

## Wie wirkt die Verfassung?

Die Bundesrepublik 75 Jahre nach 1949: Die Weiterentwicklung des Grundgesetzes durch Staatspraxis, Textänderungen und verfassungsgerichtliche Rechtsprechung

## Zusammenfassung

Vor 75 Jahren trat das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft. Wie hat sich diese Verfassung bewährt? Welche Rolle spielt das Bundesverfassungsgericht für die Wirkung der Verfassung? Hier soll untersucht werden, in welcher Weise die wichtigsten Normen der Verfassung zur Staatsorganisation und andererseits die Grundrechtsgewährleistungen zur Geltung gebracht und weiterentwickelt worden sind. Das Grundgesetz hat in der Ausprägung durch das Bundesverfassungsgericht über die Jahrzehnte hin zu einer freiheitlichen Ordnung und zu wirtschaftlichem Wohlstand des Landes beigetragen. Gleichwohl wird seine Entwicklung nicht nur von Gegnern des repräsentativen Systems kritisiert, sondern auch von Beobachtern, denen an der Bewahrung der grundlegenden Entscheidungen gelegen ist. Gefragt wird insbesondere, was Verfassungsanwender und Richter tun können, um angesichts großer Krisen und einer gespaltenen Gesellschaft die Zukunftsfähigkeit der Verfassung zu erhalten. Entscheidend wird letztlich sein, wie sich das politische Bewusstsein der Bürgerinnen und Bürger entwickelt.

## Abstract

The Basic Law for the Federal Republic of Germany came into force 75 years ago. How has this constitution stood the test of time? What role does the Federal Constitutional Court play in the effect of the constitution? The aim here is to examine the way in which the most important norms of the Constitution on the organization of the state and, on the other hand, the guarantees of fundamental rights have been enforced and further developed. Over the decades, the Basic Law, as shaped by the Federal Constitutional Court, has contributed to a liberal order and to the economic prosperity of the country. Nevertheless, its development is not only criticized by opponents of the representative system, but also by observers who are interested in preserving the fundamental decisions. In particular, the question is what constitutional practitioners and judges can do to maintain the future viability of the constitution in the face of major crises and a divided society. Ultimately, the decisive factor will be how citizens' political awareness develops.

## Résumé

La Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne est entrée en vigueur il y a 75 ans. Comment cette constitution a-t-elle résisté à l'épreuve du temps ? Quel rôle

joue la Cour constitutionnelle fédérale dans l'application de la Constitution ? Il s'agit ici d'examiner la manière dont les normes les plus importantes de la Constitution relatives à l'organisation de l'État et, d'autre part, les garanties des droits fondamentaux ont été appliquées et développées. Au fil des années, la Loi fondamentale, telle qu'elle a été définie par la Cour constitutionnelle fédérale, a contribué à l'instauration d'un ordre libéral et à la prospérité économique du pays. Néanmoins, son évolution est critiquée non seulement par les opposants au système représentatif, mais aussi par les observateurs soucieux de préserver les décisions fondamentales. En particulier, la question est de savoir ce que les praticiens et les juges constitutionnels peuvent faire pour maintenir la viabilité future de la Constitution face à des crises majeures et à une société divisée. En fin de compte, le facteur décisif sera l'évolution de la conscience politique des citoyens.

## I. Jubiläumsreden und Erfolgsbilanzen

Für jemanden, der als Jugendlicher noch das Ende des NS-Regimes und die Neubegründung des deutschen Staates erlebt hat und später als Jurist sowie zeitweise als Politiker an der Entwicklung dieser Republik aktiv teilgenommen hat,<sup>1</sup> stellt die Erarbeitung und Inkraftsetzung des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland einen historischen Glücksfall von allergrößter Bedeutung dar. Dass diese Verfassung uns inneren Frieden und Wohlstand gebracht habe, dass zahlreiche politische Konflikte auf ihrer Basis nachhaltig gelöst worden seien und dass die in ihm bekräftigten Werte und Normen auch für die Zukunft richtungweisend seien, wird von vielen Rednern auch beim 75-jährigen Jubiläum des Grundgesetzes betont werden. Man wird die Karlsruher Rechtsprechung zu den Grundrechten und Staatszielen loben und Kritik allenfalls zu Einzelbereichen wie Föderalismus und Finanzverfassung äußern. Ein Teil der Öffentlichkeit wird die Einführung direkt-demokratischer Verfahrensweisen fordern, um die angebliche „Volksfremdheit“ der Politik und die „Politikverdrossenheit“ der Bürger zu überwinden. Grundsätzliche „System“-Kritik bleibt Gruppierungen am Rande des politischen Spektrums überlassen; diese werden den Jubiläumsrednern die abschreckende Folie der Demokratiefeindlichkeit liefern.

Pauschale Kritik war 1949 allenfalls das Anliegen kleiner Gruppen von Menschen, die dem diktatorischen Regime des Nationalsozialismus nachtrauerten, oder aber radikaler Föderalisten, die ein vollkommen dezentralisiertes Deutschland wünschten. Die führenden politischen Kräfte im Nachkriegsdeutschland hatten sich für eine demokratisch-rechtsstaatliche und föderale Organisation des Gemeinwesens entschieden, in der die Länder eine starke Stellung innehaben sollten, zugleich aber die Einheit des

---

<sup>1</sup> Der Autor (Jahrgang 1936) war Professor für Öffentliches Recht an der Universität Hamburg (1973-2002), dazwischen Bundesbeauftragter für den Datenschutz (1978-1983) und Innenminister des Landes Schleswig-Holstein (1988-1995). Er hat in diesen Funktionen die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und von Landesverfassungsgerichten ebenso wie die begleitende wissenschaftliche Diskussion beobachtet und war u.a. Mitglied der Verfassungskommission des Bundesrates wie auch der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat.

Gesamtstaates durch eine entsprechende Kompetenzordnung abgesichert wurde.<sup>2</sup> Die Besatzungsmächte behielten sich Aufsichtsbefugnisse über die deutschen Behörden vor.<sup>3</sup> Schon vor der Verfassungsdebatte hatten die drei westlichen Besatzungsmächte in ihren Zonen die institutionellen und personellen Voraussetzungen dafür geschaffen, dass Deutschland nicht autoritär und zentralistisch regiert werden konnte. Allerdings waren in Verwaltung und Justiz und selbst in politischen Spitzenämtern trotz der „Entnazifizierung“ noch viele Personen – auch in hohen Ämtern – tätig, die durch ihre Tätigkeiten im NS-Staat belastet waren; die notwendige „Säuberung“ fand erst in den folgenden Jahren statt. Ein großer Teil des deutschen Volkes aber entdeckte die Vorzüge der Demokratie und des Rechtstaates und arbeitete am Aufbau eines liberalen Staates mit, der jeder Form von Autoritarismus und Imperialismus abgeschworen hatte und nur Frieden und Wohlstand anstrebte. Das Grundgesetz wurde zunehmend geschätzt und trotz der Einflüsse der Besatzungsmächte als „eigene“ Verfassung wahrgenommen. Im Gefühlshaushalt der Nation ist damals der „Verfassungspatriotismus“ im Sinne von *Dolf Sternberger*<sup>4</sup> an die Stelle des gescheiterten Nationalismus getreten.<sup>5</sup>

Damit ist aber noch nichts über die tatsächliche Wirkungskraft des Grundgesetzes in anderen geschichtlichen Konstellationen, insbesondere in Krisensituationen gesagt. Streng empirische Forschung zu diesem Thema ist schwierig, wenn nicht unmöglich, aber viele Zusammenhänge sind im historischen Überblick unschwer erkennbar.

## II. Wie wirkt das Grundgesetz wirklich?

### 1. Kausalitäten?

Verfassungen wirken durch Entscheidungen und Verhaltensweisen von Menschen – seien es Politiker, die sich an den rechtlichen Vorgaben und Rahmensexpositionen orientieren, seien es Bürger, deren Grundrechte die Verfassung verbürgt und im Interesse anderer oder des Gemeinwohls begrenzt oder an deren Gemeinsinn die Verfassung

- 2 Einen komprimierten Überblick zur Entstehungsgeschichte und den Kernaussagen des GG bietet die Einführung von *Andreas Voßkuhle* zu der Beck'schen Textausgabe des Grundgesetzes, 70. Aufl. München 2022, S. XI-XX. Zahlreiche Dokumente zur Entstehung des GG sind gesammelt in: Michael F. Feldkamp (Hrsg.), *Die Entstehung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland 1949*, Stuttgart 1999.
- 3 Insbesondere im Besetzungsstatut v. 10.4.1949, Amtsblatt der Alliierten Hohen Kommission in Deutschland Nr. 1, 23.9.1949, S. 13-15, auch in: Feldkamp (Hrsg.) (Fn. 2), S. 164-168. Zur Einwirkung der Besatzungsmächte s.a. *Horst Dreier*, *Kontexte des Grundgesetzes*, DVBl 1999, 667-679 (668 ff.).
- 4 *Dolf Sternberger*, Verfassungspatriotismus (Schriften X), hrsg. von Peter Haungs/Klaus Landfried/Elsbeth Orth/Bernhard Vogel, Frankfurt/Main 1990, besprochen von *Günther Nonnenmacher*, FAZ v. 5.6.1990, S. 35 (mit dem Hinweis, dass *Sternberger* den Grundgedanken bereits im Jahre 1947 veröffentlicht hat).
- 5 Dieser Begriff wird aber auch kritisch bewertet, z.B. von *Jörn Ipsen*, *Der Staat der Mitte*, München 2009, S. 354 f., der bemerkt, Verfassungen könnten „nur einen rechtlichen Rahmen eines Gemeinwesens bilden“, wobei aber wohl die emotionale Bedeutung von Verfassungen unterschätzt wird.

appelliert. Bei der Vermittlung der Verfassungsnormen spielt die Verfassungsgerichtsbarkeit eine zentrale Rolle: sie konkretisiert die abstrakten Verfassungssätze für die verbindliche Anwendung in konkreten Situationen. Wissenschaft und Medien sind ihm dabei bisher weitestgehend gefolgt und dürften auch künftig so reagieren.

Frage man sich, welche Ereignisse und Entwicklungen im Einzelnen auf die Qualität des Grundgesetzes und der Verfassungsrechtsprechung zurückgeführt werden können, werden kompliziertere Überlegungen nötig. Kausalität in dem Sinne, dass die Geschichte anders verlaufen wäre, wenn das Grundgesetz bestimmte Normen nicht enthalten hätte, lässt sich für die Fundamentalentscheidungen des Parlamentarischen Rates – also für die Staatsstrukturenbestimmungen Demokratie, Rechts- und Sozialstaat, horizontale und vertikale Gewaltenteilung und umfassende Geltung der Grundrechte – feststellen. Unter diesem großen Dach konnte sich der Staat Bundesrepublik Deutschland zu einem Hüter von Recht und Ordnung, zum Initiator des Wiederaufbaus und zum Förderer wirtschaftlichen Wachstums entwickeln, den friedlichen Zusammenschluss mit den europäischen Nachbarn in die Wege leiten und die Wiedervereinigung mit dem anderen deutschen Staat bewältigen. Aber die Verfassung allein hat eben nicht diese günstige Entwicklung verursacht; das politische und wirtschaftliche Geschehen wurde und wird vielmehr wesentlich von den jeweiligen Überzeugungen und Vorstellungen der Handelnden wie der Betroffenen, der Politiker und der Mehrheit der Wähler geprägt. Diese waren in der Anfangszeit der Bundesrepublik in entschiedener Abwendung von der überwundenen nationalsozialistischen Diktatur auf die in der Verfassung formulierten Grundsätze des demokratischen Rechts- und Sozialstaates ausgerichtet, und die Mehrheit der Bundesbürger empfand das Grundgesetz als gelungene Umschreibung ihrer Hoffnungen und Wünsche.

Später hat es in der Entwicklung auch Brüche und Neuansätze – vor allem durch Verfassungsänderungen – gegeben, die den Charakter des Staates in bestimmten Dimensionen verändert haben und die nicht alle als Fortschritt gegenüber der Erstfassung des Grundgesetzes begriffen worden sind.

## 2. Der Beitrag des Verfassungsgerichts

Zur Wirksamkeit des Grundgesetzes hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wesentlich beigetragen. Das BVerfG betreibt nicht nur Verfassungsauslegung, sondern in einem großen Teil seiner Entscheidungen richterliche Rechtsschöpfung. Es „macht Politik“ und ändert damit auch die Verfassung.<sup>6</sup> Damit hat das Gericht keineswegs immer Zustimmung geerntet; viele Entscheidungen waren äußerst umstritten, und das Engagement des BVerfG wird nach wie vor vielfach als übereifriger

---

<sup>6</sup> Zu dem Vorwurf, das Gericht mache Politik, vgl. u.v.a. etwa *Oliver Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: *Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger*, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 159 ff. (166) mit dem Hinweis, dass auch der damalige Vizepräsident des BVerfG Winfried Hassemer den Vorwurf für „im Wesentlichen zutreffend“ erklärt habe (Hassemer, Erscheinungsformen des modernen Rechts, Frankfurt/Main 2007, S. 82)

Aktivismus und als eine problematische Selbstermächtigung empfunden,<sup>7</sup> aber Politik und Gesellschaft haben diese Rechtsprechung letztlich immer akzeptiert und befolgt. Viele Judikate des BVerfG sind auch in heutiger Sicht so bedeutsam, dass sie als Inhalte der Verfassung angesehen werden können. *Dieter Grimm* hat mit Recht darauf aufmerksam gemacht, dass dieser Strom der Entwicklung von der Geschichtswissenschaft vernachlässigt worden ist.<sup>8</sup> Freilich ist kaum einmal vertieft erörtert worden und wird auch künftig nicht zuverlässig erforscht werden können, wie sich die politische Praxis ohne die wegweisenden Entscheidungen aus Karlsruhe entwickelt hätte. Inwieweit haben bestimmte Verfassungsinstitutionen und -interpretationen und einzelne Entscheidungen tatsächlich die politische, soziale oder wirtschaftliche Entwicklung beeinflusst? In vielen politischen und medialen Äußerungen wird eine positive Antwort auf diese Frage unterstellt – aber wer den Beitrag von Verfassung und Verfassungsjudikatur für die künftige Entwicklung herausarbeiten will, muss auch immer wieder unbefangen kritisch an die Einzelprobleme herangehen.

Je mehr Fragen das Verfassungsgericht behandelt und je nachhaltiger es das Verständnis des Grundgesetzes beeinflusst, desto mehr verliert die Suche nach den Wirkungen der *ursprünglichen* Verfassung an Relevanz. Verfassungen unterliegen unvermeidlich dem Wandel, egal ob sie ausdrücklich geändert oder durch politische Praxis oder verfassungsgerichtliche Uminterpretation mit neuen Inhalten angereichert werden. Für die Lösung der gegenwärtigen Probleme kommt es auf die aktuelle Interpretation an.

### 3. Gang der Untersuchung

Zunächst sind die Maßstäbe klarzustellen, nach denen das Grundgesetz „erfolgreich“ war oder ist (III.). Vor diesem Hintergrund werden die Themenfelder zusammengestellt, auf denen die Verfassung sich überwiegend bewährt hat. Hier sind zum einen die wesentlichen Elemente der Staatsorganisation einschließlich des Wahlrechts und der Stellung der Parteien sowie das Föderalismusprinzip, aber auch die verfassungsrechtliche Wirtschafts- und Sozialordnung und die internationale Einbindung der Bundesrepublik zu behandeln (IV.). Die besonders umstrittenen und problematischen Entwicklungen werden in einem weiteren Abschnitt erörtert (V.). Ein eigener Abschnitt ist zum anderen dem – nicht ausschließlich positiv zu beurteilenden – Wandel der Grundrechte durch die Rechtsprechung des BVerfG gewidmet (VI.). Schließlich wird gefragt, ob die Verfassung neueren Gefährdungen hinreichend entgegenwirkt und ob die Politik noch entscheidungs- und handlungsfähig genug ist, um z.B. die

<sup>7</sup> Entschiedene Kritik an der Verrechtlichung von Politik durch das BVerfG (und auch durch die Verfassungsgerichte anderer Staaten) z. B. bei *Matthias Herdegen*, Heile Welt in der Zeitenwende, München 2022, u.a. S. 45 ff., 56, 171 f., 224. Einzelkritik an über 50 Entscheidungen (als „gelungen“ oder „misslungen“): Rundfrage 70 Jahre BVerfG-Rechtsprechung, in: Zeitschrift für öffentliches Recht (Wien), Band 77, Heft 3, September 2022, hrsg. und ausgewertet von *András Jacob*. Die Beiträge behandeln ganz überwiegend Judikate zu Grundrechtsfragen; das Staatsorganisationsrecht wird nur selten angesprochen.

<sup>8</sup> *Dieter Grimm*, Die Historiker und die Verfassung. Ein Beitrag zur Wirkungsgeschichte des Grundgesetzes, München 2022.

Klimakrise zu bewältigen und schwerwiegende Gefahren für Frieden und Wohlstand abzuwehren (VII.).

Bei all diesen Betrachtungen sollte nicht übersehen werden, dass die Wirkungs geschichte der Verfassung auch von der Entwicklung des politischen Bewusstseins derer beeinflusst wird, die sie anwenden und die von ihr betroffen sind, insbesondere von den heute in der politischen Öffentlichkeit dominierenden Wertvorstellungen. Die seit 1945 herangewachsenen neuen Generationen sind anders sozialisiert als ihre Eltern und Großeltern; sie folgen vielfach anderen Idealen und erkennen andere Probleme als die deutsche Bevölkerung in der frühen Nachkriegszeit. Wirtschaft und Technik und in der Folge auch Internationalisierung und Europäisierung haben die äußeren Bedingungen des gesellschaftlichen Lebens erheblich verändert, und die politischen Ideale der Bevölkerung sind nicht von denselben Erlebnissen und Ereignissen geprägt wie die ihrer Vorfahren. Das kann sich auf die Auslegung der geltenden Verfassung auswirken.

### III. Die „Erfolgs“-Maßstäbe

In der Verfassungstheorie ist der „Anspruch“ der Verfassung durch Beschreibung ihrer angestrebten verschiedenen Wirkungsweisen konkretisiert worden.<sup>9</sup> Die so umrissenen Funktionen (oder „Aufgaben“) der Verfassung sind normativ gemeint – als „die Summe der Erwartungen, die sich auf sie richten“.<sup>10</sup> Der „erste und allgemeinste Anspruch, den sie [die Verfassung] erhebt“, ist nach der Ansicht von Volkmann „ein prinzipieller Gerechtigkeitsanspruch“.<sup>11</sup> „Die zentrale Aufgabe der Verfassung liegt dann darin, die Übereinstimmung der gesellschaftlichen Ordnung mit den Grundsätzen politischer Gerechtigkeit und Angemessenheit zu gewährleisten“. Damit werden hochabstrakte philosophische und sozialtheoretische Überlegungen zur Grundlage einer Gesamtbewertung gemacht, die nur schwer in eine Beurteilung der *Wirksamkeit* einzelner Verfassungsinstitutionen oder -normen eingebracht werden können.<sup>12</sup> Daher sind andere, spezifischere Funktionen in die Bewertung einzubeziehen, vor allem die wohl praktisch wichtigste einer jeden Verfassung, nämlich die staatliche Ordnung einzurichten und zu erhalten, also die Kreation von Staatsorganen zu organisieren, ihre Verfahrensweisen festzulegen und das Verhältnis von Staat und Individuum grundsätzlich zu bestimmen. Volkmann umschreibt diese Funktion mit „verlässliche Ordnung des Politischen“.<sup>13</sup>

Vom Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland wurde und wird erwartet, dass diese Ordnung inhaltlich im Sinne von Demokratie, Rechtsstaat, Sozialstaat, Gewaltenteilung und umfassender Geltung der Grundrechte usw. geprägt ist. Die Verfassung

9 Uwe Volkmann, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 2013, S. 39 ff. m.w.N.

10 Volkmann aaO. (Fn. 9), S. 39.

11 Volkmann aaO. (Fn. 9), S. 41. Dort auch das folgende Zitat.

12 Deshalb räumt Volkmann ein, dass sich der Gerechtigkeitsanspruch vor allem in den Fundamentalbestimmungen der Verfassung entfaltet (Fn. 9, S. 47) und dass ein starker Gerechtigkeitsanspruch zu übertriebener „moralischer Aufladung“ führen kann (S. 48 ff.).

13 Volkmann (Fn. 9), S. 62 ff.; s.a. S. 264 ff.

soll Herrschaft (insbesondere der zu wählenden Organe) legitimieren und unlegimierte, ungerechtfertigte Herrschaft ausschließen sowie den legitimen Institutionen die Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben ermöglichen und sie darin stärken. Sie soll den Rahmen für inneren und äußeren Frieden bilden und das Ziel möglichst großen Wohlstands fördern – doch dies sind selbstverständliche Ziele des alltäglichen politischen Handelns, für deren Interpretation im aktuellen Streitfall die Verfassung nur den Stichwortgeber spielt. Inwieweit soll die Verfassung auch der Zukunftsgestaltung dienen?<sup>14</sup> Als Maßstab handhabbar ist am ehesten die Verfassungsfunktion, eine „verlässliche Ordnung“ zu begründen und zu erhalten.

Andere Funktionen der Verfassung wie die, „Grundlage politischer Gemeinschaft“ zu sein und als „normative Basisschicht des Zusammenlebens“ zu dienen,<sup>15</sup> sind in ihrer Abstraktheit ähnlich schwer zu operationalisieren wie die allgemeine Gerechtigkeitsorientierung. Wie lassen sich eindeutige Maßstäbe für die „Qualität“ – die Angemessenheit und Wirksamkeit einer Verfassung – formulieren? Trotzdem muss bei einer Gesamtbeurteilung des Grundgesetzes gefragt werden, ob über die Technik der Herrschaftsbildung und -ausübung und die Modalitäten der Entscheidungsfindung und -durchsetzung hinaus inhaltliche, also auf Werten beruhende Festlegungen erfolgt sind, ob die Verfassung auch zur Integration der Menschen in die staatliche Gemeinschaft beiträgt, ob sie die „Identität“ des Gemeinwesens schützt und ob sie offen ist für angemessenes Eingehen auf den ständigen Wandel der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse.

## IV. Ausgestaltung der Staatsstrukturen im Grundgesetz

### 1. Die Staatsorganisation in der Bewährung

Das vom Grundgesetz geschaffene Grundgerüst, das „System“ der repräsentativen parlamentarischen Demokratie hat sich bewährt. Das gilt insbesondere für diejenigen Elemente der seinerzeit neuen Verfassung, die eine bewusste Abkehr von den institutionellen Konstruktionen der Weimarer Verfassung vorsahen: Die Exekutivmacht wurde nicht auf zwei konkurrierende Organe verteilt, sondern beim parlamentarisch verantwortlichen Bundeskanzler konzentriert, und der Bundespräsident trat nicht in die Stellung des unmittelbar gewählten Reichspräsidenten ein, sondern wurde zum politisch weitgehend einflusslosen „Staatsnotar“, in der Praxis zum obersten politischen Redner, Hüter der Staatseinheit und Versöhnner der divergierenden politischen Gruppen. Die Gewaltenteilung ist nicht dogmatisch streng eingerichtet, sondern als ein System sich gegenseitig beeinflussender checks and balances, das eine durchgängige und strikte Kontrolle der widerstreitenden Kräfte ermöglicht. Zur Sicherung des demokratischen Prozesses ist auch eine handlungsfähige, mit Minderrechtsrechten ausgestattete parlamentarische Opposition erforderlich.<sup>16</sup> Die stärkste Festung der

14 Zu diesem Thema vor 25 Jahren u.a. Wolfgang Hoffmann-Riem, Das Grundgesetz – zukunftsfähig?, DVBl 1999, 657-667.

15 Volkmann (Fn. 9), S. 50 ff. und 57 ff.

16 Christoph Schönberger, Anmerkungen zu Karlsruhe, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Fn. 6), S. 9 (36 f.), hebt den entsprechenden Zweig der BVerfG-Rechtsprechung

Machtkontrolle bildet die Justiz mit dem BVerfG an der Spitze; ihre Unabhängigkeit ist normativ und faktisch gesichert. Trotz immer wieder aufflammender, z.T. heftiger Kritik an seiner Rechtsprechung genießt das Verfassungsgericht hohes Ansehen und starkes Vertrauen der Bevölkerung. Kritisch diskutiert wurde und wird gelegentlich das Verfahren der Richterwahl im Bund und Ländern; radikale Alternativmodelle (etwa in Richtung berufsständischer Kooptation der Richterschaft) fanden jedoch keinen Beifall.

Fast vergessen ist der schwere Konflikt über die Rechtsstellung des Staatspersonals, der in den ersten Jahren der Bundesrepublik zwischen den Spitzen der Gerichtsbarkeit ausgebrochen war und zu einer Verfassungskrise hätte führen können. Der Parlamentarische Rat hatte es offengelassen, wie der Rechtsstatus der früheren Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes zu beurteilen sei; statt dessen wurde der Gesetzgeber aufgefordert, die Rechtsverhältnisse der „Personen einschließlich der Flüchtlinge und Vertriebenen, die am 8. Mai 1945 im öffentlichen Dienst standen, aus anderen als beamten- oder tarifrechtlichen Gründen ausgeschieden sind und bisher nicht oder nicht ihrer früheren Stellung entsprechend verwendet“ wurden, durch Bundesgesetz zu regeln (Art. 131 GG). Viele der früheren Beamten, die von dem daraufhin erlassenen Gesetz („G 131“) betroffen waren (oder von seinen Begünstigungen ausgenommen waren, z.B. wegen Zugehörigkeit zur Gestapo), zweifelten die Verfassungskonformität des G 131 an, weil es in „wohlerworbene Rechte“ eingreife (vgl. Art. 129 Abs. 1 Satz 2 Weimarer Reichsverfassung), und erstritten entsprechende Urteile von Fachgerichten. Der Bundesgerichtshof als Spalte der Zivilgerichtsbarkeit unterstützte die These der Verfassungswidrigkeit.<sup>17</sup> Das BVerfG hingegen entschied in einem „epochalen“ Urteil,<sup>18</sup> die Beamtenverhältnisse zum nationalsozialistisch geführten Reich seien erloschen,<sup>19</sup> es hatte aber Mühe, seine Letztentscheidungskompetenz gegen die konservativen BGH-Richter zu verteidigen.<sup>20</sup> Es folgten langjährige Auseinandersetzungen um die Wiederverwendung bzw. Versorgung der früheren Beamten; eine Modernisierung des öffentlichen Dienstes, wie sie in der Gründungsphase der Bundesrepublik u.a. von den Besatzungsmächten angestrebt wurde, unterblieb. Später verteidigte ein anders besetztes Bundesverfassungsgericht die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ gegen inzwischen erneut eingeforderte oder bereits praktizierte Reformen; nicht einmal die Textänderung, wonach diese Grundsätze „weiterentwickelt“ werden sollten, änderte etwas an der strikt konservativen Auslegung des Art. 33 Abs. 5 GG.<sup>21</sup>

---

einschließlich der Grenzen regierungsamtlicher Öffentlichkeitsarbeit und der Kontrolle der Geheimdienste hervor.

17 BGHZ 11, Anhang S. 81 ff.; BGHZ 13, 265.

18 Ipsen (Fn. 5), S. 304.

19 BVerfGE 3, 58.

20 Vgl. etwa BVerfGE 6, 222 (230 ff.); Ipsen (Fn. 5), S. 304 f. Zur „Vergangenheitsbewältigung“ beim öffentlichen Dienst s.a. Rainer Wahl, Das Bundesverfassungsgericht der Gründungsphase, in: Florian Meinel (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, Tübingen 2019, S. 27 (38 ff.). sowie Matthias Roßbach, Weichenstellung und Vergangenheitsbewältigung im Öffentlichen Dienst, ebd. S. 229 ff. m.w.N.

21 Dazu Bull, Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zur „Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“, in: Robert Chr. van Ooyen/Martin H. W.

Die großen Projekte der Verfassungsreform, die im Laufe der Jahrzehnte angegangen wurden, konnten letztlich konfliktarm in das geltende GG eingefügt werden. Zwar waren diese Vorhaben zunächst unter den Parteien umstritten, und es ist nachvollziehbar, dass die Einführung einer „Wehrverfassung“ in die bis dahin „pazifistische“ Ordnung (1956)<sup>22</sup> und die vorsorgliche Einführung einer „Notstandsverfassung“ (1968)<sup>23</sup> in das von den Besatzungsmächten beschützte Verfassungswerk zu schweren Konflikten auch innerhalb der Bevölkerung geführt hat. Aber die Verfassungsergänzungen hielten der Kritik und dem Widerstand auch der engagiertesten Gruppen stand, und als die Entscheidungen gefallen waren, wurden die gefundenen Kompromisse allseits akzeptiert. Erst die Konflikte um das Verhältnis zur zusammenbrechenden DDR und zu den Modalitäten der Wiedervereinigung (1990 ff.)<sup>24</sup> führten zu einer neuen Verfassungsdiskussion; auch diese grundlegende Verfassungsänderung wurde in einer vom GG (Art. 23 a.F.) vorgezeichneten Form vollzogen. Äußerst umstritten waren schließlich die Verfassungsgerichtsentscheidungen zur europäischen Integration<sup>25</sup> und die Änderung des Asylrechts-Artikels (Art. 16 a GG n.F. von 1993), aber auch diese und ähnliche Debatten um die Grundrechte und ihre Schranken wurden im Rahmen der geltenden Verfassung bewältigt und sind später nicht mehr nachhaltig in Frage gestellt worden.<sup>26</sup>

Bewährungsproben hat das GG bestanden, als die Mehrheitsverhältnisse im Parlament sich änderten, Koalitionsregierungen zerbrachen und Neuwahlen erforderlich wurden.<sup>27</sup> Die GG-Autoren haben dafür vorgesorgt, dass keine destruktiven Mehrheiten den Staat unregierbar machen; die Einrichtung des konstruktiven Misstrauensvotums nach Art. 68 GG hat sich bewährt. Zwar war umstritten, ob Art. 68 GG auf die Konstellation des „auflösungsgerichteten“ Vertrauensantrags<sup>28</sup> anwendbar sei, aber das BVerfG hat die leichte „Verbiegung“ der GG-Regeln gebilligt und damit den Weg für eine neue Legitimation der Regierung frei gemacht.<sup>29</sup> Ein Selbstauflösungsrecht des Bundestages ist daher nicht eingeführt worden.

---

Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen Prozess, 2. Aufl. Wiesbaden 2015, S. 803-821 (816).

- 22 Dazu u.a. *Voßkuhle* (Fn. 2), S. XXI f.) und *Jürgen Seifert*, Die Wehrverfassung, in: ders. (Hrsg.), Das Grundgesetz und seine Veränderung, 4. Aufl. Neuwied und Darmstadt 1983, S. 11 ff.
- 23 *Voßkuhle* (Fn. 2), S. XXII ff.; *Seifert*, Die Notstandsverfassung, in: ders. (Hrsg.) (Fn. 22), S. 14 ff.
- 24 *Voßkuhle* (Fn. 2), S. XXIV; *Grimm* (Fn. 7), S. 119 (zu BVerfGE 36, 1) und S. 267 ff. (u.a. zu BVerfGE 82, 322; 84, 90; 84, 133; 85, 360 sowie 100, 1).
- 25 Übersicht bei *Voßkuhle* (Fn. 2), S. XXIV ff.; Näheres unten zu III.3.
- 26 Vgl. BVerfGE 94, 49. Dazu etwa *Klaus Ferdinand Gärditz*, Art. 16 a GG, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Rn. 34 ff.
- 27 Zu den Bundestagsauflösungen in den Jahren 1972, 1983 und 2005 vgl. *Roman Herzog*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 68 Rn. 13 und 69 ff. sowie BVerfGE 62, 1 und 114, 121.
- 28 So die Formulierung des BVerfG für den „unechten“ Misstrauensantrag, vgl. BVerfGE 114, 121 Leitsätze 1 und 2.
- 29 Zustimmend *Herzog* (Fn. 27), Rn. 70, der aber auch einräumt, dass nach dem Eindruck des „einfachen Bürgers“ die Verfassung in diesen Fällen „verbogen“ wurde. Scharfe Kritik an der Rspr. des BVerfG hat u.a. *Christian Hillgruber* geübt (Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, VVDStRL 67, 2008, S. 7 [30 ff., 127]); a.A. etwa *Johannes Hellermann*, ebd. S. 120 f. (Diskussion).

Mit Kritik ist in der Öffentlichkeit auch bemerkt worden, dass während der Corona-Pandemie als zentrales Entscheidungsgremium die Konferenz der Bundeskanzlerin mit den Ministerpräsidentinnen und -präsidenten der Länder agiert hat. Ein solches Gremium ist im Grundgesetz nicht vorgesehen, und wenn seine Beschlüsse tatsächlich als verbindlich angesehen wurden, waren sie mangels Zuständigkeit nicht verfassungskonform. Formal wurden sie jedoch mit Außenwirkung erst von den zuständigen Organen (Bundes- und Landesregierungen) umgesetzt, und die Länder haben dabei durchaus auch eigene Vorschriften erlassen. Vorberatungen zwischen den Regierungschefs und der Bundesregierung oder dem Kanzler sind auch sonst – wenn auch nicht in dieser Intensität wie im Fall „Corona“ – durchaus üblich und notwendig; sie brauchen nicht verfassungsrechtlich zugelassen zu werden.

Relativiert wird die Erfolgsgeschichte der Verfassung durch die Einsicht, dass „die eigentliche Stärke aller Bundesregierungen seit 1949 [...] viel mehr auf der seitherigen Entwicklung des Parteiensystems und auf dem Verhalten der Wähler als auf verfassungsrechtlichen Vorkehrungen“ beruht hat.<sup>30</sup>

Die strenge Anwendung der „Schuldenbremse“ nach Art. 109 Abs. 3 und 115 Abs. 2 GG durch das Urteil vom 15. November 2023<sup>31</sup> hat nunmehr die enorme Bedeutung des Verfassungsgerichts für das Verständnis des Grundgesetzes blitzartig erhellt. Bis dahin meinte die Politik, für Ausgaben zur Krisenbewältigung größere Spielräume zu besitzen.<sup>32</sup> Die Nichtigerklärung der Kreditermächtigung über 60 Mrd. Euro brachte den Haushaltsgesetzgeber in große Bedrängnis; sie erschwert die politische Bekämpfung der Klimakrise und damit verbundener wirtschaftlicher Verwerfungen und gibt der Finanzverfassung der Bundesrepublik ein neues Gesicht. Möglicherweise endet die dadurch entstandene Diskussion mit der Aufhebung oder Umgestaltung der Schuldenbremse.<sup>33</sup>

## 2. Das Wahlrecht und die Stellung der Parteien

Da die Wahl zum Deutschen Bundestag im GG nur mit der fundamentalen Aussage über die Qualität des subjektiven Wahlrechts (Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG) normiert ist und kein „Wahlsystem“, d.h. keine Methode zur Verteilung der Parlamentssitze festgelegt worden ist, sondern „das Nähere“ durch „ein Bundesgesetz“ bestimmt werden soll, ist ein wesentliches Element der demokratischen Ordnung in der förmlichen Verfassung ungeregelt geblieben. Der Gesetzgeber hat verschiedene Kombinationen von Mehrheitsprinzip (in den Wahlkreisen) und Verhältniswahlrecht (Landeslisten und länderübergreifender Ausgleich) erprobt, musste sich dafür aber vor dem BVerfG rechtfertigen.<sup>34</sup> Das Gericht hat zunächst versucht, ein verfassungskonformes Wahl-

30 Herzog (Fn. 27), Art. 68 Rn. 14.

31 Az. 2 BvF 1/22, NVwZ 2023, 3775.

32 Ausführliche Kritik an dieser Einschätzung u.a. Hanno Kube, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 109 Rn. 291-293.

33 Für eine „sachgerechte Weiterentwicklung“ der Schuldenbremse im Sinne strikter Begrenzung der Staatsverschuldung jedoch Kube aaO. (Fn. 32), Rn. 294.

34 Dazu im Überblick Bull, Demokratie und Rechtsstaat in der Diskussion, Tübingen 2023, S. 201 ff. und 227 f.; ausführliche Beiträge in: Torsten Oppelland (Hrsg.), Das deutsche

recht mit Hilfe des Prinzips der Wahlgleichheit aus der Entscheidung des Gesetzgebers für die „personalisierte Verhältniswahl“ zu entwickeln,<sup>35</sup> später – in anderer Besetzung – aber den Akzent auf das *Verhältniswahlsystem* gelegt.<sup>36</sup> In dem Streben nach immer größerer „Gerechtigkeit“ – d.h. der möglichst genauen Widerspiegelung der prozentualen Stimmenanteile der Parteien im Zahlenverhältnis der Parlamentsfraktionen zueinander – hat das BVerfG es für notwendig gehalten, in gewissem Maße „Überhang“-Mandate zuzuteilen, was wiederum zur Zubilligung von Ausgleichsmandaten führte,<sup>37</sup> und dadurch die Gesamtgröße des Bundestages in einem Maße erhöht, das allgemein als unangemessen angesehen wurde. Mit der Wahlrechtsreform von 2023<sup>38</sup> hat der Gesetzgeber nunmehr die klare Entscheidung getroffen, dass die Sitzverteilung sich allein nach dem Stimmenverhältnis der Parteien richten soll.<sup>39</sup> Gelegentlich wird darüber gestritten, ob es nicht geboten sei, das Wahlsystem im GG selbst zu verankern. Sofern dies in hinreichender Eindeutigkeit gelänge, wäre vermutlich auf längere Zeit kein weiterer Streit vor dem BVerfG zu erwarten. Aber das ist solange eine bloß theoretische Erwägung, wie die erforderliche verfassungsändernde Mehrheit nicht erkennbar ist.

Hätten die Grundgesetzgeber sich für das strikte Mehrheitswahlrecht oder aber für das konsequente Verhältniswahlsystem entschieden, wäre die politische Entwicklung der Bundesrepublik wohl anders verlaufen als tatsächlich geschehen. Das Mehrheitswahlrecht erschien den etablierten Parteien jedoch so lange nicht nötig, wie aus den Wahlen nach dem Verhältniswahlsystem nur zwei oder drei große Parlamentsfraktionen hervorgingen, die problemlos Alleinregierungen einer Partei oder Zweier-Koalitionen bilden konnten und dies auch taten. Im Bundestagswahlrecht verhinderte – wie auch in den Ländern – die Fünf-Prozent-Sperrklausel<sup>40</sup> den Einzug von Splitterparteien in das Parlament. Inzwischen sind jedoch die großen „Volksparteien“ deutlich schwächer geworden, und eine Reihe mittelgroßer und kleiner Parteien ist in den Bundestag eingezogen, so dass die Bildung mehrheitsfähiger Regierungen schwieriger ist und die Wählerinnen und Wähler immer weniger Einfluss auf die Bildung der notwendigen Koalitionen haben.

---

Wahlrecht im Spannungsfeld von demokratischer Legitimität und politischer Funktionalität, Berlin 2015; zur Geschichte des Wahlrechts auch Jörn Ipsen (Fn. 5), S. 21 ff.

35 BVerfGE 95, 335 – eine 4:4-Entscheidung (1997).

36 BVerfGE 131, 316 (2012).

37 BVerfGE 131, 316 (367 ff.); s. bereits die „Mindermeinung“ in BVerfGE 95, 335 (367 ff., 397 ff.). Zum „negativen Stimmengewicht“ als einer weiteren Verzerrung der Ergebnisse s. BVerfGE 121, 266.

38 Bundeswahlgesetz i.d.F.v. 8.6.2023, BGBl. I Nr. 147, Nr. 198.

39 Auch die Neufassung von 2023 ist vor dem BVerfG angefochten worden; eine Entscheidung steht aus.

40 Vom BVerfG gebilligt, s. schon BVerfGE 1, 208 (I. SSW-Urteil), 4, 31 (II. SSW-Urteil); 5, 77 (bundesweite 5-Prozent-Klausel). Demgegenüber hat das BVerfG Sperrklauseln bei Kommunalwahlen und der Europawahl für verfassungswidrig erklärt: BVerfGE 120, 82; 129, 300; krit. dazu Veith Mehde, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 28 Abs. 1 Rn. 105 ff.; zu den EP-Wahlen Eckart Klein, ZöR 2022, S. 648 ff.. In BVerfGE 135, 259 (mit Abw. Meinung des Richters Peter Müller S. 299) wurde sogar eine 3-Prozent-Klausel verworfen. S. dazu auch Bull, Demokratie und Rechtsstaat (Fn. 34), S. 205 ff.

Eine besonders originelle und besonders wichtige Entscheidung der Verfassunggeber war die Regelung über die politischen Parteien (Art. 21 GG). Sie hat zwar die Expansion der Parteienmacht nicht verhindert, aber eine realistische Ausgestaltung des Parteienstatus ermöglicht. Unklarheit besteht nach wie vor über den Umgang mit verfassungswidrigen Parteien. Von der Möglichkeit, gegen solche Parteien Verbotsverfahren vor dem BVerfG zu initiieren, ist zwar in den ersten Jahren der Bundesrepublik Gebrauch gemacht worden,<sup>41</sup> später aber wuchs in der Öffentlichkeit die Kritik an dieser Form der „wehrhaften“ oder „streitbaren“ Demokratie<sup>42</sup> und das BVerfG ließ entsprechende Anträge gegen die rechtsextremistische NPD scheitern, indem es eine zusätzliche prozessuale Hürde einführte<sup>43</sup> und sodann auch die materiellen Voraussetzungen für die Feststellung der Verfassungswidrigkeiten zusetzte.<sup>44</sup> Letztlich können die Antragsberechtigten dieses Instrument, das politische System von seinen entschiedensten Gegnern zu befreien, nur noch unter erheblichen politischen Risiken aufgreifen: Entweder ist die verfassungsfeindliche Partei zu schwach, dann kann auf das Verbot verzichtet werden – oder sie ist schon zu stark, als dass das Verbot ohne erhebliche Konflikte durchsetzbar wäre. Die im Jahre 2017 eingeführte Möglichkeit, verfassungsfeindliche Parteien von der staatlichen Finanzierung auszuschließen (Art. 21 Abs. 3 GG), ist denselben Restriktionen unterworfen wie das Parteiverbot und daher voraussichtlich ähnlich „unpraktisch“ wie dieses. Ersatzweise ist unterhalb der Verfassungsebene eine Form politischer Verrufserklärung durch die Verfassungsschutzbehörden erfunden worden, nämlich die gezielte Berichterstattung dieser Behörden über extremistische Bestrebungen<sup>45</sup> und vor allem die öffentliche Erklärung, dass eine Partei vom Verfassungsschutz beobachtet werde oder ihre Beobachtung geprüft werde.<sup>46</sup>

41 BVerfGE 2, 1 (SRP); 5, 85 (KPD). Ausführlich *Ipsen* (Fn. 5), S. 157 ff.

42 BVerfGE 5, 85 (139 – KPD); 144, 20 (195 Rn. 515 f. – NPD). Als Urheber dieses Konzepts gilt *Karl Loewenstein* (Militant Democracy and Fundamental Rights, in: American Political Science Review 31/1937, S. 417–433 und 638–658); s.a. ders., Des Lebens Überfluß. Erinnerungen eines ausgewanderten Juristen, hrsg. v. Oliver Lepsius, Robert Chr. van Ooyen und Frank Schale, Tübingen 2023, S. 179.

43 Nämlich die (an sich selbstverständliche, im konkreten Fall aber nicht gegebene) „Staatsfreiheit“ der politischen Parteien, verstanden als Verzicht des Staates auf den Einsatz von „V-Leuten“ in den Vorständen der Partei (BVerfGE 107, 339 [360 ff.] – 1. NPD-Verbotsverfahren 2003, teils bekräftigt, teils abgeschwächt in BVerfGE 144, 20 Leitsätze 2. a) – c) und 2. d) – 2. NPD-Verbotsverfahren). Zu dem Einstellungsbeschluss des BVerfG 2017 u.a. *Ipsen* (Fn. 5), S. 162 ff., sowie krit. *Bull*, Verfehltes Verfahren, Niederlage der abwehrbereiten Demokratie oder Sieg der Toleranz?, in: Möllers/van Ooyen (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2002/2003, S. 197–217.

44 BVerfGE 144, 20, insbes. Leitsätze 6 c) und 9) sowie Rn. 584 f. und 896 ff., 1008: Zwar sei nicht erforderlich, dass das Handeln der Partei bereits zu einer konkreten Gefahr für die Schutzbüder des Art. 21 Abs. 2 Satz 2 GG führt, wohl aber müsse „Potentialität“, d.h. „Möglichkeit der Zielerreichung“ gegeben sein.

45 Vgl. § 16 BVerfSchG.

46 Das BVerfG hat es für einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG erklärt, dass eine Landes-Verfassungsschutzbehörde einen *Verlag* wegen der Berichterstattung über rechtsextremistische Bestrebungen in ihrem Bericht als „Verdachtsfall“ angeführt hat (BVerfGE 113, 63 – „Junge Freiheit“). Anders jedoch das VG Köln für die Erklärung einer politischen Partei zum „Prüffall“ (U.v.8.3.2022, NVwZ 2023, 279 – AfD); dazu §§ 4 Abs. 1 Satz 5 und 3 Abs. 1 Nr. 1 BVerfSchG sowie *Bertold Huber*, NVwZ 2023, 225.

### 3. Föderalismus

Die Beratungen des Parlamentarischen Rates wurden in wichtigen Fragen durch die Vorbehalte und Forderungen der Besatzungsmächte geprägt. Diese bezogen sich insbesondere auf das Verhältnis von Bund und Ländern und dabei auf die Finanzverfassung. Manche Streitpunkte von damals erscheinen heute eher nebensächlich, andere sind nie ganz ausgeräumt worden. Gleichwohl lässt sich sagen, dass sich die föderale Struktur der Bundesrepublik im Großen und Ganzen bewährt hat.<sup>47</sup>

Umstritten sind nach wie vor die Auswirkungen der *Kulturhoheit* der Länder. Dieses Wirkungsfeld haben die Länder über die Jahrzehnte hinweg eifersüchtig verteidigt, obwohl starke Stimmen in der Bevölkerung die Vereinheitlichung des Bildungswesens forderten und die Koordination der Bildungspolitik in der Kultusministerkonferenz als unzureichend ansahen. Die Länder haben andererseits nicht gezögert, den Bund zur Mitfinanzierung von Bildungsaufgaben aufzufordern (und damit seine Mitverwaltung zu riskieren).

Die Entwicklung der föderalen *Finanzordnung* war letztlich unbefriedigend. Sie musste oft geändert werden, blieb aber trotzdem Quelle ständiger Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern. Diese Konflikte sind strukturell bedingt. Die regelmäßigen Forderungen der Länder nach mehr Bundesmitteln sind dadurch begründet, dass zwischen Bund und Ländern ein erhebliches Ungleichgewicht besteht: Der Bund kann sich durch eigene Gesetzgebung neue Finanzquellen erschließen und hat größere Spielräume bei der Kreditaufnahme als die Länder, aber bei den Ländern entstehen die Lasten der „normalen“ Aufgabenerfüllung, die im Laufe der Zeit immer weiter ansteigen. Schulen und Hochschulen, Polizei und Justiz, Krankenversorgung und Jugendhilfe – sie alle und noch manche andere Institutionen der Landes-, „Verwaltung“ brauchen immer mehr Personal und moderne Technik. Weil dafür in den Länderhaushalten zu wenig Mittel bereitgestellt werden (können), die Steuerverteilung aber möglichst nicht geändert werden soll, suchen Bund und Länder Auswege in Gestalt spezieller Förderprogramme. Im Rahmen der „Gemeinschaftsaufgaben“ nach Art. 91 a GG finanziert der Bund auch die Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur sowie der Agrarstruktur und des Küstenschutzes, und dasselbe geschieht „auf Grund von Vereinbarungen in Fällen überregionaler Bedeutung bei der Förderung von Wissenschaft, Forschung und Lehre“ nach Art. 91 b GG. Im Jahre 2019 wurde ein weiteres Tor geöffnet: für „bedeutsame“, „besonders bedeutsame“ oder „gesamtstaatlich bedeutsame“ Investitionen der Länder kann der Bund seitdem Finanzhilfen gewähren (Art. 104 b, c und d GG). Das betrifft etwa die Digitalisierung der Schulen oder die Förderung des sozialen Wohnungsbaus.<sup>48</sup>

Als Folge solcher gemeinsamer Finanzierung bestimmter Aufgaben verschieben sich die Akzente der Aufgabenerfüllung: Das Interesse der Empfänger solcher Hilfen richtet sich stärker auf die Sonderprogramme als auf die Normalversorgung, am deutlichsten sichtbar bei den Hochschulen, denen es vielfach an Grundausrüstung fehlt, während ein erheblicher Teil ihrer Mitarbeiter mit der Anwerbung und dem

47 So sinngemäß auch *Voßkuhle* (Fn. 2), S. XXIX. A.A. Hoffmann-Riem (Fn. 9), S. 657 (660 ff.).

48 Nach Ansicht von *Voßkuhle* (Fn. 2), S. XXIX „droht hier womöglich eine Schieflage“.

Verbrauch von Drittmitteln beschäftigt ist. Beim jüngsten Ansteigen der Flüchtlingszahlen benötigen die Länder erneut finanzielle (und andere) Hilfen des Bundes.

Der *Finanzausgleich* zwischen den Ländern, der in Art. 107 Abs. 2 a.F. GG vorgesehen war, wurde zum Gegenstand mehrerer Klagen von „Geberländern“ mit wechselndem Erfolg<sup>49</sup> und ist schließlich durch einen vom Bund abgewickelten „Finanzkraftausgleich“ ersetzt worden, zu dem die „reichen“ Länder den größeren Teil beitragen.<sup>50</sup> Auch diese Neuregelung ist jedoch als ein „Transfer“ zwischen den Ländern wahrgenommen und vor das BVerfG getragen worden; der Ausgang des Verfahrens ist nicht vorhersehbar.

Der *Bundesrat* hat seine Aufgabe, bei der Gesetzgebung des Bundes mitzuwirken, über lange Zeiträume hin undramatisch und letztlich kooperativ erfüllt. Zeitweise wurde die Länderkammer zu einem Teil der bundespolitischen Opposition: Im Bundesrat fanden sich Landesregierungen, die parteipolitisch anders zusammengesetzt waren als der Bundestag, zur Ablehnung von Bundesgesetzen zusammen oder benutzten ihre Vetomacht zu politischen „Geschäften“ mit der Bundesseite. Diese Praxis widersprach dem Sinn der Kompetenzordnung, die Interessen der *Länder* gegenüber dem Bund geltend zu machen, war aber unvermeidlich, nachdem die Parteien bei bestimmten bundespolitischen Themen entschieden gegensätzliche Positionen eingenommen hatten und die Öffentlichkeit von ihnen eine Auseinandersetzung auf allen Ebenen erwartete. Es ist gut möglich, dass der Bundesrat auch künftig wieder einmal zum hartnäckigen Widerpart des Bundestages wird; zur Bewältigung solcher Konflikte hält das GG prozedurale Pflichten wie die Einrichtung eines Vermittlungsausschusses vor.

#### 4. Sozialpolitik und Wirtschaftsordnung

Die großen Reformprojekte, die der Bundesrepublik den Charakter eines Sozialstaates vermittelt haben, insbesondere die Einführung der dynamischen Rente (1957),<sup>51</sup> sind von der Politik – nach heftigem Streit der Meinungsgruppen – durchgeführt worden, ohne dass es einer verfassungsgerichtlichen Klärung bedurft hätte. Demgegenüber wurden zeitweise zahlreiche sozial- und steuerrechtliche Reformgesetze für nichtig erklärt.<sup>52</sup> Die (noch stärker umstrittenen) sozialpolitischen Reformen der Regierung *Gerhard Schröder*, die unter dem Namen des VW-Vorstandsmitglieds *Peter Hartz* bekannt geworden sind, wurden inhaltlich nicht beim BVerfG angefochten.

49 BVerfGE 72, 330; 86, 148; 101, 158; 116, 327.

50 Art. 107 Abs. 2 GG n.F. (2017); s. *Vößkuhle* (Fn. 2), S. XXIX.

51 Der Gesetzgebungsprozess ist dargestellt bei *Ipsen* (Fn. 5), S. 216 ff. Danach hatte Bundeskanzler *Konrad Adenauer* schon in seiner Regierungserklärung vom 20.10.1953 „umfassende Sozialreformen“ angekündigt und sich gegen anfängliche Widerstände aus fast allen Fraktionen durchgesetzt.

52 *Oliver Lepsius* hat einen auffallenden Anstieg bei den Nichtigerklärungen während der Jahre 1972 bis 1976 festgestellt und erklärt diesen „Karlsruher Aktivismus unter der Präsidentschaft Ernst Bendas mit dessen Aversion gegenüber sozialliberalen Reformgesetzen“ (Reaktionsweisen des Gesetzgebers auf verfassungsgerichtliche Entscheidungen, in: Matthias Jestaedt/Hidemi Suzuki [Hrsg.], *Verfassungsentwicklung II: Verfassungsentwicklung durch Verfassungsgerichte*, Tübingen 2019, S. 125 ff. [148 f.]).

Karlsruhe musste sich nur mit der organisatorischen Durchführung von „Hartz IV“ befassen; die Einrichtung von „Arbeitsgemeinschaften“ aus Kommunen und Arbeitsagenturen wurde als Verstoß gegen den Grundsatz der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung („Mischverwaltung“) für verfassungswidrig erklärt.<sup>53</sup> Der Fehler wurde durch eine Verfassungsänderung behoben<sup>54</sup> – für die Lage der Betroffenen hat diese Thematik wohl nur geringfügige Konsequenzen.

Zu Fragen der Wirtschaftsordnung und des Berufsrechts hat das BVerfG eine ganze Reihe von Entscheidungen gefällt und dabei das Grundrecht der „Berufsfreiheit“ (Art. 12 GG) konkretisiert und in liberalem Sinne weiterentwickelt.<sup>55</sup> Im Mitbestimmungs-Urteil<sup>56</sup> hat das Gericht eine umstrittene Weichenstellung als verfassungskonform bestätigt und damit die Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik in einem relevanten Bereich in Abkehr vom „rein“ kapitalistischen Modell mitgeprägt. Ein Streit darüber, ob das GG eine verbindliche „Wirtschaftsverfassung“ vorschreibe,<sup>57</sup> ist jedoch nach einer Klarstellung schon im Jahre 1954<sup>58</sup> ad acta gelegt worden. Das Leitbild der „sozialen Marktwirtschaft“, das die ersten Bundesregierungen übernommen hatten, war weitgehend unangefochten. Rahmenbedingungen wurden insbesondere durch das Kartellgesetz von 1957<sup>59</sup> festgelegt. Die wirtschaftspolitisch bedeutsamen Grenzen der privatnützigen Eigentumsverwendung wurden ebenfalls konkretisiert.<sup>60</sup> Hinzu kam ein immer wieder verfeinertes Steuerrecht als (teils gezielt, teils ungezielt eingesetztes) Mittel der Wirtschaftslenkung.<sup>61</sup> Die im GG ermöglichte Vergesellschaftung von Grund und Boden, Naturschätzen und Produktionsmitteln (Art. 15 GG) ist hingegen zu keiner Zeit erwogen worden.

## 5. Stellung Deutschlands im internationalen Feld

Die Bundesrepublik hat es jahrzehntelang vermieden, in der internationalen Politik eine besondere Rolle zu spielen oder gar eine Führungsrolle anzustreben. Die alliierten Besatzungsmächte hatten sich im Besatzungsstatut u.a. Machtbefugnisse auf

53 BVerfGE 119, 331.

54 Art. 91 e GG n.F.

55 Vgl. etwa die Entscheidungen BVerfGE 7, 377 (keine Bedürfnisprüfung bei Apotheken); 11, 30 (Kassenarzt); konservativ jedoch BVerfGE 13, 97 (Handwerksordnung); 23, 50 (Nachtbackverbot).

56 BVerfGE 50, 290.

57 Der Präsident des Bundesarbeitsgerichts, *Hans Carl Nipperdey*, hatte die Ansicht vertreten, die soziale Marktwirtschaft sei verbindlich vorgeschrieben (Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, Karlsruhe 1954, zitiert nach *Ipsen* [Fn. 5], S. 246).

58 BVerfGE 4, 7 (17).

59 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 27.7.1957, BGBl. I 1081, inzwischen vielfach geändert und teilweise durch EU-Recht (Art. 101 ff. AEUV) überlagert. Zum Spannungsverhältnis zwischen „freiem Spiel der Kräfte“ und wirtschaftspolitischer Lenkung s. aber auch BVerfGE 14, 263 (Feldmühle – Verschmelzungsverbot); 19, 101 (114 – Zweigstellensteuer); 21, 292 (299 – Rabattgesetz) sowie 39, 210 (Vermahlungsbeschränkung).

60 Richtungweisend vor allem BVerfGE 58, 300 (Nassauskiesung).

61 Zur Vermögensteuer BVerfGE 93, 121. S.a. – weniger beachtet – BVerfGE 16, 147 (Wirtschaftslenkung durch Steuergesetz).

dem Gebiet der auswärtigen Angelegenheiten vorbehalten.<sup>62</sup> Nach Beginn des Kalten Krieges und der Einbeziehung Deutschlands in die Zusammenschlüsse der westlichen Staaten wurde die Bundesrepublik als Bündnispartner gebraucht. Um die Beteiligung an einer geplanten Europäischen Verteidigungsgemeinschaft entbrannte ein innenpolitischer und verfassungsrechtlicher Streit,<sup>63</sup> der ohne Entscheidung endete, weil Frankreich den EVG-Gründungsvertrag ablehnte. Bald darauf führte Deutschland die Wehrpflicht ein und wurde in die NATO aufgenommen. Auch die Vereinten Nationen nahmen die Bundesrepublik auf. Inzwischen wird sogar darüber diskutiert, ob Deutschland in der umfassenden Weltorganisation nicht eine deutlich größere, seinem wirtschaftlichen Potential entsprechende Rolle anstreben sollte. Im Zuge der UN-Reform wurde sogar über einen dauerhaften Sitz im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen beraten.

Noch bedeutsamere Veränderungen brachte die Mitgliedschaft der Bundesrepublik in den Europäischen Gemeinschaften und später in der Europäischen Union mit sich. Schon an den Römischen Verträgen 1957 beteiligte sich Deutschland und arbeitete auch an der weiteren europäischen Integration intensiv mit. Die verfassungsrechtliche Grundlage der supranationalen europäischen Einigung wurde nach der deutschen Wiedervereinigung mit breiter Zustimmung erweitert (Art. 23 GG), die internationale Einbindung ebenfalls begründigt (Art. 24 GG). Heute ist das deutsche Recht in wichtigen Fragen vom europäischen Gemeinschaftsrecht geprägt, dem der EuGH einen Geltungsvorrang zugesprochen hat.<sup>64</sup> Theoretisch geht das Recht der EU zwar selbst dem Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten vor, verdrängt also sogar die deutschen Grundrechtsnormen, praktisch ist das aber letztlich nur begrenzt von Bedeutung, weil die Grundrechte inzwischen europaweit inhaltlich in großem Maße übereinstimmen und die unterschiedlichen Formulierungen von der EU-Grundrechte-Charta weitgehend ausgeglichen werden.

Die europäische Integration, die vom Grundgesetz angestrebt wird, ist in verschiedenen Mitgliedstaaten auf heftige Kritik gestoßen und wird nach wie vor von nationalistischen Kräften bekämpft. Großbritannien ist aus der EU ausgeschieden, und zumindest eine Partei fordert auch für Deutschland den Austritt aus der EU. Dem stünde Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG entgegen.<sup>65</sup> Heftige verfassungsrechtliche Auseinandersetzungen hat es aber um die Übertragung von Hoheitsrechten gemäß Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG gegeben. Das BVerfG hat entsprechende Verfassungsbeschwerden mit der Begründung für zulässig erklärt, das aktive Wahlrecht nach Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verbürgt ein subjektives „Recht auf Demokratie“, womit auch die Gewährleistung ei-

62 Besatzungsstatut v. 10.4.1949, Nr. 2 Buchstabe c), Amtsblatt der Alliierten Hohen Kommission in Deutschland Nr. 1, 23.9.1949, S. 13-15, auch in: Michael F. Feldkamp (Hrsg.) (Fn. 3), S. 164-168. Zur Überlagerung der deutschen auswärtigen Gewalt durch Besatzungsgewalt s. a. *Ipsen* (Fn. 5), S. 64 ff.

63 Ausführlich dazu *Ipsen* (Fn. 5), S. 75 ff.

64 EuGH, U.v. 15.7.1964, Rs. 6-64, Slg. S. 01253 – Costa/E.N.E.L Wenn heute behauptet wird, 80 Prozent der in Deutschland geltenden Rechtsnormen seien vom europäischen Gemeinschaftsrecht geprägt, so trifft das wohl für das Wirtschaftsrecht i.w.S. zu, aber nicht für die gesamte nationale Rechtsordnung.

65 S. a. die Formulierung vom „vereinten Europa“ in der Präambel des GG. Zur Europa-freundlichkeit des GG, der das BVerfG ein hohes Maß an Europaskepsis entgegengesetzt hat, s. a. *Franz C. Mayer*, Das Maastricht-Urteil – ein Staatsstreit?, ZöR 2022, 687 ff.

nes angemessenen Bestandes an Aufgaben und Befugnissen der Volksvertretung gemeint sei.<sup>66</sup> Auf dieser Grundlage hat es über mehrere Streitfragen inhaltlich entschieden und bestimmte Beschlüsse von EU-Organen für verfassungsrechtlich bedenklich erklärt, im Ergebnis freilich überwiegend noch gebilligt.<sup>67</sup> Diese Entscheidungen des BVerfG waren kaum vorhersehbar und sind wegen ihrer europakritischen Ausrichtung und des durch sie verursachten Konflikts mit dem EuGH umstritten geblieben.

## V. Besonders umstrittene und problematische Entwicklungen

### 1. „System“-Kritik

Das vom GG eingerichtete demokratische „System“ (und damit auch die diesem zugrunde liegende Verfassung) wird von einem wachsenden Teil der Bevölkerung gering geschätzt. Die Macht der Parteien wird pauschal kritisiert, die Leistungsfähigkeit des Staates angezweifelt, die Qualität der Volksvertreter bestritten; gleichzeitig steigen die Forderungen an den Staat. Als Reaktion auf das angebliche Versagen der verfassungsmäßigen Institutionen wird von manchen ein *autoritäres* Regierungssystem propagiert, während radikal kritische Gruppen pauschal gegen das *gesamte politische System* und die darin etablierten Kräfte rebellieren und im Grunde die Abschaffung jeglicher Herrschaft fordern.

Die eine Seite behauptet, der Staat „schlittere sehenden Auges den Abhang hinunter, ohne dass die Regierung stark genug wäre, ihn aufzuhalten“, und wünscht sich „eine zweite Staatsgründung“ in Gestalt „weniger, aber wesentlicher Veränderungen der deutschen Verfassung“, nämlich eine Kanzlerdiktatur: der Bundeskanzler müsse „der Chef des Landes“ werden, und die Blockademöglichkeiten anderer Verfassungsorgane wie des Bundesrates müssten beseitigt werden.<sup>68</sup> Das wäre in Wahrheit – auch wenn nur wenige Artikel des GG ausdrücklich geändert würden – eine Abkehr von den grundlegenden Staatsstrukturen bestimmt des Art. 20 GG, also eine Revolution (und mit der „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 Abs. 3 GG unvereinbar). Mit der Verfas-

66 St. Rspr. seit BVerfGE 89, 155 (Maastricht) und 123, 267 (Lissabon).

67 BVerfGE 129, 124 (Währungsunion/Griechenlandhilfen); 134, 366 (Anleihekäufe der EZB – OMT); 142, 123 (nochmals Anleihekäufe); 151, 202 (Europäische Bankenunion); 154, 17 (EZB-Programm PSPP). Krit. dazu u.v.a. Thomas Groß, Ein Meilenstein des erfundenen Europaverfassungsrechts, ZÖR 2022, S. 595 ff. m.w.N.; Mayer (Fn. 65), ZÖR 2022, 687 (690 f.) S.a. Eberhard Bohne, Das Bundesverfassungsgericht zwischen staatsmännischer Weitsicht und provinzieller, professoraler Überheblichkeit, ZÖR 2022, 495. Demgegenüber behauptet Dietrich Murswieck, der das Lissabon-Urteil mit herbeigeführt hat, das BVerfG habe sich „mit dieser Entscheidung herausragende Verdienste für die Wahrung der Demokratie in Deutschland und Europa erworben“ (Das Lissabon-Urteil und sein Gegenteil, ZÖR 2022, 699). – Die Argumentation aus Art. 38 GG, die beliebige Popularklagen gegen Akte der europäischen Integration ermöglicht, ist auch bei einem internationalen Vertrag verwendet worden: BVerfGE 153, 74 (Einheitliches Patentgericht); dazu krit. Bull, Richtungweisende und irreführende Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, ZÖR 2022, 499 (503 ff.).

68 Gabor Steingart, Deutschland – Der Abstieg eines Superstars, 7. Auflage München 2004, insbes. S. 259 ff., 261.

sung unvereinbar sind auch die überwiegend diffusen und destruktiven Vorstellungen der quasi-anarchistischen, „quer“ denkenden Meinungsgruppe, die in staatlichen Maßnahmen – von der Pandemiebekämpfung bis zum Klimaschutz – nichts als Eingriffe in die als unbegrenzt angesehene Freiheit der Individuen erkennt.<sup>69</sup>

Eine weitere Form von „Systemkritik“ findet sich seit vielen Jahren in radikalen Äußerungen zur Entwicklung von Demokratie und Rechtsstaat, etwa in der Fundamentalkritik an den politischen Parteien<sup>70</sup> und in einer überzogenen, empirisch unbegründeten Kritik an Grundrechtseinschränkungen bei der Gefahrenabwehr und Strafverfolgung.<sup>71</sup>

Die radikale öffentliche Kritik am Grundgesetz und an den politischen Akteuren unterscheidet meist nicht zwischen der normativen Idealsituation und einer konkreter zu analysierenden „Verfassungswirklichkeit“. Sie argumentiert – soweit sie es denn tut – nur oberflächlich entlang dem äußeren Erscheinungsbild der staatlichen Institutionen, vergleicht Erklärungen politischer Akteure mit früheren Versprechungen und Programmen und betreibt keine gründliche Ursachenforschung. Schon deshalb eignet sie sich nicht als Anleitung für Überlegungen zur Reform der Verfassung. Extremistische Gruppen sind zwar in der Lage, die Integrationsfunktion der Verfassung zu schwächen, aber die Mehrheit der Bürgerinnen und Bürger ist bisher offenbar vor der beabsichtigten Vergiftung des politischen Bewusstseins gefeit.

## 2. Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern und Neugliederung des Bundesgebiets

Die ständigen Auseinandersetzungen zwischen Bund und Ländern um die Finanzierung der staatlichen Aufgaben (s. oben zu IV. 3.) laufen immer wieder auf die Frage nach einer weiteren Föderalismusreform hinaus. Mit Recht wird über die Asymmetrie

69 Diese Sicht des Staates und seiner Handlungen wird seit der Corona-Pandemie in zahllosen Demonstrationen und Leserbriefen vertreten und in den „sozialen Medien“ verbreitet.

70 Hier sind vor allem die Veröffentlichungen von *Hans Herbert von Arnim* zu nennen; dazu m.w.N. Bull, Die Krise der politischen Parteien, Tübingen 2020. Von Arnim steht aber mit seiner Parteienkritik nicht allein da; weit verbreitet ist eine geradezu verächtliche Einstellung gegen alle, die sich in Parteien engagieren. Die tatsächlich oft kritisierenswerte Praxis der Parteien wird auch von anderen Kommentatoren unreflektiert gegen deren verfassungsmäßige Funktion gewendet.

71 Vgl. u.v.a. Burkhard Hirsch, Auf dem Weg in den Überwachungsstaat?, in: Stefan Huster/Karsten Rudolph (Hrsg.), Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, Frankfurt/Main 2008, S. 164 ff., der eine „schleichende Veränderung hin zum Überwachungsstaat“ festzustellen glaubte. Zu den Staatsverständnissen der gegensätzlichen sicherheitspolitischen Meinungsgruppen s. die Analyse ihrer Diskurse in: Hans-Jürgen Lange, Der Wandel des föderalen Sicherheitsverbundes, ebd. S. 64 ff. (71 ff.). – Beispielhaft auch Formulierungen wie, das Fernmeldegeheimnis dürfe man „getrost als Totalverlust abschreiben, nachdem inzwischen buchstäblich jedes Telefonat abgehört wird, sei es – in geringerem Maße – durch legale Maßnahmen staatlicher Behörden, sei es – umfassend – durch fremde Geheimdienste“ (Jürgen Kühling, Das Ende der Privatheit, in: Till Müller-Heidelberg u.a. [Hrsg.], Grundrechte-Report 2003, Reinbek 2003, S. 15). Das Urteil des BVerfG zur Abhörpraxis des BND (an dem Kühling beteiligt war) enthält diese Behauptung nicht, vielmehr sind dort konkrete Zahlen genannt, die ein ganz anderes Bild ergeben (BVerfGE 100, 313 [380]).

in der Verteilung der Kompetenzen<sup>72</sup> und die „Überverflechtung“ der Ebenen bei der Aufgabenerfüllung geklagt.<sup>73</sup> Aber über die Zielrichtung einer solchen grundlegenden Änderung besteht kein Konsens. Eine saubere Trennung der Aufgabenbereiche<sup>74</sup> und eine entsprechende Verteilung der insgesamt verfügbaren Mittel ist noch nie gelungen; sie ist nicht einmal versucht worden. So ist die Zentralisierung der gesamtstaatlichen Finanzhoheit beim Bund weit fortgeschritten; die Länder fördern sie, wie dargestellt, ungewollt weiter durch Forderungen nach finanziellen Bundeshilfen für ihre eigene Aufgabenerledigung.

Ökonomen haben immer wieder eine radikale Neuordnung der Bund-Länder-Beziehungen in Gestalt eines *Wettbewerbsföderalismus* gefordert. Dazu gehört nach deren Ansicht eine vollständige Neugliederung des Bundesgebietes mit dem Ziel, etwa gleich „starke“ Länder herzustellen. Art. 29 GG bietet einen Rahmen für eine (fakultative) Neugliederung des Bundesgebietes, ist aber bisher nie in Anspruch genommen worden. Ob eine Radikalkur nach den ökonomisch begründeten Vorschlägen politisch jemals konsensfähig sein kann, mag dahinstehen; sie wäre jedenfalls mit dem Föderalismusmodell des GG nicht vereinbar. Im deutschen Föderalismus ist das Prinzip der politischen Machtkontrolle umgesetzt, nicht das eines ökonomischen Wettbewerbs um die Wohlstandsmehrung. Der Föderalismus ergänzt zwar die checks and balances zwischen den Organen des Bundes und zwischen Bund und Ländern durch einen Wettbewerb zwischen den Ländern; dabei soll aber das Ziel „gleichwertiger Lebensverhältnisse“ (Art. 72 Abs. 2 GG) mit *politischen* Mitteln (insbesondere Gesetzgebung) verwirklicht werden. Dass ein ungeregelter Wettbewerb zwischen den Ländern nicht notwendig zu allgemein höherer Lebensqualität führt, zeigt schon das Beispiel der Lehrerbezahlung: Die Abwerbestrategien einiger Länder verursachen Unmut bei den ärmeren Ländern und provozieren die Forderung nach einer Wende rückwärts bei der Besoldungskompetenz.

Vorschläge wie die von Dietrich Austermann,<sup>75</sup> der die Länder weitgehend entmachten will, führen indessen nicht weiter. Auch eine Neugliederung des Bundesgebietes ist vermutlich auf lange Sicht kein ernsthaft zu erörterndes Thema, nachdem die Vereinigung von Berlin und Brandenburg, für die es viele gute Gründe gab, an einem Volksentscheid in Brandenburg gescheitert ist.<sup>76</sup>

### 3. Direkt-demokratische Verfahrensweisen

Volksinitiativen und Volksentscheide werden zwar immer wieder als Mittel zur Stärkung der Demokratie empfohlen, und es spricht in der Tat viel dafür, mit solchen

72 Hoffmann-Riem (Fn. 14), S. 661, der das grundgesetzliche Verbundmodell des Föderalismus für „nicht zukunftsfähig“ hält.

73 Fritz W. Scharpf, Die Politikverflechtungsfalle, PVS 26 (1985), S. 323-356.

74 Etwa nach dem AKV-Prinzip (Übereinstimmung von Aufgabenbereich, Kompetenzen und Verantwortung), vgl. Hoffmann-Riem (Fn. 9), S. 661. Zu den verschiedenen Einzelschritten der Föderalismus-Reform s.a. Voßkuhle (Fn. 2), S. XXVIII f.

75 Dietrich Austermann, Schafft die Länder ab, denn so war der Föderalismus nicht gedacht!, in: ZParl 2019, S. 434 ff.; dazu Bull, Noch eine Föderalismusreform?, in: ZParl 2019, S. 655 ff.

76 Vgl. Art. 118 a GG.

Verfahrens die Kluft zwischen dem Volk in seiner „Normalität“ und den vermeintlich „volksfernen“ politischen Eliten zu überbrücken.<sup>77</sup> Dass aber von diesem Mittel nur sehr sparsam und unter Einhaltung von Vorsichtsmaßregeln Gebrauch gemacht werden sollte, räumen auch Befürworter unmittelbar-demokratischer Entscheidungsweisen ein.<sup>78</sup> Auf der Ebene des Bundes spricht mehr gegen als für die Einführung von Volksbegehren und Volksentscheiden: Hier ist insbesondere in Gesetzen, die eine Vielzahl von Menschen und Unternehmen betreffen, für die unterschiedlichsten Konstellationen über den Ausgleich zwischen einer Vielzahl von Rechten und Interessen zu entscheiden. Es geht vor allem um die (viel zu) komplizierte Steuer- und Sozialgesetzgebung, die auf unzähligen Abwägungen beruht und in der die Normen möglichst perfekt aufeinander abgestimmt sein müssen, wenn sie nicht gravierende Ungerechtigkeiten und Fehlallokationen bewirken sollen. Auch bei anderen wesentlichen Teilen der Bundesgesetzgebung – etwa im Bürgerlichen Recht, im Straf- und Strafprozessrecht und bei der Raumordnung – kann die Herausstellung einzelner Interessen zu schwer erträglichen Verzerrungen und Schieflagen führen. Man mag sich zwar vorstellen, dass es wie ein reinigendes Gewitter wirken würde, wenn „das Volk“ durch unmittelbare Entscheidung einen Teil der Knoten durchschläge, die unser geltendes Recht so überkomplex erscheinen lassen, aber es besteht wenig Grund zu der Hoffnung, dass sich im Volk gerade diejenigen Gesetzesinitiatoren finden, die diese Arbeit auf sich nehmen und dass sie überzeugendere Lösungen produzieren als die Organe der repräsentativen Demokratie. Es ist sehr viel schwerer, Überregulierungen zu beseitigen als sie aufzubauen.

## VI. Grundrechte im Wandel

### 1. Die Aktualisierung der Grundrechte

Den Grundrechtsteil des GG hat das BVerfG besonders nachdrücklich zur Geltung gebracht und daraus konkrete Regeln für zahlreiche Lebensbereiche herausgelesen. Die großen Leitentscheidungen, die überwiegend aus den ersten Jahrzehnten der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung stammen,<sup>79</sup> sind nach wie vor im allgemeinen Bewusstsein aller politisch Interessierten verankert – wenn auch in einigen Fällen nur als allgemeine Appelle und im konkreten Ergebnis nicht als Korrekturen der Staatspra-

<sup>77</sup> Herausragend: *Gertrude Lübbe-Wolff*, Demophobie: Muss man die direkte Demokratie fürchten? Frankfurt/Main 2023; Rezension Bull in DÖV 2023, 811 f.

<sup>78</sup> *Lübbe-Wolff* (Fn. 77), S. 147; s.a. S. 75

<sup>79</sup> BVerfGE 6, 32 (Elfes); 7, 198 (Lüth); 7, 377 (Apotheken); 12, 45 (Kriegsdienstverweigerung); 20, 162 („Spiegel“); 25, 256 („Blinkfür“); 30, 1 (Abhör-Urteil); 30, 173 („Mephisto“); 33, 1 (Strafgefangene); 33, 125 (Facharzt); 33, 303 (numerus clausus); 35, 202 (Lebach); 39, 334 (Extremisten im öffentlichen Dienst); später noch BVerfGE 65, 1 (Volkszählung); 69, 315 (Brokdorf); 82, 37 und 60 (Ausländerwahlrecht). Eher kritisch betrachtet wurden demgegenüber Entscheidungen wie BVerfGE 39, 1 (Schwangerschaftsabbruch I), teilweise modifiziert durch BVerfGE 88, 203 – Schwangerschaftsabbruch II); 69, 1 (KDV-Neuregelung; Verlängerung des Ersatzdienstes). Zur herausragenden Bedeutung des Lüth-Urteils s. a. *Grimm* (Fn. 8), S. 140 ff.

xis.<sup>80</sup> Durch die Aktualisierung der Individualgrundrechte im Wege der verfassungsgerichtlichen Textinterpretation hat sich der Grundrechtsteil des GG „in einer 1949 noch unvorstellbaren Weise geändert“.<sup>81</sup> Auch die Durchsetzung der Gleichberechtigung und der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG)<sup>82</sup> und die Umsetzung des Diskriminierungsverbots (Art. 3 Abs. 3 GG) sind durch das GG, wie das BVerfG es verstand, entscheidend gefördert worden, mögen auch manche Gruppen Betroffener hier noch immer Defizite bemerken. Starke Akzente setzte das BVerfG auch durch die Deutung des Art. 2 Abs. 1 GG als „menschliche Handlungsfreiheit im weitesten Sinne“ (und damit als Türöffner für eine kaum noch eingeschränkte Garantie des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes)<sup>83</sup> sowie die bis dahin ungekannte Hervorhebung der Meinungsfreiheit als „eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt“.<sup>84</sup> In Urteilen zur Organisation des Rundfunks hat das Gericht die verfassungsrechtlichen Grundlagen für die duale Rundfunkordnung gelegt, die bis heute den Bestand und den Ausbau des von Staat und Wirtschaft unabhängigen öffentlich-rechtlichen Rundfunks sichert.<sup>85</sup> Mit der strengen Kontrolle informationeller Befugnisse hat das Gericht eine „Disziplinierung der Polizeigewalt“ vorgenommen und die „Folgerungsweise des Polizeistaates“ (von der Aufgabe auf die Befugnis) überwunden.<sup>86</sup>

Die weitestreichenden Wirkungen hat langfristig – neben dem Elfes- und dem Lüth-Urteil – wohl das Volkszählungsurteil von 1983<sup>87</sup> verursacht: Es hat – vermutlich unbeabsichtigt – Folgen provoziert wie keine andere Entscheidung: Indem das Gericht jeglichen Umgang mit personenbezogenen Daten unter den Vorbehalt normenklärer

80 So hat etwa das Spiegel-Urteil (BVerfGE 20, 162) die getroffenen Strafverfolgungsmaßnahmen nicht für verfassungswidrig erklärt, aber es hatte weitreichende Wirkung zugunsten der Meinungs- und Pressefreiheit. Zu der deutlichen Trennung zwischen Maßstabs- und Subsumtionsteilen in den Entscheidungen des BVerfG vgl. *Oliver Lepsius*, Die maßstabgebende Gewalt, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Fn. 6), S. 159 ff. (168 ff.).

81 *Grimm* (Fn. 8), S. 137.

82 Vgl. BVerfGE 3, 225 (Verfassungskonformität des Art. 117 Abs. 1 GG); 10, 59 (Stichentscheid des Mannes verfassungswidrig); 53, 224 (neues Scheidungsrecht); 84, 9 (eheliches Namensrecht); dazu *Grimm* (Fn. 8), S. 229 ff.

83 BVerfGE 6, 32 – Elfes-Urteil; dazu *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, 18. Aufl. München 2019, Rn. 901-903; *Grimm*, Die Historiker (Fn. 8), S. 147 ff. sowie *ders.*, Das Elfes-Urteil, in: Florian Meinel (Hrsg.) (Fn. 20), S. 155-185. Eine noch stärkere Ausdehnung des Rechtsschutzes – faktisch die Einführung einer speziellen Popularklage – bedeutet die Erfindung des „Rechts auf Demokratie“ im Zusammenhang mit der Kontrolle von Hoheitsübertragungen an die EU; s. oben III. 5. mit Fn. 49 sowie das Abw. Votum der Richterinnen *König* und *Langenfeld* sowie des Richters *Maidowski*, BVerfGE 153, 74 (164 ff.); diese äußern die Sorge, dass „sich notwendige Gestaltungsräume des Parlaments [...] verengen und sich damit der [...] beabsichtigte Schutz des demokratischen Prozesses in sein Gegenteil verkehren könnte“ (S. 182).

84 BVerfGE 7, 198 (205) – Lüth-Urteil.

85 Insbes. BVerfGE 12, 205 57, 295 und 83, 238. Vgl. a. *Grimm* (Fn. 8), S. 167 ff., und *Bull*, Richtungweisende und irreführende Entscheidungen (Fn. 67), ZöR 2023, 499. Zur „Verfassungsprägung“ des gesamten Mediensystems und speziell zum „Spiegel“-Urteil (BVerfGE 20, 162) s. *Grimm* (Fn. 8), S. 165 ff.

86 So *Frotscher/Pieroth* (Fn. 83), Rn. 908. Zu den nachteiligen Aspekten dieser Rspr. s. so gleich unten zu VI. 2.

87 BVerfGE 65, 1 - ein Urteil „von überragendem Einfluss“ (*Grimm* [Fn. 8], S. 247).

und verhältnismäßiger gesetzlicher Erlaubnis stellte, hat es eine enorme und bis heute andauernde Vergesetzlichung der gesamten Informationsordnung ausgelöst.<sup>88</sup> Damit wurde über die Beschränkungen für die Verwaltung hinaus auch die Bürokratisierung aller wirtschaftlichen Aktivitäten und vieler privater Lebensvorgänge vorangetrieben; Rechtfertigungslasten und formale Pflichten aller Art (z.B. Verzeichnisse, interne Beauftragte, Informationspflichten) belasten jeden und jede, die Personendaten verwenden oder verarbeiten. In der Öffentlichkeit ist das Urteil als mutiger Akt des Widerstandes gegen einen vermeintlich übermächtigen Staat dargestellt worden – als Verteidigung der individuellen Freiheit gegen eine Bundesregierung, der die Absicht zur „Überwachung“ aller Bürgerinnen und Bürger unterstellt wurde, und das Gericht selbst hat erkennen lassen, dass es ein politisches Signal senden wollte, man nehme die Sorgen der Menschen ernst und wehre den Überwachungsstaat mit verfassungsrechtlichen Feststellungen ab.<sup>89</sup>

Die sozial- und wirtschaftspolitischen Projekte, die oben zu IV. 4. erwähnt wurden, sind nicht primär – wie sie heute vielleicht verstanden würden – als Realisierung individueller Rechte der betroffenen Einzelnen konzipiert worden, sondern als Veränderung des institutionellen und organisatorischen Rahmens für die angestrebte Entwicklung des Gemeinwesens im Ganzen. Die seinerzeit geschaffene soziale Marktwirtschaft war und ist durch einseitig „liberale“ Politik (die vorrangig auf die Freiheit der Wirtschaftenden zu Lasten Dritter setzt) gefährdet. Das hat auch die Welle der Privatisierung öffentlicher Aufgaben gezeigt, die in den neunziger Jahren besonders durch die Politik der EU ausgelöst wurde und die heute teilweise wieder zurückgenommen wird (Rekommunalisierung).

## 2. Die Vereinseitigung der Grundrechtsinterpretation

Die von der Karlsruher Rechtsprechung bestärkte Tendenz zur Ausdehnung der Individualrechte führt zu Erweiterungen der staatlichen Aufgaben, insbesondere des Sozialleistungssystems, und zur Abwertung von Allgemeininteressen. Aus Grundrechten werden zunehmend Schutzwilchen des Staates abgeleitet, die ihrerseits nicht immer mit den Freiheitsrechten *Dritter* vereinbar sind (und u.U. die Allgemeinheit belasten). Dass dazu staatliche Stellen mit der Durchsetzung von Grundrechten beauftragt werden, verursacht neue Formen der (z.T. übermäßigen) Bürokratisierung.

*Karl August Bettermann* hat schon in den achtziger Jahren des vorigen Jahrhunderts über die angebliche „Hypertrophie der Grundrechte“ geklagt;<sup>90</sup> das war einem überholten konservativen Staatsverständnis geschuldet. *Peter Tettinger* sprach 1999

88 BVerfGE 65, 1 (43 f.). Zur Kritik: *Bull, Informationelle Selbstbestimmung – Vision oder Illusion?* 2. Aufl. Tübingen 2011.

89 Daher die „unüblichen“ und unerheblichen Eingangsbemerkungen des Gerichts über die „Beunruhigung“ auch „loyaler“ Staatsbürger, BVerfGE 65, 1 (3 f.); *Grimm* (Fn. 8), S. 247. Gemeint war die irrationale, von falschen Tatsachen ausgehende Boykottbewegung gegen die Volkszählung. Das Gericht hätte die Sorgen der „loyalen“ Volkszählungsgegner durch genauere Analyse der Lage (mangelnde Eignung der Daten zur Überwachung; Statistikgeheimnis usw.) zerstreuen können.

90 *Karl August Bettermann, Hypertrophie der Grundrechte. Eine Streitschrift*, Hamburg 1984.

von der „Hypertrophie der Grundrechtsdogmatik“ und fürchtete entsprechende „Verkrustungen“.<sup>91</sup> In Literatur und Rechtsprechung sind neue Grundrechte und neue „Ausprägungen“ von Grundrechten „entdeckt“ worden, die dazu bestimmt waren, auf neue Entwicklungen im sozialen Zusammenleben und insbesondere im technisch-wirtschaftlichen Bereich einzugehen.<sup>92</sup> Matthias Herdegen analysiert den Zusammenhang der „Hochstufung bestimmter Werte“ mit der „Herabstufung anderer Interessen“ „im Sinne einer ‚idealistischen‘ Ordnung, die in einem gewissen Gegensatz zu einem rechtlichen ‚Realismus‘“ stehe, an Beispielen aus der Rechtsprechung auch ausländischer Verfassungsgerichte.<sup>93</sup>

Begonnen hat diese Entwicklung mit Entscheidungen, in denen – im Anschluss an das schon angesprochene Volkszählungs-Urteil von 1983<sup>94</sup> – informationelle Befugnisse von Polizei und Verfassungsschutz nach streng ausgelegten Maßstäben der Verhältnismäßigkeit und der Bestimmtheit eingeschränkt wurden.<sup>95</sup> Ausgehend von der Annahme, jeglicher Umgang mit personenbezogenen Daten begründe ein Risiko für hochrangige Rechtsgüter, wurde ein Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“ aus dem Grundrechte-Katalog hergeleitet, dessen Schutzbereich von vornherein unbestimmt war, so dass als „Eingriffe“ in dieses Recht schon solche Maßnahmen gelten konnten, die nur minimale Belastungen oder Nachteile für die Betroffenen verursachen oder nur in ganz unwahrscheinlichen Fällen zu spürbaren Schäden führen. Schon eine leicht erhöhte Gefahr, zum Ziel strafrechtlicher Ermittlungen zu werden,<sup>96</sup> stellt nach dieser Rechtsprechung einen Nachteil dar, der mit dem Datenschutz-Grundrecht unvereinbar sei, und bereits die „Einschüchterung“ oder das „Gefühl diffuser Bedrohung“, das durch staatliche Gefahrenabwehr- oder Strafverfolgungsmaßnahmen entstehen kann, wird als ausreichender Grund angesehen, von einer Grundrechtsbeeinträchtigung zu sprechen, die nur durch gewichtige Interessen der Allgemeinheit gerechtfertigt werden könne.<sup>97</sup> Dieses Abstellen auf die Gefühle der möglicherweise Betroffenen entspricht zwar dem Geist der *wokeness*, wonach jeder Mensch vor unangenehmen Gefühlsbeeinträchtigungen geschützt werden soll, verursacht aber

91 Peter Tettinger, Verfassungsrecht und Wirtschaftsordnung, DVBl 1999, 679-687.

92 Beispiele bei *Bull*, Grundrechte-Rechtsprechung, Grundrechtsrhetorik und Grundrechtspolitik, in: Matthias Lemke/Robert Chr. van Ooyen (Hrsg.), Grundrechte – Menschenrechte – Polizei. Festschrift für Martin H. W. Möllers, Wiesbaden 2022, S. 63-90. Die Rede ist von „digitalen Grundrechten“, von einem „Recht auf Mobilität“ und einem „Recht auf Rausch“ und sogar von einem „Recht auf Förderung der Rechte“ (eines jeden Kindes).

93 Herdegen, Heile Welt (Fn. 6), S. 29 und passim.

94 BVerfGE 65, 1 (43 f.)

95 Zusammenstellung bei *Bull*, Grundsatzentscheidungen zum Datenschutz im Bereich der inneren Sicherheit, in: Robert Chr. van Ooyen/Martin H. W. Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl. Wiesbaden 2015, S. 627 ff.; s. a. ders., Der Individualrechtsschutz und die Freiheitlichkeit des Gemeinwesens, AÖR 145 (2020), S. 291-320.

96 BVerfGE 115, 320 (351) – Rasterfahndung; 120, 378 (402 f.) – Kfz-Kennzeichenerfassung; 121, 1 (22) – Vorratsdatenspeicherung, einstweilige Anordnung; zur automatisierten Kfz-Kennzeichenkontrolle s. a. *Bull*, Individualrechtsschutz (Fn. 95).

97 BVerfGE 113, 29 (46) – Computer-Beschlagnahme; 120, 378 (402, 430) – Kfz-Kennzeichenerfassung; 121, 1 (20); 125, 260 (320) – Vorratsdatenspeicherung (mit Abw. Meinungen der Richter *Schluckebier* und *Eichberger* S. 364 [366] und 380 [380 f.]). Dazu *Bull*, Grundsatzentscheidungen (Fn. 95), S. 641 f.

erhebliche Schwierigkeiten bei der Durchsetzung der Rechtsordnung. Die Gefühls-Judikatur steht auch in krassem Widerspruch zu der allgemeinen Meinung, dass die Digitalisierung von Staat und Wirtschaft entschieden vorangetrieben werden muss: Die Akzeptanz der Informationstechnik durch die Bevölkerung hängt davon ab, dass die Menschen über die Risiken und Chancen umfassend und realistisch *aufgeklärt* werden, dass unbegründete Ängste und Vorbehalte ausgeräumt werden und *Vertrauen* aufgebaut werden kann – eine Aufgabe, die auch der Justiz einschließlich des BVerfG obliegt; sie verfügt über die dazu nötigen Befugnisse.

Auch auf anderen Feldern des politischen und sozialen Lebens ist eine ständige Ausdehnung von Individualrechten zu beobachten. So hat das BVerfG aus dem subjektiven Wahlrecht nach Art. 38 GG, wie schon erwähnt, einen Anspruch der Wähler „auf Demokratie“ abgeleitet und damit das Staatsorganisationsrecht subjektiv-rechtlich verstärkt – oder vielmehr der Klagelust einzelner Wahlberechtigter unterworfen.<sup>98</sup> In dieselbe Kategorie der Subjektivierung von objektivem Recht fällt die Rechtsprechung, die den Opfern von Kriminalität ein subjektives Recht auf Strafverfolgung zubilligt.<sup>99</sup> Andererseits sind Maßnahmen zur Kriminalitätsbekämpfung – z.B. die Verhaftung Verdächtiger – durch steigende prozessuale und formale Anforderungen erschwert worden.<sup>100</sup>

Die Ausweitung der Grundrechte führt nicht zwingend zu größerer Gerechtigkeit in der Verteilung von Lebenschancen. Am Beispiel der Impfpflicht gegen Corona zeigt sich, wie fragwürdig die Verabsolutierung des Selbstbestimmungsanspruchs ist: „Manche Extrempositionen verdrängen den Lebensschutz durch eine unbeschränkte Autonomie des Einzelnen als Höchstwert in unserer Rechtsgemeinschaft“.<sup>101</sup> Von den schweren Beeinträchtigungen des Alltagslebens der großen Mehrheit, die durch den Verzicht auf den Eingriff in die körperliche Unversehrtheit der Impfgegner mitverursacht sind, ist dabei noch gar nicht die Rede. So werden Enttäuschungen gerade bei denen provoziert, die sich ihrerseits auf Grundrechte berufen. Wenn das BVerfG von einem Recht auf Schulbildung<sup>102</sup> spricht, muss es doch sogleich einräumen, dass Schulschließungen zur Corona-Bekämpfung berechtigt sind. Verwaltung und Gerichte sind eben auch dann in der Pflicht zur Abwägung, wenn die Grundrechte extensiv formuliert sind, müssen stets die Rechte der einen Seite mit denen der anderen in Relation setzen und damit in der konkreten Auseinandersetzung die Grenzen und Schranken der Individualrechte bestimmen, die die „absoluten“ Grundrechtsverteidiger ignorieren. Selbst vermeintlich uneingeschränkt gewährleistete Rechte wie die Kunstfreiheit oder die Religions- und Gewissensfreiheit haben verfassungsimmanente

<sup>98</sup> S. schon oben IV. 5. mit Fn. 66; st. Rspr. seit BVerfGE 89, 155 (187), zusammengefasst in BVerfGE 151, 202 [286 ff. Rn. 118 ff.] – Europäische Bankenunion); 153, 74 (mit Abw. Votum der Richterinnen *König* und *Langenfeld* sowie des Richters *Maidowski*) – Einheitliches Patentgericht.

<sup>99</sup> BVerfG, 2. Kammer des II. Senats, B.v.15.1.2020, NJW 2020, 675 (Zwangfixierung eines Patienten).

<sup>100</sup> Vgl. dazu etwa die Voraussetzungen von Freiheitseinschränkungen: *Veith Mehde*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 104, insbes. Rn. 106 ff., 127 ff., 135 ff., 147 ff.

<sup>101</sup> *Herdegen* (Fn. 6), S. 19.

<sup>102</sup> BVerfGE 159, 355 (380 Rn. 41 ff.); dazu *Martin Nettesheim*, JZ 2022, 525 ff.

Schranken. Hinzu kommt, dass der zunehmend aktualisierte Gleichheitsanspruch die Wahrnehmung persönlicher Freiheiten unter „Assimilationsdruck“ setzt.<sup>103</sup>

Dass die immer weiter vorangetriebene Individualisierung zu einer Zerreißprobe der Gesellschaft führen kann, ist offenbar vielen nicht bewusst. Tatsächlich besteht die Gefahr, dass die staatliche Organisation durch die gegenseitige Blockade der verschiedenen verfassungsgerichtlich gewährleisteten Interessen unfähig wird, Abwägungen vorzunehmen und Entscheidungen durchzusetzen. Nicht dass sogleich Anarchie entstünde – aber die Wahrscheinlichkeit wächst, dass gesetzliche Regelungen nur noch auf der Basis des kleinsten gemeinsamen Nenners zustande kommen und die politisch schwächsten Interessen zurückgesetzt werden. Eine Ausweichstrategie der Politik besteht darin, die am lautesten vorgebrachten Forderungen mit Geldleistungen zu beruhigen oder Verwaltungsbehörden und Unternehmen mit neuen Pflichten zu belasten – man meint ja, dass anonyme Organisationseinheiten die Belastungen nicht so schwer empfinden wie natürliche Personen, vergisst darüber aber, dass die notwendigen Finanzmittel an anderen Stellen fehlen oder künftige Generationen mit Schulden belastet werden.

## VII. Die Zukunftsfähigkeit der Verfassung

### 1. Langfristige Politiksteuerung durch verfassungsrechtliche Staatsziele und Staatsaufgaben?

Es fiele leicht, im geltenden Recht Lücken und Defizite zu entdecken, die das Bild einer vollständigen und in sich stimmigen Verfassung stören. Technik und Wirtschaft in ihren rapiden Veränderungen einerseits, neue politische Konstellationen andererseits bringen überdies ständig bisher unbekannte verfassungsrechtliche Probleme (z.B. der Gleichbehandlung und der Abwägung zwischen verschiedenen Interessen) hervor. Obwohl Rechtsprechung und Wissenschaft dazu auch ohne ausdrückliche Verfassungsnormen praktikable Lösungen erarbeiten können und tatsächlich das BVerfG auch in solchen Fällen stets entschieden hat, erscheint den politisch Handelnden oft die Änderung der Rechtstexte als das nächstliegende Mittel. Die regelmäßige Anpassung des Verfassungstextes an aktuelle gesellschaftliche Entwicklungen bringt aber nicht nur Fortschritte mit sich, sondern verursacht auch Probleme.

Solange nur hochabstrakte Staats- und Politikziele formuliert werden, können derartige Verfassungsergänzungen als Appelle an Staatsorgane oder Bürger sinnvoll sein; allerdings ist ihre Wirksamkeit begrenzt. Ob aber konkrete Ziele staatlichen Handelns (also spezielle Staatsaufgaben) oder gar Instrumente zu ihrer Realisierung in der Verfassung festgelegt werden sollen, ist keineswegs eindeutig. Dafür spricht zwar die Notwendigkeit, die epochalen Aufgaben – die Bewältigung der Klimakrise, der sozialen Spaltung und der Folgen der technischen Revolution – nachhaltig anzugehen und wirksame Maßnahmen über die Legislaturperioden hinweg durchzuführen. Es

---

103 Herdegen (Fn. 6, S. 22) nennt als Beispiele die Nichtdiskriminierung etwa im Mietrecht und den Zugang zu gesellschaftlicher Teilhabe. Ausdruck dieser Tendenz ist das AGG.

ist alle Anstrengung wert, die Kurzatmigkeit der Politik durch klare Vorgaben zu überwinden.

Das BVerfG hat solche Überlegungen aufgegriffen, indem es derartige Vorgaben in seinem Klimaschutz-Beschluss von 2021 aus dem geltenden GG (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und Art. 20 a GG) herausgelesen und konkretisiert hat.<sup>104</sup> Diesen mutigen – weil rechtsdogmatisch äußerst umstrittenen<sup>105</sup> – Vorstoß haben viele, die den Klimaschutz als die gegenwärtig höchstrangige Aufgabe des Staates betrachten, als ein Mittel zur Überwindung der politischen Blockade begrüßt. Vielleicht kann ja heute in der Tat allein das Verfassungsgericht die Staatsorgane dazu nötigen, ihre Befugnisse entschieden einzusetzen.

Dass bei solchen Vorstößen jeweils auch ein Stück Elastizität des rechtlichen Rahmens verloren gehen kann, mag hinnehmbar sein. Schwerer wiegt, dass die Verfassung nicht mit zu vielen Details belastet werden sollte.<sup>106</sup> Wie wichtig es dem gegenüber gerade sein kann, dass die Politik Spielräume für Entscheidungen behält, die einer Krise besser gerecht werden als das Beharren auf den einmal beschlossenen strengen Grundsätzen, zeigt die schwierige Lage nach dem „Schuldenbremsen“-Urteil von November 2023<sup>107</sup> (mitsamt dem enttäuschten Vertrauen all derer, die mit finanziellen Hilfen zur Bekämpfung des Klimawandels gerechnet hatten). Andererseits ist die Politik oft der Versuchung erlegen, Augenblickserfolge auf Dauer so abzusichern, dass eine spätere Abweichung – mag sie noch so gut begründet sein – nur schwer oder gar nicht mehr zu bewerkstelligen ist.<sup>108</sup> In solchen Zusammenhängen können wiederum tief verwurzelte („ideologische“) Widerstände, die bei einer Verfassungsänderung überwunden zu sein schienen, später neu erstarken, so dass die frühere Debatte erneut ausbricht und eine erneute Verfassungsänderung – in umgekehrter Richtung – doch möglich wird, und sei es durch „Tauschgeschäfte“ über andere Gegenstände. Wichtiger als materielle Festlegungen ist es jedenfalls, dass die Verfassung die demokratischen Entscheidungsprozesse angemessen strukturiert und einen verlässlichen *Rahmen* für politische Lösungen künftiger Probleme bestimmt; es gilt, gerade diese Funktion der Verfassung zu bewahren.

## 2. Asymmetrien und Irrwege der politischen Diskussionen

Wie die verfassungsgemäßen Institutionen und Prozesse fungieren, ist wesentlich vom politischen Klima abhängig, also von dem herrschenden politischen Bewusstsein und dem dadurch geprägten Verfassungsverständnis. Die Entwicklung der öffentli-

<sup>104</sup> BVerfG, B.v. 24.3.2021, BVerfGE 157, 30.

<sup>105</sup> S. insbes. Jörg Berkemann, „Freiheitschancen über die Generationen“ (Art. 20 a GG) – Intertemporaler Klimaschutz im Paradigmenwechsel, DÖV 2021, 701.

<sup>106</sup> Dieter Grimm beklagt die Einfügung allzu vieler Detailregelungen als „Missachtung der Ebendifferenzierung“ und schlägt eine Änderung des Änderungsverfahrens vor (Ändert das Grundgesetz!, FAZ v. 29.12.2010, S. 6).

<sup>107</sup> S. schon oben zu IV. 1 a.E mit Fn. 31.

<sup>108</sup> Beispiele für diese Tendenz finden sich im Grundgesetz u.a. in Art. 13, 16 a, 23, 29, 90, 91 c, 109, 115, von Übergangsvorschriften wie in Art. 143 a ff. ganz abgesehen. Verschiedene Landesverfassungen sind mit mehr oder weniger abstrakten Politikzielen und politisch-moralischen Appellen angereichert worden.

chen Meinung ist ungesichert und unvorhersehbar. Die um der Demokratie willen zwingend notwendige Meinungsfreiheit, wie sie seit dem Lüth-Urteil als unverrückbarer Verfassungsbestandteil gilt, schützt auch die Äußerung und Verbreitung törichter und durch soziale Normen verbotener Meinungen, also auch demokratie- und rechtsstaatsfeindliche Reden und Schriften. Wir erleben eine heftige Polarisierung der Meinungen, rücksichtloses Besitzstanddenken, eine Verhärtung der Fronten in fast allen politischen Streitfragen und eine zunehmende Unsicherheit der politisch Verantwortlichen: Unwillen oder Unfähigkeit zu Kompromissen auf allen Ebenen.

Während der Corona-Pandemie wurde mit guten Gründen über die Verfassungsmäßigkeit von Kontaktsperrern und ähnlichen Freiheitsbeschränkungen diskutiert, aber von vielen ohne Rücksicht auf den Ernst der Bedrohung, mit fragwürdig verabsolutierten „Freiheits“-Gründen. Die an sich zu einem bestimmten Zeitpunkt dringend notwendige Impfpflicht wurde verhindert. Überdies litten die Entscheidungsprozesse unter einem demokratischen Defizit: Selbst tief in die Privatsphäre eingreifende Maßnahmen wurden nicht vom Parlament, sondern im Wesentlichen allein von der Exekutive beschlossen.

Die Asymmetrie der Diskussion hängt mit der Entwicklung der *Medien* zusammen. Die nur schwach regulierten und wenig beeinflussbaren „sozialen“ Medien ziehen die Aufmerksamkeit auf sich, während die etablierten alten Medien um ihre wirtschaftliche Existenz kämpfen. Die Publikumsmedien leben von den Kontroversen, nicht von den Erfolgen der Politik, und nutzen ihre Freiheit für die Widerspiegelung des politischen Meinungskampfes in all seinen Erscheinungsformen – ohne darauf einzugehen, ob die konkreten Probleme gelöst werden oder die Lösungen an der gegenseitigen Blockade scheitern. Publizistische Kampagnen wie die gegen den seinerzeitigen Bundespräsidenten Christian Wulff<sup>109</sup> verdunkeln das Idealbild von der Kontrolle der Politik durch die Medien, und die allgemein beklagte Verrohung des Stils in den sozialen Medien lässt auch die Funktion der Öffentlichkeit für die Willensbildung des Volkes in einem ungünstigen Licht erscheinen.

Die Medien versagen also trotz ihrer hochentwickelten Kultur der Recherche und Kritik – von einigen Ausnahmen abgesehen – bei der intellektuellen und emotionalen Förderung der dringend benötigten *Entscheidungskultur*. Das kritische Dauerfeuer gegen „die“ Politiker schwächt nicht nur die unmittelbar betroffenen Personen, sondern die Institutionen, schreckt fähigen Nachwuchs für politische Ämter ab und erschwert die Bewältigung der epochalen Krisen, die in der nächsten Zukunft drohen. Die Einrichtungen der politischen Bildung, die sich auf die positiven Aspekte der staatlichen Ordnung, ihren normativen Sinn und ihre tatsächlichen Leistungen konzentrieren, erreichen demgegenüber nur einen kleinen Teil der Bürgerschaft. Gleichzeitig stärkt das BVerfG die Rechte der Individuen auf allen Gebieten und trägt damit (sicher ungewollt) dazu bei, dass das Bewusstsein für Pflichten und Opfer zugunsten der

---

<sup>109</sup> Dazu seine eigene Darstellung: *Christian Wulff*, Ganz oben – ganz unten, München 2014, sowie *Hans Matthias Kepplinger*, Die Mechanismen der Skandalisierung, 4. Aufl. Reinbek 2018, insbes. S. 83 f., 89-92 und 96-100; s.a. *Bull*, Die Krise der Medien und das Dilemma der Medienpolitik, Recht und Politik 2020, S. 441 ff. (444).

Allgemeinheit zurückgedrängt wird.<sup>110</sup> Von Grundpflichten<sup>111</sup> ist gar nicht mehr die Rede; aus verständlichem Individualismus kann destruktiver Egozentrismus werden.

### 3. Schönwetterverfassung oder dauerhafte Ordnung?

Im Zuge der beschriebenen Debatten ist viel Skepsis aufgekommen, was die Leistungsfähigkeit und Widerstandsfähigkeit<sup>112</sup> der Verfassung angeht. Sie kulminiert in der Frage, ob die Verfassung nur für Zeiten des Aufstiegs (wie nach dem Krieg) oder des allgemeinen Wohlstands taugt oder ob sie auch ausreichende Instrumente und Verfahrensweisen für Zeiten der Klimakrise, der Regression, der Wohlstandsverluste, der Sparzwänge, Komfortverluste und Opferzumutungen enthält. Auch für diese Fragen gilt die relativierende Antwort: Die Verfassung lässt viele, auch schwerwiegende Maßnahmen der Krisenbewältigung und Umstrukturierung zu und steht sogar harten Umverteilungen und Rationierungen nicht grundsätzlich entgegen. Für die Realisierung einer solchen Politik wird es aber darauf ankommen, ob die öffentliche Meinung zugunsten wirksamer Maßnahmen stark genug ist.

Unerprobт und möglicherweise defizitär sind die Regelungen über den Spannungs- und den Verteidigungsfall (Art. 90 a und 115a-i GG). Dazu mag es inzwischen Einsichten geben, die zu bestimmten Änderungen veranlassen könnten, aber solange jede Erfahrung mit der Anwendung der Normen fehlt, sollte von Änderungen abgesehen werden.

Manche Beobachter fürchten, liberale westliche Staaten wie Deutschland würden im Wettbewerb mit autoritären Regimen wie China wirtschaftlich unterliegen, weil sie an ihrer „Wunschvorstellung einer friedlichen, ökologisch wirtschaftenden und pluralistischen Welt“ festhielten.<sup>113</sup> Das heutige Maß an Wohlstand ist aber nicht auf Dauer gewährleistet, und die Fähigkeit (und Bereitschaft) der Politik, harte Entscheidungen zu treffen, ist begrenzt.

Es ist bisher auch nicht in wirklich überzeugender Weise gelungen, den politischen Extremismus zu bekämpfen, der den demokratischen Rechtsstaat als solchen ablehnt und eine autokratische oder anarchistische Ordnung herbeiführen will. Die Instrumen-

<sup>110</sup> Ein Grund für das oft einseitig individualistische Grundrechtsverständnis liegt vermutlich darin, dass die Öffentlichkeit (und auch die Wissenschaft) regelmäßig zwar den „Allgemeinen Teil“ der Entscheidungen (also die Entwicklung der Obersätze) wahnimmt, aber die Subsumtion und damit die Aktualisierung der Grundrechtsschranken nicht mit dem gleichen Gewicht beachtet. Es macht eben doch einen Unterschied aus, ob der Schutzbereich eines Grundrechts weit oder eng umschrieben wird. Zwar sind bei extensiver Auslegung des Normgehalts regelmäßig auch die Schranken des jeweiligen Rechts stärker ausgebildet, aber dieser zweite Schritt wird nicht immer hinreichend bedacht. S. dazu schon oben Fn. 80 und die Überlegungen von *Oliver Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt/ Lepsius/Möllers/Schönberger (Hrsg.) (Fn. 6), S. 168 ff.

<sup>111</sup> Über „Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension“ haben *Volkmar Götz* und *Hasso Hofmann* 1982 referiert: VVDStRL 41, Berlin 1983, S. 7 ff., 42 ff.

<sup>112</sup> Das „Zauberwort“ „Resilienz“, das sich hier anbieten könnte, dürfte kaum etwas zur Sache beitragen, vgl. *Stephan Rixen*, Verwaltungsrecht der vulnerablen Gesellschaft, VVDStRL 80, Berlin 2021, S. 37 (42 Fn. 22 m.w.N.).

<sup>113</sup> *Herdegen* (Fn. 6), S. 29.

te, die das Grundgesetz bereithält, um den Missbrauch der politischen Freiheiten abzuwehren, sind nicht wirksam genug, um die notwendige demokratische Qualität der öffentlichen Debatte zu sichern – oder werden nicht genug genutzt. So ist es offensichtlich in Vergessenheit geraten, dass jemand Grundrechte „verwirkt“, wenn er sie „zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht“.<sup>114</sup> Die Versuche, Art. 18 GG zu aktivieren, sind fehlgeschlagen,<sup>115</sup> und das BVerfG hat die Voraussetzungen eines Parteiverbots in entscheidender Weise verschärft.<sup>116</sup> Erst recht wird niemand mehr auf die in Art. 139 GG vorbehaltenen Entnazifizierungsvorschriften zurückgreifen. Wenn sich Bürger und Bürgerinnen künftig einmal auf das Widerstandsrecht nach Art. 20 Abs. 4 GG berufen sollten, wäre es für die Rettung der Demokratie wohl schon zu spät.

Ob die Verfassung sich im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Judikatur weiter so entwickelt, dass die wesentlichen Strukturprinzipien erhalten bleiben und in Krisen gegen starke Widerstände durchgesetzt werden, hängt wesentlich davon ab, inwieweit das Personal von Exekutive und Judikative deren Sinn verinnerlicht hat und sich entsprechend verfassungstreu verhält. Nicht nur die Verfassung soll zukunftsfähig sein, sondern auch die Verfassungsanwender müssen es sein.<sup>117</sup> Politologisch gesprochen, gibt es „keine in sich gute Verfassung, weil auch sogenannte theoretisch gute Verfassungen nicht immer die Gesellschaft vor Gefahren schützen können, wenn die Gesellschaft in ihrer Gesamtheit nicht den dazu notwendigen Willen oder Mut besitzt“.<sup>118</sup>

Die Regeln der Personalauswahl für öffentliche Ämter gewährleisten bisher die nötige Qualität, jedenfalls im Großen und Ganzen. Insbesondere das Verfahren der Richterauswahl für das BVerfG hat sich entgegen mancher Kritik an seiner Intransparenz bewährt.<sup>119</sup> Darüber hinaus sind die staatlichen Organe befugt und verpflichtet, die Bürgerinnen und Bürgern umfassend zu informieren, für ein gut demokratisches und rechtsstaatliches Verhalten einzutreten und um Vertrauen zu werben. Mögen Appelle und Anreize auch schwächer wirken als verbindliche Vorgaben, so gehören sie doch zum Instrumentarium der heutigen Demokratie. Die öffentliche Meinung ist ein Element der Legitimation des Staatshandelns, und die gewählten und dem

114 Art. 18 Satz 1 GG, bezogen auf die in den Artikeln 5 (Abs. 1 und 3), 8, 9, 10, 14 und 16 a GG garantierten Freiheiten.

115 BVerGE 11, 282; 38, 23. Die insgesamt drei Anträge der Bundesregierung gegen besonders aktive Rechtsextremisten wurden bereits im Vorverfahren wegen unzureichenden Tatsachenvortrags zurückgewiesen; vgl. *Rolf Gröschner*, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz*, Bd. I, Art. 18 Rn. 7.

116 S. oben zu IV. 2.

117 *Hoffmann-Riem* (Fn. 14), S. 637.

118 *Luigi Vittorio Ferraris*, 40 Jahre Grundgesetz – Entstehung, Bewährung und internationale Ausstrahlung. Die Vorbildwirkung ausländischer Verfassungswerke, in: Klaus Stern (Hrsg.), 40 Jahre Grundgesetz, München 1990, S. 13-21; s.a. S. 20.

119 Für das im Laufe der Zeit durchaus veränderte Personal des BVerfG vgl. *Anselm Döring-Manteuffel*, Richter und Richterinnen des Bundesverfassungsgerichts. Alterskohorten und zeitgeschichtliche Ideenströmungen in ihren Rückwirkungen auf Entscheidungen des Gerichts, in: Meinel (Hrsg.) (Fn. 20), S. 81-95. S.a. *Grimm* (Fn. 7), S. 186 f. und S. 193 f. zu den Richterwechseln 1971 und 1975.

Volk verantwortlichen Politiker müssen an ihrer Bildung mitwirken; sie verfehlten ihre Aufgabe, wenn sie sich „neutral“ verhalten.<sup>120</sup>

## VII. Fazit

Im Ergebnis hat das Grundgesetz in einer die Gesellschaft günstig beeinflussenden Weise gewirkt. Wir sind mit ihm – dank der Hilfe des Verfassungsgerichts – sehr gut durch ruhige Zeiten wie auch durch große Krisen gekommen. Die Verfassung wirkt vielfach als Instrumentenkoffer zur Konfliktlösung. Sie hat sich nicht nur als „Juristenverfassung“<sup>121</sup> bewährt, indem sie Normen bereitgestellt hat, die hinreichend klar und rechtstechnisch brauchbar waren, um künftige Konflikte akzeptabel zu lösen, sondern hat auch den Rahmen für richterliche Interpretationen und kreative Neuschöpfungen vorgegeben und dem interessierten Teil der Bevölkerung Stichworte geliefert, die positive Resonanz fanden. Trotz der vielen Änderungen und trotz einer Rechtsprechung des BVerfG, die eigene, neue Akzente gesetzt hat, ist das Grundgesetz nach wie vor auch als ein emotionales Fundament politischen Handelns und Beobachtens präsent und wirksam. Ob das in Zeiten globaler Krisen dauerhaft so bleibt?

Manche idealistischen Vorstellungen, die man aus dem ursprünglichen Grundgesetz ableiten konnte und abgeleitet hat, sind im Laufe der Zeit verblasst – oder aber die zunehmende Spaltung der Gesellschaft in immer weniger kompromissbereite Gruppen und Blöcke erschwert die Verwirklichung der Grundideen eines friedlichen und sozial gerechten Gemeinwesens. Schon bisher sind Grundrechte wie die Unverletzlichkeit der Wohnung, das Kommunikationsgeheimnis und das subjektive Recht auf Asyl auf eine harte Probe gestellt worden; ihr Kern ist aber bisher entgegen mancher Kritik gesichert – auch durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Die Umwelt- und Klimakrise und ein wieder ersterkter Imperialismus in Teilen der Welt, aber auch die durch neue Techniken und ökonomische Rationalitäten geprägte Lebensweise der Mehrheit der Menschen hierzulande sowie die weltweiten Fluchtbewegungen verursachen zunehmend Nervosität und Unzufriedenheit. Der Zeitgeist fordert Anpassung an neue Verhältnisse und droht manche Entscheidungen der Verfassunggeber zu unterlaufen, und das Verfassungsgericht steht immer wieder vor der Frage, wie weit es sich auf neue Strömungen der öffentlichen Meinung einlassen soll. So bleibt die Zukunft der Verfassung offen.

---

120 Deshalb ist die Rspr. des BVerfG zu Meinungsäußerungen von Politikern so problematisch; vgl. exemplarisch BVerfGE 162, 207 (Bundeskanzlerin Merkel); dazu Bull, Öffentlichkeit und öffentliche Meinung heute, in: *ders.*, Demokratie und Rechtsstaat in der Diskussion (Fn. 34), S. 101–177 (145 ff. mit Fn. 150).

121 Vgl. Klaus Ferdinand Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 16 a Rn. 40.