gegenzeichnungspflichtig sei;¹¹⁶ denn er könne „nicht auf die Zustimmung einer Regierung angewiesen sein, die normalerweise nur die eine Hälfte des Volkes hinter sich hat.“¹¹⁷ Vor diesem Hintergrund ist es dann auch insoweit systematisch richtig, dass sich der Präsident im Gegensatz zu Kanzler und Minister parlamentarischer Verantwortung überhaupt entzieht – und zwar nicht deshalb, weil gerade darin eine Entsprechung zu seiner Kompetenzlosigkeit liegt, sondern weil er ja das (ganze) „Volk“ hinter sich hat. Parlamentarische Ver-

111 Herzog 1987, S. 2541 bzw. 2546.

112 Herzog 1971, S. 82.

113 Herzog 1971, S. 289.

114 Vgl. Herzog 1986a, S. 16.

115 Herzog 1986b, Rn. 99.

116 Ob diese unter „Anordnungen/Verfügungen“ des Art. 58 GG fallen, mag strittig sein, ist hier aber nicht Herzogs Argument.

117 Herzog 1986a, S. 20.

antwortung durch Gegenzeichnung nach Art. 58 GG hieße dann, das „Volk“ als „Ganzes“ zu kontrollieren. Als Repräsentant der überindividuellen, mit Substanz versehenen politischen Einheiten „Staat“ und „Volk“ steht der Bundespräsident jenseits des Interessenstreits der Parteien; er ist für Herzog oberstes Staatsorgan, das „nur dem ‘Gemeinwohl’“ dient.¹¹⁸ Aus pluralismustheoretischer Sicht ist eine solche Formulierung unhaltbar und Herzog selbst scheint die Unmöglichkeit seiner Formulierung zu erahnen, setzt er doch den Begriff Gemeinwohl in Anführungszeichen.¹¹⁹ Wie Schmitt hält er aber das Amt des Präsidenten als „Ein-Mann-Organ“ überhaupt für besonders geeignet, die „Einheit des Staates“ zu verkörpern. Schließlich sei zu „etwas anderem... ein einzelner Mensch gar nicht imstande“.¹²⁰ Über diese recht gewagte Analogie zwischen der vermeintlichen Einheit des Individuums und der des Staates hinaus wird die Repräsentationsfunktion des Präsidenten jedoch explizit nicht in einem bloß technischen Sinne definiert, also als eine formale „Anlaufstelle“ für Diplomaten bzw. als ein „Zeremonienmeister“ der nach den Gepflogenheiten internationaler Courtoisie sich vollziehenden Staatsempfänge. Nein, der Präsident ist vielmehr „echter“ Repräsentant im existentiellen Sinne, da er das Wichtigste im modernen Staat zum Ausdruck bringe, nämlich die Vorstellung „der Existenz, der Legitimität und der Einheit des Staates“.¹²¹ Der Bundespräsident ist demnach nicht einfach eine Institution, der via Verfassung bestimmte Kompetenzen im Verhältnis zu anderen Institutionen wie Parlament und Regierung zufallen, sondern Inbegriff der existentiellen politischen Einheit „Staat“ und des „Volkes“ als „Schicksalsgemeinschaft“. Daher plädiert Herzog in der Diskussion um die „Krise“ von Parlamentarismus und Parteiendemokratie für die Stärkung präsidentieller Kompetenzen im Rahmen des Art. 63 GG, nämlich:

1. für die Kompetenz des Präsidenten zur Nichternennung des vom Bundestag mit absoluter Mehrheit gewählten Kanzlers mit Folge der Parlamentsauflösung im Falle des Fehlens einer mehrheitsfähigen Regierungskoalition¹²² und
2. für die Stärkung der präsidentiellen „Reserve“ des Art. 63 IV GG in der Weise, dass der Präsident beim letzten Wahlgang im Falle einer nur relativen Mehrheit frei entscheiden kann, auch einen unterlegenen Gegenkandidaten zum „Minderheitskanzler“ zu ernennen.

Denn, so Herzog, es mache „nur wenig Sinn, wenn der Bundespräsident einen ersicht-

¹¹⁸ Herzog 1986b, Rn. 90.

¹¹⁹ So ist für ihn vorstellbar, dass im Rahmen der politischen Kompetenzen von Art. 63, 68 u. 81 GG Situationen auftreten, in denen der Präsident objektiv betrachtet nicht neutral bleiben könne und damit zufrieden sein müsse, sich subjektiv um das Gemeinwohl bemüht zu haben; ebd.

¹²⁰ Herzog 1986b: Rn. 7.

¹²¹ Ebd.: Rn. 97.

¹²² Vgl. Herzog 2000, S. 33 f.; angesichts der Möglichkeit bei der Wahl 1998, dass „Rot-Grün“ nicht die absolute Mehrheit erreicht hätte, der Kanzler aber Hilfe der PDS ohne deren Regierungsbeteiligung gewählt worden wäre.

lich unfähigen Bewerber ernennen muß, während der nächsterfolgreiche Bewerber vielleicht eine ordentliche politische Leistung erwarten ließe.“¹²³

Nun, von dort aus ist es dann gar kein großer Schritt mehr, die Bestimmung des Kanzlers überhaupt dem Präsidenten zu überlassen, der als „wahrer“ Repräsentant des „ganzen Volkes“ das „Gemeinwohl“ kennt, daher „überparteilich“ den ersichtlich unfähigen Kandidaten der Mehrheit (!) verhindert und den zur ordentlichen Politik wirklich Befähigten benennt. Eine solche Absicht zur „Reform“ des parlamentarischen Systems verhüllt kaum noch die dahinter stehende Konzeption: weg von der parlamentarischen, pluralistischen Parteiendemokratie hin zu einer „über“ den Interessensgegensätzen stehenden, präsidential-autoritären Rason. Oder in der Diktion von Max Weber formuliert: hin zur „irrationalen“, quasi-sakral aufgeladenen Form der charismatischen Herrschaft¹²⁴, die sich dann auch einer Kritik überhaupt entzieht.

6. Die „Bundestreue“ und die Lehre „souveräner Kernstaatlichkeit“ bei Di Fabio

Angesichts der „Flüchtlingskrise“ beauftragte das Land Bayern den früheren Richter Di Fabio mit einem Gutachten, das Januar 2016 vorgelegt wurde.¹²⁵ Udo Di Fabio war Berichterstatter des Zweiten Senats für die Lissabon-Entscheidung gewesen und gilt im langjährigen Streit der Staats- und Europarechtslehre als einer der Vertreter eines konservativen, „europaskeptischen“ Lagers.¹²⁶ Seine „Kernstaatslehre“, die schon „Lissabon“ geprägt hatte, schlug sich nun im namentlich gezeichneten Gutachten prägnant nieder.

Zentrale Frage sei hierbei, „welche verfassungsrechtlichen Pflichten dem Bund gegenüber den Ländern zur Begrenzung des massenhaften und unkontrollierten Zustroms von Flüchtlingen obliegen, insbesondere im Hinblick auf einen wirksamen Schutz der Grenze“. Dabei sei zu prüfen, ob der Bund „eine gesetzmäßige und wirksame Einreise- und Aufenthaltskontrolle auch zur Erhaltung des föderalen Staatsgefüges... zu gewährleisten“ habe.¹²⁷ Denn bei der Bewältigung der Migrationskrise falle das Einreise-, Ausländer- und Asylrecht in seine Zuständigkeit, während alle anderen Aufgaben der weiteren Durchführung wie „Aufnahme, Unterbringung, Versorgung,... Gewährleistung von Sicherheit und Ordnung, einschließlich der Strafverfolgung, die soziale Integration, zusätzliche Bildungs- und Betreuungsangebote, aber auch ausländerrechtliche Maßnahmen wie die Abschiebung“ Ländersache sei. So bestehe hier gerade mit Blick auf die „elementare Frage der Beherrschung der Elemente der Staatlichkeit eine föderale Schicksalsgemein-

123 Ebd., S. 35.

124 Vgl. Weber 1972, S. 122 ff., 140 ff.

125 Di Fabio 2015b, S. 517 ff.

126 Vgl. Hwang 2015, S. 703 ff.; van Ooyen 2020a.

127 Di Fabio 2015a, S. 30.

schaft“.¹²⁸ Das folge aus dem Grundsatz der „Bundestreue“. Darüber hinaus schließt er seine Argumentation mit der „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 Abs. 3 GG kurz, weil die „Kontrolle über Elemente der Staatlichkeit im Sinne des Identitätsvorbehalts der Rechtsprechung des BVerfG integrationsfest“ sei.¹²⁹ Ausgehend vom Lissabon-Urteil sei die Grenzkontrolle nämlich eine „Grundbedingung von Staatlichkeit selbst“¹³⁰ und damit Ausdruck der vom Grundgesetz vorausgesetzten Souveränität und Teil des unaufgebbaren Verfassungskerns demokratischer Identität und Legitimation.

6.1 „Bundestreue“ und die Integrationslehre des Deutschnationalen Smend

Der Maßstab der Bundestreue kann aber schon im Ansatz nicht zu überzeugen. Nicht nur, dass er im Verfassungsrecht begrifflich aus der Zeit gefallen scheint. Genauer betrachtet stammt er aus der monarchistischen Mottenkiste der bismarckschen Reichsgründung, staatsrechtlich dogmatisch „verfeinert“ in der – antidemokratischen – (Integrations-)Lehre des Deutschnationalen Rudolf Smend,¹³¹ nicht jedoch aus dem Kontext einer demokratisch-republikanischen Theorie des „kooperativen Föderalismus“ unter dem Grundgesetz, in dem die Bund-Länder-Kompetenzen und -Zusammenarbeit minutiös ausdifferenziert und institutionalisiert sind. Dass das Bundesverfassungsgericht hieraus dann etwas „moderner“ die wechselseitige Pflicht von Bund und Länder zum „freundlichen“ Verhalten, also zur gegenseitigen Rücksichtnahme entwickelt hat, ist eine bloß zur Phrase stilisierte Banalität – denn natürlich ist man im Umgang zwischen Institutionen in Bund und Ländern „freundlich“. Es ändert auch nichts an der Tatsache, dass man nach der „Bundestreue“ jenseits der in Art. 35 GG ausdrücklich verankerten gegenseitigen Pflicht zur Rechts- und Amtshilfe in der Verfassung ganz vergeblich sucht. Sie soll denn auch gleich ein sogar „ungeschriebenes“ Verfassungselement des Bundesstaatsprinzips sein. Soweit man bereit ist, das nicht direkt als „law fiction“ (Helmut Ridder) abzutun, sondern vorläufig zu akzeptieren¹³² bleibt zu guter Letzt als das eigentliche Kernproblem der „Bundestreue“: ihre politisch instrumentalisierbare Inhaltsleere. Und genau deshalb hat sie sich „seit ihrer rechtsdogmatischen Entdeckung“ ... als äußerst schillerndes Konzept erwiesen, das je nach bundesstaatstheoretischer Prämisse zur Begründung völlig entgegengesetzter Ergebnisse verwendet werden kann“. Auch in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zeigt sich, dass das „im Grunde Blankettbegriffe sind, über die verfassungspolitische Vorstellungen der entscheidenden Gremien bzw. Personen Eingang in das Recht

128 Ebd., S. 31; darüber hinaus prüft er im Gutachten den Gesetzesvorbehalt.

129 Ebd., S. 90.

130 Ebd., S. 86.

131 Vgl. auch zum Folgenden: Smend 1955, S. 39 ff.; Koriath 1990; Oeter 1998; van Ooyen 2014; Koriath 2015, S. 693 ff.

132 Vgl. schon Tomuschat 1972; m. w. N. Wolff 2000.

finden“.¹³³ Was bundes- bzw. länderfreundlich ist, lässt sich jenseits des auf der Grundlage der Verfassung sich vollziehenden Prozesses politischer Aushandlung gar nicht bestimmen bzw. mit der „Bundestreue“ lassen sich eben alle als Ergebnis gewünschten rechtspolitischen Positionen pseudo-verfassungsrechtlich camouflieren.

6.2 Grenzkontrolle als Element ewiger, „souveräner Kernstaatlichkeit“?

Aber auch jenseits dieser Einwände war die „Flüchtlingskrise“ tatsächlich von Di Fabios Einschätzung weit entfernt. Mit dem von ihm herauf beschworenen Szenario der „kollektiven Existenzgefährdungen“ der „Staatlichkeit als tragende(r) Verfassungsvoraussetzung“¹³⁴ durch die Politik des Bundes hatte die Wirklichkeit kaum etwas zu tun, selbst wenn man seinen hegelianischen Etatismus von „existenzieller“ Staatlichkeit, die der Verfassung vorausgesetzt wäre, einmal teilte. Für an Leid und existenzielle Not kaum noch gewöhnte Wohlstandsgesellschaften des Westens im Allgemeinen und besonders für die auf „Ordnung“ fixierte deutsche Gesellschaft mochten sich die in der „Flüchtlingskrise“ eskalierenden Zustände von „Unordnung“ dramatisch dargestellt haben. Doch es herrschte weder Bürgerkrieg hierzulande noch eine sonstige allgemeine Auflösung des Staates – auch nicht in Bayern. Tatsächlich „existenziell“ bedroht aber waren, spöttisch formuliert, die Turnvereine und der Sportunterricht durch die Dauer-Belegung von Turnhallen.

Schon in der Formulierung „Staatlichkeit als tragende Verfassungsvoraussetzung“ (s. o.) jedenfalls spiegelt sich der für die monarchistische Staatslehre des 19. Jahrhunderts typische Dualismus von Staat und Recht wider: Hier ist wie dann auch in der etatistischen Staatslehre Jellineks, auf den Di Fabio Bezug nimmt, der Staat dem Recht als „ursprüngliche Herrschermacht“¹³⁵ vorgeordnet und sein souveräner Schöpfer; er kann im Ausnahmezustand – bei Carl Schmitt dann auf die Spitze getrieben¹³⁶ – die Rechtsordnung ggf. auch beiseite schieben. Souveränität als „ursprüngliche Herrschermacht“, schöpferisch und sich selbst wie ein „sterblicher Gott“ (Thomas Hobbes) erschaffend, ist heute noch eine nach wie vor gültige Analysekategorie – in der Theologie. In der Verfassungsrechtswissenschaft ist das wohl längst nicht mehr state of the art¹³⁷ – es sei denn, man verfolgte Konzepte „Politischer Theologie“. In dieser Logik aber nur konsequent genug betrachtet wäre dann die von Di Fabio festgestellte vorübergehende „Außerkräftsetzung“ des kompletten rechtlichen Grenzregimes in der „Flüchtlingskrise“ sogar das genaue Gegenteil von dem, was er behauptete: nicht Zeichen der Auflösung von Staatlichkeit, sondern die Herbeiführung eines „Ausnahmezustands“ durch einen Akt souveränen, vom Recht los-

133 Oeter 1998, S. 481 f.

134 Di Fabio 2015a, S. 45.

135 Jellinek 1914, S. 180 ff.

136 Vgl. Schmitt 1996c.

137 So auch Bast/Möllers 2016; vgl. schon Kelsens klassische Kritik an der Souveränität als Form politischer Theologie: Kelsen 1989, S. 29 ff.; m. w. N. van Ooyen 2020b.

gelösten Entscheidens des Staats¹³⁸ – politikwissenschaftlich in dieser Weise betrachtet sozusagen ein „Links-Schmittianismus“ der Regierung Merkel/Gabriel. Di Fabio müsste sich hier also entscheiden: Entweder gibt es seine, ideengeschichtlich letztlich aus der Theologie und dem Absolutismus stammende, „souveräne“ Staatlichkeit, dann aber in solchen „Ausnahmesituationen“ gerade keinen Verfassungsbruch; oder aber es gibt den von ihm behaupteten Verfassungsverstoß, dann aber wohl gar keinen „souveränen“ Staat, mit dem man staatsrechtlich argumentieren könnte.

Schließlich sucht Gutachter Di Fabio seine Argumentation unangreifbar zu machen, indem er die „Kontrolle der Einreise in das Bundesgebiet“ als „Grundbedingung der Staatlichkeit selbst“¹³⁹ an die „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 III GG koppelt. Selbst gesetzliche Ermächtigungen des Bundestags, ja noch nicht einmal Verfassungsänderungen hätten demnach die „Grenzöffnung“ legalisieren können. Mit Hilfe der von ihm (mit-) verfassten Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in der schon die „Souveränität“ des Nationalstaats regelrecht beschworen wurde,¹⁴⁰ soll so die nationale Grenzkontrolle auch aus demokratietheoretischer Sicht als völlig unaufgebbare, auch letztlich nicht im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses übertragbare Kern-Essentiale einer unauflösbaren „Trinität“ von Souveränität, Staatlichkeit und deutschem Volk festgeschrieben werden.¹⁴¹ So scheint hier nicht nur ein weiteres Mal nebenbei deutlich zu werden, wie das System sich gegenseitig verstärkender, „kommunizierender Röhren“ in der Rechtswissenschaft zu einer sich zunehmend verengenden und starren Dogmatik führt: Staatsrechtler zitieren das Verfassungsgericht, das ebendiese Staatsrechtler zitiert. Am besten klappt das natürlich, wenn man in beiden „Röhren“ tätig ist und sich gleich auf sich selbst beziehen kann. Bemerkenswert an dieser Argumentation ist zudem, dass der schon mit der Lissabon-Entscheidung erneut gemachte Versuch einer Bestimmung von „Kernaufgaben“ des Staats fortgeführt und nach den dort genannten, vermeintlich essentiellen Staatsaufgaben¹⁴² nun einfach auf das hier gewünschte Ergebnis „Grenzkontrolle“ ausgedehnt wird. Auch die sog. „Staatsaufgabenlehre“ aber ist (selbst in der Gestalt des liberalen „Nachtwächterstaats“) ein Kind des obrigkeitsstaatlichen 19. Jahrhunderts – jedenfalls kaum kompatibel mit einer demokratischen Verfassungstheorie: Denn das, was in einem Staat als politisch wichtig, also als „Kernaufgabe“, erachtet wird, kann nicht von vorneherein dogmatisch bestimmt werden, sondern ist das Ergebnis des demokratischen Prozesses. Es ergibt sich, in der Diktion der Pluralismustheorie von Fraenkel formuliert, immer nur „a posteriori“.¹⁴³ Abstrus jedoch ist, dass der von den Vätern (und Müttern) des

138 Richtig daher auch Bast/Möllers 2016: „Aus dem Prinzip der Staatlichkeit den Schutz des Staates vor seinen eigenen Handlungen herzuleiten und damit die staatliche Handlungsfähigkeit im Namen der Staatlichkeit zu beschränken, ist ein eigenartiges Argument“.

139 Di Fabio 2015a, S. 86.

140 Vgl. van Ooyen 2020a.

141 Vgl. Di Fabio 2015a, S. 83 ff.; S. 102 ff.

142 Vgl. BVerfGE 123, 267 – Lissabon (2009), Rn. 252 ff. (Internetfassung).

143 Vgl. m. w. N. van Ooyen/Möllers 2009.

Grundgesetzes als „Anti-Diktaturklausel“ gedachte Art. 79 Abs. 3 GG hier ein weiteres Mal in Stellung gebracht wird.

7. Die Zementierung des national-liberalen Etatismus als „ewig“ herrschende Staats- und Demokratietheorie

Das fiel nicht nur schon in der Lissabon-Entscheidung auf als einer nahezu kompletten Verkehrung der historischen Erfahrung Deutschlands auf seinem „langen Weg nach Westen“ (Heinrich A. Winkler). Denn die Wiedererlangung der staatlichen Handlungsfähigkeit erfolgte ja gerade durch die europäische Integration. Das Bundesverfassungsgericht nutzt die Ewigkeitsklausel einfach, um seine Position unangreifbar zu machen. Es neigt in seiner gesamten Rechtsprechung zugleich zu einer Art zeitlosen „Maßstabssetzung“.¹⁴⁴ Im Unterschied etwa zur fallorientierten anglo-amerikanischen Tradition formuliert es immer wieder ausführliche, weit vom konkreten Sachverhalt entfernte, abstrakte und prinzipielle Prüfungsmaßstäbe; diese werden dann durch ständige Selbstverweisung in späteren Urteilen völlig aus ihrem ursprünglichen historischen Entscheidungskontext herauslöst und als „überzeitliche“ Dogmen kanonisiert. So lässt sich in der Staats- und Demokratietheorie eine – auch materiell zunehmende – regelrechte „Verfassungszementierung“ beobachten,¹⁴⁵ die über Art. 79 Abs. 3 GG als unantastbar „verewigt“ wird. In puncto Europa hat das Gericht den Sinn der „Ewigkeitsklausel“ überhaupt in sein Gegenteil verkehrt: Wohl kaum hatte der Parlamentarische Rat vor Augen gehabt, dass ausgerechnet aus Richtung der im Grundgesetz neu angelegten supranationalen Integration in die westlichen Demokratien die Gefahr für die neue Republik drohte, vielmehr jedoch, dass gerade beim deutschen „Sonderweg“ nationaler Souveränität die Diktatur lauerte.¹⁴⁶

8. Das Staats- und Demokratietheorie-Defizit des Bundesverfassungsgerichts

Das Staats- und Demokratieverständnis des „national-liberalen Etatismus“ wird zwar im Gericht selbst kritisiert,¹⁴⁷ hier aber bleiben die Kritiker bei den zentralen Entscheidungen nach wie vor in der Minderheit. Dass diese politiktheoretische „Trinitätslehre“ von Staat – Souveränität – Volk sich so wirkmächtig hat entfalten können, könnte auch mit einem anderen Befund korrespondieren. Denn generell existiert beim Verfassungsgericht ein

¹⁴⁴ Vgl. *Lepsius* 2015.

¹⁴⁵ Vgl. *Hoffmann* 2020; *Dreier* 2009. Beim Maßstab für das Parteiverbot hat das BVerfG das inzwischen korrigiert; m. w. N. *van Ooyen* 2017, S. 468 ff.

¹⁴⁶ Vgl. *van Ooyen* 2020d, S. 382 ff.

¹⁴⁷ Vgl. z. B. schon die Minderheitsmeinung von Solange I; *Bryde* 1994; mit explizitem Rückgriff auf die Staatstheorie von Kelsen: *Lübbe-Wolff* 2007.

regelrechtes Demokratietheorie-Defizit zugunsten einer Flucht in die Dogmatik des Rechtsstaats:

„Als Beispiel kann auch auf die Debatte um Parlamentsvorbehalt und Wesentlichkeitstheorie verwiesen werden... (Das Gericht) flüchtete vor dem demokratietheoretischen Problem und suchte bei den rechtsstaatlichen Maßstäben der Grundrechte Schutz, indem es die Formel kreierte, jedenfalls die grundrechtsrelevanten Bestimmungen zählen zum Wesentlichen. Das Problem der Ausprägung und Reichweite des Gesetzesvorbehalts als Kehrseite von Parlamentsvorbehalt und Wesentlichkeitslehre fiel mit dem Grundrechtseingriff zusammen, und in der Folge verlagerte sich die eigentlich staatsorganisatorische Diskussion in die Grundrechte... Der Gang der Dinge ist symptomatisch für die deutsche Verfassungsdogmatik, die sich durch Unvermögen zu staatsorganisationsrechtlicher Theoriebildung auszeichnet, das durch die Ausdehnung materieller Prüfungsmaßstäbe kompensiert wird. Staatsorganisationsrechtliche Fragen werden hier zu grundrechtlichen umformuliert; an die Stelle von Organisationsrecht, Kompetenzteilungen, Normenhierarchie oder Verfahren treten die materiellen grundrechtlichen Prüfungsmaßstäbe.“¹⁴⁸

Mit Blick auf die Rechtsprechung zur „Demokratie“ und/oder „Europa“ bedeutet das, dass sich hier dann leicht solche Konzepte rechtspolitisch durchsetzen,

- die entweder theoretisch differenziert ausformuliert sind und damit überhaupt als Begründungsmuster verfügbar vorliegen – so im Falle der von der Schmittschen Sicht geprägten Demokratietheorie Böckenfördes oder
- die einfach auf tradierte, wirkmächtige Theorien zurückgreifen, die schon von der Ausbildung her durch Kanonisierung auch jedem ideengeschichtlich nicht Geschulten geläufig sind (durch Jellineks liberal-konservativen, hegelianisch geprägten Etatismus der „ursprünglichen Herrschermacht“ etwa sind ganze Juristengenerationen gegangen) – so im Falle des Konzepts des souveränen Staates, das mit weiteren, vor- bzw. antideмократischen Staatslehren des 19. bzw. frühen 20. Jahrhunderts angereichert wird: sei es mit dem theoretisch leicht verdaulichen Naturalismus der reaktionären organischen Staatslehre (Kirchhof), mit der alten Staatsaufgabenlehre des „Nachtwächterstaats“ und seinen klassischen Staatszwecken der äußeren und inneren Sicherheit, Justiz und Finanzen (Kirchhof und Di Fabio) oder der gemeinschaftsbezogenen, deutschnationalen Integrationslehre (Herzog, bzgl. der „Bundestreue“ auch Di Fabio).

Wenn wie im Falle der Rechtsprechung zu „Demokratie“ und/oder „Europa“ beides zusammentrifft – und dabei die „rousseauistisch“ geprägte Schmittsche Theorie des identitären, homogenen „Volkswillens“ und der „Gemeinschaft“ auch noch selbst zum Traditionsbestand der Staatslehre, ja sogar zu den in Deutschland weit verbreiteten Populärvor-

148 Lepsius 2013, S. 179 f. Dieses drastische Missverhältnis zwischen Rechtsstaats-/Grundrechtstheorie und Demokratietheorie spiegelt sich direkt wider auch in fallorientierten Lehrbüchern, die primär an der Rechtsprechung des BVerfG ausgerichtet sind, vgl. Bumke/Voßkuhle 2020.

stellungen von Demokratie zählt¹⁴⁹ – entsteht mit der „Souveränität des Staates“ und des „Volkes“ eine Deutungshoheit, die schwer aufzubrechen ist: Diese politischen Theorien setzen sich dann durch das rechtswissenschaftliche System der „kommunizierenden Röhren“¹⁵⁰ fort, von Urteil zu Urteil sich selbst eher noch verstärkend, auch wenn sie an der Realität scheitern, in ihrer Begrifflichkeit längst überholt oder in ihren theoretischen Bezügen sogar „vergiftet“ sind. Alternative Deutungen zur „Dreifaltigkeitslehre“ von „Staat – Volk – Souveränität“ bleiben wegen des verfassungsgerichtlichen „Demokratiethorie-Defizits“¹⁵¹ als nicht mehrheitsfähig i. d. R. auf der Strecke. Dies erst recht, wenn man bedenkt, dass die meisten Richter*innen kaum die Staats- und Verfassungstheorie als Schwerpunkt ihrer beruflichen Sozialisation durchlaufen haben, ja viele von ihnen noch nicht einmal aus dem Fachgebiet des Staats- und Verfassungsrechts i. e. S. kommen bzw. im jeweiligen Senat sowieso andere Spezialmaterien betreuen – und schon von daher kaum auf die demokratie- und staatstheoretischen Details einer Urteilsbegründung schauen.

Literatur

- Bärsch, Claus-Ekkehard, 1974: Der Staatsbegriff in der neueren deutschen Staatslehre und seine theoretischen Implikationen, Berlin.
- Bast, Jürgen/Möllers, Christoph, 2016: Dem Freistaat zu gefallen: Über Udo Di Fabios Gutachten zur staatsrechtlichen Beurteilung der Flüchtlingskrise, <https://verfassungsblog.de/dem-freistaat-zum-gefallen-ueber-udo-di-fabios-gutachten-zur-staatsrechtlichen-beurteilung-der-fluechtlingskrise/> vom 16.1.2016 (letzter Abruf 11.3.2021).
- Blanke, Hermann-Josef, 2000: Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip; in: Redaktion Kritische Justiz, S. 32-58.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, 1987: Demokratie als Verfassungsprinzip; in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HBStR, Bd. 1, Heidelberg, S. 887 ff.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, 1991a: Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt am Main.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, 1991b: Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt am Main.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, 2000: Staat, Nation, Europa, Frankfurt am Main.
- Bryde, Brun-Otto, 1994: Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratiethorie, SuS, Heft 3, S. 305-330.
- Bull, Hans-Peter, 1998: Hierarchie als Verfassungsgebot? Zur Demokratiethorie des Bundesverfassungsgerichts; in: Greven, Michael Thomas/Münkler, Herfried/Schmalz-Bruns, Rainer (Hrsg.), Bürgersinn und Kritik. FS Bermbach, Baden-Baden, S. 241-256.
- Bumke, Christian/Voßkuhle, Andreas, 2020: Casebook Verfassungsrecht, 8. Aufl., Tübingen.
- Di Fabio, Udo, 2015a: Gutachten: Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem; <http://www.welt.de/bin/di-fabio-gutachten-150937063.pdf> (letzter Abruf 11.3.2021).
- Di Fabio, Udo, 2015b: Zusammenfassung: Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, ZSE, Heft 4, S. 517-521.

149 Von einem „kollektivistische(n) Missverständnis der Demokratie“ spricht *Habermas* 2011, S. 41.

150 Verfassungsgerichtsurteile, die als höchstrichterliche Entscheidungen in die Lehrbücher und Kommentare eingehen, die dann selbst wiederum als „herrschende Meinungen“ die Rechtsprechung prägen.

151 M. w. N. *van Ooyen* 2020a, S. 93 u. 135 ff.

- Doering-Manteuffel*, Anselm/*Greiner*, Bernd/*Lepsius*, Oliver, 2015: Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 1985, Tübingen.
- Dreier*, Horst, 1991: Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, Tübingen.
- Dreier*, Horst, 2009: Gilt das Grundgesetz ewig?, München.
- Fischer*, Thomas/*Eschelbach*, Ralf/*Krehl*, Christoph, 2013: Das Zehn-Augen-Prinzip – zur revisionsgerichtlichen Beschlusspraxis in Strafsachen, StV, Heft 6, S. 395-402.
- Fraenkel*, Ernst, 1990: Deutschland und die westlichen Demokratien, erw. 2. Aufl., Frankfurt am Main.
- Fraenkel*, Ernst, 1999: Zur Soziologie der Klassenjustiz; in: Gesammelte Schriften, Bd. 1, Recht und Politik in der Weimarer Republik, Baden-Baden, S. 177-211.
- Goerlich*, Helmut, 2014: Die Legitimation von Verfassung, Recht und Staat bei Ernst-Wolfgang Böckenförde; in: Mehring, Reinhard/Otto, Martin (Hrsg.), Voraussetzungen und Garantien des Staates, Baden-Baden, S. 194-223.
- Günther*, Frieder, 2004: Denken vom Staat her, München.
- Habermas*, Jürgen: Wie demokratisch ist die EU? Die Krise der Europäischen Union im Licht einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts, Blätter, Heft 8, S. 37-48.
- Hammans*, Peter, 1987: Das politische Denken der neueren Staatslehre in der Bundesrepublik, Opladen.
- Herzog*, Roman, 1971: Allgemeine Staatslehre, Frankfurt am Main.
- Herzog*, Roman, 1986a: Der Integrationsgedanke und die obersten Staatsorgane, Kölner Juristische Schriften Band 1/2.
- Herzog*, Roman, 1986b: Art. 54; in: Maunz/Dürig u. a.: Grundgesetz. Kommentar, München.
- Herzog*, Roman, 1987: Pluralismus, pluralistische Gesellschaft; in: Ev. Staatslexikon, Bd. 2, 3. Aufl., Stuttgart, Sp. 2539 ff.
- Herzog*, Roman, 2000: Strukturmängel der Verfassung?, München.
- Hoffmann*, Tanja, 2020: Der invariable Verfassungskern in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Dürren.
- Hwang*, Shu-Perng, 2015: Der deutsche Verfassungsstaat im europäischen Mehrebenensystem, EuR, Heft 6, S. 703-720.
- Isensee*, Josef/*Kirchhof*, Paul (Hrsg.), 1987 ff.: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg.
- Jellinek*, Georg, 1914: Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin-Heidelberg.
- Kelsen*, Hans, 1989: Gott und Staat (1922/23); in: Ders.: Staat und Naturrecht, 2. Aufl., München, S. 29 ff.
- Kelsen*, Hans, 2019: Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Neuausgabe, hrsgg. von Robert Chr. van Ooyen, 2. Aufl., Tübingen.
- Kirchhof*, Paul, 1993: Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration; in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Bd. 7, S. 855-887.
- Kirchhof*, Paul, 2000: Die Gewaltbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen; in: Pernice, Ingolf (Hrsg.), Grundfragen der europäischen Verfassungsentwicklung, Baden-Baden, S. 37-61.
- Köppe*, Olaf, 1997: Politische Einheit und pluralistische Gesellschaft. Ambivalenzen der Verfassungstheorie Ernst-Wolfgang Böckenfördes, KJ, Heft 1, S. 45-62.
- Korioth*, Stefan, 1990: Integration und Bundesstaat, Tübingen.
- Korioth*, Stefan, 2015: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Bundesstaat; in: van Ooyen/Möllers, S. 693-712.
- Kranenpohl*, Uwe, 2009: Herr des Verfahrens oder nur Einer unter Acht? ZfR, Heft 2, S. 135-163.
- Lepsius*, Oliver, 2003: Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre; in: Gusy, Christoph, Weimars lange Schatten – „Weimar“ als Argument nach 1945, Baden-Baden, S. 354 ff.
- Lepsius*, Oliver, 2013: Rechtswissenschaft in der Demokratie, Der Staat, Heft 2, S. 157-186.
- Lepsius*, Oliver, 2015: Entscheiden durch Maßstabsbildung; in: van Ooyen/Möllers, S. 119-135.

- Lepsius, Oliver/Doering-Manteuffel, Anselm, 2015: Die Richterpersönlichkeiten und ihre protestantische Sozialisation; in: Doering-Manteuffel/Greiner/Lepsius, S. 167-224.
- Lhotta, Roland, 2005: Die Integration des modernen Staates, Baden-Baden.
- Lietzmann, Hans, 2015: Kontingenz und Geheimnis. Die Veröffentlichung der Sondervoten beim Bundesverfassungsgericht; in: van Ooyen/Möllers, S. 459-475.
- Lübbe-Wolff, Gertrude, 2007: Homogenes Volk – Über Homogenitätspostulate und Integration, ZAR, Heft 4, S. 121-127.
- Ludwig, Gundula/Sauer, Birgit/Wöhl, Stefanie (Hrsg.), 2009: Staat und Geschlecht, Baden-Baden.
- Mayer-Tasch, Cornelius, 1971: Korporativismus und Autoritarismus, Frankfurt am Main.
- Mehring, Reinhard, 1995: Carl Schmitt und die Verfassungslehre unserer Tage, AöR, Heft 2, S. 177-204.
- Möllers, Christoph, 2008: Der vermisste Leviathan, Frankfurt am Main.
- Müller, Ingo, 1989: Furchtbare Juristen, München.
- Oeter, Stefan, 1998: Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht, Tübingen.
- von der Ohe, Axel, 2010: Das Gesellschaftsbild des Bundesgerichtshofs, Frankfurt am Main.
- van Ooyen, Robert Chr., 2005: Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, Berlin.
- van Ooyen, Robert Chr., 2006: Der Staat – und kein Ende?, JöR, Bd. 54, S. 151-166.
- van Ooyen, Robert Chr., 2008/09: Machtpolitik, Persönlichkeit, Staatsverständnis und zeitgeschichtlicher Kontext: wenig beachtete Faktoren bei der Analyse des Bundesverfassungsgerichts; JJZG, Bd. 10, S. 249-265.
- van Ooyen, Robert Chr., 2009: Die Unhintergebarkeit des Politischen in der Verfassungsgerichtsbarkeit, ZfP, Heft 1, S. 98-107.
- van Ooyen, Robert Chr., 2011: Die dunkle Seite des Rechtsstaats. Otto Kirchheimers „Politische Justiz“ zwischen Freund-Feind, Klassenjustiz und Zivilisierung; in: Ders./Schale, Frank (Hrsg.), Kritische Verfassungspolitologie, Baden-Baden, S. 199-224.
- van Ooyen, Robert Chr., 2014: Integration. Die antidemokratische Staatstheorie von Rudolf Smend im politischen System der Bundesrepublik, Wiesbaden.
- van Ooyen, Robert Chr., 2015a: Bundesverfassungsgericht und politische Theorie, Wiesbaden.
- van Ooyen, Robert Chr., 2015b: Staatstheorie eines katholisch-sozialdemokratisch-liberalen Etatisten; in: JB E&D, Baden-Baden, S. 326-330.
- van Ooyen, Robert Chr., 2017: Rechtspolitik durch verfassungsgerichtliche Maßstabsverschiebung. Die „neue“ Definition der FdGO im NPD II-Urteil, RuP, Heft 4, S. 468-472.
- van Ooyen, Robert Chr., 2019: Das „Deutsche“ in der deutschen Staats(rechts)lehre, RuP, Heft 2, S. 205-210.
- van Ooyen, Robert Chr., 2020a: Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa, 8. Aufl., Baden-Baden.
- van Ooyen, Robert Chr., 2020b: Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie, 2. Aufl., Berlin.
- van Ooyen, Robert Chr., 2020c: Ausländerwahlrecht, 3. Aufl., Frankfurt am Main.
- van Ooyen, Robert Chr., 2020d: EZB-Urteil: Wenn das der Parlamentarische Rat gewusst hätte... Karlsruhe positioniert immer wieder die „Ewigkeitsklausel“ gegen Europa, RuP, Heft 3, S. 382-385.
- van Ooyen, Robert Chr./Möllers, Martin H. W. (Hrsg.), 2009: (Doppel-)Staat und Gruppeninteressen. Pluralismus – Parlamentarismus – Schmitt-Kritik bei Ernst Fraenkel, Baden-Baden.
- van Ooyen, Robert Chr./Möllers, Martin H. W. (Hrsg.), 2015: Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden.
- Patzelt, Werner, 2015: Warum mögen die Deutschen ihr Verfassungsgericht so sehr; in: van Ooyen/Möllers, S. 313-331.
- Pernice, Ingolf (Hrsg.), 2000a: Grundfragen der europäischen Verfassungsentwicklung, Baden-Baden.

- Pernice*, Ingolf, 2000b: Die Politische Vision von Europa und die notwendigen institutionellen Reformen; in: ebd., S. 79-89.
- Petersen*, Niels, 2010: Demokratie und Grundgesetz, JöR, Bd. 58, S. 137-171.
- Redaktion Kritische Justiz* (Hrsg.), 2000: Demokratie und Grundgesetz, Baden-Baden.
- Requate*, Jörg, 2008: Der Kampf um die Demokratisierung der Justiz, Frankfurt am Main/New York.
- Rinken*, Alfred, 2000: Demokratie und Hierarchie. Zum Demokratieverständnis des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts; in: Redaktion Kritische Justiz, S. 282-309.
- Rolin*, Jan, 2005: Der Ursprung des Staates, Tübingen.
- Roth*, Klaus, 2011: Genealogie des Staates, 2. Aufl., Berlin.
- Schmitt*, Carl, 1993: Verfassungslehre, 8. Aufl., Berlin.
- Schmitt*, Carl, 1996a: Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 8. Aufl., Berlin.
- Schmitt*, Carl, 1996b: Der Begriff des Politischen (1932), 6. Aufl., Berlin.
- Schmitt*, Carl, 1996c: Politische Theologie, 7. Aufl., Berlin.
- Schönberger*, Christoph, 2014: Der Indian Summer eines liberalen Etatismus; in: Große Kracht, Hermann-Josef/Große Kracht, Klaus (Hrsg.), Religion – Recht – Politik. Studien zu Ernst-Wolfgang Böckenförde, Paderborn, S. 121 ff.
- Schönberger*, Christoph, 2015: Der „German Approach“, Tübingen.
- Schuett-Wetschky*, Eberhard, 2013: Krise des Parlamentarismus? Zur Parlamentarismuskritik von Paul Kirchhof; in: Gallus, Alexander/Schubert, Thomas/Thieme, Tom (Hrsg.), Deutsche Kontroversen. FS Jesse, Baden-Baden 2013, S. 333 ff.
- Smend*, Rudolf, 1955: Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundestaat (1916); in: Staatsrechtliche Abhandlungen, Berlin, S. 39-59.
- Tomuschat*, Christian, 1972: Verfassungsgewohnheitsrecht, Heidelberg.
- Voegelin*, Eric, 1996: Die politischen Religionen, 2. Aufl., München.
- Voegelin*, Eric, 1999: Der Gottesmord, München.
- Voigt*, Rüdiger, 2015: Das Bundesverfassungsgericht in rechtspolitologischer Sicht; in: van Ooyen/Möllers, S. 69-94.
- Vorländer*, Hans, 2015: Die Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichts; in: van Ooyen/Möllers, S. 299-312.
- Wassermann*, Rudolf, 1972: Der politische Richter, München.
- Wiegandt*, Manfred H., 1995: Norm und Wirklichkeit, Baden-Baden.
- Wolff*, Heinrich Amadeus, 2000: Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, Tübingen.

Der Brokdorf-Beschluss (1985) und die andere Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts:

Das Pluralismuskonzept des Ersten Senats (Kelsen und Popper, Hesse und Häberle) als Alternative zum Legitimationsketten-Modell (Schmitt und Böckenförde)

1. Die doppelte rechtspolitische Bedeutung: Versamlungsrecht und Demokratieprinzip

Mit der Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts hat sich eine Kultur von „Leading Cases“ entwickelt, die dem vom „Case Law“ geprägten amerikanischen Verfassungsrecht vom Ergebnis her betrachtet gar nicht mehr unähnlich ist. Zentrale Entscheidungen prägen auch bei uns über Jahre eine Rechtsprechungslinie und zugleich die politischen Entscheidungen von Regierung und Parlament: „Lüth“ gehört dazu, ebenso etwa „Bundeswehreinsatz out of area“, „Ausländerwahlrecht“, „Maastricht“ – und natürlich „Brokdorf“.

Vor 30 Jahren formulierte der Erste Senat diesen bahnbrechenden Beschluss, mit dem er angesichts tiefgreifender Veränderungen in der Gesellschaft das Versamlungsrecht modernisierte, zur demokratischen Befriedung einer konfliktgeladenen Zeit beitrug und die zum Teil bis heute maßgeblichen Grundsätze verfassungsrechtlicher Interpretation des Art. 8 GG insb. hinsichtlich Genehmigung („Spontanversammlung“), Kooperationspflicht und Auflösung von Versamlungen bestimmte. Mit „Brokdorf“ machte das Bundesverfassungsgericht am Ende seiner vielleicht „aktivistischsten Phase“¹ erneut eigenständige Rechtspolitik und schrieb mit einer neuen Grundordnung des Versamlungsrechts Rechtsgeschichte – angesichts eines hier untätigen Parlaments und eines veralteten Gesetzes von 1953, das auf ordentliche Umzüge mit einem klar identifizierbaren Veranstalter, nicht aber auf die Protestkultur seit den späten 1960er Jahren ausgerichtet gewesen war und zur Eskalation zwischen Regierenden bzw. Polizei und den Neuen Sozialen Bewegungen geführt hatte. Es „schuf die Grundlage dafür, dass... Protestbewegungen sich in die Verfassungsordnung integrieren konnten“²; die „Entscheidung half, die GRÜNEN zu Verfassungspatrioten zu machen“.³

Da das Demonstrationsrecht aber wie die Meinungs- und Pressefreiheit des Art. 5 GG zu den Bedingungen zählt, ohne die eine liberale Demokratie schlechterdings nicht vorstell-

1 Lepsius 2015, S. 151.

2 Doering-Manteuffel/Greiner/Lepsius 2015, S. 3.

3 Lepsius 2015, S. 124.

bar ist, wollte das Bundesverfassungsgericht durch seine erste Entscheidung zu Art. 8 überhaupt ein prinzipielles Verständnis von Demokratie zugrunde legen, von dem aus sich dann die Funktion der Versammlungsfreiheit – und damit auch ihre Grenzen hinsichtlich Genehmigung und Auflösung – definieren ließ. Die Bedeutung von „Brokdorf“ für die „Deutungsmacht“ Bundesverfassungsgericht⁴ liegt daher nicht nur in seiner rechtspolitischen Weichenstellung für ein liberales, modernes Versammlungsrecht und der zugleich mit diesem mustergültigen Fall verbundenen Einsicht, wie Verfassungsgerichte Politik machen (müssen) – und zwar gerade das mächtige deutsche Bundesverfassungsgericht. Aus politikwissenschaftlicher Sicht ist das übrigens zunächst einmal gar kein Makel, sondern – wie schon die lange Geschichte des US-Supreme Courts und Kelsens Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit zeigen⁵ – notwendig, weil nicht vermeidbarer Bestandteil einer solchen Institution.⁶ Der Beschluss ist über Art. 8 hinaus fundamental für die Deutung des Demokratieprinzips des Grundgesetzes.⁷ Zu Recht hat Oliver Lepsius gerade darauf aufmerksam gemacht, dass die Demokratietheorie des Ersten Senats aus der Brokdorf-Entscheidung in deutlichem Kontrast steht zu dem heute dominanten, vom Zweiten Senat formulierten sog. Legitimationsketten-Modell, das gerade nicht auf Partizipation, sondern auf ein (antipluralistisches), kollektiv verstandenes Legitimationssubjekt „Volk“⁸ zielt.⁹ Und diese, maßgeblich auf Ernst-Wolfgang Böckenförde zurückgehende Theorie steht auch in ihrer liberal eingehegten Form in der Tradition der problematischen Lehre von Carl Schmitt¹⁰ – mit erheblichen Auswirkungen auf alle Bereiche der Rechtsprechung des Gerichts mit Bezug zur Demokratie, insb. aber bei seinen Entscheidungen „Maastricht/Lisabon“ und „Ausländerwahlrecht“.¹¹

Nachfolgend sollen daher nicht noch einmal die Ereignishintergründe und die durch die Literatur hinlänglich aufgearbeitete Rezeption von „Brokdorf“ einschließlich ihrer Folgewirkungen für polizeiliche Maßnahmen bei Großdemonstrationen bis „Castor“ und „Heiligendamm“ dargestellt werden; ebenso wenig, dass sich die spätere Problematik rechtsextremistischer Versammlungen hiermit kaum einfangen ließ, so dass der „Wunsiedel-Beschluss“ (2009) wiederum zu einer rechtspolitischen „Zäsur“ im Versammlungsrecht führte.¹² An Lepsius anschließend soll gezeigt werden, dass sich die demokratietheoretischen Passagen des Beschlusses via Smend-Hesse-Häberle in ihrer zentralen Aussage auf das pluralismustheoretische Demokratiekonzept von Kelsen (und sozialphilosophisch

4 Vorländer 2006.

5 Kelsen 2008.

6 van Ooyen 2009; früh schon Häberle, jetzt 2014.

7 Vgl. Lepsius 2015, S. 143.

8 Vgl. Lepsius 2015, S. 142 f.; auch Bryde 2015, S. 506.

9 Die Senate sind natürlich keine monolithischen Dogmenblöcke und diese Demokratietheorie ist hier auch selbst kritisiert worden; vgl. Lübke-Wolff 2007.

10 Vgl. van Ooyen 2015a.

11 Vgl. van Ooyen 2014a.

12 Möllers, Martin 2015, S. 570.

auf Popper) zurückführen lassen. Im Diskurs der deutschsprachigen Staatsrechtslehre der Weimarer und Wiener Republiken ist er der große sozial-liberal-demokratische Staatstheoretiker und Gegenspieler des Vordenkers identitärer „Volksdemokratie“ bzw. des „plebiszitären Führerstaats“: Carl Schmitt.

2. „Brokdorf“ als entgrenzte Demokratisierung „von oben“

Zunächst aber fällt auf, dass es streng genommen bei „Brokdorf“ in der Sache nur um eine Zuständigkeit im einstweiligen Rechtsschutz ging. Das Bundesverfassungsgericht aber nahm 1985 „den Fall zum Anlass für eigentlich nicht mehr entscheidungsrelevante, grundsätzliche Ausführungen zur Versammlungsfreiheit“, denn um „den Fall als Zuständigkeitskonflikt zu lösen, brauchte man keine vier Jahre“.¹³ (Die Verfassungsbeschwerde und die dann trotz Verbot durchgeführte Demonstration, die auch prompt aus dem friedlichen Ruder lief, datierten auf den Februar 1981).

Diese „zupackende Regelungsfreudigkeit des Senats kann als heilsame Modernisierung angesehen werden“; das war auch nicht „illegitim“.¹⁴ Oder, um eine Weimarer Diktion von Schmitt umzukehren: legitim, aber vielleicht doch „illegal“, weil jenseits der verfassungsmäßig zulässigen Grenzen? Wobei zu berücksichtigen ist, dass das nicht so einfach juristisch festgestellt werden kann, da das Gericht über das, was „legal“ ist – und damit über seine eigene Entgrenzung – ja selbst die rechtspolitische Deutungshoheit innehat. Eine „Entgrenzung“ des Verfassungsgerichts wird inzwischen zu Recht auch von Staatsrechtlern beklagt, die der Schmittschen Jurisdiktionsstaats-Kritik völlig unverdächtig sind.¹⁵ „Brokdorf“ ist daher auch ein Meilenstein auf diesem Weg gewesen. Unabhängig davon, wie weit man nun die Grenzen zulässiger Rechtspolitik durch Verfassungsgerichte zieht – wie oben mit Verweis auf Kelsen festgestellt wohnt dieser ja immer ein politisches Moment inne – so bleibt bei „Brokdorf“ noch ein weiteres „Geschmäckle“: das einer Demokratisierung durch Richterspruch „von oben“, auch wenn es aus edlen Motiven zum Zwecke von „mehr Demokratie wagen“ erfolgte.

3. Demokratie ist „pluralistisch“: Hesse / Häberle und der „neue“ Smend

Dann aber fällt zweitens noch etwas anderes an der Entscheidung auf:

Direkt am Anfang der Begründung, in dem zentralen Teil, in dem der Erste Senat die Funktion der Versammlungsfreiheit über die abwehrrechtliche Dimension eines Grundrechts hinaus als grundlegendes Funktions- und Strukturelement der Demokratie postu-

¹³ Lepsius 2015, S. 136.

¹⁴ Lepsius 2015, S. 148.

¹⁵ Vgl. Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger 2011.

liert,¹⁶ tauchen Schlüsselbegriffe auf, die auf bestimmte Rezeptionslinien deuten: „pluralistisch“ – „Minderheitenschutz“ – „trial and error“ – „Resultante im Kräfteparallelogramm“, „demokratische Offenheit“.¹⁷ Das sind Begriffe, die sich zum Teil in dem damaligen Lehrbuch für Verfassungsrecht¹⁸ von Richter Hesse finden lassen, das in der Entscheidung auch ausdrücklich zitiert wird;¹⁹ oder aber in den Schriften der 1970er/1980er Jahren und noch vor „Brokdorf“ seines früheren Assistenten Peter Häberle,²⁰ der den berühmten Lehrer hinsichtlich der Bedeutung für die „Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft“ im europäischen „Kontext“²¹ wohl längst in den Schatten gestellt hat. Und es fällt gerade mit „pluralistisch“ ein Begriff, der gemessen an der bis heute (oder schon wieder?) wirkmächtigen etatistisch-nationalen Tradition der deutschen Staatsrechtslehre höchst ungewöhnlich ist.²² Schon 1964 beschwerte sich auf dem 45. Deutschen Juristentag Ernst Fraenkel, der bundesdeutsche Vertreter des Neopluralismus, dass bei Juristen das Wort „pluralistisch“ immer nur in Anführungszeichen, also unter Vorbehalt gesetzt würde – ein böses Erbe der überwiegend antidemokratischen, parteienfeindlichen Traditionen der Weimarer Staatsrechtslehre, namentlich Carl Schmitts, aber auch Rudolf Smends.²³

Die bundesdeutschen „Schüler“ des nach 1945 einflussreichen Smend und der „Freiburger Schule“ wie Horst Ehmke, Konrad Hesse oder Peter Häberle überwandern jedoch bald die problematischen Verbindungen der „Integrationslehre“, die Smend in Weimar, durchaus fasziniert von der Integrationsleistung des italienischen Faschismus,²⁴ noch gegen die parlamentarisch-demokratische (Parteien-)Republik positioniert hatte.²⁵ Dies, indem die Freiburger Schule die dynamische Gemeinschaftsbildung vom aktiven Bürger zum Staat des Smendschen Integrationsprozesses zwar übernahm, aber dann einfach pluralismustheoretisch wendete. Die – polemisch formuliert: inhaltsleere – Integrationslehre war hierfür genauso offen wie für antidemokratische, ja faschistische Konzepte. Denn letztlich zielt sie bloß auf den dynamischen Prozess der Gemeinschaftsbildung als „politische Einheit“ unter Beteiligung der Bürger – was in den neuen Massengesellschaften des 20. Jahrhunderts sowohl für demokratische als auch faschistische Bewegungen typisch gewesen ist. Darin lag trotz des Konservatismus des protestantischen „Deutsch-Nationalen“ Smend gerade ihre zeitgemäße Modernität, etwa gegenüber ständestaatlichen Konzeptionen. Es verwundert so auch nicht, dass einer seiner Weimarer „Schüler“ noch zu dieser Zeit einerseits eine gegen die Parteienfeindlichkeit der deutschen Staatslehre

16 Vgl. BVerfGE 69, 315 – Brokdorf, Rn. 62 (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv069315.html>).

17 Ebd., Rn. 62-67.

18 Vgl. Hesse 1995, S. 58 ff. (§ 5 Demokratie).

19 Vgl. BVerfGE 69, 315 – Brokdorf, Rn. 67.

20 Vgl. Häberle 1980.

21 Vgl. Häberle 2011.

22 Vgl. m. w. N. van Ooyen 2005; van Ooyen 2015b; Möllers, Christoph 2008.

23 Vgl. schon Nuscheler/Steffani 1976; Sontheimer 1968; sowie „umgekehrt“ Gusy 2000.

24 Vgl. nur Smend 1955, S. 141.

25 Vgl. m. w. N. Günther 2004; van Ooyen 2014b.

gerichtete „Parteienstaatslehre“ vorlegen und zugleich ebenso von diesem „Italien“ ange-
tan sein konnte: Gerhard Leibholz, der später zur großen Gründergestalt des Bundesver-
fassungsgerichts wurde.²⁶

Die bundesdeutschen „Smend-Schüler“ jedoch hatten sich z. T. das am Pluralismus der
Interessengruppen ausgerichtete, angloamerikanische Verfassungsdenken von „government“ and „political process“ der Federalist Papers oder auch eines Harold Laski positiv
angeeignet, gegen das Schmitt noch mit seinem „Hüter“ des „Politischen“ als Zerstörung
der souveränen Einheiten von „Staat“ und „homogenen Volk“ angekämpft hatte.²⁷ Im
Brokdorf-Beschluss wird tatsächlich explizit hierauf verwiesen:

„Im angloamerikanischen Rechtskreis war die im naturrechtlichen Gedankengut verwurzelte
Versammlungsfreiheit schon früh als Ausdruck der Volkssouveränität und demgemäß als de-
mokratisches Bürgerrecht zur aktiven Teilnahme am politischen Prozeß verstanden worden.“²⁸

Das hob sich insgesamt ganz deutlich von der bundesdeutschen „Schmitt-Schule“ ab: Hier
erschieden infolge des Generationenwechsel zwar die älteren „Schüler“ ohnehin bald als
„Fossil“ (z. B. Ernst Forsthoff, Herbert Krüger), während sich die nachfolgende „Genera-
tion“, zu der auch Ernst-Wolfgang Böckenförde zählt, als flexibel erwies und auch gar
nicht wie noch Carl Schmitt überhaupt an der Legitimität des Grundgesetzes als der neuen
Verfassung (ver)zweifelte. Dennoch: „Erhebliche Zweifel an der Tragfähigkeit des Plura-
lismus in Ablösung der... Homogenitätsanforderung an das Volk der Demokratie“ blieben
auch beim sozialliberalen, katholischen Böckenförde und das angloamerikanische Verfas-
sungsverständnis mit seiner „Welt der freien Verbandsbildung als Teil des demokrati-
schen Prozesses“ schien ihm jedenfalls noch Mitte der 1980er Jahre „außerirdisch“.²⁹

Lepsius vertritt daher zu Recht die These, dass der Erste Senat mit „Brokdorf“ eine an
Partizipation und Pluralismus orientierte – protestantisch vorgeprägte – Demokratietheo-
rie entwickelt habe, die bis heute als Alternative zum eher „katholischen Amtsverständ-
nis“³⁰ des Böckenförde-Volks-Legitimationsketten-Modells des Zweiten Senats zur Ver-
fügung stehe und in dem sich auch dieser Streit zwischen „Smend-“ und „Schmitt-Schule“
widerspiegele. Das „protestantische“ Element zeige sich gerade bei den drei prägenden
Richtern dieser Entscheidung, die (auch) als rechtspolitische Persönlichkeiten agierten:
Helmut Simon, Roman Herzog und eben Konrad Hesse – jenseits ihrer parteipolitischen
Orientierung entschiedene Repräsentanten des politischen Protestantismus, die nicht nur
gesellschaftliches Konfliktpotenzial pragmatisch entschärfen, sondern endlich auch eta-
tistische und antidemokratische Traditionslinien des deutschen Protestantismus durchbre-
chen wollten.³¹ In diesem einen Punkt, so ließe sich ergänzen, treffen sie sich sogar mit

26 Vgl. Benöhr 1999; m. w. N. van Ooyen 2006/07.

27 Vgl. Schmitt 1996a, S. 37 ff.; Schmitt 1996b, S. 71 ff.

28 BVerfGE 69, 315 – Brokdorf, Rn. 62.

29 So Goerlich 2014, S. 211.

30 Lepsius 2015, S. 143.

31 Vgl. Lepsius/Doering-Manteuffel 2015.

Böckenförde,³² der bei aller demokratie- und staatstheoretischen Schmitt-Rezeption als engagierter Katholik u. a. auch sein „Theorem“ ursprünglich gegen die demokratie- und liberalismusskeptischen Traditionsbestände des katholischen Milieus gerichtet hatte.³³

„Preußisch-protestantisch“ ist der Beschluss auch insofern, als die Integrationslehre Smends natürlich selbst in dieser Tradition steht.³⁴ Hierbei wird das irrationale (religiöse) Gefühl durch unmittelbare Integration zum Staat (Gott) „veredelt“. Begrifflich ganz passend kritisierte Kelsen diese Lehre daher schon 1930 als „Staatstheologie“³⁵. Insofern ist Smends Lehre vor allem eine Verfassungstheorie des staatlich organisierten, politisch-kollektiven (quasi-religiösen) „Gemeinschaftsevents“ – weshalb ihm neben der charismatischen „persönlichen Integration“ (durch „Führertum“)³⁶ die durch Symbole (Fahnen, Wappen, Zeremonien usw.) so wichtig war.³⁷ In verdünnter, freilich mit dem kulturwissenschaftlichen Ansatz Hermann Hellers amalgamierter Form, schwingt das sogar bei Häberle noch nach.³⁸ In der Entscheidung wird das auch daran deutlich, dass nach Meinung des Gerichts Demonstrationen „Integrationsdefizite sichtbar“³⁹ machten und dass dies selbst für unordentliche, wilde, also ganz irrationale Aktionsformen gelte, weil sie „ein Stück ursprünglicher-ungebändigter unmittelbarer Demokratie (enthalten)“⁴⁰. Diese werden dann aber mittels der vom Gericht gefundenen Lösung einer strengen Pflicht zur „Kooperation“⁴¹ durch den Staat vereinnahmt, sozusagen „verstaatlicht“. Das gipfelt schließlich in der Ironie, dass man natürlich „dem Protest die Spitze nehmen kann, wenn man sich an seine Spitze stellt“⁴². Denn, so Lepsius, wird „die Trennung von Staat und Gesellschaft bei der Durchführung von Versammlungen nivelliert, kann... nicht mehr vermittelt werden, warum und wie sich eine Demonstration gegen hoheitliche Gewalt richtet.“⁴³

4. Poppers „offene Gesellschaft“ und Kelsens pluralistische Demokratietheorie

Sicherlich, das stimmt, verdeckt aber vielleicht etwas einen hierüber hinaus gehenden Rezeptionskontext, mit dem der Erste Senat einmal direkt und das andere Mal mit einem „Schlenker“ über Häberle-Hesse-Smend bei Karl Popper und Hans Kelsen landete – die beiden großen Kritischen Rationalisten aus dem Umfeld des Wiener Neo-Positivismus.

32 Vgl. van Ooyen 2015c.

33 Vgl. *Große Kracht* 2014.

34 Vgl. m. w. N. *Lhotta* 2005.

35 *Kelsen* 1930, S. 56.

36 *Smend* 1955, S. 142 ff.

37 Vgl. *Smend* 1955, S. 163, wiederum mit Bezügen zum italienischen Faschismus.

38 Vgl. *Häberle* 2008; *Häberle* 2013a.

39 BVerfGE 69, 315 – Brokdorf, Rn. 67.

40 Ebd.

41 Vgl. ebd. (als Zitat aus Hesses Lehrbuch).

42 *Lepsius* 2015, S. 139.

43 *Lepsius* 2015, S. 139.

Deutlich wird das bei den oben zitierten Schlüsselbegriffen der Entscheidung zur grundlegenden Beschreibung der Demokratie:

Die Formulierung von der politischen Willensbildung als „trial and error“ – sie taucht schon im KPD-Urteil auf⁴⁴ – in einem „nie endenden“ Prozess „demokratischer Offenheit“: das ist natürlich eine offensichtliche Anleihe bei Poppers Falsifikationstheorie, die er in seiner Schrift zur „Offenen Gesellschaft“ als antitotalitäres Prinzip auf die Politik übertrug.⁴⁵ Häberle, der selbst in seiner Verfassungslehre ausdrücklich auf Popper rekurriert, hat hierauf schon 1981 hingewiesen.⁴⁶ Die „Offene Gesellschaft“ ist erkenntnistheoretisch dem philosophischen Wahrheitsbegriff in der Tradition des Kritizismus von Sokrates und Kant verpflichtet und normativ-politisch dem Wert der individuellen Freiheit im Sinne des Sozial-Liberalismus – Popper war zu dieser Zeit auch der „Hausphilosoph“ von Bundeskanzler Schmidt und des durch ihn repräsentierten nüchtern-realistisch-pragmatischen Teils der SPD. Die bei Popper zugrunde liegende zentrale Annahme, die sich in „Brokdorf“ widerspiegelt, ist, dass sich Aussagen nie verifizieren ließen, (soziale) Theorien also niemals wahr, sondern allenfalls „bewährt“ sein können, da sie an der Erfahrung scheitern können müssen („trial and error“). Mittels „Falsifikation“ sei daher (nur) eine Annäherung an die Wahrheit erreichbar. Popper stand damit bei all seiner Kritik am Neo-Positivismus des „Wiener Kreises“ dem naturwissenschaftlichen Methodenparadigma nahe. Sein Kritischer Rationalismus zeichnet sich dadurch aus, dass auch die wissenschaftliche Methode nur eine „bewährte“ Plausibilität beanspruchen und – ähnlich wie bei Kelsens „Wiener Schule“ und ihrer rechtstheoretischen „Grundnorm“ – als „Glaube an die Vernunft“ bloß axiomatisch vorausgesetzt werden kann. Sozialphilosophisch bedeutet das, dass die politischen Verhältnisse (nur) in einer „offenen Gesellschaft“ Stück für Stück reformierbar und verbesserungsfähig seien; und direkt bezogen auf „Brokdorf“, dass den staatlichen Institutionen der repräsentativen Demokratie (Parlament und Regierung) auch kein politisches „Wahrheitsmonopol“ gegenüber der Gesellschaft zukommen kann. Häberle nennt das in Anlehnung an Popper schon in den 1970er Jahren „Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“.⁴⁷ Aus dieser Sicht erwächst im Brokdorf-Beschluss die Legitimität des (auch „wilden“) gesellschaftlichen Protests als eines der Lebenselemente der Demokratie.

Und Kelsen ist der andere „kritische Rationalist“, der in der Demokratiebeschreibung von „Brokdorf“ der Stichwortgeber ist. Er liefert schon in den 20er Jahren eine Demokratietheorie, die ausgehend von einer realistischen Überprüfung Rousseaus nichts mehr von dessen identitären „Volkswillen“, der für Carl Schmitt so wichtig ist, übrig lässt.⁴⁸ In seiner Demokratietheorie der „Legitimation durch Verfahren“, die, so später Niklas Luh-

44 Vgl. BVerfGE 5, 85 – KPD-Verbot (1956), Rn. 240 (www.servat.unibe.ch/dfr/bv005085.html).

45 Vgl. m. w. N. van Ooyen 2014c.

46 Obwohl im KPD-Urteil I. B. Talmon genannt wird; vgl. Häberle 1981, S. 29.

47 Jetzt in Häberle 1980, S. 79 ff.

48 Vgl. Kelsen 1929; insgesamt und m. w. N. van Ooyen 2003; van Ooyen 2010.

mann, hier „am weitesten und konsequentesten vorgedrungen“ ist,⁴⁹ bedarf es keiner Souveränität des „Staats“ oder des „Volks“ (schon gar nicht des „homogenen“) im Sinne eines Herrschaftssubjekts von ontischer Qualität. Demokratie wird bei Kelsen – so akzentuiert es dann auch die Brokdorf-Entscheidung – vom offenen Wettbewerb um Mehrheiten geprägt und daher grundlegend vom Minderheitenschutz her konzipiert. Kelsen ordnet hier auch die Funktion der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit ein, als eine „Satzung“ des bürgerlichen Vereins „Staat“, deren Spielregeln durch Vorrang, erschwerte Änderbarkeit und besonderen gerichtlichen Schutz nicht so einfach gegen den Willen der Minderheiten abgeändert werden kann. Das Verfassungsgericht ist für ihn in der Kontroverse mit Schmitt auch nicht der, sondern im Prozess von „checks and balances“ – nur *ein* Hüter der Verfassung. Die Vorstellung vom politischen Prozess als Kräftespiel der Gruppen aber, die bei „Brokdorf“ im Begriff der „Resultante“ zugespitzt wird (ebenfalls schon aus dem KPD-Urteil übernommen),⁵⁰ ist die zentrale Aussage der Pluralismustheorie. Sie wird heute in der Politikwissenschaft immer Ernst Fraenkel im Rahmen seiner Definition des Gemeinwohls „a posteriori“ zugeschrieben. Tatsächlich aber findet sich dieses pluralismustheoretische Axiom, das eine Urvorlage im Verfassungsrealismus Ferdinand Lassalles hat, erstmals schon in der Habilitation Kelsens von 1911 und durchzieht dann später auch seine zentrale Schrift über die Demokratie.⁵¹ Smend griff diese Formulierung zwar früh auf, aber mit deutlich negativer Wertung – seine ganze Verfassungstheorie der Integration ist ja wie bei Schmitt als „Anti-Kelsen“ motiviert gewesen. Unabhängig von der Frage, ob man den Kontext dieser demokratietheoretischen Urheberschaft im 1. Senat kannte oder ob er wegen des regelrechten antipositivistischen „Kelsen-Hasses“, der problematischen (auch personellen) Kontinuitäten sowie der „Vermachtungsprozesse“⁵² in der deutschen Staatsrechtslehre längst verschüttet war,⁵³ stand er beim Brokdorf-Beschluss via Rezeption durch Smend (und Fraenkel) Pate.

5. Mit „Brokdorf“, Kelsen und Häberle zurück in die Zukunft

So treffen mit den beiden Demokratieverständnissen der Senate die alten Antagonisten Kelsen und Schmitt erneut aufeinander, wenngleich seit den 1990ern trotz 30 Jahre „Brokdorf“ Schmitt ein weiteres Mal zu siegen scheint.⁵⁴ Gegenüber dem „zukunftsweisenden pluralistischen und menschenrechtlichen Demokratieverständnis“, so der frühere Richter Brun-Otto Bryde in seiner Einschätzung zu „Brokdorf“, ist jedenfalls „die spätere

49 Luhmann 1997, S. 11.

50 Vgl. BVerfGE 69, 315 – Brokdorf, Rn. 65 bzw. 5, 85 – KPD-Verbot, Rn. 240.

51 Ausführliche Nachweise bei van Ooyen 2003, S. 263 ff.

52 Häberle 2007.

53 Vgl. van Ooyen 2010, S. 80 ff.; jetzt auch insgesamt Jestaedt 2013.

54 Vgl. Rasehorn 1985.

Verengung von Demokratie zur Herrschaft eines Staatsvolkes durch den 2. Senat ein Rückschritt, der die Bewältigung heutiger Herausforderungen der Demokratie nicht erleichtert“.⁵⁵

Kelsens modern-demokratische Konzeption einer Bürgerschaft als Rechtsgenossenschaft, seine postnationale „Staatslehre ohne Staat“ (Kelsen) und Demokratietheorie ohne „Volk“ sind aber noch heute eine zeitgemäße Verfassungstheorie für das Verständnis des Grundgesetzes als der Verfassung einer offenen Gesellschaft. Mit ihr lassen sich zudem die aktuellen Herausforderungen der europäischen Integration oder des Bürgerseins in der Zuwanderungsgesellschaft erfassen – anders als mit dem souveränitätsfixierten, national-etatistischen Legitimationsketten-Modell in der Nachfolge von Schmitt/Böckenförde. Denn nach der normativen Staatstheorie ist man Bürger eines Gemeinwesens, wenn man seiner Herrschaft unterworfen ist, also die Gesetze zu befolgen hat – sei es nun als „Deutscher“, „Ausländer“ oder „Bürger der EU“. Der „Staat“ – das „sind wir“⁵⁶ und „wir“ sind kein unabhängiges Kollektivsubjekt eines homogenen Volkes, sondern gesellschaftliche Interessengruppen, die auf der Basis selbst gegebener, demokratischer Verfahren und Gesetze immer wieder von Neuem Konflikte um Macht und unterschiedliche Vorstellungen von Gerechtigkeit halbwegs zivilisiert austragen.

Ob es sich bei der Rezeption des „Neukantianers“ Kelsen (und Popper) durch „Brokdorf“ daher nun eher gar um eine „jüdische“ als eine „protestantische“ Linie handelt, sei dahin gestellt – und vielleicht dann auch zu viel Ehre für Carl Schmitt, der das immer in seiner „krypto-katholischen“ politischen Theologie behauptet hatte und selbst Kant in seinen „Kampf gegen den jüdischen Geist“⁵⁷ in der deutschen Rechtswissenschaft hierin einschloss. Vielleicht ist es einfach nur eine kritisch-sozial-liberal-demokratische Linie. Schmitt immerhin hatte seinen „Feind“ ganz klar gesehen, da die von ihm verhasste normative Staatstheorie Kelsens tatsächlich „ohne Boden, ohne Staat, ohne Kirche“ auskommen und „nur im ‚Gesetz‘ existieren“ kann.⁵⁸ Bezogen auf die „Großen Vier“ von Weimar und Wien ist Kelsen der „letzte Überlebende“, weil noch heute anschlussfähig; und zwar gerade in puncto Demokratietheorie – nicht aber Schmitt oder Smend.⁵⁹

Mit Blick auf die Pfade des demokratie- und staats-theoretischen Dualismus zwischen Erstem und Zweitem Senat jedenfalls kann ein Rückblick auf „Brokdorf“ dann nur bedeuten: Zurück zu Kelsen! Und mit Blick auf die Dominanz des „Legitimationsketten-Modells“ kann es zukünftig auch nur bedeuten: „weniger“ Böckenförde – „mehr“ Häberle! Demokratie kommt – besonders angesichts der Zuwanderungsgesellschaften in der EU – nicht „von oben“, schon gar nicht in einem staatlich-national homogen eingehegten Raum; und auch nicht als eine Entgegensetzung zum liberalen Rechtsstaat im Sinne der Schmitt-

55 Bryde 2015, S. 506.

56 Kelsen 1933, S. 23.

57 Vgl. Schmitt 1936, S. 14 ff. und 28 ff.

58 Schmitt 1993, S. 9.

59 Lepsius 2000, S. 394; vgl. van Ooyen 2003.

schen Tradition. Sie erwächst vielmehr gesellschaftlich „von unten“, im Begriff der Autonomie untrennbar verbunden mit dem Rechtsstaat, nämlich als „Grundrecht“; denn „Pluralistische Demokratie (ist eine) organisatorische Konsequenz der Menschenwürde“⁶⁰ – und als Form der Selbstbestimmung zugleich eine ihrer Voraussetzungen.

Literatur

- Benöhr, Susanne, 1999: Das faschistische Verfassungsrecht Italiens aus der Sicht von Gerhard Leibholz, Baden-Baden.
- Bryde, Brun-Otto, 2015: Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zur Demokratisierung der Bundesrepublik; in: van Ooyen/Möllers, S. 497 ff.
- Doering-Manteuffel, Anselm/Greiner, Bernd/Lepsius, Oliver, 2015: Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 1985, Tübingen.
- Goerlich, Helmut, 2014: Die Legitimation von Verfassung, Recht und Staat bei Ernst-Wolfgang Böckenförde; in: Mehring/Otto, S. 194 ff.
- Große Kracht, Hermann-Josef, 2014: Fünfzig Jahre Böckenförde-Theorem; in: Große Kracht, Hermann-Josef/Große Kracht, Klaus (Hrsg.): Religion – Recht – Republik, Paderborn, S. 155 ff.
- Günther, Frieder, 2004: Denken vom Staat her, München.
- Gusy, Christoph (Hrsg.), 2000: Demokratisches Denken in der Weimarer Republik, Baden-Baden.
- Häberle, Peter, 1980: Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, Königstein/Ts.
- Häberle, Peter, 1981: Klassikertexte im Verfassungsleben, Berlin-New York.
- Häberle, Peter, 2007: Vermachtungsprozesse in nationalen Wissenschaftlergemeinschaften insbesondere in der deutschen Staatsrechtslehre; in: Schulze-Fielitz, Helmuth (Hrsg.): Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Berlin, S. 159 ff.
- Häberle, Peter, 2008: Nationalflaggen, Berlin.
- Häberle, Peter, 2011: Europäische Verfassungslehre, 7. Aufl., Baden-Baden.
- Häberle, Peter, 2013a: Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates, 2. Aufl., Berlin.
- Häberle, Peter, 2013b: Der kooperative Verfassungsstaat – aus Kultur und als Kultur, Berlin.
- Häberle, Peter, 2014: Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsprozessrecht, Berlin.
- Hesse, Konrad, 1995: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg.
- Jestaedt, Matthias (Hrsg.), 2013: Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre, Tübingen.
- Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver/Möllers, Christoph/Schönberger, Christoph, 2011: Das entgrenzte Gericht, Frankfurt a. M.
- Kelsen, Hans, 1929: Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., Tübingen.
- Kelsen, Hans, 1930: Der Staat als Integration, Wien.
- Kelsen, Hans, 1933: Staatsform und Weltanschauung, Tübingen.
- Kelsen, Hans, 2008: Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, Neuausgabe, Tübingen.
- Lepsius, Oliver, 2003: Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre; in: Gusy, Weimars lange Schatten – „Weimar“ als Argument nach 1945, Baden-Baden, S. 354 ff.

60 Häberle 2013b, S. 346 bzw. 339.

- Lepsius*, Oliver, 2015: Versammlungsrecht und gesellschaftliche Integration; in: Doering-Manteuffel/Greiner/Lepsius, S. 113 ff.
- Lepsius*, Oliver/Doering-Manteuffel, Anselm, 2015: Die Richterpersönlichkeiten und ihre protestantische Sozialisation; in: Doering-Manteuffel/Greiner/Lepsius, S. 167 ff.
- Lhotta*, Roland (Hrsg.), 2005: Die Integration des modernen Staates, Baden-Baden.
- Lübbe-Wolff*, Gertrude, 2007: Homogenes Volk – Über Homogenitätspostulate und Integration; in: ZAR, 4, S. 121 ff.
- Luhmann*, Niklas, 1997: Legitimation durch Verfahren, 4. Aufl., Frankfurt a. M.
- Mehring*, Reinhard/Otto, Martin (Hrsg.), 2014: Voraussetzungen und Garantien des Staates, Baden-Baden.
- Möllers*, Christoph, 2008: Der vermisste Leviathan, Frankfurt a. M.
- Möllers*, Martin H. W., 2015: Das Demonstrationsrecht des Bundesverfassungsgerichts in liberal-etatistischer Tradition zwischen Bürgerfreiheit und Staatsräson; in: van Ooyen/Möllers, S. 551 ff.
- Nuscheler*, Franz/Steffani, Winfried (Hg.), 1976: Pluralismus, 3. Aufl., München.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2003: Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie, Berlin.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2005: Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, Berlin.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2006/07: Die Parteienstaatslehre von Gerhard Leibholz; in: JJZG, Bd. 8, S. 359 ff.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2009: Die Unhintergebarkeit des Politischen in der Verfassungsgerichtsbarkeit; in: ZfP, 1, S. 98 ff.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2010: Hans Kelsen und die offene Gesellschaft, 2. Aufl., Wiesbaden.
- van Ooyen* Robert Chr., 2014a: Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa, 5. Aufl., Baden-Baden.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2014b: Integration. Die antidemokratische Staatstheorie von Rudolf Smend im politischen System der Bundesrepublik, Wiesbaden.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2014c: Karl R. Popper: The Open Society And Its Enemies; in: Salzborn, Samuel (Hg.): Klassiker der Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2014, S. 147 ff.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2015a: „Volksdemokratie“ und nationalliberaler Etatismus. Das Bundesverfassungsgericht aus Sicht der politischen Theorie am Beispiel von Richter-Vorverständnissen (Böckenförde und Kirchhof); in: van Ooyen: Bundesverfassungsgericht und politische Theorie, Wiesbaden, S. 9 ff.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2015b: Staatstheorie eines katholisch-sozial-liberalen Etatisten; in: E & D, Bd. 27, S. 326 ff.
- van Ooyen*, Robert Chr./Möllers, Martin H. W. (Hrsg.), 2015: Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden.
- Rasehorn*, Theo, 1985: Carl Schmitt siegt über Hans Kelsen. Das Ende der Weimarer Republik im Spiegel juristischer Publizistik; in: APuZ, 35, S. 1 ff.
- Schmitt*, Carl, 1936: Eröffnung und Schlusswort; in: Das Judentum in der Rechtswissenschaft, Tagung der Reichsgruppe Hochschullehrer des NSRB, Teil 1: Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist, Berlin.
- Schmitt*, Carl, 1993: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens (1934), 2. Aufl., Berlin.
- Schmitt*, Carl, 1996a: Der Begriff des Politischen (1932), 6. Aufl., Berlin.
- Schmitt*, Carl, 1996b: Der Hüter der Verfassung (1931), 4. Aufl., Berlin.
- Smend*, Rudolf, 1955: Verfassung und Verfassungsrecht (1928); jetzt in: Staatsrechtliche Abhandlungen, Berlin, S. 119 ff.
- Sontheimer*, Kurt, 1968: Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, München.
- Vorländer*, Hans (Hrsg.), 2006: Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit, Wiesbaden.

Staatliche, quasi-staatliche und nichtstaatliche Verfolgung?

Hegels und Hobbes' Begriff des Politischen in den Asylentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

1. Politische Verfolgung – nicht staatliche Verfolgung

Der Streit um die Anerkennung der sog. „nichtstaatlichen“ und „geschlechtsspezifischen“ Verfolgung ist von aktueller Brisanz – und wird es angesichts der zu beobachtenden zunehmenden „Entstaatlichung“ in den Krisen- und Konfliktherden der Welt auch weiterhin bleiben. Vor diesem Hintergrund ist die „Afghanistan-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts von besonderem Interesse. Es hat nämlich durch Kammerbeschluss vom 10.8.2000¹ den Verfassungsbeschwerden afghanischer Staatsangehöriger stattgegeben und Urteile des Bundesverwaltungsgerichts von 1997² und 1998³ aufgehoben, die diesen das Asyl nach Art. 16a GG wegen fehlender „staatlicher/quasi-staatlicher“ Verfolgung verweigerten. Damit hat das Bundesverfassungsgericht sich zwar der Sichtweise angenähert, dass der Begriff der politischen Verfolgung in Art. 16a GG nicht auf den der „staatlichen“ Verfolgung reduziert werden kann – allerdings nur vom Ergebnis her betrachtet. Nach wie vor wird kategorisch zwischen „staatlicher“ und „nichtstaatlicher“ Verfolgung unterschieden. In („staats“)theoretischer Perspektive hält das Bundesverfassungsgericht daher eisern an einer Begrifflichkeit fest, die den Begriff des Politischen mit dem des „Staatlichen“ identisch setzt. Diese Gleichsetzung ist nicht nur eine für die ansonsten doch präzise am Wortlaut orientierten Juristen und Juristinnen merkwürdige und erstaunliche Verdrehung der verfassungsrechtlichen Formulierung, in der ja überhaupt nicht von „staatlicher“ Verfolgung die Rede ist. Denn sowohl in der alten Fassung des Art. 16 GG als auch in der nach der Asylrechtsänderung, die in den 90er Jahren zur Einführung des geltenden Art. 16a führte, heißt es nun einmal:

„Politisch Verfolgte genießen Asylrecht“⁴.

Die Identifikation von „Politik“ mit „Staat“ ist – wie zu zeigen sein wird – darüber hinaus vor allem Ausdruck einer spezifischen Tradition in der deutschen Staatsrechtslehre, die

1 Vgl. BVerfG 2, BvR 260/98.

2 Vgl. BVerwG 9 C 34.96 vom 4.11.1997.

3 Vgl. BVerwG 9 C 5.98 vom 19.5.1998.

4 Art. 16 a GG (Hervorhebung durch den Verfasser).

letztendlich auf die „politische Theologie“⁵ von Hegel und Hobbes, auf deren „Vergöttlichung“ des „souveränen Staats“ zurückgeht. Insoweit also hat die Spruchpraxis des Verfassungsgerichts – und in seiner Folge auch die des Bundesverwaltungsgerichts – mit Verfassungsrecht wenig, mit obrigkeitstaatlicher Ideologie jedoch viel mehr zu tun.

2. Politische ist staatliche Verfolgung: Die Tamilen-Entscheidung

Für die Aufhebung der Urteile des Bundesverwaltungsgerichts durch den Kammerbeschluss vom August 2000 bildet die sog. Tamilen-Entscheidung vom 10. Juli 1989 zunächst die maßgebliche Grundlage. Das Bundesverfassungsgericht hatte seinerzeit in dem Beschluss des Zweiten Senats sich nicht nur zur Frage der „inländischen Fluchtalternative“, sondern auch noch einmal prinzipiell zum Begriff der politischen Verfolgung geäußert und den Verfassungsbeschwerden srilankischer Staatsangehöriger schließlich stattgegeben, denen als Angehörige der verfolgten tamilischen Minderheit das Asyl nach Art. 16 GG a. F. verwehrt worden war.⁶ Zum Begriff des Politischen führt das Gericht hier im Rückgriff auf frühere Urteile aus:

„Das Attribut ‚politisch‘ in Art. 16 Abs 2 Satz 2 GG meint nicht einen gegenständlich abgegrenzten Bereich der Politik, sondern kennzeichnet eine Eigenschaft oder Qualität, die Maßnahmen in jedem Sachbereich unter bestimmten Umständen jederzeit annehmen können (vgl. BVerfGE 76, 143 (157)). Eine notwendige Voraussetzung dafür, daß eine Verfolgung sich als eine politische darstellt, liegt darin, daß sie im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung um die Gestaltung und Eigenart der allgemeinen Ordnung des Zusammenlebens von Menschen und Menschengruppen steht, also – im Unterschied etwa zu einer privaten Verfolgung – einen öffentlichen Bezug hat, und von einem Träger überlegener, in der Regel hoheitlicher Macht ausgeht, der der Verletzte unterworfen ist. Politische Verfolgung ist somit grundsätzlich staatliche Verfolgung (st. Rspr.: vgl. BVerfGE 9, 174 (180))...“⁷

Bemerkenswert an dieser Stelle ist nicht nur, dass sie in der Diktion an Carl Schmitt erinnert, auch wenn hier selbstverständlich nicht von der „Freund-Feind-Entscheidung“ des „Volkes“ die Rede ist⁸. Bemerkenswert ist aber vor allem auch, dass das Gericht zwar einerseits ganz offensichtlich erkennt, dass das „Politische“ mit Herrschaft von Menschen über Menschen – anders ausgedrückt: mit Freiheit, Ordnung und Macht – zu tun hat. Warum es jedoch auf der anderen Seite in einem Atemzug dies selbst dann wieder auf den

5 Zum Begriff der politischen Theologie vgl. einführend Böckenförde 1985, S. 16 ff.; vgl. auch m. w. N. van Ooyen 2002, S. 56 ff.

6 Vgl. BVerfGE 80, 315 (die folgende Zitation der Textpassagen erfolgt aufgrund der Internet-Fassung von www.uni-wuerzburg.de/dfr/bv080315.html).

7 BVerfGE 80, 315, Rn. 39 f.

8 „Das Politische kann seine Kraft aus den verschiedensten Bereichen menschlichen Lebens ziehen...; es bezeichnet keine eigenes Sachgebiet...“. Und: „Feind ist also nicht... der private Gegner... Feind ist nur der öffentliche Feind...“. Schmitt 1996a, S. 38 bzw. S. 29.

Bereich der Macht im Sinne der staatlichen Ordnung verengt, bleibt unklar, weil ohne jegliche Begründung.

Dabei nimmt das Verfassungsgericht an dieser Stelle sogar zwei Reduktionen des Begriffs des Politischen vor: Man mag die erste Verengung des „Politischen“ auf das Phänomen der Macht im Sinne physischer Gewaltsamkeit insbesondere aus juristischer Sicht befremdlich finden – wird doch hier die Dimension eines normativen Politikbegriffes von vorneherein abgeschnitten, der gerade dem Grundgesetz in seinen zentralen Wertentscheidungen von Menschenwürde und Grundrechten zugrunde liegt. Doch während sich dieses „realistische“ Verständnis von Politik in der Tradition eines Max Weber sogar durchaus mit dem immer noch vorherrschenden politikwissenschaftlichen Verständnis bestens verträgt⁹, muss die zugleich vorgenommene zweite Reduktion des Politischen im Sinne der Gleichung Politik = Macht = staatliche Macht dagegen sehr befremden. Denn: Noch nicht einmal der die „Staatsfetischisten“ Hegel und Hobbes verehrende Carl Schmitt, noch nicht einmal dieser „transzendente Etatist“¹⁰, hat zu Beginn des letzten Jahrhunderts den Begriff des Politischen auf das Staatliche und damit auf die Sicht des Staates des 19. Jahrhunderts verengt. Bei aller Abstrusität seiner „politischen Theologie“¹¹, die den Begriff des Politischen in einer „ersatzreligiösen“ Weise als „Freund-Feind-Entscheidung“ des „Volkes“ gegen den tradierten Staatsbegriff totalisiert¹²: Schmitt hat als Verfassungsjurist immerhin klar gesehen, dass diese „Gleichung“ von „Politisch“ = „Staatlich“ nicht aufgeht. Vielmehr setze der Begriff des Staates – so Schmitt – den Begriff des Politischen voraus¹³. Ideengeschichtlich versiert wusste Schmitt nämlich, dass die Gegenüberstellung von Staat und Gesellschaft, Politik und Privatsphäre, auf die sich das Verfassungsgericht noch in der „Tamilen-Entscheidung“ stützt, zum Traditionsbestand der Staatslehre spätestens seit Hegel oder – wie es der Ideologiekritiker Hans Kelsen formuliert hat – zur „Staatstheologie“ zählt.¹⁴ Daher noch einmal Schmitt:

„Die deutsche Staatslehre hielt zunächst noch (unter der Nachwirkung von Hegels staatsphilosophischem System) daran fest, daß der Staat gegenüber der Gesellschaft qualitativ verschieden und etwas Höheres sei“.¹⁵

Werfen wir daher zunächst einen kurzen Blick auf Hegels Staatsbegriff – und den Leviathan von Thomas Hobbes. In einem zweiten Schritt wird dann die Rezeption dieses Verständnisses exemplarisch aufgezeigt an Georg Jellinek, dem „Altmeister“ der liberalen

9 Die lange Zeit durch die marxistischen, empirisch-analytischen und systemtheoretischen „Schulen“ verdrängten normativen Ansätze tauchen erst seit einigen Jahren wieder in der Politikwissenschaft verstärkt auf, wie sich z. B. an der aktuellen Rezeption von *Hannah Arendt* zeigt.

10 *Pilch* 1994.

11 Vgl. *Schmitt* 1996b, S. 13.

12 Vgl. hierzu *van Ooyen* 2002, S. 56 ff.

13 Vgl. *Schmitt* 1996a, S. 20.

14 So in seiner Kritik an der Integrationstheorie des „Staatstheologen“ Rudolf Smend; *Kelsen* 1930, S. 33.

15 *Schmitt* 1996a, S. 25.

Staatslehre des ausgehenden 19. Jahrhunderts, um dann schließlich noch einmal auf die aktuelle Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Bezug zu nehmen.

3. Rezeption der „Staatstheologie“ von Hegel und Hobbes

Über den Staat heißt es in Hegels Rechtsphilosophie in der für ihn eigentümlichen Diktion:

„Der Staat ist als die Wirklichkeit des substantiellen Willens, die er in dem zu seiner Allgemeinheit erhobenen besonderen Selbstbewußtsein hat, das an für sich Vernünftige. Diese absolute Einheit ist absoluter unbewegter Selbstzweck, in welchem die Freiheit zu ihrem höchsten Recht kommt, sowie dieser Endzweck das höchste Recht gegen die Einzelnen hat, deren höchste Pflicht es ist, Mitglieder des Staats zu sein“.¹⁶

Und: „Der Staat ist göttlicher Wille als gegenwärtiger, sich zur wirklichen Gestalt und Organisation einer Welt entfaltender Geist“.¹⁷

Hegels „politische Theologie“ in der Form der Überhöhung des Staat als „Gang Gottes in der Welt“¹⁸ hat den Begriff des Staats vollständig von den die Gesellschaft bildenden Menschen abgelöst und ontologisiert. Denn mit eigener Substanz ausgestattet (so heute noch: „Staatswille“) ist der Staat als Ausdruck des Weltgeistes „unbewegter Selbstzweck“, hat also nach der tradierten philosophischen/theologischen Terminologie die Qualität einer *prima causa*. Fast unnötig zu sagen, dass dann die politische Existenz des Einzelnen im Staat als höherer Einheit aufgeht und das verpflichtete „Staatsmitglied“ schon glücklich sein muss, als bloßer Untertan¹⁹ am wunderbaren Sein, nämlich am „Staatsganzen“ teilzuhaben. Hier liegt der Kulminationspunkt eines Verständnisses von Politik, das Politik und Staat als identisch ineinander fallen lässt. Ein Begriff des Politischen, der demgegenüber seinen Fixpunkt vom Menschen als Individuum her bestimmt, wird durch diese Sicht unmöglich. Denn außerhalb des Staats gibt es gar keinen politischen Raum, vielmehr ist der Staat Ursprung und Inbegriff aller Politik und daher auch allen Rechts – er ist, so heißt es dann, „souverän“. Insoweit konsequent vertrat Hegel dann radikal etwa die These, dass das ganze Völkerrecht als bloßer Ausfluss absoluter staatlicher Souveränität lediglich „äußeres Staatsrecht“ wäre.²⁰

16 Hegel 1995, S. 208 (§ 258).

17 Hegel 1995, S. 222 (§ 270).

18 Hegel 1995, § 258 (Zusatz); d. h. nicht im Originaltext, sondern nur durch Vorlesungsmitschriften überliefert.

19 Literarisch in dieser Hinsicht immer noch erhellend: Heinrich Mann, *Der Untertan* (1918).

20 Zu Beginn des 20. Jahrhunderts ist es vor allem Kelsen gewesen, der diese Position kritisierte; vgl. Kelsen 1981. Die Auffassung, „dass in jeder Rechtsordnung letztlich nur der Mensch Rechtssubjekt sein kann, und dass auch die Staaten und internationalen Organisationen ihre Rechtssubjektivität in der Rechtsordnung des Völkerrechts von Einzelmenschen ableiten“, setzt sich nun immer stärker durch; Kimminich 1997, S. 199.

Ideologiegeschichtlich betrachtet ist der Begriff der Souveränität des Staates in Deutschland zugleich Ausdruck einer gescheiterten Demokratisierung. Während sich in Frankreich der – zweifellos ebenfalls problematische²¹ – Begriff der Volkssouveränität mit der Revolution von 1789 Bahn bricht, ist es in Deutschland der Begriff der Staatssouveränität, der es als Ausweg erlaubt, den infolge ausbleibender Demokratisierung offenen Konflikt zwischen „Fürstensouveränität“ und „Volkssouveränität“ zugunsten eines noch „höheren“ Dritten, nämlich zugunsten des Staats, zu „lösen“. So gefielen sich selbst preußische Könige in der verkündeten Rolle eines bloß „ersten Diener“ des Staats.

Von hier aus erklärt sich die gerade für die deutsche politische Kultur so typische und fatal wirkende Tradition des Etatismus, die noch immer – wenn auch in gemilderter Form – nachwirkt. So hat zum Beispiel die Bevölkerung bis heute am meisten Vertrauen zu genau den Instanzen, die eher nicht wie etwa die Parteien Ausdruck der pluralistischen Gesellschaft sind, sondern gerade zu den politischen Entscheidungsträgern, die „Staatsorgane“ sind. Und unter den „Staatsorganen“ vor allem zu jenen, die nicht „diskutieren“, sondern „von oben“ herab autoritativ „entscheiden“: nämlich zu den Gerichten und der Polizei²². Zu dieser politischen Kultur des Etatismus heißt es daher bei *Sontheimer/Bleek*, einem Standardwerk politikwissenschaftlicher Einführung:

„Unter den aus der Vergangenheit nachwirkenden Faktoren ist als erster die Tradition der Staatsgläubigkeit zu nennen, die sich nach dem Zeitalter der Glaubenskriege im Absolutismus entfaltet hat. In Deutschland galt der Staat immer besonders viel. Georg Wilhelm Friedrich Hegel hat ihn zur Wirklichkeit der sittlichen Idee erhoben; seine zahlreichen Epigonen sahen im Staat den Zuchtmeister der sonst ungeordneten Gesellschaft. Der Staat war die Inkarnation des Gemeinwohls. ... Das deutsche politische Denken sah seit der Mitte des 19. Jahrhunderts die ungeformte Gesellschaft als Gegenspieler des geformten Staates...

Aus dieser Einstellung erwuchs... die Schwierigkeit, Parteien und Interessenverbände anders zu begreifen denn als Manifestationen partikulärer Interessen, die sich gegen den Staat als Verkörperung des Allgemeininteresses richteten. Die konservative Kritik am Pluralismus wird im Gefolge des umstrittenen Staatsrechtslehrers Carl Schmitt (1888-1985) immer noch durch diese deutsche Staatsideologie bestimmt. Sie sieht in der politischen Aktivität gesellschaftlicher Gruppen ein potentiell anarchistisches Element“.²³

Gegen diese Verkürzung des Politischen auf den Bereich der staatlichen Ordnung gegenüber der „unpolitischen“ und „anarchistischen“ Unordnung der Gesellschaft ist die gesamte Pluralismustheorie des 20. Jahrhunderts von Harold Laski über Hans Kelsen bis Ernst Fraenkel und Karl Loewenstein Sturm gelaufen.²⁴ In Deutschland allerdings mit nur

21 Vgl. z. B. Müller 1997; Möllers/van Ooyen 2000, S. 458 ff.

22 Vgl. z. B. Rudzio 1996, S. 523.

23 Sontheimer/Bleek 1999, S. 184 f.

24 Zur englischen Pluralismustheorie vgl. Birke 1978; grundsätzlich zu Kelsen vgl. van Ooyen 2020; zu Fraenkel vgl. die Neu-Edition seiner Schriften (Fraenkel 2011); einführend: Buchstein/Göhler 2000; van Ooyen/Möllers 2009; zu Loewenstein vgl. Loewenstein 2000; einführend van Ooyen 2004, S. 68 ff.

mäßigem Erfolg. Denn es ist nicht nur ein Traditionsbestand des konservativen Politikverständnisses. Selbst die infolge des Scheiterns der „Paulskirche“ nur schwache Tradition des deutschen Liberalismus wurde durch die Auseinandersetzung mit dieser, in Hegel ihren Kulminationspunkt findenden „Staatstheologie“ entscheidend geprägt. Insofern ist daher der deutsche Liberalismus hierauf bloß Reflex und hat das mit dieser Tradition verbundene Verständnis von Staat und Politik in seinem Kampf gegen den Absolutismus übernommen – und zwar bis heute, bis in die liberal-konservativ geprägte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinein. Dies zeigt sich zugleich auch daran, dass das Gericht seine Tamilen-Entscheidung an vielen Stellen in einer an Hobbes erinnernden Weise formuliert. Dessen Politikbegriff wird bestimmt durch den ungeheuerlichen, den anarchischen Bürgerkrieg der „Wolfsgesellschaft“ in der Form staatlicher Einheit beendenden „souveränen“ Leviathan. Daher muss auch Hobbes politische Philosophie als „politische Theologie“ bezeichnet werden²⁵: Denn wie Hegel, der den Staat als „göttliche(n) Willen“ begreift, sieht ja auch Hobbes in seinem „Leviathan“ einen – wenn auch sterblichen – Gott:

„So entsteht der große Leviathan oder, wenn man lieber will, der sterbliche Gott, dem wir unter dem ewigen Gott allein Frieden und Schutz zu verdanken haben. Dieses von allen und jedem übertragene Recht bringt eine so große Macht und Gewalt hervor, daß durch sie die Gemüter aller zum Frieden unter sich gern geneigt gemacht und zur Verbindung gegen auswärtige Feinde leicht bewogen werden. Dies macht das Wesen eines Staates aus...“²⁶

Analog heißt es zum Begriff und Zweck des Staates in der Tamilen-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts:

„Staaten stellen in sich befriedete Einheiten dar, die nach innen alle Gegensätze, Konflikte und Auseinandersetzungen durch eine übergreifende Ordnung in der Weise relativieren, daß diese unterhalb der Stufe der Gewaltsamkeit verbleiben und die Existenzmöglichkeit des Einzelnen nicht in Frage stellen, insgesamt also die Friedensordnung nicht aufheben... Dazu dient die staatliche Macht. Die Macht, zu schützen, schließt indes die Macht, zu verfolgen, mit ein“²⁷.

Daher sei eine „politische“ Verfolgung durch private, nichtstaatliche Akteure überhaupt nur dann von asylrechtlicher Relevanz, wenn diese dem Staat zugerechnet werden muss, hingegen ausgeschlossen, wenn es sich um „anarchische“ Prozessen der „Entstaatlichung“ handle:

„Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommen auch Verfolgungsmaßnahmen Dritter als politische Verfolgung im Sinne des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG in Betracht. Dies setzt allerdings voraus, daß sie dem jeweiligen Staat zuzurechnen sind... Es begründet die Zurechnung, wenn der Staat zur Schutzgewährung entweder nicht bereit ist oder wenn er sich

25 So schon früh die Interpretation von Hobbes bei Voegelin 1996, S. 43 ff.

26 Hobbes 1998, 17. Kap., S. 155.

27 BVerfGE 80, 315; Rn. 41.

nicht in der Lage sieht, die ihm an sich verfügbaren Mittel im konkreten Fall gegenüber Verfolgungsmaßnahmen bestimmter Dritter... einzusetzen. ...

Anders liegt es, wenn die Schutzgewährung die Kräfte eines konkreten Staates übersteigt; jenseits der ihm an sich zur Verfügung stehenden Mittel endet seine asylrechtliche Verantwortlichkeit. ... so liegt darin als Kehrseite beschlossen, daß der Schutz vor den Folgen anarchischer Zustände oder Auflösung der Staatsgewalt nicht durch Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG versprochen ist“.²⁸

Im vierten Leitsatz der Entscheidung fasst das Gericht seine grundsätzliche Schlussfolgerung hieraus zusammen:

„Voraussetzung für eine vom Staat ausgehende oder ihm zurechenbare Verfolgung ist die effektive Gebietsgewalt des Staates im Sinne wirksamer hoheitlicher Überlegenheit. Daher fehlt es an der Möglichkeit politischer Verfolgung, solange der Staat bei offenem Bürgerkrieg im umkämpften Gebiet faktisch nurmehr die Rolle einer militärisch kämpfenden Bürgerkriegspartei einnimmt, als übergreifende effektive Ordnungsmacht aber nicht mehr besteht“.²⁹

Wie bei Hegel und Hobbes konstituiert sich das Politische für das Bundesverfassungsgericht also erst mit dem souveränen Staat. Das Politische wird vom Menschen als Individuum abgelöst und in dieser überindividuellen politischen Einheit mit eigener Substanz versehen. Denn solange der „Staat“ selbst bloß Bürgerkriegspartei ist und als Einheit nicht allumfassend herrscht, solange herrscht nur anarchischer „Naturzustand“ (von Mord und Totschlag), der zwar menschlich ist – aber eben nicht politisch!

4. Staat als „ursprüngliche Herrschermacht“ bei Jellinek

Um dieses bis in die Traditionslinien des Liberalismus reichende Politikverständnis noch ein wenig deutlicher hervortreten zu lassen, gibt es wohl kaum ein besseres Beispiel als den Liberalen Georg Jellinek, an dessen berühmter Staatslehre ganze Generationen von Staatsrechtlern bis weit in das 20. Jahrhundert geschult wurden und dessen Definition des Staats in der deutschen Rechtswissenschaft zweifellos zu den einflussreichsten zählt. Jellinek hatte in seiner „Zwei-Seiten-Lehre“ Staatsrechtslehre und Soziallehre des Staates gegenübergestellt, den „Staat“ gleichzeitig als juristische Person und als soziales Phänomen begriffen. In seiner „Staatslehre“ finden sich daher zwei Definitionen, die sich im Wortlaut nur geringfügig voneinander unterscheiden – nämlich einmal in der juristischen Wendung des Staats als einer Körperschaft und andererseits in der soziologischen als der eines Verbands:

28 Ebd., Rn. 46 f.

29 BVerfGE 80, 315.

„Der Staat ist die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Verbandseinheit sesshafter Menschen“.

Und: „Als Rechtsbegriff ist der Staat demnach die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Körperschaft eines sesshaften Volkes oder... die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgestattete Gebietskörperschaft“.³⁰

Auffallend an dieser berühmten sog. „Dreielementenlehre“ („Gewalt“, „Volk“, Gebiet“) ist, dass noch nicht einmal in der juristischen Definition auf die sittliche Qualität der Herrschaft Bezug genommen, sondern der Begriff des Staats allein über die Faktizität, also über Macht definiert wird.³¹ Aus der Sicht Jellineks wird das plausibel, wenn man bedenkt, dass bei ihm die soziale Staatslehre mit der juristischen über die „normative Kraft des Faktischen“ verbunden ist.³² Denn noch im hegelianisch geprägten Fortschrittsglauben gefangen³³ schien es für Jellinek überhaupt kein Problem, dass der eigentliche Geltungsgrund von Recht die tatsächlichen gesellschaftlichen (Macht)verhältnisse sind, die durch dauerhafte Gewöhnung als rechtmäßig empfunden werden. Das normative Sollen aus dem gesellschaftlichen Sein vollständig abzuleiten, setzt allerdings die Hegelsche „Identitätsthese“ voraus – oder spöttisch formuliert, setzt voraus, dass man mit Hegel darauf hoffen darf, der „Weltgeist“ als Ausdruck der Vernunft werde die Geschichte, d. h. also hier die sozialen Machtverhältnisse, im Laufe der Zeit durchdringen.³⁴

Doch in einem Punkt ist die Staatsdefinition Jellineks noch „hegelianischer“, nämlich in dem Merkmal ihrer Qualität als einer *prima causa*. Denn Jellinek spricht vom Staat als „ursprünglicher Herrschermacht“. „Ursprüngliche“, d. h. nicht abgeleitete Macht gibt es eigentlich nur in der Theologie als eine Eigenschaft Gottes – schöpferisch und sich selbst erschaffend – nicht aber im Bereich der von Menschen eingesetzten Institutionen zur Regelung des politischen Lebens. So zeigt sich selbst bei Jellinek an dieser Stelle das Erbe der „Staatsvergottung“, der „politischen Theologie“ Hegels: Die Überhöhung des Staates als einer von der Gesellschaft – also von den Menschen – losgelösten Substanz, die den Menschen als souveräne Macht gegenübertritt. Als Liberaler offensichtlich erschrocken über diese Omnipotenz des souveränen Staates sucht Jellinek dann durch den Kunstgriff seiner „Selbstverpflichtungslehre“³⁵ diesen „Leviathan“ wieder einzufangen, sucht ihn schließlich in seiner bis heute prägenden Grundrechtslehre von den „subjektiv öffentli-

30 Jellinek 1914, S. 180 f. bzw. 183.

31 So ja dann auch bei dem mit Jellinek befreundeten Max Weber, vgl. z. B. Politik als Beruf, in: Weber 1988, S. 505 ff.

32 „Die Umwandlung der zunächst überall rein faktischen Macht des Staates in rechtliche erfolgt stets durch die hinzutretende Vorstellung, daß dieses Faktische normativ sei, daß es so sein solle, wie es ist“. Jellinek 1914, S. 338 ff., hier S. 342.

33 Vgl. auch Herwig 1972, S. 72 ff.

34 Die Identitätsthese lautet: „Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig“. Hegel 1995, Vorrede, S. 14.

35 Vgl. Jellinek 1914, Kap. „Die Bindung des Staates an sein Recht“, S. 367 ff.

chen“ (Abwehr)rechten des Bürgers gegenüber dem Staat zu bändigen³⁶ – ohne jedoch an die Wurzel zu gehen und die aus der Substanzialisierung als „ursprünglicher“ Macht folgende Souveränität überhaupt in Frage zu stellen. Es ist wohl erst die radikaldemokratische Rechts- und Staatstheorie des in der deutschen Staatslehre – im Unterschied zu Carl Schmitt und Rudolf Smend³⁷ – wenig rezipierten Hans Kelsen³⁸ gewesen, der mit dem ontologischen Staatsbegriff ideologiekritisch aufräumte.³⁹ Schon 1930 hielt daher der Rechtsphilosoph Gustav Radbruch in Anlehnung an Kelsen in einem pointierten Diktum zum obrigkeitsstaatlichen Dualismus von Staat und Gesellschaft mit Blick auf die parteienfeindliche Haltung selbst in der Weimarer Demokratie fest:

„Diese Ignorierung der Partei in der Reichsverfassung hat ihre Wurzel weniger in der Ideologie der Demokratie als in der überkommenen und auch im neuen Staat folgewidrig festgehaltenen Ideologie des Obrigkeitsstaats. Der Obrigkeitsstaat, dessen Regierung sich nicht auf die parteipolitische Mehrheit des Parlaments stützte, hatte zu seiner notwendigen Grundlage den ideologischen Glauben an die Möglichkeit eines Standpunkts über den Parteien. ... Die Ueberparteilichkeit der Regierung war geradezu die Legende, die Lebenslüge des Obrigkeitsstaates.“⁴⁰

5. Quasi-staatliche Verfolgung? Der Afghanistan-Beschluss

In diesen kurz dargelegten ideengeschichtlichen Hintergrund muss daher die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich der Definition des Begriffs „politisch“ im Art. 16a GG eingeordnet werden. So entpuppt sich die hierbei vorgenommene Gleichsetzung von Politik mit Staat und der damit einhergehende Dualismus von Staat und Gesellschaft, öffentlich und privat, als Erblast obrigkeitsstaatlicher Ideologie selbst in einer liberalen Rechtsprechungspraxis – und zwar mit erheblichen Konsequenzen für die um Asyl nachsuchenden Betroffenen. Denn wird „politisch“ mit „staatlich“ in der hegelianischen Tradition des Dualismus von Staat und Gesellschaft identisch gesetzt, so kann es außerhalb des „Staates“ nichts „Politisches“ geben. Schon in der Tamilen-Entscheidung hatte das Gericht daher aus seiner oben zitierten Gleichsetzung der politischen Verfolgung als überhaupt nur staatlicher Verfolgung im Umkehrschluss prinzipiell gefolgert: Existiert kein Staat – nun dann eben auch keine politische Verfolgung. Damit wird das „Politische“

36 Vgl. Jellinek 2011.

37 Die „Integrationslehre“ von Smend hat die bundesdeutsche Staatstheorie in gar nicht zu überschätzender Weise beeinflusst. Darauf – und auf ihren mit der Theorie des Pluralismus unvereinbaren Charakter – ist im Kontext des Amtsverständnisses der Bundespräsidenten zu Recht erneut aufmerksam gemacht worden, vgl. Schwarz 1999, S. 13; allgemein zur Rezeption Smends vgl. van Ooyen 2014.

38 Vgl. hierzu van Ooyen 2020.

39 Während Schmitt dann dagegen diese Souveränität überhaupt zum Axiom postuliert; vgl. den programmatischen Einführungssatz: „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“. Schmitt 1996b, S. 13.

40 Radbruch 1930, S. 289.

– also selbst in dem reduzierten „realistischen“ Verständnis als das Problem der Ausübung von Macht von Menschen über Menschen – einfach weggezaubert. In der Folge hat das zu einer restriktiven Anerkennungspraxis geführt, abgestützt durch die im Instanzenzug zuständige höchstrichterliche Spruchpraxis des Bundesverwaltungsgerichts, die das Asyl im Fall von Bürgerkriegen als rein „nichtstaatliche“ – oder auch in der Formulierung des Verfassungsgerichts als bloß „private“⁴¹ – Verfolgung dagegen nahezu ausschlossen. Vor diesem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts fielen daher die „Bürgerkriegsflüchtlinge“ (z. B. bei politischer Verfolgung in Somalia, Algerien, Afghanistan) in eine von Menschenrechtsorganisationen beklagte Schutzlücke: Zwar sind „Bürgerkriegsflüchtlinge“ im Sinne bloß „nichtstaatlicher“ Verfolgung auch in der deutschen Rechtsordnung nicht völlig schutzlos. Doch der hier als Auffangregelung greifende § 53 Abs. 6 des Ausländergesetzes, der diese vor Abschiebung schützt, ist lediglich eine einfachgesetzlich abgesicherte „Kann-Vorschrift“, die in der Verwaltungspraxis entsprechend restriktiv gehandhabt wird. Demgegenüber garantiert das Asylrecht als Grundrecht nach wie vor seiner Änderung einen verfassungsrechtlich abgesicherten Individualanspruch im Falle „politischer“ Verfolgung.⁴²

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts setzte sich dabei in Widerspruch zur Auslegungspraxis von Art. 3 EMRK in der Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR).⁴³ Dieser hatte nämlich schon in seiner Entscheidung „Ahmed vs. Österreich“ vom 17.12.1996 den Abschiebungsschutz eines somalischen Bürgers auch angesichts überhaupt fehlender staatlicher Strukturen in Somalia aus der absoluten Geltung von Art. 3 EMRK abgeleitet. In zwei weiteren Fällen gegen Frankreich und Großbritannien des Jahres 1997 bestätigte der EGMR daher seine Auffassung eines Schutzes durch die Konvention auch im Falle „nichtstaatlicher“ Verfolgung. Inzwischen hat das Bundesverfassungsgericht in der Afghanistan-Entscheidung vom August 2000 den Verfassungsbeschwerden afghanischer Staatsangehöriger stattgegeben und die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts von 1997 und 1998 aufgehoben, die diesen das Asyl nach Art. 16a GG wegen fehlender politischer Verfolgung verweigerten. Zwar geht das Verfassungsgericht in seinem eingangs zitierten Kammerbeschluss nicht soweit wie der EGMR; es hält auch weiterhin an der Unterscheidung „staatlich“ – „nichtstaatlich“ fest, nähert sich aber immerhin in der praktischen Wirkung hier dessen Spruchpraxis an, indem es die viel zu enge Auslegung durch das Bundesverwaltungsgericht als verfassungswidrig rügt. Für die Betroffenen Afghanen, die wegen ihrer früheren Tätigkeiten für das kommunistische Regime die Verfolgung durch die Taliban fürchten mussten, war dies vom Ergebnis her betrachtet unerheblich. In theoretischer Perspektive aber ist dabei die Kreation eines Begriffs durch die Gerichte entscheidend, der den ganzen Widerspruch hegelianischer „juris-

41 Vgl. BVerfGE 80, 315 Rn. 39.

42 Zu der Diskussion über eine weitere Änderung des Asylrechts vgl. *van Ooyen* 2000, S. 93 ff.

43 Vgl. m. w. N.: *Buß* 1998, S. 323 ff.; *Huber* 2000, S. 1 ff.

tischer“ Reduktion von „politischer“ Verfolgung auf „staatliche“ Verfolgung nun in aller Deutlichkeit erst recht offenbart. Denn jetzt tritt zwischen die bisherigen Kategorien von „staatlicher“ und „nichtstaatlicher“ nämlich noch die der „quasi-staatlichen“ Verfolgung. Anstatt angesichts zunehmender Bürgerkriegssituationen und Prozessen der „Entstaatlichung“ also den bisherigen Begriff des Politischen überhaupt zu überdenken und ausgehend vom Wortlaut des Grundgesetzes neu zu formulieren, bedient man sich so einer vermittelnden Kategorie, die den bisherigen, fragwürdigen Definitionsrahmen auch noch sprengt. Denn vor dem Hintergrund der Tamilen-Entscheidung des Verfassungsgerichts hatte das Bundesverwaltungsgericht im Falle der Afghanen seinerzeit geprüft, ob – wenn schon keine „staatliche“ Verfolgung vorläge – den Betroffenen nicht immerhin durch eine „staatsähnliche (quasistaatliche) Herrschaftsmacht“⁴⁴ Verfolgung drohte. Während die unteren Verwaltungsgerichtsinstanzen dies als gegeben sahen und Asyl gewährten, wurde das Vorliegen „quasi-staatlicher“ Gewalt aber gerade im Falle Afghanistans durch das Bundesverwaltungsgericht verneint. Und zwar mit der Begründung, dass die auch für eine „quasi-staatliche“, sich im Bürgerkrieg befindende Macht erforderliche „Souveränität“ (hier nach außen) fehlte. In seinem Kammerbeschluss, der nun wiederum die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aufhob, nahm das Verfassungsgericht genau hierzu Stellung und rügte seinerseits die „zu eng gefasste(n) Begrifflichkeit für die Erscheinungsform der quasi-staatlichen Verfolgung“.⁴⁵ Ganz so viel Souveränität nach Hobbes – Beendigung des Bürgerkriegs nach innen und Schutz nach außen – wie es das Verwaltungsgericht forderte, sollte es beim Verfassungsgericht dann doch nicht sein:

„Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts ist eine Herrschaftsorganisation nur dann staatsähnlich und damit politischer Verfolgung fähig, wenn sie auf einer organisierten, effektiven und nach innen und außen stabilisierten territorialen Herrschaftsmacht beruht. Eine solche Gebietsherrschaft könne sich in einem andauernden Bürgerkrieg nicht etablieren, solange jederzeit und überall mit dem Ausbruch bewaffneter Auseinandersetzung gerechnet werden müsse, die die Herrschaftsgewalt regionaler Macht grundlegend in Frage stellten. Mit diesem Ansatz misst das Bundesverwaltungsgericht dem Erfordernis einer nach außen dauerhaft stabilisierten (regionalen) Herrschaftsmacht ein Gewicht bei, das ihm verfassungsrechtlich nicht zukommt“.⁴⁶

Das Verfassungsgericht hatte damit beim Urteil des Verwaltungsgerichts genau die Problematik richtig benannt, über die es letztendlich in der eigenen Interpretation hinweg sah – wenn auch in einer für die betroffenen Asylbewerber großzügigeren Weise. Denn es warf dem Bundesverwaltungsgericht vor, die Prüflatte für die Kategorie „quasi-staatliche“ Verfolgung so hoch anzulegen, dass sie in der praktischen Anwendung auf den Sachverhalt

44 „Quasistaatliche Verfolgung in Afghanistan?“, Presseerklärung Bundesverwaltungsgericht Nr. 9/2001 vom 20. Februar 2001.

45 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 10. August 2000 - 2 BvR 260/98, Rn. 1-23, www.bverfg.de/erkrk20000810_2bvr026098.html (letzter Abruf 12.4.2021).

46 Ebd., Rn. 16.

mit der „staatlichen“ Verfolgung zusammenfallen musste. Dadurch wird schließlich die Tatsache von politischer Verfolgung in nicht gefestigten Bürgerkriegssituationen weggezaubert – und zwar genau in derselben Weise, wie es das Verfassungsgericht im Falle der bloß „nichtstaatlichen“, in dieser nach wie vor gegebenen Kategorie der „privaten Verfolgung“⁴⁷ selbst macht. Und nur im Hinblick auf die Kritik am Bundesverwaltungsgericht gelingt ihm die erfrischende politisch-philosophische Erkenntnis:

„Das Element der ‚Staatlichkeit‘ oder ‚Quasi-Staatlichkeit‘ von Verfolgung darf nicht losgelöst vom verfassungsrechtlichen Tatbestandsmerkmal des ‚politisch‘ Verfolgten betrachtet und nach abstrakten staatsrechtlichen Begriffsmerkmalen geprüft werden. Es muss vielmehr in Beziehung gesetzt bleiben zu der Frage, ob eine Maßnahme den Charakter einer politischen Verfolgung im Sinne von Art. 16a Abs. 1 GG aufweist, vor der dem Betroffenen Schutz gewährt werden soll“.⁴⁸

Daher, so weiter das Gericht, verfehle die enge Auslegung durch das Bundesverwaltungsgericht den Punkt auf den es eigentlich mit Blick auf Art. 16 a GG nur ankäme, nämlich auf die „maßgebliche Frage der Beschaffenheit des Herrschaftsgefüges im Innern des beherrschten Gebietes zwischen dem verfolgenden Machthaber und den ihm unterworfenen Verfolgten“.⁴⁹

Wohl wahr und dem ist eigentlich dann auch nichts mehr hinzuzufügen. Fragt sich nur, warum das Verfassungsgericht dann an der merkwürdigen Unterscheidung von staatlich = politisch, nichtstaatlich = nichtpolitisch und quasi-staatlich = quasi-politisch (?) überhaupt noch länger festhält? Denn noch einmal: Das Politische wird nicht durch den Staat konstituiert, sondern durch den Menschen. Sobald also Menschen zusammenkommen, wird auch das Politische mitkonstituiert, weil das Leben der Menschen in Gesellschaft immer sofort mit den Fragen von Freiheit und Gleichheit, guter Ordnung und Macht verbunden ist. Aristoteles hat das vor über 2000 Jahren beschrieben. Während also die „neuere“ Politikwissenschaft seit Max Weber immerhin „realistisch“ ständig „neue“ Formen politischer Macht „entdeckt“ – erst die organisierten Gruppen in Form der Parteien und zuletzt das früher als ausschließlich privat betrachtete Herrschaftsverhältnis der Geschlechter – verharret das Bundesverfassungsgericht (und mit ihm die „nachgeordneten“ Gerichte⁵⁰) so im Politikverständnis des (liberalen) Etatismus des 19. Jahrhunderts. Freilich, die sogenannte „geschlechtsspezifische“ Verfolgung – besser: die politische Verfolgung von Frauen durch Männer – wird man unter diese („staats“)theoretische Prämisse in all ihrer Variationsbreite (z. B. die Verfolgung durch weibliche Genitalverstümmelung)

47 Ebd., Rn. 12.

48 Ebd., Rn. 17.

49 Ebd., Rn. 18.

50 In seinem Urteil vom 20.02.01 (Az.: 9 C 20/00) ist das BVerwG inzwischen der Interpretation des Verfassungsgerichts bzgl. der „quasi-staatlichen“ Verfolgung gefolgt. Nur soweit dann die zu dieser Zeit weitgehend etablierte Herrschaft der Taliban als „quasi-staatlich“ interpretiert wird, eröffnet sich überhaupt auch die Möglichkeit, die Verfolgung von Frauen als „politische“ zu begreifen.

dogmatisch stringent kaum subsumieren können. Vielmehr muss dann die „nichtstaatliche“ Verfolgung und erst recht die „geschlechtsspezifische“ weiterhin genauso als „extrakonstitutionelles“, weil „außerstaatliches“ und daher „unpolitisches“ Phänomen erklärt werden, wie es seinerzeit Heinrich Triepel schon für die Parteien formulierte⁵¹ – und zwar als typischer Ausdruck antipluralistischer, etatistischer Staatstheorie in der Weimarer Republik.⁵²

Literatur

- Anschütz, Gerhard/Thoma, Richard (Hrsg.), 1930: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 1, Tübingen.
- Birke, Adolf M., 1978: Pluralismus und Gewerkschaftsautonomie in England, Stuttgart.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, 1985: Politische Theorie und politische Theologie; in: Taubes, S. 16-25.
- Buchstein, Hubertus/Göhler, Gerhard (Hrsg.), 2000: Vom Sozialismus zum Pluralismus. Beiträge zu Leben und Werk Ernst Fraenkels, Baden-Baden.
- Buß, Thomas, 1999: Grenzen der dynamischen Vertragsauslegung im Rahmen der EMRK. Zugleich Besprechung von BVerwG, Urteil vom 15. April 1997, DÖV, Heft 8, S. 323-330.
- Fraenkel, Ernst, 2011: Gesammelte Schriften, 6 Bde (1999 ff.), Baden-Baden.
- Hegel, Georg W. F., 1995: Grundlinien der Philosophie des Rechts, Ausgabe Meiner, Hamburg.
- Herwig, Hedda, 1972: Georg Jellinek, in: Sattler, S. 72-99.
- Hobbes, Thomas, 1998: Leviathan, Ausgabe Reclam, Frankfurt am Main.
- Huber, Berthold, 2000: Die Praxis der Gerichte der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Menschenrechte auf Asylsuchende, Flüchtlinge und Einwanderer, ERA-Forum Heft 1, S. 7-10.
- Jellinek, Georg, 1914: Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin-Heidelberg.
- Jellinek, Georg, 2011: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Nachdruck der 2. Aufl. von 1905, Tübingen.
- Kelsen, Hans, 1930: Der Staat als Integration, Wien.
- Kelsen, Hans, 1981: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 2. Neudruck der 2. Aufl. von 1928, Aalen.
- Kimminich, Otto, 1997: Einführung in das Völkerrecht, 6. Aufl., Tübingen.
- Loewenstein, Karl, 2000: Verfassungslehre. Unveränderter Nachdruck der 3. Aufl, Tübingen.
- Mann, Heinrich, 1994: Der Untertan (1918), 36. Aufl., München.
- Möllers, Martin H. W./van Ooyen, Robert Chr., 2000: Parlamentsbeschluss gegen Volksentscheid. Die demokratische Legitimation der Rechtschreibreform in Schleswig-Holstein, ZfP, Heft 4, 458-464.
- Müller, Friedrich, 1997: Wer ist das Volk?, Berlin.
- van Ooyen, Robert Chr., 2000: Einwanderungsgesetz gegen Asylrecht? Normatives Plädoyer gegen den Vorschlag, Art. 16a GG durch eine institutionelle Garantie zu ersetzen, vorgänge, Heft 4, S. 93-99.

51 „... im Bereich der staatlichen ‚Integration‘, auf den es uns letztlich doch allein ankommt, ist die Partei eine extrakonstitutionelle Erscheinung, ihre Beschlüsse sind, vom Standpunkt des Rechts aus gesehen, unverbindliche und unmaßgebliche Äußerungen eines dem Staatsorganismus fremden sozialen Körpers. Wenn man also erklärt, der moderne Staat sei auf Parteien ‚aufgebaut‘, so ist das eine rechtlich unhaltbare Behauptung“. Triepel 1928, S. 29 f. In der bundesdeutschen Staatsrechtslehre besteht aufgrund dieser Tradition bis heute die Schwierigkeit, die Parteien dogmatisch sauber einzuordnen. Auch hier behilft man sich mit derselben begrifflichen „Krücke“: Denn die Parteien sind privatrechtliche Vereinigungen, die als „Quasi-Staatsorgane“ (!) in den Bereich des „Staatlichen“ hineinragen.

52 Vgl. einführend Sontheimer 1978; Stolleis 2002.

- van Ooyen, Robert Chr., 2002: Totalitarismustheorie gegen Kelsen und Schmitt: Eric Voegelins „politische Religionen“ als Kritik an Rechtspositivismus und politischer Theologie, ZfP, Heft 1, 56-82.
- van Ooyen, Robert Chr., 2004: Ein moderner Klassiker der Verfassungstheorie: Karl Loewenstein (1891-1973), ZfP, Heft 1, S. 68-86.
- van Ooyen, Robert Chr., 2014: Integration. Die antidemokratische Staatstheorie Rudolf Smends im politischen System der Bundesrepublik, Wiesbaden.
- van Ooyen, Robert Chr., 2020: Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie, 2. Aufl., Berlin.
- van Ooyen, Robert Chr./Möllers, Martin H. W. (Hrsg.), 2009: (Doppel-)Staat und Gruppeninteressen. Pluralismus – Parlamentarismus – Schmitt-Kritik bei Ernst Fraenkel, Baden-Baden.
- Pilch, Martin, 1994: System des transzendentalen Etatismus. Staat und Verfassung bei Carl Schmitt, Wien-Leipzig.
- Radbruch, Gustav 1930: Die politischen Parteien im System des deutschen Verfassungsrechts; in: Anschütz/Thoma, S. 285-294.
- Rudzio, Wolfgang, 1996: Das politische System der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl., Wiesbaden.
- Sattler, Martin J. (Hrsg.), 1972: Staat und Recht. Die deutsche Staatslehre im 19. und 20. Jahrhundert, München.
- Schmitt, Carl, 1996a: Der Begriff des Politischen, 6. Aufl., Berlin.
- Schmitt, Carl, 1996b: Politische Theologie, 7. Aufl., Berlin.
- Schwarz, Hans-Peter, 1999: Von Heuss bis Herzog. Die Entwicklung des Amtes im Vergleich der Amtsinhaber; APuZ, Heft 20, S. 3-13.
- Sontheimer, Kurt 1978: Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, München.
- Sontheimer, Kurt/Bleek, Wilhelm, 1999: Grundzüge des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl., München.
- Stolleis, Michael, 2002: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3: Staats- und Verwaltungswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945, München.
- Taubes, Jacob (Hrsg.), 1985: Religionstheorie und politische Theologie, Bd. 1: Der Fürst dieser Welt. Carl Schmitt und die Folgen, 2. Aufl., München-Paderborn.
- Triepel, Heinrich, 1928: Die Staatsverfassung und die politischen Parteien, Berlin.
- Voegelin, Eric, 1996: Die politischen Religionen (1938), 2. Aufl., München.
- Weber, Max, 1988: Gesammelte Politische Schriften, 5. Aufl., Tübingen.

Die Kopftuch-Entscheidung(en) des Bundesverfassungsgerichts zwischen Pluralismustheorie (Kelsen/Fraenkel) und Staatstheologie (Hegel/Schmitt)

In einer „globalisierten“ Welt von „Zuwanderungsgesellschaften“ wird die gesellschaftliche Vielheit zunehmend bewusster wahrgenommen. Auf der anderen Seite wird zugleich der Ruf nach dem „Staat“ in eben dieser „globalisierten“ Welt lauter – sei es als Fixpunkt „souveräner“ politischer „Steuerung“, sei es, in der Tradition hegelianischer Überhöhung des Staates, als über den Einzelinteressen stehende neutrale Obrigkeit, die das „Gemeinwohl“ verkörpert, oder sei es gar als völkisch aufgeladene „homogene Gemeinschaft“. Aus politikwissenschaftlicher Sicht hat sich mit dieser Frage nach dem Dualismus von gesellschaftlicher Vielheit und Einheit insbesondere die Pluralismustheorie auseinandergesetzt. Schon in den 60er Jahren kritisierte Ernst Fraenkel, etwa in seinem bekannten Vortrag auf dem 45. Juristentag (1964),¹ den Etatismus der juristischen Staatslehre, die selbst nach den Erfahrungen mit dem Scheitern Weimars² zu dieser Zeit immer noch durch eine reservierte Haltung gegenüber dem „Pluralismus“ gekennzeichnet war.³ Fraenkel gilt allgemein als „Vater“ der deutschen Pluralismustheorie, die dann schon in der Auseinandersetzung mit dem Pluralismuskritiker Carl Schmitt und in Anlehnung an das radikalpluralistische Demokratiekonzept der 1920er Jahre von Hans Kelsen von ihm als „Neo-Pluralismus“ formuliert worden ist.⁴ Dies soll das Verdienst Fraenkels für eine offene Gesell-

1 Vgl. *Fraenkel* 1991a, S. 297 ff.

2 Vgl. u. a. *Bracher* 1971; *Sonthheimer* 1978; *Kolb/Mühlhausen* 1997; *Gusy* 2000.

3 Zu den etatistischen „Schlagseiten“ in der Staatslehre vgl. *Günther* 2004; zur aktuellen Rechtsprechung vgl. *van Ooyen* 2005; mit Blick auf die europäische Integration: *van Ooyen* 2020a; auch *van Ooyen* 2006a, S. 151 ff.

4 So ist festzuhalten, dass Hans Kelsen schon ab 1911 längst eine bahnbrechende und – im Unterschied zu Fraenkel – theoretisch voll ausformulierte Demokratie-theorie in pluralismustheoretischer Absicht vorgelegt hat. In seiner Habilitationsschrift setzte er gegen das tradierte Verständnis vom Gemeinwohl, das sich im Staat verkörpern soll, als der „Lebenslüge des Obrigkeitsstaates“ (*Radbruch* 1930, S. 289), die Kernthese der Pluralismustheorie:

„Es gibt eben überhaupt kein ‚Gesamtinteresse‘, sondern immer nur Gruppeninteressen, die auf irgendeine Weise die staatliche Macht, den Staatswillen für sich gewinnen... und erst die Resultante all dieser zusammenwirkenden Kräfte findet im Staatswillen ihren Ausdruck“; *Kelsen* 1960, S. 479, unter der Kapitelüberschrift „‚Gesamtinteresse‘ und soziale Gruppeninteressen“. Damit sind schon alle Grundsätze formuliert, die das Fundament der Pluralismustheorie ausmachen:

1. Der politische Prozess ist ein Gruppenprozess;
2. Ein über den Partikularinteressen stehendes Gemeinwohl („Staat“) ist ein obrigkeitsstaatlicher Mythos;

schaft überhaupt nicht schmälern; im Gegenteil, nach meiner Auffassung zählte Fraenkel noch zu den Politologen und Politologinnen, die philosophisch-ideengeschichtliche, juristische und machtanalytische Zusammenhänge souverän beherrschten. Seine gemäßigte, sozusagen naturrechtlich „domestizierte“ Form der Pluralismustheorie als Neo-Pluralismus lässt sich zur Beschreibung der staatsrechtlichen Implikationen der „Kopftuch-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts bestens heranziehen. Das gilt allerdings mit Einschränkung, nämlich nur für die von der Mehrheit des Zweiten Senats vertretene und damit verbindliche Meinung. Die in der Abstimmung knapp unterlegene Minderheit folgt demgegenüber in ihrem Verständnis von Staat und Öffentlichem Dienst der traditionellen Spur von Hegel – und Schmitt.

Werfen wir daher zunächst einen kurzen Blick auf diese Tradition des Beamtentums, dann auf die Neo-Pluralismustheorie von Ernst Fraenkel in der Auseinandersetzung mit Kelsen und Schmitt, um schließlich vor diesem Hintergrund die beiden im Zweiten Senat vertretenen Meinungen als „Kampf“ um das richtige Verständnis von Staat und Gesellschaft zu begreifen. Damit wird auch exemplarisch gezeigt, wie wichtig die staatsrechtlichen Vorverständnisse für zentrale Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind – und zugleich, welchen Beitrag die politikwissenschaftliche Theorieanalyse bei der „Entzauberung“ vermeintlich „reiner“ Rechtsprechung leisten kann.⁵

1. Staatsdienst als Gottesdienst – problematische hegelianische Tradition

„Der Beamte hat sich bei der Ausübung des ihm übertragenen Amtes lediglich durch das Interesse der Gesamtheit, das Staatsinteresse, nicht aber durch ein Parteiinteresse leiten zu lassen... Weiter: der Beamte hat sich auch außerhalb des Amtes, bei Betätigung der ihm als Mensch und Bürger zustehenden Rechte... diejenige Mäßigung aufzuerlegen, welche durch seine Stellung als Organ der Gesamtheit bedingt ist. Schon hieraus folgt, daß die persönliche Freiheit des Beamten, insbesondere die Rede-, Preß-, Versamlungs- und Vereinsfreiheit nicht nur den allgemeinen, für alle geltenden, sondern auch noch den besonderen Beschränkungen unterliegt, welche sich aus den Pflichten seines Amtes und Standes ergeben.“⁶

Die Passage aus dem Standardkommentar zur Weimarer Reichsverfassung hat auch heute über die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ des Art. 33 Abs. 5 GG ihre prinzipielle Wirkmächtigkeit nicht verloren und wurde in der älteren Staatslehre der Bundesrepublik noch im Zusammenhang mit dem grundrechts- und gesetzesfreien sog.

3. Das gilt auch für die Vorstellung eines vermeintlich „homogenen Volkswillens“, die zu dieser Zeit durch die Rezeption der Demokratietheorie Rousseaus vorherrschte.

Ausführlich zur Demokratietheorie Kelsens vgl. *van Ooyen* 2020b; *van Ooyen* 2017, *van Ooyen* 2006c, S. 17 ff.

5. Vgl. insgesamt: *van Ooyen* 2005; *van Ooyen/Möllers* 2015.

6. *Anschütz* 1968, Art. 130, S. 603; zur Verwaltung in Weimar aus juristischer Sicht vgl. *Gusy* 1997, S. 163 ff.

„besonderen Gewaltverhältnis“ diskutiert. Diese Lehre „entspringt dem in der konstitutionellen Monarchie wurzelnden Gedanken, Recht allein als Beziehung zwischen Bürger und Bürger bzw. Bürger und Staat zu definieren – mit der Folge, das Verhältnis zwischen Staat und Bürger in den Fällen, in denen den Bürger... besondere Treue- und Gehorsamspflichten treffen, als ein dem staatlichen Innenbereich zugehöriges anzusehen“.⁷ Aufgrund der Über- und Unterordnung von Staat und Gesellschaft konnte der „Staat“ (d. h. die Exekutive) hiernach im Bereich des Öffentlichen Dienstes, ebenso im Schulwesen, Militär und Strafvollzug, ohne Bindung an die Grundrechte und den Vorbehalt des Gesetzes – und damit nahezu ohne parlamentarische Kontrolle – fast unumschränkt herrschen. Auf der anderen Seite wurde nach diesem traditionellen (deutschen) Verständnis der Beamtenstand für diese Diskriminierung als „Staats-Diener“ entschädigt und als „Staats-Diener“ privilegiert, zugleich dem Bürger undemokratisch entrückt, indem er aufgrund seiner „Staatsnähe“ an der Obrigkeit und dem mystisch verklärten „Staatsganzen“ partizipierte. Mit Blick auf die so einflussreiche Staatslehre Hegels urteilt Hattenhauer:

„Sie [die Räte, RvO] wurde(n)... durch die von Georg Wilhelm Friedrich Hegel... in Berlin gelehrte Botschaft beflügelt, daß der Staat die Verkörperung der sittlichen Idee sei. Staatsdienst war mithin der Dienst am höchsten irdischen Gut, war säkularisierter Gottesdienst, welcher die Diener des Staates zu Priestern machte und über das Volk hinaushob. In diesem Dienst fanden die Tugenden von Pflicht und Treue als die höchsten Ideale der Staatsdiener ihre Grundlage“.⁸

Denn über den Staat heißt es in Hegels Rechtsphilosophie in der für ihn eigentümlichen Diktion:

„Der Staat ist... das an für sich Vernünftige. Diese absolute Einheit ist absoluter unbewegter Selbstzweck, ... sowie dieser Endzweck das höchste Recht gegen die Einzelnen hat, deren höchste Pflicht es ist, Mitglieder des Staats zu sein“.⁹

Und: „Der Staat ist göttlicher Wille als gegenwärtiger, sich zur wirklichen Gestalt und Organisation einer Welt entfaltender Geist“.¹⁰

Hegels „politische Theologie“ vergöttlichte den Staat als „Gang Gottes in der Welt“¹¹ und löste ihn damit von der Gesellschaft – also von den Menschen – als Subjekt von eigener Substanz ab; in ihm verwirklichte sich gemäß seiner „Identitätsthese“ in einem Fortschrittsprozess die Vernunft. Über diesen in der deutschen politischen Kultur äußerst wirkmächtigen Etatismus heißt es daher zu Recht:

„Unter den aus der Vergangenheit nachwirkenden Faktoren ist als erster die Tradition der Staatsgläubigkeit zu nennen... In Deutschland galt der Staat immer besonders viel. Georg

7 Spitzkatz 2017, S. 206.

8 Hattenhauer 1996, S. 346; vgl. auch Hattenhauer 1993.

9 Hegel 1995, S. 208 (§ 258).

10 Ebd., S. 222 (§ 270).

11 Hegel 1995, § 258 (Zusatz).

Wilhelm Friedrich Hegel hat ihn zur Wirklichkeit der sittlichen Idee erhoben; seine zahlreichen Epigonen sahen im Staat den Zuchtmeister der sonst ungeordneten Gesellschaft. Der Staat war die Inkarnation des Gemeinwohls... Aus dieser Einstellung erwuchs... die Schwierigkeit, Parteien und Interessenverbände anders zu begreifen denn als Manifestationen partikulärer Interessen, die sich gegen den Staat als Verkörperung des Allgemeininteresses richteten. Die konservative Kritik am Pluralismus wird im Gefolge des umstrittenen Staatsrechtslehrers Carl Schmitt (1888-1985) immer noch durch diese deutsche Staatsideologie bestimmt¹².

So gilt hinsichtlich des hier interessierenden Verständnisses vom Öffentlichen Dienst überspitzt formuliert: Es gibt Menschen mit Menschenrechten, Bürger mit Bürgerrechten und den Sonderstatus des Beamten – oder wie es der „politische Theologe“ Carl Schmitt¹³ ausdrückte:

„Dieser besondere Status ist von dem allgemeinen ‚Mensch‘-Sein sehr verschieden“.

Daher: „Eine prinzipiell unbegrenzte Freiheit im Sinne eines allgemeinen Menschenrechts müsste, konsequent durchgeführt, den Begriff des Beamten aufheben; denn es wäre unmöglich, dass der Beamte, was seine subjektiven Rechte und Ansprüche angeht, die Vorteile und Auszeichnungen seines Sonderstatus in Anspruch nehmen, hinsichtlich seiner Pflichten aber sich auf die prinzipiell unbegrenzten individualistischen ‚Freiheiten‘ des liberalen Einzelmenschen, d. h. des Nicht-Beamten berufen dürfte“.

Und: „Man kann sagen, daß der Begriff des Beamten den radikalen Vertretern des bürgerlichen Liberalismus immer suspekt gewesen ist“.¹⁴

Denn so gesehen erfordert die im Staat gipfelnde Sittlichkeit schließlich von der Beamtenschaft als dem ausführenden Organ zur Verwirklichung des Gemeinwohls die „volle Hingabe“ des ganzen Menschen. Das Preußische OVG z. B. stellte 1927 in wilhelminischer Diktion fest:

„Das Recht... findet seine Schranken für den Beamten... in den Pflichten, die ihm sein Amt auferlegt, vorzüglich in der Treu- und Gehorsamspflicht, die es ihm verbietet, von diesem Recht einen gleich weitgehenden Gebrauch zu machen, wie es anderen Staatsbürgern gestattet ist, die nicht unter dem Zwange der im allgemeinen, öffentlichen Interesse notwendigen Dienztucht stehen. Das Amt erfaßt die gesamte Persönlichkeit des Beamten. Er ist niemals nur Privatmann...“¹⁵

Trotzdem, oder besser: gerade deshalb, beurteilte auch der liberale Gerhard Anschütz dieses ständisch-etatistische Verständnis¹⁶ des öffentlichen Dienstes ganz selbstverständlich

12 *Sontheimer/Bleek* 1999, S. 184 f.

13 Vgl. m. w. N. *van Ooyen* 2002, S. 56 ff.

14 *Schmitt* 1993, S. 181 f.

15 In: *Juristische Wochenschrift*, 1927, S. 2867, zitiert nach *Anschütz* 1968, S. 603 f.; bis heute prägt dieses „Besonderssein“ die Rechtsprechung des BVerfG; vgl. m. w. N. *van Ooyen* 2005, S. 82 ff.

16 Vgl. hierzu insgesamt *Mayer-Tasch* 1971.

als positiv¹⁷, weil „neutral“ über den Parteien stehend, fachlich versiert das „Gemeinwohl“ verkörpernd im Zeitalter der parlamentarisch und „egoistisch-parteilpolitisch“ organisierten Weimarer Demokratie: Der „Beamte wird im Sinne Hegels zum Spezialisten für das Allgemeine“.¹⁸ Das, obwohl die Neutralität des Beamtentums immer ein Mythos und auch Anschütz bekannt gewesen ist, dass z. B. den Sozialdemokraten in Preußen auch längst nach Aufhebung der Sozialistengesetze gar keine Beamtenkarriere offen stand – ganz zu schweigen von den Diskriminierungen gegenüber Juden und Frauen.¹⁹ Max Weber hatte schon zu dieser Zeit auf die Bedeutung der Bürokratie als dem eigenständigen Machtfaktor moderner politischer Systeme nachdrücklich hingewiesen und festgestellt, dass das Problem politischer Patronage im öffentlichen Dienst nicht das des Einflusses parteipolitisch organisierter Gruppen sei, der sich ja öffentlich vollziehe und parlamentarisch zu verantworten habe. Es waren für Weber vielmehr die „informellen“ Patronagesysteme, in denen sich die Herrschaft der Bürokratie der Kontrolle entzog und die ihn nachdrücklich die Stärkung (partei)politisch-parlamentarischer Kontrolle der Verwaltung einfordern ließen:

„Die unoffizielle Patronage ist, da sie unverantwortlich bleibt, eben die übelste... Patronage überhaupt, und sie ist Folge der konservativen Beamtenherrschaft... Über die Ämterpatronage entscheiden dabei ja nicht Politiker und Parteien, welche von der Öffentlichkeit verantwortlich gemacht werden könnten, sondern private Konnexionen aller Art, von den sehr wichtigen studentischen Couleurbeziehungen angefangen bis zu den gröberen und feineren Formen kapitalistischer Empfehlungen. Der Großkapitalismus, den die blöde Unkenntnis unserer Ideologen als Verbündeten des verketzerten Parlamentarismus vermutet, steht daher wie ein Mann auf seiten der Erhaltung der unkontrollierten Beamtenherrschaft. Er weiß gut: warum. Dies ist derjenige Zustand, welche die Literatenphrase bei uns mit verbissener Wut gegen die von ihr als ‚korrupt‘ und ‚undeutsch‘ perhorreszierte offene Parteiverantwortlichkeit für die Ämterpatronage zu verteidigen sich gewöhnt hat. In Wahrheit sind es einfach mächtige materielle Pfründnerinteressen in Verbindung mit kapitalistischer Ausnutzung von ‚Konnexionen‘, aber wahrhaftig nicht ‚der deutsche Geist‘, welche gegen die Parlamentarisierung der Patronage engagiert sind“.²⁰

Zu Recht wird daher im Hinblick auf die katastrophalen politischen Implikationen solch antipluralistischer, ständestaatlicher Konzeptionen des öffentlichen Dienstes, wie sie all-

17 Vgl. Anschütz 1968, S. 602 f.

18 Hesse/Ellwein 1997, S. 349.

19 Mit Art. 128 WRV wurde die Diskriminierung von Frauen wenigstens formell beseitigt. Vorher hatte z. B. die Ehe unmittelbare Folgen für eine Beamtin – in Bayern etwa in der Weise, dass das Beamtenverhältnis bei Volksschullehrerinnen erlosch; vgl. Nachweise bei Anschütz 1968, S. 586.

20 Weber 1988, S. 368 f.; vgl. auch Weber 1980, Abschnitt 8: „Die rationale Staatsanstalt und die modernen politischen Parteien und Parlamente“, S. 815 ff. Zugleich sah Weber in der Bürokratie aber auch die Form „rationaler Herrschaft“; zu dieser Ambivalenz vgl. z. B. Anter 2014; überhaupt zu seiner rationalistischen Modernitäts- und Fortschrittsgläubigkeit vgl. Voegelin 1995.

gemein in der Staatslehre dieser Zeit populär waren – man denke nur an den Einfluss von Othmar Spann²¹ – einhellig bemerkt:

„... allerdings wurde das B. [Berufsbeamtentum, RvO] im Kaiserreich infolge bürgerlicher (Selbst-)Rekrutierung... zum Instrument konservativer, monarchischer Politik. Die Fixierung auf das Staatsoberhaupt sowie die Distanziertheit zu Parlament und Parteien ließ in der Weimarer Republik den Grundsatz der Neutralität des B. zu einem Hindernis werden, sich mit der Republik... zu identifizieren und bestärkte restaurative Tendenzen, die im Dritten Reich nach anfänglichem Widerstand gegen parteiliche Personalpolitik zur erneuten Anpassung aus Staatsgesinnung führte“.²²

Und im Urteil von Karl Dietrich Bracher:

„Der Einbau des vom monarchischen Absolutismus geschaffenen Berufsbeamtentums in die parlamentarische Demokratie war von vornherein behindert durch die ständische Bindung dieser weitgehend bewußt aus dem Volksganzen gelösten sozialen Gruppe, die allein mit dem Adel den Abbau des Ständestaats überdauert hatte“.²³

„So verhartete eine im modernen Verwaltungsstaat ständig anwachsende Bürokratie mit ihren vordemokratischen Traditionen in einer latenten Gegenüberstellung zur parlamentarischen Demokratie, zum Parlament, zu den Parteien und ihren direkten Organen“.²⁴

„Ihr [der Bürokratie, RvO] mußte denn auch das autoritäre Staatsbild einer auf technischer Leistungsfähigkeit aufgebauten Ordnung, die förmliche Vergottung eines hierarchisch gestrafften Obrigkeitsstaates näherliegen als eine bewegliche, sozial offene demokratische Staatskonzeption“.²⁵

Wie weit die von Bracher beschriebene Affinität zur Diktatur ging und wie gering das Ausmaß der „Republikanisierung“ der Berufsbeamtenschaft in Weimar tatsächlich war, spiegelte sich auch in der Beamtenpolitik der NS-Diktatur wider. Denn vom sog. „Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums“, mit dem die jüdischen und politisch oppositionellen Beamten und Beamtinnen rausgeschmissen wurden, waren überhaupt „höchstens 2 % aller Beschäftigten betroffen“.²⁶

2. Fraenkels Neopluralismus als Kritik an Kelsen und Schmitt

Für Fraenkels Pluralismustheorie ist die Kritik an Schmitt und der Rückgriff auf Kelsen bei der Entwicklung seiner Pluralismustheorie bestimmend. Aufgrund des zur Weimarer

21 Vgl. Spann 1931; Spann 1923; zu Spann vgl. Mayer-Tasch 1971, S. 27 ff., 65 ff., 74 ff.; vgl. kurz auch Dahlheimer 1985, S. 122 ff.

22 Derlien 1991, S. 103.

23 Bracher 1971, S. 182.

24 Ebd., S. 165.

25 Ebd., S. 166; ähnlich Hesse/Ellwein 1997, S. 347 ff.

26 Gusy 1997, S. 179.

Zeit noch dominanten Analyserasters der Klassenspaltung²⁷ gelingt es ihm jedoch zunächst einmal nicht, die Kritik an der „relativistischen Demokratie“ Kelsens gegenüber Schmitts „Freund-Feind-Konzept“ der Volkseinheit argumentativ zu nutzen. Er erkennt zwar von diesem Standpunkt aus, dass der Kelsensche Formalismus und Relativismus Ausdruck pluralistischer Demokratie ist, Kelsens Reduktion des „Staats“ auf die positive Rechtsordnung also die Voraussetzung darstellt, um das „Gemeinwohl“ überhaupt im Sinne einer „Resultierenden“ des politischen Machtkampfes autonomer Gruppen begreifen zu können.²⁸ Doch im weiteren Verlauf seiner Auseinandersetzung mit Kelsen bewertet er in Anlehnung an Hermann Hellers Kritik zu den „ausgeblasenen Eiern reiner Rechtsformen“²⁹ den Relativismus dann doch als Nihilismus, den er hinsichtlich seiner Gefahr, das materielle Rechtsstaatsdenken aufzulösen, dann sogar in einem Atemzug mit dem existentialistisch aufgeladenen Dezisionismus von Schmitt nennt.³⁰ Auf der anderen Seite sieht er wie Kelsen in der Schmittschen Konzeption der „politischen Einheit“ als „Freund-Feind-Entscheidung“ den (totalitären) Widerpart. Noch 1932 verweist Fraenkel auf die mit dem „Begriff des Politischen“ – als der in Fraenkels Einschätzung „wohl bedeutendsten Schrift“ von Schmitt – verbundenen Implikationen, die in „Kampf und Vernichtung“ endeten.³¹ Fraenkels Weimarer Verständnis von Demokratie enthält jedoch nur insoweit „früh-pluralistische“ Positionen, soweit sie mit dem Vorrang seiner – wenn auch nicht orthodoxen³² – marxistischen Sicht vereinbar bleiben. Vielmehr wird jede Form von Demokratie einschließlich der von ihm selbst neu in die Diskussion eingeführten Begriffe von „kollektiver“ und „dialektischer“ Demokratie im Hinblick auf ihre Zwecktauglichkeit zum „Klassenkampf“ instrumentalisiert. Damit gelingt es ihm zwar, sich gegenüber dem antipluralistischen, monistischen Konzept des „Volks“ als politischer Einheit von Schmitt klar abzugrenzen, nicht aber an den mit Kelsen vorgelegten Diskussionsstand anzuknüpfen.³³

Fraenkels Kritik an Schmitt setzt sich in den dreißiger Jahren mit der Analyse des „Doppelstaats“ weiter fort³⁴ und findet sich später – wie bei seiner Pluralismustheorie – über eine ganze Reihe von Aufsätzen verstreut, manchmal nur in wenigen Sätzen oder in

27 Vgl. hierzu van Ooyen 2020b, S. 245 ff.

28 Vgl. Fraenkel 1999a, S. 183.

29 Heller 1926, S. 301.

30 Vgl. Fraenkel 1999c, S. 572.

31 Fraenkel 1999b, S. 569.

32 „Sozialist, aber kein Revolutionär“, Göhler 1986, S. 10.

33 In gewisser Hinsicht fühlt man sich in umgekehrter Weise an Gerhard Leibholz erinnert. Während dieser sich zum Ende der Weimarer Republik von „rechts“ schließlich doch einer positiven Einschätzung des Parteienpluralismus nähert, aber an einem hiermit unvereinbaren verquastenen Volksbegriff als kollektiver Einheit in Schmittscher Diktion festhält, dringt Fraenkel von „links“ zu verbandspluralistischen Konzeptionen durch, ohne jedoch sein marxistisches Konzept der „Klasse“ aufzugeben. Beiden, Leibholz und Fraenkel, bleibt so der Weg zu einer Pluralismustheorie in der Weimarer Zeit verbaut; vgl. van Ooyen 2006b, S. 56 ff.

34 Vgl. Fraenkel 1999d, z. B. S. 328, 362 f., 412 f., 471 f.; zur Kritik an Hegel: S. 387 ff.

einer Rezension formuliert.³⁵ Am deutlichsten kommt sie jedoch in seiner „Pluralismus-Rede“ von 1964 zum Ausdruck³⁶, da er hier auch bemüht ist, etwas ausführlicher die Verbindungslinie zur Rousseauschen Demokratietheorie aufzuzeigen. Schon zuvor hat er auf den Zusammenhang aufmerksam gemacht, dass von der „Rousseauschen *volonté générale*“ ein gerader Weg in die auf der Akklamation begründete totalitäre Diktatur führt.³⁷ Denn in der antipluralistischen „Verdrängung von Sonderinteressen durch das Gemeininteresse“ sieht Fraenkel „das Herzstück der Rousseauschen Staatstheorie“.³⁸ Aus dieser Feststellung heraus vollzieht Fraenkel nun die neo-pluralistische „Wende“. Seiner Auffassung nach reicht ein bloßer Rückgriff auf die klassischen Ansätze der Pluralismustheorie nicht aus, weil sie bezogen auf das Scheitern Weimars dem Nationalsozialismus – und in der theoretischen Kontroverse Carl Schmitt – nicht genug entgegensetzen konnten.³⁹ Das ist auch seine Hauptkritik, die er ab den 1940er Jahren gegenüber Kelsen – und dem amerikanischen „Legal Realism“ – formuliert.⁴⁰

Die Kelsenschen Lehre musste aus Fraenkels Sicht genau an dem Punkt versagen, wo eine politische Theorie wie die Schmitts das radikal negierte, was der Kelsensche positivistische Normativismus überhaupt stillschweigend voraussetzte: den Glauben an das Gesetz als Ausdruck rationaler Vernunft. Erst unter dieser Selbstverständlichkeit eines Wertekonsenses konnte Kelsen für Fraenkel den metarechtlichen Geltungsgrund des positiven Rechts – etwa das Naturrecht – radikal kritisieren.⁴¹ Wenn man nun nicht zurück zum „Klassenkampf“ wollte, sondern Pluralismus als demokratisches Konzept der Gesellschaft grundsätzlich bejahte, dann konnte die Schlussfolgerung gerade nicht bloß „in einer Fortsetzung jener... Entwicklung bestehen, wie sie Deutschland vor der Nazizeit gekannt hatte“.⁴² Fraenkel sah daher die Lösung in der Stärkung der „Wehrhaftigkeit“ pluralistischer Gesellschaften gegenüber dem Totalitarismus in Form einer normativen Aufladung der Pluralismustheorie. Wenn „der Kampf gegen die Diktatur nicht in der Negation steckenbleiben soll“, dann „muß er in der Wiederherstellung des Rechtsstaats seine Erfüllung finden“⁴³ – und zwar gerade nicht im bloßen Verständnis des Formalismus als „Gesetzesstaat“ wie bei Kelsen, sondern materiell als „Gerechtigkeitsstaat“. Gleichwohl – wie bei Kelsen – ist Fraenkels Begriff der Demokratie vom Verständnis der Gruppen her konzipiert, und zwar vom Begriff der Gruppen als Minderheiten. Hieraus ergibt sich das

35 Vgl. z. B. *Fraenkel* 1991a, S. 595 ff.

36 *Fraenkel* 1991a.

37 *Fraenkel* 1999e, S. 497.

38 *Fraenkel* 1991a, S. 308.

39 So auch in der Einschätzung bei *Detjen* 1988, S. 378.

40 *Fraenkel* 1999f, S. 59 bzw. S. 60.

41 Ebd., S. 60.

42 *Fraenkel* 1999f, S. 70. Insoweit verhält sich Fraenkels Entwicklung vom „Klassenkämpfer“ in Weimar zum späteren Pluralismustheoretiker in „umgekehrter“ Weise zu der des seinerzeit maßgeblichen britischen Pluralismustheoretikers Harold Laski (mit dem sich ja Carl Schmitt auseinandersetzte); Laski „widerrief“ dann zugunsten marxistischer Positionen.

43 *Fraenkel* 1999g, S. 78.

zentrale Erfordernis des Minderheitsschutzes als Kern der pluralistischen Demokratie und die Funktion der Verfassung, die gerade deshalb durch eine erhöhte Bestandsgarantie – in Verbindung mit einer „starken“ Verfassungsgerichtsbarkeit⁴⁴ – geschützt werden muss. Die erschwerte Abänderbarkeit der Verfassung als Grundkonsens stellt dann nämlich sicher, dass keine Gruppe, wie Fraenkel es formuliert, „vergewaltigt“ wird.⁴⁵ Oder wie es bei Kelsen heißt, dass wesentliche Eingriffe in Minderheitsrechte, in „nationale, religiöse, wirtschaftliche oder allgemein geistige Interessensphären... nicht gegen deren Willen... möglich sind“.⁴⁶

Fraenkel hat vielfach betont, dass beide Seiten, Verfahren wie Werte – wenn auch nur als „regulative Ideen“ – einer pluralistischen Demokratie als „consensus omnium“ zugrunde liegen müssen.⁴⁷ Diesen Wertekodex umreißt er mit den folgenden Punkten:

- die Anerkennung der Volkssouveränität als Legitimitätsgrundlage,
- die Gleichheit vor dem Gesetz,
- die Geltung der tradierten Freiheitsrechte,
- die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und die Unparteilichkeit der Justiz,
- die Beachtung demokratischer Verfahrens- und Spielregeln („fair play“).⁴⁸

Der Neo-Pluralismus erweist sich daher vor allem als ein Pluralismus, der über die bei Kelsen vorausgesetzte Akzeptanz von Verfahrensnormen („Demokratie als Verfahren“) hinaus weitere Einschränkungen kennt, die im pluralistischen Gruppenkampf als „unstreitiger Sektor“ nicht zur Disposition stehen. Es sind dies im Wesentlichen die Menschenrechte von Freiheit und Gleichheit, die nicht verhandelbar und daher unbedingt sind und vom „Staat“ garantiert werden müssen. Oder wie es Fraenkel an anderer Stelle als Definition formuliert hat:

„Das kennzeichnende Merkmal einer pluralistisch organisierten Demokratie ist..., daß sie das bonum commune durch den Ausgleich der Gruppeninteressen im Rahmen des Staates unter Beachtung der Minimalerfordernisse einer allgemein gültigen Wertordnung zu erreichen bestrebt ist“.⁴⁹

Insofern ist Fraenkels neopluralistisches Konzept also ein Anti-Anti-Pluralismus, der aus der „Negation“ (Schmitt) des Weimarer Pluralismus (Kelsen) eine „etatistische“ Konse-

44 Zu diesem von Kelsen hergeleiteten, in der rechts- und politikwissenschaftlichen Literatur zumeist völlig verkannten Zusammenhang von Verfassungsgerichtsbarkeit und pluralistischer Demokratie vgl. *van Ooyen* 2020b, S. 129 ff.; *van Ooyen* 2006b, S. 208 ff.; *van Ooyen* 2015, S. 169 ff.; sowie *Kelsen* 2019 selbst.

45 Vgl. *Fraenkel* 1991b, S. 34.

46 *Kelsen* 1981, S. 54.

47 Vgl. z. B. *Fraenkel* 1991a.

48 Vgl. *Fraenkel* 1991c, S. 69 f; vgl. auch die aufzählende Darstellung in *Fraenkel* 1991d, S. 354.

49 *Fraenkel* 1991d, S. 354.

quenz zieht, selbst um den Preis, dabei in theoretische Schwierigkeiten zu geraten.⁵⁰ Denn zu Recht wurde auf den Widerspruch in Fraenkels Konzept hingewiesen, das den „Staat“ einerseits – wie Kelsen – bloß als resultierendes Ergebnis des pluralistischen Gruppenkampfes begreift, zugleich aber auch als „Interventionsstaat“, der „etatistisch“ als eigener Faktor in diesen Machtkampf zum Schutz von Menschenrechten und Minderheiten eingreifen soll.⁵¹ Da aber der Grundkonsens als „unstreitiger Sektor“ im Sinne einer bloß „regulativen Idee“ zugunsten des „pluralistisch-streitigen Sektors“ möglichst klein sein soll und dieser „Minimalkonsens“ selbst wiederum bis zu einem gewissen Grade einer offenen gesellschaftlichen Willensbildung zugänglich und damit „pluralisiert“ ist, bricht der Widerspruch in Fraenkels Theorie nicht so deutlich auf. Denn von dieser Einschränkung abgesehen gilt für den Zusammenhang von Demokratie, Macht und Staat – wie bei Kelsen – vorbehaltlos „daß das demokratische Legitimitätsprinzip jede metaphysische Rechtfertigung der staatlichen Herrschaft ausschließt“⁵²; vielmehr besteht ein gerade in Deutschland wenig akzeptierter

„... Zusammenhang zwischen demokratischer Selbstregierung und politischem Machtkampf...“. Denn: „Wer den Machtkampf... verachtet, betet das Machtmonopol der Staats- oder Parteibürokraten an. Wer sich über Politik als Kampf um die Macht erhaben dünkt, beweist lediglich, daß er für die Demokratie nicht reif ist“.⁵³

3. Die Kopftuch I-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

3.1 Hintergrund

Etwa zur gleichen Zeit des Kammerbeschlusses des Ersten Senats (2003) über die Frage der Zulässigkeit der Kündigung einer Kaufhausangestellten, die am Arbeitsplatz ihrem religiösen Glauben durch das Tragen eines Kopftuchs Ausdruck verlieh, hatte auch der Zweite Senat in Sachen Religionsfreiheit zu entscheiden. Allerdings ging es hier nicht um die sog. mittelbare Drittwirkung von Grundrechten im Bereich eines privatrechtlich gere-

50 Die Gemeinsamkeiten, die Fraenkels Formulierungen im „pluralistischen Teil“ seiner Theorie mit der Kelsenschen Demokratietheorie aufweisen, sind nicht zu übersehen, so etwa in der positiven Bewertung der Parteien, der Kritik an der Parlamentarismuskritik, in der Haltung zu den Begriffen Vielheit, Wettbewerb, Kompromiss und Minderheitsschutz, in der Kritik monistischer Demokratielehren vom „Volkswillen“ und in der Wertschätzung des Lassalleschen Verfassungsbegriffs. Schließlich findet man nicht zuletzt die gemeinsame politisch-anthropologische Prämisse, die den politischen Prozess „anti-metaphysisch“ als Machtkampf begreift. Aus dieser „egoistischen“ Natur des Menschen, die als „Konstante“ auch nicht änderbar ist, leiten beide ihre zentralen demokratietheoretischen Prämissen ab. Das gilt selbst für die bekannte Stelle von Fraenkel, in der er mechanistisch das Gemeinwohl „aposteriori“ als „Resultierende“ beschreibt, da sie in ihrer Formulierung bis an den Wortlaut der Formulierungen bei Kelsen heranreicht; vgl. m. w. N. van Ooyen 2020b, S. 264 ff. Zur Rezeption von Lassalle vgl. van Ooyen 2007.

51 Vgl. hierzu schon von Greiff 1979, S. 1063 ff.

52 Fraenkel 1973, S. 319.

53 Ebd., S. 321.

gelten Arbeitsverhältnisses, sondern um die Frage der Zulässigkeit des Kopftuchs im öffentlichen (Schul)dienst. Das Land Baden-Württemberg hatte einer deutschen Staatsangehörigen muslimischen Glaubens nach Absolvierung des Vorbereitungsdienstes die Einstellung als Lehrerin an Grund- und Hauptschulen verweigert, da sie nicht bereit war, während des Unterrichts auf das Tragen des Kopftuchs zu verzichten. Das Land hielt dies für unvereinbar mit der staatlichen Neutralität in Religionsfragen. Nach erfolglosen Klagen vor den Verwaltungsgerichten wurde hiergegen Verfassungsbeschwerde eingelegt. Die Beschwerdeführerin machte dabei eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 2 und 4 GG geltend.⁵⁴ Mit Blick auf den Erziehungsauftrag führte sie zudem an, dass die Schule für die Kinder kein Refugium sei, „in dem die Augen vor der gesellschaftlichen Pluralität und Realität verschlossen werden könnten“, sondern vielmehr „auf das vorzubereiten habe, was ihnen in der Gesellschaft begegne“.⁵⁵ Gegenüber der vom Ersten Senat 1995 getroffenen Entscheidung in Sachen „Kruzifix“⁵⁶, verwies sie auf einen wesentlichen Unterschied: Während es im Falle von „Kruzifix“ um „ein religiöses Symbol gegangen sei, dessen Anbringung von der staatlichen Einrichtung Schule verantwortet werde“, sei sie hier „als Grundrechtsträgerin in ihrem subjektiven Recht auf Glaubensfreiheit betroffen“.⁵⁷ Hiermit machte sich die Beschwerdeführerin geschickt die für das Verfassungsgericht typische Sicht zunutze, indem sie die Gegenüberstellung von Staat und Gesellschaft sozusagen einfach nur liberal wendete. Indem das Tragen des Kopftuchs in der Schule als Grundrechtsausübung einfach dem privat-gesellschaftlichen Bereich zugewiesen wird, wird das Gebot „staatlicher Neutralität“ als Ausdruck gesellschaftlicher „Entrücktheit“ des Staates ja gar nicht angetastet; es bleibt vielmehr im Grundsatz gewahrt, weil erst eine staatliche Anordnung wie im Falle von „Kruzifix“ es verletzte. Die Argumentation blieb insofern also durchaus in der etatistischen Spur der seinerzeitigen Entscheidung des Ersten Senats. Dieser hatte ausgeführt:

„Zusammen mit der allgemeinen Schulpflicht führen Kreuze in Unterrichtsräumen dazu, daß die Schüler während des Unterrichts von Staats wegen... mit diesem Symbol konfrontiert sind und gezwungen werden, ‚unter dem Kreuz‘ zu lernen. Dadurch unterscheidet sich die Anbringung von Kreuzen in Klassenzimmern von der im Alltagsleben häufig auftretenden Konfrontation mit religiösen Symbolen der verschiedensten Glaubensrichtungen“.⁵⁸

-
- 54 Grundlegend zur Thematik *Lanzerath* 2003. An dieser Stelle bleibt nur der kurze Hinweis, dass der „nervöse“ Umgang mit dieser Frage in Frankreich und Deutschland wohl typisch für Staaten mit etatistischer Tradition zu sein scheint; ein Blick auf die Praxis in Großbritannien zeigt, dass dort selbst Turbane in der Justiz kaum für Aufregung gut sind.
- 55 BVerfGE 108, 282 – Kopftuch Ludin, Rn. 18; zitiert nach <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv108282.html> (letzter Abruf 22.9.2006).
- 56 Vgl. einführend *Schulte zu Sodingen* 2017, S. 582 ff.
- 57 BVerfGE 108, 282, Rn. 19.
- 58 BVerfGE 93, 1 (18) – Kruzifix; das Anbringen von Kreuzen in Schulzimmern war hier staatlicherseits durch § 13 der Schulordnung für die Bayerischen Volksschulen vorgeschrieben; vgl. auch die beiden Leitsätze der Entscheidung.

3.2 Mehrheits- und Minderheitsmeinung im Zweiten Senat

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts schloss sich in seiner „Kopftuch-Entscheidung“ nun zum Teil der Sicht der Beschwerdeführerin an – allerdings nur mit knapper, offensichtlich im Senat höchst umstrittener Mehrheitsentscheidung. Dabei war selbst diese noch in ihrer Öffnung zu einem pluralistischen Verständnis des Staats sehr vorsichtig und zurückhaltend. Denn der Senat gab der Verfassungsbeschwerde statt, indem er – anknüpfend an die in ständiger Rechtsprechung des Gerichts formulierte „Wesentlichkeitstheorie“ – nur die fehlende gesetzliche Grundlage des „Kopftuchverbots“ im Schuldienst monierte. Eine solcher Eingriff in die auch im Beamtenstatus geltenden Grundrechte kann eben nicht (in Anlehnung an die Theorie vom „besonderen Gewaltverhältnis“) von der Exekutive in eigener Kompetenz angeordnet werden, sondern bleibt allein dem Parlament vorbehalten (sog. Parlaments- und Gesetzesvorbehalt).⁵⁹ Vor diesem Hintergrund erschließt sich erst der weitere Leitsatz der Entscheidung, der dann zwei Alternativen für die gesetzliche Regelung eröffnet – und nur die eine geht dabei in Richtung einer „pluralistischeren“ Sicht des tradierten Verständnisses von Staat und Beamtenum:

„Der mit zunehmender religiöser Pluralität verbundene gesellschaftliche Wandel kann für den Gesetzgeber Anlass zu einer Neubestimmung des zulässigen Ausmaßes religiöser Bezüge in der Schule sein“.⁶⁰

Daher: „Die gewachsene religiöse Vielfalt in der Gesellschaft spiegelt sich hier [in der Schule, RvO] besonders deutlich wider. Die Schule ist der Ort, an dem unterschiedliche religiöse Auffassungen unausweichlich aufeinander treffen... Ein tolerantes Miteinander mit Andersgesinnten könnte hier am nachhaltigsten durch Erziehung geübt werden... Es ließen sich deshalb gute Gründe dafür anführen, die zunehmende religiöse Vielfalt in der Schule aufzunehmen und als Mittel für die Einübung von gegenseitiger Toleranz zu nutzen, um so einen Beitrag in dem Bemühen um Integration zu leisten“.⁶¹

Allerdings ist der oben zitierte Leitsatz auch in die andere Richtung hin interpretierbar, nämlich in der Weise, dass der zuständige Gesetzgeber im Rahmen seiner Neuregelung die bisherigen Regelungen noch verschärft. So führt das Gericht hieran direkt im Anschluss zugleich selber aus:

„Andererseits ist die beschriebene Entwicklung auch mit einem größeren Potenzial möglicher Konflikte in der Schule verbunden. Es mag deshalb auch gute Gründe dafür geben, der staatlichen Neutralitätspflicht im schulischen Bereich eine striktere und mehr als bisher distanzierende Bedeutung beizumessen und demgemäß auch durch das äußere Erscheinungsbild einer Lehrkraft vermittelte religiöse Bezüge von den Schülern grundsätzlich fern zu halten...“.⁶²

59 Vgl. BVerfGE 108, 282, 1. Leitsatz der Entscheidung sowie Rn. 66 ff.

60 Ebd., 2. Leitsatz.

61 Ebd., Rn. 65.

62 Ebd.

Immerhin: Im Vergleich zu der bisher kategorisch formulierten, der Gesellschaft entrückten Neutralität des Staates mag sich hier für die Zukunft vielleicht doch sogar ein Paradigmenwechsel ankündigen. Ob dem wirklich so sein wird, bleibt abzuwarten. Es ist darüber hinaus aber darauf hinzuweisen, dass selbst diese pluralistische Öffnung der Mehrheit im Senat insofern in der bisherigen Spur verharret, als sie immer noch an einem von der Gesellschaft „abgehobenen“ Bereich des „Staates“ festhält – auch wenn dieser sich zugunsten des Grundrechtsschutzes der Beamten/innen nun liberal „verkleinert“. Denn in der Grundrechtsausübung der Religionsfreiheit durch die Beamtin liegt für das Gericht nach wie vor die Differenz zwischen dem vorliegenden Fall und der Problematik der Zulässigkeit staatlicher Anordnung von religiösen Symbolen im Fall von „Kruzifix“. ⁶³ Insofern ist also das Neutralitätsgebot des „Staates“ gar nicht aufgehoben und die tradierte Sicht von Staat und Beamtentum auch nicht überwunden. ⁶⁴

Bezogen auf den skizzierten staatstheoretischen Hintergrund lässt sich diese Position mit der (Neo-)Pluralismustheorie gut einfangen, wobei in der Mehrheitsmeinung des Zweiten Senats wohl noch um die Frage gerungen worden ist, wie viel „Pluralismus“ und wie viel „Staat“, also wie groß der „streitige“ bzw. „unstreitige Sektor“ denn sein soll. So gesehen „oszilliert“ die mit dem zweiten Leitsatz der Entscheidung offen gehaltene Lösungsmöglichkeit zwischen: „Hereinnahme“ der „privaten“ religiösen Symbole aller nur denkbaren Minderheiten in den Schulbereich als Ausdruck des Pluralismus in der Gesellschaft, sodass Staat und Gesellschaft in diesem Punkte zusammenfallen, vs. völligem Ausschluss religiöser Symbole, die den „Staat“ dann doch wieder vollständig von der „Gesellschaft“ separiert und als Ausdruck von „Gemeinwohl“ überhöht und den demokratischen „Partikularinteressen“ entzieht. Dabei wird jedoch die letztere, „anti-pluralistische“ Option wieder durch „Pluralisierung“ selbst relativiert: Wegen der fehlenden gesetzlichen Grundlagen des behördlich verhängten „Kopftuch-Verbots“ wird die konkrete Lösung an den Gesetzgeber zurückverwiesen. Das passt nicht nur dogmatisch, aus der immanenten Sicht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts besser zu den Prinzipien von „Gewaltenteilung“, demokratischem „Parlamentvorbehalt“ (insb. im Rahmen der vom Gericht vertretenen „Wesentlichkeitstheorie“) und „richterlicher Zurückhaltung“ ⁶⁵. Es macht zugleich, da das Recht des Öffentlichen Dienstes „föderalisiert“ ist ⁶⁶, eine Vielzahl verschiedener Regelungen auf der Ebene von Bund und Ländern möglich. Offensichtlich eröffnete genau diese Kompromisslösung im Senat überhaupt erst eine Mehrheit zuguns-

63 Vgl. ebd., Rn. 54.

64 Allgemein zum Festhalten am traditionellen Verständnis vgl. *Bull* 2015, S. 803 ff.

65 Gleichwohl hat sich das Gericht gerade hierüber immer wieder hinweggesetzt und schon in formaler Hinsicht einen „'barocke(n) Formenreichtum' an... Entscheidungsaussprüchen entwickelt“; *Blasberg* 2003, S. 238; vgl. auch *Burchardt* 2004; zum Mythos vom „judicial self-restraint“ m. w. N. *van Ooyen* 2005, S. 196 ff.

66 Zum Föderalismus als „System des territorialen Pluralismus“ vgl. *Loewenstein* 1959, z. B. S. 299.

ten einer rechtspolitischen Grundlagenentscheidung in Richtung einer stärkeren „Pluralisierung“ des Staates.

Denn die nur knapp unterlegene Meinung der Minderheit vertritt radikal die andere Sicht. In ihrer Argumentation hält sie eisern an der etatistischen und antipluralistischen Bahn von Staat, Beamtentum und „Volkswillen“ fest, die eingangs skizziert wurde. Hier wird es wohl schon als Niederlage im politischen Kampf um das „richtige“ Verständnis von „Staat“ und „Gesellschaft“ wahrgenommen, dass die noch lange nach 1949 vertretene Theorie des „besonderen Gewaltverhältnisses“⁶⁷ im Rahmen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dann doch gekippt wurde. Offensichtlich soll zumindest im Bereich des Beamtentums noch ein solches letztes „Reservat“ des „besonderen Gewaltverhältnisses“ reklamiert werden, auch wenn die Bereiche „Schule“ und „Strafvollzug“ als Domäne souveränen staatlichen Handelns schon verloren gegangen sind. Denn in Anlehnung an die eingangs zitierte Formulierung von Schmitt über das „Beamtensein“ und mit Rückgriff auf die besondere „Staatsnähe“ heißt es hier:

„Beamte unterscheiden sich grundsätzlich von denjenigen Bürgern, die durch Maßnahmen der öffentlichen Gewalt einem Sonderstatusverhältnis unterworfen werden, dabei aber nicht etwa in die Sphäre des Staates wechseln, sondern nur in eine rechtliche Sonderbeziehung treten, wie Schüler und deren erziehungsberechtigte Eltern in der staatlichen Pflichtschule... oder Strafgefangene im Vollzug... Es ist deshalb ein Irrtum zu glauben, mit der Betonung grundrechtlicher Positionen im innerdienstlichen Bereich könne ein weiteres Mal – nach dem Kampf gegen das Institut des besonderen Gewaltverhältnisses – eine Schlacht für die Freiheitsidee des Grundgesetzes geschlagen werden...

Die Grundrechte mit ihrer Bestimmung, Distanz zwischen politischer Herrschaft und staatsfreier Gesellschaft zu gewährleisten, sollen sich nicht gerade dort entfalten, wo die Verfassung ein besonderes Näheverhältnis will und wechselseitige Distanzierung grundsätzlich ausschließt“.⁶⁸

„Wer ein öffentliches Amt erstrebt, sucht im status activus die Nähe zur öffentlichen Gewalt und begehrt – wie die Beschwerdeführerin – die Begründung eines besonderen Dienst- und Treueverhältnisses zum Staat...

Der vom Grundgesetz verfasste Staat braucht den öffentlichen Dienst, damit der Wille des Volkes praktisch wirksam werden kann“.⁶⁹

67 In der Geschichte der Bundesrepublik hatten sich an dieser, aus der konstitutionellen Monarchie stammenden Lehre, noch bis in die 1970er Jahre hinein immer wieder harte Kontroversen an konkreten Fällen entzündet, etwa an der Frage des „Haarerlasses“ bei der Bundeswehr, der Einführung des Sexualkunde-Unterrichts in der Schule, der Frage des Briefgeheimnisses im Gefängnis, der Einschränkung von Rechten der öffentlich Bediensteten usw. Auch beim Streit um das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage bei der Einführung der Rechtschreibreform ließ sich dies beobachten; vgl. *Möllers/van Ooyen* 2000, S. 458 ff.

68 BVerfGE 108, 282 – abweichende Meinung der Richter Jentsch, Di Fabio und Mellinshoff, Rn. 80 u. 82.

69 Ebd., Rn. 89 und 95.

Fragt sich nur noch, polemisch formuliert, warum Angehörige des öffentlichen Dienstes überhaupt wählen dürfen, müsste doch dann schon in dieser Grundrechtsausübung eine Verfälschung des „Volkswillens“ durch den „neutralen Staat“ in der Form seiner wählenden Beamten und Beamtinnen liegen, die überdies so gar nicht zur grundrechtsfreien „Nähe“ und zum „Treueverhältnis“ gegenüber der „Gewalt“ passt. Weit entfernt ist die Minderheitsmeinung von einem solchen „Demokratieverständnis“ nicht. Denn wie selbstverständlich führt sie aus, dass der Staat – und mit ihm seine „Diener“ – nichts mit Pluralismus, Machtkampf und Toleranz einer offenen Gesellschaft zu tun habe:

„Die grundsätzliche Offenheit und Toleranz in der Gesellschaft darf nicht auf das staatliche Binnenverhältnis übertragen werden“.⁷⁰

Der Staat sozusagen als demokratiefreier Leviathan.⁷¹ Hegel und Schmitt lassen grüßen!

4. Nachtrag: Kampf der Senate, kein Kopftuch bei Gericht und der „echte“ Staat

2020 hat der Zweite Senat eine weitere Entscheidung, diesmal zu religiösen Symbolen in der Justiz getroffen („Kopftuch III“); sie nimmt eine Korrektur der „grundrechtsfreundlichen“ Linie des Ersten Senats von 2015 vor („Kopftuch II“), die ihrerseits die Entscheidung des Zweiten Senats von 2003 korrigiert hatte („Kopftuch I“). In allen drei Entscheidungen gab es zudem innerhalb der Senate jeweils Sondervoten. Das zeigt, dass (Verfassungs-)Recht und Politik sich durchdringen und dass das Bundesverfassungsgericht – bei seinen Entscheidungen jenseits der Alltagsroutine – ein „politisches“ Verfassungsorgan ist.⁷² Es steht nicht neutral und obrigkeitstaatlich „über“ der Gesellschaft, sondern „mit-tendrin“ und reproduziert deshalb deren Kontroversen. Verfassungspolitologisch betrachtet zeigen „Kopftuch II und III“ außerdem exemplarisch erneut den Richtungsstreit zwischen (pluralistischer) Verfassungstheorie und (etatistischer) Staatstheorie,⁷³ der bei zentralen Entscheidungen regelmäßig beobachtet werden kann: hier speziell in der Variation zwischen „Staatskirchenrecht“, das die Stellung der Religion institutionell und vom Staat

70 Ebd., Rn. 125.

71 Insofern verblüfft die Auffassung von Udo Di Fabio, der an anderer Stelle gegen das tradierte Verständnis von Staat zu Recht festhält:

„Vom Staat dürfen wir also nicht mehr mythisch überhöht reden, wir dürfen auch nicht mehr wie Thomas Hobbes ein Wesen denken, das stärker als alle Menschen gottgleich uns entgegentritt, schließlich dürfte inzwischen auch Hegels Vorstellung vom sittlichen Staat bei vielen um ihre Plausibilität gebracht worden sein. Bereits der Singular der Begriffsbildung ist brüchig... es beginnt sich das amerikanische Denken in Teilfunktionen des Staates durchzusetzen: Government and Agencies“; *Di Fabio* 2003, S. 11 f.

72 Vgl. schon *Kelsen* 2019.

73 Ausführlicher *van Ooyen* 2020c.

her denkt, und „Religionsverfassungsrecht“,⁷⁴ das von der individuellen Religionsfreiheit in der pluralistischen Gesellschaft ausgeht.⁷⁵

4.1 Verspätete Wende zum pluralistischen Religionsverfassungsrecht: Die Kopftuch II-Entscheidung

Nach der ersten Kopftuch-Entscheidung wurden in den alten Bundesländern durchgängig Regelungen der Landesgesetzgeber erlassen,⁷⁶ die sich für die „etatistische“ Variante entschieden. Mit Ausnahme der östlichen Länder, die wohl mangels muslimischer Bewerberinnen keinen Regelungsbedarf zu haben schienen, untersagten fast alle das offene Tragen religiöser Symbole, verankerten aber z. T., wie etwa NRW, zugleich Klauseln, die im Unterschied zur *Bekundung* die „Darstellung christlicher und abendländischer Bildungs- und Kulturwerte oder Traditionen“ hiervon wieder ausnahmen.⁷⁷ Dabei sollte das Tragen von Kreuzen, des Nonnenhabits oder auch der Kippa eben nur als „Darstellung“ und gerade nicht als religiöse „Bekundung“ aufgefasst werden. Im Sondervotum von „Kopftuch II“ wurde diese Unterscheidung zugunsten christlich-abendländischer Symbole als verfassungsrechtlich zulässig angesehen⁷⁸ und allenfalls die von einer der Klägerinnen geübte Alternative des Tragens einer Wollmütze plus Rollkragenpulli für neutral genug und damit zulässig erachtet.⁷⁹ Im Unterschied zum Sondervotum in „Kopftuch I“ bestritt die Minderheit hier immerhin nicht die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage wegen des Parlamentsvorbehalts.⁸⁰ Die Mehrheit des Ersten Senats aber wies zunächst einmal die durch die Hintertür geführte Diskriminierung klar als verfassungswidrig zurück und kassierte die einschlägige Regelung in § 57 des Schulgesetzes NRW wegen Verstoßes gegen Art. 3 und 33 GG als nichtig. Denn werden „...äußere religiöse Bekundungen durch Pädagoginnen und Pädagogen in der öffentlichen bekenntnisoffenen Gemeinschaftsschule zum Zweck der Wahrung des Schulfriedens und der staatlichen Neutralität gesetzlich

74 Vgl. Häberle 1976, S. 73 ff.; Heinig 2007.

75 Im tradierten Staatskirchenrecht erlangen die christlichen Kirchen den Status als öffentlich-rechtliche (!) Körperschaft automatisch, im Unterschied zu Religionsgemeinschaften, die kirchenrechtlich gar keine zentralisierten Organisationsstrukturen kennen. Betrachtet man die Kopftuch-Verfahren aus Sicht der Akteure, dann sind sie auch ein Hebel, um diese Schlagseite des Staatskirchenrechts, das die etablierten kath. und ev. Kirchen faktisch bevorrechtigt, zugunsten eines Religionsverfassungsrechts aufzubrechen; vgl. Gawron 2017.

76 Vgl. von Blumenthal 2009.

77 § 57 Abs. 4 SchulG NRW (kursiv nicht im Original).

78 Vgl. BVerfGE 138, 296-376 – Kopftuch II; zitiert nach BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Januar 2015 - 1 BvR 471/10 u. 1181/10, Rn. 1-31, www.bverfg.de/e/rs20150127_1bvr047110.html (letzter Abruf 21.3.2021), Abweichende Meinung Richter Schluckebier, Richterin Hermann, Rn. 20 ff.

79 Vgl. ebd., Rn. 4.

80 Vgl. BVerfGE 108, 282 – Kopftuch I, Abw. Meinung Richter Jentsch, Di Fabio, Mellinshoff, Rn. 75 ff.

untersagt, so muss dies für alle Glaubens- und Weltanschauungsrichtungen grundsätzlich unterschiedslos geschehen“.⁸¹

Der eigentliche Richtungsschwenk – so auch der Vorwurf im Sondervotum⁸² – bestand dann in dem zentralen Ergebnis, dass die vom Zweiten Senat vorgeschlagene (mögliche) Lösung eines Ausschlusses religiöser Symbole in pauschaler Form völlig unzulässig sei: Ein „landesweites gesetzliches Verbot religiöser Bekundungen... durch das äußere Erscheinungsbild schon wegen der bloß abstrakten Eignung zur Begründung einer Gefahr für den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität... ist unverhältnismäßig“; vielmehr erfordere ein „angemessener Ausgleich... der Glaubensfreiheit der Lehrkräfte, der negativen Glaubens- und Bekenntnisfreiheit der Schülerinnen und Schüler sowie der Eltern, des Elterngrundrechts und des staatlichen Erziehungsauftrags... zumindest eine hinreichend konkrete Gefahr“.⁸³ Diese aber sei „zu belegen und zu begründen“. Das bloße „Tragen eines islamischen Kopftuchs“ jedenfalls reiche „im Regelfall nicht“; es spiegele lediglich die religiös-pluralistische Gesellschaft wider, in der die Einzelnen auch im Bereich der Schule kein Recht darauf haben, „von der Konfrontation mit ihnen fremden Glaubensbekundungen, kultischen Handlungen und religiösen Symbolen verschont zu bleiben“, solange „die Lehrkräfte... nicht verbal für ihre Position oder für ihren Glauben werben und die Schülerinnen und Schüler über ihr Auftreten hinausgehend zu beeinflussen versuchen“. Es würden diese also „lediglich mit der ausgeübten positiven Glaubensfreiheit der Lehrkräfte in Form einer glaubensgemäßen Bekleidung konfrontiert, was im Übrigen durch das Auftreten anderer Lehrkräfte mit anderem Glauben oder anderer Weltanschauung in aller Regel relativiert und ausgeglichen wird“.⁸⁴

Dass 2003 die Mehrheit des Zweiten Senats bei „Kopftuch I“ sich zurückgenommen und nur den Parlamentsvorbehalt angemahnt und damit den rechtspolitischen Ball an den (Landes-)Gesetzgeber zurückgespielt hatte, war wohl die salomonische Lösung gewesen, um seinerzeit der rechtspolitischen „Befriedung“ innerhalb und außerhalb des Gerichts zu dienen: außerhalb, weil nach dem heftigen öffentlichen Widerstand infolge der „Kruzifix-Entscheidung“⁸⁵ die Legitimationsreserve des Bundesverfassungsgerichts (vorübergehend) erschöpft schien und man zugleich „parlamentsfreundlich“ den Vorwurf des richterlichen Aktivismus widerlegen konnte; innerhalb, weil angesichts der generell eher etatistischen, „staatstheoretischen“ Linie des Senats und des offensichtlichen Streits um das Verständnis von „Neutralität des Staates“ eine Entscheidungsalternative kaum denkbar schien – das zeigte das kompromisslose, harte Sondervotum der drei konservativen Richter Jentsch, Di Fabio und Mellinghoff. Zudem mag man spekuliert haben, dass die Parlamente ohnehin eher Regelungen zum Ausschluss religiöser Symbole treffen würden.

81 Vgl. BVerfGE 138, 296 – Kopftuch II (NRW), 4. Leitsatz.

82 Vgl. ebd., Abw. Meinung Richter Schluckebier, Richterin Hermann, Rn. 2.

83 Ebd., 2. Leitsatz.

84 Ebd., Rn. 104-116.

85 Vgl. Schaal 2015.

Demgegenüber erwies sich nun die „Kopftuch II-Entscheidung“ des Ersten Senats, dessen Verfassungsverständnis stärker durch Grundrechtstheorien geprägt ist, als Lehrstück einer nachholenden, post-etatistischen Pluralisierung: dies zum einen bezogen auf die Kurskorrektur gegenüber seinem „Zwilling“; zum anderen mit volkspädagogischem Zeigefinger als Schrittmacher der Grundrechte gegenüber der verspäteten Gesellschaft, ihren Landtagen und Landesverwaltungen. Nicht nur hatte der Zentralrat der Juden in seiner Stellungnahme zurecht betont, dass es „äußerst bedenklich (sei), wenn es in Deutschland tatsächlich nicht möglich sein sollte, in allen Bereichen erkennbar zeigen zu dürfen, welcher Religion man angehöre“.⁸⁶ Auch zeigt ein vergleichender Blick über den nationalen Teller- rand, dass das in anderen liberalen Ländern sogar bei Polizei und Justiz trotz Uniform bzw. Amtstracht kaum für Aufregung sorgt. Welche juristischen Stilblüten der „Kopftuchstreit“ aber in der NRW-Schulverwaltung gezeitigt hatte, der selbst die „Wollmütze“ nicht hinnehmbar schien, wurde an ihrem aberwitzigen, ernst gemeinten Vorschlag deutlich: Denn „geduldet werde von den Behörden allenfalls das alternative Tragen einer Perücke, wenn diese aus echtem Haar sei und deshalb nicht künstlich wirke, die Ohren nicht bedecke und dazu kein Schal oder Rollkragen getragen werde“.⁸⁷ Diesen jecken Alternativen der Verwaltung bereitete nun der Erste Senat ein Ende. Seine Position ist zugleich näher an der Verfassungslage als ein Verbot religiöser Symbole, weil es infolge der Inkorporation der Weimarer Kirchenartikel eine laizistische Trennung im Grundgesetz ja gar nicht gibt.⁸⁸ Selbst beim Ersten Senat aber blieb 2015 ein Rest skeptischer Rückversicherung, die zugleich half, die Drastik des rechtspolitischen Schwenks zu kaschieren, um der im Falle einer Abweichung zwischen den Senaten gesetzlich vorgesehenen (und unbeliebten) Plenarentscheidung zu entgehen.⁸⁹ Denn wird „die Schwelle zu einer hinreichend konkreten Gefährdung oder Störung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität in einer beachtlichen Zahl von Fällen erreicht“, dann könne es schon erforderlich sein, „religiöse Bekundungen... nicht erst im konkreten Einzelfall, sondern etwa für bestimmte Schulen oder Schulbezirke über eine gewisse Zeit auch allgemeiner zu unterbinden“.⁹⁰ Also selbst hier noch ein wenig von der obrigkeitstaatlichen „German Angst“ und ihrem Verständnis von Freiheit als „Gefahr“.⁹¹

86 BVerfGE 138, 296 – Kopftuch II (NRW), Rn. 75.

87 Ebd., Rn. 66.

88 Vgl. Art. 140 GG i. V. m. Art. 136-141 WRV.

89 Vgl. § 16 BVerfGG; Möllers, Christoph 2015.

90 BVerfGE 138, 296 – Kopftuch II (NRW), 3. Leitsatz, vgl. auch Rn. 114.

91 Vgl. Sacksofsky 2009; Möllers, Christoph 2009; auch Klein 2015.

4.2 Die Justiz als letztes etatistisches Refugium des „besonderen Gewaltverhältnisses“: Die Kopftuch III-Entscheidung

Der Zweite Senat weist in einer neuen Entscheidung nun die vom Ersten Senat mit „Kopftuch II“ getroffene Feststellung zum Tragen religiöser Symbole im Schulwesen für den Justizdienst kategorisch zurück. Grundlage des Verfahrens war diesmal das Untersagen des Kopftuchs in bestimmten Abschnitten der Rechtsreferendariats-Ausbildung in Hessen, im Wesentlichen gestützt auf die analoge Anwendung der „Neutralitätspflicht“ nach § 45 des Hessischen Beamtengesetzes.⁹² Danach haben sich Beamte und Beamtinnen „im Dienst politisch, weltanschaulich und religiös neutral zu verhalten“ und dürfen „Kleidungsstücke, Symbole oder andere Merkmale nicht tragen oder verwenden, die objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die Neutralität ihrer Amtsführung zu beeinträchtigen oder den politischen, religiösen oder weltanschaulichen Frieden zu gefährden“. Hierbei sei schließlich „der christlich und humanistisch geprägten abendländischen Tradition des Landes Hessen angemessen Rechnung zu tragen“. Nach dem zugehörigen Erlass des Justizministeriums bedeutete das in der Praxis, dass eine Kopftuch tragende Referendarin in Hessen weder bei der Gerichtsverhandlung auf der Richterbank sitzen (sondern nur im Zuschauerraum) und auch sonst keine Sitzungsleitung oder Beweisaufnahme sowie Sitzungsvertretung für die Staatsanwaltschaft übernehmen durfte – und dass dies zugleich als nicht erbrachte Prüfungsteilleistung („ungenügend“) gewertet wurde. Eine hiervon Betroffene hatte mit ihrer Klage vor dem Verwaltungsgericht Frankfurt/M zunächst Erfolg, das vor allem die fehlende gesetzliche Grundlage monierte, da die Pflichten des § 45 HBG nicht einfach auf noch juristisch Auszubildende übertragen werden könnten. Dies wurde durch den Hessischen Verwaltungsgerichtshof aufgehoben, worauf die Klägerin wiederum Verfassungsbeschwerde erhob⁹³ und gleich ein ganzes Bündel von Argumenten vortrug.⁹⁴

Mit Blick auf den hier interessierenden Streit ist das Kernargument der Beschwerdeführerin jedoch der Verstoß gegen Art. 4 GG. Denn nach der Rechtsprechung des Bundes-

92 Zum Sachverhalt vgl. BVerfGE 153, 1-72 – Kopftuch III, zitiert nach BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Januar 2020 - 2 BvR 1333/17, Rn. 1-26, www.bverfg.de/e/rs20200114_2bvr133317.html (letzter Abruf 21.3.2021), Rn. 1 ff.

93 Noch während des Verwaltungsgerichtsverfahrens hatte das Justizministerium die Erlasslage in der Weise abgeschwächt, dass die wegen des Tragens religiöser Symbole nicht erbrachten Leistungen bei der Prüfungsbewertung unberücksichtigt bleiben mussten.

94 Die unzulässige Einschränkung der Berufs- und Ausbildungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG ohne Gesetz; den Verstoß gegen Art. 3 GG, da sich das Kopftuch-Verbot im Ergebnis nur gegen Frauen richte; den Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG, da Bekleidungsregeln die persönliche Identität betreffen; die Verwechslung von „Neutralität“ mit der im Grundgesetz sowie im Deutschen Richtergesetz genannten richterlichen Unabhängigkeit bzw. Unparteilichkeit. Ein Kopftuch-Verbot verstoße zudem gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, weil ja die Möglichkeit des Befangenheitsantrags gegeben sei, sollte es überhaupt einmal zu Zweifeln an der Unparteilichkeit kommen. Ebenso sei es unangemessen, dass der Staat als Ausbildungsmonopolist damit auch die Ergreifung aller anderen juristischen Berufe jenseits des Justizdienstes verhindere.

verfassungsgerichts selbst dürften solche Eingriffe in die Religionsfreiheit nicht bei einer bloß „abstrakten Gefahr“ für die Neutralität des Staates einfach pauschal vorgenommen werden („Kopftuch II“). Was das Gericht für den Schuldienst festgestellt habe, müsse daher auch für die Justiz gelten. Darüber hinaus verweist die Klägerin auf die pluralistische Konzeption der Verfassung, die gar nicht auf strikte Abstinenz der Religionen im öffentlichen Bereich ziele, sondern vielmehr – so bestätigt in der Rechtsprechung selbst – auf deren diskriminierungsfreie gleiche Teilhabe und Förderung. Art. 33 Abs. GG beinhalte folglich nicht nur ein individuelles Diskriminierungsverbot, sondern fordere auch eine Widerspiegelung der pluralistischen Gesellschaft im öffentlichen Dienstes. Schließlich verstoße § 45 HBG wegen der Bevorzugung der „christlich und humanistisch geprägten abendländischen Tradition“ gegen Art. 3 Abs. 3 GG.

Nur beim Art. 4 GG macht sich der Zweite Senat nun in seiner Entscheidung größere Mühe, zumal er hier unter dem Begründungsdruck steht, das vom Ersten Senat gegenüber dem Gesetzgeber ausgesprochene Verbot einer einfach automatischen und generellen Untersagung religiöser Symbole im öffentlichen Dienst zurückzuweisen. Demgegenüber werden die anderen Grundrechtseingriffe eher lapidar abgefertigt.⁹⁵ Beim Kernproblem des Eingriffs in Art. 4 GG stellt der Zweite Senat dann im Wesentlichen auf die Besonderheit der Justiz ab. Denn diese führe dazu, dass auch „privat“ getragene religiöse Symbole hier eher dem Staat zugerechnet würden:

„Nimmt der Staat etwa auf das äußere Gepräge einer Amtshandlung besonderen Einfluss, so sind ihm abweichende Verhaltensweisen einzelner Amtsträger eher zurechenbar... Zum Selbstbildnis des Staates gehören auch die Verpflichtung der Richterinnen und Richter, eine Amtstracht zu tragen... sowie überkommene Traditionen wie das besondere Eintreten des Spruchkörpers in den Sitzungssaal, das Erheben bei wichtigen Prozesssituationen oder die Gestaltung des Gerichtssaals... Das unterscheidet die formalisierte Situation vor Gericht, die den einzelnen Amtsträgern auch in ihrem äußeren Auftreten eine klar definierte, Distanz und Gleichmaß betonende Rolle zuweist, vom pädagogischen Bereich, der in der staatlichen Schule auf Offenheit und Pluralität angelegt ist... Aus Sicht des objektiven Betrachters kann insofern das Tragen eines islamischen Kopftuchs durch eine Richterin oder eine Staatsanwältin während der Verhandlung als Beeinträchtigung der weltanschaulich-religiösen Neutralität dem Staat zugerechnet werden.“⁹⁶

Um den Unterschied aufrecht zu erhalten, verschiebt der Senat also das Tragen eines Kopftuchs als zunächst einmal auch im öffentlichen Dienst „privater“ Grundrechtshand-

95 Selbst die problematische, weil diskriminierende Formulierung der „christlich und humanistisch geprägten abendländischen Tradition“ hält das Gericht sogar für hinnehmbar, wenn sie durch verfassungskonforme Auslegung eingeschränkt werde. Dies sei möglich, solange christliche Symbole nicht automatisch von einem Verbot ausgenommen wären, sodass sie auch im Einzelfall hierunter fallen könnten. Dabei setzt sich der Zweite Senat auch von der Einschätzung des Ersten Senats in „Kopftuch II“ ab, der seinerzeit die entsprechende Regelung in NRW kassiert hatte; vgl. BVerfG 2 BvR 1333/17 – Kopftuch III, Rn. 110 ff. bzw. 115 ff.

96 Ebd., Rn. 90; zur besonderen „Problematik“ von Amtstracht oder Uniform vgl. *van Ooyen* 2006d.

lung vollständig in den öffentlichen Bereich, sodass ein Erlauben wie eine staatliche Anordnung gedeutet werden kann. Erst von hier aus lässt sich dann auch die negative Religionsfreiheit der Prozessbeteiligten in die Waagschale werfen. Denn im Unterschied zur Situation des gesellschaftlichen Alltags handle es sich um

„... aber eine vom Staat geschaffene Lage, in der der Einzelne ohne Ausweichmöglichkeiten dem Einfluss eines bestimmten Glaubens, den Handlungen, in denen dieser sich manifestiert, und den Symbolen, in denen er sich darstellt, ausgesetzt ist... Der Gerichtssaal stellt einen solchen Raum dar, in dem der Anblick religiöser Symbole im vorgenannten Sinne unausweichlich sein kann, wenn der Staat ihre Verwendung nicht untersagt“.⁹⁷

Genauso verlief die Argumentation bei der „Cruzifix-Problematik“, allerdings mit dem wichtigen Unterschied, dass das Anbringen von Kreuzen in öffentlichen Einrichtungen gerade keine Ausübung eines individuellen Grundrechts war, sondern auf staatliche Anordnung hin erfolgte. Damit verneint der Zweite Senat im Ergebnis überhaupt die Ausübung der Religionsfreiheit in der Justiz – und führt durch die „Hintertür“ praktisch wieder ein, was man seit den 1970er Jahren auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts selbst längst überwunden glaubte: die Theorie vom „grundrechtsfreien“ sog. „besonderen Gewaltverhältnis“. Schließlich fördert er das dahinter stehende Staatsverständnis noch selbst zutage:

„Anders als im Bereich der bekenntnisoffenen Gemeinschaftsschule, in der sich gerade die religiös-pluralistische Gesellschaft widerspiegeln soll (vgl. BVerfGE 138, 296 <337 Rn. 105>), tritt der Staat dem Bürger in der Justiz klassisch-hoheitlich und daher mit größerer Beeinträchtigungswirkung gegenüber“.⁹⁸

Klar, so richtig und „echten“ Staat gibt es nur (noch) bei Gericht (und so bliebe zu ergänzen: bei der Polizei)! Ein ablehnender Hartz VI-Bescheid etwa oder der über das „Sitzenbleiben“, ein endgültiges Durchfallen bei Abschlussprüfungen in Schule oder Universität usw. ergeht nämlich gar nicht mit weltanschaulich-religiöser „Neutralität“ der dort tätigen Beamten und Beamtinnen und hat natürlich viel weniger „Hoheitliches“ an sich als so manches, gerade vor unteren Instanzen geführte bedeutende Gerichtsverfahren wegen Falschparkens o. ä. Wie verbreitet diese Auffassungen in der Justiz selbst sind, zeigt auch die im Vorfeld abgegebene Stellungnahme des Bunds Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen, in dem prompt auf die Justiz als herausgehobene „Kernaufgabe“

97 Ebd., Rn. 94 f.

98 Ebd., Rn. 94 f.; vgl. auch Leitsatz 5. Selbst Verfassungsrichter Maidowski stellt das überkommene Verständnis der religiösen „Neutralität“ der Justiz in seinem Sondervotum nur ganz am Ende ausblickend in Frage und gelangt zur Rechtswidrigkeit des Falles „bloß“ aufgrund der Besonderheit der Ausbildungssituation der Rechtsreferendarin und einer stärkeren Gewichtung des Art. 12 GG (vgl. Abw. Meinung Richter Maidowski, Rn. 26 bzw. Rn. 1).

des Staates Bezug genommen wird.⁹⁹ Die Justiz als Hort des „Hoheitlichen“ und damit im eigentlichen Sinne des „Staatlichen“ – das mag zwar Richter und Richterinnen schmeicheln und hier manchen Dünkel durch „Erhabenheit“ befriedigen – ist aber wie die Theorie des „besonderen Gewaltverhältnisses“ aus der Mottenkiste der Staatslehre des 19. Jahrhunderts. Denn eine solche Staatsaufgabenlehre bestimmt das Wesen des Staates a priori über „ewige Kernaufgaben“ (nämlich: Verteidigung – Justiz – Inneres – Finanzen – Äußeres), also unabhängig vom Wählervotum, und muss dann den „Rest“ der Staatstätigkeit als „Gedöns“ abtun. Diese Sichtweise ist mit einem demokratischen Gemeinwesen kaum kompatibel und das ist der Grund, weshalb sie in der Staatstheorie als überholt gilt.¹⁰⁰ Und noch ein Weiteres fällt in der Entscheidung auf, nämlich was völlig fehlt: Nicht ein einziges Mal gibt es in der Begründung überhaupt auch nur einen vergleichenden Hinweis.¹⁰¹ Der Zweite Senat ignoriert in juristisch-deutscher Nabelschau, dass „Kopftücher“ und „Turbane“ in anderen liberal-demokratischen Ländern selbst bei Polizei und Justiz ohne Zusammenbruch des Vertrauens in die „Neutralität“ des Staates in der Realität inzwischen alltäglich sind. Dagegen wird einfach aus einer idealistischen Wesensschau des „Staates“ deduziert, fast wie beim Philosophen in der Ideenlehre Platons. Aber so betrachtet stimmt das ja auch: Denn „Staat“ – das ist seit Hegel schon etwas sehr Deutsches.¹⁰²

Literatur

- Anschütz, Gerhard, 1968: Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Nachdr. der 14. Aufl. (1933), Bad Homburg.
- Anter, Andreas, 2014: Max Webers Theorie des modernen Staates, 3. Aufl., Berlin.
- Anschütz, Gerhard/Thoma, Richard (Hrsg.), 1930: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 1, Tübingen.
- Blasberg, Georg, 2003: Verfassungsgerichte als Ersatzgesetzgeber, Frankfurt am Main.
- von Blumenthal, Julia, 2009: Das Kopftuch in der Landesgesetzgebung, Baden-Baden.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (Hrsg.), 1985: Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich, Heidelberg.
- Bracher, Karl D., 1971: Die Auflösung der Weimarer Republik, 5. Aufl., Villingen.
- Bull, Hans Peter, 2015: Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zur „Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“; in: van Ooyen/Möllers, S. 803-821.
- Burchardt, Daniel O., 2004: Grenzen verfassungsgerichtlicher Erkenntnis, Berlin.

99 „Anders als für den Lehrerberuf gelte für den Bereich der Justiz und damit insbesondere für Richter und Richterinnen, dass sie mit der Rechtsprechung eine originäre Kernaufgabe staatlicher Hoheitsgewalt wahrnehmen. In diesem staatlichen Kernbereich könne es nicht wie bei der Gestaltung des schulischen Unterrichts zur Einbeziehung verschiedener religiöser und weltanschaulicher Vorstellungen kommen“ ebd., Rn. 71.

100 Immerhin schreibt der Zweite Senat das „Kopftuch-Verbot“ im Bereich Justiz nicht gleich selber vor, sondern kommt, ähnlich wie schon bei „Kopftuch I“, in der Abwägung zu dem Schluss, dass das in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers falle.

101 Vgl. schon Häberle 1989.

102 Vgl. van Ooyen 2019.

- Dahlheimer*, Manfred, 1985: Ständische Ordnung statt pluralistischer Gesellschaft; in: Böckenförde, S. 122-146.
- Derlien*, Hans-Ulrich, 1991: Berufsbeamtentum; in: Eichhorn, S. 102-103.
- Detjen*, Joachim, 1988: Neopluralismus und Naturrecht, Paderborn.
- Di Fabio*, Udo, 2003: Der juristische Begriff des Politischen, http://www.irp.uni-trier.de/01_Di-Fabio.pdf (letzter Abruf 22.12.2003).
- Eichhorn*, Peter (Hrsg.), 1991: Verwaltungslexikon, 2. Aufl., Baden-Baden.
- Fraenkel*, Ernst, 1973: Akademische Erziehung und politische Berufe; in: Ders.: Reformismus und Pluralismus, Hamburg, S. 315-336.
- Fraenkel*, Ernst, 1991a: Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie; in: Ders.: Deutschland und die westlichen Demokratien, erw. Ausgabe, Frankfurt am Main, S. 297 ff.
- Fraenkel*, Ernst, 1991b: Historische Vorbelastungen des deutschen Parlamentarismus; in: ebd., S. 34 ff.
- Fraenkel*, Ernst, 1991c: Strukturdefekte der Demokratie und deren Überwindung, in: ebd., S. 69 ff.
- Fraenkel*, Ernst, 1991d: Strukturanalyse der modernen Demokratie; in: ebd., S. 354 ff.
- Fraenkel*, Ernst, 1999a: Zur Soziologie der Klassenjustiz; in: Gesammelte Schriften, Bd. 1, Recht und Politik in der Weimarer Republik, Baden-Baden. S. 177-211.
- Fraenkel*, Ernst, 1999b: Chronik (Februar/März 1932); in: ebd., S. 564-570.
- Fraenkel*, Ernst, 1999c: Chronik (April 1932); in: ebd., S. 571-578.
- Fraenkel*, Ernst, 1999d: Der Urdoppelstaat; in: GS, Bd. 2, Nationalsozialismus und Widerstand, Baden-Baden, S. 267-473.
- Fraenkel*, Ernst, 1999e: Korea – ein Wendepunkt im Völkerrecht?; in: GS, Bd. 3, Neuaufbau der Demokratie in Deutschland und Korea, Baden-Baden, S. 491-533.
- Fraenkel*, Ernst, 1999f: „Rule of Law“ in einer sich wandelnden Welt; in: ebd., S. 59-73.
- Fraenkel*, Ernst, 1999g: Der Neuaufbau des Rechtsstaats im nach-Hitlerischen Deutschland; in: ebd., S. 78-81.
- Gawron*, Thomas, 2017: Bundesverfassungsgericht und Religionsgemeinschaften, Berlin.
- Göhler*, Gerhard, 1986: Vom Sozialismus zum Pluralismus. Politiktheorie und Emigrationserfahrung bei Ernst Fraenkel, PVS, Heft 1 S. 6-27.
- von Greiff*, Bodo, 1979: Pluralismustheorie und Status Quo; in: Merkur, 1979, Heft 378, S. 1063-1077.
- Günther*, Frieder, 2004: Denken vom Staat her, München.
- Gusy*, Christoph, 1997: Die Weimarer Reichsverfassung, Tübingen.
- Gusy*, Christoph (Hrsg.), 2000: Demokratisches Denken in der Weimarer Republik, Baden-Baden.
- Häberle*, Peter, 1976: „Staatskirchenrecht“ als Religionsrecht der verfassten Gesellschaft; in: DÖV, Heft 3, S. 73-80.
- Häberle*, Peter, 1989: Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation – Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode; in: JZ, 1989, S. 913-919.
- Hattenhauer*, Hans, 1993: Geschichte des deutschen Beamtentums, 2. Aufl., Köln.
- Hattenhauer*, Hans, 1996: Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, 4. Aufl., Heidelberg.
- Hegel*, Georg W. F., 1995: Grundlinien der Philosophie des Rechts, Ausgabe Meiner, Hamburg.
- Heinig*, Hans M., 2007: Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, Tübingen.
- Heller*, Hermann, 1926: Die Krisis der Staatslehre; in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, S. 289-316.
- Hesse*, Joachim Jens/*Ellwein*, Thomas, 1997: Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 8. Aufl., Wiesbaden.
- Kelsen*, Hans, 1960: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1911), unv. Neudr. der 2. Aufl. von 1923, Aalen.
- Kelsen*, Hans, 1981: Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Neudr. der 2. Aufl. von 1929, Aalen.

- Kelsen, Hans, 2019: Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, 2. Aufl., Tübingen.
- Klein, Tonio, 2015: Das Kopftuch im Klassenzimmer: konkrete, abstrakte, gefühlte Gefahr?; in: DÖV, Heft 11, S. 464-470.
- Kolb, Eberhard/Mühlhausen, Walter (Hrsg.), 1997: Demokratie in der Krise. Parteien im Verfassungssystem der Weimarer Republik, München-Wien.
- Janzerath, Sonja, 2003: Religiöse Kleidung und öffentlicher Dienst, Frankfurt am Main.
- Loewenstein, Karl, 1959: Verfassungslehre, Tübingen.
- Mayer-Tasch, Peter C., 1971: Korporatismus und Autoritarismus, Frankfurt am Main.
- Menzel, Jörg/Müller-Terpitz, Ralf (Hrsg.), 2017: Verfassungsrechtsprechung, 3. Aufl., Tübingen.
- Möllers, Christoph, 2009: Religiöse Freiheit als Gefahr?; in: Erosion von Verfassungsvoraussetzungen, VVDStRL, Bd. 68, S. 47-93.
- Möllers, Christoph, 2015: A Tale of two Courts; <http://www.verfassungsblog.de> vom 14.3.2015.
- Möllers, Martin H. W./van Ooyen, Robert Chr., 2000: Parlamentsbeschluss gegen Volksentscheid. Die demokratische Legitimation der Rechtschreibreform in Schleswig-Holstein, ZfP, Heft 4, S. 458-467.
- van Ooyen, Robert Chr., 2002: Totalitarismustheorie gegen Kelsen und Schmitt: Eric Voegelins „politische Religionen“ als Kritik an Rechtspositivismus und politischer Theologie, ZfP, Heft 1, S. 56-82.
- van Ooyen, Robert Chr., 2005: Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, Berlin.
- van Ooyen, Robert Chr., 2006a: Der Staat – und kein Ende?, JöR, Bd. 54, S. 151-166.
- van Ooyen, Robert Chr., 2006b: Politik und Verfassung, Wiesbaden.
- van Ooyen, Robert Chr., 2006c: Normative Staatslehre in pluralismustheoretischer Absicht: Hans Kelsens Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft; in: ebd., S. 17-32.
- van Ooyen, Robert Chr., 2006d: (K)ein Kopftuch für Polizistinnen?; in: P&W, Haft 4, S. 43-49.
- van Ooyen, Robert Chr., 2007: Verfassungsrealismus als sozial-liberal-demokratisches Projekt: Lassalle – Kelsen – Fraenkel – Loewenstein; in: Ders. (Hrsg.), Verfassungsrealismus. Das Staatsverständnis von Karl Loewenstein, Baden-Baden 2007.
- van Ooyen, Robert Chr., 2015: Der Streit um die Staatsgerichtsbarkeit in Weimar aus demokratietheoretischer Sicht: Triepel – Kelsen – Schmitt – Leibholz; in: van Ooyen/Möllers, S. 169-187.
- van Ooyen, Robert Chr., 2017: Hans Kelsen und die offene Gesellschaft, 2. Aufl., Wiesbaden.
- van Ooyen, Robert Chr., 2019: Das „Deutsche“ in der deutschen Staats(rechts)lehre; in: RuP, Heft 2, S. 205-210.
- van Ooyen, Robert Chr., 2020a: Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa, 8. Aufl., Baden-Baden.
- van Ooyen, Robert Chr., 2020b: Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie, 2. Aufl., Berlin.
- van Ooyen, Robert Chr., 2020c: Das Bundesverfassungsgericht und der „Kopftuchstreit“, 3. Aufl., Frankfurt a.M.
- van Ooyen, Robert Chr./Möllers, Martin H. W. (Hrsg.), 2015: Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden.
- Radbruch, Gustav, 1930: Die politischen Parteien im System des deutschen Verfassungsrechts; in: Anschütz/Thoma, S. 285-294.
- Sacksofsky, Ute, 2009: Religiöse Freiheit als Gefahr?; in: Erosion von Verfassungsvoraussetzungen, VVDStRL, Bd. 68, S. 7-46.
- Schaal, Gary S., 2015: Crises! What Crises?; in: van Ooyen/Möllers, S. 261-280.
- Schmitt, Carl, 1993: Verfassungslehre, 8. Aufl., Berlin.
- Schulte zu Sodingen, Beate, 2017: BVerfGE 93,1 – Kruzifix. Anbringen von Kruzifixen in staatlichen Pflichtschulen in Bayern als Verstoß gegen Art. 4 I GG; in: Menzel/Müller-Terpitz, S. 582-589.
- Sonthheimer, Kurt, 1978: Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, München.

- Sontheimer, Kurt/Bleek, Wilhelm*, 1999: Grundzüge des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland, Neuausgabe, München · Zürich.
- Spann, Othmar*, 1923: Gesellschaftslehre, 2. Aufl., Leipzig.
- Spann, Othmar*, 1931: Der wahre Staat, 3. Aufl., Jena.
- Spitzkatz, Marc*, 2017: BVerfGE 33, 1 – Strafgefangene. Der beleidigte Gefängnisdirektor oder das Ende des besonderen Gewaltverhältnisses; in: Menzel/Müller-Terpitz, S. 206-211.
- Voegelin, Eric*, 1995: Die Größe Max Webers, München.
- Weber, Max*, 1980: Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl., Studienausgabe, Tübingen.
- Weber, Max*, 1988: Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland, Kap. II „Beamtenherrschaft und politisches Führertum“ (1918); jetzt in: Ders.: Gesammelte politische Schriften, 5. Aufl., Tübingen.

Die Exekutivlastigkeit im Föderalismusverständnis des Bundesverfassungsgerichts

Der bundesdeutsche „kooperative Föderalismus“ ist vor allem ein „Exekutivföderalismus“, in dem – ob Innenminister- oder Kultusministerkonferenz – die Regierungen und Verwaltungen in zahlreichen Bund-Länder- oder Länder-Länder-Gremien herrschen. Änderungen im föderalen Gefüge sind aufgrund der „Politikverflechtungsfälle“¹ schwierig und selten, müssen sie doch ausgerechnet von den Regierungen in Bund und Ländern angestoßen werden, die hierdurch Machtverlust riskieren. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung zum Bundesstaatsprinzip dieses Konzept lange Jahre forciert; doch auch nach den Föderalismusreformen, die auf eine „Reföderalisierung“ in begrenztem Umfang zielten, hat es an einer „exekutivlastigen“ Rechtsprechung festgehalten; das lässt sich z. B. an der Entscheidung zu den Unterstützungseinsätzen der Bundespolizei zeigen.

1. Das Bundesverfassungsgericht und der „Exekutivföderalismus“²

Historisch ist der deutsche „Exekutivföderalismus“ mit der Tradition des Bundesratsmodells und Besonderheiten der deutschen politischen Kultur verbunden. Dabei stellte Otto von Bismarck die Weichen, in dem er über das regierungslastige Bundesratsmodell von 1867 bzw. 1871 die preußische Hegemonie im Reich absicherte. Ursprünglich war die Länderkammer sogar mächtiger als der Reichstag und hier ging gegen das größte Land – d. h. gegen die preußische Regierung – nichts. Weimar wollte daher diese preußische Vormacht brechen, indem man für den Reichstag fast alle und den Reichsrat nur noch wenige Kompetenzen vorsah. Als Lehre aus dem Scheitern wiederum suchte der Parlamentarische Rat eine „mittlere“ Lösung, indem er die Differenzierung von „Zustimmungs-“ und „Einspruchsgesetzen“ schuf. Dabei sollte die Zustimmungspflicht ausdrücklich die Ausnahme bleiben, nämlich nur bei den im Grundgesetz benannten Gesetzen. Gleichwohl verlief Bonn nicht den exekutivlastigen Pfad des „Parlaments der Oberregierungsräte“ (Heuss). Denn das ursprünglich von der SPD unterstützte „parlamentarisch-demokratischere“ Senatsmodell mit gewählten Abgeordneten blieb bei den Verfassungsberatungen 1948/49 auf der Strecke.³ Im Unterschied zu dem auf „Konflikt“, „Wettbewerb“, „Vielheit“

1 Grundlegend Scharpf/Reisert/Schnabel 1976; vgl. auch Lehmbruch 2000.

2 Vgl. van Ooyen 2014a, S. 211 ff.

3 Vgl. Niclaß 1998, S. 212 ff.

angelegten Modell der „Konkurrenzdemokratie“ anglo-amerikanischer Prägung sind in der deutschen politischen Kultur „Harmonie“, „Konsens“, „soziale Gleichheit“ und „Homogenität“ wirkmächtig (geblieben).⁴ Deutschland ist überwiegend eine „Konkordanzdemokratie“, in der „(Parteien-)Streit“, aber auch „Vielheit“ und „Ungleichheit“⁵ eher negativ konnotiert werden. Hinzu kommt eine hegelianische „Staatsgläubigkeit“ mit ihrem Ruf nach dem Staat, der „steuern“ muss, am besten „zentral“. In der Föderalismuspolitik führte dies zu einem „Unitarisierungsschub“: fast alle Legislativkompetenzen wanderten über die konkurrierende Gesetzgebung zum Bund; dabei wurde die Formulierung von der „Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse“ (Art. 72 GG a. F.) im Verbund mit dem Sozialstaatsprinzip zum umfassenden Zentralisierungshebel. Der „unitarische Bundesstaat“ – Kritiker sprachen später vom „verkappten Einheitsstaat“⁶ – war geboren und seine „Gleichheit im Bundesstaat“ galt als positive Errungenschaft, obwohl im Föderalismus eigentlich umgekehrt die Einheitlichkeit, nicht aber die Abweichung hiervon begründungsbedürftig ist.⁷ Das galt auch für die Länder, zumal der Bund in der Hochzeit der Planungs- und Steuerungseuphorie im Rahmen seiner Politik des „goldenen Zügels“ hierfür die Rechnung übernahm.

Diese exekutivlastige Föderalismuskonzeption⁸ wurde durch das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich gestützt. Vor allem mit der weiten „Auslegung“ der Art. 72 und 84 (beide a. F.) leistete es der Entwicklung früh Vorschub: In der konkurrierenden Gesetzgebung ließ das Gericht dem Bund freie Hand über das „Bedürfnis“ nach bundeseinheitlicher Regelung selbst zu entscheiden und so – bis auf Kultur, Polizei und Kommunales – fast vollständig in die Gesetzgebungshoheit der Länder einzudringen. Bei der Bundesgesetzgebung wiederum kehrte das Gericht das Regel-Ausnahme-Prinzip nahezu um, indem es die Zustimmungspflicht des Bundesrats erheblich ausdehnte. Das sollte bewusst die Verlagerung der Legislativgewalt vom Bund auf die Länder kompensieren, stärkte aber zugleich erneut das Bundesratsmodell und bedeutete insgesamt: eine Entmachtung der Landtage zugunsten der zentralisierten und hoch verflochtenen Regierungsebenen und mittelbar auch eine Schwächung der parlamentarischen Ebene des Bundes, da die Entscheidungs- und Kompromissbildung zwischen Bundestag und Bundesrat bei zustimmungspflichtigen Gesetzen im Schwergewicht primär über die Regierungen und deren Verwaltungsapparate läuft. In der Begründung geschah dies z. T. ausgerechnet mit Rückgriff auf die antipluralistische Staatstheorie von Rudolf Smend,⁹ dessen Integrationslehre sich in Weimar gegen die parlamentarische Parteiendemokratie positioniert hatte. Sein aus der

4 M. w. N. *van Ooyen* 2014b.

5 Aktuell lässt sich das z. B. in der Corona-Pandemie beobachten: Mehrheitlich werden „Vorrechte“ von Geimpften ggü. Nichtgeimpften abgelehnt, obwohl diese doch nur ihre Grundrechte ausüben würden und nicht ein vermeintliches Privileg.

6 *Abromeit* 1992.

7 Vgl. *Boysen* 2005; allgemein zum Föderalismus als Pluralismus *Loewenstein* 2000.

8 Vgl. auch zum Folgenden *Korioth* 1990; *Oeter* 1998.

9 Vgl. *van Ooyen* 2005; *van Ooyen* 2014b.

monarchistischen Staatstheorie stammendes Konzept der „Bundestreue“ wurde nun mit dem des „unitarischen Bundesstaats“ fortentwickelt: Der Begriff stammt ja von einem Verfassungsrichter – und „Smend-Schüler“ – selbst: nämlich von Konrad Hesse.¹⁰

Das Bundesverfassungsgericht trug damit „erheblich zu dem sich stetig erhöhenden Legitimationsdruck auf den deutschen Föderalismus bei“, ¹¹ der spätestens mit den 1990er Jahren in ein breites Unbehagen am „kooperativen Föderalismus“ mündete. Seine Bundesstaats-Rechtsprechung war nun Teil des Problems einer „Legitimationskrise“ geworden. Denn zugleich waren die „fetten Jahre“ der Haushalte waren, die deutsche Einheit zwang zur Hinnahme massiver Ungleichheit und die neoliberale Theoriewende von „Regonomics“ und „Thatcherismus“ hatte auch in der Bundesrepublik an Einfluss gewonnen. Der Ruf nach mehr „Wettbewerb“ wurde laut, wenngleich im politischen Raum z.T. bloß finanzpolitisch verkürzt und instrumentalisiert durch die Verfassungsklagen von Geberländern gegen ihre eigenen Zahlungen im System des Länderfinanzausgleichs.¹² Die Ergebnisse der Föderalismusreformen blieben angesichts der „Politikverflechtungsfalle“ zwar überschaubar.¹³ Dennoch hat es insgesamt mit den Verfassungsänderungen seit 1994 einen kleinen rechtspolitischen Schub der „Reföderalisierung“ gegeben, der u. a. in Art. 72 GG die alte „Bedürfnis-“ durch eine neue „Erforderlichkeitsklausel“ und die „Einheitlichkeit“ durch die „gleichwertigen“ Lebensverhältnisse ersetzte; wenngleich die Föderalismusreform von 2006 dies wieder entschärfte, wurde schließlich auch die Zustimmungspflicht des Bundesrats in Art. 84 GG aufgebrochen.

Während der sich in den 1990er Jahren zuspitzenden Reformdebatte verharnte das Bundesverfassungsgericht zunächst in seiner Spur; es erteilte den gegen den Finanzausgleich „wettbewerbsföderalistisch“ klagenden Bundesländern 1999 eine klare Abfuhr.¹⁴ Zu einem Richtungsschwenk im Sinne „einer durchaus selbstkritischen Distanzierung von seiner früheren Rechtsprechung“ nutzte es dann erst die „erstmalige Anwendung der neuen Erforderlichkeitsklausel“. ¹⁵ Bei der Problematik der Zustimmungspflichtigkeit von Gesetzen erfolgte ebenfalls eine Kurskorrektur, hervorgerufen durch die parlamentarische Praxis der Gesetzgebung. Denn mittlerweile „splittete“ der Bundestag seine Gesetze, indem er die zustimmungspflichtigen Teile formal abtrennte. Noch vor der Novellierung des Art. 84 GG entschärfte das Bundesverfassungsgericht daher seine Position, indem es diese „Aufteilung eines einheitlichen Gesetzesentwurfs in zustimmungsfreie und zustimmungsbedürftige Vorschriften als verfassungsgemäß (bestätigte)“. So segnete es nur ab, wozu

10 Hesse 1962.

11 Dörfer 2010, S. 254.

12 Vgl. Schatz/van Ooyen/Werthes 2000.

13 Scharpf 2006, S. 6 ff.

14 Korioth 2015, S. 693 ff.; speziell zum Länderfinanzausgleich vgl. auch Heinz 2009; Neidhardt 2009.

15 Dörfer 2010, S. 158; vgl. auch Bauerschmidt 2015, S. 656 ff.

„sich der Bundestag zur Umgehung des Vetos des Bundesrats zuletzt häufiger gezwungen sah“.¹⁶

2. Die Exekutivlastigkeit am Beispiel der Bundespolizei-Entscheidung¹⁷

Das Bundesverfassungsgericht fällte 2015 eine Entscheidung zur parlamentarischen Kontrolle der Unterstützungseinsätze der Bundespolizei.¹⁸ Hintergrund war ein Organstreitverfahren um die polizeilichen Maßnahmen in Berlin, Heilbronn u. a. („1. Mai“) sowie Dresden: In Dresden kam es 2011 aufgrund der rechtsradikalen Demonstration anlässlich des Jahrestages der Bombardierung zu einer Gegendemonstration, gegen die sich dann die Polizei im Schwergewicht unter Einsatz von Pfefferspray und eines Wasserwerfers richtete. Das war politisch umstritten, sodass selbst der hieran teilnehmende Vizepräsident des Deutschen Bundestags, Wolfgang Thierse, sich im MDR erzürnte: „Die Polizei ist vollauf beschäftigt, die Neonazis zu schützen. Das ist so. Das ist sächsische Demokratie“.¹⁹ Im Rahmen des 1. Mai 2011 kam es ebenfalls zu gewaltsamen Auseinandersetzungen in Berlin, vor allem rund um das Kottbusser Tor. Dabei wäre die Polizei mit unverhältnismäßiger Härte und willkürlich unter massiven Einsatz von Pfefferspray und körperlicher Gewalt vorgegangen. Zeitgleich in Zivil eingesetzte Polizisten zeigten sich davon überrascht und waren selbst unmittelbar betroffen²⁰. Hierauf kam es zu detaillierten parlamentarischen Anfragen im Bundestag durch Die LINKE, auch weil das Pressebüros des Bündnisses ‚Dresden Nazifrei‘ und Räume der Partei DIE LINKE durchsucht, Computer und Mobiltelefone beschlagnahmt worden waren²¹. Die Bundesregierung reagierte mit zumeist stereotypem Hinweis auf die originäre Zuständigkeit der Länder, da der Einsatz der Bundespolizei bloß zur Unterstützung und damit nach Landesrecht erfolgte.²² Auskunft gab die Bundesregierung daher nur, ob und wie die Bundespolizei im eigenen Aufgabenbereich tätig gewesen war, sowie über Art und Umfang der dem jeweiligen Land zur Verfügung gestellten Einsatzmittel.²³ Hiergegen klagte Die LINKE beim Bundesverfassungsgericht, da die Bundesregierung das aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG (i. V. m. Art. 20 Abs. 2) garantierte parlamentarische Frage- und Informationsrecht verletzte.

16 Dörfer 2010, S. 196.

17 Vgl. van Ooyen 2016, S. 8 ff.

18 Nach Art. 35 Abs. 2 GG i.V.m. § 11 BPolG.

19 Zitiert nach www.taz.de/!5126085/

20 So die taz: „Pfefferspray und Faustschläge am 1. Mai. Polizisten zeigen Polizisten an“, www.taz.de/!5121396/.

21 Vgl. BT-Drs 17/5270, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage (BT-Drs 17/4992), S. 5 (Frage Nr. 9).

22 Vgl. ebd., Vorbemerkung, S. 2.

23 Ebd., S. 5 (Frage 9); vgl. BT-Drs 17/6022, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage (BT-Drs 17/5847), S. 5 (Frage 6), S. 2 (Frage 1) bzw. S. 4 (Frage 3).

Das Bundesverfassungsgericht bestätigte jedoch grundsätzlich die Auffassung der Bundesregierung, indem es wegen der Zuständigkeit der Länder auf die ausschließliche parlamentarische Kontrolle durch die Landtage verwies. Dreh- und Angelpunkt der Begründung ist dabei ein besonderes Verständnis von Föderalismus. Um zu seinem Ergebnis gelangen zu können, geht das Bundesverfassungsgericht kategorisch von einem föderalen „Trennsystem“ aus, in dem die Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten zwischen Bund und Ländern klar auseinander dividiert seien:

„Im föderal verfassten Staat des Grundgesetzes kann demokratische Legitimation grundsätzlich nur durch das Bundes- oder Landesvolk für seinen jeweiligen Bereich vermittelt werden... Staatliche Aufgaben müssen daher durch Organe und Amtswalter unter Bedingungen wahrgenommen werden, die eine klare Verantwortungszuordnung ermöglichen. Der Bürger muss wissen können, wen er wofür verantwortlich machen kann. Die Kompetenzaufteilung nach Art. 30 und Art. 83 ff. GG ist somit zum einen wichtige Ausformung des bundesstaatlichen Prinzips im Grundgesetz, die dazu dient, die Länder vor einem Eindringen des Bundes in den ihnen vorbehaltenen Bereich der Verwaltung zu schützen. Zum anderen wird durch die organisatorische und funktionelle Trennung der Verwaltung des Bundes und der Verwaltung der Länder im Sinne von in sich geschlossenen Einheiten... die Zuordnung von Verantwortung ermöglicht, die Voraussetzung für eine effektive parlamentarische Kontrolle durch den Deutschen Bundestag und die Volksvertretungen der Länder ist und über die staatliches Handeln auf das Volk als Souverän des Bundes und des jeweiligen Landes rückgeführt werden kann...“²⁴

Das kann man dogmatisch natürlich machen, unterschlägt aber selbst angesichts der Föderalismusreformen die andere Hälfte des normativen Gepräges deutscher Bundesstaatlichkeit: ihren Charakter als „kooperativer Föderalismus“ mit ihren zahlreichen Formen der exekutiven „Politikverflechtung“ (s. o.) – und zwar gerade im Verbund der Inneren Sicherheit.²⁵ Fast denkt man, das Bundesverfassungsgericht meine mit seiner verfassungsrechtlichen Beschreibung wohl den Föderalismus in den USA – und zwar vor 1930,²⁶ wenn nicht sogar bloß einen Bund souveräner Staaten. Ausgehend von diesem rigiden „Trennsystem“ ergibt sich für die Verwaltung, speziell für die Polizeien von Bund und Ländern:

„Die Verwaltungszuständigkeiten von Bund und Ländern sind in den Art. 83 ff. GG erschöpfend geregelt... Es gilt der allgemeine Verfassungssatz, dass weder der Bund noch die Länder über ihre im Grundgesetz festgelegten Kompetenzen verfügen können... Kompetenzverschiebungen zwischen Bund und Ländern sind selbst mit Zustimmung der Beteiligten nicht zulässig... Aus dem Normgefüge der Art. 83 ff. GG folgt, dass Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und

24 BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 2. Juni 2015 - 2 BvE 7/11 -, Rn. 1-147 – Informationspflicht Unterstützungseinsätze Bundespolizei, http://www.bverfg.de/e/es20150602_2bve000711.html (letzter Abruf 15.3.2021), Rn. 107.

25 Vgl. Pütter 2000, S. 275 ff.

26 Vgl. Laufer/Münch 1997, S. 20.

Mitentscheidungsbefugnisse gleich welcher Art im Aufgabenbereich der Länder, wenn die Verfassung dem Bund entsprechende Sachkompetenzen nicht übertragen hat, durch das Grundgesetz ausgeschlossen sind... Vor diesem Hintergrund ist der Einsatz von Kräften der Bundespolizei zur Wahrnehmung von Aufgaben eines Landes nur aufgrund ausdrücklicher verfassungsrechtlicher Ermächtigung zulässig, wie sie das Grundgesetz in Art. 35 Abs. 2 Satz 1 für Fälle von besonderer Bedeutung unter engen Voraussetzungen vorsieht. Ein darüber hinausgehender regelmäßiger Einsatz von Kräften der Bundespolizei zur Wahrnehmung von Aufgaben der Länder wäre ebenso wenig zulässig wie der Ausbau der mit begrenzten Aufgaben betrauten Bundespolizei zu einer allgemeinen, mit der Polizei der Länder konkurrierenden Polizei des Bundes (vgl. BVerfGE 97, 198 -217 f-).²⁷

Polizei ist grundsätzlich Ländersache – das stimmt natürlich, macht aber gerade hier wiederum nur die „Hälfte“ des Föderalismus aus: Das Gericht unterschlägt bei der Bundespolizei vollständig den Wandel von der Grenzpolizei zur multifunktionalen Polizei des Bundes.²⁸ Inzwischen hat die Bundespolizei so viele sonderpolizeiliche Zuständigkeiten, dass von sonderpolizeilichem Gepräge so einfach gar nicht mehr die Rede sein kann. Das ist auch kein Wunder, sind doch die klassischen Außengrenzen, deren direkter Schutz tatsächlich den Kern des alten Bundesgrenzschutzes ausmachte, infolge von deutscher Einheit und europäischer Integration längst verschwunden. Trotz Reduktion ihrer Kernaufgabe aber wuchs im Laufe der letzten Jahrzehnte der Personalbestand bei der Bundespolizei noch stetig an²⁹ – obwohl fast alle anderen Verwaltungen in Bund, Länder und Kommunen in den „Sparrunden“ regelmäßig Personal abbauen mussten. Das hätte das Bundesverfassungsgericht bei seinem Bild vom bundesdeutschen „Polizeiföderalismus“ stutzig machen und ermitteln lassen können, mit welchem Umfang die zahlreichen Aufgaben der Bundespolizei jeweils wahrgenommen werden (das gilt auch für die Unterstützungseinsätze, denen zumindest in einigen Bundesländern längst die Rolle einer allgemeinen Polizeireserve in Zeiten knapper Haushaltslagen zufällt³⁰). Anstatt sein Föderalismusverständnis an der realen Entwicklung des Verbundsystems der Inneren Sicherheit auszu-

27 BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 2. Juni 2015 - 2 BvE 7/11 - (Fn. 24), Rn. 108 f. Dieses sonderpolizeiliche Gepräge der Bundespolizei hatte das Bundesverfassungsgericht schon in seiner früheren Entscheidung zur Übertragung der Aufgaben von Bahn- und Luftsicherheit festgeschrieben:

„1. Der Bundesgesetzgeber darf dem Bundesgrenzschutz über die in Art. 87 Abs. 1 Satz 2, 35 Abs. 2 und 3, 91 Abs. 1 und 2 und 115 f Abs. 1 Nr. 1 GG genannten polizeilichen Aufgaben hinaus eine weitere Verwaltungsaufgabe zuweisen, wenn er sich für deren Wahrnehmung auf eine Kompetenz des Grundgesetzes stützen kann, die Aufgabe von Verfassungs wegen nicht einem bestimmten Verwaltungsträger vorbehalten ist und die Zuweisung der neuen Aufgabe das Gepräge des Bundesgrenzschutzes als einer Sonderpolizei zur Sicherung der Grenzen des Bundes und zur Abwehr bestimmter, das Gebiet oder die Kräfte eines Landes überschreitender Gefahrenlagen wahrt.“

2. Der Bundesgrenzschutz darf nicht zu einer allgemeinen, mit den Landespolizeien konkurrierenden Bundespolizei ausgebaut werden und damit sein Gepräge als Polizei mit begrenzten Aufgaben verlieren“; BVerfGE 97, 198 – Bundesgrenzschutz (1998), Leitsätze.

28 Vgl. Winkler 2005; Schütte-Bestek 2015.

29 Vgl. Möllers/van Ooyen 2008, S. 26 ff.; auch Möllers/van Ooyen 2020.

30 Vgl. Schmelzer 2015.

richten, wiederholte es einfach nur seine Einschätzung von 1998, die wohl schon seinerzeit veraltet gewesen war.

Unabhängig davon, wie man den Befund der Politikverflechtung im bundesdeutschen Föderalismus verfassungsrechtlich bewertet, führt aber kaum etwas an der Problematik des Demokratieprinzips vorbei, die angesichts der Entwicklung der Inneren Sicherheit längst grundlegend herausgearbeitet worden ist:

„So viel Sicherheit war noch nie! Im Verlaufe der intensivierten Integrationsphasen seit 1985 ist ein Sicherheitsverbund entstanden, der innerhalb kürzester Zeit ein exorbitantes Wachstum entwickelt hat. Die Länder haben ihren Sicherheitsapparat effektiviert, der Bund den eigenen ausgebaut wie zuvor nicht denkbar: praktisch verfügt er am Ende dieses Prozesses über eine eigene Polizeihöhe, die Europäische Union hat ein wirkungsvolles Grenzregime etabliert und mit Europol den Weg zu einer exekutiv tätigen Polizeibehörde beschritten. Die Befugnisse sind auf allen politischen Ebenen ausgeweitet worden. Am Ende einer solchen Untersuchung auf die demokratische Frage zu verweisen, die notwendigerweise anzumahnen ist, mutet pflichtgemäß an...“.³¹

Spätestens hier wäre durch das Bundesverfassungsgericht zu berücksichtigen gewesen, wie denn die parlamentarische Kontrolle – immerhin ist das Demokratieprinzip eines der wichtigsten Verfassungsprinzipien des Grundgesetzes überhaupt – angesichts dieses Befunds eines forcierten „Sicherheits-Exekutivföderalismus“ gestärkt werden könnte. Es hätte analog zu seiner damaligen Ausdehnung der Zustimmungspflicht des Bundesrats als Gegengewicht zu der von ihm abgesegneten Ausweitung der Gesetzgebungskompetenzen des Bundes (s. o.) mit einer „Gewaltenbalancierung“ reagieren müssen: So wie die Innere Sicherheit als Verbund der Exekutiven vorangeschritten ist, wäre ihm als Pedant ein parlamentarischer Kontrollverbund von Bund und Ländern gegenüber zu stellen. In diesem würde die politische Kontrolle gerade nicht „getrennt“, sondern vom Bundestag und den jeweiligen Landesparlamenten gemeinsam ausgeübt. Bedenkt man zudem, dass die zitierte Einschätzung schon aus den späten 1990ern stammte – also noch einige Jahre vor den weiteren Verflechtungsschüben infolge und seit 9/11 – wäre das 2015 erst recht fällig gewesen. Von alldem findet sich jedoch nichts in der Entscheidung; das Gericht begrenzt vielmehr die Informationspflicht der Bundesregierung genau auf die Aspekte, die sich bloß formalrechtlich der Verantwortungssphäre des Bundes zurechnen lassen:

„Die Bundesregierung hat daher auf parlamentarische Fragen zu der Entscheidung über das Ersuchen eines Landes um Unterstützung durch die Bundespolizei zu antworten sowie auf Fragen, die sich auf die Begleitumstände eines Unterstützungseinsatzes beziehen, für die eine Behörde des Bundes aufgrund ihrer Eigenschaft als Dienstherr der eingesetzten Beamten die Verantwortung trägt“.³²

31 Lange 1999, S. 422; mit Blick auf die Legislative vgl. Kapitzka/Gusy 2014, S. 367 ff.

32 BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 2. Juni 2015 - 2 BvE 7/11 -, a. a. O. (Fn. 24), Leitsatz 2.

Also Auskunft im Prinzip nur darüber: ob, an welchem Einsatz und wie (Ausrüstung, eingesetzte Kräfte) die Bundespolizei teilnimmt, plus dienstrechtliche Verantwortlichkeit im Falle von Disziplinar- oder gar Strafverfahren.³³ Eine „Lücke“ politisch-parlamentarischer Kontrolle sieht das Gericht dagegen nicht, selbst wenn eine Partei gar nicht in allen Landtagen als Fraktion vertreten sei bzw. auch im Falle einer Repräsentanz eine zugehörige Landtagsfraktion ja nicht einfach anweisen könnte. Das, so das Bundesverfassungsgericht, sei „keine Legitimations- oder Kontrolllücke“, sondern eben einfach bloß „Folge des föderalen Staatsaufbaus“.³⁴ Daher:

„Die Bundesregierung ist hingegen grundsätzlich nicht verpflichtet, sich zu dem Konzept des in die Verantwortung der Landespolizei fallenden Gesamteinsatzes sowie zu dessen Vorbereitung, Planung und Durchführung zu äußern... Dem staatlichen Handeln wird in diesem Fällen demokratische Legitimation durch die Verantwortlichkeit der Landesregierung gegenüber der Volksvertretung des Landes verliehen.“³⁵

Mit dem rigoros postulierten „Trennsystem“, das dem Grundgesetz in seiner Gesamtheit eher fremd scheint, entzieht das Bundesverfassungsgericht die Unterstützungseinsätze der parlamentarischen Kontrolle des Bundestags und reduziert damit die Möglichkeiten demokratischer Kontrolle im hoch verflochtenen Verbundsystem der Inneren Sicherheit. Die mit der Entwicklung des „kooperativen Föderalismus“ verbundene Problematik des „Exekutivföderalismus“ – den es früher in seiner Rechtsprechung selbst forciert hat (s. o.) und der ja nicht verschwunden ist – blendet es einfach aus. Normativ handelt es sich bei diesem „halbierten“ Föderalismus daher um ein „Zerrbild“, das gerade mit Blick auf die Innere Sicherheit zudem „politik-“ und „realitätsfern“ ist. Und so wird vom Bundesverfassungsgericht wiederum ein „exekutivlastiger“ Föderalismus gestützt, obwohl – oder besser: Gerade weil – es diesmal vom genau entgegengesetzten Bundesstaatsverständnis ausgegangen ist. Fast scheint es egal: ob „unitarisch“ mit „Politikverflechtung“ oder ob föderales „Trennsystem“ – immer scheint das Bundesverfassungsgericht auf der Seite der exekutiven Gewalt zu stehen.

Literatur

Abromeit, Heidrun, 1992: Der verkappte Einheitsstaat, Opladen.

Bauerschmidt, Jonathan, 2015: Das Bundesverfassungsgericht wagt mehr Föderalismus. Zur Entscheidung des ersten Senats zum Thüringer Ladenöffnungsgesetz, DÖV, Heft 15, S. 656-658.

Boysen, Sigrid, 2005: Gleichheit im Bundesstaat, Tübingen.

33 Vgl. ebd., Rn. 111 f. Insofern moniert das Bundesverfassungsgericht dann nur die Nichtbeantwortung der Bundesregierung auf zwei Unterfragen, die auf ein möglicherweise rechtswidriges Verhalten der Bundespolizei durch unverhältnismäßigen Einsatz von Pfefferspray am Kottbusser Tor beim „1. Mai“ in Berlin zielen; vgl. ebd., 143 f.

34 Ebd., Rn. 115.

35 Ebd., Leitsatz 3.

- Dörfer*, Bert-Sebastian, 2010: Bundesverfassungsgericht und Bundesstaat, Berlin.
- Heinz*, Vanessa, 2009: Der Schleier des Nichtwissens im Gesetzgebungsverfahren, Baden-Baden.
- Hesse*, Konrad, 1962: Der unitarische Bundesstaat, Karlsruhe.
- Kapitzka*, Annika/*Gusy*, Christoph, 2015: Entparlamentarisierung der Sicherheitsgesetzgebung; JBÖS 2014/15, S. 367-374.
- Korioth*, Stefan, 1990: Integration und Bundesstaat, Berlin.
- Korioth*, Stefan, 2015: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Bundesstaat; in: van Ooyen/Möllers, S. 693-712.
- Lange*, Hans-Jürgen, 1999: Innere Sicherheit im Politischen System der Bundesrepublik Deutschland, Opladen.
- Lauffer*, Heinz/*Münch*, Ursula, 1997: Das föderative System der Bundesrepublik Deutschland, Bonn.
- Lehmbruch*, Gerhard, 2000: Parteienwettbewerb im Bundesstaat. Regelsysteme und Spannungslagen im politischen System der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Wiesbaden.
- Loewenstein*, Karl, 2000: Verfassungslehre, 3. Aufl., Tübingen.
- Möllers*, Martin H. W./ *van Ooyen*, Robert Chr., 2008: Bundeskriminalamt, Bundespolizei und „neue“ Sicherheit; APuZ, Heft 48, S. 26-32.
- Möllers*, Martin H. W./ *van Ooyen*, Robert Chr., 2020: Bundespolizei. Politische Entwicklung – Verfassungsrecht – Forschung, 4. Aufl., Frankfurt am Main.
- Neidhardt*, Hilde, 2009: Das Bundesverfassungsgericht und sein Einfluss auf die Entwicklung föderaler Finanzbeziehungen, Würzburg.
- Niclaß*, Karlheinz, 1998: Der Weg zum Grundgesetz, Paderborn.
- Oeter*, Stefan, 1998: Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaat, Tübingen.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2005: Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, Berlin.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2014a: Vom unitarischen Bundesstaat zum Wettbewerbsföderalismus? Das Bundesverfassungsgericht und die „Föderismuskrise“, RuP, Heft 4, S. 211-214.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2014b: Integration. Die antidemokratische Staatstheorie von Rudolf Smend im politischen System der Bundesrepublik, Wiesbaden.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2016: Parlamentarische Kontrolle der Unterstützungseinsätze der Bundespolizei im Verbundsystem der Inneren Sicherheit, DP, Heft 1, S. 8-12.
- van Ooyen*, Robert Chr./*Möllers*, Martin H. W. (Hrsg.), 2015: Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden.
- Pütter*, Norbert, 2000: Föderalismus und Innere Sicherheit. Innenministerkonferenz zwischen exekutivischer Politik und politisierter Exekutive; in: Lange, Hans-Jürgen (Hrsg.), Staat, Demokratie und Innere Sicherheit in Deutschland, Opladen, S. 275-289.
- Schatz*, Heribert/*van Ooyen*, Robert Chr./*Werthes*, Sascha, 2000: Wettbewerbsföderalismus. Aufstieg und Fall eines politischen Streitbegriffes, Baden-Baden.
- Scharpf*, Fritz W./*Reissert*, Bernd/*Schnabel*, Fritz, 1976: Politikverflechtung. Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik, Kronberg im Taunus.
- Scharpf*, Fritz W., 2006: Föderalismusreform. Weshalb wurde so wenig erreicht? APuZ, Heft 50, S. 6-11.
- Schmelzer*, Alexander, 2015: Sicherheitsföderalismus im Ausnahmezustand. Einsatz der Bundespolizei zur Unterstützung der Länder am Maßstab der Bundestreue, Baden-Baden.
- Schütte-Bestek*, Patricia, 2015: Aus Bundesgrenzschutz wird Bundespolizei, Wiesbaden.
- Winkler*, Michael, 2005: Von der Grenzpolizei zur multifunktionalen Polizei des Bundes?, Frankfurt am Main.

Grundrechteverständnis und Innere Sicherheit: Zwischen Liberalismus und Etatismus

Der durch Zeitgeist und Staatsräson bedingte Wandel von Menschenwürde und Bürgerfreiheit nach 70 Jahren Grundgesetz

1. Einleitung zur Menschenwürde und der Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten

Die fünfte Bayerische Verfassung vom 2. Dezember 1946¹ regelt in Art. 100 Verf BY: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“ Damit ist ihr Wortlaut mit Art. 1 Abs. 1 GG identisch. Die Verfassung Bayerns baute vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit dem nationalsozialistischen Unrechtsstaat die Kompetenzen der bayerischen Landesverfassungsgerichtsbarkeit zum Eigenschutz weit aus. Es entsprach dem Zeitgeist, den neuen „Bayerischen Verfassungsgerichtshof“ (BayVerfGH) durch Gesetz vom 22. Juli 1947² zu errichten. Zu seinen ersten Aufgaben gehörte es, die in Art. 100 Verf BY geregelte Würde des Menschen – noch vor dem erst später gegründeten Bundesverfassungsgericht³ – so zu definieren:

„Der Mensch als Person ist Träger höchster geistig-sittlicher Werte und verkörpert einen sittlichen Eigenwert, der unverlierbar und auch jedem Anspruch der Gemeinschaft, insbesondere allen rechtlichen und politischen Zugriffen des Staates und der Gesellschaft gegenüber eigenständig und unantastbar ist.“⁴

Dagegen wiegelte das erst 1951 errichtete BVerfG in einer seiner ersten Entscheidungen eher ab:

„Wenn Art. 1 Abs. 1 GG sagt: ‚Die Würde des Menschen ist unantastbar‘, so will er sie nur negativ gegen Angriffe abschirmen. Der zweite Satz: ‚... Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt‘ verpflichtet den Staat zwar zu dem positiven Tun des ‚Schützens‘, doch ist dabei nicht Schutz vor materieller Not, sondern Schutz gegen Angriffe auf die Menschenwürde durch andere, wie Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung usw. gemeint.“⁵

1 BayRS 100-1-S, BY GVBl 1946, S. 333.

2 BY GVBl 1947, S. 147.

3 Nach Inkrafttreten des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes am 17. April 1951.

4 BayVerfGHE n. F. 1, 29 (32); 2, 85 (91).

5 Beschluss des Ersten Senats vom 19. Dezember 1951 – 1 BvR 220/51 = BVerfGE 1, 97-108 (104) – Hinterbliebenenrente.

Diese Interpretation hielt aber nicht lange stand. Das BVerfG erweiterte sie in späteren Entscheidungen⁶, indem es deutlich machte, dass es nach der Vorstellung des Grundgesetzgebers zum Wesen des Menschen gehöre, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich frei zu entfalten, und dass der Einzelne verlangen kann, in der Gemeinschaft grundsätzlich als gleichberechtigtes Glied mit Eigenwert anerkannt zu werden.⁷ Daher schließe die Verpflichtung zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde generell aus, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen.⁸ Jede Behandlung des Menschen sei damit durch die öffentliche Gewalt verboten, die dessen Subjektqualität, seinen Status als Rechtssubjekt, grundsätzlich in Frage stelle⁹, indem der Staat die Achtung des Wertes vermissen lässt, der jedem Menschen um seiner selbst willen, kraft seines Personseins, zukomme.¹⁰ Damit konstatiert das BVerfG, dass eine dem Selbstzweck dienende Überhöhung des staatlichen Herrschaftsverbands jedenfalls ausscheidet. Vielmehr garantiert es den Eigenwert des Menschen gegenüber Eingriffen und Rücksichtslosigkeiten von Staat und Gesellschaft, die immer wieder in seinen Entscheidungen zum Tragen kommen.¹¹

Im Lüth-Urteil¹² stellte das BVerfG fest:

„Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Das ergibt sich aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung der Grundrechtsidee wie aus den geschichtlichen Vorgängen, die zur Aufnahme von Grundrechten in die Verfassungen der einzelnen Staaten geführt haben. Diesen Sinn haben auch die Grundrechte des Grundgesetzes, das mit der Voranstellung des Grundrechtsabschnitts den Vorrang des Menschen und seiner Würde gegenüber der Macht des Staates betonen wollte.“¹³

Diese Schutzrichtung der objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte erweiterte das BVerfG 1975, indem es die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten entwickelte, indem es feststellte:

„Die Schutzpflicht des Staates verbietet nicht nur unmittelbare staatliche Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen.“¹⁴

Dem im Lüth-Urteil propagierten subjektiv-defensiven Abwehranspruch der Grundrechte wurde dadurch die „Schutzpflichtenlehre“ entgegengesetzt, die in der Literatur durchaus

6 Z. B. Urteil des Ersten Senats zum Luftsicherheitsgesetz vom 15. Februar 2006 – 1 BvR 357/05 = BVerfGE 115, 118 (151).

7 Vgl. BVerfGE 45, 187 (227 f.).

8 Vgl. BVerfGE 27, 1 (6); E 45, 187 (228); E 96, 375 (399).

9 Vgl. BVerfGE 30, 1 (26); E 87, 209 (228); E 96, 375 (399).

10 Vgl. BVerfGE 30, 1 (26); E 109, 279 (312 f.).

11 Vgl. *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig* 2020, Art. 1 Abs. 1, Rn. 1.

12 Urteil des Ersten Senat vom 15. Januar 1958, BVerfGE 7, 198-230 – Lüth.

13 BVerfGE 7, 198 (204 f.).

14 Urteil des Ersten Senats vom 25. Februar 1975, BVerfGE 39, 1-68 – Schwangerschaftsabbruch I, 1. Leitsatz, 2. Absatz.

begrüßt wurde und inzwischen herrschende Meinung ist.¹⁵ Aus den Grundrechten folge, dass die staatlichen Organe die Verpflichtung haben, den einzelnen Bürger vor Ein- oder Übergriffen in dessen Rechtssphäre durch private Dritte zu schützen und durch positive staatliche Maßnahmen, drohenden Rechtsgutsverletzungen vorzubeugen.¹⁶ Das BVerfG ging in seiner Auslegung sogar so weit, den Schutzgedanken bis hin zum grundrechtlich gebotenen Strafanspruch auszuweiten¹⁷, was in dem gemeinsamen Sondervotum der Richter Wiltraut Rupp-von Brünneck und Helmut Simon deutlich missbilligt und abgelehnt wurde.¹⁸ Die vom BVerfG entwickelte Figur der grundrechtlichen Schutzpflichten führte mit diesem Urteil zu einem Paradigmenwechsel in der Dogmatik der Freiheitsgrundrechte des Grundgesetzes¹⁹ und hat mit den grundrechtlichen Schutzpflichten ein neues, in seiner Ausweitung „kaum absehbares Terrain betreten, in welchem der Staatsabwehrfunktion eine auf die Beziehungen der Grundrechtsträger untereinander ausgerichtete Grundrechtsfunktion zur Seite gestellt wird.“²⁰ Der Anspruch auf Schutz individueller Rechtsgüter durch den Staat und seine Organe vor Übergriffen Dritter als Kern der Schutzpflichtenlehre birgt jedoch die Gefahr, dass das Wirkungsprinzip der Freiheitsrechte auf den Kopf gestellt wird. Denn die zentrale Bedeutung der Freiheitsrechte läge nicht mehr im Schutz der individuellen Freiheit vor staatlichen Zugriffen, sondern sie böten eine frei verfügbare Legitimationsbasis für staatliche Eingriffe, die darauf abzielten, die Beziehungen jedes Grundrechtsträgers zu seiner sozialen und natürlichen Umwelt permanent neu zu ordnen.²¹

Es kamen weitere wegweisende Entscheidungen des BVerfG hinzu. Als Beispiele sind zu nennen: der Schutz gegen terroristische Angriffe²², gegen die Gefahren der Kernenergie²³, gegen Fluglärm²⁴ und Straßenverkehrslärm²⁵ sowie gegen Luftverschmutzung²⁶ und die Immunschwäche Aids.²⁷ Diese Entscheidungen haben sich zu einer „fast schon kano-

-
- 15 Vgl. m. w. N. z. B. *Isensee* 1983, S. 27, der das Urteil als „juristischer Paukenschlag“ bezeichnete; vgl. auch *Isensee* 1992, S. 143 ff.; *Schwabe* 1975, S. 442 ff.; *Murswiek* 1985; *Hermes* 1987; *Robbers* 1987; *Unruh* 1996; *Houlubek* 1997; *Dolderer* 2000, S. 177 ff.; *Koch* 2000, S. 366 ff.; *Ruffert* 2001, S. 141; *Dietlein* 2005.
 - 16 *Dreier* 1993, S. 47.
 - 17 BVerfGE 39, 1 (46 f.).
 - 18 BVerfGE 39, 1 (68 ff.).
 - 19 *Krings* 2003, S. 17.
 - 20 *Krings* 2003, S. 18.
 - 21 *Dreier* 1993, S. 48; *Krings* 2003, S. 19.
 - 22 BVerfGE 46, 160-165 – Schleyer (Erster Senat); BVerfGE 49, 24-70 – Kontaktsperregesetz (Zweiter Senat).
 - 23 BVerfGE 49, 89-148 – Kalkar I (Zweiter Senat); E 53, 30-69 – Mülheim-Kärlich (Erster Senat); E 81, 310-347 – Kalkar II (Zweiter Senat).
 - 24 BVerfGE 56, 54-87 – Fluglärm, Lohausen (Erster Senat).
 - 25 BVerfGE 79, 174-202 – Erbbaurecht, Straßenverkehrslärm (Erster Senat).
 - 26 BVerfG, NJW 1983, 2931-2933 – Gesetzgeberisches Unterlassen auf dem Gebiet der Luftreinheit – Subsidiarität einer Verfassungsbeschwerde (Erster Senat, Dreierausschuss) = EuGRZ 1983, 572-574 = NuR 1983, 309-310.
 - 27 BVerfG, NJW 1987, 2287-2288 – Einleitung von Maßnahmen des Gesetzgebers zur AIDS-Bekämpfung (2. Kammer des 1. Senats) = EuGRZ 1987, 353-354 = JA 1988, 107-108.

nierten Sequenz verdichtet“²⁸, und beziehen sich überwiegend auf die Schutzgüter des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, greifen aber auch auf die Schutzgüter aller Freiheitsgrundrechte zu.²⁹ Adressat der Gerichtsentscheidungen, die auf einer langen ideengeschichtlichen Tradition beruhen³⁰, ist in erster Linie der Gesetzgeber. Ihm gesteht das BVerfG für die Umsetzung des Schutzauftrags in aller Regel einen weiten Gestaltungsspielraum zu.³¹

Unter dieser Prämisse des Wandels der Konkretisierung der Menschenwürde, die den Kern eines jeden Grundrechts ausmacht³², und der Einführung und weiteren Entwicklung der Schutzpflichtenlehre findet der Verfassungswandel der Grundrechte unter dem Grundgesetz statt. Dieses wurde seit seinem Inkrafttreten über 60 Mal geändert, darunter waren Grundrechte direkt aber nur siebenmal betroffen. Im Einzelnen war treibende Kraft der sich aus den gesellschaftlichen Ereignissen rekrutierte Zeitgeist. Der aufkommende „Kalte Krieg“ führte 1956 zur Wiederbewaffnung³³, bei der u. a. Art. 12 GG geändert wurde (2.), zunehmende Unruhe einer „Außerparlamentarischen Opposition“ brachten 1968 die Notstandsregelungen³⁴, die u. a. Art. 9, 10, 11, 12 und 19 GG änderten (3.). Nach der deutschen Wiedervereinigung und dem Fall des sog. Eisernen Vorhangs erlebte Deutschland seine erste große Flüchtlingswelle, welche 1993 die Neuregelungen des Asylrechts forcierte³⁵ und Art. 16 GG komplett neu gestalteten (4.) und die Zunahme der Organisierten Kriminalität führte 1998³⁶ schließlich zur um die Absätze 3-6 ergänzenden Neufassung des Art. 13 GG, der seitdem Lauschangriffe absichert (5.).

Darüber hinaus sind weitere Grundrechte durch Änderungsgesetze betroffen worden, z. B. bescherte das Änderungsgesetz von 2000³⁷ dem Auslieferungsverbot einen doppelt qualifizierten Schrankenvorbehalt und das Änderungsgesetz von 1994³⁸ fügte den zweiten Satz in Art. 3 Abs. 2 GG ein: Nach 45 Jahren GG wollte der Staat endlich ernst machen mit der „tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung“ von Frauen und Männern. Nach 70 Jahren GG ist dieses Ziel aber noch nicht erreicht³⁹ und scheint derzeit auch zu stagnieren.⁴⁰

28 Dreier 1993, S. 47; vgl. auch Klein 1989, S. 1633 ff.

29 Vgl. Isensee 1992, Rn. 86: „Die grundrechtliche Schutzpflicht intendiert Geltung für alle Freiheitsgrundrechte.“

30 Vgl. Dreier 1993, S. 27 ff.

31 Dreier 1993, S. 47 f.

32 Vgl. Möllers/Lemke 2019, Rn. 256 ff.

33 Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 19. März 1956 (BGBl I 1956, 111).

34 Siebzehntes Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 24. Juni 1968 (BGBl I 1968, 709).

35 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 16 und 18) vom 28. Juni 1993 (BGBl I 1993, 1002).

36 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 13) vom 26. März 1998 (BGBl I 1998, 610).

37 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 16) vom 29. November 2000 (BGBl I 2000, 1633).

38 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3, 20a, 28, 29, 72, 74, 75, 76, 77, 80, 87, 93, 118a und 125a) vom 27. Oktober 1994 (BGBl I 1994, 3146).

39 Deutschland nimmt Platz 14 ein, Länder wie Nicaragua, Ruanda, Philippinen und Namibia liegen auf besseren Plätzen: *World Economic Forum* 2018, S. 9.

40 *World Economic Forum* (Hrsg.): *The Global Gender Gap Report 2018*, Genf 2018, S. 28.

Weitere Änderungen oder Ergänzungen der Grundrechte sind nicht durch den verfassungsändernden Gesetzgeber unmittelbar erfolgt, aber das BVerfG hat in seinen Entscheidungen den Wandel der Grundrechte mit beschlossen (6.).

2. Grundrechtseinschränkungen durch die Wiederbewaffnung 1956

War an eine nationale Wiederbewaffnung Deutschlands nach Inkrafttreten des GG nicht zu denken gewesen, wurden angesichts des sich verstärkenden Ost-West-Konflikts die Stimmen für eine deutsche Wiederbewaffnung immer zahlreicher. Auch die Alliierten forderten von Deutschland einen Beitrag zur europäischen Verteidigung. So führten Zeitgeist und Staatsräson trotz heftiger Proteste von Opposition und Öffentlichkeit gegen eine Wiederbewaffnung dazu, dass die Regierungskoalition von CDU/CSU und FDP unter Bundeskanzler Konrad Adenauer (CDU) und fast alle Stimmen der SPD das Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 19. März 1956 verabschiedeten. Es änderte die sieben Art. 1, 12, 36, 49, 60, 96, 137 GG und fügte neu die Art. 17a, 45a, 45b, 59a, 65a, 87a, 87b, 96a, 143⁴¹ GG ein. Während die Änderung in Art. 1 Abs. 3 GG in Berücksichtigung des Art. 79 Abs. 3 GG lediglich eine Begriffsangleichung war, indem aus „Verwaltung“ „vollziehende Gewalt“ wurde, bedeuteten die Ergänzungen des Art. 12 GG und die Einfügung des Art. 17a GG erhebliche Grundrechtseinschränkungen, die wiederum weitere Grundrechtsbeschränkungen betrafen.

Die Ergänzungen des Art. 12 GG setzten die politische Entscheidung um, eine Wehrpflicht nur für Männer einzuführen. Der zweite Absatz ließ dabei die Möglichkeit offen, aus Gewissensgründen den Kriegsdienst mit der Waffe zu verweigern und stattdessen eine Ersatzdienstpflicht abzuleisten, die in keinem Zusammenhang mit den Verbänden der Streitkräfte steht und nicht länger als der Wehrdienst sein durfte. Frauen wurden in einem neu geschaffenen Abs. 3 von der Wehrpflicht ausgenommen und ihnen sogar der Dienst mit der Waffe im Verband der Streitkräfte verboten. Damit stand Art. 12 Abs. 3 GG im Gegensatz zum Diskriminierungsverbot gemäß Art. 3 Abs. 3 GG. Dass die allgemeine Wehrpflicht nur Männer betraf und im Notstandsfall immer noch betrifft, steht nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG⁴² aber nicht im Widerspruch zum Gleichberechtigungsgrundsatz des Art. 3 GG. Dass Frauen keinen Dienst mit der Waffe leisten durften, wurde jedoch am 11. Januar 2000 durch eine Entscheidung des Gerichtshofs der Euro-

41 Art. 143 war in der ersten Grundgesetzänderung am 30. August 1951 durch Art. 7 Strafrechtsänderungsgesetz aufgehoben worden.

42 Vgl. BVerfGE 12, 45 (49 ff.); E 12, 311 (316); E 28, 243 (261); E 38, 154 (167); E 48, 127 (159 ff.); E 69, 1 (21 f.).

päischen Union⁴³ gekippt. Das Urteil des EuGH führte zur Verfassungsänderung des Art. 12a GG:⁴⁴ Aus „auf keinen Fall Dienst mit der Waffe leisten“ wurde nunmehr „auf keinen Fall zum Dienst mit der Waffe verpflichtet werden“, sodass seit 1. Januar 2001 in Deutschland alle Laufbahnen der Bundeswehr uneingeschränkt für Frauen geöffnet sind. Die allgemeine Wehrpflicht betrifft sie aber nach wie vor nicht.

Art. 17a Abs. 1 GG schränkt für die Angehörigen der Bundeswehr und des Ersatzdienstes während ihrer aktiven Zeit Grundrechte ein: die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1, 1. Halbs. GG, die Versammlungsfreiheit nach Art. 8 Abs. 1 GG und das Petitionsrecht gem. Art. 17 GG. Darüber hinaus bestimmt Art. 17a Abs. 2 GG, dass Zivilschutzgesetze die Freizügigkeit nach Art. 11 Abs. 1 GG und die Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG einschränken konnten. Die Beschränkungen wurden dem Sozialstaatsprinzip zugeschrieben, das dem Einzelnen freiheitsbegrenzende Einbindung in die Gemeinschaft auferlegt.⁴⁵ Um die Grundrechte zu schützen, wurde eigens das Amt des Wehrbeauftragten – als erster Ombudsmann im deutschen Recht⁴⁶ – durch Einfügung von Art. 45b GG errichtet.⁴⁷

Durch die Beschränkung der Wehrpflicht auf den Spannungs- und Verteidigungsfall (§ 2 WpflG) sind die genannten Grundrechtsbeschränkungen eher ohne Bedeutung.

3. Grundrechtseinschränkungen durch die Notstandsregelungen von 1968

Die schon länger im Bundestag geplanten Notstandsgesetze⁴⁸, die verfassungspolitisch sehr umstritten waren⁴⁹, sollten die Handlungsfähigkeit des Staats in Krisensituationen unter Billigung von Grundrechtseinschränkungen absichern. Gegen ihre Verabschiedung wandte sich nicht nur die einzige Oppositionspartei FDP, sondern es hatte sich in der Öffentlichkeit die sog. „Außerparlamentarische Opposition“ (APO) entwickelt, die insbesondere aus Studierenden, Intellektuellen und Gewerkschaftsmitgliedern bestand und gegen die Pläne der aus CDU/CSU und SPD zusammengesetzten Großen Koalition Widerstand in Form von Demonstrationen leisteten. Denn sie fürchteten mit Blick auf die Erfahrungen mit dem Notverordnungsrecht nach Art. 48 WRV eine Gefährdung der jungen Demokratie. Nachdem am 11. April 1968 der Studentenführer Rudi Dutschke (1940-

43 Urteil des EuGH in der Rechtssache C-285/98 – Tanja Kreil / Bundesrepublik Deutschland vom 11. Januar 2000, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=102252F48CFF9A109D651CA340961DA?text=&docid=44931&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=919014> (letzter Abruf 20.02.2021).

44 Durch Art. 1 des Änderungsgesetzes vom 19. Dezember 2000 (BGBl I 2000, 1755).

45 Vgl. *Martens* 1961, S. 125; *Erichsen* 1987, S. 17.

46 *Klein*, in: *Maunz/Dürig* 2020, Art. 45b, Rn. 7.

47 Vgl. *Klein*, in: *Maunz/Dürig* 2020, Art. 45b, Rn. 1 u. 13; *Lerche* 1972, S. 447 ff.

48 Zur Entstehungsgeschichte der Notstandsgesetze vgl. die Einführung bei *Sterzel* 1968a.

49 Vgl. *Evers* 1966, S. 2; *Hall* 1968, S. 159-167; *Hoffmann* 1968, 115 f.; *Sterzel* 1968b, S. 35. Vgl. auch *Hoffmann* 2003, Rn. 52 ff.

1979) auf offener Straße angeschossen worden war, nahmen die Auseinandersetzungen der APO mit der Staatsmacht – und der Springer-Presse, die Staatsräson forderte, – immer mehr gewaltsame Züge an und bestärkten dadurch vor allem die konservativen Abgeordneten darin, eine Grundgesetzänderung herbeizuführen. Da 1968 die Große Koalition dafür die notwendige Zweidrittelmehrheit im Bundestag besaß, konnten die Notstandsgesetze durch das Siebzehnte Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes vom 24. Juni 1968⁵⁰ verabschiedet werden. Die Modifizierung der Verfassung betraf insgesamt 29 geänderte, aufgehobene oder eingefügte Grundgesetzartikel. Geändert wurden Art. 10, 11 Abs. 2, 12, 73 Nr. 1, 87a und 91 GG; aufgehoben wurden Art. 59a, 65a Abs. 2, 142a und 143 GG; neu eingefügt wurden Art. 9 Abs. 3 Satz 3, 12a, 19 Abs. 4 Satz 3, 20 Abs. 4, 35 Abs. 2 u. 3, 53a, 80a sowie Art. 115a bis 115l GG. Diese Veränderungen der Verfassung in den Notstandsregelungen waren nach dem Deutschlandvertrag von 1952⁵¹ Voraussetzung, um der Bundesrepublik Deutschland von den westlichen Alliierten die volle Souveränität zurück zu erhalten. Denn diese hatten sich u. a. das Recht vorbehalten, „im Bundesgebiet den Post- und Fernmeldeverkehr zu überwachen und nach eigenem Ermessen Telefonate abzuhehren und Briefe zu öffnen“. ⁵² Außerdem wollten sie sicherstellen, dass ihre in der Bundesrepublik stationierten Truppen vor Angriffen und Putschversuchen geschützt würden. Mithilfe der nunmehr im Grundgesetz verankerten Notstandsverfassung sollen die neuen Regelungen die innere und äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland und das Funktionieren von Gesetzgebung und Verwaltung bei Krieg, Bürgerkrieg, politischem Streik und anderen Krisenfällen gewährleisten.⁵³

3.1 Die wichtigsten Streitpunkte

Streitpunkte bei der Notstandsgesetzgebung waren die Einführung von Dienstpflichten, Arbeitszwang und Arbeitskampf⁵⁴, das Widerstandsrecht in Art. 20 Abs. 4 GG⁵⁵, der Innere Notstand, die Beendigung des Notstandsfalls und der Einsatz der Bundeswehr⁵⁶, die Errichtung des Gemeinsamen Ausschusses⁵⁷, der Spannungsfall und der Bündnisfall⁵⁸ sowie die einfachen Notstandsgesetze.⁵⁹ Vor allem aber und sehr heftig umstritten waren die Beschränkungen der Grundrechte, insbesondere die Änderungen von Art. 10 Abs. 2 GG und Art. 19 Abs. 4 Satz 3 GG. Dadurch wurde das Fernmeldegeheimnis zum Schutz der

50 BGBl. I 1968, 709.

51 BGBl. II 1955, 305.

52 Durner, in: Maunz/Dürig 2020, Art. 10, Rn. 21.

53 Häberle/Koch/Hakenberg/König/Winkler 2018, S. 213 f.

54 Vgl. dazu Wahsner 1968, S. 43 ff.

55 Vgl. Kempen 1968, S. 65 ff.

56 Vgl. Hoffmann 1968, S. 86 ff.; Perels 1968, S. 181 ff.

57 Vgl. Emmelius 1968, S. 118 ff.

58 Vgl. Seifert 1968, S. 161 ff.

59 Vgl. Römer 1968, S. 187 ff.

freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder des Bestands oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes mit einem Ausschluss des Rechtswegs beschränkt. Anstelle des Rechtswegs wurde ein vom Parlament eingesetzter Ausschuss als politisches Überwachungsgremium zuständig (Art. 10 GG-Gesetz a. F.): Fünf Mitglieder des Bundestags bildeten den Art. 10 GG-Ausschuss. Sie wurden jedes halbe Jahr vom Verfassungsschutz über den Bundesinnenminister informiert. Diese fünf Parlamentarier wählten ein Dreier-Gremium (Art. 10 GG-Kommission) aus unbescholtenen Bürgern (der Vorsitzende der Kommission musste die Befähigung zum Richteramt haben), die im Vorhinein über den Einzelfall befanden. Diese Verfahren waren streng geheim, nichts war bekannt über die Zahl der Anträge, auch nicht ob und wie viele abgelehnt wurden. Das Gesetz bedeutete eine Ausnahmeregelung zum Grundrecht Rechtsweggarantie. Denn es konnte auch bestimmen, dass die Abhörmaßnahme den Betroffenen nicht mitgeteilt wird. Dies wurde entsprechend als 3. Satz in Art. 19 Abs. 4 GG ergänzt.

Der Streit entbrannte zum einen an der Frage, ob die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips und daher unter den unveränderlichen Schutz des Art. 20 GG zu stellen ist. Bei Zustimmung läge eine verfassungswidrige Verfassungsänderung vor, die gegen Art. 79 Abs. 3 GG verstoßen würde, der u. a. festlegt, dass Bestimmungen, durch welche die in Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze berührt werden, unzulässig sind. Zum anderen wurde kritisiert, dass die Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses „dem Betroffenen nicht mitgeteilt“ zu werden brauchten. Dadurch behandelt der Staat den Bürger als Objekt und nicht mehr als Subjekt, worin ein Verstoß gegen die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG zu sehen ist. Das BVerfG hat sich mit dieser Sache aber nur kurz (½ Satz) beschäftigt und den Gesetzgeber verpflichtet, in Art. 10 GG aufzunehmen, dass bei ergebnisloser Abhörung der Betroffene im Nachhinein informiert werden muss. Diese Pflicht erlischt jedoch nach fünf Jahren, sodass diese Regelung den Nachrichtendiensten ermöglicht, dass nach ergebnisloser Abhörung ein „Rest-Verdacht“ festgehalten wird, bis die fünf Jahre um sind. Dass diese parlamentarischen Gremien-Kontrollen der Nachrichtendienste selbst nach späteren Gesetzesüberarbeitungen nicht funktionierten, wurde dann in den verschiedenen NSU-Untersuchungsausschüssen ans Tageslicht befördert.⁶⁰

Nach bis 1968 herrschender Meinung waren auch die anderen Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips unveränderlich. Als Bestätigung dieser Auffassung wurde Art. 28 Abs. 1 GG herangeführt, der bestimmt, dass die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern u. a. dem Grundsatz des Rechtsstaats entsprechen muss. Da die Fundamente des Staats für Bund und Länder gleich sein müssen und Art. 20 GG das für den Bund ist, was Art. 28

60 Z. B. fordert die SPD „eine signifikante Verbesserung der Personal- und Sachausstattung des Parlamentarischen Kontrollgremiums durch die Einrichtung eines schlagkräftigen Arbeitsstabes mit einem Leitenden Beamten, damit endlich eine effektive und systematische Kontrolle ausgeübt werden kann.“ Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode: Beschlussempfehlung und Bericht des 2. Untersuchungsausschusses nach Artikel 44 des Grundgesetzes; in: Möllers/van Ooyen 2018, S. 74.

Abs. 1 GG für die Länder, unterstehen alle Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips – damit also auch die Rechtsweggarantie – dem unveränderlichen Schutz des Art. 20 GG. Die Verfassungsänderung wurde damit während der parlamentarischen Debatten als verfassungswidrig angesehen⁶¹ und führten zur Klage vor dem BVerfG.

3.2 Entscheidungen des Zweiten Senats des BVerfG zu den Streitpunkten

Im Urteil des Zweiten Senats zur verfassungsrechtlichen Überprüfung des Grundrechtsergänzungsgesetzes vom 15. Dezember 1970⁶² hat das BVerfG mit 5 gegen 3 Stimmen entschieden, dass Art. 79 Abs. 3 GG eng auszulegen ist: Art. 19 Abs. 4 GG sei nicht Art. 20 GG, d. h., wenn der Gesetzgeber es gewollt hätte, hätte er den Rechtsschutz direkt in Art. 20 GG aufgenommen. „Grundsätze werden ‚als Grundsätze‘ von vornherein nicht ‚berührt‘, wenn ihnen im allgemeinen Rechnung getragen wird und sie nur für eine Sonderlage entsprechend deren Eigenart aus evident sachgerechten Gründen modifiziert werden.“⁶³ Außerdem sei Art. 19 Abs. 4 Satz 3 GG die einzige Ausnahme, im Prinzip gelte ja die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Ein gewisser Rechtswegschutz sei auch weiterhin vorhanden, allerdings nicht als Gerichtsrechtsschutz, sondern durch besondere Organe. Dass nicht ein Mitglied der rechtsprechenden Gewalt, also ein Richter, zuständig sein muss – analog zu den Bestimmungen der StPO bei Haftbefehlen, Hausdurchsuchungen etc. –, wurde mit dem Argument des Geheimschutzes begründet. Das Verfassungsgericht entschied *staatsrätsonistisch*: „Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG verlangt, daß das Gesetz zu Artikel 10 GG eine Nachprüfung vorsehen muß, die materiell und verfahrensmäßig der gerichtlichen Kontrolle gleichwertig ist, auch wenn der Betroffene keine Gelegenheit hat, in diesem ‚Ersatzverfahren‘ mitzuwirken.“⁶⁴

In Bezug auf die Frage, unter welchen Umständen die Menschenwürde verletzt sein kann, urteilte der Senat, dass sich dies nicht generell, sondern nur in Ansehung des konkreten Falles sagen lasse. Eine Verletzung der Menschenwürde könne nicht allein darin gefunden werden, dass der Mensch bloßes Objekt des Rechts ist und sich ohne Rücksicht auf seine Interessen fügen muss. „Hinzukommen muß, daß er einer Behandlung ausgesetzt wird, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt, oder daß in der Behandlung im konkreten Fall eine willkürliche Mißachtung der Würde des Menschen liegt.“⁶⁵ Die Ersetzung des Rechtswegs durch eine andere Rechtskontrolle „kränke“ nicht die Menschenwürde. Denn Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG fordere eine zwar andersartige, aber gleichwertige

61 Nachweise bei Evers; in: Dürig/Evers 1969, S. 35 ff.; vgl. auch Durner, in: Maunz/Dürig 2020, Art. 10, Rn. 22.

62 BVerfGE, 30, 1-33 - 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 2 BvR 308/69 – „Abhörurteil“ (Zweiter Senat).

63 BVerfGE 30, 1 (24).

64 4. Leitsatz in BVerfGE 30, 1.

65 BVerfGE 30, 1 (26).

Rechtskontrolle, die verhindere, dass „Betroffene der Willkür der Behörden ausgeliefert“ wären.⁶⁶

Da die Notstandsgesetze ja den Zweck verfolgten, eine drohende Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes abzuwehren, wurden der Rechts- und Amtshilfe-Artikel 35 GG, Art. 11 Abs. 2 GG und Art. 12a GG entsprechend erweitert. Durch die Schaffung der einfachen Gesetze sah der verfassungsändernde Gesetzgeber für diese die Notwendigkeit, Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG um „oder auf Grund eines Gesetzes“ zu ergänzen. Art. 9 Abs. 3 GG musste um Satz 3 ergänzt werden, damit die Exekutive die Rechts- und Amtshilfe nicht gegen Arbeitskämpfe einsetzt.

4. Grundrechtsaushöhlung durch die Asylgesetzgebung von 1993

Das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 16 und 18) vom 28.06.1993⁶⁷ hob Art. 16 Abs. 2 GG auf und versetzte ihn als Abs. 1 zum neu geschaffenen Art. 16a GG, der seitdem aus insgesamt fünf Absätzen besteht. Diese Änderung und Ergänzung erforderten auch die Änderung des Art. 18 Satz 1 GG, indem aus „(Art. 16 Abs. 2)“ jetzt „(Art. 16a)“ wurde.

Durch diese GG-Umbildung wurde das Asylgrundrecht nahezu abgeschafft.⁶⁸ Die Regelungen zielten eher auf Flüchtlingsabwehr als auf Flüchtlingsschutz. Sie waren dem Zeitgeist geschuldet. Denn mit dem Bau der Mauer im August 1961 und der Errichtung des sog. „Eisernen Vorhangs“ war der bis dahin kontinuierlichen Flucht aus Ostdeutschland abrupt ein Ende bereitet worden, sodass es keine großen Flüchtlingsströme in die Bundesrepublik mehr gab.⁶⁹ Erst nach Öffnung der Berliner Mauer ab 1989 als Folge der russischen Perestroika- und Glasnost-Politik Gorbatschows stieg die Zahl der Flüchtlinge wieder an.⁷⁰ Es waren Asylbewerber aus dem asiatischen Raum, wo Stellvertreterkriege geführt wurden⁷¹, Kriegsflüchtlinge aus dem ehemaligen Jugoslawien, Übersiedler aus der DDR und vor allem Spätaussiedler aus dem Ostblock und den GUS-Staaten.⁷² Dieser Anstieg führte zwischen 1991 und 1993 zu einer „Pogromstimmung“ in Teilen der deutschen Bevölkerung, die eine Welle rassistischer und ausländerfeindlicher gewaltsamer Ausschreitungen insbesondere gegen Asylbewerber losbrachen: Brandanschläge in

66 BVerfGE 30, 1 (27).

67 BGBl I 1993, 1002 (sog. Asylkompromiss).

68 Gärditz, in: Maunz/Dürig 2020, Art. 16a, Rn. 38 m. w. N.

69 Vgl. Oltmer 2012, S. 111. Schätzungsweise 3,7 Mio. Menschen kamen zwischen 1949 und 1961 aus der DDR nach Westdeutschland, in den 30 Mauerjahren um die 600 Tausend: Jung/Niehr/Böke 2000, S. 19.

70 Gärditz, in: Maunz/Dürig 2020, Art. 16a, Rn. 32; Ther 2017, S. 284.

71 Vgl. Oltmer 2012, S. 106 f.

72 Vgl. Jung/Niehr/Böke 2000, S. 19 f.; Haberland 1994, S. 3 ff.; 51 ff.

Hoyerswerda und Rostock-Lichtenhagen, Mordanschläge in Mölln und Solingen.⁷³ Die Medien machten zudem mächtigen Druck, sodass es schließlich zu diesem Asylkompromiss kam, den alle Fraktionen des Bundestages als Entwurf einbrachten.⁷⁴ Das gegenseitige Misstrauen der beteiligten Parteien führte allerdings dazu, dass alle Details des politischen Kompromisses in Art. 16a GG seinen Niederschlag fanden, um sie nicht dem einfachen Gesetzgeber für spätere Änderungen zu überlassen.⁷⁵ Damit wurde der Rahmencharakter der Verfassung verlassen.⁷⁶

4.1 Der wichtigste Streitpunkt: „sichere Drittstaaten“

Die Änderung des Grundgesetzes garantierte zwar immer noch das Recht der Flüchtlinge als Individualgrundrecht, es wurde aber durch drei verfassungsrechtliche Qualifizierungen eingeschränkt: „sichere Drittstaaten“, „sichere Herkunftsstaaten“ und die Verkürzung des Rechtswegs durch die sog. „Flughafenregelung“ nach Art. 16a Abs. 4 GG.⁷⁷ Vor allem das Konzept der sicheren Drittstaaten (Art. 16a Abs. 2 GG), von denen Deutschland komplett umgeben ist, weil die damaligen Staaten, die (noch) nicht zur Europäischen Gemeinschaft gehörten, umgehend per Gesetz zu sicheren Drittstaaten erklärt wurden, nimmt Fluchtenden die bisher bestandene individuelle Chance, tatsächlich Schutz zu erlangen. Bis zur Neuregelung des GG waren Zwischenaufenthalte, Durchreise oder Reiseunterbrechungen, um faktische Einreisehindernisse in die Bundesrepublik zu beseitigen, nach einem Urteil des BVerwG⁷⁸ grundsätzlich unschädlich. Nunmehr wird jeder Gebietskontakt zu einem sicheren Drittstaat Ausschlusskriterium für Asyl. Nur noch Luft- und Seeweg bleiben seitdem für Flüchtende geeignet, Asyl zu erlangen. Das bedeutet faktisch die Aufgabe des Asylrechts als grundrechtliches Schutzversprechen. Insofern ist der sog. Asylkompromiss ein erstes Abwehrinstrument für politisch unerwünschte Folgen der Globalisierung.⁷⁹

4.2 Die Entscheidung des BVerfG zur GG-Änderung

Das BVerfG hat den Asylkompromiss für verfassungskonform anerkannt.⁸⁰ Unter anderem hat es folgende Einwände zurückgewiesen: Es wies den Einwand, die Aushöhlung

73 Vgl. Quent 2019, S. 173 ff.

74 BT-Drs. 12/4152. Bündnis 90/Die Grünen und die damalige PDS hatten keinen Fraktionsstatus.

75 Voßkuhle 1994, S. 58. Gärditz, in: Maunz/Dürig 2020, Art. 16a, Rn. 34.

76 Vgl. Becker, in: Huber/Voßkuhle 2018, Art. 16a, Rn. 15; Volkman 2013, S. 67; Voßkuhle 1994, S. 53 f., 64.

77 Vgl. van Ooyen 2006, S. 159.

78 BVerwGE 78, 332 (343 ff.); zum Beispiel Warten auf Reisepapiere und Beschaffung von Geld: BVerwGE 79, 347 ff.

79 Vgl. Gärditz, in: Maunz/Dürig 2020, Art. 16a, Rn. 37.

80 BVerfGE 94, 49 (102 ff.).

des Asylgrundrechts verletze die Menschenwürde und sei daher mit Art. 79 Abs. 3 GG nicht vereinbar, ebenso zurück wie die Kritik, die Rechtsschutzverkürzungen, die keinen effektiven lückenlosen Rechtsschutz mehr böten, verstießen gegen das Rechtsstaatsprinzip. Völlig überraschend geht das Gericht sogar davon aus, dass es verfassungsgemäß sei, das Asylgrundrecht generell aufzuheben, sodass erst recht Beschränkungen zulässig wären.⁸¹

5. Grundrechtsbeschränkung durch das Änderungsgesetz von 1998

Aufgrund der Kriminalitätszunahme und neuer Erscheinungsformen der Kriminalität, wurde nach langjähriger intensiver politischer Diskussion⁸² Art. 13 GG schließlich im Jahre 1998 völlig neu gefasst und in seiner Schrankensystematik so verändert, dass er fortan neben präventiven auch einen „repressiven“ großen „Lauschangriff“ verfassungsrechtlich zulässt. Denn akustische und optische Wohnraumüberwachungen, die heimlich erfolgen sollten, konnten nicht unter den Begriff der Wohnungsdurchsuchung subsumiert werden, weil Wesensmerkmal von Durchsuchungen ihre Offenheit war.⁸³ Das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 13) vom 26. März 1998⁸⁴ machte Art. 13 Abs. 3 GG zu Abs. 7 und fügte die Abs. 3 bis 6 neu ein. Dadurch wurde die Schutzfunktion des Art. 13 GG gegen akustische und optische Wohnraumüberwachung weiter beschränkt.⁸⁵ Unmittelbar nach dieser Verfassungsänderung führte das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität vom 4. Mai 1998⁸⁶ das Abhören von Wohnungen auch in das Strafprozessrecht ein. Und in der Folgezeit wurden die einfachen Gesetze immer weiter zugunsten von Lauschangriffen reformiert.⁸⁷

5.1 Die wichtigsten Streitpunkte

Art. 13 GG beinhaltet eine Wertentscheidung, die sich aus der Bedeutung der Wohnung als Mittelpunkt der menschlichen Existenz ergibt. Daher ist bei jedem Eindringen der öffentlichen Gewalt in die Wohnung der hohe Achtungswert der Privatheit der räumlichen Sphäre zu berücksichtigen.⁸⁸ In der Einführung von akustischen Wohnraumüberwa-

81 BVerfGE 94, 49 (103 f.); vgl. dazu Gärditz, in: Maunz/Dürig 2020, Art. 16a, Rn. 36; Gusy 1993, S. 505 ff.; besonders kritisch van Ooyen 2006, S. 159 f.; vgl. auch van Ooyen 2019, S. 19 ff.

82 Zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und FDP vgl. BT-Drs. 13/8650.

83 Davon ging auch der Gesetzgeber aus: s. BT-Drs. 13/8650, S. 4; vgl. Gornig, in Huber/Voßkuhle 2018, Art. 13 Abs. 2, Rn. 66; Papier, in Maunz/Dürig 2020, Art. 13, Rn. 49.

84 BGBl I 1998, 610.

85 Zur Diskussion vgl. Müller 2000, S. 56 ff.

86 BGBl I 1998, 845.

87 Vgl. Kastner 2018, S. 10.

88 BVerfGE 18, 121 (123). Vgl. Gornig, in Huber/Voßkuhle 2018, Art. 13 Abs. 1, Rn. 11; Papier, in Maunz/Dürig 2020, Art. 13, Rn. 8.

chungsmaßnahmen zur Strafverfolgung sahen Kritiker die Menschenwürde missachtende Eingriffe in den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung, sodass Betroffene zum Objekt staatlichen Handelns gemacht würden⁸⁹, keine Rückzugsmöglichkeit mehr hätten⁹⁰ und eine freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) nicht mehr möglich sei.⁹¹ Damit sei der Wesensgehalt des Art. 13 GG i. S. d. Art. 19 Abs. 2 GG angetastet und die GG-Änderung verfassungswidrig.⁹²

Tatsächlich weist der Zusammenhang der Unverletzlichkeit der Wohnung in der EMRK mit dem „Privat- und Familienleben“ sowie dem privaten „Briefverkehr“ auf die besondere Bedeutung dieses Grundrechts hin, das unverletzlich ist und deshalb in unmittelbarem Sinn- und Konkretisierungszusammenhang mit der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG steht.⁹³ Ein menschenwürdiges Leben ist nämlich nur dann gewährleistet, wenn dem Menschen ein unantastbarer Persönlichkeitsbereich verbleibt, in dem er sich selbst besitzt und in Ruhe gelassen wird.

5.2 Die Entscheidung des BVerfG zur GG-Änderung

Diesen unantastbaren Persönlichkeitsbereich hatte das BVerfG schon 1969 in seinem „Mikrozensus-Urteil“ festgestellt, in dem es ausführte, dass jeder Mensch „ein Recht auf Einsamkeit genießt“.⁹⁴ Eine entsprechende Verbindung der Menschenwürde zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG wurde vom BVerfG, das hier einer liberalen Linie folgt, auch im sog. „Volkszählungs-Urteil“ bestätigt.⁹⁵ Daher stellte der Erste Senat des Verfassungsgerichts in seinem Urteil vom 3. März 2004⁹⁶ fest: „Zur Unantastbarkeit der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG gehört die Anerkennung eines absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung. In diesen Bereich darf die akustische Überwachung von Wohnraum zu Zwecken der Strafverfolgung (Art. 13 Abs. 3 GG) nicht eingreifen. Eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zwischen der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und dem Strafverfolgungsinteresse findet insoweit nicht statt.“⁹⁷

Diese liberale Entscheidung des BVerfG zugunsten des Grundrechts ließ das Gericht jedoch im Gesamtergebnis staatsräsonistisch kippen: Denn der Erste Senat des BVerfG entschied mit fünf zu zwei Richterstimmen, dass die in Art. 13 Abs. 3 GG im Jahr 1998

89 *de Lazzer/Rohlf* 1977, S. 211; *Eisenberg* 1993, S. 1037.

90 *Hassemer* 1992, S. 358; *Leutheusser-Schnarrenberger* 1998, S. 88.

91 *de Lazzer/Rohlf* 1977, S. 211; *Eisenberg* 1993, S. 1037.

92 *Leutheusser-Schnarrenberger* 1998, S. 88.

93 Vgl. *Papier*, in: *Maunz/Dürig* 2020, Art. 13, Rn. 56; *van Ooyen* 2006, S. 159 f.; *Möllers* 2015, S. 398 f.

94 BVerfGE 27, 1 (6).

95 BVerfGE 65, 1 ff.

96 BVerfGE 109, 279 ff. = BVerfG, Erster Senat, U v. 3.3.2004, 1 BvR 2378/98, https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20040303_1bvr237898.html (letzter Abruf 13.4.2021).

97 Zweiter Leitsatz des Urteils. Bestätigt im Urteil vom 27. Juli 2005: BVerfGE 113, 348 ff.

vorgenommene Verfassungsänderung nicht ihrerseits verfassungswidrig, sondern mit Art. 79 Abs. 3 GG vereinbar ist⁹⁸, sodass die bis dahin umstrittene Einführung der Abs. 3-6 in Art. 13 GG nunmehr als mit der Ewigkeitsklausel vereinbar gilt. Sie erklärten aber eine Reihe von Vorschriften der StPO zur Durchführung der akustischen Überwachung von Wohnraum zu Zwecken der Strafverfolgung für verfassungswidrig und definierten einen Kernbereich der Unverletzlichkeit der Wohnung, der ausnahmslos dem staatlichen Zugriff entzogen ist. Dem Staat wurde eine absolute Grenze bei seinen Abhörmaßnahmen gezogen, die der Gesetzgeber so nicht vorgesehen hatte. Denn in den für verfassungswidrig erklärten Rechtsnormen der StPO waren weder Vorkehrungen getroffen worden, die dem Schutz der Intimsphäre dienen sollten, noch wurden die Abhörmaßnahmen auf besonders schwerwiegende Straftaten beschränkt.⁹⁹ Das Gericht stellte zum einen fest, dass auch schwerwiegende Belange der Allgemeinheit Eingriffe in diesen engeren Bereich der Privatsphäre, die für eine „ausschließlich private – eine ‚höchstpersönliche‘ – Entfaltung“¹⁰⁰ dient, nicht rechtfertigen könnten.¹⁰¹ Außerdem entschied das BVerfG zum anderen, dass die akustische Wohnraumüberwachung generell nur zulässig ist bei Straftatbeständen, die als Höchststrafe mehr als fünf Jahre vorsehen.¹⁰² Darüber hinaus setzte das BVerfG hohe Anforderungen an den Gesetzgeber bezüglich rechtswidrig erlangter Informationen aus derartigen Abhörmaßnahmen und verlangte umfassende Verwertungsverbote.¹⁰³

Neben den unmittelbaren Entscheidungen zu den Änderungen des Grundgesetzes trat durch das BVerfG aber auch infolge anderer Entscheidungen ein Grundrechtewandel ein.

6. Grundrechtewandel durch Entscheidungen des BVerfG (ausgewählte Beispiele)

Das BVerfG hat im Laufe der letzten 70 Jahre nicht nur durch juristische Auslegung einen Grundrechtewandel herbeigeführt, sondern trat auch als „Neuschöpfer“ von Grundrechten auf, die das Gericht aus der freien Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG ableitete.

98 BVerfGE 109, 279, erster Leitsatz.

99 Vgl. dazu Roggan 2003, S. 35-57.

100 BVerfG, Erster Senat, U v. 3.3.2004, a. a. O. (Fn. 96), Rn. 118.

101 Vgl. Roggan 2004, S. 65.

102 BVerfG, Erster Senat, U v. 3.3.2004, a. a. O. (Fn. 96), Rn. 240.

103 Vgl. dazu Möllers 2015, S. 602-606.

6.1 Abgeleitete „Neuschöpfung“ von Grundrechten durch das BVerfG

a. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG erfordert den Schutz des Menschen u. a. gegen eine unbegrenzte Erhebung, schlichte Kenntnisnahme, Speicherung, Verwendung, Weitergabe und Veröffentlichung seiner persönlichen Daten.¹⁰⁴ Aufbauend auf eine frühere Entscheidung im Jahr 1969¹⁰⁵, in der der Schutz der engeren Persönlichkeitssphäre herausgehoben wurde¹⁰⁶, entwickelte das BVerfG im sog. „Volkszählungsurteil“ vom 15. Dezember 1983¹⁰⁷ das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Denn freie Entfaltung der Persönlichkeit setze, so das Gericht, unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus. Das Grundrecht gewährleiste „insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.“¹⁰⁸ Dieser Schutz erstreckt sich zwar in erster Linie auf die Daten der automatischen Datenerhebung¹⁰⁹, erfasst aber auch Daten, die auf andere Art Dritten bekannt werden können.¹¹⁰ Mit diesem Urteil wirkt das BVerfG gegen die Gefährdungen der individuellen Selbstbestimmung durch die massenhafte Erfassung und Nutzung personenbezogener Daten, wie sie heute durch Staat und Wirtschaft in noch weit größeren Dimensionen als im Urteilsjahr 1983 betrieben wird.¹¹¹

Anlass der Entscheidung war der Plan der Bundesregierung, in der Bundesrepublik eine Volkszählung als Totalerhebung durchzuführen, indem es ein entsprechendes Gesetz verabschiedete. Das BVerfG urteilte, dass zahlreiche Vorschriften des Volkszählungsgesetzes erheblich und ohne Rechtfertigung in Grundrechte des Einzelnen eingriffen, erklärte diese für nichtig und das gesamte Bundesgesetz für verfassungswidrig. Unmittelbare Auswirkungen hatte das Urteil dann auf die Datenschutzgesetze des Bundes und der Länder.

Das BVerfG anerkannte, dass Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten für die Aufgabenerfüllung der Verwaltung unverzichtbar sind. Es stellte daher in Anwendung der *Schutzpflichtenlehre* fest, dass dem Einzelnen als Mitglied der sozialen Gemeinschaft kein Recht im Sinne einer absoluten, uneinschränkbaren Herrschaft über „seine“ Daten zuerkannt werden kann, sondern er Einschränkungen im überwiegenden Allgemeininteresse hinnehmen müsse. Diese Beschränkungen bedürften aber „einer (verfassungsmäßigen) gesetzlichen Grundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der

104 BVerfGE 65, 1 (43).

105 BVerfGE 27, 1 (6) und 27, 344 (351).

106 Vgl. *Starck*, in: *Huber/Voßkuhle* 2018, Art. 2 Abs. 1, Rn. 14.

107 Az. 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83: BVerfGE 65, 1 ff.

108 BVerfGE 65, 1 (43). Vgl. auch BVerfGE 113, 29 (46); E 115, 166 (188); E 118, 168 (184); E 120, 274 (312); vgl. *Schoch* 2008, S. 352 ff.

109 BVerfGE 65, 1 (45). Vgl. auch *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig* 2020, Art. 2 Abs. 1, Rn. 174.

110 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig* 2020, Art. 2 Abs. 1, Rn. 176; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* 2020, Art. 2, Rn. 44.

111 *Kutscha* 2018a, S. 1821.

Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben und die damit dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entspricht [...].¹¹² Daher stünden Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung unter einem strikten Vorbehalt des Gesetzes. Weitere verfassungsrechtliche Vorgaben des BVerfG sind verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen wie Aufklärungs-, Auskunft- und Löschungspflichten sowie der Schutz gegen Zweckentfremdung durch Weitergabe- und Verwertungsverbote¹¹³, auch in Form der Amtshilfe, da im Verhältnis zwischen den Behörden das Prinzip „informationeller Gewaltenteilung“ gelte.¹¹⁴ Auch der „Sammlung nicht anonymisierter Daten auf Vorrat zu unbestimmten oder noch nicht bestimmbar Zwecken“ erteilte das Gericht eine Absage.¹¹⁵ „Dies soll den Bürger in den Stand versetzen, anhand der gesetzlichen Eingriffsgrundlagen wenigstens in etwa überschauen zu können, bei welchen Anlässen und unter welchen Voraussetzungen sein Verhalten das Risiko staatlicher Überwachung erzeugt.“¹¹⁶ Von Realitätsnähe in dieser Entscheidung kann angesichts der in den letzten Jahren geschaffenen und kaum noch nachvollziehbaren Vielzahl an Datenerhebungs- und Datenverarbeitungstatbeständen nicht mehr gesprochen werden. Denn das „Übermaß der generalklauselartig formulierten Eingriffsnormen mit ihren zahlreichen Querverweisungen und Schachtelkonstruktionen hat [...] keine Normenklarheit geschaffen, sondern eher die Entgrenzung des Handlungsrahmens insbesondere für die Sicherheitsbehörden bewirkt.“¹¹⁷ Hier zeigt sich, dass das BVerfG die Ausweitungen exekutiver (Sicherheits-)Befugnisse zwar mit einigen Auflagen versieht, sie aber letztendlich – wie so oft – durchwinkt.

b. Die fortschreitende technische Entwicklung führte 2008 zur Neuschöpfung des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Es wurde durch das BVerfG-Urteil zur „Online-Durchsuchung“ vom 27. Februar 2008¹¹⁸ aus der verfassungsrechtlichen Taufe gehoben und versteht sich als eine weitere Ausprägung des aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleiteten Allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Als subsidiäres Grundrecht steht es hinter dem Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis, der Unverletzlichkeit der Wohnung und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Es greift, wenn die jeweilige Rechtsgrundlage zum Eingriff „Systeme

112 BVerfGE 65, 1 (44).

113 BVerfGE 65, 1 (46).

114 BVerfGE 65, 1 (69). In späteren Entscheidungen hat das BVerfG aber die Zweckentfremdung personenbezogener Daten unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen: „Der neue Verwendungszweck muss sich auf die Aufgaben und Befugnisse der Behörde beziehen, der die Daten übermittelt werden, und hinreichend normenklar geregelt sein. Ferner dürfen der Verwendungszweck, zu dem die Erhebung erfolgt ist, und der veränderte Verwendungszweck nicht miteinander unvereinbar sein“ (BVerfGE 100, 313 [360]).

115 BVerfGE 65, 1 (46).

116 Kutscha 2018a, S. 1822; Vgl. Petri 2008, S. 729 ff.

117 Kutscha 2018a, S. 1822. Vgl. auch Simitis 1994, S. 127.

118 BVerfGE 120, 274-350.

umfasst, die allein oder in ihren technischen Vernetzungen personenbezogene Daten der Betroffenen in einem Umfang und 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“.¹¹⁹

Diese Umschreibung lässt die Ungenauigkeit des Schutzbereichs dieses umgangssprachlich als „Computergrundrecht“ bezeichneten Grundrechts erahnen. Zudem wird bezweifelt, dass diese Neuschöpfung überhaupt angesichts des bereits anerkannten Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, dessen Schutzbereich überflüssigerweise verengt werde, notwendig war.¹²⁰ Das Gericht sieht allerdings die Notwendigkeit dieses Computergrundrechts darin, dass ein Schutzbedarf gegenüber der Infiltration eines eigengenutzten informationstechnischen Systems bestehe, durch die Persönlichkeitsbilder einer bisher unbekannten Breite und Dichte geschaffen werden könnten, bevor ein Zugriff auf bestimmte Daten erfolgt.¹²¹ Gegen solcher Art Infiltration könnten Betroffene das Gefahrenpotential nicht abschätzen und sich dagegen nicht wirkungsvoll wehren. „Die auf das informationstechnische System bezogene Schutzlücke ließe sich jedenfalls auf der Ebene des Schutzes gegen konkrete Datenerhebungen nicht effektiv schließen.“¹²² Daher stützt sich das BVerfG seitdem auch auf dieses neue Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.¹²³

Neben der „Neuschöpfung“ von Grundrechten führte das BVerfG in seinen Entscheidungen zum Grundrechtswandel durch juristische Interpretation.

6.2 Grundrechtswandel durch juristische Interpretation des BVerfG am Beispiel der Meinungsfreiheit

Einen Tabubruch bei der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG beging das BVerfG in seinem sog. Wunsiedel-Beschluss vom 4. November 2009¹²⁴: Seit dem Lüth-Urteil gilt, dass „allgemeine Gesetze“ i. S. d. Art. 5 Abs. 2, 1. Alt. GG Normen sind, „die ‚nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten‘, die vielmehr ‚dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen‘, dem Schutze eines Gemeinschaftswerts, der

119 BVerfGE 120, 313 (314).

120 Kutscha 2018b, S. 1820; Brenneisen/Rogosch/Martins 2008, S. 247; Britz 2008, S. 413; Eifert 2008, S. 521; Lepsius 2008, S. 31; Volkmann 2008, S. 591.

121 So der Berichterstatter des Urteils: Hoffmann-Riem 2008, S. 1016; vgl. auch Kutscha 2018b, S. 1821.

122 Hoffmann-Riem 2008, S. 1017.

123 Z. B. beim Urteil des BVerfG zum BKA-Gesetz vom 20. April 2016: BVerfGE 141, 220-378; vgl. dazu Möllers 2017a, S. 546 ff.; zu weiterer Kritik des Urteils BVerfGE 120, 274-350 vgl. Kutscha 2018b, S. 1821.

124 BVerfGE 124, 300-347 = BVerfG-Wunsiedel, 1 BvR 2150/08 vom 4.11.2009, www.bverfg.de/e/rs20091104_1bvr215008.html (letzter Abruf 13.4.2021).

gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit Vorrang hat.“¹²⁵ Die Allgemeinheit des Gesetzes ist damit Ausdruck des Verbots der Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG.¹²⁶ Dagegen sind Gesetze, die sich gegen eine bestimmte Meinung als solche richten und ignorieren, dass niemand wegen seiner politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden darf, Sondergesetze.¹²⁷ § 130 Abs. 4 StGB stellt ein solches Sonderrecht dar, indem es die Billigung, Verherrlichung und Rechtfertigung lediglich der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft, nicht aber anderer totalitärer Gewalt- und Willkürherrschaften unter Strafe stellt. So sieht es auch das BVerfG und stellt im 1. Leitsatz heraus, dass es sich um eine „Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts für meinungsbezogene Gesetze“ handelt. Diese sei jedoch gerechtfertigt, da die nationalsozialistische Herrschaft über Europa und weite Teile der Welt sich allgemeinen Kategorien entziehendes Unrecht und Schrecken gebracht hat, sodass das Grundgesetz als Gegenentwurf hierzu verstanden werden müsse. Art. 5 Abs. 1 und 2 GG setzten daher für Bestimmungen, die der propagandistischen Gutheißung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft Grenzen setzen, eine immanente Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts für meinungsbezogene Gesetze.¹²⁸

Mit dieser Interpretation beschreitet das BVerfG einen neuen Weg und kehrt von seiner bisherigen Rechtsprechung ab, bei der Karlsruhe es vehement¹²⁹ ablehnte, in das Grundgesetz ein Meinungssonderrecht in Form eines Verfassungsvorbehalts „gegen neonazistische Anschauungen“ hineinzuinterpretieren.¹³⁰ Die Ausnahme vom Verbot des Sonderrechts für meinungsbezogene Gesetze als Ausdruck einer verfassungsimmanenten Schranke „gegen Nazis“ begründen die acht Richter zusätzlich damit: „...die propagandistische Gutheißung der historischen nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft mit all dem schrecklichen tatsächlich Geschehenen, das sie zu verantworten hat, [...] ist [...] mit anderen Meinungsäußerungen nicht vergleichbar und kann nicht zuletzt auch im Ausland tiefgreifende Beunruhigung auslösen.“¹³¹

Der Wunsiedel-Beschluss markiert daher eine Zäsur, die ihre Kritiker gefunden hat.¹³² Denn durch diese *staatsrätsonistische* Entscheidung wird ausdrücklich Sonderrecht gegen rechtsextreme Ansichten gerechtfertigt. Das BVerfG trat mit der Wunsiedel-Entscheidung

125 BVerfGE 7, 198 (209 f.).

126 Schaefer 2010, S. 383.

127 So schon *Anschütz* 1960, Art. 123 Nr. 4. f), Art. 118 WRV Nr. 3, S. 554.

128 BVerfG-Wunsiedel, 1 BvR 2150/08 vom 4.11.2009, a. a. O. (Fn. 124), 1. Leitsatz.

129 S. dazu BVerfG, NJW 2001, 2076 (2077); a. A. OVG NRW, NJW 2001, 2111 (2112); vgl. *Möllers* 2017b, S. 105 ff.; *Rühl* 2003, S. 531 ff.

130 Für Schaefer steht diese Meinungsänderung mit dem Richterwechsel von Wolfgang Hoffmann-Riem zu Johannes Masing in Verbindung: *Schaefer* 2010, S. 383; er sieht das BVerfG „durch das ständige Trommelfeuer aus Münster mürbe geschossen“: *Schaefer* 2010, S. 384.

131 BVerfG-Wunsiedel, 1 BvR 2150/08 vom 04.11.2009, a. a. O. (Fn. 124), Rn. 66.

132 Vgl. insbesondere die exzellente staatsrechtliche Analyse von *Schaefer* 2010; vgl. auch *Volkman* 2010, S. 417 ff.

durch Bruch mit dem herkömmlichen Verständnis der Meinungsfreiheit für eine strafgesetzliche Gesinnungskontrolle ein.¹³³

Literatur

- Anschütz, Gerhard, 1960: Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.08.1919, 14. Aufl., Berlin 1933, unveränderter Nachdruck, Bad Homburg vor der Höhe.
- Brenneisen, Hartmut/Rogosch, Josef Konrad/Martins, Michael, 2008: Reaktion auf neuartige Informations-eingriffe: Die Entscheidungen des BVerfG zur Online-Durchsuchung und zum automatisierten Kennzeichenabgleich (Zugleich Anmerkung zu BVerfG, U. v. 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07– und BVerfG, U. v. 11.03.2008 – 1 BvR 2074/05, 1 BvR 1254/07 –), Die Polizei, S. 245 ff.
- Britz, Gabriele, 2008: Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, DÖV, S. 411-415.
- Dietlein, Johannes, 2005: Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten. Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft (MBR), Band 58, 2. Aufl., Berlin.
- Dolderer, Michael, 2000: Objektive Grundrechtsgehalte. Schriften zum Öffentlichen Recht (SÖR), Band 826, Berlin.
- Dreier, Horst, 1993: Dimensionen der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Hannover, Heft 23, Hannover.
- Dürig, Günter/Evers, Hans-Ulrich, 1969: Zur verfassungsändernden Beschränkung des Post-, Telefon- und Fernmeldegeheimnisses, Bad Homburg.
- Eifert, Martin, 2008: Informationelle Selbstbestimmung im Internet, NVwZ, S. 521-523.
- Eisenberg, Ulrich, 1993: Straf(verfahrens-)rechtliche Maßnahmen gegenüber „Organisiertem Verbrechen“, NJW, S. 1033-1039.
- Emmelius, Hans Hermann, 1968: Der Gemeinsame Ausschuss; in: Sterzel, Kritik der Notstandsgesetze, Frankfurt am Main, S. 118-160.
- Ericksen, Hans-Uwe, 1987: Wolfgang Martens zum Gedächtnis; in: Selmer, Peter/von Münch, Ingo (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, Berlin · New York, S. 5-18.
- Evers, Hans-Ulrich, 1966: Die perfekte Notstandsverfassung. Kritische Bemerkungen zum Entwurf des Rechtsausschusses des Bundestages, AöR 91, S. 1-41.
- Gusy, Christoph, 1993: Neuregelung des Asylrechts – Grundrecht oder Grundrechtsverhinderungsrecht? Jura, 505-513.
- Haberland, Jürgen, 1994: Der Asylkompromiß vom 6. Dezember 1992 – ein Jahr danach (1. + 2. Teil), ZAR 1, S. 3-9; 2, S. 51-59.
- Häberle, Peter/Koch, Theresia/Hakenberg, Waltraud/König, Christiane/Winkler, Jürgen, 2018: Model/Creifelds: Staatsbürger-Taschenbuch: Alles Wissenswerte über Europa, Staat, Verwaltung, Recht und Wirtschaft mit zahlreichen Schaubildern, 34. Aufl., München.
- Hall, Karl-Heinrich, 1968: Notstandsverfassung und Grundrechtseinschränkungen, JZ, S. 159-167.
- Hassemer, Winfried, 1992: Warum man den „Großen Lauschangriff“ nicht führen sollte, DRiZ, S. 357-358.
- Hermes, Georg, 1987: Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit: Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Heidelberg.
- Hoffmann, Reinhard, 1968: Innerer Notstand, Naturkatastrophen und Einsatz der Bundeswehr; in: Sterzel, Kritik der Notstandsgesetze, Frankfurt am Main, S. 86-117.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang, 2008: Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme, JZ, S. 1009-1022.

133 Vgl. Schaefer 2010, S. 380 f.

- Hofmann*, Hasso, 2003: Die Entwicklung des Grundgesetzes von 1949 bis 1990; in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 1: Historische Grundlagen, Heidelberg 2003, S. 355-422.
- Houlubek*, Michael, 1997: Grundrechtliche Gewährleistungspflichten: Ein Beitrag zu einer allgemeinen Grundrechtsdogmatik, Forschungen aus Staat und Recht Band 114, Wien.
- Huber*, Peter M./*Voßkuhle*, Andreas (Hrsg.), 2018: MKS-Kommentar zum Grundgesetz in 3 Bänden, 7. Aufl., München.
- Isensee*, Josef, 1983: Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates. Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 24. November 1982 – erweiterte Fassung, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Band 79, Berlin.
- Isensee*, Josef, 1992: Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in: ders./Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, C. F. Müller, Heidelberg, § 111, S. 143-242.
- Isensee*, Josef/*Kirchhof*, Paul (Hrsg.), 1992: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Allgemeine Grundrechtslehren, Heidelberg.
- Isensee*, Josef/*Kirchhof*, Paul (Hrsg.), 2003: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 1: Historische Grundlagen, Heidelberg.
- Jarass*, Hans D./*Pieroth*, Bodo, 2020: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 16. Aufl., München.
- Jung*, Matthias/*Niehr*, Thomas/*Böke*, Karin, 2000: Ausländer und Migranten im Spiegel der Presse. Ein diskurshistorisches Wörterbuch zur Einwanderung seit 1945 unter Mitarbeit von Nils *Dorenbeck*, Wiesbaden.
- Kastner*, Martin, 2018: Abhören von Wohnungen, in: Möllers (Hrsg.), Wörterbuch der Polizei, 3. Aufl., München, S. 9-10.
- Kempen*, Otto Ernst, 1968: Widerstandsrecht; in: Sterzel, Kritik der Notstandsgesetze, Frankfurt am Main, S. 65-85.
- Klein*, Eckart, 1989: Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, in: NJW, 1633-1640.
- Koch*, Thorsten, 2000: Der Grundrechtsschutz des Drittbetroffenen. Zur Rekonstruktion der Grundrechte als Abwehrrechte, Tübingen.
- Krings*, Günter, 2003: Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche. Die subjektiv-rechtliche Rekonstruktion der grundrechtlichen Schutzpflichten und ihre Auswirkung auf die verfassungsrechtliche Fundierung des Verbrauchervertragsrechts, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 931, Berlin.
- Kutscha*, Martin, 2018a: Recht auf informationelle Selbstbestimmung; in: Möllers, Wörterbuch der Polizei, München, S. 1821-1822.
- Kutscha*, Martin, 2018b: Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme; in: Möllers, Wörterbuch der Polizei, München, S. 1820-1821.
- de Lazzer*, Dieter/*Rohlf*, Dietwalt, 1977: Der „Lauschangriff“. Ist nachrichtendienstliches Abhören der Privatwohnung zulässig? NJW, 207-213.
- Lepsius*, Oliver, 2008: Das Computer-Grundrecht: Herleitung – Funktion – Überzeugungskraft, in: Roggan (Hrsg.), Online-Durchsuchungen, Berlin, S. 21-56.
- Lerche*, Peter, 1972: Grundrechte der Soldaten; in: Bettermann, Karl August/Nipperdey, Hans Carl/Neumann, Franz Leopold/Scheuner, Ulrich (Hrsg.), Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band 4, 1. Halbband, 2. Aufl., Berlin, S. 447-535.
- Leutheusser-Schnarrenberger*, Sabine, 1998: Der „Große Lauschangriff“ – Sicherheit statt Freiheit, ZRP, S. 87-91.
- Martens*, Wolfgang, 1961: Grundgesetz und Wehrverfassung. Abhandlungen aus dem Seminar für Öffentliches Recht, Heft 49, Hamburg.
- Maunz*, Theodor/*Dürig*, Günter, 2020: Grundgesetz, Kommentar in sieben Loseblattordnern, herausgegeben von Roman Herzog, Matthias Herdegen, Rupert Scholz, Hans H. Klein, 92. Ergänzungslieferung, München.

- Möllers, Martin H. W., 2015: Der Einfluss der Staatsrechtslehre auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei der Abwägung der Menschenwürde: Lauschangriff, Abhörurteil, Luftsicherheit, Sicherungsverwahrung; in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden, S. 587-625.
- Möllers, Martin H. W., 2017a: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz – Hintergrund und Bewertung, JBÖS 2016/17, S. 546-554.
- Möllers, Martin H. W., 2017b: „Rechtsverletzende“ oder „rein geistige Wirkungen“ von rechtspopulistischen Demonstrationen, in: Schwier (Hrsg.), Zum aktuellen Stand des Versammlungsrechts, Rothenburg/Oberlausitz 2017, S. 105-126.
- Möllers, Martin H. W. (Hrsg.), 2018: Wörterbuch der Polizei, 3. Aufl., München.
- Möllers, Martin H. W./Lemke, Matthias, 2019: Grundrechte bei der Polizei. Menschenrechte in der polizeilichen Praxis, Die Blaue Reihe: Studienbücher für die Polizei, herausgegeben von Martin H. W. Möllers, 4. Aufl., Frankfurt am Main.
- Möllers, Martin H. W./van Ooyen, Robert Chr., 2018: NSU-Terrorismus, 2. Aufl., Frankfurt am Main.
- Möllers, Martin H. W./van Ooyen, Robert Chr., 2019: Bundesverfassungsgericht und Öffentliche Sicherheit 2: Sicherheit im (trans)nationalen Kontext, 5. Aufl., Frankfurt am Main.
- Müller, Martin, 2000: Der sogenannte „Große Lauschangriff“. Eine Untersuchung zu den Rechtsproblemen der Einführung der elektronischen Wohnraumüberwachung zur Beweismittelgewinnung, Marburg.
- Murswiek, Dietrich, 1985: Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik. Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung, Schriften zum Umweltrecht, Band 2, Berlin.
- Olmer, Jochen, 2012: Globale Migration. Geschichte und Gegenwart, München.
- van Ooyen, Robert Chr., 2006: Politik und Verfassung. Beiträge zu einer politikwissenschaftlichen Verfassungslehre, Wiesbaden.
- van Ooyen, Robert Chr., 2019: Staatliche, quasi-staatliche und nichtstaatliche Verfolgung? Hegels und Hobbes' Begriff des Politischen in den Asyl-Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts; in: Möllers/van Ooyen, Bundesverfassungsgericht und Öffentliche Sicherheit 2: Sicherheit im (trans)nationalen Kontext, 5. Aufl., Frankfurt am Main, S. 19-53.
- van Ooyen, Robert Chr./Möllers, Martin H. W. (Hrsg.), 2015: Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden.
- Perels, Joachim, 1968: Die Beendigung des Notstandsfalls; in: Sterzel, Kritik der Notstandsgesetze, Frankfurt am Main, S. 181-186.
- Petri, Thomas, 2008: Unzulässige Vorratssammlungen nach dem Volkszählungsurteil? Die Speicherung von TK-Verkehrsdaten und Flugpassagierdaten, DuD, S. 729-732.
- Quent, Matthias, 2019: Rassismus, Radikalisierung, Rechtsterrorismus. Wie der NSU entstand und was er über die Gesellschaft verrät, 2. Aufl., Weinheim, Basel.
- Robbers, Gerhard, 1987: Sicherheit als Menschenrecht: Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion, Baden-Baden.
- Roggan, Fredrik, 2003: Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, Bonn.
- Roggan, Fredrik, 2004: Unerhört?! – Große Lauschangriffe nach dem Verfassungsgerichtsurteil. In: CILIP 1, S. 65-70.
- Roggan, Fredrik (Hrsg.), 2008: Online-Durchsuchungen. Rechtliche und tatsächliche Konsequenzen des BVerfG-Urteils vom 27. Februar 2008, Berlin.
- Römer, Peter: Die „einfachen“ Notstandsgesetze; in: Sterzel, Kritik der Notstandsgesetze, Frankfurt am Main, S. 187-207.
- Ruffert, Matthias, 2001: Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtsentwicklung des Grundgesetzes, Jus Publicum, Band 64, Tübingen.
- Rühl, Ulli F. H., 2003: „Öffentliche Ordnung“ als sonderrechtlicher Verbotstatbestand gegen Neonazis im Versammlungsrecht? NVwZ 5, S. 531-537.

- Schaefer*, Jan Philipp, 2010: Wie viel Freiheit für die Gegner der Freiheit? – Zum Wunsiedel-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, DÖV, S. 379-387.
- Schoch*, Friedrich, 2008: Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Jura 5, S. 352-359.
- Schwabe*, Jürgen, 1975: Bundesverfassungsgericht und „Drittwirkung“ der Grundrechte; in: Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), 100. Jg., Heft 3, S. 442-470.
- Schwieb*, Henning (Hrsg.), 2017: Zum aktuellen Stand des Versammlungsrechts. Verfassungsrechtliche Vorgaben, versammlungsgesetzliche Ausgestaltung, polizeiliche Anwendung, Rothenburg/Oberlausitz.
- Seifert*, Jürgen, 1968: Spannungsfall und Bündnisfall; in: Sterzel, Kritik der Notstandsgesetze, Frankfurt am Main, S. 161-180.
- Simitis*, Spiros, 1994: Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Volkszählung – 10 Jahre danach, KritV, S. 121-137.
- Sterzel*, Dieter (Hrsg.), 1968a: Kritik der Notstandsgesetze. Kommentierungen, Frankfurt am Main.
- Sterzel*, Dieter, 1968b: Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses; Ausschluss des Rechtsweges; in: Ders., Kritik der Notstandsgesetze, Frankfurt am Main, S. 24-42.
- Ther*, Philipp, 2017: Die Außenseiter. Flucht, Flüchtlinge und Integration im modernen Europa, 2. Aufl., Frankfurt am Main.
- Unruh*, Peter, 1996: Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten. Berlin.
- Volkman*, Uwe, 2008: Anm. zum Urteil des BVerfG vom 27.2.2008, DVBl., S. 590-593.
- Volkman*, Uwe, 2010: Die Geistesfreiheit und der Ungeist – Der Wunsiedel-Beschluss des BVerfG, NJW, S. 417-420.
- Volkman*, Uwe, 2013: Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen.
- Voßkuhle*, Andreas, 1994: „Grundrechtspolitik“ und Asylkompromiß – Zur Verfassungsänderung als Instrument politischer Konfliktbewältigung am Beispiel des Art. 16a GG, DÖV, S. 53-66.
- Wahsner*, Roderich, 1968: Dienstpflicht, Arbeitszwang, Arbeitskampf; in: Sterzel, Kritik der Notstandsgesetze, Frankfurt am Main, S. 43-64.
- World Economic Forum* (Hrsg.), 2018: The Global Gender Gap Report 2018, Genf.

Abkehr vom liberalen Brokdorf-Beschluss bei der Polizeikessel-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts?¹

1. Einleitung zur Problematik

Bei einem Polizeikessel umstellen Polizeibeamte Teilnehmerinnen und Teilnehmer einer Versammlung. Dadurch wird es zeitweise für die Versammelten unmöglich, zum Versammlungsort zu gelangen oder ihn zu verlassen.² In die rechtspolitische Geschichte ist der sog. „Hamburger Kessel“ eingegangen: Am 8. Juni 1986, ein Jahr nach dem Brokdorf-Beschluss des BVerfG³, wurde ab mittags ein Zug von an die 900⁴ Demonstrationsteilnehmerinnen und -teilnehmern, die sich aufgrund aggressiven polizeilichen Verhaltens vom Vortag spontan und ohne Anmeldung zu einer Demonstration auf dem Heiligengeistfeld in Hamburg für „ein Recht auf Demonstration“ und „gegen Polizeiwillkür“ entschieden hatten, von Polizeiketten eingeschlossen und bis zu 14 Stunden lang festgehalten.⁵ Ein um Mitternacht von hupenden Taxifahrern durchgeführter „Befreiungsversuch“ der restlichen Eingeschlossenen – ab 16:00 Uhr waren die Demonstranten nach und nach auf verschiedene Wachen abgefahren worden – wurde ebenfalls von der Polizei niedergeknüppelt. Offensichtlich hatte die Hamburger Polizei und ihr damaliger Innensenator Rolf Lange im Gegensatz zu dem Hamburger Verwaltungsgericht, das später die Rechtswidrigkeit dieses Polizeieinsatzes bescheinigte, den Brokdorf-Beschluss noch nicht verinnerlicht. Trotz der Ingewahrsamnahme von vielen hundert Personen wurden nur 15 Ermittlungsverfahren eingeleitet, davon sieben wegen Verstoßes gegen das Versammlungsgesetz. Das VG Hamburg stellte heraus, dass zum einen die Verhinderung der Spontanversammlung unzulässig und zum anderen die Vorgehensweise der Einkesselung durch die Hamburger Polizei rechtswidrig war.⁶ Das Landgericht Hamburg verurteilte die vier verantwortlichen Polizeiführer wegen 861-facher Freiheitsberaubung und sprach den Einkesselten 200 DM Schadensersatz pro Person zu.⁷

1 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 2.11.2016 - 1 BvR 289/15 - Rn. 1-28, www.bverfg.de/e/rk20161102_1bvr028915.html (letzter Abruf 12.4.2021).

2 *Hermanns/Hönig* 2002, S. 201 ff.

3 Vom 14.5.1985 - 1 BvR 233, 341/81 -; BVerfGE 65, 315-372. Die Entscheidung des BVerfG im Brokdorf-Beschluss betraf Demonstrationen gegen das Kernkraftwerk Brokdorf, die der damalige Innenminister Uwe Barschel mit allen Mitteln zu bekämpfen suchte.

4 861: LG Hamburg, Urteil vom 23.10.1991 - Az. 830 Js 182/86 -.

5 *Blau/Dammann* 1986, S. 365 ff.; *Blau* 1987, S. 332 f.; *Alberts* 1987, S. 298 ff.; *Hofmann* 1987, S. 769 ff. mit Erwiderung *Alberts* 1988, S. 224 f.; *Iken* 2016.

6 VG Hamburg vom 30.10.1986 - Az. 12 VG 2442/86 - (NVwZ 1987, S. 829 [831 f.]).

7 LG Hamburg, Urteil vom 23.10.1991 - Az. 830 Js 182/86 -.

Der „Hamburger Kessel“ wurde trotz seiner Rechtswidrigkeit „Vorbild“ für andere: Genannt seien nur der „Münchener Kessel“ 1992 anlässlich des Weltwirtschaftsgipfels, bei dem rund 500 Personen eingeschlossen wurden⁸, und der „Braunschweiger Kessel“ 2005 während einer Anti-NPD-Kundgebung, bei der rund 250 Personen, darunter auch zufällig vorbeigekommene Passanten eingekesselt wurden. Auch diese⁹ wie auch weitere kleinere Einkesselungen von 30 bis 70 Personen wurden später von den Gerichten als rechtswidrig eingestuft und vom BVerfG die Verfassungswidrigkeit attestiert.¹⁰ Zuletzt hatte das BVerfG die Rechtswidrigkeit von Polizeikesseln Ende 2009 dadurch festgestellt, dass es die Entscheidungen der Fachgerichte bis zum OLG, die den Eingekesselten Schmerzensgeld versagten, aufhob.¹¹

Dagegen hat das BVerfG in seiner neuesten Kammer-Entscheidung zum Polizeikessel offensichtlich keine Rechtswidrigkeit für die Einkesselung von 943 Personen gesehen, weil es die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen hat. Mit fast 1.000 eingekesselten Menschen ist es der bislang größte Polizeikessel. Es stellt sich daher die Frage, ob das Gericht – angesichts der Zunahme von Demonstrationen mit gewaltbereiten Teilnehmern – vom liberalen Brokdorf-Beschluss abgekehrt ist.

2. Grundlagen des Brokdorf-Beschlusses

Politische Grundlage des Brokdorf-Beschlusses war die staatliche Handhabung von Versammlungen. Denn von den im Bundes-Versammlungsgesetz eingeräumten Möglichkeiten restriktiver Handhabung der Versammlungsfreiheit wurde bis zu diesem Beschluss im Jahre 1985¹² insbesondere dann Gebrauch gemacht, wenn die in den öffentlichen Versammlungen vorgebrachten „Anliegen“ im Widerspruch zur Regierungslinie standen. Auch in dem der Grundsatzentscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt hatte der zuständige Landrat, als zahlreiche Bürgerinitiativen zu einer Großdemonstration am 28. Februar 1981 gegen den Bau des Kernkraftwerks in Brokdorf aufriefen, noch vor Anmeldung der Versammlung ein generelles Versammlungsverbot mittels Allgemeinverfügung für das Baugelände auf einer Fläche von etwa 210 km² im Umkreis erlassen und dessen Sofortvollzug angeordnet.¹³ Es war also überfällig, die Versammlungsfreiheit als unentbehr-

8 DER SPIEGEL 29/1992, S. 27-29.

9 Zauner 2006.

10 Vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 30.4.2007 - 1 BvR 1090/06 - Rn. 1-59, www.bverfg.de/e/rk20070430_1bvr109006.html (letzter Abruf 12.4.2021) = BVerfGK 11, 102-118. In Rn. 40 geht die Kammer ausdrücklich auf das Einkesselung-Urteil des VG Hamburg ein.

11 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 11.11.2009 - 1 BvR 2853/08 - Rn. 1-27, www.bverfg.de/e/rk20091111_1bvr285308.html (letzter Abruf 12.4.2021) = BVerfGK 16, 389-396.

12 Vom 14.5.1985 - 1 BvR 233, 341/81 -; BVerfGE 65, 315-372.

13 „Diese Verfügung wurde mit polizeilichen Erkenntnissen begründet, aus denen sich ergeben habe, dass

liches und grundlegendes Funktionselement der Demokratie herauszustellen. Tatsächlich nutzte der Erste Senat des BVerfG die herangetragene Verfassungsbeschwerde, im Rahmen der Überprüfung der entsprechenden Vorschriften des Versammlungsgesetzes ausführlich die Bedeutung, Funktion und den Umfang der Versammlungsfreiheit zu erörtern.¹⁴ Das rief in der Literatur die Kritik hervor, die Ausführungen seien nicht wie eine Gerichtsentscheidung, sondern eher wie eine Kommentierung zu lesen und daher obiter dicta.¹⁵ Hier bestätigt sich, dass das BVerfG bei der Entwicklung einer Theorie stärker *liberal* ausgerichtet ist.

Die Anerkennung der Versammlungsfreiheit als demokratisches Teilhaberecht wurde durch das Gericht gleich im 1. Leitsatz festgeschrieben:

„Das Recht des Bürgers, durch Ausübung der Versammlungsfreiheit aktiv am politischen Meinungs- und Willensbildungsprozess teilzunehmen, gehört zu den unentbehrlichen Funktionselementen eines demokratischen Gemeinwesens. Diese grundlegende Bedeutung des Freiheitsrechts ist vom Gesetzgeber beim Erlass grundrechtsbeschränkender Vorschriften sowie bei deren Auslegung und Anwendung durch Behörden und Gerichte zu beachten.“¹⁶

Damit übernahm das BVerfG Auffassungen in der Literatur, in der bereits anerkannt war, dass Versammlungen wesentliches Element demokratischer Offenheit sind und die Möglichkeit zur öffentlichen Einflussnahme auf den politischen Prozess bieten. Nach Konrad Hesse z. B. enthalten Versammlungen ein Stück ursprünglich-ungebändigter unmittelbarer Demokratie, das geeignet ist, den politischen Betrieb vor Erstarrung in geschäftiger Routine zu bewahren.¹⁷ Peter Häberle hält die Meinungs- und Versammlungsfreiheit sogar „von schlechthin konstituierender Bedeutung für jede Demokratie“.¹⁸ Das BVerfG brachte es in seiner Entscheidung auf den Punkt und stufte das Grundrecht der Versammlungsfreiheit nicht nur als Mittel der politischen Einflussnahme ein, sondern etablierte es als Ausdruck von unmittelbarer Demokratie und begründete dies so:

„...in einer Demokratie müsse die Willensbildung vom Volk zu den Staatsorganen und nicht umgekehrt verlaufen; das Recht des Bürgers auf Teilhabe an der politischen Willensbildung äußere sich nicht nur in der Stimmabgabe bei Wahlen, sondern auch in der Einflußnahme auf den ständigen Prozeß der politischen Meinungsbildung, die sich in einem demokratischen Staatswesen frei, offen, unreglementiert und grundsätzlich ‚staatsfrei‘¹⁹ vollziehen müsse... Große Verbände, finanzstarke Geldgeber oder Massenmedien können beträchtliche Einflüsse

sich unter den erwarteten ca. 50.000 Demonstrationsteilnehmern eine erhebliche Zahl gewaltbereiter Personen befänden, die eine gewaltsame Besetzung und Zerstörung des Baugeländes und weitere Gewalttaten beabsichtigten.“ *Grimm/Kirchhof* 1997, Bd. 2, S. 48.

14 *Pabel* 2000, S. 373.

15 Vgl. dazu *Gusy* 1986, S. 608 ff.; *Schenke* 1986, S. 35 ff.

16 BVerfGE 69, 315.

17 *Hesse* 1995; zum Paradigmenwechsel in Sachen Demokratie vgl. m. w. N. *van Ooyen* 2015, S. 225 ff.

18 *Häberle/Kotzur* 2016, S. 573, Rn. 873.

19 Zum Begriff der Staatsfreiheit des demokratischen Willensbildungsprozesses siehe das Parteienfinanzierungsurteil vom 9. April 1992 (BVerfGE 85, 264-328).

ausüben, während sich der Staatsbürger eher als ohnmächtig erlebt. In einer Gesellschaft, in welcher der direkte Zugang zu den Medien und die Chance, sich durch sie zu äußern, auf wenige beschränkt ist, verbleibt dem Einzelnen neben seiner organisierten Mitwirkung in Parteien und Verbänden im allgemeinen nur eine kollektive Einflußnahme durch Inanspruchnahme der Versammlungsfreiheit für Demonstrationen.“²⁰

Entsprechend dieser Auffassung, die aber keineswegs ungeteilte Zustimmung hervorrief, weil vor allem bezweifelt wurde, dass durch das Veranstellen von Demonstrationen Staatsgewalt ausgeübt werde,²¹ wurde der Versammlungsfreiheit einen besonderen Rang als Freiheit zur kollektiven Meinungskundgabe zubilligt und sie gleichzeitig als Element des Minderheitenschutzes im parlamentarischen Repräsentativsystem eingeräumt. Entsprechend wurde das Selbstbestimmungsrecht des Veranstalters über Ort, Zeitpunkt, Art und Inhalt der Veranstaltung festgeschrieben:

„Als Abwehrrecht, das auch und vor allem andersdenkenden Minderheiten zugute kommt, gewährleistet Art. 8 GG den Grundrechtsträgern das Selbstbestimmungsrecht über Ort, Zeitpunkt, Art und Inhalt der Veranstaltung und untersagt zugleich staatlichen Zwang, an einer öffentlichen Veranstaltung teilzunehmen oder ihr fernzubleiben.“²²

Die demokratische Bedeutung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit wurde mit entsprechenden Regelungen über die verfassungsmäßigen strengen Anforderungen an Beschränkung, Verbot und Auflösung einer Versammlung flankiert. Diese übertrug das BVerfG bereits auf die Beschränkungen der Versammlungsfreiheit mit dem Ziel, staatliche Eingriffe in das Grundrecht abzuwehren. Ausgangspunkt dafür war die Bestimmung, die Wechselwirkungslehre auch im Bereich der Versammlungsfreiheit anzuwenden:

„Bei allen begrenzenden Regelungen hat der Gesetzgeber die erörterte, in Art. 8 GG verkörperte verfassungsrechtliche Grundentscheidung zu beachten; er darf die Ausübung der Versammlungsfreiheit nur zum Schutz gleichwertiger anderer Rechtsgüter unter strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit begrenzen.“²³

Unter diesen Voraussetzungen hielt das Gericht behördliche Maßnahmen mit dem Grundrecht für unvereinbar, wenn der Zugang zu einer Demonstration durch Behinderung von Anfahrten und schleppende vorbeugende Kontrollen unzumutbar erschwert oder ihren staatsfreien unreglementierten Charakter durch exzessive Observationen und Registrierungen²⁴ verändert. Damit verbot das BVerfG maßlose Polizeikontrollen im Vorfeld von Versammlungen. Ferner stellte das Gericht fest, dass das unfriedliche Verhalten einzelner Versammlungsteilnehmer nicht schon zur Auflösung einer Demonstration führen kann, denn:

20 BVerfGE 69, 315 (346 f.).

21 Vgl. Pabel 2000, S. 375, Götz 1985, S. 1347 ff.

22 BVerfGE 69, 315 (343).

23 BVerfGE 69, 315 (348 f.).

24 Vgl. dazu schon das „Volkszählungsurteil“: BVerfGE 65, 1 (43).

„Würde unfriedliches Verhalten Einzelner für die gesamte Veranstaltung und nicht nur für die Täter zum Fortfall des Grundrechtsschutzes führen, hätten diese es in der Hand, Demonstrationen ‚umzufunktionieren‘ und entgegen dem Willen der anderen Teilnehmer rechtswidrig werden zu lassen.“²⁵

Die Polizei habe den friedlichen Teil der Versammlung zu schützen, Provokationen und Aggressionsanreize zu unterlassen und mit dem Veranstalter der jeweiligen Versammlung zu kooperieren. Soweit die Kernpunkte des Brokdorf-Beschlusses.

Positiv hervorzuheben ist, dass die liberale Brokdorf-Entscheidung auf die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte und letztlich damit auch auf die polizeilichen Maßnahmen erheblichen Einfluss genommen hat. Gab es noch in den ersten 1980er Jahren die berühmten „Kessel“ (s. o.)²⁶, die einher gingen mit weiträumigen Absperrungen und Kontrollen sowie massenhafter Ingewahrsamnahme, ist inzwischen vermehrt das Prinzip der Deeskalation bei der Polizei eingetreten.²⁷ Wie der aktuell beim BVerfG behandelte Fall jedoch zeigt, sind die Polizeikessel seit dem Brokdorf-Beschluss noch nicht zu Ende. Insofern stellt sich die Frage, welches Grundrechtsproblem die Einkesselung überhaupt bereitet.

3. Die Einkesselung als Grundrechtsproblem

Das Grundrecht *Freiheit der Person* nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG schützt grundsätzlich die körperliche Bewegungsfreiheit vor staatlichen Eingriffen. Es gewährleistet allerdings nicht unbegrenzt, sich überall aufhalten und überall hin bewegen zu dürfen.²⁸

Denn „...eine Freiheitsbeschränkung [liegt] nur vor, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt gegen seinen Willen daran gehindert wird, einen Ort oder Raum aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihm an sich (tatsächlich und rechtlich) zugänglich ist...“²⁹

Der Tatbestand einer *Freiheitsentziehung* i. S. d. Art. 104 Abs. 2 GG als stärkste Form der *Freiheitsbeschränkung* kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn die – tatsächlich und rechtlich an sich gegebene – körperliche Bewegungsfreiheit durch staatliche Maßnahmen nach jeder Richtung hin aufgehoben wird³⁰, sodass der Eingriff den auf Außenkommuni-

25 BVerfGE 69, 315 (361).

26 Bekannt geworden sind neben den oben genannten z. B. noch der „Mainzer Kessel“ und der „Berliner Kessel“: vgl. dazu *Hofmann-Hoeppel* 1992, S. 867 ff.

27 Zu den Entwicklungen der polizeilichen Maßnahmen nach der Brokdorf-Entscheidung vgl. insb. *Pabel* 2000, S. 377 f.

28 BVerfGE 94, 166 (198); BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 14.5.1996 - 2 BvR 1516/93 - Rn. 114, www.bverfg.de/rs19960514_2bvr151693.html; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 08. März 2011 - 1 BvR 142/05 - Rn. 16, www.bverfg.de/erkr20110308_1bvr014205.html (jeweils letzter Abruf 13.4.2021).

29 BVerfGE 94, 166 (198). Vgl. auch *Dürig*, in: *Maunz/Dürig* 2016, Art. 104 Rn. 12.

30 BVerfG, Kammerbeschluss vom 8.3.2011 - 1 BvR 142/05, a. a. O. (Fn. 28), Rn. 16.

kation angelegten Zweck³¹ und das Recht auf Verlassen des Versammlungsorts betrifft.³² Daraus ergibt sich, dass die Einkesselung einen Eingriff in die Versammlungsfreiheit nach Art. 8 Abs. 1 GG darstellt, solange die Versammlung durchgeführt wird.³³ Deshalb wird in der Rechtswissenschaft die während der Versammlung einschließende Begleitung in Form eines sog. „Wanderkessels“ nicht als Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG angesehen, wenn die Versammelten selbst Marschrichtung und -tempo bestimmen können.³⁴

Nach bisheriger Rechtsprechung des BVerfG kann der Polizeikessel aus Gründen der „Schutzpflichtenlehre“ zulässig sein, wenn nur durch Einschließung der Versammelten entweder die Versammlung oder das Leben und die Gesundheit der Teilnehmenden geschützt werden können oder wenn umgekehrt Dritte gegen Übergriffe aus der Versammlung zu schützen sind und weder ein Versammlungsverbot zulässig noch eine Versammlungsauflösung durchsetzbar ist.³⁵

Ist jedoch die Versammlung beendet oder aufgelöst, wird durch die Einkesselung das Auseinandergehen der Anwesenden³⁶ und damit das Recht auf Verlassen des Versammlungsorts vereitelt. In diesen Fällen ist das Versammlungsgesetz unanwendbar. Daher muss sich die Zulässigkeit der Maßnahme nach den Bestimmungen der Polizeigesetze richten und kann deshalb nur zulässig sein, wenn die Voraussetzungen eines Gewahrsams gegen die Versammelten vorliegen.³⁷ Das bedeutet, dass die freiheitsberaubende Einschließung der Versammelten nur zum Schutz hochwertiger Rechtsgüter Dritter bzw. der Versammelten selbst gegen unmittelbar drohende Gefahren erfolgen darf.³⁸ Gänzlich ohne richterliche Mitwirkung ist eine solche Maßnahme grundsätzlich nur für die Dauer von zwei, höchstens drei Stunden zulässig.³⁹ Innerhalb dieses Zeitraums muss die Polizei die Einkesselung sicher beenden.

Allerdings wird ein Polizeikessel auch repressiv zur Identitätsprüfung der Anwesenden angewendet, bei denen der Verdacht von Straftaten besteht. Rechtsgrundlagen bietet dafür die Strafprozessordnung. Danach sind Einkesselungen nur zulässig, sofern Verdächtige überhaupt zu diesem Zweck festgehalten werden dürfen. Gegen Unverdächtige ist die

31 OVG Bremen, NVwZ 1990, 1191.

32 VG Hamburg, NVwZ 1987, 829; VG Mainz, NVwZ-RR 1991, 242; VG Berlin, NVwZ-RR 1990, 188. Vgl. *Hofmann-Hoeppel* 1992, S. 867 ff.

33 Zur Frage, ob bereits die Demonstrationsanreise vom Grundrecht geschützt wird vgl. *Hofmann* 1987, S. 769 ff. Erwiderung von *Alberts* 1988, S. 224 f.

34 So OVG Bremen a. a. O. (Fn. 31); *Gusy* 2018, S. 631; *Krüger/van der Schoot* 2007, S. 276 ff.

35 So auch BVerfG, Kammerbeschluss vom 2.11.2016, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 13 f.; vgl. *Gusy* 2018, S. 631. Vgl. BVerfGK 4, 154 (158 ff.); BVerfG, Kammer-Beschluss vom 30.4.2007, a. a. O. (Fn. 10), Rn. 40; BVerfG, Kammer-Beschluss vom 11.11.2009, a. a. O. (Fn. 11), Rn. 23. Vgl. auch OVG Bremen, NVwZ 1987, S. 235 (236); OVG des Saarlandes, Urteil vom 27.10.1988 - 1 R 169/86 -, JURIS, Rn. 31 ff.; OVG für das Land Nordrhein-Westfalen, NVwZ 2001, S. 1315; VG Hamburg, NVwZ 1987, S. 829 (831 f.).

36 BVerfG, NVwZ 2005, 80, 81.

37 KG, NVwZ 2000, 468; OVG Münster, NVwZ 2001, 1315.

38 Vgl. VG Hannover, NVwZ-RR 1999, 578.

39 VG Frankfurt, Urteil vom 24.9.2014 – 5 K 659/14.F –, juris; *Gusy* 2018, S. 631.

Einkesselung in solchen Fällen unzulässig. Nach § 163c Abs. 1 Satz 1 StPO darf eine einer Straftat verdächtige Person in keinem Fall länger als zur Feststellung ihrer Identität unerlässlich festgehalten werden, nach § 163c Abs. 3 StPO im absoluten Höchstfall zwölf Stunden. Diese Rechtsgrundlagen lassen die Beurteilung des dem BVerfG vorliegenden Sachverhalts durch die Kammer nachvollziehen.

4. Beurteilung des dem BVerfG vorliegenden Sachverhalts durch die Kammer

Im zur Beurteilung vorliegenden Sachverhalt ging es um eine Demonstration in Frankfurt am Main im Juni 2013 zum Thema „Europäische Solidarität gegen das Krisenregime von EZB und Troika“. Wie die Fachgerichte feststellten, hatten sich einige der Versammelten bereits vor Beginn des Aufzugs verumumt und führten verbotene Gegenstände mit. Der Aufzug setzte sich gegen 12:30 Uhr in Bewegung. Ein geschlossener Teil der Versammlungsteilnehmenden, die sich selbstgefertigte Plastikvisiere vor ihr Gesicht gespannt und schwarze Oberbekleidung angelegt hatten, schottete sich, um dadurch Filmaufnahmen der Polizei abzuwehren, zu den Seiten und nach oben durch zusammengeknottete Transparente sowie aufgespannte Regenschirme ab. Aus diesem „Block“ wurde nicht zugelassene Pyrotechnik gezündet und mit Farbe gefüllte Flaschen und Beutel auf die polizeilichen Einsatzkräfte geworfen. Dieser Teil der Versammlung, der 943 Personen betraf, wurde mit Hilfe von Polizeiketten bereits um 12:49 Uhr gestoppt und von dem übrigen Aufzug durch Einkesselung abgetrennt. Da es zu keiner Einigung zwischen der Polizei und den Versammlungsteilnehmern über das weitere Vorgehen kam, ordnete die Polizei im Einvernehmen mit der Versammlungsbehörde um 14:40 Uhr an, die eingeschlossenen Personen von der Versammlung auszuschließen. Sie errichtete 15 Video-Durchlassstellen. Die Eingeschlossenen konnten den Polizeikessel verlassen, nachdem zunächst ihre Identität festgestellt, ihre mitgeführten Sachen durchsucht und sie mittels Videografierung erkennungsdienstlich behandelt worden waren. Außerdem wurde ihnen ein Aufenthaltsverbot für den Innenstadtbereich Frankfurt am Main erteilt. Diese Maßnahmen dauerten insgesamt mehr als fünf Stunden und beachteten damit § 163c Abs. 3 StPO.⁴⁰

Da die polizeilichen Maßnahmen nach den Rechtsgrundlagen der StPO erfolgten, kommt die Kammer des BVerfG zu dem Ergebnis, dass die Entscheidungen des Amtsgerichts und des Landgerichts verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind. Sie hält die polizeiliche Abspaltung eines Teils der Versammlung und das kollektive Festhalten der hiervon betroffenen Versammlungsteilnehmerinnen und -teilnehmer zum Zwecke der Strafverfolgung für rechtmäßig und stellt die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung von annähernd 1.000 Menschen fest.⁴¹

40 BVerfG, Kammerbeschluss vom 2.11.2016, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 1.

41 BVerfG, Kammerbeschluss vom 2.11.2016, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 12.

Tatsächlich waren die formalen Voraussetzungen für den Polizeikessel gegeben: Denn Maßnahmen, welche die Teilnahme an einer Versammlung beenden – wie hier die Ingewahrsamnahme – sind grundsätzlich rechtswidrig, solange nicht die Versammlung gemäß § 15 Abs. 3 VersG aufgelöst oder einzelne Teilnehmerinnen und Teilnehmer auf versammlungsrechtlicher Grundlage von der Versammlung ausgeschlossen wurden.⁴² Die Polizei hatte hier die Eingeschlossenen, aus deren Kollektiv die Straftaten begangen worden waren, zunächst von der Versammlung ausgeschlossen und für diese die Versammlung – nach erfolglosen Verhandlungen mit den Veranstaltern – für beendet erklärt. Dadurch wurde nach Ansicht des BVerfG dem Brokdorf-Beschluss genüge getan. Konkret stützt sich die Kammer auf den Beschluss, indem es feststellt:

„Die Verfassung gewährleistet lediglich das Recht, sich ‚friedlich und ohne Waffen zu versammeln‘. Das ist Vorbedingung für die Gewährleistung der Versammlungsfreiheit als Mittel zur aktiven Teilnahme am politischen Prozess und für eine freiheitliche Demokratie unverzichtbar (vgl. BVerfGE 69, 315 <359 f.>).“⁴³

Ob sich allerdings der konkrete Beschwerdeführer selbst unfriedlich verhalten und/oder ob er sich mit verbotener Pyrotechnik bewaffnet hatte, konnten Amts- und Landgericht nicht feststellen. Den grundsätzlich strafrechtlich notwendigen auf den konkreten Versammlungsteilnehmer bezogenen Verdacht sieht aber die Kammer des BVerfG nicht als zwingende Voraussetzung, denn sie schließt nicht aus,

„auch gegen eine ganze Gruppe von Versammlungsteilnehmern nach § 163b Abs. 1 Satz 1 und 2 StPO vorzugehen, wenn sich aus deren Gesamtaufreten ein Verdacht auch gegenüber den einzelnen Mitgliedern der Gruppe ergibt...“⁴⁴

Insofern sei der Beschwerdeführer

„...als Teil der Gruppe einer Straftat verdächtig gewesen...“⁴⁵

Die Kammer beruft sich bei ihrer Entscheidung, den Beschwerdeführer mit in den Kreis der Verdächtigen aufzunehmen, vor allem auf die Vorgehensweise der später eingekesselten Versammelten, die in zwei Blöcken vor und hinter einem Lautsprecherwagen dicht gestaffelt, zum Großteil verumumt und durch Transparente und Regenschirme der Sicht entzogen durch Wurf von Flaschen und Pyrotechnik auf die Einsatzkräfte eine Vielzahl von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten begangen hatten, und stellt daher fest:

„Geht die Polizei gegen eine sich dergestalt mittels dichtgedrängter Staffeln, Sichtschutz und Vermummung vom übrigen Versammlungsgeschehen abhebende Gruppe, aus der heraus eine Vielzahl von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten begangen werden, auf Grundlage des § 163b Abs. 1 Satz 1 und 2 StPO vor, da sie einen Anfangsverdacht gegen alle Mitglieder

42 BVerfG, Kammer-Beschluss vom 30.4.2007, a. a. O. (Fn. 10), Rn. 40 m. w. N.

43 BVerfG, Kammerbeschluss vom 2.11.2016, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 13.

44 BVerfG, Kammerbeschluss vom 2.11.2016, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 15.

45 BVerfG, Kammerbeschluss vom 2.11.2016, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 16.

dieser Gruppe als begründet ansieht und bestätigen die Fachgerichte dieses Vorgehen, verstößt dies nicht gegen verfassungsrechtliche Vorgaben.“⁴⁶

Da sich, wie auch die Fachgerichte festgestellt haben, nur ein Teil der 943 in dem eingekesselten Block befundenen Personen gewalttätig verhielt, und das BVerfG es nicht für entscheidend hält, ob jeder Einzelne einer solchen Gruppe sich friedlich verhält oder nicht, stellt sich in der anschließenden Bewertung des Kammerbeschlusses zum Polizeikessel die Frage, inwieweit das BVerfG seine eigene liberale Brokdorf-Entscheidung wieder zurücknimmt und die Versammlungsfreiheit durch staatliche Eingriffe weiter verengt.

5. Bewertung des Kammerbeschlusses zum Polizeikessel und Ausblick

Die Einkesselung von annähernd 1.000 Menschen lässt trotz der Vorgehensweise der später Eingeschlossenen Zweifel aufkommen, ob dem 4. Leitsatz des Brokdorf-Beschlusses,

„Steht nicht zu befürchten, dass eine Demonstration im Ganzen einen unfriedlichen Verlauf nimmt oder dass der Veranstalter und sein Anhang einen solchen Verlauf anstreben oder zumindest billigen, bleibt für die friedlichen Teilnehmer der von der Verfassung jedem Staatsbürger garantierte Schutz der Versammlungsfreiheit auch dann erhalten, wenn mit Ausschreitungen durch Einzelne oder eine Minderheit zu rechnen ist...“⁴⁷

in der Kammerentscheidung des BVerfG immer noch gerecht wird. Bei ihrem Beschluss setzt nämlich die Kammer voraus, dass die Polizei einen Anfangsverdacht gegen alle Mitglieder dieser Gruppe als begründet ansieht. Einen solchen Anfangsverdacht wird aber die Polizei grundsätzlich immer haben, schon um das eigene Vorgehen zu rechtfertigen. Dass jedoch auch friedliche Versammelte durch die Einkesselung vom Rest der Versammlung ausgeschlossen und festgehalten wurden, räumt die Kammer des BVerfG ein, sieht es aber an als

„verfassungsrechtlich hinnehmbar, wenn die Polizei – wie vorliegend – ohne Aufschub nach der Kesselbildung in Verhandlungen mit der Versammlungsleitung eintritt, um eine Fortsetzung des Aufzugs sowohl für den vom Polizeikessel betroffenen friedlichen Versammlungsteil als auch für einzelne friedliche Versammlungsteilnehmer innerhalb der eingeschlossenen Demonstrationsgruppe zu ermöglichen.“⁴⁸

Das Gericht geht damit von einer erheblichen Mehrheit unfriedlicher Personen innerhalb der 943 eingeschlossenen aus, ohne dass dies von den Fachgerichten oder vom BVerfG selbst durch das umfangreiche von der Polizei erstellte Videomaterial nachgeprüft zu haben. Daher kommt durch diese Entscheidung der Verdacht auf, dass das Gericht der aktu-

46 BVerfG, Kammerbeschluss vom 2.11.2016, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 19.

47 BVerfGE 69, 315 (316). Vgl. auch BVerfGE 69, 315 (361).

48 BVerfG, Kammerbeschluss vom 2.11.2016, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 19.

ellen Versuchung des „Zeitgeistes“ nicht widerstehen konnte, die Menschen- und Bürgerrechte, im Brokdorf-Beschluss eben noch hoch gehalten, nunmehr Stück für Stück in Richtung „Staatsräson“ zu kippen angesichts angespannter Sicherheitslagen und der erheblichen Zunahme von Demonstrationen mit gewaltbereiten Teilnehmerinnen und Teilnehmern. Die drastischen Einschränkungen zeugen davon, dass sich das BVerfG dadurch vom liberalen Brokdorf-Beschluss ab- und mehr *etatistischer* Entscheidungstradition zuwendet.⁴⁹ Denn die in den Gerichten agierenden Personen sind nicht „neutral“ und streifen ihre „Weltanschauungen“ nicht mit dem Überziehen der Robe ab.⁵⁰ Nach dem Motto „mitgefangen – mitgegangen“ urteilt die Kammer des BVerfG und lässt erkennen, dass es mehr Verständnis für eine auf den Staat bezogene Auslegung von Abwehrrechten hat und sich dadurch hier blind gegenüber der „nichtstaatlichen“ Form von politischer Macht verhält, sodass der Grundrechtsschutz leer zu laufen droht. Diese Entscheidung ist Beispiel für eine Traditionslinie der Grundrechtsinterpretation, die dem BVerfG nicht nur einen erheblichen Entscheidungsspielraum eröffnet, sondern seine Entscheidungen bisweilen ganz erheblich zulasten der individuellen Freiheit „staatsräsonistisch“ kippen lässt.⁵¹ Für die Polizeipraxis lässt die Entscheidung befürchten, dass Polizeikessel künftig wieder Furore machen.

Literatur

- Alberts, Hans W., 1987: Die Polizeifestigkeit der Versammlungsfreiheit; VR, S. 298-301.
- Alberts, Hans W., 1988: Nochmals – der „Hamburger Kessel“, NVwZ, S. 224-225.
- Blau, Joachim, 1987: Zur verwaltungs- und zivilgerichtlichen Aufarbeitung des „Hamburger Kessels“, DuR, S. 332-333.
- Blau, Joachim/Dammann, Klaus, 1986: Der Hamburger Kessel; DuR, S. 365-371.
- Däubler, Wolfgang/Küsel, Gudrun (Hrsg.), 1979: Verfassungsgericht und Politik. Kritische Beiträge zu problematischen Urteilen, Reinbek bei Hamburg.
- Götz, Volkmar, 1985: Versammlungsfreiheit und Versammlungsrecht im Brokdorf-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, DVBl., Heft 24, S. 1347-1352.
- Grimm, Dieter/Kirchhof, Michael (Hrsg.), 1997: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Studienauswahl in 2 Bänden. Bearbeitet von Michael Eichberger, 2. Aufl., Tübingen.
- Gusy, Christoph, 1986: Lehrbuch der Versammlungsfreiheit, JuS, S. 608-614.
- Gusy, Christoph, 2018: Einkesselung einer Versammlung; in: Möllers (Hrsg.), Wörterbuch der Polizei, 3. Aufl., München, S. 631.
- Häberle, Peter/Kotzur, Markus, 2016: Europäische Verfassungslehre, 8. Aufl. Baden-Baden.
- Hermanns, Caspar David/Hönig, Dietmar, 2002: Die Einschließung bei Versammlungen als Rechtsproblem, NdsVBl, S. 201-206.
- Hesse, Konrad, 1995: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg.

49 Vgl. Möllers 2015, S. 551.

50 Vgl. van Ooyen 2008/09, S. 249 ff.

51 Vgl. z. B. Ladeur 1979, S. 102 ff.

- Hofmann*, Jochen, 1987: Zur Frage der Rechtswidrigkeit polizeilicher Maßnahmen – „Hamburger Kessel“; NVwZ, S. 769-771.
- Hofmann-Hoeppel*, Jochen, 1992: Die Entwicklung der versammlungsrechtlichen Rechtsprechung seit den Urteilen von VG und LG Hamburg zum „Hamburger Kessel“, DÖV, S. 867-875.
- Iken*, Katja, 2016: Von der Polizei eingekesselt. „Als wären wir Schwerverbrecher“; Spiegel online vom 8.6.2016, <https://www.spiegel.de/einestages/hamburger-kessel-1986-wie-die-polizei-akw-gegner-festhielt-a-1096065.html> (letzter Abruf 22.2.2021).
- Krüger*, Heike/*van der Schoot*, Oliver, 2007: Eingekesselte Versammlungsfreiheit – Über die rechtliche Zulässigkeit der einschließenden Begleitung von Demonstrationen, NordÖR, S. 276-280.
- Ladeur*, Karl-Heinz, 1979: Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; in: Däubler/Küsel (Hrsg.), Verfassungsgericht und Politik, Reinbek, S. 102-118.
- Maunz*, Theodor/*Dürig*, Günter, 2016: Grundgesetz, Kommentar in sieben Loseblattordnern, herausgegeben von Roman Herzog, Matthias Herdegen, Rupert Scholz, Hans H. Klein, 78. Ergänzungslieferung, München.
- Menzel*, Jörg (Hrsg.), 2000: Verfassungsrechtsprechung. Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive, Tübingen.
- Möller*, Martin H. W., 2015: Das Demonstrationsrecht des Bundesverfassungsgerichts in liberal-etatistischer Tradition zwischen Bürgerfreiheit und Staatsräson; in: van Ooyen/Möller (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl. Wiesbaden, S. 551-586.
- Möller*, Martin H. W. (Hrsg.), 2018: Wörterbuch der Polizei, 3. Aufl., München.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2008/09: Machtpolitik, Persönlichkeit, Staatsverständnis und zeitgeschichtlicher Kontext: wenig beachtete Faktoren bei der Analyse des Bundesverfassungsgerichts; JJZG, Bd. 10, S. 249-265.
- van Ooyen*, Robert, 2015: Der Brokdorf-Beschluss (1985) und die andere Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts; RuP, S. 225 ff.
- van Ooyen*, Robert Chr./*Möller*, Martin H. W., 2015: Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl. Wiesbaden.
- Pabel*, Katharina, 2000: BVerfGE 69, 315 – Brokdorf. Zum Grundrecht der Versammlungsfreiheit, in: Menzel (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, Tübingen 2000, S. 272-379.
- Schenke*, Wolf-Rüdiger, 1986: Anmerkung zu: BVerfG, B. v. 14.5.1985 - 1 BvR 233/81, 341/81 -, JZ, S. 35-37.
- Zauner*, Ernst-Johann, 2006: Auch Oberlandesgericht entscheidet: Braunschweiger Kessel rechtswidrig. Klage gegen Einkesselung während der Anti-NPD-Kundgebung auf dem Hagenmarkt im Juni 2005; Braunschweiger Zeitung online vom 27.10.2006; <https://www.braunschweiger-zeitung.de/braunschweig/article150530851> (letzter Abruf 22.2.2021).

Staatsräsonistische „Freifahrt“ nach der „Schutzpflichtenlehre“ für verdeckte Vorfeldermittlungen im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz

1. Einleitung

Den Entwurf zur Neufassung der Gesetzesnovelle „zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt“ entwarf die Große Koalition. Die Fraktionen von CDU/CSU und SPD sowie die damalige Bundesregierung legten ihren Entwurf dem Parlament zur Abstimmung vor. Am 4. Juni 2008 beschloss der Deutsche Bundestag den Entwurf für die Gesetzesnovelle zum Bundeskriminalamt (BKA). Der Gesetzentwurf zielt auf „die Verbesserung der Möglichkeiten bei der Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt“¹ und räumt dem BKA *erstmalig* zusätzlich zu den bisher bestehenden repressiven Aufgaben der Strafverfolgung für bestimmte Fallgruppen Aufgaben und entsprechende Befugnisse der Gefahrenabwehr des internationalen Terrorismus ein. Für die Wahrnehmung der neuen Aufgaben des BKA waren 130 neue Dienstposten mit jährlichen Folgekosten von mehr als 10 Mio. € eingeplant worden.² Dem Gesetzentwurf stimmten 375 Abgeordnete zu, 168 dagegen, sechs enthielten sich der Stimme. Gegen die Gesetzesänderung stimmten die Abgeordneten von Bündnis90/Die Grünen, der Linken und FDP sowie fraktionslose Abgeordnete.³ Nach der Zustimmung des Bundesrats traten die Regelungen am 1. Januar 2009 in Kraft.⁴

Der Erste Senat des BVerfG in Karlsruhe eröffnete am 7. Juli 2015 die mündliche Verhandlung zu diesem BKA-Gesetz. Am 20. April 2016 verkündete das BVerfG sein Urteil in der Verhandlung über Bestimmungen des Gesetzes zum Bundeskriminalamt. Die Kläger bemängelten unter anderem die weitreichenden Befugnisse zur Überwachung. Es stellen sich daher zunächst die Fragen, welche neuen Befugnisse die Gesetzesnovelle dem BKA gewährt (2.), welche Gründe den Anlass für die Verfassungsbeschwerde gaben (3.) und welches Ergebnis das Urteil des Bundesverfassungsgerichts brachte (4.), um eine anschließende Bewertung des Urteils geben zu können (5.).

1 Deutscher Bundestag 2008, S. 1.

2 Deutscher Bundestag 2008, S. 1.

3 Vgl. Bundeszentrale für politische Bildung 2016.

4 Art. 7 Abs. 1 des Gesetzes: BGBl. I 2008, S. 3083-3094, hier S. 3094.

2. Die neuen Befugnisse der Gesetzesnovelle für das Bundeskriminalamt

Die gesetzliche Grundlage für die Arbeit des BKA bildet seit 1997 das Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten (BKAG) vom 7. Juli 1997.⁵ Es regelt die Aufgaben und Befugnisse der Behörde. Durch die Änderungen des BKAG, vor allem durch die Einführung eines neuen Unterabschnitts 3a mit dem Titel „Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus“, eröffnet sich dem BKA eine Reihe von neuen Arbeitsmöglichkeiten, die nahezu durchgehend den Datenschutz betreffen. Im Einzelnen sind dies:

- § 20b Erhebung personenbezogener Daten
- § 20c Befragung und Auskunftspflicht
- § 20d Identitätsfeststellung und Prüfung von Berechtigungsscheinen
- § 20e Erkennungsdienstliche Maßnahmen
- § 20g Besondere Mittel der Datenerhebung
- § 20h Besondere Bestimmungen über den Einsatz technischer Mittel in oder aus Wohnungen
- § 20i Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung
- § 20j Rasterfahndung
- § 20k Verdeckter Eingriff in informationstechnische Systeme
- § 20l Überwachung der Telekommunikation
- § 20m Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten und Nutzungsdaten
- § 20n Identifizierung und Lokalisierung von Mobilfunkkarten und -endgeräten
- § 20q Durchsuchung von Personen
- § 20r Durchsuchung von Sachen
- § 20s Sicherstellung
- § 20t Betreten und Durchsuchen von Wohnungen
- § 20v Gerichtliche Zuständigkeit, Kennzeichnung, Verwendung und Löschung von Daten
- § 20w Benachrichtigung von Zielpersonen und sonstiger betroffener Personen
- § 20x Datenübermittlung an das Bundeskriminalamt

5 Art. 1 des Gesetzes über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten (Bundeskriminalamtgesetz – BKAG), BGBl. I 1997, S. 1650.

§ 20a Abs. 1 BKAG gibt dem BKA eine Generalermächtigung für präventive Maßnahmen, indem es bestimmt: „Das Bundeskriminalamt kann zur Erfüllung seiner Aufgabe nach § 4a Abs. 1 Satz 1 die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine Gefahr abzuwehren, soweit nicht dieses Gesetz die Befugnisse des Bundeskriminalamtes besonders regelt. Die §§ 15 bis 20 des Bundespolizeigesetzes gelten entsprechend.“ Dem BKA werden dadurch Vorfeldermittlungen zugestanden, die zuvor allein Angelegenheit der Staatsanwaltschaft waren. Es darf auch ohne konkreten Tatverdacht und ohne Beteiligung der Staatsanwaltschaft präventive Ermittlungen durchführen. Das hat dazu geführt, an der Verfassungsmäßigkeit der Online-Durchsuchungen zu zweifeln. Insbesondere wurde bezüglich der verdeckten Eingriffe in informationstechnische Systeme nach § 20k BKAG der Einwand der Kompetenzwidrigkeit erhoben, da durch die Föderalismusreform 2006⁶ Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG eingefügt worden war.⁷ Diese Vorschrift bestimmt nämlich die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes bei der Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das BKA nur in den Fällen, in denen eine länderübergreifende Gefahr vorliegt, die Zuständigkeit einer Landesbehörde nicht erkennbar ist oder die oberste Landesbehörde um eine Übernahme ersucht.

Geht man von einer restriktiven Auslegung dieser Verfassungsnorm aus⁸, kann die „Straftatenverhütung“ nicht einfach als Teil der „Gefahrenabwehr“ angesehen werden, sondern müsste – quasi als „dritte Polizeiaufgabe“ – neben Strafverfolgung und Gefahrenabwehr stehen.⁹ Straftatenverhütung „ist den sog. (operativen) Vorfeldermittlungen zuzurechnen. Diese ihrerseits sind vor allem dadurch gekennzeichnet, dass die Polizei nicht unmittelbar auf ein bestimmtes, polizeilich relevantes Geschehen im Sinne einer konkreten Gefahr reagiert, sondern bereits im Vorfeld konkreter Gefahren (oder auch eines strafprozessualen Tatverdachts) „proaktiv“ und vor allem durch die Gewinnung von Informationen tätig wird.“¹⁰ Bei dieser Auslegung des Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG wäre die Vorschrift des § 20k BKAG schon aus kompetenzrechtlichen Gründen nichtig.

Kritisch sind weitere Bestimmungen aus dem Unterabschnitt 3a zu sehen: § 20g (Besondere Mittel der Datenerhebung), § 20h (Besondere Bestimmungen über den Einsatz technischer Mittel in oder aus Wohnungen), § 20k (Verdeckter Eingriff in informationstechnische Systeme), § 20l (Überwachung der Telekommunikation), § 20m (Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten und Nutzungsdaten), § 20n (Identifizierung und Lokalisierung von Mobilfunkkarten und -endgeräten) betreffen die Überwachung im Internet, von Telekommunikation und Handys. Mit richterlicher Anordnung ist es dem BKA erlaubt, heimliche Online-Durchsuchungen an Computern von Verdächtigen durchzuführen.

6 BGBl. I 2006, S. 2034.

7 Ausführlicher hierzu Roggan 2009, S. 258. Vgl. auch Bull 2019, S. 77 ff.; Roggan 2011, S. 390; Roggan 2018, 52 ff.

8 Wie z. B. Zabel 2009, S. 454; Roggan 2011, S. 390.

9 Vgl. Weßlau 1989, S. 158 ff. sowie Roggan 2011, ebd.

10 Roggan 2011, ebd.; vgl. auch Weßlau 1989, S. 25 ff.

ren oder den Standort von Handys zu orten. Ferner erlaubt § 20j BKAG die Rasterfahndung mit der Folge, dass ein sehr großer Personenkreis mit Hilfe von Computertechnik in Bezug auf bestimmte Daten und Merkmale mit anderen Datenbeständen verglichen werden kann. Dass darin auch unverdächtige Personen in den Überwachungsfokus gestellt werden, wird in den Maßnahmenkatalog auch in Bezug auf Abhörmaßnahmen und die Überwachung von Wohnräumen und der Identifizierung und Lokalisierung von Mobilfunkkarten und -endgeräten mit eingeschlossen.¹¹

3. Gründe für den Anlass zu den Verfassungsbeschwerden

Zwei Verfassungsbeschwerde-Verfahren, an denen sich insgesamt 15 Personen beteiligten¹², wurden beim BVerfG eingereicht. In ihnen wurde zum einen formaljuristisch verneint, dass der Bund die Gesetzgebungskompetenz für gesetzliche Regelungen zur Prävention habe und ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 20 Abs. 3 GG i. V. m. Art. 103 Abs. 2 GG vorliege, wenn pauschal auf den Begriff „internationaler Terrorismus“ an mehreren Stellen Bezug genommen wird, dieser Terminus aber nicht im BKAG klar definiert sei, sodass das BKA willkürlich entscheiden könne, wann es tätig werde.¹³

Zum anderen wenden sich die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer gegen die Einräumung verschiedener Ermittlungsbefugnisse sowie gegen Regelungen zur Datennutzung. In der Begründung wurde konkret unter anderem geltend gemacht, dass im neuen BKAG die Befugnisse zur Wohnraumüberwachung und zu Online-Durchsuchungen von Computern zu weitreichend seien und dadurch die Gefahr bestehe, dass umfangreiche Persönlichkeitsprofile angelegt werden könnten. Gerügt wurde auch die Möglichkeit der Nutzung der vom Bundeskriminalamt erhobenen Daten für neue Zwecke einschließlich der Weiterverbreitung an andere Behörden im In- und Ausland. Schließlich wurde zudem der unzureichende Schutz von Berufsgeheimnisträgern wie Geistlichen, Abgeordneten, Verteidigern und Journalisten moniert und beanstandet, dass es an Regelungen zum Schutz des Vertrauensverhältnisses von Patienten und Mandanten zu ihren Ärzten, Rechtsanwälten und Psychologen fehle.¹⁴

11 Vgl. *Bull* 2019, S. 70 ff.

12 1 BvR 966/09 mit sechs Personen, darunter der ehemalige Bundesinnenminister Gerhart Baum (FDP), der ehemalige Staatsminister und ehemalige Herausgeber der Wochenzeitung „Die Zeit“ Michael Naumann und der Präsident des Deutschen Anwaltvereins Ulrich Schellenberg: *Bundeszentrale für politische Bildung* 2016; 1 BvR 1140/09 mit neun Personen, ehemalige und gegenwärtige Abgeordnete des Deutschen Bundestags der Partei Bündnis90/Die Grünen, die sich in der Menschenrechtspolitik engagieren, hier aber als Privatpersonen auftraten: BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20.4.2016 - 1 BvR 966/09 - www.bverfg.de/e/rs20160420_1bvr096609.html (letzter Abruf 12.4.2021), Rn. 5.

13 Vgl. *Bundeszentrale für politische Bildung* 2016; BVerfG, 1 BvR 966/09, a. a. O. (Fn. 12), Rn. 10.

14 Vgl. *Bundeszentrale für politische Bildung* 2016; BVerfG, 1 BvR 966/09, a. a. O. (Fn. 12), Rn. 2-3.

Dass die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer selbst von den angegriffenen Vorschriften unmittelbar, selbst und gegenwärtig betroffen seien, begründen sie damit, dass sie nicht nur aus beruflichen Gründen wiederholt Kontakte zu Personen hätten, die Ziele von BKA-Maßnahmen sein könnten, sodass sie selbst Ziel oder Drittbetroffene einer der angegriffenen Maßnahmen sein könnten, weil diese Personen u. a. extremistischen und terroristischen Organisationen zugerechnet würden oder zu Menschenrechtsaktivisten oder zu militanten Separatisten oder Oppositionellen aus dem Ausland, insbesondere aus Krisengebieten.¹⁵ In der Zulässigkeitsbegründung stellte das BVerfG zusammenfassend fest:

„Bei verständiger Auslegung der Verfassungsbeschwerden erstrecken sich ihre Angriffe damit auf § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 3, Satz 2, Abs. 7, § 20c, § 20g Abs. 1 bis 3, § 20h, § 20j, § 20k, § 20l, § 20m Abs. 1, 3, § 20u Abs. 1, 2 und 4, § 20v Abs. 4 Satz 2, Abs. 5 (ohne den nicht substantiiert beanstandeten Satz 3 Nr. 2) und Abs. 6 sowie auf § 20w BKAG.“¹⁶

Das Gericht erklärte, dass die Verfassungsbeschwerden – ausgenommen der Angriff gegen § 20c BKAG – im Wesentlichen zulässig und die Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer durch die angegriffenen Vorschriften unmittelbar, selbst und gegenwärtig betroffen sind¹⁷, sodass es hier auf das Ergebnis des Urteils des BVerfG ankommt.

4. Ergebnis des Urteils des Bundesverfassungsgerichts

Das Urteil des BVerfG zum BKAG erging am 20. April 2016. Darin entschied der Erste Senat einstimmig, weil die Sondervoten der Richter Eichberger und Schluckebier diesen Teil des Urteils nicht beanstandeten¹⁸, dass bezüglich der Gesetzgebungskompetenz des Bundes die angegriffenen Vorschriften verfassungsgemäß sind, sodass durch das neue BKAG erstmals das BKA auch präventive sogenannte Vorfeldermittlungen ohne konkreten Tatverdacht und ohne Beteiligung der Staatsanwaltschaft durchführen darf:

„Die Ermächtigung des Bundeskriminalamts zum Einsatz von heimlichen Überwachungsmaßnahmen (Wohnraumüberwachungen, Online-Durchsuchungen, Telekommunikationsüberwachungen, Telekommunikationsverkehrsdatenerhebungen und Überwachungen außerhalb von Wohnungen mit besonderen Mitteln der Datenerhebung) ist zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus im Grundsatz mit den Grundrechten des Grundgesetzes vereinbar.“ (Leitsatz 1. a))

15 Vgl. *Bundeszentrale für politische Bildung* 2016; BVerfG, 1 BvR 966/09, a. a. O. (Fn. 12), Rn. 7.

16 BVerfG, 1 BvR 966/09, a. a. O. (Fn. 12), Rn. 76.

17 BVerfG, 1 BvR 966/09, a. a. O. (Fn. 12), Rn. 75-79, 81.

18 BVerfG, 1 BvR 966/09, a. a. O. (Fn. 12), Abweichende Meinung des Richters Eichberger, Rn. 1-16 und Abweichende Meinung des Richters Schluckebier, Rn. 1-29.

Daraus ergibt sich auch die Verwaltungskompetenz des Bundeskriminalamts als Bundesbehörde, die das BVerfG „auf eine Zusammenschau von Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG und Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG“ stützt.¹⁹ Den Begriff „internationaler Terrorismus“ sieht das Gericht nicht im Gesetz als Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz an:

„Der Begriff des internationalen Terrorismus ist dabei durch die Aufgabenbeschreibung des § 4a Abs. 1 BKAG und dessen Verweis auf § 129a Abs. 1, 2 StGB in enger Anlehnung an den EU-Rahmenbeschluss vom 13. Juni 2002 und die internationale Begrifflichkeit (ABl. EU Nr. L 164 S. 3; Entwurf einer Allgemeinen Konvention zum internationalen Terrorismus, in: Measures to eliminate international terrorism, Report of the Working Group vom 3. November 2010, UN Doc. A/C.6/65/L.10) definiert und – in Übereinstimmung mit den Vorstellungen des verfassungsändernden Gesetzgebers bei Schaffung des Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG (vgl. BTDrucks 16/813, S. 12) – auf spezifisch charakterisierte Straftaten von besonderem Gewicht begrenzt.“²⁰

Insofern werden die formaljuristischen Begründungen aus den Verfassungsbeschwerde-Verfahren vom BVerfG abgewiesen.

Soweit sich die Verfassungsbeschwerden gegen die Ermittlungs- und Überwachungsbefugnisse richten, sind sie nach dem Urteil des BVerfG in verschiedener Hinsicht begründet. Konkret erklärt das BVerfG für nichtig als Verstoß gegen

- Art. 13 Abs. 1 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung) die Vorschrift § 20h Abs. 1 Nr. 1. c) BKAG, in der geregelt ist, dass das BKA zur Abwehr einer dringenden Gefahr für den Bestand oder die Sicherheit des Staates oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder Sachen von bedeutendem Wert, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten ist, durch den verdeckten Einsatz technischer Mittel in oder aus Wohnungen das nichtöffentlich gesprochene Wort einer Person abhören und aufzeichnen kann, die eine Kontakt- und Begleitperson einer Person ist, die entsprechend § 17 oder § 18 BPolG verantwortlich ist oder bei der konkrete Vorbereitungen für sich oder zusammen mit weiteren bestimmten Tatsachen die begründete Annahme rechtfertigen, dass sie Straftaten gemäß § 129a Abs. 1 und 2 StGB begehen wird.
- Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG (Allgemeines Persönlichkeitsrecht), Art. 10 Abs. 1 GG (Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis), Art. 13 Abs. 1 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung), jeweils i. V. m. Art. 19 Abs. 4 GG (Rechtsweggarantie) die Vorschrift § 20v Abs. 6 Satz 5 BKAG, in der geregelt ist, dass eine Löschung unterbleibt, soweit die Daten zur Verfolgung von Straftaten oder nach Maßgabe des § 8 zur Verhütung oder zur Vorsorge für die künftige Verfolgung einer Straftat mit erheblicher Bedeutung erforderlich sind.

19 BVerfG, 1 BvR 966/09, a. a. O. (Fn. 12), Rn. 89.

20 BVerfG, 1 BvR 966/09, a. a. O. (Fn. 12), Rn. 96.

Ebenfalls als Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG (Allgemeines Persönlichkeitsrecht), Art. 10 Abs. 1 GG (Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis), Art. 13 Abs. 1 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung), jeweils i. V. m. Art. 19 Abs. 4 GG (Rechtsweggarantie) und damit als mit dem Grundgesetz nicht vereinbar sieht das BVerfG ferner an

- § 14 Abs. 1 (ohne Satz 1 Nr. 2) BKAG, der regelt, dass das BKA an Polizei- und Justizbehörden sowie an sonstige für die Verhütung oder Verfolgung von Straftaten zuständige öffentliche Stellen anderer Staaten sowie zwischen- und überstaatliche Stellen, die mit Aufgaben der Verhütung oder Verfolgung von Straftaten befasst sind, personenbezogene Daten übermitteln kann, soweit dies erforderlich ist zur Erfüllung einer ihm obliegenden Aufgabe oder zur Abwehr einer im Einzelfall bestehenden erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit. Gleiches gilt, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass Straftaten von erheblicher Bedeutung begangen werden sollen.
- § 20g Abs. 1-3 BKAG, der den Einsatz besonderer Mittel der Datenerhebung regelt.
- § 20h BKAG, der besondere Bestimmungen über den Einsatz technischer Mittel in oder aus Wohnungen enthält.
- § 20j BKAG, der die Rasterfahndung festlegt.
- § 20k BKAG, der den verdeckten Eingriff in informationstechnische Systeme erlaubt.
- § 20l BKAG, der die Überwachung der Telekommunikation normiert.
- § 20m Abs. 1, 3 BKAG, der die Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten und Nutzungsdaten bestimmt.
- § 20u Abs. 1, 2 BKAG, der den Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Personen enthält.
- § 20v Abs. 4 Satz 2, Abs. 5 Satz 1-4 (ohne Satz 3 Nr. 2), Abs. 6 Satz 3 BKAG, der die Verwendung und die Übermittlung personenbezogener Daten festsetzt sowie, dass die Akten gesondert aufzubewahren, durch technische und organisatorische Maßnahmen zu sichern und am Ende des Kalenderjahres, das dem Jahr der Löschung der Daten folgt, zu löschen sind.

Das Gericht fordert eine Neuregelung des BKAG, die längstens bis zum 30. Juni 2018 erfolgen soll. Bis zur Neuregelung gelten die für mit dem Grundgesetz *unvereinbar* erklärten Vorschriften unter Auflagen (Richtervorbehalt in bestimmten Fällen) weiter fort. Die *nichtigen* Vorschriften § 20h Abs. 1 Nr. 1. c) und § 20v Abs. 6 Satz 5 BKAG genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht und eine Normierung mit vergleichbarem Regelungsgehalt kann der Gesetzgeber auch durch Nachbesserung nicht herbeiführen. Eine weitere Verwendung von Daten, die auf der Grundlage von § 20v Abs. 4 Satz 2, Abs. 5 und § 20h BKAG gewonnen wurden, ist nur bei Vorliegen einer dringenden Gefahr für die jeweils maßgeblichen Rechtsgüter zulässig.²¹

21 BVerfG, 1 BvR 966/09, a. a. O. (Fn. 12), Rn. 356, 358.

5. Bewertung des Urteils

Die Gesetzesnovelle vom 1. Januar 2009 erlaubt es dem BKA erstmals, zur Gefahrenabwehr des internationalen Terrorismus vorbeugend tätig zu werden. Zuvor waren die Aufgaben des BKA allein auf die Strafverfolgung beschränkt. Diese Erlaubnis hat das BVerfG wohl aus *staatsrätsonistischen* Gründen nicht gekippt. Hintergrund ist die vom BVerfG 1975 entwickelte „Schutzpflichtlehre“.²² Aus den Schutzpflichten des Staates bei der Abwehr terroristischer Gefahren leitet der Senat ab, dass Belastungen eingriffsintensiver Maßnahmen für die Grundrechte der Betroffenen hinzunehmen sind.²³

„Heimliche Überwachungsmaßnahmen, sofern sie, wie die meisten der hier in Rede stehenden Maßnahmen, tief in die Privatsphäre eingreifen, sind mit der Verfassung nur vereinbar, wenn sie dem Schutz oder der Bewehrung von hinreichend gewichtigen Rechtsgütern dienen, für deren Gefährdung oder Verletzung im Einzelfall belastbare tatsächliche Anhaltspunkte bestehen.“²⁴

„Der Gesetzgeber ist von Verfassungen wegen aber nicht von vornherein für jede Art der Aufgabenwahrnehmung auf die Schaffung von Eingriffstatbeständen beschränkt, die dem tradierten sicherheitsrechtlichen Modell der Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren entsprechen. Vielmehr kann er die Grenzen für bestimmte Bereiche mit dem Ziel schon der Straftatenverhütung auch weiter ziehen, indem er die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs reduziert.“²⁵

„Eine Anordnung von anderen heimlichen Überwachungsmaßnahmen ist auch unmittelbar gegenüber Dritten nicht schlechthin ausgeschlossen. In Betracht kommt insoweit eine Befugnis zur Überwachung von Personen aus dem Umfeld einer Zielperson, etwa von – näher einzugrenzenden – Kontaktpersonen oder Nachrichtensmittlern. Solche Befugnisse rechtfertigen sich aus der objektiven Natur der Gefahrenabwehr und der Wahrheitsermittlung im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren.“²⁶

Wenn es heimliche Überwachungsmaßnahmen durch Kriminalbeamte ohne konkreten Tatverdacht und ohne Beteiligung der Staatsanwaltschaft im Grundsatz mit den Grundrechten des Grundgesetzes zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus für vereinbar hält, entscheidet das Gericht das Konkrete vom Prinzipiellen – „aus der objektiven Natur der Gefahrenabwehr und der Wahrheitsermittlung“ – her, indem es vermeintlich allgemeingültige und zeitlose Maßstäbe anwendet.²⁷ An diesem Teil der Entscheidung

22 Urteil des Ersten Senats vom 25. Februar 1975, BVerfGE 39, 1-68 – Schwangerschaftsabbruch I.

23 BVerfGE 120, 274 (319); BVerfG, 1 BvR 966/09, a. a. O. (Fn. 12), Abweichende Meinung des Richters Eichberger, Rn. 3; BVerfG, 1 BvR 966/09, a. a. O. (Fn. 12), Abweichende Meinung des Richters Schluckebier, Rn. 5.

24 BVerfG, 1 BvR 966/09, a. a. O. (Fn. 12), Rn. 104.

25 BVerfG, 1 BvR 966/09, a. a. O. (Fn. 12), Rn. 112.

26 BVerfG, 1 BvR 966/09, a. a. O. (Fn. 12), Rn. 116.

27 Vgl. van Ooyen 2020, S. 201 f.; vgl. auch Lepsius 2015, S. 119 ff.

zeigt sich meines Erachtens deutlich, dass jede Justiz, aber vor allem die des BVerfG, politisch ist.²⁸

Dagegen erklärt das Gericht die Wohnraumüberwachung bei Kontakt- und Begleitpersonen für nichtig. Auch wenn alle anderen neuen Vorschriften im novellierten BKAG zunächst einmal bis zu ihrer verfassungskonformen Regelung anwendbar bleiben, bringen die Verfassungsrichterinnen und -richter viele Kritikpunkte zum Ausdruck: Sie bemängeln in den einschlägigen Vorschriften, dass die Konkretisierung einer Gefahr nicht zur Vorbedingung für eine entsprechende Maßnahme des BKA gemacht worden ist. Denn weder muss ein konkreter, absehbarer Anschlag drohen noch das Verhalten einer Person Anlass geben, dass durch sie in Bälde terroristische Straftaten begangen würden. Kritisiert wird das Fehlen von Vorschriften zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung bei der Datenerhebung durch Lausch- und Spähangriffe außerhalb von Wohnungen sowie auch bei der Auswertung dieser Daten. Ebenso beanstanden die Richter das Fehlen konkreter Festlegungen von Voraussetzungen für die Übermittlung von personenbezogenen Daten an andere deutsche Polizeibehörden und an die Nachrichtendienste, wenn sie unabhängig von einem konkreten Ermittlungsansatz zur Verhütung terroristischer Straftaten erfolgt. Auch die Befugnis zur Übermittlung von Daten an öffentliche Stellen anderer Staaten reicht ihnen viel zu weit. Für unverhältnismäßig sieht das BVerfG es ferner an, wenn langfristige Observationen teils ganz oder zumindest für einen Monat ohne Richtervorbehalt auskommen sollen und der Rechtsschutz bei Wohnraumüberwachungen und Online-Durchsuchungen nicht bzw. nur sehr gering gewährleistet wird, weil das Material nicht vor der Verwertung durch das BKA von einer unabhängigen Stelle darauf gesichtet wird, ob es höchstprivate Informationen enthält. Angeprangert wird schließlich, dass weder eine umfassende Protokollierung gefordert wird noch Berichte gegenüber Parlament und Öffentlichkeit anzufertigen sind. Auch wird moniert, dass turnusmäßige Kontrollen ebenfalls nicht vorgesehen sind.²⁹

Die Entscheidung ist mit 5:3 Stimmen nur knapp ergangen. Zwei abweichende Sondervoten von Richter Michael Eichberger und Richter Wilhelm Schluckebier sind im Anschluss an den Urteilstext mit abgedruckt. Sie wenden sich im Wesentlichen dagegen, dass die §§ 20g Abs. 1 Nr. 2, 20l Abs. 1 Nr. 2 und 20m Abs. 1 Nr. 2 BKAG als verfassungswidrig eingestuft werden, anstatt sie einer verfassungskonformen Auslegung zuzuführen, dass die Ermittlungsbefugnisse des § 20g BKAG als kernbereichstypisch angenommen werden und unzureichende Aufsichtsbefugnisse, Berichts- und Sanktionspflichten und teilweise auch fehlende Richtervorbehalte beanstandet werden.³⁰ So stellt Richter Eichberger u. a. heraus:

28 Wassermann 1972, S. 17.

29 Vgl. dazu die Analyse von Diehl/Hipp 2016; Schwartz 2016.

30 BVerfG, 1 BvR 966/09, a. a. O. (Fn. 12), Rn. 359.

„Sofern durch den konkreten Einsatz von Ermittlungsmaßnahmen Menschen betroffen werden, die keine oder nur in geringem Umfang ihnen zurechenbare Verantwortung für den Ermittlungsanlass gegeben haben, wird ihnen damit in staatsbürgerlicher Inpflichtnahme ein Sonderopfer abverlangt für die öffentliche Gewährleistung von Sicherheit.“³¹

Richter Schluckebier liegt beim *Sonderopfer* als „staatsbürgerlicher Inpflichtnahme“ für die öffentliche Gewährleistung von Sicherheit auf gleicher Linie:

„Soweit damit im Einzelfall auch Grundrechtsträger von solchen Maßnahmen betroffen werden können, die nicht selbst unter Terrorismusverdacht stehen oder die, wie sich später erweist, zu Unrecht in diesen geraten sind, sind die mit den eingreifenden Maßnahmen verbundenen Belastungen grundsätzlich als ihnen von der Gemeinschaft abverlangtes Sonderopfer hinzunehmen.“³²

Es macht also nichts, dass das BKA Wohnungen von unbeteiligten Kontaktpersonen bis ins Schlafzimmer hinein akustisch und optisch rund um die Uhr überwacht oder heimlich online Computer ausspäht und alle Kommunikation, die per Computer geführt wird, aufzeichnet und die auf diese Weise erhobenen Daten an andere Polizeibehörden, an inländische Nachrichtendienste und auch an ausländische Dienste weitergibt. Das ist nur ein Sonderopfer, das im Rahmen der staatsbürgerlichen Pflichten zu erbringen ist. Es wird damit der Eindruck erweckt, als ob ein solches Sonderopfer ein einmaliger Fall ist, wie etwa die Enteignung eines Grundstücks. Tatsächlich entwickeln aber personenbezogene Daten, die erst einmal in staatliche Datenbanken geraten, eine Eigendynamik, auf die der Einzelne keinen Einfluss mehr hat und die dann zum Dauer-Sonderopfer mutieren können.

Resümierend lässt sich feststellen: Noch fordert die Mehrheit der Verfassungsrichterinnen und -richter ein restriktives Vorgehen bei der Datensammelei und der Weitergabe dieser Daten an andere Polizeibehörden und an die Nachrichtendienste – und gelegentlich auch an rechtsextreme Gesinnungsgenossen.³³ Dass darin der Geschäftsführer Denny Vorbrücken vom Bund Deutscher Kriminalbeamter einen Widerspruch zur Forderung der NSU-Untersuchungsausschüsse nach einem intensiveren Datenaustausch zwischen den Sicherheitsbehörden sieht³⁴, ist allerdings nicht nachzuvollziehen. Denn das BVerfG fordert lediglich einen *konkreten Ermittlungsansatz*.³⁵ Das Verfassungsgericht versieht also diese Ausweitung exekutiver (Sicherheits-)Befugnisse zwar mit der Auflage eines konkreten Ermittlungsansatzes, winkt die neuen Befugnisse von Lauschangriffen aber letztendlich auch hier wieder durch. Wenn es einen konkreten Ermittlungsansatz nicht gibt – das zei-

31 BVerfG, 1 BvR 966/09, a. a. O. (Fn. 12), Abweichende Meinung des Richters Eichberger, Rn. 4.

32 BVerfG, 1 BvR 966/09, a. a. O. (Fn. 12), Abweichende Meinung des Richters Schluckebier, Rn. 4.

33 Zur Weitergabe sensibler Daten aus Polizeicomputern an Rechtsextreme vgl. *Kopke* 2019, S. 36 ff.

34 Zitiert in *Diehl/Hipp* 2016.

35 BVerfG, 1 BvR 966/09, a. a. O. (Fn. 12), Rn. 270.

gen ebenfalls die Ergebnisse der NSU-Untersuchungsausschüsse – werden die anderen Behörden ohnehin nicht tätig.³⁶

Zum Auftakt der mündlichen Verhandlung im Juli 2015 war dem Vizepräsident des BVerfG und Vorsitzenden des Ersten Senats bereits klar, dass auch dieses Urteil darüber zu entscheiden hat, wie viel Datenschutz der Verfassungsstaat den Ermittlungsbehörden zugestehen darf und welchen Datenschutz er den Bürgerinnen und Bürgern schuldet. Im Ergebnis des Urteils bewertet der Erste Senat die Sicherheit für die Bevölkerung jedenfalls sehr hoch. Nach den noch bis Ende Juni 2018 bestehenden Regeln darf das BKA Wohnungen von Verdächtigen und unbeteiligten Kontaktpersonen bis ins Schlafzimmer hinein überwachen, nicht nur akustisch, sondern auch mit Bild und Ton und rund um die Uhr. Das BKA darf außerdem heimlich online Computer ausspähen, alle Kommunikation, die per Computer geführt wird, aufzeichnen und die auf diese Weise erhobenen Daten an andere Polizeibehörden, an inländische Nachrichtendienste und auch an ausländische Dienste weitergeben. Dass diese Eingriffe in die Privat- und Intimsphäre der Betroffenen möglich sind, wird vermutlich auch in der Neufassung des BKA-Gesetzes bleiben. Künftig werden wohl Richter vorab prüfen müssen, ob eine konkrete Terrorgefahr besteht.

Das Urteil legt jedenfalls endgültig fest, dass die Sicherheit von Staat und Bevölkerung mit anderen hochwertigen Verfassungsgütern im gleichen Rang stehen.³⁷ Im Ergebnis ist aber wieder ein Stück Freiheit aus *etatistischen* Gründen auf der Grundlage vermeintlich zeitlos-allgemeingültiger Maßstabsbildung³⁸ auf der Strecke geblieben und das Trennungsgebot zwischen Polizei und Nachrichtendiensten ist weiter aufgeweicht. Ob aber tatsächlich mehr Sicherheit erreicht worden ist, muss sich in der Zukunft erst noch erweisen.

Literatur

Bull, Hans Peter, 2019: Grundsatzentscheidungen zum Datenschutz bei den Sicherheitsbehörden – Rasterfahndung, Online-Durchsuchung, Kfz-Kennzeichenerfassung und Vorratsdatenspeicherung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; in: Möllers/van Ooyen, Bundesverfassungsgericht und Öffentliche Sicherheit 1: Grundrechte, 5. Aufl., Frankfurt am Main, S. 69-100.

Bundeszentrale für politische Bildung (Hrsg.), 2016: Politik Hintergrund aktuell: Urteilsverkündung: „BKA-Gesetz“; in: BpB-online vom 21.4.2016; <https://www.bpb.de/politik/hintergrund-aktuell/224831/urteilsverkuendung-bka-gesetz> (letzter Abruf 24.2.2021).

Deutscher Bundestag (Hrsg.), 2008: Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD: Entwurf eines Gesetzes zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt vom 17.6.2008; BT-Drs. 16/9588, S. 1; <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/095/1609588.pdf> (letzter Abruf 24.2.2021).

36 Vgl. *Deutscher Bundestag* 2018, S. 21, 22, 23, 35, 42, 43, 85, 95; vgl. auch Möllers 2018, S. 269.

37 Vgl. *Stürzenhofecker* 2016.

38 *van Ooyen* 2020, S. 202.

- Deutscher Bundestag* (Hrsg.), 2018: Beschlussempfehlung und Bericht des 2. Untersuchungsausschusses nach Artikel 44 des Grundgesetzes vom 22.8.2013; in: Möllers/van Ooyen, NSU-Terrorismus, 2. Aufl., Frankfurt am Main, S. 13-166.
- Diehl, Jörg/Hipp, Dietmar*, 2016: Urteil zum BKA-Gesetz: Polizisten murren über Verfassungsgericht; in: Spiegel online vom 20.4.2016, <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/bundesverfassungsgericht-karlsruhe-bremst-bka-gesetz-a-1088298.html> (letzter Abruf 24.2.2021).
- Kopke, Christoph*, 2019: Polizei und Rechtsextremismus; APuZ 21-23, S. 36-42.
- Lepsius, Oliver*, 2015: Entscheiden durch Maßstabsbildung; in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden, S. 119-135.
- Möllers, Martin H. W.*, 2018: Das neue Bundesgenehmigungsamt: Zur Frage einer effektiven Kontrolle der Sicherheitsbehörden zur Verhinderung ihrer stellenweisen Verwahrlosung; in: Möllers/van Ooyen, NSU-Terrorismus, 2. Aufl., Frankfurt am Main, S. 267-280.
- Möllers, Martin H. W./van Ooyen, Robert Chr.*, 2018: NSU-Terrorismus: Ergebnisse der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse und Empfehlungen für die Sicherheitsbehörden, JBÖS-Sonderband 15, 2. Aufl., Frankfurt am Main.
- van Ooyen, Robert Chr.*, 2020: Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa. Von Solange über Maastricht und Lissabon zur EU-Grundrechtecharta, 8. Aufl., Baden-Baden.
- van Ooyen, Robert Chr./Möllers, Martin H. W.* (Hrsg.), 2015: Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden.
- Roggan, Fredrik*, 2009: Das neue BKA-Gesetz. Zur Zentralisierung der deutschen Sicherheitsarchitektur, NJW, S. 257-262.
- Roggan, Fredrik*, 2011: Online-Durchsuchungen im BKA-Gesetz – Überlegungen im Vorfeld einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung, JBÖS 2010/11, 1. Halbbd., S. 389-395.
- Roggan, Fredrik*, 2018: Zur Doppelfunktionalität von heimlichen Ermittlungsmaßnahmen am Beispiel der Online-Durchsuchungen, GSZ, 1. Jg., Heft 2, S. 52-56.
- Schwartz, Kolja*, 2016: Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. BKA-Gesetz teilweise verfassungswidrig; in: tagesschau.de vom 20.4.2016, <https://www.tagesschau.de/inland/bka-gesetz-111.html> (letzter Abruf: 26.7.2016).
- Stürzenhofecker, Michael*, 2016: BKA-Gesetz ist teilweise verfassungswidrig; in: Zeit online vom 20.4.2016, <https://www.zeit.de/digital/2016-04/bka-gesetz-zu-terrorbekämpfung-ist-teilweise-verfassungswidrig> (letzter Abruf 24.2.2021).
- Wassermann, Rudolf*, 1972: Der politische Richter, München.
- Weflau, Edda*, 1989: Vorfelddermittlungen. Probleme der Legalisierung „vorbeugender Verbrechensbekämpfung“ aus strafprozessrechtlicher Sicht, Berlin.
- Zabel, Benno*, 2009: Torgefahr und Gesetzgebung, JR 2009, S. 453-459.

Die Umsetzung des neuen Gefahrenbegriffs „drohende Gefahr“ im Bayerischen Polizeiaufgabengesetz nach dem Urteil des BVerfG zum BKA-Gesetz

1. Einleitung zur Problematik der Gefahrenbegriffe

Am 4. Juni 2008 beschloss der Deutsche Bundestag den Entwurf für die Gesetzesnovelle „zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt“ (BKA). Der Gesetzentwurf zielte auf „die Verbesserung der Möglichkeiten bei der Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt“¹ und räumte dem BKA zusätzlich zu den bisher bestehenden repressiven Aufgaben der Strafverfolgung für bestimmte Fallgruppen Aufgaben und entsprechende Befugnisse der Gefahrenabwehr des internationalen Terrorismus ein.² Gegen das Gesetz richteten sich mehrere Verfassungsbeschwerden.

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) in Karlsruhe eröffnete am 7. Juli 2015 die mündliche Verhandlung zum BKA-Gesetz und verkündete am 20. April 2016 sein Urteil in der Verhandlung über Bestimmungen des Gesetzes zum Bundeskriminalamt. Das Gericht entschied unter anderem, dass – neben weiteren Paragraphen der Gesetzesnovelle – § 20k BKAG, der den verdeckten Eingriff in informationstechnische Systeme regelte, mit dem Grundgesetz nicht vereinbar sei³, aber bis zu einer Neuregelung, die längstens bis 30. Juni 2018 getroffen werden musste⁴, weitergelten.⁵

Weiterhin führte das BVerfG rechtswirksam einen neuen Gefahrenbegriff ein, der im Gesetzentwurf zum BKAG erwähnt wurde. Im Polizei- und Ordnungsrecht besteht – neben weiteren Gefahrbegriffen – vor allem der Begriff der *konkreten Gefahr*, mit dem eine Sachlage gemeint ist, in der – im einzelnen Falle – die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass bei ungehindertem Geschehensablauf in absehbarer Zeit (also hier und jetzt) ein Schaden an einem Schutzgut eintritt, das von der öffentlichen Sicherheit bzw. von der öffentlichen Ordnung umfasst ist⁶, sowie ihr besonderer Unterfall der *erheblichen Gefahr*, die eine konkrete Gefahr für ein bedeutsames Rechtsgut darstellt, wie z. B. der Bestand des Staates, Leib und Leben, Gesundheit, Freiheit, wesentliche Vermögenswerte oder andere

1 Deutscher Bundestag, 2008, S. 1.

2 Zu Einzelheiten vgl. Möllers 2017, S. 546 ff.

3 Einleitende Nr. 3 des Urteils vom 20.4.2016 (1 BvR 966/09 u. 1 BvR 1140/09), www.bundesverfassungsgericht.de/ers20160420_1bvr096609.html (letzter Abruf 12.4.2021).

4 Neufassung vom 1. Juni 2017 (BGBl. I 2017, 1354).

5 Einleitende Nr. 4 Abs. 1 des BVerfG-Urteils vom 20.4.2016, a. a. O. (Fn. 3).

6 Ständige Rechtsprechung: vgl. z. B. BVerwGE 45, 51, 57; ebenso die herrschende Lehre, so Borsdorff 2018, S. 878.

strafrechtlich geschützte Güter von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit.⁷ § 20k Abs. 1 BKAG bestimmte:

„(1) Das Bundeskriminalamt darf ohne Wissen des Betroffenen mit technischen Mitteln in vom Betroffenen genutzte informationstechnische Systeme eingreifen und aus ihnen Daten erheben, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine Gefahr vorliegt für

1. Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder
2. solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt.

Eine Maßnahme nach Satz 1 ist auch zulässig, wenn sich noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lässt, dass ohne Durchführung der Maßnahme in näherer Zukunft ein Schaden eintritt, sofern bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall durch bestimmte Personen *drohende Gefahr* (Hervorhebung nicht im Original) für eines der in Satz 1 genannten Rechtsgüter hinweisen. Die Maßnahme darf nur durchgeführt werden, wenn sie für die Aufgabenerfüllung nach § 4a erforderlich ist und diese ansonsten aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.“

Damit regelte das BKAG, dass auch ohne hinreichende Wahrscheinlichkeit für einen Schadenseintritt in näherer Zukunft heimliche Abhörmaßnahmen durch die Polizei durchgeführt werden dürften. In solchen Fällen liegt somit keine *konkrete Gefahr* vor. Dazu merkt das BVerfG in seiner Entscheidung grundsätzlich an: Es

„...wird dem Gewicht eines Eingriffs durch heimliche polizeirechtliche Überwachungsmaßnahmen nicht hinreichend Rechnung getragen, wenn der tatsächliche Eingriffsanlass noch weiter in das Vorfeld einer in ihren Konturen noch nicht absehbaren konkreten Gefahr für die Schutzgüter der Norm verlegt wird. Eine Anknüpfung der Einschreitschwelle an das Vorfeldstadium ist verfassungsrechtlich angesichts der Schwere des Eingriffs nicht hinnehmbar, wenn nur relativ diffuse Anhaltspunkte für mögliche Gefahren bestehen. Die Tatsachenlage ist dann häufig durch eine hohe Ambivalenz der Bedeutung einzelner Beobachtungen gekennzeichnet. Die Geschehnisse können in harmlosen Zusammenhängen verbleiben, aber auch den Beginn eines Vorgangs bilden, der in eine Gefahr mündet (vgl. BVerfGE 120, 274 <329>; vgl. auch BVerfGE 110, 33 <59>; 113, 348 <377>). Solche Offenheit genügt für die Durchführung von eingriffsintensiven heimlichen Überwachungsmaßnahmen nicht. Nicht ausreichend für solche Maßnahmen ist insoweit etwa allein die Erkenntnis, dass sich eine Person zu einem fundamentalistischen Religionsverständnis hingezogen fühlt.“⁸

Andererseits stellte das Gericht aber auch heraus, dass der Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht von vornherein für jede Art der Aufgabenwahrnehmung auf die Schaffung von Eingriffstatbeständen beschränkt ist, die zur Abwehr konkreter, unmittelbar bevorstehender oder gegenwärtiger Gefahren entsprechen.

7 Vgl. Borsdorff 2018, S. 878 f.; Denninger 2018, Rn. 62.

8 BVerfG-Urteil vom 20.4.2016, a. a. O. (Fn. 3), Rn. 113.

„Vielmehr kann er die Grenzen für bestimmte Bereiche mit dem Ziel schon der Straftatenverhütung auch weiter ziehen, indem er die Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Kausalverlaufs reduziert. Allerdings müssen die Eingriffsgrundlagen auch dann eine hinreichend konkretisierte Gefahr in dem Sinne verlangen, dass zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr für die Schutzgüter bestehen.“⁹

Dafür reichen allerdings nach Ansicht des Gerichts allgemeine Erfahrungssätze allein nicht aus, um den Zugriff zu rechtfertigen. Vielmehr müsse die Polizei bestimmte Tatsachen festgestellt haben, die im konkreten Fall die Prognose eines Geschehens begründen, welches zu einer zurechenbaren Verletzung der angeführten Schutzgüter führten.¹⁰ Voraussetzung ist somit eine hinreichend konkretisierte Gefahr, die aber schon dann bestehen könne,

„wenn sich der zum Schaden führende Kausalverlauf noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehen lässt, sofern bereits bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen. Die Tatsachen müssen dafür zum einen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, zum anderen darauf, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann...“¹¹

Das Bundesverfassungsgericht beschränkt eine so bezeichnete „drohende Gefahr“ jedoch einzig und allein auf terroristische Straftaten, indem es ausführt:

„In Bezug auf terroristische Straftaten, die oft durch lang geplante Taten von bisher nicht straffällig gewordenen Einzelnen an nicht vorhersehbaren Orten und in ganz verschiedener Weise verübt werden, können Überwachungsmaßnahmen auch dann erlaubt werden, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird. Denkbar ist das etwa, wenn eine Person aus einem Ausbildungslager für Terroristen im Ausland in die Bundesrepublik Deutschland einreist.“¹²

Die Möglichkeit, auch schon im Vorfeld einer *konkreten Gefahr* Maßnahmen durchzuführen, wenn bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall erst *drohende Gefahr* einer Begehung terroristischer Straftaten hinweisen, ist nach der Entscheidung des BVerfG aber dahingehend auszulegen,

„dass Maßnahmen nur erlaubt sind, wenn die Tatsachen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, und wenn erkennbar ist,

9 BVerfG-Urteil vom 20.4.2016, a. a. O. (Fn. 3), Rn. 112.

10 Vgl. dazu auch BVerfGE 110, 33 (56 f., 61); E 113, 348 (377 f.).

11 BVerfG-Urteil vom 20.4.2016, a. a. O. (Fn. 3), Rn. 112. So auch BVerfGE 120, 274 (328 f.); E 125, 260 (330 f.).

12 BVerfG-Urteil vom 20.4.2016, a. a. O. (Fn. 3), Rn. 112.

dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann (vgl. BVerfGE 120, 274 <329>). Ausreichend ist insoweit auch, wenn zwar noch nicht ein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist, jedoch das individuelle Verhalten eines Betroffenen eine konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass er solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird.¹³

Eingriffe in das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG stehen allerdings unter strengen Bedingungen:¹⁴ Es müssen nämlich tatsächliche Anhaltspunkte für eine im Einzelfall drohende konkrete Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut vorliegen.¹⁵ Entsprechend besteht eine Zweckbindung, welche die weitere Nutzung der einmal erhobenen Daten nur dann verfassungsgemäß ermöglicht, wenn wiederum die gleichen engen Voraussetzungen vorliegen. Gleiches gilt für die Übermittlung solcher Daten.¹⁶

„Eine Nutzung der Erkenntnisse als bloßer Spuren- oder Ermittlungsansatz unabhängig von einer dringenden oder im Einzelfall drohenden Gefahr kommt hier nicht in Betracht.“¹⁷

Gleiche Voraussetzungen müssen auch Erlaubnisse zur Zweckänderung durch den Gesetzgeber erfüllen.¹⁸

2. Die neuen Befugnisse der Novelle des Bayerischen Polizeiaufgabengesetzes

Am 15. Mai 2018 verabschiedete der Landtag mit den Stimmen der CSU unter heftiger Kritik der Opposition im Parlament¹⁹ und unter heftigen Protesten der Bevölkerung ein neues Polizeiaufgabengesetz (PAG). Die Kritik stützt sich darauf, dass die bayerische Polizei nicht mehr wie bislang im PAG und wie in den anderen Polizeigesetzen eine „*konkrete Gefahr*“ für ihre Maßnahmen begründen muss. Vor der Gesetzesnovelle konnte die Bayerische Polizei nämlich nur dann präventiv, bevor eine Straftat begangen wurde, tätig werden, wenn sie Hinweise auf eine *konkrete Gefahr* hatte. Nach dem neuen PAG soll nunmehr lediglich eine „*drohende Gefahr*“ genügen.²⁰ Die Polizei kann somit früher als bisher schon im Vorfeld tätig werden. Allerdings reicht das *Drohen einer Gefahr* nur aus,

13 BVerfG-Urteil vom 20.4.2016, a. a. O. (Fn. 3), Rn. 213.

14 Vgl. schon BVerfGE 120, 274 (322 ff., 326 ff.).

15 BVerfG-Urteil vom 20.4.2016, a. a. O. (Fn. 3), Rn. 212.

16 BVerfG-Urteil vom 20.4.2016, a. a. O. (Fn. 3), Rn. 283 und 320 letzter Satz.

17 BVerfG-Urteil vom 20.4.2016, a. a. O. (Fn. 3), Rn. 283.

18 BVerfG-Urteil vom 20.4.2016, a. a. O. (Fn. 3), Rn. 290.

19 Vgl. dazu Osel/Schnell 2018, Schnell 2018.

20 Vgl. Möllers 2018b, S. 597 f. Zur Bedrohungslage vgl. Wapler 2018, Rn. 64a. Vgl. auch BVerfG, Beschluss – 2 BvR 2259/17 – der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 18.12.2017; www.bverfge.de/e/rk20171218_2bvr225917.html (letzter Abruf 13.4.2021).

wenn bedeutende Rechtsgüter in Gefahr sind. Dazu gehören Gefahren für Leib und Leben, den Bestand des Landes oder die sexuelle Selbstbestimmung, aber auch Gefahren für erhebliche Eigentumspositionen oder Sachen, deren Erhalt im öffentlichen Interesse ist, wie etwa die Stromversorgung. Zu den präventiven Maßnahmen gehören auch verdeckte Ermittlungen wie etwa das Abhören von Telefonen oder Online-Durchsuchungen. Diese müssen grundsätzlich von einem Richter genehmigt werden, wenn nicht Gefahr im Verzug vorliegt.

Den vom BVerfG in seinem Urteil zum BKA-Gesetz vom 20. April 2016 rechtswirksam eingeführten Begriff der „drohenden Gefahr“ beschränkte das Gericht aber in seiner Entscheidung allein auf den Bereich des Terrorismus.²¹ Nach dem Willen der Gesetzgeber des PAG soll nun auch eine *drohende* Gefahr für andere Bereiche – etwa für Stalking – Maßnahmen der Polizei auslösen können.²² Neu im PAG ist außerdem die Anwendung der „erweiterten DNA“, mit der auch schon bei einer drohenden Gefahr äußere Merkmale einer Person, zum Beispiel Haar-, Augenfarbe und Herkunft, nicht aber Erbanlagen oder Krankheiten, wie in einem Fahndungsbild erfasst werden sollen. Gewöhnliche DNA-Analysen, die in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG eingreifen, sollen auch bei Identitätsfeststellungen der Polizei erlaubt sein.

Ferner sollen die Polizeibeamtinnen und -beamten Bodycams an ihrer Uniform tragen, die – nur außerhalb von Wohnungen – ununterbrochen laufen. Die Kamera nimmt dabei zwar laufend auf, die Inhalte werden jedoch erst gespeichert, wenn die Beamtin bzw. der Beamte es durch einen Knopfdruck veranlasst. Außerdem ist im neuen PAG vor dem Hintergrund des „Darknets“, über das Drogen und Waffen geordert und verschickt werden kann, vorgesehen, dass die Polizei schon bei *drohender* Gefahr Pakete und Briefe sicherstellen kann und damit in das Postgeheimnis gem. Art. 10 Abs. 1 GG eingreift. Der Einsatz von Handgranaten ist dagegen nicht neu, sondern war schon früher im PAG geregelt. Handgranaten stehen aber nicht jeder Beamtin bzw. jedem Beamten zu, sondern sind auf die beiden Spezialeinsatzkommandos in München und Nürnberg beschränkt. Zum Einsatz dürfen sie nur auf Anordnung des Polizeipräsidenten kommen, der im neuen PAG an die Stelle des Innenministers getreten ist.

3. Bewertung der Novelle zum Bayerischen Polizeiaufgabengesetz

Vor allem die Absenkung der *konkreten* zur *drohenden* Gefahr auch unterhalb des Gefahrenbereichs des Terrorismus geht über die Entscheidung des BVerfG, das sich damit schon auf die Seite des Staates geschlagen hat, weit hinaus. Das Gesetz scheint daher eher verfas-

21 BVerfGE 141, 220 ff.

22 Schnell 2018.

sungswidrig zu sein. Es muss aber erst noch gerichtlich festgestellt werden, ob das neue PAG in Kraft bleibt. Bleibt es in Kraft, werden vermutlich die übrigen Polizeigesetze mit ihren Maßnahmen nachziehen. An der Entscheidung des BVerfG lässt sich daher erkennen, dass etatistisch geprägte Entscheidungen, wie hier der rechtswirksam eingeführte Begriff der „drohenden Gefahr“, von der Legislative, die den Forderungen der Exekutive ausgesetzt ist, zu weiteren Aushöhlungen der Freiheitsrechte führt.

Literatur

- Bäcker, Matthias/Denninger, Erhard/Graulich, Kurt (Hrsg.), 2018: Handbuch des Polizeirechts: Gefahrenabwehr – Strafverfolgung – Rechtsschutz, 6. Aufl., München.
- Borsdorff, Anke, 2018: Gefahr; in: Möllers (Hrsg.), Wörterbuch der Polizei, 3. Aufl., München, S. 878-880.
- Denninger, Erhard, 2018: D. Polizeiaufgaben; in: Bäcker/Denninger/Graulich (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl., München, S. 217-318.
- Deutscher Bundestag (Hrsg.), 2008: Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD: Entwurf eines Gesetzes zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt vom 17.06.2008; BT-Drs. 16/9588, S. 1; <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/095/1609588.pdf> (letzter Abruf 22.2.2021).
- Möllers, Martin H. W., 2017: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz. Hintergrund und Bewertung, in: JBÖS 2016/17, S. 546-554.
- Möllers, Martin H. W. (Hrsg.), 2018a: Wörterbuch der Polizei, 3. Aufl., München.
- Möllers, Martin H. W., 2018b: Drohende Gefahr; in: Möllers (Hrsg.), Wörterbuch der Polizei, 3. Aufl., München, S. 597-598.
- Osel, Johann/Schnell, Lisa, 2018: Bayern hat nun das schärfste Polizeigesetz Deutschlands, SZ.de v. 15.5.2018, <https://www.sueddeutsche.de/bayern/polizeiaufgabengesetz-bayern-landtag-1.3981614> (letzter Abruf 22.2.2021).
- Schnell, Lisa, 2018: Die wichtigsten Fragen und Antworten zum Polizeiaufgabengesetz, SZ.de v. 15.5.2018, <https://www.sueddeutsche.de/bayern/polizeiaufgabengesetz-inhalt-bayern-1.3973927> (letzter Abruf 22.2.2021).
- Wapler, Friederike, 2018: J. Gefahrenabwehr durch Ordnungsverwaltung I: Aufenthaltsrecht; in: Bäcker/Denninger/Graulich (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl., München, 1179-1212.

Neue Beschränkungen der Übermittlungs- und Abrufregelungen für Bestandsdaten durch das Bundesverfassungsgericht¹

1. Einleitung

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat in seinem Beschluss zur Bestandsdatenauskunft (II) vom 27. Mai 2020 einige Rechtsgrundlagen, die den Sicherheitsbehörden des Bundes einen Zugriff auf Bestandsdaten von Telekommunikationsdiensteanbietern erlaubten, sowohl für die Nachrichtendienste als auch für die Polizeien des Bundes dadurch beschränkt, dass sie mit dem Grundgesetz, insbesondere mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 1 GG, unvereinbar sind.² Die Vorschriften müssen daher neu geregelt werden und zwar bis längstens 31. Dezember 2021. Die für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärten Regelungen bleiben zwar weiter anwendbar, aber nur unter den Voraussetzungen, die das BVerfG in seiner Entscheidung konkret gesetzt hat.

2. Überblick über die Anforderungen an Übermittlungs- und Abrufregelungen für Bestandsdaten von Telekommunikationsdiensteanbietern

Der Gesetzgeber muss in den Neuregelungen berücksichtigen, dass bei der Einrichtung eines Auskunftsverfahrens auf Grundlage jeweils eigener Kompetenzen für sich genommen verhältnismäßige Rechtsgrundlagen sowohl für die Übermittlung als auch für den Abruf der Daten geschaffen werden. Diese Übermittlungs- und Abrufregelungen für Bestandsdaten von Telekommunikationsdiensteanbietern müssen so ausgearbeitet sein, dass sie die Verwendungszwecke der Daten hinreichend begrenzen, also

„die Datenverwendung an bestimmte Zwecke, tatbestandliche Eingriffsschwellen und einen hinreichend gewichtigen Rechtsgüterschutz binden, sodass insgesamt die verfassungsrechtlichen Anforderungen gewahrt werden.“³

1 1 BvR 1873/13 und 1 BvR 2618/13 (Bestandsdatenauskunft II), www.bverfg.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/rs20200527_1bvr187313.html (letzter Abruf 12.4.2021).

2 Im Einzelfall betrifft die Entscheidung § 113 TKG; §§ 22a Abs. 1 Satz 1 (soweit er nicht auf § 21 Abs. 2 Nr. 2 verweist), 22a Abs. 2 BPolG, §§ 10 Abs. 1 Satz 1 u. Abs. 2, 40 Abs. 1 Satz 1 (soweit er nicht auf § 39 Abs. 2 Nr. 2 verweist) u. Abs. 2 BKAG; §§ 7 Abs. 5 Satz 1 u. Abs. 6, 15 Abs. 2 Satz 1 u. Abs. 3 ZFdG; § 8d Abs. 1 Satz 1 u. Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG; §§ 2b Satz 1, 4 Satz 1 BNDG; § 4b Satz 1 MADG (soweit sie auf § 8d Abs. 1 Satz 1 u. Abs. 2 Satz 1 BVerfSchG verweisen).

3 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 130.

Das Verfassungsgericht sieht für den Gesetzgeber dies als Mindestmaß der Abrufregelung an und stellt ihn ausdrücklich frei, den Abruf der Daten an noch höhere Anforderungen zu binden. Dagegen ist es jedoch unzulässig,

„unabhängig von solchen Zweckbestimmungen einen Datenvorrat zu schaffen, dessen Nutzung je nach Bedarf und politischem Ermessen der späteren Entscheidung verschiedener staatlicher Instanzen überlassen bleibt.“⁴

3. Exekutive Grundrechtseingriffe durch die bestehenden Regelungen

Die genannten Regelungen zur Übermittlung und zum Abruf von Bestandsdaten greifen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ein. Soweit sie außerdem zur Übermittlung und zum Abruf von Bestandsdaten ermächtigen, die anhand dynamischer IP-Adressen bestimmt werden, liegt ein Eingriff in das speziellere Telekommunikationsgeheimnis des Art. 10 Abs. 1 GG vor.⁵

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung⁶ schützt gegen Gefährdungen und Verletzungen der Persönlichkeit, die sich vor allem unter den Bedingungen moderner Datenverarbeitung aus informationsbezogenen Maßnahmen ergeben. Denn die Persönlichkeit kann sich nur dann frei entfalten, wenn der Einzelne gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten geschützt ist. Genau das gewährleistet das Grundrecht. Nur der Einzelne ist grundsätzlich befugt, selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.⁷ In diesen Schutzbereich greift der Staat immer dann ein, wenn er personenbezogene Informationen in einer Art und Weise nutzt und verknüpft, die Betroffene weder überschauen noch beherrschen können. Zu solchen Informationen zählen auch personenbezogene Informationen zu den Modalitäten der Bereitstellung von Telekommunikation.⁸

Das Telekommunikationsgeheimnis⁹ nach Art. 10 Abs. 1 GG schützt die unkörperliche Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mit Hilfe des Telekommunikationsverkehrs vor einer Kenntnisnahme durch die öffentliche Gewalt. Dabei erfasst das Grundrecht nicht nur die Inhalte der Kommunikation, sondern auch die Vertraulichkeit der näheren Umstände des Kommunikationsvorgangs. Dazu gehört insbesondere, ob, wann und wie oft zwischen welchen Personen oder Telekommunikationseinrichtungen der Telekommunikationsverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist.¹⁰ Zwar schützt

4 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), ebd.

5 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 90.

6 Vgl. dazu *Kutscha* 2018, S. 1821 f.

7 BVerfGE 113, 29 (46) m. w. N.

8 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 92.

9 Vgl. dazu *Kastner* 2018, S. 2266 ff.; *Möllers* 2018, S. 404 ff.

10 Ständige Rechtsprechung des BVerfG: vgl. BVerfGE 125, 260 (309) m. w. N.

Art. 10 Abs. 1 GG nicht die bloße Zuordnung einer Telekommunikationsnummer oder einer statischen IP-Adresse zu einem Anschlussinhaber als solche. Das ist aber bei der identifizierenden Zuordnung dynamischer IP-Adressen anders: Diese fällt in den Schutzbereich des Grundrechts.¹¹ Die Betroffenheit des Art. 10 Abs. 1 GG wird dadurch begründet,

„dass die Diensteanbieter für die Identifizierung einer dynamischen IP-Adresse in einem Zwischenschritt die entsprechenden Verbindungsdaten ihrer Kunden sichten und dafür auf konkrete Telekommunikationsvorgänge zugreifen müssen. Diese von den Diensteanbietern gespeicherten Telekommunikationsverbindungen unterliegen dem Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses und zwar unabhängig davon, ob sie von den Diensteanbietern auf vertraglicher Grundlage (vgl. § 96 TKG) gespeichert [...] oder aufgrund gesetzlicher Verpflichtung (vgl. §§ 113a, 113b TKG) vorrätig gehalten werden müssen [...]. Die staatlich auferlegte Pflicht zu deren Nutzung ist selbst dann an Art. 10 Abs. 1 GG zu messen, wenn die Verbindungsdaten selbst nicht herausgegeben werden.“¹²

Die zum Umgang mit personenbezogenen Daten durch staatliche Behörden ermächtigenden Vorschriften begründen in der Regel verschiedene, aufeinander aufbauende Eingriffe, bei denen nicht nur die Erhebung, Speicherung und Verwendung von Daten zu unterscheiden ist¹³, sondern auch zwischen der Datenübermittlung seitens der Auskunft erteilenden Stelle und dem Datenabruf seitens der Auskunft suchenden Stelle.

„Ein Datenaustausch vollzieht sich durch die einander korrespondierenden Eingriffe von Abfrage und Übermittlung, die jeweils einer eigenen Rechtsgrundlage bedürfen. Der Gesetzgeber muss, bildlich gesprochen, nicht nur die Tür zur Übermittlung von Daten öffnen, sondern auch die Tür zu deren Abfrage. Erst beide Rechtsgrundlagen gemeinsam, die wie eine Doppeltür zusammenwirken müssen, berechtigen zu einem Austausch personenbezogener Daten.“¹⁴

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist gegenüber dem Telekommunikationsgeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 GG subsidiär, allerdings lassen sich die Maßgaben, die das BVerfG aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG entwickelt hat, weitgehend auf das speziellere Grundrecht Telekommunikationsgeheimnis übertragen.¹⁵ § 113 Abs. 1 Satz 3 TKG greift in das Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG ein, da er die Zuordnung dynamischer IP-Adressen zu ihren Anschlussinhabern ermöglicht.

11 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 98 f.

12 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 99.

13 Vgl. BVerfGE 100, 313 (366 f.); E 120, 378 (400 f.); E 125, 260 (310).

14 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 93.

15 Vgl. schon BVerfGE 100, 313 (358 f.); E 125, 260 (310).

3.1 Formelle und materielle Verfassungsgemäßheit der Rechtsnormen

Auch wenn die angegriffenen Vorschriften nach § 113 TKG und den Abrufregelungen in den jeweiligen Fachgesetzen formell verfassungsgemäß sind, weil dem Bund die Gesetzgebungskompetenz zusteht¹⁶, genügen die angegriffenen Übermittlungsbefugnisse in materieller Hinsicht nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie des Art. 10 Abs. 1 GG¹⁷, selbst wenn sie legitimen Zwecken dienen und hierfür geeignet und erforderlich sind.¹⁸

3.2 Keine Angemessenheit der Rechtsnormen (Verhältnismäßigkeit im engen Sinne)

Die Übermittlungsregelungen sind nur dann angemessen, wenn sie die Verwendungszwecke der einzelnen Befugnisse gemessen an ihrem Eingriffsgewicht selbst hinreichend normenklar begrenzen. Dabei bestimmt sich das Eingriffsgewicht maßgeblich nach Art, Umfang und denkbarer Verwendung der Daten sowie der Gefahr ihres Missbrauchs. Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang die Zahl der betroffenen Grundrechtsträger und ob diese Personen hierfür einen Anlass gegeben haben sowie außerdem die Intensität der Beeinträchtigungen, die sich vor allem nach der Aussagekraft und den Verwendungsmöglichkeiten der Daten bestimmt. Auch die Heimlichkeit einer staatlichen Eingriffsmaßnahme führt zur Erhöhung des Eingriffsgewichts.¹⁹

Öffnet der Gesetzgeber Datenbestände, für die er selbst die Speicherung von Daten anordnet, kann diese Speicherungsanordnung nicht abstrakt gerechtfertigt werden. Vielmehr muss sie hinreichend gewichtigen, konkret benannten Zwecken dienen.

„Ist der Verwendungszweck nicht festgelegt, fehlt es an der erforderlichen Zweckbindung und es entsteht das Risiko einer Nutzung der Daten für Zwecke, für die sie nicht erhoben wurden.“²⁰

Der notwendige Zusammenhang zwischen Speicherung und Speicherungszweck würde aufgehoben, was auch für die betroffenen Bürgerinnen und Bürger nicht vorhersehbar wäre.

„Verwendungsregeln sind insofern unerlässliche Voraussetzung für die Verfassungsmäßigkeit der Speichungsverpflichtung.“²¹

Die genannten Voraussetzungen gelten auch, wenn zur staatlichen Aufgabenwahrnehmung private Datenbestände geöffnet werden. Gesetzlich können nach Ansicht des BVerfG

16 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 103 ff.

17 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 122.

18 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 124 ff.

19 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 127, 129.

20 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 131.

21 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), ebd.

auch Zugriffe auf Daten erlaubt sein, die Diensteanbieter zur Durchführung ihrer Verträge speichern. Das können auch andere Daten sein als die aufgrund staatlicher Anordnung zu speichernden Daten, soweit sie für die staatliche Aufgabenwahrnehmung von Bedeutung sind.

„Werden aber Datenbestände zu Zwecken geöffnet, die vom Zweck der ursprünglichen Datenerhebung abweichen, kommt dem Gebot der Zweckbindung für die Bestimmung der Anforderungen, die an eine auf solche Daten zugreifende Befugnisnorm zu stellen sind, herausgehobene Bedeutung zu. Sieht der Gesetzgeber eine den ursprünglichen Speicherungszweck ändernde Verwendung von Daten vor, muss er daher den – neuen – Verwendungszweck möglichst präzise festlegen.“²²

Ermächtigungen zu Eingriffen in die benannten Grundrechte unterfallen nicht nur dem Gebot der Bestimmtheit und Klarheit, sondern auch der spezifischen Funktion, eine hinreichend präzise Umgrenzung des Verwendungszwecks der betroffenen Informationen sicherzustellen, um das verfassungsrechtliche Gebot der Zweckbindung der erhobenen Information zu verstärken.²³

„Anlass, Zweck und Umfang des jeweiligen Eingriffs sind daher durch den Gesetzgeber reichsspezifisch, präzise und normenklar festzulegen.“²⁴

Der Bundesgesetzgeber muss seiner Regelungsverantwortung vollständig gerecht werden und ist verpflichtet, qualifizierte Voraussetzungen für eine Verwendung der Daten zum Zwecke der Strafverfolgung, der Gefahrenabwehr oder der Aufgabenerfüllung der Nachrichtendienste bereits in der Übermittlungsregelung festzulegen und diese für sich genommen verhältnismäßig auszugestalten. Aus Gründen der Normenklarheit darf er Konkretisierungen nicht erst späterer Gesetzgebung – insbesondere durch die Länder – überlassen.²⁵

Diesen Anforderungen genügen nur die Regelungen zur Datensicherheit, *nicht* aber die angegriffenen Befugnisse zur allgemeinen Übermittlung von Bestandsdaten, zur Übermittlung von Zugangsdaten und zur Übermittlung von anhand einer dynamischen IP-Adresse bestimmter Bestandsdaten.²⁶ Denn ihre Reichweite ist mangels begrenzender Eingriffsschwellen unverhältnismäßig. Für die Eingriffsschwelle gilt:

„Je gewichtiger das gefährdete Rechtsgut ist und je weiterreichend es durch die jeweiligen Handlungen beeinträchtigt würde, desto geringere Anforderungen dürfen an den Grad der Wahrscheinlichkeit gestellt werden, mit der auf eine drohende Verletzung geschlossen werden kann, und desto weniger fundiert dürfen gegebenenfalls die Tatsachen sein, die auf die Gefährdung des Rechtsguts schließen lassen [...]. Umgekehrt steigen bei einem geringen Gewicht

22 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 132.

23 Vgl. BVerfGE 130, 151 (202) m. w. N.

24 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 133.

25 Vgl. BVerfGE 125, 260 (355 f.).

26 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 127, 136.

des gefährdeten Rechtsguts die Anforderungen an die Prognosesicherheit sowohl hinsichtlich des Grads der Gefährdung als auch hinsichtlich ihrer Intensität.“²⁷

3.3 Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Geschehensablaufs

Eingriffsgrundlagen verlangen regelmäßig zumindest eine hinreichend konkretisierte Gefahr. Diese Anforderungen an die Vorhersehbarkeit des Geschehensablaufs können nur zum Schutz herausgehobener Rechtsgüter, wie etwa zur Verhütung terroristischer Straftaten, abgesenkt werden und erlauben Eingriffe, wenn noch kein seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen erkennbar ist. Verhältnismäßig sind solche Eingriffe aber nur dann, wenn zumindest das individuelle Verhalten einer Person die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie solche Straftaten in überschaubarer Zukunft begehen wird. Weniger gewichtige Eingriffe – wie die allgemeine Bestandsdatenauskunft – können beim Vorliegen einer konkretisierten Gefahr bereits dann gerechtfertigt sein, wenn sie dem Schutz von Rechtsgütern von zumindest erheblichem Gewicht – etwa bei der Verhütung von Straftaten von erheblicher Bedeutung – dienen.²⁸ Sollte die Eingriffsschwelle noch weiter hinter einer konkretisierten Gefahr zurückbleiben, sind hochrangige, überragend wichtige oder auch besonders gewichtige Rechtsgüter erforderlich. Dasselbe gilt, wenn es sich um tief in die Privatsphäre eingreifende Befugnisse handelt.²⁹

Diese verfassungsrechtlichen Anforderungen gelten grundsätzlich für alle Eingriffsermächtigungen mit *präventiver* Zielrichtung und damit auch für die Verwendung der Daten durch Nachrichtendienste. Anders ist dies im Bereich der Strafverfolgung zu beurteilen: Eine in tatsächlicher Hinsicht unterhalb des Anfangsverdachts liegende Eingriffsschwelle zur Vornahme von grundrechtsrelevanten Eingriffen genügt keinesfalls. Voraussetzung ist stets eine tatsachenbezogene Grundlage: Die

„im Gefahrenabwehrrecht anerkannten Eingriffsschwellen der ‚konkretisierten Gefahr‘ und der ‚drohenden Gefahr‘, die in zeitlicher Hinsicht ins Vorfeld verlagert sind, setzen tatsächliche Anhaltspunkte für die Entstehung einer konkreten Gefahr voraus [...]. Nichts Anderes gilt für Maßnahmen der Strafverfolgung. Auch im Vorfeldbereich kommen sie nur bei Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte in Betracht [...]. Vage Anhaltspunkte oder Vermutungen reichen demgegenüber nicht aus.“³⁰

27 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 147.

28 Vgl. BVerfGE 150, 244 (284 Rn. 99); E 150, 309 (336 Rn. 73).

29 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 148 ff.

30 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 152 f.

3.4 Fehlen der notwendigen verfassungsrechtlichen Anforderungen

Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt § 113 Abs. 1 Satz 1 u. Abs. 2 Satz 1 TKG nicht, weil diese Übermittlungsregelung dem BVerfG zu weit geht: Sie öffnet das manuelle Auskunftsverfahren und erlaubt Auskünfte allgemein zum Zweck der Gefahrenabwehr, zur Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten sowie zur Erfüllung nachrichtendienstlicher Aufgaben. Die Vorschrift enthält keine ihre Reichweite näher begrenzenden Eingriffsschwellen und ermöglicht die Erteilung einer Auskunft im Einzelfall vielmehr schon dann, wenn dies zur Wahrnehmung der Aufgaben erfolgt.³¹ Sie kann auch nicht entsprechend verständig ausgelegt werden.³² Auch die mit § 113 TKG korrespondierenden Abrufregelungen in den Fachgesetzen (BPolG, BKAG, ZfDG, BVerfSchG, BNDG, MADG³³) genügen in materieller Hinsicht weitgehend nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen der Grundrechte Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG und Telekommunikationsgeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 GG.³⁴

4. Unvereinbarkeitserklärung statt Feststellung der Verfassungswidrigkeit

Grundsätzlich führt nach § 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG die Feststellung der Verfassungswidrigkeit gesetzlicher Vorschriften zu deren Nichtigkeit.³⁵ Allerdings kann sich das BVerfG nach § 31 Abs. 2 Satz 2 u. 3 BVerfGG auch darauf beschränken, eine verfassungswidrige Norm nur für mit dem Grundgesetz unvereinbar zu erklären, wie in diesem Fall. Die Unvereinbarkeitserklärung verbindet das BVerfG mit seiner Schutzpflichtlehre, wenn die sofortige Ungültigkeit der zu beanstandenden Norm dem Schutz überragender Güter des Gemeinwohls die Grundlage entziehen würde und eine Abwägung mit den betroffenen Grundrechten ergibt, dass der Eingriff für eine Übergangszeit hinzunehmen ist³⁶, regelmäßig zugleich mit der Anordnung einer befristeten Fortgeltung der verfassungswidrigen Regelungen. Für die Übergangszeit kann das BVerfG außerdem vorläufige Anordnungen treffen, um die Befugnisse der Behörden bis zur Herstellung eines verfassungsmäßigen Zustandes durch den Gesetzgeber auf das zu reduzieren, was nach Maßgabe dieser Abwägung geboten ist.³⁷ Dies hat der Erste Senat bei seinem Beschluss getan.

31 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 154.

32 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 211.

33 S. o. die einzelnen Rechtsvorschriften auf S. 161.

34 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 189 ff., 262.

35 Vgl. BVerfGE 101, 397 (409).

36 Ständige Rechtsprechung: BVerfGE 150, 244 (306 Rn. 168) m. w. N.

37 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 263.

5. Anordnungen für die vorübergehende Fortgeltung der Rechtsnormen

Das BVerfG hat die Unvereinbarkeitserklärung mit der Anordnung der vorübergehenden Fortgeltung bis zum Ablauf des 31. Dezember 2021 verbunden. Die Anordnung erstreckt sich auf alle für mit der Verfassung für unvereinbar erklärten Befugnisse einschließlich der in § 113 Abs. 2-5 TKG geregelten verfahrensrechtlichen Anforderungen. Zugleich hat das Gericht einschränkende Maßgaben für die Sicherheitsbehörden zur Auflage gemacht, um den betroffenen Grundrechten Geltung zu verschaffen.³⁸

„a) § 113 Abs. 1 Satz 1 TKG und die hier angegriffenen Regelungen zum allgemeinen Abruf von Bestandsdaten können weiter angewendet werden, wenn eine Auskunft bezogen auf die Gefahrenabwehr zur Abwehr einer konkreten Gefahr im Sinne der polizeilichen Generalklausel erforderlich oder bezogen auf die Nachrichtendienste zur Aufklärung einer bestimmten, nachrichtendienstlich beobachtungsbedürftigen Aktion oder Gruppierung im Einzelfall geboten ist. Bezogen auf die Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten darf § 113 Abs. 1 Satz 1 TKG weiter angewendet werden, wenn zumindest ein Anfangsverdacht vorliegt.“³⁹

b) Darüber hinaus können § 113 Abs. 1 Satz 1 TKG und § 40 Abs. 1 Satz 1 BKAG oder § 22a Abs. 1 Satz 1 BPolG im jeweiligen Zusammenwirken auch dann angewendet werden, wenn die Auskunft zur Verhütung von Straftaten nach § 39 Abs. 2 BKAG oder § 21 Abs. 2 BPolG erforderlich ist. Dabei sind § 39 Abs. 2 Nr. 1 BKAG und § 22a Abs. 2 Nr. 1 BPolG nur mit der Maßgabe anwendbar, dass bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen müssen, dass eine Person innerhalb eines überschaubaren Zeitraums auf eine zumindest ihrer Art nach konkretisierte Weise eine Straftat nach § 5 Abs. 1 Satz 2 BKAG oder eine Straftat mit erheblicher Bedeutung nach § 12 Abs. 1 BPolG begehen wird oder dass deren individuelles Verhalten die konkrete Wahrscheinlichkeit begründet, dass sie innerhalb eines überschaubaren Zeitraums eine solche Straftat begehen wird [...].⁴⁰

c) § 113 Abs. 1 Satz 2 TKG kann weiter angewendet werden, wenn auch die Voraussetzungen einer Nutzung der von ihm erfassten Daten im Einzelfall vorliegen [...].⁴¹

d) § 113 Abs. 1 Satz 3 TKG und die hier angegriffenen Regelungen zum Abruf von Bestandsdaten, die anhand einer dynamischen IP-Adresse bestimmt werden, dürfen weiter angewendet werden, wenn über die zuvor unter a) formulierte Maßgaben hinaus die Auskunft zur Abwehr einer Gefahr für Rechtsgüter von hervorgehobenem Gewicht oder zur Verfolgung von Straftaten oder zumindest besonders gewichtigen Ordnungswidrigkeiten erfolgt.⁴²

e) Darüber hinaus können § 113 Abs. 1 Satz 3 TKG und § 40 Abs. 2 BKAG oder § 22a Abs. 2 BPolG im jeweiligen Zusammenwirken und soweit sie auf § 39 Abs. 2 BKAG beziehungswei-

38 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 268.

39 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 269.

40 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 270.

41 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 271.

42 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 272.

se § 21 Abs. 2 BPolG Bezug nehmen unter Berücksichtigung der unter a) und b) formulierten Maßgaben weiter angewendet werden, wobei im Falle des § 22a Abs. 2 BPolG die Auskunft zudem zur Verhütung einer schweren Straftat nach § 12 Abs. 1 BPolG erforderlich sein muss.“⁴³

6. Bewertung der Beschränkung der Übermittlungs- und Abrufregelungen für Bestandsdaten der Anbieter von Telekommunikationsdiensten für die Sicherheitsbehörden des Bundes

Bereits in seinem Urteil zur Vorratsspeicherung von Telekommunikations-Verkehrsdaten vom 2. März 2010⁴⁴ hatte das BVerfG zugestanden, dass „eine sechsmonatige, vorsorglich anlasslose Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten durch private Diensteanbieter [...] mit Art. 10 GG nicht schlechthin unvereinbar“⁴⁵ sei. Jedoch verlange der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass „die gesetzliche Ausgestaltung einer solchen Datenspeicherung dem besonderen Gewicht des mit der Speicherung verbundenen Grundrechtseingriffs angemessen Rechnung trägt. Erforderlich sind hinreichend anspruchsvolle und normenklare Regelungen hinsichtlich der Datensicherheit, der Datenverwendung, der Transparenz und des Rechtsschutzes.“⁴⁶ Hinsichtlich der Datensicherheit müssten die gesetzlichen Regelungen „einen besonders hohen Sicherheitsstandard normenklar und verbindlich vorgeben“.⁴⁷ Der Abruf und die unmittelbare Nutzung der Daten seien nur verhältnismäßig, „wenn sie überragend wichtigen Aufgaben des Rechtsgüterschutzes dienen“, was sodann näher umschrieben wird.⁴⁸ Zulässig sei jedoch „eine nur mittelbare Nutzung der Daten zur Erteilung von Auskünften durch die Telekommunikationsdiensteanbieter über die Inhaber von Internetprotokolladressen“ „für die Strafverfolgung, Gefahrenabwehr und die Wahrnehmung nachrichtendienstlicher Aufgaben“, und zwar auch unabhängig von begrenzenden Straftaten- oder Rechtsgüterkatalogen, bei Ordnungswidrigkeiten nur in Fällen von besonderem Gewicht.⁴⁹

Anders als in der früheren Entscheidung, im Urteil vom 2. März 2010 (Vorratsdatenspeicherung)⁵⁰, stellt das BVerfG in seinem Beschluss vom 27. Mai 2020 (Bestandsdatenauskunft II) sowohl auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG als auch auf das Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG) ab. Im Vorrats-

43 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 273.

44 Urteil des Ersten Senats, - 1 BvR 256/08 -, Rn. 1-345, www.bverfg.de/e/rs20100302_1bvr025608.html (letzter Abruf 12.4.2021); = BVerfGE 125, 260-385.

45 BVerfG, Urteil vom 2.3.2010, a. a. O. (Fn. 44), 1. Leitsatz.

46 BVerfG, Urteil vom 2.3.2010, a. a. O. (Fn. 44), 2. Leitsatz.

47 BVerfG, Urteil vom 2.3.2010, a. a. O. (Fn. 44), 4. Leitsatz.

48 BVerfG, Urteil vom 2.3.2010, a. a. O. (Fn. 44), 5. Leitsatz.

49 BVerfG, Urteil vom 2.3.2010, a. a. O. (Fn. 44), 6. Leitsatz.

50 Vgl. *Bull* 2019, 69 ff.

datenspeicherungs-Urteil bestimmte das BVerfG das „aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG folgende Recht auf informationelle Selbstbestimmung kommt neben Art. 10 GG nicht zur Anwendung.“ Denn Art. 10 GG enthalte „eine spezielle Garantie, die die allgemeine Vorschrift verdrängt und aus der sich besondere Anforderungen für die Daten ergeben, die durch Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis erlangt werden“. Allerdings ließen sich „die Maßgaben, die das BVerfG aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entwickelt hat, weitgehend auf die speziellere Garantie des Art. 10 GG übertragen“.⁵¹

In seinem Beschluss vom 24. Januar 2012⁵² hatte das BVerfG aber bereits differenziert und in der Zuordnung von Telekommunikationsnummern zu ihren Anschlussinhabern einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG gesehen und in der Zuordnung von dynamischen IP-Adressen einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 GG.⁵³ Bei dieser Zweiteilung blieb das BVerfG und stellte fest, dass Regelungen zur Übermittlung und zum Abruf von Bestandsdaten in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG eingreifen. Soweit sie auch zur Übermittlung und zum Abruf von Bestandsdaten ermächtigen, die anhand dynamischer IP-Adressen bestimmt werden, liegt ein Eingriff in das speziellere Telekommunikationsgeheimnis des Art. 10 Abs. 1 GG vor.⁵⁴

Das „Oszillieren“ des BVerfG zwischen Etatismus und Liberalismus wird auch in dieser jüngsten seiner Entscheidungen zur Vorratsdatenspeicherung und derer Übermittlung von Bestandsdaten an die Sicherheitsbehörden deutlich. Ausgangspunkt ist immer das Volkszählungsurteil vom 15. Dezember 1983⁵⁵, welches das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in den Rang eines Verfassungsbestandteils erhob. Die in der Literatur vorgetragene Kritik an dieser Konstruktion, die im Wesentlichen vorträgt, dass diese Konstruktion des BVerfG keine hinreichend verlässliche Abgrenzungen erlaubte⁵⁶, greift das Gericht auch in den neueren Entscheidungen nicht auf. Nur dadurch, dass das BVerfG in früheren Entscheidungen und auch in diesem aktuellen Beschluss von 2020 prüft, ob die vorgesehenen Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht „von erheblichem Gewicht“ sind, hat es sich der Kritik angenommen und eine realistischere Einschätzung ermöglicht.⁵⁷ Aus der alten BVerfG-Formel, dass es unter den Bedingungen der elektronischen Datenverarbeitung kein belangloses personenbezogenes Datum mehr gebe⁵⁸, wird teilweise in der Literatur herausgelesen, „dass im Grunde jede Form des (automatisierten)

51 BVerfG, Urteil vom 2.3.2010, a. a. O. (Fn. 44), Rn. 191, unter Hinweis auf BVerfGE 100, 313 (358 f.).

52 Beschluss des Ersten Senats, - 1 BvR 1299/05 -, Rn. 1-192, www.bverfg.de/e/rs20120124_1bvr129905.html (letzter Abruf 12.4.2021); = BVerfGE 130, 151-212.

53 BVerfG, Urteil vom 24.1.2012, a. a. O. (Fn. 52), I. Leitsatz.

54 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 90.

55 BVerfGE 65, 1.

56 Vgl. *Albers* 2005, S. 154, 162, 238, 355, 601 ff.; *Placzek* 2006, S. 196, 212 f., 254; *Britz* 2010, S. 561 ff. m. w. N.; *Bull* 2008, S. 51; *Bull* 2011; *Hoffmann-Riem* 1998, S. 513 ff.; *Funke* 2017, S. 22.

57 S. etwa BVerfGE 115, 320 (347 ff.) (Rasterfahndung); E 120, 378 (399) (Kennzeichenerfassungs-Urteil).

58 BVerfGE 65, 1 (45); E 115, 320 (350); E 118, 168 (185); E 120, 378 (399). Vgl. *Bull* 2015, S. 28 ff.

Umgangs mit personenbezogenen Informationen (außer den eigenen) einen rechtfertigungsbedürftigen, potentiell also verfassungswidrigen Freiheitseingriff bedeute.“⁵⁹

Mit dem Beschluss stärkt einerseits das BVerfG weiter die Freiheitsrechte, indem es Auflagen erteilt. Es fordert, dass sich ein Datenaustausch durch die einander korrespondierenden Eingriffe von Abfrage und Übermittlung vollzieht, wobei sowohl die Abfrage als auch die Übermittlung jeweils einer eigenen Rechtsgrundlage bedürfen. „Der Gesetzgeber muss, bildlich gesprochen, nicht nur die Tür zur Übermittlung von Daten öffnen, sondern auch die Tür zu deren Abfrage. Erst beide Rechtsgrundlagen gemeinsam, die wie eine Doppeltür zusammenwirken müssen, berechtigen zu einem Austausch personenbezogener Daten“. ⁶⁰ Andererseits winkt es letztlich aber die neuen Befugnisse der Exekutive mit Hilfe der „Schutzpflichtenlehre“ wieder durch.

Literatur

- Albers, Marion, 2005: Informationelle Selbstbestimmung. Studien zu Staat, Recht und Verwaltung, Band 6, Baden-Baden.
- Britz, Gabriele, 2010: Informationelle Selbstbestimmung zwischen rechtswissenschaftlicher Grundsatzkritik und Beharren des Bundesverfassungsgerichts, in: Hoffmann-Riem, Offene Rechtswissenschaft, Tübingen 2010, S. 561-596.
- Bull, Hans Peter, 2006: Zweifelsfragen um die informationelle Selbstbestimmung – Datenschutz als Datenaskese? NJW 2006, 1617-1624.
- Bull, Hans Peter, 2008: Informationsrecht ohne Informationskultur? RDV 2008, 47-54.
- Bull, Hans Peter, 2011: Informationelle Selbstbestimmung – Vision oder Illusion? Datenschutz im Spannungsverhältnis von Freiheit und Sicherheit, 2. Aufl., Tübingen.
- Bull, Hans Peter, 2013: Die Verfassung schützen – aber richtig; PinG, 1. Jg., Heft 1, S. 1-8.
- Bull, Hans Peter, 2015: Sinn und Unsinn des Datenschutzes. Persönlichkeitsrecht und Kommunikationsfreiheit in der digitalen Gesellschaft, Tübingen.
- Bull, Hans Peter, 2016: Der transatlantische Machtkampf der Rechtssysteme – Konsequenzen aus dem EuGH-Urteil zum internationalen Datentransfer; PinG, 4. Jg., Heft 1, S. 1-7.
- Bull, Hans Peter, 2019: Grundsatzentscheidungen zum Datenschutz bei den Sicherheitsbehörden – Rasterfahndung, Online-Durchsuchung, Kfz-Kennzeichenerfassung und Vorratsdatenspeicherung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; in: Möllers/van Ooyen, Bundesverfassungsgericht und Öffentliche Sicherheit 1: Grundrechte, 5. Aufl., Frankfurt am Main, S. 69-100.
- Funke, Michael, 2017: Dogmatik und Voraussetzungen der datenschutzrechtlichen Einwilligung im Zivilrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Datenschutz-Grundverordnung, Baden-Baden.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang, 2010: Offene Rechtswissenschaft: Ausgewählte Schriften und begleitende Analysen, Tübingen.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang, 1998: Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft – Auf dem Wege zu einem neuen Konzept des Datenschutzes, AöR 123 (1998), S. 513 ff.
- Kastner, Martin 2018: Telekommunikation, Telekommunikationsdaten, Telekommunikationsüberwachung; in: Möllers (Hrsg.), Wörterbuch der Polizei, 3. Aufl., München, S. 2266-2273.

59 Bull 2019, S. 75 f. Nahe bei dieser Position: *Simitis* 2005, S. 526 f. sowie *Simitis* 2005, S. 152. Kritisch dazu Bull 2006, S. 1618, Bull 2008, S. 50; Bull 2016, S. 7.

60 BVerfG-Beschluss vom 27.5.2020, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 93; so auch schon in BVerfGE 130, 151 (184).

- Kutscha*, Martin, 2018: Recht auf informationelle Selbstbestimmung; in: Möllers, Wörterbuch der Polizei, München, S. 1821-1822.
- Möllers*, Martin H. W., 2018: Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis; in: Möllers (Hrsg.), Wörterbuch der Polizei, 3. Aufl., München, S. 404-409.
- Möllers*, Martin H. W./van Ooyen, Robert Chr., 2019: Bundesverfassungsgericht und Öffentliche Sicherheit I: Grundrechte, mit einem Gastbeitrag von Hans Peter Bull, JBÖS-Sonderband 3.1, 5. Aufl., Frankfurt am Main.
- Placzek*, Thomas, 2006: Allgemeines Persönlichkeitsrecht und privatrechtlicher Informations- und Datenschutz: Eine schutzgutbezogene Untersuchung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, Münster.
- Simitis*, Spiros, 2005: Datenschutz – eine notwendige Utopie, in: Kiesow/Ogorek/Simitis (Hrsg.), Summa Dieter Simon zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 2005, S. 511-528.
- Simitis*, Spiros, 2007: Hat der Datenschutz noch eine Zukunft?, RDV 2007, 143-153.

Exkurs:

Das Urteil des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB und der Grundrechtsschutz zum selbstbestimmten Tod – Distanzierung von der Schutzpflichtenlehre?

1. Einleitung zur Problematik

Durch Gesetz vom 3. Dezember 2015¹ war ins Strafgesetzbuch (StGB) die Vorschrift des § 217 StGB aufgenommen worden. Mit dieser Vorschrift war die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung als abstraktes Gefährungsdelikt unter Strafe gestellt worden. Eines tatsächlichen Vollzugs oder auch nur des Versuchs einer Selbsttötung bedurfte es somit nicht². Schutzgut der Norm war die Freiheit zur Selbstbestimmung derjenigen, die auf natürlichem Wege sterben wollten. Gleichzeitig begrenzte diese Norm fortan die freie Entscheidung des Einzelnen, sein Leben durch assistierte Selbsttötung zu beenden. Daher richteten sich die Verfassungsbeschwerden, über die das BVerfG zu entscheiden hatte, unmittelbar gegen § 217 StGB. Beschwerdeführer waren schwer erkrankte Personen, die ihr Leben mit geschäftsmäßig angebotener Unterstützung Dritter selbst beenden wollten, Vereine, die eine solche Unterstützung anboten, einschließlich ihrer organschaftlichen Vertreter und Mitarbeiter, und Ärzte, die in der ambulanten oder stationären Patientenversorgung tätig sind.³ Schließlich waren Beschwerdeführer auch Rechtsanwälte, die über Suizidhilfe beraten und diese vermitteln.

Sie alle machten Verstöße gegen ihre Grundrechte geltend: Die Beschwerdeführer, die Suizidhilfe in Anspruch nehmen möchten, leiteten ihr Recht auf selbstbestimmtes Sterben unter Zuhilfenahme geschäftsmäßig angebotener Unterstützung insbesondere aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ab. Vereine rügten eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG, die für sie tätigen Personen zusätzlich eine Verletzung ihrer Gewissensfreiheit gemäß Art. 4 Abs. 1 Var. 2 GG. Die Ärzte stützten ihre Verfassungsbeschwerden im Wesentlichen auf eine Verletzung ihrer Gewissens- und Berufsfreiheit und die Rechtsanwälte machten ebenfalls einen Eingriff in die Berufsfreiheit geltend.⁴

1 Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, BGBl I S. 2177.

2 BVerfG, Urteil vom 2.3.2017 - 3 C 19.15, www.bverwg.de/de/020317U3C19.15.0 (letzter Abruf 23.2.2021), Rn. 25; vgl. BTDrucks 18/5373, S. 19.

3 Zur Strafbarkeit des Arztes unter sonstigen in Betracht kommenden Delikten vgl. BGH, Urteil vom 3.7.2019 - 5 StR 393/18 -, juris.

4 BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15 -, Rn. 2-6, www.bverfg.de/e/rs20200226_2bvr234715.html (letzter Abruf 12.4.2021).

Der Gesetzgeber beabsichtigte, wie aus den Gesetzesmaterialien zu § 217 StGB hervorgeht, mit seiner Vorschrift, dass die prinzipielle Straflosigkeit einer Teilnahme am Suizid nicht infrage gestellt werden soll, eine Korrektur aber dort erforderlich sei, wo geschäftsmäßige Angebote die Suizidhilfe als „normale Behandlungsoption“ erscheinen lassen.⁵ Der Gesetzgeber wollte daher mit der Strafvorschrift des § 217 StGB erreichen, einer möglichen Entwicklung entgegenzutreten, dass durch geschäftsmäßige Angebote der Suizidunterstützung ein Gewöhnungseffekt eintritt.⁶ Durch diesen könnten sich nämlich Alte und Kranke dazu gedrängt fühlen, eine schmerz- und risikofreie Tötung durch Einnahme eines den Tod bringenden Medikaments vorzunehmen, um ihrer Umwelt nicht mehr zur Last zu fallen.⁷ Die Folge wäre also die Einschränkung der Selbstbestimmung derjenigen, die auf natürlichem Weg sterben wollen.⁸ Außerdem sollte mit § 217 StGB einer Interessenkollisionen zwischen Suizidhelfern und Suizidenten vorgebeugt werden.⁹ Diese Gründe teilte der Zweite Senat des BVerfG¹⁰ aber nicht, sondern erklärte einstimmig, dass die Vorschrift des § 217 StGB als mit dem Grundgesetz unvereinbar und daher nichtig ist.

Geregelt wird durch Urteil des BVerfG der *assistierte* Suizid, rechtlich somit die *Beihilfe* zur Selbsttötung. Dabei tötet sich ein Mensch selbst, etwa durch Einnahme eines tödlichen Arzneimittels, welches ihm ein „Helfer“ beschafft hat. Hier unterscheidet die Rechtsprechung verschiedene Fallgruppen straffreier Sterbehilfe: Eine Fallgruppe ist die *indirekte* Sterbehilfe. Beispiel ist eine medizinisch indizierte schmerz- oder leidensmindernde Therapie eines sterbenden oder todkranken Menschen, bei der hingenommen wird, dass der Tod dadurch früher eintreten kann.¹¹ Eine andere Fallgruppe ist der sogenannte Behandlungsabbruch einer lebensverlängernden medizinischen Maßnahme aufgrund eines tatsächlichen (Patientenverfügung) oder mutmaßlichen Patientenwillens.¹² „Jenseits dieser Fallgruppen ist die einverständliche Fremdtötung als Tötung auf Verlangen gemäß § 216 StGB strafbar.“¹³

Dagegen beinhaltet die sog. *aktive* Sterbehilfe, dass nicht der Sterbewillige, sondern ein Dritter, z. B. durch die Verabreichung einer Giftspritze, den Suizid vornimmt (Tötung auf Verlangen). In diesen Fällen hat nicht der Suizidwillige, sondern der Dritte die Tat Herrschaft, sodass der Anwendungsbereich der §§ 212, 216 StGB immer eröffnet ist. Die

5 BT-Drs. 18/5373 S. 2.

6 A. a. O.

7 A. a. O.

8 *Jurgeleit* 2015, S. 2714.

9 BT-Drs. 18/5373 S. 11.

10 Mitgewirkt haben die Richterinnen und Richter Präsident Andreas Voßkuhle, Johannes Masing, Peter M. Huber, Monika Hermanns, Sibylle Kessel-Wulf, Doris König, Ulrich Maidowski und Christine Langenfeld.

11 Vgl. BGHSt 42, 301 (305).

12 Vgl. BGHSt 55, 191 (202 ff.) Rn. 30 ff.

13 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 23. Verlangen i. S. d. § 216 setzt allerdings noch mehr voraus als nur ein Einverständnis, wie es im Urteil formuliert ist.

aktive Sterbehilfe wird also durch das Urteil des BVerfG nicht erfasst und bleibt nach wie vor gem. den §§ 212, 216 StGB strafbar.

2. Der Grundrechtsschutz der Selbstbestimmung über den Tod

Mit Urteil vom 2. März 2017 hatte das Bundesverwaltungsgericht für Recht erkannt, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG auch das Recht eines schwer und unheilbar kranken Menschen umfasst, zu entscheiden, wie und zu welchem Zeitpunkt sein Leben enden soll, vorausgesetzt, er kann seinen Willen frei bilden und entsprechend handeln.¹⁴ Bis dahin hatte das BVerfG diese Frage nach dem Grundrechtsschutz der Selbsttötung nicht endgültig entschieden.¹⁵ Allerdings war bereits anerkannt, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht dem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung einräumt, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann.¹⁶ Dazu gehört auch das Recht, über sich selbst zu verfügen und sein Schicksal eigenverantwortlich zu gestalten.¹⁷ Der Umgang mit Krankheit und das Recht, Heilbehandlungen abzulehnen, sind davon ebenfalls erfasst.¹⁸ Ist die Krankheit also lebensbedrohlich, kann ein schwer und unheilbar kranker Mensch entscheiden, zu welchem Zeitpunkt sein Leben enden soll.¹⁹ Ein Behandlungsabbruch kann mit einem Suizid aber nicht gleichgesetzt werden, da durch letzteren eine künstliche Todesursache gesetzt wird.²⁰ Das BVerfG urteilte jedoch, dass sich der Grundrechtsschutz der Selbsttötung nicht nur auf solche Fälle beschränke, in denen der Sterbeprozess bereits eingesetzt hat.²¹

Das BVerfG machte in seiner Entscheidung vom 26. Februar 2020 deutlich, dass das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitete Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben weit auszulegen ist: Es schließt die Freiheit ein, sich das Leben zu nehmen und umschließt auch die Freiheit, hierfür bei Dritten Hilfe zu suchen und Hilfe, soweit sie angeboten wird, in Anspruch zu nehmen. Dagegen umfasst der Grundrechtsschutz keinen *Anspruch* auf Unterstützung Dritter. Suizidwillige können nur auf vorhandene Kapazitäten zurückgreifen und im Rahmen von Freiwilligkeit die Unterstützung Dritter nutzen. Außerdem besteht auch kein Anspruch gegen den Staat auf Schaffung der nötigen Infra-

14 2. Leitsatz des Urteils des BVerfG, Urteil vom 2.3.2017 - 3 C 19.15; www.bverwg.de/de/020317U3C19.15.0 (letzter Abruf 12.4.2021).

15 Lindner 2017, 148 ff.

16 BVerfG, Urteil v. 13.2.2007 - 1 BvR 421/05 - BVerfGE 117, 202 (225 f.).

17 BVerfG, Beschluss v. 11.10.1978 - 1 BvR 16/72 - BVerfGE 49, 286 (298).

18 BVerfG, Urteil vom 26.07.2016 - 1 BvL 8/15 - NJW 2017, 53 Rn. 74 f.; BGHSt 55, 191; vgl. Kämpfer 2015, S. 163.

19 Vgl. Dreier, in: Dreier 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 154, Art. 2 Abs. 1 Rn. 29; Dreier 2007, S. 319; Hufen 2001, S. 851; a. A. Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke 2017, Art. 1 Rn. 39; BGH, Urteil vom 25. Juni 2010 - 2 StR 454/09 -, BGHSt 55, 191-206.

20 Vgl. Starck in: Huber/Voßkuhle 2018, Art. 2 Rn. 215.

21 BVerfG, Urteil vom 2.3.2017 - 3 C 19.15, a. a. O. (Fn. 14), Rn. 24.

struktur, die ein mit Rücksicht auf das Selbstverständnis des Grundrechtsträgers menschenwürdiges Sterben ermöglicht.²²

Aber die Entscheidung des Einzelnen, seinem Leben entsprechend seinem Verständnis von Lebensqualität und Sinnhaftigkeit der eigenen Existenz ein Ende zu setzen, ist im Ausgangspunkt als Akt autonomer Selbstbestimmung von Staat und Gesellschaft zu respektieren.²³ Die Idee von der Würde des Menschen und seiner freien Entfaltung in Selbstbestimmung und Eigenverantwortung führt dazu, dass das

„Recht auf selbstbestimmtes Sterben [...] als Ausdruck personaler Freiheit nicht auf fremddefinierte Situationen beschränkt [ist]. Das den innersten Bereich individueller Selbstbestimmung berührende Verfügungsrecht über das eigene Leben ist insbesondere nicht auf schwere oder unheilbare Krankheitszustände oder bestimmte Lebens- und Krankheitsphasen beschränkt. Eine Einengung des Schutzbereichs auf bestimmte Ursachen und Motive liefe auf eine Bewertung der Beweggründe des zur Selbsttötung Entschlossenen und auf eine inhaltliche Vorbestimmung hinaus, die dem Freiheitsgedanken des Grundgesetzes fremd ist.“²⁴

Das in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG verwurzelte Recht auf selbstbestimmtes Sterben schließt gerade ein, dass die eigenverantwortliche Entscheidung über das eigene Lebensende keiner weiteren Begründung oder Rechtfertigung bedarf.

„Der Mensch bleibt nur dann als selbstverantwortliche Persönlichkeit, als Subjekt anerkannt, sein Wert- und Achtungsanspruch nur dann gewahrt, wenn er über seine Existenz nach eigenen, selbstgesetzten Maßstäben bestimmen kann.“²⁵

Aus diesem Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben ergibt sich weitergehend auch die Freiheit, hierfür bei Dritten im Rahmen ihrer Freiheit Hilfe zu suchen und angebotene Hilfe auch in Anspruch zu nehmen.²⁶

Da der Grundrechtsschutz nicht auf unmittelbar adressierte Eingriffe beschränkt ist, sondern auch staatliche Maßnahmen mit mittelbarer oder faktischer Wirkung einschließt, wenn sie in ihrer Zielsetzung und Wirkung einem normativen und direkten Eingriff gleichkommen, müssen sie wie ein unmittelbarer Eingriff behandelt werden.²⁷ Dies sieht das BVerfG hier gegeben: Denn um straf- und ordnungsrechtliche Konsequenzen zu vermeiden, stellten Anbieter von geschäftsmäßig bereitgestellter Suizidhilfe ihre Tätigkeit nach Inkrafttreten von § 217 StGB ein, sodass es für diejenigen, die sich selbstbestimmt, ohne äußeren Druck und wohlüberlegt zur Selbsttötung entschlossen hatten, Suizidhilfe fak-

22 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 342.

23 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), 1. Leitsatz a)-c).

24 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 210.

25 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 211. Vgl. auch Dreier, in: Dreier 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 154.

26 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 212.

27 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 215.

tisch unmöglich wurde.²⁸ Es liegt somit ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht vor, der am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen ist.

Angebote geschäftsmäßiger Suizidhilfe berühren nicht ausschließlich das Verhältnis zwischen dem aus freiem Entschluss handelnden Suizidwilligen und dem Suizidhelfer. Daher gehen von ihnen Vor- und Folgewirkungen aus, die erhebliche Missbrauchsgefahren und Gefährdungen für die autonome Selbstbestimmung Dritter umfassen.²⁹ Das Recht des Einzelnen, seinem Leben ein Ende zu setzen und dafür Hilfe zu suchen, tritt also in Kollision zu der Pflicht des Staates, die Autonomie Suizidwilliger und darüber auch das hohe Rechtsgut Leben zu schützen.³⁰

3. Grenzen des staatlichen Lebensschutzes

Grundrechte sind primär als subjektive Abwehrrechte konzipiert.³¹ Das BVerfG stellte im Lüth-Urteil³² fest: „Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Das ergibt sich aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung der Grundrechtsidee wie aus den geschichtlichen Vorgängen, die zur Aufnahme von Grundrechten in die Verfassungen der einzelnen Staaten geführt haben. Diesen Sinn haben auch die Grundrechte des Grundgesetzes, das mit der Voranstellung des Grundrechtsabschnitts den Vorrang des Menschen und seiner Würde gegenüber der Macht des Staates betonen wollte.“³³ Somit ist Privatautonomie gewollt, die Freiheit des Bürgers soll sich möglichst ungehindert entfalten.³⁴ Ein bloßer Schutz *vor* dem Staat kann dabei im Einzelfall jedoch unzureichend sein.³⁵ Hier kommt die Dimension der Grundrechte als „objektive Wertentscheidung[en] der Verfassung“ zum Tragen.³⁶ In dieser Ausprägung gewähren sie einen Schutz *durch* den Staat. So ergibt sich aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG die grundsätzliche Pflicht des Gesetzgebers, die Verursachung von Gefahren für Leib und

28 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 216.

29 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 222.

30 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 223.

31 BVerfGE 1, 97; *Bernert-Auerbach* 2012, S. 210.

32 Urteil des Ersten Senat vom 15. Januar 1958, BVerfGE 7, 198-230 – Lüth.

33 BVerfGE 7, 198 (204 f.).

34 *Isensee* 2011, Rn. 2; *Michael/Morlok* 2019, § 15 Rn. 478, § 18 Rn. 510.

35 Vgl. *Antoine* 2004, S. 199.

36 BVerfGE 7, 198 (204 f.); vgl. *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig* 2020, Art. 20 GG Rn. 128; *Lorenz* in: *Kahl/Waldhoff/Walter* 2019, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG Rn. 418.

Leben zu verbieten,³⁷ um so das Risiko von Grundrechtsbeeinträchtigungen zu reduzieren.³⁸ Allerdings muss bei der Verfolgung von Schutzpflichten beachtet werden, ob die Freiheitseinschränkung angemessen ist.³⁹ Dies ist nur dann der Fall, wenn das Maß der Belastung des Einzelnen noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen steht.⁴⁰ Dafür ist eine Abwägung zwischen den Gemeinwohlbelangen, deren Wahrnehmung der Eingriff in Grundrechte dient, und den Auswirkungen auf die Rechtsgüter der davon Betroffenen notwendig.⁴¹ „Hierbei müssen die Interessen des Gemeinwohls umso gewichtiger sein, je empfindlicher der Einzelne in seiner Freiheit beeinträchtigt wird“.⁴² Der Gemeinschaftsschutz wird umgekehrt umso dringlicher, je größer die Nachteile und Gefahren sind, die aus einer gänzlich freien Grundrechtsausübung erwachsen können.⁴³ Daraus folgt, dass der beabsichtigte, grundsätzlich legitime Schutz zurückstehen muss, wenn das eingesetzte Mittel zu einer unangemessenen Beeinträchtigung der Rechte des Betroffenen führen würde.

4. Die Frage nach der Distanzierung des BVerfG von der Schutzpflichtenlehre

Das BVerfG kommt zu dem Ergebnis, dass das in § 217 StGB normierte Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung nicht den Anforderungen genügt. Daher stellt sich die Frage, ob das Gericht sich damit von der selbst entwickelten Schutzpflichtlehre distanziert.

Lang und breit⁴⁴ führt das BVerfG aus, dass das in § 217 StGB normierte Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung zwar legitimen Gemeinwohlzwecken dient⁴⁵, da mit ihm Selbsttötungen entgegengewirkt werden soll, die nicht von freier Selbstbestimmung und Eigenverantwortung getragen sind, und durch das Verbot geeignet ist, diese zu erreichen.⁴⁶

37 BVerfGE 39, 1; *Antoni*, in: *Hömig/Wolff* 2018, Art. 2 Rn. 9; vgl. *Ipsen* 2020, § 5 Rn. 252; *Kunig*, in: *von Münch/Kunig* 2012, Art. 2 Rn. 55; *Murswiek/Rixen*, in: *Sachs* 2021, Art. 2 GG Rn. 180; *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* 2013, Art. 2 Abs. 2 GG Rn. 80; *Sodan*, in: *Sodan* 2018, Art. 2 GG Rn. 19; *Starck*, in: *Huber/Voßkuhle* 2018, Art. 2 Rn. 214.

38 BVerfG, Beschluss vom 14.1.1981 - 1 BvR 612/72; vgl. BVerfG, Beschluss vom 20.12.1979 - 1 BvR 385/77; *Steiner*, in: *Spickhoff* 2018, Art. 2 GG Rn. 13.

39 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 264.

40 Vgl. BVerfGE 76, 1 (51). BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 264.

41 Vgl. BVerfGE 92, 277 (327). BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 265.

42 Vgl. BVerfGE 36, 47 (59); E 40, 196 (227); BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 265. Vgl. auch *Stern* 1994, S. 790.

43 Vgl. BVerfGE 7, 377 (404 f.); BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 265.

44 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 228-263.

45 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 227 ff.

46 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 260 ff.

Den Schutzpflichten liegt aber der Gedanke zugrunde, dass Grundrechtsbeschränkungen nicht nur von staatlicher Seite aus entstehen, sondern auch durch Private vorgenommen werden können.⁴⁷ Grundsätzlich liegt in diesen Fällen eine Dreieckskonstellation vor, in der sich zwei Grundrechtsberechtigte gegenüber stehen.⁴⁸ Beim Problemfeld des eigenverantwortlichen Suizids ist dieses Dreiecksverhältnis aber gerade nicht gegeben. Die Abweichung besteht darin, dass hier zwei Grundrechte ein- und derselben Person miteinander abgewogen werden. Bezogen auf den Fall geht es sowohl um das Selbstbestimmungsrecht der suizidwilligen Person als auch um ihr Grundrecht auf Leben. Der staatliche Lebensschutz vor sich selbst führt zu einer Freiheitsbeschränkung, die ihrerseits gerechtfertigt werden muss.⁴⁹

Voraussetzung dafür ist eine besondere Schutzbedürftigkeit des Bürgers.⁵⁰ Eine solche besteht dann, wenn der Betroffene die Selbstgefährdung aufgrund mangelnder Einsichtsfähigkeit bewirkt.⁵¹ Ein zwangsweiser Schutz setzt demnach eine mehr oder weniger starke Einschränkung der Selbstbestimmungsfähigkeit voraus,⁵² denn eine „Vernunftlosigkeit“ staatlicher Organe, die sich über den Willen des Grundrechtsträgers hinwegsetzt, um ihn vor sich selbst zu schützen, gibt es grundsätzlich nicht.⁵³ Die Rechtfertigung eines derartigen Eingriffs besteht dann aber nicht in der „Sicherstellung medizinischen Schutzes nach Maßstäben objektiver Vernünftigkeit“,⁵⁴ sondern im Schutz der Selbstbestimmung, zu der der Betroffene nicht in der Lage ist.⁵⁵

Die allgemeine Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG kann also einen Eingriff nicht rechtfertigen, wenn eine Person eine freiverantwortliche Entscheidung treffen kann. Diese Wertung entspricht auch der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte. Danach ist das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 8 Abs. 1 EMRK, welches nach der Rechtsprechung des EGMR auch die Selbstbestimmung zur Selbsttötung umfasst⁵⁶ zwar nach Art. 8 Abs. 2 EMRK einschränkbar. Die Behörden sind aus Art. 2 EMRK aber nur dann verpflichtet, eine Person an der Selbsttötung zu hindern, wenn sie die Entscheidung nicht frei und in Kenntnis aller Umstände getroffen hat.⁵⁷

47 Lang, in: *Epping/Hillgruber* 2017, Art. 2 Rn. 74.

48 Isensee 2011, Rn. 247; Lang, in: *Epping/Hillgruber* 2017, Art. 2 Rn. 75.

49 Vgl. *Hillgruber* 1992, S. 116.

50 Vgl. *Michael/Morlok* 2019, § 18 Rn. 514.

51 Vgl. BVerfG, Beschluss v. 7.10.1981 - 2 BvR 1194/80; vgl. BVerfG, Beschluss vom 26.7.2016 - 1 BvL 8/15 - FamRZ 2016, 1738 Rn. 73 = BVerfG, NJW 2017, 53 (56).

52 BVerfGE 22, 189 (219); E 58, 208 (225); anders aber BVerfG 11.8.1999 - 1 BvR 2181/98 Rn. 72.

53 VGH BW, Urteil v. 29.8.2017 - 10 S 30/16; vgl. BVerfGE 22, 180 (219 f.), von *Olshausen* 1982, S. 2223.

54 BVerfG, Beschluss vom 26.7.2016 - 1 BvL 8/15 - FamRZ 2016, 1738 Rn. 73. = BVerfG, NJW 2017, 53 (56); vgl. auch BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 338.

55 Vgl. *Murswiek/Rixen* in *Sachs* 2021, Art. 2 GG Rn. 209.

56 EGMR, NJW 2013, 2953 (2955). BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 302 ff.

57 A. a. O.

Daher kommt das BVerfG zurecht zu dem Ergebnis, dass das in § 217 StGB normierte Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung nicht den Anforderungen genügt, da es nicht angemessen ist. Einschränkungen individueller Freiheit sind nämlich nur dann angemessen, wenn das Maß der Belastung des Einzelnen noch in einem vernünftigen Verhältnis zu den der Allgemeinheit erwachsenden Vorteilen steht.⁵⁸

„Dieses Maß überschreitet die von § 217 StGB für den Sterbewilligen ausgehende Belastung. Die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung hat zur Folge, dass das Recht auf Selbsttötung als Ausprägung des Rechts auf selbstbestimmtes Sterben in bestimmten Konstellationen faktisch weitgehend entleert ist. Dadurch wird die Selbstbestimmung am Lebensende in einem wesentlichen Teilbereich außer Kraft gesetzt, was mit der existentiellen Bedeutung dieses Grundrechts nicht in Einklang steht.“⁵⁹

Daraus folgt: Der staatliche Lebensschutz ist zwar durch die abstrakte Gefährdung der Abstumpfung zur „normalen Behandlungsoption“ gegenüber Suiziden beeinträchtigt. In der Abwägung wird der Lebensschutz aber verhältnismäßig gering beeinträchtigt, sodass hier das allgemeine Persönlichkeitsrecht eines Sterbewilligen höher wiegt. Daher distanziert sich in diesem Fall das BVerfG nicht von der allgemeinen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG.

5. Weitere Grundrechtsverletzungen durch die Normierung des § 217 StGB

In Bezug auf die anderen Beschwerdeführer sieht das BVerfG andere Grundrechte verletzt: Zwar sieht das BVerfG für die deutschen Vereine und ihre organschaftlichen Vertreter und Mitarbeiter keinen Grundrechtsschutz der von ihnen ausdrücklich geltend gemachten Vereinigungsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 1 GG gegenüber dem Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung, da der sachliche Schutzbereich dieses Grundrechts nicht betroffen ist.⁶⁰ Ihnen verbleibt – wie auch der Ärztin mit schweizerischer Staatsbürgerschaft – nur der subsidiäre Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG. Denn dadurch, dass sie ihre auf Erbringung oder Vermittlung von Suizidhilfe gerichteten Aktivitäten (vorläufig) einstellen mussten, um nicht mit den Maßgaben des § 217 StGB in Konflikt zu treten, sind sie in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit betroffen.⁶¹ Die mit dem Recht

„auf selbstbestimmtes Sterben grundrechtlich geschützte Freiheit des Einzelnen, sich selbst mit Unterstützung und in Begleitung von zur Hilfe bereiten Dritten das Leben zu nehmen, steht in inhaltlicher Abhängigkeit zu dem grundrechtlichen Schutz der Suizidhilfe. Die Entschei-

58 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 264.

59 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), ebd.

60 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 325 ff.

61 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 330.

derung zur Selbsttötung ist in ihrer Umsetzung nicht nur in tatsächlicher Hinsicht davon abhängig, dass Dritte bereit sind, Gelegenheit zur Selbsttötung zu gewähren, zu verschaffen oder zu vermitteln. Die Dritten müssen ihre Bereitschaft zur Suizidhilfe auch rechtlich umsetzen dürfen.“⁶²

Das Recht auf Selbsttötung korrespondiert daher entsprechend weitreichend mit dem grundrechtlichen Schutz des Handelns des Suizidassistenten. Mit der Androhung einer Freiheitsstrafe verletzt das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung somit die allgemeine Handlungsfreiheit, sodass der Eingriff in dieses Grundrecht nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Die natürlichen Personen als Normadressaten des § 217 StGB sind zudem in ihrem Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 i. V. m. Art. 104 Abs. 1 GG verletzt.⁶³ Für die deutschen Ärzte und auch für Rechtsanwälte, die über Suizidhilfe beraten und diese vermitteln, ergibt sich der verfassungsrechtliche Schutz gegenüber dem Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung aus Art. 12 Abs. 1 GG⁶⁴, nicht dagegen aus der Gewissensfreiheit gemäß Art. 4 Abs. 1 Var. 2 GG, da diese ausschließlich die ernste sittliche, an den Kategorien von Gut und Böse orientierte Entscheidung eines Menschen betrifft, worunter die Gewährung, Verschaffung oder Vermittlung einer Gelegenheit zur Selbsttötung nicht fällt.⁶⁵

Da das BVerfG entschied, dass § 217 StGB nicht verfassungskonform ausgelegt werden kann⁶⁶, erklärte es § 217 StGB wegen der festgestellten Verfassungsverstöße für nichtig.⁶⁷ Daraus ergibt sich die Frage, ob einer geschäftsmäßig angebotenen Sterbehilfe durch die *liberale* Entscheidung des BVerfG nunmehr Tür und Tor geöffnet ist und – neben Sterbehilfevereinen – sich neue Geschäftsmodelle entwickeln können, die den Suizid quasi „hoffähig“ machen und als „normale Behandlungsoption“ erscheinen lassen.⁶⁸

6. Die Bedeutung des Urteils für die Gesellschaft: Wird geschäftsmäßig angebotene Suizidhilfe zum neuen, lukrativen Wirtschaftszweig?

Das BVerfG stellte einerseits fest, dass das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung in § 217 Abs. 1 StGB die Möglichkeiten einer assistierten Selbsttötung so weit verengt, dass dem Einzelnen faktisch kein Raum zur Wahrnehmung seiner verfassungsrechtlich geschützten Freiheit verbleibt.⁶⁹ Andererseits entschied es aber in *etatisti-*

62 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 331.

63 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 332. Vgl. BVerfGE 96, 245 (249); E 101, 275 (287); E 140, 317 (345 Rn. 58).

64 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 307.

65 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 308 f.; BT-Drs. 18/5373 S. 2, 18.

66 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 334 ff.

67 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 337.

68 Vgl. BT-Drs. 18/5373 S. 2.

69 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), 5. Leitsatz.

scher Tradition auch, dass der in der Verfassung verankerte hohe Rang sowohl der Autonomie als auch des Lebens grundsätzlich geeignet ist, einen effektiven präventiven Schutz ebenfalls mit Mitteln des Strafrechts zu rechtfertigen. Allerdings müsse der Gesetzgeber, der bestimmte, für die Autonomie gefährliche Formen der Suizidhilfe unter Strafe stellt, sicherstellen, dass trotz des Verbots im Einzelfall ein Zugang zu freiwillig bereitgestellter Suizidhilfe real eröffnet bleibt.⁷⁰ Denn ein

„... legislatives Schutzkonzept hat sich [...] an der der Verfassungsordnung des Grundgesetzes zugrundeliegenden Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen auszurichten, das darauf angelegt ist, sich in Freiheit selbst zu bestimmen und zu entfalten“.⁷¹

Nicht verfassungskonform ist es deshalb, wenn der Gesetzgeber sich seinen sozialpolitischen Verpflichtungen dadurch glaubt entziehen zu können, dass er Risiken, die die Autonomie individueller Selbstbestimmung zum Suizid gefährden, vollständig suspendiert und das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf Selbstbestimmung außer Kraft setzt.⁷² Denn der legitime Einsatz des Strafrechts zum Schutz der autonomen Entscheidung des Sterbewilligen findet seine Grenze, wenn die freie Entscheidung nicht mehr geschützt, sondern unmöglich gemacht wird.⁷³

Das BVerfG setzt daher nicht allein auf das Strafrecht, sondern sieht für den Schutz der Selbstbestimmung über das eigene Leben auch andere Formen der legislativen Regulierung vor, da aus der Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB nicht folgt, dass der Gesetzgeber sich einer Regulierung der Suizidhilfe vollständig zu enthalten hat.⁷⁴ Vielmehr steht

„... dem Gesetzgeber in Bezug auf das Phänomen organisierter Suizidhilfe ein breites Spektrum an Möglichkeiten offen. Sie reichen von der positiven Regulierung prozeduraler Sicherungsmechanismen, etwa gesetzlich festgeschriebener Aufklärungs- und Wartepflichten, über Erlaubnisvorbehalte, die die Zuverlässigkeit von Suizidhilfeangeboten sichern, bis zu Verboten besonders gefahrträchtiger Erscheinungsformen der Suizidhilfe entsprechend dem Regelungsgedanken des § 217 StGB. Sie können mit Blick auf die Bedeutung der zu schützenden Rechtsgüter auch im Strafrecht verankert oder jedenfalls durch strafrechtliche Sanktionierung von Verstößen abgesichert werden“.⁷⁵

Konkret fordert das BVerfG eine konsistente Ausgestaltung des Berufsrechts der Ärzte und der Apotheker und auch Anpassungen des Betäubungsmittelrechts. Dies schließt aber nicht aus, die im Bereich des Arzneimittel- und des Betäubungsmittelrechts verankerten Elemente des Verbraucher- und des Missbrauchsschutzes aufrechtzuerhalten und in ein Schutzkonzept im Bereich der Suizidhilfe einzubinden.⁷⁶

70 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), 4. Leitsatz u. Rn. 268 f.; 272.

71 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 338.

72 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 277.

73 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), 4. Leitsatz u. Rn. 273.

74 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 338.

75 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 339.

76 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 341 f.

Damit ist die Frage, ob einer geschäftsmäßig angebotenen Sterbehilfe nunmehr Tür und Tor geöffnet ist und neben Sterbehilfevereinen sich neue Geschäftsmodelle entwickeln können, beantwortet: Es kommt auf den Gesetzgeber an, den assistierten Suizid nunmehr ohne Zeitverzögerung verfassungskonform zu regulieren und dabei von der „aktiven Sterbehilfe“ genau abzugrenzen.

7. Kurze Zusammenfassung und Bewertung

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung eindeutig festgestellt, dass aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG das Grundrecht der Selbstbestimmung über den eigenen Tod folgt und das Recht des selbstbestimmten Sterbens auch die Freiheit mit einschließt, sich dafür fremder Hilfe zu bedienen.

Da es nach dem Urteil des BVerfG eine Verpflichtung zur Suizidhilfe nicht geben darf⁷⁷, kommen dafür nur privatautonome Vereinigungen – in welcher Rechtsform auch immer – in Betracht. Als abstraktes Gefährdungsdelikt ist die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung nach dem Urteil des BVerfG nicht mehr nach § 217 StGB unter Strafe gestellt, weil das Gericht die Vorschrift für verfassungswidrig und nichtig erklärt hat. Es ist aber dennoch nicht damit zu rechnen, dass eine „geschäftsmäßig angebotene Sterbehilfe“ als neuer Wirtschaftszweig ins Land einzieht wird, weil das BVerfG dem Gesetzgeber konkrete Regulierungsvorschläge in das Urteil geschrieben hat. Diese müssen von der Legislative nur noch umgesetzt werden.

Damit gibt das BVerfG ein weiteres Beispiel seiner „Schutzpflichtenlehre“ ab, indem es in „hegelianischer Entgegensetzung von ‚Staat‘ und ‚Gesellschaft‘“⁷⁸ argumentiert. Es schiebt dem Gesetzgeber die Aufgabe zu, den assistierten Suizid verfassungskonform zu regulieren und dabei von der „aktiven Sterbehilfe“ genau abzugrenzen. Dafür liefert das Gericht auch „kleinteilige“, konkrete Regulierungsvorschläge, die es etwa in der Ausgestaltung des Berufsrechts der Ärzte und Apotheker sowie in Anpassungen des Betäubungsmittelrechts sieht. Auch schlägt das BVerfG die positive Regulierung prozeduraler Sicherungsmechanismen vor, die es haargenau an gesetzlich festgeschriebenen Aufklärungs- und Wartepflichten und Erlaubnisvorbehalten festmacht, um die Zuverlässigkeit von Suizidhilfeangeboten zu sichern. Besonders gefahrträchtige Erscheinungsformen der Suizidhilfe soll der Gesetzgeber entsprechend dem Regelungsgedanken des § 217 StGB auch über das Strafrecht verbieten. Damit zeigt das BVerfG, dass es bereitwillig und offensichtlich gerne in Detailfragen einsteigt.⁷⁹ Es liegt daher kein Fall „reiner“ Rechtsprechung vor. Hier wird deutlich, dass der Mythos einer klaren Trennung von Recht und

77 BVerfG, Urteil vom 26.2.2020 - 2 BvR 2347/15, a. a. O. (Fn. 4), Rn. 342.

78 *van Ooyen* 2020, S. 198.

79 *van Ooyen* 2020, ebd.

Politik, der – überkommen als veraltete Staatslehre des 19. Jahrhunderts⁸⁰ – in der deutschen politischen Kultur immer noch fest verankert ist, auch beim BVerfG vorherrscht.⁸¹ Und es zeigt sich (auch) an diesem Urteil, dass die traditionell stärker liberal ausgerichtete Theorie eine „dunkle“, etatistische Seite hat, sodass die liberale Entscheidung Stück für Stück in Richtung „Staatsräson“ zu kippen droht.

Literatur

- Antoine, Jörg, 2004: Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung, Berlin.
- Bernert-Auerbach, Ulrike, 2012: Das Recht auf den eigenen Tod und aktive Sterbehilfe unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, Frankfurt am Main.
- Dreier, Horst, 2007: Grenzen des Tötungsverbotes – Teil 2, JZ 2007, 317-326.
- Dreier, Horst (Hrsg.), 2013: Grundgesetz Kommentar, Band I: Präambel, Artikel 1-19, 3. Aufl., Tübingen.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian, 2017: Beck'scher Online-Kommentar | GG, 35. Edition, Stand 15.11.2017.
- Hillgruber, Christian, 1992: Der Schutz des Menschen vor sich selbst. Studien zum öffentlichen Recht und zur Verwaltungsrechtslehre, Band 48, München.
- Huber, Peter M./Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), 2018: MKS-Kommentar zum Grundgesetz in 3 Bänden, 7. Aufl., München.
- Hufen, Friedhelm, 2001: In dubio pro dignitate: Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens, NJW 2001, 849-857.
- Ipsen, Jörn, 2020: Staatsrecht II Grundrechte, 23. Aufl., München.
- Isensee, Josef, 2011: § 191: Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IX, S. 413-568.
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), 2011: Handbuch des Staatsrechts, Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl. Heidelberg.
- Jurgeleit, Andreas, 2015: Sterbehilfe in Deutschland, NJW, 2708-2714.
- Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hrsg.), 2019: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 25. Ordner, 201. Aktualisierung Dezember.
- Kämpfer, Ulf, 2015: Die Selbstbestimmung Sterbewilliger – Sterbehilfe im deutschen und amerikanischem Verfassungsrecht, Berlin.
- Lindner, Josef Franz, 2017: Deutscher Ethikrat als praeceptor iurisdictionis? – Kritik der Ad-hoc-Empfehlung „Suizidprävention statt Suizidunterstützung“, ZRP, S. 148-151.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter, 2020: Grundgesetz, Kommentar in sieben Loseblattordnern, herausgegeben von Roman Herzog, Matthias Herdegen, Rupert Scholz, Hans H. Klein, 92. Ergänzungslieferung, München.
- Michael, Lothar/Morlok, Martin, 2019: Grundrechte, 7. Aufl., Baden-Baden.
- von Münch, Ingo/Kunig, Philip, 2012: Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl., München.
- von Olshausen, Henning, 1982: Menschenwürde im Grundgesetz: Wertabsolutismus oder Selbstbestimmung?, NJW, 2221-2224.
- van Ooyen, Robert Chr., 2020: Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa. Von Solange über Maastricht und Lissabon zur EU-Grundrechtecharta, 8. Aufl., Baden-Baden.
- Sachs, Michael, 2021: Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl., München.

80 van Ooyen 2020, S. 199.

81 van Ooyen 2020, S. 200.

- Schmidt-Bleibtreu*, Bruno/*Hofmann*, Hans/*Hennecke*, Hans-Günter (Hrsg.), 2017: GG Kommentar zum Grundgesetz, 14. Aufl., Köln.
- Sodan*, Helge, 2018: Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl., München 2018.
- Spickhoff*, Andreas, 2018: Medizinrecht, Kommentar, 3. Aufl., München.
- Stern*, Klaus, 1994: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2: Allgemeine Lehren der Grundrechte, München.
- Wolff*, Heinrich Amadeus (Hrsg.), 2018: Hömig/Wolff: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Handkommentar, 12. Aufl., Baden-Baden.

Europäische Integration: Die „Trinitätslehre“ von Staat – Souveränität – Volk

Homogenes Staatsvolk statt europäische Bürgerschaft:

Das Bundesverfassungsgericht zitiert Heller, meint Schmitt und verwirft Kelsens postnationales Konzept demokratischer Rechtsgenossenschaft

1. Heller-Rezeption in der Staatsrechtslehre

Bei der Rezeption Hermann Hellers in der Staatsrechtslehre fällt rasch eine Eigentümlichkeit auf. Obwohl er zu den „Großen Vier“ der Weimarer Zeit zählt, die mit ihren grundlegenden Staats- und Verfassungslehren sowie dem seinerzeitigen „Richtungsstreit“ bis heute die Eckpflöcke bestimmt haben, ist er in der deutschen juristischen Rezeption auf den ersten Blick relativ abwesend. Das liegt weniger daran, dass Heller seine Staatslehre vor allem als Politische Wissenschaft verstanden hat¹, gegen die sich der binnenjuristische Diskurs „reiner Rechtswissenschaft“ sperrt. Denn umgekehrt „glänzt“ gerade auch der Wiener „Rechtspositivist“ und Sozialdemokrat Hans Kelsen hier durch Abwesenheit², während wiederum die politischen Verfassungslehren der konservativen Republikgegner Carl Schmitt und Rudolf Smend über Schulengebungen³ lange Zeit dominant geblieben sind und sich bis in die aktuelle Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinein in wenn auch „verdünnter“ und liberal „eingehogter“ Form nachweisen lassen.⁴ „Früh verstorbener Emigrant und bekennender Sozialdemokrat“ – „zwei Eigenschaften zu viel, um in der Staatsrechtslehrergemeinschaft fortzuwirken, in der es, von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen, weder Remigranten noch Sozialdemokraten gab“.⁵ So taucht Heller zwar regelmäßig im Rahmen seiner Patenschaft des Begriffs des „sozialen Rechtsstaats“ des Art. 28 GG auf.⁶ Gleichwohl: „Den weiter gehenden, sozialistischen Vorstellungen Hellers über die Ausgestaltung des Sozialstaats ist das Grundgesetz nicht gefolgt“.⁷ Auch die Zahl umfangreicher Monografien ist im Unterschied zu Kelsen und Schmitt⁸ relativ überschaubar geblieben.⁹

1 Vgl. z. B. Heller 1983, S. 12 ff.

2 Für Kelsen, der im Unterschied zu Heller wegen der Bedeutung seiner Reinen Rechtslehre immer auch stark international rezipiert worden ist, gilt das nicht in Bezug auf Österreich und für die „jüngere“ deutsche Staatsrechtslehre inzwischen auch nur noch mit Einschränkung.

3 Vgl. Günther 2004.

4 Vgl. van Ooyen 2005 und 2007.

5 Lepsius 2003, S. 366 f.

6 Vgl. Niclauß 1998, S. 30.

7 Unruh 2004, S. 182.

8 Vgl. aktuell m. w. N. Brunkhorst/Voigt 2007 und Voigt 2007.

9 Vgl. vor allem in den 1980er Jahren, Schluchter 1983; Robbers 1983; Albrecht 1983; Müller/Staß 1985; sowie seitdem Fiedler 1994; Dyzenhaus 1997; Goller 2002.

Auf der anderen Seite stößt man dann doch über den früheren Heller-Assistenten und Verfassungsrichter Martin Drath hinaus¹⁰ auf einzelne explizite Rezeptionslinien¹¹ und „subkutane“ Adaptionen seitens der „Smend-Schule“. Unter den zeitgenössischen Staatslehrern ist vor allem der hieraus hervorgegangene Peter Häberle zu nennen¹², der in seiner an der Pluralismustheorie orientierten „Verfassungslehre als Kulturwissenschaft“ nach wie vor auf den kulturalistischen Ansatz von Heller rekurriert¹³ und in dessen Lehre ein Korrektiv zu den „Übertreibungen der Integrationslehre von R. Smend“ sieht.¹⁴ Mit Oliver Lepsius lassen sich daher insgesamt drei Phasen der Heller-Rezeption unterscheiden:

So gewinnt man den Eindruck, dass der soziale Demokrat Heller gerade in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dann erhalten muss, wenn der Machtanspruch des Gerichts etwa gegenüber dem Parlament im politischen Systems camoufliert¹⁵ werden soll – und/oder wenn Positionen der deutschen Staats- und Verfassungslehre vertreten werden, deren ideologische Nähe zu problematischen Lehren von Carl Schmitt zu groß ist. Die Maastricht-Entscheidung im Rahmen der Europa-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁶ ist das wohl deutlichste und auch in der Bedeutung der Entscheidung gewichtigste Beispiel, bei dem explizit auf Heller zurückgegriffen wurde – Schmitt aber gemeint war¹⁷, der als „persona non grata“ und schon gar nicht in Sachen „Staat / Demokratie“ offiziell zitierfähig ist. So erweist sich das der Maastricht-Entscheidung zugrunde liegende Politikverständnis in seiner Verbindung von „Staat“ – „Volk“ – „Demokratie“ als ein antipluralistisches Amalgam, das durch das Postulat der „Homogenität“ im Verständnis von Schmitt über einen bloßen, von „rechts“ wie bisweilen auch von „links“ gepflegten „Etatismus“ hinausreicht. Dabei wird schließlich auch herauszustellen sein, welche Ambivalenz in der Staatstheorie von Heller diese Instrumentalisierung zulässt.

„Für die erste Rezeptionswelle war Hellers Pluralismusverständnis verantwortlich. Weder Schmitt noch Smend lieferten hierzu Verwertbares. Die zweite Welle war politisch motiviert: Heller wurde zum Theorievater sozialdemokratischer Rechtspolitiker in Abgrenzung sowohl zur konservativen Mehrheit als auch zur marxistischen Minderheit. Der dritte Schritt, symbolisiert durch das Maastricht-Urteil, ist dem Etatisten Heller geschuldet. Ein inzwischen entpolitisierter Heller wird zum ideologisch unverdächtigen Staatstheoretiker“.¹⁸

10 Vgl. aktuell m. w. N. Baldus 2007, S. 86 ff.

11 Vgl. schon Abendroth 1985, S. 43 ff.; Maus 1985, S. 194 ff.

12 Aber auch Dehnhardt 1996.

13 Vgl. Waschkuhn/Thumfart 2002, S. 43 ff.

14 Häberle 2004, S. 8; zu den politischen Implikationen bei Smend vgl. van Ooyen 2003, S. 601 ff.; m. w. N. insgesamt Lhotta 2005.

15 Auf solche Aneignungsversuche gerade der konservativen Staatslehre – etwa im Rahmen der Konzeption der „Wertgemeinschaft“ – verweist schon Maus 1985, S. 194 ff.; zur Funktion des Bundesverfassungsgerichts im politischen System vgl. van Ooyen/Möllers 2015.

16 Vgl. m. w. N. van Ooyen 2020a.

17 So auch Lepsius 2003, S. 368.

18 Lepsius 2003, S. 369.

2. Das Bundesverfassungsgericht und Kelsen – Schmitt – Heller

2.1 Keine Bürgerschaft durch Rechtsgenossenschaft

Dies tritt umso klarer hervor, wenn man nicht nur die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgericht von 1993 mit dem „Heller-Zitat“ heranzieht, sondern auch die wenige Jahre zuvor, 1990 ergangene Entscheidung zum „Ausländerwahlrecht“. Dann wird deutlich, welche Alternative eines postnationalen und auf die europäische Integration ausgerichteten Verständnisses von Bürgerschaft, das sich mit der normativen Staatstheorie von Kelsen begründen lässt, hier seitens des Gerichts schon verworfen worden ist. In seiner Entscheidung zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Einführung eines kommunalen Ausländerwahlrechts in Schleswig-Holstein und Hamburg¹⁹ gestand das Gericht dem Bürgerbegriff der „normativen Staatstheorie“ zwar demokratietheoretische Plausibilität zu. Denn implizit auf die Staats- und Demokratietheorie von Hans Kelsen rekurrierend heißt es hier:

„Es trifft nicht zu, daß wegen der erheblichen Zunahme des Anteils der Ausländer an der Gesamtbevölkerung des Bundesgebietes der verfassungsrechtliche Begriff des Volkes einen Bedeutungswandel erfahren habe. Hinter dieser Auffassung steht ersichtlich die Vorstellung, es entspreche der demokratischen Idee, insbesondere dem in ihr enthaltenen Freiheitsgedanken, eine Kongruenz zwischen den Inhabern demokratischer politischer Rechte und den dauerhaft einer bestimmten staatlichen Herrschaft Unterworfenen herzustellen. Das ist im Ausgangspunkt zutreffend, kann jedoch nicht zu einer Auflösung des Junktims zwischen der Eigenschaft als Deutscher und der Zugehörigkeit zum Staatsvolk als dem Inhaber der Staatsgewalt führen. Ein solcher Weg ist durch das Grundgesetz versperrt.“²⁰

Das Gericht erkannte hiermit zwar, dass dieses Verständnis des Bürgers bei Kelsen vor allem über den Begriff der Freiheit und nicht - wie bei Carl Schmitt - über den einer substantziellen Gleichheit argumentiert.²¹ Denn in der Tradition der „normativen Staatstheorie“, die sich in diesem Punkt von Kelsen über Kant bis Cicero zurückverfolgen lässt²², wird der politische Status des Bürgers durch die Rechtsgemeinschaft – oder in altmodischer, aristotelischer Diktion durch die gemeinsame Teilhabe an der Verfassung - begründet. Muss man infolge nicht bloß vorübergehenden Aufenthalts die Gesetze eines Landes befolgen, dann ist man also Bürger / Bürgerin des Landes. Und soll dieses Land demokratisch verfasst sein, muss ein jeder, der der Herrschaft unterworfen ist, auf die Gestaltung der Herrschaft, d. h. der Gesetze, durch Wahl des Parlaments Einfluss haben. Mit Bezug auf Art. 20 II Satz 1 GG („Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“) betrachtete das Ver-

19 Zeitlich also noch kurz vor der Einführung des kommunalen Wahlrechts für EU-Bürger durch Verfassungsänderung (vgl. Art. 28 I Satz 3 GG) infolge des Maastricht-Vertrags.

20 BVerfGE 83, 37 (52); vgl. auch *Grawert* 2001, S. 327.

21 Vgl. insgesamt *Kelsen* 1981a und 1993; hierzu m. w. N. *van Ooyen* 2020b, S. 89 ff.

22 „Quid est enim civitas nisi iuris societas civium?“ (Was ist denn die Bürgerschaft, wenn nicht die Rechtsgemeinschaft der Bürger?); *Cicero* 1999, S. 66 (Erstes Buch).

fassungsgericht die Einführung eines kommunalen Ausländerwahlrechts durch bloßes Landesgesetz dann aber doch als verfassungswidrig, indem es an der tradierten Fiktion des deutschen Staatsvolks im Sinne einer homogenen politischen Einheit festhielt. Im staatsrechtlichen Verständnis einzelner Richter ist dabei die Dreieinheit von Staat - Volk - Demokratie existenzialistisch aufgeladen worden, etwa bei Ernst-Wolfgang Böckenförde, der den Demokratiebegriff in den Entscheidungen des hier zuständigen Zweiten Senats maßgeblich geprägt und sich in seinen staatsrechtlichen Arbeiten explizit immer wieder auf Carl Schmitt bezogen hat²³:

„Ist der Ausländer nicht durch Einbürgerung (und seine Einbürgerungsbereitschaft) Mitglied des Staatsverbandes geworden, fehlt ihm die Zugehörigkeit und Bindung an das Volk als politische Schicksalsgemeinschaft... er ist mit dem politischen Schicksal des Volkes, bei dem er lebt, nicht existentiell verbunden...“²⁴

2.2 Homogenität des Staatsvolks

Dieser Deutungszusammenhang des hypostasierten Nationalstaats „vollendete“ sich in den Ausführungen des Gerichts zum Begriff des „Staatsvolks“ in der „Maastricht-Entscheidung“.²⁵ Trotz der „Durchgriffswirkung“ von Teilen des EG-Rechts – also in der Kelsen'schen Diktion der Normunterworfenheit – hat es seinerzeit im Hinblick auf den Integrationsprozess die Existenz eines europäischen „Staatsvolks“ verneint:

„Der Unionsvertrag begründet einen Staatenverbund zur Verwirklichung einer immer engeren Union der – staatlich organisierten – Völker Europas..., keinen sich auf ein europäisches Staatsvolk stützenden Staat“.²⁶

Das Gericht bestätigte zwar, dass die „Unionsbürgerschaft“ zwischen den Bürgern der EU ein gemeinsames, besonderes Band begründet hat:

„Mit der durch den Vertrag von Maastricht begründeten Unionsbürgerschaft wird zwischen den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten ein auf Dauer angelegtes rechtliches Band geknüpft, das zwar nicht eine der gemeinsamen Zugehörigkeit zu einem Staat vergleichbare Dichte besitzt, dem bestehenden Maß existentieller Gemeinsamkeit jedoch einen rechtlich verbindlichen Ausdruck verleiht...“²⁷

23 Zur Kritik an der Demokratietheorie von Böckenförde und des BVerfG vgl. van Ooyen 2005, S. 106 ff.; *Kritische Justiz* 2000; Köppe 1997, S. 45 ff.; Bryde 1994, S. 305 ff.

24 Böckenförde 2000a, S. 19. Definiert man aber den Status des Bürgers als „Entscheidung“ und zwar „existentiell“ zugunsten der „Schicksalsgemeinschaft“ „Volk“, so bleibt die Frage offen, wieso dies bei den nativen Deutschen ohne weiteres, also qua Geburt einfach vorausgesetzt werden kann, nicht aber bei hier geborenen Ausländern. Dies setzte allerdings voraus, hiervon unabhängig das genuin „Deutsche“ definieren zu können – und zwar auch noch in einer Weise, die juristischen Standards genüge.

25 Vgl. schon Weiler 1996, S. 91 ff.; Lhotta 1997, S. 189 ff.; Wallrabenstein 1999, S. 260 ff.

26 BVerfGE 89, 155 (Leitsatz Nr. 8).

27 Ebd., S. 182.

Und: „Durch den Unionsvertrag wird eine Unionsbürgerschaft eingeführt, die aus der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaates abgeleitet ist..., das Recht der Freizügigkeit vermittelt, ... das aktive und passive Wahlrecht bei Kommunalwahlen im Wohnsitzstaat begründet und auch das Wahlrecht zum Europäischen Parlament nach dem Wohnsitz zuordnet und insoweit von der Staatsangehörigkeit löst“.²⁸

Aber offensichtlich reicht es nicht aus, um Bürger/in zu sein - und zwar nicht deshalb, weil mit dem Maastricht-Vertrag nur das Wahlrecht zum Europaparlament und das kommunale Wahlrecht für EU-Bürger, nicht aber das Wahlrecht zum jeweiligen Landes- / Bundesparlament nach dem Wohnortprinzip eingeführt worden ist. Es fehlt nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts vielmehr hiervon unabhängig überhaupt die Qualität „Volk“.²⁹ So interpretierte das Gericht die Unionsbürgerschaft als einen aus der Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten bloß *abgeleiteten* Status. Und kündigt sich im Begriff der „existentiellen Gemeinsamkeit“ die existenzialisch aufgeladene Verfassungslehre von Schmitt schon „verräterisch“ an³⁰, so wird die Entscheidung an anderer Stelle dann noch deutlicher. Es muss wohl an „Integration“ zu „wirklicher“ politischer Einheit mangeln, die das Gericht dann auch prompt ganz explizit im Rückgriff auf die Begrifflichkeit der „Homogenität des Volkes“ definierte:

„Jedes der Staatsvölker ist Ausgangspunkt für eine auf es selbst bezogene Staatsgewalt. Die Staaten bedürfen hinreichend bedeutsamer eigener Aufgabenfelder, auf denen sich das jeweilige Staatsvolk in einem von ihm legitimierten und gesteuerten Prozeß politischer Willensbildung entfalten und artikulieren kann, um so dem, was es – relativ homogen – geistig, sozial und politisch verbindet (vgl. hierzu H. Heller, Politische Demokratie und soziale Homogenität, Gesammelte Schriften, 2. Band, 1971, S. 421 [427 ff.]), rechtlichen Ausdruck zu geben“.³¹

Unnötig zu sagen, dass dies im vorliegenden Kontext eben nicht Hermann Heller, sondern Carl Schmitt ist.³² So lesen wir bei Schmitt in eindeutig antipluralistischer Diktion zu den Begriffen „Staat“ „Volk“ und „Demokratie“:

28 Ebd., S. 159 f.

29 So auch bei *Böckenförde* 2000b, S. 92, S. „Im Sinne des nationalen Demokratiemodells wäre es konsequent, dieser Lage abzuhelpfen, dass endlich dem... europäischen Parlament stärkere Entscheidungsbefugnisse übertragen werden. Das mag für eine innere Strukturreform der EG sinnvoll sein. Aber das Demokratieproblem in den Europäischen Gemeinschaften löst es nicht. Denn... das europäische Parlament kann nicht repräsentieren, was es nicht gibt, S. das europäische Volk“.

Damit findet sich mit Blick auf Europa genau die Kritik wieder, die Schmitt in seiner radikalen Entgegensetzung von Liberalismus und Demokratie vorformuliert hat, wonach parlamentarische Verfahren letztendlich gar nichts mit der Substanz „Volk“ zu tun hätten.

30 Nämlich die Verfassung als „Entscheidung“ der „politischen Einheit“ („Volk“) über die Form seiner besonderen „Existenz“; vgl. *Schmitt* 1993a, S. 21 i.V.m. S. 205.

31 BVerfGE 89, 155 (186). *Korioth* (2003, S. 138 f.) verweist zudem darauf, dass dies auch in verfassungsgeschichtlicher Perspektive nicht haltbar ist, S. „Bei der Entstehung des Deutschen Reiches 1866/1871 ging die formale und rechtliche Einigung der umfassenden Bildung des Nationalbewusstseins voraus. Durchaus folgerichtig gab es anfangs keine Reichsstaatsangehörigkeit, sondern allein die Staatsangehörigkeit der Bundesstaaten...“.

32 Vgl. schon *Pernice* 1995, S. 103 ff.; *Zuleeg* 1994, S. 581 ff.; *Grawert* 2001, S. 326.

„Staat ist ein bestimmter Status eines Volkes, und zwar der Status politischer Einheit“.³³

Und: „Jede wirkliche Demokratie beruht darauf, daß nicht nur Gleiches gleich, sondern, mit unvermeidlicher Konsequenz, das Nichtgleiche nicht gleich behandelt wird. Zur Demokratie gehört also notwendig erstens Homogenität und zweitens – nötigenfalls – die Ausscheidung oder Vernichtung des Heterogenen“.³⁴

Dieses Schmittsche Verständnis von „Staat“ und „Volk“ ist – in einer liberal eingeehten Weise – bis heute typisch für einen einflussreichen Teil der deutschen Staatslehre und verfassungsgerichtlichen Judikatur. Es geht in seinem Begriff der Souveränität des Staates zurück auf die Rezeption von Hegel (und Hobbes) und in seinem Verständnis von Demokratie auf die Rezeption von Rousseau.³⁵

Beide Rezeptionsstränge wurden dabei in einer „unheilvollen“, weil antipluralistischen Mischung kombiniert: Denn da, wo Rousseau emanzipatorisch ist – nämlich in seiner Entdeckung und Formulierung eines Gesellschaftsvertrags statt des Herrschaftsvertrags – überhöht man in der Tradition von Hegel und Hobbes den Staat in Form einer von den Bürgern losgelösten „souveränen“ politischen Einheit. Und dort, wo die „Staatsräsonisten“ Hegel und Hobbes immerhin den Blick auf die Gesellschaft als Vielheit eröffneten, hält man es dagegen lieber mit dem monistischen Demokratieverständnis der Rousseauschen Identität von Regierenden und Regierten, bei der die Vielheit der Interessen zur „Einheit“ verkleistert und die zugehörige „Volkssouveränität“ durch eine postulierte „Homogenität“ bisweilen ins „Völkische“ abzurutschen droht.

Wenngleich der Maastricht-Entscheidung in der Begründung eine gewisse Eleganz nicht abzusprechen ist, gelangte das Gericht doch mit einer „europafeindlichen“ Argumentation, die die EU fast auf eine klassische internationale Organisation zurückstufte (bloß „Staatenverbund“, kein europäisches „Volk“, nur „Wirtschaftsgemeinschaft“ usw.), immerhin zu einem „europafreundlichen“ Ergebnis: Denn danach war der Vertrag verfassungskonform, weil das von den Klägern monierte „Demokratiedefizit“ gerade aus der vom Gericht betont staatsrechtlichen Sicht (noch) gar nicht so gravierend und folglich hinnehmbar war. Im Unterschied zu einer normativ ausgerichteten Staatstheorie verhindert dieses Festhalten an der „Souveränität des Staates“ und dem „Volk“ als homogener politischer Einheit aber gleichwohl bis heute, dass das Gericht den pluralistischen Prozess der europäischen Integration mit den Mitteln der Staats- und Verfassungslehre adäquat erfassen kann.³⁶

33 Schmitt 1993a, S. 205; auch 21, S. „... der Staat, d. h. die politische Einheit des Volkes...“.

34 Schmitt 1993b, S. 13 f.

35 Vgl. Alshut 1999; Günther 2004; van Ooyen 2005; inwieweit Carl Schmitt dabei Rousseau verfälscht hat, braucht hier nicht geprüft zu werden; hierzu Thiele 2003.

36 Vgl. dagegen Häberle 2004.

3. Ambivalenzen im Demokratieverständnis von Heller

Bleibt zu fragen, welche Ambivalenzen die Lehre Hellers selbst enthält, sodass sie sich als Camouflage instrumentalisieren lässt:

Wie nahezu die gesamte Weimarer Staatstheorie steht auch die Hellers in der oben kurz angerissenen Tradition von „Souveränität“ des „Staates“ und/oder des „Volkes“.³⁷ So ist es wohl zur dieser Zeit nur Hans Kelsen gelungen, mit dem Traditionsbestand radikal zu brechen und zu einer „postnationalen“ Verfassungstheorie der „Staatslehre ohne Staat“³⁸ vorzudringen, sodass dieser selbst in dem kleinen, demokratisch-republikanisch ausgerichteten Lager der deutsch(sprachigen) Staatslehre ein Außenseiter blieb. Auch Heller lehnte daher – mit Carl Schmitt – im „Richtungsstreit“ insoweit die liberal-pluralistische, positivistische Staatstheorie Kelsens, die ausschließlich auf einen Begriff demokratischer Legitimation durch Verfahren abstellte³⁹, vehement und polemisch als „ausgeblasene Eier reiner Rechtsformen“ ab.⁴⁰ Hier gibt sich also nicht wie bei Kelsen eine sich selbst organisierende Gesellschaft eine Verfassung gleichsam als Satzung des bürgerlichen Vereins „Staat“, sondern in „Hellers Hegelianismus“ „etabliert sich eine etatistisch zugespitzte einheitsobsessive Ordnung durch Herrschaftshandeln“.⁴¹ Es wurde daher in theoretischer Hinsicht schon früh auf die Parallelen – aber auch Unterschiede (s. u.) – zwischen Heller und Schmitt im Verständnis der Homogenität des Volkes als politischer Einheit hingewiesen.⁴²

In zeitgeschichtlicher Perspektive ist zu ergänzen, dass in der innerparteilichen Diskussion der SPD der „jung-rechte“ Flügel, dem neben Carl Mierendorff auch Paul Tillich und Hermann Heller angehörten, auf eine Bekämpfung der nationalistischen Rechten durch einen „national“ gewendeten „Sozialismus“ setzten.⁴³ Insofern ließe sich dann hier auch Hellers Schrift „Sozialismus und Nation“⁴⁴ einordnen, die schon im Titel programmatisch auf Oswald Spenglers „Preußentum und Sozialismus“ zu reagieren scheint. Während Spengler also von „rechts“ versuchte, den „deutschen Sozialismus von Marx zu befreien“⁴⁵, um die Arbeiterschaft für die „Rechte“ zu gewinnen, kam ihm bildhaft ausgedrückt Heller ein Stück von „links“ entgegen, um mit der Betonung des starken Nationalstaats im Sozialismus die Arbeiterschaft etatistisch zu „integrieren“ und zugleich die

37 „Kommunitaristischer Etatismus“, so Kersting 2000, S. 422; zu den Souveränitätslehren ausführlich Hebeisen 1995.

38 Kelsen 1981b, S. 208.

39 Vgl. noch einmal van Ooyen 2003; Brunkhorst/Voigt 2007.

40 Heller 1926, S. 301; vgl. Keita 2000, S. 609 ff.

41 Kersting 2000, S. 421 bzw. 426; vgl. Schefold 2000, S. 256 ff.

42 Vgl. etwa Pasquino 1985, S. 114 ff.; zum Einfluss des „Revolutionärs von rechts“ Hans Freyer und seiner „Soziologie als Wirklichkeitswissenschaft“ vgl. Schluchter 1983, S. 261 ff.

43 Stichwort: Hofgeismarer Kreis, der Verbindungen bis zum Nationalbolschewismus von Ernst Niekisch aufwies; vgl. mit Darstellung der Aktivitäten Hellers Vogt 2006, S. 83 ff.

44 Vgl. Heller 1925.

45 Spengler 1919, Einleitung.

„Rechten“ durch Besetzung des Themas einzudämmen. So traf man sich – in der Diktion Spenglers – im *deutschen Sozialismus*.⁴⁶ Insgesamt zielte daher die Liberalismuskritik der „Jungen Rechten“ auf „die Restauration antiaufklärerischer Ideen von Gemeinschaft und Autorität“, sodass sie der „Konservativen Revolution näher (stand) als der offiziellen Staatstheorie der sozialdemokratischen Partei“. ⁴⁷ Damit entpuppten sich, so die scharfe Kritik, die „Bemühungen der Jungen Rechten zur Verteidigung der Republik... als einer jener Versuche, sie in autoritärer Richtung zu überwinden“. ⁴⁸

So gesehen, wenn man dieses Urteil in Bezug auf die Staatstheorie Hellers teilte, dann aber wäre er für das Bundesverfassungsgericht genau in diesem Punkte eigentlich schon ebenso wenig zitierfähig gewesen wie Carl Schmitt.

Nun schien das Gericht gerade diese möglicherweise „dunklen“ Implikationen der Hellerschen Lehre gar nicht wahrzunehmen, lag doch die Intention des Heller-Belegs offensichtlich darin, eine mit der politischen Theorie von Carl Schmitt quasi reflexhaft assoziierte Aussage als „harmlos“, staats- und demokratietheoretisch als richtig zu erweisen, indem man sie mit dem Zitat eines unzweifelhaften Demokraten und Verteidigers der Republik stützte. Dann aber hat das Gericht den Begriff der „Homogenität“ bei Heller mit dem von Schmitt gleichgesetzt und die – nicht erst seit den 1990er Jahren diskutierten – Bedeutungsunterschiede einfach unterschlagen. ⁴⁹ Zwar teilte Heller mit Schmitt theoretische Annahmen wie „politische Einheit“ und „Souveränität“, doch sind bei ihm Volk und Nation nicht als natürliche politische Einheiten vorgegeben, sondern als Prozess zu verstehen, etwa im Sinne eines modernen republikanischen Verständnisses der Bürgerteilhabe. ⁵⁰ Im Unterschied zu dem in der Maastricht-Entscheidung suggerierten Verständnis vom homogenen „Volk“ als einer gegebenen – im Sinne Schmitts *vorausgesetzten* – politischen Einheit von eigener Substanz, warnte Heller in seiner Staatslehre gerade vor solch einem romantisierenden Rousseauismus, der das „Volk“ ontologisierte:

„Die bedenklichste Verwirrung ist in der Staatslehre dadurch entstanden, dass seit Rousseau und der Romantik dem Volk als Nation eine Volkspersönlichkeit zugeschrieben und diese sowohl mit Gefühl und Bewusstsein wie auch mit politischem Willen und politischer Handlungsfähigkeit ausgestattet wurde. Das Volk wird damit zu einer apriorischen Willensgemeinschaft und vorgegebenen politischen Einheit metaphysiziert, die es nirgends war“. ⁵¹

Denn: „Die Wirklichkeit von Volk und Nation zeigt aber in aller Regel keine Einheit, sondern Pluralismus von politischen Willenseinrichtungen... Namentlich kann in der ausgebildeten

46 Vgl. *Spengler* 1919, Einleitung.

47 *Vogt* 2006, S. 193.

48 *Vogt* 2006, S. 458; so schon 1928 der Vorwurf seines früheren Freundes Gustav Radbruch (aus den Kieler Zeiten des gemeinsamen Handelns während des „Kapp-Putsches“), „Philofaschist“; zitiert aus einem Brief Radbruchs nach *Robbers* 1983, S. 36; vgl. auch *Schneider* 1985, S. 186 ff.

49 Vgl. schon *Schluchter* 1983, S. 216 ff.

50 Zu dieser Deutung „Heller als Republikaner“ *Llanque* 2001, S. 39 ff.; vgl. auch *Llanque* 1995, S. 157 ff.

51 *Heller* 1983, S. 183.

Klassengesellschaft von einer aktionsfähigen politischen Einhelligkeit des nationalen Willenszusammenhangs keine Rede sein. Sowohl durch den politischen Klassenzusammenhang wie auch innerhalb derselben Klasse, durch ökonomische und geistige, konfessionelle, dynastische und alle möglichen andern Gegensätze wird eine große Mannigfaltigkeit von politischen Gegnerschaften erzeugt“.⁵²

Diese Aussage weist sogar starke Parallelen zu Kelsen auf, der in seiner Autobiografie 1947 rückblickend zum „Vielvölkerstaat“ Österreich als Realhintergrund seiner entontologisierten „Staatsleere“ ohne „Volk“ ausführte:

„Es mag sein, dass ich zu der Anschauung nicht zuletzt dadurch gekommen bin, dass der Staat, der mir am naechsten lag und den ich aus persönlicher Erfahrung am besten kannte, der oesterreichische Staat, offenbar nur eine Rechtseinheit war. Angesichts des oesterreichischen Staates, der sich aus so vielen nach Rasse, Sprache, Religion und Geschichte verschiedenen Gruppen zusammensetzte, erwiesen sich Theorien, die die Einheit des Staates auf irgendeinem sozialpsychologischen oder sozial-biologischen Zusammenhang der juristisch zum Staat gehöerigen Menschen zu gruenden versuchten, ganz offenbar als Fiktionen“.⁵³

Insoweit also lag Heller gar nicht weit entfernt von Kelsens pluralistischem Verständnis von „Volk“⁵⁴, dessen Vielheit für diesen lediglich durch das auf der Basis der Verfassung in parlamentarischen Institutionen ausgehandelte gemeinsame Gesetz als „Einheit“ begriffen werden konnte. Und gerade deshalb betonte auch Heller – im Gegensatz zu der auf die acclamatio des „Volkes“ gegenüber dem „Führer“⁵⁵ hinauslaufenden demokratischen Homogenität bei Schmitt – die zentrale Bedeutung des Parlamentarismus (den Schmitt wiederum abfällig dem von ihm verachteten „Liberalismus“ zuordnete), damit die „fundamentalen sozialen und politischen Konflikte in dem rechtsförmigen Verfahren des demokratischen Rechtsstaats ausgetragen werden können“.⁵⁶

Möglicherweise ergibt sich an dieser Stelle aber dann doch noch ein Unterschied, der Heller von Kelsens Theorie des Staats als positiver Rechtsordnung trennen mag: Wenngleich der „Klassengegensatz“ beim „liberalen Sozialisten“ Kelsen auch eine bedeutende Rolle spielte, so ergab sich für Heller vor genau diesem Hintergrund die Notwendigkeit einer politischen Einheitsstiftung über das bloße Recht hinaus. Diesen Prozess als Bedingung einer parlamentarischen, pluralistischen Demokratie beschrieb er dann mit dem missverständlichen Begriff der „sozialen Homogenität“:

„Soziale Homogenität ist immer ein sozial-psychologischer Zustand, in welchem die stets vorhandenen Gegensätzlichkeiten und Interessenkämpfe gebunden erscheinen, durch ein Wirbewußtsein und -gefühl, durch einen sich aktualisierenden Gemeinschaftswillen“.

52 Heller 1983, S. 185.

53 Kelsen 2006, S. 62.

54 Vgl. Kelsen 1981a; ausführlich van Ooyen 2020b.

55 Schmitt 1993a, S. 243.

56 Müller 1985, S. 151 f.; vgl. Lenk 1996, S. 351; Raulet 2003, S. 199 ff.; Unruh 2004, S. 173 f.

Aber: „Soziale Homogenität kann niemals Aufhebung der notwendig antagonistischen Gesellschaftsstruktur bedeuten“.

Gleichwohl: „An sich muß der auf ökonomischer Grundlage erwachsende Klassenkampf noch keineswegs die Demokratie sprengen. Erst wenn das Proletariat zu dem Glauben gelangt, dass die demokratische Gleichberechtigung seines übermächtigen Gegners den Klassenkampf in demokratischen Formen zur Aussichtslosigkeit verdammt, erst in diesem Augenblick wird es zur Diktatur greifen“.⁵⁷

Denn in diesem Falle versagte die friedliche Lösung der Konflikte durch parlamentarische Verfahren, die für Heller letztendlich beruhten auf dem „... Glaube(n) an die Existenz einer gemeinsamen Diskussionsgrundlage und damit die Möglichkeit eines *fair play* für den innenpolitischen Gegner, mit dem man sich unter Ausschluß der nackten Gewalt einigen zu können meint“.⁵⁸

Nur: Dieser von Heller selbst als sozialpsychologisch bezeichnete Vorgang hat damit einen eher bloß „symbolischen“ Charakter“ und schon deshalb wenig mit der „Homogenität“ im substantiellen Sinne bei Carl Schmitt zu tun.⁵⁹ Und: Er ließe sich sogar auch noch mit Kelsens Staats- und Demokratietheorie vereinbaren, da gar nichts anderes ausgesagt wird, als dass (wie in jedem Verein) eine gemeinsame Geschäftsgrundlage gegeben sein muss – oder mit Blick auf die seinerzeitigen Bedingungen der „Klassenspaltung“ klarer ausgedrückt, dass die Arbeiter nicht das Gefühl haben dürfen, von den Kapitalisten auf der Basis des parlamentarischen Regierungssystems bloß über den Tisch gezogen zu werden. Ansonsten enden mit dem Wegfall dieses gemeinsamen demokratischen Bewusstseins die Möglichkeiten friedlichen Konflikt- und Interessenausgleichs; es folgen Aufstand, Revolution und / oder Diktatur.

So gesehen wäre ein solches Verständnis von „Homogenität“ bei Heller dann aber bloß eine Banalität.⁶⁰ Und genau das unterschlägt das Zitat des Bundesverfassungsgerichts, so dass es Heller schon deshalb „in seiner Maastricht-Entscheidung zu Unrecht als Gewährsmann für die Notwendigkeit substantieller Homogenität zur Bildung eines Staatsvolkes benannte“⁶¹ – oder deutlicher und schärfer formuliert: es missbrauchte Heller.⁶²

57 Heller 1971, S. 427 ff.

58 Heller 1971, S. 427 (kursiv im Original). An dieser Stelle sei nur darauf verwiesen, dass sich der Begriff des „fair play“ in einem ähnlichen Sinn dann in der Neo-Pluralismustheorie von Ernst Fraenkel wiederfindet, nämlich als Teil des Grundkonsenses, der die Voraussetzung für das Funktionieren einer pluralistischen Demokratie bildet (vgl. Fraenkel 1990, S. 300).

59 So schon Pasquino 1985, S. 122.

60 Vgl. Lübke-Wolff 2007, S. 122; interessant in diesem Kontext die hier vertretene These, dass Heller den gemeinschaftsbezogenen Begriff wohl wählte, um seine Staatstheorie an die in Deutschland vorherrschenden „ethno-nationalistischen Ideen“ seinerseits anschlussfähig zu halten (ebd., S. 123); in diesem Falle wäre Heller an den Möglichkeiten seiner Missdeutung nicht ganz unschuldig.

61 Koriath 2003, S. 139; vgl. auch Pasquino 1985, S. 121.

62 Richterin Lübke-Wolff verweist zwar auch im Rahmen des Entstehungszusammenhangs auf die demokratietheoretischen Schriften von Ernst-Wolfgang Böckenförde, urteilt jedoch milder, indem sie in diesem Falle Böckenförde noch für gemäßiger hält als den seinerzeitigen Berichterstatter Paul Kirchhof, sodass sie die Verwendung der „Heller-Formel“ als Kompromisslösung deutet (vgl. 2007: S. 122).

- Abendroth*, Wolfgang, 1985: Die Funktion des Politikwissenschaftlers und Staatsrechtslehrers Hermann Heller in der Weimarer Republik und in der Bundesrepublik Deutschland; in: Müller / Staff, S. 43-63.
- Albrecht*, Stephan, 1983: Hermann Hellers Staats- und Demokratieverständnis, Frankfurt am Main.
- Alshut*, Jörg, 1999: Der Staat in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin.
- Baldus*, Manfred, 2007: Wer war und wofür steht Martin Draht? RuP 2/2007, S. 86-97.
- Böckenförde*, Ernst-Wolfgang 2000a: Demokratie als Verfassungsprinzip; KritJ, S. 8-31.
- Böckenförde*, Ernst-Wolfgang 2000b: Welchen Weg geht Europa? In: Ders., Staat, Nation, Europa, 2. Aufl., Frankfurt am Main, S. 68-102.
- Brunkhorst*, Hauke / *Voigt*, Rüdiger (Hrsg.), 2007: Rechts-Staat. Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht bei Hans Kelsen, Reihe Staatsverständnisse, Bd. 16, Baden-Baden.
- Bryde*, Brun-Otto, 1994: Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, SuS, S. 305-330.
- Cicero*, Marcus T., 1999: De re publica, Düsseldorf – Zürich.
- Dehnhardt*, Albrecht, 1996: Dimensionen staatlichen Handelns. Staatstheorie in der Tradition Hermann Hellers, Tübingen.
- Dyzenhaus*, David, 1997: Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar, Oxford.
- Fiedler*, Wilfried, 1994: Das Bild Hermann Hellers in der deutschen Staatswissenschaft, Leipziger Juristische Vorträge, Nr. 2.
- Fraenkel*, Ernst, 1990: Deutschland und die westlichen Demokratien, erw. 2. Aufl., Frankfurt am Main.
- Goller*, Peter, 2002: Hermann Heller: Historismus und Geschichtswissenschaft im Staatsrecht (1919-1933), Frankfurt am Main.
- Grawert*, Rolf, 2001: Deutsche und Ausländer: Das Staatsangehörigkeits-, Ausländer- und Asylrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; in: Badura, Peter/Dreier, Horst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, Tübingen, S. 319-357.
- Günther*, Frieder 2004: Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949-1970, München.
- Gusy*, Christoph (Hrsg.), 2000: Demokratisches Denken in der Weimarer Republik, Baden-Baden.
- Häberle*, Peter, 2004: Europäische Verfassungslehre, 2. Aufl., Baden-Baden.
- Hebeisen*, Michael W., 1995: Souveränität in Frage gestellt. Die Souveränitätslehren von Hans Kelsen, Carl Schmitt und Hermann Heller im Vergleich, Baden-Baden.
- Heller*, Hermann, 1925: Sozialismus und Nation, Berlin.
- Heller*, Hermann, 1926: Die Krisis der Staatslehre; in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 1926, S. 289-315.
- Heller*, Hermann: 1971: Politische Demokratie und soziale Homogenität; in: Ders., Gesammelte Schriften, Bd. 2, Leiden · Tübingen, S. 421 ff.
- Heller*, Hermann, 1983: Staatslehre, 6. Aufl., Tübingen.
- Keita*, Koga, 2000: Bürger und Bourgeois in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik. Bemerkungen zur Liberalismuskritik bei Rudolf Smend, Carl Schmitt und Hermann Heller; in: Murswiek, Dietrich u. a. (Hrsg.), Staat – Souveränität – Verfassung, Festschrift Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag, Berlin, S. 609-622.
- Kelsen*, Hans, 1981a: Vom Wesen und Wert der Demokratie, Neudruck der 2. Aufl. von 1929, Aalen.
- Kelsen*, Hans, 1981b: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 2. Neudr. der 2. Aufl. von 1929, Aalen.
- Kelsen*, Hans, 1993: Allgemeine Staatslehre, 2. Neudruck der Aufl. von 1925, Wien.

- Kelsen, Hans, 2006: Hans Kelsen in Selbstzeugnissen, Tübingen (Sonderpublikation aus Anlass des Festaktes „125. Geburtstag von Hans Kelsen, nicht im Buchhandel erhältlich).
- Kersting, Wolfgang, 2000: Politik und Recht. Abhandlungen zur politischen Philosophie der Gegenwart und zur neuzeitlichen Rechtsphilosophie, Göttingen.
- Köppe, Olaf, 1997: Politische Einheit und pluralistische Gesellschaft. Ambivalenzen der Verfassungstheorie Ernst-Wolfgang Böckenfördes; KritJ, Heft 1, S. 45-62.
- Korioth, Stefan, 2003: Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?; in: Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer, Bd. 62, Berlin, S. 117-155.
- Kritische Justiz (Hrsg.), 2000: Demokratie und Grundgesetz. Eine Auseinandersetzung mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, Baden-Baden.
- Lenk, Kurt, 1996: Kelsen – Schmitt – Heller: Drei Lesarten der Weimarer Verfassung; in: Münkler, Herfried (Hrsg.), Bürgerreligion und Bürgertugend, Baden-Baden, S. 342-352.
- Lepsius, Oliver, 2003: Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre; in: Gusy, Christoph (Hrsg.), Weimars lange Schatten – „Weimar“ als Argument nach 1945, Baden-Baden, S. 354-394.
- Lhotta, Roland, 1997: Der Staat als Wille und Vorstellung: Die etatistische Renaissance nach Maastricht und ihre Bedeutung für das Verhältnis von Staat und Bundesstaat; Der Staat, S. 189-210.
- Lhotta, Roland (Hg.): 2005: Die Integration des modernen Staates. Zur Aktualität der Integrationslehre von Rudolf Smend, Reihe Staatsverständnisse, Bd. 8, Baden-Baden.
- Llanque, Marcus, 1995: Die Theorie politischer Einheitsbildung in Weimar und die Logik von Einheit und Vielheit (Rudolf Smend, Carl Schmitt, Hermann Heller); in: Göbel, Andreas u. a. (Hrsg.), Metamorphosen des Politischen. Grundfragen politischer Einheitsbildung im 20. Jahrhundert, Berlin, S. 157-176.
- Llanque, Marcus, 2001: Politik und republikanisches Denken: Hermann Heller; in: Lietzmann, Hans J. (Hrsg.), Moderne Politik. Politikverständnisse im 20. Jahrhundert, Opladen, S. 37-61.
- Lübbe-Wolff, Gertrude, 2007: Homogenes Volk – Über Homogenitätspostulate und Integration; ZAR, Heft 4, S. 121-127.
- Maus, Ingeborg, 1985: Hermann Heller und die Staatsrechtslehre der Bundesrepublik; in: Müller/Staff, S. 194-220.
- Müller, Christoph, 1985: Kritische Bemerkungen zur Auseinandersetzung Hermann Hellers mit Hans Kelsen; in: Müller/Staff, S. 128-157.
- Müller, Christoph/Staff, Ilse (Hrsg.), 1985: Staatslehre in der Weimarer Republik. Hermann Heller zu ehren, Frankfurt am Main.
- Niclaß, Karlheinz, 1998: Der Weg zum Grundgesetz. Demokratiegründung in Westdeutschland 1945-1949, Paderborn u. a.
- van Ooyen, Robert Chr., 2003: Demokratische Partizipation statt „Integration“: normativ-staatstheoretische Begründung eines generellen Ausländerwahlrechts. Zugleich eine Kritik an der Integrationslehre von Smend; ZfP, S. 601-627.
- van Ooyen, Robert Chr., 2005: Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, Berlin.
- van Ooyen, Robert Chr., 2007: „Volksdemokratie“ und „Präsidialisierung“: Schmitt-Rezeption im liberal-konservativen Etatismus: Herzog – von Arnim – Böckenförde; in: Voigt, S. 36-58.
- van Ooyen, Robert Chr., 2020a: Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa. Von Solange über Maastricht und Lissabon zur EU-Grundrechtecharta, 8. Aufl., Baden-Baden.
- van Ooyen, Robert Chr., 2020b: Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie, 2. Aufl., Berlin.
- van Ooyen, Robert Chr. / Möllers, Martin H. W. (Hrsg.), 2015: Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden.
- Pasquino, Pascale, 1985: Politische Einheit, Demokratie und Pluralismus: Bemerkungen zu Carl Schmitt, Hermann Heller und Ernst Fraenkel; in: Müller/Staff, S. 114-127.
- Pernice, Ingolf, 1995: Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration; in: Archiv des öffentlichen Rechts, 1995, S. 103-120.

- Raulet*, Gerard, 2003: Staatslehre als Wirklichkeitswissenschaft. Zu Hermann Hellers Auffassung der Demokratie; in: Gangl, Manfred (Hg.): Linke Juristen in der Weimarer Republik, Frankfurt am Main, S. 188-216.
- Robbers*, Gerhard, 1983: Hermann Heller: Staat und Kultur, Baden-Baden.
- Schefold*, Dian, 2000: Gesellschaftliche und staatliche Demokratietheorie. Bemerkungen zu Hermann Heller; in: Gusy, S. 256-285.
- Schluchter*, Wolfgang, 1983: Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik, 2. Aufl., Baden-Baden.
- Schmitt*, Carl, 1993a: Verfassungslehre, 8. Aufl., Berlin.
- Schmitt*, Carl, 1993b: Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 8. Aufl., Berlin.
- Schmitt*, Carl, 1996: Der Begriff des Politischen, 6. Aufl., Berlin.
- Schneider*, Hans-Peter: 1985: Positivismus, Nation und Souveränität. Über die Beziehungen zwischen Heller und Radbruch; in: Müller/Staff, S. 176-193.
- Spengler*, Oswald, 1919: Preußentum und Sozialismus, München.
- Thiele*, Ulrich, 2003: Advokative Volkssouveränität. Carl Schmitts Konstruktion einer „demokratischen“ Diktaturtheorie im Kontext der Interpretation politischer Theorien der Aufklärung, Berlin.
- Unruh*, Peter, 2004: Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz. Ein verfassungstheoretischer Vergleich, Berlin.
- Vogt*, Stefan, 2006: Nationaler Sozialismus und Soziale Demokratie. Die sozialdemokratische Junge Rechte 1918-1945, Bonn.
- Voigt*, Rüdiger (Hg.), 2007: Der Staat des Dezinionismus. Carl Schmitt in der internationalen Debatte, Reihe Staatsverständnisse, Bd. 14, Baden-Baden.
- Wallrabenstein*, Astrid, 1999: Untertan, Bürger oder Volkszugehöriger? Zum Verständnis des deutschen Einbürgerungsrechts; Der Staat, S. 260-278.
- Waschkuhn*, Arno / *Thumfart*, Alexander, 2002: „Vielheit bewirkt“ und „einheitlich wirkend“. Der Staat als Kulturprodukt und Metainstitution von Hermann Heller; in: Dies. (Hrsg.), Politisch-kulturelle Zugänge zur Weimarer Staatsdiskussion, Reihe Staatsverständnisse, Bd. 3, Baden-Baden, S. 43-77.
- Weiler*, Joseph H.H., 1996: Der Staat „über alles“. Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts; JÖR, Bd. 44, Tübingen, S. 91-135.
- Zuleeg*, Manfred 1994: Die Verfassung der Europäischen Gemeinschaft in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs; BB, S. 581-587.

Eine „europafeindliche“ Kontinuität:

Zum Politikverständnis der Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Mit seiner „Maastricht-Entscheidung“ hatte das Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) den Rahmen der europäischen Integration abgesteckt. Obwohl es 1993 zum Ergebnis kam, den Maastricht-Vertrag (noch) für verfassungskonform zu erklären, blieb die Entscheidung wegen des hierin formulierten nationalstaatlichen Souveränitätsvorbehalts umstritten. Dies nicht zuletzt, weil die vorhergehende Solange II-Entscheidung von 1986 als „integrationsfreundlich“ wahrgenommen worden war: Denn das Gericht hatte im Ergebnis seine zentrale Europa-Entscheidung „Solange I“ von 1974 gekippt, die – seinerzeit im Senat höchst umstritten und sehr knapp – noch zugunsten eines uneingeschränkten nationalstaatlichen Souveränitäts- und Prüfungsvorbehalt ausgefallen war.¹ Bei der an einer Grundrechtsproblematik erörterten „Gretchenfrage“ nach dem Vorrang von Verfassungs- oder Europarecht hatte das BVerfG mit „Solange II“ jetzt dem sekundären Gemeinschaftsrecht grundsätzlich Vorrang vor der Verfassung eingeräumt, also vor allem der mit direktem „Durchgriff“ auf die nationale Rechtsordnung versehenen Verordnung. Dies, indem es sich für die Prüfung als gar nicht mehr zuständig sah, „solange“ insbesondere der Europäische Gerichtshof (EuGH) einen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistete.² Es blieb zwar mit dem Wörtchen „solange“ noch eine „Hintertür“ offen, aber doch von eher theoretischer Natur und die Formulierung schien eher der Kompromissbildung innerhalb des BVerfG geschuldet, die zweite große Europa-Entscheidung nicht noch einmal in einer regelrechten „Kampfabstimmung“, sondern einstimmig zu fällen. Die Maastricht-Entscheidung war daher z. T. als Rückschritt hinter „Solange II“ begriffen worden, zumal das BVerfG sich nun ausdrücklich (wieder) für zuständig erklärte, Gemeinschaftsrecht am Verfassungsrecht zu prüfen, wenn auch in einem sog. „Kooperationsverhältnis“ mit dem EuGH. Dieses wurde zwar selbst in den noch folgenden Entscheidungen (etwa zum „Bananenmarkt“, 2000)³ nicht näher geklärt, führte jedoch zum Konflikt mit dem EuGH, der sich durch die deutsche „Extrawurst“ als „Hüter“ der Einheitlichkeit des Europarechts mehr als bloß provoziert fühlen musste. Inzwischen hat sich nicht nur personell ein Generationswechsel beim Gericht vollzogen: Seinerzeit einflussreiche Richterpersönlichkeiten wie Ernst-Wolfgang Böckenförde und Paul Kirchhof, deren Staats- und Demokratiever-

1 Vgl. BVerfGE 37, 271 – Solange I und die viel „europafreundlichere“ abweichende Meinung.

2 Vgl. BVerfGE 73, 339 – Solange II.

3 Vgl. BVerfGE 102, 147 – Bananenmarktordnung.

ständnisse einem strikten liberal-konservativen, national ausgerichteten Etatismus verpflichtet gewesen ist, sind längst ausgeschieden. Mit der Kassation des Europäischen Haftbefehlsgesetzes folgte 2005 dann ein weiteres wichtiges Urteil und mit „Lissabon“ liegt die aktuelle Grundsatzentscheidung vor – Anlass genug, das Europaverständnis des Zweiten Senats des im Regierungssystem machtvollen BVerfG neuerlich einer Prüfung zu unterziehen.

1. Rückblick: Hüter von „Staat“ und „Volk“: die Maastricht-Entscheidung

1.1 Souveräner Staat im europäischen Staatenverbund

Mit dem Maastricht-Vertrag wurden nicht nur die 2. und 3. Säule eingeführt, um die Zusammenarbeit in den Bereichen Außen- und Sicherheitspolitik bzw. Justiz und Inneres zu erweitern. Der Vertrag sah eine Reihe von Kompetenzübertragungen vor, von denen die der Währungshoheit zweifelsfrei die wichtigste war. Um Tendenzen vorzubeugen, den Integrationsprozess als „abgehoben“ erscheinen zu lassen, wurde zudem das „Europa der Bürger“ durch eine neue Unionsbürgerschaft gestärkt. Parallel hierzu erfolgten Verfassungsänderungen, vor allem die Einfügung des recht detailliert geratenen „Europa-Artikels“ (Art. 23 GG), der die eher allgemein formulierte, bisherige verfassungsrechtliche Grundlage (Art. 24 I) ablöste. Die gegen „Maastricht“ eingereichten Verfassungsbeschwerden monierten, gestützt auf das Wahlrecht (Art. 38 GG), ein „Legitimationsdefizit“ und somit einen Verstoß gegen das selbst durch Verfassungsänderung nicht antastbare Demokratieprinzip. Dabei würden, so die Dramatisierung, fast 80 % des Wirtschaftsrechts und 50 % überhaupt aller deutschen Gesetze ohnehin schon durch das Europarecht festgelegt bzw. mitbestimmt. Mit „Maastricht“ ergäbe sich jetzt auch noch ein dynamischer Automatismus, der durch die Übertragung der Kompetenzkompetenz (= Souveränität) in eine stetige Kompetenzausweitung mündete – und zwar unumkehrbar, bis der von den Bürger/innen gewählte Bundestag in seinen Legislativkompetenzen völlig „entleert“ und damit das Wahlrecht ein „Witz“ wäre. Zugleich würde diese „Entdemokratisierung“ durch „Entstaatlichung“ auf der europäischen Ebene nicht aufgefangen, da das seit 1979 ebenfalls direkt gewählte Europaparlament (EuP) in seiner Legislativgewalt immer noch die schwächere Kammer gegenüber dem aus Regierungsvertretern bestehenden (Minister-)Rat bliebe.

Das BVerfG hielt dies jedoch für unbegründet, indem es zunächst einmal auf das weiterhin geltende Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung verwies, das „keine Kompetenz-Kompetenz für die Europäische Union begründet und die Inanspruchnahme weiterer Aufgaben und Befugnisse... von Vertragsergänzungen und Vertragsänderungen abhängig gemacht, mithin der zustimmenden Entscheidung der nationalen Parlamente vorbehalten

wird“.⁴ In Bezug auf die Problematik demokratischer Legitimation und Kontrolle von politischer Macht ergab sich hieraus, dass die Kompetenzen „des Deutschen Bundestages noch nicht in einer Weise entleert (werden), die das Demokratieprinzip, soweit es Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärt, verletzt“.⁵ Soweit man der „Entstaatlichungsthese“ überhaupt folgen wollte, wäre spätestens damit der Fall erledigt gewesen. Allenfalls perspektivisch ließe sich angesichts des „Demokratiedefizits“ im Kompetenzverhältnis der europäischen Institutionen für die Zukunft eine Stärkung des EuP anmahnen, sodass „die demokratischen Grundlagen der Union schritthaltend mit der Integration ausgebaut werden...“.⁶ Doch das BVerfG konnte es sich nicht verkneifen, (wieder einmal) grundsätzlich zur Qualität europäischer Integration „staatsphilosophisch“ Position zu beziehen. Wie schon beim ersten großen Europa-Urteil von 1974 („Solange I“) wurde die Ausübung „echter“ Hoheitsgewalt durch die EU kategorisch bestritten. Eine auch in der weiteren Rezeption kontrovers diskutierte, zentrale Stelle der Entscheidung lautete:

„Die Bundesrepublik Deutschland ist somit auch nach dem Inkrafttreten des Unions-Vertrags Mitglied in einem Staatenverbund, dessen Gemeinschaftsgewalt sich von den Mitgliedstaaten ableitet und im deutschen Hoheitsbereich nur kraft des deutschen Rechtsanwendungsbefehls verbindlich wirken kann. Deutschland ist einer der ‚Herren der Verträge‘, die ihre Gebundenheit an den ‚auf unbegrenzte Zeit‘ geschlossenen Unions-Vertrag (Art. Q EUV) mit dem Willen zur langfristigen Mitgliedschaft begründet haben, diese Zugehörigkeit aber letztlich durch einen gegenläufigen Akt auch wieder aufheben könnten. Geltung und Anwendung von Europarecht in Deutschland hängen von dem Rechtsanwendungsbefehl des Zustimmungsgesetzes ab. Deutschland wahrt damit die Qualität eines souveränen Staates aus eigenem Recht und den Status souveräner Gleichheit mit anderen Staaten i. S. des Art. 2 Nr. 1 der Satzung der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945...“.⁷

Damit war die „Katze aus dem Sack“: Hatte sogar „Solange I“ diese Deutlichkeit noch vermieden und an Stelle der Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 24 GG von einer bloßen „Öffnung“ der nationalen Rechtsordnung für Europarecht gesprochen – die umgekehrte Möglichkeit, nämlich die einer „Schließung“, zwar nicht expressis verbis aber so zumindest angedeutet – so lässt sich der Allmachtsanspruch staatlicher Souveränität, die, in der Denktradition Hegels alles mit einem souveränen Federstrich auch wieder beenden kann, kaum radikaler formulieren. Im „Staatenverbund“ des Maastricht-Beschlusses sinkt das Europarecht auf die Stufe des Völkerrechts zurück, das in dieser Deutung – wie bei Hegel – als bloß „äußeres Staatsrecht“ begriffen wird. Bleibt zu ergänzen, dass die Entscheidung maßgeblich von der Staatstheorie der Richter Böckenförde und Kirchhof geprägt wurde, die sich beide ausdrücklich als „Etatisten“ begreifen und im Falle Böcken-

4 BVerfGE 89, 155 (181) – Maastricht.

5 Ebd.

6 Ebd., 213.

7 Ebd., 190.

fördes auch als „Schmittianer“.⁸ Mit Blick auf das im Urteil formulierte sog. „Kooperationsverhältnis“ zwischen EuGH und BVerfG, bei dem sich das BVerfG die „Endkontrolle“ vorbehielt, wurde daher geurteilt: „Das ist... nur Konsequenz eines als fortbestehend betrachteten deutschen Letztentscheidungsrechts in zentralen Bereichen – ‚Souveränität‘, wie sie im Ausnahmefall hervortritt“.⁹

1.2 Staatsvolk als homogene politische Einheit

Dieser Deutungszusammenhang des hypostasierten Nationalstaats erhärtet und verschärft sich zusätzlich, wenn man die Ausführungen zum „Staatsvolk“ prüft. Trotz des sog. „Durchgriffs“ des Europarechts wurde im Hinblick auf den Integrationsprozess die Existenz eines europäischen „Staatsvolks“ verneint.¹⁰ Das Gericht erkannte zwar an, dass die „Unionsbürgerschaft“ zwischen den Bürgern/innen der EU ein gemeinsames, besonderes Band begründete. Aber offensichtlich reichte dies nicht aus, um Bürger/in zu sein – aber nicht deshalb, weil mit „Maastricht“ bloß das Wahlrecht zum EuP und das Kommunalwahlrecht, nicht aber das zu den nationalen Parlamenten nun nach dem Wohnortprinzip erfolgen sollte. Denn das BVerfG interpretierte die Unionsbürgerschaft als einen aus der „Staatsangehörigkeit“ der Mitgliedsstaaten bloß *abgeleiteten* Status.¹¹ Nicht nur, dass die aus demokratischer Sicht provozierende Bedeutung des Worts „Staatsangehörigkeit“ erst gar nicht als problematisch erfasst wurde, suggeriert es „doch die Meinung, der Bürger ‚gehöre‘ dem Staat an oder er gehöre gar dem Staat“; im „politischen Gemeinwesen“ aber „gibt es nur so viel Staat, wie die Verfassung konstituiert“ und „darum darf bei der Grundlagenfrage nach der Verbindung konkreter Bürger mit ihrer ‚Res publica‘ nicht primär vom ‚Staat‘ die Rede sein“.¹² Vielmehr muss es wohl an „Integration“ zu „wirklicher“, „echter“ politischer Einheit mangeln, die das Gericht dann auch prompt auf die berüchtigte Phrase der „Homogenität des Volkes“ zurückgreifen ließ:

„Vermitteln die Staatsvölker – wie gegenwärtig – über die nationalen Parlamente demokratische Legitimation, sind mithin der Ausdehnung der Aufgaben und Befugnisse der Europäischen Gemeinschaften vom demokratischen Prinzip her Grenzen gesetzt. Jedes der Staatsvölker ist Ausgangspunkt für eine auf es selbst bezogene Staatsgewalt. Die Staaten bedürfen hinreichend bedeutsamer eigener Aufgabenfelder, auf denen sich das jeweilige Staatsvolk in einem von ihm legitimierten und gesteuerten Prozeß politischer Willensbildung entfalten und artikulieren kann, um so dem, was es – relativ homogen – geistig, sozial und politisch verbindet

8 M. w. N. *van Ooyen* 2005 und 2020; vgl. auch den Beitrag im vorliegenden Band.

9 *Lerche* 2001, S. 23.

10 BVerfGE 89, 155, Leitsatz Nr. 8.

11 Ebd., 159 f. bzw. 182.

12 *Häberle* 1999, S. 725.

(vgl. hierzu H. Heller, Politische Demokratie und soziale Homogenität, Gesammelte Schriften, 2. Band, 1971, S. 421 [427 ff.]), rechtlichen Ausdruck zu geben“.¹³

Unnötig zu sagen, dass der vermeintliche Bezug auf den sozialdemokratischen Weimarer Staatslehrer Heller im Original echter Carl Schmitt ist.¹⁴ In verfassungsgeschichtlicher Perspektive ist zudem darauf hingewiesen worden, dass dieser Zusammenhang gerade für die Reichsgründung 1866/71 gar nicht galt. Denn (auch) hier „ging die formale und rechtliche Einigung der umfassenden Bildung des Nationalbewusstseins voraus. Durchaus folgerichtig gab es anfangs keine Reichsstaatsangehörigkeit, sondern allein die Staatsangehörigkeit der Bundesstaaten“.¹⁵

Das an Schmitt angelehnte Verständnis von „Staat“ und „Volk“ ist jedoch – in einer liberal „eingehetzten“ und damit nicht so radikalen Weise – bis heute typisch für einen einflussreichen Teil der deutschen Staatslehre und verfassungsgerichtlichen Judikatur. Es geht in seinem Begriff der Souveränität des Staates auf die Rezeption von Hegel (und Hobbes) und in seinem Verständnis von Demokratie auf Rousseau zurück. Beide wurden dabei in einer „unheilvollen“, weil antipluralistischen Mischung kombiniert: Denn da, wo Rousseau emanzipatorisch ist – nämlich in seiner Entdeckung und Formulierung eines Gesellschafts- statt des Herrschaftsvertrags – überhöht man in der Tradition von Hegel und Hobbes den Staat in Form einer von den Bürgern/innen losgelösten „souveränen“ politischen Einheit. Und dort, wo die „Staatsräsonisten“ Hegel und Hobbes immerhin den Blick auf die Gesellschaft als Vielheit eröffneten, hält man es dagegen lieber mit dem monistischen Demokratieverständnis der Rousseauschen Identität von Regierenden und Regierten, sodass der Pluralismus der Interessen zur „Einheit“ verkleistert und die „Volks-souveränität“ durch eine postulierte „Homogenität“ bisweilen ins „Völkische“ abzurutschen droht.

Wenngleich der Maastricht-Entscheidung eine gewisse Eleganz nicht abzusprechen sprechen ist: Das Gericht kam ja mit einer „europafeindlichen“ Argumentation (bloß „Staatenverbund“, kein „Volk“, nur „Wirtschaftsgemeinschaft“ usw.) schließlich zu dem „europafreundlichen“ Ergebnis, dass der Vertrag verfassungskonform war, weil gerade deshalb das „Demokratiedefizit“ nicht so gravierend und folglich (noch) hinnehmbar wäre. Dieses Festhalten an „Souveränität des Staates“ und „Volk“ als homogener politischer Einheit verhindert aber gleichwohl, den Prozess der europäischen Integration mit den Mitteln der Verfassungslehre adäquat zu erfassen.¹⁶ Dominiert nun dieses Konzept von „souverän-staatlich“ vermittelter „Volksdemokratie“¹⁷ weiterhin das verfassungsgerichtliche Europaverständnis? Schon in einer Entscheidung zur Wirkung der Urteile des Straßburger Menschenrechtsgerichtshofs (EGMR) 2004 tauchte der etatistische Souverä-

13 BVerfGE 89, 155 (186).

14 Vgl. hierzu den Beitrag im vorliegenden Band.

15 Koriath 2003, S. 138 f.

16 Dagegen z. B. Häberle/Kotzur 2016.

17 Bryde 1994.

nitätsvorbehalt des „Staatswillenspositivismus“¹⁸ wieder auf;¹⁹ deutlicher jedoch 2005 bei der zum „EU-Haftbefehl“.

2. Kein Demokratie-Verstoß, da keine „Entstaatlichung“:

Die EU-Haftbefehl-Entscheidung

Seit „Maastricht“ und den Folgeverträgen von „Amsterdam/Nizza“ wurde der Auf- und Ausbau eines „Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ forciert, mit verstärkter polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit durch Europol und Eurojust. 2002 erließ der Rat den Rahmenbeschluss zu einem europäischen Haftbefehl, der durch Gesetz des Bundestags umgesetzt werden sollte. Ziel ist die „Europäisierung“ der Strafverfolgung, sodass bei bestimmten Taten eine Auslieferung auch ohne Vorliegen beiderseitiger Strafbarkeit erfolgt. Hiergegen wurden früh Bedenken formuliert²⁰, gleichwohl lässt der Rahmenbeschluss nationale Spielräume zu, indem die Vollstreckung im Einzelfall dann doch abgelehnt werden kann. Aus deutscher Sicht ist bedeutsam, dass zuvor das absolute Auslieferungsverbot für Deutsche gerade wegen der internationalen Strafgerichtsbarkeit und der europäischen Integration durch Verfassungsänderung gelockert worden ist – sofern „rechtsstaatliche Grundsätze“ gewahrt bleiben (Art. 16 Abs. 2 GG).

Gegen den EU-Haftbefehl ergab sich eine Verfassungsbeschwerde eines deutsch-syrischen Bürgers, um dessen Auslieferung Spanien wegen mutmaßlicher Mitgliedschaft bei Al Qaida ersuchte. Deutsche Behörden hatten keine Ermittlungen geführt, da die Tat zeitlich noch vor der neu eingeführten Strafbarkeit der Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung lag. Das BVerfG erklärte das EU-Haftbefehlsgesetz in wenig zimperlicher Weise insgesamt für nichtig.²¹ Es wies dabei aber das mit „Maastricht“ vorgetragene Argument eines „Legitimationsdefizits“ des EU-Haftbefehls deutlich zurück, obwohl es zunächst einen gewagten, aber durchaus im Sinne des Klägers liegenden untrennbaren Zusammenhang von „Staatsangehörigkeit“, „Auslieferungs-, „Ausbürgerungsverbot“ und „Demokratie“ konstruierte: Denn das Auslieferungsverbot gründe auch darauf, dass „die nationalsozialistische Diktatur... vor allem diejenigen Deutschen jüdischen Glaubens... aus dem Schutz der deutschen Staats- und Volkszugehörigkeit formalrechtlich... verdrängte und vertrieb“ sowie auf einer „seit der französischen Revolution gemein-

18 Brunkhorst 2003.

19 Vgl. BVerfGE 111, 307 – EGMR-Würdigung.

20 Herdegen 2004, S. 413.

21 Gegen scharfen Widerspruch und Sondervoten im Senat: Die „Nichtigerklärung des Europäischen Haftbefehlsgesetzes steht mit dem verfassungs- und unionsrechtlichen Gebot, Verletzungen des Vertrags über die Europäische Union möglichst zu vermeiden, nicht im Einklang. Der Senat setzt sich in Widerspruch zur Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften“; Abw. Meinung Richter Gerhard, BVerfGE 113, 273 – Europäischer Haftbefehl, Urteil des Zweiten Senats von 2005; www.bverfg.de/e/rs20050718_2bvr223604.html (letzter Abruf 13.4.2021), Rn. 184.

europäische(n) Überzeugung, dass Bürger nur in einer statusrechtlich gesicherten Weise ihre politische und zivilrechtliche Rechtsstellung genießen können“.²² Gewagt war das in doppelter Hinsicht: Es ist nicht nur demokratie- und verfassungstheoretisch strittig, ob Staatsbürgerschaft und Demokratie überhaupt zwingend einen Zusammenhang bilden. Immerhin hatte das BVerfG selbst in seinem Urteil zum „Ausländerwahlrecht“ 1990 die Plausibilität modernerer, „normativ-staatstheoretischer“ Konzepte von Demokratie einräumen müssen, die z. B. beim Wahlrecht nicht auf die Staatsbürgerschaft, sondern auf die „Norm- und Herrschaftsunterworfenheit“ der Menschen rekurrieren. Zugleich ist dieser, in einer vagen Gesamtschau einfach postulierte Kontext historisch falsch: Das Auslieferungsverbot lässt sich schon in der Weimarer Verfassung, z. T. auch in der Kaiserzeit nachweisen²³ – und zwar selbst hinsichtlich seiner Ausnahme einer Auslieferung von Kriegsverbrechern nach dem Versailler Vertrag.²⁴ So hätte das BVerfG verfassungsgeschichtlich genau entgegengesetzt argumentieren müssen, nämlich für eine spätestens seit Weimar bekannte Auslieferung Deutscher zwecks internationaler Strafverfolgung. Gleiches gilt für die zweite Behauptung: Dass „eigene Staatsangehörige nicht ausgeliefert werden, lässt sich weder aus der Natur der ‚Beziehung des Bürgers zu einem freiheitlichen demokratischen Gemeinwesen‘ ableiten, noch gibt es eine ‚seit der französischen Revolution gemeineuropäische Überzeugung‘, die ihn stützte. Unter anderem „in Staaten des angelsächsischen Rechtskreises, denen wir Freiheit und Demokratie verdanken, gilt dieser Grundsatz nicht“ – so die abweichende Meinung der Richterin Lübke-Wolff.²⁵

Nachdem das BVerfG sich zu diesem staatsfixierten Zusammenhang bekannt hatte, räumte es dann in einer argumentativen „Wende“ die demokratietheoretischen Einwände schnell und lapidar wieder beiseite – und zwar mit derselben etatistischen Sicht der europäischen Integration. Denn die „Einschränkung des... Auslieferungsverbots Deutscher (führt)... nicht zu einer Entstaatlichung der vom Grundgesetz verfassten Rechtsordnung“; es „wird damit das Institut der Staatsbürgerschaft weder aufgehoben noch substantiell entwertet oder durch eine europäische Unionsbürgerschaft ersetzt, so dass deren Bedeutung für das Demokratieprinzip des Grundgesetzes hier keiner Erörterung bedarf“. Schließlich sei die „Unionsbürgerschaft... ein abgeleiteter und die mitgliedstaatliche Staatsangehörigkeit ergänzender Status“²⁶ und es handle „sich bei der Einschränkung des Auslieferungsschutzes auch nicht um den Verzicht auf eine bereits für sich genommene essentielle Staatsaufgabe“.²⁷ Also: Gerade weil die europäische Integration den offensichtlich nicht aufgebbaren Kern nationaler Souveränität nicht substanziell berührt und somit (noch) keine „Entstaatlichung“ vorliegt, bleibt das Demokratieprinzip des Grundgesetzes unan-

22 Ebd., Rn. 66 u. 67.

23 *Anschtütz* 1933, S. 541.

24 Vgl. Art. 112 WRV sowie Art. 178 WRV im Kontext mit Art. 228 Versailler Vertrag.

25 BVerfGE 113, 273, Rn. 156.

26 BVerfGE 113, 273, Rn. 74.

27 Ebd., Rn. 75.

getastet; nur deshalb sind die nicht voll demokratisch legitimierten Institutionen und Entscheidungsprozesse der EU hinnehmbar. Schon in einer für die Verfassungskonformität von „Maastricht“ zentralen Stelle hatte das BVerfG genau so das „Demokratieproblem“ weggezaubert, indem es den (staats)rechtlichen Prüfungsmaßstab einfach „verschob“:

„Die Wahrnehmung von Hoheitsgewalt durch einen Staatenverbund wie die Europäische Union gründet sich auf Ermächtigungen souverän bleibender Staaten, die im zwischenstaatlichen Bereich regelmäßig durch ihre Regierungen handeln... Sie ist daher primär gouvernemental bestimmt... auch der Erlass europäischer Rechtsnormen darf... in größerem Umfang bei einem von Vertretern der Regierungen der Mitgliedstaaten, also exekutiv besetzten Organ, liegen, als dies im staatlichen Bereich verfassungsrechtlich hinnehmbar wäre“.²⁸

Sicher, wer wollte z. B. an die völkerrechtlich-legislativen Entscheidungen des UN-Sicherheitsrats denselben Maßstab demokratischer Legitimation anlegen wie bei Gesetzesbeschlüssen des Parlaments. Nur: Mit dieser Auffassung stuft das Gericht den Prozess der Integration auf die Lehre von den Staatenverbindungen des 19. Jahrhunderts zurück. Und hier gibt es dann nur zwei Möglichkeiten: entweder souveräner Nationalstaat und bloß völkerrechtlicher, europäischer Staatenbund (bzw. internationale Organisation) oder souveräner europäischer Staat mit deutschem Gliedstaat. Freilich, die besondere, ja gerade jenseits des Konzepts des souveränen Staates liegende Form europäischer Integration wird man mit dieser Begrifflichkeit der tradierten Staatslehre und ihrer groben, dualistischen Unterscheidung in Staats- und Völkerrecht kaum erfassen können. Und die Tatsache, dass weder das EuP noch – faktisch – der Bundestag maßgeblichen politischen Einfluss auf die Rahmenbeschlüsse ausüben, erscheint dann gar nicht mehr als Problem.

3. In Karlsruhe nichts Neues: die Lissabon-Entscheidung

3.1 Die „Fehl-Wahrnehmung“ der Entscheidung

Unter dem zuständigen Berichterstatter des Zweiten Senats, Richter Di Fabio, der schon das Verfahren zum „EU-Haftbefehl“ federführend innehatte, setzt sich diese „Maastricht-Linie“ nun weiter fort: manchmal in der Diktion etwas abgeschwächt, was die problematischen Schmittschen Implikationen der „Homogenität des Volkes“ anlangt, bisweilen jedoch auch im Ton sogar noch etwas schärfer und konkreter, nämlich hinsichtlich der Souveränität des Staates, seiner unverzichtbaren „Kernstaatlichkeit“ und der „Demokratie“, die es notfalls gegen ein Europa ohne Volk und „echter“ parlamentarischer Repräsentation – auch unter Rechtsbruch – durchzusetzen gilt (s. u.). Darüber kann die vom Senat in Ergänzung des älteren Begriffs der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ neu eingeführte, plakative

28 BVerfGE 89, 155 (186 f.).

Formel von der „Europafreundlichkeit“ der Verfassung²⁹ ebenso wenig hinwegtäuschen wie das auf den ersten Blick „europafreundliche“ Ergebnis. Beides hat aber wohl selbst die Qualitätspresse in der unmittelbaren Berichterstattung zu einer fast ausnahmslos positiven Bewertung verführt und zwar gerade bzgl. des Verständnisses von „Demokratie“: So kommentierte euphorisch die SZ: „Europäische Sternstunde“ – „ein ‚Yes, we can‘-Urteil ... aber nur, wenn wir den Willen des Volkes beachten“³⁰; ähnlich die FAZ: „Weckruf aus Karlsruhe“ – „Wer mehr europäische Integration will, muss erst das Volk fragen“³¹. Diese Diktion setzt allerdings voraus, dass man Demokratie und Parlamentarismus trennt, dabei das eine „hochjubelt“ – das andere „kleinredet“, genauer: den „Volkswillen“ gegen den europäischen Parlamentarismus in Stellung bringt. Das knüpft nicht nur an problematische Traditionen Weimarer Republikverächter an, die eine „wahre“ *volonté générale* permanent gegen das mühsame „Klein-Klein“ parlamentarisch-parteilicher Kompromissbildung in Stellung brachten. Es ist auch mit Blick auf die „Wertkonservativität“ des Berichterstatters eine erstaunliche „Verkehrung“, weil es sich traditionell eher umgekehrt verhält und von gemäßigt-konservativer Seite die Rationalität parlamentarischer Demokratie gegen Plebiszite verteidigt wird – mit Ausnahme wohl der „Volkssouveränität durch *acclamatio*“ in der Verfassungslehre des Parlamentarismusverächters Carl Schmitt.

Skeptisch gegenüber dem „Jubel“ stimmte allerdings schon, wenn ausgerechnet der frühere Berichterstatte der Maastricht-Entscheidung, Paul Kirchhof, sogleich frohlockte: „Vereinigte Staaten von Europa wird es nicht geben“³². In einem „Lokalblatt“ Hannovers sah man daher weitaus klarer:

„*Misstrauisch*... Das Urteil... greift die verbreitete Europaskepsis auf... Der europäischen Idee aber haben die Richter keinen Gefallen getan... Europa ist für die Verfassungsrichter eher ein notwendiges Übel... Das europäische Parlament ist jedenfalls kein Hoffnungsträger für die Juristen... Immer neue Argumente finden die Verfassungsrichter gegen eine europäische Demokratie... Demokratie ist... die Demokratie des Nationalstaats... Dem eigentlich zuständigen europäischen Gerichtshof misstrauen (sie)... (W)ie die europäische Demokratie handhabbarer und attraktiver wird... (hier) hat das gestrige Urteil wenig zu bieten. Noch schlimmer: Es scheint die Verfassungsrichter gar nicht zu interessieren... Auch die jetzt angeordnete Stärkung des Bundestags betrifft nur die Kontrolle von Kompetenzübertragungen. Wie der Bundestag die tägliche EU-Politik besser begleiten kann, dazu schweigen die Richter“³³.

Deutlich, wenngleich mit ganz anderer, nämlich positiver Bewertung, formulierte es etwas später auch der frühere Mitarbeiter Di Fabios, Frank Schorkopf: Das Gericht habe „die

29 BVerfGE 123, 267 – Lissabon (2009), Rn. 225, www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208.html (letzter Abruf 13.4.2021).

30 Heribert Prantl, 30.6.2009.

31 Reinhard Müller, 1.7.2009.

32 F.A.Z. 1.7.2009.

33 Christian Rath, HAZ 1.7.2009.

sich verfestigenden Zweifel an der politischen Gestaltung Europas auf(genommen) und bremst das Bewegungsmoment der Integration³⁴. Bleibt zu fragen, ob das – nach der vom Gericht selbst vertretenen Demokratietheorie – denn überhaupt die Aufgabe eines Verfassungsgerichts sein kann und eine so wesentliche Sache nicht vielmehr dem „Volk“ oder zumindest seinen direkt gewählten Vertretern und Vertreterinnen vorbehalten sein müsste. Es sei denn, man wandelte das geflügelte Wort zur Verfassung aus der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Courts ab: The democracy is what the judges say it is. Daher bemerkte der Göttinger Verfassungsjurist Christoph Möllers zu Recht:

„Was ein Parlament ist, entscheiden die Richter – Unverdientes Lob: das Lissabon Urteil... kann Demokratiefreunde nicht freuen“³⁵.

3.2 Die alt-neue „Trinitätslehre“: Staat – Souveränität – Volk – Staat...

Dass das BVerfG in seiner neuen großen Europa-Entscheidung grundsätzlich in den bisherigen Mustern verharret, hat zunächst einmal auch mit den von „rechts“ (insb.: Abgeordneter Gauweiler) und „links“ (Fraktion „Die Linke“) eingereichten Klagen gegen die „abgespeckte“ Version des europäischen Verfassungsvertrags zu tun. Denn auch hier gibt es zumindest in der großen Linie nicht wirklich etwas Neues, sondern vor allem nur weitere Variationen der bekannten Argumente, die ihrerseits wiederum im Wesentlichen auf die Begründungsmuster von „Maastricht“ zurückgreifen, z. T. auch auf die in der EU-Haftbefehl-Entscheidung herausgehobene Rolle des Strafrechts als staatlicher „Kernsubstanz“ und auf die ältere „Solange-Problematik“. Es sind also die „üblichen Verdächtigen“: das Überstimmen nationaler Positionen durch Mehrheitsbeschlüsse – die Gewaltenteilung – der Schutz nationaler Grundrechtsstandards,³⁶ vor allem aber: das Demokratiedefizit – die Entstaatlichung – die Übertragung der Kompetenz-Kompetenz (Souveränität). Hinzu kommen u. a.: Ein aus der Rechtsprechung des BVerfG entlehntes Argument zum „Parlamentsvorbehalt“ bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr, das aber schnell entkräftet wird, da die Außen- und Sicherheitspolitik durch „Lissabon“ nicht supranationalisiert, sondern mögliche EU-Kampfeinsätze nach Meinung des BVerfG nicht anders als bei der NATO unter nationalem Souveränitätsvorbehalt verbleiben würden. Außerdem: die besondere Problematik der unterschiedlich ausgestalteten Verfahren einer Vertragsänderung, die vor allem im sog. „Brückenverfahren“ vorsehen, Einstimmigkeits- in Mehrheitsbeschlüsse umzuwandeln und zwischenstaatliches in supranationales Recht zu überführen. Dies nimmt das BVerfG sehr ernst, sodass am Erfordernis einer *ausdrücklichen* Zustimmung des Bundestags die deutschen Begleitgesetze zu „Lissabon“ schließlich scheitern.

34 F.A.Z. 16.7.2009.

35 F.A.Z. 16.7.2009.

36 Außerdem: „Wettbewerbsradikalität“ und vermeintlich fehlende europäische Sozialstaatlichkeit.

Variiert werden musste aus Sicht der Kläger das Argument „Demokratie“. Denn ein „Legitimationsdefizit“ konnte mit Blick auf die durch „Lissabon“ nunmehr fast gleichgewichtige Machtfülle von EuP und Rat so einfach nicht mehr postuliert werden. Jetzt wurde daher bei der Zusammensetzung des EuP auf einmal ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit der Wahl (Art. 38 GG) moniert, da kleine Staaten überrepräsentiert sind. Somit ergäbe sich ein Verletzung des Prinzips „one man – one vote“, das im deutschen Wahlrechtsverständnis den gleichen „Zählwert“ und auch den gleichen „Erfolgswert“ beinhaltet sowie zum Kern des geschützten Demokratieprinzips zählt. Streng genommen ist das natürlich richtig, jedoch beim EuP nicht einfach Ergebnis von Willkür, sondern folgt nach dem derzeitigen Stand der Integration bloß „aus der Natur der Sache“ – andernfalls müsste man das EuP etwa in der Größe des chinesischen Volkskongresses einrichten (mit rund ca. 1.000 Abgeordneten allein für Deutschland) oder aber Kleinstaaten wie Malta so gut wie gar keinen Abgeordneten mehr zubilligen. Beim „Sitzverteilungsschlüssel“ geht es eben um einen – demokratischen! – Kompromiss aus „Bürger-“ und Staatenrepräsentation“, flankiert von verkomplizierenden Streitereien nationaler Empfindlichkeiten („Wieso haben die Deutschen mehr Sitze“?). Nun kann man das „puristisch“ als verfassungswidrig bewerten. Bemerkenswert bleibt aber: Bei „Maastricht“ spielte das Problem der Wahlrechtsgleichheit weder auf Seiten der Kläger noch in der Begründung des BVerfG überhaupt eine Rolle. Und an anderer Stelle hat uns das BVerfG immer wieder gezeigt, dass vom strengen Prinzip der Wahlgleichheit auch mal drastisch abgewichen werden darf – freilich nur bei ganz wichtigen, sachlichen Gründen: So ist das erhebliche, weil millionenfache „unter-den-Tisch-Fallen“ von Zweitstimmen bei der Bundestagswahl infolge der „5 %-Sperrklausel“ vor dem Hintergrund der Funktionsfähigkeit eines parlamentarischen Regierungssystems mit Verhältniswahlsystems trotzdem verfassungskonform – obwohl eigentlich ein krasser Verstoß gegen den gleichen Erfolgswert und die „faire“ Repräsentation. Grundsätzlich wird ja auch das im anglo-amerikanischen Raum übliche Mehrheitswahlsystem nicht als unvereinbar mit dem Grundgesetz angesehen, obwohl es den Erfolgswert „per definitionem“ stark verzerrt. Jetzt aber „bläst“ das BVerfG bei „Lissabon“ dieses Argument in seiner bekannten staatstheoretischen „Trinitätslehre“ von nationaler Demokratie, Staatlichkeit und Souveränität auf. Fast gewinnt man den Eindruck, es hätte das Argument auch selbst gesucht, wenn es nicht schon vorgetragen worden wäre, um endlich etwas in der Hand zu haben, das sein Festhalten am Konzept souveräner Nationalstaatlichkeit noch plausibel machen kann. Und so kann das Gericht in weiten Teilen den Klägern sogar folgen, um dann trotzdem – wie schon bei „Maastricht“ – sich schließlich gegen sie zu wenden. Es ergibt sich nämlich wieder, dass „wahre“ Demokratie sich letztlich nur in nationalstaatlicher Form manifestieren kann:

„Das Grundgesetz ermächtigt mit Art. 23 GG zur Beteiligung und Entwicklung einer als Staatenverbund konzipierten Europäischen Union. Der Begriff des Verbundes erfasst eine enge, auf Dauer angelegte Verbindung souverän bleibender Staaten, die auf vertraglicher Grundlage

öffentliche Gewalt ausübt, deren Grundordnung jedoch allein der Verfügung der Mitgliedstaaten unterliegt und in der die Völker – das heißt die staatsangehörigen Bürger – der Mitgliedstaaten die Subjekte demokratischer Legitimation bleiben“.³⁷

Und weil die EU eben kein Staat sei, habe sie auch kein souveränes Staatsvolk, sondern nur Unionsbürger und folglich bloß ein „Hilfparlament“ der „Völker“. Aber genau deshalb, müsse es da auch nicht so demokratisch zugehen wie in einem „richtigen“ Staat, sodass der Verstoß gegen die Wahlrechtsgleichheit (noch) hinnehmbar bleibe:

„Als Vertretungsorgan der Völker in einer supranationalen und als solche von begrenztem Einheitswillen geprägten Gemeinschaft kann und muss es in der Zusammensetzung nicht den Anforderungen entsprechen, die sich auf der staatlichen Ebene aus dem gleichen politischen Wahlrecht aller Bürger ergeben“.³⁸

Freilich gilt die Verfassungskonformität dann nur unter der Bedingung, dass die staatlichen „Kernaufgaben“ bei der Bundesrepublik verbleiben – oder aber eben ein europäischer Staat durch ein europäisches Volk in einem verfassungsgebenden „Schöpfungsakt“ gegründet würde. Denn das „Grundgesetz ermächtigt... nicht, durch einen Eintritt in einen Bundesstaat das Selbstbestimmungsrecht des Deutschen Volkes in Gestalt der völkerrechtlichen Souveränität Deutschlands aufzugeben“.³⁹ Diese Formulierung zeigt auch, wie weit das BVerfG hier von der ursprünglichen Idee einer offenen Finalität des Integrationsprozesses entfernt ist, die Walter Hallstein noch 1969 ganz selbstverständlich sogar mit dem Begriff des „unvollendeten Bundesstaats“ beschreiben konnte. Es ist jedoch nicht Karlsruhe allein – in der Öffentlichkeit dominiert generell ein Zerrbild und selbst in der seriösen Presse ist von der „Hydra von Brüssel“⁴⁰ die Rede – deren Köpfe natürlich abzuschlagen sind. Bleibt zu fragen, warum das BVerfG dies als „Hüter des Volkes“ selbst tun will und die Frage nach der „Offenheit“ nicht einfach dem politischen Raum, und damit den Bürger/innen in Wahlen – oder auch Anti-Europa-Protesten – überlassen will.

3.3 „Nachtwächterstaat“ und „Rechtsbruchklausel“

Auffallend ist, wie häufig und beschwörend in der Entscheidung das Wort „Souveränität“ fällt – allein in den Leitsätzen schon mehrfach. Über „Maastricht“ hinaus legt das BVerfG jetzt aber auch gleich mal noch eine Definition vor, was genau die „Kernaufgaben“ nicht aufgebbarer, souveräner Staatlichkeit sind. Das ist nicht nur für eine parlamentarische Demokratie äußerst ungewöhnlich, weil das, was von den Bürgern/innen als politisch wichtig erachtet wird – idealtypisch gesprochen – sich in einer pluralistischen Gesellschaft erst als Prozess einer offenen politischen Willensbildung „a posteriori“ ergibt (Ernst Fraenkel).

37 BVerfGE 123, 267 – Lissabon, Leitsatz 1.

38 Ebd., Rn. 271.

39 Ebd., Rn. 228.

40 F.A.Z. 29.6.2009.

Es spiegelt sich in dieser Beschreibung darüber hinaus das Bild des liberalen „Nachtwächterstaats“ wider, weil das BVerfG „echte“ Staatlichkeit auf Polizei, Militär, Steuern und Finanzen sowie Strafrecht und natürlich die Staatsbürgerschaft reduziert. Das ergibt die klassischen Ressorts des 19. Jahrhunderts – und damit es nicht ganz so auffällt, kommt ein bisschen „Sozialstaat“ und „Kultur“ noch dazu.⁴¹

Die höchst problematische, antipluralistische Formulierung des „homogenen Volkes“ aus „Maastricht“ findet sich in dieser Deutlichkeit zwar nicht mehr bzw. wird „entschärft“ durch interpretationsoffenere Beschreibungen der „kulturellen, historischen und sprachlichen Vorverständnisse“.⁴² Dafür steht der Berichterstatter Di Fabio natürlich auch, der als insoweit echter (National-)Liberaler weitaus stärker am Begriff der individuellen Freiheit orientiert ist – und das im Streit mit Innenminister Schäuble um die Einschränkung von Grundrechten durch „Freund-Feind-Konzepte“ bei der Terrorismusbekämpfung seit 9/11 auch unter Beweis gestellt hat. Das souveräne „Austrittsrecht“ wird dagegen – soweit im Vergleich zu „Maastricht“ überhaupt möglich – noch deutlicher akzentuiert⁴³, obwohl dies mit der erstmaligen Verankerung des Austrittsverfahren im Lissabon-Vertrag (Art. 50 EUV) ja überflüssig ist. In ebenso drastischer Weise wird formuliert, was im Falle einer Normenkollision notfalls zu tun sei, um die kernstaatliche Identität – und damit die nationale Demokratie – zu schützen: das europäische Recht eben einfach „ausnahmsweise“ mal nicht anwenden.⁴⁴ Selten hat ein höchstes Gericht so offen zum Bruch des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ aufgerufen. Man führe sich vor Augen, welches rechtspolitische Signal hiermit an Parlament und Regierung gegeben wird und es bleibt zu hoffen, dass man sich auf diese „Rechtsbruchklausel“ nicht auch in Bayern beim nächsten „Kruzifix-Streit“ berufen wird. Das alles korrespondiert schließlich mit einem wiederum schärferen Ton gegenüber dem wohl eigentlichen Adressaten der Botschaft, zu dem das BVerfG sein konfliktreiches Verhältnis weiter pflegt: Denn von dem seinerzeit schon als Affront empfundenen „Kooperationsverhältnis“ mit dem EuGH ist gar nichts mehr zu lesen. Das Verfassungsgericht lässt keinen Zweifel, wer in diesen Dingen die Letztentscheidungskompetenz hat, schon allein, weil es die Qualität der europäischen Rechtsordnung eher ins Völkerrecht stuft, denn in ein „Bundesstaatsrecht“.⁴⁵ „Europafreundlichkeit“ mag man daher dem Grundgesetz unterstellen; dem BVerfG in dieser Hinsicht wohl kaum.

41 Vgl. ebd., Rn. 252.

42 Ebd., Rn. 249.

43 Vgl. ebd., Rn. 329 f.

44 Vgl. ebd. Rn. 340.

45 Vgl. ebd., Rn. 333 ff.

4. Ist die Staatstheorie des BVerfG „europafeindlich“?

Eine solch pointierte Fragestellung einfach zu bejahen, hieße, sich dem Verdacht undifferenzierter Pauschalierung auszusetzen. Schließlich, so ließe sich anführen, sind die Entscheidungen seit „Solange I“ vom Ergebnis aus betrachtet nicht wirklich „gegen“ den Integrationsprozess gewesen.⁴⁶ Im Maastricht-Beschluss, der seinerzeit durchaus als letzter „Warnschuss“ gegenüber Parlament und Regierung hinsichtlich des europäischen „Demokratiedefizits“ interpretiert wurde, ließ das Gericht den Vertrag schon genauso als verfassungskonform passieren wie jetzt „Lissabon“ – auch wenn auf einfachgesetzlicher Ebene ein „bisschen“ nachgebessert werden muss. Zwischen „Maastricht“ und „Lissabon“ wies das BVerfG zudem alle Beschwerden ab, sei es die der Hamburger Fruchthändler gegen die „berühmte“ Bananenmarktordnung und deren europarechtlichen Handelsrestriktionen gegenüber den „Chiquitas“, sei es die, die sich mit einem „Grundrecht auf DM“ gegen die mit „Maastricht“ eröffnete, tatsächliche Einführung des Euros richteten. Bei der Kassation des EU-Haftbefehlgesetzes, ließe sich schließlich anführen, dass es hier im Kern gar nicht um den supranationalen, sondern bloß um den völkerrechtlichen Teil der „3. Säule“ ging. Fast gewinnt man daher den Eindruck, das Gericht hat Angst vor der eigenen Courage; es baut in seinen großen Europa-Entscheidungen – polemisch formuliert – zwar regelmäßig einen staatstheoretischen „Popanz“ auf, um dann angesichts der geballten 2/3-Mehrheitsverhältnisse in Bundestag und Bundesrat den jeweiligen Integrationschritt doch „durchzuwinken“. Oder politikwissenschaftlich formuliert: Das BVerfG ist eben keine „Gegenregierung“. Dies nicht nur, weil es vor allem eine weiche „Deutungsmacht“ hat⁴⁷, sondern weil es sich, wenn man sich konsequent auf seine demokratietheoretische Argumentation einlässt, natürlich im Verhältnis zum deutschen und europäischen Parlament permanent des eigenen „Legitimationsdefizits“ bewusst sein muss – gibt es doch noch nicht einmal öffentliche „hearings“ wie bei der Richternominierung des amerikanischen Supreme Courts.

Trotzdem: die Europa-Entscheidungen des BVerfG so zu begreifen, hieße aber dann auch, sich dessen spezifische Sicht von Europa schon zu eigen zu machen. So beinhaltet die zugespitzte Fragestellung schon selbst die Antwort: Die Staatstheorie des BVerfG ist „europafeindlich“, weil sie *Staatstheorie* ist. Diese setzt die Begrifflichkeit des souveränen Staates im Naturzustand der anarchischen Staatenwelt ebenso voraus wie ein Verständnis von Demokratie, das sich allein aus der nationalstaatlich definierten politischen Einheit „Volk“ herleitet. „Staat“, „Volk“ und „Souveränität“ sind dabei in der deutschen Staatslehre ein problematisches, weil antipluralistisches und etatistisches Amalgam eingegangen. Und von hier aus lässt sich der Prozess der europäischen Integration nur mit dem Dualismus von Staatenbund und Bundesstaat begreifen. Das heißt: Entweder ist die EU

46 Selbst „Solange I“ endete von der Sache her in der Zurückweisung der Klage.

47 Vorländer 2015.

einschließlich ihrer supranationalen Bereiche letztendlich doch bloß ein völkerrechtlicher Staatenbund, dann bedarf es auch keiner weiteren, jenseits des Nationalstaats liegenden demokratischen Legitimation; es verbietet sich dann aber auch Ausbau und Vertiefung der Integration über das Maß hinaus, bei dem die nationalstaatlichen Befugnisse substanziell „entleert“ würden – so die vom Verfassungsgericht bei „Maastricht“ und „Lissabon“ betonte, unzulässige „Entstaatlichung“ des souveränen „Kernstaats“. Unter diesen Bedingungen bleiben der europäischen Integration enge Grenzen gesetzt, die zudem immer wieder unter staatlichen Souveränitäts- und verfassungsgerichtlichen Prüfungsvorbehalt gestellt werden (müssen). Oder aber die Europäische Union ist selbst schon ein sich auf ein „Gesamtvolk“ stützender souveräner (Bundes-)Staat – was allerdings den utopischen „großen Wurf“ einer Gründung der „Vereinigten Staaten von Europa“ voraussetzte. Dieses dualistische Verständnis von Staats- und Völkerrecht projiziert das BVerfG schon seit den „Solange-Entscheidungen“ auf den Prozess der europäischen Integration – und muss dabei zwangsläufig die besondere postnationale, polykratische und pluralistische Natur der neuen europäischen Rechtsordnung und Gesellschaft permanent verfehlen. Auch wenn das Gericht natürlich kein monolithischer Block ist und es offensichtlich immer wieder „europäischere“ Auffassungen einzelner Richter/innen gibt, so bleiben diese jedoch in der Minderheit:

Mit „Solange I“ erkannte das BVerfG zwar an, dass es sich bei dem mit „Durchgriff“ ausgestatteten sekundären Gemeinschaftsrecht um etwas Neues jenseits von Staats- und Völkerrecht handeln muss. Gegen eine weitaus adäquatere und modernere Minderheitsmeinung im eigenen Senat, die diese neue Form supranationaler Integration einfach als eine vom Grundgesetz gewollte, nicht rückholbare Übertragung von Hoheitsrechten begriff, zog es jedoch hieraus nicht die Konsequenz, sondern verharrte in der tradierten Sichtweise. So gesehen blieb dann selbst die europafreundliche Solange II-Entscheidung in dieser etatistischen Spur, indem man am Souveränitätsvorbehalt festhielt. Seit „Maastricht“ wird dieses Verständnis als „Trinitätslehre“ von Souveränität, Staat und – bisweilen sogar „homogener“ – „Volksdemokratie“ explizit und bis zum offenen Affront gegen europäische Institutionen formuliert. Das „europafreundliche“ Diktum der Verfassungskonformität des Maastricht- bzw. Lissabon-Vertrags entpuppt sich dabei als bloßes Ergebnis eines tief in der deutschen Staatslehre verwurzelten Vorbehalts gegen Formen supranationaler Zusammenarbeit, die das Konzept des Nationalstaats transzendieren, ohne dabei eine neue Staatlichkeit entstehen zu lassen. Denn nur weil die europäische Integration letztlich auf den bloßen „Staatenverbund“ souveräner Staaten zurückgestutzt bzw. die Substanz deren „Kernstaatlichkeit“ nicht durch „Entstaatlichung“ angetastet wird, mit der bloß abgeleiteten Unionsbürgerschaft gerade kein „Staatsvolk“ begründet, das EuP eben kein „echtes“ Parlament darstellt usw. scheint dem Gericht das am nationalen Maßstab des Demokratieprinzips gemessene „Legitimationsdefizit“ überhaupt hinnehmbar – sei es wie im Falle von „Maastricht“ hinsichtlich der schwächeren Stellung des EuP, sei es wie im Falle von „Lissabon“ hinsichtlich der Problematik der Gleichheit der Wahl. Alternative

verfassungs- und demokratietheoretische Konzepte, die den Bürgerbegriff etwa an der Normunterworfenheit orientieren (sog. „normative Staatstheorie“ z. B. in der Folge Kants und Kelsens), werden dabei gar nicht mehr diskutiert. Dies, obwohl sich gerade hiermit die Besonderheit und Dynamik der europäischen Integration viel besser erfassen ließe als mit der Sicht einer „staatlich vermittelten Volksdemokratie“ und dem neu kreierten Begriff des „Staatenverbunds“, der nur umso stärker die Hilflosigkeit tradierter staatsrechtlicher Konzepte verrät. Nach „Maastricht“ setzte sich dieses Verständnis von „Staat“, „Demokratie“ und „Souveränität“ mit dem „EU-Haftbefehl“ in der Variation völkerrechtlicher Bezüge ohne Bruch weiter fort, indem ein untrennbarer Zusammenhang von „Staatsangehörigkeit“, „Auslieferungsverbot“ und „Demokratie“ einfach postuliert wurde. „Lissabon“ hat daran gar nichts geändert, allenfalls Akzente etwas verschoben: weniger „Homogenität des Volkes“, dafür im Ton noch mehr „Souveränität“ – und zugleich mal die „wahren“ Aufgaben des Staates festgelegt. Trotz des seit „Maastricht“ erfolgten vollständigen Richterwechsels erweist sich diese *Staatstheorie* offenkundig als besonders hartnäckig.

Zudem sei daran erinnert: Souveränität als „ursprüngliche Herrschermacht“⁴⁸ – schöpferisch und sich selbst erschaffend – ist ein kein „Rechtsbegriff“; es ist ein ursprünglich theologischer Begriff für die Allmacht Gottes, der nicht auf die von Menschen eingesetzten politischen Institutionen passt. „Souveränität“ des „Staates“ bzw. des „Volkes“ ist daher ein Fall von politischer Theologie; kaum ein anderer Staatsrechtler hat genau das erkannt – als der Theoretiker des „Ausnahmestands“: Carl Schmitt.

Schließlich fällt auch auf: Das Ganze ist ein sehr „deutsches Ding“ – und zwar nicht nur, was die besondere Art der Substanzbegriffe „Souveränität“ – „Staat“ – „Volk“ anlangt. Während z. B. in England „souverän“ das Parlament entscheidet, in den Niederlanden und Frankreich auch schon mal die Bürger/innen direkt, bemühen wir in Deutschland am Ende wie in allen Lebenslagen als „Ersatzkaiser-Ersatz“: die Gerichte. Und dort wird dann über Jahrzehnte, kafkaesk in einem nie endenden Prozess, dasselbe wieder und wieder durch den „Wolf gedreht“: Was ist Europa, wer ist souverän, hat EU-Recht Vorrang usw., vor allem aber: welches Gericht entscheidet? – mit den nahezu identischen Ergebnissen des „ja, aber“. Warten wir also ab, die nächste Europa-Entscheidung des BVerfG als „Hüter des Staates“ und des „Volkes“ wird kommen.

Literatur

Anschütz, Gerhard, 1933: Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl. (Nachdr.), Bad Homburg.
Brunkhorst, Hauke, 2003: Der lange Schatten des Staatswillenspositivismus; *Leviathan*, Heft 3, S. 362-381.

48 Vgl. den vom Berichterstatter Richter Di Fabio bemühten Altmeister liberal-etatistischer Staatslehre: Jellinek 1914, S. 180 f. bzw. S. 183.

- Bryde*, Brun-Otto, 1994: Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, SuS, Heft 3, S. 305-330.
- Häberle*, Peter, 1999: „Staatsbürgerschaft“ als Thema einer europäischen Verfassungslehre; in: Kästner, K.-H. u. a. (Hrsg.), FS Heckel, Tübingen, S. 725-737.
- Häberle*, Peter/*Kotzur*, Markus, 2016: Europäische Verfassungslehre, 8. Aufl. Baden-Baden.
- Herdegen*, Matthias, 2004: Europarecht, 6. Aufl., München.
- Jellinek*, Georg, 1914: Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin.
- Korioth*, Stefan, 2003: Europäische und nationale Identität; in VVDStRL, 62, 118-155.
- Lerche*, Peter, 2001: Verfassungsgerichtsbarkeit in besonderen Situationen, München.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2005: Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, Berlin.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2020: Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa, 8. Aufl., Baden-Baden.
- van Ooyen*, Robert Chr./*Möllers*, Martin H. W. (Hrsg.), 2015: Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden.
- Vorländer*, Hans, 2015: Die Deutungsmacht des Bundesverfassungsgerichts; in: van Ooyen/Möllers, S. 299-312.

Außenpolitik: Regierungsdomäne und liberaler Grundrechtsschutz

Krieg, Frieden und außenpolitische Parlamentskompetenz:

John Locke's vordemokratische „föderative Gewalt“ im Staatsverständnis des Bundesverfassungsgerichts

Im Mai 2008 fällte der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts eine weitere Entscheidung im Rahmen seiner Rechtsprechung zu Out-of-Area-Einsätzen der Bundeswehr. Im Ergebnis hielt er fest, dass die rot-grüne Bundesregierung

„... den Deutschen Bundestag in seinem wehrverfassungsrechtlichen Beteiligungsrecht in Form des konstitutiven Parlamentsvorbehalts für den Einsatz bewaffneter Streitkräfte verletzt (hat), indem sie es unterlassen hat, seine Zustimmung zur Beteiligung deutscher Soldaten an Maßnahmen der NATO zur Luftüberwachung der Türkei vom 26. Februar bis zum 17. April 2003 einzuholen“.¹

Denn: „Der wehrverfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt greift ein, wenn nach dem jeweiligen Einsatzzusammenhang und den einzelnen rechtlichen und tatsächlichen Umständen die Einbeziehung deutscher Soldaten in bewaffnete Auseinandersetzungen konkret zu erwarten ist“.²

Damit war der AWACS-Einsatz im Vorfeld und während des Irakkriegs verfassungswidrig und das BVerfG hat – so auch die öffentliche Meinung³ – das Konzept der „Parlamentsarmee“ gestärkt⁴: Im Zweifel für die Parlamentskompetenz. Die Bundeswehr ist, so schon in der ersten Entscheidung von 1994 (s. u.), eben ein „Parlaments-“ und nicht ein „Regierungsheer“. Nach dem Demokratieprinzip müssen alle wesentlichen Entscheidungen vom Bundestag beschlossen werden,⁵ erst recht also die – altmodisch formuliert – über „Krieg und Frieden“; und dies erstreckt sich nun auch auf Einsätze im „Graubereich“, den die seinerzeitige Bundesregierung einfach als NATO-Routine herunterspielen wollte (s. u.).

Diese parlamentsfreundliche Sicht ergibt sich aber nur, soweit man die Entscheidung für sich isoliert betrachtet. Häufig wird dabei übersehen, welche rechtspolitischen Weichenstellungen das BVerfG insgesamt in seiner Rechtsprechung zur Außenpolitik vorge-

1 BVerfGE 121, 135 – AWACS (2008), www.bverfg.de/e/es20080507_2bve000103.html (letzter Abruf 13.4.2021).

2 Ebd., Leitsatz.

3 Vgl. F.A.Z. vom 8.5.2008; FR vom 8.5.2008.

4 Ausführlich *Wiefelspütz* 2005; zum Parlamentsbeteiligungsgesetz von 2005 vgl. *Wiefelspütz* 2007a, S. 509 ff.

5 Inwieweit sich das BVerfG in der Out-of-Area-Rechtsprechung überhaupt auf seine „Wesentlichkeitstheorie“ stützt, bleibt strittig; mit a.A. *Wiefelspütz* 2005, S. 204.

nommen hat. Denn das Gericht ist nicht einfach ein unpolitisches Verfassungsorgan, das in einem neutralen Raum „reiner“ Rechtswissenschaft als Subsumtionsmaschine bloß das „richtige Recht“ aus der Verfassung judiziert. Dieser von der Rechtswissenschaft verbreitete und alte Mythos – man denke etwa an die Sprachrohrfunktion der Judikative schon bei Montesquieu – wird auch in der Politikwissenschaft unkritisch und in „partieller Selbstentmündigung“ rezipiert.⁶ Die Entgegensetzung von dynamischer Politik und statischem Recht jedoch ist ein von der konservativen Staatslehre geprägter Dualismus.⁷ Gerade neuere politikwissenschaftliche Arbeiten haben dagegen die politische Rolle des Bundesverfassungsgerichts herausgearbeitet.⁸ An dieser Stelle soll aber nicht die machtpolitische Dimension im Vordergrund stehen. Es soll vielmehr das politisch-theoretische – oder in der konservativen Diktion das „staatstheoretische“ – Vorverständnis⁹ von Außenpolitik offen gelegt werden, das vom BVerfG in seinen Out-of-Area-Entscheidungen zugrunde gelegt wird und von dem aus sich die Entscheidungen erst als „juristische Subsumtionen“ ergeben. Dann zeigt sich, dass die aktuelle AWACS-Entscheidung zu einer Entscheidungsreihe in Kontinuität steht, die vom NATO-Doppelbeschluss der 1980er Jahre bis zu der jüngsten über den „Tornado-Einsatz“ in Afghanistan steht – und zugleich verfassungspolitisches Unbehagen auslöst: Zum einen, weil das BVerfG die verfassungsrechtlichen Schranken für Auslandseinsätze überhaupt flexibilisiert hat; zum anderen, weil eine stärkere parlamentarische Kontrolle – und damit Demokratisierung – der auswärtigen Gewalt ausdrücklich und prinzipiell abgelehnt wird.¹⁰ Dieses Verständnis geht auf das Konzept der „föderativen Gewalt“ von John Locke zurück. Nun scheint der demokratische Liberale Locke – „Leben, Freiheit, Eigentum“ – für einen verfassungstheoretischen Rückgriff auf den ersten Blick ja keine schlechte Adresse. Aber das gilt für seine „föderative Gewalt“ eben nicht; denn hier ist Locke ein „Hobbesianer“.

1. Rückblick: die politische Grundentscheidung – der „Parlamentsvorbehalt“ (1994) und die Entscheidung zum NATO-Doppelbeschluss (1984)

Die Zeitenwende von 1989/90 brachte eine grundlegende Zäsur. Politisch wurde der Weg frei für eine Deblockierung der UN, auch wenn die zunächst aufkommende Euphorie einer „Neuen Weltordnung“ schnell einer skeptischeren Sicht der Dinge weichen musste. Gleichwohl drückte sich mit der Praxis der „humanitären Intervention“ in den Entscheidungen der UN jetzt auch ein „neues internationales Werteverständnis aus“, bei dem es

6 Seibel 2003, S. 221. Selbst in aktuellen Standardkompendien findet sich kaum etwas über die außenpolitische Rolle des Bundesverfassungsgerichts; vgl. *Wolfrum* 2007, S. 157 ff.; ausführlicher aber noch im „Vorgängerband“: *Billing* 1975, S. 157 ff.; aktuell *van Ooyen* 2008, S. 75 ff.

7 Vgl. *Gusy* 1985, S. 43.

8 M. w. N.: *Vorländer* 2006; *van Ooyen/Möllers* 2015.

9 Zu diesem politikwissenschaftlichen Ansatz *van Ooyen* 2005; *van Ooyen* 2020a.

10 Vgl. *Wolfrum* 2007, S. 159; *Geiger* 2003; *Zivier* 2003, S. 20 ff.

„nicht mehr allein um die Sicherheit von Staaten, sondern auch um die Sicherheit der in diesen Staaten lebenden Bevölkerungsgruppen“ geht.¹¹ Die „humanitäre Intervention“ zum Schutz von Menschenrechten zählte daher „in den vergangenen Jahren zu den rechtlich umstrittensten Fragen des Gewaltanwendungsverbots“. Dabei interpretierte man die in Art. 39 der UN-Charta vorgegebene Mindestvoraussetzung „Bedrohung des Friedens“ durchaus weit im Sinne eines positiven Friedensbegriffs, der sich nicht in der Abwesenheit von Krieg oder militärischer Gewalt erschöpft, sondern in Anlehnung an vorklassische „Bellum-iustum-Lehren“ als „gute Ordnung verstanden wird“.¹² Insbesondere seit den Schutzmaßnahmen zugunsten der Kurden im Irak und dem Eingreifen in Somalia subsumierte man die „humanitäre Intervention“ als „Frieden schaffende Maßnahme“ unter Kapitel VII der UN-Charta,¹³ das ja das strenge Interventionsverbot des Art. 2 Ziff. 7 ausdrücklich durchbricht. Aus deutscher Sicht war damit bald die Frage nach einer Beteiligung an UN- bzw. an vom Sicherheitsrat ermächtigten Maßnahmen aufgeworfen, insbesondere bei schwersten Menschenrechtsverstößen. Die frühere Praxis und offiziell vertretende verfassungsrechtliche Auslegung sah das jedoch überhaupt nicht vor: Alle Bundesregierungen hatten bis in die 90er Jahre die Auffassung vertreten, der Bundeswehr seien solche Einsätze „out-of-area“ des NATO-Verteidigungsauftrags schon verfassungsrechtlich verwehrt.¹⁴ Vor dem Hintergrund des jahrzehntelangen Grundkonsenses offenbarte die durch die neue Herausforderung losgetretene verfassungspolitische Diskussion und politische Praxis zunächst einmal ein gewisses Maß an Verwirrung und Hilflosigkeit. Aus „realistischer“ Sicht schien die Entscheidungsschwäche von Regierung und Opposition gleichermaßen beklagenswert, weil die „Opposition vor dem Bundesverfassungsgericht Klage dagegen führt, daß ein paar deutsche Luftwaffensoldaten in Awacs-Maschinen über der Adria patrouillieren!“ Dabei wurde deren „Schrulligkeit... noch übertroffen von einer Bundesregierung, die ähnlich wie die SPD-Führung sehnlichst darauf gewartet hat, daß ihr Karlsruhe Entscheidungen abnehmen möge, die eigentlich sie selbst hätte treffen müssen und treffen können“.¹⁵ Die konservativ-liberale Bundesregierung unter Helmut Kohl war gleichwohl seit 1991 nach der „Salami-Taktik“ vorgegangen und hatte scheinbarweise den Einsatz der Bundeswehr „out-of-area“ vorgenommen: durch die Entsendung u. a. von Minensuchbooten im Persischen Golf am Rande des 2. Golf-Kriegs, die Teilnahme an den UN-Blauhelmen zur Entwaffnung und Verwaltung Kambodschas, die Beteiligung 1992/93 an den vom Sicherheitsrat beschlossenen und von der NATO/WEU durchgeführten Embargo-Maßnahmen gegen Serbien¹⁶, schließlich 1993 die Entsendung eines Nach-

11 Kühne 1995, S. 379; vgl. van Ooyen 2002, S. 90 ff.

12 Blumenwitz 1994, S. 4 bzw. S. 8.

13 Vgl. Res. Sicherheitsrat 688 (1991) und 794 (1992).

14 Vgl. Isensee 1996, S. 383.

15 Schwarz 1994, S. 168.

16 AWACS-Radarüberwachung des verhängten Flugverbots und Einsatz eines Kriegsschiffs zur Durchsetzung der Seeblockade in der Adria.

schub- und Transportbataillons der Bundeswehr zur Unterstützung der UN-Intervention in Somalia.

Das Machtvakuum einer grundsätzlichen verfassungspolitischen Klärung des Einsatzes der Bundeswehr – und seiner Schranken – unter den nunmehr geänderten weltpolitischen Bedingungen füllte nun das Gericht anlässlich der von der SPD und sogar auch von der FDP-Fraktion als Teil der Regierungskoalition eingereichten Klagen. Denn es spielte nicht einfach diesen politisch hoch brisanten Ball an den parlamentarischen Raum zurück, indem es die neue politische Praxis als unzulässig kassierte und damit den politischen Entscheidungsdruck zur Verfassungsänderung erhöht hätte – was das Gericht jederzeit hätte tun können und angesichts des von ihm selbst hoch gehaltenen Mythos „politischer Zurückhaltung“ hätte tun müssen. Das BVerfG legte vielmehr diese Grenzen einfach selber fest. Und dabei verblüffte seinerzeit, dass es entgegen dem bisherigen Verfassungskonsens auf solche Grenzen des Einsatzes der Bundeswehr fast völlig verzichtete. So ergab sich – bei identischem Wortlaut der Verfassung – gegenüber dem früheren verfassungspolitischen Grundkonsens nun fast das genaue Gegenteil.¹⁷ Denn:

1. Out-of-Area-Einsätze sind ohne weiteres möglich, solange sie unter dem Dach eines Systems kollektiver Sicherheit völkerrechtskonform zum Zwecke von Frieden und Sicherheit stattfinden.
2. Dabei wird „kollektive Sicherheit“ weit verstanden, sodass hierunter nicht allein die UN, sondern auch „Bündnisse kollektiver Selbstverteidigung“ fallen¹⁸ – also auch NATO und WEU.¹⁹
3. Schließlich steckte das Gericht noch den politischen Entscheidungsspielraum der Exekutive relativ weit ab, da es nur bei *wesentlicher* Änderung bestehender völkerrechtlicher Vereinbarungen einer weiteren parlamentarischen Zustimmung in der Form des Gesetzgebungsverfahrens bedarf.

Das überraschte, auch weil es im Gegensatz zu der erst kurz zuvor gefällten zentralen Europa-Entscheidung stand. Denn im „Vergleich zum Maastricht-Urteil gab das Gericht der Exekutive deutlich mehr Gestaltungsspielraum bei der Fortentwicklung von NATO, WEU und Vereinten Nationen als bei der Integration in die EU“.²⁰ Zugleich reduzierte sich damit das gesamte Problem des Bundeswehreinsatzes auf die bloße Kompetenzfrage. Und so lag der vom Gericht seinerzeit monierte verfassungsrechtliche Mangel der bisher erfolgten Bundeswehr-Einsätze auch „nur“ in der fehlenden parlamentarischen Zustim-

17 Zwar wurde Art. 24 GG in der staatsrechtlichen Debatte schon immer unterschiedlich diskutiert, aber das ist ja bei fast allen solch grundlegenden Fragen der Fall; zur Staatspraxis und zu den weit offeneren wissenschaftlichen Kontroversen vgl. *Harnisch* 2006, S. 217 ff.

18 Vgl. BVerfGE 90, 286 – Bundeswehreinsatz, Leitsätze.

19 Dies erfolgte über den Sachverhalt und die Argumentation der Bundesregierung hinaus, da „alle in Frage stehenden Einsätze... von Beschlüssen des Sicherheitsrats“ gedeckt waren; *Harnisch* 2006, S. 279.

20 Ebd., S. 284; vgl. *van Ooyen* 2020a.

mung, die grundsätzlich vor einem Einsatz zu erfolgen habe („Parlamentsvorbehalt“).²¹ Keine Parlamentszustimmung ist jedoch notwendig, wenn die Bundeswehr eingesetzt wird für bloße „Hilfsdienste und Hilfsleistungen im Ausland, sofern die Soldaten dabei nicht in bewaffnete Unternehmungen einbezogen sind“.²² Demgegenüber fand das BVerfG beim Einsatz bewaffneter Streitkräfte eine einzige Ausnahme: Um die „militärische Wehrfähigkeit und die Bündnisfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland nicht (zu) beeinträchtigen“, ist bei „Gefahr im Verzuge“ die „Bundesregierung berechtigt, vorläufig den Einsatz von Streitkräften zu beschließen und an entsprechenden Beschlüssen in den Bündnissen oder internationalen Organisationen ohne vorherige Einzelermächtigung durch das Parlament mitzuwirken und diese vorläufig zu vollziehen“. Die „Bundesregierung muß jedoch in jedem Fall das Parlament umgehend mit dem so beschlossenen Einsatz befragen“ und die „Streitkräfte sind zurückzurufen, wenn es der Bundestag verlangt“.²³

In einer Gesamtbetrachtung der Begründung fällt zweierlei auf:

1. Der Parlamentsvorbehalt wird „aus einer Gesamtschau der Wehrverfassung (entwickelt)... Damit charakterisiert das Bundesverfassungsgericht den Einsatz der Streitkräfte als einen nicht unter den Gesichtspunkt der auswärtigen Gewalt zu subsumierenden Fall, so dass die bisherige Rechtsprechung zur Verteilung der auswärtigen Gewalt zwischen Regierung und Bundestag aufrecht erhalten werden konnte“.²⁴

So wird der „Parlamentsvorbehalt“ aus dem *innerstaatlichen* Gewaltenteilungsschema konstruiert. Andernfalls hätte das Gericht entweder in der Spur seiner bisherigen Rechtsprechung – insbesondere zum „NATO-Doppelbeschluss“ aus dem Jahr 1984 – die Parlamentskompetenz über „Krieg und Frieden“ sogar verneinen müssen; und soweit wollte und konnte man dann angesichts des Demokratieprinzips der Verfassung wohl nicht gehen. Oder aber man hätte gegenüber dieser bisherigen Sicht die grundsätzliche Parlamentshoheit im Bereich der auswärtigen Gewalt zugestehen müssen. Das wäre dann aber der Anfang einer umfassenden Parlamentarisierung der auswärtigen Gewalt gewesen. Eine solche hatte das Gericht aber seinerzeit bei der Frage der Entscheidungskompetenz zur Stationierung von Pershing-Raketen ausdrücklich zugunsten der Kompetenzen der Bundesregierung zurückgewiesen.²⁵ Dies im Übrigen ohne die Mühe differenzierter Begründung, sondern lediglich durch Verweise auf die verfassungsge-

21 BVerfGE 90, 286 (322 und 339); vgl. auch Leitsätze 3a) und b). Den Einsatz bewaffneter Streitkräfte hat der Bundestag „nach Maßgabe des Art. 42 Abs. 2 GG zu beschließen“ (ebd., 346), d. h. mit einfacher Mehrheit.

22 Ebd., 344.

23 Ebd., 345.

24 *Wolfrum* 2007, S. 163.

25 Die „konkrete Ordnung der Verteilung und des Ausgleichs staatlicher Macht... darf nicht durch einen aus dem Demokratieprinzip fälschlich abgeleiteten Gewaltenmonismus in Form eines allumfassenden Parlamentsvorbehalts unterlaufen werden“; BVerfGE 68, 1 (87) – NATO-Doppelbeschluss. In seinem Sondervotum kritisierte Richter Mahrenholz die „Gewichtsverschiebung... zu Gunsten der Exekutive“ (S. 378); vgl. *Müller-Terpitz* 2017, S. 393 ff.

schichtliche Tradition und allgemein auf die „Gewaltenteilung“. So ging es einfach von der bloßen „Annahme (aus), dass institutionell und auf Dauer typischerweise allein die Regierung in hinreichendem Maße über die personellen, sachlichen und organisatorischen Möglichkeiten verfügt“.²⁶

2. Es ist hervorzuheben, dass das aus dem Verständnis der Bundeswehr als „Parlamentsheer“ abgeleitete Zustimmungserfordernis eben nicht explizit in der Verfassung geregelt ist, sondern „von dem Senat mit Hilfe einer umfassenden systematischen und historischen Auslegung aller auf die Streitkräfte bezogenen Regelungen entwickelt“ wurde.²⁷ Dies lässt jedoch auch einfach als Grenzüberschreitung der Verfassungsauslegung in Richtung Verfassungsschöpfung begreifen, da das Gericht das Grundgesetz hier „geändert (hat)“²⁸ – sozusagen ein „kühner Schritt“, mit „dem es die größtenteils theoretische verfassungsrechtliche Diskussion der Zeit vor 1990 hinter sich lässt“.²⁹

2. Tirana-Einsatz (1997) und Kosovo-Konflikt (1999)

Welche Schleusen das BVerfG rechtspolitisch hiermit öffnete, zeigte sich schon wenige Jahre später bei dem in der Öffentlichkeit wenig beachteten, weil faktisch relativ harmlosen, aber bis an die Grenzen des Verfassungsbruchs reichenden „Tirana-Einsatz“³⁰. In Albanien war es im März 1997 zur Implosion staatlicher Ordnung gekommen, die die Sicherheit der sich in Tirana aufhaltenden Ausländer infolge marodierender bewaffneter Banden und Plünderungen gefährdete. Weil eine Evakuierung deutscher Staatsangehöriger anders nicht möglich schien, beschlossen Bundeskanzler, Verteidigungsminister und Außenminister am 14. März 1997 die Evakuierung durch Einsatz der Bundeswehr, der noch am selben Tag mittels Transall-Maschinen und Hubschrauber erfolgte. Parallel beorderte man zur weiteren Sicherung des Einsatzes eine Fregatte vor die Küste Albaniens. Vorab wurden vom Einsatz informiert: die Fraktionsvorsitzenden der im Bundestag vertretenen Parteien, die Vorsitzenden von Verteidigungs- und Auswärtigem Ausschuss sowie die jeweiligen Obleute der Fraktionen. Sie stimmten dem Einsatz zu. Die „Aktion“ wurde erfolgreich durchgeführt; es kam aber zu einer „kleinen“ Schießerei zwischen Soldaten der Bundeswehr und Albanern. Diese Evakuierung von Staatsangehörigen durch bewaffneten Einsatz der Bundeswehr kann jedoch weder unter den Begriff der „Verteidigung“ noch unter die „kollektive Sicherheit“ gefasst werden. Auch eine Argumentation über die Figur des „Staatsnotstands“ erweist sich als höchst problematisch, weil ja gerade die Idee und Funktion der Positivierung von Regeln in einer schriftlich fixierten Verfas-

26 BVerfGE 68, 1 (88); vgl. auch 84 ff.

27 Richter/Schuppert 1996, S. 518.

28 M. w. N.: Epping 1999, S. 449.

29 Wild 2017, S. 549 f.

30 Vgl. Epping 1999, S. 449.

sung dem entgegensteht. Sonst könnte jeder beliebige Verfassungsbruch mit dem lapidaren Hinweis auf „ungeschriebenes“ Verfassungsrecht legalisiert werden und das Verfassungsgericht hätte sich seinerzeit überhaupt eine Begründung sparen können. Denn „Notstand“ in irgendeiner Form wird wohl jedem bewaffneten Kampfeinsatz der Bundeswehr zugrunde liegen. Im Hinblick auf den Parlamentsvorbehalt war der „Tirana-Einsatz“ zwar genau der Fall, den das Gericht als Ausnahme mit der Formel „Gefahr im Verzuge“ beschrieben hatte. Dann aber hätte die Bundesregierung zumindest als Kabinett den Einsatz beschließen müssen. Dies geschah jedoch erst nach Abschluss des Einsatzes. Auch die nachträgliche Befassung und Zustimmung des Bundestags erfolgte mit dem 18./20. März nicht umgehend und schon gar nicht in der Weise, dass dieser auf den Einsatz noch irgendwie hätte Einfluss nehmen können (die Aktion war längst abgeschlossen). Im Ergebnis kam dies selbst bei der nachträglich erfolgten Zustimmung einer Aushebelung des Parlamentsvorbehalts durch Faktizität gleich.

In praktischer Hinsicht mögen die bis zum „Tirana-Einsatz“ vorgenommenen Auslandseinsätze – einschließlich des zeitlich und personell umfangreichen und 1996 erstmalig beschlossenen SFOR-Einsatzes in Bosnien – eher von geringer Bedeutung gewesen sein. Erst der völker- und verfassungsrechtlich höchst umstrittene Fall der Beteiligung am „Kosovo-Krieg“ zur Abwendung einer humanitären Katastrophe erwies sich als die entscheidende Zäsur. Dabei ging es um die Beteiligung der Bundeswehr an den Luftangriffen der NATO gegen Jugoslawien (Serbien und Montenegro). Im Unterschied zu „Tirana“ war diesmal zwar die Zustimmung des Bundestags vorher erfolgt. Das Problem aber war, das weder eine ausdrückliche Ermächtigung des UN-Sicherheitsrats nach Kap. VII UN-Charta vorlag, noch konnte der Kampf-Einsatz unter das durch Art. 51 UN-Charta gedeckte Recht der individuellen oder kollektiven Selbstverteidigung eingeordnet werden.³¹ Da diese aber die beiden einzig zulässigen Ausnahmen vom völkerrechtlichen Gewaltverbot darstellen, ist es kaum möglich, die militärischen Aktionen nach der „klassischen“ Lesart von „Krieg“ und „Frieden“ nicht als einen „Angriffskrieg“ zu qualifizieren. Das aber wäre selbst beim Zweck zum Schutz von Menschenrechten nicht nur völkerrechts-, sondern nach Art. 26 GG auch noch verfassungswidrig – ganz abgesehen von der verheerenden politischen Signalwirkung auf andere regionale Interventionsmächte. Ohne an dieser Stelle in den politikwissenschaftlichen und juristischen Streit einzutreten, wird aus der hier interessierenden Sicht am Fall „Kosovo“ eines deutlich: Es war ein weiterer „Präzedenzfall“ geschehen, in dem ein Verfassungsorgan – diesmal der Bundestag – mit Hilfe der heute völlig unscharf gewordenen Formulierungen von „Krieg“ und „Frieden“ im Grundgesetz die Grenze zur Verfassungsschöpfung abermals überschritten hatte. Nach der von der PDS-Fraktion eingereichten Klage wäre daher hierfür – soweit überhaupt zulässig – nicht bloß die Zustimmung des Bundestags im Rahmen des „Parlamentsvorbehalts“, sondern eine Verfassungsänderung notwendig gewesen. Das Bundesverfassungsgericht

31 Vgl. *Simma* 2000, S. 9 ff.

stieg jedoch unter explizitem Verweis auf seine Entscheidung von 1994 hierauf erst gar nicht mehr ein, weil „die verfassungsrechtliche Ermächtigung des Bundes, Streitkräfte in einem System kollektiver Sicherheit einzusetzen, grundsätzlich geklärt ist“.³²

3. Die Entscheidung zum NATO-Strategiekonzept (2001)

3.1 *Erweiterte Sicherheit als Domäne der Regierung*

Mit dem neuen, auf dem Washingtoner Gipfel 1999 beschlossenen Strategischen Konzept erweiterte die NATO nach dem Ende des Ost-West-Konflikts angesichts allgemeiner neuer Konfliktlagen und des „Kosovo-Kriegs“ im Besonderen ihre Konzeption eines klassischen Verteidigungsbündnisses um den sog. „erweiterten Sicherheitsbegriff“.³³ Dieser überschreitet selbst einen militärisch weit gefassten Begriff von Sicherheit in erheblicher Weise:

„Any armed attack on the territory of the Allies, from whatever direction, would be covered by Articles 5 and 6 of the Washington Treaty. However, Alliance security must also take account of the global context. Alliance security interests can be affected by other risks of a wider nature, including acts of terrorism, sabotage and organized crime, and by the disruption of the flow of vital resources. The uncontrolled movement of large of people, particularly as a consequence of armed conflicts, can also pose problems for security and stability affecting the Alliance“.³⁴

Im Rahmen dieses sicherheitspolitischen Paradigmenwechsels sind auch besondere, militärische „Krisenreaktionseinsätze“ außerhalb von Art. 5 des NATO-Vertrags vorgesehen,³⁵ sodass dies als eine Änderung des NATO-Vertrags begriffen werden kann, die aus verfassungsrechtlicher Sicht dann einer besonderen parlamentarischen Zustimmung im Wege formeller Gesetzgebung³⁶ bedarf.³⁷

Ein seinerzeit von der PDS-Bundestagsfraktion gegen die rot-grüne Bundesregierung angestrebtes Organstreitverfahren wurde jedoch 2001 abgewiesen. Das BVerfG kam zum Schluss, dass in formaler Hinsicht gar keine „objektive Änderung des NATO-Vertrags“ vorliegen würde, sondern nur eine bloße „Fortentwicklung und Konkretisierung der

32 BVerfGE 100, 266 – Kosovo (1999, Zweiter Senat), www.bverfg.de/e/es19990325_2bve000599.html (letzter Abruf 13.4.2021), Rn. 20.

33 Vgl. *Bundesakademie für Sicherheitspolitik* 2001; vgl. *Lange* 2007, S. 179 ff.

34 Punkt 24, The Alliance’s Strategic Concept, Approved by the Heads of State and Government participating in the meeting of the North Atlantic Council vom 23./24. April 1999.

35 Art. 5 des NATO-Vertrags regelt den klassischen Bündnisfall im Falle des Angriffs auf einen der Vertragspartner mit Beistandspflicht und Art. 6 beschreibt das Bündnisgebiet.

36 Vgl. Art. 59 Abs. 2 GG.

37 Vgl. z. B. *Zivier* 1999, S. 210 ff.; *Klein/Schmahl* 1999, S. 198 ff.

offen formulierten Bestimmungen des NATO-Vertrags“.³⁸ In seiner Begründung verwies es zwar zu Recht darauf, dass die Krisenreaktion im Unterschied zum Bündnisfall keine automatische Beistandspflicht auslöse. Auch sei eine parlamentarische Kontrolle gegeben, da bei solchen Streitkräfteeinsätzen der Bundestag wegen des Parlamentsvorbehalts ja zustimmen müsse.³⁹ Gleichwohl spielte es die Bedeutung des neuen NATO-Sicherheitskonzepts einfach herunter, da die „Krisenreaktionseinsätze... keine grundlegende neue Einsatzart“ darstellten.⁴⁰ So konnte das Gericht an seiner bisherigen Linie festhalten:

„Das Grundgesetz hat in Anknüpfung an die traditionelle Staatsauffassung der Regierung im Bereich auswärtiger Politik einen weit bemessenen Spielraum zu eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung überlassen. Sowohl die Rolle des Parlaments als Gesetzgebungsorgan als auch diejenige der rechtsprechenden Gewalt sind schon aus Gründen der Funktionsgerechtigkeit in diesem Bereich beschränkt. Die der Bundesregierung insoweit anvertraute auswärtige Gewalt steht zwar nicht außerhalb parlamentarischer Kontrolle... Jedoch würde eine erweiternde Auslegung von Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG... die außen- und sicherheitspolitische Handlungsfähigkeit der Bundesregierung ungerechtfertigt beschneiden und auf eine nicht funktionsgerechte Teilung der Staatsgewalt hinauslaufen“.⁴¹

Vor diesem Hintergrund einer inhaltlich fast gar nicht eingrenzbaren Domäne der Regierung im Bereich der Außen- und Sicherheitspolitik erweisen sich dann auch die in den Leitsätzen der Entscheidung explizit noch einmal hervorgehobenen parlamentarischen Schranken eher als demokratisches Alibi.⁴² Denn wann sollte die an die Regierung im Rahmen des Zustimmungsgesetzes übertragene Ermächtigung im Bereich der kollektiven Sicherheit überhaupt noch überschritten sein, sodass die Rechte des Bundestags verletzt würden, wenn nicht hier? Umgekehrt kann also die Regierung den wohl seit der NATO-Gründung grundlegendsten sicherheitspolitischen Paradigmenwechsel einfach vollziehen, solange man peinlichst darauf achtet, in formal-völkerrechtlicher Hinsicht die Grenze einer Vertragsänderung nicht zu überschreiten. Das aber führt den Zweck einer Erfordernis parlamentarischer Zustimmung nach Art. 59 Abs. 2 GG selbst ad absurdum, da diese sich dann faktisch auf eine einmal – im Falle des NATO-Vertrags vor über fünfzig Jahren – gegebene Blankovollmacht reduziert.⁴³

38 BVerfGE 104, 151 – NATO-Konzept (2001, Zweiter Senat), www.bverfg.de/e/es20011122_2bve000699.html (letzter Abruf 13.4.2021), Rn. 145.

39 Ebd.; vgl. Rn. 146 u. 150.

40 Ebd., Rn. 156.

41 Ebd., Rn. 149.

42 Vgl. ebd., Leitsätze 1, 3 u. 4.

43 Vgl. schon *Zivier* 2003, S. 23.

3.2 Politisch-theoretischer Fixpunkt: die „föderative Gewalt“ von John Locke

In den juristisch völlig unscharfen Begriffen wie „traditionelle Staatsauffassung“, „Funktionsgerechtigkeit“, „außen- und sicherheitspolitische Handlungsfähigkeit“ offenbart sich darüber hinaus auch ein altmodisch-fragwürdiges, weil aus heutiger Sicht holzschnittartiges Verständnis der internationalen Beziehungen. Dieses hat wohl in der „föderativen Gewalt“ von John Locke seinen ideengeschichtlichen Ursprung im 17. Jahrhundert.⁴⁴ Locke unterschied im innerstaatlichen Verhältnis die Legislative von der Exekutiven; beiden fügte er im Außenverhältnis noch eine eigenständige, hiervon unterschiedene, „föderative Gewalt“ hinzu, die sich bei ihm jedoch einer Regelung entzieht. Und so findet sich bei Locke schon genau diese Sicht des BVerfG, nur die exekutive Gewalt als überhaupt innerstaatliche unter die Aufsicht der Legislative zu stellen, während die außenwärtige Gewalt zugleich ausübende Regierung international frei schalten können muss. Vor diesem Hintergrund erschließt sich, warum das BVerfG den Parlamentsvorbehalt bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr dann aus der innerstaatlichen Wehrverfassung postulieren muss (s. o.) – und aus einer parlamentarischen Kontrolle der auswärtigen Gewalt es gar nicht kann. Voraussetzung bildete bei Locke allerdings hierbei die Annahme, dass die internationalen Beziehungen ohne „Gesellschaftsvertrag“ und damit in dem – von ihm in seiner Vertragstheorie ja konstruierten – vorstaatlichen Naturzustand verharren:

„Es gibt in jedem Staat noch eine andere Gewalt, die man eine natürliche nennen könnte, weil sie in etwa der Gewalt entspricht, die jeder Mensch von Natur aus hatte, bevor er in die Gesellschaft eintrat. Denn obwohl in einem Staate die Glieder in ihrem Verhältnis zueinander immer einzelne Personen bleiben..., so bilden sie hinsichtlich der übrigen Menschheit doch nur einen Körper, der sich... der übrigen Menschheit gegenüber weiterhin im Naturzustand befindet...

Dies enthält deshalb die Gewalt über Krieg und Frieden... und man kann... von einer föderativen Gewalt sprechen. ...

Obwohl diese beiden Gewalten, die exekutive und die föderative, in Wirklichkeit voneinander verschieden sind – da die eine die Vollziehung der Gesetze innerhalb der Gesellschaft... beinhaltet und die andere für die Sicherheit und die Interessen des Volkes nach außen... sorgen muß –, so sind sie doch fast immer vereinigt. Und obwohl es für den Staat von großer Bedeutung ist, ob diese föderative Gewalt gut oder schlecht gehandhabt wird, so ist sie doch weitaus schwerer durch vorher gefaßte, stehende, positive Gesetze zu leiten als die Exekutive. Es muß deshalb notwendigerweise der Klugheit und Weisheit derjenigen überlassen bleiben, in deren Händen sie liegt, sie zum öffentlichen Wohl zu gebrauchen“.⁴⁵

So steuert der „Kapitän“ das „Staatsschiff“ durch den anarchischen Naturzustand der zwischenstaatlichen Politik – insoweit war auch der Liberale Locke noch „Hobbesianer“⁴⁶.

44 Vgl. Cremer 2003, S. 23 ff.

45 Locke 1977, S. 292 f. (2. Abhandlung, § 145-147).

46 Zu den Unterschieden vgl. van der Pijl 1996, S. 53 ff.

Doch das vermeintlich „realistische“ Bild einer internationalen Regellosigkeit, die sich einer parlamentarischen Zählung der exekutiven Gewalt entzieht, ist nicht nur schief, da „Gesetzgebung in einer globalisierten Welt zum Teil internationalisiert ist“.⁴⁷ Ihm liegt vor allem die politisch-anthropologische Prämisse des modernen „Realismus“ von Machiavelli über Hobbes bis zu Nietzsche, Max Weber und Carl Schmitt zugrunde, der den Begriff des Politischen auf Macht, Kampf, Trieb und schließlich auf den „Freund-Feind-Krieg“ reduziert.⁴⁸ Nirgends wird das deutlicher als am Hobbesschen Kriegs-Universum des „bellum omnium contra omnes“,⁴⁹ der Wolfsgesellschaft des „homo homini lupus“, der Welt vom permanenten Mord und Totschlag – den es im Übrigen unter Wölfen gar nicht gibt. Man muss kein „Gutmenschen-Rousseauist“ sein, um hier von einer Verzerrung der Realität durch den „Realismus“ sprechen zu müssen.⁵⁰

In normativer Hinsicht wäre überdies ein solches „Raubtier-Menschenbild“ zudem nicht hinnehmbar, weil verfassungswidrig: unvereinbar nämlich mit dem gerade vom BVerfG selbst postulierten „Menschenbild des Grundgesetzes“.⁵¹ Schließlich: Eine separate „föderative Gewalt“ im Bereich der Außenpolitik, in der die Regierung von ganz wenigen Erfordernissen parlamentarischer Zustimmung frei schalten und walten kann, ist dem Grundgesetz unbekannt. In der zentralen Bestimmung des Art. 20, in dem *alle* Gewalten an die Legitimation durch die Bürger/innen rückgebunden werden, finden sich eben nur die drei „klassischen“ Formen „horizontaler Gewaltenteilung“. Und auch die Rangordnung, im Verfassungsrecht als „Vorrang“ bezeichnet, ist eindeutig:

„Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Recht und Gesetz gebunden“.⁵²

In verfassungsrechtlicher Sicht handelt es sich daher – um ein Wort von Helmut Ridder zu gebrauchen – um „Law Fiction“.⁵³

3.3 *Nationales Interesse als „Friedenssicherung“?*

Auch die vom Gericht angeführte weitere verfassungsrechtliche Schranke des „Friedensgebots“ in Art. 26 erweist sich als wenig wirksam. Dies nicht nur, weil der Begriff des Friedens selbst nach Meinung des Gerichts keine genaue Definition enthält.⁵⁴ Sogar die

47 Fastenrath 2003, S. 35.

48 Zur Kritik an den damit verbundenen Reduktionen von Realität in Bezug auf Robert Kagan m. w. N.: van Ooyen 2003.

49 Krieg aller gegen alle.

50 Zu den Möglichkeiten und Grenzen des Realismus und den anthropologischen Prämissen bei dem neo-realistischen Theoretiker der Internationalen Beziehungen vgl. Rohde 2004.

51 Zu den estatistischen Implikationen vgl. Becker 1996; van Ooyen 2005, S. 27 ff.

52 Art. 20 Abs. 3 GG.

53 Ridder 1979, S. 129 (mit anderem Zusammenhang).

54 Vgl. BVerfGE 104, 151 – NATO-Konzept, Rn. 160.

früher einigermaßen klaren Begriffe des „Verbots des Angriffskrieges“ in Art. 26 GG einschließlich seines Komplementärs des zulässigen „Verteidigungskrieges“ sind im Zeitalter des Menschenrechtsschutzes durch „humanitäre Interventionen“ sowie der Erosion der Trennung von innerer und äußerer Sicherheit – Stichwort „neue Kriege“ – in ihrem völker- und verfassungsrechtlichen Gehalt erheblich ins Rutschen gekommen.⁵⁵ Was ließe sich demnach heute unter „friedliches Zusammenleben der Völker“ im Sinne des Art. 26 GG nicht alles subsumieren. Und so akzeptierte das Gericht nicht nur ohne weitere Problematisierung, dass der dem NATO-Konzept zugrunde liegende „erweiterte Sicherheitsbegriff“ elastisch auf alles ausgedehnt und damit als friedensrelevant erklärt werden kann – von der Terrorismusbekämpfung über die organisierte Kriminalität und Sabotage bis hin zur unkontrollierten Migration. Es zauberte außerdem noch die in diesem Punkt 24 des NATO-Konzepts (s. o.) aufgeführte sicherheitspolitische Bedrohung einer „disruption of the flow of vital resources“ ganz einfach weg. Das Gericht kam so gar nicht auf die Idee, dass hier ein ganz klassisches Machtmotiv der „Geopolitik“ auftauchte, das als Konsequenz den Einsatz der Bundeswehr etwa in Drogenanbaugebieten der „Dritten Welt“, gegen Flüchtlinge – und vor allem zum Schutz der nationalen/westlichen Rohstoffversorgung beinhalten könnte. Lapidar hielt es fest, dass die „Konkretisierung... der... nicht unter Artikel 5 fallenden Einsätze (Krisenreaktionseinsätze)... keine machtpolitisch oder gar aggressiv motivierte Friedensstörungsabsicht erkennen (lässt). Es geht im Gegenteil um die Erhaltung des Friedens...“.⁵⁶

4. Entscheidung zum Tornado-Einsatz Afghanistan (2007)

Bei der „Tornado-Entscheidung“ ging es um die Erweiterung des deutschen Einsatzes in Afghanistan in der Form der Luftaufklärung durch Kampffjets im Rahmen des durch den UN-Sicherheitsrat legitimierten ISAF-Mandats, das unter NATO-Führung firmiert. Der Bundestag stimmte dem Einsatz am 9. März 2007 zu. Infolge dieser Ausweitung von ISAF überschneidet sich nun aber das ISAF-Einsatzgebiet mit der „Operation Enduring Freedom“, die die USA mit Verbündeten in Reaktion auf die Terroranschläge des „11. Septembers“ seit 2001 im Kampf gegen die Taliban und den Terrorismus von Al Qaida durchführen. Die Fraktion der PDS/Die Linke sah hierin u. a. eine Verletzung der Parlamentsrechte aus Art. 59 Abs. 2 GG und eine unzulässige Verstrickung in die ihrer Meinung zufolge völkerrechtswidrige OEF.⁵⁷ Schon der ISAF-Einsatz an sich sei nicht durch die Parlamentsermächtigung des Zustimmungsgesetzes zum NATO-Vertrag gedeckt, da es

55 Vgl. z.B.: *Schiedermair* 2006; *Merkel* 2000; *Gareis* 2005, S. 479 ff.; *Möllers/van Ooyen* 2006; *Meiser/von Buttlar* 2005; *Calliess* 2005.

56 BVerfGE 104, 151 – NATO-Konzept, Rn. 163.

57 Vgl. BVerfG – ISAF-Einsatz (2007, Zweiter Senat), www.bverfge.de/e/es20070703_2bve000207.html (letzter Abruf 13.4.2021), Rn. 13 ff.

hier gar nicht mehr um den Zweck des Schutzes euro-atlantischer, sondern lediglich der afghanischen Sicherheit gehe.

In seiner Begründung führte das Gericht zunächst einmal wieder aus, dass für die Regierung im Bereich der Außenpolitik ein „weit bemessene(r) Spielraum“ bestehe, der der „außen- und sicherheitspolitische(n) Handlungsfähigkeit Deutschlands“ diene, sodass die „Rolle des Parlaments als Gesetzgebungsorgan als auch diejenige der rechtsprechenden Gewalt... beschränkt (sind)“.⁵⁸ Die Grenze dieses – überspitzt formuliert – gesetzes- und justizfreien Hoheitsbereichs werde nur dann überschritten, wenn die Handlungen der Regierung im Rahmen der NATO wesentlich aus der Ermächtigung des ursprünglichen parlamentarischen Zustimmungsgesetzes zum NATO-Vertrag ausbrechen würden.⁵⁹ Nun verschiebt das Gericht die Schranke aber noch ein bisschen weiter, indem es wiederum eine neue Qualität des Falles, nämlich die Lösung vom euro-atlantischen Bezug, ohne weitere Problematisierung herunterspielt. Denn eine „Lösung der NATO von ihrem regionalen Bezugsrahmen kann in dem ISAF-Einsatz in Afghanistan nicht gesehen werden“, da „dieser Einsatz... ersichtlich darauf ausgerichtet (ist)... auch und gerade der Sicherheit des euro-atlantischen Raums auch vor künftigen Angriffen zu dienen“.⁶⁰

Das kann man politisch natürlich so beurteilen, denn in einer globalisierten Welt ist Sicherheit eben nicht mehr geografisch isolierbar. Nur, der vom Gericht in seiner Entscheidung 2001 noch selbst hervorgehobene Bezug zur euro-atlantischen Sicherheit wird damit auch hinfällig, weil vollständig globalisiert. War mit dem Stand der Entscheidung von 2001 der außenpolitische Freiraum der Bundesregierung im Rahmen des neuen NATO-Strategiekonzepts von 1999 inhaltlich schon kaum noch eingrenzbar, so ist er es mit der Tornado-Entscheidung nun auch räumlich nicht mehr. Diese Schlussfolgerung musste das Gericht sogar selbst ziehen.⁶¹ Eine solch „großräumige“ Sichtweise steht aber wiederum in einem merkwürdigen Spannungsverhältnis zu der in der Entscheidung zugleich vertretenen „kleinteiligen“ Auffassung, die ISAF-Operation strikt vom OEF-Kampfeinsatz zu trennen und dann doch wieder auf die alleinige Sicherheit in Afghanistan zu reduzieren:

„Während die Operation Enduring Freedom vornehmlich der unmittelbaren Terrorismusbekämpfung gilt, dient ISAF der Aufrechterhaltung der Sicherheit in Afghanistan, um eine Grundlage für den zivilen staatlichen Aufbau zu schaffen. Dass sich diese Aufgaben in der praktischen Ausführung überschneiden können, ändert an den getrennten Zwecksetzungen nichts. Beide Operationen sind auch in rechtlicher Hinsicht klar getrennt...“.⁶²

58 Ebd., Rn. 43.

59 Vgl. ebd., Rn. 44 ff.

60 Ebd., Rn. 59.

61 Vgl. ebd., Rn. 67.

62 Ebd., Rn. 79.

Fast gewinnt man den Eindruck, das Gericht verwendet zwei verschiedene Sichtweisen von Realität, um hier das jeweils passende Ergebnis zu postulieren.

5. Entscheidung zum AWACS-Einsatz Türkei (2008)

Ihren vorläufigen Abschluss findet diese Entwicklung nun mit der nächsten Entscheidung. Strittig war hierbei, ob der Einsatz deutscher Soldaten an Bord von AWACS-Aufklärern der NATO in der Türkei am Vorabend und während des Irak-Kriegs (Februar-April 2003) die Zustimmung des Bundestags erforderte.⁶³ Die FDP-Fraktion klagte daher gegen die rot-grüne Bundesregierung, die im Parlament den Einsatz als bloße „Routineflüge“ des NATO-Bündnisalltags herunterspielte. Letztendlich ging es also um die Frage, wie Einsätze in einem „Graubereich“, im Vor- und Umfeld von „eigentlichen“ militärischen Kampfeinsätzen, parlamentarisch zu behandeln sind. Oder anders formuliert: Wann genau liegt ein *bewaffneter* Einsatz der Bundeswehr i. S. d. Parlamentsvorbehalts vor? Auch das Parlamentsbeteiligungsgesetz, das das BVerfG schon in seiner ersten Entscheidung von 1994 gefordert hatte und im Jahre 2005 nun endlich beschlossen worden war, klärte „gerade nicht die exakte Reichweite des Parlamentsvorbehalts“.⁶⁴

Nachdem das BVerfG zunächst 2003 einen Antrag auf eine einstweilige Anordnung ablehnte,⁶⁵ stellte es jetzt bei der Entscheidung in der Hauptsache einen Verfassungsverstoß wegen Verletzung des Parlamentsvorbehalts im Sinne der Klägerin fest. Für solche Grenzfälle ergibt sich nun als Richtschnur, dass „im Zweifel parlamentsfreundlich auszulegen“ sei. Denn andernfalls würde der Bundestag mehr oder weniger vor vollendete Tatsachen gestellt sein, sodass die „normative Kraft des Parlamentsbeschlusses... durch die ‚normative Kraft‘ bereits geschaffener oder doch vorentschiedener Fakten ersetzt“ würde.⁶⁶ Dies käme im Ergebnis einer nur noch nachträglichen Zustimmungskompetenz gleich, die ja nur ausnahmsweise bei „Gefahr im Verzuge“ (s. o.) gelte. Das Gericht differenzierte dies noch, indem es zwei Kriterien benannte: So reiche die bloße Möglichkeit, dass es zu bewaffneten Auseinandersetzungen kommen könne, nicht aus, sondern es müsse vielmehr eine konkrete militärische Gefahrenlage gegeben sein, bei der eine Einbeziehung deutscher Soldaten auch unmittelbar zu erwarten sei.⁶⁷ Und genau das sei beim Einsatz deutscher Soldaten in den AWACS-Maschinen der Fall gewesen – zumal der Irak mit Angriffen auf die Türkei gedroht hätte und man vor dem Hintergrund des wochenlangen Vorlaufs des Kriegs auch kaum von einer „Gefahr im Verzuge“ sprechen könne.

63 Vgl. insgesamt *Ambos/Arnold* 2004.

64 So BVerfGE 121, 135 – AWACS Türkei (2008, Zweiter Senat, http://www.bverfg.de/e/es20080507_2bve000103.html (letzter Abruf 19.3.2021), Rn. 53.

65 Vgl. BVerfGE 108, 34 – AWACS.

66 BVerfGE 121, 135 – AWACS Türkei, Rn. 72 bzw. 80, vgl. auch Rn. 92.

67 Vgl. ebd., Rn. 77 ff.

Zugleich wies das BVerfG hier einen „Prognosespielraum“ der Regierung zurück und betonte die Informationspflicht gegenüber dem Bundestag.⁶⁸ Denn sonst würde das wiederum auf dieselbe faktische Aushebelung des Parlamentsvorbehalts hinauslaufen; es betonte daher aus seiner Sicht folgerichtig zudem die volle richterliche Nachprüfbarkeit solcher Entscheidungen. So gesehen hat diese Entscheidung also gar nichts Neues gebracht, sondern nur sichergestellt, dass der 1994 grundlegende Parlamentsvorbehalt nicht einfach in der Realität aushebelt wird. Auch im Hinblick auf die grundsätzliche Kompetenzverteilung von Parlament und Regierung im Bereich der auswärtigen Gewalt bleibt das BVerfG in der Spur seiner bisherigen Rechtsprechung, in der „Innen-“ und „Außenpolitik“ grundsätzlich strikt getrennt sind: Die Parlamentskompetenz wird daher mit Rückgriff auf die früheren Entscheidungen wiederum aus dem *innerstaatlichen*, wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt abgeleitet und der Regierung nach wie vor ein „weit bemessene(r) Spielraum“ zugestanden, der „im Bereich der auswärtigen Gewalt... besondere Freiräume“ öffne, schon allein aufgrund der „organadäquaten Funktionszuweisung“. Nur eben im Fall der „Anwendung militärischer Gewalt endet“ dieser „weit bemessene Gestaltungsspielraum der Exekutive im auswärtigen Bereich“ – sozusagen ausnahmsweise! Und insoweit stellt der Parlamentsvorbehalt bloß „ein wesentliches Korrektiv für die Grenzen der parlamentarischen Verantwortungsübernahme im Bereich der auswärtigen Sicherheitspolitik dar“.⁶⁹

Es bleibt als Ergebnis festzuhalten:

1. Seit seiner ersten Out-of-Area-Entscheidung aus dem Jahre 1994 gibt das BVerfG der Regierung bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr so weit wie möglich „Carte blanche“, indem es die Verfassung durch dynamische Grenzverschiebungen Stück für Stück flexibilisiert hat: vom verfassungspolitischen Grundkonsens einer Ablehnung zur Grundentscheidung der Zulässigkeit der Out-of-Area-Einsätze, von der engen, klassischen „kollektiven Sicherheit“ (UN) zum weiten Begriff unter Einschluss insbesondere der NATO, vom bloßen Auftrag kollektiver Selbstverteidigung der NATO zum erweiterten Sicherheitsbegriff des neuen Strategiekonzepts, schließlich vom räumlich begrenzten euro-atlantischen Bezug der Sicherheit zur globalisierten Sicherheit. Damit sind Auslandseinsätze der Bundeswehr in räumlicher und inhaltlicher Hinsicht („Frieden“) mit einfacher Parlamentszustimmung nahezu unbegrenzt möglich. Das mag politisch betrachtet akzeptabel oder sogar notwendig sein. Nur: Dieses Stück Verfassungspolitik im Bereich der auswärtigen Gewalt hat das Gericht nahezu im Alleingang – und in juristisch fragwürdiger Weise – vollzogen.⁷⁰

68 Vgl. ebd., Rn. 82.

69 Ebd., Rn. 65, 69 bzw. 70; vgl. auch *Wiefelspütz* 2007, S. 3.

70 Zu den Entscheidungen des BVerfG seit 2008 vgl. *van Ooyen* 2020b.

2. Dabei lugt ein Politikverständnis hervor, das ich als „Etatismus“, bezeichnen möchte.⁷¹ Mit John Locke's vordemokratischer „föderativer Gewalt“ werden die internationalen Beziehungen als anarchischer Naturzustand „hobbesianisch“ begriffen. Daher will das BVerfG die Außenpolitik weitestgehend von parlamentarischen Kontrollen freihalten. Nur vor diesem vorausgesetzten Hintergrund kann es sein Staatsverständnis einer „Regierungsdomäne“ einfach postulieren. Zwar wird regelmäßig auf die Entscheidung zum „Nato-Doppelbeschluss“ rekurriert, aber schon dort finden sich lediglich allgemeine Verweise und Annahmen. Bis heute steht daher eine Begründung, warum der Parlamentsvorbehalt in einer Demokratie nicht auch für die Außenpolitik zu gelten habe, noch aus.
3. Die eingeschlagene Linie passt im Übrigen gar nicht zur sonstigen Verfassungsstruktur und Rechtskultur: Nicht nur ist das Grundgesetz – etwa im Unterschied zur US-Verfassung – keine „flexible“, sondern eine eher „starre Verfassung“, bei der man sich eben regelmäßig der Mühe von Verfassungsänderungen unterziehen muss.⁷² Auch angesichts der gerade in Deutschland tradierten Rechtskultur, die ansonsten alles einem bis in das Detail gehenden „Regelungswahn“ unterwirft, verblüfft es, dass die Außenpolitik einfach einer „schöpferischen“ Staatsräson überlassen bleibt – oder auch nicht, wenn man sich an das obrigkeitsstaatliche Verständnis von „hoher Politik“ als „Staatskunst“ des 19. Jahrhunderts erinnert.

Literatur

- Ambos, Kai/Arnold, Jörg (Hrsg.), 2004: Der Irak-Krieg und das Völkerrecht, Berlin.
- Becker, Ulrich, 1996: Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 1996.
- Billing, Werner, 1975: Bundesverfassungsgericht und Außenpolitik; in: Schwarz, S. 157-174.
- Blumenwitz, Dieter, 1994: Die humanitäre Intervention, APuZ, Heft 47, S. 3-10.
- Bundesakademie für Sicherheitspolitik (Hrsg.), 2001: Sicherheitspolitik in neuen Dimensionen, Hamburg.
- Calliess, Christian (Hrsg.), 2005: Äußere Sicherheit im Wandel – Neue Herausforderungen an eine alte Staatsaufgabe, Baden-Baden.
- Cremer, Hans-Joachim, 2003: Das Verhältnis von Gesetzgeber und Regierung im Bereich der auswärtigen Gewalt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: eine kritische Bestandsaufnahme; in: Geiger, S. 11-32.
- Epping, Volker, 1999: Die Evakuierung deutscher Staatsbürger im Ausland als neues Kapitel der Bundeswehrgeschichte ohne rechtliche Grundlage? AöR 124, Heft 3, S. 423-469.
- Fastenrath, Ulrich, 2003: Diskussionsbeitrag; in: Geiger, S. 35-36.
- Gareis, Sven Bernhard, 2003: Die neuen Gesichter des Krieges, JBÖS 2002/03, S. 479-495.

⁷¹ Vgl. van Ooyen 2007, S. 39 ff.

⁷² Dieser Befund nimmt sogar eher noch zu, vergegenwärtigt man sich die Änderungen des GG seit 1990, die – etwa bei Art. 16a, Art. 23, Art. 13 GG oder auch den Föderalismusreformen – immer detaillierter ausfallen.

- Geiger, Rudolf (Hrsg.), 2003: Neuere Probleme der parlamentarischen Legitimation im Bereich der auswärtigen Gewalt, Baden-Baden.
- Gusy, Christoph, 1985: Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, Berlin.
- Harnisch, Sebastian, 2006: Internationale Politik und Verfassung, Baden-Baden.
- Isensee, Josef, 1996: Anhörung der Gemeinsamen Verfassungskommission am 11.02.1993; in: Deutscher Bundestag (Hrsg.), Materialien zur Verfassungsdiskussion und zur Grundgesetzänderung in der Folge der deutschen Einigung, Bd. 2, Bonn 1996, S. 383-385.
- Kaiser, Karl/Schwarz, Hans-Peter (Hrsg.), 1995: Die neue Weltpolitik, Bonn.
- Klein, Eckart/Schmahl, Steffani, 1999: Die neue NATO-Strategie und ihre völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Implikationen, RuP, Heft 4, S. 198 ff.
- Kühne, Winrich, 1995: Die neuen Vereinten Nationen; in: Kaiser/Schwarz, S. 372-383.
- Lange, Hans-Jürgen, 2007: Eckpunkte einer veränderten Sicherheitsarchitektur für die Bundesrepublik (Gutachten), JBÖS 2006/07, S. 179-209.
- Locke, John, 1977: Zwei Abhandlungen über die Regierung, Ausgabe Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- Meiser, Christian/von Buttlar, Christian, 2005: Militärische Terrorismusbekämpfung unter dem Regime der UN-Charta, Baden-Baden.
- Menzel, Jörg/Müller-Terpitz, Ralf (Hrsg.), 2017: Verfassungsrechtsprechung, 3. Aufl., Tübingen.
- Merkel, Reinhard (Hrsg.), 2000: Der Kosovo-Krieg und das Völkerrecht, Frankfurt am Main.
- Möllers, Martin H. W./van Ooyen, Robert Chr. (Hrsg.), 2006: Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Frankfurt am Main.
- Müller-Terpitz, Ralf, 2017: BVerfGE 68, 1 – Pershing. Der 2. Senat akzentuiert die außenpolitische Handlungsfreiheit der Bundesregierung; in: Menzel/Müller-Terpitz, S. 393-400.
- van Ooyen, Robert Chr., 2002: Die neue Welt des Krieges und das Recht; IPG, Heft 1, S. 90-120.
- van Ooyen, Robert Chr., 2003: Moderner Realismus – auch ein Fall von politischer Theologie; IPG, Heft 1, S. 112-122.
- van Ooyen, Robert Chr., 2005: Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, Berlin.
- van Ooyen, Robert Chr., 2007: „Volksdemokratie“ und „Präsidialisierung“ – Schmitt-Rezeption im liberal-konservativen Etatismus: Herzog – von Arnim – Böckenförde; in: Voigt, Rüdiger (Hrsg.), Der Staat des Dezisionismus, Baden-Baden, S. 36-58.
- van Ooyen, Robert Chr., 2008: Das Bundesverfassungsgericht als außenpolitischer Akteur: von der „Out-of-Area-Entscheidung“ zum „Tornado-Einsatz“, RuP, Heft 2, S. 75-86.
- van Ooyen, Robert Chr., 2020a: Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa, 8. Aufl., Baden-Baden.
- van Ooyen, Robert Chr., 2020b: Das Bundesverfassungsgericht und der Einsatz der Bundeswehr, 3. Aufl., Frankfurt am Main.
- van Ooyen, Robert Chr./Möllers, Martin H. W. (Hrsg.), 2015: Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden.
- van der Pijl, Kees, 1996: Vordenker der Weltpolitik, Opladen.
- Richter, Ingo/Schuppert, Gunnar F., 1996: Casebook Verfassungsrecht, 3. Aufl., München.
- Ridder, Helmut, 1979: „Das Menschenbild des Grundgesetzes“. Zur Staatsreligion der Bundesrepublik Deutschland, DuR, S. 123-134.
- Rohde, Christoph, 2004: Hans J. Morgenthau und der weltpolitische Realismus, Wiesbaden.
- Schiedermaier, Stephanie, 2006: Der internationale Frieden und das Grundgesetz, Baden-Baden.
- Schmidt, Siegmund/Hellmann, Gunther/Wolf, Reinhard (Hrsg.), 2007: Handbuch zur deutschen Außenpolitik, Wiesbaden.
- Schwarz, Hans-Peter (Hrsg.), 1975: Handbuch der deutschen Außenpolitik, München.
- Schwarz, Hans-Peter (Hrsg.), 1994: Die Zentralmacht Europas, Berlin.

- Seibel*, Wolfgang, 2003: Suchen wir immer an der richtigen Stelle? Einige Bemerkungen zur politikwissenschaftlichen Forschung nach dem Ende des Kalten Krieges; in: PVS, Heft 2, S. 217-228.
- Simma*, Bruno, 2000: Die NATO, die UN und militärische Gewaltanwendung: Rechtliche Aspekte; in: Merkel, Reinhard (Hrsg.), *Der Kosovo-Krieg und das Völkerrecht*, Frankfurt am Main, S. 9-50.
- Vorländer*, Hans (Hrsg.), 2006: *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wiesbaden.
- Wiefelspütz*, Dieter, 2005: *Das Parlamentsheer*, Berlin.
- Wiefelspütz*, Dieter, 2007a: Auslandseinsätze der Bundeswehr und die konstitutive Beteiligung des Deutschen Bundestags, JBÖS 2006/07, S. 509-518.
- Wiefelspütz*, Dieter, 2007b: Der konstitutive wehrverfassungsrechtliche Parlamentsbeschluss; ZParl, Heft 1, S. 3-16.
- Wild*, Michael, 2017: BVerfGE 90, 286 – AWACS. Auslandseinsätze der Bundeswehr – Parlamentsvorbehalt – Verfassungsfortbildung; in: Menzel/Müller-Terpitz, S. 564-567.
- Wolfrum*, Rüdiger, 2007: Grundgesetz und Außenpolitik; in: Schmidt/Hellmann/Wolf (Hrsg.), S. 157-168.
- Zivier*, Ernst R., 1999: Der Kosovo-Einsatz als Präzedenzfall? Zum strategischen Konzept der NATO vom 23./24. April 1999, RuP, Heft 4, S. 210-216.
- Zivier*, Ernst R., 2003: Demontage einer Verfassungsvorschrift? Artikel 59 Absatz 2 Satz 1 in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, RuP, Heft 1, S. 20-25.

Weltweiter Grundrechtsschutz nach dem deutschen Grundgesetz? Die Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte im Ausland

1. Einleitung

Am 19. Mai 2020 entschied das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) im Zusammenhang mit der sogenannten Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung über die Grundrechtsbindung der deutschen Staatsgewalt im Ausland. Bei der Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung durchforstet der Bundesnachrichtendienst (BND) ohne konkreten Verdacht große Datenströme auf interessante Informationen.¹

Die Klage in Karlsruhe wurde vor allem angestrengt durch ausländische Journalistinnen und Journalisten², die u. a. in Aserbaidschan, Großbritannien, Slowenien, Mexiko und Nordmazedonien wohnen und dort und andernorts investigativ tätig sind und berichten.³ Auch ein deutscher Menschenrechtler, der in Guatemala wohnt und als Rechtsanwalt für ein dortiges Menschenrechtsbüro sowie für die Internationale Juristenkommission mit Sitz in Genf tätig ist, schloss sich der Klage an. Alle Klägerinnen und Kläger arbeiten im Ausland zu Themen von organisierter Kriminalität über Korruption bis hin zu Terrorismus, alles Themen, für die sich auch der BND interessiert. Sie befürchten, bei ihrer Arbeit auch ins Visier des BND zu geraten und den Schutz ihrer Quellen nicht mehr gewährleisten zu können, wenn der BND die abgegriffenen Informationen an andere Staaten weitergibt, insbesondere an solche, an deren Rechtsstaatlichkeit zu zweifeln ist.⁴

In ihrem Urteil erklärten die acht Richter⁵ einstimmig die §§ 6, 7, 13-15 des Gesetzes über den Bundesnachrichtendienst (BND-Gesetz – BNDG) in der Fassung des Gesetzes zur Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung des BND vom 23.12.2016⁶, auch in der Fassung des Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 vom 30.6.2017⁷, für mit Art. 10 Abs. 1 GG sowie Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG nicht vereinbar. Soweit sie zur Verarbeitung von im Zu-

1 BVerfGE 154, 152-312 = BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 19. Mai 2020, - 1 BvR 2835/17, Rn. 1-332, www.bverfg.de/e/rs20200519_1bvr283517.html (letzter Abruf 13.4.2021).

2 Einer der Kläger gehört zu Reporters sans frontières.

3 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 34.

4 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 35. Vgl. auch *Sehl* 2020.

5 Prof. Dr. Stephan Harbarth, LL.M., Prof. Dr. Johannes Masing, Prof. Dr. Andreas L. Paulus, Prof. Dr. Susanne Baer, LL.M., Prof. Dr. Gabriele Britz, Dr. Yvonne Ott, Dr. Josef Christ, Prof. Dr. Henning Radtke.

6 BGBl. I 2016, S. 3346.

7 BGBl. I 2016, S. 2097.

sammenhang mit der strategischen Fernmeldeaufklärung nach §§ 6, 7, 13-15 BNDG erhobenen personenbezogenen Daten ermächtigen, wurden auch die §§ 19 Abs. 1, 24 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1, Abs. 3 BNDG als grundrechtswidrig gekennzeichnet. Zudem stellte der Erste Senat fest, dass die §§ 9-11, 16, 19, 20, 22, 32, 32a BNDG ihren Anwendungsbereich verlieren, weil sie den Anforderungen an eine verhältnismäßige rechtsstaatliche Flankierung der für verfassungswidrig erklärten Befugnisse nicht hinreichend genügen.⁸ Allerdings gaben die Richter den benannten Vorschriften noch eine Bestandsgarantie bis zu einer Neuregelung, längstens jedoch bis zum 31.12.2021.⁹

Das Urteil interessiert in diesem Aufsatz aber nicht in erster Linie bezüglich der (künftigen) Tätigkeit des BND. Vielmehr soll analysiert werden, welche allgemeinen Festlegungen die Entscheidung des BVerfG bringt, an die außer dem BND auch andere Staatsgewalten gebunden werden. Denn der BND ist nicht das einzige Exekutivorgan, das im Ausland operiert. Auch die Polizei und die Streitkräfte sowie weitere Behörden verrichten Auslandseinsätze. Insofern gilt für diese nach dem Verfassungsgerichtsurteil nunmehr ebenfalls die Grundrechtsbindung im Ausland.

2. Grundrechtsbindung aller Staatsgewalt unabhängig vom Hoheitsgebiet

Nach Art. 1 Abs. 3 GG binden die Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht ohne Beschränkung auf das Staatsgebiet, da die Grundrechtsbindung weder von einem territorialen Bezug zum Bundesgebiet noch von der Ausübung spezifischer Hoheitsbefugnisse abhängig gemacht oder aus der Vorschrift hergeleitet werden können.¹⁰ Eine Ausnahme von dieser Grundrechtsgeltung kann auch nicht aus einem dahingehenden unausgesprochen konsentierten Grundverständnis bei der Entstehung des Grundgesetzes hergeleitet werden.¹¹ Denn Art. 1 Abs. 3 GG zielte, wie es schon in der Präambel sowie insbesondere in Art. 1 Abs. 2, Art. 24 u. 25 GG zum Ausdruck kommt – so das Gericht –

„insbesondere in Reaktion auf die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft vielmehr auf eine umfassende, in der Menschenwürde wurzelnde Grundrechtsbindung und war bereits 1949 in die Überzeugung eingebettet, dass die Bundesrepublik in der internationalen Staatengemeinschaft ihren Platz als rechtsstaatlicher Partner finden müsse“.¹²

8 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 327.

9 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 331.

10 Eine andere Ansicht vertritt *Hecker* 2017, III § 2 Rn. 46, der „Zweifel an der These einer Auslandsgeltung von Art. 10 GG“ hegt.

11 So aber *Löffelmann* 2017, VI § 3 Rn. 15, der in der Entstehungsgeschichte des GG keinerlei Anhaltspunkte sieht, „dass der historische Verfassungsgeber eine Auslandsgeltung der Grundrechte gewollt oder überhaupt ins Auge gefasst habe“.

12 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 89. Vgl. *Dreier*, in: *Dreier* 2013, Art. 1 Abs. 2 Rn. 3.

Daher sei vielmehr die deutsche Staatsgewalt an die Grundrechte des Grundgesetzes umfassend gebunden, jedenfalls soweit sie Abwehrrechte gegenüber staatlichen Maßnahmen darstellen.¹³

„Der Anspruch eines umfassenden, den Menschen in den Mittelpunkt stellenden Grundrechtsschutzes spricht vielmehr dafür, dass die Grundrechte immer dann schützen sollen, wenn der deutsche Staat handelt und damit potentiell Schutzbedarf auslösen kann – unabhängig davon, an welchem Ort und gegenüber wem.“¹⁴

Dadurch, dass Art. 1 Abs. 3 GG nicht auf die deutsche Staatsgewalt als solche verweist, sondern ausdrücklich die Gesetzgebung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung als unterschiedene staatliche Funktionen benennt, lässt sich erkennen, „dass der Grundrechtsschutz gegenüber allen der traditionellen Gewaltenteilungslehre¹⁵ bekannten Staatsgewalten gilt“. ¹⁶ Die Änderung des Begriffs der „Verwaltung“ durch den Begriff der „vollziehenden Gewalt“ durch die Grundgesetznovelle zur Wehrverfassung vom 19.3.1956¹⁷ sollte keine Einengung der Grundrechtsbindung darstellen, sondern vielmehr eine Erweiterung, „um klarzustellen, dass auch die Bundeswehr auf die Grundrechte verpflichtet ist“. ¹⁸ Daher beschränkt sich die Grundrechtsbindung nach Art. 1 Abs. 3 GG auch nicht auf Konstellationen, in denen der Staat den Betroffenen als mit dem Gewaltmonopol versehene Hoheitsmacht gegenübertritt.¹⁹

„Die Grundrechte binden die staatliche Gewalt vielmehr umfassend und insgesamt, unabhängig von bestimmten Funktionen, Handlungsformen oder Gegenständen staatlicher Aufgabenwahrnehmung [...] Das Verständnis der staatlichen Gewalt ist dabei weit zu fassen und erstreckt sich nicht nur auf imperative Maßnahmen oder solche, die durch Hoheitsbefugnisse unterlegt sind. Alle Entscheidungen, die auf den jeweiligen staatlichen Entscheidungsebenen den Anspruch erheben können, autorisiert im Namen aller Bürgerinnen und Bürger getroffen zu werden, sind von der Grundrechtsbindung erfasst. Eingeschlossen sind hiervon Maßnahmen, Äußerungen und Handlungen hoheitlicher wie nicht hoheitlicher Art. Grundrechtsgebundene staatliche Gewalt im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG ist danach jedes Handeln staatlicher Organe oder Organisationen, weil es in Wahrnehmung ihres dem Gemeinwohl verpflichteten

13 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 88.

14 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 89.

15 Gewaltenteilungslehre nach Georg Jellinek. Jellinek definierte in der Nachfolge der politischen Theologie Hegels den Staat als „ursprüngliche Herrschermacht“, schöpferisch und sich selbst erschaffend, also philosophisch als eine *prima causa*; Jellinek 1914, S. 180 ff.

16 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 90.

17 BGBl I 1956, S. 111.

18 BT-Drs. 2/2150, S. 2. BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 90. Vgl. auch Herdegen, in: Maunz/Dürig 2020, Art. 1 Abs. 3 Rn. 12.

19 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), ebd.

Auftrags erfolgt [...] Die Bindung an die Grundrechte und die politische Entscheidungsverantwortung sind unhintergebar miteinander verknüpft“.²⁰

Die Grundrechtsbindung zugunsten individueller Grundrechtsträger ohne subjektivrechtliche Entsprechung gibt es in der Verfassung nicht. Daher korrespondiert die Grundrechtsbindung der deutschen Staatsgewalt im Ausland mit einer Grundrechtsberechtigung derjenigen, die durch die jeweiligen Grundrechtsgarantien als geschützte Grundrechtsträger ausgewiesen sind, und beschränkt sich nicht auf eine bloß objektivrechtliche Verpflichtung.²¹

3. Grundrechtsbindung auch gegenüber Ausländern im Ausland

In Art. 1 Abs. 2 GG bekennt sich das Grundgesetz zu den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt. Damit werden

„die Grundrechte des Grundgesetzes in den Zusammenhang internationaler Menschenrechtsgewährleistungen gestellt, die über die Staatsgrenzen hinweg auf einen Schutz abzielen, der dem Menschen als Menschen gilt. Entsprechend schließen Art. 1 Abs. 2 und Art. 1 Abs. 3 GG an die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG an.“²²

Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG²³ sind die Grundrechte im Lichte der internationalen Menschenrechtsverbürgungen auszulegen, sodass sie mit der Gewährleistung der Menschenrechte untrennbar verknüpft sind.²⁴ Die Verknüpfung der Grundrechte und die Gewährleistung der Menschenrechte verhindern, dass die Geltung der Grundrechte des Grundgesetzes an der Staatsgrenze enden. Das gilt auch für Personen, die als Funktionsträger einer ausländischen juristischen Person handeln. Denn auch sie sind nicht vom Grundrechtsschutz des Grundgesetzes ausgeschlossen.²⁵ Dass deutsche Stellen gegenüber Ausländern im Ausland von ihrer Verpflichtung auf die Grund- und Menschenrechte entbunden sind, ist daher mit der Verfassung nicht vereinbar.²⁶

20 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 91. Vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6. November 2019 - 1 BvR 16/13 - (Recht auf Vergessen I), www.bverfg.de/e/rs20191106_1bvr001613.html (letzter Abruf 13.4.2021), Rn. 42.

21 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 92. Eine andere Ansicht vertritt *Löffelmann* 2019, S. 38.

22 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 94.

23 Vgl. BVerfGE 111, 307 (317 f.); E 128, 282 (306 f.); E 128, 326 (367 f.); E 142, 313 (345 Rn. 88); E 148, 296 (351 Rn. 128), BVerfG-Beschluss (Recht auf Vergessen I), a. a. O. (Fn. 20), Rn. 58.

24 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 95.

25 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), 3. Leitsatz.

26 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 96.

4. Keine Erweiterung staatlicher Befugnisse im Ausland

Die Bindung aller Staatsgewalt an die deutschen Grundrechte nach Art. 1 Abs. 3 GG begründet nur eine Verantwortlichkeit und Verantwortung deutscher Staatsorgane.

„Sie flankiert allein autonome politische Entscheidungen der Bundesrepublik Deutschland und begrenzt ausschließlich eigene Handlungsspielräume.“²⁷

Daher können die Grundrechte als Abwehrrechte auch im Ausland nur gegenüber der deutschen Staatsgewalt wirken. Dem steht das völkerrechtliche Interventionsverbot nicht entgegen. Denn die durch die Grundrechtsbindung begründeten Beschränkungen bilden keine Handlungs- oder Rechtsetzungsmacht gegenüber anderen Staaten und entfalten für deren interne Rechtsordnung keine normative Wirkung, sondern laufen parallel zu den völkerrechtlichen und den Regelungen des jeweils anderen Staates.

„Insbesondere erweitert die Grundrechtsbindung nicht staatliche Befugnisse im Ausland, sondern beschränkt nur potentiell von der deutschen Staatsgewalt in Anspruch genommene Handlungsmöglichkeiten.“²⁸

Damit klärt die Grundrechtsbindung nicht die Frage, ob Maßnahmen der Überwachung im Ausland völkerrechtlich zulässig sind. Aus der Geltung der Grundrechte und dem Gesetzesvorbehalt folgen lediglich, dass der Gesetzgeber für deutsche Stellen Rechtsgrundlagen schaffen muss, sofern die Überwachungsmaßnahmen sich auch auf Ausländer im Ausland beziehen sollen.²⁹

Zusammenfassend lässt sich damit feststellen, dass die Grundrechte des Grundgesetzes nicht nur den BND, sondern auch alle anderen im Ausland operierenden Behörden sowie den ihre Befugnisse regelnden Gesetzgeber binden und zwar unabhängig davon, ob der Dienst im Inland oder im Ausland tätig ist. Der Schutz der Art. 10 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gegen Überwachungsmaßnahmen gilt auch gegenüber einer Telekommunikationsüberwachung von Ausländern im Ausland, selbst wenn sie als Funktionsträger einer ausländischen juristischen Person handeln.³⁰

5. Strategische Überwachungsmaßnahmen sind nur ausnahmsweise zulässig

Bei seiner Urteilsverkündung rechtfertigte der Vorsitzende Richter des Ersten Senats, Stephan Harbarth, indem er den zuvor verkündeten Grundrechtsschutz wieder staatsrätsonistisch kippen ließ, dass das Instrument der strategischen Überwachung einschließlich des

27 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 101.

28 Ebd.

29 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 103.

30 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 69, 76, 87.

Einsatzes personenbezogener formaler Suchbegriffe und einer zum Teil auch gesamthaft bevorratenden Erfassung und Auswertung von Verkehrsdaten mit Art. 10 Abs. 1 GG und den hieraus folgenden Verhältnismäßigkeitsanforderungen nicht grundsätzlich unvereinbar sei, sodass *der Staat von Verfassungen wegen nicht gehindert* sei, das Instrument der strategischen Überwachung anzuwenden und mit dem

„überragenden öffentlichen Interesse an einer wirksamen Auslandsaufklärung im Interesse der außen- und sicherheitspolitischen Handlungsfähigkeit der Bundesrepublik“³¹

zu begründen.

Das Urteil hat aber auch eine *liberale* Komponente, wenn es herausstellt, dass die strategische Überwachung als anlasslose, im Wesentlichen allein final angeleitete und begrenzte Befugnis eine Ausnahmefugnis bleiben muss. Sie muss – so das Gericht – zur Vereinbarkeit mit der Verfassung und seiner Grundrechte daher auf die Auslandsaufklärung durch eine Behörde begrenzt bleiben, die selbst grundsätzlich keine operativen Befugnisse zur Gefahrenabwehr hat. Nur durch deren besonderes Aufgabenprofil ist sie überhaupt gerechtfertigt, soweit sich nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch die nähere Ausgestaltung hieran ausrichtet.³²

Auch wenn der Erste Senat es in seinem Urteil ausdrücklich für möglich hält, die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung verfassungskonform auszugestalten, setzt er dafür jedoch enge Maßstäbe. Zunächst müsse der Gesetzgeber einschränkende Maßgaben zum Volumen der für die jeweiligen Übertragungswege auszuleitenden Daten vorgeben und sicherstellen, dass das von der Überwachung abgedeckte geographische Gebiet begrenzt bleibt. Denn es reiche nicht, lediglich auf tatsächliche Kapazitätsgrenzen zu verweisen, weil sich die technischen Möglichkeiten der Datenverarbeitung rasant änderten.³³ Schließlich und vor allem müsse der Gesetzgeber rechtsstaatliche Einhegungen schaffen, welche die Datenerhebung und -verarbeitung näher strukturierten und zum Teil auch begrenzten.³⁴ Dafür das BVerfG einen umfassenden bis ins kleinste Detail gehenden Katalog aufgestellt.

6. Nähere Ausgestaltung des BVerfG rechtsstaatlicher „Einhegungen“ von Maßnahmen der strategischen Überwachung

Bei den sehr ausführlich dargelegten Anforderungen an die Ausgestaltung im Einzelnen fordert das BVerfG zunächst als übergreifende Zielrichtung die rechtsstaatliche Begren-

31 Zitiert nach *Sehl* 2020.

32 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 166.

33 Vgl. *Löffelmann* 2017, S. 40; *Löffelmann* 2019, S. 184; *Dietrich*, in: *Schenke/Graulich/Ruthig* 2019, § 6 BNDG Rn. 11.

34 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 169.

zung und Strukturierung der Datenerhebung und -verarbeitung. Dazu gehören die Aussonderung der Telekommunikationsdaten von Deutschen und Inländern, welche die Inland-Ausland-Kommunikation und die Ausland-Ausland-Kommunikation betrifft und für die hohe Anforderungen an Filter- und Auswertungsprozesse noch zu schaffen sind. Ferner sind künftig die Überwachungszwecke konkret festzulegen. Dabei sind gefahrenbezogene Zwecke und gefahrenunabhängige Zwecke zur ausschließlichen Information der Bundesregierung zu unterscheiden.³⁵

Im Übrigen muss die Überwachung auf der Grundlage differenziert definierter Maßnahmen strukturiert werden. Die Überwachungsmaßnahmen sind formalisiert festzulegen und die Ausrichtung des weiteren Verfahrens auf die jeweilige Maßnahme ebenso anzugeben wie die Möglichkeit zusammenfassender Netzanordnungen.³⁶

Besondere Anforderungen stellt das Gericht an gezielt personenbezogene Überwachungen: Es darf keine gezielt personenbezogene Überwachung von deutschen Staatsangehörigen geben und die Rechtsgrundlage muss konkrete Regelungen zu potentiellen Überwachungsadressaten enthalten. Außerdem ist zu regeln, dass die Anforderungen an die einzelfallbezogene Telekommunikationsüberwachung nicht unterlaufen werden kann.³⁷ Auf diese Maßgaben und Beschränkungen kann der Gesetzgeber aus Sicht des BVerfG nur verzichten,

„sofern Überwachungsmaßnahmen ausschließlich zur politischen Information der Bundesregierung bestimmt und auf diese ausgerichtet sind und eine Übermittlung der Erkenntnisse an andere Stellen prinzipiell ausgeschlossen ist.“³⁸

Das BVerfG stellt außerdem Grenzen für die bevorratende Speicherung von Verkehrsdaten auf. Der Gesetzgeber hat zu gewährleisten, dass die erfassten Datenströme substanziell begrenzt bleiben und eine Höchstspeicherungsdauer von sechs Monaten nicht überschritten wird. Dafür genügen Rahmenbestimmungen zur Datenauswertung, die durch die Behörde durch Binnenrecht konkretisiert wird, aber einer unabhängigen objektivrechtlichen Kontrolle unterliegen muss. Die Rahmenbestimmungen müssen mindestens enthalten:

- das Gebot einer unverzüglichen Auswertung der erfassten Daten,
- die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der Auswahl der Suchbegriffe,
- Regelungen zum Einsatz von eingriffsintensiven Methoden der Datenauswertung, insbesondere komplexe Formen des Datenabgleichs,
- die Beachtung der grundgesetzlichen Diskriminierungsverbote
- und gegebenenfalls auch der Einsatz von Algorithmen, insbesondere die Sicherstellung ihrer grundsätzlichen Nachvollziehbarkeit in Blick auf eine unabhängige Kontrolle.³⁹

35 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 167-177.

36 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 178-183.

37 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 184-189.

38 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 190.

39 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 191-192.

Besondere Anforderungen sind an den Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen zu stellen: Eine journalistische Tätigkeit ist auf Informanten angewiesen. Es ist nicht gerechtfertigt, diese Personen einem höheren Risiko der Überwachung auszusetzen als andere Grundrechtsträger und sie wegen ihrer Kontakte und Recherchen zum Objekt der Informationsabschöpfung zur Verfolgung von Sicherheitsinteressen zu machen. Gleiches gilt für Rechtsanwälte und ihre Mandanten. Der Gesetzgeber muss prüfen, ob und wie weit bei der Überwachung zwischen verschiedenen Vertraulichkeitsbeziehungen weiter zu differenzieren ist. Abzusichern ist ihr Schutz jedenfalls grundsätzlich durch eine gerichtsähnliche ex ante-Kontrolle. Ferner sind die Eingriffsschwellen zu prüfen und abzuwägen, ob die entsprechende Kommunikation ausgewertet und genutzt werden darf, was ebenfalls einer gerichtsähnlichen Kontrolle bedarf. Wenn der Gesetzgeber die Vertraulichkeitsbeziehungen einer Schutzwürdigkeitsprüfung unterzieht, hat er sich an den sich aus den Grundrechten des Grundgesetzes ergebenden Wertentscheidungen zu orientieren, die ihrerseits in die internationalen Verbürgungen der Menschenrechte eingebettet sind. Der Gesetzgeber darf außerdem weitere geschützte Berufsgruppen bestimmen. Auf den Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen kann nur verzichtet werden, wenn es sich lediglich um Maßnahmen nur zur politischen Information der Bundesregierung handelt.⁴⁰

Der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung, der jedem Menschen einen Bereich höchstpersönlicher Privatheit gewährleistet und einen dem Staat nicht verfügbaren Menschenwürdekern grundrechtlichen Schutzes gegenüber Überwachung sichert, ist *immer* zu beachten. Das bedeutet, dass selbst überragende Interessen der Allgemeinheit keinen Eingriff in diesen absolut geschützten Bereich privater Lebensgestaltung rechtfertigen können.⁴¹ Zum Kernbereich gehört die Möglichkeit, innere Vorgänge, Überlegungen und Erlebnisse höchstpersönlicher Art zum Ausdruck zu bringen, insbesondere bei einer nichtöffentlichen Kommunikation mit Personen des höchstpersönlichen Vertrauens und in der berechtigten Annahme, nicht überwacht zu werden. Nicht dazu zählt die Besprechung und Planung von Straftaten. Den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung hat der Gesetzgeber durch eigene Regelungen abzusichern und dabei zu beachten, dass der Schutz sowohl auf der Ebene der Datenerhebung als auch auf der Ebene der Datenauswertung gewährleistet wird. Daraus ergibt sich, dass Suchbegriffe, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Erfassung kernbereichsrelevanter Kommunikation führen, informationstechnisch schon im Vorfeld von der Erhebung ausgeschlossen werden müssen. Wird erkennbar, dass eine Überwachung in den Kernbereich persönlicher Lebensgestaltung eindringt, muss die weitere Auswertung unverzüglich unterbrochen werden. Schon bei Zweifeln darf ihre Fortsetzung grundsätzlich nur in Form von Aufzeichnungen erlaubt werden, die vor ihrer Auswertung von einer unabhängigen Stelle zu sichten sind. Der Gesetzgeber hat schließlich auch Löschungspflichten zu regeln und festzulegen, dass die

40 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 193-198.

41 Ständige Rechtsprechung des BVerfG; vgl. BVerfGE 109, 279 (313); E 141, 220 (276 Rn. 120).

zentralen Schritte der Datenlöschung protokolliert werden müssen, soweit dies für eine unabhängige Kontrolle sinnvoll und erforderlich ist. Außerdem müssen die Lösungsprotokolle hinreichend lange aufbewahrt werden, um eine effektive Kontrolle zu ermöglichen.⁴²

Der Erste Senat legt in seinem Urteil auch die Maßstäbe für die Datenübermittlung, für Kooperationen und für Transparenz, Rechtsschutz und Kontrolle fest und verankert sie zusätzlich in den Leitsätzen: Danach ist die Übermittlung personenbezogener Daten aus der strategischen Überwachung nur zum Schutz besonders gewichtiger Rechtsgüter zulässig und setzt eine konkretisierte Gefahrenlage oder einen hinreichend konkretisierten Tatverdacht voraus. Ausgenommen sind hiervon Berichte an die Bundesregierung, soweit diese ausschließlich der politischen Information und Vorbereitung von Regierungsentscheidungen dienen. Vorausgesetzt wird für die Übermittlung eine förmliche Entscheidung der Behörde, die unter Nennung der einschlägigen Rechtsgrundlage protokolliert werden muss. Geht die Übermittlung an ausländische Stellen, ist vorab der rechtsstaatliche Umgang mit den Daten zu prüfen einschließlich einer auf die betroffene Person bezogenen Prüfung, ob und wenn es Anhaltspunkte gibt, dass diese durch die Datenübermittlung spezifisch gefährdet werden kann.⁴³

Um grundrechtlichen Anforderungen zu genügen, müssen die Regelungen zur Kooperation mit ausländischen Nachrichtendiensten sicherstellen, dass die rechtsstaatlichen Grenzen durch den gegenseitigen Austausch gewahrt und die Verantwortung der deutschen Behörde für die von ihr erhobenen und ausgewerteten Daten im Kern gewahrt bleiben. Entsprechendes gilt für in Anspruch genommene Partnerdienste.

„Die gesamthafte Übermittlung von Verkehrsdaten an Partnerdienste setzt einen qualifizierten Aufklärungsbedarf im Hinblick auf eine spezifisch konkretisierte Gefahrenlage voraus. Für den Umgang der Partnerdienste mit den übermittelten Daten sind gehaltvolle Zusagen einzuholen.“⁴⁴

Die Befugnisse zur strategischen Überwachung, zur Übermittlung der mit ihr gewonnenen Erkenntnisse und zur diesbezüglichen Zusammenarbeit mit ausländischen Diensten sind nach dem Urteil des BVerfG mit den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit nur vereinbar,

„wenn sie durch eine unabhängige objektivrechtliche Kontrolle flankiert sind. Sie ist als kontinuierliche Rechtskontrolle auszugestalten, die einen umfassenden Kontrollzugriff ermöglicht.“⁴⁵

Dafür ist einerseits eine gerichtsähnliche Kontrolle sicherzustellen, die abschließende Entscheidungsbefugnisse hat. Ihr müssen die wesentlichen Verfahrensschritte der strategi-

42 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Rn. 199-210.

43 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Leitsatz 6.

44 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Leitsatz 7.

45 BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Leitsatz 8.

schen Überwachung unterliegen. Andererseits ist eine administrative Kontrolle einzurichten, die eigeninitiativ stichprobenmäßig den gesamten Prozess der Überwachung auf seine Rechtmäßigkeit prüfen kann. An die Kontrolle, die in institutioneller Eigenständigkeit organisiert sein muss, stellt das Gericht hohe Anforderungen: ein eigenes Budget, eine eigene Personalhoheit sowie Verfahrensautonomie. Die Kontrollorgane sind zur wirksamen Wahrnehmung ihrer Aufgaben personell und mit Sachmitteln entsprechend auszustatten. Gegenüber der Behörde (hier dem BND) fordern die Richterrinnen und Richter alle für eine effektive Kontrolle erforderlichen Befugnisse, einschließlich, dass die Kontrolle nicht durch die sog. „Third Party Rule“ behindert wird, einer allgemein anerkannten Verhaltensregel der internationalen Kooperation im Sicherheits- und Nachrichtenbereich⁴⁶, die regelmäßig Geschäftsgrundlage für die vertrauensvolle Kooperation zwischen Nachrichtendiensten in der internationalen Zusammenarbeit ist.⁴⁷

7. Zusammenfassung und Bewertung

Da das Grundgesetz eine globale und pauschale Überwachung ausländischer Kommunikation nicht zulässt, muss der Gesetzgeber Vorgaben zum Volumen der auszuleitenden Daten machen, bei der Zweckbestimmung konkreter werden und gesetzlich regeln, wann Überwachungsmaßnahmen der Gefahrenerkennung dienen sollen oder wann sie eher zur generellen Information der Bundesregierung über das Ausland gedacht sind. Außerdem muss sichergestellt werden, dass das von der Überwachung abgedeckte geographische Gebiet begrenzt bleibt und Verbindungsdaten höchstens ein halbes Jahr gespeichert werden dürfen. Auch in diesem Urteil wird die Absolutheit des Schutzes des Kernbereichs privater Lebensgestaltung betont, sodass sehr private und intime Inhalte, die den BND-Mitarbeitern ins Netz gehen, unverzüglich gelöscht werden müssen. Auch für den Datenaustausch und die Kooperation mit ausländischen Partnern machen die Richter sehr detaillierte Vorgaben.

Für die besonders vertrauliche Kommunikation insbesondere von Anwälten und Journalisten, die der BND auch in Zukunft im Ausland abhören darf, müssen die gesammelten Daten strenger aussortiert werden als bisher. Die bereits eingesetzten Filtersysteme, die verhindern sollen, dass die Kommunikation von Deutschen verbotenerweise miterfasst wird, etwa indem deutsche E-Mail-Adressen oder Verbindungen mit der Deutschlandvorwahl „+49“ schon vorab aussortiert werden⁴⁸, reichen nicht aus, um Berufsgruppen wie Anwälte und Journalisten oder Ärzte und Geistliche, die Zeugnisverweigerungsrechte nach § 53 StPO haben, auszusortieren.

⁴⁶ Vgl. BT-Drs. 18/12297 vom 10.5.2017, S. 2.

⁴⁷ BVerfG, 1 BvR 2835/17, a. a. O. (Fn. 1), Leitsatz 8.

⁴⁸ Vgl. *Sehl* 2020.

Die deutschen Behörden müssen sich in Zukunft noch genauer darüber vergewissern, dass der Partnerstaat sich selbst an rechtsstaatliche Verfahren hält. Dabei geht es nicht nur um Datenschutz, sondern auch um die Einhaltung elementarer menschenrechtlicher Grundsätze. Das BVerfG fordert zudem eine stark ausgestaltete Kontrolle auf zwei Ebenen: ein gerichtsähnliches, also unabhängiges Gremium mit eigenem Budget, eigener Personalhoheit sowie Verfahrensautonomie sowie ein administratives, dessen Kontrolleure regelmäßig stichprobenartig überprüfen, ob der laufende Geheimdienstbetrieb sich an die gesetzlichen Vorgaben hält.

Von besonderer Bedeutung auch für alle anderen Behörden, die im Ausland operativ tätig sind, ist es, dass das Urteil des Ersten Senats zum ersten Mal ausdrücklich entschied, dass der deutsche Staat in seinem Handeln orts- und personenunabhängig immer – auch im Ausland – an die Grundrechte gebunden ist. Zumindest beim BND war diese rechtliche Einschätzung bisher anders.⁴⁹ Nunmehr stellt das BVerfG aber konkret fest, dass Art. 1 Abs. 3 GG eine umfassende Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte des Grundgesetzes begründet. Die Grundrechte wie das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 Abs. 1 und die Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. GG, die durch grenzüberschreitende, digitalisierte Kommunikation und neue technische Überwachungsmöglichkeiten gefährdet werden können, müssen ihre Schutzwirkung auch im Ausland entfalten dürfen. An diesem Teil der Entscheidung, der zudem dem Gesetzgeber einen detaillierten Katalog an Einzelmaßnahmen bei seiner Neugestaltung des BNDG und anderer Gesetze vorschreibt, zeigt sich auch, dass jede Justiz, aber vor allem die des BVerfG, politisch ist.⁵⁰ Das BVerfG lässt auch in dieser Entscheidung seine traditionell stärker liberal ausgerichtete Theorie zum Grundrechtsschutz im Ausland aus Gründen einer allgemeinen „Schutzpflicht“ in Richtung „Staatsräson“ kippen: Denn es versieht die Ausweitungen exekutiver (Sicherheits-)Befugnisse im Fall der Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung zwar mit sehr engen Auflagen, winkt sie aber letztendlich wieder durch, selbst bei Lauschangriffen deutscher Behörden im Ausland.

Literatur

Dietrich, Jan-Hendrik/Eiffler, Sven-R. (Hrsg.), 2017: Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, Stuttgart.

Dietrich, Jan-Hendrik/Gärditz, Klaus Ferdinand/Graulich, Kurt/Gusy, Christoph/Warg, Gunter (Hrsg.), 2019: Reform der Nachrichtendienste zwischen Vergesetzlichung und Internationalisierung, Beiträge zum Sicherheitsrecht und zur Sicherheitspolitik 4, Tübingen.

Dreier, Horst (Hrsg.), 2013: Grundgesetz Kommentar, Band I: Präambel, Artikel 1-19, 3. Aufl., Tübingen.

Hecker, Jan: Allgemeine Verfassungsfragen der Nachrichtendienste; in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, Stuttgart, Dritter Teil, § 2, S. 221-247.

49 Vgl. zum Beispiel Hecker 2017, III § 2 Rn. 46; Löffelmann 2017, VI § 3 Rn. 15.

50 Wassermann 1972, S. 17.

- Jellinek*, Georg, 1914: Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin-Heidelberg.
- Lepsius*, Oliver, 2015: Entscheiden durch Maßstabsbildung; in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden, S. 119-135.
- Löffelmann*, Markus, 2017: Heimliche Ton- und Bildaufzeichnungen; in: Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Handbuch des Rechts der Nachrichtendienste, Stuttgart, Sechster Teil, § 3, S. 1093-1158.
- Löffelmann*, Markus, 2019: Die Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung; in: Dietrich/Gärditz/Graulich/Gusy/Warg (Hrsg.), Reform der Nachrichtendienste zwischen Vergesetzlichung und Internationalisierung, Tübingen, S. 33-44.
- Maunz*, Theodor/*Dürig*, Günter, 2020: Grundgesetz, Kommentar in sieben Loseblattordnern, herausgegeben von Roman Herzog, Matthias Herdegen, Rupert Scholz, Hans H. Klein, 92. Ergänzungslieferung, München.
- van Ooyen*, Robert Chr., 2020: Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa. Von Solange über Maastricht und Lissabon zur EU-Grundrechtecharta, 8. Aufl., Baden-Baden.
- van Ooyen*, Robert Chr./Möllers, Martin H. W. (Hrsg.), 2015: Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden.
- Schenke*, Wolf-Rüdiger/*Graulich*, Kurt/*Ruthig*, Josef (Hrsg.), 2019: Sicherheitsrecht des Bundes: BPolG, BKAG, ATDG, BVerfSchG, BNDG, VereinsG, Kommentar, 2. Aufl., München.
- Sehl*, Markus, 2020: BVerfG fordert strengere Regeln für Überwachung: Konstruktionsfehler im BND-Gesetz, Legal Tribune Online vom 19.5.2020, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bverfg-1-bvr-283517-urteil-geheimdienst-bnd-ueberwachung-ausland-art-10-gg-internet-kontrolle> (letzter Abruf 24.2.2021).
- Wassermann*, Rudolf, 1972: Der politische Richter, München.

**Notstandsverfassung: Kein „Ausnahmezustand“,
aber im Zweifel auch nicht für Freiheit und
demokratisches Verfahren**

„Kalte“ Verfassungsänderung: Die Plenarentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Luftsicherheit

Als verfassungspolitischer Akteur¹ hatte das Bundesverfassungsgericht mit seiner ersten Out-of-area-Entscheidung Anfang der 1990er Jahre den Weg frei geräumt für den bewaffneten Einsatz der Bundeswehr jenseits des Verteidigungs- bzw. NATO-Bündnisfalls. Dies wurde seinerzeit auch deswegen scharf kritisiert worden, weil der Zweite Senat historisierend weit über eine bloße Auslegung hinaus schoss und das Grundgesetz angesichts fehlender politischer Mehrheiten als „Ersatzverfassungsgeber“ änderte.² Und ein paar Jahre später trat das Gericht auf eine Prüfung des äußerst umstrittenen Falls der deutschen Beteiligung an den NATO-Luftschlägen gegen Serbien – ohne UN-Mandat – im Rahmen des Kosovo-Kriegs 1999 dann schon gar nicht mehr ein. Im Verlauf seiner Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht die Grenzen eines Kampfeinsatzes soweit verschoben, dass dieser vom Erfordernis des Parlamentsvorbehalts abgesehen heute nahezu schrankenlos möglich ist.³ Mit der Entscheidung zur Problematik „Luftsicherheit“ hat nun das Plenum des Gerichts – angesichts wiederum fehlender politischer Mehrheiten im parlamentarischen Raum – neuerlich den problematischen Weg einer „kalten“ Verfassungsänderung beschritten und das Tabu im Bereich der inneren Sicherheit infrage gestellt: den Einsatz von Militär in polizeilichen Lagen.

1. Streit zwischen den Senaten

Schon in der mündlichen Verhandlung zu „Luftsicherheit II“ hatte der Vorsitzende des Zweiten Senats, Richter Voßkuhle, ein Grundsatzurteil angekündigt, das von dem des Ersten Senats zu „Luftsicherheit I“ abweichen würde.⁴ Für diesen Fall ist eine gemeinsame Entscheidung erforderlich,⁵ sodass der Zweite Senat das Plenum anrufen musste.

Konkret hatte der Erste Senat in seinem Urteil

„... die Bestimmung des § 14 Abs. 3 LuftSiG, der die Streitkräfte zum Abschuss als Waffe gegen das Leben von Menschen eingesetzter Luftfahrzeuge ermächtigte, unter anderem wegen

-
- 1 Allgemein zu den politischen Implikationen der Verfassungsgerichtsbarkeit und zur Stellung des Bundesverfassungsgerichts m. w. N.: *Kelsen* 2019; *van Ooyen* 2005; *van Ooyen/Möllers* 2015; *van Ooyen* 2020.
 - 2 Speziell zur verfassungspolitischen Rolle des Bundesverfassungsgerichts im Bereich Sicherheit m. w. N.: *Möllers/van Ooyen* 2019.
 - 3 Vgl. den Beitrag im vorliegenden Band.
 - 4 Vgl. *Müller-Neuhoff* 2010; *Knapp* 2010.
 - 5 Vgl. § 16 BVerfGG.

Verstoßes gegen das Grundrecht auf Leben und gegen die Menschenwürde für verfassungswidrig und nichtig erklärt. Die Entscheidung... stützte sich dabei auf die Annahmen,

1. dass sich die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes für die Regelungen der §§ 13 bis 15 LuftSiG nur auf Art. 35 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG stützen lasse, wonach die Streitkräfte zur regionalen und überregionalen Unterstützung der Polizeikräfte der Länder bei Naturkatastrophen oder einem besonders schweren Unglücksfall eingesetzt werden können,
2. dass Art. 35 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG einen Einsatz der Streitkräfte mit spezifisch militärischen Waffen nicht zulasse, und
3. dass die in § 13 Abs. 3 Satz 2 und 3 LuftSiG geregelte Eilkompetenz des Bundesverteidigungsministers in Fällen des überregionalen Katastrophennotstandes nicht mit Art. 35 Abs. 3 Satz 1 GG vereinbar sei, der eine Entscheidung der Bundesregierung verlange“.⁶

Zwar hatte der Erste Senat dabei den Begriff des „Unglücksfalls“ in Art. 35 GG extensiv interpretiert. Bisher verband man mit dem sog. Katastrophennotstand plötzlich, vor allem aber nicht willentlich herbei geführte Ereignisse – sei es nun wie bei Erdbeben und Überschwemmungen in der Form der Naturkatastrophe oder sei es wie bei Reaktor-, Chemie- oder Zugunfällen als von Menschenhand verursachte Unglücksfälle. Jedenfalls fielen Terroranschläge nicht hierunter, sodass der Erste Senat das alles schon an dieser Stelle mit kurzer Begründung verfassungsrechtlich hätte beenden können. Auch hatte er materiellrechtlich keine Bedenken beim Abschuss eines Flugzeugs im Sinne von 9/11 gesehen, soweit eben unbeteiligte Dritte sich nicht an Bord befänden⁷ – und damit en passant den „Streit um die Zulässigkeit“ des polizeilichen gezielten Todesschusses (sog. „finaler Rettungsschuss“) gleich mitentschieden.⁸ Doch im (verfassungs)politischen Streit um das „Freund-Feind-Recht“⁹ und die „neue Sicherheit“ erfolgte mit der Kassation von § 14 Abs. 3 LuftSiG eine klare Positionierung zugunsten der rechtlich scharfen Trennung von Polizei und Militär. Damit stand diese Entscheidung auf dem Boden des bisherigen verfassungsrechtlichen Grundkonsenses, den selbst konservativ-etatistische Staatsrechtler wie Theodor Maunz angesichts der Kontroversen um die Einfügung der Notstandsverfassung in ihren Kommentierungen mitgeprägt hatten – und nach denen sich bei Art. 35 GG ein Einsatz der Bundeswehr nur auf polizeirechtlicher Grundlage vollziehe,¹⁰ militärisches Gepräge sich verbiete, überhaupt auf die ausdrücklich in der Verfassung mit 87a IV GG vorgesehene Ausnahme beschränkt bleibe: die Bekämpfung militärisch organisierter und bewaffneter Aufständischer („Bürgerkrieg“). Im Unterschied zur Out-of-Area-Entscheidung, bei der sich der Zweite Senats angesichts fehlender verfassungsändernder Mehrheiten – und angesichts der „harmlosen“, ersten Bundeswehreinsätze unter der Regierung

6 BVerfG Pressemitteilung 63/2012 vom 17.08.2012 – Beschluss vom 03.07.2012; <http://www.bverfg.de/pressemitteilungen/bvg12-063.html> (letzter Abruf 26.2.2021); vgl. Giehmulla 2011, S. 95 ff.

7 Vgl. BVerfGE 115, 118 – Luftsicherheitsgesetz, Leitsätze:

8 Linke 2017, S. 766 ff.

9 M. w. N. van Ooyen 2007, S. 42 ff.

10 Vgl. Maunz 2012, Art. 35.

Kohl – dazu hinzureißen ließ, die Verfassungsänderung auf „kaltem“ Wege einfach gleich selbst vorzunehmen, spielte der Erste Senat mit „Luftsicherheit I“ die Entscheidung zurück an das Parlament. Da eine Änderung der Verfassung weder zuvor unter der Großen Koalition noch danach zustande kam,¹¹ ließen die mit der Entscheidung des („grundrechtsorientierten“) Ersten Senats unzufriedenen Länder Bayern und Hessen schließlich ihre alte Klage gegen das Luftsicherheitsgesetz vor dem („staatsorganisationsorientierten“) Zweiten Senat wieder aufleben – auch in der offen bekundeten Hoffnung, bei einer etwaigen Prozessniederlage zumindest weiteren politischen Druck in Richtung SPD für die von der Union gewünschte Grundgesetzänderung aufzubauen.¹²

2. Die Plenarentscheidung

Diese politische Mühe hat nun das Plenum des Bundesverfassungsgerichts den Ländern zum Teil abgenommen, indem es „Luftsicherheit I“ auf den Kopf stellte und einfach selbst die Verfassung änderte.¹³ Das Plenum kommt zu den folgenden zentralen Ergebnissen:

„1. Die Gesetzgebungszuständigkeit für die §§ 13 bis 15 des Luftsicherheitsgesetzes (LuftSiG) in der Fassung des Artikels 1 des Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben vom 11. Januar 2005... ergibt sich aus Artikel 73 Nummer 6 des Grundgesetzes in der bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes... vom 28. August 2006... geltenden Fassung.

2. Artikel 35 Absatz 2 Satz 2 und Absatz 3 des Grundgesetzes schließen eine Verwendung spezifisch militärischer Waffen bei einem Einsatz der Streitkräfte nach diesen Vorschriften nicht grundsätzlich aus, lassen sie aber nur unter engen Voraussetzungen zu, die sicherstellen, dass nicht die strikten Begrenzungen unterlaufen werden, die einem bewaffneten Einsatz der Streitkräfte im Inneren durch Artikel 87a Absatz 4 GG gesetzt sind.

3. Der Einsatz der Streitkräfte nach Artikel 35 Absatz 3 Satz 1 des Grundgesetzes ist, auch in Eilfällen, allein aufgrund eines Beschlusses der Bundesregierung als Kollegialorgan zulässig.“¹⁴

11 Zur Forderung in der Literatur vgl. z. B.: *Wiefelspütz* 2007, S. 237 ff.; *Baldus* 2007, S. 133 ff. Auch bei einer ganzen Reihe anderer Verwendungen der Bundeswehr fehlen „belastbare verfassungsrechtliche Ermächtigungen“, sodass man sich „waghalsiger Auslegungstechniken bedient und Methodenbewusstsein dem Ergebnisinteresse opfert“; *Baldus* 2007, S. 133, mit weiteren Beispielen.

12 Vgl. *Müller* 2010; FAZ vom 10.2.2010: Militäreinsätze im Inland. Hessen fordert Verfassungsänderung für Bundeswehr; *Janisch* 2012; FAZ vom 18.8.2012: Karlsruhe erlaubt Einsatz militärischer Kampfmittel im Inland.

13 So auch die Bewertung von Richter Gaier. Infolge eines „Generationswechsels“ beim Ersten Senat war er der Einzige im Plenum, der noch an der Luftsicherheit I-Entscheidung beteiligt gewesen war und an der zuvor vertretenen Linie festhielt; vgl. BVerfGE, 2 PBvU 1/11 vom 03.07.2012 (Luftsicherheit II-Plenum), Abw. Meinung Richter Gaier, Rn. 60 ff. (Internetfassung).

14 Ebd., Leitsätze.

Während der dritte Leitsatz eine Bestätigung von „Luftsicherheit I“ ist, weichen die beiden ersten hiervon ab. Dabei ist die jeweils gefundene neue Lesart in ihrer Begründung recht lapidar: Die (hier eher „nebensächliche“ Frage der) Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich nun als „Annexkompetenz“.¹⁵ Vor allem aber wird die Zulässigkeit des Einsatzes militärischer Mittel einfach aus zweckorientierten Effektivitätsüberlegungen abgeleitet und mit semantischen Verschiebungen gestützt („zur Unterstützung“). Jetzt führt das auf einmal zu dem Ergebnis, dass der militärische Einsatz nicht ausgeschlossen sei:

„Systematische Erwägungen sprechen dafür, dass aus der von Art. 35 Abs. 2 und 3 GG vorgegebenen unterstützenden Funktion der Streitkräfte keine Beschränkung auf die aktuell oder potentiell polizeirechtlich zulässigen Einsatzmittel folgt. Denn auch Art. 87a Abs. 4 Satz 1 GG lässt für den dort umschriebenen Fall des inneren Notstandes einen Einsatz der Streitkräfte nur ‚zur Unterstützung‘ der Landes- und der Bundespolizei zu, beschränkt damit aber anerkanntermaßen den dort geregelten Einsatz, jedenfalls soweit es um die Bekämpfung organisierter und militärisch bewaffneter Aufständischer geht, nicht von vornherein auf die Mittel, die den unterstützten Polizeien zur Verfügung stehen...

Die Identität der Formulierungen deutet trotz der unterschiedlichen Zusammenhänge, in denen sie verwendet werden, darauf hin, dass ihnen keine unterschiedliche Bedeutung zukommen sollte, zumal die Bestimmungen im Gesetzgebungsverfahren durch Aufspaltung einer ursprünglich einheitlichen Regelung entstanden sind und daher nicht davon auszugehen ist, dass dem Gesetzgeber die Übereinstimmung des Wortlauts nicht vor Augen stand.

Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Zulassung des Streitkräfteeinsatzes in den erfassten Katastrophenfällen eine wirksame Gefahrenabwehr ermöglichen soll. Art. 35 Abs. 3 Satz 1 GG unterstreicht dies mit der Bezugnahme auf das zur ‚wirksamen Bekämpfung‘ Erforderliche. Daher sprechen nach Auffassung des Plenums die besseren Gründe für eine Auslegung, die unter den engen Voraussetzungen, unter denen ein Einsatz der Streitkräfte nach Art. 35 GG überhaupt in Betracht kommt... , die Verwendung ihrer spezifischen Mittel nicht generell ausschließt.

b) Die Entstehungsgeschichte steht dem nicht entgegen. Dem verfassungsändernden Gesetzgeber stand allerdings als typischer Anwendungsfall der Verfassungsbestimmungen zum Katastrophennotstand nicht ein Einsatzfall wie der in § 13 Abs. 1 in Verbindung mit § 14 Abs. 1 LuftSiG geregelte, sondern vor allem die Erfahrung der norddeutschen Flutkatastrophe des Jahres 1962 vor Augen... Auch wenn dieses Ereignis die Vorstellung der am Gesetzgebungsprozess Beteiligten von den Erfordernissen eines Streitkräfteeinsatzes in einer begrenzenden Weise geprägt haben mag, schließt das nicht aus, Art. 35 Abs. 2 und 3 GG auch auf andersartige von Wortlaut und Systematik der Vorschrift erfasste Bedrohungslagen anzuwenden, und zwingt nicht zu einer angesichts heutiger Bedrohungslagen nicht mehr zweckgerechten Auslegung des Art. 35 Abs. 2 und 3 GG“.¹⁶

15 Ebd., Rn. 14 ff.

16 Ebd., Rn. 30 ff.

Natürlich kann man das in der Interpretation alles mit entsprechender Rabulistik so machen, indem man die entgegenstehenden Bedeutungskonnotationen kleinredet oder sogar unterschlägt¹⁷ – genauso, wie man aus dem Einsatzverbot der Bundeswehr jenseits der Verteidigung über Art. 24 GG zum Kampfeinsatz auch ohne UN-Mandat gelangen¹⁸ und aus dem „Friedensgebot“ des Art. 26 GG einen „Kriegsartikel“ zum Zwecke der „Friedenssicherung“ machen kann („humanitäre Intervention“). Auch wenn dabei der (Kurz-) Schluss vom legitimen Zweck der Gefahrenabwehr auf die Legalität der einsetzbaren Mittel, den das Verfassungsgericht hier vornimmt, gerade mit Blick auf das Polizeirecht erstaunlich bleiben muss – die Richter/innen wären wohl besetzt, wenn sie diese hermeneutischen Kniffe nicht beherrschten. Es mag aus politischer Sicht angesichts geänderter Bedrohungslagen auch sinnvoll sein – rechtlich aber überzeugt diese Form „kalter“ Verfassungsänderung nicht. Denn sie entspricht wie schon im Falle der Out-of-Area-Entscheidung nicht dem von der Verfassung vorgesehenen demokratischen Verfahren.

Dass der in der Entscheidung „verwendete Begriff des besonders schweren Unglücksfalls nur Ereignisse von katastrophischen Dimensionen erfasst“¹⁹ und „namentlich Gefahren für Menschen und Sachen, die aus oder von einer demonstrierenden Menschenmenge drohen, keinen besonders schweren Unglücksfall im Sinne des Art. 35 GG dar(stellen), der es rechtfertigen könnte, Streitkräfte auf der Grundlage dieser Bestimmung einzusetzen“,²⁰ zeigt zwar, dass das Plenum weiß, welche Büchse der Pandora es geöffnet hat. Diese Schranke, die wohl der Kompromissbildung diene, da der Zweite Senat offensichtlich erheblich weiter gehen wollte,²¹ kann nicht wirklich beruhigen. Denn auch bei „Out-of-Area“ sind die Schranken im Verlauf der Rechtsprechung des Gerichts weiter verschoben worden. Vor allem aber kann es das nicht, weil schon allein angesichts der von Plenum mit dieser Entscheidung selbst vorgeführten 180-Grad-Auslegungskunstwende das Bundesverfassungsgericht wieder einmal gezeigt hat, dass bei ihm alles möglich ist.

17 So die systematische Trennung in drei verschiedene „Notstände“ mit separaten Artikeln; den Zusammenhang, dass zwar im Art. 35 und 87a GG jeweils von „Unterstützung“ die Rede ist, die entscheidende Formulierung aber im Art. 87a Abs. 4 in unmittelbarem Kontext zur militärischen Bedrohungslage „Bürgerkrieg“ steht.

18 Indem Art. 24 Abs. 2 GG einfach als „ausdrückliche“ Ermächtigung im Sinne des Art. 87a Abs. 2 zur Teilnahme auch an militärischen Maßnahmen kollektiver Sicherheitssysteme begriffen wird, obwohl hier „ausdrücklich“ von „Bundeswehr“ gar nicht die Rede ist.

19 BVerfGE, 2 PBvU 1/11 vom 03.07.2012 (Luftsicherheit II-Plenum), Rn. 43.

20 Ebd., Rn. 46.

21 So zumindest in der Wahrnehmung von Richter Gaier: „Es lässt sich nicht leugnen und ist positiv zu bewerten, dass die Antwort des Plenums deutlich hinter dem aus der Vorlagefrage ersichtlichen Anliegen des Zweiten Senats zurückbleibt, das auf eine Umgestaltung der Regelungen des Katastrophennotstandes hin zu einer subsidiären allgemeinen Gefahrenabwehr mit militärischen Waffen zielte“; ebd. Rn. 89 (Abw. Meinung).

- Baldus, Manfred, 2007: Braucht Deutschland eine neue Wehrverfassung? NZWehrr, Heft 4, S. 133-138.
- Giemulla, Elmar M., 2011: Das Luftsicherheitsgesetz; in: Möllers/van Ooyen, S. 95-128.
- Janisch, Wolfgang, 2012: Wenn schon, denn schon. Mit seinem Beschluss hat das Bundesverfassungsgericht eine bisher gültige Grenze überschritten; in: SZ vom 18./19.08.2012.
- Kelsen, Hans, 2019: Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Neuausgabe, 2. Aufl., Tübingen.
- Knapp, Ursula, 2010: Luftsicherheitsgesetz. Kampfjets für die Polizei? Bayern und Hessen wollen vor dem Bundesverfassungsgericht eine Grundgesetzänderung erzwingen, die den Einsatz der Bundeswehr im Innern ermöglicht; in: FR vom 11.02.2010.
- Linke, Tobias, 2017: BVerfGE 115, 118 – Luftsicherheitsgesetz. Darf der Rechtsstaat unter der Herrschaft des Grundgesetzes die Streitkräfte im Innern einsetzen und sogar Unschuldige opfern?; in: Menzel/Müller-Terpitz, S. 766-777.
- Maunz, Theodor, 2012: Art. 35; in: Maunz/Dürig u. a.: Grundgesetz, Kommentar, 64. Ergänzungslieferung, München.
- Menzel, Jörg/Müller-Terpitz, Ralf (Hrsg.), 2017: Verfassungsrechtsprechung, 3. Aufl., Tübingen.
- Möllers, Martin H. W./van Ooyen, Robert Chr. (Hrsg.), 2011: Europäisierung und Internationalisierung der Polizei, Bd. 3: Deutsche Positionen, 3. Aufl., Frankfurt am Main.
- Möllers, Martin H. W./van Ooyen, Robert Chr., 2019: Bundesverfassungsgericht und Öffentliche Sicherheit, 2 Bde., 5. Aufl., Frankfurt am Main.
- Müller, Reinhard, 2010: Luftsicherheitsgesetz. Wer ist zuständig?; in: FAZ vom 10.02.2010.
- Müller, Reinhard, 2012: Die Waffen der Richter; in: FAZ vom 18.08.2012.
- Müller-Neuhoff, Jost, 2010: Verfassung. Karlsruhe prüft Luftsicherheitsgesetz; in: Tagesspiegel vom 11.02.2010, <http://www.tagesspiegel.de>, download 16.07.2010.
- van Ooyen, Robert Chr., 2005: Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, Berlin.
- van Ooyen, Robert Chr., 2007: „Freund-Feind-Recht“ und „Doppelstaat“? RuP, Heft 1, S. 42-45.
- van Ooyen, Robert Chr., 2020: Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa, 8. Aufl., Baden-Baden.
- van Ooyen, Robert Chr./Möllers, Martin H. W. (Hrsg.), 2015: Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden.
- Wiefelspütz, Dieter, 2007: Art. 35 GG nach dem Luftsicherheitsurteil des Bundesverfassungsgerichts – Vorschlag für eine Verfassungsänderung, JBÖS 2006/07, S. 237-246.

Freiheitsbeschränkungen infolge der Coronavirus-Pandemie und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – mehr Etatismus oder Liberalismus?

1. Einleitung

Die Entscheidungen des BVerfG lassen sich nur auf der Grundlage der vorherigen staatlichen Abläufe rund um die Coronavirus-Pandemie bewerten. Daher werden die staatlichen Entscheidungen, insbesondere der Exekutive, die schließlich das BVerfG zu beurteilen hatte, vorangestellt.

Auf einem Statement vom 31. März 2020 erklärte die Präsidentin der Kommission der Europäischen Union (EU), Ursula von der Leyen, zu den Notmaßnahmen in den Mitgliedstaaten, dass die EU sich auf Werte wie Freiheit, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Achtung der Menschenrechte gründe, welche die Mitgliedstaaten eine. Diese Werte müssten daher auch in diesen herausfordernden Zeiten der Coronavirus-Pandemie hochgehalten und verteidigt werden. Daher komme es darauf an, dass die Maßnahmen verhältnismäßig und zeitlich begrenzt sind. Sie kündigte außerdem an, dass die Kommission ihre Anwendung durch die Mitgliedstaaten überprüfen werde.¹

Auch die Generalsekretärin des Europarates, Marija Pejčinović Burić, veröffentlichte am 8. April 2020 Leitlinien für Regierungen in ganz Europa über die Achtung der Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit während der COVID-19-Krise. Die Leitlinien umfassen vier Schlüsselbereiche:

1. Abweichung von der Europäischen Menschenrechtskonvention im Notstandsfall,
2. Achtung der Rechtsstaatlichkeit und demokratischer Grundsätze im Notstandsfall, einschließlich Beschränkungen des Umfangs und der Dauer der Notfallmaßnahmen,
3. Grundlegende Menschenrechtsnormen, darunter Freiheit der Meinungsäußerung, Privatsphäre und Datenschutz, Schutz gefährdeter Gruppen vor Diskriminierung und Recht auf Bildung,
4. Schutz vor Kriminalität und Schutz der Opfer von Verbrechen, insbesondere im Hinblick auf geschlechtsbezogene Gewalt.²

1 von der Leyen 2020.

2 Pejčinović Burić 2020.

Damit thematisieren sowohl die Europäische Union (EU) als auch der Europarat die Entwicklungen, die sich in Europa infolge der Coronavirus SARS CoV-2 Pandemie eingestellt haben.

1.1 Coronavirus und EU-Vertrag

Nach Ansicht der Vizepräsidentin der EU-Kommission, Vera Jourova, haben die meisten EU-Staaten im Kampf gegen das Coronavirus die Grundrechte ihrer Bürger eingeschränkt. „Bisher haben 20 EU-Länder eine Art Notstandsgesetzgebung verabschiedet, um die Corona-Krise erfolgreich zu bekämpfen und die notwendigen Maßnahmen wie Ausgangsbeschränkungen und den Schutz der Menschen gegen das Virus durchsetzen zu können“.³ Das sagte die für Rechtsfragen zuständige Kommissarin in einem Interview der Zeitung „Die Welt“.

Das Problem sieht Jourova, die Politikerin aus Tschechien ist, darin, dass auf lange Sicht die Gefahr bestehe, dass die Demokratie durch diese Maßnahmen geschwächt werde. Darum sei Kontrolle wichtig.

„Das Coronavirus darf die demokratische Ordnung nicht killen“⁴,

vielmehr sei eine demokratische Balance dringend erforderlich. Nach ihren Angaben untersucht die EU-Kommission derzeit in allen betroffenen Ländern die Notfallmaßnahmen und prüft, ob sie gegen demokratische Grundwerte i. S. d. Art. 2 EU-Vertrag verstoßen. In diesen Fällen werde die EU-Kommission einschreiten.⁵

1.2 Coronavirus und Europäische Menschenrechtskonvention

Nach Art. 15 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) kann, wenn das Leben der Nation durch Krieg oder einen anderen öffentlichen Notstand bedroht wird, jede Hohe Vertragspartei Massnahmen treffen, die von den in der EMRK vorgesehenen Verpflichtungen abweichen, jedoch nur, soweit es die Lage unbedingt erfordert und wenn die Massnahmen nicht im Widerspruch zu den sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Vertragspartei stehen. Nachdem sechs europäische Staaten, darunter u. a. Estland, Lettland und Rumänien, ankündigten, sich aufgrund der Corona-Pandemie auf Art. 15 EMRK zu berufen, veröffentlichte die Presseabteilung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) im März 2020 einen Faktencheck zur Anwendung dieses Artikels.⁶ Danach enthält Art. 15 Abs. 1 EMRK drei Bedingungen, die für eine gültige Ausnahmeregelung vorausgesetzt werden:

³ Schiltz 2020.

⁴ Schiltz 2020.

⁵ Schiltz 2020.

⁶ EGMR 2020.

- Es muss sich in Kriegszeiten oder anderen öffentlichen Notfällen befinden, die das Leben der Nation bedrohen.
- Die Maßnahmen, die als Reaktion auf diesen Krieg oder diesen öffentlichen Notfall ergriffen wurden, dürfen nicht über das Ausmaß hinausgehen, das von den Erfordernissen der Situation unbedingt gefordert wird, und
- die Maßnahmen dürfen nicht im Widerspruch zu den anderen völkerrechtlichen Verpflichtungen des Staates stehen.⁷

Die Frage stellt sich daher, ob es sich bei der Coronavirus SARS CoV-2 Pandemie um einen „Krieg“ handelt, wie es von Frankreichs Präsident Emmanuel Macron in seiner Rede an die Nation Mitte März 2020 mehrfach behauptet und vom ehemaligen US-Präsidenten Donald Trump und auch von vielen in Fernsehinterviews auftretenden Ökonomen und Virologen übernommen wurde⁸, oder ob es „nur“ ein öffentlicher Notfall ist, der das Leben der Nation bedroht. Der Gerichtshof stellt in seinem Leitfaden unter Nr. 7 fest:

“The Court has not been required to interpret the meaning of ‘war’ in Article 15 § 1; in any case, any substantial violence or unrest short of war is likely to fall within the scope of the second limb of Article 15 § 1, a ‘public emergency threatening the life of the nation’.”⁹

Damit kann die Corona-Pandemie höchstens einen „öffentlichen Notfall“ darstellen. Den erläutert der EGMR unter Nr. 8 seines Leitfadens:

“The natural and customary meaning of ‘public emergency threatening the life of the nation’ is clear and refers to ‘an exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the State is composed’.”¹⁰

Eine außergewöhnliche Krisen- oder Notsituation, die die gesamte Bevölkerung betrifft und eine Bedrohung für das organisierte Leben der Gemeinschaft darstellt, könnte der Corona-Pandemie bescheinigt werden. Dies auch schon deshalb, weil der EGMR mehrfach bestätigt und nochmals in Nr. 17 seines Leitfadens wiederholt:

“It falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for ‘the life of [its] nation’, to determine whether that life is threatened by a ‘public emergency’ and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in

7 *EGMR* 2020, S. 6.

8 *Stöcker* 2020.

9 *EGMR* 2020, S. 6 (eigene Übersetzung: Der Gerichtshof war nicht verpflichtet, die Bedeutung von „Krieg“ in Art. 15 Abs. 1, 1. Alt. EMRK auszulegen. In jedem Fall fällt jede erhebliche Gewalt oder Unruhe außerhalb des Krieges wahrscheinlich in den Anwendungsbereich von Art. 15 Abs. 1, 2. Alt. EMRK, einem „öffentlichen Notfall, der das Leben der Nation bedroht.“).

10 *EGMR* 2020, S. 6 (eigene Übersetzung: Die natürliche und übliche Bedeutung von „öffentlicher Notfall, der das Leben der Nation bedroht“ ist klar und bezieht sich auf „eine außergewöhnliche Krisen- oder Notsituation, die die gesamte Bevölkerung betrifft und eine Bedrohung für das organisierte Leben der Gemeinschaft darstellt, in der sich der Staat befindet.“).

principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it. In this matter Article 15 § 1 (...) leaves those authorities a wide margin of appreciation.”¹¹

Das Gericht führt aber unter Nr. 18-20 seines Leitfadens weiter aus:

“Nevertheless, the States do not enjoy an unlimited power in this respect: the Court is empowered to rule on whether the States have gone beyond the ‘extent strictly required by the exigencies’ of the crisis (...). To assess whether the measures taken were ‘strictly required by the exigencies of the situation and consistent with the other obligations under international law’, the Court examines the complaints on the merits ...”

“As the Court has clarified, the existence of a ‘public emergency threatening the life of the nation’ must not serve as a pretext for limiting freedom of political debate. Even in a state of emergency the States must bear in mind that any measures taken should seek to protect the democratic order from the threats to it, and every effort should be made to safeguard the values of a democratic society, such as pluralism, tolerance and broadmindedness ...”.

“In determining whether a State has gone beyond what is strictly required, the Court will give appropriate weight to factors such as the nature of the rights affected by the derogation, the circumstances leading to, and the duration of, the emergency situation ...”¹²

Damit wird deutlich, dass auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sich eine Überprüfung der Freiheitsbeschränkungen infolge der Coronavirus SARS CoV-2 Pandemie i. S. d. Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes offen hält und zwar selbst dann,

-
- 11 *EGMR* 2020, S. 7 f. (eigene Übersetzung: Es liegt in erster Linie bei jedem Vertragsstaat, der für das Leben seiner Nation verantwortlich ist, zu bestimmen, ob dieses Leben von einem „öffentlichen Notfall“ bedroht ist und wenn ja, inwieweit es erforderlich ist zu versuchen, den Notfall zu überwinden. Aufgrund ihres direkten und kontinuierlichen Kontakts mit den dringenden Erfordernissen des Augenblicks sind die nationalen Behörden grundsätzlich besser als der internationale Richter in der Lage, sowohl über das Vorliegen eines solchen Notfalls als auch über Art und Umfang der erforderlichen Ausnahmeregelungen zu entscheiden, um den Notfall abzuwenden. In dieser Angelegenheit lässt Art. 15 Abs. 1 (...) diesen Behörden einen weiten Ermessensspielraum.).
- 12 *EGMR* 2020, S. 8 (eigene Übersetzung: Dennoch haben die Staaten in dieser Hinsicht keine uneingeschränkte Befugnis: Der Gerichtshof ist befugt, darüber zu entscheiden, ob die Staaten über das „von den Erfordernissen streng geforderte Ausmaß“ der Krise hinausgegangen sind ... Um zu beurteilen, ob die ergriffenen Maßnahmen „von den Erfordernissen der Situation unbedingt gefordert wurden und mit den anderen völkerrechtlichen Verpflichtungen vereinbar sind“, prüft der Gerichtshof die Beschwerden... Wie der Gerichtshof klargestellt hat, darf das Bestehen eines „öffentlichen Notstands, der das Leben der Nation bedroht“ nicht als Vorwand für die Einschränkung der Freiheit der politischen Debatte dienen. Selbst im Ausnahmezustand müssen die Staaten berücksichtigen, dass alle ergriffenen Maßnahmen darauf abzielen sollten, die demokratische Ordnung vor den Bedrohungen zu schützen, und dass alle Anstrengungen unternommen werden sollten, um die Werte einer demokratischen Gesellschaft wie Pluralismus, Toleranz und Sicherheit zu schützen. Bei der Feststellung, ob ein Staat über das unbedingt Erforderliche hinausgegangen ist, wird der Gerichtshof Faktoren wie der Art der von der Ausnahmeregelung betroffenen Rechte, den Umständen und der Dauer der Notsituation angemessenes Gewicht beimessen hat...).

“If the highest domestic court in a Contracting State has reached the conclusion that the measures were not strictly required...”¹³

In diesen Fällen kann der Gerichtshof jedoch nur zu einer gegenteiligen Schlussfolgerung gelangen, wenn er davon überzeugt ist, dass das nationale Gericht Art. 15 EMRK oder die diesbezügliche Rechtsprechung des Gerichtshofs falsch ausgelegt oder falsch angewandt hat oder zu einer Schlussfolgerung kam, die offensichtlich unangemessen war.¹⁴

Daraus ergibt sich in der Quintessenz, dass es darauf ankommt, zu welchen Entscheidungen in Deutschland das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in Streitfällen zu Grundrechtseinschränkungen infolge der vom Coronavirus SARS CoV-2 verursachten Pandemie gekommen ist und noch kommt.

Im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen stehen somit einerseits die Neuregelungen im Infektionsschutzgesetz und in Bundes- und Länderverordnungen (2.), die zunächst der Kritik durch die Europäische Grundrechteagentur unterzogen wird (3.). In Bezug auf eine kritische Analyse der Wirksamkeit der Kontrollen der wegen der Corona-Pandemie eingerichteten Freiheitsbeschränkungen werden der ehemalige Präsident des BVerfG, Hans-Jürgen Papier, der sich erstmals in den Medien zu den Freiheitsbeschränkungen äußerte, zu Wort kommen sowie der Bundestagsabgeordnete Ralph Brinkhaus, der die „Kaltstellung“ des Deutschen Bundestags in einem Interview anprangerte (4.). Schließlich wird anhand von konkreten Entscheidungen die Kontrollfunktion der Verwaltungsgerichte und des BVerfG in der Corona-Krise bezüglich der Grundrechtseinschränkungen aufgrund der neuen staatlichen Regelungen untersucht (5.) und herausgearbeitet, wie das BVerfG auf Verfassungsbeschwerden reagierte, nachdem erste Rücknahmen der Freiheitsbeschränkungen durch die Bundes- und Landesregierungen beschlossen wurden (6.). In einer abschließenden kritischen Gesamtbetrachtung wird zusammengefasst, ob die Funktionen von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie auch in den Entscheidungen des BVerfG der Corona-Pandemie standhalten konnten (7.).

2. Die Neuregelungen im Infektionsschutzgesetz und in Bundes- und Länderverordnungen

2.1 Neuregelungen im Infektionsschutzgesetz

Abgesehen von weiteren Anpassungen erstrecken sich die Neuregelungen der Änderungen des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Men-

13 EGMR 2020, S. 9 (eigene Übersetzung: Wenn das oberste innerstaatliche Gericht eines Vertragsstaats zu dem Schluss gekommen ist, dass die Maßnahmen nicht unbedingt erforderlich waren).

14 EGMR 2020, S. 9.

schen (Infektionsschutzgesetz – IfSG) vom 20. Juli 2000¹⁵, das zuletzt durch Art. 3 des Gesetzes vom 27. März 2020¹⁶ geändert worden ist, im Wesentlichen auf §§ 5 u. 5a IfSG. § 5 IfSG regelt ausführlich die Epidemische Lage von nationaler Tragweite, während § 5a IfSG die Verordnungsermächtigung zur Ausübung heilkundlicher Tätigkeiten bei Vorliegen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite gibt.

§ 5a IfSG bestimmt, in welchen Fällen bei Epidemien – wie der vom Coronavirus SARS CoV-2 ausgelösten Pandemie – auch ausgebildete Altenpflegerinnen und -pfleger, Gesundheits- und Krankenpflegerinnen und -pfleger für Kinder und Erwachsene, sowie Notfallsanitäterinnen und -sanitäter und Pflegefachfrauen und -männer an Stelle von Ärztinnen und Ärzte heilkundliche Tätigkeiten in epidemischen Lagen ausüben dürfen, wenn sie durch erworbene Kompetenzen und aufgrund persönlicher Fähigkeiten in der Lage sind, die jeweils erforderliche Maßnahme eigenverantwortlich an Patienten durchzuführen, deren Gesundheitszustand nach Art und Schwere eine ärztliche Behandlung nicht zwingend erfordert, aber eine ärztliche Beteiligung sonst voraussetzen würde. Ferner wird das Bundesministerium für Gesundheit (BMG) ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates weiteren Personen mit Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung eines reglementierten Gesundheitsfachberufs während einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite die Ausübung heilkundlicher Tätigkeiten zu gestatten. Die Regelungen des § 5a IfSG berühren zwar auch Grundrechte, vor allem Art. 2 Abs. 1 GG, stellen aber keine tiefgreifenden Eingriffe in die Menschenrechte dar.

Zu nennenswerten Freiheitseingriffen ermächtigt – neben § 15a Abs. 3 Satz 3, § 16 Abs. 4 IfSG (Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 Abs. 1 GG), § 17 Abs. 3 IfSG (Grundrechte der Freiheit der Person nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, der Freizügigkeit nach Art. 11 Abs. 1 GG, der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG und der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 Abs. 1 GG), § 20 Abs. 14, § 21 IfSG (Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1, 2. Alt. GG), § 25 Abs. 5 IfSG (Grundrechte der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1, 2. Alt. GG), der Freiheit der Person nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG und der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 Abs. 1 GG) sowie weiterer Vorschriften (§§ 28 Abs. 1, 29 Abs. 2, 30 Abs. 2 u. 3, 32, 36 Abs. 9, 41 Abs. 2, 50a Abs. 5, 51 IfSG) – in erster Linie § 5 IfSG.

Hier wird, wenn der Deutsche Bundestag eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festgestellt hat (§ 5 Abs. 1), in Abs. 2 das BMG zu Grundrechtseingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, in die Freizügigkeit nach Art. 11 Abs. 1 GG, in das Recht auf körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1, 2. Alt. GG und weitere Grundrechte ermächtigt. Denn das BMG kann erstens Personen, die in die Bundesrepublik Deutschland einreisen wollen oder eingereist sind und die wahrscheinlich einem erhöhten Infektionsrisiko für bestimmte bedrohliche

15 BGBl. I 2000, S. 1045.

16 BGBl. I 2020, S. 587.

übertragbare Krankheiten ausgesetzt waren, insbesondere weil sie aus Gebieten einreisen, die das Robert Koch-Institut als gefährdet eingestuft hat, wenn auch nur ausschließlich zur Feststellung und Verhinderung der Einschleppung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit verpflichtet, ihre Identität, Reiseroute und Kontaktdaten gegenüber der zuständigen Behörde bekannt zu geben, eine Impf- oder Prophylaxebescheinigung hinsichtlich der bedrohlichen übertragbaren Krankheit vorzulegen, gegenüber der zuständigen Behörde Auskunft über ihren Gesundheitszustand zu geben, ein ärztliches Zeugnis darüber vorzulegen, dass bei ihnen keine Anhaltspunkte für das Vorliegen der bedrohlichen übertragbaren Krankheit vorhanden sind, und sich ärztlich untersuchen zu lassen.

Schließlich können bei der Durchführung der genannten Anordnungen mitzuwirken zweitens auch Unternehmen verpflichtet werden, die im Eisenbahn-, Bus-, Schiffs- oder Flugverkehr grenzüberschreitend Reisende befördern, außerdem Betreiber von Flugplätzen, Häfen, Personen- und Busbahnhöfen sowie Reiseveranstalter im Rahmen ihrer betrieblichen und technischen Möglichkeiten ausschließlich zur Feststellung und Verhinderung einer Einschleppung einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit. Die Verpflichtungen sehen u. a. Reisebeschränkungen, Informations- und Meldepflichten sowie Mitwirkungen bei der Identifizierung von Personen vor. So wurde am 31. März 2020 durch das BMG angeordnet, dass Beförderungen von Reisenden aus dem Iran untersagt sind.¹⁷ Insgesamt bietet das IfSG an verschiedenen Stellen die Rechtsgrundlage für Rechtsverordnungen der Bundes- und insbesondere der Länderregierungen.

2.2 Rechtsverordnungen der Bundes- und Länderregierungen aufgrund des IfSG

Bundes- und Länderregierungen haben aufgrund des IfSG in Rechtsverordnungen eine Reihe von Maßnahmen beschlossen, die in Grundrechte eingreifen: So hat der Bund auf Grundlage der CoronaVMeldeV durch Anordnung des BMG am 8. April 2020 beschlossen, Personen, die aus einem anderen Staat in die Bundesrepublik Deutschland einreisen und i. S. d. § 30 Abs. 1 Satz 2 IfSG ansteckungsverdächtig sind, zu verpflichten, ihre Identität (einschließlich Geburtsdatum), Reiseroute und Kontaktdaten einschließlich Anschrift des Wohnsitzes gegenüber der zuständigen Behörde bekannt zu geben. Im Einzelnen werden nachgefragt: Fluggesellschaft, Flugnummer, Sitzplatz, Ankunftsdatum, Familien- und Vornamen, Geschlecht, Telefonnummern (mobil, privat, Arbeit), E-Mailadresse, Wohnanschrift, vorübergehende Anschrift in Deutschland (z. B. Hotel mit Anschrift), erreichbare Personen für den Notfall (Telefon und E-Mail), Mitreisende. Die Daten sind von den Schiffs- bzw. Flugunternehmern zu erheben, zu verarbeiten und an das Gesundheitsamt

17 Anordnung des BMG vom 31.3.2020: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/gesetze-und-verordnungen.html> (letzter Abruf: 4.5.2020).

zu übermitteln und nach der Ankunft in der Bundesrepublik Deutschland bis zu 30 Tage bereitzuhalten (Anordnung III.¹⁸)

Weitreichender sind die Maßnahmen der Länder: Im Land Berlin z. B. wurden u. a. – mit wenigen Ausnahmen – öffentliche und nichtöffentliche Veranstaltungen, Versammlungen, Zusammenkünfte und Ansammlungen verboten (§ 1 SARS-CoV-2-Eindämmungsmaßnahmenverordnung¹⁹), Tanzlustbarkeiten, Messen, Ausstellungen, Spezialmärkte, Spielhallen, Spielbanken, Wettvermittlungsstellen und ähnliche Unternehmen, Vergnügungsstätten, Kinos, Theater, Konzerthäuser, Museen und ähnliche Bildungseinrichtungen in öffentlicher und privater Trägerschaft, Friseure, Kosmetikstudios, Massagepraxen, Tattoo-Studios und ähnliche Betriebe zwangsweise geschlossen und gewerbliche Ausflugs- und Stadtrundfahrten verboten (§ 2). Gaststätten dürfen nur noch Speisen außer Haus verkaufen, Hotels und andere Beherbergungsbetriebe sowie Betreiber von Ferienwohnungen dürfen keine touristischen Übernachtungen anbieten (§ 3). Alle öffentlichen und privaten Schulen und Kitas (§ 8) sowie – mit wenigen Ausnahmen – auch Sportanlagen, Schwimmbäder, Fitnessstudios, Saunen, Dampfbäder, Sonnenstudios und Solarien wurden geschlossen (§ 4). Mit Ausnahme der Ableistung von Prüfungen wurden alle öffentlichen und privaten Hochschulen (§ 10), Bibliotheken (§ 11), Mensen (§ 12) und außeruniversitäre Forschungseinrichtungen (§ 13) nicht mehr zugänglich. Im gesamten Stadtgebiet von Berlin herrschen Kontaktbeschränkungen mit der Auflage, sich ständig in der Wohnung oder gewöhnlichen Unterkunft aufzuhalten (§ 14). Das Vorliegen von Gründen, die das Verlassen der Wohnung oder gewöhnlichen Unterkunft erlauben, muss gegenüber der Polizei und den zuständigen Ordnungsbehörden glaubhaft gemacht werden (§ 14 Abs. 2). Weitere Einschränkungen in die Freiheitsrechte der Menschen sieht diese Verordnung vor. Verstöße dagegen werden mit einem Bußgeld bis zu 25.000 € belegt.²⁰

Auch Schleswig-Holstein hat in ähnlicher Form Rechtsverordnungen und Erlasse aufgrund des IfSG erlassen, diese aber in verschiedene Einzelverordnungen publiziert: Zum einen handelt es sich um die ab 10. April 2020 in Kraft getretene Verordnung zu Quarantänemaßnahmen für Ein- und Rückreisende zur Bekämpfung des Coronavirus des Landes Schleswig-Holstein²¹, für die auch ein Bußgeldkatalog zur Ahndung von Verstößen gegen die Quarantänemaßnahmen ergänzt wurde und Bußgelder bis zu 25.000 Euro aufstellt.²² Zum anderen galt ab 20. April 2020 die Landesverordnung über Maßnahmen zur Bekämpfung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in Schleswig-Holstein (SARS-CoV-2-Bekämpfungsverordnung – SARS-CoV-2-BekämpfVO)²³, die durch eine

18 Abgedruckt im JBÖS 2020/21, S. 115 f.

19 Abgedruckt im JBÖS 2020/21, S. 117 ff.

20 Der Bußgeldkatalog ist im JBÖS 2020/21 abgedruckt ab S. 128.

21 Abgedruckt im JBÖS 2020/21, S. 133 ff.

22 Bußgeldkatalog zur Ahndung von Verstößen im Bereich des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) in Verbindung mit der Verordnung zu Quarantänemaßnahmen für Ein- und Rückreisende zur Bekämpfung des Corona-Virus, abgedruckt im JBÖS 2020/21, S. 136 f.

23 Abgedruckt im JBÖS 2020/21, S. 138 ff.

Positivliste über erlaubte Verkaufsstellen und Dienstleistungs-, Behandlungs- und Handwerktätigkeiten nach § 6 Abs. 2 SARS-CoV-2-BekämpfVO vervollständigt wird.²⁴ Vier Tage später wurden die bestehenden VO am 24. April 2020 durch die Landesverordnung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung in bestimmten Bereichen der Öffentlichkeit in Schleswig-Holstein (Mund-Nasen-Bedeckungsverordnung – MNB-VO)²⁵ erweitert. Ebenfalls am 24. April trat ein Bußgeldkatalog für Verstöße gegen die Corona-Regelungen in Kraft, der Bußgelder bis zu 5.000 Euro vorsah.²⁶

Mit diesen Regelungen, deren Einhaltung mit Hilfe von Bußgeldern erzwungen wurde, griffen die Länder erheblich in die Grundrechte ihrer Bürgerinnen und Bürger ein. Es versteht sich daher von selbst, dass diese Auswirkungen der staatlichen Reaktionen auf die Coronavirus-Pandemie auf die Grundrechte auch kritisch gesehen wurde, etwa durch die Europäische Grundrechteagentur (FRA).

3. Kritik durch die Europäische Grundrechteagentur

Die Europäische Grundrechteagentur (FRA) hat den ersten Sachstandsbericht²⁷ über die Auswirkungen der staatlichen Reaktionen auf die Coronavirus-Pandemie auf die Grundrechte veröffentlicht und stellt allgemein schwerwiegende Grundrechtseingriffe fest, die sich vor allem auf die Rechte bereits schutzbedürftiger oder gefährdeter Menschen auswirke.²⁸ Das sind nach dem Bericht insbesondere ältere Menschen, Kinder, Menschen mit Behinderungen, Roma und Flüchtlinge. Der Bericht konzentriert sich auf vier miteinander verbundene Themen:

- Maßnahmen zur Eindämmung von COVID-19 und zur Abschwächung seiner Auswirkungen in den Bereichen soziales Leben, Bildung, Arbeit und Freizügigkeit sowie Asyl und Migration;
- die Auswirkungen des Virus und die Bemühungen, seine Ausbreitung auf bestimmte Gruppen in der Gesellschaft zu begrenzen;
- Vorfälle fremdenfeindlicher und rassistischer Diskriminierung, einschließlich Hassverbrechen;
- die Verbreitung von Desinformation über den Ausbruch und die Auswirkungen verwandter Eindämmungsmaßnahmen zum Datenschutz und zur Wahrung der Privatsphäre.

24 Festlegungen zur Corona-Verordnung (SARS-CoV-2-BekämpfV) – Positivliste, abgedruckt im JBÖS 2020/21, S. 145 ff.

25 Abgedruckt im JBÖS 2020/21, S. 149 f.

26 Abgedruckt im JBÖS 2020/21, ab S. 151.

27 FRA 2020a.

28 FRA 2020a, S. 7.

Außerdem veröffentlichte die Europäische Grundrechteagentur länderspezifische Berichte, die detailliert die Lage in den Mitgliedsstaaten wiedergeben.²⁹ Für Deutschland wurde u. a. festgestellt, dass sich die Kontaktsperren zu anderen Personen außerhalb des eigenen Haushalts stark auf Frauen und Kinder auswirken, da viele von ihnen zuhause nicht sicher sind. Soziale Isolation und finanzielle Sorgen trügen zu erhöhtem Stress in den Beziehungen und Familien bei. Dieser Stress führe zu eskalierenden Situationen mit der Befürchtung, dass häusliche Gewalt während der Pandemie zunehmen werde.³⁰ Der Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe in Deutschland (bff)³¹, die Zentrale Informationsstelle Autonomer Frauenhäuser (ZIF)³², die Bundeskoordinierung Spezialisierter Fachberatung (BKSF), die gegen sexualisierte Gewalt in Kindheit und Jugend arbeiten³³ und die Frauenhauskoordinierung e.V. (fhk)³⁴ sehen dies genauso.

Ferner sieht die Grundrechteagentur das Risiko einer Infektion mit dem Coronavirus in Senioren- und Pflegeheimen, die bereits infizierte Personen haben, sowie in Haftanstalten mit ihren überfüllten Lebensbedingungen, unterbesetzten medizinischen Teams und der schlechten Gesundheit vieler Inhaftierter besonders hoch.³⁵ Letzteres kritisiert auch die Gefangenen-Gewerkschaft/Bundesweite Organisation (GG/BO).³⁶

Kritisiert wurde außerdem, dass in Deutschland jedes fünfte Kind von Armut bedroht sei und Familien mit niedrigem Einkommen in der Coronakrise extreme Schwierigkeiten bewältigen müsse. Denn Kitas, Schulen und Jugendzentren boten kostenloses Essen an, bevor sie wegen der Pandemie schließen mussten, sodass es für Kinder und Jugendliche keine kostenlose Mahlzeit mehr gebe. Darüber hinaus haben über 400 Tafel-Zentren, die kostenlose Lebensmittel verteilen, ihre Dienste aufgrund der Vorsichtsmaßnahmen für das Coronavirus eingestellt. Diese Entwicklungen sind für Familien mit niedrigem Einkommen, die bereits unter der Krise leiden, sehr herausfordernd, weil die Eltern außerdem befürchten müssten, ihren Arbeitsplatz zu verlieren.³⁷ Erschwerend käme hinzu, dass Kinder benachteiligter Familien oft in überfüllten Wohnungen lebten und sich trotz der Schulschließungen nicht auf die geforderten Hausaufgaben konzentrieren könnten. Viele Familien haben zu Hause außerdem keinen Zugang zu Computern oder zum Internet, und die Richtlinie „Bringen Sie Ihre eigenen Geräte mit“ diskriminiere Familien der sozial Schwachen.³⁸ Ergänzend zu dieser Kritik kann angeführt werden, dass keine problemlösende

29 FRA 2020b.

30 FRA 2020b, S. 8.

31 bff 2020.

32 ZIF 2020.

33 BKSF 2020.

34 fhk 2020.

35 FRA 2020b, S. 9.

36 GG/BO 2020.

37 Vgl. auch Pauli 2020; Kasten 2020.

38 FRA 2020b, S. 11.

Hilfe die geplante Bundesbeihilfe von 150 Euro für Computer an arme Familien ist, weil mit diesem Betrag bei weitem die Kosten nicht gedeckt werden können.³⁹

Der Ausbruch des Coronavirus⁴⁰ stellt eine existenzielle Bedrohung für wohnungslose Menschen dar, die auf der Straße, in Notunterkünften oder in sonstiger Weise prekär leben. Sie sind stärker gesundheitlichen Problemen ausgesetzt, da sie mehr als andere an nicht behandelten Krankheiten leiden. Viele Wohnungslose gehören daher der Gruppe an, die ein höheres Risiko für eine schwere Erkrankung aufgrund einer Coronavirus-Infektion hat. Jedoch können sie ihre sozialen Kontakte nicht einschränken oder Schutz in ihrem eigenen Zuhause finden. Durch die Pandemie bricht das in Deutschland bestehende Netz an medizinischen und hygienischen (Duscheinrichtungen) Dienstleistungen, an Unterstützungen und Beratungen sowie die Versorgung mit Lebensmitteln und Kleidung zusammen, da aufgrund von Vorsichtsmaßnahmen, die gesetzlich vorgeschrieben werden, Notunterkünfte und Tagesstätten schließen müssen oder weil viele freiwillige Helfer älter und selbst gefährdet sind, sodass sie sich selbst isolieren müssen. Die Behörden haben dennoch keine koordinierten Pläne zur Bewältigung des Notfalls, insbesondere wenn sich eine wohnungslose Person infiziert hat.⁴⁰

Der Covid-19-Ausbruch hat darüber hinaus dazu geführt, dass rassistische und fremdenfeindliche Übergriffe gegen Chinesen (Sinophobie) und andere Menschen zunehmen, die als Personen mit asiatischer Herkunft wahrgenommen werden, wie z. B. Menschen aus Korea, Vietnam oder Japan. Weil sie angeblich den Coronavirus ins Land gebracht hätten, werden sie nicht nur Beschimpfungen und Beleidigungen auf Straßen, in Supermärkten und Geschäften oder in öffentlichen Verkehrsmitteln ausgesetzt, sondern teilweise auch körperlicher Gewalt.⁴¹ Beschwerden von Chinesen, die bei der Antidiskriminierungsstelle des Bundes aufgrund der Corona-Pandemie eingegangen sind, betreffen Fälle von Diskriminierungen beim Zugang zu Waren und Dienstleistungen: keine Wohnungsvermittlung, keinen Lebensmittelverkauf, keine Arztbehandlung.⁴²

Die Europäische Grundrechteagentur kritisierte auch, dass einige Medien möglicherweise zu fremdenfeindlichen Einstellungen der Bevölkerung durch ihre Art der Darstellung des Ursprungs und der Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 beigetragen haben und nennt beispielhaft die Wochenzeitung DER SPIEGEL mit dem Titel in gelben Buchstaben „Made in China“⁴³ auf seiner Titelseite: Zu sehen ist ein Chinese im roten Schutzanzug mit Schutzmaske vor dem Gesicht und Smartphone in der Hand.⁴⁴

Kritik an den grundrechtseingreifenden Maßnahmen kam auch von deutscher Seite: Als einer der ersten meldete sich der ehemalige Präsident des BVerfG, Hans-Jürgen Pa-

39 *Wiechern* 2020.

40 *FRA* 2020, S. 12. Vgl. auch *Trautwein* 2020; *Rosenke* 2020.

41 *FRA* 2020, S. 13.

42 Vgl. die dort aufgeführten Einzelfälle bei: *Antidiskriminierungsstelle des Bundes* 2020.

43 *DER SPIEGEL* 6/2020 vom 1.2.2020.

44 *FRA* 2020, S. 14. Vgl. dazu auch *Priebe* 2020; *Jansen* 2020.

pier, zu Wort und wenig später gab auch der Bundestagsabgeordnete und Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion Ralph Brinkhaus ein Interview.

4. Kritik des ehemaligen Präsidenten des BVerfG, Hans-Jürgen Papier, und des Fraktionsvorsitzenden Ralph Brinkhaus zur Wirksamkeit der Kontrollen der wegen der Corona-Pandemie eingerichteten Freiheitsbeschränkungen

4.1 Kritik des ehemaligen Präsidenten des BVerfG Hans-Jürgen Papier

Der Professor für Staatsrecht und ehemalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) sieht in den Maßnahmen der Bundes- und Landesregierungen eine deutliche Gefahr einer „Erosion des Rechtsstaats“, die auch unsere liberale Demokratie zum Kippen bringen könnte, wenn sich die extremen Eingriffe in die Grundrechte mit flächendeckender Beschränkung der Freiheitsrechte aller aufgrund der Corona-Pandemie noch länger hinziehen würden und dadurch schwere Schäden für die Grundrechte befürchten ließen. Die politischen Kräfte, die Regierungen in Bund, Ländern und Gemeinden sowie die gesamte Verwaltung müsse immer wieder prüfen, ob Maßnahmen aufgehoben werden könnten oder zumindest weniger einschneidende Maßnahmen möglich seien. Denn Restriktionen über einen längeren Zeitraum könnten zum Ende des liberalen Rechtsstaats führen.

Im Einzelnen kritisierte Papier, dass diskutiert wurde, auf überfüllten Intensivstationen jüngere und gesündere Patienten zu bevorzugen (sog. *Triage*) und monierte die Empfehlungen von sich äußernden Medizinern, abzustufen, wer vorrangig behandelt werden sollte, falls ein Mangel an Intensivbetten entstehe. Denn man dürfe nicht die Menschenwürde und den Grundsatz der Gleichheit des Menschenwürdeschutzes in Frage stellen, zumal nach der Rechtsprechung des BVerfG jedes Leben gleichrangig und gleich wertvoll sei.⁴⁵ Eine Abwägung von Leben gegen Leben hatte das BVerfG entsprechend für verfassungswidrig erklärt.⁴⁶

Papier forderte außerdem eine Reform des Infektionsschutzgesetzes, das eine Grundlage für einen Rechtsanspruch auf Entschädigung bieten müsse, die Unternehmen aufgrund der derzeitigen staatlichen Eingriffe tragen müssten und dadurch schwerwiegende wirtschaftliche Folgen eintreten.⁴⁷

4.2 Kritik des Bundestagsabgeordneten Ralph Brinkhaus

Der Vorsitzende der CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag, Ralph Brinkhaus, beklagt, dass wichtige Entscheidungen nicht nur zwischen Kanzlerin und Ministerpräsidenten

⁴⁵ F.A.Z. 2020a.

⁴⁶ Zuletzt besonders deutlich in BVerfGE 115, 118 – Luftsicherheitsgesetz.

⁴⁷ F.A.Z. 2020a.

ten getroffen werden dürften, sondern in den Bundestag gehörten.⁴⁸ Auch wenn Krisen immer Zeiten der Exekutive seien, müsste darauf geachtet werden, dass die Balance gewahrt bleibt. Im Moment seien ständig nur Minister, Ministerpräsidenten, Experten und die Kanzlerin zu sehen. Das überlagere das parlamentarische Verfahren, sei aber nicht gut für die Demokratie. Die Bundesregierung dürfe den Bundestag nicht auf Dauer als reines Instrumentarium für eigene Zwecke nutzen und davon ausgehen, dass ihre Vorlagen „schnell durchs Parlament“ gebracht werden könnten. Vielmehr würden die Abgeordneten seiner Fraktion alle Vorlagen der Regierung sehr genau ansehen.⁴⁹ Der Deutsche Bundestag müsse Ort der Debatte auch in Krisenzeiten bleiben und auch das Recht haben, Dinge anzuzweifeln!

Die „Öffnungsdiskussionsorgien“, die Angela Merkel beklagt und ablehnt, könne Brinkhaus zwar nachvollziehen, weil die große Sorge bestünde, dass das Nachlassen der Neuinfektionen eine Scheinsicherheit hat entstehen lassen. Mit zu weitgehenden Lockerungen würde ein unkontrollierter Wiederanstieg der Infiziertenzahlen aber riskiert mit der Gefahr, in ein paar Wochen das öffentliche Leben wieder komplett runterfahren zu müssen und dadurch erhebliche Freiheitsbeschränkungen zu veranlassen. Brinkhaus erwarte daher, dass die weitreichenden Beschränkungen für Menschen und Unternehmen sowie die Lockerungen dieser Beschränkungen im Bundestag beraten werden. Nur so spiele auch die Opposition, die wieder sichtbar werden müsse, die ihr zustehende Rolle. Um den bestmöglichen Weg zu ringen, davon lebe das politische System.⁵⁰

4.3 Zwischenergebnis zur Kontrolle der Freiheitsbeschränkungen

Der Fraktionsvorsitzende Ralph Brinkhaus bestätigt, dass in der Corona-Krise die Bundes- und Landesregierungen mit ihren im Wochenrhythmus neu verabschiedeten Verordnungen als Ersatzgesetzgeber auftreten. Sie werden aber nicht mehr durch eine parlamentarische Instanz kontrolliert. „Alles Wichtige wird im Kabinett oder zwischen der Kanzlerin und den Ministerpräsidenten entschieden. Die Ministerpräsidentenkonferenz steht [aber] [...] nicht im Grundgesetz als politische Institution.“⁵¹ Sie ist jedoch derzeit die einzige Ersatz-Kontrollinstanz. In der derzeitigen Debatte der „Lockerungen“ löst sich jedoch das „gemeinsame Vorgehen“ immer weiter auf.⁵² Der Deutsche Bundestag und die Parlamente der Bundesländer nehmen in der Corona-Krise nicht mehr die wichtige Rolle der Kontrollfunktion gegenüber der Exekutive wahr. Diese Kontrolle bleibt in der Corona-Krise allein den Gerichten vorbehalten.

48 Gathmann/Medick 2020.

49 Gathmann/Medick 2020.

50 Ebd.

51 Gathmann/Medick 2020.

52 Vgl. F.A.Z. 2020b.

5. Die Kontrollfunktion der Verwaltungsgerichte und des BVerfG in der Corona-Krise

Einzelne Maßnahmen, die in den verschiedenen Rechtsverordnungen der Länder zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus‘ SARS-CoV-2 verabschiedet wurden, greifen tief in die Freiheitsrechte der Menschen ein und werfen Fragen nach der Verhältnismäßigkeit der Mittel auf. Zu diesen Eindämmungsmaßnahmen gehört etwa das ausnahmslose Verbot der Teilnahme an religiösen Veranstaltungen in Kirchen, Moscheen, Synagogen und in sonstigen Einrichtungen der Glaubens- und Weltanschauungsgemeinschaften nach § 1 Abs. 1 SARS-CoV-2-EindmaßnV Berlin bzw. nach § 7 Abs. 2 SARS-CoV-2-BekämpfungVO Schleswig-Holstein. Die Bestimmungen in den VO stellen einen Eingriff in die Glaubensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG dar. Auch ist nicht nachvollziehbar, dass im Einzelhandel Bau- und Gartenbaumärkte unabhängig von ihrer Größe geöffnet werden dürfen (§ 3a Abs. 2 SARS-CoV-2-EindmaßnV Berlin bzw. § 6 Abs. 1 SARS-CoV-2-BekämpfungVO Schleswig-Holstein), dagegen andere Einzelhändler, deren Verkaufsladen größer als 800 m² ist, geschlossen bleiben müssen. Gegen diese Bestimmungen in den Rechtsverordnungen wurde von Anfang an Verfassungsbeschwerde beim BVerfG eingereicht, die jedoch ohne Erfolg blieben.⁵³

5.1 Entscheidungen des BVerfG zu den ersten Verfassungsbeschwerden im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie

Die Richter begründeten ihre Ablehnung der Verfassungsbeschwerde damit, dass diese den Anforderungen des Subsidiaritätsgrundsatzes nicht gerecht werde.⁵⁴ Denn vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde müssten alle zur Verfügung stehenden und zumutbaren prozessualen Möglichkeiten ergriffen werden, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern. Das gelte auch dann, wenn zweifelhaft ist, ob ein entsprechender Rechtsbehelf statthaft ist und im konkreten Fall in zulässiger Weise eingelegt werden kann. Der Beschwerdeführer wurde aufgefordert, verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz nachzusuchen.⁵⁵ Dass Verfassungsbeschwerden und einstweilige Anordnungen den Anforderungen des Subsidiaritätsgrundsatzes nicht genügten, hatte das BVerfG bereits in mehreren anderen Entscheidungen mit Bezügen zur COVID-19-Pandemie getroffen. So lehnte das Gericht einstweilige Anordnungen betreffend die Aufhebung mehrerer Hauptverhandlungstermi-

53 Einstimmiger Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats des BVerfG vom 31. März 2020 - 1 BvR 712/20 -, https://www.bundesverfassungsgericht.de/er/20200331_1bvr071220.html (letzter Abruf 11.3.2021).

54 Kammerbeschluss vom 31. März 2020 (1 BvR 712/20), a. a. O. (Fn. 53), Rn. 11.

55 Kammerbeschluss vom 31. März 2020 (1 BvR 712/20), a. a. O. (Fn. 53), Rn. 12, 13.

ne wegen der behaupteten Gefahr einer Corona-Infektion ab⁵⁶, wies einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen ein infektionsschutzrechtliches Versammlungsverbot als unzulässig zurück, weil die Beschwerdeführer die Möglichkeit fachgerichtlichen Eilrechtsschutzes nicht in Anspruch genommen hatten bzw. weil ein Rechtsschutzbedürfnis fehle.⁵⁷ Auch wurde eine Verfassungsbeschwerde gegen die Berliner Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus nicht zur Entscheidung angenommen, da diese den Anforderungen des Subsidiaritätsgrundsatzes nicht genüge.⁵⁸ Außerdem wurde eine Verfassungsbeschwerde gegen die Begrenzung der Kündigungsmöglichkeiten durch Vermieter im Rahmen der Neuregelungen zur COVID-19-Pandemie nicht zur Entscheidung angenommen, weil sie den gesetzlichen Begründungsanforderungen ebenfalls nicht genüge.⁵⁹

Über den Eingriff in die Glaubensfreiheit entschieden die Verfassungsrichter ebenso wenig: Der Antrag einer einstweiligen Anordnung, die Untersagung von Zusammenkünften in Kirchen, Moscheen, Synagogen und solchen anderer Glaubensgemeinschaften nach § 1 Abs. 5 der Hessischen Corona-Verordnung vom 20. März 2020 bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache außer Vollzug zu setzen, lehnten sie ab.⁶⁰ Sie begründeten ihre Entscheidung damit, dass zwar die noch zu erhebende Verfassungsbeschwerde, soweit hinsichtlich des in § 1 Abs. 5 der Corona-Verordnung verankerten Verbots von Zusammenkünften in Kirchen der Antragsteller selbst betroffen ist, zumindest nicht von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet wäre, da auch hier „der Staat von Verfassungs wegen nicht gehindert...“ war. Im Einzelfall bedürfte dies aber einer eingehenderen Prüfung, was im Rahmen eines Eilverfahrens nicht möglich sei.⁶¹ Gegenüber den Gefahren für Leib und Leben, die von der COVID-19-Pandemie ausgehe und vor denen zu schützen der Staat nach dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG auch verpflichtet ist⁶², muss das grundrechtlich geschützte Recht auf die gemeinsame Feier von Gottesdiensten derzeit zurücktreten, entschied das BVerfG in etatistischer Tradition und zurückgreifend auf ihre „Schutzpflichtenlehre“⁶³ von 1975.⁶⁴

Auch in einem weiteren Eilverfahren, bei dem der Beschwerdeführer die Anforderungen des Subsidiaritätsgrundsatzes beachtet hatte, sodass sein Antrag auf Erlass einer einst-

56 BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 19. März 2020 - 2 BvR 474/20, vom 23. März 2020 - 2 BvR 483/20 und vom 1. April 2020 - 2 BvR 571/20.

57 BVerfG, Beschlüsse der 1. Kammer des Ersten Senats vom 20. März 2020 - 1 BvR 661/20 und vom 1. April 2020 - 1 BvR 742/20.

58 Kammerbeschluss vom 31. März 2020 (1 BvR 712/20), a. a. O. (Fn. 53).

59 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 1. April 2020 - 1 BvR 714/20.

60 Einstimmiger Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG vom 10. April 2020 - 1 BvQ 28/20 - https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200410_1bvq002820.html (letzter Abruf 11.3.2021).

61 Kammerbeschluss vom 10. April 2020 (1 BvQ 28/20), a. a. O. (Fn. 60), Rn. 9.

62 Vgl. schon BVerfGE 77, 170 (214); E 85, 191 (212); E 115, 25 (44 f.).

63 Urteil des Ersten Senats vom 25. Februar 1975, BVerfGE 39, 1-68 – Schwangerschaftsabbruch I.

64 Kammerbeschluss vom 10. April 2020 (1 BvQ 28/20), a. a. O. (Fn. 60), Rn. 14.

weiligen Anordnung als zulässig erachtet wurde, lehnten die Richter diesen jedoch wegen Unbegründetheit ab.⁶⁵ Die Verfassungsbeschwerde richtete sich gegen die Bayerische Verordnung über Infektionsschutzmaßnahmen anlässlich der COVID-19-Pandemie⁶⁶, die Bayerische Verordnung über eine vorläufige Ausgangsbeschränkung anlässlich der COVID-19-Pandemie⁶⁷, die Allgemeinverfügung des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege⁶⁸ sowie die Allgemeinverfügung des Bayerischen Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege und des Bayerischen Staatsministeriums für Familie, Arbeit und Soziales.⁶⁹

Die Verfassungsrichter trafen auch in diesem Fall eine Folgenabwägung: Auf der einen Seite anerkannten sie, dass die angegriffenen Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie die grundrechtlich geschützten Freiheiten weitgehend verkürzen und die Grundrechte der Menschen, die sich in Bayern aufhalten, erheblich beschränken.

„Sie geben vor, den unmittelbaren körperlichen Kontakt und weithin auch die reale Begegnung zu beschränken oder ganz zu unterlassen, sie untersagen Einrichtungen, an denen sich Menschen treffen, den Betrieb und sie verbieten es, die eigene Wohnung ohne bestimmte Gründe zu verlassen.“⁷⁰

Auf der anderen Seite würden sich, wenn der Antrag auf Außervollzugsetzung Erfolg hätte, voraussichtlich sehr viele Menschen so verhalten, wie es mit den angegriffenen Regelungen unterbunden werden soll.

„So dürften dann insbesondere Einrichtungen, deren wirtschaftliche Existenz durch die Schließungen beeinträchtigt wird, wieder öffnen, viele Menschen ihre Wohnung häufiger verlassen und auch der unmittelbare Kontakt zwischen Menschen häufiger stattfinden. Damit würde sich die Gefahr der Ansteckung mit dem Virus, der Erkrankung vieler Personen, der Überlastung der gesundheitlichen Einrichtungen bei der Behandlung schwerwiegender Fälle und schlimmstenfalls des Todes von Menschen“⁷¹ nach derzeitigen Erkenntnissen erheblich erhöhen. „Gegenüber den Gefahren für Leib und Leben wiegen die Einschränkungen der persönlichen Freiheit weniger schwer.“⁷²

Diese staatstragenden Entscheidungen des BVerfG wurden seitens der Verwaltungsgerichte dagegen nicht geteilt.

65 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 7. April 2020 - 1 BvR 755/20 -, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200407_1bvr075520.html (letzter Abruf 11.3.2021).

66 Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (BayIfSMV) vom 27. März 2020 (BayMBI 2020 Nr. 158).

67 Vom 24. März 2020, (BayMBI 2020 Nr. 130).

68 Vom 20. März 2020 - Z6a-G8000-2020/122-98 -.

69 Vom 16. März 2020 - 51-G8000-2020/122-67 -, geändert durch Allgemeinverfügung vom 17. März 2020 - Z6a-G8000-2020/122-83 -.

70 Kammerbeschluss vom 7. April 2020 (1 BvR 755/20), a. a. O. (Fn. 65), Rn. 9.

71 Kammerbeschluss vom 7. April 2020 (1 BvR 755/20), a. a. O. (Fn. 65), Rn. 10.

72 Kammerbeschluss vom 7. April 2020 (1 BvR 755/20), a. a. O. (Fn. 65), Rn. 11.

5.2 Entscheidungen von Verwaltungsgerichten zu einzelnen Maßnahmen

Die Verwaltungsgerichte waren nämlich die ersten, die einzelne Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie beurteilten und teilweise für unverhältnismäßig ansahen: Das Verwaltungsgericht Hamburg sah zwar die Schließung von Gaststätten als verhältnismäßig an und lehnte Anträge von Gaststättenbetreibern ab, nicht verpflichtet zu sein, der in § 13 Abs. 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO⁷³ geregelten Untersagung des Betriebes von Gaststätten, Speiselokalen, Kantinen und anderen gastronomischen Betrieben Folge leisten zu müssen.⁷⁴

Anders und aus Sicht des Gerichts unverhältnismäßig war für das Verwaltungsgericht Hamburg jedoch das komplette Versammlungsverbot, das nicht nur von der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO bestimmt wurde.⁷⁵ Es entschied in einem Kammerbeschluss, dass die für den 16. April 2020, 18:00 Uhr, geplante Versammlung „Abstand statt Notstand – Verwaltungsrechtler*innen gegen die faktische Aussetzung der Versammlungsfreiheit“ auf dem Hamburger Rathausmarkt ermöglicht werden muss.⁷⁶ Zwar werde die Versammlungsfreiheit nicht vorbehaltlos gewährleistet und könnten Versammlungen unter freiem Himmel gemäß Art. 8 Abs. 2 GG durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden. Die Richter hatten jedoch schon erhebliche Zweifel daran, ob mit den Regelungen der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO eine hinreichende gesetzliche Grundlage für ein grundsätzliches Versammlungsverbot mit Ausnahmeverbehalt bestehe. Zudem seien Eingriffe in die Versammlungsfreiheit einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen, der die § 2 Abs. 1 Satz 1, § 3 Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO – selbst unter Berücksichtigung der in der infolge der COVID-19-Pandemie bestehenden Risiken für die Gesundheit – mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht standhalten dürften.⁷⁷

„Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Ausprägung der Angemessenheit verlangt jedoch, dass nicht in unzumutbarer Weise in die grundrechtlich garantierte Freiheit eingegriffen wird. Die Schwere des Grundrechtseingriffs darf mit anderen Worten nicht außer Verhältnis zu den verfolgten Zwecken stehen. Diesen Anforderungen dürften §§ 2 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO nicht gerecht werden.“⁷⁸

73 Verordnung zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 in der Freien und Hansestadt Hamburg vom 2. April 2020 in der Fassung vom 17. April 2020 (HmbGVBl., S. 217 ff. – HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO).

74 Beschlüsse der 13. Kammer des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 22. April 2020 - 13 E 1707/20 sowie der 11. Kammer des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 21. April 2020 - 11 E 1705/20.

75 Vgl. z. B. § 1 Abs. 1 SARS-CoV-2-EindmaßnV Berlin; § 3 Abs. 1 SARS-CoV-2-BekämpfVO Schleswig-Holstein, jeweils von April 2020.

76 Beschluss der 17. Kammer des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 16. April 2020 - 17 E 1648/20, <https://justiz.hamburg.de/contentblob/13858150/5dcce7cac604b552dd5ffa03163fe49/data/17-e-1648-20-beschluss-vom-16-04-2020.pdf> (letzter Abruf 13.4.2021).

77 Kammerbeschluss VG Hamburg vom 16. April 2020 - 17 E 1648/20, a. a. O. (Fn. 76), S. 5.

78 Kammerbeschluss VG Hamburg vom 16. April 2020 - 17 E 1648/20, a. a. O. (Fn. 76), S. 7.

Ebenfalls Mitte April traf dann das BVerfG in Kammerbeschlüssen Entscheidungen zu einzelnen Maßnahmen.

5.3 Kammerbeschlüsse des BVerfG zu einzelnen Maßnahmen

Die 1. Kammer des Ersten Senats des BVerfG mit Vizepräsident Harbarth, Richterin Britz und Richter Radtke hatte in einem ähnlichen Verfahren zur Versammlungsfreiheit nach Art. 8 Abs. 1 GG bezüglich einer an mehreren Tagen in der hessischen Stadt Gießen geplanten und entsprechend angemeldeten Demonstrationsreihe zum Thema „Gesundheit stärken statt Grundrechte schwächen – Schutz vor Viren, nicht vor Menschen“ zu entscheiden.⁷⁹ In ihrem Beschluss der Verfassungsbeschwerde am 15. April 2020 stellten sie die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen die Verfügung der Stadt Gießen⁸⁰ wieder her und gaben der Stadt Gießen Gelegenheit, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Kammer nach pflichtgemäßem Ermessen erneut darüber zu entscheiden, ob die Durchführung der vorgenannten Versammlungen gemäß § 15 Abs. 1 VersG von bestimmten Auflagen abhängig gemacht werden kann oder verboten wird.⁸¹ Die Kammer begründete ihre Entscheidung zum einen damit, dass die Stadt Gießen irrig davon ausgegangen sei, dass der Verordnungsgeber zu § 1 Abs. 1 der Verordnung der Hessischen Landesregierung zur Bekämpfung des Corona-Virus vom 14. März 2020 in der Fassung der Verordnung vom 30. März 2020 bewusst öffentliche Versammlungen nach dem Versammlungsgesetz habe unterbinden wollen und dadurch der Bedeutung und Tragweite des Grundrechts aus Art. 8 Abs. 1 GG von vornherein nicht angemessen Rechnung tragen konnte.⁸² Zum anderen monierten die Richter, dass das verhängte Versammlungsverbot den verfassungsrechtlichen Maßgaben des Art. 8 Abs. 1 GG nicht gerecht würde, weil die konkreten Umstände des Einzelfalls nicht berücksichtigt wurden, sondern überwiegend Bedenken geltend gemacht wurden, die jeder Versammlung entgegengehalten werden müssten.⁸³

Vorläufig außer Vollzug setzte die 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG durch die Richter Masing, Paulus und Christ das Verbot von Zusammenkünften in Kirchen, Moscheen und Synagogen sowie das Verbot von Zusammenkünften anderer Glaubensgemeinschaften zur gemeinsamen Religionsausübung in § 1 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 der Niedersächsischen Verordnung zum Schutz vor Neuinfektionen mit dem Corona-Virus vom

79 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 15. April 2020 - 1 BvR 828/20 -, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200415_1bvr082820.html (letzter Abruf 13.4.2021).

80 Vom 8. April 2020 - 32 21 00/Ha/Dr.

81 Kammerbeschluss vom 15. April 2020 - 1 BvR 828/20, a. a. O. (Fn. 79).

82 Kammerbeschluss vom 15. April 2020 - 1 BvR 828/20, a. a. O. (Fn. 79), Rn. 13.

83 Kammerbeschluss vom 15. April 2020 - 1 BvR 828/20, a. a. O. (Fn. 79), Rn. 14.

17. April 2020 in der Fassung der Änderungsverordnung vom 24. April 2020.⁸⁴ Die Richter begründeten ihren Beschluss⁸⁵ damit, dass dem OVG, das ausnahmslose Verbot sei nicht zu beanstanden, nicht gefolgt werden könne. Denn nach derzeitigem Stand der Erkenntnis und der Strategien zur Bekämpfung der epidemiologischen Gefahrenlage sei ein generelles Verbot von Gottesdiensten in Kirchen, Moscheen und Synagogen ohne die Möglichkeit, im Einzelfall und gegebenenfalls in Abstimmung mit dem Gesundheitsamt Ausnahmen unter situationsgerechten Auflagen und Beschränkungen zulassen zu können, voraussichtlich nicht mit Art. 4 GG vereinbar.⁸⁶ Nachdem die Gottesdienste im Mai sukzessive und unter strengen hygienischen Auflagen wieder für Mitfeiernde, die sich mit ihren persönlichen Daten anmelden müssen, im Dom geöffnet sind⁸⁷, hat sich dieser durch gerichtliche Entscheidungen entstandene „Wirrwar“, ob die bis dahin tiefen Eingriffe in die Glaubensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG verhältnismäßig und damit verfassungsgemäß waren, aufgelöst.

Das lässt aber für andere Maßnahmen (noch) nicht feststellen, etwa für das Verbot, Einzelhandelsgeschäfte mit einer Verkaufsflächen mit mehr als 800 m² zu öffnen, sodass in die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG und Eigentumsfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG der Ladeninhaberinnen und -inhaber schwerwiegend eingegriffen wird. Neben Gerichtsentscheidungen wirken dabei auch Neufassungen von Verordnungen durch die Landesregierungen an dem Durcheinander mit.

5.4 Uneinheitlichkeit bei den Gerichtsentscheidungen und den Verordnungen der Landesregierungen bei dem Verbot, Einzelhandelsgeschäfte mit einer Verkaufsfläche mit mehr als 800 m² zu öffnen

In den Medien wurde am 22. April 2020 bekannt, dass das VG Hamburg in einem Kammerbeschluss⁸⁸ entschieden habe, dass die Schließung von Läden mit mehr als 800 m² Verkaufsfläche ungeeignet sei, um vor der COVID-19-Ansteckung zu schützen und erklärte die Begrenzung der Verkaufsfläche von Einzelhandelsgeschäften auf 800 m² für verfassungswidrig.⁸⁹ Weil von der Flächenbegrenzung neben Lebensmittelläden ausdrücklich auch Buchhandlungen, Einrichtungshäuser, Babyfachmärkte und Verkaufsstellen des Kfz- und des Fahrradhandels in NRW ausgenommen waren, stellte der Warenhauskonzern

84 Vgl. entsprechend § 1 Abs. 1 i. V. m. § 14 Abs. 3 lit. (p) SARS-CoV-2-EindmaßnV Berlin, § 7 Abs. 2 SARS-CoV-2-BekämpfVO Schleswig-Holstein.

85 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. April 2020 - 1 BvQ 44/20 -, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200429_1bvq004420.html (letzter Abruf 12.3.2021).

86 Kammerbeschluss vom 29. April 2020 - 1 BvQ 44/20, a. a. O. (Fn. 85), Rn. 9. Vgl. den Kammerbeschluss vom 10. April 2020 - 1 BvQ 28/20, a. a. O. (Fn. 60).

87 *Metropolitankapitel der Hohen Domkirche Köln* 2021.

88 Beschluss der 3. Kammer des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 22. April 2020 - 3 E 1675/20.

89 *Lorenz* 2020; *May* 2020.

Galeria Karstadt Kaufhof vor Gericht einen Eilantrag, die Begrenzung von Verkaufsflächen auf 800 m² zu kippen. Das lehnte das OVG Münster am 30. April 2020 mit der Begründung ab, dass es voraussichtlich nicht zu beanstanden sei, dass das Land durch die Beschränkung der Verkaufsfläche Kundenströme steuern und damit neue Infektionsketten reduziere wolle.⁹⁰ Das Berliner VG entschied am 30. April 2020 dagegen, dass die Filialen des Warenhauskonzerns Galeria Karstadt Kaufhof wieder auf ganzer Fläche öffnen dürfen, ebenso das Hauptstadt-Kaufhaus KaDeWe, welches eine Verkaufsfläche von rund 60.000 m² hat.⁹¹ In Bayern erlaubte die Landesregierung auch größeren Geschäften die Öffnung mit Begrenzung der Verkaufsfläche auf 800 m² nach einer Beanstandung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs.⁹² In Mecklenburg-Vorpommern entschied die Landesregierung durch die Vierte Verordnung der Landesregierung zur Änderung der Corona-Schutz-VO MV⁹³ vom 30. April 2020⁹⁴, die Flächenbeschränkung für Warenhäuser, Technikmärkte und andere große Geschäfte ganz aufzuheben. Seit dem 2. Mai 2020 dürfen alle Geschäfte wieder ihre gesamte Verkaufsfläche nutzen. Dies gelte für die Bereiche im Einzelhandel, die sicherstellen können, dass die entsprechenden Abstands- und Hygieneregeln für die Kunden eingehalten werden.

Dagegen hatte das BVerfG einen Tag zuvor am 29. April 2020 einen ersten Eilantrag gegen die Begrenzung der Verkaufsfläche im Einzelhandel wegen der COVID-19-Pandemie abgelehnt mit der Begründung, dass angesichts der Gefahren für Leib und Leben die wirtschaftlichen Interessen großer Ladengeschäfte, Einkaufszentren und Kaufhäuser derzeit zurücktreten müssten.⁹⁵

Das BVerfG geht – ohne abschließend eigene Beurteilung – in seiner Entscheidung *etatistisch* von der Annahme der Landesregierungen aus, dass die Beschränkung der für den Publikumsverkehr geöffneten Verkaufsfläche das angestrebte Ziel erreicht werde, die Infektionsraten durch das Coronavirus gering zu halten, weil größere Verkaufsräume mehr Menschen in die Stadt locken würden.⁹⁶ Eine abenteuerliche Begründung, für die jeder Beleg fehlt. Die erhebliche Zurückhaltung der Menschen bei ihrem Kaufverhalten zeigt auch etwas anderes.⁹⁷ Nach vielen Corona bedingten Todesfällen, die mehrfach täglich verbreitet wurden und werden, wurde nämlich die Angst vor Ansteckung immer größer.

90 Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Münster vom 30. April 2020 - 13 B 558/20.NE.

91 *Berlin.de/dpa* 2020.

92 Vgl. *tagesschau.de* 2020. Vgl. auch *Lehmann* 2020.

93 § 2 Abs. 2 der Verordnung der Landesregierung zum Schutz gegen das neuartige Coronavirus in Mecklenburg-Vorpommern, die als Artikel 1 der Verordnung der Landesregierung MV gegen das neuartige Coronavirus vom 17. April 2020 (GVOBl. M-V S. 158) beschlossen und zuletzt durch Verordnung vom 29. April 2020 (GVOBl. M-V S. 204, 210) geändert worden ist.

94 GVOBl. M-V S. 214.

95 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. April 2020 - 1 BvQ 47/20 -, http://www.bverfg.de/e/qk20200429_1bvq004720.html (letzter Abruf 13.4.2021).

96 Kammerbeschluss vom 29. April 2020 - 1 BvQ 47/20, a. a. O. (Fn. 95), Rn. 16.

97 Vgl. *Reimann* 2020; *Gassmann* 2020.

6. Verfassungsgerichtliche Entscheidungen zu den ersten „Lockerungen“ von Freiheitsbeschränkungen nach Beschlüssen von Bund und Ländern

Angetrieben von massiver werdenden Protesten im Internet gegen die Freiheitsbeschränkungen⁹⁸ und durch Verwaltungsgerichtsentscheidungen, Kompletverbote von Demonstrationen aufzuheben⁹⁹, beschlossen am 15. April 2020 Bund und Länder, Lockerungen der „Corona-Maßnahmen“ in Aussicht zu stellen. Dagegen richteten sich mehrere Verfassungsbeschwerden. Zum einen sollte mit der Verfassungsbeschwerde erreicht werden, Lockerungen der „Corona-Maßnahmen“ abzuwehren. Zum anderen wurde versucht, weitergehende Lockerungen der Freiheitsbeschränkungen für Menschen unter 60 Jahren zu erreichen.

6.1 BVerfG-Beschluss zur Verfassungsbeschwerde gegen Lockerungen der „Corona-Maßnahmen“

Im Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 12. Mai 2020¹⁰⁰ trug der fast 65-jährige Beschwerdeführer vor, dass er nach der Definition des Robert-Koch-Instituts zur „Risikogruppe“ für eine Infektion mit dem Coronavirus gehöre und daher durch die von Bund und Ländern beschlossenen Lockerungen der „Corona-Maßnahmen“ eine Gefährdung darstellten, die sein Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verletzen. Daher seien Lockerungsmaßnahmen im Wege einstweiliger Anordnung auszusetzen und die Öffnung der Grundschulen einstweilen zu untersagen.¹⁰¹

Das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an (§ 93a Abs. 2 BVerfGG), weil sie unzulässig sei und begründete dies damit, dass der Beschwerdeführer keine konkreten und ihn selbst unmittelbar betreffenden Maßnahmen nenne, die mit einer Verfassungsbeschwerde zulässig angegriffen werden könnten.¹⁰² Ob der Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers überschritten wurde bei der Frage, was konkret zu tun ist, um Grundrechtsschutz zu gewährleisten, hinge – so das Gericht – von vielen Faktoren ab,

„im Besonderen von der Eigenart des Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der hier betroffenen Rechtsgüter.“¹⁰³

Diese Faktoren begrenzten die Entscheidungsbefugnis des BVerfG, sodass es die Verletzung einer *Schutzpflicht* nur feststellen kann,

98 *Stuttgarter Nachrichten* 2020; *CILIP-Redaktion* 2020, S. 63.

99 *Nordkurier* 2020.

100 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 12. Mai 2020 - 1 BvR 1027/20 -, http://www.bverfg.de/e/rk20200512_1bvr102720.html (letzter Abruf 13.4.2021).

101 Kammerbeschluss vom 12. Mai 2020 - 1 BvR 1027/20, a. a. O. (Fn. 100), Rn. 1.

102 Kammerbeschluss vom 12. Mai 2020 - 1 BvR 1027/20, a. a. O. (Fn. 100), Rn. 2 f.

103 Kammerbeschluss vom 12. Mai 2020 - 1 BvR 1027/20, a. a. O. (Fn. 100), Rn. 6.

„wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen sind, wenn die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben“¹⁰⁴,

was nicht ersichtlich sei. Die wissenschaftlichen Studien, auf die sich der Beschwerdeführer bezieht, erklärten selbst, dass ihre

„Einschätzungen auf Szenarien beruhen, die von zahlreichen Faktoren abhängig sind, welche wiederum nicht sicher prognostiziert werden können.“¹⁰⁵

Welche Lockerungsmaßnahmen welchen genauen Effekt auf das Infektionsgeschehen haben, sei fachwissenschaftlich eben nicht gesichert, sodass der Gesetzgeber auch aus Gründen des Lebens- und Gesundheitsschutzes nicht verpflichtet sei, den Studien zu folgen.¹⁰⁶

Auch in dieser Entscheidung wird in der Entscheidung des BVerfG das Prinzip der Staatsräson deutlich. Während auf der einen Seite die staatliche Behauptung, größere Läden zögen mehr Besucher an, nicht bezweifelt wird, wird bei offensichtlichen Ansteckungsgefahren, die in Kindergärten und Grundschulen durch die Nähe der Menschen zueinander in geschlossenen Räumen faktisch bestehen, staatstragend ein „Wolkenkuckucksheim“ errichtet, indem von „Einschätzungen“ gesprochen wird, die „auf Szenarien beruhen, die von zahlreichen Faktoren abhängig sind, welche wiederum nicht sicher prognostiziert werden können“. Es kommt dem Gericht offensichtlich darauf an, die Entscheidungen der Exekutive möglichst nicht anzutasten. Das zeigt auch der nachfolgende Fall.

6.2 BVerfG-Beschluss zur Verfassungsbeschwerde für weitergehende Lockerungen der „Corona-Maßnahmen“ für Menschen unter 60 Jahren

In einem Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 13. Mai 2020¹⁰⁷ trug der Beschwerdeführer vor, dass er durch die Regelungen der Zweiten, Dritten und Vierten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung in seinen Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 u. 2 Satz 1 sowie Art. 8 GG verletzt sei, weil die Maßnahmen, soweit sie sich gegen die Nicht-Risikogruppe der Bevölkerung richteten, unverhältnismäßig und willkürlich seien. Denn für die unter 60 Jahre alten Menschen sei die Gefährdung durch das Coronavirus nicht größer als durch die jährlich auftretenden Influenzaviren. So lange diese Personengruppen selbst die „Quarantänemaßnahmen“ einhielten, seien die ergriffenen Maß-

104 Kammerbeschluss vom 12. Mai 2020 - 1 BvR 1027/20, a. a. O. (Fn. 100), Rn. 7.

105 Kammerbeschluss vom 12. Mai 2020 - 1 BvR 1027/20, a. a. O. (Fn. 100), Rn. 7.

106 Kammerbeschluss vom 12. Mai 2020 - 1 BvR 1027/20, a. a. O. (Fn. 100), Rn. 7 f.

107 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 13. Mai 2020 - 1 BvR 1021/20 -, http://www.bverfge.de/rk20200513_1bvr102120.html (letzter Abruf 12.3.2021).

nahmen zum Schutz der Risikogruppen und des Krankenhaus- und Pflegepersonals nicht erforderlich.¹⁰⁸

Die Verfassungsbeschwerde nahm das BVerfG nicht zur Entscheidung an (§ 93a Abs. 2 BVerfGG), weil sie keine Aussicht auf Erfolg hat, zum Teil bereits unzulässig und im Übrigen jedenfalls unbegründet ist. Denn die Einschränkungen für den Einzelnen bezweckten gerade auch den Schutz Dritter. Durch die vom Beschwerdeführer bevorzugte „Strategie staatlich nicht regulierter ‚Immunisierung‘ der unter 60 Jahre alten Menschen“ bestünde in der Konsequenz ein deutlich höheres Infektionsrisiko für die stärker gefährdeten Menschen – was der Beschwerdeführer selbst darlege. Zum Schutz vor Infektionen diesen Risikogruppen gegenüber sei der Staat aber wegen seiner durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG begründeten *Schutzpflicht* grundsätzlich nicht nur berechtigt, sondern sogar verfassungsrechtlich verpflichtet.¹⁰⁹ Die Annahme, in einer freiheitlichen Ordnung dürfe der Staat nicht Freiheiten eines Bürgers einschränken, um Schaden von der Gesundheit oder dem Leben anderer Menschen abzuwenden, sei nach der grundgesetzlichen Freiheitsordnung nicht richtig. Der Schutz gesundheits- und lebensgefährdeter Menschen sei nicht nur durch Beschränkungen ihrer eigenen Freiheit zu bewerkstelligen, sondern auch durch Regelungen, „die auch den vermutlich gesünderen und weniger gefährdeten Menschen in gewissem Umfang Freiheitsbeschränkungen abverlangen“. Die Freiheits- und Schutzbedarfe der verschiedenen Grundrechtsträger wiesen hier zwar in unterschiedliche Richtung, die von Verfassungs wegen einen Spielraum für den Ausgleich dieser widerstreitenden Grundrechte eröffneten, gerade

„wegen der im fachwissenschaftlichen Diskurs auftretenden Ungewissheiten und der damit unsicheren Entscheidungsgrundlage“

bestünde aber auch ein tatsächlicher Einschätzungsspielraum der Exekutive.

„Dem bemüht sich der Ordnungsgeber hier dadurch Rechnung zu tragen, dass die Freiheitsbeschränkungen von vornherein befristet sind und durch wiederholte Änderungen der Verordnung stetig gelockert werden.“¹¹⁰

„Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer Freiheitsbeschränkung kann etwa gerade darin liegen, dass auf diese Weise Leben und Freiheit anderer Menschen geschützt werden. Nur wenn die verfassungsrechtliche Rechtfertigung versagt, ist der Grundrechtseingriff auch verfassungswidrig.“¹¹¹

Das BVerfG kommt einerseits der Forderung, Lockerungen der „Corona-Maßnahmen“ abzulehnen, nicht nach, weist aber andererseits ebenfalls Begehren ab, weitergehende Lockerungen der „Corona-Maßnahmen“ für Menschen unter 60 Jahren zu gewähren und die Grundrechtseingriffe allein gegen die stärker gefährdeten Menschen zuzulassen, die sich

108 Kammerbeschluss vom 13. Mai 2020 - 1 BvR 1021/20, a. a. O. (Fn. 107), Rn. 3.

109 Kammerbeschluss vom 13. Mai 2020 - 1 BvR 1021/20, a. a. O. (Fn. 107), Rn. 8.

110 Kammerbeschluss vom 13. Mai 2020 - 1 BvR 1021/20, a. a. O. (Fn. 107), Rn. 10.

111 Kammerbeschluss vom 13. Mai 2020 - 1 BvR 1021/20, a. a. O. (Fn. 107), Rn. 11.

dadurch über längere Zeit vollständig aus dem Leben in der Gemeinschaft ohne Mindestmaß an gesellschaftlicher Teilhabe und Freiheit zurückziehen müssten. Damit schließt sich das BVerfG den Entscheidungen der Exekutive an und bescheinigt in staatsrätsonistischer Manier letztlich den Gesetz- und Verordnungsgebern aus Bund und Ländern ein maßvolles Vorgehen bei der Bekämpfung der Corona-Pandemie.

7. Zusammenfassung

Der Deutsche Bundestag und die Länderparlamente fallen in der COVID-19-Pandemie als Kontrollinstanzen aus, obwohl die Regierungen umfassende Eingriffe in die Freiheitsrechte der Menschen in ihren Verordnungen festlegen. Aber auch die Kontrollfunktion der Verwaltungsgerichte und insbesondere des BVerfG funktioniert in der Coronakrise nicht. Sie sind in ihren Urteilen nicht rechtssicher einheitlich und sie lösen (oder eben nicht) nur Einzelprobleme. Ihre Entscheidungen zeigen, dass die subjektive Einschätzung der Richterinnen und Richter an den Verwaltungsgerichten und dem Verfassungsgericht eine erhebliche Rolle spielt. Insbesondere zeigten sich bisher die Richterinnen und Richter des BVerfG in etatistischer Tradition als äußerst zögerlich, die von den Regierungen des Bundes und der Länder getroffenen Maßnahmen einer rechtlichen Überprüfung zu unterziehen.

Literatur

- Antidiskriminierungsstelle des Bundes* (Hrsg.), 2020: Coronavirus: Gehäufte Anfragen wegen Diskriminierungen bei der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Pressemeldung vom 12.2., https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/20200212_Coronavirus.html (letzter Abruf 11.3.2021).
- Berlin.de/dpa* (Hrsg.), 2020: KaDeWe und Karstadt dürfen wieder auf ganzer Fläche öffnen, Meldung vom 30. April, <https://www.berlin.de/special/shopping/nachrichten/6158006-4346120-kadewe-und-karstadt-duerfen-wieder-auf-g.html> (letzter Abruf 12.3.2021).
- Bundeskoordination Spezialisierter Fachberatung* (BKSF, Hrsg.), 2020: Gewaltschutz in Krisenzeiten ist Gemeinschaftssache! Beratungsstellen und Frauenhäuser sichern auch weiterhin Hilfsangebote für Frauen und Kinder, Pressemeldung vom 1.4., <https://www.bundeskoordination.de/de/article/250-gewaltschutz-in-krisenzeiten-ist-gemeinschaftssache.html> (letzter Abruf 11.3.2021).
- Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe* (bff, Hrsg.), 2020: Beratungsstellen und Frauenhäuser sichern auch weiterhin Hilfsangebote für Frauen und Kinder, Gemeinsame Pressemeldung von bff, BKSF, FHK und ZIF: Gewaltschutz in Krisenzeiten ist Gemeinschaftssache! vom 2.4., <https://www.frauen-gegen-gewalt.de/de/pm/gemeinsame-pressemeldung-von-bff-bksf-fhk-und-zif-gewaltschutz-in-krisenzeiten-ist-gemeinschaftssache.html> (letzter Abruf 11.3.2021).
- CILIP-Redaktion* (Hrsg.), 2020: Tagebuch der Inneren Sicherheit, CILIP 122, Mai, S. 3-117.
- Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte* (EGMR, Hrsg.), 2020: Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights – Derogation in time of emergency, Updated on 31 December 2019, Straßburg, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_15_ENG.pdf (letzter Abruf 11.3.2021).

- European Union Agency for Fundamental Rights* (FRA, Hrsg.), 2020a: Bulletin #1: Coronavirus Pandemic in the EU – Fundamental Rights Implications, 1 February → 20 March 2020, Luxembourg April.
- European Union Agency for Fundamental Rights* (FRA, Hrsg.), 2020b: Coronavirus COVID-19 outbreak in the EU Fundamental Rights Implications in Germany, o. O., o. J. (Luxembourg April), https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/germany-report-covid-19-april-2020_en.pdf (letzter Abruf 11.3.2021).
- Frankfurter Allgemeine Zeitung* (F.A.Z.), 2020a: Früherer Verfassungsrichter: Papier warnt vor „Erosion des Rechtsstaats“, F.A.Z.net vom 2.4., <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/corona-ex-verfassungsrichter-papier-sorgt-sich-um-grundrechte-16708118.html> (letzter Abruf 11.3.2021).
- Frankfurter Allgemeine Zeitung* (F.A.Z.), 2020b: Streit über Corona-Maßnahmen: Bundesländer wollen Lockerung des Kontaktverbots durchsetzen, F.A.Z.net online vom 4.5., <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesundheits/coronavirus/corona-krise-bundeslaender-wollen-lockerung-des-kontaktverbots-16753068.html> (letzter Abruf 11.3.2021).
- Frauenhauskoordination e.V.* (fhk, Hrsg.), 2020: Gemeinsame Pressemeldung von bff, BKSf, FHK und ZIF: Gewaltschutz in Krisenzeiten ist Gemeinschaftssache! Pressemeldung vom 1.4., <https://www.frauenhauskoordination.de/aktuelles/detail/gemeinsame-pressemeldung-von-bff-bksf-fhk-und-zif-gewaltschutz-in-krisenzeiten-ist-gemeinschaftss> (letzter Abruf 11.3.2021).
- Gassmann, Michael*, 2020: Wie die Pandemie den deutschen Verbraucher für immer verändert, Welt online vom 29. April, <https://www.welt.de/wirtschaft/article207581085/Corona-veraendert-dauerhaft-Konsumverhalten-verhalten-des-deutschen-Verbraucher.html> (letzter Abruf 12.3.2021).
- Gathmann, Florian/Medick, Veit*, 2020: Unionsfraktionschef Brinkhaus warnt die Bundesregierung: „So geht das nicht“, Interview in Spiegel online vom 23.4., <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/corona-krise-ralph-brinkhaus-verwarnt-bundesregierung-so-geht-das-nicht-a-31f108ae-6ef3-4c25-8b04-3641ba05d002> (letzter Abruf 11.3.2021).
- Gefangenen-Gewerkschaft/Bundesweite Organisation* (GG/BO, Hrsg.), 2020: Mehrere Stationen in JVA Untermaßfeld abgeriegelt – GG/BO fordert Transparenz und Haftentlassung statt Einschluss und Besuchsverbot, Pressemeldung vom 18./19. März, <https://ggbo.de/ufeld-stationen-abgeriegelt> (letzter Abruf 11.3.2021).
- Jansen, Frank*, 2020: Wie Rechte das Coronavirus zur Hetze gegen Flüchtlinge benutzen, Zeit Online vom 9.3., https://blog.zeit.de/stoerungsmelder/2020/03/09/wie-rechte-das-coronavirus-zur-hetze-gegen-fluechtlinge-benutzen_29637 (letzter Abruf 11.3.2021).
- Kasten, Kirstin*, 2020: Kinderarmut in der Coronakrise: Familien unter Stress, Spiegel online vom 23.3., <https://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/coronavirus-kinder-aus-einkommensschwachen-familien-in-der-krise-a-8ba68f6d-8a12-4271-93e2-7f46127120a5> (letzter Abruf 11.3.2021).
- Lehmann, Dietrich*, 2020: OVG bestätigt die 800 qm Grenze, Audiodatei auf tagesschau.de vom 1.5., <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/laeden-oeffnung-coronakrise-101.html> (letzter Abruf 12.3.2021).
- von der Leyen, Ursula*, 2020: Erklärung von Präsidentin von der Leyen zu Notmaßnahmen in den Mitgliedstaaten, Brüssel, Statement/20/567 vom 31.3., https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/statement_20_567 (letzter Abruf: 4.5.2020).
- Lorenz, Pia*, 2020: VG Hamburg gibt Eilantrag statt: Corona-Schließung großer Läden rechtswidrig, Legal Tribune Online vom 22. April, <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/vg-hamburg-corona-schliessung-geschaeft-e-mehr-als-800-qm-unzulassig> (letzter Abruf 12.3.2021).
- May, Sandra*, 2020: 800-Quadratmeter-Grenze unbegründet: Gericht kippt Ladenschließung für Sportscheck (Update), OHN Onlinehändler News vom 24. April, <https://www.onlinehaendler-news.de/e-recht/aktuelle-urteile/132855-gericht-kippt-ladenschliessung-sportscheck> (letzter Abruf 12.3.2021).
- Metropolitankapitel der Hohen Domkirche Köln* (KdöR, Hrsg.), 2021: Aktuelle Gottesdienstregelung im Dom – Kartenbuchung, Stand: 26.2., <https://www.koelner-dom.de/glauben/gottesdienste> (letzter Abruf 12.3.2021).
- Nordkurier* (Hrsg.), 2020: Verwaltungsgericht Schwerin gestattet Demos unter Auflagen, nordkurier.de vom 12.4., <https://www.nordkurier.de/mecklenburg-vorpommern/verwaltungsgericht-schwerin-gestattet-demos-unter-auflagen-1239038104.html> (letzter Abruf 12.3.2021).

- Pauli, Ralf, 2020: Folgen der Schulschließungen: Corona macht Bildung ungleicher, taz online vom 23.3., <https://taz.de/Folgen-der-Schulschliessungen/!5670367/> (letzter Abruf 11.3.2021).
- Pejčinović Burić, Marija, 2020: Coronavirus: Leitlinien für Regierungen zur Achtung der Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, Straßburg, 8.4., <https://www.coe.int/de/web/portal/-/coronavirus-guidance-to-governments-on-respecting-human-rights-democracy-and-the-rule-of-law> (letzter Abruf: 4.5.2020).
- Priebe, Manon, 2020: Angst, Hass und Vorurteile: Wie Rassisten das Coronavirus für sich nutzen, F.A.Z.net vom 3.2., <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/gesundheit/coronavirus/coronavirus-in-china-sinophobie-und-rassismus-im-netz-16614102.html> (letzter Abruf 11.3.2021).
- Reimann, Erich, 2020: Corona-Shopping in drei Phasen: So verändert die Krise das Kaufverhalten, ntv online vom 9. April, <https://www.n-tv.de/wirtschaft/So-veraendert-die-Krise-das-Kaufverhalten-article21703787.html> (letzter Abruf 12.3.2021).
- Rosenke, Weren/Bundesarbeitsgemeinschaft Wohnungslosenhilfe e.V. (BAG W, Hrsg.), 2020: Ergebnisse der BAG W-Umfrage: CORONA und Wohnungslosigkeit, vom 28.4., <https://www.bagw.de/de/neues~178.html> (letzter Abruf 11.3.2021).
- Schiltz, Christoph B., 2020: Vera Jourova: „Das Corona-Virus darf die demokratische Ordnung nicht killen“; in: Die Welt online v. 6.4., <https://www.welt.de/politik/ausland/plus207044895/Vera-Jourova-EU-Kommissarin-warnt-vor-Einschraenkung-der-Demokratie.html> (letzter Abruf 11.3.2021).
- Stöcker, Christian, 2020: Das hier ist kein Krieg, Spiegel-Wissenschaft Kolumne vom 5.4., <https://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/corona-debatte-das-hier-ist-kein-krieg-kolumne-a-ee82dba7-e0f1-4a6a-93ef-c499cb16b433> (letzter Abruf 11.3.2021).
- tagesschau.de (Hrsg.), 2020: Wo gilt die 800-Quadratmeter-Regel noch? Meldung vom 30.4., <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/laeden-oeffnung-coronakrise-101.html> (letzter Abruf 12.3.2021).
- Stuttgarter Nachrichten (Hrsg.), 2020: Ermittlungen gegen Rechtsanwältin wegen Corona-Aufrufs, StN.de vom 8.4., <https://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.heidelberg-ermittlungen-gegen-rechtsanwaeltin-wegen-corona-aufrufs.c150e92d-8ba3-43c1-a509-8ccebf40f91.html> (letzter Abruf 12.3.2021).
- Trautwein, Annabel, 2020: Coronavirus und Armut: Wie geht es jetzt den Ärmsten in der Stadt? Zeit Online vom 19.3., <https://www.zeit.de/hamburg/2020-03/coronavirus-armut-quarantaene-hamburg-obdachlosigkeit> (letzter Abruf 11.3.2021).
- Wiechern, Arne, 2020: Bildungs-Experte kritisiert Pläne der Bundesregierung: Homeschooling-Förderung: „Für 150 Euro bekomme ich ein halbes Tablet“, SWR Aktuell vom 24.4., <https://www.swr.de/swraktuell/homeschooling-112.html> (letzter Abruf 11.3.2021).
- Zentrale Informationsstelle Autonomer Frauenhäuser (ZIF, Hrsg.), 2020: Gewaltschutz in Krisenzeiten ist Gemeinschaftssache! Pressemeldung vom 1.4., <https://www.autonome-frauenhaeuser-zif.de/de/content/gewaltschutz-krisenzeiten-ist-gemeinschaftssache> (letzter Abruf 11.3.2021).

Abkürzungen

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
Alt.	Alternative
AöR	Archiv für öffentliches Recht (Zeitschrift)
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Zeitschrift)
Art.	Artikel
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
bff	Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe
BGBL	Bundesgesetzblatt
BKA	Bundeskriminalamt
BKAG	Bundeskriminalamtsgesetz
BKSF	Bundeskoordinierung Spezialisierter Fachberatung
Blätter	Blätter für deutsche und internationale Politik
BMG	Bundesministerium für Gesundheit
BPOL	Bundespolizei
BPolG	Bundespolizeigesetz
Bsp.	Beispiel(e)
BT-Drs	Bundestag-Drucksache(n)
bzw.	beziehungsweise
CILIP	Bürgerrechte & Polizei/CILIP (Zeitschrift)
CoronaVMeldeV	Verordnung über die Ausdehnung der Meldepflicht bezüglich des neuartigen Coronavirus
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DP	Die Polizei (Zeitschrift)
DuR	Demokratie und Recht (Zeitschrift)
DVB.	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ERA-Forum	Zeitschrift der Akademie für Europäisches Recht
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
e.V.	(ins Vereinsregister) eingetragener Verein
F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
fhk	Frauenhauskoordinierung e.V.
FRA	European Union Agency for Fundamental Rights
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GG/BO	Gefangenen-Gewerkschaft/Bundesweite Organisation
GSZ	Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht
HBG	Hessisches Beamtengesetz
Hrsg.	Herausgeber*in
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
IPG	Internationale Politik und Gesellschaft (Zeitschrift)
i. d. R.	in der Regel
i. d. S.	in diesem Sinne
IfSG	Infektionsschutzgesetz
i. S. d.	im Sinne der/des
i. V. m.	in Verbindung mit
JB	Jahrbuch
JB E&D	Jahrbuch Extremismus & Demokratie

JJZG	Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	JuristenZeitung
KdöR	Körperschaft des öffentlichen Rechts
KritJ	Kritische Justiz (Zeitschrift)
MNB-VO	Mund-Nasen-Bedeckungsverordnung
Nachdr.	Nachdruck
NordÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland
NRW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZWehr	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
OVG	Obverwaltungsgericht
PVS	Politische Vierteljahresschrift
Rn.	Randnummer(n)
RuP	Recht und Politik (Zeitschrift)
S.	Seite(n)
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
Staat	Der Staat (Zeitschrift)
StGB	Strafgesetzbuch
StV	Der Strafverteidiger (Zeitschrift)
SuS	Staatswissenschaft und Staatspraxis (Zeitschrift)
SZ	Süddeutsche Zeitung
u.	und
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung(en)
vorgänge	vorgänge, Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik
VR	Verwaltungsrundschau
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
z. B.	zum Beispiel
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZfR	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZIF	Zentrale Informationsstelle Autonomer Frauenhäuser
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSE	Zeitschrift für Europa- und Staatswissenschaften
z. T.	zum Teil

Die Beiträge sind überarbeitet und aktualisiert, teilweise für diese Publikation erweitert oder auf der Grundlage früherer Aufsätze neu erstellt worden.

- Das Bundesverfassungsgericht und die Staats- und Demokratietheorien seiner Richterschaft: National-liberaler Etatismus am Beispiel von Böckenförde, Kirchhof, Herzog und Di Fabio
Grundlage des Beitrags sind die Aufsätze: „Volksdemokratie“ und nationalliberaler Etatismus; in: van Ooyen/Möllers (Hrsg.): Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Wiesbaden 2015, S. 95-118; „Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem“? Wo Gutachter Di Fabio recht hat – und wo nicht; in: Recht und Politik (RuP), 2/2016, S. 80-85; „Volksdemokratie“ und „Präsidialisierung“ – Schmitt-Rezeption im liberal-konservativen Etatismus; in: Voigt, Rüdiger (Hrsg.), Der Staat des Dezisionismus, Baden-Baden 2007, S. 36-58.
- Der Brokdorf-Beschluss (1985) und die andere Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts: Das Pluralismuskonzept des Ersten Senats (Kelsen und Popper, Hesse und Häberle) als Alternative zum Legitimationsketten-Modell (Schmitt und Böckenförde)
Zuerst erschienen in: Recht und Politik (RuP), 4/2015, S. 225-232.
- Staatliche, quasi-staatliche und nichtstaatliche Verfolgung? Hegels und Hobbes' Begriff des Politischen in den Asylentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Zuerst erschienen in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP), 3/2003, S. 387-398.
- Die ‚Kopftuch-Entscheidung‘ des Bundesverfassungsgerichts zwischen Pluralismustheorie (Kelsen/Fraenkel) und Staatstheologie (Hegel/Schmitt)
Zuerst erschienen in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts (JöR), Bd. 56, Tübingen 2008, S. 125-140.
- Die Exekutivlastigkeit im Föderalismusverständnis des Bundesverfassungsgerichts
Grundlage des Beitrags sind die Aufsätze: Vom unitarischen Bundesstaat zum Wettbewerbsföderalismus? Das Bundesverfassungsgericht und die Föderalismuskrise; in: Recht und Politik (RuP), 4/2014, S. 211-214; Parlamentarische Kontrolle der Unterstützungseinsätze der Bundespolizei im Verbundsystem der Inneren Sicherheit; in: Die Polizei (DP) 1/2016, S. 8-12.
- Der durch Zeitgeist und Staatsräson bedingte Wandel von Menschenwürde und Bürgerfreiheit nach 70 Jahren Grundgesetz
Zuerst erschienen in: Recht und Politik (RuP), Beiheft 4, S. 75-91.
- Abkehr vom liberalen Brokdorf-Beschluss bei der Polizeikessel-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts?
Zuerst erschienen in: Recht und Politik (RuP), 1/2017, S. 26-35.
- Staatsräsonistische ‚Freifahrt‘ nach der „Schutzpflichtenlehre“ für verdeckte Vorfeldermittlungen im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum BKA-Gesetz
Zuerst erschienen in: Jahrbuch Öffentliche Sicherheit (JBÖS) 2016/2017, S. 546-554.
- Die Umsetzung des neuen Gefahrenbegriffs ‚drohende Gefahr‘ im Bayerischen Polizeiaufgabengesetz nach dem Urteil des BVerfG zum BKA-Gesetz
Zuerst erschienen in: Jahrbuch Öffentliche Sicherheit (JBÖS) 2018/19, S. 87-91.
- Neue Beschränkungen der Übermittlungs- und Abrufregelungen für Bestandsdaten durch das Bundesverfassungsgericht
Zuerst erschienen in: Jahrbuch Öffentliche Sicherheit (JBÖS) 2020/21, S. 693-700.
- Das Urteil des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB und der Grundrechtsschutz zum selbstbestimmten Tod – Distanzierung von der Schutzpflichtenlehre?
Zuerst erschienen in: Recht und Politik (RuP), 2/2020, S. 156-166.
- Homogenes Staatsvolk statt europäische Bürgerschaft: Das Bundesverfassungsgericht zitiert Heller, meint Schmitt und verwirft Kelsens postnationales Konzept demokratischer Rechtsgenossenschaft

Zuerst erschienen in: Llanque, Marcus: Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers, Reihe Staatsverständnisse, Bd. 33, Baden-Baden 2010, S. 261-275.

- Eine ‚europafeindliche‘ Kontinuität: Zum Staatsverständnis der Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
Zuerst erschienen in: Internationale Politik und Gesellschaft (IPG), 4/2009, S. 26-45.
- Krieg, Frieden und außenpolitische Parlamentskompetenz: John Locke’s ‚föderative Gewalt‘ im Staatsverständnis des Bundesverfassungsgerichts
Zuerst erschienen in: Internationale Politik und Gesellschaft (IPG), 3/2008, S. 86-106.
- Weltweiter Grundrechtsschutz: Die Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte im Ausland
Zuerst erschienen in: Jahrbuch Öffentliche Sicherheit (JBÖS) 2020/21, S. 752-760.
- ‚Kalte‘ Verfassungsänderung: Die Plenarentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Luftsicherheit
Zuerst erschienen in: Recht und Politik (RuP) 1/2013, S. 26-29.
- Freiheitsbeschränkungen infolge der Coronavirus-Pandemie und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Zuerst erschienen in: Jahrbuch Öffentliche Sicherheit (JBÖS) 2020/21, S. 70-90.

Autoren

Möllers, Martin H. W., Dr. phil.; Dipl. Soz. Wiss.; Studienassessor; Jahrgang 1951; Politikwissenschaftler und Jurist sowie Historiker und Geograph; 1987-2018 Lehrender an der Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung, zuletzt Professor für Staatsrecht und Politik in Lübeck; Mitherausgeber des JBÖS und seiner Sonderbände.

Publikationen u. a.: Bundesverfassungsgericht und Öffentliche Sicherheit, 5. Aufl., Verlag für Polizeiwissenschaft, 2019; Grundrechte bei der Polizei, 4. Aufl., Verlag für Polizeiwissenschaft, 2019; Wörterbuch der Polizei, 3. Aufl., C.H. Beck, 2018; Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Springer VS, 2015; Hrsg. der Staatsverständnisse zu: Fraenkel (Bd. 26), Häberle (Bd. 86), Popper (Bd. 123). Weitere Publikationen siehe www.JBÖS.de/herausgeber.

Möllers, Maximilian Chr. M., Dipl. jur., Rechtsreferendar im Landgerichtsbezirk Stralsund.

Publikationen: Der Entwurf zur Neufassung des SOG M-V, GreifRecht 28/2019, S. 109-113; Geschäftsmäßig angebotene Suizidhilfe als neuer Wirtschaftszweig?, RuP 2/2020, S. 156-166; Kritische Bemerkungen zum Entwurf der Neufassung des Sicherheits- und Ordnungsgesetzes Mecklenburg-Vorpommern, JBÖS 2020/21, S. 627-633.

van Ooyen, Robert Chr., Prof. Dr. phil.; Studium in Wien, Duisburg, Basel und Bonn, ist Professor für Staats- und Gesellschaftswissenschaften an der Hochschule des Bundes, Honorarprofessor für Politikwissenschaft an der TU Dresden sowie Redaktionsmitglied von Recht und Politik (RuP), Berlin.

Publikationen u. a.: Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa, 8. Aufl., Nomos, 2020; Der Staat der Moderne, 2. Aufl., D&H, 2020; Bundesverfassungsgericht und Öffentliche Sicherheit, 5. Aufl., Verlag für Polizeiwissenschaft, 2019; Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., Springer VS, 2015; Bundesverfassungsgericht und politische Theorie, Springer VS, 2015; Der Begriff des Politischen des Bundesverfassungsgerichts, D&H, 2005; Hrsg. der Staatsverständnisse zu: Loewenstein (Bd. 17); Fraenkel (Bd. 26), Kirchheimer (Bd. 37), Häberle (Bd. 86), Popper (Bd. 123).

Weitere Publikationen siehe www.JBÖS.de/herausgeber.

