

Parlamentarische oder „neutrale“ Regierung? Eine Anfrage

Résumé

La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle fédérale et de la Cour administrative fédérale confirme la jurisprudence établie quant au principe du devoir de neutralité dans le travail des pouvoirs publics. Les innovations interrogent peu le principe même de la neutralité. Elles consistent plutôt dans le développement de deux tendances d'importance: l'obligation à de tels devoirs, faite par la loi aux administrations et aux fonctionnaires (§ 33 de la loi portant statut des fonctionnaires), s'étend désormais aux membres du gouvernement et aux représentant(e)s élu(e)s des établissements publics à caractère administratif, y compris pendant le temps d'une campagne électorale consacrée à la relève, période pendant laquelle l'égalité des chances entre les parties doit être préservée. Ces innovations, principalement celles concernant le gouvernement, sont ici l'objet d'une analyse critique.

Summary

The recent case law of the Federal Constitutional Court and the Federal Administrative Court furthers the established jurisprudence on neutrality of the state's public relations activities. However, the new aspects are less concerned with the matter of the principle of neutrality per se. There are two new important developments. The extension of such duties imposed on, by law, neutral public authorities and civil servants (cf. § 33 BeamStG) to members of government and elected exponents of self-regulatory bodies as well as their temporary detachment of electoral campaigns as periods of fair debate between parties. These new developments – focused on the government – will be the object of the present critical analysis.

Zusammenfassung

Die jüngste Rechtsprechung des BVerfG¹ und des BVerwG² führt die etablierte Judikatur zur Neutralität staatlicher Öffentlichkeitsarbeit³ weiter. Neuerungen betreffen weniger die Frage nach dem Neutralitätsgrundsatz selbst. Neu sind zwei wichtige

1 BVerfG, NJW 2018, 928 (Wanka) = JZ 2018, 403 (m. Anm. Kuch). Schon zuvor BVerfGE 140, 225, 227. S.a. BVerfGE 138, 102; 136, 323; Überblick bei Eder, „Rote Karte“ gegen „Spinner“, 2017.

2 BVerwG, JZ 2018, 357 („Licht aus“) m. Anm. Ferreau.

3 Wichtig RPVerfGH, NVwZ 2007, 200; NVwZ-RR 2014, 665. Weitere Nachw. bei Gusy, NVwZ 2015, 700; hinzugekommen sind etwa ThürVerfGH, ThVBl 2016, 273; 281.

Entwicklungen: Die Erweiterung solcher Pflichten von den kraft Gesetzes neutralen Behörden und Beamten (s. § 33 BeamtenStG) auf Regierungsmitglieder und gewählte Exponenten von Selbstverwaltungskörperschaften sowie deren zeitliche Ablösung von Wahlkämpfen als Perioden chancengleicher Auseinandersetzung zwischen den Parteien. Diese Neuerungen – fokussiert auf die Regierung – sollen hier zum Gegenstand einer kritischen Anfrage gemacht werden.

0. Evidenzen und Beobachtungen

Eine Bundeskanzlerin, welche die Richtlinien der Politik bestimmt und es nicht dabei belassen, sondern diese auch in gestaltendes Handeln will, muss sich dafür gegenüber Ministerien, Verwaltungen und Bürgern für ihre Pläne einsetzen. Sie muss ihre Richtlinien entwickeln, veröffentlichen und erklären, gegen Kritik und gegen Kritiker in Schutz nehmen. Das ist primär eine Kommunikationsaufgabe, solange die Richtlinien noch nicht in bindende Normen umgesetzt sind. In solchen Debatten kann die Kanzlerin nicht neutral bleiben, weder gegenüber den eigenen Richtlinien noch gegenüber deren Gegnern – auch und gerade dann nicht, wenn diese aus der Politik und von Parteien geübt wird. Dasselbe gilt, wenn die Regierung einen Gesetzentwurf in den Bundestag einbringt und dieser dort verabschiedet werden soll: Er muss begründet, propagiert und gegen Kritik in Schutz genommen werden. Dazu muss seine Überlegenheit gegenüber möglichen Konkurrenzentwürfen der Oppositionsparteien ebenso behauptet werden wie die mangelnde Berechtigung von deren Kritik. Neutralität gegenüber den eigenen Entwürfen wäre dazu kein angemessener Weg. Und wenn die Regierung Abwahlplänen anderer Parteien entgegen will, ist es sinnvoll und notwendig, die eigene Politik zu erklären, zu rechtfertigen und den Plänen zu ihrem Sturz kommunikativ zu begegnen. Dies alles ist im Grundgesetz nicht explizit angelegt, sondern vorausgesetzt. Neutralität der Regierung gegenüber den eigenen Ämtern, den eigenen Entwürfen und den eigenen Richtlinien wäre kontraproduktiv und würde nicht nur der Staatspraxis, sondern auch Verfassungsvoraussetzungen und –erwartungen widersprechen.

Vereinzelt schlagen sich solche Beobachtungen auch im Verfassungstext nieder. Das Prinzip der streitbaren Demokratie⁴ ist in konkreten Einzelregelungen eher limitiert als expliziert (Art 18 S. 1; Art. 21 Abs. 2; 3 GG). Auffällig ist aber, dass es dort regelmäßig um rechtliche Differenzierungen, etwa Verbote, geht. Die ihnen oftmals vorausgehende, weniger eingriffsintensive Staatskommunikation ist von solchen Regelungen explizit nicht erfasst. Da jenes Prinzip als Frühwarnsystem des demokratischen Rechtsstaats qualifiziert wird,⁵ kann dazu gewiss auch die politische Debatte zählen. Sie ist auch nicht bloß als (mögliche) Aufgabe der Legislative (Art. 73 Nr. 10b GG), sondern auch als solche der Exekutive (Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG) statuiert. Und der Verfassungsschutzbericht (s.a. § 16 BVerfSchG) ist – bei allen Anforderungen an seine personen- oder organisationsbezogenen Inhalte – jedenfalls im Grundsatz als zulässiges Instrument der Regierungskommunikation anerkannt.⁶ Deren

4 Dazu *Lameyer*, Streitbare Demokratie, 1978.

5 So jedenfalls BVerfG 133, 277, 325 ff (Nr. 116 ff).

6 BVerfGE 113, 63, 77 ff, mit Einzelheiten.

Bedeutung steigt, wenn höhere Hürden an geregelte Instrumente wie das Parteiverbot⁷ gestellt werden.⁸ Dass damit kein Ende der regierungsamtlichen Auseinandersetzung mit verfassungswidrigen Parteien statuiert wurde, zeigt der neue Art. 21 Abs. 3 GG: Auch in Zukunft darf den entschlossensten Gegnern der Verfassung entgegengetreten werden.⁹ Auch in Zukunft ist das Grundgesetz gegenüber seinen Gegnern nicht neutral, und die Regierung braucht es bei seiner Durchsetzung auch nicht zu sein.

Solche Einzelbeobachtungen zeigen: „Neutralität“ von Regierungen wäre eine Eigenschaft, welche Inhalt oder Prämissen von Verfassungsnormen leerlaufen ließe. Das gilt erst recht für politische Neutralität. Wer eine wirksame Wahrnehmung von verfassungsrechtlich vorgesehenen Regierungsfunktionen will, braucht eine politische Regierung, die gerade nicht neutral ist gegenüber dem eigenen Amt, den eigenen Vorhaben und der oppositionellen Kritik, welche gleichfalls zu den Funktionsbedingungen grundgesetzlich vorgesehenen Regierens zählt.

I. Neutralitätsgebote – Inhalte und Herleitungen

Neutralitätsargumente sind keine Erfindung der jüngeren Rechtsprechung. Aus dem konstitutionellen Staatsrecht sind Formeln von „Überparteilichkeit“, „Unparteilichkeit“ und „Neutralität“ als Legitimationsformeln von Regierungen bekannt. Sie mussten damals nicht um Unterstützung in Volk und Parteien nachsuchen, sondern sich gegen sie rechtfertigen. Und dies konnte gewiss am ehesten geschehen, indem man keine Parteinarbeit für eine andere (parteipolitische) Richtung behauptete, sondern den eigenen Standpunkt über- oder außerhalb des Parteienspektrums darzulegen suchte. Solche Formeln als vor-demokratische Rechtfertigungsstrategien sind – nicht zuletzt am Beispiel von Bismarcks Koalitionspolitik – längst als Ideologien erkannt. Nach der Wendung zur demokratischen Republik wurde das Bild von den Staat-Bürger-Beziehungen komplexer: Nun war die Staatsgewalt auf die Legitimation durch das Volk angewiesen. Sie muss Unterstützung suchen und nicht bloß Ablehnung überwinden. Zum traditionellen Handlungs- und Erklärungszusammenhang trat nun ein Legitimationsbeschaffungszusammenhang hinzu. Das Staat-Bürger-Verhältnis ist nunmehr aus der Sicht der öffentlichen Hände nicht mehr bloß output-, sondern auch inputorientiert.

Das galt schon unter der Weimarer Verfassung. Dass die Republik kraft Verfassungsrechts neutral zu sein habe, behauptete vor 1933 allein C. Schmitt,¹⁰ der sich der

⁷ Zuletzt BVerfGE 144, 20, 401 ff.

⁸ J. Ipsen, RuP 2017, 1; s.a. Linke, DöV 2017, 483.

⁹ Zu rechtlichen Grenzen ThürVerfGH, ThürVBl 2015, 295 ff (sachfremd, willkürlich, missbräuchlich).

¹⁰ Schmitt (1930), in: *ders.*, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 3. A., 1985, S. 41; ausgeweitet in *ders.* (1931), in: *Der Begriff des Politischen*, 3. A., 1963, S. 97. Schon im Konstitutionalismus waren „Überparteilichkeit“ und „Neutralität“ Stichworte gewesen, unter denen Regierungen ihre Politik auch gegen Mehrheiten in den Kammern betrieben. Dass sie unter diesem Deckmantel auch Parteipolitik betrieben, ist ein verfassungsgeschichtlicher Allgemeinplatz. Schmitt ebd., S. 79 ff, sah sich dagegen im Zeitalter von „Neutralisierungen und Entpolitisierung“. Zum Paradigma der Notwendigkeit in der 1. Hälfte des 20. Jh. grundlegend

geringen Reichweite seiner Thesen bewusst war. Er reflektierte über die „verschiedenen Bedeutungen und Funktionen des Begriffs der innerpolitischen Neutralität“ und unterschied acht unterschiedliche negative und positive Erscheinungsformen¹¹ in materieller, formeller und institutioneller Hinsicht. Dass selbst diese keineswegs abschließend seien, zeigten spätere Auffassungen anderer Autoren von abgestufter, aktiver oder dynamischer Neutralität in Entgegensetzung zu ihren statischen, passiven oder starren Erscheinungsformen. Neutralität war und ist also nicht einfach gleich Neutralität. Dies hinderte den Erfinder nicht, seine Thesen zu erweitern: Ursprünglich auf wirtschaftspolitische Sachverhalte fokussiert, erweiterte er seine Grundthese alsbald auf die politische Auseinandersetzung: Wenn die WRV die Selbstabschaffung der Republik zulasse, dann dürfe die Exekutive diese erst recht nicht hindern. Damit war ein Grundakkord der staatsrechtlichen Diskussion am Ende der Republik und erst recht ihrer Rezeption nach 1933 gelegt: Der Kontext von materieller Schutzlosigkeit der Republik und Neutralitätspflicht der Exekutive. Er sollte später in die wirkmächtigen Bilder von der „wehrlosen Republik“ und der „Neutralität ihrer Verfassung bis zum Selbstmord“ einmünden.¹²

Blieb damals vieles offen und wegen des Endes der Republik rudimentär, so bestand nach 1945 Einigkeit: Die im Grundgesetz angelegte wehrhafte, streitbare Demokratie erlaube es den Staatsorganen, gegen Ziele oder Verhaltensweisen vorzugehen, welche darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen.¹³ In jener Tradition standen SRP- und KPD-Urteil des BVerfG.¹⁴ Doch die Auseinandersetzung von Regierungen, Ministern und gewählten Amtsträgern namentlich mit alten¹⁵ und neuen¹⁶ Erscheinungsformen des Rechtsextremismus mündete vor Gericht in neuere Zeit in eine Kette von Niederlagen ein.¹⁷ Die alte Formel ist wieder da, welche den Handlungs- und Öffentlichkeitspielraum von Regierungen einschränken soll: die Neutralität.¹⁸ Sie stützt sich auf zwei Begründungselemente. Von ihnen soll eines hier weiter verfolgt werden.

Herbert, Best, 2. A., 2016, S. 53 ff, 225 ff; s.a. S. 21 ff; *M. Wildt*, *Generation des Unbedingten*, 2002.

11 *Schmitt* (Anm. 10), S. 97.

12 Weniger prominent sollte später die Erinnerung gepflegt werden, dass die Mehrheit der damaligen Staatsrechtler jene Thesen nicht teilte und erst recht die verfassungsloyalen und „demokratischen“ Autoren schon damals von jenem „Relativismus“ der Verfassung nichts wussten. Mit unterschiedlichen Begründungen schickten sie sich schon damals an, Grundelemente einer streitbaren Demokratie zu entwickeln, an welche einige von ihnen später im Exil anknüpfen konnten.

13 Sensible Darstellung bei *Lameyer* (Anm. 4), S. 94 ff u. pass.

14 BVerfGE 2, 1; 5, 85.

15 Zur NPD BVerfGE 144, 20.

16 Zu Dügida BVerwG (Anm. 2); zuvor OVG Münster, NWVBl 2015, 195; VG Düsseldorf, NWVBl 2015, 201.

17 Auf ihrer Grundlage klagte die NPD dagegen, dass Parteimitglieder „Nazis“ genannt wurden; offen gelassen bei ThVerfGH, THVBl 2016, 273, 379. Und der Gründer der Wehrsportgruppe Hoffmann wehrt sich dagegen, dass sein Verhalten als „rechtsextremistisch“ bezeichnet wird; abgewiesen bei BayVGh, NVwZ-RR 2018, 251.

18 Überblick bei *Kuch*, AöR 2017, 491, m. umfass. Nachw..

1. Grundrechtliche Neutralitätsbegründungen

Ein Begründungsstrang folgt aus der Fortentwicklung des Konzepts vom Grundrechtseingriff. Der im Text des GG bisweilen erwähnte (Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG), bisweilen durch andere Termini („Einschränkungen“, „Beschränkung“) ersetzte, bisweilen vorausgesetzte Begriff hat sich als entwicklungsoffen erwiesen und manche Ansätze früherer begrifflicher Eingrenzung abgestreift. Solche Maßnahmen müssen weder imperativ noch unmittelbar noch final stattfinden,¹⁹ wobei grundrechtsspezifische Differenzierungen nicht ausgeschlossen werden. Jene Expansion erfolgte ungeachtet des Umstands, dass Eingriffe keineswegs die einzig denkbare Form der Grundrechtsberührung und damit der Relevanz von Freiheits- und Gleichheitsgarantien für das staatliche Handeln darstellen: Es gibt auch Grundrechtsrelevanz ohne Grundrechtseingriff – etwa in Drittwirkungs-, Schutzpflicht-, Teilhabe- oder Leistungskonstellationen. Der Grundrechtseingriff begründet nicht die Einschlägigkeit der Grundrechte, sondern lediglich ein bestimmtes Prüfungsschema ihrer Anwendung. Andere Formen der Grundrechtsrelevanz brauchen andere Schemata, die allerdings nicht so fest stehen wie die Eingriffsprüfung.

Eine Ursache jener Ausweitung war die Rechtsprechung des BVerfG, welche etwa im Brokdorf-Urteil²⁰ erklärt hatte, gesetzlich vorgesehene Eingriffstatbestände in die Versammlungsfreiheit dürften nicht durch wirkungsgleiche „exzessive“ Kontrollen oder Beschränkungen ausgeweitet oder umgangen werden. Dies war ein Einfallstor für die Öffnung der Beschränkungsformen weg von einer subsumierbaren Formel hin zu einer stufenlosen Skala, welche durch Vergleich ihrer Wirkungen mit anderen etablierten Einschränkungsförmigkeiten erst operationalisierbar wurde. Da solche Vergleiche notwendig einzelfallgeprägt sind, hing dann auch die Einschlägigkeit des Art. 8 Abs. 2 GG („Beschränkungen“) vom Einzelfall ab. Von daher mag es nicht überraschen, wenn Art. 8 GG ein Anwendungsfeld für die Expansion der Eingriffskonzepte wurde.

Das gilt auch für den kommunikativen Grundrechtseingriff, hinsichtlich dessen das BVerfG zu Art. 8 GG jüngst von einem nicht-imperativen, nicht zielgerichteten, faktischen mittelbaren Eingriff ausgeht.²¹ Dessen Wirkung soll in einem „lenkenden Einfluss auf die Grundrechtsausübung der Bürger“ liegen, und zwar auch dann, wenn sie „weder objektiv zielgerichtet in die Versammlungsfreiheit der Kl. eingreifen noch einen regulativen Grundrechtseingriff darstellen, sondern sie lediglich in einem Randbereich betreffen.“ Dadurch unterstellt die Rechtsprechung in Fortentwicklung der ursprünglich nicht ganz konsistenten Rechtsprechung des BVerfG²² grundrechtsrelevante Äußerungen von Amtsträgern als kommunikative Eingriffe dem Vorbehalt des Gesetzes, etwa des § 15 VersG.²³ Inzwischen ist der Anwendungsbereich dieses erweiterten Konzepts nicht mehr allein auf das Grundrecht aus Art. 8 GG beschränkt. Es wird

19 Poscher/Kingreen, Grundrechte, 33. A., 2017, Rn 292 ff.

20 BVerfGE 69, 315, 349.

21 So die Formulierungen in BVerfG, JZ 2018, 357, 359 (Nr. 22).

22 BVerfGE 105, 252, 265 ff.; andererseits BVerfGE 105, 279, 292 ff.

23 So etwa THVerfGH, ThVBl 2016, 281, 283 f.

angewandt etwa auch auf Art. 4 GG,²⁴ Art. 5 GG²⁵ und Art. 3 GG. Staatliches Handeln soll danach eingriffsfrei, grundrechts-„neutral“ erfolgen und insbesondere den Wettbewerb konkurrierender Grundrechtsträger unbeeinflusst lassen.²⁶

2. Demokratische Neutralitätsbegründungen

Neben die grundrechtliche tritt eine demokratische Argumentation. Sie wurde auf der Grundlage der frühen Rechtsprechung zur Parteienfinanzierung²⁷ in mehreren Schritten entwickelt. Ausgangspunkt war die Einsicht in die Bindung des Staatswillens an den Volkswillen bei gleichzeitiger Verschiedenheit von Bürgern und Staatsorganisation: Die Staatsgewalt war nicht beim Volk, sondern ihm verantwortlich. Aus der Trennung von nachgeordneten repräsentativen Staatsorganen und dem davon verschiedenen vorgeordneten Souverän wurden Grundsätze der politischen Willensbildung und ihres Transfers von den Bürgern zum Staat hergeleitet. Sie sollte entsprechend dem damaligen Stand der Erkenntnis von „unten“ nach „oben“, nicht von „oben“ nach „unten“ verlaufen. „Unten“ stehe das freie Volk, dessen politische Willensbildung dem Staat vorgeordnet sein. Aus dieser einseitigen Vorordnung folge die Schutzbedürftigkeit der Freiheit gegenüber Einflussnahme durch die nachgeordneten staatlichen Stellen. Sie münde in Ansprüche auf Unterlassung beeinflussender Staatskommunikation: Die Trennung von Volk und Staat wirkte insoweit als Kommunikationsbremse. Ganz entgegengesetzt verlaufe die Beeinflussung des Staates durch das Volk: Wenn der Staat an den Volkswillen gebunden sei, müsse er dessen Inhalt auch über einzelne Wahlergebnisse hinaus kennen. Kommunikation vom Volk zum Staat sei also verfassungsrechtlich zulässig und geboten. Die Einseitigkeit der Bindung begründe so die Einseitigkeit der Bürger-Staat-Kommunikation.

Was anfangs noch als einseitige Verbotsnorm gegen Beeinflussung der Bürger durch den Staat aussah, differenzierte sich zunehmend. Ausgangspunkt war die Einsicht in die Legitimationsbedürftigkeit der Staatsorgane durch Öffentlichkeit, von Unterstützung der Regierung im Parlament durch Parteien und Fraktionen und von Orientierung der übrigen Staatsorgane an Parlamentsbeschlüssen, Gesetzen und Wahlergebnissen. Wenn die Wähler die Parteien (wieder) wählen und die Menschen die Regierungspolitik auch als von ihnen gewollte akzeptieren, legitimieren oder gar aktiv unterstützen sollen, so müssen sie diese kennen und verstehen. Dies erfordere die Bekanntgabe von Richtlinien und Programmen der Regierungen und Parteien gegenüber den demokratischen Souverän, deren Erklärung einschließlich der Vermittlung ihrer Sinnhaftigkeit und Überlegenheit gegenüber konkurrierenden Programmen auch der Opposition; schließlich ihre Rechtfertigung gegen Kritik in Parlamenten, Parteien und der Wählerschaft. Diese Aufgabe erschien unter leicht divergierenden Bezeichnungen wie Staatsleitung, als Integrations- oder Legitimationsfunktion.²⁸ Aus so modifizier-

24 BVerfGE 105, 279, 292 ff.

25 BVerfGE 113, 63, 74 ff.

26 Zu einzelnen grundrechtlichen Neutralitätsanforderungen *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 290 ff, 299 ff.

27 BVerfGE 24, 300, 339 ff.

28 BVerfGE 44, 125, 147 f.

ten Prämissen konnte nicht mehr der Schluss gezogen werden, der Bereich der politischen Willensbildung des Volkes sei gänzlich staatsfrei. *Politische Öffentlichkeitsarbeit war nun Staatsaufgabe*. Das war eine Abkehr von der bisherigen Unterlassungspflicht. Es bedurfte nun einer Neuformulierung der Bedingungen politischer Staatskommunikation: Ihm sei es untersagt, die vorhandenen Verhältnisse von Mehr- und Minderheit selbst zu bestimmen, zu ändern oder zu verzerren. Der politische Pluralismus sowie die aus ihm folgenden parteipolitischen Mehrheits- und Minderheitsbildungen seien zu respektieren. Rechtliche Anforderungen ergaben sich nun weniger für das „Ob“ als vielmehr für das „Wie“ der amtlichen Öffentlichkeitsarbeit. Grundlage dieser Rechtsprechung waren nunmehr zwei Elemente: Staatsfreiheit der Volkswillensbildung und Chancengleichheit der Parteien in ihr. Wo und wenn sie geeignet sei, auf die Bildung des Volkswillens einzuwirken, müsse sie parteipolitisch neutral verlaufen. Hier wurde erstmals das *Neutralitätsgebot entwickelt*.

Dessen Fortentwicklung folgte der Rechtsprechung über die Öffentlichkeitsarbeit der Behörden. Hier bestehe ein qualitativer Unterschied zwischen Regierungs- und sonstiger Öffentlichkeit: Erstere wurde nicht einfach als ein weiterer Akteur in der Kakophonie veröffentlichter Meinungen angesehen, sondern als Instanz, der wegen ihrer Neutralität und Sachlichkeit erhöhte Aufmerksamkeit und Orientierungsleistung für die Allgemeinheit zukomme.²⁹ Daher unterliege sie besonderen Anforderungen an Sachlichkeit und Neutralität.³⁰ Diese gelte etwa in religiöser, in wirtschaftspolitischer wie auch in politischer, namentlich parteipolitischer Hinsicht. Zwar dürfe die Regierung sich auch politisch äußern, sei dabei aber an freie Willensbildung und Gleichberechtigung aller politischen Richtungen gebunden. Im politischen Richtungskampf sei Öffentlichkeitsarbeit zulässig, müsse aber inhaltlich neutral sein. Jene Auffassungen waren im Zeitpunkt ihrer Entstehung auf dem Stand der Erkenntnis und Ausdruck einer hohen Lernbereitschaft. Ihre Prämissen waren jedoch nicht einfach aus Recht und Realität der Zeit abgeleitet, sondern basierten auf einer Reihe von Ableitungen, welche ihre Anwendbarkeit überhaupt erst begründen konnten und sollten. Dazu zählten etwa der Aufwand für Öffentlichkeitsarbeit der Regierung, deren zeitliche Nähe bzw. ihr thematischer Bezug zu einem Wahlkampf oder das Identifikations- oder Parteiergreifungsverbot.³¹ Kurz: Es ging um *Neutralität als Grenze, nicht als Grundlage von Regierungsöffentlichkeit*.

In der neuen Rechtsprechung findet sich hingegen eine Neuorientierung der Neutralitätsformeln: Explizit geschah dies durch das BVerfG im Jahr 2015, als die älteren Grundsätze ausdrücklich „nicht nur im Wahlkampf, sondern darüber hinaus auch für den politischen Meinungskampf und Wettbewerb im Allgemeinen“ für anwendbar erklärt wurden.³² Was zuvor als Grenze der Öffentlichkeitsarbeit galt, gilt nun als ihre Grundlage. Sie ist zulässig, aber nur wenn und weil sie neutral ist und bleibt. Auch gegenüber polemischen Angriffen wird den verfassten Staatsorganen ein Recht auf „Gegenschlag“ als neutralitätswidrig explizit abgesprochen.³³ Interessanterweise geschieht dies in einem Moment, in welchem nicht etwa die Demokratie weltweit ge-

29 BVerfGE 105, 252, 269; 279, 302.

30 BVerfGE ebd.

31 Dazu BVerfGE 44, 125, 150 f.

32 BVerfGE 140, 225, 227; bestätigt in BVerfG, JZ 2018, 406, (Rn 45 f).

33 BVerfG, JZ 2018, 403, 406 (Rn 59 f).

siegt, politisch alternativlos und daher im Wettbewerb mit ihren Gegnern ein Ende der Geschichte eingetreten wäre. Im Gegenteil: Die rechtliche Neubewertung setzte ein, als die Herausforderungen an die demokratische Staatsform stärker geworden sind und in einigen Bundesländern inzwischen die gesellschaftliche Mitte erreichen. Umso wichtiger erscheint es, sich der Prämissen jener Verfassungsrechtsprechung zu versichern. Sie lassen sich so formulieren: Da sind

- die *Unterscheidung der kommunikativen Prozesse in Staat und Volk* und damit die *Doppelrolle der Bürger zugleich als verfasstes Organ und als freie Gesellschaft* vor und außerhalb der Verfassung. Jene Differenzierung bezieht sich auf dieselben Menschen in unterschiedlichen Rollen und wirft die Frage nach deren Trennbarkeit auf: Basiert das Grundgesetz tatsächlich auf der Trennung von politisch reguliertem Staat und der vor- bzw. außerstaatlichen, nicht-regulierten „freien“ Gesellschaft?³⁴
- die *Unterscheidung zwischen staatlicher/amtlicher Öffentlichkeit* einerseits und staatsfreier, (partei-)politischer Öffentlichkeit andererseits, welche Rollendifferenzierungen erfordert, die in der jüngeren Rechtsprechung zu erheblichen Anstrengungen geführt haben.
- die *Unterscheidung zwischen neutral-informierender und parteiübergreifender Öffentlichkeitsarbeit*: Wie und unter welchen Bedingungen ist im Parteienstaat Neutralität erreichbar? Wo und wie kann hier überhaupt Neutralität hergestellt bzw. gewahrt werden? Ist sie primär eine Frage des Inhalts der Informationen oder der Chancengleichheit des Zugangs zur Meinungsbildung? Genauer: Wie funktioniert politische Öffentlichkeit, wo und wenn eine Seite zu Neutralität verpflichtet ist, andere hingegen nicht?

II. Parlamentarisches Regieren in einer pluralistischen Demokratie

Hier soll allein die demokratische Begründung weiterverfolgt werden. Die damit bisweilen im Zusammenhang gesehenen³⁵ Grundrechtsfragen bedürften einer Untersuchung, die hier nicht geleistet werden kann. Zwar berühren unsere Fragestellungen auch Grundrechtsthemen, nicht allein das Verhältnis der Staatsorgane zueinander. Dieses ist zwar nicht grundrechtsfrei. Doch bedarf eine aus Freiheits- und Gleichheitsgarantien angeleitete staatsorganisationsrechtliche Dogmatik ihrer Kompatibilität mit dem Grundgesetz insgesamt, namentlich dessen Regelungen über Demokratie und Gewaltenteilung. Ein Distanzgebot allein wäre nicht in der Lage, die Rechtsstellung der Bürgerinnen und Bürgerinnen in der Demokratie vollständig zu beschreiben. Hier geht es nicht primär um die Abwehr des Staates und seiner Regierung, *nicht allein um Unterlassungsansprüche, sondern um Handlungsfreiheiten und deren Wirkungen in den Staatsorganen*. Die Regierung steht hier im Schnittpunkt „außenrechtlicher“ Dimensionen auch grundrechtlicher Art und „innenrechtlicher“ Fragen von Demokratie

34 Grundlegend einerseits Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, als Bedingung der individuellen Freiheit, 1973; andererseits Hesse, DöV 1975, 437.

35 BVerwG, JZ 2018, 357, 360 (Nr. 31 f).

und Gewaltenteilung. Es sind also nicht Grundrechte allein, welche das Handeln der unterschiedlichen Zweige der Staatsgewalt und ihre Beziehungen zueinander regeln. Wie Grundrechte durch organisatorische Normen nicht leerlaufen dürfen, dürfen umgekehrt letztere auch durch erste nicht relativiert werden.³⁶ Dabei geht es nicht um die Isolation des 1. Abschnitts des GG von seinen sonstigen Abschnitten: Sie sind aufeinander bezogen und auseinander zu begreifen. Hier geht es vielmehr darum, Konkordanz aller Grundgesetzabschnitte herzustellen.

1. Die maßgeblichen Kriterien

a) Der politische Auftrag der Regierung

Grundgesetz und Länderverfassungen³⁷ konstituieren die Regierung als politisches Staatsorgan. Ihre Kurationsorgane sind politisch, ihre Wahl ist politisch und ihr Auftrag ist ein (auch) politischer. Das Verhältnis zwischen Volk und Parlament einerseits sowie der Regierung andererseits ist nicht mehr bloß negativ. Dies folgt primär aus deren Legitimation. Das verfassungsrechtlich vorgegebene *parlamentarische Regierungssystem*³⁸ basiert auf der Wahl des Regierungschefs durch Volksvertretungen. Wo ein Kanzler oder Ministerpräsident in das Amt gelangen soll, geschieht dies aufgrund zweistufiger Wahlen: In der Wahl der Regierungsspitze setzt sich die Wahl der Volksvertretung unter gewandelten Bedingungen fort. Und sie vermittelt selten unmittelbar (s. etwa Art. 107 Abs. 2 HBVerf), zumeist mittelbar die Legitimation der übrigen Regierungsmitglieder: Die parlamentarische Legitimation des Regierungschefs, deren Bedingungen und Grenzen setzen sich in „seinem“ Regierungsbildungsrecht fort. Ist das Parlament politisch, so sind es auch sein Handeln, Mehrheits- und Minderheitsbildung, seine Wahlen und sein Agieren im Verhältnis zu einer gewählten Regierung – bis hin zur möglichen Abwahl.

Dass diese Zusammenhänge den politischen Charakter der Regierung begründen, liegt nahe. Durch die Übernahme der Regierungsgewalt verlässt das Kabinett keineswegs die politische Sphäre und tritt auch nicht in eine politikfreie Zone hinüber. Nicht nur der Kurationsmodus, auch Aufgaben und Funktion der Regierung sind politisch. Explizit findet sich dies in Art. 65 S. 1 GG: Die „Richtlinien der Politik“ kann nur bestimmen, wer selbst politisch handelt und politisches Handeln gestalten will. Sie sind Grundlage, Maßstab und Auftrag von Politik. Dies gilt umso mehr, als im Bereich der Regierung die Richtlinien von sonstigem politischem Handeln kaum trennscharf abgrenzbar sind.³⁹ Andere Aufträge zu politischem Handeln der Kabinette enthalten etwa Art. 76 Abs. 1 GG, welcher die Regierung zu einem mitwirkenden Organ an der (politischen) Gesetzgebung macht; Art. 80 Abs. 1 GG, wonach die Regierung die (auch) politische Normsetzung im Rahmen der Gesetze vornehmen darf; Art. 110 Abs. 3 GG, der das (auch politische) Haushaltsaufstellungsrecht voraussetzt; weiter

36 Näher dazu *Wieland*, DVBl 1999, 719, 720 ff.

37 Z. B. Art. 55 Abs. 1 NRWLV.

38 Seit BVerfGE 1, 208, 247 f. Zur Ausgestaltung *Dolzer/Sachs*, VVDStRL 58 (1999), S. 7/39; *Gusy*, DVBl 1998, 917.

39 Dazu näher *Hermes*, in: Dreier (Hg.), GG II, 3. A., 2015, Art. 65 Rn 17 ff (Nachw.).

Art. 43 Abs. 2 S. 2 GG, welcher ihr Rederecht im Bundestag begründet. Am politischen Auftrag der Regierung nehmen nicht allein die Regierungschefs, sondern alle Regierungsmitglieder funktionsdifferenziert teil. Und die Vielzahl der zitierten Verfassungsnormen macht deutlich, dass jene Rolle nicht bloß eine Beschreibungen der Realität, sondern Inhalt des Verfassungsrechts darstellt. Wahl und Amtsübernahme der Kabinette stellen also keinen Akt der Entpolitisierung dar.

An jenem Befund ändert die Tatsache nichts, dass der Regierung nicht nur politische, sondern auch administrative Funktionen zukommen.⁴⁰ Im Gewaltenteilungsschema ist sie Teil der „vollziehenden Gewalt“. Auch andere Bestimmungen namentlich im 8. Abschnitt des GG deuten auf verwaltungsbezogene Aufgaben hin. Doch lässt sich festhalten: *Der Charakter einer Aufgabe als administrative schließt deren Eigenschaft als politische nicht aus.* Das GG kennt kein Monopol des Politischen für Volk oder Volksvertretung – ungeachtet der Tatsache, dass deren Vorrecht im Bereich des Politischen durch Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes abgesichert sind. Durch sie steht das Parlament an der Schnittstelle von Politik und Verbindlichkeit, ohne aber hier das Monopol einzunehmen. So geht der Bereich des Politischen über denjenigen der Gesetzgebung hinaus. Und selbst die auffällige Liebe zum Detail, mit welcher das GG die Kompetenzen auf dem Gebiet der Exekutive ausdifferenziert und verteilt, deutet darauf hin: Hier geht es auch um Macht- und Einflussfragen. Dass diese auch von politischen Faktoren abhängen würde, war den teils in Volksvertretungen, teils in Länderkabinetten engagierten Mitgliedern des Parlamentarischen Rates nicht entgangen. *Ungeachtet der (auch) administrativen Funktionen der Regierungen zeigt sich: Sie nehmen nach dem GG und den parallelen Vorschriften der Länderverfassungen eine jedenfalls auch politische Aufgabe ein.*

Regierungen sind in Bund und Ländern als politische Staatsorgane konstituiert. *Die Regierungen steht im, nicht neben dem politischen Prozess.*

b) Politisches Handeln in der repräsentativen Demokratie

Aber wie gestaltet sich das Politische nach dem Grundgesetz? Die Frage ist oft im Hinblick auf die Abgrenzung nach außen gestellt worden,⁴¹ etwa zur Unterscheidung des (politischen) Staates von der (unpolitischen) Gesellschaft; der politischen Gesetzgebung gegenüber den Rechtsprechungsaufgaben der Gerichte, namentlich der Verfassungsgerichte. Solche Debatten waren in der Vergangenheit geeignet, das Politische beim Staat, genauer der Exekutive, zu monopolisieren und „impermeabel“ gegen Recht, Gesetz und Kontrollen abzuschirmen. Dabei begründete das vorausgesetzte Konzept des Politischen regelmäßig Kompetenzen des Staates, wobei die Ableitung vom Staat und seiner Eigenschaft, dem Politischen, her erfolgte, nicht umgekehrt. Jenes „Denken vom Staat her“⁴² war dann zugleich ein Denken vom Politischen her.

Das war das Gegenteil verfassungsrechtlichen Denkens unter dem Grundgesetz. Wenn das Grundgesetz die Regierung auch als politische Gewalt beschreibt, so

40 BVerfGE 105, 252, 271.

41 Vorzügliche Analyse bei *Schuppert*, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt, 1973, S. 115 ff u. pass.

42 Vorzüglich beschrieben bei *Günther*, Denken vom Staat her, 2004.

schaft es keine Bereichsausnahme vom Recht, sondern stellt deren Kompetenzausübung in seinen Regelungszusammenhang. Die viel diskutierte „Eigenheit des Politischen“ ist hier nicht vor der, sondern aus der Verfassung zu konkretisieren. Im Verfassungsstaat ist das Politische nach der Verfassung, nicht hingegen die Verfassung nach der Politik zu konkretisieren. Zugleich ist auch festzuhalten: Grundgesetz und Länderverfassungen regeln nicht „die Politik“, sondern enthalten Regelungskomplexe, welche auch politisch relevant sein können. Zwar ist das Verfassungsrecht eine partielle und fragmentarische Ordnung. Eine umfassende Verrechtlichung des Politischen ist weder angestrebt noch erkennbar. Dessen Konkretisierung an der Verfassung ist gleichbedeutend mit seiner Orientierung an einzelnen grundgesetzlichen Vorgaben, soweit sie auch das Politische erfassen. Daher ist ein umfassendes Bild des Politischen nach dem GG⁴³ hier weder notwendig noch aber auch sinnvoll.

Im Verfassungsrecht steht die Regierung im Schnittpunkt von Demokratie und Gewaltenteilung. Erstere ist für „alle Staatsgewalt“ vorgegeben, nicht allein für Abgeordnete und Parlamente. Das Demokratieprinzip ist darauf angelegt, sich auf je spezifische Weise im Handeln aller Staatsorgane fortzusetzen. Für Sonderfälle sind zwingend notwendige Einschränkungen im Einzelfall grundgesetzlich anerkannt.⁴⁴ Der Volkswille ist so zentrale und oberste Legitimationsgrundlage des Handelns nicht allein der Volksvertretungen, sondern aller Staatsorgane, auch und gerade ihres politischen Handelns. Er ist kein Fremdkörper in und keine Grenze von Politik, sondern deren zentrales Konstitutionselement und oberster Maßstab. Demokratiefreie Politik ist zwar denkbar, aber im Staat des GG weder vorgesehen noch geschützt. *Wo im Staat Politik ist, muss auch Demokratie sein.* Dies ist ein teils kurz-, teils mittel-, teils langfristiger Zusammenhang. In einer repräsentativen Demokratie sind die politischen Mechanismen des Einwirkens des Volkes auf das staatliche Handeln vielfach gestuft und vermittelt. Das gilt umgekehrt ebenso für der Verwiesenheit der Staatsorgane auf den Bürgerwillen: Nicht alles, was sie tun, kann und muss sofort durch Wahlen und Abstimmungen sanktioniert werden. Deutlich ist jedoch der Verantwortungszusammenhang: Er artikuliert sich nicht allein als Wahltagsdemokratie. Vielmehr sind die Legitimations-, Vermittlungs- und Einwirkungsmechanismen einer politisch interessierten und aktiven Gesellschaft längst permanent, sie nähern sich einem plébiscite de tous les jours. Dieser jedenfalls zeitlich permanente Einfluss- und Rechtfertigungszusammenhang zählt zu den Stärken und Notwendigkeiten demokratischer Staatsgewalt. Dass er auch Schattenseiten zeigen kann, wird nicht erst in den jüngeren Populismusdebatten deutlich.

Volk und sonstige Staatsorgane stehen so längst nicht mehr in einem primär negativen Verhältnis. Die Verschränkungen zwischen dem Staat als politische Organisation der Gesellschaft und seinen Trägern ist wesentlich komplexer als die primär dichotomisierenden, auf Staatsabwehr ausgerichteten Bilder des Konstitutionalismus. Neben den früheren Betroffenheits- und Abwehrzusammenhang ist ein aktives Legitimi-

43 Zahlreiche Einzelbeobachtungen bei v. Ooyen, Der Begriff des Politischen des BVerfG, 2005, ohne dass man dessen Gesamtergebnis teilen muss.

44 Zum Regelfall vorzüglich Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991. Zu Ausnahmen am Beispiel der Rechnungshöfe näher Heun/Thiele, in: Dreier, GG III, 3. A., 2018, Art. 114 Rn 21 ff. Zur richterlichen Unabhängigkeit Schulze-Fielitz, in Dreier ebd., Art. 97 Rn 19 ff (beide m. Nachw.).

ons-, Kurations- und Einwirkungszusammenhang hinzugetreten. Die Regierung ist die Regierung, weil sie gewählt ist; und sie ist ein politisches Organ der Volksvertretung und mittelbar des Volkes selbst. Eben deshalb bedarf sie der Fundierung im Wählerwillen und untersteht der Kontrolle durch Wähler und Abgeordnete. Oberstes Organ ist dabei das Volk.

Dieses ist rechtlich eine Zurechnungs-, hingegen keine politische Einheit. Es zeichnet sich nur in extremen Einzelfällen durch Einheit und Konsens aus. Was in äußersten Bedrohungslagen von außen oder durch einzelne Katastrophen vorübergehend gelten mag, ist nach dem pluralistischen Politikmodell nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Seine Vielfalt ist durch (auch politische) Grundrechte abgesichert. Wenn die Interessen im Volk unterschiedlich, auch gegensätzlich sein dürfen und wenn alle Interessen geäußert und in den politischen Prozess eingebracht werden dürfen und wenn diese Interessen dort auf der Grundlage von Wahlen und Abstimmungen verwirklicht, gerechtfertigt oder kritisiert werden sollen: Unter diesen Prämissen kann Politik nur ganz ausnahmsweise und zufällig Einheitlichkeit und Konsens hervorbringen. Und sie kann auch nicht allein durch ihre Richtigkeit, Wahrheitsfähigkeit oder Alternativlosigkeit gerechtfertigt werden. Es gibt fast stets Alternativen, Gegenstimmen und oppositionelle Interessen. Gewiss: Auch deren Berechtigung ist stets diskussionsbedürftig – ebenso wie die regierungstragenden Auffassungen und Begründungen. *Prototyp des Politischen ist in der pluralistischen Demokratie nicht die Einheit, sondern die Vielfalt*; nicht der Konsens, sondern der Dissens; nicht die Akklamation (und schon gar nicht die einstimmige), sondern Vielfalt, Debatten, Abstimmungen, Mehrheit und Minderheiten. Und letztere können demnächst ihrerseits Mehrheiten werden.

Wo Politik und Demokratie sind, sind daher auch Vielfalt und Pluralismus als Existenzbedingungen von Wahlen und Abstimmungen, Parteien, Bürgerinitiativen und politische Organisationen, welche die rechtlich vorgesehenen Handlungsformen mit Inhalt füllen. Der Volkswille wird durch sie geformt, ausformuliert und aggregiert. Jeder Gegenstand des Staatshandelns kann zum Gegenstand der aktiven Gesellschaft werden. Weder sind Bürger und Parteien auf bestimmte Tätigkeitsfelder beschränkt, noch sind bestimmte Politikfelder von ihrem Einfluss prinzipiell ausgenommen. Und da prinzipiell jedes Interesse von Parteien aufgenommen, artikuliert und in den politischen Prozess eingebracht werden kann, gilt zugleich: Wo die Politik ist, können auch Parteien sein. In diesem Sinne ist das Politische jedenfalls stets auch den Parteien offen und parteipolitisch besetzbar. *Eine definierbare rechtliche Grenze zwischen den Sphären von Sach-, Regierungs- oder „neutraler“ Politik einerseits und Parteipolitik andererseits gibt es nicht*. Das bedeutet nicht, das immer alles Politische parteipolitisch ist oder sein muss; wohl aber, dass alles Politische potentiell parteipolitisch artikuliert, gefordert oder abgelehnt werden kann. Nach dem Grundgesetz *ist alle Politik (potentiell) Parteipolitik*. Auf diese Weise wirken die Parteien nahezu stets auf die Hervorbringung und Formulierung der Inhalte mit, die in verfassten Organen und Verfahren abgestimmt werden. Und die Abstimmung erfolgt zwischen den so ausgehandelten Inhalten und Alternativen. Wer in einer solchen Debatte Stellung zu einer Sachfrage nimmt, bezieht implizit zugleich Stellung zur Auseinandersetzung zwischen Parteien. Und der Öffentlichkeit steht es frei, sachpolitische Debatten auch als parteipolitische zu verstehen. Von daher gibt es keinen Bereich des Politischen, wel-

cher der Logik des Streits zwischen Mehrheit und Minderheit, Koalition und Opposition, Regierung und ihren Gegnern prinzipiell entzogen sein könnte. *Wer sich in die pluralistische, parteigetragene und –geprägte Politik begibt, ist auf deren Handlungslogiken verwiesen.* Dazu zählen auch parteigetragene Regierungen. Sie stehen nicht über, sondern in der Parteipolitik. Politikbereiche, welche ihrer Natur nach oder kraft rechtlicher Anordnung parteifrei sein sollen, lassen sich nur ausnahmsweise und ganz vereinzelt finden.⁴⁵

c) Demokratische Politik als Wettbewerbsordnung

Dies ist kein bloß empirischer Befund der Politikwissenschaft, sondern entspricht der Verfassungslage. *Parlamentarisches Regieren ist typischerweise Regieren durch Abgeordnete*, also durch Personen, die zugleich Abgeordnete sind oder es bis zu ihrer Wahl waren. Sie sind wegen ihrer Parteizugehörigkeit in ihre Ämter gelangt. Zur Effektivierung ihrer Wirkungsmöglichkeiten sind Regierungsmitglieder darauf angewiesen, die im Zeitpunkt ihrer Ernennung vorhandene politische Unterstützung über die Legislaturperiode hinweg zu stabilisieren und zu erhalten. Nur so lässt sich mittelfristig Abwahl oder Absetzung vermeiden. Solche Notwendigkeiten parlamentarischen Regierens sind nicht bloß extrakonstitutionell, sondern von demokratischen Verfassungen zugrunde gelegt und zu ihrem Inhalt gemacht.⁴⁶ Und sie beziehen sich auch nicht allein auf das Verhältnis von Regierung und Parlamenten: Die Überzeugungsarbeit hört nicht bei den Volksvertretungen auf, sondern bezieht sich darüber hinaus kaskadenförmig auf Parteien und Wähler. Mittelfristig braucht jede Regierung die positive Unterstützung durch Mehrheiten auf allen Ebenen.

Die Herkunft der *Kabinette* aus einer Wahl bedeutet: *Sie sind in ihre Ämter gelangt, um bestimmte politische Ziele durchzusetzen, welche die sie tragenden Parteien in Wahlen vertreten haben oder bis zu den nächsten Wahlen vertreten wollen.* Ihr Wähler- und Parlamentsauftrag liegt also nicht zuletzt darin, jene Agenden auch im Amt durch- und umzusetzen. *Das Regierungsamt ist als Amt neutral*, schließlich steht es je nach Wahlausgang allen Richtungen offen. *Hingegen steht seine Ausübung, also das Handeln der Amtsinhaber, in der Logik von Wahlen und Mehrheitsbildung:* Manche Regierungsvorhaben lassen sich überwiegend dadurch legitimieren, dass sie dem Wählerauftrag entsprechen. Und sie sind deshalb umgekehrt kritisierbar. Die Opposition kann Minister schon allein deshalb angreifen, weil sie von ihrer jeweiligen Partei benannt worden sind. Sie können auch dafür getadelt werden, dass sie ihr Parteiprogramm durchzusetzen trachten. Und solche oppositionelle Kritik ist keineswegs darauf verwiesen, Sachargumente geltend zu machen. Sie kann sich auch überwiegend oder ausschließlich auf die parteiliche Herkunft der Regierungspläne beziehen. *Das Handeln von Regierungen steht nicht über, sondern in der Logik des pluralistischen Parteienstaates.* Sie ist die Regierung, weil sie von Mehrheiten unterstützt oder jedenfalls nicht abgewählt wird. Und sie steht nicht in Distanz zum Volk, sondern ist aus ihm hervorgebracht und auf das Volk bezogen – oder sollte es jedenfalls sein.

45 Aber auch dort kann jedenfalls der Vorwurf der Parteilichkeit erhoben werden.

46 BVerfGE 105, 252, 270: „Das Grundgesetz geht stillschweigend von entsprechenden Kompetenzen aus.“.

Politische Kommunikation der Regierung steht so im Fadenkreuz einander teils ergänzender, teils gegenläufiger Aufträge und Regelungen. Einerseits entstehen gegenüber den Bürgern Unterlassungspflichten oder Distanzgebote, namentlich bei Grundrechtseingriffen. Andererseits entstehen aber auch Handlungsgebote: Generierung von Ideen und Initiativen und deren Vermittlung quer über die Grenzen von Staat, Staatsorganen, Parteien und Wählern hinweg. Inhaltlich geht es um Erklärung, Rechtfertigung, Werbung um Unterstützung und Suche nach Legitimation. Ihr Ziel ist die Unterstützung des politischen Kurses der Kabinette durch Ministerien, Koalitionen, Fraktionen und Abgeordnete, Parteien, Medien und Verbänden, Bürgerinnen und Bürgern als Wähler. Dabei geht es um die Zustimmung derer, die nicht distanziert sein sollen, sondern am Ende abstimmen dürfen und möglichst zustimmen sollen. Die Währung der Politik ist hier zentral, aber nicht allein die Stimme: Schon vor dem Wahlgang geht es um Akzeptanz, günstigenfalls um Unterstützung und (Mit-)Verantwortungsübernahme für die Regierungsziele auch in Abgrenzung etwa zu den Oppositionsanliegen. In diesem *Wettbewerb um Ideen und ihre Verwirklichung* steht auch die Regierung neben anderen und gegen Akteure. Sie muss die Überlegenheit ihrer Ziele und Maßnahmen auch gegen oppositionelle Kritik darlegen. Dies setzt Handlungsfähigkeit und Handlungsmöglichkeiten auf allen Seiten voraus – nicht nur der Regierungskritiker, sondern auch der Regierung. Distanz und Unterlassen sind keine Formen der Wettbewerbsteilnahme, sondern des Fernbleibens von ihm. Eine gegenüber den eigenen Plänen neutrale Regierung wäre nicht Teil der demokratischen Konkurrenz, sondern ein Fremdkörper in ihm. Wettbewerb bedarf mehrerer Teilnehmer, die vorhanden, bereit und handlungsfähig sind, gegeneinander anzutreten.

III. Regierungskommunikation im demokratischen Wettbewerb

1. Zwischen Legitimation und Akzeptanzbeschaffung: Der Kreislauf der politischen Kommunikation

Der Auftrag der Regierungen ist zentral ein politischer. Und ihr Handeln steht unter den vom GG konstituierten Bedingungen des Politischen. Dies gilt für alles Regierungshandeln, auch für deren – explizit nur schwach regulierte – Kommunikations- und Öffentlichkeitsarbeit im demokratischen Wettbewerb.

Dass der Regierung eine Öffentlichkeitsfunktion auch über die bereits erwähnt „streitbare Demokratie“ hinaus⁴⁷ zukommt, ist im GG anerkannt.⁴⁸ Ihre Aufgaben zielen zentral „auf die in einer Demokratie wichtige Gewinnung politischer Legitimation“ und umfassen auch „die Mitwirkung an der Erfüllung konkreter öffentlicher Aufgaben ... auch durch die Verbreitung von Informationen.“⁴⁹ Das gilt auch für Öffentlichkeitsarbeit mit politischen Inhalten.⁵⁰ Dabei geht es zunächst um Herstellung, Erhaltung und Wahrung des demokratischen Grundkonsenses durch Erklärung und Begründung der Tätigkeit demokratischer Organe. „Regierung und gesetzgebende Körperschaften (sollen) der Öffentlichkeit ihre Politik, ihre Maßnahmen und Vorhaben sowie die künftig zu lösenden Fragen darlegen und erläutern.“⁵¹ Angesichts der Komplexität gesellschaftlicher Problemlagen, politischer Herausforderungen und Lösungsvorschläge sowie möglicher Alternativen seitens der Opposition oder Betroffener sollten die Bürger von Sachfragen, getroffenen Maßnahmen und deren Folgen genügend wissen, um sie beurteilen, billigen oder missbilligen zu können. So soll das Bewusstsein der Menschen wachgehalten werden, selbst die Gestaltung der für alle verbindlichen Rechtsordnung beeinflussen und an politischen Willensbildungs- und Entscheidungsvorgängen teilnehmen zu können. Es geht auch darum, Politik, demokratisches Handeln sowie das Engagement der Menschen für die und in der Demokratie interessant zu machen und zu halten. Dieser kommt im Staat nebeneinander eine Teilhabe-, eine Legitimations- und eine (Grund-)Konsensfunktion zu.⁵² In diesem Sinn verläuft *politische Willensbildung in der Demokratie* nicht eindimensional „von unten nach oben“, sondern *im Sinne eines Kreislaufs zwischen Wählern, Kandidaten, Gewählten und Amtsinhabern*.⁵³ Die Staatsgewalt geht zwar vom Volk aus. Doch

47 Nur angedeutet werden kann hier die Frage, ob daneben auch ein öffentlich-rechtlicher Identitäts- oder „Marken“-Schutz als Kommunikationsauftrag angesehen werden kann. Wenn Minderheiten die Bezeichnung „Deutschland“ oder „Düsseldorfer“ für minoritäre Anschauungen beanspruchen, so kann es immerhin naheliegen, dass die mehrheitlich gewählten Repräsentanten solcher Körperschaften deutlich machen, dass jene Beanspruchung nicht der Haltung der Wählermehrheit und der von ihnen Gewählten entspricht. Dazu kann als vergleichsweise mildes Mittel zählen, die Mehrheitsauffassung öffentlich zum Ausdruck zu bringen und sie der Inanspruchnahme des (gesamten) Gemeinwesens für jene Minderheitsauffassung entgegenzuhalten. Dass die politische Standortbestimmung einer Großstadt unter dem Motto „Düsseldorfer Bürgerinnen und Bürger für Demokratie und Vielfalt – Mit rheinischer Toleranz gegen Ausgrenzung und Hass“ zulässig sein kann, liegt nahe. Dass einer solche Positionierung ausgerechnet dann unzulässig werden soll, wenn eine verschwindende Minderheit für die (ganze) Stadt das Gegenteil postuliert, ist schwerlich erklärbar. Dies entspricht allerdings nicht ganz dem Sachverhalt von BVerwG, JZ 2018, 357, wo nicht von „Düsseldorf“, sondern von „Düsseldorfern“ die Rede war. Ob daraus Unterschiede herzuleiten sind und welche dies sein können, bedarf weiterer Klärung.

48 BVerfGE 105, 252, 271.

49 BVerfGE 105, 252, 268.

50 Grundlegend BVerfGE 44, 125, 139 ff, 147 ff (dort auch zum folgenden); Überblick bei *Hufen*, LKRZ 2007, 41 ff.

51 BVerfGE 44, 125, 147.

52 Überblick bei *Hufen*, LKRZ 2007, 41, 42 ff. m. Nachw.

53 Dieses Modell ist gegenüber den empirischen Befunden zur politischen Kommunikation eher eine – noch zulässige – Vereinfachung; zum Ganzen jüngst *Ingold*, DSt 2017, 491, 493 ff.

existieren Staat und Volk weder politisch noch rechtlich in unterschiedlichen Sphären. Und zwischen ihnen besteht nicht bloß Distanz, sondern eine Vielzahl politischer und rechtlicher Verknüpfungen in beide Richtungen.

Ein so verstandener Öffentlichkeitsauftrag trifft die öffentlichen Hände namentlich dann, wenn im gewaltenteilenden Staat die Mitwirkung anderer Staatsorgane, im demokratischen Staat die Zustimmung der Wähler erlangt werden muss. Begründungs- und Argumentationsnotwendigkeiten setzen aktive Einwirkung auf und Teilhabe am politischen Prozess voraus. Staatsorgane, Amtsträger und Parteien sind nicht darauf verwiesen, die Willensbildung des Volkes und im Volk passiv abzuwarten. Vielmehr müssen und dürfen sie wegen ihrer genannten Funktionen auf diese Willensbildung einwirken und an ihr teilnehmen. Das gilt umso mehr, als der Pluralismus des Volks sich im Staat ansatzweise fortsetzt. Auch er ist keine politische Einheit, sondern handelt in einer Kakophonie politisch unterschiedlich ausgerichteter Bundes- und Landesregierungen, Mehrheits- und Minderheitsparteien, Koalitions- und Oppositionsabgeordneten. Die einen kritisieren, weil sie nicht die Regierung stellen. Und die anderen müssen legitimieren, wie und warum „ihre“ Regierung handelt. Wer sich im Wettbewerb der Politiken durchsetzen will, muss sich der Kritik stellen, darf und muss aber auch Kritiker selbst kritisieren. Dies setzt Parteinahme der Regierung voraus, und zwar auch und gerade in der Öffentlichkeit. Sie ist Teil des Auftrags (auch) von Regierungen, Ministerpräsidenten und Ministern:⁵⁴ Sie bedürfen dazu keiner Berufung auf Grundrechte, sondern üben Rechte aus, die ihnen amtlich zugewiesen sind. Unterstützung eigener Initiativen, Entgegennahme von Kritik und Auseinandersetzung mit Kritikern zählen zum Recht der Regierung und ihrer Mitglieder.

2. Politische Kommunikation zwischen rationaler Erklärung und politischer Akzeptanzbeschaffung

Regierungen gelangen in ihr Amt, weil sie von gewählten Parteien im Parlament gewählt worden sind.

Ihr Auftrag und ihr Sinn liegen darin, ein politisches Programm umzusetzen, für welches Regierungspolitiker vielfach als Parteipolitiker angetreten sind, in der Wahl gewählt worden sind und für dessen Umsetzung sie spätestens in der nächsten Wahl Rechenschaft abzulegen haben. Regierungen werden gewählt und unterstützt, weil sie parteipolitisch aufgegebenen Zielsetzungen verfolgen. Und sie werden aus demselben Grund kritisiert, eben weil sie von den sie tragenden Parteien gewählt sind und weil sie deren Programm vertreten. Kanzler und Minister müssen daher politisch (Regierungs-)Partei ergreifen, um Vorhaben, für die sie gewählt worden sind und die vielfach der Programmatik „ihrer“ Parteien im Wahlkampf entsprachen, realisieren zu können. Zugleich werden Regierungen aber notwendigerweise auch deshalb politisch angegriffen, weil sie parteipolitisch gewählt worden sind, (auch) parteipolitisch motivierte Programme entwickeln und diese durchzusetzen versuchen. *Opposition bedeutet in diesem Sinne nicht allein das Recht zu Alternativen und politischer Auseinan-*

54 Hufen, LKRZ 2007, 41, 43: „...erschien dem BVerfG (1977) seinerzeit aber die Öffentlichkeitsarbeit der Regierung wohl eher als Störung des vom Volk zum Staat gehenden Informations- und Willensbildungsprozesses denn als dessen notwendiger Bestandteil.“

dersetzung mit der parlamentarischen Mehrheit, sondern gerade auch mit der parlamentarisch gewählten Regierung.⁵⁵ In diesem Sinne ist die Regierung angreifbar schon deshalb, weil sie eine parlamentarische ist und einen Spiegel nicht der ganzen Volksvertretung, sondern allein ihrer jeweiligen Mehrheiten darstellt. Spätestens so ist sie Teil des Wettbewerbs und nicht mehr dessen Schiedsrichter. Dieser Logik kann sie auch nicht entkommen. Wer in sachpolitischen Fragen Stellung nimmt, nimmt nahezu notwendig auch in parteipolitischen Fragen Stellung. Wer sich gegen Flüchtlingsaufnahme äußert, wendet sich auch gegen CDU und SPD, die dies im Jahr 2015 in der Regierung zugelassen haben und partiell weiterhin zulassen – wer hingegen dafür ist, äußert sich gleichfalls in parteipolitisch aufgeladenen Fragen. Und wer gegen Risiken von Gewalttätigkeiten anlässlich bestimmter Versammlungen Stellung nimmt, kann damit auch Parteien treffen, welche solche Veranstaltungen initiieren oder unterstützen.⁵⁶

Solche Diskurse sind weder notwendig rational noch per se sachlich. Regierungen sind angreifbar, weil sie Parteien entstammen und parteipolitisch motivierte Programme durchsetzen sollen. Oppositionsparteien und außerparlamentarische Gruppen sind berechtigt, dem Alternativen entgegensetzen, deren Vorzugswürdigkeit zu behaupten und auf aus ihrer Sicht absehbare Nachteile der Mehrheitspolitik hinzuweisen. Dabei sind sie nicht verpflichtet, die Überlegenheit ihrer Minderheitsideen nachzuweisen. Sie brauchen diese lediglich zu behaupten – ebenso wie tatsächliche oder vermeintliche Mängel der Regierungsarbeit. Der Test auf die Tauglichkeit eines Rezepts bleibt Chance und Risiko der Kabinette und der Mehrheiten. Und da die Vorzugswürdigkeit der einen oder anderen Alternative nicht stets überparteilich „rational“ festgestellt werden kann, sondern auch in Relation zu wertenden Zielvorstellungen und Parteiprogrammen beurteilt werden muss, unterliegt diese Diskussion gleichfalls nicht allein Rationalitätsbedingungen, sondern steht in der Logik des politischen Wettbewerbs. Dort geht es um Mehrheitserlangung, Mehrheitserhaltung und ggf. –absicherung zu Beginn wie auch während der Amtszeit im engeren Sinne im Parlament und im weiteren Sinne zugleich unter den Wählern.

Und dort sind „Neutralität“ und „Sachlichkeit“ eine, aber eben auch nur eine Qualität der politischen Diskussion. Im Gegenteil: *Werbung um Akzeptanz ist immer auch Werbung, also mehr und anderes als rationales Erklären.* Sie umfasst auch Mobilisierung, Auseinandersetzung mit den Mitteln von Zuspitzung, Übertreibung und Begleitprogramm.⁵⁷ Das gilt umso mehr, als in der Politik niemand verpflichtet ist, seine Auffassungen, Interessen und Wahlentscheidungen neutral oder rational zu begründen. Das gilt für Wählerinnen und Wähler (Art. 5; 38 Abs. 1 S. 1 GG) ebenso wie für Abgeordnete (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG). Was „rational“ überlegen ist, kann politisch dennoch unterliegen. Umgekehrt ist in der Politik auch nicht alles irrational. Doch zeigt schon die Vielfalt der dazu vertretenen Rationalitätskonzepte,⁵⁸ dass es dort „die“ rationale Lösung nicht gibt. Im Streit stehen dann nicht nur Rationalität und Ir-

55 BVerfGE 142, 25, 57 ff (Rn 90, 99 ff); Ingold, Das Recht der Oppositionen, 2015, S. 210 ff. Zutr. BerlVerfGH, U. v. 4.7.2018, VerfGH 130/17.

56 THVerfGH, ThVBI 2016, 281, 283.

57 RPVerfGH, NVwZ 2007, 200.

58 Überblick bei Steinbach, Rationale Gesetzgebung, 2017, S. 205 ff und pass.

rationalität, sondern unterschiedliche Rationalitäten: Dessen Lösung kann keine allein und ausschließlich „rationale“ sein.

Dies geschieht unter den Bedingungen medial hergestellter und vermittelter *Aufmerksamkeitskonkurrenz*. Politischer Wettbewerb ist Wettbewerb um Aufmerksamkeit der Medien und zwischen diesen um Aufmerksamkeit der (auch zahlenden) Nutzer. Weder Bürger noch Organisationen noch Medien noch Parteien sind darauf verwiesen, ausschließlich neutrale Informationen zu verwenden. Aufmerksamkeit erhalten eher Aussagen, welche interessant oder interessant gemacht sind. Dazu zählt ihre Aufmachung durch Verknappung, Zuspitzung, Konfrontation und Polemik. Dazu zählt weiter die Einbettung der Informationen in interessant gemachte Artikel oder Umfelder, welche an Gefühle, Wertungen oder Interessen appellieren. Dies können etwa sprachliche Effekte wie Ironie, rhetorischer Glanz, Vereinfachung oder Verflachung sein, aber auch Effekte wie Personalisierungen oder Homestories. Extremformen mit besonderem Wahrnehmbarkeitswert sind unwahre Tatsachenbehauptungen, Tabubrüche oder Polemik.⁵⁹ Sie können die Wirkung der Informationen verstärken. Dadurch können sie die Aufmerksamkeit für so aufgemachte Inhalte begründen oder verstärken und so in der Überflussesgesellschaft der Informationen und Meinungen Vorteile verschaffen. Und diese werden von und in Medien regelmäßig genutzt. Selbst die „seriöseste“ Berichterstattung kommt ohne solche Effekte nicht mehr aus. Sie sind nicht allein Folgeerscheinungen von Populismus, sondern auch der etablierten Politik und der Mediengesellschaft.

3. Staatsleitung (auch) als Mehrheitssicherung: Regierung im politischen Wettbewerb

Alle diese Mittel stehen der Opposition, Parteien, Medien und Bürgern offen. Nur der Regierung nicht?

Sie soll im Wettbewerb um Aufmerksamkeit und Überzeugungskraft darauf festgelegt werden, neutral zu bleiben und eine mögliche Unterstützung allein den sie tragenden Parteien und Wählern zu überlassen. Ist sie also doch nur Zuschauer oder Schiedsrichter im demokratischen Wettbewerb? Hört also das Recht der Regierung, ihren Kurs auch publizistisch zu vertreten, auf, wenn dieser in parteipolitische Kritik gerät?

Die Demokratie als Wettbewerbsordnung lebt auch von Rede und Gegenrede. Eine Regierung, die ihren eigenen Kurs vertritt und publizistisch vertreten darf, muss sich mit den politischen Wertungen ihrer Kritiker auseinandersetzen und dazu ihrerseits politische Positionen beziehen. Kommt diesen über sachliche Gesichtspunkte hinaus auch ein wertender Gehalt zu, so ist auch die Regierung kraft ihrer verfassungsrechtlichen Stellung Teil des politischen Prozesses und darauf verwiesen, in jenem Prozess Stellung zu beziehen⁶⁰ und dabei im doppelten Sinne des Wortes „Partei zu ergrei-

59 Für deren Zulässigkeit BVerfGE 82, 272, 282; 60, 234, 241; 54, 129, 139; BGHSt 36, 85.

60 So für Rheinland-Pfalz RPVerfGH a.a.O., S. 667: „grundsätzlich nicht nur verfassungsrechtlich zulässig, sondern auch notwendig“ (Nachw.).

fen“.⁶¹ Sie wird also selbst ihre eigenen Wertungen offenlegen und vertreten müssen. Und umgekehrt gilt: Wer sich gegen die Politik der Regierung, der sie tragenden Parteien oder Mehrheiten mit eigenen Stellungnahmen exponiert, muss sich auch auf Kritik an den eigenen Positionen gefasst machen. Auch für Parteien oder die Opposition enthält das GG kein Recht, „nur so von anderen dargestellt zu werden, wie sie gesehen werden möchte oder wie sie sich selbst sieht“.⁶² Würde man dies anders sehen, ergäbe sich verfassungsrechtlich eine asymmetrische Diskussionslage: Oppositionspolitiker wären berechtigt, mehrheits- oder regierungskritische Auffassungen in den politischen Prozess einzubringen, zu vertreten und sich gegen Kritiker zu wenden. Die so kritisierten Regierungspolitiker wären dagegen bloß Adressaten jener Oppositionstätigkeit, hinsichtlich ihrer eigenen Maßnahmen und Stellungnahmen durch das Neutralitätsgebot beschränkt. Kritik an der Regierung ist nahezu unbegrenzt zulässig. Wenn schon ein Richter hinnehmen muss, dass seine Tätigkeit mit Roland Freisler u.a. deshalb verglichen wird, weil er „von Berufs wegen in der Lage und auch gehalten ist, überpointierte Kritik an seiner Arbeit auszuhalten“,⁶³ was muss dann erst ein Regierungsmitglied hinnehmen, welches – anders als der Richter – zumeist aus dem politischen Meinungskampf hervorgegangen ist? Und welches gerade deshalb kritisiert wird, weil es an der Regierung teilnimmt, deren Politik umzusetzen sucht und dafür Unterstützung bzw. Akzeptanz sucht! Während der Kritik an der Regierung freie Bahn eingeräumt wird, ist die Regierung selbst von der Möglichkeit einer vergleichbaren Antikritik ausgeschlossen. Eine derartige Prämie auf parlamentarische und außerparlamentarische Oppositionstätigkeit enthält das GG jedoch nicht.⁶⁴

Wenn also auch Regierungen im demokratischen Wettbewerb stehen, könnte ihre rechtliche Benachteiligung nur dann gerechtfertigt werden, wenn sie einen andernorts bestehenden Vorteil auszugleichen notwendig und geeignet wäre. Ein solcher Vorteil könnte darin liegen, dass sie die Regierung ist und deshalb mittels Einsatzes von Steuergeldern und amtlicher Öffentlichkeitsarbeit einen publizistischen Bonus erlangen würde. Den hat die Rechtsprechung nicht zuletzt darin gesehen, dass amtliche Stellungnahmen eine erhöhte Richtigkeitsvermutung und daher einen Vertrauensbonus in der Öffentlichkeit beanspruchen könnten,⁶⁵ welcher der Opposition mangels Regierungseigenschaft notwendigerweise fehle. Unter dieser Prämisse wäre das Vorrecht der Minderheiten im politischen Meinungskampf ein gewisser Ausgleich für ihre aus der fehlenden Regierungsbeteiligung resultierende Benachteiligung. Aber besteht jener Nachteil wirklich? Und besteht er auch für die Regierung? Sie steht wegen ihrer politischen Ideen, Projekte und Taten in besonderer Kritik, weil ihr Handeln denjenigen politischen Ideen folgt, für welche sie angetreten und gewählt ist. Diese

61 Ganz in diesem Sinne fordert *Krüper*, JZ 2015, 414, 417, die „rechtliche Skepsis gegenüber der parteipolitischen Natur von Regierungsarbeit abzulegen und die Bundesregierung und ihre Mitglieder als grundsätzlich legitime Akteure eines Parteienwettbewerbs zu begreifen.“

62 BVerfGE 105, 252, 266.

63 OLG München, DVBl 2017, 979, 980 f.

64 BVerfG, NJW 2015 a.a.O., Rn. 52. Zur Opposition jüngst BVerfGE 142, 25, 60 (Rn 96 ff), wo die Gleichberechtigung parlamentarischer Mehr- und Minderheiten im Vordergrund steht.

65 BVerfGE 105, 252, 268 ff.

Kritik ist eine Folge und ein Korrektiv ihrer gerade aus ihren Ämtern folgenden besonderen Aufgaben. *Im politischen Meinungskampf folgen aus Regierungsämtern und –tätigkeit daher sowohl Vor- als auch Nachteile*: Spezielle Handlungsmöglichkeiten, aber auch eine spezielle Exposition gegenüber oppositionellen Gruppierungen und Interessen. Gerade im Wettbewerb der Ideen und Meinungen ist Regierung demnach Vor- und Nachteil zugleich. Insbesondere entsteht kein einseitiger, irgend kompensationsbedürftiger Vorteil.

Der andere Grund einer Benachteiligung für die Regierung könnte noch darin liegen, dass für sie eine Verteidigung gegen Kritik der Opposition gar nicht nötig wäre. Das wäre der Fall, wenn in einer Auseinandersetzung die Regierung auf eine Doppelrolle ihrer Mitglieder (auch) als Parteipolitiker verwiesen werden kann und diese – oder die sonstige Unterstützung durch Mehrheits- oder Koalitionsparteien – ausreichen würde. Hierzu gibt es inzwischen eine differenzierte Kasuistik.⁶⁶ Dafür spricht aber nicht viel. Es gibt kein zwingendes Gebot, dass Regierungsmitglieder zugleich Parteipolitiker sind. Und oftmals basieren Regierungen auf Koalitionsvereinbarungen, welche zwischen mehreren Parteien geschlossen worden sind. Damit lösen sie sich notwendigerweise vom Kurs der einzelnen Koalitionsparteien und sind auf Kompromisse zwischen ihren unterschiedlichen Parteiprogrammen verwiesen. Diese Kompromisse müssen zunächst einmal in den Mehrheitsparteien vertreten und durchgesetzt werden. Diskrepanzen zwischen dem Kurs der Koalitionsparteien und der von ihnen hervorgebrachten Regierungen sind keine Ausnahme, sondern eher die Regel. Die Absicherung des Regierungskurses bedarf in solchen Fällen, ohne ihre parteipolitische Basis zu verlieren, einer gewissen Distanzierung auch von den Zielen parlamentarischer Mehrheiten. Und hierzu bedarf sie ihrer eigenen publizistischen Darstellung und Erklärung. Schon deshalb können Regierungspolitiker nicht stets zugleich und ausschließlich als Parteivertreter agieren. Sie sind erklärungsbedürftig nicht bloß als Parteipolitiker, sondern auch gegenüber „ihren“ und allen anderen Parteien. Hier die Balance zu halten zwischen der Sicherung der eigenen Basis und der Anpassung ihrer Forderungen an Koalitions-, Konsens- und Kompromissnotwendigkeiten einerseits sowie der Abschirmung gegen Oppositionskritik andererseits. Dies ist eine zentrale Aufgabe parlamentarischer Regierungen. Und was für die Koalitionsparteien gilt, gilt auch für die Wähler: Auch ihre Unterstützung für die Regierungspolitik muss regelmäßig neu gewonnen, stabilisiert und erhalten werden. Schon deshalb muss die Regierung berechtigt sein, ihre Projekte und die ihnen zugrundeliegende Politik zu vertreten, sich mit ihren Kritikern auseinander zu setzen und ihrerseits Kritik an den Kritikern zu üben.⁶⁷

*Neutralität kann jedenfalls nicht der Normal-, der Regelfall des Regierens sein.*⁶⁸ Darin mag ein Unterschied zwischen der Regierung und den Beamten bestehen: Für

66 Grundlegend RPVerfGH, NVwZ-RR 2014, 665, 667 f; BVerfG, NVwZ 2015, 209, Rn. 54; ThVerfGH, ThVBl 2016, 273, 275; 281, 282. Krit. zu jenen Differenzierungen etwa *Tanneberger/Nemeczek*, NVwZ 2015, 215 f; *Mandelartz*, DÖV 2015, 326, 328.

67 Für den Bund BVerfG, NVwZ 2015 a.a.O., S. 214: „Die Mitglieder der Bundesregierung sind regelmäßig in den politischen Meinungskampf einbezogen“.

68 Nur am Rande sei erwähnt: Dass Neutralität als politische Pflicht der Regierung jedenfalls nicht dem Politikkonzept *C. Schmitts* entlehnt sein kann, liegt auf der Hand. Wenn er die Dissoziation von Freund und Feind als dessen Grundlage ansah, mussten die maßgeblichen

sie ist die Legitimation aus und Wirkung auf Parteien und Wähler regelmäßig keine Dienstaufgabe.

IV. Wettbewerbsregeln politischer Kommunikation zwischen Regierung und Opposition

Viel näher liegt die Annahme: Demokratie als politischer Wettbewerb von Ideen, Interessen und Handlungen setzt Wettbewerbsregeln voraus. Demokratie als geistige Vielfalt, Reden und Gegenrede, politische Konkurrenz und Meinungsvielfalt, welche die gleichen Chancen aller Seiten begründet, bei den Bürgern anzukommen und hier mehr oder weniger zu überzeugen. Deren Ziele ist Vitalisierung und Aktivierung von Politik auf allen Seiten, nicht allein auf Seiten der Regierungsgegner. Hier ist die Regierung nicht Schiedsrichter, sondern Mitspieler. Es geht also nicht um ihre Fernhaltung vom Wettbewerb, sondern ihre Einbringung in ihn. Doch bedarf gerade dies angemessener Regeln.

1. Allgemeine rechtliche Regeln der Regierungsteilnahme am Wettbewerb

Politik und Recht sind im demokratischen Verfassungsstaat keine Gegensätze mehr.⁶⁹ Der Wettbewerb zwischen Regierung und Oppositionen⁷⁰ ist auch nicht frei von Regeln. „Staatspropaganda“ ist auch als Regierungspropaganda unzulässig.⁷¹ Grundsätzlich lassen sich unterschiedliche Modelle zu deren Verhinderung denken: Z.B. Pluralisierung der Politik durch Zusammensetzung von Kollegialorganen nach den Grundsätzen von Parität oder Proporz, die allerdings eher in Selbstverwaltungskörperschaften anzutreffen ist, auf das parlamentarische Regierungssystem hingegen allenfalls unter den in Deutschland nicht vorhandenen Bedingungen einer Konkordanzdemokratie anwendbar wäre.

Dem Wettbewerbssystem des Grundgesetzes entspricht eher ein *Modell von Rede und Gegenrede*: Auf Stellungnahmen der Regierung kann regelmäßig eine solche, zu meist anders gerichtete der Opposition erfolgen. Das Recht auf Kritik und das Recht auf Widerspruch gegen Kritik zählen für alle Seiten zu den Teilnahmebedingungen. Wo und wenn sich die Regierung äußert, dürfen sich auch die Oppositionen äußern. Dann bedeutet Wettbewerbsteilnahme der Regierung auch das Recht, einer Kritik der Opposition ihre eigene Position entgegenstellen zu dürfen. Wettbewerbsgleichheit durch Chancengleichheit besagt dann zugleich: *Was die Opposition darf, darf auch die Regierung* – mehr nicht! Ziel des Rechts des politischen Prozesses kann und sollte

Handlungsformen Konflikt, Auseinandersetzung, Debatte und Kontroverse sein. Neutralitätspflichten hätten dabei tendenziell entpolitisierend gewirkt.

69 Zu früheren Diskussionen Kutscher, Politisierung oder Verrechtlichung?, 2016; Gusy, in: Frevert/Haupt (Hg.), Neue Politikgeschichte, 2005, S. 166.

70 Dazu Ingold, Oppositionen, 2016, S. 329 ff u. pass.

71 Zum Thema allgemein Oppelland (Hg.), Propaganda als (neue) außen- und innenpolitische Herausforderung, 2018; zu deren kommunikationsrechtlichen Regeln und Grenzen Ingold ebd., S. 81.

im Konkurrenz- und Wettbewerbsmodell des demokratischen Pluralismus nicht sein, eine Seite davon auszuschließen; sondern vielmehr, Chancengleichheit durch Recht und im Recht zu sichern.

Deshalb bedarf jener kommunikative Wettbewerb einer Regulierung. Dass hier die Regierung infolge ihrer besonderen Ausstattung mit Behörden und Finanzmitteln zugleich verbesserte Kommunikationschancen haben kann, liegt nahe. Umso wichtiger ist daher die Einhaltung der allgemeinen Regeln kommunikativen Wettbewerbs und zusätzlich einiger Sonderregeln (dazu 3). Sie müssen sicherstellen, dass der Wettbewerb der politischen Ideen zur Austragung gelangen kann, die überlegenen Ressourcen der Regierung nicht zugleich in eine politische und rechtliche Dominanz einmünden. Dass Rechtsgleichheit nicht zwingend gleichbedeutend ist mit Chancengleichheit, ist Ausgangspunkt der besonderen Minderheits- und Oppositionsrechte in Parlamenten⁷² und im Parteienrecht. Solche Sonderregeln verzerren die Wettbewerbsgleichheit nicht, sondern stellen sie erst her.

Das Modell des demokratischen Wettbewerbs muss daher allen politischen Richtungen in ihrer je besonderen Situation als Mehrheiten, Koalitionen, Regierung oder Minderheiten Rechnung tragen. Es geht primär um die Erhaltung des politischen Pluralismus über die unterschiedlichen Rollenverteilungen im Staat hinaus. Dazu ist zunächst an die allgemeinen Regeln zu erinnern. Soweit keine zwingenden Sonderregelungen erkennbar sind, gilt das allgemeine Kommunikationsrecht unabhängig von seiner Herkunft aus dem Bürgerlichen und dem Strafrecht auch hier: Das Verbot von Schmähkritik und übler Nachrede gilt wie im politischen Leben auch;⁷³ ähnliches gilt für den Beleidigungstatbestand unter den besonderen Bedingungen des § 193 StGB. Für die Regierungsarbeit gelten zudem die allgemeinen Grundsätze des Informations- und des Datenschutzrechts. Teilnahme am politischen Wettbewerb ist kein rechtfertigender Grund für Grundrechtseingriffe in die Rechte Dritter außerhalb der Kommunikationstätigkeit selbst. Hierzu stehen der Opposition besondere Befugnisse nicht zur Verfügung, sie können also auch der Regierungsseite nicht zugesprochen werden.

Als eine Grundregel parlamentarischer Auseinandersetzungen zwischen Mehrheit und Minderheit hat das BVerfG schon früher das Gegenschlagsrecht genannt.⁷⁴ Wer das Verhältnis von Regierung und Opposition als Wettbewerbsrecht sieht, wird die Ablehnung von dessen Übertragung auf das Verhältnis zwischen Regierung und Oppositionsparteien nicht so strikt annehmen müssen, wie es das BVerfG jüngst tat.⁷⁵ Austragungsmodus des demokratischen Wettbewerbs der Ideen ist das *Konzept von Rede und Gegenrede* – oder anders ausgedrückt: von Schlag und Gegenschlag. Er ist nicht allein eine Figur des Straf- oder Zivilrechts,⁷⁶ sondern schon früher vom BVerfG auf Debatten in Repräsentationsorganen angewandt und damit für das öffent-

72 BVerfGE 142, 25, 57 ff (Rn 90, 99 ff), wo auch das Verhältnis zwischen Regierung und Opposition in den Blick genommen wird.

73 Dagegen zu Recht BVerfG, NJW 2009, 749; 2008, 2425; 2006, 3769 m. w. Nachw.

74 BVerfG, DVBl 2009, 242, 243. Der Beschluss stammt vom Ersten, nicht vom in Neutralitätsfragen führenden Zweiten Senat.

75 BVerfG, JZ 2018, 403, 406 (Rn 60).

76 Dazu etwa *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG I, 3. A., 2013, Art. 5 Rn 290 (Nachw.). Dieses Recht hat nicht allein straf- und zivilrechtliche, sondern auch verfassungsrechtliche Bedeutung.

liche Recht anerkannt.⁷⁷ Existenz- und Handlungsbedingungen parlamentarischer Regierungen hätten es nahe gelegt, diese davon nicht auszuschließen,⁷⁸ sondern sie dort zu integrieren.

2. Besondere rechtliche Regeln der Regierungsteilnahme am politischen Wettbewerb

Wenn die Regierung im politischen Wettbewerb nicht stets neutral sein kann und auch nicht muss, so stellt sich doch die Frage: Gibt es besondere verfassungsrechtliche Grenzen, nach denen sie in bestimmten Einzelfällen besonderen Schranken unterliegt. Eine *formelle Grenze* ist gewiss die Kompetenzverteilung: Kein Ministerium darf mittels amtlicher Öffentlichkeitsarbeit seine Kompetenzgrenzen überschreiten.⁷⁹ Doch ungeachtet der im Staatsorganisationsrecht vielfach postulierten Eindeutigkeit und Klarheit sind diese Grenzen poröser, als es auf den ersten Blick scheinen mag. Ausgangspunkt ist gewiss die Ressortzuständigkeit der Häuser. Dass Kabinettsmitglieder sich aber auch zu Fragen außerhalb ihres Ressorts äußern dürfen, ergibt sich nicht allein im Falle einer Berührung ihrer je eigenen Ressortzuständigkeit. Dass der Außenminister sich zur Flüchtlingsabweisung an der Grenze auch dann äußern darf, wenn die Verordnungszuständigkeit beim Innenminister liegt, ist schon wegen der damit verknüpften außenpolitischen Folgewirkungen naheliegend. Ein weiter reichendes Äußerungsrecht ist zudem in Art. 65 S. 3 GG angelegt: Das Kabinettsprinzip setzt ein grundsätzliches Mitwirkungsrecht aller Regierungsmitglieder an allen Regierungsaufgaben voraus. Daraus ergäbe sich dann auch ein Äußerungsrecht etwa eines Gesundheitsministers zur Grundsicherungsfragen. Dass hier im Einzelfall Zuordnungsschwierigkeiten liegen können, liegt auf der Hand und stellt sich insbesondere als Herausforderung an die Tätigkeit der Häuser in den sozialen Medien dar. Konkretere rechtliche Grenzen ergeben sich aus bundesstaatlichen Zuständigkeitsregeln, sofern keine ebenenübergreifenden Überschneidungen erkennbar sind. Hier vermehrt die Formenvielfalt der Politikverflechtung im kooperativen Bundesstaat mit Selbstverwaltungskörperschaften zugleich die potentiell involvierten Diskussionsebenen und –zuständigkeiten. Eine klare Grenzziehung ist dann kaum möglich: Wo mehrere (mit-)zuständig sind, dürfen auch mehrere mitdiskutieren. Ein Landessozialminister darf sich auch zur Höhe der Grundsicherung positionieren. Das Land ist für daraus resultierende Vollzugs- und Folgeaufgaben mitverantwortlich und im Bundesrat an der Sozialgesetzgebung mitwirkungsberechtigt. Und (mitzuständige) Bundesminister dürfen sich zu Vollzugs- und Folgefragen der Grundsicherung auch in einzelnen Ländern positionieren, schließlich geht es um ein auch dem Bund zugewiesenes Politikfeld. Ein Landesminister, der u.a. für Migration zuständig ist, darf sich zu Demonstrationen gegen die Flüchtlingsaufnahme und –unterbringung äußern.⁸⁰ Ein Ministerpräsident, der für die Richtlinien der Politik zuständig ist, ist auch für deren öffentliche Vertretung, Durchsetzung und Diskussion unter den politischen Zuständen im Land in

77 BVerfG, DVBl 2009, 242, 243.

78 So aber BVerfG, JZ 2018, 403, 406 (Rn 60).

79 BVerfG, JZ 2018, 403, 408 (Rn 76 f); schon früh BVerfGE 44, 125, 149.

80 ThVerfGH, ThVBl 2016, 281 m, 283 ff.

weitem Umfang verantwortlich.⁸¹ Und ein gewählter Oberbürgermeister ist gleichfalls verantwortlich für die Frage, wofür die von ihm geleitete Stadt und ihr Name stehen. Diesbezügliche Diskussions- und Kommunikationsrechte stehen dort nicht nur den Minderheiten, sondern auch den Mehrheiten und ihren gewählten Vertretern zu.⁸² Aller offenen und noch klärungsbedürftigen Einzelfragen zum Trotz: Das Wanka-Urteil des BVerfG wäre daher im Ergebnis mit der hier vertretenen Auffassung vereinbar: Bildungspolitische Zuständigkeiten des Bundes bestehen für eine in Brandenburg stattfindende Versammlung nicht. So nahe dieses Ergebnis liegt, so greift doch die weiter ausholende Begründung des BVerfG zur allgemeinen parteipolitischen Neutralität im Urteil zu weit: Sie war für das Ergebnis schlicht nicht nötig.

Daneben kann es Rechtsnormen geben, welche zwar kein allgemeines Neutralitätsgebot, wohl aber *besondere materielle Neutralitätsregeln* enthalten. Dies kann der Fall sein, wenn die Regierung sich zur Materien äußert, welche besonderen Gleichheitsregeln unterliegen und so Rechtsnormen ein bestimmtes System von Chancengleichheit formulieren, welches Interventionen von außen im konkreten Fall untersagen. Klassisches Beispiel ist der Wahlkampf und die in ihm angeordnete besondere Chancengleichheit der Kandidaten und Parteien (Art. 38 GG). Diese ist durch besondere Gleichbehandlungsgebote, Chancengleichheit und Benachteiligungsverbote einem spezifischen Regime unterworfen, welches vom BVerfG als grundgesetzkonform anerkannt ist. Es geht davon aus, dass die Regierung sich vor dem und im Wahlakt⁸³ der Parteinarbeit enthält, insbesondere nicht einzelne Parteien mit Finanzmitteln und amtlichen Stellungnahmen unterstützt. Dies ist im Wahl(kampf)recht materiell und institutionell abzusichern. Zugleich gilt aber auch: Demokratie ist mehr als Wahltag und Wahlkampf; und die Wahlkampfregeln können deshalb nicht verallgemeinert werden. Wenn keine Wahl ist, gibt es keine Veranlassung zur Anwendung von Wahlrecht und Wahlkampfrecht.⁸⁴ Die besonderen Garantien des Art. 38 GG gelten nicht jederzeit; außerhalb von Wahl und Wahlvorbereitung ist das damit nicht identische allgemeine Demokratie- und Parteienrecht anwendbar. Hier entsteht Raum für Mehrheit und Minderheiten, Koalition und Oppositionen, Schlag und Gegenschlag der einen gegen die anderen und der anderen gegen die einen. Das betrifft etwa Veranstaltungen gegen die Regierungspolitik, zu denen sich die Regierung auch dann äußern darf, wenn sie von einer politischen Partei (mit-)organisiert werden.⁸⁵ Das gilt erst recht, wenn die Regierung keine Partei ausdrücklich nennt.

Weitere Neutralitätsgarantien enthält das Grundgesetz bei einzelnen religiösen⁸⁶ und möglicherweise bei ethischen Fragen.⁸⁷ Im wirtschaftlichen Wettbewerb mag dies grundsätzlich gelten, sofern im Einzelfall keine besonderen Rechte Dritter oder der Allgemeinheit involviert sein können. Hier ist die verfassungsrechtlich vorgegebene Gemengelage dichter.⁸⁸ Die Offenheit des Grundgesetzes in ökonomischen Fragen

81 Einschränkung ThVerfGH, 2016, 273.

82 Zum Schutz von Körperschaften und ihren „Marken“ o. (Anm. 47).

83 Dazu RPVerfGH, LKRZ 2014, 235; Hinweis auf Gleichstellungsfragen auf dem Wahlzettel.

84 Im Fall ThVerfGH, 2016, 273, war in den kommenden 3 Jahren keine Wahl terminiert.

85 ThVerfGH, ThVBI 2016, 281 ff.

86 *Morlok*, in: Dreier, GG III, 3 A., 2018, Art. 140 Rn 35 ff (Nachw.).

87 Herleitung bei *Huster*, Ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 47 ff.

88 Nochmals *Lübbe-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehr, 1988, S. 290 ff.

lässt Interventionsmöglichkeiten zu, die jedenfalls im Ergebnis nicht stets „Neutralität“ voraussetzen oder bewirken müssen. Wichtig ist: Solche einzelnen Neutralitätsgarantien können mit anderen Staatsaufgaben – z.B. der Umweltpolitik, sozialstaatlichen Verpflichtungen oder der streitbaren Demokratie⁸⁹ – kollidieren. Hier bedarf es einer Zuordnung durch Abgrenzung und ggf. praktische Konkordanz. Und solche Garantien sind nicht ohne weiteres verallgemeinerungsfähig: Die These von der *Neutralität als allgemeines verfassungsrechtliches Prinzip*⁹⁰ war stets nur um den Preis inhaltlicher Abschwächungen und Modifikationen *im Sinne einer „abgestuften Neutralität“* begründet worden. Ob und inwiefern aus besonderen Freiheits- und Gleichheitsrechten einzelne Neutralitätsgebote hergeleitet werden können und welchen Grenzen diese im Einzelfall unterliegen, bedarf jeweils besonderer Begründung. Insbesondere lässt sich diese mit einer weitestgehenden Auflösung des Eingriffsbegriffs iS nicht imperativer, nicht finaler und mittelbarer Schutzbereichsberührung allein nicht leisten. Vielmehr bedarf es dazu positiver Schutzbereichsanalysen im Einzelfall.⁹¹ Dass hier Willkürverbot und Verhältnismäßigkeitsgebote zu beachten sind, ist gleichfalls eine allgemeine Regel des Staatshandelns und nicht allein des Kommunikationsrechts.

Sie wären dann möglicherweise auch in der Lage, konkrete Rechtsfolgen zwischen politischem Auftrag und grundrechtlichem Schutz zu begründen. Wie schwierig Ableitungen aus einem allgemeinen Neutralitätsprinzip begründet werden können, hat schon der Urheber jener Lehre dargelegt.⁹² Wer also Neutralität postuliert, ist nicht auf deren statische Verwirklichung durch Unterlassen begrenzt. Die Rechtsfolgen müssen vielmehr jedenfalls im Einzelfall erst begründet werden. Dafür erbringt das allgemeine Prinzip aber keine näheren Anhaltspunkte. Hierfür bedürfen wir konkreter Regeln.

V. Fazit

Wir haben bislang keine verfassungsrechtliche Theorie der Regierung.⁹³ Dass diese vornehmlich aus dem Staatsorganisationsrecht, den Grundsätzen der Gewaltenteilung, des Demokratieprinzips und des parlamentarischen Regierungssystems begründet werden muss, liegt nahe. Jedenfalls lässt sie sich nicht aus grundrechtlichen Erwägungen allein herleiten. Staatsorganisationsrecht ist auf der Ebene der Verfassungsorgane mehr und anderes als konkretisierte Grundrechtsdogmatik. Es geht darum, das Organisationsrecht für organisationsrechtliche Fragen einzubringen. Wechselbezüglichkeit und Konkordanz aller Teile des Verfassungsrechts bedingen auch, die Eigenheiten der einzelnen Materie gegenüber denjenigen allgemeinerer Regelungen zum Ausdruck zu bringen.

89 Dazu o. 0.

90 *Schlaich*, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, S. 40 ff (funktional), S. 218, 219 ff (begrifflich).

91 S. schon o. I; dies kann hier nicht geleistet werden.

92 Schmitt (Anm. 10), S. 97 ff, unterschied mindestens acht Erscheinungsformen von Neutralität.

93 Diesen (mündlichen) Hinweis verdanke ich *Herrn Prof. Dr. Poscher*.

Eine Regierung, die im politischen Wettbewerb auf die Unterstützung „ihrer“ Wähler, Parteien und Abgeordneten angewiesen ist und möglichst auch Gegner integrieren soll, kann nicht stets und allgemein neutral bleiben. Darin liegt ein entscheidender Unterschied des parlamentarischen gegenüber dem konstitutionellen Regieren. Das hier postulierte Konzept besteht nicht darin, Neutralitätsformeln völlig aus dem Verfassungsrecht zu verbannen. Sie können ihre Grundlage in unterschiedlichen Verfassungsnormen finden, etwa für die Rechtsprechung (Art. 92, 97 GG) oder für Beamtenpflichten (Art. 33 GG).⁹⁴ Doch sollte gezeigt werden: Ein allgemeines grundgesetzliches Neutralitätsprinzip lässt sich schwerlich begründen. Und es lässt sich gewiss nicht begründen für die parlamentarische Regierung. Und für sie lässt es sich schon gar nicht als allgemeines Gebot politischer Neutralität begründen.

Näher liegt es, hier das Regel-Ausnahme-Verhältnis umzukehren. Danach sind gewählte Organe wie die Regierung oder aber Oberbürgermeister⁹⁵ politische Instanzen, welches in politischen Fragen generell nicht neutral sein kann. Sie kann allenfalls einzelnen, besonders begründungsbedürftigen Neutralitätsgeboten – wie etwa dem Art. 38 GG für Wahlen und Wahlkämpfe – unterliegen. Auch „Staatsleitung“ ist politisch und kein politisches Neutrum. Und Regierung ist auch nicht bloßes Objekt von Politik, sondern Teilnehmer. Je schärfer die politische Kritik, desto neutraler die Regierung? „Bringing the government back in“ ist hier nicht gleichbedeutend mit einer politisch entfesselten Regierung. Sie steht im demokratischen Wettbewerb nach Wettbewerbsregeln. Sie daran heranzuführen und nicht davon auszuschließen ist der Sinn der vorstehenden Überlegungen.

94 Eingehend *Lübbe-Wolff*, in: Dreier, GG II, 2. A., 2006, Art. 33 Rn 56 ff (insoweit nicht übernommen in die 3. A.).

95 Dazu (anders) o. Anm. 2.