

# Glosse

## Marcus Kieper Des Herzogs neue Kleider

Was sich zunächst wie eine lästige Sortierarbeit ausnahm, stellte sich alsbald als reinstes Vergnügen dar: Nach einunddreißig Jahren endlich wurde die Kommentierung des Art. 22 GG im *Maunz/Dürig* »aktualisiert«.<sup>1</sup> Und dann auch noch durch den Bundespräsidenten höchst persönlich. Art. 22 GG? Unbekannt? Sicher, niemand läuft bekanntlich ständig mit der Verfassung unter dem Arm herum, und ein Blick ins Gesetz ... – doch, ein Sphinx-Rätsel sollte es eigentlich nicht sein, was zwischen den *Parteien* und *Europa* geregelt ist. Examenskandidatinnen (und ihre männlichen Pendants) können beruhigt sein, eine Stichprobe unter Professoren hat ergeben, daß auch die es nicht wissen. Es ist die Bundesflagge, die schwarz-rot-goldene.

### I.

Roman Herzogs Erläuterungen beginnen furios. Ganz so, wie eigentlich der erste Satz guter Fiktion beginnen sollte: Spannend, verheißungsvoll und zum Weiterlesen animierend: »Art. 22 widersetzt sich weitgehend einer theoretischen Verortung im System der verfassungsrechtlichen Bestimmungen.« Noch bevor man selbst die Synapsen für ein *Warum?* geschaltet hat, deutet Herzog schon die Antwort an. Man dürfe sich nicht auf den »ersten Blick« verlassen, der einem eine klare Norm vorgaukele, nein, diese Norm, die in den »großen Kontext« der Vorschriften über Staatssymbole gehöre, verberge »bei genauerem Hinsehen« eine zweifache Schwierigkeit: Zum einen sei der Begriff der Staatssymbole selber »außerordentlich unscharf«, und zum zweiten seien »weitere Grundsätze über Staatssymbole aus dem Text des Grundgesetzes nur unter Komplikationen erschließbar« (Rn. 1). Euphemistisch formuliert kann man also sagen, daß das Grundgesetz sich »nur in erstaunlich peripherer Weise« mit der Problematik der Staatssymbole befaßt, oder kürzer, eigentlich gar nicht: »Selbst wenn man seine Entscheidung über den Namen des von ihm konstituierten Staates mit einbezieht, führt kein Weg daran vorbei, daß dem als weitere Vorschrift allein Art. 22 zur Seite tritt und daß auch dieser nur eine rudimentäre Entscheidung enthält, nämlich nur die über die »Bundesflagge« (und selbst diese in höchst unvollständiger Weise ...). Alle anderen hier einschlägigen Fragen müssen (bzw. mußten) infolgedessen von den dafür zuständigen Verfassungsorganen entschieden werden. Die Tatsache, daß auch deren Zuständigkeit und Verfahren aus dem Verfassungstext nur auf mühsamen Wegen ermittelt werden kann ..., rundet dieses Bild nur noch ab« (Rn. 8). Nichts genaues weiß man nicht. Und außerdem gilt es ja, zwölf Druckseiten zu füllen ...

<sup>1</sup> *Roman Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz-Kommentar, 33. Ergänzungslieferung, Stand November 1997, München, Art. 22 GG. Alle weiteren Randnummern-Angaben im Text beziehen sich auf diese Kommentierung. Ebenso entstammen alle Textstellen in Anführungszeichen diesem Kommentar.

Was liegt da näher, als erst einmal den Begriff der Staatssymbole zu klären? Schon ein äußerst knapper Blick auf den sogenannten Flaggenstreit der Weimarer Republik und auf die Smend'sche<sup>2</sup> Verbindung von Staatssymbol und Staatsintegration genügt dem Kommentator, um zu erkennen, daß mit dem Begriff der Staatssymbole meist zuviel an gewünschten Aussagen verbunden wurde. Was Not tut, sei also, den Begriff von der Funktion zu trennen. Nickend liest man dann, daß »nicht alles, was der Integration des Staates bzw. Staatsvolkes dient, ... deshalb schon den Charakter eines Staatssymbols« haben muß. Und auch umgekehrt, daß die von Staatssymbolen erwartete integrierende Wirkung, »in erster Linie« von der Integrationskraft abhängt, die »vom Staat selbst, seinem Charakter und seiner eigenen Integrationskraft ausgeht.« Weil man nun einmal erst durch die Wiederholung richtig lernt, faßt Herzog diese Gedanken noch einmal »etwas überspitzt« zusammen: »Wenn der Staat nicht selbst durch seine Verfassung und seine politischen Leistungen integrierende Kraft entfaltet, so kann das auch von seinen Symbolen nicht erwartet werden. Ein Symbol ist niemals stärker als das, was es ›symbolisiert« (Rn. 2). Beifall bei allen Fraktionen verzeichnet das Plenarprotokoll. Wenn, so fährt Herzog fort, Gesetze und sogar die Verfassung selber keine Staatssymbole seien, dann trage auch der in den vergangenen Jahren »so oft bemühte« Begriff des »Verfassungspatriotismus« – Dolf Sternberger und Jürgen Habermas sind keiner Erwähnung wert – nur bedingt zur Lösung der Fragen nach den Staatssymbolen bei. Vor allem ließe sich das »immer noch schwierige Problem der Nation« nicht »durch den Rekurs auf einen ›Verfassungspatriotismus« ... umgehen und schon gar nicht eliminieren« (Rn. 4). Plötzlich zeigen sich auf den feiertagslächelnden Gesichtern einiger SPD-Abgeordneten zumindest Anzeichen von Falten auf der Stirn. Aber wohl weniger, weil ihnen erst jetzt und im Gedenken an Adolf Arndt, der noch wußte, daß der Staat nicht mehr ist, als die Verfassung hergebe<sup>3</sup>, die Hypostasierung<sup>4</sup> aufgefallen ist, sondern eher, weil – bekanntermaßen – die Sozialdemokratie ja immer schon Probleme mit der Nation hat (Stichworte *Vaterlandslose Gesellen, Rote Socken*). So abstrakt sei dem Staat nicht beizukommen, mahnt Herzog. Nur unter »Einbeziehung seines Selbstverständnisses, seines ›Charakters« und damit seiner materiellen Verfassung« könne er »konkret bewertet und damit auch zur Quelle von Integration werden«, weshalb nun einmal die Bürger eines demokratischen Rechtsstaates »zwangsläufig« ihren Staat »ganz anders« betrachten und unterstützen als die Bürger einer »orientalischen Despotie« oder einer »totalitären Diktatur«. Also wird »Patriotismus stets auch ›Verfassungspatriotismus« sein (und sein müssen)«, folgert Herzog logisch<sup>5</sup>. Und falls mal nicht sein sollte, was sein müßte? Betriebsunfall Geschichte?

2 Kritisch bereits *Hans Kelsen*, *Der Staat als Integration*, Berlin 1930.

3 Zitiert nach *Helmut Ridder*, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Opladen 1975, S. 17.

4 Unübertroffen dazu *Hans Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, S. 76 f.

5 Benannt wurde diese Logik nach einem gewissen Herrn Palmström; zu den Entstehungshintergründen vgl. *Christian Morgenstern*, *Die unmögliche Tatsache*, in: ders., *Werke und Briefe*, Kommentierte Ausgabe, Bd. III, Stuttgart 1990, S. 119 f.

Herzogs unverkrampfte und nüchterne Herangehensweise an den Begriff der Staatssymbole, so wie er ihn in die »außerordentlich lückenhaft(e)« Regelung des Art. 22 zunächst herein- und dann wieder hinausliest, umfaßt folgende Erscheinungen: gegenständliche (sichtbare) Zeichen (also vor allem und in alphabetischer Reihung Amtsschilder, Amtstracht, Banner, Ehrenzeichen, Fahnen, Flaggen, »wohl auch« Gedenkstätten, Orden, Siegel, Uniformen, Wappen, Wimpel etc. pp.), akustische (hörbare) (also die Nationalhymne) und – nicht explizit so genannt – erlebbare Zeichen (also die nationalen Feier- und Gedenktage). Doch halt. Eigentlich enthält Art. 22 GG nur eine Aussage zur Bundesflagge und zu den Bundesfarben. Deshalb trennt der Autor auch korrekt zwischen »den Aussagen, die sich aus der Vorschrift unmittelbar ergeben«, und denen, »die aus dem Wortlaut nur im Wege der – erweiternden – Auslegung erschlossen werden können« (Rn. 9 ff.). Also der Reihe nach: Der Wortlaut legt die Bundesflagge als »schwarz-rot-goldene« fest. Leider bleibt die Skizze der historischen Hintergründe dieser Farben(-kombination) nur schemenhaft. Und das, obwohl sie doch im 19. Jahrhundert die Idee der politischen Freiheit und die der politischen Einigung des dynastisch zersplitterten Deutschlands symbolisierten (Stichworte *Nation*, *Hambacher Fest*, *Paulskirche*, *Lützow'sches Freikorps* usw.). Zwar erwähnt der Autor, daß es über die Kombination der Farben »anfänglich keine restlose Gewißheit« gegeben habe, so seien bei bildlichen Darstellungen des Hambacher Festes von 1832 etwa auch Fahnen mit der Kombination schwarz-gold-rot zu sehen. Unerwähnt bleibt aber die ebenfalls ungewisse Herkunft der Farben. Sicherlich, Schwarz und Gold waren die alten kaiserlichen Reichsfarben. Und Rot? Symbol für das für die Freiheit vergossene Bürgerblut? Bonn ist nicht Weimar – und Deutschland nicht Frankreich. Rot war ein Zufall. Rot war zunächst die Mennige, welche in Mannesses berühmter Bilderhandschrift den Untergrund für das kaiserliche Gold abgegeben hat, doch dann kam der Verfall. Nein, nicht 1803, sondern im Lauf der Zeit blätterte halt durch den Gebrauch das Gold ab und das Rot schien hervor.<sup>6</sup> Verständlich, daß man bei soviel Ungewißheit froh über etwas Sicherheit ist: So macht der Wortlaut zum einen »mit aller gebotenen Klarheit« deutlich, daß die Bundesflagge »nur« schwarz-rot-gold ist, womit man wieder einmal die gehörigen Lehren aus Weimar gezogen hat. Zum anderen zeigt sich, wenn auch mit »einiger Überraschung«, daß die Zeichensetzung eine bedeutsame Rolle spielt: Die »Kommata-Fassung« (»schwarz, rot, gold«) die die Verfassungsgeber ausdrücklich nicht gewählt haben, sage nämlich nichts über die Verteilung der drei Farben auf der Flagge aus. Ganz anders die gewählte »Bindestrich-Fassung« (»schwarz-rot-gold«). Damit sei die Bundesrepublik Deutschland »einerseits auf die Form der Trikolore, also der Dreistreifenflagge, und andererseits auch in der Reihenfolge . . ., in der die drei Streifen auf der Flagge aufzutreten haben«, festgelegt (Rn. 13). Merkwürdig sei allerdings, daß die Verfassung trotz aller sehr konkreten Vorstellung über das Aussehen der Bundesflagge – so sei dem Text des Art. 22 auch noch mit hinreichender Sicherheit zu entnehmen, daß die Streifen der Bundesflagge gleich breit sein müssen, wobei es jedoch »bisher nie Gegenstand verfassungsrechtlicher Erörterungen« gewesen sei, ob geringfügige Abweichungen von der exakten Drittelung zulässig sind, etwa um die unterschiedliche Wirkung der Farben auszugleichen<sup>7</sup>, dann aber hinsichtlich der

6 Vgl. dazu etwa *Jürgen Schultheis*, Schwarz, Rot, Gold – über die deutschen Farben, in: 1948 – Das erste deutsche Parlament, Sonderbeilage der Frankfurter Rundschau vom 18. März 1988, S. 44 f.; *Eckart Klem*, in: Bonner Kommentar, Stand: Dezember 1982, Heidelberg, Art. 22 GG, Rn. 18.

7 Mutig wagt Herzog hier eine erste Aussage: »Eine teleologische Verfassungenauslegung dürfte solche marginalen Modifikationen aber jedenfalls als mit der Verfassung im Einklang stehend erscheinen lassen«

Frage, »ob die Flagge längs- oder quergestreift sein soll«, keine Aussage treffe. Doch hier irrt Herzog. Die (wenigen) Mütter und (vielen) Väter der Verfassung haben sich mit ihrer »Bindestrich-Fassung« (schwarz-rot-gold) eindeutig für eine Längsstreifung der Flagge ausgesprochen, andernfalls, d. h. falls sie an eine quergestreifte Bundesfahne gedacht hätten, hätten sie wohl die Schrägstrich-Fassung (schwarz/rot/gold) gewählt.<sup>8</sup> Die unachtsame, alltagssprachliche und damit unwissenschaftliche Synonymisierung von Flagge und Fahne im vorherigen Satz hätte fast eine andere Herzogsche »Merkwürdigkeit« verdeckt: Gilt Art. 22 GG wegen des Wortlauts nur für die Bundes*flagge*? Oder sollte mit Flagge jedes beliebige Stück Stoff gemeint sein, das öffentlich gezeigt wird? Doch die »Verfassungswirklichkeit« der deutschen Staatsrechtslehrer ist – zumal sie sich aus der reinen und tiefen Quelle der »einschlägigen Fachsprache« speist – klüger als die Verfassung: Denn es gehört zum Begriff der Flagge – und hier scheint dem Kommentator ein Manuskript eines Protokollchefs im Rang eines Vortragenden Legationsrats (oder höher) des Auswärtigen Amtes beziehungsweise ein Referentenentwurf für einen Erlaß des Bundespräsidialamtes zur Verfügung gestanden haben –, daß »sie – meist an einer Leine – an einem Stock, einer Stange oder an einem anderen Gegenstand beweglich hochgezogen (>gehißt<) werden kann. Den Gegensatz dazu bildet die Fahne, die an einem dieser Gegenstände unbeweglich befestigt ist, und daneben gibt es auch noch andere Tuchsymbole wie Standarten, Stander, Wimpel u. dgl., die jeweils bei bestimmten Anlässen und zu bestimmten Zwecken verwendet werden, aber ebenso wie Flaggen und Fahnen das Staatsganze darstellen sollen« (Rn. 16). Flagge ist also doch nicht gleich Fahne. Da aber, wir erinnern uns, Bonn nicht Weimar ist (bewußte »Abkehr von Art. 3 WeimVerf.«, Rn. 16), wäre es »schlechthin absurd« anzunehmen, daß das Grundgesetz für »Tuchsymbole, die nicht Flaggen sind, andere Regeln vorsehen wolle als für Flaggen«. Insofern ist Art. 22 GG also nur »unpräzise formuliert«, und an der »Notwendigkeit und alleinigen Richtigkeit einer korrigierenden (und erweiternden) Auslegung kann kein Zweifel bestehen«.<sup>9</sup> Flagge ist also doch gleich Fahne. Für die Auslegung und Anwendung der Norm kann es also nicht auf das Material ankommen, aus dem das betreffende Symbol besteht: »Auf die Art des Tuches kommt es aber ebensowenig an, wie es ausgeschlossen ist, anderes Material (etwa Metall- oder Plastikfolien) zu verwenden« (Rn. 16).

#### IV.

Selten sind juristische Kommentare so anregend. Selten so aufschlußreich – schöpft der Autor doch aus den reichen Erfahrungen, die er aus den verschiedenen hohen integrativen Ämtern (vgl. Rn. 3) gewonnen hat. So konnten wichtige neue Erkenntnisse, die dem Erstkommentator Maunz als einfachem Staatsminister a.D. nicht zugänglich waren, verarbeitet werden. So ist etwa der Klammerzusatz im letzten Zitat ebenso dieser Erfahrung geschuldet, wie die erweiternde Auslegung der Norm, daß diese auch eine Entscheidung über die Bundesfarben beinhalte, »gleichgültig auf

(Rn. 13). Neuerdings präzise geregelt in der *Anordnung über die deutschen Flaggen des Bundespräsidenten (FlagAO)* vom 13. November 1996, BGBl. III, 1130–7.

<sup>8</sup> Ob sie diese Wahl angesichts der Debatten um den *schlanken* Staat heute noch einmal so treffen würden, kann dahinstehen. Zur (optischen) Wirkung von langgestreiftem Tuch, vgl. *Albert Uderzo/Rene Goscinny*, Obelix GmbH & Co.KG, Großer Asterix-Band XXIII, Stuttgart 1978, S. 25, 29. Im Ergebnis wie hier *Klein*, Bonner Kommentar (Fußn. 6), Rn. 30.

<sup>9</sup> So handelt denn auch die bundespräsidiale *FlagAO* (Fußn. 7), von *Flaggen, Bannern* und *Standarten*.

welchen Unterlagen und in welchem Zusammenhang sie verwendet werden« (Rn. 17). Nur diese wirklich überzeugende Interpretation vermag ein Stück – dringend benötigter – Rechtssicherheit für die Gestaltung einiger Staatssymbole zu schaffen: Nur so ist gewährleistet, daß unser Staat auch für »Urkundenschnüre, die vor allem bei den Ratifikationsurkunden verwendet werden«, oder für »so unbedeutende Dinge wie die Schnüre, mit denen bei Staatsbanketten für ausländische Gäste die Speisekarten gehalten werden« (Rn. 17), seine schwarz-rot-goldene Corporate Identity wahrt. Wirklich merkwürdig ist dann aber die Behandlung, die das Staatssymbol *Nationalhymne* durch Herzog erfährt. Außer der erwähnten Einordnung unter die »akustischen Zeichen« wird sie nur beiläufig bei der Frage nach der Entscheidungskompetenz über die Staatssymbole behandelt (Rn. 31 f.). Gerade vier Zeilen verliert der Autor über das Nationallied. Ganz anders noch der Erstbearbeiter Maunz, dem dazu über fünfzig Druckzeilen aus der Feder flossen. Erklärlich ist diese Kürzung wohl nur aus dem bekannten Pragmatismus Herzogs. Da – in analoger Anwendung des Art. 60 – grundsätzlich nur der Bundespräsident für die Festlegung und nähere Ausgestaltung der Staatssymbole zuständig ist und darüber nach eigenem Ermessen entscheidet, muß sich der Staatsrechtler getreu dem bekannten Anschütz'schen Motto eben bescheiden. Insofern ist es aus positivistischer Sicht sehr erfreulich, wenn Herzog sich nicht, anders als Maunz, an Spekulationen darüber beteiligt, welche Strophen des »Hoffmann-Haydn-Liedes« denn nun die Nationalhymne ausmachen, und welche zu singen sind.

Thomas Blanke/Ralf Trümner (Hrsg.)

Autoren: Thomas Blanke, Bernhard Nagel, Torsten von Roetteken, Ulrich Scheele, Dieter Sterzel, Ralf Trümner

## Handbuch Privatisierung

**Ein Rechtshandbuch für die Verwaltungspraxis, Personal- wie Betriebsräte und deren Berater**

Das Handbuch beantwortet alle Fragen im Rahmen von

- Zulässigkeit und Grenzen von Privatisierungsmaßnahmen
- wirtschaftlichem Nutzen und Rechtsformwahl
- mitbestimmungsrechtlichen Problemen
- aktuellen Problemen aus dem Steuer-, Tarif- und Beamtenrecht und gibt
- Gestaltungshinweise und Tips in allen arbeitsrechtlichen Problem-bereichen.

1998, 276 S., geb., 72,- DM, 526,- öS, 65,50 sFr, ISBN 3-7890-5187-X  
(Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts, Bd. 5)



**NOMOS Verlagsgesellschaft**  
**76520 Baden-Baden**