

Florian Meinel

Öffentlichkeit als Verfassungsprinzip und die Möglichkeit von Onlinewahlen¹

Wahlen per Internet haftet der verfassungsrechtliche Anfangsverdacht an, dem sich alles Geheime, Verborgene im demokratischen Rechtsstaat aussetzt. Denn dem Grundgesetz ist ein Verfassungsprinzip der Öffentlichkeit zu entnehmen, das zum einen alles Staatshandeln dem Gebot der Publizität unterwirft und zum anderen, insbesondere mittels der Grundrechte, die gesellschaftliche Öffentlichkeit im Sinne materieller Demokratie vorverfasst. Da Öffentlichkeit aber nicht voraussetzungslos oder beliebig herstellbar ist, begegnen Onlinewahlen jedenfalls bislang noch durchgreifenden Bedenken.

I. Einleitung

Der Staat des Grundgesetzes ist, so konnte man unlängst lesen, »Staat in Öffentlichkeit.« »Offenheit, Öffnung und Öffentlichkeit«² sind seine Wesensmerkmale. Und seit Kants Friedensschrift von 1795³ weiß man, dass Publizität Politik und Moral verbindet. Einerseits. Andererseits breitet die Europäisierung, jene »kopernikanische Wende«⁴ über das deutsche Verfassungsrecht den Mantel einer Ordnung, deren Öffentlichkeitsdefizit bereits als so drückendes Problem empfunden wird, dass manch einer die verfassungspolitische Notbremse ziehen will und ein europäisches Grundrecht auf Transparenz einfordert.⁵ Deshalb will die Frage nach dem Öffentlichen und der Öffentlichkeit auch heute »nicht zur Ruhe kommen«.⁶ Ihr soll im Folgenden, geleitet von der Frage nach einem Verfassungsprinzip Öffentlichkeit, nachgegangen werden. Der Begriff des Verfassungsprinzips soll dazu in dem von Alexy⁷ entwickelten Sinne eines *prima-facie*-Vorrangs verstanden werden. Danach wäre ein Verfassungsprinzip Öffentlichkeit ein Verfassungssatz, der alles Staatshandeln einem generellen Öffentlichkeitsgebot unterwürfe, ohne dass damit freilich schon etwas gesagt wäre über die Möglichkeit externer Beschränkungen dieses Gebots. Die so gewonnenen Einsichten werden dann anhand der Problematik von Internetwahlen zu exemplifizieren und zu erweitern sein.

1 Überarbeitete Fassung einer Arbeit, die in dem Seminar »Privat – Öffentlich: Eine Tragfähige Unterscheidung oder sich mehr und mehr verwischende Grenzziehung?« unter der Leitung von Prof. Dr. Gunnar Folke Schuppert und Dr. Karsten Fischer an der Humboldt-Universität zu Berlin im Wintersemester 2003/04 entstanden ist. Beiden danke ich herzlich für ihre Unterstützung.

2 M. Jestaedt, Das Geheimnis im Staat der Öffentlichkeit, AöR 126 (2001), S. 205.

3 I. Kant, Zum ewigen Frieden, in: ders., Werkausgabe, Band XI, hg. v. W. Weischedel, 1993, Anhang, II.

4 U. Haltern, Internationales Verfassungsrecht?, AöR 128 (2003), S. 511 ff.; ähnlich R. Wahl, Verfassungsstaat, Internationalisierung, Europäisierung, 2003, S. 17 ff.

5 J. Söderman, Transparency as a fundamental principle of the European Union, in: Walter-Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht (Hrsg.), Die Konsolidierung der Europäischen Verfassung von Nizza bis 2004: Forum Constitutionis Europae Bd. 4, 2002, S. 53 ff.

6 So schon R. Smend, Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit, in: O. Bachof et al. (Hrsg.), GS f. Walter Jellinek, 1955, S. 11.

7 R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, bes. S. 75 ff.

II. Grundlagen, Konturen und Grenzen des Verfassungsprinzips Öffentlichkeit

1. Öffentlichkeitsgehalte des positiven Verfassungsrechts

a) Einzelne Öffentlichkeitspostulate des Grundgesetzes

Zunächst sollen die wenigen Stellen, an denen das Grundgesetz wörtlich von Öffentlichkeit spricht, danach befragt werden, ob sie einer Erweiterung zum Verfassungsprinzip fähig sind.

aa) Parlamentsöffentlichkeit

Nach Art. 42 Abs. 1 S. 1 GG verhandelt der Bundestag, gem. Art. 52 Abs. 3 S. 3 GG der Bundesrat grundsätzlich öffentlich. Entsprechende Vorschriften finden sich in allen Landesverfassungen.⁸ Noch 1926 konnte C. Schmitt schreiben, Parlamentsöffentlichkeit sei »überflüssige Dekoration, unnütz und sogar peinlich, als hätte jemand die Heizkörper einer modernen Zentralheizung mit roten Flammen angemalt, um die Illusion eines lodernden Feuers hervorzurufen«.⁹ Doch darf der Respekt vor dem gelungenen Bild nicht dazu verleiten, die Polemik allzu ernst zu nehmen: Der Grundsatz parlamentarischer Öffentlichkeit ist allen westlichen Demokratien gemeinsam und nach herrschender Meinung¹⁰ über Art. 79 Abs. 3 GG wegen seiner demokratiekonstituierenden Bedeutung¹¹ der Verfassungsänderung entzogen. Sein Sinn liegt auf der Hand: Jedermann soll sehen könne, wie die ihn vertretenden Abgeordneten sich gerieren. Insbesondere soll der Gesetzgebungsprozess nachvollziehbar sein, da er an Legitimität gewinnt, wenn er sich in geordneten Verfahren unter den Augen der Öffentlichkeit vollzieht. Schon für die Ausschüsse des Bundestages gilt dies aber nach § 69 Abs. 1 S. 1 seiner Geschäftsordnung nicht mehr. Dort, wo die eigentliche Sacharbeit geleistet wird,¹² verkriecht sich der Bundestag hinter verschlossener Tür. Überhaupt nie öffentlich verhandelt schließlich der Brüsseler Ministerrat. Manchen Stimmen zum Trotz,¹³ die die Öffentlichkeit auch aller Ausschusssitzungen fordern, wird die Nichtöffentlichkeit überwiegend als gerechtfertigt angesehen. Die Abgeordneten sollen – nach den Grundsätzen eines deliberativen Modells – im freien Spiel von Rede und Gegenrede, von Argument und Kritik, zur vernünftigen Entscheidung gelangen. Dazu ist eine Sprechsituation unabdingbar, in der die am Prozess

⁸ Baden-Württemberg: Art. 33 Abs. 1 S. 1; Bayern: Art. 22 Abs. 1 S. 1; Berlin: Art. 42 Abs. 3; Brandenburg: Art. 64 Abs. 2 S. 1; Bremen: Art. 91 Abs. 1; Hamburg: Art. 21 S. 1; Hessen: Art. 89 S. 1; Mecklenburg-Vorpommern: Art. 31 Abs. 1 S. 1; Niedersachsen: Art. 22 Abs. 1 S. 1; Nordrhein-Westfalen: Art. 42 S. 1; Rheinland-Pfalz: Art. 86 S. 1; Saarland: Art. 72 Abs. 1; Sachsen: Art. 48 Abs. 1 S. 1; Sachsen-Anhalt: Art. 50 Abs. 1; Schleswig-Holstein: Art. 15 Abs. 1 S. 1; Thüringen: Art. 60 Abs. 1.

⁹ C. Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 2. Aufl., 1926, S. 10 f.

¹⁰ Magiera, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl., 2003, Art. 42, Rdn. 1; Klein, in: Th. Maunz/G. Dürig et al. (Hrsg.), Grundgesetz, Losebl., Stand 2003, Art. 42, Rdn. 31; Morlok, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Bde., 1996 ff., Art. 42, Rdn. 20; AK-Schneider, Art. 42, Rdn. 2 a.

¹¹ Klein, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1987 ff., Bd. II, § 40, Rdn. 3.

¹² Vgl. Klein, in: Maunz/Dürig (Fn. 10), Art. 42, Rdn. 42 f.; ferner K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999, Rdn. 580.

¹³ Vgl. Klein, in: Maunz/Dürig (Fn. 10), Art. 42, Rdn. 44. Zeh, in: H.-P. Schneider/W. Zeh (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, 1989, § 32, Rdn. 43 hält die Nichtöffentlichkeit für »überholt«.

Beteiligten einander zuhören statt sich vor einem virtuellen oder tatsächlichen Publikum zu produzieren, wie dies im Plenum regelmäßig der Fall ist.¹⁴

Die Sprechsituation muss, will sie rational sein, durch die freie und gleiche Stellung aller Teilnehmer geprägt sein. Angesichts der Bedeutung der Parlamentsöffentlichkeit für die Demokratie wird die Gleichheit der Abgeordneten streng formal¹⁵ verstanden und die Freiheit über Art. 38, 46, 47, 48 Abs. 3 GG als umfassende Gewissensfreiheit ausgestaltet. Diese staatsorganisationsrechtlichen Verbürgungen sind gerade auch gegen strukturelle Ungleichheiten der parlamentarischen Öffentlichkeit in Form unterschiedlicher öffentlicher Aufmerksamkeit je nach Funktion oder Charisma gerichtet. Sie entsprechen steuerungstechnisch der grundrechtlichen Verfasstheit der gesellschaftlichen Öffentlichkeit.

Gerade in sein Gegenteil verkehrt wird der Nichtöffentlichkeitsgrundsatz der Ausschusssitzungen bei Sitzungen der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse nach Art. 44 Abs. 1 S. 1 GG und § 13 Abs. 1 S. 1 PUAG. Hier steht die Kontrollfunktion des Parlamentes gegenüber der Exekutive völlig im Vordergrund.¹⁶ Der Untersuchungsausschuss hat die Funktion, Sachverhalte von öffentlichem Interesse aufzuklären.¹⁷ Im Gegensatz zu Beweiserhebungsverfahren vor Gericht, ist der Untersuchungsausschuss aber ein politisches Instrument der Opposition.¹⁸ Dies spiegelt sich darin wieder, dass seine Sitzungen zur Beweisaufnahme grundsätzlich öffentlich sind und die Öffentlichkeit nur ausnahmsweise ausgeschlossen werden kann (Art. 44 Abs. 1 S. 2 GG; § 14 PUAG). Freilich handelt es sich hier nicht um eine Ausnahme vom Grundsatz der Nichtöffentlichkeit der Ausschüsse, sondern gleichsam um eine Unterausnahme von der Ausnahme vom Grundsatz der Öffentlichkeit, da die die Öffentlichkeit in den Ausschüssen beschränkenden Gründe der Ermöglichung der Kompromissfindung hier gerade nicht vorliegen.

bb) Gerichtsöffentlichkeit

In einer jüngeren Entscheidung¹⁹ war das Bundesverfassungsgericht mit der Frage befasst, ob sich aus Art. 5 Abs. 1 GG ein Anspruch der elektronischen Medien auf Zugang zum Gerichtssaal und auf entsprechende Berichterstattung ableiten lässt. Das Gericht gelangte dabei zu der Auffassung, dass sich weder aus der Rundfunkfreiheit, noch aus dem Rechtsstaats- und dem Demokratieprinzip die Verpflichtung des Gesetzgebers ableiten lässt, einen einfachgesetzlichen Zugangsanspruch für elektronische Medien zu schaffen.²⁰ Die Gerichtsöffentlichkeit sei nicht nur Teil eines fairen Verfahrens gem. Art. 103 Abs. 1 GG, sie entspringe ferner dem Rechtsstaatsprinzip. Überdies sei sie Teil eines »allgemeinen Öffentlichkeitsprinzips der Demokratie«²¹

¹⁴ Deziert gegen eine Öffnung der Ausschüsse J. Isensee, Verfassungsrecht als »politisches Recht«, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 11), Bd. VII, § 162, Rdn. 72, der von einem »politischen Sachgesetz« spricht, demzufolge die Kompromissfindung in der entscheidenden Phase keine Publizität vertrüge. Vgl. ferner aus systemtheoretischer Perspektive N. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1983, S. 189.

¹⁵ BVerfGE 80, 188 (220 f.).

¹⁶ S. Bräcklein, Öffentlichkeit im parlamentarischen Untersuchungsverfahren, ZRP 2003, S. 349.

¹⁷ Magiera, in: Sachs (Fn. 10), Art. 44, Rdn. 1.

¹⁸ K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1977, § 23 III 4 b); Magiera, in: Sachs (Fn. 10), Art. 44, Rdn. 3.

¹⁹ BVerfGE 103, 44 mit Anm. Huff, NJW 2001, 1622; Zuck, NJW 2001, 1623; Ernst, NJW 2001, 1624.

²⁰ BVerfGE 103, 44 (63 ff.).

²¹ BVerfGE 103, 44 (63). Differenzierend Chr. Degenhart, Gerichtsverfahren, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 11), Bd. III, § 76, Rdn. 50: Im Hinblick auf das Demokratieprinzip komme v. a. die Kontrollfunktion der Öffentlichkeit zum tragen. Degenhart spricht von einer »zentralen Errungenschaft liberal-rechtsstaatlicher Rechtspflege«.

und schütze insbesondere den Angeklagten im Strafprozess vor der Willkür einer »der öffentlichen Kontrolle entzogenen Geheimjustiz«. ²² Andererseits ermögliche der Öffentlichkeitsgrundsatz aber auch dem Volke insgesamt, von Gerichtsverfahren Kenntnis zu nehmen. Insoweit ließe sich von einer für die Demokratie wesentlichen Funktion sprechen. ²³ Jeder Einzelne kann sich überzeugen, dass alles mit rechten Dingen zugeht. Es geht also, und das kommt auch in der genannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Ausdruck, gar nicht so sehr um eine ständige öffentliche Kontrolle wie etwa die Fernsehöffentlichkeit sie leisten könnte; es genügt deren Möglichkeit. ²⁴ Schon die jedem offenstehende Saalöffentlichkeit stiftet Vertrauen in die Gerechtigkeit und Richtigkeit des Verfahrens.

cc) Öffentlichkeit des Gesetzes, insbesondere des Grundgesetzes

Ein nicht unmittelbar ins Auge stechendes, nichtsdestotrotz zentrales Öffentlichkeitsmoment bildet die Publizität des Gesetzes nach Art. 82 Abs. 1 GG: ²⁵ Der Wortlaut des Gesetzes ist jedermann zugänglich, ist öffentlich. Der Befehl des Verfassungsstaates ist keine Geheimorder, sondern klar vernehmbar; sein »öffentliches Sprechen durch das Gesetz« ist sein erstes Herrschaftsinstrument. ²⁶ Normativ betrachtet richtet sich das Gesetz dadurch an die Öffentlichkeit der Bürger und bewirkt so seine eigene Legitimität und die Folgebereitschaft der Rechtsunterworfenen. In diesem Zusammenhang darf auch das Problem der Rechtsklarheit nicht unerwähnt bleiben: An die Öffentlichkeit der Bürger kann sich nur ein wenigstens einigermaßen verständliches Gesetz wenden! Besondere Bedeutung wird der formellen Publizität, bezogen auf das Grundgesetz selbst, zugemessen, indem Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG die ausdrückliche zur allein zulässigen Verfassungsänderung erklärt. Jedermann soll darauf vertrauen dürfen, dass das Grundgesetz die ganze formelle Verfassung bildet.

dd) Fazit

Die oben aufgeworfene Frage, ob die öffentlichkeitsbezogenen Bestimmungen des Grundgesetzes einer Apotheose zum Verfassungsprinzip fähig sind, kann nur unter Rückgriff auf die ausdrücklichen Öffentlichkeitsbezüge des Verfassungstextes noch nicht beantwortet werden. Zwar gewährleisten diese die Öffentlichkeit mancher staatlichen Vorgänge. Da große Bereiche wie der der Verwaltung aber gar nicht erfasst sind, ist ein Prinzip der eingangs beschriebenen Art noch nicht ersichtlich. Es bedarf daher nun einer eingehenderen Beschäftigung mit den Strukturprinzipien der Verfassung.

²² BVerfGE 103, 44 (64).

²³ BVerfGE 103, 44 (64).

²⁴ Luhmann (Fn. 14), S. 123 f.

²⁵ Zur Bedeutung dieser sog. formellen Publizität Lücke, in: Sachs (Fn. 10), Art. 82, Rdn. 8; Maurer, in: BK, Art. 82, Rdn. 90 f.; Stern (Fn. 18), Bd. II, § 37 II 10.

²⁶ Zeh, in: Schneider/Zeh (Fn. 13), § 32, Rdn. 6.

Unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten wird als öffentlichkeitsrelevante Fragestellung – neben dem informationellen Selbstbestimmungsrecht,²⁷ das insoweit öffentlichkeitsbezogen ist, als es einen Anspruch des Bürgers auf Offenlegung der über ihn gespeicherten Daten enthält²⁸ – gewöhnlich das Recht auf Akteneinsicht vor Gericht und im Verwaltungsverfahren diskutiert. Es gewährleistet, dass der Staat die Gründe dem Bürger gegenüber offen legt, die zu Entscheidungen in seiner Sache geführt haben, um so zum einen die Möglichkeit effizienten Rechtsschutzes gegen staatliches Handeln zu gewährleisten (insoweit ist es Ausfluss des Rechts auf ein faires Verfahren) und zum anderen die Nachvollziehbarkeit und damit die Akzeptanz der Entscheidung sicherzustellen. Vor Gericht ist das Recht durch Art. 103 Abs. 1 GG verbürgt, im Verwaltungsverfahren kommt eine analoge Anwendung in Betracht, eine Heranziehung von Art. 19 Abs. 4 GG²⁹ oder der Rekurs auf Art. 1 Abs. 1 GG.³⁰ Beachtung verdient aus der Sicht des Rechtsstaates auch die haushaltsverfassungsrechtliche Selbstkontrolle des Staates durch den Bundesrechnungshof nach Art. 114 Abs. 2 GG, dessen öffentliche Berichte zwar nicht vorgeschrieben, aber ständige Praxis sind. Da sich diese Berichtstätigkeit zwar normalerweise im grundrechtsneutralen Innenraum des Staates abspielt, jedoch gleichwohl grundrechtsrelevante Informationen an die Öffentlichkeit gelangen können, ist die Frage der Zulässigkeit dieser öffentlichen Berichte des Bundesrechnungshofs lebhaft umstritten und wird von der herrschenden Meinung wegen des Fehlens einer gesetzlichen Grundlage abgelehnt.³¹ Unter dem Eindruck zweier jüngerer Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts³² gelangte das Problem staatlicher Publikumsinformationen³³ ins Rampenlicht, das neben den aufgeworfenen grundrechtlichen³⁴ und kompetentiellen³⁵ Problemen den Blick lenkt auf das Steuerungspotential von Öffentlichkeit und öffentlicher Meinung und damit auf eine zentrale Handlungsform des Gewährleistungsstaates.³⁶

c) Das republikanische Prinzip

Etymologisch gesehen, bietet sich zunächst die Republik, die Art. 20 I; 21 II S. 1; 23 I S. 1 und die Überschrift des Grundgesetzes im Staatsnamen versteckt halten und die in adjektivierter Form allein in Art. 28 I S. 1 GG gewissen Selbststand erreicht, an als Anknüpfungspunkt für ein Bekenntnis des Grundgesetzes zur Öffentlichkeit. Ob Art. 20 I GG allerdings wirklich an materiale *res-publica*-Lehren anknüpft, ist umstritten. Überwiegend wird in der Lehre angenommen, es handele sich bei diesem

²⁷ Zuerst BVerfGE 65, 1 (43).

²⁸ Jestaedt (Fn. 2), S. 219.

²⁹ So Degenhart, in: Sachs (Fn. 10), Art. 103, Rdn. 18.

³⁰ In diese Richtung Chr. Starck, in: ders./v. Mangoldt/Klein (Hrsg.) Bonner Grundgesetz, Art. 1 Abs. 1, Rdn. 65.

³¹ Th. Puhl, Budgetflucht und Haushaltsverfassung, 1996, S. 431 f. m. w. N.

³² BVerfGE 105, 252 (Glykol); BVerfGE 105, 279 (Osho).

³³ Chr. Bumke, Publikumsinformationen, Die Verwaltung 37 (2004), S. 3 ff.; Chr. Gusy, Verwaltung durch Information, NJW 2000, S. 977 ff.; M. Kloepper, Staatliche Information als Lenkungsmittel, 1998; U. Di Fabio, Information als hoheitliches Gestaltungsmittel, JuS 19967, S. 1 ff.; speziell Informationshandeln im Umweltschutz R. Wolf, Grundrechtseingriff durch Information?, KJ 1995, S. 340 ff.; G.F. Schuppert, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 140.

³⁴ Bumke (Fn. 33), S. 16 ff.

³⁵ Bumke (Fn. 33), S. 11 ff.

³⁶ Zum Begriff Schuppert (Fn. 33), S. 933 ff.

Strukturprinzip lediglich um eine Absage an die Staatsform der Monarchie.³⁷ Demgegenüber will eine »ältere und weitere«,³⁸ aber wiederbelebte³⁹ Ansicht das republikanische Prinzip nicht auf eine formale Staatsformaussage beschränkt wissen, sondern ihm in seinen Verschränkungen mit den Prinzipien der Demokratie und des Rechtsstaates eigenständige Gehalte zusprechen. Das erscheint vorzugswürdig: Erstens ist es in historischer Perspektive nicht plausibel, dass ein mit so viel Inhalt und politischer Sprengkraft⁴⁰ aufgeladener Begriff wie die Republik bei der Aufnahme ins Grundgesetz auf ein bloßes Nein zur Monarchie gestutzt sein sollte.⁴¹ Zweitens wird auch heute noch, zumal in der außerjuristischen Literatur, der Republik enorme Bedeutung beigemessen.⁴² Und schließlich hatte sich auch die unscheinbare Platzierung der Republik im Grundgesetz erst im Lauf der Beratungen ergeben, ohne dass damit, soweit ersichtlich, Änderungen gegenüber früheren plakativeren Fassungen intendiert waren.⁴³ Da die Forderung nach der Republik eine Forderung gerade auch gegen die fürstliche Arkanpolitik war,⁴⁴ muss diese Stoßrichtung auch heute noch in die Verfassungsinterpretation aufgenommen werden. Die direkte semantische Opposition des Begriffs der *res publica* ist die zur *res privata*, zur Sache des Einzelnen.⁴⁵ Darin verpflichtet sich die Republik auf die *salus publica* – auf ein Gemeinwohl,⁴⁶ das jeder höheren Rechtfertigung des Staates entsagt⁴⁷ und persönliche Herrschaft deswegen durch ein öffentliches Ämterwesen ersetzt, das dem treuhänderischen Dienst am Gemeinwesen verpflichtet ist. Das republikanische Prinzip könnte, als »Modus sozialer Integration«,⁴⁸ in seiner weiten Bedeutung ein Ansatz sein für eine verfassungsrechtliche Verortung der integrierenden Öffentlichkeit aller Staatsbürger. Glaubens- oder Weltanschauungsgehalte eignen sich, wo die Vielheit der Werte zum Wert an sich geworden ist,⁴⁹ kaum dafür. Wohl aber vielleicht die politische Öffentlichkeit des staatlichen Raumes, die prinzipiell jeden einzelnen Staatsbürger umfasst.⁵⁰ Das republikanische Prinzip richtet sich gegen jede auf private Rechtstitel oder metaphysische Geltung gestützte Herrschaft⁵¹ und setzt daher eine Öffentlichkeit voraus, die willens und fähig ist, politische Macht immer neu zu legitimieren. Republikanische Öffentlichkeit ist daher ihrerseits voraussetzungsfull: Sie kann nicht bestehen, ohne dass die Bürger ihre Freiheit öffentlich nützlich betätigen. Gleichzeitig ist es ihr jedoch verwehrt, diese Tugenden zu Rechtspflichten zu machen.⁵²

37 Sachs, in: Sachs (Fn. 10), Art. 20, Rdn. 9; Stern (Fn. 18), Bd. I, § 17 I 4; Dürig, in: Maunz/Dürig (Fn. 10), Art. 20 Rdn. 1; W. Henke, Die Republik, in: Kirchhof/Isensee (Fn. 11), Bd. I, § 27, Rdn. 7; aus alter Zeit G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1928, S. 711; s. ferner die Nachweise bei G. Frankenberg, Die Verfassung der Republik, 1996, S. 99 ff.

38 Hesse (Fn. 12), Rdn. 120.

39 G. F. Schuppert, Staatswissenschaft, 2003, S. 773.

40 Zur Begriffsgeschichte Frankenberg, in: AK-GG, 3. Aufl., Art. 20 Abs. 1–3 I, Rdn. 3 ff. und Henke (Fn. 37), Rdn. 4 ff.

41 Der Verfassungsgeber hätte sich dann beispielsweise auch darauf beschränken können, in Art. 79 III GG die Einführung der Monarchie zu verbieten.

42 Vgl. nur J. Habermas, Die Einbeziehung des Anderen, 1996, S. 277.

43 Nachweise bei Frankenberg (Fn. 40), Rdn. 19.

44 Klein, in: Maunz/Dürig (Fn. 10), Art. 42, Rdn. 5; Jestaedt (Fn. 2), S. 209; Frankenberg (Fn. 40), Rdn. 33 m. w. N.; Frankenberg (Fn. 37), S. 132 f.

45 J. Isensee, Republik – zum Sinngehalt eines Begriffs, JZ 1981, S. 3.

46 Henke (Fn. 37), Rdn. 8.

47 Henke (Fn. 37), Rdn. 16 – freilich ohne Erwähnung der *invocatio dei*.

48 Frankenberg (Fn. 37), S. 133 ff.

49 A. Gimmler, Deliberative Demokratie, Öffentlichkeit und das Internet, in: M. Sandbothe/W. Marotzki (Hrsg.), Subjektivität und Öffentlichkeit, 2000, S. 193.

50 Das BVerfG spricht vom Staat als der »Heimstatt aller Staatsbürger«: jüngst BVerfG, NJW 2003, 3111 (3112). Ähnlich (»Heimstatt aller Bürger«): BVerfGE 19, 206 (216); 24, 236 (246); 39, 98 (106).

51 Frankenberg (Fn. 40), Rdn. 29.

52 Ausführlich Frankenberg (Fn. 37), S. 139 ff.

Starke Verbindungen ergeben sich ferner aus dem ebenfalls in Art. 20 GG verankerten Demokratieprinzip.⁵³ Diese zu veranschaulichen, sollen drei besonders wichtige Aspekte demokratischer Öffentlichkeit herausgegriffen werden.

aa) Die Öffentlichkeitsarbeit der Staatsorgane und die demokratische Willensbildung

So genügt es dem Demokratieprinzip nicht, dass die Staatsorgane ihre Legitimation über Wahlen und Abstimmungen bloß formal vom Volk ableiten: Art. 20 Abs. 1 S. 1 GG gebietet die Existenz einer öffentlichen Meinung,⁵⁴ eines öffentlichen politischen Prozesses als Bedingung der Legitimität der Ausübung von Staatsgewalt.⁵⁵ Das Bundesverfassungsgericht⁵⁶ hat es deshalb – ganz in der Linie seiner Rechtsprechung zur generellen Staatsfreiheit des Meinungsbildungsprozesses⁵⁷ – als unzulässig angesehen, dass Staatsorgane in den Prozess ihrer eigenen Rekonstituierung willensbildend eingreifen. Die freiheitliche Demokratie des Grundgesetzes erfordere vielmehr die verfassungsrechtliche Gewährleistung einer Willensbildung vom Volk zu den Staatsorganen.⁵⁸ Gem. Art. 20 Abs. 2 GG würden nämlich die Staatsorgane durch das Volk legitimiert, eine Selbstlegitimation der Staatsorgane gleichsam durch das Volk sei nicht im Sinne des Demokratieprinzips. Dabei spricht das Bundesverfassungsgericht nicht nur von einem Einfluss der Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung auf die Entscheidung des einzelnen Wählers,⁵⁹ sondern ausdrücklich auch vom Einfluss auf den Prozess⁶⁰ der öffentlichen Meinungsbildung des Wahlvolkes. Die Bezugnahme auf den Meinungsbildungsprozess lässt erahnen, dass dem Bundesverfassungsgericht etwas vorschwebt, was sich als ein objektiv über Art. 20 I, II,⁶¹ 2 I; 38 I⁶² GG und subjektiv über die Grundrechte⁶³ strukturell verbürgter öffentlicher Raum politischer Kommunikation beschreiben ließe. Dieses Öffentlichkeitsmodell lässt eine gewisse geistige Nähe erkennen zu Habermas' Demokratietheorie öffentlicher Deliberation.⁶⁴ Dieser öffent-

⁵³ Grundlegend Stern (Fn. 18), Bd. I, § 18.

⁵⁴ Zum Begriff Stern (Fn. 18), Bd. I, § 18 II 6 e β); J. Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 8. Aufl., 1990, S. 161 ff.; 343 ff.; M. Klopfer, Öffentliche Meinung – Massenmedien, in: Kirchhof/Isensee (Fn. 11) Bd. II, § 35, Rdn. 1 ff.

⁵⁵ Stern (Fn. 18), Bd. I, § 18 II 6 e β); W. Schmitt Glaeser, Die grundrechtliche Freiheit des Bürgers zur Mitwirkung an der Willensbildung, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 11), Bd. II, § 31, Rdn. 28 ff.; Dreier, in: Dreier (Fn. 10), Art. 20 (Demokratie), Rdn. 72 ff.; Morlok, in: Dreier (Fn. 10), Art. 38, Rdn. 88 ff.; Jestaedt (Fn. 2), S. 216.

⁵⁶ BVerfGE 44, 125.

⁵⁷ BVerfGE 5, 85 (134 f.); 7, 198 (208); 20, 56 (98); 44, 125 (144); 63, 231 (243); 69, 315 (346); 73, 40 (85); 77, 65 (74); 78, 350 (363); 85, 1 (16); 85, 23 (31); 85, 264 (284 ff.); 89, 155 (185); 90, 27 (31 f.); 91, 125 (134); 97, 350 (369).

⁵⁸ BVerfGE 44, 125 (140); aus der Literatur Dreier, in: Dreier (Fn. 10), Art. 20 (Demokratie), Rdn. 72; Morlok, in: Dreier (Fn. 10), Art. 38, Rdn. 88 ff.; Schmitt Glaeser (Fn. 55), Rdn. 21 ff.

⁵⁹ So beispielsweise BVerfGE 44, 125 (152).

⁶⁰ BVerfGE 44, 125 (139, 142, 143, 145, 148) sowie aus dem Sondervotum des Richters Geiger: BVerfGE 44, 125 (173). Aus der Literatur vgl. W. Schmidt, Organisierte Einwirkungen auf die Verwaltung, VVdStRL 33 (1975), S. 183 ff., 214; mit sehr plastischen Nachweisen Klopfer (Fn. 54), Rdn. 2; ähnlich schon Jellinek (Fn. 37), S. 102 f.

⁶¹ BVerfGE 44, 125 (139, 155 ff.); P. Häberle, Öffentlichkeitsarbeit der Regierung zwischen Parteien- und Bürgerdemokratie, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozess, 3. Aufl., 1998, S. 529 ff.

⁶² BVerfGE 44, 125 (144 ff.); Häberle (Fn. 61), S. 539 ff.

⁶³ BVerfGE 44, 125 (139); Häberle (Fn. 61), S. 537 f. liest aus der Entscheidung des BVerfG eine Staatstheorie heraus, in der der Freiheit und Gleichheit der Menschen eine objektive Schutzdimension zugunsten einer »Bürgerdemokratie« zukommt.

⁶⁴ J. Habermas, Faktizität und Geltung, 1994, S. 151 ff., 187 ff., 351 ff., insbes. 399 ff.; ders. (Fn. 42), S. 277 ff.

liche Raum besteht natürlich immer im Sinne einer Wechselwirkung,⁶⁵ gewinnt aber im Vorfeld von Wahlen angesichts ihrer Legitimationskraft besondere Bedeutung.⁶⁶ Dies gebietet, gerade in der Vorwahlzeit den Staatsorganen bei der Gestaltung ihrer Öffentlichkeitsarbeit äußerste Zurückhaltung aufzuerlegen.⁶⁷

bb) Demokratie und Grundrechte

Diesen Legitimationsprozess allerdings allein von den Staatsorganen her zu denken, wäre systemwidrig. Wenn alle Staatlichkeit unter dem Grundgesetz ihren letzten Geltungsgrund in der Menschenwürde hat, so muss sie sich auch aus ihr heraus legitimieren.⁶⁸ Dies geschieht mittels der in der Menschenwürde verankerten⁶⁹ Grundrechte, insbesondere der Kommunikationsgrundrechte. Dieser Zweck der Grundrechte entspricht dem »darum« des Art. 1 Abs. 2 GG, dem Bekenntnis zu den Menschenrechten um der Menschenwürde willen. Dreier⁷⁰ und Klopfer⁷¹ sprechen im Zusammenhang mit der Bedeutung der Öffentlichkeit für die Legitimität der demokratischen Ordnung von der Rolle der Grundrechte und bezeichnen sie als »Lebensluft demokratischer Prozesse« bzw. »Lebenselemente der freiheitlich-demokratischen Staatsform«. Damit ist die sogenannte demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie⁷² angesprochen, die das öffentliche Interesse an den grundrechtlich verbürgten Rechtspositionen betont. Es ist demzufolge schlechthin demokratiekonstituierend,⁷³ dass die öffentliche Meinung im Allgemeinen und die Wahlentscheidung des Volkes im Besonderen auf der Grundlage einer freien öffentlichen Meinungsbildung ruht, in die sich jedermann einbringen kann.⁷⁴

cc) Der öffentliche Dienst, das öffentliche Amt in der Demokratie

Art. 33 Abs. 4 GG spricht vom öffentlichen Dienst, vom öffentlichen Amt, ganz selbstverständlich,⁷⁵ so als seien die Begriffe nicht definitionsbedürftig, der Verfassung vorgeschaltet⁷⁶ und dem Staate schlechthin wesenseigentümlich, Teil des bestehenden Verwaltungsrechts, nicht des vergehenden Verfassungsrechts.⁷⁷ Was ist öffentlich am

65 BVerfGE 44, 125 (140). Zur Integrationsfunktion der Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung M. Schröder, Aufgaben der Bundesregierung, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 11), Bd. II, § 50, Rdn. 30; Klopfer (Fn. 54), Rdn. 29.

66 BVerfGE 44, 125 (140).

67 BVerfGE 44, 125 (151 ff.).

68 Vgl. Art. 1 Abs. 1 HChE, in: JöR n. F. 1 (1951), S. 48: »Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen«, worin Jestaedt (Fn. 2), S. 215 f. den Öffentlichkeitsbezug verortet.

69 Schulze-Fielitz, in: Dreier (Fn. 10), Art. 5 I, II, Rdn. 28; Dreier, in: Dreier (Fn. 10), Art. 1 Abs. 1, Rdn. 43.

70 Dreier, in: Dreier (Fn. 10), Art. 20 (Demokratie), Rdn. 74 m. w. N.

71 Klopfer (Fn. 54), Rdn. 11.

72 Grundlegend E.-W. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1534 f.; G. F. Schuppert, Grundrechte und Demokratie, EuGRZ 1985, S. 527 ff.; eingehend Habermas (Fn. 64), S. 162 ff.; geradezu euphorisch, aber trotzdem wenig überzeugend jetzt H. Weber-Grellet, Staat und Recht als Instrumente der demokratischen Gesellschaft, Rechtslehre 34 (2003), S. 186.

73 BVerfGE 5, 85 (134 f., 205); 7, 198 (208); 10, 118 (121); 12, 113 (124); 20, 56 (97); 33, 1 (14); 35, 202 (220); 74, 297 (338); 77, 65 (74); 59, 231 (265); 83, 266 (291), st. Rspr.

74 Von »geistigem Kampf« spricht BVerfGE 7, 198 (208); ferner M. Kaufmann, Europäische Einigung und Demokratieprinzip, 1997, S. 61; Dreier, in: Dreier (Fn. 10), Vorbem., Rdn. 41; Klopfer (Fn. 54), Rdn. 41 f., bes. 48 ff.; Häberle (Fn. 61), S. 170; Bethge, in: Sachs (Fn. 10), Art. 5, Rdn. 18, zu Recht krit. aber ders., a. a. O., Rdn. 19.

75 Lecheler, HdbStR III, § 72, Rdn. 103.

76 Stern (Fn. 18), Bd. I, § 11, III 1.; Isensee (Fn. 11), Rdn. 103.

77 So das berühmte Diktum von O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1923, Vorwort.

öffentlichen Amt? Aus der Grundrechtswarte fällt einem die eingeschränkte Grundrechtsberechtigung⁷⁸ von Hoheitsträgern ein, die sich aus freien Stücken in den Dienst des Staates stellen. Es fallen einem das Amtsethos⁷⁹ ein und die Verpflichtung auf das Gemeinwohl. Aber es gibt noch einen spezifisch öffentlichkeits- und damit demokratiebezogenen Aspekt des Amtes. K.-S. Rehberg, dessen Überlegungen verallgemeinerungsfähig sind, definiert Öffentlichkeit als das »Produkt von Differenzsetzungen«, ⁸⁰ als das gegen das Private Abgegrenzte. Im Gegensatz zur prämodernen Repräsentation des Staates im Körper des Königs, ⁸¹ leistet der moderne Amtsbegriff so die Abstraktion vom Träger des Amtes, ⁸² privater Mensch und öffentliches Amt fallen dem Idealbild nach vollkommen auseinander. Die – private – Körperlichkeit des Menschen wird aufgehoben, ⁸³ die Macht ist entkörperlicht und damit als solche öffentlich.

e) Zwischenergebnis

Die erforderliche Allgemeinheit, die sich verfassungsrechtlichen Einzelaspekten nicht entnehmen ließ, liefern die sogenannten Strukturprinzipien des Grundgesetzes. Republik, Rechtsstaat und insbesondere die Demokratie konstituieren in ihren wechselseitigen Verschränkungen ein Staatsgefüge, das Jestaedt völlig zu Recht »Staat in Öffentlichkeit«⁸⁴ nennt, und in dem nicht das Offene, Öffentliche, sondern die Arkana der besonderen Rechtfertigung bedürfen.

2. Verfassungstheoretische Ansätze

Die Bühne der reinen Verfassungsexegese soll hiermit verlassen werden zugunsten einiger schlaglichtartiger Blicke auf verfassungstheoretische Positionen zum Öffentlichkeitsproblem.

a) Peter Häberle: Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten

Einen ganz eigenen Blick auf die Öffentlichkeit des Verfassungslebens wagt Peter Häberle.⁸⁵ Die durch das Demokratieprinzip und die Grundrechte konstituierte offene Gesellschaft des Pluralismus entwinde sich in einem öffentlichen Prozess gelebter Verfassungsinterpretation dem hermeneutischen Ausschließlichkeitsan-

⁷⁸ Batts, in: Sachs (Fn. 10), Art. 33, Rdn. 74 ff.; jüngst auch die abw. Meinung der Richter Jentsch, Di Fabio und Mellinghoff, in: BVerfG, NJW 2003, 3111 (3117).

⁷⁹ Ausführlich J. Isensee, Staat im Wort, in: J. Ipsen (Hrsg.), Verfassungsrecht im Wandel, 1995, S. 590; ders., Das Amt als Medium des Gemeinwohls in der freiheitlichen Demokratie, in: G. F. Schuppert/E. Neidhard (Hrsg.), Gemeinwohl – auf der Suche nach Substanz, 2002, S. 241 ff.

⁸⁰ K.-S. Rehberg, Die »Öffentlichkeit« der Institutionen, in: G. Göhler (Hrsg.), Macht der Öffentlichkeit – Öffentlichkeit der Macht, 1995, S. 186.

⁸¹ Klassisch E. Kantorowicz, The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theory, 1957; dt. Die zwei Körper des Königs, 2. Aufl., 1994; jüngst U. Haltern, Recht – Raum – Integration, in: R. Hettlage/P. Deger (Hrsg.), Europäischer Raum und Grenzen, Opladen 2004, i. E., zit. n. Ms., S. 3; sowie eingehend H. Hofmann, Repräsentation, 4. Aufl., 2003, S. 374 ff.

⁸² Ausführlich Schuppert (Fn. 39), S. 110 ff.

⁸³ Rehberg (Fn. 80), S. 186; zu den Ursprüngen Haltern (Fn. 81), S. 7; Isensee (Fn. 11), Rdn. 103.

⁸⁴ Jestaedt (Fn. 2), S. 205.

⁸⁵ P. Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, in: ders. (Fn. 61), S. 155 ff.

spruch der Juristen.⁸⁶ Verfassungsunterworfenheit und Verfassungsinterpretation sind dadurch untrennbar miteinander verbunden. Dabei entwirft Häberle eine Systematik der am Verfassungsleben Beteiligten,⁸⁷ die alle am politischen Prozess Beteiligten einschließt, wobei er die Begriffsopposition vom politischen zum Verfassungsprozess als Opposition von Politik und Recht auflösen will. Dies sei die Konsequenz aus der sachlichen und methodischen Öffnung der Verfassungsinterpretation im Pluralismus.⁸⁸ Zwar verbleibe der Verfassungsrechtswissenschaft eine Sonderrolle,⁸⁹ trotz der über Art. 5 Abs. 3 GG verbürgten Autonomie stehe sie aber in der Öffentlichkeit und könne sich nicht der offenen Verfassungsinterpretation verschließen.⁹⁰ Der Begriff der juristischen Verfassungsinterpretation sei daher zu relativieren und einzubinden in einen öffentlichen Prozess der Kommunikation aller mit allen.⁹¹ Die Stärke des Ansatzes liegt sicherlich in der Konsequenz, mit der die sich für die Verfassungslehre ergebenden Probleme des Pluralismus⁹² verarbeitet werden: Im Zuge der Pluralisierung der Werte könnte ein inhaltlich so unbestimmter Wert wie der der Offenheit, der Öffentlichkeit deren integrationsstiftende Funktion übernehmen.

b) Rudolf Smends Integrationslehre

In einem als »großen Entwurf« bezeichneten⁹³ Aufsatz von 1955 geht Rudolf Smend⁹⁴ dem Problem der Öffentlichkeit zunächst semantisch auf den Grund und weist darauf hin, dass der deutsche Begriff des Öffentlichen eigentlich ein bloß faktischer sei,⁹⁵ die normativen Komponenten des Begriffes dagegen Importware aus dem französischen und angelsächsischen Staatsdenken.⁹⁶ Ausgehend von dem Befund, dass sich faktische und normative Elemente im deutschen Öffentlichkeitsbegriff überschneiden, unterscheidet Smend drei »Sinnkomplexe«⁹⁷ von Öffentlichkeit.

Erstens gehe es um die verfassungsrechtliche Gewährleistung klassischer Kommunikationsgrundrechte und die Öffentlichkeit der staatlichen Gewalten selbst.⁹⁸ Smend spricht insoweit von »formeller Publizität«.⁹⁹ Sie sei getragen und begründet im Freiheitsanspruch des Einzelnen wie des ganzen Volkes und stehe daher in einer Wesensnähe zu den Grundrechten. Zum anderen werde mit dem Öffentlichkeitsgrundsatz eine verfassungsimmanente Gewähr für die »Wahrheit«, »Sauberkeit« und »Richtigkeit« derjenigen Ergebnisse des Verfassungslebens gegeben, die »in öffent-

86 Häberle (Fn. 85), S. 157.

87 Häberle (Fn. 85), S. 160f.

88 Häberle (Fn. 85), S. 167, der daraus Zweifel ableitet an der Pluralismustauglichkeit der Argumentationsfigur der Einheit der Verfassung.

89 Häberle (Fn. 85), S. 161.

90 Häberle (Fn. 85), S. 169.

91 Häberle (Fn. 85), S. 180.

92 Vgl. die bei Häberle (Fn. 85), S. 180f. nachgewiesenen Reaktionen auf die Theorie.

93 P. Häberle, Öffentlichkeit und Verfassung, in: ders. (Fn. 61), S. 225.

94 Smend (Fn. 6), S. 11 ff.

95 Smend (Fn. 6), S. 12.

96 Differenzierend dagegen Habermas (Fn. 54), S. 122 ff.; 161 ff. Jestaedt (Fn. 2), S. 204 ff. spricht von einem »Kunstbegriff« und stellt die These auf, dass beide Begriffskomponenten nach dem Auseinanderfallen infolge der »Katastrophe des Totalitarismus« erst wieder in der politischen Theorie Jürgen Habermas' zusammengefunden haben (a. a. O., S. 211).

97 Smend (Fn. 6), S. 13.

98 Smend (Fn. 6), S. 14: Kommunikationsgrundrechte sind dabei für Smend vor allem Presse-, Vereins- und Versammlungsfreiheit. Öffentlichkeit im Staat ist Parlamentsöffentlichkeit, »Öffentlichkeit der Justiz« und öffentliche Kritik an allem übrigen Staatsleben in der Form »öffentlicher parlamentarischer Geldtendmachung der Ministerverantwortlichkeit.«

99 Smend (Fn. 6), S. 14.

licher Auseinandersetzung, öffentlichem Verfahren gewonnen werden.«¹⁰⁰ Dieses in der politischen Philosophie Kants wurzelnde Denken wird zwar mit Hinweis auf entgegenstehende historische Erfahrung¹⁰¹ kritisiert, gleichwohl gelte es, dem »be-gründeten Kern« nachzugehen.¹⁰²

Dies führt Smend zu seinem dritten und entscheidenden Punkt, der integrativen Komponente der Öffentlichkeit im Verfassungsleben. Danach besteht ihr Sinn darin, einerseits zwischen Gesellschaft und Staat zu vermitteln und andererseits mit Blick auf die Gesellschaft integrationsstiftend zu wirken.¹⁰³ Das rein juristische Verfassungsverständnis wird dadurch aufgelöst und zugunsten einer Gesamtintegration des Gemeinwesens durch die Verfassung ersetzt.¹⁰⁴ Die Integration vollzieht sich auf dreierlei Arten. Smend unterscheidet die personelle,¹⁰⁵ die sachliche¹⁰⁶ und die funktionale¹⁰⁷ Integration. Auf eine auch nur knappe Darstellung der Wirkungsweise dieser Verfassungsfunktionen muss hier verzichtet werden,¹⁰⁸ dennoch: Entgegen Smends damals sicherlich überzeugenderen Annahme, funktionelle, sachliche und personelle Integration seien miteinander verschränkt und aufeinander angewiesen, stößt die sachliche Integration im Pluralismus an Grenzen. Deshalb könnte die Bedeutung der funktionellen Integration entsprechend wachsen, ja: die Verfahrensinstitutionen der Demokratie, die einbeziehende Öffentlichkeit des freiheitlichen Staates könnte das integrative Moment schlechthin werden. Smends Überlegungen blieben damit insgesamt anschlussfähig.

c) Jürgen Habermas: das Öffentliche in der deliberativen Demokratie

Nach Habermas folgt aus dem demokratischen Gedanken das Gebot einer »politisch fungierenden Öffentlichkeit«.¹⁰⁹ Dabei versteht er Öffentlichkeit formell, d. h. als den »Inbegriff derjenigen Kommunikationsbedingungen, unter denen eine diskursive Meinungs- und Willensbildung des Publikums von Staatsbürgern zustande kommen kann«.¹¹⁰ Da sich seine Überlegungen anschließen an die Frage nach der Möglichkeit radikaler Demokratie, sind seine Kommunikationsbedingungen entsprechend weitreichend: Die »vollständige Inklusion aller möglicherweise Betroffenen, die Gleichberechtigung der Parteien, Zwanglosigkeit der Interaktion, Offenheit für Themen und Beiträge, Revidierbarkeit der Ergebnisse usw.«¹¹¹ Man muss diese Gedanken lesen vor dem Hintergrund von Habermas' Überzeugung vom Verlust einer inhaltlich bestimmten Wahrheit und dem daraus entspringenden Bedürfnis nach diskursiver Approximation der Richtigkeit.¹¹² Da Ergebnisse nur richtig sein können, wenn

¹⁰⁰ Smend (Fn. 6), S. 14.

¹⁰¹ Smend (Fn. 6), S. 15; s. a. Klein, in: Maunz/Dürig (Fn. 10), Art. 42, Rdn. 8.

¹⁰² Smend (Fn. 6), S. 15.

¹⁰³ Dazu Schuppert (Fn. 39), S. 762 ff.

¹⁰⁴ R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl., 1994, S. 119 ff., passim, bes. S. 142 ff., 215 ff., 260 ff.

¹⁰⁵ Smend (Fn. 104), S. 142 ff.

¹⁰⁶ Smend (Fn. 104), S. 160 ff.

¹⁰⁷ Smend (Fn. 104), S. 148 ff.

¹⁰⁸ Dazu statt vieler Schuppert (Fn. 39), S. 762 f., 768; Stern (Fn. 18), Bd. I, § 3 III 6 a); I. Pernice, Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration, AöR 120 (1995), S. 113 ff.

¹⁰⁹ Habermas (Fn. 54), S. 33.

¹¹⁰ Habermas (Fn. 54), S. 38.

¹¹¹ Habermas (Fn. 54), S. 41; vgl. auch jüngst Weber-Grellet (Fn. 72), S. 166.

¹¹² J. Habermas, Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz, in: ders./N. Luhmann, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie?, 1974, S. 124; ders., Wahrheitstheorien, in: H. Fahrenbach (Hrsg.), Festschrift f. W. Schulz, 1973, S. 219 f.

jedermann an ihnen teilhaben kann, ist der Diskurs notwendig öffentlich. Die Übertragung dieses Modells auf die politische Theorie führt zum Modell der deliberativen Demokratie, die ohne Publizität nicht denkbar ist.¹¹³ Die »subjektlosen Kommunikationsformen (können) den Fluß der diskursiven Meinungs- und Willensbildung so regulieren, dass ihre falliblen Ergebnisse die Vermutung der Vernünftigkeit für sich haben.«¹¹⁴ Dies gelingt mittels einer zivilgesellschaftlich geprägten Theorie öffentlicher Repräsentation.¹¹⁵

Das am häufigsten gegen die Diskurstheorie der Öffentlichkeit vorgebrachte Argument ist wohl das der Realitätsferne.¹¹⁶ Und in der Tat: Die empirische Sozialforschung¹¹⁷ zeigt, dass massenmediales Agenda-Setting und die Selbstentmündigung des Publikums durch Gleichschaltung des Medienmarktes von der Nachfrageseite aus der im herrschaftsfreien Diskursmodell begründeten deliberativen Demokratietheorie gelegentlich Hohn spricht. Auch ist die Bedingung des Miteinander-Sprechens fast nie erfüllt. Massenmedial organisierte Kontroversen zeichnen sich gerade dadurch aus, dass ihre Akteure nur scheinbar miteinander, in Wahrheit jedoch bloß zu einem abstrakten Publikum sprechen.

Mag dieser Einwand auch auf den ersten Blick einleuchten, so beruht er doch auf der Verkenning des normativen Anspruchs der Diskurstheorie,¹¹⁸ der auf die Formulierung von idealen Diskursbedingungen gerichtet ist. Dieses Idealisierungsbestreben kann aber gerade im Verfassungsrecht fruchtbar gemacht werden, wo in den Strukturprinzipien der Verfassung¹¹⁹ und in den Grundrechten Optimierungsgebote¹²⁰ gesehen werden. Naturgemäß gilt dies auch und wegen ihres demokratiestiftenden Charakters gerade für die Kommunikationsgrundrechte.¹²¹ Der »Vorwurf« der Normativität ist aber nicht nur in dieser Allgemeinheit unbegründet: Gerade der streng normative Anspruch des diskurstheoretischen Modells ist – im Gegensatz zur Systemtheorie Luhmanns, die »aus ihren Grundbegriffen alles Normative verbannt hat«¹²² und deswegen aus Sicht von Habermas keinen entscheidenden Beitrag zum Öffentlichkeitsproblem leisten kann¹²³ – für das Verfassungsrecht besonders fruchtbar.

III. Wahlen per Internet im Lichte des Öffentlichkeitsprinzips

Es verlockt sehr, die herrschaftsfreie, dezentrale, scheinbar egalitäre Agora des Internet als Ort zu sehen, an dem die Diskurstheorie deliberativer Demokratie ihre vollkommene Verwirklichung findet. Habermas selbst spricht von deliberierender Öffentlichkeit als einem »wildem Komplex« uneingeschränkter Kommunikation¹²⁴ und

¹¹³ Frankenberg (Fn. 37), S. 93.

¹¹⁴ Habermas (Fn. 42), S. 291, 313.

¹¹⁵ B. Keller, Demokratie und Repräsentation bei Jürgen Habermas, Der Staat 39 (2000), S. 205 f.

¹¹⁶ Gimmler (Fn. 49), S. 196.

¹¹⁷ Nachweise bei Gimmler (Fn. 49), S. 196 und Keller (Fn. 115). Habermas (Fn. 64, S. 399) selbst räumt ein, dass sich gelegentlich der Eindruck aufdrängt, »als schmelze im Laufe der Theorieentwicklung der idealistische Gehalt normativer Theorien unter der Sonne sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse dahin«.

¹¹⁸ Gimmler (Fn. 49), S. 196; B. Peters, Deliberative Öffentlichkeit, in: L. Wingert/K. Günther (Hrsg.), FS f. Jürgen Habermas, 2001, S. 657 f., eingehend 669 ff.; Keller (Fn. 115), S. 206 f. In Verteidigung seiner Theorie ferner ausführlich Habermas (Fn. 64), S. 399 ff.

¹¹⁹ Sachs, in: ders. (Fn. 10), Einführung, Rdn. 50; Art. 20, Rdn. 3; Alexy (Fn. 7), S. 75 ff.

¹²⁰ Sachs, in: ders. (Fn. 10), vor Art. 1, Rdn. 20: »Programmcharakter«; Dreier, in: Dreier (Fn. 10), Vorbermerkung, Rdn. 40 m. w. N.; Alexy (Fn. 7), S. 75 f.

¹²¹ Bethge, in: Sachs (Fn. 10), Art. 5, Rdn. 15 ff.

¹²² Habermas (Fn. 64), S. 406.

¹²³ Habermas (Fn. 64), S. 403, 406 f.

¹²⁴ Habermas (Fn. 64), S. 374.

legt dabei Verbindungen nahe zu gewissen Gründungsmythen des Netzes. Gleichwohl ist die Auffassung mit Vorsicht zu genießen, beim Internet handle es sich tatsächlich um diesen herrschaftsfreien Raum, den die Theorie so lange gesucht hat, und es dränge sich daher geradezu auf für demokratische Wahlen.

Trivial ist jedenfalls, dass die IT-Revolution nahezu alle konventionellen Formen menschlicher Interaktion einer Generalrevision unterzieht. Dies gilt selbstverständlich auch für alle Fragen des politischen Prozesses, da dieser in besonderem Maße auf Wissens- und Informationsmanagement beruht; jenem Teilsystem der Gesellschaft, welches umzugestalten die Informations- und Kommunikationstechnologien angetreten sind. Dabei sind die neuen Formen virtueller Teilhabe im Verwaltungsverfahren bereits Gegenstand vieler Stellungnahmen im Schrifttum¹²⁵ und Ziel einiger Bemühungen in der Praxis¹²⁶ gewesen. Hiervon zu trennen ist allerdings die Frage des Einsatzes neuer Technologien auch im Bereich der Wahl. Zwar waren aus der Kinderstube der Internetrevolution fortschrittseuphoristische Stimmen zu vernehmen,¹²⁷ die prophezeiten, die alte Trennung von Wahl und gewöhnlicher Staatstätigkeit könne im virtuellen Raum zugunsten einer permanenten direktdemokratischen Teilhabe aller an öffentlichen Entscheidungsprozessen getrost verabschiedet werden.¹²⁸ Die Bedenken gegen diese digitalen Visionen liegen aber auf der Hand. Die euphorischen Visionen der Internetapostel sind weitgehend verstummt und pessimistischeren Einschätzungen einerseits und Tendenzen zur Verrechtlichung andererseits gewichen.¹²⁹ Das Recht hat längst begonnen, sich digitale Räume zu unterwerfen und nutzbar zu machen. Die Frage erscheint berechtigt, inwieweit sich eine demokratische Staatorganisation die Möglichkeiten der IuK-Technologien dienstbar machen soll und kann, ohne ihrerseits in eine systemische Abhängigkeit von ihnen zu gelangen, die sich mit ihrem Selbstverständnis nicht mehr vereinbaren ließe.

Die spezifische Fähigkeit des Internets zur sekundenschnellen und massenhaften Informationsverarbeitung macht es ganz besonders interessant für Wahlen, das größte Massenverfahren im Recht.¹³⁰ Die Vorzüge und Anreize liegen auf der Hand:¹³¹ Eine schnellere und vielleicht zuverlässigere Stimmenauszählung, eine drastische Verringerung des Personalbedarfs oder eine höhere Wahlbeteiligung durch Vereinfachung der Stimmabgabe. Das Internet ist gar als »Jungbrunnen für die Demokratie«¹³² bezeichnet

125 C. Leggewie, Demokratie auf der Datenautobahn, in: ders./Chr. Maar (Hrsg.), Internet und Politik: Von der Zuschauer- zur Beteiligungsdemokratie, 1998, S. 29 spricht vollmundig von der »Transformierung des bürokratischen Anstaltsstaates in einen responsiven Netzwerkservice«, was nicht weniger sei als »eine Revolution des überkommenen Staatsbegriffes«. Verwiesen sei zu diesem Thema ferner auf die Untersuchungen von G. Schefbeck, Elektronische Demokratie, in: E. Schweighofer/Th. Menzel (Hrsg.), E-Commerce und E-Government: Aktuelle Fragestellungen der Rechtsinformatik, 2000, S. 89 ff.; Th. Bullerdiek/M. Greve/W. Puschmann, Verwaltung im Internet, 2. Aufl., 2002; V. Boehme-Neßler, Electronic Government, NVwZ 2001, S. 374 ff.; Chr. Bieber, Politische Projekte im Internet, 1999; H. Kubicek/M. Hagen, Gesellschaftliche Voraussetzungen für die informationstechnische Unterstützung politischer Beteiligung, in: Chr. Hubig (Hrsg.), Unterwegs zur Wissensgesellschaft, 1999, S. 181 ff.; B. Holznagel et al. (Hrsg.), Elektronische Demokratie, 2001.

126 Nachweise bei H. Aden, Online-Demokratie: Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen, KJ 2002, S. 399 und Chr. Bieber, »Elektronische« oder »interaktive« Demokratie?, KJ 2002, S. 186 ff.

127 Gimmmler (Fn. 49), S. 191.

128 So ganz explizit H. Kubicek/M. Hagen, Internet und Multimedia in der öffentlichen Verwaltung, 1999, S. 234 f.

129 Aden (Fn. 126), S. 399; P. Christiansen, Selbstregulierung, regulatorischer Wettbewerb und staatliche Eingriffe im Internet, MMR 2000, S. 123 ff.; M. Ronellenfisch, Das Grundrecht auf Kommunikation, in: B. Hess (Hrsg.), Wandel der Rechtsordnung, 2003, S. 127 ff.

130 H. Meyer, Demokratische Wahl und Wahlsystem, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 11), Bd. II, § 37, Rdn. 17.

131 Vgl. M. Will, Internetwahlen: verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen, 2002, S. 18 f. dort auch zu den bisher realisierten Projekten von Wahlen unter Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel in Deutschland und anderen Staaten, S. 23 ff.

132 D. Clemens, Campaigning in Cyberspace, ZfP 46 (1999), S. 50 ff., vgl. K. Kamps, Die Agora des Internet, in: O. Jarren et al. (Hrsg.), Zerfall der Öffentlichkeit?, 2000, S. 227.

worden. Gleichwohl verbietet es sich, vorschnell die Möglichkeit von Internetwahlen zu schaffen, ohne zunächst die verfassungsrechtlichen Grenzen der gesetzgeberischen Befugnis zur Gestaltung des Wahlrechts im Hinblick auf den Einsatz des Internets auszuloten. Gerade insoweit erscheint noch vieles ungeklärt.

1. Begriffliche Klarstellung

Der hier interessierende Begriff der Wahlen per Internet ist von anderen Formen des Einsatzes elektronischer Kommunikationsmittel im politischen Prozess scharf zu unterscheiden:¹³³ Nicht hierher gehört beispielsweise der Fall, dass Computer oder andere, jetzt schon in § 35 BWG zugelassene¹³⁴ technische Geräte, im Wahllokal oder zur Stimmabgabe genutzt werden, auch dann nicht, wenn diese Computer über Internet zu einem separaten Wahlnetz zusammengeschlossen sind. Auch geht es hier nur um Wahlen i. S. v. Art. 38 GG, also um Abstimmungen, durch die das Volk seinen verbindlichen Willen über die Zusammensetzung der Volksvertretung kundtut,¹³⁵ nicht indes um Abstimmungen über Sachfragen. Wahlen per Internet sollen daher im Folgenden nur Wahlen sein, bei denen die Stimmabgabe von einem privaten Rechner aus über ein Internetportal erfolgt und von einem Server zentral erfasst wird.

2. Funktionen der Öffentlichkeit

a) Chancen elektronischer Öffentlichkeit

Was die Chancen des Internet als Öffentlichkeit überhaupt angeht, werden in der Literatur verschiedene Ansichten vorgetragen. Eine radikal plebiszitär-revolutionäre Position vertritt die Auffassung, dass die fehlende Partizipation mancher Bevölkerungsschichten am politischen Prozess, ja: dass die Unmöglichkeit von Basisdemokratie überhaupt,¹³⁶ zuzuförderst ein technisches Problem von Informationsübermittlung¹³⁷ war. Daraus folge, dass sich die Natur der politischen Öffentlichkeit insgesamt radikal ändern werde, da nunmehr die *volonté générale* jederzeit bequem feststellbar sei. Herkömmliche Modelle repräsentativer Demokratie, ohnehin immer nur eine zweitbeste Lösung, seien somit obsolet. Demgegenüber gehen gemäßigte Positionen grundsätzlich vom bestehenden Modell repräsentativer Demokratie aus und fragen, wie die Rückkopplung der politischen Entscheidung an den Einzelnen mittels des Einsatzes elektronischer Medien verbessert werden kann. Eher skeptische Positionen¹³⁸ sehen die Gesetzmäßigkeiten der politischen Kommunikation nicht als technisch, sondern als sozioanthropologisch bedingt und daher einer Umwälzung durch die neuen Medien nicht zugänglich an. Allem kauzigen Charme zum Trotz, den

¹³³ Kamps (Fn. 132), S. 230 f.

¹³⁴ Näher W. Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Aufl., 2002, § 35, Rdn. 1 ff.

¹³⁵ Meyer (Fn. 130), Rdn. 1. Zu den Einsatzmöglichkeiten von Onlineabstimmungen bei Abstimmungen bestimmter Teilöffentlichkeiten Aden (Fn. 126), S. 405, 411.

¹³⁶ Vgl. P. Donges, Technische Möglichkeiten und soziale Schranken elektronischer Öffentlichkeit, in: O. Jaren/K. Imhof/R. Blum (Hrsg.), Zerfall der Öffentlichkeit?, 2000, S. 257.

¹³⁷ J. Street, Remote Control: Politics, Technology and Electronic Democracy, in: European Journal of Communication 1997, S. 27 ff.

¹³⁸ Donges (Fn. 136), S. 261; Aden (126), S. 410.

radikaldemokratische Ansätze auf ihrer Seite haben: Ob das Internet die Institutionen der Öffentlichkeit als Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft schon ersetzen kann, erscheint überaus zweifelhaft.

b) Kontrollfunktion: Öffentlichkeit des Verfahrens

Schon im Hinblick auf ihre Funktion als Instrument der Kontrolle von Rechtmäßigkeit oder Vernünftigkeit von Handlungen, Entscheidungen und Verfahren gewinnt die Öffentlichkeit eine Bedeutung, die Zweifel an der Verfassungskonformität von Wahlen per Internet nährt. Wenn dem Öffentlichkeitsgrundsatz die Funktion zukommt, den Staatsorganen auf die Finger zu sehen, so müssen erst recht diejenigen Handlungen und Verfahren einer Kontrolle durch die Öffentlichkeit fähig sein, die diese Staatsorgane legitimieren.

Dabei ist nicht nur erforderlich, dass die Gesellschaft insgesamt, also irgend jemand diese Kontrolle ausüben kann. Vielmehr ist geboten, dass – auch wenn dies naturgemäß so nie möglich ist – jedermann prinzipiell in der Lage ist, sich davon zu überzeugen, wie die Verfahren im Einzelfall ablaufen. Genauso muss ja auch im Bereich der Justiz durch Gerichtsöffentlichkeit die grundsätzliche Möglichkeit gewährleistet sein, sich von der Funktionsweise der Rechtspflege zu überzeugen. Dies ist aber bei Onlinewahlen nicht oder nicht hinreichend gewährleistet. Hier sind die Verfahren nach Maßgabe der soeben aufgezeigten Kriterien gerade nicht öffentlich. Vom Bürger kann im Allgemeinen nicht einmal ein rudimentäres Verständnis der elektronischen Vorgänge der Verschlüsselung, Übermittlung, Auszählung und Speicherung der Daten verlangt werden. Das herkömmliche Verfahren mit Stimmzetteln, Umschlägen, Urnen und der Auszählung durch menschliche Wahlhelfer erschließt sich dagegen auf den ersten Blick. Die Öffentlichkeit des Verfahrens bei Onlinewahlen wäre nur eine wissenschaftliche Fachöffentlichkeit, in der zweifellos bald Streit entbrennen würde über die Zuverlässigkeit der Verfahren, die Sicherheit der Geheimhaltung usw. Dadurch wäre das Vertrauen in die Richtigkeit der Wahlergebnisse sicher nachhaltig beschädigt.

c) Visualisierung

Für die verfassungspolitische Frage der Einführung von Wahlen per Internet wird auch das Problem der Virtualität bzw. der Visualität politischer Kommunikation zentral sein. Es erscheint sehr fraglich, ob die rasant zunehmende Inszenierung des Politischen, die gemeinhin unter den Schlagwörtern »Personalisierung« und »Amerikanisierung« diskutiert wird, zur Legitimität der demokratischen Ordnung beiträgt. Im Gegenteil: Die politische Performance und die zum Szenenfoto geronnenen Botschaften oder *messages* sind strukturell antidiskursiv und damit antirational; antirational, weil der Begriff der politischen Rationalität prozedural, und also völlig auf Diskursivität hin angelegt ist: Einem Bild lässt sich argumentativ nichts entgegen; ein Bild kann nur darstellen, was ist; selbst wenn es versucht, darzustellen, was bloß sein soll, so tut es dies naturgemäß, indem es, was die Kraft des Bildes ausmacht, das Schon-Bestehen des Geforderten suggeriert. »Die Personalisierung von Sachfragen, die Vermischung von Informationen und Unterhaltung, eine episodische Aufbereitung und die Fragmentierung von Zusammenhängen schließt sich zu einem Syndrom

zusammen, das die Entpolitisierung der öffentlichen Kommunikation fördert.«¹³⁹ Die Kulturindustrie breitet sich durch Entsprachlichung des öffentlichen Raumes als Lähmung demokratischer Diskurse aus. Das dem Betrachter mit einer politischen Forderung oder einem rechtlichen oder moralischen Sollensgebot gegenüberstehende Bild tritt ihm mit einer Lebenslüge gegenüber.

Sicherlich liegt es fern, die Ästhetisierung und Visualisierung des Politischen insgesamt zu verdammern, wollte man sich nicht dem Vorwurf anachronistischen Romanisierens aussetzen. Gleichwohl besteht wohl, um der politischen Rationalität willen, ein gewisser Bedarf nach inszenierungsfreien Räumen, die den Legitimierenden, den Bürger, an die uninszenierte Realität der zu legitimierenden Staatsmacht erinnern und damit seinen Legitimierungswillen zu einem rational geformten, sachgerechten machen. Dafür erscheint gerade das Wahllokal mit seinen nackten Wänden und schäbigen Urnen geeignet, das sich als öffentlicher Raum wenigstens für den entscheidenden Moment der Abstimmung gegen mediale Beeinflussung abschottet.

d) Öffentlichkeit der Wahlhandlung und geheime Stimmabgabe – ein Paradox?

Carl Schmitt zufolge kann kein Wahlergebnis die öffentliche Meinung abbilden, weil der Wähler im entscheidenden Moment aus der öffentlichen Sphäre heraus und in die Privatheit hineintrete und aus dem privaten Raum der Kabine heraus abstimme.¹⁴⁰ In der Tat scheint ein immanenter Widerspruch zu bestehen zwischen der Öffentlichkeit der Wahlhandlung, dem Hineintreten in den öffentlichen Raum der Institution Wahllokal einerseits und der geheimen Abgabe der Stimme andererseits. Hätte Schmitt aber Recht mit seiner These von der Privatheit der Stimmabgabe, so müsste nach den oben aufgestellten Grundsätzen die Geheimheit die Regel, die Öffentlichkeit die zu begründende Ausnahme sein. Richtig ist aber das Gegenteil: In der Wahl wird das Volk als Organ der Verfassung gem. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG tätig.¹⁴¹ Es wird im Verfassungsprozess zum öffentlichen Organvolk, einem Kollegium von Staats-Bürgern, die, auf den *citoyen* reduziert, den *bourgeois* an der Garderobe des Wahllokals abgeben. Die Wahl gehört von vornherein nicht in den Bereich grundrechtlicher Freiheit, sondern ist Ausdruck kollektiver demokratischer Bürgerverantwortung.¹⁴² Dadurch steht das Wahlvolk einem Staatsorgan gleich, die von ihm geäußerte Wahl-Meinung ist, wie der sie konstituierende gesellschaftlich-politische Prozess öffentlich, ist Staatsmeinung. Das ist der Kern der an Transsubstantiationslehren gemahnenden Rede des Bundesverfassungsgerichts von der »Willensbildung vom Volk zu den Staatsorganen«. Da die Wahlmeinung nun aber Staatsmeinung ist, ist auch das Wahlgeheimnis Staatsgeheimnis. Und so gilt, was oben gesagt wurde: Die Wahl ist grundsätzlich öffentlich. Da es aber die Zwanglosigkeit der Stimmabgabe zu schützen gilt, liegt ein Grund vor, der es rechtfertigt, die Öffentlichkeit aus der Wahlkabine auszuschließen.

¹³⁹ Habermas (Fn. 64), S. 456.

¹⁴⁰ C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 244 ff.

¹⁴¹ R. Grawert, Staatsvolk und Staatsangehörigkeit, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 11), Bd. I, § 14, Rdn. 23.

¹⁴² Vgl. M. Sachs, Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, DVBl. 1995, S. 892.

Für die Frage, was darüber hinaus die Öffentlichkeit der Wahl an Bedeutung für das Verfassungsleben haben könnte, ist die Grundfrage nach der Idee des Wahlrechts von Interesse. Der Streit um das Wesen des Rechts zu wählen, läuft hinaus auf einen Streit um den Begriff des Rechts selbst,¹⁴³ die Frage, ob der Wahlakt sich in seiner Funktion darauf beschränkt, einen Auftrag zur Wahrnehmung politischer Macht zu erteilen, oder einen eigenen Inhalt besitzt. Nach streng liberaler Ansicht¹⁴⁴ geht es allein um eine Allokation staatlicher Macht, die »Lizenz zur Übernahme von Regierungsmacht«, ¹⁴⁵ wohingegen dem Wahlakt selbst nach der Gegenauffassung die Funktion zukommt, integrierend auf das Gemeinwesen selbst auszustrahlen.¹⁴⁶ Es genügt, sich zu vergegenwärtigen, als welches Problem für die Demokratie die abnehmende Wahlbeteiligung gesehen wird: Es besteht offenbar ein Bedürfnis nach hoher Beteiligung, nicht um der Legitimität des Ergebnisses (die Wahlbeteiligung ist ja bislang noch nicht auf ein Niveau gesunken, bei dem Zweifel an der Gültigkeit des Ergebnisses substantiiert wären), sondern um der Demokratie willen. Dieser Befund hängt wohl zusammen mit der symbolischen Funktion der Wahlhandlung.

Um diesen Zusammenhang zu verdeutlichen, lohnt ein Umweg über die Überlegungen, die Rehberg zur Öffentlichkeit der Institutionen anstellt.¹⁴⁷ Er geht aus von einem sehr weiten Begriff der Institution, die er definiert als »kulturelle Vermittlungsinstanz zwischen Sozialstruktur und Sinnproduktion«, und davon, dass alle Institutionen »Symbolisierungsleistungen« vollbringen, in der Diskursgemeinschaft für etwas anderes stehen: repräsentieren. Jede Institutionalisierung aber stehe in einem Spannungsverhältnis zum öffentlichen Raum, den die Institution einerseits erreichen, gegen den sie sich aber auch abgrenzen muss.¹⁴⁸ Gegenüber der Öffentlichkeit symbolisierten Institutionen ihr eigenes normatives Ordnungsprinzip, was auf die Legitimation von Geltungsansprüchen ziele. Legitimität sei undenkbar ohne verkörpertem, sichtbarem Geltungsanspruch.¹⁴⁹ Damit wird das »Bedeutungsfeld« sichtbar, das öffentliche Wahlen einnehmen könnten: Neben der Machtallokationsfunktion könnte die Wahl die Aktualisierung von Grundwerten¹⁵⁰ leisten; sie könnte für die Grundprinzipien des Rechts stehen, auf denen sie gegründet ist.¹⁵¹ Denn da das Recht nur in Verbindung mit dem Anderen gedacht werden kann, dem man gegenübertritt und mit dessen Freiheit die eigene zusammen bestehen muss, aktualisiert sich die staatliche Friedensordnung immer dann, wenn der Einzelne sich in seiner sozialen, kommunikativen Interaktion mit anderen den Institutionen des Rechts unterwirft. Das gilt aber nicht nur für das materielle Recht. Es gilt auch und angesichts des zunehmenden Wegbrechens eines moralischen Konsenses gerade für das formelle Recht, für das rechtlich geordnete Verfahren. Werden Konflikte zwischen Privaten im Rahmen staatlichen Verfahrensrechts ausgetragen, dann aktualisiert sich auch hier die staatliche Friedensordnung. Nun liegt auch der Bezugspunkt zur Öffentlichkeit auf der Hand: Die Rechtsordnung, die als Freiheitsordnung die eigenen Voraussetzungen

¹⁴³ Habermas (Fn. 42), S. 280.

¹⁴⁴ Nachweise bei Habermas (Fn. 42), S. 285.

¹⁴⁵ Habermas (Fn. 42), S. 289.

¹⁴⁶ Habermas (Fn. 42), S. 285.

¹⁴⁷ Rehberg (Fn. 80), S. 181 ff.

¹⁴⁸ Rehberg (Fn. 80), S. 182 f.

¹⁴⁹ Rehberg (Fn. 80), S. 184.

¹⁵⁰ Ähnlich, jedoch mit Blick auf die Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens, Luhmann (Fn. 14), S. 124.

¹⁵¹ Es ließe sich statt von einer Symbolisierungs- auch von einer Erinnerungsfunktion sprechen, vgl. Haltern (Fn. 4), S. 532 ff. und Habermas (Fn. 42), S. 289.

nicht garantieren kann¹⁵² und auf Akzeptanz angewiesen ist, findet als solche Bestätigung durch die Wahl. Dass diese Bestätigung eine Handlung ist, die um der Außenwirkung willen öffentlich vonstatten gehen muss, ist evident.

4. Ergebnis und Ausblick

Die Verfassung Europas könnte ein Testfall dafür sein, dass eine Vielzahl quasi-autonomer abgeschotteter Teilöffentlichkeiten, die Vielzahl der Öffentlichkeiten der Mitgliedstaaten,¹⁵³ zur Demokratisierung des Gemeinwesens nicht genügt. Denn eine normative Demokratietheorie kann nicht ohne das Konzept der politischen Verantwortlichkeit der gewählten Amtsträger auskommen. Dies legitimiert die Verwendung von Einheitsbegriffen – Staat, Verwaltung, Rechtsordnung usw. – bis heute. Der freien demokratischen Willensbildung des Volkes steht eine hierarchische Exekutive gegenüber, die um der Demokratie willen gerade nicht in den Genuss der Willensbildungsfreiheit kommen kann.¹⁵⁴ Verantwortung für das Ganze auf Seiten des Staates findet seine Entsprechung und wird wahrgenommen durch eine Öffentlichkeit, die eins ist, die trotz aller funktionalen Ausdifferenzierung ihre interne Kommunikationsfähigkeit nicht ganz verliert. Daher könnte es mit dem Fehlen einer europäischen Öffentlichkeit zu tun haben, wenn Udo Di Fabio in Europa die Gefahr eines »Wildwuchs(es) verschränkter öffentlicher Gewalt« sieht, eines »Monstrum(s) vernetzter Unverantwortlichkeit«.¹⁵⁵ Das Postulat einer solchen Öffentlichkeit ist aber nicht verträumte politische Ganzheitlichkeitsutopie oder konservative Reaktion auf die Globalisierung: Einerseits handelt es sich um geltendes Verfassungsrecht, das sich aus dem Gedanken allgemeiner Wahlen zu einem in Vertretung des ganzen Volkes handelnden Parlament ergibt. Das Grundgesetz spricht von *dem Volk* als Quelle aller Staatsgewalt, also einer geeinten Personenmehrheit. Andererseits sind es gerade jene, die den autonomen Sinngehalt politischer Institutionen am stärksten bezweifeln, die über Markt und Vertrag neue Institutionen allumfassender Letztbegründung vorschlagen.

Die Massendemokratie heutiger Prägung ist gewissermaßen eine Abstraktion früherer demokratischer Formen: Di Fabio nach gehört zur demokratischen Grundidee »immer noch die Vorstellung des Forums, der Mitte, des einen öffentlichen Platzes, an dem sich die Freien der Polis versammeln, beraten und entscheiden. Im modernen Territorialstaat hat man das demokratische Forum abstrahiert, mittelbar gemacht: Im Parlament trifft sich das Volk in Gestalt seiner Repräsentanten.«¹⁵⁶ Und gerade wegen dieser weitestgehenden Abstraktion ist ein »Mindestmaß an kommunikativer Einheit« unverzichtbar: »Die Abstrahierung der alten ständestaatlichen Demokratieidee war erfolgreich und sie funktioniert in dieser repräsentativen Form jedenfalls so lange, wie die Entscheidungen tatsächlich auf einer beobachtbaren Bühne fallen.«¹⁵⁷ Genau dies stellen Onlinewahlen aber in Frage, die als Institution nicht mehr öffentlich wären. Was eine Institution zu einer öffentlichen macht, kann das Recht nicht oder nur schwer steuern, es greift dabei auf in der Gesellschaft liegende Konventionen zurück, die zu den Böckenfördeschen Voraussetzungen gehören.

152 E.-W. Böckenförde, *Recht Staat Freiheit*, 1991, S. 111 f.

153 Vgl. nur G. Frankenberger, *Autorität und Integration*, 2003, S. 34.

154 H. Dreier, *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat*, 1991, S. 125.

155 U. Di Fabio, *Mehrebenendemokratie in Europa*, in: Walter-Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht (Fn. 5), S. 107 ff.

156 Di Fabio (Fn. 155), S. 112.

157 Di Fabio (Fn. 155), S. 112.

Die nichtdigitalen öffentlichen Räume bestehen fort als integrierende Institutionen der Repräsentation, nicht weil sie digitalen Räumen schlechthin überlegen wären, sondern weil es keine hinreichend gefestigten Ersatzinstitutionen des Virtuellen gibt, denen demokratiewesentliche Funktionen angetragen werden könnten. Und solange deshalb Öffentlichkeit in der gesellschaftlichen Wahrnehmung noch jedenfalls überwiegend Öffentlichkeit in einer nichtvirtuellen Realität ist, solange kann die freiheitlich-demokratische Grundordnung bei der Gestaltung ihres fundamentalsten Legitimationsaktes, der Parlamentswahl, nicht auf die Diskurskonventionen und Handlungsformen der Öffentlichkeit in der bürgerlichen Gesellschaft verzichten, ohne an ihren normativen Grundlagen Schaden zu nehmen.