

## Der freiheitliche Verfassungsstaat als riskante Ordnung

Horst Dreier\*

A. Das „aufgelöste Rätsel aller Verfassungen“ .....	11	2. Grundpflichten .....	23
B. Die freiheitliche Verfassung als Form der Selbstermächtigung .....	14	3. Grundrechtsabstinenz .....	23
I. „We the People“:		4. Verfassungstreue .....	24
Verfassunggebende Gewalt des Volkes .....	14	a) Nähebeziehungen zum Staat, Einbürgerung .....	24
II. Die sozialphilosophischen Grundlagen .....	15	b) Allgemeines Staat-Bürger-Verhältnis .....	27
C. Selbstbestimmung als Verfassungssenz .....	16	5. Streitbare Demokratie .....	28
D. Das Grundrechtskonzept des Grundgesetzes .....	19	III. Ergebnis: Freiheit ohne Identifikationspflicht .....	28
I. Grundrechte als Fundament personaler Autonomie .....	19	E. Auf der Suche nach Gemeinsamkeit ...	30
II. Immanente Schranken oder Zweckbindungen grundrechtlicher Freiheit? .....	21	I. Vaterland und christliche Kultur ...	30
1. Gemeinschaftsvorbehalt .....	21	II. Zivilreligion .....	32
		III. Verfassungspatriotismus .....	32
		F. Vom Wert des Konflikts – und der Toleranz .....	34
		I. Integrationskraft des Dissenses .....	34
		II. Toleranz als Bürgertugend .....	37

### A. Das „aufgelöste Rätsel aller Verfassungen“

Kann man politische Herrschaft, kann man einen Staat dauerhaft auf bloße Meinungen gründen, auf etwas so Schwankendes wie das Wollen und Wirken seiner Bürger?<sup>1</sup> Kann die Legitimität dieser Ordnung wirklich ihren tragenden Grund allein in der gemeinsamen Setzung der für alle verbindlichen Rechtsordnung finden – und nicht, um die berühmte Trias Max Webers<sup>2</sup> zu bemühen, zumindest auch in gefestigten Traditionen oder im Charisma eines weisen Herrschers oder erleuchteten politischen Führers? Hat ein solcher Staat überhaupt realistische Aussicht auf dauer-

\* Prof. Dr. Horst Dreier lehrt Rechtsphilosophie, Staats- und Verwaltungsrecht an der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

1 Formulierung in Anlehnung an: B. Haller, Die auf Meinungen gegründete Republik – Zur Rehabilitierung der Meinung in der politischen Philosophie der Amerikanischen Revolution, in: J. Schwartländer/D. Willoweit (Hrsg.), Meinungsfreiheit – Grundgedanken und Geschichte in Europa und USA, Kehl a. Rh./Straßburg 1986, S. 85 ff. – Haller bezieht sich auf die eher beiläufige Formulierung von *James Madison* in den *Federalist Papers* Nr. 49: „If it be true that all governments rest on opinion, it is no less true that the strength of opinion in each individual, and its practical influence on its conduct, depend much on the number which he supposes to have entertained the same opinion.“ (hier zitiert nach: *The Federalist* – Edited, with Introduction and Notes, by J.E. Cooke, Middletown/CN: Wesleyan University Press 1961, S. 338 ff. [340]). Die Autoren der *Federalist Papers* wiederum kannten ihren Hume gut, der hier sentenzenprägend war: *D. Hume*, Of the first principles of government (1741), in: ders., *Political Essays* – Edited by K. Haakonssen, Cambridge University Press 2004, S. 16: „It is therefore, on opinion only that government is founded ...“ (wobei Hume des näheren zwischen „opinion of interest“ und „opinion of right“ unterscheidet sowie das letztgenannte in „right to power“ und „right of property“ unterteilt, also letztlich beileibe nicht nur von Meinungsäußerungen handelt). Bei *C. v. Gerber*, Über öffentliche Rechte (1853), Tübingen 1913, S. 23 heißt es: „Ein Staat, der nicht auf Rechte, sondern auf Meinungen gegründet ist, kann nur eine unsichere und schwankende Existenz haben.“

2 *M. Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl., Tübingen 1976, S. 122 ff. Dazu statt aller *S. Breuer*, *Max Webers Herrschaftssoziologie*, Frankfurt a. M. 1991.

haften Bestand, wenn er zudem auf ein einheitliches Glaubensbekenntnis seiner Bürger verzichtet und freie Wahl der Religion und ihrer Ausübung, den Religionswechsel oder gar den Agnostizismus zulässt? Kann man ihn, kurz gesagt, auf die Freiheit seiner Bürger gründen?

Die Antwort der frühen Neuzeit, also der entscheidenden Formationsphase moderner Staatlichkeit, lautete bis weit in das 18. und teilweise das 19. Jahrhundert hinein eindeutig: Nein. Dies nicht allein deshalb, weil natürlich an Formen moderner, egalitärer Demokratie im 16. und 17. Jahrhundert noch nicht zu denken war. Vor allem spielte die Homogenität des beherrschten Personenverbandes eine zentrale Rolle. Die Heftigkeit und Grausamkeit der konfessionellen Bürgerkriege lässt sich außer mit religiöser Unduldsamkeit vor allem auch damit erklären, dass die Vorstellung dominierte, ein staatlicher Herrschaftsverband könne unmöglich existieren und gedeihen, wenn in ihm unterschiedliche religiöse Bekenntnisse praktiziert würden. *Un roi, une loi, une fois* hieß die Parole,<sup>3</sup> und nicht nur für einen Denker wie Thomas Hobbes stand außer Frage, dass in einem Staat nicht zwei Religionen oder auch nur Konfessionen gelten konnten.<sup>4</sup> Der Erfolg gab den führenden europäischen Staaten des 16. bis 18. Jahrhunderts (Spanien, Holland, England, Frankreich) recht, die durchweg streng auf konfessionelle Homogenität achteten.<sup>5</sup>

Die Antwort des freiheitlichen Verfassungsstaates auf die Ausgangsfragen lautet hingegen ebenso eindeutig: Ja. Im ersten Artikel der Federalist Papers, dem kanonischen Dokument amerikanischen Verfassungsdenkens, in dem das moderne Konzept repräsentativer Demokratie zum ersten Male systematisch entfaltet wurde, bezeichneten deren Verfasser die seinerzeit noch offene Verabschiedung der US-Verfassung explizit als Entscheidung über die Frage von menscheitsweiter Bedeutung, „ob menschliche Gemeinschaften tatsächlich fähig sind, durch Nachdenken und freie Entscheidung ein gutes Regierungssystem einzurichten, oder ob sie auf ewig, was ihre jeweilige politische Verfassung betrifft, von Zufall und Gewalt abhängig bleiben.“<sup>6</sup> Ein halbes Jahrhundert später erblickte der junge Marx in der Demokratie das „auf-

3 K. Bihlmeyer/H. Tüchle, Kirchengeschichte, Bd. III, 19. Aufl., Paderborn 1958, S. 234; M. Goebel, Das Edikt von Nantes und der Toleranzbegriff, in: Hugentotten 64 (2000), S. 123 (125).

4 Einige Hinweise für die im konfessionellen Zeitalter allgemein geteilte Überzeugung, dass ein politisches Gemeinwesen bei Glaubensverschiedenheit der Untertanen auf Dauer nicht überlebensfähig sein könne, finden sich bei C. Strohm, Calvinismus und Recht, Tübingen 2008, S. 248, 383 ff.

5 Vertiefend gegen die verbreitete These, der moderne Staat mit Glaubens- und Gewissensfreiheit sei unmittelbar aus den konfessionellen Bürgerkriegen der frühneuzeitlichen Epoche entsprungen und habe sich sogleich in Distanz zu den religiösen Wahrheitsfragen auf einer darüberliegenden neutralen Ebene etabliert: H. Dreier, Kanonistik und Konfessionalisierung – Marksteine auf dem Weg zum Staat, in: JZ 2002, S. 1 (6 ff.).

6 A. Hamilton/J. Madison/J. Jay, The Federalist Papers (1787/1788). Die deutsche Übersetzung zitiert nach: A. u. W.P. Adams (Hrsg.), Hamilton/Madison/Jay – Die Federalist-Artikel, Paderborn 1994, Nr. 1 (Hamilton), S. 1 (1).

gelöste *Rätsel* aller Verfassungen“.<sup>7</sup> Und in unseren Tagen bewertet man die demokratische Ur-Idee, wonach Herrschaft nur als vom Volk getragene und abgeleitete legitim ist, als ihre „uneinholbare normative Überlegenheit“ gegenüber anderen Herrschaftsformen.<sup>8</sup>

Den freiheitlichen Verfassungsstaat zeichnet neben demokratischen und rechtsstaatlichen Prinzipien vor allem anderen die Gewährung bestimmter Freiheits- und Gleichheitsrechte aus, die etwa nach der amerikanischen Unabhängigkeits- und der französischen Menschenrechtserklärung in vielen einschlägigen Dokumenten als unverletzlich und unveräußerlich etikettiert werden. Unter ihnen nimmt die Religionsfreiheit in aller Regel eine prominente Rolle ein. Der Glaube wandelt sich von der Herrschaftsgrundlage zur Herrschaftsschranke, die Religion mutiert vom Staatsattribut zum Individualrecht.<sup>9</sup> Der Religionsfreiheit tritt in den entsprechenden Katalogen ein unterschiedlich weiter Kreis ähnlicher Bestimmungen zur Seite, die durchweg auf Pluralität, auf freie Selbstbestimmung<sup>10</sup> in privaten wie auch in politischen Angelegenheiten abzielen. Vielfalt der Meinungen, auch und gerade der veröffentlichten, ist da nicht Gefährdungstatbestand einer vorgegebenen Ordnung, sondern geradezu Existenzbedingung einer Gesellschaft Freier und Gleicher. Sehr schön drückt das die Virginia Bill of Rights von 1776 aus, wenn es in sec. 12 heißt: „freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty“. Und ebenso dezidiert stützt sich dieser freiheitliche Verfassungsstaat auf den Gedanken der Selbstherrschaft – also darauf, dass nicht eherne, unverfügbare Traditionen oder die letztlich unkontrollierbaren Entscheidungen charismatischer Führer den Legitimationsgrund politischer Herrschaft bilden, sondern der Wille der Bürger dieses Gemeinwesens selbst. Beide Seiten, die individuelle Selbstbestimmung kraft bürgerlicher Freiheitsrechte wie auch

7 K. Marx, Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie (1843), in: K. Marx/F. Engels, Werke, Bd. 1, 15. Aufl., Berlin 1988, S. 201 (231). Dort heißt es im Zusammenhang: „In der Monarchie ist das Ganze, das Volk, unter eine seiner Daseinsweisen, die politische Verfassung, subsumiert; in der Demokratie erscheint die *Verfassung selbst* nur als *eine* Bestimmung, und zwar Selbstbestimmung des Volkes. In der Monarchie haben wir das Volk der Verfassung; in der Demokratie die Verfassung des Volkes. Die Demokratie ist das aufgelöste *Rätsel* aller Verfassungen. Hier ist die Verfassung nicht nur *an sich*, dem Wesen nach, sondern der *Existenz*, der Wirklichkeit nach in ihren wirklichen Grund, den *wirklichen Menschen*, das *wirkliche Volk*, stets zurückgeführt und als sein *eignes* Werk gesetzt. Die Verfassung erscheint als das, was sie ist, freies Produkt des Menschen ...“ (Hervorhebungen im Original, H.D.). Die Marx'sche Formel aufgreifend K. Hartmann, Die Demokratie – das aufgelöste Rätsel aller Verfassungen?, in: ders. (Hrsg.), Die Demokratie im Spektrum der Wissenschaften, Freiburg i. Br./München 1980, S. 13 ff. (zu Marx S. 25 ff.).

8 U.K. Preuß, Die Bedeutung kognitiver und moralischer Lernfähigkeit für die Demokratie, in: C. Offe (Hrsg.), Demokratisierung der Demokratie, Frankfurt a. M. 2003, S. 259 (259).

9 Näher Dreier, Kanonistik (Fn. 5), S. 6 ff., 12.

10 Zur tieferen philosophischen Herleitung dieses Begriffs, der im folgenden unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten im Vordergrund stehen wird, sowie seiner philosophischen Bedeutungsschichten vgl. etwa V. Gerhardt, Art. Selbstbestimmung, in: J. Ritter/K. Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 9, Basel 1995, Sp. 335 ff.; monographisch ders., Selbstbestimmung. Das Prinzip der Individualität, Stuttgart 1999.

die kollektive Selbstbestimmung des politischen Verbandes gehören zusammen, sind sozusagen zwei Seiten derselben Medaille.

Dies alles ist nun keineswegs selbstverständlich, ja der freiheitliche Verfassungsstaat ist eine evolutionär eher unwahrscheinliche Angelegenheit.<sup>11</sup> Es handelt sich bei ihm um eine höchst voraussetzungsvolle und immer auch gefährdete Ordnung – jeder noch so flüchtige historische Rückblick auf die Zwischenkriegszeit bestätigt das.

Den Strukturelementen, Bestandsvoraussetzungen und Erhaltungsbedingungen dieser riskanten Ordnung sollen die folgenden Überlegungen gelten. Dazu sei zunächst ganz knapp in Erinnerung gerufen, wie die skizzierten Prinzipien ihren Ausdruck in den Gründungsdokumenten freiheitlicher Verfassungsstaaten gefunden haben und worauf sie sozialphilosophisch gründen (dazu B.). Sodann wird der Aspekt der Selbstbestimmung etwas vertieft (C.), bevor sich ein zentraler Abschnitt der verfassungsrechtlichen Konzeption der Freiheitsrechte im bundesdeutschen Grundgesetz zuwendet (D.). Hier soll vor allem der besonders riskant anmutenden Breite, Tiefe und Unkontrolliertheit der Freiheitsgewährleistungen des Grundgesetzes nachgespürt werden. Das ruft aber die besorgte Nachfrage nach stützenden und haltenden Elementen hervor, die der Diffusität und Beliebigkeit individueller Freiheitsbetätigungen Momente der Gemeinsamkeit entgegensetzen können (E.). Am Schluss steht dann, notgedrungen kurz und thetisch, der Hinweis auf die integrative Kraft des Dissenses und die Bürgertugend der Toleranz (F.).

## B. Die freiheitliche Verfassung als Form der Selbstermächtigung

### I. „We the People“: Verfassunggebende Gewalt des Volkes

Bekanntlich hebt die amerikanische Verfassung mit den Worten an: „We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union ...“. In den drei schlichten Eingangsworten „we the people“, also „wir (sind) das Volk“, steckt schon die ganze Revolution der Denkungsart, die für den freiheitlichen Verfassungsstaat so kennzeichnend ist.<sup>12</sup> Es ist ein radikaler Bruch mit der alten Ordnung, in den Neuenglandstaaten auch und zugleich in Gestalt einer Sezession vom englischen Mutterland, in Frankreich noch radikaler als Bruch mit dem Ancien Régime und seiner Unzahl von Vorrechten und Privilegien, die man in der rauschhaften Sitzung am 4. August 1789 praktisch in einem Durchgang beseitigte. Das Neue dieser Denkungsart liegt darin, dass als Autor und letzter Ursprung der neuen staatlichen Ordnung das Volk

11 In Anlehnung an N. Luhmann, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, in: Rechtshistorisches Journal 9 (1990), S. 176 ff.

12 Für den nach dem Ersten Weltkrieg in Deutschland vollzogenen Bruch mit der Monarchie durch die Weimarer Reichsverfassung notierte G. Anschütz, Kommentar zur WRV, 14. Aufl., Berlin 1933, S. 32 zur Präambel („Das Deutsche Volk ... hat sich diese Verfassung gegeben“) in exakt jenem Sinne knapp und klar: „Das Reich ist nichts anderes als das unter der von ihm selbst gegebenen Verfassung rechtlich geeinte deutsche Volk. Das Reich: *das sind wir.*“ (Hervorhebung im Original, H.D.). Die Parole „Wir sind das Volk“ brachte 1989 die Mauer zum Einsturz.

sich selbst einsetzt. Die Amerikaner sagen das mit besonderem Nachdruck, wenn es eingangs ihrer Bundesverfassung von 1787 heißt, „(we) do establish and ordain this constitution“. Diese Schaffung einer neuen politischen Ordnung aus dem Geiste der Autonomie und Selbstherrschaft ist eine stolze Idee. Eine Selbsterhöhung und Selbstermächtigung<sup>13</sup> hat man sie deshalb nicht zu Unrecht genannt, ja man könnte zumal in Frankreich von einer Selbstenthronisation sprechen, wenn das nicht die stets irreführende Vorstellung von der Volkssouveränität als einer Fürstensouveränität mit anderem Vorzeichen beflügeln würde. Hier in Frankreich findet der große Verfassungskonstrukteur Emmanuel Joseph Sieyès, Abgeordneter des dritten Standes, mit der Lehre vom *pouvoir constituant* denn auch den zentralen verfassungstheoretischen Begriff für diesen Urakt der Herrschaftsbegründung.<sup>14</sup> *Pouvoir constituant*, verfassungsgebende Gewalt, nennt er in seiner Schrift über den „Dritten Stand“ von 1789 die allein beim Volk liegende und nur von ihm, kraft besonderer Repräsentanten, auszuübende Ur- und Allgewalt. Auf diese Legitimationsformel beruft sich später die Paulskirchenverfassung nicht anders als die von Weimar – und auch in der Präambel des Grundgesetzes heißt es, das Deutsche Volk habe es sich „kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt“ gegeben.<sup>15</sup>

Den Charakter dieses Autonomisierungsprozesses und die damit verbundene Absage an Tradition, dynastische Ordnung, Erblegitimität, Führerkonzeptionen oder verwandte Konzepte<sup>16</sup> hat kein Geringerer als Georg Wilhelm Friedrich Hegel in begeisterte Worte gefasst, mit denen er die Französische Revolution pries: „Solange die Sonne am Firmament steht und die Planeten um sie herumkreisen, war das nicht gesehen worden, dass der Mensch sich auf den Kopf, d.i. auf den Gedanken stellt und die Wirklichkeit auf diesem erbaut. (...) Es war dieses somit ein herrlicher Sonnenaufgang. Alle denkenden Wesen haben diese Epoche mitgefeiert.“<sup>17</sup>

## II. Die sozialphilosophischen Grundlagen

Mit dieser schönen Sentenz aus seinen Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte spielt Hegel ungeachtet seiner eigenen Ablehnung vertragstheoretischer Mo-

13 E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, Tübingen 1909, S. 2; J. Masing/D. Gosewinkel, Einführung in die Texte: Grundlinien der europäischen Verfassungsentwicklung, in: dies. (Hrsg.), Die Verfassungen in Europa 1789-1949, München 2006, S. 9 (13 ff.).

14 E.J. Sieyès, Was ist der dritte Stand? (1789), in: ders., Politische Schriften 1788-1790, übersetzt und herausgegeben von E. Schmitt u. R. Reichardt, 2. Aufl., München/Wien 1981, S. 117 (164 ff.). In den nordamerikanischen Kolonien hatte man zuvor schon von *constituent power* gesprochen. Das revolutionäre Frankreich hat die europäische Entwicklung allerdings stärker beeinflusst. Vgl. H. Dreier, Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat, München 2009, S. 7 ff., 21 ff.

15 Zum Vorstehenden zusammenfassend und m.w.N. H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 2. Aufl., Tübingen 2004, Präambel Rn. 51 ff., 64 ff.

16 Zu dieser Absage auch R. Gröschner, Die Republik, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Bd. II, Heidelberg 2004, § 23 Rn. 39.

17 G.W.F. Hegel, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, 4. Teil, Dritter Abschnitt, 3. Kapitel (Theorie-Werkausgabe, Bd. 12, Frankfurt a. M. 1986, S. 529).

delle implizit (wohl) auch auf die sozialphilosophischen Grundlagen dieses neuen Konzeptes staatlicher Herrschaft und ihrer Legitimierung an. Sie finden sich in der Sozialphilosophie des rationalen Naturrechts und der Aufklärung, vorzüglich bei den neuzeitlichen Klassikern von Politik und Staatsrecht, also bei Hobbes, Locke, Rousseau und Kant.<sup>18</sup> Es ist vor allem die individuelle Radizierung der Staatsgenese, die sie – bei allen sonstigen und durchaus gravierenden Unterschieden – verbindet. Die Ideen des Naturzustandes und des Gesellschaftsvertrages bilden die konstruktiven Pfeiler. Dabei fungiert die Idee des Naturzustandes nicht als vage Erinnerung an ein verlorenes Paradies, sondern als (re)konstruktive Idee eines Zustandes, in dem die Menschen losgelöst von allen familiären, kulturellen und ökonomischen Bindungen als frei und gleich gedacht werden.<sup>19</sup> Der Herrschafts- oder Gesellschaftsvertrag, mit dem sie diesen Zustand überwinden, ist wiederum eine Art von genetischer Metapher.<sup>20</sup> Sie zeigt, dass sich politische Herrschaft einzig und allein durch Übereinkunft der sich zum Staat zusammenschließenden Individuen erklären und verbindlich machen, also: legitimieren lässt. Legitimationsgrund der politischen Ordnung ist der einzelne und freie Mensch, der sich im Wege des Kontraktes mit anderen Menschen zusammenschließt und eine politische Herrschaftsorganisation hervorbringt. Sein Wille schafft den Staat, sein Wille rechtfertigt ihn. Die Vereinbarungs-idee macht den Menschen zum autonomen Gestalter seiner Sozialwelt.<sup>21</sup> Herrschaftskonstitution und Herrschaftslegitimation durch kontraktuelle Übereinkunft bildet somit die entscheidende Denkfigur der Neuzeit.<sup>22</sup> In den Gründungsdokumenten der amerikanischen und französischen Revolution gewinnt der konstruktiv-analytische Individualismus des rationalen Naturrechts gewissermaßen staatskonstitutive Funktion.

### C. Selbstbestimmung als Verfassungsesenz

Aber ist mit dem Urakt der Verfassungsgebung die Selbstgesetzgebung nicht gewissermaßen verbraucht? Liegt hier nicht zugleich der Umschlag- und Endpunkt, weil nun die weitere Geschichte nach Maßgabe und im Rahmen eben dieser Verfassung abläuft?

18 Vgl. aus der Fülle der Literatur etwa: *G. Maluschke*, Philosophische Grundlagen des demokratischen Verfassungsstaates, Freiburg i. Br./München 1982; *S. König*, Zur Begründung der Menschenrechte: Hobbes – Locke – Kant, Freiburg i. Br./München 1994; *M. Brocker*, Die Grundlegung des liberalen Verfassungsstaates, Freiburg i. Br./München 1995; *W. Kersting*, Politik und Recht, Weilerswist 2000, S. 275 ff., 304 ff.

19 *H. Hofmann*, Zur Lehre vom Naturzustand in der Rechtsphilosophie der Aufklärung (1982), in: ders., Recht – Politik – Verfassung, Frankfurt a. M. 1986, S. 93 (101 ff., 108 ff.).

20 *W. Kersting*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, Darmstadt 1994.

21 *H. Hofmann*, Art. Naturzustand, in: J. Ritter/K. Gründer (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 6, Basel 1984, Sp. 653 (654).

22 Schon bei *O. v. Gierke*, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, 3. Aufl., Breslau 1913, S. 349 heißt es: „Ist aber der Staat aus einer Willensthat der von Natur freien und gleichen Individuen entsprungen, so kann auch sein Zweck nicht außerhalb der Individuen liegen.“ Das lässt zwar unterschiedliche Ausgestaltungen zu, wie sie in den divergierenden Konzepten von Hobbes bis Kant denn auch zutage treten, trifft aber den Kern.

Diese Sorge ist letztlich unbegründet. Demokratische Selbstbestimmung kommt durch die Verabschiedung einer Verfassung nicht zum Stillstand. Entweder folgen revolutionäre Umstürze mit stetiger Neuentfesselung der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes – so wie es die Franzosen vorgemacht haben.<sup>23</sup> Oder aber die Verfassung wird Gegenstand formeller Verfassungsänderungen bzw. zuweilen tiefgreifender Prozesse eines Verfassungswandels – dafür bilden die USA das herausragende Beispiel.<sup>24</sup> Eine freiheitliche Verfassung währt nicht ewig und legt dem politischen Prozess keine unlösbaren Fesseln an, weil sie revolutionär überwunden oder evolutionär fortentwickelt werden kann.

Des weiteren soll eine Verfassung zwar von jeher eine Stabilisierungs- und Fundierungsfunktion erfüllen und erhebt demgemäß den Anspruch, die Grundlage, den Rahmen, das Ruhende und Feste der jeweiligen politischen Ordnung zu bilden.<sup>25</sup> Aber es ist eben ein Rahmen und eine Grundlage, Rahmenordnung und Grundordnung, noch nicht das gesamte Werk oder der gesamte Bau, um im Bild zu bleiben. Die Verfassung wäre missverstanden, wenn man in ihr und mit ihr alle relevanten Entscheidungen schon als getroffen ansehen und die Arbeit des demokratischen Gesetzgebers bzw. der anderen Staatsgewalten nur als schematische Ausführung, als Vollzug des in ihr vermuteten umfassenden Regelungs- und Steuerungsanspruches qualifizieren würde. Das Schwergewicht insbesondere der staatsorganisatorischen Regelungen liegt gar nicht so sehr darauf, konkrete inhaltliche Entscheidungen zu treffen, sondern demokratisch legitimierte und rechtsstaatlich limitierte Entscheidungen der dazu berufenen Organe zu ermöglichen. Die Verfassung ist Herrschaftsbegründung und Herrschaftsbegrenzung in einem: sie konstituiert und legitimiert die Staatsorgane, grenzt ihre Kompetenzen ab, limitiert dadurch die Staatsgewalt und trägt insgesamt zur Rationalisierung des politischen Prozesses bei.<sup>26</sup> Aber sie macht diesen Prozess nicht überflüssig. Es ist im Gegenteil ihre vornehmste Aufgabe, in den nicht allzu eng gezogenen Grenzen materieller Festlegungen für hohe Mobilität der Entscheidungsfähigkeit und entsprechend hohe Legitimität der staatlichen Entscheidungsinstanzen zu sorgen. Sie „regelt Entscheidungsprozesse, weniger Entschei-

23 Man vergegenwärtige sich nur die rasche Abfolge der französischen Verfassungen seit 1791: die Jakobinerverfassung von 1793, danach die von 1795, nach Napoléon die Charte Constitutionnelle 1814, 1830 die Verfassung des Bürgerkönigs Louis-Philippe I., 1848 die Revolutionsregierung von Napoléon III., 1875 dann die dritte Republik.

24 Als Motor des Verfassungswandels fungiert dabei der Supreme Court: siehe statt vieler W. Brugger, Der moderne Verfassungsstaat aus Sicht der amerikanischen Verfassung und des Grundgesetzes, in: AöR 126 (2001), S. 337 (343 ff.).

25 Vgl. nur H. Hofmann, Zur Idee des Staatsgrundgesetzes, in: ders., Recht (Fn. 19), S. 261 (269 ff., 275 ff., 290 ff.); w.N. bei H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen 2006, Art 79 II Rn. 13.

26 Siehe P. Badura, Art. Verfassung, in: Evangelisches Staatslexikon, Bd. II, 3. Aufl., Stuttgart 1987, Sp. 3737 ff.; H. Dreier, Art. Verfassung, in: Enzyklopädie Philosophie, Bd. III, 2. Aufl., Hamburg 2010, i.E.

derungsergebnisse, stellt die im Rahmen der Verfassung erlassenen Gesetze immer wieder zur Entscheidung des Gesetzgebers.“<sup>27</sup>

Dabei bedarf die Übertragung der Gesetzgebungs- und Regierungsgewalt an bestimmte Repräsentanten dem in Art. 20 Abs. 2 GG niedergelegten Grundsatz der Volkssouveränität zufolge der periodischen legitimatorischen Erneuerung durch das Volk. Demokratie ist Herrschaft auf Zeit,<sup>28</sup> der Vorgang der Gesetzgebung per Mehrheitsentscheid stets nur eine momentan eingefrorene Präferenz, wie Niklas Luhmann das einmal sehr anschaulich umschrieben hat.<sup>29</sup> Man kann sie jederzeit wieder auftauen. Das Feste, also das Recht als normativ verbindliche und kraft staatlichen Zwangs gesicherte Größe, muss auf das Bewegliche, nämlich den Gedanken seiner permanenten Änderbarkeit, gegründet werden.<sup>30</sup> Ausdrücklich spricht der Jurist und Rechtssoziologe in diesem Zusammenhang von dem Risiko, das in der Positivierung des Rechts wie in der Einrichtung politischer Demokratie liegt.<sup>31</sup> Möglicherweise ist uns das in der Demokratie liegende Wagnis nach 60 Jahren Grundgesetz und dem weltweiten Siegeszug des Verfassungsstaates, vielleicht auch wegen der sedierenden Wirkung der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG, nicht mehr so deutlich bewusst.<sup>32</sup> Demokratie gilt als alternativlos. Ganz anders war das naturgemäß in Weimar. Und vielleicht darf man deswegen die eindrucksvollen Worte Richard Thomas in Erinnerung rufen, der die Demokratie gekennzeichnet sah durch „einerseits die volle politische Emanzipation und Gleichberechtigung der sozialen Unterschicht, andererseits die Abschaffung aller stabil-unabsetzbaren Obrigkeit“. Und er schließt die für uns besonders wichtige Passage an: „Demokratisierung ist der Name für das welthistorisch epochemachende Wagnis der abendländischen Zivilisation, die handarbeitenden Klassen trotz oder wegen ihrer gewachsenen, ja vielleicht alle andern Klassen und Gruppen überwachsenden Zahl zu gleichem Rechte in den Staat hineinzunehmen. Es ist der Versuch, die ordnende Herrschaftsgewalt aus einem Herrn und Bändiger über einer interessensgespaltenen Gesellschaft zum Geschöpf und Diener einer irgendwie im Grunde doch als interessensolidarisch begriffenen Nation zu machen.“ Sie wage es, „die Lösung der nationalen, der sozialen und der kultu-

27 P. Kirchhof, Das Grundgesetz – ein oft verkannter Glücksfall, in: DVBl. 2009, S. 541 (542); deutlicher noch ebd., S. 549: „Doch der Kerngedanke der Verfassung zielt auf eine Erneuerung des Rechts und der freiheitlichen Wirklichkeit durch die Gesetzgebung und durch die Garantie der Freiheit.“ Ähnlich C. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, Berlin 2008, S. 73 f.

28 Zu diesem vielzitierten Schlagwort H. Dreier, in: ders., GGK II (Fn. 25), Art. 20 (Demokratie), Rn. 79 m.w.N.; zuletzt M. Droege, Herrschaft auf Zeit: Wahltage und Übergangszeiten in der repräsentativen Demokratie, in: DÖV 2009, S. 649 ff.

29 N. Luhmann, Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 1, Bielefeld 1970, S. 175 (197).

30 Luhmann, Positivität (Fn. 29), S. 196.

31 Luhmann, Positivität (Fn. 29), S. 196.

32 Siehe aber C. Enders, Nach der Moderne? Das Risiko (rechts-)staatlicher Freiheitsorganisation, in: Behemoth 1 (2008), S. 28 (30 ff.): „Das Risiko der Freiheit als Daseinsform des modernen Rechtsstaats“.



rellen Probleme zu suchen auf den Wegen der freien Selbstbestimmung der Individuen, der Klassen, der Nationen.“<sup>33</sup>

Mithin bleibt festzuhalten: wenn auch die Stabilitätsfunktion einer Verfassung unbestritten ist, so heißt Stabilität doch nicht Stagnation oder Versteinerung. Der Freiheitsgedanke steht am Beginn moderner Verfassungsgebung, verbraucht sich aber in diesem Akt nicht. Die Idee gesamtgesellschaftlicher Selbstbestimmung bleibt weiterhin *Movens* und *Motor* politischer Einheitsbildung. Die Verfassung fungiert als Grundlage und Vorgabe für den stets neu zu bewältigenden, niemals stillstehenden demokratischen Prozess mit all seinen Unwägbarkeiten und Risiken.<sup>34</sup> Sie soll sich nicht nur auf eine freie Entscheidung gründen, sondern auch Freiheit gewährleisten.

#### **D. Das Grundrechtskonzept des Grundgesetzes**

Was für die politische Seite gilt, gilt nicht minder für die von Grundrechten abgeschirmte und gestützte Seite individueller Selbstbestimmung. Hier zeigt sich das Risiko und evolutionär Unwahrscheinliche des freiheitlichen Verfassungsstaates noch deutlicher. Dies sei am Beispiel der verfassungsrechtlichen Konzeption individueller Freiheitsrechte im Grundgesetz näher erläutert.

##### **I. Grundrechte als Fundament personaler Autonomie**

Die Freiheitlichkeit des Verfassungsstaates dokumentiert sich besonders eindrücklich und nachdrücklich in den Grundrechtsgewährleistungen.<sup>35</sup> Nicht zufällig gehen die zentralen Dokumente, die Virginia Bill of Rights 1776 oder die Französische Menschenrechtserklärung von 1789, den späteren Gesamtverfassungen voraus. Die grundrechtliche Fundierung steht am Beginn dieser Verfassungsrevolutionen, die noch immer prägend für unsere Epoche sind.

Grundrechte sind Stützpfeiler der Individualität und somit ihrem Wesen nach Faktoren und Garanten gesamtgesellschaftlicher Pluralität, damit aber eben auch der Disparität, der Differenz, ja der Konkurrenz. „Grundrechte entbinden den Pluralismus. Mit ihnen erhebt sich legitime Uneinigkeit der Bürger in Fragen der Religion, der

33 Zitate: *R. Thoma*, *Das Reich als Demokratie* (1930), in: ders., *Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte*, hrsgg. u. eingeleitet von H. Dreier, Tübingen 2008, S. 282 (286).

34 Zu den hier auch nicht ansatzweise auszulotenden unterschiedlichen Demokratiekonzeptionen aus der Fülle der Literatur: *D. Held*, *Models of Democracy*. Second Edition, Oxford 1996; *E.-W. Böckenförde*, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., Bd. II, Heidelberg 2004, § 24 (S. 429-496). Speziell zur schweizerischen Demokratiekonzeption siehe *G. Biaggini*, *Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Schweiz*, in: A. von Bogdandy/P. Cruz Villalón/P.M. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. I, Heidelberg 2007, § 10 Rn. 58 ff.

35 Vgl. nur *H. Hofmann*, *Menschenrechtliche Autonomieansprüche*, in: *JZ* 1992, S. 165 ff.; *H. Maurer*, *Idee und Wirklichkeit der Grundrechte*, in: *JZ* 1999, S. 689 ff.

Weltanschauung, der Politik.“<sup>36</sup> Freiheit bedeutet, „sich von den anderen unterscheiden, vorhandene Unterschiede mehren, von Hergebrachtem abweichen und gefestigte Traditionen abbrechen zu dürfen“.<sup>37</sup>

Wenn den Grundrechtssubjekten Religions-, Meinungs-, Presse- oder Berufsfreiheit garantiert wird, dann soll das heißen: die eigene, frei gewählte Religion, die eigene Meinung, das selbst verantwortete Presseorgan, der frei gewählte Beruf.<sup>38</sup> Jeder hat sozusagen das Recht, den Grundrechten seinen spezifischen Sinn zu geben.<sup>39</sup> Sie ermöglichen ihm, sein eigener Herr zu sein. Der hinter der Vielfalt von Schutzgütern und Schutzbereichen liegende Grundgedanke ist derjenige personaler Selbstbestimmung: Grundrechte dienen der Ermöglichung einer Lebensform gemäß den eigenen Überzeugungen und Vorstellungen des Einzelnen, dessen Freiheit sich als „Selbstbestimmung über den eigenen Lebensentwurf und seinen Vollzug“ umschreiben lässt.<sup>40</sup> Und diese Vielfalt erfasst nicht nur die Privatsphäre, sondern erstreckt sich darüber hinaus auf allgemeinere Interessen, politische Überzeugungen und Werthaltungen, umfasst gerade auch Fragen der richtigen und gerechten politischen Ordnung wie des guten Lebens in der Gemeinschaft. Eine Gleichgestimmtheit der Orientierung in zentralen Fragen wird man hier kaum erwarten können, sondern wiederum eine große Pluralität der Meinungen, die Konkurrenz der politischen Parteien, den Kampf um das bessere Argument, den Konflikt.<sup>41</sup> Im Grundgesetz findet diese legitime Interessenvielfalt explizite Anerkennung etwa in Gestalt der Art. 21 (Parteienfreiheit), 8 (Versammlungsfreiheit), 9 (Vereinigungsfreiheit). So hat man etwa die Parteienfreiheit in erhellender Weise als Wettbewerbsfreiheit interpretiert.<sup>42</sup> Unter verschärf-

36 J. Isensee, Schlußwort, in: O. Depenheuer u.a. (Hrsg.), Die Einheit des Staates, Heidelberg 1998, S. 71 (79). Vom „Sündenfall der Ausdifferenzierung“ spricht (gleich zweimal) T. Vesting, Politische Verfassung? Der moderne (liberale) Verfassungsbegriff und seine systemtheoretische Rekonstruktion, in: Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner, Baden-Baden 2009, S. 609 (615, 618).

37 P. Kirchhof, Die kulturellen Voraussetzungen der Freiheit, Heidelberg 1995, S. 1.

38 Eindringlich H. Zwierner, Anhang 1, in: ders., Politische Treupflicht des Beamten, Baden-Baden 1987, S. 257 (267 ff., insb. 271). Siehe auch W. Heun, Medizinethische Pluralität im Spiegel des Verfassungsrechts, in: S. Michl/T. Potthast/U. Wiesing (Hrsg.), Pluralität in der Medizin, Freiburg i. Br. 2008, S. 45 (48): das Grundgesetz konstituiere „eine pluralistische Ordnung gerade dadurch, dass es bestimmte Entscheidungen der individuellen oder kollektiven Selbstbestimmung seitens der Betroffenen überlässt und dies verfassungsrechtlich absichert, also Freiräume schafft...“.

39 M. Morlok, Selbstverständnis als Rechtskriterium, Tübingen 1993, insb. S. 67 ff., 393 ff. Die mit den Grundrechten auch geschützte Funktionslogik autonomer gesellschaftlicher Teilsysteme kann hier nur erwähnt, nicht näher behandelt werden.

40 So treffend BVerfGE 63, 343 (357); ähnlich, aber weniger prägnant, BVerfGE 60, 253 (268). Die im Text zitierte Formulierung geht vermutlich zurück auf H. Steinberger, Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie, Berlin et al. 1974, S. 261. – Vgl. noch A. Hollerbach, Selbstbestimmung im Recht, Heidelberg 1996, S. 15 („Selbstbestimmung ist ein anderes Wort für Freiheit.“) sowie S. 18 („Selbstbestimmung aktiviert Freiheit, vollzieht, ja vollstreckt sie gewissermaßen.“).

41 Frühe und tiefgreifende Analysen etwa bei K. Loewenstein, Verfassungslehre, Tübingen 1959, S. 367 ff., insb. 389 ff.; E. Fraenkel, Der Pluralismus als Strukturelement einer freiheitlichen Demokratie (1964), in: ders., Deutschland und die westlichen Demokratien, 7. Aufl., Stuttgart 1979, S. 197 ff.

42 M. Morlok, Parteienrecht als Wettbewerbsrecht, in: Festschrift für Dimitris Th. Tsatsos zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2003, S. 408 ff.

ten Bedingungen religiös-weltanschaulicher Pluralisierung wirkt aber naturgemäß auch die „Religion nicht mehr homogenitätsverbürgend, sondern weit stärker dissoziativ“.<sup>43</sup>

## II. Immanente Schranken oder Zweckbindungen grundrechtlicher Freiheit?

Es liegt somit auf der Hand, dass diese offene Vielfalt, Divergenz und Konkurrenz unterschiedlicher Freiheitsbetätigungen sich nicht von vornherein im Zustand prästabiler Harmonie befindet. Daher stellt sich gebieterisch die Frage nach immanenten Schranken oder vorgängigen Bindungen grundrechtlicher Freiheit. Wird sie im Verfassungsstaat nur als gebundene, verantwortlich ausgeübte, gemeinwohlorientiert genutzte, also als gemeinwohlverträgliche geschützt?<sup>44</sup> Nicht selten wurde hierauf mit einem vielfach modulierten Ja geantwortet, in der Lehre wie auch in der Judikatur. Aber davon ist auf Dauer nichts übriggeblieben.

### 1. Gemeinschaftsvorbehalt

Die frühe Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hält ein eindrucksvolles Exempel für die vorgängige Restriktion und „Versozialverträglichung“ der Ausübung von Freiheitsrechten bereit. Danach gehörte es zum Inbegriff der Grundrechte, dass „ein Grundrecht nicht in Anspruch genommen werden darf, wenn dadurch die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden; denn jedes Grundrecht setzt den Bestand der staatlichen Gemeinschaft voraus, durch die es gewährleistet wird.“<sup>45</sup> Diese Position erfuhr allerdings von Anfang an scharfe und überzeugende Kritik.<sup>46</sup> Mit ihr wird nicht nur die ausdifferenzierte Schrankensystematik der Grundrechte überspielt, sondern ganz prinzipiell verkannt, dass die Grundrechte nicht Aussparungen der Staatsgewalt, sondern identitätsprägendes Element des freiheitlichen Verfassungsstaates selbst sind. Ihr definitives Ende fand diese Auf-

43 U. Volkmann, Der Preis der Freiheit, in: C. Langenfeld/I. Schneider (Hrsg.), Recht und Religion in Europa, Göttingen 2008, S. 87 (96).

44 Die Bayerische Verfassung kennt in Art. 117 Abs. 1 S. 2 sogar eine entsprechende Klausel („Alle haben die Verfassung und die Gesetze zu achten und zu befolgen, an den öffentlichen Angelegenheiten Anteil zu nehmen und ihre körperlichen und geistigen Kräfte so zu betätigen, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert.“), die kaum anders als Art. 163 Abs. 1 WRV („Jeder Deutsche hat unbeschadet seiner persönlichen Freiheit die sittliche Pflicht, seine geistigen und körperlichen Kräfte so zu betätigen, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert.“) lautet. Was aber folgt(e) daraus? Zu Art. 163 WRV hatte Anschütz lapidar vermerkt, die Titulierung als „sittliche“ Pflicht bezeichne „das Gegenteil einer Rechtspflicht“ (Anschütz, WRV [Fn. 12], Art. 163 Anm. 2). Und nicht anders sieht es letztlich die jüngste Kommentierung zur Bayerischen Verfassung, in der J.F. Lindner, in: ders./M. Möstl/H.A. Wolff (Hrsg.), Verfassung des Freistaates Bayern, München 2009, Art. 117 Rn. 1 konstatiert, weder ließen sich „konkrete Pflichten aus Art. 117 ableiten (und auch keine Sanktionen) noch Grundrechtseingriffe rechtfertigen“. Im Gegenteil spricht er von einem, wenngleich elementaren, aber doch „moralischen Appell“ und von „Verfassungserwartungen“ (ebd., Rn. 2).

45 So BVerwGE 2, 85 (87); ähnlich BVerwGE 4, 167 (171); 6, 13 (17).

46 O. Bachof, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: JZ 1957, S. 334 (337 f.); G. Dürig, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 2 Abs. 1 (1958), Rn. 70. Gute Zusammenfassung bei F.E. Schnapp, Grenzen der Grundrechte, in: JuS 1978, S. 729 (732 f.).

fassung durch die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts.<sup>47</sup> Auch in der Literatur vertretene Positionen eines spezifisch gemeinschaftskonformen Grundrechtsgebrauchs haben niemals recht Fuß fassen können.<sup>48</sup>

Vielmehr setzte sich auf breiter Front, wiederum gestärkt durch das Bundesverfassungsgericht, alsbald die im Grunde genaue Gegenauffassung durch, die Ausübung grundrechtlicher Freiheit als „Freiheit des Beliebens“ zu begreifen, also nach der Vorstellungswelt, den Zielen und Zwecken des Grundrechtsträgers, ohne vorherige oder innere Limitationen. „Grundrechtliche Freiheit“, so das Gericht, „ist, vom Staat aus betrachtet, formale Freiheit. Der Grundrechtsträger muss sein Handeln nicht an den Interessen des Staates orientieren.“<sup>49</sup> Das heißt: Grundrechtliche Freiheit ist Freiheit schlechthin, Freiheit subjektiven Beliebens.<sup>50</sup> Sie kennt keinen vorgängigen Sozialverträglichkeitsvorbehalt.

Flankiert und gestärkt wurde ein entsprechend weites Grundrechtsverständnis noch durch extensiv interpretierte grundrechtliche Schutzbereiche (also durch ein weites Verständnis von Religion, Meinung, Presse, Wohnung, Beruf etc.).<sup>51</sup> Und mit der Etablierung der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG, gegen die auch das engagierte Sondervotum von Dieter Grimm nichts auszurichten vermochte, steht praktisch jedes denkbare Handeln präsumtiv unter Grundrechtsschutz.<sup>52</sup> Dies heißt nun alles nicht – um allfällige Missverständnisse zu vermeiden –, dass in diese außerordentlich weit gezogene grundrechtliche Freiheitssphäre nicht eingegriffen werden dürfte. Aber jeder staatliche Eingriff verlangt nach einer Rechtfertigung, bürdet dem Staat also das Abarbeiten entsprechender Rechtfertigungslasten materieller Art, nicht minder aber auch die Realisierung der Eingriffsmöglichkeiten in den streng formalen Bahnen von Zuständigkeit, Verfahren und Form auf. Hier öffnet sich das weite Feld der Grundrechtsschranken.<sup>53</sup> Aber diese treten gleichsam erst nachträglich hinzu. Grundrechtliche Freiheit heißt: es gilt eine weitreichende, prinzipiell unbe-

47 BVerfGE 28, 243 (260 f.); 30, 173 (193).

48 Etwa bei W. Geiger, Grundrechte und Rechtsprechung, München 1959, S. 53; H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart et al. 1966, S. 526 ff. – Zur Kritik resp. Ablehnung vgl. nur J. Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, Heidelberg 1992, § 115 Rn. 3, 201, 218 u.ö.

49 BVerfGE 102, 370 (395).

50 E.-W. Böckenförde/C. Enders, Art. Freiheit und Recht (IV), in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, Bd. II, 7. Aufl., Freiburg i. Br. 1986, Sp. 704 (705 ff.); G. Lübbe-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, Baden-Baden 1988, S. 98 ff.

51 Zu dieser Tendenz, die nicht dogmatisch überhöht werden darf: H. Dreier, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Deutschland, in: v. Bogdandy et al. (Fn. 34), § 1 Rn. 137. Eingehend nunmehr D. Merten, Grundrechtlicher Schutzbereich, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. III, Heidelberg 2009, § 56 Rn. 2 ff., 49 ff.

52 St. Rspr. seit BVerfGE 6, 32 (36 f.), bekräftigt in BVerfGE 80, 137 (152 ff.); dort auch das Sondervotum Grimm (BVerfGE 80, 137 [164 ff.]), gegen dieses wiederum B. Pieroth, Der Wert der Auffangfunktion des Art. 2 Abs. 1 GG, in: AöR 115 (1990), S. 33 ff.

53 Im Überblick H. Dreier, in: ders., GGK I (Fn. 15), Vorbemerkungen vor Art. 1 GG, Rn. 134 ff.

grenzte Freiheitsvermutung zugunsten des Einzelnen, dem prinzipiell begrenzte und rechtfertigungsbedürftige Eingriffsmöglichkeiten des Staates gegenüberstehen.<sup>54</sup>

## 2. Grundpflichten

Diese weitgehende Freiheitsgewährleistung wird nun auch nicht konterkariert oder balanciert durch ihnen gegenüberliegende Grundpflichten. Das Grundgesetz kennt solche als auf gleicher Ebene angesiedelten Widerpart der Grundrechte nicht. Zwischen Grundrechten und Grundpflichten besteht ein Verhältnis der Asymmetrie, und zwar aus freiheitskonstitutiven Gründen, weil nur so der „nichtstaatliche Sinn staatlicher Organisation“ und die logisch-systematisch zu verstehende Vorstaatlichkeit der Grundrechte zum Tragen kommen.<sup>55</sup> Pflichten, auch solche, die man verfassungstheoretisch aus guten Gründen als Grundpflichten einstufen kann,<sup>56</sup> bedürfen der gesetzlichen Konkretisierung und Umsetzung: sei es die Schulpflicht, die Wehrpflicht, die Steuerpflicht oder die Pflicht zur Eigentumsabtretung. Diese Grundpflichtenenthaltensamkeit praktizieren wir in Deutschland übrigens auch beim staatsbürgerlichen Grundakt der Wahl, indem wir – im Unterschied zu anderen demokratischen Staaten – keine Wahlpflicht statuieren. Dieser Verzicht ist verfassungsrechtlich keineswegs zwingend, wohl aber verfassungspolitisch sinnvoll.

## 3. Grundrechtsabstinenz

Es gibt übrigens nicht nur keine Grundpflichten, es gibt auch gewissermaßen umgekehrt keine Pflicht zur Grundrechtsausübung. Grundrechte sind Freiheitsangebote, die man ausschlagen kann. Auch der Weltflüchtige, Unpolitische, Privatisierende findet im freiheitlichen Verfassungsstaat seinen Platz. Niemand wird gezwungen, sich eine eigene Meinung zu bilden, sich an der Erörterung öffentlicher Angelegenheiten zu beteiligen, ein Kunstwerk zu schaffen, die Ehe einzugehen oder Eigentum zu erwerben. Religionsfreiheit meint Freiheit *zur* Religion genauso wie Freiheit *von* der Religion. Grundrechtsdogmatisch gesprochen: der negative Freiheitsgebrauch genießt den gleichen Schutz wie die positive Wahrnehmung der Grundrechte.<sup>57</sup>

Dabei ist es zu kurz gedacht, den grundrechtsausübenden umstandslos mit dem staatstreuen Bürger zu identifizieren; genauso wenig muss umgekehrt grundrechtliche Enthaltensamkeit ihre Ursache zwingend in staatsferner Passivität haben. Denn wer von den Grundrechten aktiven Gebrauch macht, ist wiederum nicht gezwungen oder

<sup>54</sup> So die nicht überholte Formel für das „rechtsstaatliche Verteilungsprinzip“: C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin 1928, S. 126 (s. auch S. 158 f., 164, 166).

<sup>55</sup> Zitat: H. Hofmann, *Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Bd. 41, Berlin/New York 1983, S. 42 (68).

<sup>56</sup> Näher dazu H. Hofmann, *Grundpflichten und Grundrechte*, in: Isensee/Kirchhof, *Handbuch V* (Fn. 48), § 114 Rn. 4 ff., 10 ff., 17 ff.

<sup>57</sup> Siehe knapp Dreier (Fn. 53), Vorb. Rn. 87 m.w.N.; erschöpfend D. Merten, *Negative Grundrechte*, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. II, Heidelberg 2006, § 42 Rn. 7 ff., 37 ff., 62 ff.

irgendwie genötigt, sich mit dem dahinter liegenden Freiheitskonzept zu identifizieren, also das System des freiheitlichen Verfassungsstaates insgesamt gutzuheißen und innerlich zu bejahen – und es damit gleichsam reziprok auch immer als Freiheit der Andersdenkenden und Andershandelnden zu akzeptieren. Man kann die freiheitliche Ordnung von Herzen als Form schwächlichen Liberalismus, westlicher Dekadenz oder Ausgeburt eines gottfernen Kultus des Individualismus verachten und doch von den Freiheitsgewährleistungen intensiven Gebrauch machen, ohne dass das rechtlich zu sanktionieren wäre, solange nicht gegen die Rechtsordnung verstoßen wird.

#### 4. Verfassungstreue

Aber kann man das wirklich so stehen lassen? Sollten wir nicht alle nach der Weimarer Lektion Herzensrepublikaner sein? Schulden wir der vielzitierten „Wertordnung“ des Grundgesetzes nicht unsere Loyalität? Gibt es nicht so etwas wie Verfassungstreue? Der folgende kursorische Überblick zeigt, dass Verfassungstreue rechtlich einzufordern durchaus, aber nur dort in Betracht kommt, wo eine spezifische Nähebeziehung zum Staat und zur Ausübung von Hoheitsrechten vorliegt – und in diesen Fällen wie auch bei der Einbürgerung nur selten effektiv wird (a). Im allgemeinen Staat-Bürger-Verhältnis hingegen greift eine derartige Treueverpflichtung von vornherein nicht (b).

##### a) Nähebeziehungen zum Staat, Einbürgerung

- Von der „Treue“ zum Grundgesetz ist ausdrücklich nur in Art. 5 Abs. 3 Satz 2 GG die Rede. Danach entbindet die Freiheit von Forschung und Lehre nicht von der Treue zur Verfassung. Diese Regelung war aus dem Zeitkontext heraus verständlich und sicher gut gemeint, aber natürlich schon wegen der Eigengesetzlichkeiten der Wissenschaft entweder parteiisch oder wenig wirksam.<sup>58</sup> Die Norm führt ein Schattendasein – und wo man Anwendungsfälle findet, regen sich Zweifel an der verfassungspolitischen Sinnhaftigkeit wie an der verfassungsrechtlichen Überzeugungskraft der Anwendung dieser sehr spezifischen Treueklausel.
- Reiches Anschauungsmaterial für die Schwierigkeiten, Verfassungstreue als wirksame Norm zu etablieren, bieten die bis heute mit dem Stichwort „Radikalenerlass“ verbundenen Konflikte um die Verfassungstreue der Beamten. Dabei kann im Kern nicht streitig sein, dass die Amtswalter bei der Erfüllung ihrer Dienstpflichten strikter Grundrechts- und Grundgesetzbindung unterliegen und somit die verlässliche Gewähr, die Rechts- und Verfassungsordnung zu respektieren, eingefordert werden darf. Das Bundesverfassungsgericht hatte in seiner (durch die jüngere Judikatur des EGMR partiell überholten) Leitentscheidung aus den 1970er Jahren darüber hinausgehende Anforderungen statuiert (positive Haltung

<sup>58</sup> Zu den tieferliegenden Problemen etwa *Zwirner*, Treupflicht (Fn. 38), S. 238 ff. (resümierend 253: „Die Treueklausel des Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG ist ein Irrweg, der von den eigentlichen Bindungen der Lehrfreiheit ebenso abführt, wie von ihren eigentlichen Infragestellungen“).

zu Staat und Verfassung, keine nur innerlich-distanzierte Haltung, eindeutige Distanzierung von verfassungsfeindlichen Gruppen u.a.m.).<sup>59</sup> Die in der Literatur seit jeher vertretene Gegenposition konzipiert die Treuepflicht hingegen als bloße Verhaltenspflicht und gerade nicht als Gesinnungspflicht.<sup>60</sup> Das hat etwa die konkrete Konsequenz, dass die Identifikation mit verfassungsfeindlichen Inhalten individuell festgestellt werden muss und nicht pauschal mit der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe begründet werden darf. Einzelfallerfordernis und Unzugänglichkeit des *forum internum* setzen hier einer flächendeckenden Prüfung der Verfassungstreue rasch Grenzen, die sich tendenziell auf korrekte Erfüllung der Amtspflichten reduziert.<sup>61</sup>

- Stark gelockert sind auch die normativen Anforderungen, die eine Religionsgesellschaft zur Erlangung des Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts gemäß Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 Satz 2 WRV erfüllen muss. Im Falle der Zeugen Jehovas hatte das Bundesverwaltungsgericht noch argumentiert, dieser Status dürfe einer Religionsgemeinschaft nicht verliehen werden, die die Teilnahme an Wahlen (auch) in einem demokratischen Staat kategorisch ablehne und damit die Legitimationsbasis der staatlichen Ordnung in Frage stelle.<sup>62</sup> Die Entscheidung ist jedoch vom Bundesverfassungsgericht aufgrund der Erwägung aufgehoben worden, dass für die Zuerkennung dieses Status nicht eine spezifische Identifikation etwa mit dem Demokratieprinzip des Grundgesetzes erforderlich, sondern allein allgemeine Rechtstreue und der Verzicht auf aggressiv-kämpferische Agitation gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung ausreichend sei.<sup>63</sup> Eine darüber hinausgehende (und schwierig zu bestimmende) Loyalität zum Staat wird nicht verlangt. Von daher bilde auch der Appell zur Wahlenthaltung keinen triftigen Grund für die Vorenthaltung des Körperschaftsstatus. So substituiert das Erfordernis allgemeinen Gesetzesgehorsams spezifische Treue- oder Loyalitätspflichten. Auf das Verhalten kommt es dem Verfassungsgericht zufolge entscheidend an, nicht auf den Glauben.<sup>64</sup>

59 BVerfGE 39, 334 – Extremistenbeschluss.

60 Statt aller und mit breiten Nachweisen aus Literatur und Judikatur *J. Masing*, in: Dreier, GGK II (Fn. 25), Art. 33 Rn. 47 f.

61 So etwa *R. Poscher*, Religion und Verfassungstreue. Konstitutionalisierung der Religion – Sakralisierung der Verfassung?, in: J. Oebbecke u.a. (Hrsg.), Islam und Verfassungsschutz, Frankfurt a. M. et al. 2007, S. 11 (20).

62 BVerwGE 105, 117 ff.

63 BVerfGE 102, 370 (390 ff., 392 ff.). Dieser Verzicht wird aber auch dem Staatsbürger im allgemeinen abverlangt.

64 BVerfGE 102, 370 (395 f.). Instruktiv zu dieser Entscheidung wiederum *Poscher*, Religion (Fn. 61), S. 24 ff. sowie insb.: *A. Frbr. v. Campenhausen*, Körperschaftsstatus der Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: ZevKR 46 (2001), S. 165 ff.; *H. Goerlich*, Art. 140 GG, Art. 137 V 2 WRV und Verfahreingriffe – Eine weitere Begegnung der Zeugen Jehovas mit staatlichem Recht, in: NVwZ 2001, S. 1369 ff.

- Vor diesem Hintergrund erscheint nicht zweifelsfrei, ob sich die Einforderung von Verfassungstreue bei Religionsgemeinschaften auf Dauer als haltbar erweist, die die Einführung eines ihrer Glaubensrichtung entsprechenden Religionsunterrichtes gemäß Art. 7 Abs. 3 GG begehren.<sup>65</sup> Das Bundesverwaltungsgericht legt hier zwar gesteigerte Maßstäbe der – explizit so titulierten – Verfassungstreue an und statuiert unter Rückgriff auf den Leitsatz 1 b) der Zeugen-Jehovas-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts das Erfordernis, die Religionsgemeinschaft müsse „Gewähr dafür bieten, dass ihr künftiges Verhalten die in Art. 79 Abs. 3 GG umschriebenen fundamentalen Verfassungsprinzipien, die dem staatlichen Schutz anvertrauten Grundrechte Dritter sowie die Grundprinzipien des freiheitlichen Religions- und Staatskirchenrechts des GG nicht gefährdet“.<sup>66</sup> So plausibel das zunächst klingt,<sup>67</sup> so sehr ist doch die Frage, ob und – vor allem – in welchem Umfang der geforderte Gleichlauf religiöser Überzeugungen und staatlicher Strukturprinzipien zwingend ist. Nicht zufällig finden sich in der Literatur kritische Stimmen.<sup>68</sup>
- Die Forderung nach einem Bekenntnis zur Verfassung begegnet im Übrigen außerhalb des Kreises staatlicher Amtswalter im Grunde nur noch bei der Einbürgerung. Gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 (1. Alt.) des Staatsangehörigkeitsgesetzes ist für diese u.a. Voraussetzung, dass sich der Antragsteller zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes bekennt. Die ratio der Norm liegt ganz offensichtlich darin, „die Einbürgerung von Verfassungsfeinden und die daraus herrührende Gefahr für die staatliche Ordnung zu verhindern“.<sup>69</sup> Es geht also um das absolut legitime Anliegen, die mit der Angehörigkeit zum deutschen Staatsvolk verbundenen Vorteile und Rechtsgarantien nicht sehenden Auges Gegnern dieses Staates und seiner freiheitlichen Ordnung zu verleihen. Freilich werden auch hier rasch Grenzen sichtbar: plädiert man doch in der Literatur mit gut vertretbaren Argumenten dafür, dass zur Erfüllung dieser Einbürgerungsvoraussetzung schon die rein formelle Abgabe des Bekenntnisses ausreicht, es also nicht auf seinen materiellen Wahrheitsgehalt und darauf ankommt, ob sich „der Ausländer tatsäch-

65 Dazu unter besonderer Berücksichtigung des Islam aufschlussreich die Beiträge in: W. Bock (Hrsg.), *Islamischer Religionsunterricht?*, 2. Aufl., Tübingen 2007.

66 BVerwG DVBl. 2005, S. 1128 (1135); dort auch das folgende Zitat.

67 Siehe auch R. Gröschner, in: Dreier, GGK I (Fn. 15), Art. 7 Rn. 93.

68 Eingehend die liberalere Position von Poscher, Religion (Fn. 61), S. 27 ff., der es zulassen will, dass der nach Art. 7 Abs. 3 GG gehaltene Religionsunterricht sich inhaltlich an Grundsätzen einer Religionsgemeinschaft ausrichten darf, die den Vorstellungen des Grundgesetzes widersprechen, weil es ansonsten nur noch „verfassungsrechtlich zugerichtete Religionen (gebe), denen kaum mehr verbliebe, als die Grundsätze der Verfassung theologisch zu überhöhen“ (S. 31); Poscher zieht eine (sehr feine und in der Praxis wohl nur schwer im einzelnen identifizierbare) Grenze zwischen zulässiger Vermittlung religiöser Inhalte, die durchaus im Gegensatz zum Grundgesetz stehen dürften, und unzulässigem „Aufforderungscharakter“ (S. 32). Es bleibt dann am Ende nur die verbal sicher leicht zu erbringende Pflicht, die Rechtsordnung zu achten und nicht gegen sie zu agitieren.

69 VGH Mannheim NVwZ 2006, S. 484 (485).



lich aus innerer Überzeugung und in Kenntnis von deren Kerninhalten – gar aktiv tätig – zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung bekennt“.<sup>70</sup> Ganz unabhängig von der ohnehin in Rechnung zu stellenden Unergründbarkeit bestimmter innerer Vorbehalte reicht danach eine formale Erklärung aus.

#### b) Allgemeines Staat-Bürger-Verhältnis

Wo keine spezifische Nähebeziehung zum Staat und auch nicht der Sonderfall der Einbürgerung vorliegt, der Bürger sich also im Status des sog. allgemeinen Gewaltverhältnisses befindet, da ist sein Verhältnis zum Staat vollends jeglicher Anforderung einer Verfassungstreue entkleidet – was bleibt, ist die Pflicht zum Rechtsgehorsam. Das Bundesverfassungsgericht hat mit großer Klarheit und Entschiedenheit formuliert:

„Die Bürger sind nicht gehalten, die Wertsetzungen der Verfassung persönlich zu teilen. Das Grundgesetz baut zwar auf der Erwartung auf, dass die Bürger die allgemeinen Werte der Verfassung akzeptieren und verwirklichen, erzwingt die Werteloyalität aber nicht. Die Bürger sind daher auch frei, grundlegende Wertungen der Verfassung in Frage zu stellen, solange sie dadurch Rechtsgüter anderer nicht gefährden. Die pluralistische Demokratie des Grundgesetzes vertraut auf die Fähigkeit der Gesamtheit der Bürger, sich mit Kritik an der Verfassung auseinanderzusetzen und sie dadurch abzuwehren.“<sup>71</sup>

Und speziell für die Religionsgemeinschaften ist zu unterstreichen, dass sie des grundrechtlichen Schutzes nicht verlustig gehen, wenn ihre Glaubensinhalte zu den Prinzipien der Verfassung in Widerspruch stehen. Die oft zu hörende Frage, ob der Islam mit dem Grundgesetz vereinbar sei, ist schon falsch gestellt.<sup>72</sup> Denn die Religionsgemeinschaften müssen sich weder bezüglich der Glaubensinhalte noch in ihren Organisationsstrukturen an freiheitlichen Verfassungsstaaten orientieren.<sup>73</sup> Sie haben sich nicht so zu organisieren wie ein demokratischer Rechtsstaat, und ihre Glaubenssätze dürfen vom Ideal der gleichen Freiheit aller Menschen und ihrer politischen wie privaten Selbstbestimmung signifikant abweichen. Das ist eine weitere Facette der Entkopplung von Recht und Religion. Der katholischen Kirche – um nur ein

<sup>70</sup> Eingehende Darstellung bei *U. Berlit*, in: R. Fritz/J. Vormeier (Hrsg.), StAR. Gemeinschaftskommentar zum Staatsangehörigkeitsrecht, Neuwied (Stand 2005), § 10 StAG, Rn. 125 ff. (Zitat: Rn. 126).

<sup>71</sup> BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), NJW 2001, S. 2069 (2070). Die Sentenz hat, leicht variiert, mittlerweile Eingang in die Judikatur des Senats gefunden, und zwar im Beschluss zur Verfassungsmäßigkeit des § 130 Abs. 4 StGB (BVerfG v. 4. November 2009 – 1 BvR 2150/08 – Absatz 49 f.). Siehe auch bereits BVerfGE 102, 370 (397 f.).

<sup>72</sup> Ähnlich wie hier *Poscher*, Religion (Fn. 61), S. 15.

<sup>73</sup> BVerfGE 102, 370 (394): „Die in Art. 20 GG niedergelegten Grundprinzipien und die Grundsätze des Religions- und Staatskirchenrechts sind schon ihrer Herkunft und ihrem Inhalt nach Strukturvorgaben staatlicher Ordnung. Nur als solche verdienen sie Schutz. Sie enthalten keine Vorgaben für die Binnenstruktur einer Religionsgemeinschaft.“ Wie hier auch *M. Heckel*, Zur Zukunftsfähigkeit des deutschen „Staatskirchenrechts“ oder „Religionsverfassungsrechts“, in: AöR 134 (2009), S. 309 (340 [mit Fn. 73, 74], 354 ff.) m.w.N.

Beispiel zu nennen – bleibt es freigestellt, durch ein nur von Männern besetztes Wahlgremium ihr Oberhaupt auf Lebenszeit zu berufen, das zudem mit umfänglichen Vollmachten ausgestattet ist.<sup>74</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zum Körperschaftsstatus der Zeugen Jehovas deutlich gemacht, dass die Ausbildung hierarchischer und autoritärer Strukturen, die dem Demokratiemodell des Grundgesetzes zuwiderlaufen, bei den Religionsgemeinschaften verfassungsrechtlich geschützt sei.<sup>75</sup> Glaubensinhalte und deren Praktizierung unterliegen keinem Verfassungsverträglichkeitsvorbehalt – genauso wenig wie sonstige Grundrechtsbetätigungen.

### 5. Streitbare Demokratie

Eine letzte Grenze der Freiheitsbetätigung gibt es freilich, die sich mit der Formel von der streitbaren (auch: abwehrbereiten oder militanten) Demokratie erfassen lässt. Wer die Freiheiten des Grundgesetzes dazu missbraucht, in aggressiv-kämpferischer Weise die Grundlagen der freiheitlichen Demokratie selbst zu bekämpfen, dem kann in Gestalt der Grundrechtsverwirkung, des Verbots politischer Parteien oder sonstiger Vereinigungen begegnet werden (Art. 18, 21 Abs. 2, 9 Abs. 2 GG).<sup>76</sup> Aber schon die geringe Zahl einschlägiger Fälle (bislang kein einziger Fall der Grundrechtsverwirkung gem. Art. 18, zwei Parteienverbots-Fälle aus den 1950er Jahren) sowie das weitgehende Fehlen vergleichbarer Verfassungsnormen in anderen freiheitlichen Demokratien spricht eine deutliche Sprache, was die Effektivität wie vor allem vielleicht die verfassungspolitische Klugheit entsprechender Maßnahmen angeht. Und auch wenn beim Verbot politischer oder sonstiger Vereinigungen nach Art. 9 Abs. 2 GG die Zahlen deutlich höher liegen, besteht doch hier das zentrale Problem darin, dass mit dem Verbot einer bestimmten Vereinigung nicht die konkreten Personen verschwinden, die ihr angehört haben – ganz zu schweigen von ihrem Gedankengut, das sich durch eine Verbotsverfügung ebenfalls nicht einfach verflüchtigt.

### III. Ergebnis: Freiheit ohne Identifikationspflicht

Mit alledem ist dem Erfordernis einer verfassungskonformen Gesinnung oder entsprechenden Werteloyalität eine Absage erteilt.<sup>77</sup> Vom Staatsbürger im allgemeinen

74 Vgl. *K. Schlaich*, Das Recht der Papstwahl, in: JuS 2001, S. 319 ff.; *W.-D. Barz*, Habemus legem fundamentalem! Das neue vatikanische Grundgesetz. Einführung und Text, in: JöR 52 (2004), S. 505 ff.

75 Nochmals BVerfGE 102, 370 (394 f.). S. auch *H. Dreier*, Religion und Verfassungsstaat im Kampf der Kulturen, in: *H. Dreier/E. Hilgendorf* (Hrsg.), Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts, Stuttgart 2008, S. 11 (23).

76 Zusammenfassend die Beiträge in: *M. Thiel* (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, Tübingen 2003.

77 Siehe jüngst mit zahlreichen Nachweisen *B.J. Hartmann*, Eigeninteresse und Gemeinwohl bei Wahlen und Abstimmungen, in: AöR 134 (2009), S. 1 (4 f.): „Das subjektive Recht ist folglich Selbstzweck, dem Individuum um seiner selbst willen gegeben (...). Subjektive Rechte erlauben daher insbesondere die Verfolgung von Eigeninteressen nach persönlichem Belieben. Der Bürger darf von Verfassung wegen die Meinungsfreiheit nutzen, um sich gemeinwohlfeindlich zu äußern, einer Religion oder Partei anhängen, die diesen Staat ablehnt, eine Gewerkschaft unterstützen, die zu seinen Gunsten Arbeitskampf auf Kosten der Allgemeinheit führt ...“ (alle Fußnoten fortgelassen, H.D.).

verlangt der freiheitliche Verfassungsstaat gerade kein Treuebekenntnis, keinen Bürgereid auf die Verfassung, keine Identifikation mit ihren vermeintlichen oder tatsächlichen Werten.<sup>78</sup> Dieser Verzicht hat gute, ja zwingende Gründe. Denn es zeichnet diesen Staat gerade aus, dass er die Vielfalt der Meinungen, ethischen Überzeugungen, divergenten Weltanschauungen und Lebensvollzüge in umfassender Weise schützt. Er würde sich im Grunde zu sich selbst in Widerspruch setzen, wenn er diese Freiheit inhaltlich von vornherein so modellieren wollte, dass sie passgenau den Verfassungsgehalten des Grundgesetzes entspräche. Mit Bezug auf die Religionsfreiheit, aber in durchaus verallgemeinerungsfähiger Weise hat Ralf Poscher zutreffend formuliert:

„Doch bei der Einforderung der Wertbejahung gerät leicht in den Hintergrund, dass die Verfassung, deren Werte eingefordert werden, nicht in erster Linie einen staatsbürgerlichen Wertekatechismus enthält, sondern gerade auch die Freiheit der Religion vor der staatlichen Zumutung entsprechender Katechismen schützen soll. So beruhigend die Vorstellung einer allfälligen Harmonie zwischen religiösen Glaubensüberzeugungen und verfassungsrechtlichen Wertvorstellungen auch sein mag, folgt daraus, dass die Verfassung bestimmte Werte zum Ausdruck bringt, nicht ohne weiteres, dass sie von jedermann eingefordert werden können.“<sup>79</sup>

Derartige Einforderungen sind, wie angedeutet, möglich bei speziellen Nähebeziehungen zum Staat oder bei der Einbürgerung. Für das allgemeine Staatsbürgerverhältnis gelten sie gerade nicht. Säkularer Bekenntniszwang ist dem freiheitlichen Verfassungsstaat fremd. Nicht allein, dass es sich dabei nur allzu oft um ein folgenloses Lippenbekenntnis handeln und die Motivations- und Steuerungskraft von Rechtsnormen sträflich überschätzt würde. Vor allem gilt es, an der freiheitsdienlichen Kantschen Unterscheidung von Recht und Moral und, besonders, von Legalität und Moralität festzuhalten.<sup>80</sup> Genau die darin liegende Distanzierungsmöglichkeit zeichnet den freiheitlichen Verfassungsstaat aus. Zu fordern und im Verletzungsfalle zu sanktionieren ist nicht eine „innerliche Gesinnungstreue gegenüber den sog. ‚Werten‘ des Grundgesetzes, sondern äußerlicher Respekt gegenüber dem geltenden Recht, also Rechtsgehorsam“.<sup>81</sup>

78 Siehe auch das ausführliche Plädoyer gegen „Identitätszumutungen“ und den „Zugriff auf des Bürgers Seele“ bei A. v. Bogdandy, Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 62, Berlin/New York 2003, S. 156 (174 ff., 178 ff., 182).

79 Poscher, Religion (Fn. 61), S. 12.

80 Dazu m.w.N. H. Dreier, Kants Republik, in: JZ 2004, S. 745 (746 f.).

81 F.W. Graf, Protestantismus und Rechtsordnung, in: Dreier/Hilgendorf, Identität (Fn. 75), S. 129 (160). Siehe auch E.-W. Böckenförde, Der säkularisierte Staat, München 2007, S. 29 f.

## E. Auf der Suche nach Gemeinsamkeit

Bei so vielen Freiheitsgewährleistungen und Distanzierungsmöglichkeiten drängt sich allerdings unweigerlich die Frage nach verbleibenden Gemeinsamkeiten auf.<sup>82</sup> Denn klar dürfte sein: die Summe bloßer Grundrechtsausübungen allein macht noch keinen Staat, zumal die Ausfüllung der grundrechtlichen Freiheitsräume wiederum weitgehend in das Belieben der Bürger gestellt ist – und zwar sowohl, was das Ob, als auch, was das Wie angeht. Und umgekehrt geht das politische Gemeinwesen nicht in der Summe staatlicher Zwangs-, Hoheits- und Leistungsakte auf.<sup>83</sup>

Woher, so müssen wir fragen, kommt bei so viel Besonderung eigentlich das Allgemeine, Integrative, das einigende Band, der stabile Grund? Woraus entspringt bei so viel Eigensinn der Gemeinsinn, bei so viel Partikularität das Ganze, bei so viel individueller Interessenverfolgung das Gemeinwohl? Wer oder was trägt eigentlich dieses freiheitliche Gemeinwesen, wer garantiert seine Stabilität und Dauer? Wer oder was zähmt oder konterkariert die „Fliehkraftwirkung“<sup>84</sup> einer sich immer stärker individualisierenden und pluralisierenden Gesellschaft?

Wenn alle Bürger die Rechtsordnung zwar innerlich-distanziert wahren würden, ohne deren tragende Grundlagen zu akzeptieren und zu bejahen, so wäre der Staat womöglich „auf Sand gebaut“.<sup>85</sup>

## I. Vaterland und christliche Kultur

Die lange Zeit gängigen Erklärungsmuster für das gesuchte gemeinsame Band waren Patriotismus, Vaterlandsliebe, auch Nationalismus sowie Christentum und christliche Kultur. Sie sind teils brüchig, teils unglaubwürdig geworden. Gerhard Anschütz, wahrlich einer der wenigen Demokraten und Republikaner unter der Weimarer Reichsverfassung, sprach in seiner Rektoratsrede von 1922 (fast schon in Vorwegnahme des Böckenförde-Diktums) ausdrücklich von „Verhältnissen“, „die keine Verfassung schaffen kann, die vielmehr jede Verfassung, vollends die eines demokratischen Staates, voraussetzen muss“,<sup>86</sup> um dann einigermaßen nahtlos neben Opferfreudigkeit und Verantwortungsgefühl eine vorbehaltlose Vaterlandsliebe als die größte und wichtigste Tugend zu preisen. Diese Ressource stand sozusagen unhinterfragt und uneingeschränkt zur Verfügung. Nach den Katastrophen des vergangenen Jahrhunderts sind uns solcherart unbedingte Identifikation und ungebrochener

82 Eindringlich zum folgenden *Volkman*, Preis (Fn. 43), S. 88 ff.

83 Wie hier *T. Stein*, Gibt es eine multikulturelle Leitkultur als Verfassungspatriotismus?, in: *Leviathan* 36 (2008), S. 33 (33 f.).

84 *Enders*, *Moderne* (Fn. 32), S. 30.

85 Formulierung bei *W. Hennis*, Zur Begründung der Fragestellung, in: *W. Hennis/P. Graf Kielmansegg/U. Matz* (Hrsg.), *Regierbarkeit. Studien zu ihrer Problematisierung*, Bd. 1, Stuttgart 1977, S. 9 (16). Siehe zum Problem auch *H. Dreier*, *Staatliche Legitimität, Grundgesetz und neue soziale Bewegungen*, in: *J. Marko/A. Stolz* (Hrsg.), *Demokratie und Wirtschaft*, Wien 1987, S. 139 (152 ff., 164 f.).

86 *G. Anschütz*, *Drei Leitgedanken der Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen 1923, S. 33.

Nationalstolz verbaut – von weitergehenden Formen einer in vielen freiheitlichen Nationen dieser Welt gängigen Staatsapotheose einmal ganz zu schweigen. Das heißt nicht, Möglichkeit und Existenz eines Patriotismus im Deutschland unserer Tage zu leugnen – es mehren sich ja die Zeichen eines etwas unverkrampfteren Umganges mit allem, was nationale Symbole, Nationalstolz und dessen Demonstration angeht.<sup>87</sup> (Das wirkt im Übrigen auch eher beruhigend auf andere Nationen – beruhigender jedenfalls als der Versuch, ihnen mit forciertem Post-Nationalismus vorzumachen, dass wir Deutschen es wieder einmal weiter gebracht haben als jene Völker, die noch ganz naiv national denken und handeln.<sup>88</sup>) Und es heißt schon gar nicht, dass wir nicht mit Stolz auf viele Überlieferungen der deutschen Geschichte zurückblicken könnten, die eben nicht erst im Jahre 1933 mit der folgenden Zivilisationskatastrophe beginnt. Aber eine selbstverständlich abrufbare und gesamtgesellschaftlich tragende Größe ist der Patriotismus wohl nicht und wird es nach seinem massenhaften Missbrauch im „Dritten Reich“ vermutlich auch nicht mehr werden.<sup>89</sup> Deutschland bleibt eben ein sehr schwieriges Vaterland.<sup>90</sup> Hier überwiegen die Selbstzweifel noch immer das Selbstvertrauen – bei anderen Nationen ist es umgekehrt.

Ebenso wenig kann in der heutigen, zunehmend säkularisierten und religiös stark pluralisierten Gesellschaft<sup>91</sup> noch von einer stabilitätsverbürgenden und staatszu-träglichen Glaubenshomogenität der christlichen Religion oder einer bestimmten Konfession die Rede sein. Längst nicht mehr lässt sich in Deutschland Religion weit-hin mit „institutionell verfasste(n) Christentümern“<sup>92</sup> identifizieren. Mit dem Wan-del von der bi-konfessionellen zu einer multireligiösen Gesellschaft ist eine dramati-sche Pluralisierung eingetreten, die allen Vorstellungen eines rein faktisch christlich gestützten Staatswesens ein Ende bereitet hat. Natürlich war und bleibt das Chris-ten-tum gleichwohl ein kultureller Prägefaktor erster Ordnung, was sich auf vielerlei Weise bemerkbar macht, nicht zuletzt im Recht. Bezeichnenderweise geraten aber

87 Als Indikator kann etwa die verstärkte Beschäftigung mit dem Thema verstanden werden: M. Rößler (Hrsg.), *Einigkeit und Recht und Freiheit. Deutscher Patriotismus in Europa*, Freiburg i. Br. 2006 (mit eindrucksvoller Literaturliste S. 272 ff.).

88 Vgl. *Günter de Bruyn*, Dankrede, in: Verleihung des Literaturpreises der Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. an Günter de Bruyn, Weimar, 15. Mai 1996, Dokumentation, S. 20 (23).

89 *W. Schmitt Glaeser*, Über Tendenzen zur Unterwanderung unserer Verfassung, in: *JöR* 57 (2009), S. 39 (40): „Einen Patriotismus als unmittelbares Gemeinschaftsgefühl mit der Bereitschaft zur Selbsthingabe an ein hohes Ziel gibt es kaum mehr.“ Vgl. aber die Zeitdiagnose von *V. Kronenberg*, „Verfassungspatriotismus“ – Zur Rezeption eines Begriffs im Lichte des „Historikerstreits“, in: ders. (Hrsg.), *Zeitgeschichte, Wissenschaft und Politik*, Wiesbaden 2008, S. 123 (128 ff.) mit der These eines gewissermaßen neuen Patriotismus in der „Berliner Republik“.

90 Siehe *M.R. Lepsius*, Nation und Nationalismus in Deutschland (1982), in: ders., *Interessen, Ideen und Institutionen*, 2. Aufl., Wiesbaden 2009, S. 232 ff. Sehr lesenswert auch die sachhaltigen und problemnahen Analysen von *R. Schröder*, *Deutschland schwierig Vaterland*, Freiburg i. Br. 1993.

91 Aus der Überfülle der Literatur informativ etwa *H. Rottleuthner*, *Wie säkular ist die Bundesrepublik?*, in: *M. Mahlmann/H. Rottleuthner* (Hrsg.), *Ein neuer Kampf der Religionen?*, Berlin 2006, S. 13 ff.

92 *G. Essen*, *Sinnstiftende Unruhe im System des Rechts*, Göttingen 2004, S. 94.

christlich geprägte Rechtsnormen in jüngerer Zeit verstärkt unter Legitimationsdruck, dem sie nicht immer standzuhalten vermögen.<sup>93</sup>

## II. Zivilreligion

Schon vor mehr als 200 Jahren war allerdings in der neuzeitlichen politischen Philosophie das Konzept einer gewissermaßen säkularisierten Religion als einigendes Band eines politischen Gemeinwesens entworfen worden. Es lautet: *religion civile*, Zivilreligion.<sup>94</sup> Rousseau fordert sie im vorletzten Kapitel seines „Contrat Social“<sup>95</sup> ein und spricht ihr zu (oder verspricht sich von ihr?), dass in ihr und durch sie der Zusammenhalt des politischen Gemeinwesens gesichert sei. Deren Glaubenssätze sollen sich gerade nicht in der Weite universal-christlicher Werte verlieren, die nach Rousseau gewissermaßen keinen konkreten politischen Ort haben. Die Zivilreligion hingegen zielt auf eine „Erhaltungsideologie“<sup>96</sup> für ein bestimmtes politisches Gemeinwesen; ohne ihre strikte Befolgung kann man nach Rousseau weder ein guter Bürger noch ein treuer Untertan sein. Genau das aber ist der kritische Punkt. Verlangt wird ein positives Bekenntnis, eine Gesinnung.<sup>97</sup> Wer diese nicht aufbringt, gilt als „insociable“, als nicht gemeinschaftsfähig, in einem ganz fundamentalen Sinn als asozial. Er kann, ja er muss im Grunde aus der Gemeinschaft ausgeschlossen werden. Was damit verlangt wird, läuft der Grundrechtskonzeption des freiheitlichen Verfassungsstaates allerdings diametral entgegen. Denn lässt man sich auf diese Linie erst einmal ein, dann reicht eben Gesetzesgehorsam „bei Zollfreiheit der Gedanken“ nicht mehr aus, „um als gleichberechtigter Bürger oder Schutzverwandter im Staat leben und die Freiheit genießen zu können, vielmehr wird ein Bekenntnis, die Bekundung einer bestimmten Gesinnung als Voraussetzung gefordert und die Freiheit damit auf den so gezogenen Rahmen eingegrenzt.“<sup>98</sup>

## III. Verfassungspatriotismus

Vielleicht noch häufiger als von Zivilreligion ist in unseren Tagen von Verfassungspatriotismus die Rede. Dolf Sternberger prägte diese Wendung im Jahre 1979 an-

93 Zum Bereich des Strafrechts *T. Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten, Berlin 2005; *Dreier*, Religion (Fn. 75), S. 18 ff.

94 Informativ weit über den hier auf Rousseau konzentrierten Aspekt hinaus *W. Vögele*, Zivilreligion in der Bundesrepublik Deutschland, Gütersloh 1994; schon beinahe klassisch *H. Lübke*, Staat und Zivilreligion, in: *H. Kleger/A. Müller* (Hrsg.), Religion des Bürgers, München 1986, S. 195 ff.

95 *J.-J. Rousseau*, *Contrat Social* (1762), IV/8. Dazu etwa *M. Forscher*, Rousseau, Freiburg i. Br./München 1977, S. 170 ff.; *I. Fetscher*, Rousseaus politische Philosophie, 3. Aufl., Frankfurt a. M. 1981, S. 188 ff.

96 *Böckenförde*, Staat (Fn. 81), S. 28.

97 *M. Iser*, Glauben als Pflicht? Zivilreligion bei Jean-Jacques Rousseau, in: Politik der Integration. Festschrift für Gerhard Göhler zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 2006, S. 303 ff. (insb. 315 ff.).

98 *Böckenförde*, Staat (Fn. 81), S. 29. Weiter heißt es (S. 29 f.): „Fundamentalismus kann auch in der Form von Wertordnungsfundamentalismus auftreten.“ Skeptisch zu zivilreligiösen Konzepten auch *Essen*, Unruhe (Fn. 92), S. 85 ff.

lässlich des 30jährigen Grundgesetzjubiläums (und der ebenso lange währenden, seinerzeit von vielen als definitiv empfundenen Teilung Deutschlands) an prominentem Ort und ersichtlich aus einer gewissen argumentativen Notlage heraus.<sup>99</sup> Woher sollte Westdeutschland seine dauerhafte politische Identität gewinnen, wenn es die *einer* lebendigen Nation angesichts der Teilung Deutschlands in zwei Staaten ganz offensichtlich nicht geben konnte und die üblichen Traditionsstränge gewissermaßen zerschnitten waren? Dieser Charakter einer „das Teilungsdilemma überhöhende(n) Abstraktion“<sup>100</sup> verleiht dem Konzept etwas Defensiv-Lückenbüsserisches, hat wohl auch zu seiner oft und nicht ganz zu Unrecht kritisierten „Blutleere“ beigetragen.<sup>101</sup> Es wirkt ein bisschen wie eine intellektuelle Kopfgeburt.

Dass es zugleich etwas für manche Kreise Attraktives aufweist, nämlich die nochmalige Distanzierung von allem Nationalen, vermeintlich Chauvinistischem, hat die wirkungsmächtige Rezeption durch Jürgen Habermas sicherlich kräftig befördert.<sup>102</sup> Im Verfassungspatriotismus vermeinte man nun den Zentralgehalt westlicher Demokratien gefunden zu haben, ohne sich wirklich mit einem bestimmten Staatswesen, mit Land und Leuten und einer konkreten Geschichte in ihren Höhen und Tiefen identifizieren zu müssen.<sup>103</sup> Aber genau hier liegt der Schwachpunkt. Denn wenn es nach Habermas gerade die universalistischen Konzepte wie Menschenrechte, Rechtsstaat und Demokratie sein sollen, die den Gehalt des Verfassungspatriotismus ausmachen – wie können sich diese sinnvoll auf einen konkret existierenden Staat mit einem fixierten Territorium, einem bestimmten Staatsvolk und seiner je besonderen Historie beziehen lassen? Wäre nicht das eigentliche Objekt

99 D. Sternberger, Verfassungspatriotismus, in: FAZ v. 23.5.1979, S. 1 (wieder abgedruckt in: ders., Schriften X: Verfassungspatriotismus, hrsgg. v. P. Haungs u.a., Frankfurt a. M. 1990, S. 13 ff.).

100 P. Kirchhof, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, Heidelberg 1992, § 183 Rn. 14. Ähnliche Andeutung bei D. Grimm, Verfassungspatriotismus nach der Wiedervereinigung (1997), in: ders., Die Verfassung und die Politik, München 2001, S. 107 (110).

101 Dazu Hinweise bei H. Vorländer, Verfassungspatriotismus als Modell, in: T. Hertfelder/A. Rödder (Hrsg.), Modell Deutschland, Göttingen 2007, S. 110 (111).

102 J. Habermas, Eine Art Schadensabwicklung, Frankfurt a. M. 1987, S. 168 f.; ders., Staatsbürgerschaft und nationale Identität (1990), in: ders., Faktizität und Geltung, Frankfurt 1992, S. 632 (642 f.). Sehr gute und kritische Zusammenfassung der gesamten Debatte mit zahlreichen Nachweisen bei J.D. Kühnen, Die Zukunft der Nationen in Europa, Berlin 2009, S. 191 (dort S. 192 ff. auch der Hinweis, dass bei Sternberger der Verfassungspatriotismus nicht als Ersatz, sondern als Ergänzung konzipiert war).

103 Dazu die Kritik von C. Hillgruber, Der Nationalstaat in der überstaatlichen Verflechtung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg 2004, § 32 Rn. 34 f.; J. Isensee, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 3. Aufl. Heidelberg 2006, § 71 Rn. 130 f. Das Ereignis der deutschen Wiedervereinigung mit seinen wirkmächtigen Parolen wollte hier nicht so recht passen und ist von Habermas wohl eher widerwillig zur Kenntnis genommen worden. Doch auch ganz abgesehen davon konnte er „gerade nicht belegen, daß ‚Nation‘ in irgendeiner westlichen Tradition seiner abstrakt-verfassungspatriotischen ‚Staatsbürgernation‘ entspräche. Dieses Konzept reflektiert vielmehr die Partikularität der alten Bundesrepublik, drapiert im universalistischen Kostüm.“ (C. Schönberger, Rezension von Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, in: Der Staat 33 [1994], S. 124 [128]).

dieses Patriotismus ein (utopischer) Weltstaat – oder das eher flüchtige Reich der Gedanken? Und auf der anderen Seite ebnet diese Perspektive zwangsläufig alle Besonderheiten der verschiedenen Staatsverfassungen (im Falle des Grundgesetzes etwa: Ewigkeitsklausel, streitbare Demokratie, Föderalismus, Sozialstaatskonzeption etc.) zugunsten eines höchst unspezifischen und unkonkreten postnationalen Internationalismus von Menschenrechten und Demokratie ein. Der abstrakte Universalismus begräbt die konkreten Staaten mit ihren durchaus unterschiedlichen Rechtssystemen unter sich.<sup>104</sup>

## F. Vom Wert des Konflikts – und der Toleranz

### I. Integrationskraft des Dissenses

Bei den bislang nur ganz holzschnittartig referierten Konzepten von Gemeinsamkeit war die Suchbewegung sozusagen auf die Identifikation substantieller Übereinstimmung gerichtet: die feste Gemeinschaft der Nation, der allgemein geteilte christliche Glaube, die alle verpflichtende Zivilreligion oder der freilich etwas abstrakte Verfassungspatriotismus. Man will gleichsam erkunden, „wo im Meer der Meinungs- und Interessengegensätze denn noch das Verbindende, das Einende, die Mitte“<sup>105</sup> zu finden sein könnte. Die Frage ist aber, ob man bei der Suche nach starren Größen wirklich noch fündig wird. Damit sei keineswegs in Frage gestellt, dass eine Gesellschaft, zumal eine freiheitliche und plurale, sicher eines großen Maßes an Engagement und Altruismus, an Hilfsbereitschaft, gelebter Solidarität und Gemeinsinn ihrer Bürger bedarf. Diese Haltungen speisen sich allerdings zunehmend aus einer diffusen Vielfalt von Quellen. Die „innere Klammer“<sup>106</sup> kann dabei kaum auf ein einziges Konzept zurückgeführt und muss im Übrigen vielleicht stärker prozedural und weniger statisch gedacht werden.

Daher sollte man vielleicht einmal etwas anders nuancieren und zumindest ergänzend weniger über oder unter den Entzweigungen, Pluralismen und Zerrissenheiten der realen Gesellschaft nach Einheit und Konsens suchen, sondern Uneinigkeit und Dissens selbst zum Ausgangspunkt der Überlegungen machen. Dahinter steckt die Vermutung, dass der Konflikt, besser vielleicht noch: der nach bestimmten Regeln und

104 Schließlich bleibt absolut undeutlich, welchen Status der Verfassungspatriotismus à la Habermas eigentlich haben soll. Ein moralischer Appell wäre ebenso unschädlich wie unwirksam. Eine (noch so schwache) rechtliche Verpflichtung wiederum ließe sich nicht mit dem oben referierten Programm einer grundgesetzlichen Freiheitsordnung vereinbaren. Habermas' Rede von einer nicht länger ethnisch, sondern rein staatsbürgerlich begründeten Identität der Staatsbürger legt die Vermutung einer gewissen Verpflichtung zur Identifikation mit Verfassungswerten nahe, die dem liberalen Grundrechtskonzept zutiefst fremd ist. Für diese und andere Probleme finden auch die an Habermas anknüpfenden Konzepte etwa von *Seyla Benhabib* (beispielsweise *dies.*, Menschenwürde, Kosmopolitismus und Demokratie, in: Kritische Justiz [Hrsg.], Verfassungsrecht und gesellschaftliche Realität, Baden-Baden 2009, S. 24 ff.) keine überzeugende Lösung.

105 R. Herzog, Der Integrationsgedanke und die obersten Staatsorgane, Bergisch Gladbach/Köln 1986, S. 6.

106 Volkmann, Preis (Fn. 43), S. 87.



in bestimmten Formen ausgetragene Konflikt, einen starken Integrationsfaktor bilden kann.<sup>107</sup>

Das bezieht sich zum einen ganz allgemein auf den pluralen Prozess der Meinungsbildung. Wenn das Bundesverfassungsgericht sagt: „Die freie Diskussion ist das eigentliche Fundament der freiheitlichen demokratischen Gesellschaft“,<sup>108</sup> dann ist das nicht bloß eine hübsche Bestätigung des Satzes von Niklas Luhmann, wonach in modernen Gesellschaften das Feste auf das Fließende gestützt werden müsse.<sup>109</sup> Es bringt damit auch nicht nur zum Ausdruck, dass Grundrechte wie die Meinungs- und die Pressefreiheit konstitutive Bestandteile demokratischer Ordnungen sind. Es deutet vielmehr darüber hinaus an, dass gerade in der Austragung von Kontroversen ein stabilisierendes und integratives Moment liegen kann. Wer sich an einer Diskussion beteiligt, an deren Ende möglicherweise eine Abstimmung steht, der wird, wenn er in ihr unterliegt, vermutlich weiterhin an seiner Minderheitenmeinung festhalten. Aber er erfährt das Abstimmungsergebnis nicht als ihm von fremder oder hoher Hand auferlegte heteronome Maßnahme, sondern als Produkt eines offenen Prozesses, an dem er selbst teilgenommen hat. Beziehen wir diese Überlegung nun auf den gesamtgesellschaftlichen Prozess öffentlicher Meinungsbildung und demokratischer Entscheidungsfindung, insbesondere auf Wahlen und Abstimmungen sowie schlussendlich auf den parlamentarischen Prozess, so gilt strukturell das Gleiche. Auch hier geht es weniger darum, jenseits der Vielfalt von Interessen und den wirtschaftlichen, politischen, religiösen und sozialen Gegensätzen letztlich doch einen Grundkonsens zu entdecken oder alles harmonisch in einer höheren Wertsphäre als aufgelöst zu betrachten. Vielmehr kommt es darauf an, durch Partizipation an den Deliberationsprozessen Einfluss auf den Ausgang der Entscheidung nehmen zu können. Diese wird realistischerweise immer nur eine Mehrheitsentscheidung sein.<sup>110</sup> Und die Legitimität dieser Mehrheitsentscheidung wiederum kann nicht (mehr) darin gefunden werden, dass bei der Mehrheit auch die Wahrheit liegt; eher schon darin, dass die „Qual der Heteronomie“ (Kelsen) geringer wird, wenn die Majorität obsiegt; vor allem aber darin, dass sie revisibel ist, d.h., dass die unterlegene Minderheit von heute zur Mehrheit von morgen werden kann. Der zivilisatorische Fortschritt liegt darin, dass der „Absolutismus der Normen“ überwunden wird, weil sie nun als „rein menschliche Satzungen“ konzeptualisiert werden können.<sup>111</sup>

107 Vgl. etwa G. Frankenberg, Tocquevilles Frage – Zur Rolle der Verfassung im Prozeß der Integration, in: G.F. Schuppert/C. Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, Baden-Baden 2000, S. 31 (insb. 44 ff., 58); v. Bogdandy, Identität (Fn. 78), S. 173 f.; C. Mouffe, Über das Politische, Frankfurt a. M. 2006, S. 29 ff., 47 ff.

108 BVerfGE 90, 1 (20 f.).

109 Lubmann, Positivität (Fn. 29), S. 196.

110 Zum folgenden näher Dreier (Fn. 28), Art. 20 (Demokratie), Rn. 73 ff.

111 Zitate: S. Breuer, Der Staat. Entstehung, Typen, Organisationsstadien, Reinbek 1998, S. 23.

Freilich bildet die Mehrheitsentscheidung nach vorangegangener offener Diskussion keine freitragende, überall beliebig einsetzbare und von selbst Legitimitätserzeugend wirkende Entscheidungstechnik. Vielmehr beruht sie auf angebbaren, aber auch anspruchsvollen Voraussetzungen, die erst ihre Akzeptanzfähigkeit sicherstellen. Es beginnt mit dem ebenso schlichten wie fundamentalen Umstand, dass für Mehrheitsentscheidungen ein Mindestmaß an Homogenität unerlässlich ist. Denn ansonsten wäre es keine legitime Entscheidung im Namen aller, sondern bloße Überwältigung durch die jeweils stärkere Gruppe. Diese Homogenität muss nicht zwingend in einem kollektiven Wir-Bewusstsein, auch nicht in gemeinsam geteilter Geschichte oder Religion liegen. Doch als Fundamentalvoraussetzung muss angesichts der Entscheidungsprozesse in einer pluralen Demokratie gelten, dass man über eine gemeinsame Sprache verfügt. Für Kelsen etwa, der ja auch vor dem Hintergrund des österreichischen Vielvölkerstaates argumentierte, ist eine gemeinsame Sprache der wichtigste Homogenitätsfaktor.<sup>112</sup> Man muss sich verständigen können, um sich – auch und gerade in der Unterschiedlichkeit der Positionen – verstehen zu können. Und das heißt immer: auch die Differenzen überhaupt verstehen, sie also nachvollziehen zu können, ohne die andere Position zugleich auch teilen zu müssen. Sprachlos ausgelegene Konflikte hingegen enden in resignativer Isolation oder in Gewalt. Wer die Einforderung deutscher Sprachkenntnisse für Integration und Einbürgerung als Chauvinismus brandmarkt, hat von Realvoraussetzungen funktionierender Demokratie nichts verstanden. Man darf sich auch vor der Einforderung von Homogenität nicht durch die Diskreditierung irre machen lassen, die dieser Begriff durch seine Inbezugnahme in Carl Schmitts Freund-Feind-Schema erfahren hat.<sup>113</sup> Für Hans Kelsen und Hermann Heller, beides demokratisch gesonnene Zeitgenossen Schmitts, ist ein Mindestmaß an sozialer Homogenität selbstverständliche Voraussetzung gelingender staatlicher Einheitsbildung. Diese erscheint möglich auch bei massiver Zerrissenheit der Gesellschaft und entsprechend tiefgreifenden Konflikte – aber nur, solange die entsprechenden Interessen als Impulse in den komplexen demokratischen Entscheidungsprozess eingespeist werden. Das ändert sich erst bei politischer Fundamentalopposition oder absoluter Fremdheit gegenüber den Strukturen einer modernen politischen Ordnung. Wie sagte doch einst Günter Dürig? „Nicht Differenzen vernichten das Gemeinsame, es tötet nur die Indifferenz.“<sup>114</sup>

Ein weiterer wichtiger Aspekt dieser Homogenität besteht im durchgängigen Vorliegen einer „Emanzipationsstruktur der Gesellschaft“<sup>115</sup>: der (und die!) Einzelne

112 H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., Tübingen 1929, S. 65 f.

113 Hierzu und zum folgenden etwa G. Lübke-Wolff, *Homogenes Volk – Über Homogenitätspostulate und Integration*, in: ZAR 2007, S. 121 ff.

114 G. Dürig, *Grundrechtsverwirklichung auf Kosten von Grundrechten?*, in: *Summum ius summa iniuria*, Tübingen 1963, S. 80 (81).

115 Begriff und treffende Erläuterung bei E.-W. Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: *Isensee/Kirchhof, Handbuch II (Fn. 103)*, § 24 Rn. 60.

muss sich als prinzipiell frei tätiges Handlungssubjekt fühlen und betätigen können, ohne in unabänderlicher Unmündigkeit in hierarchisch-patriarchalische Strukturen einer Familie, einer Sippe oder eines Clans eingebunden und entsprechend festgelegt zu sein. Homogenität meint also im wesentlichen prinzipielle Verständigungsmöglichkeit über Differenzen und die Fähigkeit und Bereitschaft, an den entsprechenden Prozeduren entweder mitzuwirken oder sie doch zumindest als aufmerksamer Beobachter zu begleiten.

## II. Toleranz als Bürgertugend

Wenn als wichtigste Voraussetzung für gelingende und umfassende demokratische Selbstbestimmung demnach die politische Inklusion ausgemacht werden kann, so stellt für den Bereich der privaten, persönlichen Selbstbestimmung Toleranz die wichtigste Tugend dar. Denn die geschilderte Breite und Tiefe der Freiheitsgewährleistungen erlaubt und befördert ein außerordentlich hohes Maß an Unterschiedlichkeit der Einstellungen, Lebensstile, Wertetablesaus, Meinungen und persönlichen *performances*. Prallen diese aufeinander, werden sie oft wechselseitig als Zumutung wahrgenommen. Doch diese Zumutung ist der Preis, den man für die gleiche Freiheit aller in einer pluralen Lebenswelt zahlen muss. Toleranz, verstanden als eine Forderung an den Bürger, nicht an den Staat<sup>116</sup> (der hat ethisch neutral zu sein), bedeutet im Kern: sich diesen Zumutungen gewachsen zu zeigen.

Denn auch hier hat der prinzipielle Vorrang der Freiheit zu gelten. Wenn Muslime sich im Fall einer umstrittenen Operninszenierung über die angebliche Verhöhnung ihrer Religion empören, so ist das ihr gutes Recht. Aber klar muss sein, dass deswegen die Oper nicht verboten oder abgesetzt werden darf. Nicht die empörten Mitglieder der Religionsgemeinschaft sind vor der Aufführung der Oper zu schützen (niemand zwingt sie ja zum Besuch), sondern die Operaufführung vor etwaigen Störern. Die gleichen Grundsätze müssen auch im Streit um die Mohammed-Karikaturen greifen, die in einer dänischen Zeitung abgedruckt wurden und zu globalen Gewalteskalationen führten. Der säkulare Verfassungsstaat darf sich weder mit einer bestimmten Religion identifizieren noch sie der Kritik Dritter, auch wenn diese in die Form von

116 Diese (nicht allgemein akzeptierte oder praktizierte, aber m.E. erhellende) Unterscheidung zwischen strikter ethisch-weltanschaulicher Neutralität des Staates einerseits, der Bürgertugend der Toleranz (also des Hinnehmens von etwas, von dessen Unrichtigkeit man im Grunde persönlich zutiefst überzeugt ist) andererseits, findet sich näher ausgeführt bei: M. Winkler, Toleranz als Verfassungsprinzip?, in: I. Erberich u.a. (Hrsg.), *Frieden und Recht*, Stuttgart et al. 1998, S. 53 ff.; S. Huster, Die ethische Neutralität des Staates, Tübingen 2002, S. 222 ff., 234 f.; H.M. Heimann, Die Toleranz ist ein Anachronismus, in: FAZ Nr. 101 v. 2. Mai 2007, S. 40. Stärkere Ineinanderspiegelung von privater und staatlicher Toleranz bei C. Enders, Toleranz als Rechtsprinzip?, in: ders./M. Kahlo (Hrsg.), *Toleranz als Ordnungsprinzip?*, Paderborn 2007, S. 243 (251 ff.), insb. mit der Deutung punktueller Erweiterungen des Freiheitsraumes durch Dispense und sonstige Freistellungen als praktizierter ‚staatlicher‘ Toleranz.

Satire oder Karikatur gekleidet ist, entziehen.<sup>117</sup> Verfassungsstaatliche Freiheit schließt den „Schutz der geistigen Provokation“<sup>118</sup> Dritter ein. Der offene, kritische und plurale Meinungsbildungsprozess macht auch vor den Religionen nicht halt und findet in Deutschland derzeit seine Grenze erst im Straftatbestand des § 166 StGB (Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen). Die Definitionsmacht über Grenzen der Freiheitsausübung liegt dabei nicht bei den besonders empfindlichen Betroffenen: ihr Kränkungsseifer hätte es sonst in der Hand, die Freiheitsausübungen Dritter ins Unrecht zu setzen.

Toleranz ist voraussetzungsvoll und verlangt Einübung. Angesprochen sind insofern die Sozialisationsagenturen der Gesellschaft, allen voran die Schule. Natürlich ist das Ansinnen wohlfeil, diese ohnehin mit Anforderungen aller Art überzogene und überforderte Institution müsse oder solle es wieder einmal richten. Doch ist die Schule im Grunde der einzige Ort, an dem Tugenden wie die Haltung der Toleranz nicht nur gelehrt und vermittelt, sondern auch als Erziehungsziel zumindest mittelbar rechtlich verbindlich gemacht werden können.<sup>119</sup>

Insgesamt lässt sich resümieren: Der Pluralismus der modernen Gesellschaft mit seinen weitgezogenen Freiheitsräumen stellt ohne Zweifel einen großen Gewinn an Individualität und Selbstbestimmungsmöglichkeiten dar. Aber kein Gewinn ist ohne Risiko, das in der Fragilität, den Fliehkräften und der Konflikträchtigkeit einer politisch-gesellschaftlichen Ordnung besteht, die sich ganz auf das freie Wollen und Wirken ihrer Bürger stützt. Das bedeutet aber umgekehrt auch: wenn im freiheitlichen Verfassungsstaat alle frei sein sollen, dann müssen auch alle etwas dafür tun, dass das so bleibt.

117 Klar und eindringlich *D. Grimm*, Nach dem Karikaturenstreit: Brauchen wir eine neue Balance zwischen Pressefreiheit und Religionsschutz?, in: Juristische Studiengesellschaft Jahresband 2007, Karlsruhe 2008, S. 21 (insb. 26 ff., 32 ff.).

118 Ähnlich wie hier *Enders*, Toleranz (Fn. 116), S. 252 (dort das Zitat); *U. Volkmann*, Freiheit in Bindungen, in: W. Pauly (Hrsg.), Der Staat – eine Hieroglyphe der Vernunft, Baden-Baden 2009, S. 155 (173).

119 Entsprechende Bildungs- und Erziehungsziele sind in den Verfassungen verschiedener Länder niedergelegt, so etwa in Baden-Württemberg (Art. 12, 21), Bayern (Art. 131), Bremen (Art. 26), Sachsen (Art. 101) u.a.m. Siehe auch *Enders*, Toleranz (Fn. 116), S. 253.