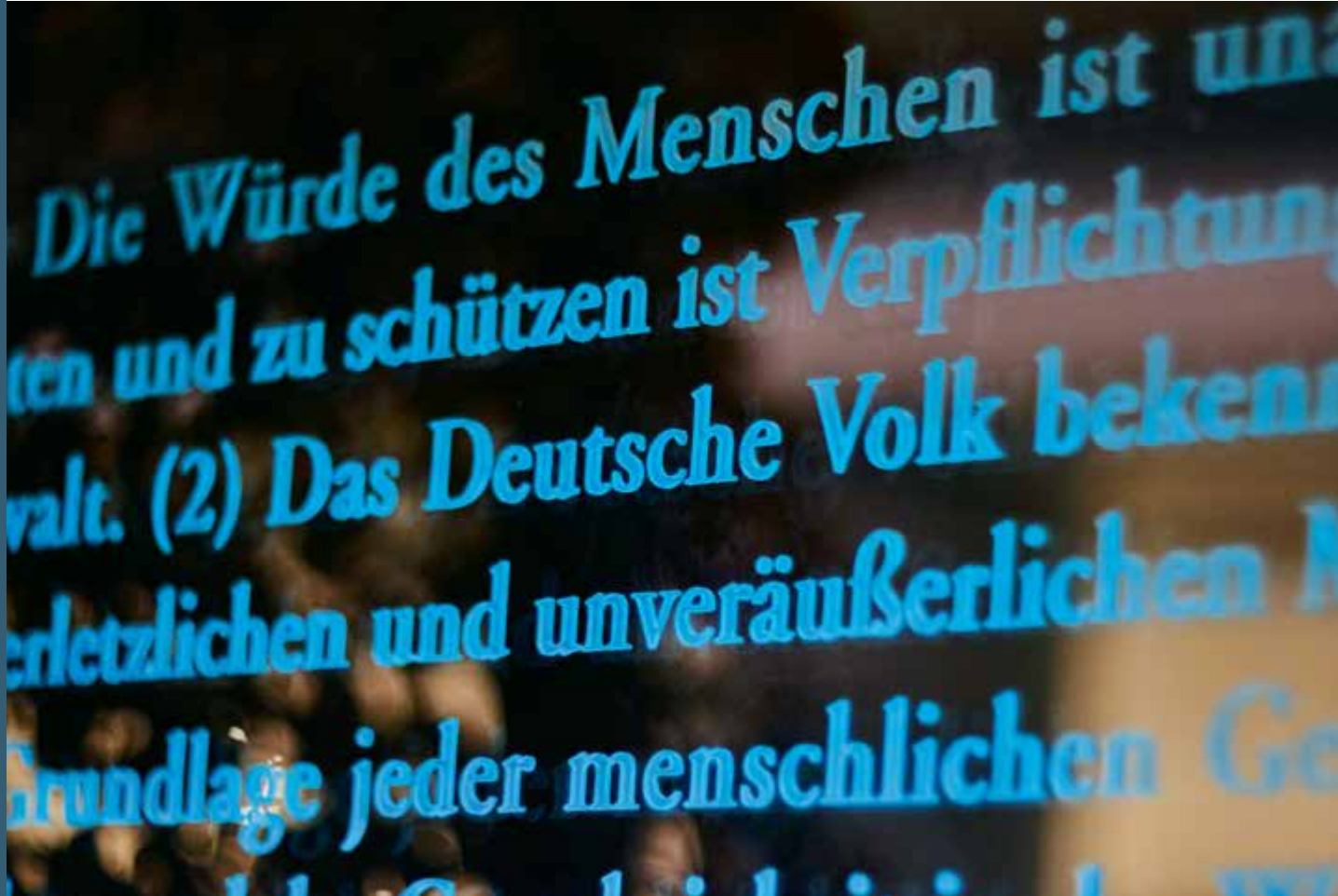


BÜRGER & STAAT



Das Grundgesetz

Verfassung im Wandel

»Bürger & Staat« wird von der Landeszentrale für politische Bildung Baden-Württemberg herausgegeben.

Direktorin der Landeszentrale
Sibylle Thelen

Redaktion
Dr. Maike Hausen,
maike.hausen@lpb.bwl.de

Redaktionsassistentin
Barbara Bollinger,
barbara.bollinger@lpb.bwl.de

Anschrift der Redaktion
Lautenschlagerstraße 20, 70173 Stuttgart
Telefon: 07 11/16 40 99–44
Fax: 07 11/16 40 99–77

Gestaltung Titel
VH-7 Medienküche GmbH, Stuttgart

Gestaltung Innenteil/Druckvorbereitung
Neue Süddeutsche Verlagsdruckerei GmbH
Nicolaus-Otto-Straße 14, 89079 Ulm
Telefon: 07 31/94 57–0, Fax: 07 31/94 57–2
www.suedvg.de

Druck
GO Druck Media GmbH & Co. KG
Einsteinstraße 12–14,
73230 Kirchheim unter Teck
Telefon: 07021/8000–0, Fax: 07021/8000–77
www.go-kirchheim.de

Versand
Braun Direktwerbung GmbH
Postweg 7
89155 Erbach
Tel: 0 73 05/9 66–130, Fax: 0 73 05/9 66–136

»Bürger & Staat« erhalten Sie über den Online-Shop der LpB: www.lpb-bw.de/shop

Schulen und andere Bildungseinrichtungen können auf Anfrage in den kostenfreien Erstverteiler der Zeitschrift aufgenommen werden. Anfragen dazu bitte an: barbara.bollinger@lpb.bwl.de

Die veröffentlichten Beiträge in »Bürger & Staat« sind keine Meinungsäußerungen der Landeszentrale für politische Bildung. Für die inhaltlichen Aussagen tragen die Autorinnen und Autoren die Verantwortung.

Für unaufgefordert eingesandte Manuskripte übernimmt die Redaktion keine Haftung.

Nachdruck oder Vervielfältigung auf elektronischen Datenträgern sowie Einspeisung in Datennetze nur mit Genehmigung der Redaktion.

Titelfoto: picture alliance / dpa | Stefan Jaitner

Auflage dieses Heftes: 12.000 Exemplare

Redaktionsschluss: 20.01.2024

ISSN 0007–3121



»Bürger & Staat« wird auf FSC-zertifiziertem Papier aus nachhaltiger Forstwirtschaft und klimaneutral gedruckt.

Inhaltsverzeichnis

Christoph Gusy Das Grundgesetz zwischen Bewährung und Herausforderung	190
Eva Ricarda Lautsch Verfassungspatriotismus? Eine kritische Reflexion anlässlich des 75. Jahrestags des Grundgesetzes	198
Philipp Gassert Sicherheit nach Innen: Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes in der Praxis der Verfolgung von Verfassungsfeindschaft	205
Daniela Winkler Das verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen individueller Freiheit, Bürgerverantwortung und Gemeinwohl	213
Felix Welti Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden: Zur Einlösung von Inklusion, sozialer Teilhabe und Barrierefreiheit	221
Steffen Augsberg Informationelle Selbstbestimmung als Grundrechtsanforderung	229
Ulrich K. Preuß Das Grundgesetz zwischen Ost und West: Auf der Suche nach gleichwertigen Lebensverhältnissen in einer gespaltenen Nation	236
Ein Gespräch mit Judith Froese und Cengiz Barskanmaz Der Begriff „Rasse“ im Grundgesetz. Juristische und gesellschaftliche Herausforderungen des Diskriminierungsverbots in Art. 3 Abs. 3 GG	245



Das komplette Heft finden Sie zum Download als PDF-Datei unter www.buergerundstaat.de



Das Grundgesetz

Verfassung im Wandel

„Grundgesetz, ja Grundgesetz, ja Grundgesetz, Sie berufen sich hier pausenlos aufs Grundgesetz“ – die Zeilen des 2011 verstorbenen Liedermachers Franz Josef Degenhardt scheinen aktueller denn je. Bezog er sich mit seinem Liedtext damals auf die „Gewissensprüfung“ bei der Verweigerung des Wehrdienstes, so wird das Grundgesetz heute von anderer Seite verstärkt in den Dienst genommen: Corona-Pandemie, Klimawandel, aber auch eine sich pluralisierende Gesellschaft eröffnen neue Themenfelder von Freiheits- und Schutzbestimmungen, die für die Auslegung und Rechtsprechung des Grundgesetzes eine Herausforderung bedeuten. Im Vergleich scheint die Zustimmung und das Vertrauen in das Grundrechtswerk selbst trotz seiner bald 75-jährigen Existenz nicht geschmälert zu sein.

Dabei war die „Erfolgsgeschichte“ Grundgesetz zum Zeitpunkt seiner Entstehung gar nicht vorherzusehen, und auch die anschließenden Etappen der bundesrepublikanischen und später gesamtdeutschen Rechtsprechung der Verfassung zeichnen eine wechselvolle Geschichte. Gleichzeitig erscheinen ganz aktuell, angesichts tiefgreifender gesellschaftlicher wie auch politischer Veränderungen, die staatliche Verfassung und die Staatsziele, die der neu gegründeten Bundesrepublik und ihren Bürgerinnen und Bürgern mit dem Grundgesetz 1949 auf den Weg gegeben wurden, zumindest prüfenswert. Wen und was schützen die Grundgesetzartikel? Wer wird bedacht, wer nicht? Gerade die selten einfache Aushandlung zwischen individueller Freiheit und der Gemeinschaft bzw. dem Gemeinwohl lässt sich an verschiedenen Feldern wie etwa sozialstaatlichen Prinzipien, Verteilungskonflikten oder dem Klimaschutz verdeutlichen. Ebenso werden die Grenzen verfassungsrechtlicher Problemlösung angesichts aktueller Herausforderungen thematisiert. Nicht immer ist die Verfassung das Mittel, nicht immer das Bundesverfassungsgericht der Ort politischer wie gesellschaftlicher Kompromissfindung, auch wenn wenige Institutionen ein so hohes Ansehen in Deutschland genießen.

Anlässlich des 75-jährigen Jubiläums des Grundgesetzes schaut das vorliegende Heft auf die Verfassung und seine Rechtsprechung. Einzelne Grundrechtsartikel und Staatszielbestimmungen werden angesichts einer sich fundamental verändernden Gesellschaft, die wiederum selbst von Digitalisierung, Globalisierung und Entgrenzung geprägt ist, einer Prüfung unterzogen. Kann das Grundgesetz Orientierung bieten im Umgang mit aktuellen und zukünftigen Konflikten und Herausforderungen oder diese sogar einhegen? In seiner Geschichte wurde die Verfassung immer wieder unter dem Eindruck externer und interner Veränderungen in Politik und Gesellschaft debattiert und ihr Gehalt daraufhin überprüft, ob sie noch zeitgemäß und den Erfordernissen einer modernen Ordnung entsprechend sei. Spätestens mit der deutschen Wiedervereinigung wurde zudem die Frage aufgeworfen, wie das Verhältnis zwischen Bund und Ländern zu regeln sei und wie die Verfassung bundesweit zur Anwendung kommt. Nicht zuletzt wurde auch immer wieder debattiert, inwieweit das Grundgesetz über ein ordnendes und rechtssprechendes Instrument hinaus zu einem Versprechen von mehr Gerechtigkeit und Gleichberechtigung werden kann und soll.

Maike Hausen

Das Grundgesetz zwischen Bewährung und Herausforderung

Christoph Gusy

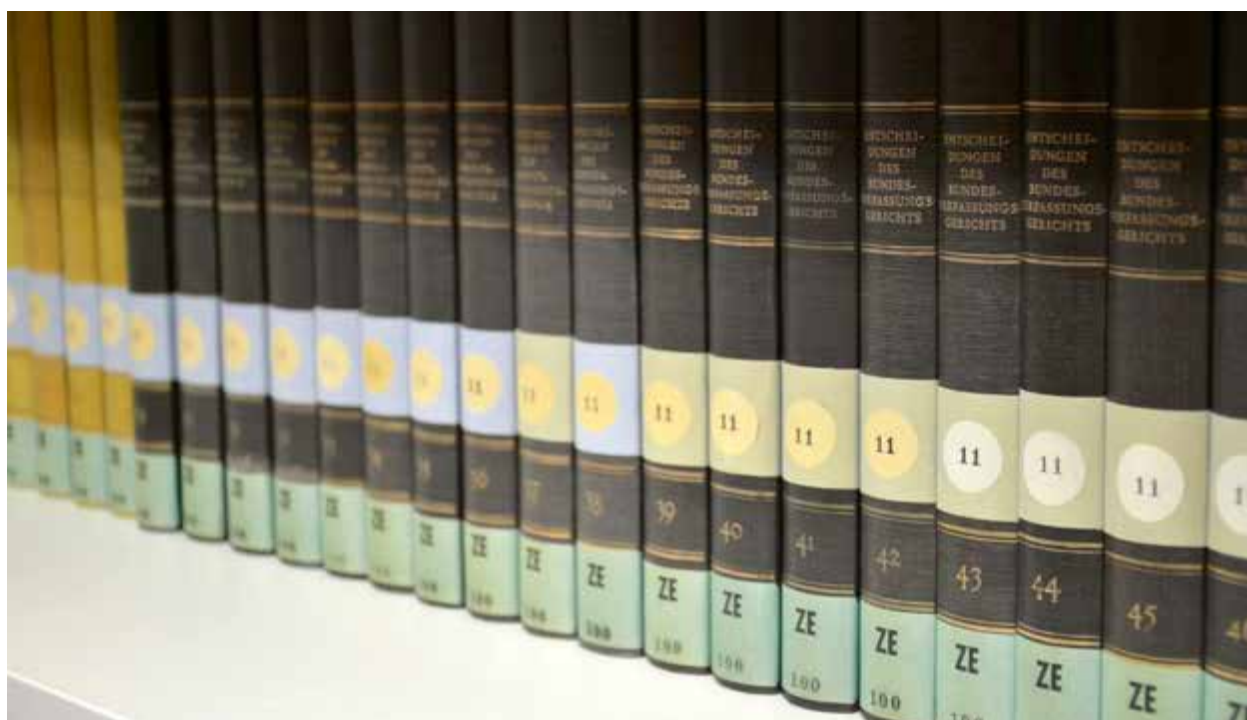
Jubiläen befördern optimistische Rückblicke. Dass sich das Grundgesetz bewährt habe, zählt gewiss dazu. Es sei „geglückt“, ein „Erfolgsmodell“ oder gar „Exportschlager“. Das ist sicher zutreffend, doch zugleich nur eine Teilwahrheit. Die Gegenwarts- und Zukunftsfähigkeit der Verfassung hängt nicht nur von ihrer Vergangenheit ab. Wie Christoph Gusy in seinem Beitrag deutlich macht, muss sie sich auch in Gegenwart und Zukunft bewähren. Hier liegen Errungenschaft und Aufgabe zugleich.

Das Grundgesetz: Stabilität und Flexibilität

Das 75-jährige Jubiläum des Grundgesetzes indiziert ein im Vergleich zu früheren deutschen Verfassungen hohes Alter. Die Reichsverfassung von 1871 hielt 47 Jahre, die DDR-Verfassungen insgesamt 40 Jahre, die Weimarer Verfassung leider nur 13 Jahre, und die Paulskirchenverfassung 1849 trat gar nicht reichsweit in Kraft. Das Grundgesetz hat sich jedenfalls durch Dauerhaftigkeit ausgezeichnet. Und vergleichsweise bewährt hat sich auch die Bundesrepublik, die es verfasst. Sie hat relativen sozialen Frieden, relativen ökonomischen Erfolg und relative politische Stabilität durchlebt. „Relativ“ ist es hier genannt, weil die Erfolge zu nahezu keiner Zeit von allen konsentiert oder gar völlig ungefährdet waren oder sind. Aber die große Mehrheit und die breite Mitte haben dies so erlebt. Welchen Anteil hat daran die Verfassung? Ist sie selbst ein Erfolgsmodell oder profitiert sie einfach vom Erfolg des sozialen, ökonomischen oder politischen Sektors? Etwa seit dem Millennium klingen manche Erfolgsgeschichten leiser. Ganz eindeutig ist nur ein Mini-

malbefund: Das Grundgesetz hat die Leistungen der anderen Sektoren jedenfalls nicht verhindert. Das ist nicht wenig. Aber was können wir darüber hinaus sagen?

Das Grundgesetz von 2024 ist nicht mehr dasselbe wie dasjenige von 1949. 67 Änderungsgesetze haben über die Hälfte seiner ursprünglichen Bestimmungen aufgehoben, abgeändert oder neu hinzugefügt. Dabei betrafen die allermeisten von ihnen mehr als nur einen Artikel. Das Bundesverfassungsgericht hat über 160 Bände an Entscheidungen hervorgebracht, in denen die Verfassung ausgelegt und fortentwickelt worden ist. Sein implizites Konzept des Grundgesetzes als *living instrument* hat verhindert, dass der Text von 1949 als Herrschaft der Vergangenheit über die Gegenwart angesehen werden muss. Vielmehr hat das Gericht auch den älteren Textschichten Antworten auf neue, im Jahr 1949 noch ganz unbekannte Rechtsfragen entnommen. Offensichtliche Beispiele sind Datenschutz und IT-Recht, die erst wesentlich später entstanden sind und die trotzdem aus dem Grundgesetz relevante Vorgaben erfahren (vgl.



Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts füllen mittlerweile über 160 Bände.

©NatiSythen / Wikimedia, CC BY-SA 3.0. URL: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/deed.de>

dazu auch den Beitrag von Steffen Augsburg in dieser Ausgabe). Parlamente in Bund und Ländern haben Staatszielbestimmungen und Verfassungsaufträge genutzt und dadurch das Grundgesetz an die Gegenwart herangeführt, zum Teil aber auch neu konkretisiert. Die ihrerseits wieder vielfach abgeänderten Gesetze zum Familien-, zum Parteien- oder zum Sicherheitsrecht haben alte Fragen beantwortet und neue Fragen gestellt, welche das Grundgesetz in gewandeltem Licht erscheinen lassen. Und die Rechtswissenschaft hat die Verfassung interpretiert, systematisiert und kontextualisiert. Nicht zuletzt haben hier die Einflüsse des Europäischen Rechts und der Rechtsvergleichung neue Einsichten befördert. Deutschland ist europäischer, westlicher und weniger „anders“ geworden. Das war ein Prozess des Gebens und Nehmens. Dem Export deutscher Regelungsmodelle, etwa zur Verfassungsgerichtsbarkeit, stand der Import von Regelungen etwa zur Verfassungsdurchsetzung durch Monitoring-Verfahren oder zum Schutz der Privatsphäre gegenüber. Daran hatte das Bundesverfassungsgericht starken Anteil. Vielleicht ist es das stärkste Erfolgsmodell des Grundgesetzes: um Rechtsfortbildung bemüht, Hüter und Rahmensetzer der Demokratie, nie unumstritten, aber bei Bedarf selbstkorrigierend und vermittelnd.

Bewährung

Ebenso wie das Grundgesetz selbst haben auch seine Erfolgsdiagnosen ihre eigene Geschichte. Worin die Stärken und mögliche Schwächen der Verfassung lagen, hing von

wandelbaren Fragestellungen und Maßstäben ab. Die Erfolgsdiagnosen blieben, die Erfolgskriterien haben sich geändert. Auch deren Leistungsfähigkeit und -grenzen sind offensichtlich historisch bedingt und begrenzt.

Der Blick zurück: „Bonn ist nicht Weimar“

Am Anfang stand der Blick zurück. Das Grundgesetz sollte Lehren aus der Vergangenheit und der damaligen Gegenwart ziehen. Das schloss den Rückblick nach Weimar ein. Das Grundgesetz war keineswegs nur eine Antithese zur Weimarer Verfassung. Aber es sollte eine Grundlage dazu legen, ein Scheitern der jungen Bundesrepublik unter ähnlichen Vorzeichen zu verhindern. Im westdeutschen Teilstaat sollte nicht alles anders werden, aber das neue Recht den Ursachen für das rasche Ende der ersten demokratischen Republik in Deutschland entgegenwirken. Als hinderlich mochte sich dabei die Suche danach erweisen, woran die Republik damals gescheitert sei. Die Sichtweisen hierauf waren subjektiv geprägt – fast alle Mitglieder des Parlamentarischen Rates waren selbst dabei gewesen –, sie waren interessen- und historisch geprägte Schuldzuweisungen an die jeweilige Gegenseite mitbestimmt und sie waren vorläufig: Genaue Analysen unter Auswertung der Quellen standen noch aus.

Trotz solcher Unsicherheiten gingen diese Erwartungen auf: *Bonn war und wurde nicht Weimar*. Was zuvor misslang, sollte nun gelingen. Die Regierung war und blieb stabil – der erste Bundeskanzler Konrad Adenauer amtierte so lange, wie die Weimarer Republik mit 20 Kabinetten bestand –; der



Der Präsident des Parlamentarischen Rates, Konrad Adenauer, bei der Unterzeichnung des Grundgesetzes am 23. Mai 1949.

©picture alliance / ASSOCIATED PRESS

Bundestag erwies sich als handlungsfähig und nicht zersplittert; das Bundesverfassungsgericht sicherte das junge Grundgesetz durch seine frühe Rechtsprechung gegen rechts- und linksextreme Parteien (unter anderem mit dem Verbot der Sozialistischen Reichspartei 1952 und der Kommunistischen Partei Deutschland 1956, vgl. dazu auch den Beitrag von Philipp Gassert in dieser Ausgabe); das „Wirtschaftswunder“ bildete die Grundlage dieser Entwicklung. Die Verfassungsrechtsprechung sorgte für eine vermittelnde Praxis, die seinerzeit Stabilitätsargumenten hohen Rang zukommen ließ, wie etwa seine durchaus umstrittene Billigung der im Grundgesetz gar nicht vorgesehenen Fünf-Prozent-Klausel im Wahlrecht zeigte, welche in einem gewissen Widerspruch zum in Artikel 38 festgehaltenen Grundsatz der Wahlgleichheit steht. Kurz: Was man für Ursachen des Niedergangs Weimars hielt, trat nicht ein. Das waren keineswegs nur Erfolge durch die neue Verfassung. Das war aber auch keine einseitige Billigung des Regierungskurses. An ihnen war eine Vielzahl von Faktoren beteiligt, die ineinandergriffen und sich wechselseitig verstärkten. Aber das Grundgesetz ließ dies alles zu und profitierte so seinerseits vom Erfolg der jungen Bundesrepublik. Einerseits nahm es am Erfolg des Westens teil, andererseits erschien es selbst als Erfolgsmodell. Hinzu trat ein historischer Glücksfall: Von wirtschaftlichen und sozialen Erschütterungen, wie sie die Zwischenkriegszeit erlebt hatte, blieben die junge Republik und ihre Verfassung verschont.

Der Blick zurück ließ die neue Ordnung als Erfolgsmodell erscheinen: Sie erschien als die bessere Verfassung. Dieses gleichsam historische Urteil relativierte sich in den 1960er Jahren. Der Blick in die Vergangenheit wandelte sich und derjenige in die Gegenwart erst recht. Nun erschienen nicht nur Erfolgsberichte, sondern auch erste Defizitanalysen. Kritisiert wurden demokratische und sozialstaatliche Defizite der jungen Republik. Und die erste – kleine – Rezession zeigte: Der Erfolg war kein Selbstläufer. Würde eine Wirtschaftskrise zugleich eine Verfassungskrise auslösen?

Der Blick nach außen: Das Grundgesetz im Systemvergleich

Der Blick zurück wurde durch einen anderen Maßstab teils ergänzt, teils abgelöst: den Blick nach außen. An der Nahtstelle des Ost-West-Konflikts mutierte das Grundgesetz auch zu einem Faktor im Systemkonflikt. Die westliche Staatsordnung erwies sich gegenüber den östlichen als überlegen. Die wirtschaftliche Entwicklung verlief hier rasanter als dort. Auch den ärmeren Bevölkerungsschichten im Westen ging es besser als den meisten Menschen im Osten. Das höhere Maß an Freiheit und demokratischer Mitbestimmung war evident – die bis 1961 massiven Fluchtbewegungen aus der DDR zeigten das Ausmaß. Spätestens seit den 1970er Jahren hatten die westlichen Staaten uneinholbare technologische und ökonomische Vorteile, welche die erreichbare Verteilungsmasse steigen ließ. Das Streben nach Teilhabe daran motivierte und differenzierte das politische Engagement. Vielen ging es darum, das unvollendete Grundgesetz nicht etwa zu überwinden, sondern zu vollenden. Trotz einzelner revolutionärer Töne der „Achtundsechziger“ kamen die Neuerungen im politischen System nicht als Revolution, sondern als Evolution an. Es ging darum, mehr Demokratie zu wagen, nicht eine andere oder etwas anderes als Demokratie zu wagen.

So legitimierte sich das Grundgesetz im Systemvergleich, weil es als überlegene Ordnung erschien. Der Vergleich zeigte den eigenen Erfolg und den Misserfolg der anderen. Stark stilisiert formuliert: Das Grundgesetz bezog seine Legitimation nicht nur von innen, sondern auch von außen. Und weil die

östliche Konkurrenz immer stärker zurückfiel, erschien das westliche Erfolgsmodell nahezu selbstlegitimierend.

Ein anderer Blick zurück: Der Erfolg legitimiert sich selbst

Seit den 1960er Jahren wandelte sich auch der Blick zurück: Die vermeintlich schlechten Erfahrungen mit der Weimarer Verfassung wurden nun durch die guten Erfahrungen mit dem Grundgesetz abgelöst.

Es hatte sich im Westen als stabile und krisentaugliche Ordnung erwiesen. Die Rezession der 1960er Jahre hatte den Glauben an das stetige Wirtschaftswachstum erschüttert, aber nicht denjenigen an die Handlungs- und Reaktionsfähigkeit der freiheitlichen Demokratie. Die Erfahrungen mit den Regierungswechseln 1966 und 1969 zeigten: Das Grundgesetz profitierte nicht allein von der vorgefundenen Kontinuität der Exekutive. Es war auch in der Lage, Mehrheitswechsel und den Übergang der Kanzlerschaft von einem zum anderen politischen Lager zu organisieren. Seine Demokratie-tauglichkeit bestätigte sich nun nicht nur in der Theorie, sondern auch in der Praxis. Der politische Reformstau und die Gesetze zu seiner Bewältigung wurden vom Bundesverfassungsgericht zum Teil gebilligt, zum Teil gebremst. Ihre Zukunftsfähigkeit bewiesen die Bundesrepublik, Grundgesetz und Bundesverfassungsgericht, als es gelang, den Ost-West-Konflikt pragmatisch ansatzweise zu bewältigen. Das kompromisshafte Urteil zum Grundlagenvertrag (1973) legt dafür ein wichtiges, damals keineswegs unbestrittenes Zeugnis ab. Der „eiserne Vorhang“ konnte von den Deutschen allein nicht rückgängig gemacht, wohl aber für Menschen und Wirtschaft erträglicher gemacht werden. Widerstand an den Rändern des politischen Spektrums wurde marginalisiert, der Einzug der NPD in einige Landtage gestoppt. Die Folgen von Kriegs- und Nachkriegszeit wurden zwar nicht beendet, aber handhabbar gemacht. Die Politik lernte, mit ihnen umzugehen und sie gleichsam zu normalisieren.

Das waren politisch spannende Zeiten. Die Abfolge und Summe von Transformations- und Modernisierungskrisen blieben politische Herausforderungen, weiteten sich aber nicht zur Verfassungskrise aus. Das Grundgesetz und das Bundesverfassungsgericht erwiesen sich als Motor mancher Reformen (z. B. innere Demokratisierung), standen anderen Reformen neutral gegenüber (z. B. Modernisierung des Strafrechts, Mitbestimmung), erwiesen sich hinsichtlich wieder anderer Neuerungen als unübersteigbare Grenze (z. B. Schwangerschaftsabbruch, Hochschulreformen). Die Offenheit wirkte nicht parteiisch, vielleicht am ehesten als gewisse Prämie für die jeweilige Opposition und damit als Grenze der demokratischen Mehrheitsherrschaft. In der Summe wurden diese Leistungen in den meisten politischen Lagern positiv bewertet. Und neue Konfliktlinien, namentlich in Friedens- und Umweltfragen (z. B. das Brokdorf-Urteil von 1985; jüngst der Beschluss zu den Klimazielen aus dem Jahr 2021), wurden als Herausforderungen *nach* der Verfassung, nicht *der* Verfassung angesehen. Ihre Exponenten wurden nach heftigen Debatten in das politische System integriert – und das System wandelte sich allmählich auch. Das Grundgesetz bewährte sich, weil es das Grundgesetz war. Retrospektiv entstanden die Diagnosen vom „Staat der Mitte“ und von der „geglückten Demokratie“, die nicht von Anfang an dagewesen waren, sondern sich allmählich herausbildeten. Sie bewährten sich durch Inklusion von Kritikern, kaum je durch deren Exklusion.

Das alles musste hier stark verkürzt und stilisiert skizziert werden. Wichtig dabei ist: Die drei Kriterien und Stufen bil-



Am 25. Februar 1975 kippte das Bundesverfassungsgericht die geplante sogenannte Fristenlösung zum Schwangerschaftsabbruch, indem es diese für verfassungswidrig erklärte. Daraufhin protestierten verschiedene Gruppen wie hier in Karlsruhe gegen den betroffenen § 218 StGB.

©picture-alliance / dpa | Michael Dick

deten nicht jeweils abgrenzbare historische Phasen, sondern standen auch neben- und ineinander. Die Gründe wandelten sich, die Bewährungsthese blieb der Mainstream. Das Grundgesetz bewährte sich nicht deshalb, weil es blieb, wie es war, sondern deshalb, weil es sich als hinreichend stabil und hinreichend offen zugleich erwies. Es bewährte sich, weil es sich wandelte. Das war kein Mythos, und auch aus der Retrospektive ist es keiner.

Herausforderungen: Von der Zukunftsfähigkeit des Grundgesetzes

Herausforderungen von innen

Der Erfolgsweg der Bundesrepublik war nie unangefochten und erst recht nicht unbestritten. Freiheit und Demokratie begründen nicht nur Festlegungen, sondern öffnen Diskussions-, Handlungs- und Entscheidungsfreiräume. Dazu zählt die Freiheit zur Kritik, also in der Sprache unseres Themas, zur „Herausforderung“. Sie ist systemimmanent. Und weil das Grundgesetz offen ist für Innovationen, muss es sich gegen Herausforderungen stets neu bewähren.

Zum einen waren und sind da *Herausforderungen von innen*. Jede Transformation kennt Gewinner und Verlierer. Nach der erstaunlich raschen Integration der Mitläufer und Zuschauer des Nationalsozialismus kamen nach 1945 die Herausforderungen zunächst von den Rändern der Gesellschaft. Am Anfang waren es Flüchtlinge, Vertriebene, Marginalisierte von links und rechts, später sozial und zunehmend auch politisch Abgehängte der sich herausbildenden „Zwei-Drittel-Gesellschaft“ (mit zwei Dritteln durch Beschäf-

tigung und Wohlstand gesicherter Bevölkerung gegenüber einem Drittel Arbeitsloser und prekär lebender Menschen), noch später die Spaltung zwischen Gewinnern und Verlierern der deutschen Einheit. Die Ränder des politischen Spektrums blieben stets präsent, mal mehr, mal weniger stark. Die NS-Vergangenheit war tabuisiert, gewiss. Die kommunistische Herausforderung blieb wirksam: Es wäre falsch, im Nachhinein den Osten nur auf seine Rolle als Verlierer im Vergleichsmaßstab zu reduzieren. Die Vergangenheit war gewiss nicht krisenfrei. Auch in der jungen Bundesrepublik lebten viele Bürgerinnen und Bürger unter dem Gefühl von Herausforderung und manchmal Überlastung, individuell und gesellschaftlich. Die Erinnerung daran wird allerdings von anderen Leitmotiven überlagert. Herausforderungen äußerten sich von innen als Forderung teils nach Neuerungen des politischen Systems im Rahmen des Grundgesetzes (gleichsam „Realos“), teils nach Änderungen des Grundgesetzes selbst („Fundis“). Der Erfolg der Bundesrepublik und ihrer Verfassung lag dann wesentlich darin, Kritik zu integrieren und ihr so die politische Legitimation zu entziehen.

Die Verfassungsordnung der Bundesrepublik wurde vor Belastungsproben gestellt, die sie aber aushielt. Das galt auch, wenn sie die Fundamente der grundgesetzlichen Ordnung zu berühren schienen: Wiederaufrüstung, Notstandsgesetze, die Herausforderungen durch den westdeutschen Terrorismus (mit stiller Unterstützung durch die DDR) – der freiheitliche Verfassungsstaat hat sie mit einigen Änderungen und Einschränkungen überstanden. Er kam nicht genauso heraus, wie er hinein gegangen ist. Aber er war hinreichend flexibel. Ein Problem blieb: Freiheitseinschränkungen, einmal

eingeführt, wurden und werden in Deutschland fast nie wieder abgeschafft. So flexibel ist die Ordnung des Grundgesetzes noch nicht.

Herausforderungen von außen: Globalisierung und Supranationalität

Das Grundgesetz verscrieb und verschreibt sich dem Frieden, der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit und der Übertragung von Staatsaufgaben auf internationale Institutionen (Präambel, Art. 23 f. GG). Sie realisierten sich in den 1950er Jahren mit dem Beitritt der Bundesrepublik zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und zu den Europäischen Gemeinschaften, die letztlich in die Europäische Union (EU) einmünden sollten. Darin lagen große Chancen: Wirtschaftsleistung und Wohlstand in Deutschland verdanken sich ganz wesentlich der Öffnung nach außen, ein erheblicher Teil des Außenbeitrags zum Bruttoinlandsprodukt stammt aus den Nachbarstaaten. „Europa“ wurde zum Erfolgsmodell.

Damit gingen aber auch *Herausforderungen von außen* einher. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) legte sich frühzeitig fest: In der EU gilt gleiches Recht für alle, und wegen der zwischenstaatlichen Gleichheit muss es gegenüber den nationalen Rechtsordnungen vorrangig sein. Seitdem ist nicht mehr das Grundgesetz in Deutschland die höchstrangige Norm, sondern das Recht der EWG/EG/EU. Damit waren Kollisionen vorprogrammiert, kannten doch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) und die anderen Organisationen anfangs kaum Parlamentarismus („Demokratiedefizit“) und nur wenige Grundrechte. Sollten die Errungenschaften der jun-

gen Verfassung in Europa eine Grenze finden, gar an ihr Ende gelangen? Die durchaus schrillen Diskussionen hat das Bundesverfassungsgericht zu einer Rechtsprechung bewogen, nach welcher die deutschen Freiheits- und Gleichheitsrechte der letzte Prüfungsmaßstab sein sollten, solange und soweit Europa keine eigenen Grundrechte kenne. Politisch wurde dies zum Erfolgsmodell: Die EU verstärkte ihr Bestreben, eigene Grundrechte zu statuieren, die in der Europäischen Grundrechtecharta (2000) ein Stück weit über diejenigen des Grundgesetzes hinausgehen. Hier hängen Herausforderung und Bewährung des deutschen Rechts eng zusammen.

Hinsichtlich des Demokratieprinzips entwickelte sich die EU dagegen langsamer. Gewiss: Es gibt ein eigenes Parlament mit einem eigenen Wahlrecht. Dessen Rechtsstellung ist jedoch schwächer als dasjenige des Bundestages in Deutschland. Insoweit bedeutet *Europäisierung* nach wie vor partiell *Entparlamentarisierung*. Eine weitere Herausforderung kommt hinzu: Die zunehmende Europäisierung von Recht und Politik muss von den Mitgliedstaaten nachvollzogen und umgesetzt werden. In immer mehr Politikbereichen sind die nationalen Parlamente bloße Nachvollzugsinstanzen europäischer Vorgaben – unabhängig davon, ob sie die in Brüssel und Straßburg erlassenen Regelwerke inhaltlich billigen oder nicht. Das heißt aber auch: Wirksame Opposition ist dagegen in Berlin gar nicht mehr möglich und in Karlsruhe allenfalls, wenn die fundamentalen Grundprinzipien des Grundgesetzes angetastet würden. Das ist aber noch nie geschehen. Wenn aber die nationalen Parlamente immer weniger mitzubestimmen haben, warum sollten die Bürgerinnen und Bürgern sie dann noch wählen?



Das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe ist angesichts der Europäischen Verfassungsgebung immer wieder herausgefordert, seine Rechtsprechung entlang beider Rechtsordnungen, nationaler wie europäischer, auszurichten.

© Adobe Stock | U. J. Alexander

Verstärkt wird dieser Trend durch den Kurs der Globalisierung, der von den Staaten in den 1980er und 1990er Jahren eingeschlagen worden ist. Das war kein Naturereignis, sondern beruhte auf politischen Entscheidungen auch der Regierungen und der Parlamente. Sie öffneten die Grenzen bei gleichzeitiger Schwächung der nationalen Regelungs- und Kontrollkompetenzen. Dem Bild von der entfesselten Wirtschaft korrespondierte bald dasjenige vom gefesselten Staat. Solange die Vorteile überwogen, fiel dies kaum jemandem auf oder man nahm dies hin. Seit die neue internationale Arbeitsteilung aber überwiegend mit Rohstoffknappheit, gestörten Lieferketten und Neokolonialismus assoziiert wird, sind die Nachteile sichtbarer. Sie wirken nicht nur als Herausforderungen der Politik, sondern auch der Verfassungen, etwa wenn es darum geht, Kosten und Lasten zu übernehmen und zu verteilen. Neu zu erringende „Souveränität“ auf den Gebieten der Rohstoffversorgung, der Energiesicherheit oder der Kritischen Infrastrukturen erhöhen Kosten und Preise. Deren Steigerung trifft die Menschen nicht gleich, sondern ungleich. Darin liegt eine starke Herausforderung an einen Sozialstaat und an eine Demokratie: Wem kann und darf sie welche Lasten überbürden, ohne dass die Betroffenen aus dem politischen System aussteigen oder nach Alternativen rufen? Hinzu kommt die ökologische Herausforderung: Keine Verfassung kann den Klimawandel verbieten oder aufhalten, aber Grundgesetz und Gesetze können für seine Bewältigung Anreize setzen. Aber auch hier stellt sich die Frage nach der Verteilung der Kosten.

Die populistische Herausforderung

Populismus ist die Herausforderung der Gegenwart. Er stellt sich dar als Kritik nicht an der Demokratie, sondern zentral am Parlamentarismus. Im Kontext unseres Themas geht es um die mittelbare im Gegensatz zur unmittelbaren Demokratie. Diese im Kern alte Debatte erscheint im neuen Gewand und in ungeahnter Aktualität. Das Grundgesetz hat sich für eine mittelbare Demokratie entschieden, basierend auf Parteien, Wahlen und Parlamentarismus. Es steht für eine institutionalisierte Demokratie. Zwischen das Volk als Souverän schieben sich Instanzen und Verfahren, welche den Volkswillen erzeugen, bündeln und in verbindliche Entscheidungen umsetzen. Im Zentrum dieser Aufgaben stehen die Parteien, die in der Bonner Republik lange ein Oligopol einnahmen und sich erst seit den 1980er Jahren ausdifferenzierten. Mittelbare Demokratie ist Parteiendemokratie, Parteienherrschaft und Parteienstaat. Sie nominieren die zur Wahl stehenden Kandidierenden, sie organisieren Mehrheiten und formulieren Alternativen. Die „Mittelbarkeit“, das „Repräsentative“ an der Demokratie organisiert sich in der Existenz, dem Wirken und dem Wettbewerb der Parteien. Protest gegen ihre Politik ist zulässig und rechtlich frei. Er wird für das Handeln des Staates relevant, wenn sich Parteien und Fraktionen der neuen Ziele und Interessen annehmen und sich die Ziele der Protestierenden zu eigen machen. In der Theorie der Wahldemokratie geschieht dies in gewisser Weise von selbst: Wo eine Nachfrage nach Politik ist, bildet sich auch ein Angebot. In dieser Logik gilt dies umso mehr, wenn mit dem neuen Angebot neue Wählerstimmen gewonnen werden können. In der Folge dieser Logik bilden sich neue Koalitionen aus neu formulierten Parteizielen oder gar neuen Parteien und erfüllen die neuen Wünsche des Volkes. Im Endergebnis würden dann Volkswille, Parteiwille und Parlamentswille wieder übereinstimmen und so Demokratie und Verfassung sich als allseitig akzeptierte Rahmen allseitig akzeptierter Entscheidungen legitimieren.

Soweit die Theorie. Sie scheint aber gegenwärtig nicht mehr alle Menschen zu überzeugen. Der Ruf nach dem Volk selbst

ist Protest gegen die Volksvertreter, die offenbar den genannten Ansprüchen nicht stets gerecht werden. In der soeben benutzten Sprache: Politiknachfrage und -angebot scheinen ein Stück weit auseinanderzuklaffen. Und eine Zahl von Menschen ist offenbar der Überzeugung, dass sich diese Lücke auf absehbare Zeit nicht von selbst schließt. Protest richtet sich dann nicht nur gegen einzelne Parteien oder Koalitionen, sondern gegen das Parteiensystem insgesamt: Es erscheint nicht mehr als effektive Vertretung der Interessen der Menschen, sondern als institutionalisierte Politik mit Eigeninteressen und Anfälligkeiten für andere Interessen als diejenigen der Wählerinnen und Wähler. Eine solche Wahrnehmung würde den Blick auf die In- und Exklusionsmechanismen des parteipolitisch geprägten Politikbetriebs lenken. Seine Inklusionsleistung basiert auf dem Gegeneinander von Majoritäten und Minoritäten: Wer sich von jenen nicht hinreichend vertreten fühlt, kann sich diesen zuwenden. Diese Öffnung für Alternativen ist die Leistung der freiheitlichen Demokratie. Aus der Sicht der Kritikerinnen und Kritiker liegt aber darin zugleich eine Exklusion, denn der Partei- und Parlamentsbetrieb rezipiert Interessen und Bedürfnisse der Menschen nicht einfach, sondern transformiert und priorisiert sie zugleich: In der Politik kommt der Volkswille als Parteiwille an. *Die Parteien verwandeln politische Ziele in Parteiziele.* Hier liegen Leistungen und Kosten nahe beieinander: Für welche neuen Ziele erlangt eine Partei zusätzliche Stimmen? Welche Ziele sind miteinander vereinbar, welche unvereinbar? Wie viele unvereinbare Ziele kann eine Partei integrieren? Welche Ziele sind in den Volksvertretungen koalitions- und damit mehrheitsfähig? Und welche Ziele schließen die Chance auf Koalitionspartner aus?

Eine solche Transformation von Interessen und Bedürfnissen kennt ihre Gewinner und Verlierer. Was in der Logik der Parteien nicht vorkommt, kommt dann auch im Parlament und bei der Regierung nicht an, und zwar weder bei den Mehrheiten und Koalitionen noch bei den Minderheiten in der Opposition. Politiknachfragen, die voraussichtlich keine Chancen versprechen, werden so exkludiert. Dann ist das vorausgesetzte theoretische System demokratischer Alternativenbildung praktisch gestört. Es delegitimiert sich jedenfalls gegenüber denjenigen, die sich und ihre Ziele nicht mehr hinreichend vertreten fühlen. Solange diese marginalen Minderheiten bleiben, lassen sie sich als Randunschärfen der Demokratie einstufen. Prinzipielle Gegner hat es zu allen Zeiten gegeben, nur eben in überschaubarer Zahl. Doch in der Gegenwart finden sie Zulauf durch Bürgerinnen und Bürger, die ein vergleichbares Gefühl eint: Dass immer nur sie die Lasten tragen müssen und immer nur andere unterstützt werden. Dieses Gefühl wird medial erzeugt und verstärkt, wo einzelne Defizite stets neu angeprangert und Talkshows ausgiebig über Mängel, kaum je über Leistungen der Demokratie diskutieren. Der mediale Krisendiskurs verstärkt sich so selbst. Als Ausweg erscheint den Kritikerinnen und Kritikern dann die Rückgabe der faktischen Ausübung der Staatsgewalt an die Menschen, an das Volk (lateinisch: *populus*) selbst. Das wäre kein Protest gegen die Demokratie, weil gerade deren Rückgabe an den demokratischen Souverän selbst verlangt wird. Er richtet sich vielmehr gegen die demokratischen Institutionen, welche die mittelbare Demokratie an das Volk rückbinden sollen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Populismus tritt auf im Namen der (unmittelbaren) Demokratie und richtet sich gegen den parlamentarischen Parteienstaat und dessen Institutionen. Er ist also *antiinstitutionalistisch*, nicht zwingend antidemokratisch, wo und wenn es direktdemokratische Alternativen gibt.



Wie sich die Verfassung und ihre Rechtsprechung zu populistischen und extremistischen Kräften verhalten werden, wird auch die Zukunft unserer Demokratie bestimmen. So begann im Juli 2023 vor dem Bundesverfassungsgericht die Verhandlung über die staatliche Parteienfinanzierung der rechtsextremen Partei NPD/Die Heimat. Deren Verantwortliche blieben dem Verhandlungsbeginn fern.

©picture alliance / dpa | Uwe Ansapach

Gegenwärtig begründet der Populismus zugleich das *Populismusparadox*. Er richtet sein Ziel auf Einzug in die Volksvertretungen, also die eigentlich abgelehnten Institutionen. Mit dem Parlamentarismus gegen den Parlamentarismus?

Wird es gelingen, relevante Teile der Bevölkerung auch weiterhin von der überlegenen Organisations-, Handlungs- und Legitimationsfähigkeit der mittelbaren Demokratie zu überzeugen? Oder wird die Balance zwischen mittelbarer und unmittelbarer Demokratie auch im Grundgesetz neu justiert werden müssen? Hier liegen Herausforderungen, für die es kein Patentrezept gibt. Ganz falsch wäre es, den neuen Strömungen allein mit Argumenten wie „verfassungswidrig“ oder mit Verfassungsschutzbehörden zu begegnen. Die Stärke der freiheitlichen Demokratie liegt in ihrer Öffnung, die sich im Zuhören, in Responsivität und limitierter Inklusion erweist. Es gilt, sich benachteiligt fühlende Menschen zurückzugewinnen und nicht, sie hinauszudrängen.

Zwischen Bewährung und Herausforderung

Bewährung und Herausforderungen hängen unmittelbar zusammen. Bewährung war stets auch erfolgreiche Bewältigung von Herausforderungen. Und Herausforderungen sind Anfragen an allzu selbstgewisse Bewährungsdiagnosen. Das gilt umso mehr, seit sich das westliche System nicht mehr durch seine schlichte Konfrontation mit konkurrierenden Systemen im Ausland beweisen kann. Neue Systemkonkurrenzen stellen neue Frage mit ungewissem Ausgang. Der

Verweis auf bestandene frühere Bewährungsproben allein reicht dafür jedenfalls nicht aus.

Das Grundgesetz, das nach 75 Jahren gilt, ist trotz desselben Namens nicht mehr dasselbe Normenwerk. Ein Teil ist stabil geblieben, ein anderer, erheblicher Teil hat sich gewandelt. Flexibilität und Wandlungsfähigkeit waren sowohl Voraussetzung als auch Preis seiner Dauerhaftigkeit. Weder ist alles gleich geblieben noch aber auch alles neu. Und nichts spricht dafür, dass dies in Zukunft anders sein wird. Das zukünftige Grundgesetz wird anders sein, damit es bleiben kann. Dafür sind Lernfähigkeit der politischen Organe und Leistungsfähigkeit des Rechts gefordert. Bewährung ist stets und am ehesten die Fähigkeit, Herausforderungen zu meistern. Hier treffen sich Bewährung und Herausforderung.

Prof. Dr. Christoph Gusy,

KURZVITA

Jahrgang 1955, ist nach Stationen in Mainz und Halle Professor für Öffentliches Recht, Staatslehre und Verfassungsgeschichte an der Universität Bielefeld. Forschungsschwerpunkte sind Grundrechtsfragen, juristische Zeitgeschichte, Sicherheitsrecht sowie Informations- und Datenschutzrecht. Jüngere Veröffentlichung: „100 Jahre Weimarer Verfassung“ (Tübingen 2018).

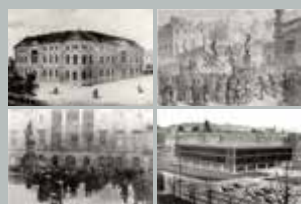
LITERATUR

- Allemann, Fritz Rene (1956): *Bonn ist nicht Weimar*. Köln/Berlin.
- Arndt, Adolf (1960): *Das nicht erfüllte Grundgesetz*. Tübingen.
- Cancik, Pascale (Hrsg.) (2023): *Demokratie zwischen Parlamentarisierung und Entparlamentarisierung*. Tübingen.
- Collings, Justin (2015): *Democracy's Guardians. A History of the German Federal Constitutional Court, 1951–2001*. Oxford.
- Dreier, Horst (2009): *Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat*. München.
- Grimm, Dieter (1991): *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt/M.
- Grimm, Dieter (2001): *Die Verfassung und die Politik*. München.
- Gusy, Christoph (Hrsg.) (2003): *Weimars lange Schatten – „Weimar“ als Argument nach 1945*. Baden-Baden.
- Heinig, Hans Michael/Schorkopf, Frank (Hrsg.) (2019): *70 Jahre Grundgesetz. In welcher Verfassung ist die Bundesrepublik? Göttingen*.
- Hillgruber, Christian/Waldhoff, Christian (Hrsg.) (2010): *60 Jahre Bonner Grundgesetz – eine geglückte Verfassung? Göttingen*.
- Ipsen, Jörn (2009): *Der Staat der Mitte. Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*. München.
- Kersten, Jens (2022): *Das ökologische Grundgesetz*. München.
- Kulick, Andreas/Vasel, Johann Justus (Hrsg.) (2021): *Das konservative Gericht. Ein Essay zum 70. Jubiläum des Bundesverfassungsgerichts*. Tübingen.
- Manow, Philipp (2018): *Die politische Ökonomie des Populismus*. Berlin.
- Manow, Philipp (2020): *(Ent-)Demokratisierung der Demokratie*. Berlin.
- Meinel, Florian (2019): *Vertrauensfrage. Zur Krise des heutigen Parlamentarismus*. München.
- Wolfrum, Edgar (2006): *Die geglückte Demokratie. Geschichte der Bundesrepublik Deutschland von ihren Anfängen bis zur Gegenwart*. Stuttgart.

Demokratie erinnern

Historisch-politische Identitätsbildung
im deutschen Südwesten

Hrsg. von Bernd Braun, Frank Engehausen,
Sibylle Thelen und Reinhold Weber



lpb

Landeszentrale für politische Bildung
Baden-Württemberg

Demokratie erinnern

Historisch-politische Identitätsbildung im
deutschen Südwesten

Hrsg.: Bernd Braun, Frank Engehausen, Sibylle Thelen, Reinhold Weber

Die Demokratie wurde den Deutschen nicht in die Wiege gelegt. Sie wurde in einem langwierigen Prozess erstritten und erkämpft. Erinnerung und Gedenken an diese Entwicklung, an die Demokratie und ihre Errungenschaften haben ihre eigene Geschichte.

Dieser Band zeichnet die demokratische Erinnerungskultur im deutschen Südwesten seit Beginn des 19. Jahrhunderts nach und würdigt zugleich die erfolgreiche, aber hart umkämpfte Etablierung einer demokratischen und freiheitlichen Verfassungsordnung.

9 Euro zzgl. Versand, Bestellung ausschließlich im Webshop
der Landeszentrale für politische Bildung: www.lpb-bw.de/shop
E-Book (kostenlos) unter www.lpb-bw.de/e-books.html

lpb
BW

Verfassungspatriotismus?

Eine kritische Reflexion anlässlich des 75. Jahrestags des Grundgesetzes

Eva Ricarda Lautsch

Auch vor dem 75. Jahrestag des Grundgesetzes ist dieses vielen Deutschen nicht nur ein Rechtstext, sondern auch Kernbestandteil einer gemeinsamen politischen Identität. Im Sinne eines „Verfassungspatriotismus“ wird die Verfassung dabei als „Wertordnung“ verstanden, die einer freiheitlich-demokratischen Kultur den Boden bereiten soll. Derart mit moralphilosophischer Bedeutung aufgeladen ist sie in ihrer Funktion als Rechtstext allerdings überfordert. Wie Eva Ricarda Lautsch in ihrem Beitrag darlegt, beschreiben die Regeln der Verfassung kein moralisches Ideal, sondern organisieren das Leben in einer Demokratie durch Grundrechte und Verfahren. Diese Verfahren gilt es, mit politischem Leben zu füllen. Als Referenzpunkt politischer Debatten überlagert die Verfassung als „Wertordnung“ allerdings den politischen Diskurs, dessen Inhalte statt in politischen so nur in den vergleichsweise starren Kategorien des Verfassungsrechts verhandelt werden.

Verfassungspatriotismus: Ein gesellschaftliches Erfolgskonzept?

„Das ist alles von der Kunstfreiheit gedeckt“, singt der Punkrapper Danger Dan 2021 in seinem gleichnamigen Song. Die Kunstfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 GG soll ihn davor schützen, wegen seiner verbalen Angriffe auf Protagonisten der Neuen Rechten im selben Lied juristisch belangt zu werden. „Juristisch ist die Grauzone erreicht“, heißt es im Liedtext,

„Doch vor Gericht mach' ich es mir dann wieder leicht/ Zeig' mich an und ich öffne einen Sekt/ Das ist alles von der [...] Kunstfreiheit gedeckt“. Ziel der verbalen Angriffe des Rappers sind dabei nicht nur Einzelpersonen, sondern auch „Staat und Polizeiapparat“. Das Grundgesetz, die Verfassung dieses Staates, nimmt im Jahr 2021 selbst ein dezidiert systemkritischer Musiker wie Danger Dan hingegen gerne für sich in Anspruch. Danger Dan, mit bürgerlichem Namen Daniel Pongratz, ist Teil der Hip-Hop-Formation *Antilopen*



Der Künstler Danger Dan bei seiner Konzerttournee „Das ist alles von der Kunstfreiheit gedeckt“ im Oktober 2022 in Berlin.

©picture alliance / PIC ONE | Adina Scharfenberg

Gang, die wiederum aus einem Kollektiv namens *Anti Alles Aktion* hervorgegangen ist. Mit dem Habitus des Punks positionieren sich die Künstler in ihren Texten als Rebellen gegen den Staat und seine Institutionen – Universitäten, Medien, bürgerliche Familie. Neu ist, dass zur Unterstützung dieser Rebellion nun auch das Grundgesetz herangezogen wird.

Auch andernorts ist das Grundgesetz vor seinem 75. Geburtstag in Deutschland so beliebt, dass selbst Widerstand gegen Staat und System nicht ohne Berufung auf die Verfassung dieses Staates auszukommen scheinen: Die „Letzte Generation“, die mit ihren aufsehenerregenden Aktionen bewusst Recht bricht und damit nicht nur die Klima-, sondern immer auch die Systemfrage stellt, beklagt andererseits in der Klimafrage immer wieder einen „Verfassungsbruch“ der Bundesregierung (vgl. dazu Letzte Generation o. D.).

Fast könnte man die Aktivistinnen und Aktivisten der „Letzten Generation“ als Verfassungspatriotinnen und -patrioten bezeichnen, so vehement wird hier das Grundgesetz für die eigenen politischen Ziele reklamiert (s. auch Cordsen 2023). Es scheint, als versuchte man hier, die Gesellschaft nicht *außerhalb*, sondern *mithilfe* der Verfassung, sozusagen auf dem Boden des Grundgesetzes, zu verändern. Dabei ist politischer Aktivismus, jedenfalls traditionell, an den demokratischen Verfahren der so verfassten Gesellschaft nur wenig interessiert und versucht vielmehr von außen, auf deren Institutionen Einfluss zu nehmen. Ist nun der Verfassungspatriotismus deutscher Prägung imstande, selbst politische Aktivistinnen und Aktivisten wie die der „Letzten Generation“ von der Verfassung des Staates als gesellschaftlicher Identifikationsgrundlage zu überzeugen? Oder ist umgekehrt das Konzept des Verfassungspatriotismus so beliebig, dass es sich als gemeinsame Erzählung einer Gesellschaft letztlich nicht – oder nicht mehr – eignet?

Begriff

„To believe in the constitutional project is to believe in a story“, schreibt der US-amerikanische Rechtswissenschaftler Jack Balkin (Balkin 2011: 2). Eine solche Erzählung, die nicht nur die Verfassung trägt, sondern oftmals eine Gesellschaft überhaupt erst zur politischen Gemeinschaft formt, ist dabei – jedenfalls in den Verfassungsstaaten der westlichen Moderne – immer in gewisser Weise „verfassungspatriotisch“. Als Grundsteine der jeweiligen staatlichen Ordnung bilden Verfassungen hier stets auch wichtige Bezugspunkte kollektiver Identifikation mit dem Staat und seinem politischen System. Ein expliziter Verfassungspatriotismus stellt die Verfassung demgegenüber bewusst ins Zentrum der Identität der staatlichen Gemeinschaft – und reduziert die gemeinsame Identifikation gleichzeitig auf die Verfassung des Staates.

Geprägt wurde der Begriff bereits in den späten 1970er Jahren von dem Politologen und Publizisten Dolf Sternberger, maßgeblich durch einen Leitartikel in der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* (Sternberger 1979). Dem geteilten Deutschland, für das sich auch aufgrund der historischen Schande des Nationalsozialismus nicht ohne Weiteres ein positives Nationalgefühl einstellen mochte, wollte Sternberger eine neue Selbsterzählung als freies und demokratisches Land ermöglichen. Diese neue Selbsterzählung nahm die Verfassung zum Ausgangspunkt. Zum dreißigsten Jahrestag des Grundgesetzes schrieb Sternberger in besagtem FAZ-Artikel:

„Die Verfassung ist aus der Verschattung gekommen, worin sie entstanden war. In dem Maße, wie sie Leben gewann, [...] wie wir selbst die Freiheiten gebrauchten, die dort gewährleistet waren, wie wir in und mit diesem Staat uns zu bewegen lernten, hat sich unmerklich ein neuer, ein zweiter Patriotismus ausgebildet, der eben auf die Verfassung sich gründet. Das Nationalgefühl bleibt verwundet, wir leben nicht im ganzen Deutschland. Aber wir leben in einer ganzen Verfassung, in einem ganzen Verfassungsstaat, und das ist selbst eine Art von Vaterland.“

Dieser neue Patriotismus sollte also auf dem Grundgesetz aufbauen. Doch ging es Sternberger nicht nur um dessen rechtliche Inhalte, sondern auch um eine neue Vaterlands-*liebe*, die das Grundgesetz als Fundament einer neuen und freiheitlichen Ordnung ermöglichen sollte. Sein Verfassungspatriotismus hatte eine Gemeinschaft aufgeklärter Bürgerinnen und Bürger im Blick, in der alle Einzelnen bereit sind, für Vaterland und Verfassung – und für ein Vaterland im Sinne dieser Verfassung – einzustehen (s. Müller 2010: 26 ff.).

In den 1980er Jahren machte sich der Philosoph Jürgen Habermas den Begriff des Verfassungspatriotismus zu eigen. Es war die Zeit des Historikerstreits, in dem Habermas seinen Kontrahenten – unter anderem dem Historiker Ernst Nolte – vorwarf, die Verbrechen des Nationalsozialismus zu relativieren und Deutschland so ein positiveres, aber revisionistisches Geschichtsbild zu ermöglichen. Im Vergleich zu Sternberger formulierte Habermas eine deutlich kritischere und distanziertere Vorstellung eines Verfassungspatriotismus. Seiner Ansicht nach durfte sich ein Patriotismus in Deutschland nur auf universalistische Verfassungsprinzipien wie Demokratie und Rechtsstaatlichkeit beziehen (Habermas 1987: 135). Die *Patria*, also das Vaterland, und erst recht die Vaterlands-*liebe*, kamen in seiner Konzeption bewusst nicht vor.



Während der Urheber des Begriffs Verfassungspatriotismus, Dolf Sternberger, sich noch auf Vorstellungen einer affektiven Aneignung des Grundgesetzes als „Vaterlands-*liebe*“ bezog, ...

©ullstein bild - Brigitte Friedrich



... betonte der Philosoph Jürgen Habermas in Anwendung des Begriffs universalistische Verfassungsprinzipien wie Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. ©ullstein bild - Viennareport

Dabei erforderte auch Habermas' Verfassungspatriotismus einen Glauben an die Verfassung, der sich nicht nur auf deren nüchterne Rechtssätze, sondern auf eine breiter angelegte *constitutional story* bezieht. Für Habermas war klar: Verfassungsprinzipien wie Rechtsstaatlichkeit und Demokratie werden nur dann gesellschaftliche Praxis, wenn sie auf entsprechende „Gesinnungen“ innerhalb einer Gesellschaft treffen. Sein Verfassungspatriotismus beschreibt daher eine liberale politische Kultur als „gemeinsamen Nenner“ (hierzu insgesamt Habermas 2017: 642).

Auch Habermas machte das Grundgesetz damit zur Projektionsfläche für eine neue Selbsterzählung der Bundesrepublik, die das Grundgesetz nicht nur als Rechtstext, sondern auch als Ausdruck gemeinsamer Werte in Bezug nimmt. Wie bereits Sternberger versuchte nun also auch Habermas, eine Grundlage gesellschaftlicher Integration zu finden, die der noch jungen und bislang aufgrund ihrer Geschichte eher sachlich geprägten Bundesrepublik eine positiv besetzte gemeinsame Identität ermöglichen sollte.

Geschichte

Dass dem Grundgesetz überhaupt einmal eine so bedeutende, identitätsstiftende Funktion zugeschrieben werden würde, war an seinen Anfängen keineswegs ausgemacht. Und auch dreißig Jahre nach seinem Inkrafttreten sprach Sternberger nicht ohne Grund von einer „Verschattung“, aus der das Grundgesetz erst über die Jahre hervorgekommen sei. Ursprünglich war das Grundgesetz nur als Übergangslösung gedacht, bis es in einem wiedervereinigten Deutschland zu einer „echten“ Verfassungsgebung kommen sollte. Auch traten die damaligen Autorinnen und Autoren des Grundgesetzes bewusst nicht als „verfassungsgebende“ oder „Nationalversammlung“, sondern als „Parlamentarischer Rat“ zusammen, da man die Zeit für einen Verfassungskonvent, der sich auch so nennen konnte, noch nicht gekom-

men sah. Die Bevölkerung begegnete der Arbeit des Parlamentarischen Rates dabei überwiegend mit Gleichgültigkeit: Gemäß Umfragen aus dieser Zeit bekundeten 33 Prozent der Deutschen nur wenig, 40 Prozent gar kein Interesse am Entstehungsprozess des Grundgesetzes (von Beyme 2017: 37).

Dennoch gelangte das Grundgesetz zu einer Popularität, die es sogar zum Symbol eines neuen Patriotismus werden lässt. Diese Popularität ist ohne die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und deren weitreichenden Einfluss nicht vorstellbar. Der Parlamentarische Rat traf hierfür eine maßgebliche Weichenstellung: die Entscheidung für eine eigenständige Verfassungsgerichtsbarkeit. Recht und Politik gehen auf diese Weise eine besondere Verbindung ein. Politischer Wandel wird so immer wieder an der Verfassung gemessen und ihren Beschränkungen unterworfen. Die Entscheidungen des Verfassungsgerichts, die für den Einzelfall ergehen, entfalten ihre Wirkung dabei weit über diesen Einzelfall hinaus und prägen das Verständnis der Verfassung als Ganzes.

Das Bundesverfassungsgericht hat durch seine Rechtsprechung nicht nur das Verständnis der Verfassung, sondern auch die politische Kultur in der Bundesrepublik erheblich beeinflusst. Seine Rolle ist dabei durchaus ambivalent. Indem es sich von Beginn an klar vom Erbe des Nationalsozialismus distanzierte und als „Grundrechtsgericht“ wesentlich zu einer Liberalisierung der Rechtsordnung beitrug, wurde es „zum Geburtshelfer der zweiten deutschen Demokratie“ (Schönberger 2011: 27). Doch vertragen sich auch in der Gesellschaft weiterhin vorhandene vordemokratische und autoritäre Denkstrukturen „gar nicht so schlecht mit einem mächtigen Verfassungsgericht“ (Bryde 1999: 201). Anders als in Großbritannien oder auch in Frankreich blickt man in Deutschland nicht auf eine besonders ausgeprägte parlamentarische Tradition zurück. Und so richten sich Autoritätserwartungen in der Bundesrepublik eher an die Justiz als an das Parlament. Demokratie wird in der Bundesrepublik daher stärker als anderswo in der Sprache des Rechts vermittelt und gelebt.

Mit einer frühen, grundlegenden Entscheidung, dem Lüth-Urteil (BVerfGE 7, 198), nahm das Bundesverfassungsgericht nicht nur auf den rechtlichen, sondern auch auf den politischen Diskurs in der Bundesrepublik entscheidenden Einfluss. Hier konzipierte es die Grundrechte erstmals als „objektive Wertordnung“:

„Ebenso richtig ist aber, daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will [...], in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt [...]. Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten [...].“

In rechtlicher Hinsicht ermöglicht die „objektive Wertordnung“ als Argumentationsfigur dem Bundesverfassungsgericht, die gesamte Rechtsordnung in letzter Konsequenz an den Grundrechten zu messen. Und für den politischen Diskurs reichen die Grundrechte mit der Lüth-Entscheidung sogar noch weiter: Mit dem dort geprägten Begriff der Wertordnung wird hier der Rechtstext der Verfassung zur weltanschaulichen Grundlage der politischen Ordnung stilisiert. Erst als „Wertordnung“ eignen sich Grundrechte und Verfas-

sung als Anknüpfungspunkte staatsbürgerlicher Identifikation.

Die Vorstellung von der objektiven Wertordnung war gerade im Nachkriegsdeutschland besonders attraktiv. Anstelle der makelbehafteten Nation ermöglichte sie eine neue, westlich-liberale Zivilreligion (zum Begriff bereits Rousseau 1791: 228 f.; Renaissance durch Bellah 1967), mit einer entsprechend mit Bedeutung aufgeladenen Verfassung als Bezugspunkt. Die Leistung des Verfassungspatriotismus besteht darin, diese Zivilreligion auf einen Begriff zu bringen. Der Erfolg dieser Wortschöpfung zeigt sich auch anhand der seither nicht abreißenden Debatten um den Begriff, die in beständigem Rhythmus immer wieder zu medialer Aufmerksamkeit gelangen. Anlässe hierfür bieten Jubiläen wie der bevorstehende 75. Jahrestag des Grundgesetzes ebenso wie politische Ereignisse und Entwicklungen, die den gesellschaftlichen Zusammenhalt herausfordern. Auch wenn die Leistungsfähigkeit eines „Verfassungspatriotismus“ für den gesellschaftlichen Zusammenhalt dabei mitunter auch in Zweifel gezogen wird (einen Überblick hierzu bietet Schölderle 2020), scheint die Idee auch heute überwiegend auf Zustimmung zu stoßen.

Dies liegt nicht zuletzt an zahlreichen prominenten „Verfassungspatrioten“. So bekannte etwa der damalige Bundespräsident Joachim Gauck zu seinem Abschied aus dem Schloss Bellevue, sein „eigener Verfassungspatriotismus resultiert nicht nur aus intellektueller Einsicht, sondern ebenso aus emotionaler Berührtheit“ (s. Tirnthal 2019). Auf die Frage, ob es in Deutschland einer „Leitkultur“ bedürfe, antwortete der damalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts Andreas Voßkuhle in einem Interview, er sei „in erster Linie Verfassungspatriot“ (Bröcker/Rasche 2018). Michael Müller bekundete als regierender Bürgermeister von Berlin, er „liebe“ das Grundgesetz, und es sei „gut, das auch zu sagen“ (Balzli/Bewarder 2016). Und der Richter am Europäischen Gerichtshof Thomas von Danwitz lobte in einem Beitrag in der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* das Grundgesetz als internationales „Referenzmodell“, unter anderem, weil es einen Verfassungspatriotismus ermögliche (von Danwitz 2019).

Kritik

Die Verfassung als gemeinsame Wertordnung, auf die sich die Idee eines Verfassungspatriotismus bezieht, suggeriert einen breiten gesellschaftlichen Wertekonsens. Gerade in der heutigen Situation politischer Fragmentierung, in der innerhalb der nationalen Ordnung Volksparteien an Orientierungskraft verloren haben und die Bundesrepublik als Demokratie in einer neuen und zunehmenden Konkurrenz mit antiliberalen politischen Systemen auch von außen unter Druck gerät, scheint der Verfassungspatriotismus aufgrund seines universalen Anspruchs Halt zu bieten.

Nach innen scheint der Verfassungspatriotismus politisch hinreichend neutral: Nicht nur reicht das Grundgesetz als Bezugspunkt einer gemeinsamen Identität über (jedenfalls die meisten) politischen Gräben hinweg, sondern es lässt auch für den Moment seiner Beschwörung die Vereinzelung und den rauen Ton, mitunter Hass, in zunehmend digital geführten Debatten vergessen. Und auch nach außen, mit Blick auf die europäische Ebene, erscheint ein Verfassungspatriotismus anschlussfähig, weil er mit ähnlich grobem Pinselstrich wie dort (siehe Artikel 2 des Vertrags über die Europäische Union) Menschenwürde, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Freiheit als gemeinsame Werte formuliert.

Durch die Bezugnahme auf das Grundgesetz als patriotisches Symbol wird auf eine positiv-emotionale Weise die eigene Verbundenheit mit dem Gemeinwesen ausgedrückt. Diese Verbundenheit schließt zwar die Unterstützung von Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechten ein, vermeidet jedoch bewusst eine politische Positionierung. Aufbauend auf der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts werden diese Positionen dabei als Bestandteile einer gemeinsamen Wertordnung behandelt. Die Verfassung wird dabei als die klare und umfassende Darstellung oder auch als das ideale Modell dieser Ordnung betrachtet, wobei ihre Inhalte als unveränderlich und unumstritten dargestellt werden.

So schreibt etwa Thomas von Danwitz in dem bereits erwähnten Artikel in der FAZ: „Die rechts- und verfassungsstaatlichen Werte des Grundgesetzes sind kein Angebot à la carte. [...] Die Integrationsaufgabe des Grundgesetzes besteht gerade darin, alle Mitbürger davon zu überzeugen, dass sich der Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung gleichermaßen auf alle Werte und Freiheiten erstreckt, die den Deutschen gewährleistet sind“ (von Danwitz 2019).

An diesem Zitat lassen sich nun die Probleme des Begriffs „Verfassungspatriotismus“ und der Wertordnung, auf die er sich bezieht, veranschaulichen. Zunächst einmal beinhaltet die Verfassung keine feststehenden „Werte“ im Sinne moralphilosophischer Positionen. Die Verfassung ist keine Wertordnung, sondern eine Rechtsordnung. Als solche ist sie Dokument einer politischen Übereinkunft über die Grundlagen des Staates und seiner Institutionen. Auch Demokratie und Rechtsstaatlichkeit sind Bestandteile dieser Übereinkunft und müssen erst mit Leben gefüllt werden – durch Wahlen, in politischen Parteien, durch Gerichte und Behörden sowie innerhalb der Verfassungsorgane und ihrer Verfahren.

Gleiches gilt für die Grundrechte: Etwa das Grundrecht auf Meinungsfreiheit, Eckpfeiler der Demokratie, kommt besonders dort zum Tragen, wo es unterschiedliche politische Positionen und auch politischen Streit ermöglicht. Formuliert als „Wert“, d. h. als Moralvorstellung, ist mit dem Bekenntnis zur Meinungsfreiheit aber keine weitergehende politische Auffassung verbunden, sondern eine Haltung, die gerade nicht zur Diskussion einlädt. Auch andere grundrechtlich geschützte Güter wie die Gleichstellung der Geschlechter, die Glaubens- und Gewissensfreiheit oder der Schutz von Ehe und Familie beinhalten in der Form von „Werten“ eine Festgelegtheit, die divergierende Ansichten über Inhalt und Grenzen dieser Grundrechte von sich weist. Der patriotische Stolz auf eine derart zur moralischen Haltung gewordenen Verfassung beschreibt dabei nicht unbedingt ein bestimmtes Verhältnis zur Patria, sondern vor allem die Überzeugung, mit den eigenen Positionen im Recht zu sein.

Die Verfassung auf diese Weise für die eigenen Anschauungen in den Dienst zu nehmen, birgt darüber hinaus auch Risiken, die letztlich auch den gesellschaftlichen Zusammenhalt betreffen. Indem die Regelungen des Grundgesetzes in der Form idealisierter „Werte“ für die unterschiedlichsten politischen Forderungen reklamiert werden, findet die Politisierung auf einer Ebene statt, auf der die jeweiligen Themen weder in der Kategorie von Werten noch in der Sprache des Rechts produktiv bearbeitet werden können. Wenn etwa die „Letzte Generation“ für ihre Vorstellungen vom Klimaschutz die „Werte“ des Grundgesetzes in Anspruch nimmt (s. etwa Arnhold 2023), steckt darin der Versuch, dem politischen Ziel sowohl moralische Unverrückbarkeit als auch die Autorität des Rechts zu verleihen. Das Recht, an



Das Kunstwerk *Grundgesetz 49* des israelischen Künstlers Dani Karavan im März 2023, nachdem es Aktivistinnen und Aktivisten der „Letzten Generation“ mit schwarzer Farbe übergossen und mit Plakaten beklebt haben. ©picture alliance / dpa | Jörg Carstensen

sich bereits kodifiziertes *Ergebnis* eines politischen Aushandlungsprozesses, statuiert allgemeingültige Verhaltensnormen. Indem behauptet wird, die eigene Position sei bereits im Grundgesetz angelegt, wird diese Position als ebenso allgemeingültig ausgegeben. Ein offener politischer Diskurs, in dem sich das bessere Argument durchsetzt, ist hier von vornherein nicht das Ziel.

Umgekehrt wird eine offene Diskussion auch aus der (politischen) Gegenrichtung erschwert. Als Aktivistinnen und Aktivisten der „Letzten Generation“ im März (und erneut im Mai) 2023 die Skulptur *Grundgesetz 49* unweit des Reichstags mit grauer Farbe, die an Erdöl erinnern soll, beschmieren („Erdöl oder Grundrechte?“ lautete das Motto), wirft die SPD-Bundestagsabgeordnete Katja Mast ihnen vor, „unsere Werte mit Füßen“ zu treten (s. etwa SZ/dpa/ihe 2023). Auch Mast spielt damit auf die Verfassung als gemeinsame Wertordnung an – hier repräsentiert durch die Glastafeln der Skulptur, die mit den Grundrechten nach Artikel 1 bis 19 des Grundgesetzes beschrieben sind – und spricht den Aktivistinnen und Aktivisten zugleich ab, auf dem Boden dieser Ordnung zu agieren. Indem sie dabei die Autorität der Verfassung für sich in Anspruch nimmt, statt die Aktion selbst, ihre Art und Weise oder die Ziele der Aktivistinnen und Aktivisten konkret zu kritisieren, gibt auch Mast ihre Position als allgemeingültig aus und verlagert die Diskussion so auf die Ebene des Systemkonflikts, auf der eine inhaltliche Auseinandersetzung kaum noch möglich ist.

Dabei zeigt sich gerade anhand dieser Protestaktion die Aporie des Verfassungspatriotismus: Wo sowohl die „Letzte Generation“ als auch Katja Mast die „Werte“ des Grundgesetzes für sich – und gegen die jeweils andere(n) – reklamieren, wird deutlich, dass sich die Verfassung als bedeutungsfeste moralische Grundlage eines politischen Gemeinwesens nicht eignet. Die Verfassung ist nicht das Ideal politischer Vorgänge in der Gesellschaft, sondern formuliert hierfür lediglich einen rechtlichen Rahmen. Sobald sich, wie hier, unterschiedliche Akteure im Streit gegenüberstehen, die jeweils die Verfassung in dieser idealisierten Form für

sich in Anspruch nehmen, zeigt sich, dass keine der beiden Positionen tatsächlich dem Ideal entspricht, sondern es sich in beiden Fällen um politische Stellungnahmen handelt, die sich auf diese Weise der inhaltlichen Auseinandersetzung entziehen. Zwar kann die gewählte Abgeordnete mit größerer Glaubwürdigkeit für sich beanspruchen, gesellschaftlich konsensfähige Positionen zu vertreten, allerdings handelt es sich auch hierbei nicht um „Werte“ im Sinne gesamtgesellschaftlicher Ideale.

Gerade im parlamentarischen Prozess ist entscheidend: Die Verfassung enthält lediglich ein Regelwerk für Verfahren der demokratischen Meinungsfindung, doch müssen diese Verfahren durch politische Positionierungen erst mit Inhalten gefüllt werden. In einer freiheitlichen Demokratie zeichnet sich der Prozess der politischen Meinungsbildung auch dadurch aus, dass politische Ausrichtungen und selbst demokratische Entscheidungsverfahren immer wieder neu verhandelt werden können. Wer demgegenüber die Verfassung als Schablone anstelle einer politischen Stellungnahme heranzieht, überschätzt ihre Funktion und ihr Leistungsvermögen.

Dabei ist es in Deutschland beinahe alltäglich, dass politischer Streit auf die Ebene des Verfassungsrechts verlagert wird. Ob in Bayern Kruzifixe in öffentlichen Gebäuden hängen sollen (s. etwa Di Fabio 2018) oder ob in Berlin Wohnraum vergesellschaftet werden soll (zur Debatte etwa Freiß/Laven 2023) – allenthalben werden politisch umkämpfte Themen als verfassungsrechtliche diskutiert. Zwar haben diese Themen – so auch die Kruzifix-Debatte oder der Streit über die Vergesellschaftung von Wohnraum – häufig auch eine verfassungsrechtliche Dimension. Doch während bei Kruzifixen oder Vergesellschaftungsideen über deren jeweilige Verfassungsmäßigkeit gestritten wird, bleiben die zugrundeliegenden politischen Fragen unbearbeitet (vgl. dazu auch den Beitrag von Daniela Winkler in dieser Ausgabe).

Letztlich richtet sich der Blick dabei nicht selten nach Karlsruhe, wo die letztgültige verfassungsgerichtliche Klärung

der ursprünglich politischen Streitfrage erwartet wird. Der Konflikt kann hier zwar mit Blick auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit mit der institutionellen Autorität der Verfassungsgerichtsentscheidung beendet werden, doch die politische Frage bleibt bestehen.

Probleme bereitet dies in letzter Zeit nicht mehr nur für die Akzeptanz parlamentarischer Entscheidungsfindung. Auch das Bundesverfassungsgericht, das sich in seinen Urteilen und Beschlüssen immer wieder weit in den Raum politischen Handelns hineinwagt, gerät dabei zunehmend unter Rechtfertigungsdruck. So hat etwa der sogenannte Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 157, 30), in dem das Gericht mit der Figur des „intertemporalen Freiheitsschutzes“ den Grundrechtsschutz in die Zukunft ausdehnt und dem Parlament entsprechende Vorgaben bei der Klimaschutzgesetzgebung macht, ein gespaltenes politisches Echo ausgelöst. Zwei Jahre nach der Entscheidung, die von Umweltschützerinnen und -schützern als bahnbrechend gefeiert und seitens der Politik als Eingriff in die Kompetenzen des Gesetzgebers kritisiert wurde (s. etwa Die Welt/dpa/epd/dp 2021), wird sie nun weder von den Verwaltungsgerichten noch vom Bundesverfassungsgericht selbst besonders beachtet (Groß 2023). Was bleibt ist der Eindruck eines Gerichts, das um die Akzeptanz der eigenen Entscheidung bangt.

Jedenfalls scheint der Grundsatz, ein Gericht spreche (nur) durch seine Urteile, den Herausforderungen, mit denen sich das Bundesverfassungsgericht konfrontiert sieht, aus eigener Sicht nicht mehr angemessen. X (früher Twitter)-Profil, Internetseite, kurze Zeit auch das Experiment mit einem eigenen Instagram-Kanal sowie Zeitungs- und TV-Interviews mit Richterinnen und Richtern, die Entscheidungen weiter erläutern: Im Angesicht der Sorge um die eigene institutionelle Legitimität (s. etwa Voßkuhle 2020) hat das Gericht

medial aufgerüstet, um die eigene Wahrnehmung in der Öffentlichkeit zu beeinflussen.

Hierbei droht allerdings unvermeidlich die Gefahr, zur eigenen Politisierung beizutragen und bestehende Legitimitätskonflikte weiter anzuheizen. Beim Blick auf den US-amerikanischen Supreme Court und dessen klar politisch zuzuordnenden und in der Öffentlichkeit stehenden Richterinnen und Richter wird klar, welche Folgen dies haben kann: Längst werden dort umstrittene Entscheidungen nicht mehr als rein rechtliche akzeptiert, sondern entsprechend der Voten der verschiedenen Richterinnen und Richter politisch gedeutet. Die Legitimität des Supreme Court als Gericht wird dabei immer stärker strapaziert.

Angesichts derartiger Risiken zeigt sich auch hier, dass politische Konflikte in einer Demokratie in erster Linie dort ausgetragen werden müssen, wo sie wirksam adressiert werden können: in öffentlichen Debatten, vermittelt durch Medien und Parteien, und schließlich in den Parlamenten. Hier gilt es dann, den politischen Streit auch inhaltlich in Kategorien des Politischen auszutragen. Wird stattdessen eine mit Wertvorstellungen aufgeladene, idealisierte Verfassung für die eigenen Positionen in Anspruch genommen, nimmt nicht nur der politische Prozess Schaden, sondern auch die Idealvorstellung von der Verfassung als „Wertordnung“. Ihre Indienstnahme für unterschiedliche, teils entgegengesetzte politische Ziele säht (berechtigte) Zweifel an der tatsächlichen Gemeinsamkeit der verfassungsrechtlichen „Werte“, während gleichzeitig der eigentliche politische Konflikt nicht bearbeitet wird.

In einer Demokratie eignet sich die Verfassung deshalb nicht als patriotisches Ideal. Als „Wertordnung“ soll sie unangreifbar wirken, dem demokratischen Geschehen entzückt, dabei muss in einer freiheitlichen Demokratie das



Taugt das Grundgesetz als Identifikationsgrundlage? Bei einer Demonstration gegen Rechtsextremismus in Cottbus im September 2018 bewerben Protestierende die Verfassung offensiv und in ihrer eigenen Sprache.

©picture alliance / dpa | Sebastian Willnow

Recht – und auch das Verfassungsrecht – hinterfragbar und veränderbar sein. Zu stärken ist daher nicht der Glaube an die Verfassung als Zivilreligion, sondern die demokratische Praxis. Im Mittelpunkt stehen hier nicht Recht und Justiz, sondern das Parlament als Gesetzgeber, das demokratische Entscheidungen *in der Form von Recht* trifft.

Die Verfassung soll dabei nicht selbst Wertvorstellungen formulieren, sondern soll es kraft ihrer Regeln für den demokratischen Diskurs Menschen mit unterschiedlichen *persönlichen* Wertvorstellungen ermöglichen, gemeinsam im selben Staat zu leben. Nur wenn politische Kontroversen auch politisch ausgetragen werden, anstatt dass sie mit einem Verweis auf die „Werte der Verfassung“ überdeckt werden, bleibt die Verfassung selbst in der Lage, auf sich verändernde Wertvorstellungen in der Gesellschaft zu reagieren. Dies gilt erst recht in Zeiten zunehmender politischer Polarisierung. Als erstarrte Wertordnung kann die Verfassung

gesellschaftliche Konflikte weder vermitteln noch befrieden. Gerade jetzt ist es daher notwendig, die Regeln der Verfassung in gelebte Politik umzusetzen.

KURZVITA

Dr. Eva Ricarda Lautsch

ist Rechtsanwältin in Berlin. Nach einem Studium der Rechtswissenschaft in Heidelberg, Berlin (Humboldt-Universität) und Istanbul sowie einem Referendariat am Kammergericht Berlin arbeitete sie zuvor als wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschafts- und Steuerrecht in Bochum.

LITERATUR

- Arnhold, Maximilian (2023): Pläne der „Letzten Generation“. Bayern soll Schwerpunkt für Klimaprotest werden. In: FR-Online vom 10.08.2023. URL: <https://www.fr.de/politik/bayern-soll-schwerpunkt-fuer-klimaprotest-werden-92453572.html> [13.10.2023].
- Balkin, Jack (2011): *Constitutional Redemption. Political Faith in an Unjust World*. Cambridge, Mass.
- Balzli, Beat/Bewarder, Manuel (2016): Berlin, Hauptstadt des Scheiterns? „Völlig falsch“. In: Welt-Online vom 24.07.2016. URL: <https://www.welt.de/politik/deutschland/article157249142/Berlin-Hauptstadt-des-Scheiterns-Voellig-falsch.html> [13.10.2023].
- Bellah, Robert (1967): *Civil Religion in America*. In: Daedalus 96, Heft 1/1967, S. 1–21.
- von Beyme, Klaus (2017): *Das politische System der Bundesrepublik Deutschland*. 12. Aufl. Wiesbaden.
- Bröcker, Michael/Rasche, Henning (2018): Andreas Voßkuhle im Interview – „Das Recht fühlt sich kalt an“. In: Rheinische Post Online vom 06.01.2018. URL: https://rp-online.de/politik/deutschland/andreas-vosskuhle-ueber-regierungsbildung-und-elitenhass_aid-17705947 [13.10.2023].
- Bryde, Brun-Otto (1999): Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit in Umbruchsituationen. In: Joachim Jens Hesse/Gunnar Folke Schuppert/Katharina Harms (Hrsg.): *Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen*. Baden-Baden, S. 197–210.
- Cordsen, Knut (2023): *Unsere Bürgerlichkeit, Euer Populismus*. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 22.08.2023.
- von Danwitz, Thomas (2019): Wert und Werte des Grundgesetzes. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 21.01.2019.
- Di Fabio, Udo (2018): Gott steht im Grundgesetz. In: Die Zeit vom 3.5.2018.
- Freiß, Georg/Laven, Timo (2023): Vergesellschaftungsverzögerungsgesetz. In: Verfassungsblog vom 07.07.2023. URL: <https://verfassungsblog.de/vergesellschaftungsverzoegerungsgesetz/> [13.10.2023].
- Groß, Thomas (2023): Zwei Jahre Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts. In: Verfassungsblog vom 18.3.2023. URL: <https://verfassungsblog.de/zwei-jahre-klimabeschluss-des-bundesverfassungsgerichts/> [13.10.2023].
- Habermas, Jürgen (1987): *Apologetische Tendenzen*. In: Ders.: *Eine Art Schadensabwicklung. Kleine politische Schriften VI*. Berlin, S. 120–136.
- Habermas, Jürgen (2017): Staatsbürgerschaft und nationale Identität. Überlegungen zur europäischen Zukunft. In: Ders.: *Faktizität und Geltung*. 6. Aufl., Berlin, S. 632–660.
- Lautsch, Eva Ricarda (2019): Die offene Gesellschaft der Verfassungspatrioten? In: Die Öffentliche Verwaltung 11, Juni 2019, S. 441–446.
- Letzte Generation (o. D.): *Klimakatastrophe zulassen = Verfassungsbruch*. URL: <https://letztegeneration.org/verfassungsbruch/> [13.10.2023].
- Möllers, Christoph (2017): Wir, die Bürger(lichen). In: Merkur 71, Heft 818/2017, S. 5–16.
- Müller, Jan-Werner (2010): *Verfassungspatriotismus*. Berlin.
- Rousseau, Jean-Jacques (1761): *Du contrat social ou Principes du droit politique*. Amsterdam.
- Schölderle, Thomas (2020): Verfassungspatriotismus – Zum 50. Geburtstag einer Wortschöpfung. In: Akademie-Kurzanalyse 1/2020 der Akademie für politische Bildung Tutzing. URL: https://www.apb-tutzing.de/download/publikationen/kurzanalysen/Akademie-Kurzanalyse_2020_01_Web.pdf [13.10.2023].
- Schönberger, Christoph (2011): Anmerkungen zu Karlsruhe. In: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Ders.: *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*. Berlin, S. 9–76.
- Sternberger, Dolf (1979): Verfassungspatriotismus. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23.05.1979.
- Süddeutsche Zeitung/dpa/ihe (2023): Klimaschützer beschmieren Grundgesetz-Denkmal – und ernten Kritik. In: SZ-Online vom 04.03.2023. URL: <https://www.sueddeutsche.de/politik/letzte-generation-grundgesetz-49-oel-1.5762649> [13.10.2023].
- Tirnthal, Johanna (2019): Das Grundgesetz – Unsexy aber gut? In: Deutschlandfunk Kultur vom 22.5.2019. URL: <https://www.deutschlandfunkkultur.de/kleine-geschichte-des-verfassungspatriotismus-das-100.html> [13.10.2023].
- Voßkuhle, Andreas (2020): Karlsruhe Unlimited? In: FAZ-Online vom 27.02.2020. URL: <https://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/kritik-an-verfassungsgericht-karlsruhe-unlimited-16652859.html> [13.10.2023].
- Die Welt/dpa/epd/dp (2021): Lammert kritisiert Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts. In: Welt-Online vom 09.07.2021. URL: <https://www.welt.de/politik/deutschland/article232411305/Norbert-Lammert-kritisiert-Klimabeschluss-des-Bundesverfassungsgerichts.html> [13.10.2023].

Sicherheit nach Innen

Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes in der Praxis der Verfolgung von Verfassungsfeindschaft

Philipp Gassert

Das Grundgesetz wurde als „wehrhaft“ konzipiert und wollte die Fehler der Weimarer Republik vermeiden. Doch konzentrierte sich die alte Bundesrepublik auf die Verfolgung von Außenseitern. Der Staat wehrte sich „nach unten“, gegen eine, oft auch aus taktischen, rein parteipolitischen Gründen übertriebene Gefahr extremistischer Unterwanderung vor allem von links. Wie Philipp Gassert in seinem Beitrag verdeutlicht, waren die Erfolge dieser Art von Extremismusbekämpfung überschaubar, die Wirkungen negativ. Übersehen wurden die sehr viel realeren Gefahren, die liberalen Demokratien durch einen schleichenden Staatsstreich „von oben“ drohen. Schon Weimar ging nicht an seinen Extremisten, sondern an einer Elitenrevolte gegen die Republik zugrunde. In der aktuellen Situation, in der es in mehreren Ländern auch in Europa zu einer autoritären oder diktatorischen Wendung gekommen ist, wird die Demokratie ebenso durch Insider „von oben“ abgeschafft. Im Lichte der historischen Erfahrung sind daher die Instrumente zur Verteidigung der Demokratie zu überprüfen und statt auf Verbote, auf freiheitliche Identifikationsangebote und demokratische Lösungskompetenz zu setzen.

Das Grundgesetz habe, so wird es immer wieder gesagt, historische Lehren aus Weimar und dem Nationalsozialismus gezogen (vgl. dazu auch den Beitrag von Christoph Gusy in dieser Ausgabe). Die Demokratie fordere Wachsamkeit und Bereitschaft zum Streit, so jüngst Bundespräsident Frank-Walter Steinmeier anlässlich des 75. Jahrestages der Eröffnung des Verfassungskonvents auf Herrenchiemsee: Sie „muss wehrhaft sein gegen ihre Feinde. Niemals wieder sollen demokratische Freiheitsrechte missbraucht werden, um Freiheit und Demokratie abzuschaffen.“¹ Vor dem Hintergrund des Wiederaufstiegs einer radikalen Rechten betont

Deutschlands Staatsoberhaupt die Tradition einer Abwehr von Verfassungsfeinden in einer „streitbaren Demokratie“. In der Tat stellte sich das Grundgesetz gezielt *gegen den Extremismus* auf. Andere liberale Verfassungen hingegen – wie etwa die der Frankfurter Paulskirche – waren *für die Freiheit und gegen die Fürstenwillkür* erkämpft worden, die der USA sogar gegen die Machtansprüche eines Parlaments, nämlich des englischen in London.²

Daher könnten die historischen Ausgangspunkte zwischen den westlichen Verfassungsstaaten und der Bundesrepu-



Dass die frühe Bundesrepublik zu wenig ihre nationalsozialistische Vergangenheit aufgearbeitet hatte, zeigte sich im Dezember 1959 mit Wucht: In verschiedenen westdeutschen Städten (wie hier an der Kölner Synagoge in der Roonstraße) tauchten Hakenkreuze und andere rechtsextreme und antisemitische Schmierereien auf.

©picture-alliance / dpa | UPI

blik kaum unterschiedlicher sein. Doch in der Praxis ähnelten sich die Verfahren. Der Politiker und spätere Bundespräsident Heuss hatte während der Beratungen für die erste deutsche Nachkriegsverfassung überhaupt, nämlich die von Württemberg-Baden 1946, die Probleme einer negativen Demokratie-Begründung angesprochen. Er lehnte daher für deren Präambel einen abgrenzenden Bezug auf den Nationalsozialismus ab: Eine Verfassung solle „nicht eine Antiposition, sondern eine Position ausdrücken“³. Doch im Kalten Krieg wurde in allen westlichen Demokratien die „Antiposition“ dominant. Man fürchtete sich vor Kommunistinnen und Kommunisten und Moskauer „fünften Kolonnen“. Bonn wiederum grenzte sich ebenso emphatisch wie abstrakt von der „Gewaltherrschaft auf deutschem Boden“ ab.⁴ Gleichzeitig wurden ehemalige NS-Extremisten und Extremistinnen massenhaft amnestiert und geräuschlos in die Demokratie integriert.⁵

Die Frage ist, ob Bonn nicht die falschen „Lehren“ aus Weimar zog? Im Kalten Krieg wurde an den Rand gedrängt, dass eine Elitenverschwörung aus dem Herrschaftsapparat heraus dem NS-Staat den Weg gebahnt hatte, so wie auch schon zuvor in Italien die Faschisten auf ähnliche Weise an die Macht gekommen waren. Stattdessen verständigte man sich auf die Erzählung einer extremistischen Unterwanderung der Republik von außen. Das war bestenfalls die halbe historische Wahrheit. Im Kalten Krieg richtete sich der Antiextremismus bevorzugt auf linke Außenseiter, Kommunistinnen und Kommunisten und ihre vermeintlichen Helfershelfer. Die Bekämpfung des Extremismus drohte immer wieder in Repression umzukippen. Diese negativen Erfahrungen erklären teilweise den verbissenen Widerstand von Linken und Gewerkschaftern gegen die im Jahr 1968 vom Bundestag verabschiedeten, von der 68er-Bewegung als „NS-Gesetze“ diffamierte Notstandsverfassung.⁶

Wer die Demokratie mit allen Mitteln verteidigen will, bewegt sich auf einem schmalen Grat. Das Bedürfnis nach Sicherheit und Stabilität darf nicht zur Bedrohung der Freiheit werden. Ausgehend von Heuss' Diktum soll der Beitrag einen skeptischen Blick auf die streitbare Demokratie werfen. Dabei geht es weniger um die Regelungen im Grundgesetz, die selten konkrete Anwendung gefunden haben und eher einen normativen Rahmen schaffen. Vielmehr wird die ambivalente Praxis der „streitbaren“ bzw. „wehrhaften“ Demokratie in den Fokus genommen. Demokratie lebt von positiven Identitätsangeboten und Emotionen. Sie kann *ex negativo* nur schwer Zuspruch finden. Übertriebene Abwehrhaltung und Furcht wiederum kann selbst zur Gefährdung von Freiheit und Demokratie werden, wie die Kommunistenverfolgungen der 1950er Jahre, die Extremistenbeschlüsse der 1970er Jahre und schließlich der „Kampf gegen den Terror“ nach 9/11 belegen.⁷

Es ist eine Aufgabe von politischer Bildung, den freiheitlichen Kern des Demokratischen hochzuhalten. Derzeit ist es wieder angesagt, überall Gefahren zu sehen und Angst zu verbreiten. Doch im Geschäft mit der Furcht sind Extremistinnen und Extremisten den freiheitlichen Demokratinnen und Demokraten allemal überlegen. Hinzu kommt, dass die pannenreiche *Praxis der Verfolgung* von Extremistinnen und Extremisten kein Ruhmesblatt der bundesdeutschen Demokratiegeschichte darstellt, auch unabhängig davon, dass eine überwiegend „nach unten“ konzipierte Wehrhaftigkeit die wirklichen Gefahren für die Demokratie durch eine antidemokratische Politik der herrschenden Eliten unterschätzt. Im Folgenden wird zunächst auf die Genese des Konzepts der wehrhaften Demokratie eingegangen, bevor der Beitrag im zweiten Teil auf dessen Implementierung un-

ter dem Grundgesetz als „Wehrhaftigkeit nach unten“ eingeht. Der dritte Teil widmet sich der Verfolgung von Extremistinnen und Extremisten im Allgemeinen, bevor sich der vierte Teil der „Politik des Radikalenerlasses“ zuwendet.

Streitbare Demokratie und Verfassungsfeinde

Hinter dem Konzept einer wehrhaften Demokratie steht der historische Erfahrungswert, dass demokratische Ordnungen nur selten durch äußere Gewalt und Krieg überworfen werden: Es ließe sich gegen dieses Argument zwar die Zerstörung der Tschechoslowakei 1938 sowie der von Hitler-Deutschland 1940 herbeigeführte „Fall“ von Frankreich, Belgien, den Niederlanden, Dänemark und Norwegen im Zweiten Weltkrieg anführen. Seit 1945 scheiterten aber Demokratien, so in Venezuela, Nicaragua, Zimbabwe oder nun in Ungarn oder der Türkei (und zukünftig vielleicht in Indien oder Israel) überwiegend an inneren Widersprüchen. Bedroht ist die Demokratie vor allem dann, wenn Eliten demokratische Spielregeln aushebeln, wie in den 1920er Jahren in Italien, 1933 bei der NS-„Machtergreifung“ oder 2021 beim erfolglosen Putschversuch des damals noch amtierenden, aber bereits abgewählten US-Präsidenten Donald Trump.⁸

In der Demokratie ist Kritik gewollt. Da aber demokratische Ordnungen sich als inhärent fragil und von außen gefährdet verstehen, tun sie sich schwer mit Fundamentalopposition. Aus einer solchen Kritik wird schnell „Verfassungsfeindlichkeit“, die durch Staatsschutz und Strafrecht bekämpft werden muss. Die Geschichte der ältesten Demokratie der Welt, der USA, ließe sich als die einer in ihrer Selbstwahrnehmung fast ununterbrochen bedrohten Ordnung schreiben. Dieses Gefühl steigerte sich immer wieder zu paranoidem Verfolgungswahn. Während des ersten *Red Scare* nach dem Ersten Weltkrieg, unter dem Eindruck der europäischen politischen Umstürze und nationalen Streikwellen, wurden unschuldige Menschen verfolgt und als Hochverräter hingerichtet.⁹ Nach 1945 vergifteten erneut antikommunistische Hexenjagden das politische Klima.¹⁰

Der heftige demokratische Wettbewerb um die Stimmen der Wählenden verschärft das Denken in schwarz-weißen Feindbildern und Kategorien: Fragen innerer und äußerer Sicherheit sind in einer Demokratie selbstverständlich dem politischen Konkurrenzkampf unterworfen. Auch haben wir es in offenen Gesellschaften in der Regel mit einem hoch kompetitiven, weil kommerziellen medialen System zu tun. Für dieses ist Zuspitzung und Kontroverse geradezu ein Lebenselixier. Der agonale Charakter demokratischer Politik birgt die Gefahr wechselseitiger Überbietung in antitotalitärer Glaubwürdigkeitsbehauptung. Dies zeigte sich im McCarthyismus wie im sogenannten Radikalenerlass sowie erneut im „Krieg gegen den Terror“, als Medien Ängste vor neuen Anschlägen schürten.¹¹

Das Konzept der „wehrhaften“ oder „streitbaren Demokratie“ wurde aus dieser Urfurcht vor extremistischer Übernahme des Staates geboren. Es hat ideengeschichtlich liberale, ja linksliberale Wurzeln. Es wurde von antifaschistischen Emigranten wie dem von den Nazis vertriebenen Sozialwissenschaftler Karl Loewenstein im US-Exil erdacht. Angesichts der Ausbreitung autoritärer Regime in ganz Europa forderte dieser 1937 Eingriffe in die Grundrechte im Rahmen einer sogenannten *militant democracy* und lehnte ein „fundamentalistisches“ Verständnis von Demokratie als schrankenloser Freiheit der Masse ab. Er stützte sich dabei auf his-



Bei der Verabschiedung des Grundgesetzes am 8. Mai 1949 verweigerten die beiden einzigen kommunistischen Mitglieder des Parlamentarischen Rats, Max Reimann (vorne links) und Heinz Renner (hinter Reimann), die Zustimmung und später auch den Applaus.

©picture alliance / ASSOCIATED PRESS | Hanns J. Jaeger

torische Präzedenzfälle: Während des Ersten Weltkrieges seien demokratische Regeln außer Kraft gesetzt, doch nach Ende des Ausnahmezustandes reaktiviert worden.¹²

Loewensteins Intervention erfolgte an einem demokratiegeschichtlichen Wendepunkt. Nun erst setzte sich die Auffassung durch, dass es eine vorstaatliche weltanschauliche Basis der Demokratie gibt, in heutiger Terminologie: die „freiheitliche demokratische Grundordnung“ (FDGO). Diese soll dem pluralistischen Wettbewerb entzogen sein und ist im Falle des Grundgesetzes durch die „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 Abs. 3 geschützt.¹³ Indes wird gerne übersehen, dass Loewenstein wie auch andere frühe Befürworter einer streitbaren Demokratie noch von älteren Verständnissen des Demokratischen ausgingen. Sie begriffen den Faschismus als „exzessive Demokratisierung“ unter Preisgabe liberaler Werte und fürchteten in Nachfolge des frühen Theoretikers der modernen Demokratie, Alexis de Tocqueville, eine „Tyrannei der Mehrheit“. In der *militant democracy* würde eine gesellschaftlich verstandene, exzessive Demokratisierung begrenzt.¹⁴

Die streitbare Demokratie unter dem Grundgesetz

Die Weimarer Republik sei, so lautete die konventionelle Erzählung, „von rechts und links verachtet und bekämpft“ an „ihrer Wehrlosigkeit zugrunde“ gegangen.¹⁵ Dieses Narrativ ist unvollständig, war doch Weimar vor allem an einer „Revolution von oben“ zugrunde gegangen. Hinzu kommt, dass die Mitglieder des Parlamentarischen Rats mehr als die *Vergangenheit* des „Dritten Reichs“ die volksdemokratische *Gegenwart* der sowjetischen Besatzungszone beschäftigte. Der

Antifaschismus wurde 1946/47 zum Antitotalitarismus transformiert, anschließend wurde der Antikommunismus dominant.¹⁶ Das erlaubte in der Folgezeit, von den überlebenden Repräsentanten der NS-Zeit abzusehen wie auch Kritik an der bundesdeutschen Gegenwart einzuhegen.¹⁷ Der Historiker Anselm Doering-Manteuffel spricht vom Grundgesetz als einer „Gegenverfassung“ im doppelten Sinne. Es habe sich nicht nur „vom Werterelativismus der Weimarer Reichsverfassung“ abgekehrt, „sondern wandte sich auch und vor allem gegen die Erscheinungsformen von ‚totalitärer Herrschaft‘“.¹⁸

Das Grundgesetz sieht für den Staat vor allem an zwei Stellen Eingriffsmöglichkeiten vor, als Ausdruck der Verteidigung und Wehrhaftigkeit einer „freiheitlichen demokratischen Grundordnung“ – das Adjektiv „freiheitlich“ war vom Parlamentarischen Rat gezielt zur Abgrenzung von der „volksdemokratischen“ Variante der werdenden DDR-Demokratie im Verfassungstext verankert worden –: (1) Einerseits die Grundrechtsverwirkung in Art. 18 GG: Freie Rede, freie Lehre, Versammlungs- und Koalitionsrecht, Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis, Eigentum und Asylrecht hat verwirkt, wer diese „zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung“ missbraucht. (2) Andererseits können nach Art. 21 GG, im Rahmen der Mitwirkung der Parteien an der Willensbildung des Volks, diese, sofern sie „nach ihren Zielen oder dem Verhalten ihrer Anhänger die freiheitliche demokratische Grundordnung“ beeinträchtigen oder beseitigen wollen, als verfassungswidrig verboten werden.¹⁹

Die Mitglieder des Parlamentarischen Rats waren sich einig, dass das Grundgesetz Ausdruck einer sich selbst verteidigenden, wehrhaften Demokratie sein müsse. Schon beim Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee im Sommer

1948 war unhinterfragter Konsens, dass es „keiner Darlegung“ bedürfe, dass „eine Verfassung, die in diesem Punkt achtlos ist, in Gefahr steht, selbstmörderisch zu werden.“²⁰ Wenige Wochen später, in seinem Grundsatzreferat vor dem Parlamentarischen Rat, prägte der Sozialdemokrat und südwürttembergische Justizminister Carlo Schmid das geflügelte Wort, dass es nicht zum „Begriff der Demokratie“ gehöre, „dass sie selbst die Voraussetzungen für ihre Beseitigung schafft.“ Man müsse „auch den Mut zur Intoleranz denen gegenüber aufbringen, die die Demokratie gebrauchen wollen, um sie umzubringen“.²¹

Die im Grundgesetz verankerten Maßnahmen zielten *in der Praxis* dann gegen politische Außenseiter sowie marginale Gruppierungen von Radikalen und Extremistinnen und Extremisten aus der Bevölkerung, weshalb im progressiven Spektrum von einer Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes „nach unten“ gesprochen wird.²² Dabei war im historischen Moment der Verfassungsgebung 1948/49 das sehr wahrscheinlichere Untergangsszenario eine Gefährdung der Demokratie „von oben“ gewesen. Der wohl wichtigste Schritt zur Diktatur war die Aufhebung der Grundrechte durch die Reichstagsbrandverordnung vom 28. Februar 1933 gewesen, die vom Reichspräsidenten auf Antrag der Regierung Hitler erlassen worden war.

Wehrhaftigkeit nach unten: Praktiken der Extremistenverfolgung

In der Realgeschichte der alten Bundesrepublik war es der Staat, der sich „von oben“ gegen Extremistinnen und Extremisten wehrte und deren Freiheitsrechte beschnitt. Das erst im Jahr 1968, im Kontext der Verabschiedung der Notstandsgesetze, nach Art. 20 Abs. 4 GG in der Verfassung verbriefte Widerstandsrecht „von unten“ ist im politischen und ver-

fassungsrechtlichen Alltag irrelevant. Es betrifft nur den Ausnahmefall des Verfassungsnotstands.²³ Präzedenzfälle der Extremistenverfolgung schufen die beiden Verfahren zu Parteiverboten nach Art. 21 Abs. 2 GG vor dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG). So wurde 1952 die NSDAP-Nachfolgepartei Sozialistische Reichspartei (SRP) verboten, nachdem diese bei Landtagswahlen in Niedersachsen große Erfolge erzielt hatte. 1956 folgte das Verbot der Kommunistischen Partei Deutschlands (KPD), wobei hierauf die Regierung Adenauer drängte, während das BVerfG zögerte. 1956 ging keine konkrete Gefahr von der KPD aus. Das BVerfG gab dem politischen Druck dennoch nach.²⁴

Später hat sich das BVerfG korrigiert und im Beschluss zur Nationaldemokratischen Partei Deutschlands (NPD) 2017 in einem paradoxen Urteil die Verfassungsfeindlichkeit dieser Partei zwar konstatiert. Ein Verbot wurde allerdings, im Unterschied zur KPD im Jahr 1956, mangels praktischer Wirksamkeit dieser Partei, nicht ausgesprochen. Die NPD sollte nicht in den Untergrund gedrängt oder gar zum Märtyrerverein „geadelt“ werden. Das setzte die Linie von 1968 fort, als die Deutsche Kommunistische Partei (DKP) als Nachfolgerin der KPD wieder zugelassen worden war: Pragmatismus geht bei geduldeten extremistischen Parteien vor Prinzipienfestigkeit, während das Prinzip triumphierte, wenn es um extremistische Individuen ging. Nur bei ehemaligen NSDAP-Mitgliedern hatte der Pragmatismus lange Zeit Vorrang. Aufgrund ihrer gesellschaftlichen Mehrheitsposition vor 1945 konnten diese, so die Prämisse, in ihrer staatsgefährdenden Potenzialität nur dadurch neutralisiert werden, indem man sie in die Demokratie integrierte.²⁵

Verfahren vor dem BVerfG nach Art. 18 GG sind äußerst selten und waren bisher ohne Erfolg. Ein sprechender Fall ist der des Ex-Generalmajors Otto Ernst Remer, ein führender Kopf der verbotenen SRP. Sein Nimbus gründete darauf, dass



Die beiden stellvertretenden Vorsitzenden der Sozialistischen Reichspartei (SRP), Otto Ernst Remer (links) und Graf Wolf von Westarp (Mitte) mit dem Parteivorsitzenden Fritz Dorls (r.) 1951 während der Verhandlung über das Verbot der Partei vor dem Bundesverfassungsgericht.

©picture alliance / dpa | dpa

er den Putschversuch vom 20. Juli 1944 an zentraler Stelle mit vereitelt hatte. Dafür war er von der NS-Propaganda zum Helden stilisiert und steil befördert worden. Als er in den 1950er Jahren, wie andere Rechtsradikale, den gescheiterten Aufstand als Hochverrat verunglimpfte, brachte ihn das für drei Monate ins Gefängnis. Einen 1952 durch den damaligen Bundesinnenminister Robert Lehr gestellten Antrag auf Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG lehnte das BVerfG 1960 jedoch ab. Danach als Militärberater im antizionistischen Sinne in Ägypten und Syrien tätig, machte Remer sich in den 1980er und 1990er Jahren als Holocaust-Leugner und Gründer rechtsextremer Vereinigungen einen Namen. Erst 1991 konnte er wegen Volksverhetzung nach dem Strafgesetz verurteilt werden.²⁶

Erwies sich schon das Parteienverbot als ein stumpfes Schwert, so sind die insgesamt vier Verfahren nach Art. 18 GG in der Geschichte der Bundesrepublik samt und sonders vom BVerfG zurückgewiesen worden. Sie betrafen ausnahmslos in der Wolle gefärbte Neonazis. Auch im Falle des rechtsextremen Verlegers Gerhard Frey wurde 1974 der Antrag schon im Vorverfahren abgelehnt. Als 1992 nach den neonazistischen Terroranschlägen von Mölln Bundesinnenminister Rudolf Seiters einen Antrag auf Grundrechtsverwirkung für zwei notorische Neonazis stellte, lehnte das BVerfG auch diese Anträge ab. Bei aller Kritikwürdigkeit der jeweiligen Verfahren, bieten die vom Grundgesetz vorgesehenen Möglichkeiten nach Art. 18 und Art. 21 GG in der Praxis keine erfolgreiche Grundlage zur Extremistenverfolgung, während „reguläre“ strafrechtliche Verfahren etwa aufgrund von Holocaust-Leugnung deutlich mehr Erfolg versprechen.²⁷

1951 wurden mehrere Paragraphen des politischen Strafrechts wieder in das Strafrechtsgesetzbuch (StGB) eingefügt, darunter klassische Staatsschutzdelikte wie der Hoch- und Landesverrat.²⁸ Aus dem StGB waren sie noch sechs Jahre zuvor von den Alliierten aufgrund ihres Missbrauchs im NS-Staat entfernt worden. Die erste Strafrechtsnovelle, die mit den Stimmen der Koalition und der Mehrheit der SPD-Abgeordneten verabschiedet wurde, ersann auch neue Tatbestände wie „landesverräterische Wühlarbeit“, „staatsfeindliche Zusammenarbeit mit dem Ausland“ und „Staatsgefährdung“, deren antikomunistische Schlagseite offensichtlich ist. Das fast ohne Debatte verabschiedete „Blitzgesetz“ führte zur Verhaftung von Kommunistinnen und Kommunisten, aber auch harmlosen Pazifistinnen und Pazifisten, die als vermeintliche *fellow travellers* der DDR in die Fänge der Justiz gerieten.²⁹

Durchgängig zeigte sich, dass im „Kriegszustand“ des Kalten Krieges die „rote Gefahr“ viel beschworen und die Entfernung von Staatsdienerinnen und -dienern gefordert wurde, die vor allem bestimmten linken Organisationen wie zum Beispiel dem Verband der Verfolgten des Nazi-regimes (VVN) angehörten. Der „Adenauer-Erlass“ von 1950, der Angehörige des öffentlichen Diensts auf die FDGO verpflichtete, richtete sich abstrakt gegen linken und rechten Extremismus, „war aber primär antikomunistisch orientiert.“³⁰ Es lief auf eine Vorverlagerung des politischen Strafrechts hinaus, da der Hochverrat gar nicht erst begangen werden musste, sondern schon in der schlichten Mitgliedschaft in einem Verein bestand, selbst wenn dieser gar nicht verboten war (wie der VVN). Hier wurde der Staat vor den Bürgerinnen und Bürgern geschützt und nicht die Bürgerinnen und Bürger vor dem Staat. Dabei waren es seit den 1960er Jahren die immer wieder neu ruchbar werdenden Missstände bei den Verfassungsschutzämtern, deren aus der NS-Zeit übernommenes Personal alles andere

als demokratisch glaubwürdig war und so die Demokratie gefährdete.³¹

Ein Problem war und ist, dass die Deutungshoheit, wer Verfassungsfeind ist, in Deutschland zunächst einmal den Behörden zusteht. Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG wird in der Regel nicht individuell vom BVerfG überprüft, auch wenn der Rechtsweg offensteht. Sie ist auf Beamten-gesetze delegiert worden, eine Praxis, die das BVerfG 1975 für rechtmäßig erklärt hat. Indes stellte es mit seinem „Radikalen-Urteil“ von 1975 nicht wie erhofft den Rechtsfrieden wieder her. Der Streit ging nun erst recht los.³² 1995 stellte der Europäische Menschenrechtsgerichtshof in Straßburg sogar einen Verstoß gegen die Europäische Menschenrechtscharta fest.³³ Das Urteil blieb folgenlos, weil die „Regelanfrage“ längst abgeschafft worden war. Eine Wiederbelebung, wie sie jetzt diskutiert wird, müsste aber der europäischen Rechtsprechung Rechnung tragen und könnte daran auch scheitern.

Die Politik der Extremistenverfolgung

Die Verfolgung von Extremistinnen und Extremisten ist Teil des demokratischen Kampfs um die Macht und der parteipolitischen Konkurrenz, wodurch Individuen in die Räder der großen Politik geraten können. Prominentester Ausdruck der wehrhaften Demokratie ist der „Radikalenerlass“, der 1972 gefasste Beschluss der Bund-Länder-Regierungschefs zur Behandlung von Verfassungsfeinden im öffentlichen Dienst. Fortan durfte in ein Beamtenverhältnis nur berufen werden, „wer die Gewähr dafür bietet, dass er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes eintritt“. Das setzte zwar kein neues Recht und war juristisch betrachtet auch kein „Erlass“, sondern es war ein politisch verpflichtender Beschluss mit Signalwirkung. Schon Ende der 1970er Jahre wurde er von sozialdemokratisch geführten Ländern nicht mehr beachtet. 1991 endete er in Baden-Württemberg, 1992 in Bayern.³⁴

Konkret ausgestaltet wurde die Praxis durch die sogenannte „Regelanfrage“. Beim jeweiligen Landesamt für Verfassungsschutz wurde seitens der einstellenden Behörde nachgefragt, ob es verfassungsfeindliche Bestrebungen der einzustellenden Person gäbe und daher Bedenken bestünden. Angesichts fehlender Informationen und Einsichten in die politische Haltung der betroffenen Person konzentrierte sich die Feststellung der Verfassungsfeindlichkeit in einem ersten Schritt zur Vereinfachung darauf, ob jemand einer als verfassungsfeindlich definierten Organisation angehörte. War das der Fall (der sogenannte „Erkenntnisfall“), wurde tiefergehend geprüft. Falls sich der Verdacht bewahrheitete, wurde die Einstellung abgelehnt, bei bereits vorhandener Beschäftigung entlassen. In Baden-Württemberg gab es zwischen 1973 und 1990 insgesamt 695 692 solcher Anfragen, 1 930 „Erkenntnisfälle“ und 291 Ablehnungen oder Entlassungen. Der Aufwand war enorm, die Wirkungen zweifelhaft bis nicht vorhanden.³⁵

Willy Brandt hat den „Radikalenerlass“ später bereut, heute gilt er als „Desaster“, wie der SZ-Journalist Heribert Prantl 2021 monierte und damit wohl einen breiten Konsens zumindest im liberalen Spektrum auf den Punkt brachte.³⁶ Die Regelanfrage wird heute als bürokratisches Monstrum kritisiert, das zur Vergiftung der gesellschaftlichen Atmosphäre beigetragen habe, aus verwirrten, suchenden jungen Menschen Kriminelle gemacht habe, auch wenn natürlich die Nicht-Einstellung in den öffentlichen Dienst keine strafrechtliche Verurteilung war. So habe der Radikalenerlass



Mitglieder des VVN protestierten 1977 in Düsseldorf in KZ-Häftlingsuniform gegen die durch den sogenannten Radikalenerlass ausgesprochenen Berufsverbote.

©picture alliance | Klaus Rose

Entpolitisierung statt Zivilcourage und Nachdenklichkeit gefördert und zu Einschüchterung statt demokratischer Debatte geführt. Im Endeffekt ging der Schuss nach hinten los, auch weil das internationale Ansehen der alten Bundesrepublik beschädigt wurde. Vor allem aber wurden Aufmerksamkeit und Ressourcen von viel realeren Gefahren wie dem Aufkommen eines rechten oder islamistischen terroristischen Untergrunds abgelenkt.

Man kann das antiextremistische „Überschießen“ der 1970er Jahre erklären und verstehen, historisch einbetten und kontextualisieren. Die Historikerin Birgit Hofmann und ihr Kollege Edgar Wolfrum arbeiten in ihrer Einleitung zur umfassenden Untersuchung des Radikalenerlasses in Baden-Württemberg den realpolitischen Kontext heraus: Für die Regierung Brandt ging es darum, klar zu stellen, dass die umstrittene Ostpolitik keine Nachlässigkeit gegenüber Unterwanderungstendenzen seitens der DDR und der UdSSR zur Folge haben würde. Zwar war Brandt als ehemaliger „Regierender“ ein glaubwürdiger Antikommunist, aber die SPD in ihrer Haltung zur Neuen Linken gespalten. Hinzu kam die medial angeheizte Panik vor politischer Gewalt aufgrund der Terroranschläge der RAF.³⁷

Für die Union war die Radikalenbekämpfung eine Chance zu parteipolitischer und innerparteilicher Profilbildung, da sie noch immer unter dem Schock des Machtverlustes in Bonn stand und angesichts der 68er-Bewegung eine Verschiebung des „Zeitgeistes“ nach links fürchtete. Unionsseitig sah man sich der vernünftigen, strategisch weitsichtigen, von den westlichen Verbündeten seit Jahren eingeforderten ostpolitische Wende hilflos ausgeliefert, fürchtete

den „Ausverkauf“ der deutschen Frage. Mit Antiradikalismus ließ sich Politik machen.³⁸

In Baden-Württemberg war die Verfolgung von linken Radikalen und Extremistinnen und Extremisten besonders harsch. Hier gab es sogar einen eigenen Begriff für die Regelnfrage. Sprach man anderswo vom „Extremistenbeschluss“, so prägte der südwestdeutsche Volksmund, unter Bezugnahme auf den damaligen CDU-Innenminister Karl Schiess, das sarkastische Wort vom „Schiess-Erlass“. Dass mit dem Begriff durchaus auch Erinnerungen an den Nationalsozialismus geweckt wurden, war vermutlich nicht unbeabsichtigt. Schiess war übrigens, wie sein Chef, Ministerpräsident Hans Filbinger, selbst ehemaliger rechter Radikaler, der sich nach 1945 demokratisch gewendet hatte. Er war Mitglied der SA und NSDAP sowie Angehöriger der Wehrmacht gewesen, 1941 in die badische Innenverwaltung eingetreten, 1945 im Rahmen der politischen Säuberung entlassen worden. Ein Gnadenerweis ermöglichte ihm 1951, trotz des Entnazifizierungsurteils als „Minderbelasteter“, die Rückkehr in den Staatsdienst.³⁹ Vielleicht ging er auch deshalb besonders hartnäckig gegen linke Extremistinnen und Extremisten vor.

Die scharfe Verfolgung (vermeintlich) linksextremer Akteure in Baden-Württemberg war Teil eines Ringens um die Hegemonie in der CDU. Konservative Christdemokraten wie Filbinger oder der Hesse Alfred Dregger suchten gegen die relativ liberalen Parteivorsitzenden Rainer Barzel und Helmut Kohl eine innerparteiliche rechte Alternative auszuprägen. Filbinger hatte damit zunächst Erfolg, konnte in den Landtagswahlen satte absolute Mehrheiten einfahren und

galt Anfang der 1970er Jahre als Prätendent für „Höheres“.⁴⁰ Aus heutiger Sicht hingegen wirkt es hysterisch, wie Filbinger die Situation im Lande in schwärzesten Farben malte. Die Eingriffe in Menschenrechte und Meinungsfreiheit im Interesse der wehrhaften Demokratie werden retrospektiv als skandalös empfunden. Aber sie waren eben der Ausdruck einer antitotalitären Demokratiekonzeption, die weniger den potenziellen strukturellen Machtmissbrauch durch die Regierenden als durch den Nonkonformismus ihrer Bürgerinnen und Bürger in den Mittelpunkt stellte.

Schluss: Worauf müssen wir künftig achten?

Der Heidelberger Plakatkünstler und politische Aktivist, Klaus Staeck, hat 1975 auf einem Poster mit dem Titel „Bekanntmachung“ – in programmatischer Sütterlin-Schrift gehalten – auf die untergründige vergangenheitspolitische Dimension der unnachgiebigen Verfolgung „linker Radikaler“ in der alten BRD aufmerksam gemacht, die in Kontrast zur Nachsicht gegenüber früheren Rechtsradikalen stand. Das Wegschauen gegen rechtsradikale Unterwanderung bei gleichzeitiger scharfer Verfolgung von Kommunistinnen und Kommunisten hatte Staeck zufolge System. Bonner Demokratie und Antikommunismus gingen Hand in Hand, während Extremismus von rechts ignoriert oder verharmlost wurde.

Sicherheit nach innen und nach außen herzustellen, ist zentrale Aufgabe eines jeden Staates. Da sich demokratische Regierungen aber in Wahlen vor einer freien Öffentlichkeit immer wieder neu „evaluieren“ lassen müssen, sind sie vor medialer und politischer Überhitzung nicht gefeit, wenn sie ein Gefühl von Sicherheit generieren wollen. Rhetorische Eskalation und Übergriffigkeit sind der liberalen Demokratie nicht fremd. „Extremistenbeschluss“ und McCarthyismus stehen hierfür als Beispiele. Als zugespitzter Ausdruck einer wehrhaften Demokratie adressieren sie ein altes demokratietheoretisches Grundproblem, über das bereits in den 1830er Jahren Alexis de Tocqueville nachdachte, als er eine mögliche „Tyrannei der Mehrheit“ gegen die Freiheit befürchtete, oder Karl Löwenstein in den 1930er Jahren, als er sich dafür einsetzte, in inneren und äußeren Krisenzeiten fundamentale Rechte temporär ruhen zu lassen.

Heute wissen wir, dass sich die BRD weder in den 1950er noch in den 1970er Jahren in einer extremistischen Existenzbedrohung befand, weder durch die KPD noch durch „1968“, die Neue Linke oder den Terror der RAF gefährdet war, aber auch nicht durch die Umtriebe der damaligen Neonazis, die ziemlich unbeachtet blieben. Doch angesichts der Lebenserfahrungen aus der Zeit vor 1945 der in der damaligen Zeit aktiven Generationen von Politikern und Politikerinnen wurde die Stabilität der zweiten deutschen Demokratie bezweifelt. Die Aufmüpfigkeit der nach Emanzipation strebenden Jugend war patriarchalischen Führungsfiguren wie Filbinger suspekt. Sie fürchteten um ihre (männliche) Autorität im Staat. Als „gebrannte Kinder“ eines früheren Totalitarismus, als die Extremistinnen und Extremisten der 1930er Jahre, glaubten diese ehemaligen Nationalsozialisten zu wissen, worum es ging, wenn sie einen vermeintlichen Umsturz nun ihrerseits „von oben“ bekämpften.

Wir sollten mit Blick auf gegenwärtige Herausforderungen ins Zentrum der Debatte die Probleme einer wehrhaften Demokratiekonzeption rücken, die sich ganz überwiegend „nach unten“ verteidigt und dabei die realen Gefahren des schleichenden Staatsstreichs „von oben“ unterschätzt. Ein-



Das Plakat „Bekanntmachung“ des Heidelberger Künstlers Klaus Staeck (1975).

© Klaus Staeck / VG Bild-Kunst, Bonn 2024

zubeziehen sind auch die recht ambivalenten Erfahrungen der Extremistenbekämpfung angesichts der Vielzahl von gescheiterten Verfahren in Deutschland.

Es wurden falsche „Lehren“ aus Weimar gezogen, das an einer Elitenrevolte „von innen“ gegen die Republik zugrunde ging, nicht primär an Unterwanderung durch Extremistinnen und Extremisten „von außen“. Bei aller Furcht vor dem Missbrauch von Freiheitsrechten ist die Gefahr der Überreaktion mit pauschalen Extremistenverfolgungen real und demokratisch kontraproduktiv. Wir sollten bei aller Wehrhaftigkeit der Demokratie nicht vergessen, dass „Erziehung zur Demokratie“ aus Furcht kaum gelingen kann, sondern dass es vielmehr positive Anreize für das Bekenntnis zur Demokratie und zur offenen Gesellschaft braucht.

Prof. Dr. Philipp Gassert

KURZVITA

lehrt Zeitgeschichte an der Universität Mannheim. Neben Stationen in Heidelberg, München, Augsburg und am Deutschen Historischen Institut in Washington, D.C. war er Gastprofessor an der University of Pennsylvania, der Universität von Haifa und der Universität Wien. Er ist Mitglied im Vorstand der Kommission für geschichtliche Landeskunde Baden-Württemberg. Er forscht im Bereich der transatlantischen Beziehungen, der deutschen Zeitgeschichte sowie der Geschichte des Protests und sozialer Bewegungen.

Anmerkungen

- 1 Frank Walter Steinmeier: „Keine milderen Umstände“, Beitrag zur Online-Ausgabe des Magazins Der Spiegel, 9. August 2023. URL: <https://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Reden/DE/Frank-Walter-Steinmeier/Zeitungsbetraege/2023/230809-Der-Spiegel-Herrenchiemsee.html> [27.10.2023].
- 2 Auf diese unterschiedlichen Ausgangspunkte verweist Birgit Enzmann: Demokratischer Verfassungsstaat als Widerpart des Extremismus. In: Eckhard Jesse/Tom Mannewitz (Hrsg.): Extremismusforschung. Handbuch für Wissenschaft und Praxis. Baden-Baden 2018, S. 59–97, S. 59.
- 3 Theodor Heuss in der 2. Sitzung der Landesversammlung von Württemberg-Baden, 18. Juli 1946. In: Paul Sauer (Bearb.): Quellen zur Entstehung der Verfassung von Württemberg-Baden. Zweiter Teil: Juli bis September 1946. Stuttgart 1997, S. 56.
- 4 So im typisch nebulösen Sprachgebrauch der Zeit Landtagspräsident Carl Neinhaus in seiner Ansprache zum Staatsakt anlässlich der Verkündigung der Verfassung des Landes Baden-Württemberg, 19. November 1953. Abgedruckt in: Paul Feuchte (Hrsg.): Quellen zur Entstehung der Verfassung von Baden-Württemberg. Bd. 8: Juni–November 1953. Stuttgart 1992, S. 469.
- 5 Vgl. Norbert Frei: Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit. 2. Aufl., München 2012; Philipp Gassert: Zwischen „Beschweigen“ und „Bewältigen“. Die Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus in der Ära Adenauer. In: Michael Hochgeschwender (Hrsg.): Epoche im Widerspruch: Ideelle und kulturelle Umbrüche der Adenauerzeit. Bonn 2011, S. 183–205.
- 6 Mit zahlreichen Beispielen zur Debatte Michael Schneider: Demokratie in Gefahr? Der Konflikt um die Notstandsgesetze: Sozialdemokratie, Gewerkschaften und intellektueller Protest (1958–1968). Bonn 1986.
- 7 Vgl. hierzu die Arbeiten von Samuel Moyn: Humane: How the United States Abandoned Peace and Reinvented War. New York 2021; Ders.: Liberalism Against Itself: Cold War Intellectuals and the Making of Our Times. London 2023.
- 8 Steven Levitsky/Daniel Ziblatt: Wie Demokratien sterben und was wir dagegen tun können. München 2018.
- 9 Nick Shepley: The Palmer Raids and the Red Scare 1918–1920: Wilson, Palmer and the Breaking of American Socialism. Luton 2011.
- 10 Albert Fried (Hrsg.): McCarthyism: The Great American Red Scare. A Documentary History. Oxford 1997.
- 11 Vgl. Markus Holzinger: Die Schleifung des Rechts. 10 Jahre Anti-Terror-Krieg. In: Blätter für deutsche und internationale Politik, Heft 2/2011, S. 64–72; Philipp Gassert: 11. September: 100 Seiten. Stuttgart 2021, S. 57 ff.
- 12 Karl Loewenstein: Militant Democracy and Fundamental Rights. In: American Political Science Review 31, Heft 3/Juni 1937, S. 417–432, sowie Heft 4/August 1937, S. 638–658; zur Einordnung der kritischen Demokratietheorie von Loewenstein vgl. Udi Greenberg: Weimarer Erfahrungen: Deutsche Emigranten in Amerika und die transatlantische Nachkriegsordnung. Göttingen 2021, S. 171–181; Jens Hacke: Existenzkrise der Demokratie. Zur politischen Theorie des Liberalismus in der Zwischenkriegszeit. Berlin 2018, S. 245 ff.
- 13 Vgl. Sarah Schulz: Die freiheitliche demokratische Grundordnung: Ergebnis und Folgen eines historisch-politischen Prozesses. Weilerswist 2019, S. 116.
- 14 Für ein Echo der Tocqueville'schen „Tyrannei der Mehrheit“ im Sinne der Kritik „fundamentalistischer“ Demokratieverständnisse vgl. Loewenstein, Militant Democracy (wie Anm. 12), S. 652, S. 655; zum klassisch-liberalen Zielkonflikt von Demokratie und Freiheit bei Tocqueville vgl. Manfred G. Schmidt: Demokratietheorien. Eine Einführung. 3. überarbeitete und erweiterte Aufl. Opladen 2000, S. 127 ff.
- 15 So beispielsweise im Rahmen der Definition von „freiheitliche demokratische Grundordnung“ auf der Seite des Verfassungsschutzes von Sachsen-Anhalt. URL: <https://mi.sachsen-anhalt.de/verfassungsschutz/wir-ueber-uns/freiheitliche-demokratische-grundordnung> [08.11.2023].
- 16 Vgl. Richard Rohrmoser: Antifa. Porträt einer linksradikalen Bewegung. Von den 1920er Jahren bis heute. München 2022, S. 57 ff.; Maximilian Fuhrmann: Antixtremismus und wehrhafte Demokratie. Kritik am politischen Selbstverständnis der Bundesrepublik Deutschland. Baden-Baden 2019, S. 54 ff.
- 17 Vgl. Dominik Rigoll: Staatsschutz in Westdeutschland. Von der Entnazifizierung zur Extremistenabwehr. Göttingen 2013, S. 103 ff.
- 18 Anselm Doering-Manteuffel: Freiheitliche demokratische Grundordnung und Gewaltdiskurs. Überlegungen zur „streitbaren Demokratie“ in der politischen Kultur der Bundesrepublik. In: Frank Becker/Thomas Großbölting/Armin Owzar/Rudolf Schlögl (Hrsg.): Politische Gewalt in der Moderne. Festschrift für Hans-Ulrich Thamer. Münster 2003, S. 269–285, S. 270.
- 19 Vgl. Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, Bd. 5: Ausschuss für Grundsatzfragen, bearb. von Eberhard Pikart und Wolfram Werner, Boppard am Rhein 1993, 26. Sitzung, 30. November 1948, S. 754–760; sowie Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, Bd. 14: Hauptausschuss, bearb. von Michael F. Feldkamp, München 2009, 35. Sitzung, 12. Januar 1949, 12. Januar 1949, S. 1117 f.
- 20 Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle. Band 2: Der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee, bearb. von Peter Bucher, Boppard 1981, S. 516; Schulz, Freiheitliche demokratische Grundordnung (wie Anm. 13), S. 133, sieht in dieser Ablehnung einer näheren Begründung den Ausdruck „einer konservativen Skepsis vor der Demokratisierung“.
- 21 Carlo Schmid: Zweite Sitzung des Plenums, 8. September 1948. In: Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle. Band 9, München 1996, S. 36.
- 22 Maximilian Fuhrmann/Sarah Schulz: Strammstehen vor der Demokratie: Extremismuskonzept und Staatsschutz in der Bundesrepublik. Stuttgart 2021.
- 23 Vgl. den die aktuelle und historische Situation autoritativ beschreibenden Eintrag auf der Seite des Bundestags, https://www.bundestag.de/webarchiv/textarchiv/2013/47878421_kw50_grundgesetz_20-214054 [19.11.2023]. Der Parlamentarische Rat hatte die Einführung eines Widerstandsartikels abgelehnt, als „Aufforderung zum Landfriedensbruch“ (Carlo Schmid). Das unterstreicht erneut, dass die Verfassungsväter und -mütter weniger Weimar und 1933 vor Augen hatten, als den aktuellen Extremismus Moskauer Prägung sowie den Neonazismus.
- 24 Vgl. Josef Föschepoth: Verfassungswidrig! Das KPD-Verbot im Kalten Bürgerkrieg. Göttingen 2017; Fuhrmann, Antixtremismus und wehrhafte Demokratie (wie Anm. 16), S. 59 f.
- 25 Vgl. neben Frei, Vergangenheitspolitik (wie Anm. 5) vor allem Rigoll, Staatsschutz (wie Anm. 17), S. 61.
- 26 Vgl. Norbert Frei/Christina Morina/Franka Maubach/Maik Tändler: Zur Rechten Zeit: Wider die Rückkehr des Nationalismus, Berlin 2019, S. 77 f.; Eckhard Jesse: Otto Ernst Remer. In: Jahrbuch Extremismus und Demokratie 6, 1994, S. 207–221.
- 27 Daher dürfte wohl auch ein Verfahren gegen den gesichert neo-nazistischen AfD-Landesvorsitzenden von Thüringen, Björn Höcke, an den praktischen Schwierigkeiten scheitern, die sich bei früheren Verbotverfahren zeigten. Das sehe ich weniger optimistisch als Heribert Prantl: Ein Fall für Artikel 18. In: Süddeutsche Zeitung, 3. November 2023, S. 5. URL: <https://www.sueddeutsche.de/meinung/bjoern-hoecke-artikel-18-grundgesetz-afd-kolumne-carlo-schmid-1.6297185?reduced=true> [24.11.2023].
- 28 Ich folge hier Rigoll, Staatsschutz (wie Anm. 17), S. 106 f.
- 29 Vgl. ebd.
- 30 Yvonne Hilges: Der „Adenauer-Erlass“ und seine (Nicht-)Umsetzung im Südwesten. Zur ambivalenten Vorgeschichte der „Radikalen-Abwehr“ der 1970er und 1980er Jahre. In: Edgar Wolfrum (Hrsg.): Verfassungsfeinde im Land? Der „Radikalerlass“ von 1972 in der Geschichte Baden-Württembergs und der Bundesrepublik. Göttingen 2022, S. 65–90, S. 66.
- 31 So etwa in der Abhöraffaire 1963; zuletzt zeigte sich, dass selbst ein oberster Verfassungshüter, der frühere Präsident des Bundesamts für Verfassungsschutz (BfV) Hans-Georg Maaßen, sich außerhalb der FDGO zu bewegen scheint, sodass seine Partei, die CDU, im Frühjahr 2023 ein Parteiausschlussverfahren gegen ihn anstrebte, jedoch ohne Erfolg. Auch der „Fall Maaßen“ macht deutlich, dass die größere Gefahr für die Demokratie von Menschen in verantwortungsvollen Positionen ausgeht als von extremistischen Außenseitern. Zur Aufarbeitung der Personalgeschichte des BfV vgl. Constantin Goschler/Michael Wala: „Keine neue Gestapo“. Das Bundesamt für Verfassungsschutz und die NS-Vergangenheit. Hamburg 2015.
- 32 Yvonne Hilges: Neuer Diskussionsbedarf statt Rechtssicherheit: Das „Radikalen-Urteil“ des Bundesverfassungsgerichts von 1975 und seine Wirkung. In: Wolfrum, Verfassungsfeinde (wie Anm. 30), S. 267–272.
- 33 Yvonne Hilges: Der „Radikalerlass“ als Menschenrechtsverletzung? Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall Dorothea Vogt von 1995. In: Wolfrum, Verfassungsfeinde (wie Anm. 30), S. 273–280.
- 34 Vgl. Birgit Hofmann/Edgar Wolfrum: Zur Einführung: Der „Radikalerlass“ – zeitgenössische Wahrnehmungen und gegenwärtige Forschungen. In: Wolfrum, Verfassungsfeinde (wie Anm. 30), S. 13–62.
- 35 Gesamtübersicht bei Mirjam Schnoor: Der „Schluss-Erlass“ als „Preis der Freiheit“? Implementierung und Ausführung des Landesregierungsbeschlusses über die „Pflicht zur Verfassungstreue im öffentlichen Dienst“ aus dem Jahr 1973. In: Wolfrum, Verfassungsfeinde (wie Anm. 30), S. 91–193, S. 171.
- 36 Heribert Prantl: Halali. In: Süddeutsche Zeitung, 23./24. Januar 2021, S. 5.
- 37 Vgl. Hofmann/Wolfrum, Zur Einführung (wie Anm. 34), S. 14.
- 38 Vgl. Philipp Gassert: Die CDU in der (ersten) Großen Koalition und Opposition. Reformerische Aufbrüche unter Kiesinger und Barzel. In: Norbert Lammert (Hrsg.): Handbuch zur Geschichte der CDU. Grundlagen, Entwicklungen, Positionen. Darmstadt 2022, S. 147–164.
- 39 Vgl. Jürgen Klöckler: Die Vergangenheit des Karl Schiess. In: Südkurier 214, 15. September 2023, S. 19.
- 40 Vgl. Philipp Gassert: Politische Polarisierung in einer Zeit beschleunigten Wandels: Zur politischen Kultur im „schwarzen Jahrzehnt“ der baden-württembergischen 1970er. In: Wolfrum, Verfassungsfeinde (wie Anm. 30), S. 451–471.

Das verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen individueller Freiheit, Bürgerverantwortung und Gemeinwohl

Daniela Winkler

Als Errungenschaft des Grundgesetzes wird häufig der Schutz und die Stärkung individueller Freiheitsrechte hervorgehoben. Damit wird jedoch die Dynamik der freiheitlich-demokratischen Ordnung im Sinne des Grundgesetzes verkürzt: Gerade die Grundrechte unterliegen einem ständigen Aushandlungsprozess, der nicht nur zwischen den einzelnen Grundrechten vermitteln, sondern auch das Verhältnis zwischen individueller Freiheit und kollektivem Gemeinwohl im Blick halten muss. In ihrem Beitrag zeigt Daniela Winkler die Entstehung dieser Rechtsvorstellungen auf und verweist auf wichtige Etappen in der Auseinandersetzung zwischen individuellen und kollektiven Rechtsgütern.

Das Grundgesetz konstituiert in Art. 20 Abs. 1 GG eine demokratische, rechts- und sozialstaatliche Verfassungsordnung und ist zugleich Grundlage einer individuellen Freiheitsordnung, die in den Grundrechten gemäß Art. 1–19 GG ihren Ausdruck und ihre Bestätigung findet. Insbesondere die Freiheitsordnung wird als besondere Errungenschaft der Verfassung verstanden, auf deren (vermeintliche) Relativierung gesellschaftspolitisch hochsensibel reagiert wird. Die

zuletzt geführten, äußerst kontroversen (politischen) Diskussionen um Beschränkungen der persönlichen Freiheit im Angesicht der Corona- oder Klimakrise bieten hiervon einen bildhaften Eindruck. Dabei wird nicht selten der Eindruck erweckt, jede diskutierte Grundrechtseinschränkung würde die Grundrechte (verfassungswidrig) „unter Vorbehalt“ stellen. Exemplarisch zeigt sich dies bei der im September 2023 von der „Denkfabrik R21“ durchgeführten Ta-



Während der Proteste gegen die Maßnahmen zur Bekämpfung der Coronapandemie bezogen sich viele Demonstrierende auf die Grundrechte, wie etwa eine Teilnehmerin in Stuttgart im April 2020 mit dem Verweis auf das Recht zum Widerstand (Art. 20 Abs. 4 GG).

© picture alliance/dpa | Marijan Murat

gung „Deutschland zwischen Covid und Klima – Grundrechte unter Vorbehalt?“. Diese Aussagen sind auf den verfassungsrechtlichen Prüfstand zu stellen. Im Folgenden wird daher nicht nur erörtert, wie das Verhältnis der Grundrechte untereinander austariert ist, sondern zugleich welche gemeinschaftsbezogenen Elemente das Grundgesetz im Übrigen bereithält. In einem abschließenden Fazit wird zur Erweiterung der Perspektive beim Blick auf das Grundgesetz ermuntert.

Die grundrechtliche Freiheitsordnung unter dem Grundgesetz

Nach den Erfahrungen der nationalsozialistischen Willkürherrschaft haben sich die Väter und Mütter des Grundgesetzes für eine Aufwertung der freiheitlichen Grundrechte entschieden, welche auch in der Positionierung des Grundrechtskatalogs am Anfang des Grundgesetzes zum Ausdruck kommt. Anders war es noch in der Weimarer Reichsverfassung (WRV). Hier waren die Grundrechte im Zweiten Hauptteil der Verfassung unter dem Titel „Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen“ „versteckt“. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG leitet nun den Grundrechtskatalog mit der Versicherung ein: „Die Würde des Menschen ist unantastbar“. Dies ist eine unmittelbare Reaktion auf die Verbrechen der nationalsozialistischen Willkürherrschaft und verdeutlicht zugleich den

(im Einzelnen variierenden, aber insgesamt unverhandelbaren) Menschenwürdegehalt der weiteren Grundrechte. Art. 1 Abs. 3 GG statuiert explizit, dass die „nachfolgenden Grundrechte [...] Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht [binden]“. Hierdurch wird eine bereits in der Weimarer Zeit geführte Diskussion über die unmittelbare Grundrechtsgeltung und die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers positiv abgeschlossen. Unter der Geltung der WRV wurde die Frage nach der Grundrechtsbindung von Gesetzgebung und Exekutive noch abhängig von den einzelnen Grundrechtsbestimmungen beantwortet (Dürig/Herzog/Scholz/Herdegen 2023: Art. 1 Rn. 3; Dreier 2016: 50 ff.). Fehlte es diesen an hinreichender Bestimmtheit und Eindeutigkeit, wurde den Grundrechten der Charakter von bloßen Programmsätzen zugeschrieben (Thoma 1929: 5), wobei die klassischen Abwehrrechte sehr wohl als vollziehbares, Verwaltung und Gesetzgebung bindendes Recht galten (Dreier 2016: 51). Insbesondere die mangelnde Einklagbarkeit durch Verfassungsbeschwerde verkürzte jedoch den realen Geltungsgehalt.

Unter der Geltung des Grundgesetzes ist hingegen nach Maßgabe des Art. 1 Abs. 3 GG der parlamentarische Gesetzgeber ebenfalls an die Grundrechte gebunden, so dass auch Raum für die Überprüfung parlamentarischer Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit geschaffen wurde. Mit der Einführung der Verfassungsbeschwerde im Jahre 1951, wodurch



Die Möglichkeit zur Verfassungsbeschwerde, die 1951 eingeführt wurde, wird zunehmend auch durch Sammelklagen von Initiativen genutzt – wie hier 2016 gegen das Freihandelsabkommen CETA.

©picture alliance / dpa | Uli Deck

Bürgerinnen und Bürger die Verletzung in eigenen (Grund-) Rechten vor dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) geltend machen können, ist diese Entwicklung letztlich abgeschlossen. Dass die Grundrechte häufig recht offen formuliert sind und daher Raum für Interpretationen lassen, steht dem nicht entgegen. Vielmehr hat das BVerfG in seiner über siebzig Jahre währenden Rechtsprechung ebenso wie die Rechtswissenschaft dazu beigetragen, die Grundrechte dogmatisch zu konturieren, hierdurch mit Leben zu füllen und diese gleichzeitig für den Dialog mit den Veränderungen der gesellschaftlichen Realität zu öffnen. Ein Beispiel: Während das BVerfG 1957 etwa noch die Strafbarkeit männlicher Homosexualität für verfassungsgemäß erklärte (s. Winkler 2022: 841 ff.), fordert es heute die Gleichstellung gleichgeschlechtlicher und heterosexueller Lebensgemeinschaften (s. nur BVerfGE 105, 313 ff.; 124, 199 ff.; 126, 400 ff.; 131, 239 ff.; 132, 179 ff.; 133, 59 ff.; 133, 377 ff.).

Die Grundrechte nun aber als Ausdruck eines *unbeschränkten* Freiheitsrechts zu verstehen, übersieht, dass die Grundrechte des einzelnen ihre Grenzen (zumindest) am Freiheitsbereich des anderen finden. Da die Grundrechtsbereiche nicht überschneidungsfrei bestehen – die Freiheitsausübung des einen daher regelmäßig den Freiheitsbereich eines anderen tangieren wird – ist bei konfligierender Freiheitsausübung jeweils eine Abwägung vorzunehmen. Beispielsweise ist das Äußern politischer Inhalte von der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt. Sofern hierdurch andere Personen beleidigt werden, ist zugleich der Schutz ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG) zu berücksichtigen. Diese Abwägung ist in erster Linie durch den Gesetzgeber vorzunehmen.

Das BVerfG trägt dieser Erkenntnis mit der Formel von der „Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums“ Rechnung. Hiernach ist das Menschenbild des Grundgesetzes „nicht das eines isolierten, souveränen Individuums“. Vielmehr hat das Grundgesetz „die Spannung Individuum – Gemeinschaft“ im obigen Sinne „entschieden, ohne dabei den Eigenwert der Person anzutasten“ (insgesamt BVerfGE 4, 7, 15 f.). Daraus leitet das Gericht zugleich ab, dass der Einzelne „sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen [muss], die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht, vorausgesetzt, daß dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt“ (BVerfGE 4, 7, 15 f.). Die grundrechtliche Freiheitsausübung kann daher nicht nur zum Schutz anderer Grundrechte, sondern auch sonstiger Güter von Verfassungsrang beschränkt werden. Exemplarisch ist auf die Staatszielbestimmung von Art. 20a GG zu verweisen, wonach der Staat „auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung“ schützt. So können beispielsweise Gesetze zum Schutz der Umwelt grundrechtsbeschränkende Wirkung entfalten.

Die Grundrechte vermitteln daher nicht nur einen liberalen Abwehranspruch, sondern sind auch Teil einer *objektiven Werteordnung*. Auch wenn die Grundrechte (mit Ausnahme des Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG) entsprechend der Anordnung in Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar nur die staatliche Hoheitsgewalt, nicht hingegen den Bürger verpflichten, hat sich das BVerfG in seinem Lüth-Urteil (BVerfGE 7, 198 ff.) aus dem Jahre 1958 den Weg für eine mittelbare Grundrechtsbindung

gegeben. Hintergrund der Entscheidung war ein Boykottaufruf des Hamburger Senatsdirektors und Leiters des Presseamtes Erich Lüth gegenüber dem unter der Regie Veit Harlans entstandenen Film *Unsterbliche Geliebte*, da Harlan während der Zeit des Nationalsozialismus als Regisseur des antisemitischen Propagandafilms *Jud Süß* bekannt geworden war. Nachdem das Landgericht Hamburg eine Unterlassungsverfügung wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung nach § 826 BGB erlassen hatte, wandte sich Lüth hiergegen mit einer Verfassungsbeschwerde an das BVerfG. Das Gericht nahm dies zum Anlass, die Bedeutung der Grundrechte als eines „Wertesystems“ herauszustellen, das „seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet“ (BVerfGE 7, 198: 205). Auch privatrechtliche Klauseln (wie § 826 BGB), die das Verhältnis zwischen Privatpersonen regeln, sind daher im Geiste des Grundgesetzes auszulegen. Dies bietet sich insbesondere an, soweit die privatrechtlichen Normen über wertausfüllungsfähige und -bedürftige Begriffe verfügen oder Generalklauseln darstellen. In der Lüth-Entscheidung hat das BVerfG daher deutlich gemacht, dass die Gerichte auch bei der Auslegung und Anwendung privatrechtlicher Normen die betroffenen konfligierenden Grundrechte berücksichtigen und in einen Ausgleich bringen müssen. Konkret galt dies bei der Ausfüllung des Tatbestandsmerkmals der Sittenwidrigkeit (im Wortlaut: „in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise“) in § 826 BGB.

Anders als die WRV (und manche Landesverfassung) sieht das Grundgesetz nur an wenigen Stellen explizite *Grundpflichten* vor. Hierdurch sollte die zum Entstehungszeitpunkt des GG im Vordergrund stehende (später wie gesehen etwa durch das Lüth-Urteil relativierte) Konzeption der Grundrechte als liberale Freiheitsrechte hervorgehoben werden. Dies gilt einerseits als Reaktion auf die schwache Durchsetzungskraft der sozialen Grundrechte der WRV, die letztlich in weiten Teilen nur Symbolpolitik waren. Andererseits stand zum Entstehungszeitpunkt des Grundgesetzes in Reaktion auf die nationalsozialistische „Volksgemeinschaft“ der Schutz des Individuums und seiner Persönlichkeitsentfaltung im Vordergrund. Dennoch sind auch im Grundrechtekatalog einzelne Pflichten aufgeführt, so die Pflicht zur Verfassungstreue für Inhaber des wissenschaftlichen Lehramts in Art. 5 Abs. 3 GG, die Pflicht der Eltern zur Pflege und Erziehung der Kinder in Art. 6 Abs. 2 GG, die (im Moment einfachgesetzlich ausgesetzte) Wehrpflicht und die Pflicht zum zivilen Ersatzdienst in Art. 12a GG. Aber auch über diese expliziten Regelungen hinaus lassen sich dem Grundgesetz gemeinschaftsbezogene Elemente entnehmen.

Gemeinschaftsbezogene Elemente des Grundgesetzes

Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG)

Wenn man an gemeinschaftsbezogene Elemente des Grundgesetzes denkt, dann fällt der Blick zunächst auf das Sozialstaatsprinzip, das in Art. 20 Abs. 1 GG und Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG Erwähnung findet, ohne im Grundgesetz selbst näher konkretisiert zu werden. Auch in der Rechtsprechung sind die Elemente des Sozialstaatsprinzips weniger stark ausgeprägt als beispielsweise diejenigen des Rechtsstaatsprinzips. Sie bedürften daher in deutlich stärkerem Maße der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber (Jarass/Pieroth 2022: Art. 20 Rn. 168). Insbesondere lassen sich aus dem Sozialstaatsprinzip unmittelbar keine subjektiven Rechte (etwa auf konkrete soziale Leistungen) ableiten (BVerfGE 27, 253, 283; 82, 60, 80). Etwas anderes gilt für den Anspruch auf Ge-



Der Anspruch auf die Gewährleistung eines Existenzminimums wurde 2010 durch eine Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts festgestellt.

©picture alliance / JOKER | Alexander Stein

währleistung des Existenzminimums, welches aus einer Zusammenschau der Menschenwürdegarantie in Art. 1 Abs. 1 GG mit dem Sozialstaatsprinzip abgeleitet wird (BVerfGE 125, 175 ff.) und nach der Rechtsprechung des BVerfG vom 9. Februar 2010 jedem Hilfebedürftigen „diejenigen materiellen Voraussetzungen zu[sichert], die für seine physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind“. Aus einer Zusammenschau des Sozialstaatsprinzips mit dem Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG wird zugleich ein Prinzip sozialer Gerechtigkeit abgeleitet. Adressat des Sozialstaatsprinzips bleibt aber in erster Linie der Gesetzgeber, der hiervon ausgehend – insbesondere mit den Sozialgesetzbüchern – ein komplexes System sozialer Sicherheit aufgebaut hat.

Beschränkungen der Eigentumsfreiheit in Art. 14 Abs. 2 GG und Art. 15 GG

Zugleich enthält das Grundgesetz Anknüpfungspunkte für gesellschaftsbildende Aspekte. Jenseits der bereits zuvor erwähnten Interdependenz der Grundrechte finden sich insbesondere bei den eigentumsrelevanten Regeln Hinweise auf mögliche Sozialbindungen: Eine soziale Rückbindung des Eigentums kommt in Art. 14 Abs. 2 GG sowie Art. 15 GG zum Ausdruck. Art. 14 Abs. 2 GG regelt in Satz 1: „Eigentum verpflichtet“. Satz 2 konkretisiert dahingehend, dass „sein Gebrauch [...] dem Wohle der Allgemeinheit dienen“ soll. Beide Formulierungen verdeutlichen eine Rückbindung des Eigentums an soziale Belange. Das gegenwärtig herrschende Verständnis des Art. 14 GG betont hingegen den Freiheitsaspekt. Die Eigentumsgarantie ist danach für die Stellung des Individuums im Staat von herausragender Relevanz, da es Mittel und Ausdruck der individuellen Selbstverwirklichung ist (Herzog/Scholz/Dürig/Papier/Shirvani

2023: Art. 14 Rn. 2; Rauscher 2013: 30). Diese Perspektive geht sogar so weit, die Freiheit des Individuums ohne Eigentum „als leere Hülle“ zu verstehen (Herzog/Scholz/Dürig/Papier/Shirvani 2023: Art. 14 Rn. 2). Seine Grundlage findet dieses Verständnis bereits in den Vertragstheorien bei Thomas Hobbes, bei welchem der Schutz des Eigentums zum Rechtfertigungselement einer autoritären Herrschaftsordnung gerät (Hobbes 1651). In Fortführung dieses Eigentumsdenkens unterstellt John Locke ein Eigentumsrecht am eigenen Körper (Locke 1728: 32 ff.). Die heutzutage seltsam anmutende Annahme eines Selbst-Eigentums gewinnt zu Lockes Lebenszeit in dem Erleben von Sklaverei und Lehnsherrschaft emanzipatorische Bedeutung: Die Selbstbestimmung über die Person wird damit über den Eigentumsbegriff konstruiert (zu den ideengeschichtlichen Grundlagen des Eigentumsbegriffs Heselhaus/Nowak/Heselhaus 2020: § 36 Rn. 1). Auch die „bürgerliche“ Verfassung von 1848 betonte den besonderen Wert der Eigentumsfreiheit in § 164 mit den Worten: „Das Eigentum ist unverletzlich.“ Sie betont damit gleichzeitig die liberale wie egalitäre Ausrichtung der Paulskirchenverfassung, wobei letztere auf die Rechtsgleichheit und damit auf die Abschaffung der ständischen Vorrechte beschränkt bleibt. Eine soziale Konnotation findet sich in der Paulskirchenverfassung weithin nicht.

Auch das Grundgesetz wird vor dem Hintergrund der politisch mehrheitsfähigen marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung interpretiert. Das BVerfG hat in einer frühen Entscheidung (BVerfGE 4, 7, 17) explizit die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes festgestellt, sodass diese Perspektive politisch, nicht rechtlich vorgegeben ist. Im Parlamentarischen Rat war die wirtschaftspolitische Haltung noch zwischen SPD und CDU umstritten, sodass aufgrund des sogenannten Bonner Kompromisses das Grundgesetz

für verschiedene Wirtschaftsformen und die Realisierung gemeinwirtschaftlicher Vorstellungen offengehalten werden sollte. Art. 14 Abs. 2 GG ist – ebenso wie Art. 15 GG – Ausdruck dieses Kompromisses. Daher formuliert Art. 14 Abs. 2 GG in Anknüpfung an den Grundpflichtenkatalog der WRV eine Grundpflicht des Eigentümers, in welcher zugleich das Sozialstaatsgebot konkretisiert wird (von Münch/Kunig/Bryde/Wallrabenstein 2021: Art. 14 GG Rn. 98). Aufgrund der individualistischen, freiheitlichen Interpretation der Eigentumsfreiheit wird diese Formulierung jedoch regelmäßig auf eine Eingriffsermächtigung des Gesetzgebers reduziert, die mit den Schrankenbestimmungen der anderen Grundrechte im Ergebnis vergleichbar ist. Der Gesetzgeber hat hiervon Gebrauch gemacht und Sozialbindungen etwa im Bereich des Bau- und Umweltrechts, aber auch des Mietrechts festgelegt. Weitgehende Übereinstimmung besteht darüber, dass Art. 14 Abs. 2 GG den Eigentumsbegriff nicht per se modifiziert: Die Eigentumsfreiheit garantiert die eigenverantwortliche Entscheidung des Berechtigten über die ihm eigentumsrechtlich zugeordneten Befugnisse *zu seinem privaten Nutzen*. Dennoch darf bei dieser Interpretation nicht die in Art. 14 Abs. 2 GG zum Ausdruck kommende soziale Funktion des Eigentums, die innerhalb der verschiedenen Eigentumspositionen variiert (Sachs/Wendt 2021: Art. 14 Rn. 111), aus den Augen verloren werden.

Art. 14 Abs. 2 GG richtet sich in erster Linie an den Gesetzgeber. Es gibt weitgehende Übereinstimmung dahingehend, dass dieser durch Art. 14 Abs. 2 GG nicht nur berechtigt, sondern auch – im Sinne eines „Sozialgebots“ (Götz 1983: 33) – verpflichtet wird. Wie diese Verpflichtung konkret aussieht, insbesondere wie weit der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum durch Art. 14 Abs. 2 GG beschnitten wird, ist jedoch Gegenstand reger Diskussion. Dies betrifft auch die Frage, ob der Gesetzgeber diese Verpflichtung nur berücksichtigen muss, wenn er eigentumsrelevante Regelungen erlässt oder aus Art. 14 Abs. 2 GG unmittelbar zur Regelung verpflichtet werden kann. Das grundrechtliche Verständnis der Eigentumsfreiheit korrespondiert so gesehen stark mit dem jeweiligen Gesellschaftsverständnis.

Jenseits derartiger Beschränkungen der Eigentumsfreiheit wird in Zukunft die Frage virulenter werden, ob bestimmten Gütern die Eigentumsfähigkeit abzusprechen ist, da diese sinnvollerweise nicht dem Prinzip der Privatnützigkeit unterfallen können. So hat das BVerfG in seinem Nassauskiesungsbeschluss vom 15. Juli 1981 (BVerfGE 58, 300 ff.) in Auslegung des einfachen Gesetzesrechts festgestellt, dass der Zugriff auf das Grundwasser nicht vom Bodeneigentum erfasst ist. In Wiederholung und Erweiterung dieser Rechtsprechung regelt § 4 Abs. 2 des Wasserhaushaltsgesetzes (WHG) daher nunmehr, dass das „Wasser eines fließenden oberirdischen Gewässers und Grundwasser [...] nicht eigentumsfähig“ sind. Mit zunehmenden Knappheitssituationen, die sich aufgrund der fortschreitenden Klimakrise ergeben, bleibt zu diskutieren, ob etwa (stehende) Gewässer als potenzielle Trinkwasser- und lebensnotwendige *Umweltressourcen* eigentumsfähig im Sinne des Art. 14 GG sein bzw. bleiben können. Der Wortlaut des § 4 Abs. 2 WHG spricht dagegen (siehe Czychowski/Reinhardt 2023: § 4 Rn. 14; Breuer/Gärditz 2017: Rn. 301). Jenseits dieser einfachgesetzlichen Regelung ist die Frage verfassungsrechtlich jedoch noch nicht endgültig beantwortet. Zugleich lässt sich diese Diskussion auch auf andere Umweltgüter übertragen. Daher sollte der Eigentumsbegriff nicht nur der Konkretisierung durch den einfachen Gesetzgeber überlassen werden (wie es in der überwiegenden Literatur [statt vieler Herzog/Scholz/Dürig/Papier/Shirvani 2023: Art. 14 Rn. 160] und der Rechtsprechung des BVerfG [BVerfGE 115, 97, 110 f.] angenommen wird). Vielmehr sollten vom Gedanken der Eigen- bzw. Fremdnützigkeit ausgehend die Grenzen des verfassungsrechtlichen Eigentumsdenkens konstruiert werden.

Die prinzipiell zurückhaltende Position gegenüber Art. 14 Abs. 2 GG spiegelt sich noch deutlicher in der weitgehenden Vernachlässigung von Art. 15 GG. Nach dieser Vorschrift können „Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel [...] zum Zwecke der Vergesellschaftung [...] in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft überführt werden“. Nachdem diese Vorschrift in der Vergangenheit bereits für obsolet (und letztlich mit der freiheitli-



Fließende Gewässer und Grundwasser haben als Ressource für das Gemeinwohl überragende Bedeutung und sind daher nicht eigentumsfähig. So hat es das Bundesverfassungsgericht in seinem Nassauskiesungsbeschluss 1981 festgehalten.

©picture alliance | Weingartner

chen Ordnung des Grundgesetzes unvereinbar) angesehen wurde (vgl. etwa Ridder 1952: 125 ff.; dazu Thiel 2019: 497 ff.), wird sie zuletzt im Zusammenhang mit der Wohnungsnot in urbanen Ballungsräumen wieder aufgegriffen und diskutiert. So forderte die Initiative des Berliner Mietenvolksentscheids „Deutsche Wohnen & Co Enteignen“ die Vergesellschaftung der großen Berliner Wohnungsbaugesellschaften, die sich in privater Hand befinden. Die Frage, ob diese Vergesellschaftung nach den rechtlichen Maßstäben des Art. 15 GG möglich ist, wurde – auch in der Presse – kritisch diskutiert. Fraglich war insbesondere, inwieweit Wohnraum unter die Vergesellschaftungsgegenstände („Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel“) subsumiert werden kann.

Als vermeintliches Überbleibsel sozialistischer Gedankenspiele, welches gleichfalls dem sogenannten Bonner Kompromiss entsprungen ist, wird Art. 15 GG äußerst restriktiv ausgelegt und kam auch deshalb bisher noch nie zur Anwendung. Vor dem Hintergrund der Entwicklung der (sozialen) Marktwirtschaft wird heute zumeist unterstellt, dass Vergemeinschaftungen und/oder Sozialisierungen in keiner Weise mehr mit dem heutigen Wirtschaftsverständnis zu vereinbaren sind. Politisch wird Art. 15 GG deshalb vor allem von Parteien aufgegriffen, die im sogenannten linken Spektrum beheimatet sind, was eine zusätzliche Erklärung für die zurückhaltende Anwendung sein dürfte. Als exemplarisch darf der (gescheiterte) Versuch der Partei „Die Linke“ gelten, in der 16. Legislaturperiode Art. 15 GG um Banken und Versicherungsunternehmen sowie Daseinsvorsorgeeinrichtungen zu erweitern (BT-Drs. 16/12375, 1, 4). Konkrete Krisensituationen – wie die durch den russischen Angriffskrieg auf die Ukraine herbeigeführte Energiekrise – belegen dennoch einen verbleibenden, wichtigen Anwendungsraum für den Artikel. Auch aufgrund der Klimakrise erwartbare Verknappungen von Ressourcen (wie etwa

Trinkwasser oder landwirtschaftlich nutzbarer Bodenflächen) werden Diskussionen über alternative Wirtschaftsformen und Neujustierungen der Marktmechanismen anstoßen, die eine „Wiederbelebung“ des Art. 15 GG zur Folge haben könnten (insgesamt hierzu auch Winkler/Zeccola/Michailidou 2023: 545 ff.).

Intertemporale Freiheitsrechte und Verteilungsgerechtigkeit

Eine mittelbare Sozialpflichtigkeit lässt sich dem Nachhaltigkeitsgrundsatz entnehmen, der explizit in Art. 20a GG niedergelegt ist. Danach schützt der Staat „auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung“. Mit dem Verweis auf die „Verantwortung für die künftigen Generationen“ wird erstmals die Nachhaltigkeit als Rechtsgedanke in das Grundgesetz eingebracht. Nachhaltigkeit bezeichnet allgemein den Grundsatz, die ökologischen, ökonomischen und sozialen Ressourcen so zu verteilen, dass alle den ihren Bedürfnissen entsprechenden Anteil erhalten sowie die ökonomische, soziale und ökologische Entwicklung als neu und im Einzelfall herzustellende Einheit angesehen wird (s. nur Appel 2005: 339 ff.; Beaucamp 2002: 20). In Art. 20a GG wird (durch den expliziten Verweis auf die „natürlichen Lebensgrundlagen“) die ökologische Dimension in den Blick genommen. Die in Art. 109 Abs. 2 und 3 und Art. 115 GG niedergelegte Schuldenbremse bietet zugleich Anhaltspunkte für eine ökonomisch nachhaltige Haushaltspolitik.

Mit dem Nachhaltigkeitsgedanken wird die zeitliche Dimension politischen Handelns in den Blick genommen. Gerade in der Klimakrise wird mehr und mehr offenkundig, dass heutiges Handeln zu unabänderlichen Folgen in der Zukunft



Mit dem Klimaschutzgesetz-Urteil vom März 2021 betont das Bundesverfassungsgericht die Verantwortung für die künftigen Generationen und fordert daher den Gesetzgeber auf, bei der Schonung der Ressourcen und dem Schutz der Umwelt nachzubessern.

©picture alliance / Geisler-Fotopress | Christoph Hardt

führen wird. Die Menge des heute ausgestoßenen CO₂ wirkt sich auf künftige Klimabedingungen aus, die wiederum eine Rückwirkung auf die tatsächlichen Möglichkeiten der Freiheitsausübung künftiger Generationen haben wird.

Das BVerfG hat aus dieser Erkenntnis die Konstruktion intertemporaler Freiheitsrechte abgeleitet. Bereits in dem Begriff kommt die Abhängigkeit künftiger Freiheitsrechte von heutigem Handeln zum Ausdruck. Hierzu führt das BVerfG explizit aus, dass das „Grundgesetz [...] unter bestimmten Voraussetzungen zur Sicherung grundrechtsgeschützter Freiheit über die Zeit und zur verhältnismäßigen Verteilung von Freiheitschancen über die Generationen [verpflichtet]. Subjektivrechtlich schützen die Grundrechte als intertemporale Freiheitssicherung vor einer einseitigen Verlagerung der durch Art. 20a GG aufgegebenen Treibhausgasminderungslast in die Zukunft“ (BVerfG 157, 131). In der Rechtsprechung des BVerfG bezieht sich dies konkret (bislang) auf die Klimaschutzgesetzgebung. In der streitgegenständlichen Fassung des Klimaschutzgesetzes hatte der Gesetzgeber zwar einen Zeitpunkt der Treibhausgasneutralität festgelegt, erhebliche Anteile der durch Art. 20a GG gebotenen Treibhausgasminderungslasten jedoch auf Zeiträume nach 2030 verschoben. Nach der Rechtsprechung des BVerfG entfaltet diese gesetzgeberische Entscheidung „eingriffsähnliche Vorwirkung auf die durch das Grundgesetz geschützte Freiheit der Beschwerdeführenden“ (BVerfG 157, 30, 131). Das BVerfG wies deshalb zu Recht darauf hin, dass ein langsamerer Reduktionspfad bis 2030 danach unmittelbar zu einem steileren Abstieg führen müsste. Hieraus resultierten unmittelbare Beschränkungen der grundrechtlichen Betätigungsfreiheit der später Lebenden – in den Worten des BVerfG (BVerfGE 157, 30, 132): „Vor diesem Hintergrund begründen Vorschriften, die jetzt CO₂-Emissionen zulassen, eine unumkehrbar angelegte rechtliche Gefährdung künftiger Freiheit, weil sich mit jeder CO₂-Emissionsmenge, die heute zugelassen wird, das verfassungsrechtlich vorgezeichnete Restbudget irreversibel verkleinert und CO₂-relevanter Freiheitsgebrauch stärken, verfassungsrechtlich gebotenen Restriktionen ausgesetzt sein wird. Zwar müsste CO₂-relevanter Freiheitsgebrauch irgendwann ohnehin im Wesentlichen unterbunden werden, weil sich die Erderwärmung nur anhalten lässt, wenn die anthropogene CO₂-Konzentration in der Erdatmosphäre nicht mehr weiter steigt. Ein schneller Verbrauch des CO₂-Budgets schon bis 2030 verschärft jedoch das Risiko schwerwiegender Freiheitseinbußen, weil damit die Zeitspanne für technische und soziale Entwicklungen knapper wird, mit deren Hilfe die Umstellung von der heute noch umfassend mit CO₂-Emissionen verbundenen Lebensweise auf klimaneutrale Verhaltensweisen freiheitsschonend vollzogen werden könnte“.

Unabhängig von der konkreten Rechtsfrage verdeutlicht das BVerfG mit diesen Aussagen, dass tatsächliche Freiheitsrechte auch zeitlich dependent sind. Je stärker wir heute treibhausgasintensive Tätigkeiten ausüben, desto stärker

wird die Lebenswirklichkeit späterer Generationen (aufgrund notwendiger rechtlicher Regulierungen oder aufgrund der tatsächlichen Änderung unserer Lebensumstände) beschränkt sein. Es handelt sich hierbei um eine neue Erkenntnis, da Freiheitsrechte insofern immer als voraussetzungslos angesehen wurden. Sie gewinnt jedoch nicht nur mit Blick auf die Klimakrise, sondern etwa auch auf die Biodiversitätskrise an Bedeutung und kann auch auf andere – etwa ökonomische – Lebensbereiche übertragen werden, wenn man etwa an die Überlebensfähigkeit sozialer Sicherungssysteme unter dem Eindruck abnehmender Geburten, sinkender Arbeitnehmerzahlen etc. denkt. Die rechtliche Konstruktion der intertemporalen Freiheitsrechte ist daher Sinnbild von Verteilungskonflikten, die in zeitlicher Sicht auftreten werden. Bei heutigen politischen Entscheidungen sind daher auch die Lebenswirklichkeiten und Entwicklungschancen künftiger Generationen in den Blick zu nehmen.

Fazit

Eine Interpretation des Grundgesetzes als (strikte) Freiheitsordnung, welche sich auch als Antwort auf den unbefriedigenden Umgang mit den sozialen Grundrechten der Weimarer Reichsverfassung und die Erfahrungen der nationalsozialistischen Willkürherrschaft entwickelt hat, verkennt die soziale Ebene des Grundgesetzes. Versteht man das Grundgesetz – mit dem BVerfG – als kohärente Ordnung des gesellschaftlichen Miteinanders, so lassen sich die Freiheitsrechte niemals in einem absoluten Sinne verstehen, in dem diese ohne Rücksicht auf gegenläufige Interessen ausgeübt werden können. Neben den Freiheitsinteressen anderer erweisen sich auch gemeinschaftliche Interessen, wie eine funktionsfähige Daseinsvorsorge, eine nachhaltige Wirtschaftsentwicklung und eine intakte Umwelt sowie der gemeinschaftliche Schutz des Klimas, als Grenzen individueller Selbstverwirklichung. In einer erwartbaren Zukunft, in welcher die verfügbaren Ressourcen knapper, die Auswirkungen gesellschaftlicher Freiheitsbetätigungen auf die Gemeinschaft spürbarer und Verteilungskonflikte wahrscheinlicher werden, mag sich hieraus die Zeit für einen neuen Republikanismus ergeben, in welcher das (ohnehin dependente) Verhältnis von individueller und gemeinschaftlicher Freiheit neu zu bewerten ist.

Prof. Dr. Daniela Winkler

KURZVITA

ist Professorin für öffentliches Recht, Leiterin des Masterstudiengangs „Planung und Partizipation“ und geschäftsführende Direktorin des Instituts für Volkswirtschaftslehre und Recht an der Universität Stuttgart.

LITERATUR

- Appel, Ivo (2005): Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge – Zum Wandel der Dogmatik des Öffentlichen Rechts am Beispiel des Konzepts der nachhaltigen Entwicklung im Umweltrecht. Tübingen.
- Beaucamp, Guy (2002): Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklungen im Recht – Untersuchungen zur völker-

rechtlichen, europarechtlichen, verfassungsrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Relevanz eines neuen politischen Leitbildes. Tübingen.

- Breuer, Rüdiger/Gärditz, Klaus Ferdinand (2017): Öffentliches und privates Wasserrecht. 4. Aufl., München.
- Czychowski, Manfred/Reinhardt, Michael (2023): Wasserhaushaltsgesetz. 13. Aufl., München.

- Dreier, Horst (2016): *Staatsrecht in Demokratie und Diktatur*. Tübingen.
- Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert (2023): *Grundgesetz – Kommentar*. München.
- Götz, Volkmar (1983): *Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension. Verwaltungsvorhaben zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 41. Berlin, S. 7–36.
- Heselhaus, Sebastian/Nowak, Carsten (2020): *Handbuch der Europäischen Grundrechte*. 2. Aufl., München.
- Hobbes, Thomas (1651): *Leviathan, or the Matter, Form, and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil*. London.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo (2022): *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. 17. Aufl., München.
- Locke, John (1728): *Two Treaties of Government*, 5. Aufl., London.
- von Münch, Ingo/Kunig, Philip (2021): *Grundgesetz – Kommentar*, 21. Aufl., München.
- Rauscher, Anton (2013): *Der innere Zusammenhang zwischen Freiheit und Eigentum*. In: Ders. (Hrsg.): *Das Eigentum als eine Bedingung der Freiheit*. Berlin, S. 21–36.
- Ridder, Helmut (1952): *Enteignung und Sozialisierung*. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 10, S. 124–177.
- Thiel, Fabian (2019): *Art. 15 Grundgesetz – obsolet? – Helmut Ridder zum 100. Geburtstag*. In: *Die Öffentliche Verwaltung* 13, S. 497–507.
- Thoma, Richard (1929): *Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen*, in: H. C. Nipperdey (Hrsg.): *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung – Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung*, Bd. 1: *Allgemeine Bedeutung der Grundrechte und die Art. 102–117*. Berlin, S. 1–40.
- Winkler, Daniela (2022): *„Gleichgeschlechtliche Liebe“ im Spiegel der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung – Kritische Betrachtungen des Homosexuellen-Urteils des BVerfG*. In: *Zeitschrift für öffentliches Recht (ZöR)* 2022, S. 841–845.
- Winkler, Daniela/Zeccola, Marc/Michailidou, Parthena (2023): *Die Renaissance des Energiesicherungsgesetzes: Verfassungsrechtliche Implikationen der Maßnahmen nach §§ 17 ff. EnSiG und das Potential des Art. 15 GG*. In: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2023, S. 545–551.

lpb
Landeszentrale für politische Bildung
Baden-Württemberg

Europawahl 2024

[Europawahl](#)
[Wahlsystem](#)
[Europäische Union](#)
[Parteien und Wahlprogramme](#)
[Baden-Württemberg](#)
[Rückblick](#)
[Angebote der lpb BW](#)



Europawahl 2024
Wie ist die Stimmung in Europa im Vorfeld der Wahlen? Welche Themen und Herausforderungen bewegen die Bürgerinnen und Bürger? Wie funktioniert das Wahlsystem der Europawahl? Das Europäische Parlament hat viele Aufgaben. Wie wird es gewählt?

Wer wird gewählt?
Bei der Europawahl wählen wahlberechtigte EU-Bürgerinnen und Bürger die Abgeordneten des Europäischen Parlaments (EP). Informationen über das EP und seine Aufgaben sowie über die aktuelle Sitzverteilung.

© weiter

Das Wahlrecht zur Europawahl
Wie viele Stimmen haben

Das Wahlportal zur Europawahl 2024
der Landeszentrale für politische Bildung Baden-Württemberg – aktuell und hintergründig.
Es liefert Informationen über:

- die Wahlprogramme und die Spitzenkandidaten,
- die Aufgaben und den Aufbau des EU-Parlaments,
- die Stellung der Parteien,
- das Wahlsystem,
- die Wahl in Baden-Württemberg,
- die vergangene Wahlen und vieles mehr...

www.europawahl-bw.de

lpb
BW

Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden

Zur Einlösung von Inklusion, sozialer Teilhabe und Barrierefreiheit

Felix Welti

Das Benachteiligungsverbot wegen einer Behinderung (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG) wurde 1994 in das Grundgesetz eingefügt. Es wird ergänzt durch EU-Recht und die seit 2009 in Deutschland geltende UN-Behindertenrechtskonvention. Sie gebieten gleiche bürgerliche, politische und soziale Rechte. Die Einlösung und Durchsetzung ist eine dauernde Aufgabe. In seinem Beitrag verdeutlicht Felix Welti dies anhand der Bereiche Rechte, Bildung, Arbeit, Gesundheit, Gemeinschaft und Zugänglichkeit/Barrierefreiheit. An diesen Feldern lassen sich erste Schritte hin zur Teilhabe, aber auch bestehende Hindernisse in der Inklusion von Menschen mit Behinderungen erkennen.

Behinderung und Recht: Der Weg bis zum Benachteiligungsverbot 1994

„Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“ So steht es seit 1994 im Grundgesetz. Als das Grundgesetz 1949 beschlossen wurde, war Behinderung kein Thema des Verfassungsrechts, obwohl viele Kriegsversehrte im öffentlichen Leben präsent waren und hunderttausende Menschen wegen Krankheit und Behinderung im Nationalsozialismus entrechtet und getötet worden waren. Gleichwohl fand Behinderung zu diesem Zeitpunkt keinen

Platz in der Liste der Benachteiligungsverbote in Art. 3 Abs. 3 GG.

Behinderung hatte sich 1949 als Rechtsbegriff noch nicht durchgesetzt. Im Kriegsopferrecht war von „Schwerbeschädigten“, in der Sozialversicherung von „Erwerbsunfähigen“, im Bürgerlichen Recht von „Krankheit und Gebrechen“ und in der Fürsorge noch von „Krüppeln“ die Rede. In verschiedenen Rechtsgebieten sah man unterschiedlich auf die Folgen gesundheitlicher Beeinträchtigungen (Welti 2005). Als Thema der Grundrechte war Behinderung nicht etabliert,



Anlässlich des internationalen Jahres der Behinderten trafen sich Aktivistinnen und Aktivisten im Dezember 1981 zum „Krüppeltribunal“ in Dortmund.
©picture-alliance/ dpa | Hartmut Reeh

obwohl aus heutiger Sicht spätestens der Nationalsozialismus dazu Anlass gegeben hätte. Die Verfolgung der nationalsozialistischen Verbrechen an insbesondere geistig und seelisch behinderten Menschen und die Entschädigung der Überlebenden verliefen besonders schleppend (vgl. Mitscherlich/Mielke 1960; Godau-Schüttke 2010), unter anderem mit dem Argument, jedenfalls die Zwangssterilisierungen seien nicht spezifisch nationalsozialistisch gewesen, sondern auch in anderen Ländern – wie etwa Schweden – durchgeführt worden.

In der beginnenden Moderne waren gesundheitliche Beeinträchtigungen vor allem ein Grund, Rechte zu nehmen und vorzuenthalten: Entmündigung im Zivilrecht, Zugangsschranken zu Berufen, der Verlust bürgerlicher Rechte für Personen, die auf Fürsorgeleistungen angewiesen waren. Nicht mehr arbeiten zu können, war ein Weg in die Armut. Das begann sich durch die Sozialversicherungsgesetze zu ändern, die Renten und Rehabilitation als Rechtsanspruch etablierten, jedoch zu Anfang noch viele Personen ausschlossen. Bewegung kam nach dem Ersten Weltkrieg in die Sache: Die betriebliche Beschäftigungspflicht und behördliche Unterstützung für Schwerbeschädigte wurden etabliert. Erstmals organisierten sich Menschen mit Behinderungen in größerem Umfang und begannen Einfluss auf die junge Demokratie zu nehmen. Von ihnen wurde auch zum ersten Mal der Begriff der Körperbehinderten benutzt.

In der Bundesrepublik Deutschland waren Behinderungen lange Zeit vor allem ein Thema der Sozialpolitik: Leistungen der Rehabilitation und zum Lebensunterhalt in Sozialversicherung und Fürsorge wurden ausgebaut (Bösl 2009; Rudloff 2003). 1974 erfolgte der Wechsel vom an Kriegsfolgen orientierten Schwerbeschädigtenrecht zum Schwerbehindertenrecht, bei dem es nicht mehr auf die Ursache der Behinderung ankommt. Viele Leistungen erfolgten im Rahmen von Sondereinrichtungen, die aufgebaut und modernisiert wurden. Sonderschulen, Berufsförderungswerke und Berufsbildungswerke, Werkstätten und Heime waren Gegenstand von Politik und Rechtsetzung. Die Kriegsoffverbände begannen sich in übergreifende Sozialverbände zu transformieren; Selbsthilfeorganisationen wie die Rheumaliga und die Lebenshilfe etablierten sich. Verfassungsrechtlich wurde das Thema im Wesentlichen im Sozialstaatsgebot verortet und war beim Bundesverfassungsgericht (BVerfG) ein wenig sichtbar, etwa in einer Entscheidung von 1975 zur Befristung der Waisenrente für Kinder mit Behinderungen, die die grundsätzliche Pflicht des Sozialstaats zur sozialen Hilfe für Behinderte festhielt und zugleich die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers im Sozialstaat betonte.¹

Beginnend mit den 1970er Jahren kamen neue kritische Impulse in die deutsche Behindertenpolitik (Degener/von Miquel 2019). In den USA hatte sich, ausgehend auch von Vietnam-Veteranen, die *Independent Living*-Bewegung gebildet, die Barrieren, Bevormundung und Ausgrenzung kritisierte und sich als Teil der Bürgerrechtsbewegung verstand. In Deutschland wurden die Verhältnisse in Heimen und Anstalten kritisch diskutiert. Die Psychiatrie-Enquetekommission des Bundestages² erreichte eine große Öffentlichkeit. Das Heimgesetz mit ordnungsrechtlichen und verbraucherrechtlichen Ansätzen war eine erste rechtliche Antwort auf Kritik an den Zuständen in fürsorglichen Einrichtungen.³ Im internationalen Jahr der Behinderten 1981 kam es zu erheblichen Protesten, darunter dem berühmt gewordenen Krüppeltribunal, dessen Ergebnisse unter dem Titel „Menschenrechtsverletzungen im Sozialstaat“ (von Daniels/Degener 1981) dokumentiert worden sind. In den 1980er Jahren gab es erste Forderungen nach Antidiskriminierungs-

gesetzen, bei denen auf das US-amerikanische Vorbild verwiesen werden konnte. Die Reform von der Vormundschaft zum Betreuungsrecht⁴ war ein wichtiger Schritt zur Anerkennung der Rechte aller Menschen mit Behinderungen (Lachwitz 1989).

Auch in der DDR war Behinderung vor allem Gegenstand einer fürsorglichen Sozialpolitik gewesen. Menschen, die nicht arbeiten konnten, lebten teilweise unter schwierigen Bedingungen in Einrichtungen. Diese waren eines der wenigen zulässigen kirchlichen Betätigungsfelder. Andererseits wurde, wer arbeiten konnte, in geschützten Betriebsabteilungen einbezogen (vgl. Ramm 2017). Aus dieser Situation heraus führten mit der deutschen Wiedervereinigung sowohl Unrechtserfahrungen wie auch Verlustängste zur Aufmerksamkeit für das Thema Behinderung. Im Verfassungsentwurf des Runden Tisches der DDR⁵ fanden sich sowohl soziale Rechte für Menschen mit Behinderungen wie auch ein Benachteiligungsverbot. Auch wenn es nicht zu einer neuen DDR-Verfassung kam, wurden die Impulse bei der Verfassungsgebung in den neuen Ländern aufgegriffen. Die mit dem Einigungsvertrag eingesetzte gemeinsame Verfassungskommission von Bund und Ländern diskutierte über die Aufnahme eines Benachteiligungsverbots ins Grundgesetz.⁶ Lange war strittig, ob sich dafür eine Zweidrittelmehrheit finden würde. Die Regierungsparteien CDU/CSU und FDP waren skeptisch. Helmut Kohl persönlich sprach sich schließlich 1994 auf dem Verbandstag des Sozialverbandes VdK für das Benachteiligungsverbot aus, das dann mit breiter Mehrheit in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG aufgenommen wurde.

Internationale Impulse: EU-Recht

Ein Verbot der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen, vor allem im Erwerbsleben, wurde in vielen Rechtsordnungen diskutiert. In den 1990er Jahren erreichte dies auch die Reform der Europäischen Verträge. Im Amsterdamer Vertrag 1997 wurde die Gemeinschaft ermächtigt, Regelungen gegen Diskriminierung zu erlassen. Diese beschränkten sich zunächst auf Beschäftigung und Beruf. Wie schon bei der Gleichstellung der Geschlechter seit 1957 wurde Diskriminierungsfreiheit als notwendiger Bestandteil eines funktionierenden Binnenmarktes angesehen. Die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78 forderte von den Mitgliedstaaten erstmals angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen im Arbeitsleben (Art. 5 RL 2000/78/EG), also über formale Gleichbehandlung hinausgehende Verpflichtungen der Arbeitgeber, um gleiche Chancen sicherzustellen. Seitdem ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ein Motor der Gleichstellung vor allem für das Arbeitsrecht. Sie wendet sich z. B. gegen einen zu engen Begriff von Behinderung und bezieht auch chronisch Kranke und Adipöse ein, wenn ihre Teilhabe beeinträchtigt ist.⁷ Dies hat das Bundesarbeitsgericht 2013 aufgegriffen, als es eine Kündigung wegen symptomloser HIV-Infektion als Benachteiligung wegen Behinderung eingeordnet hat.⁸

Internationale Impulse: UN-Behindertenrechtskonvention

In der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948, in der Europäischen Menschenrechtskonvention von 1950 sowie im Zivilpakt und Sozialpakt von 1966 wurde Behinderung noch nicht explizit erwähnt. Die Internationale Arbeitsorganisation (ILO) hatte sich hingegen schon früh mit dem



Mit Unterzeichnung der UN-Behindertenrechtskonvention hat sich Deutschland u.a. verpflichtet, Kindern mit Behinderungen dieselben Bildungsrechte wie Kindern ohne Behinderungen zukommen zu lassen. ©picture alliance / dpa | Marijan Murat

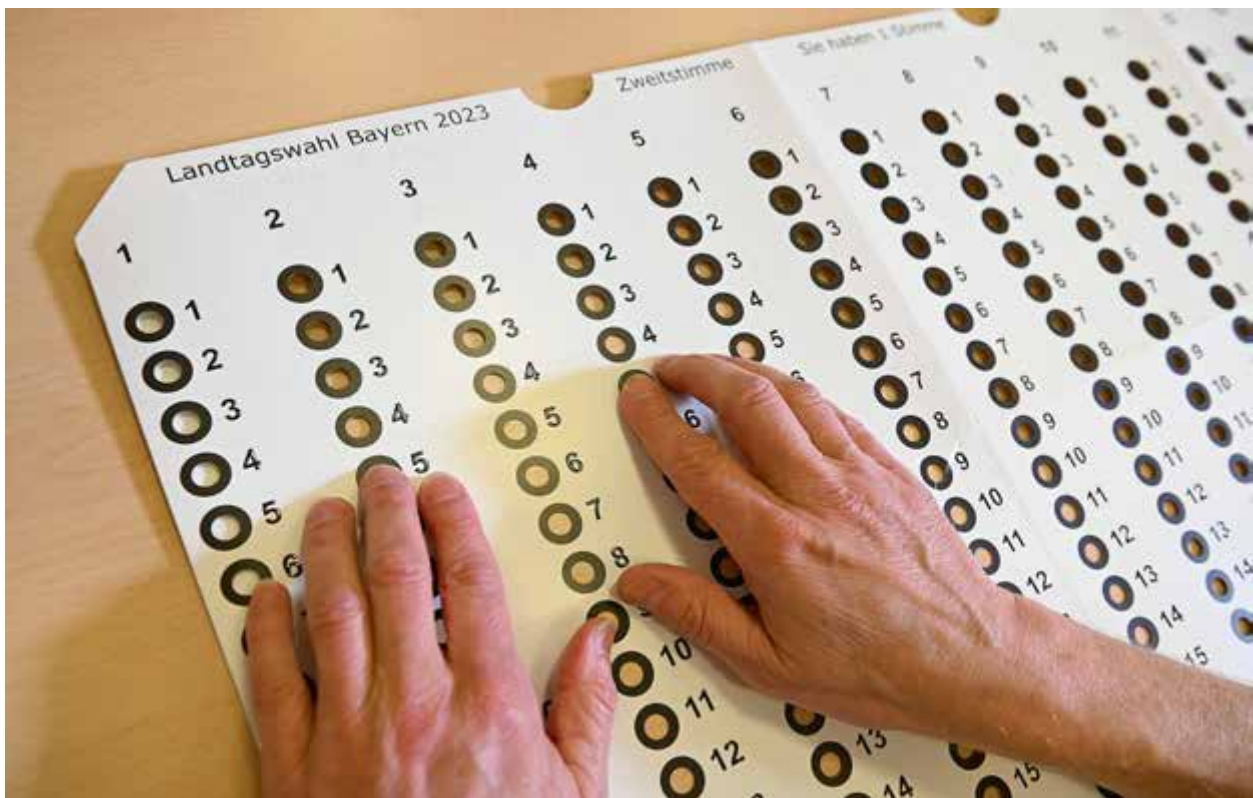
Recht auf Rehabilitation und der Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen beschäftigt (ILO-Konvention 159, 1983). Auch für die Weltgesundheitsorganisation (WHO) waren und sind Rehabilitation und Behinderung wichtige Themen. 2000 beschloss die Generalversammlung der Vereinten Nationen, ein Übereinkommen über die Rechte der Menschen mit Behinderungen zu erarbeiten. Schon an dieser Erarbeitung waren die weltweiten Interessenorganisationen von Menschen mit Behinderungen beteiligt. Nicht zuletzt hierdurch entstand eine Dynamik, die bereits 2006 zum Beschluss der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) in der Generalversammlung führte (Degener 2019). Diese ist heute von 188 Staaten ratifiziert oder angenommen worden und hat große internationale Aufmerksamkeit. 2009 ist sie für die Bundesrepublik Deutschland und 2011 für die Europäische Union in Kraft getreten. Heute wird die UN-BRK vom Bundesverfassungsgericht, vom Europäischen Gerichtshof und vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zur Auslegung des Grundgesetzes, des EU-Rechts und der Europäischen Menschenrechtskonvention herangezogen. Ihr Inhalt und ihre Tragweite sind Gegenstand der rechtswissenschaftlichen und der politischen Diskussion. Die Stellungnahmen der aufgrund der Konvention eingerichteten Monitoringstelle beim Deutschen Institut für Menschenrechte und die Diskussionen bei der Prüfung der Staatenberichte⁹ beim Ausschuss der Vereinten Nationen für die Rechte von Menschen mit Behinderungen in Genf¹⁰ (Ganner et al. 2021) sowie dessen General Comments¹¹ und Einzelentscheidungen bei Individualbeschwerden werden beachtet. Auch die Nachhaltigkeitsziele der Vereinten Nationen (SDG) nehmen auf die Gleichstellung bei Behinderung Bezug (SDG 4.5., 8.5., 10.2., 11.2.).

So haben sich wie in kaum einem anderen Teil des Verfassungsrechts die verfassungsrechtliche Grundrechtsdiskussion und die internationale Menschenrechtsdiskussion verschränkt. Das betrifft gerade die für Menschen mit Behinderungen bedeutsamen sozialen Menschenrechte auf Bildung, Gesundheit, Arbeit und soziale Sicherheit, trägt aber auch neue Gesichtspunkte in die Diskussion der Freiheits-

rechte und des Gleichheitsverständnisses. Deutlich wird, dass nur formelle Freiheiten und Gleichbehandlung nicht ohne die Voraussetzungen ihrer Realisierung betrachtet werden können. Art. 5 Abs. 2 UN-BRK formuliert unmissverständlich, dass nicht nur Gleichheit vor dem Gesetz erforderlich ist, sondern dass auch angemessene Vorkehrungen geboten sind, um Menschen mit Behinderungen den Genuss ihrer Rechte zu ermöglichen (Welti/Hlava/Frankenstein 2018; Eichenhofer 2018a). Gleichheitsrechte werden nicht nur durch benachteiligendes Tun, sondern auch durch benachteiligendes Unterlassen verletzt, unabhängig von bösen Absichten. Rechte dürfen nicht unzugänglich sein. Vor dem Tor des Gesetzes bedarf es nicht nur gerechter Wächter, sondern auch überwindbarer Stufen.

Zur Einlösung

Indem das Benachteiligungsverbot für Menschen mit Behinderungen und die UN-BRK mit ihren Grundsätzen des Diskriminierungsschutzes, der Teilhabe, der Inklusion und der Zugänglichkeit auf die Veränderung von Strukturen und den Abbau von Barrieren gerichtet sein müssen, sind sie zugleich ein interessanter Prüfstein für die Möglichkeiten und Grenzen von Grund- und Menschenrechten. Historisch gewachsene, politisch und ökonomisch begründbare Verhältnisse werden auf den Prüfstand gestellt. Sie zu verändern, ist jedoch oft ein längerer Prozess. Ob und wie dieser gesellschaftlich und politisch konkretisiert werden kann, verweist auch auf die Voraussetzungen, die das Recht nicht aus sich selbst heraus schaffen kann. Zu diesen gehört die politische und rechtliche Sichtbarkeit der Menschen mit Behinderungen und ihrer Organisationen, aber auch die Offenheit der Institutionen und der allgemeinen politischen Kräfte. Hierfür ist die Erkenntnis wichtig, dass Menschen mit Behinderungen zwar stets eine aktuelle Minderheit sind, fast alle Menschen ihr jedoch im Lebensverlauf angehören, oft nicht nur im hohen Alter. So ist die Aussage der UN-Behindertenrechtskonvention, dass Menschen mit Behinderungen Teil der menschlichen Vielfalt sind, nicht nur eine



Recht auf politische Teilhabe: Mithilfe eines speziellen Wahlzettels wird Menschen mit Sehbehinderungen oder -beeinträchtigungen die Wahl (wie hier bei der Wahl des Bayerischen Landtags im Oktober 2023) ermöglicht.

©picture alliance / SZ Photo | Stephan Rumpf

Aussage über die Menschheit, sondern auch über jeden einzelnen von uns.

Recht auf Rechte

Für Grundrechte und für Menschenrechte ist zentral, dass sie von Menschen selbst ausgeübt werden können. Entsprechend ist die gleiche Rechtssubjektivität ein gewichtiges Thema der Rechte von Menschen mit Behinderungen. Mit dem 1992 in Kraft getretenen Betreuungsrecht wurden erhebliche Schritte von der Vormundschaft zur gesetzlichen Betreuung und vom Ersetzen von Entscheidungen zur Unterstützung von rechtlichen Entscheidungen gemacht. 2023 ist eine Reform des Betreuungsrechts in Kraft getreten,¹² die dieses noch einmal an die Anforderungen von Art. 12 UN-BRK anpassen soll (Lipp et al. 2021: 119). Es ist jedoch durchaus strittig, wie weit der Wandel von ersetzenden zu unterstützenden Entscheidungen reichen kann und muss. Das Bundesverfassungsgericht hat 2016 dezidiert daran festgehalten, dass eine ärztliche Behandlung gegen den Willen von Menschen betreuungsrechtlich in bestimmten Fällen möglich sein muss, und dies mit der Schutzpflicht des Staates für Leben und Gesundheit begründet.¹³ Auch bei der Bestimmung des Aufenthalts von Menschen besteht dieses Spannungsfeld fort. In der Diskussion stehen relevante Erfahrungen von Menschen, die schlechte Erfahrungen mit fremdbestimmter Behandlung und Unterbringung gemacht haben, aber auch solche von Betroffenen oder ihren Angehörigen, etwa in Fällen von Demenz, Suchterkrankungen und Psychosen, bei denen eine Fremdbestimmung rückblickend als hilfreich, manchmal lebensrettend, wahrgenommen wurde. Jedenfalls hat die Diskussion dazu geführt, dass gesetzliche Bestimmungen geschärft worden sind und Fremdbestimmung, soweit sie das Recht noch zulässt, als *ultima ratio* bei Fremdgefährdung und bei Eigengefährdung (für die momentan die Einsichtsfähigkeit fehlt) kenntlich gemacht worden ist.

Im Grundsatz nicht umstritten ist, dass die gesetzliche Betreuung zur Unterstützung des eigenen Willens und der Interessen der betreuten Person erfolgt (§ 1821 BGB). Zu den Voraussetzungen dieses Rechtsinstituts gehört jedoch auch die Verfügbarkeit von Menschen, die über Zeit, Ressourcen und Schulung verfügen, diese Aufgabe auszufüllen. Hier erweist sich der gesetzliche Vorrang familiärer und ehrenamtlicher Betreuung (§ 1816 BGB) häufig als schwer zu realisieren.

Zugang zum Recht erfordert zudem Zugänglichkeit der Gerichte und Behörden. Hierfür bestehen im Behindertengleichstellungsrecht und den Prozessordnungen mittlerweile Regelungen, denen jedoch nicht immer hinreichend Praxis gegenübersteht. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass es mit dem Benachteiligungsverbot vereinbar sei, wenn einem blinden Kläger nicht alle Schriftstücke des Prozesses barrierefrei zur Verfügung stehen, solange dieser anwaltlich vertreten sei.¹⁴ Diese Ansicht entspricht jedoch nicht dem Ziel der vollen Gleichstellung. Das Bundessozialgericht hat in mehreren Entscheidungen die Bedeutung von Beiständen im gerichtlichen Verfahren¹⁵ und auch bei der medizinischen Begutachtung im Verfahren¹⁶ betont.

Zum gleichen Recht auf Rechte gehört auch die gleiche Teilhabe an Rechtsetzung, Rechtsprechung und Politik. Das Bundesverfassungsrecht hat erst 2019 den Ausschluss von Menschen, die in allen Angelegenheiten eine gesetzliche Betreuung haben, vom aktiven und passiven Wahlrecht für den Deutschen Bundestag als gleichheitswidrig aufgehoben.¹⁷ Dabei hat es ausgeführt, dass Wahlrechtsausschlüsse nicht in jedem Fall verfassungswidrig sind, eine pauschale Anknüpfung an den Tatbestand der Betreuung jedoch keine sachgerechte Differenzierung ist. Der Gesetzgeber hat daraufhin auf den Wahlrechtsausschluss ganz verzichtet und Möglichkeiten für einen assistierten Wahlvorgang einge-

führt (§ 14 Abs. 5 BWahlG). Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, dass das Diskriminierungsverbot auch den Zugang zum Schöffenamts erfasst.¹⁸ Eine ältere deutsche Rechtsprechung zum Ausschluss blinder Schöffen¹⁹ ist überholt.

Recht auf Bildung

Das Recht auf Bildung ist ein individuelles soziales Menschenrecht, dessen Realisierung besonders davon abhängt, wie die Bildungsinstitutionen organisiert sind. Entsprechend steht ein gegliedertes Schulwesen, in dem für Menschen mit Behinderungen lange Zeit vor allem gesonderte Schulen vorgesehen waren, in der Kritik. Bereits die erste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Benachteiligungsverbot im Jahr 1997 befasste sich damit, dass eine Schülerin mit Behinderung nach der Grundschule gegen ihren Willen und den Willen ihrer Eltern einer Sonderschule zugewiesen wurde.²⁰ Die Entscheidung wurde mit Enttäu- schung aufgenommen, da der Verfassungsbeschwerde nicht stattgegeben wurde (Degener 2000: 425). Allerdings hat das Gericht in der Begründung anerkannt, dass die Zuweisung zu einer Sondereinrichtung, auch wenn diese in fördernder Absicht geschieht, eine rechtfertigungsbedürftige Benachteiligung ist. Die gewünschte Zulassung zur Regelschule stellte das Gericht allerdings unter den Vorbehalt des Möglichen und meinte, Schule und Behörden hätten sich hinreichend bemüht, diesem zu genügen. Insoweit hängt die Realisierung des Rechts auf inklusive Bildung, das in Art. 24 UN-BRK ausdrücklich festgeschrieben ist, von strukturellen Gegebenheiten wie der personellen und räumlichen Ausstattung der Schule und der Verfügbarkeit von Mitteln für angemessene Vorkehrungen ab. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte²¹ und der UN-Fachausschuss²² haben mittlerweile in Italien und Spanien bei betreffenden Entscheidungen deutlich schärfere Maßstäbe für die Notwendigkeit angemessener Vorkehrungen im Bildungswesen aufgestellt (Welti 2020: 53).

In den letzten Jahrzehnten sind in den Schulgesetzen der deutschen Länder in unterschiedlichem Ausmaß Regelungen verankert worden, um Inklusion zum Regelfall werden zu lassen. Gleichwohl ist ihre Realisierung ungleichmäßig und vielfach notleidend. Es gibt daher Stimmen, die das individuelle Recht auf inklusive Bildung erst bei einer vollständigen Abschaffung gesonderter Schulen für Menschen mit Behinderungen realisiert sehen. Allerdings wird, abhängig von der Art der Beeinträchtigung, in manchen Konstellationen ein zeitweise getrennter Unterricht auch gewünscht und als zweckmäßig angesehen, etwa beim Erlernen von Gebärdensprache, Brailleschrift oder Hilfsmittelgebrauch.

Recht auf Arbeit

Auch die Realisierung des Rechts auf Arbeit, das für Menschen mit Behinderungen in Art. 27 UN-BRK ausdrücklich festgeschrieben ist, hängt von der institutionellen Ausgestaltung des Arbeitsmarkts durch die Arbeits- und Sozialgesetzgebung ab (Wansing/Welti/Schäfers 2018). In der deutschen Diskussion ist vielfach oft klarzustellen, dass es sich beim Recht auf Arbeit um ein bereits durch den Sozialpakt und durch ILO-Konventionen garantiertes soziales Menschenrecht handelt (Eichenhofer 2018b), das allerdings nicht auf einen konkreten Arbeitsplatz, sondern auf staatliche Gestaltung gerichtet ist. Für Menschen mit Behinderungen sind bereits seit langem Vorkehrungen zur Sicherung dieses Rechts getroffen worden, so die Beschäftigungspflicht mit Ausgleichsabgabe im Schwerbehindertenrecht (§ 154 SGB IX), die berufliche Rehabilitation durch Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben (§ 49 SGB IX) in Trägerschaft insbesondere der Rentenversicherung und der Bundesagentur für Arbeit und, für Menschen, die keine Beschäftigung auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt finden, die Werkstätten für Menschen mit Behinderungen (§ 56 SGB IX). Die flächendeckende Einrichtung und Verrechtlichung die-



Werkstätten für Menschen mit Behinderungen haben eine lange Tradition, werden aber auch vermehrt dafür kritisiert, dass sie keine existenzsichernden Löhne und wenig Aussicht auf eine Inklusion durch Arbeit bieten. ©picture alliance/dpa/dpa-Zentralbild | Bodo Schackow

ser gesonderten Institutionen in den 1970er Jahren war für viele Menschen insoweit ein Fortschritt, als ihnen überhaupt ein Zugang zur Erwerbsarbeit und zur Sozialversicherung geschaffen worden ist. Allerdings führte die Verfestigung des Werkstattwesens dazu, dass nur sehr wenige Menschen den Übergang von den Werkstätten zum allgemeinen Arbeitsmarkt schaffen und diese von Institutionen und Arbeitgebern als dauerhafte Alternativen zur inklusiven Einbeziehung in Betriebe und Verwaltungen wahrgenommen werden. Die Löhne in den Werkstätten sind nicht existenzsichernd und werden gegenwärtig nicht dem Mindestlohngesetz unterstellt (Engels et al. 2023). Daher steht die aktuelle Ausgestaltung des Werkstättenrechts in der Kritik durch Verbände und durch den UN-Fachausschuss. Als Alternative wurde mit dem sogenannten Budget für Arbeit ein dauerhafter Lohnkostenzuschuss geschaffen (§ 61 SGB IX). Voraussetzung dafür ist jedoch, dass sich zur Inklusion aufnahmebereite Betriebe finden. Verpflichtungen, Möglichkeiten und Anreize hierfür sind neu zu schaffen.

Die UN-Behindertenrechtskonvention und das Benachteiligungsverbot fordern einen gleichberechtigten Zugang zur Erwerbsarbeit für alle. Hierfür wird unterstützte Beschäftigung an die Stelle geschützter Sondereinrichtungen treten müssen. Dies ist eine viele Akteure einbeziehende Reformaufgabe. Behinderungsbedingte benachteiligend wirkende Ausnahmen vom allgemeinen Arbeits- und Sozialrecht werden in Zukunft stärker begründungsbedürftig sein.

Recht auf Gesundheit

Das Recht auf Gesundheit hat im Grundgesetz durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einen dreifachen Charakter als Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe²³, als Schutzpflicht gegen Gefährdungen²⁴ und, zusammen mit dem Sozialstaatsgebot, als Leistungsrecht bekommen, das vor allem durch die Sozialversicherungsleistungen der Krankenkassen gewährleistet wird²⁵. Die nötige Legitimation einer Pflichtversicherung, die gerade Personen mit einem erhöhten Bedarf an Gesundheitsleistungen zugutekommt, wird durch den hohen Wert des Rechtsguts Gesundheit geschaffen. Für Menschen mit Behinderungen ist ein solidarischer Zugang zu Gesundheitsleistungen essenziell. Diese Leistungen müssen auch diskriminierungsfrei und zugänglich sein (Hlava 2018). Oft sind aber Gesundheitsleistungen stärker auf die Situation und Bedürfnisse bei kurzfristiger Krankheit zugeschnitten als auf Personen mit dauerhaften gesundheitlichen Beeinträchtigungen. Zudem besteht gerade im Gesundheitswesen die Gefahr unverhältnismäßiger Freiheitseinschränkungen.

2020 hat das Bundesverfassungsgericht einer Verfassungsbeschwerde recht gegeben, in der es um das Recht einer blinden Person ging, eine Arztpraxis mit einem Blindenführhund zu durchqueren.²⁶ Rechte auf Begleitpersonen, Assistenz, Gebärdendolmetscher, leichte und verständliche Sprache und barrierefreie Informationstechnik im Gesundheitswesen sind zwar mittlerweile gesetzlich verankert (§§ 17, 33c SGB I, § 2a SGB V), jedoch oft nicht hinreichend realisiert und in ihrer Finanzierung umstritten.

An der Schnittstelle von Leistungsrecht und Eingriffen in das Recht auf Leben und Gesundheit steht das Problem einer Rationierung in Knappheitssituationen. Unter dem Begriff Triage wurde dies während der Corona-Pandemie diskutiert. Es ging um die Frage, nach welchen Kriterien bei einer Überlastung des Gesundheitswesens die Personen ausgesucht werden, die als erste Behandlungsleistungen bekommen. Hier besteht die Gefahr, dass bereits gesundheitlich beeinträchtigten Personen eine geringere Überlebens-

wahrscheinlichkeit oder generell ein geringerer Nutzen bei Behandlungen zugeschrieben wird. Im Ergebnis kann dies zu einer Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen führen. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung hierzu ausführlich auf diese Gefahren hingewiesen und dem Gesetzgeber eine Regelung aufgegeben.²⁷ Es hat zugleich die Berücksichtigung der Überlebenswahrscheinlichkeit als zulässiges Kriterium angesehen. Offen bleibt, wie diesen Grundsätzen in akuten Krisen in Krankenhäusern, Arztpraxen und Pflegeheimen zur Wirksamkeit verholfen werden kann (Tabbara 2022: 241).

Die Pandemie hat auch den Blick auf die Lebenssituationen von Menschen geschärft, die wegen gesundheitlicher Beeinträchtigungen entweder im Fall einer Infektion ein höheres Gesundheitsrisiko tragen als andere oder wegen ihrer Angewiesenheit auf persönliche Unterstützung durch Infektionsschutzmaßnahmen stärker betroffen sind. Besonders schwierig war es für Menschen, die zu beiden Gruppen gehören. Bei den Maßnahmen durch Staat, Gemeinden, Gesundheitswesen und Betriebe zeigte sich, dass die Beteiligung von Menschen mit Behinderungen an Entscheidungen, zum Beispiel durch Schwerbehindertenvertretungen in Betrieben, ein wichtiger Faktor ist, um Benachteiligungen auch in Krisensituationen zu vermeiden (Ketzmerick/Rabe-Rosendahl/Kohte 2021: 12). Bei den in der Pandemie vielfach genannten „vulnerablen Gruppen“ mit einem erhöhten Risiko im Fall einer Infektion handelte es sich oft um Menschen mit Behinderungen, was allerdings in Gesetzgebung und Rechtsprechung nicht immer sichtbar geworden ist. Entsprechend wurde in der öffentlichen Debatte nicht immer hinreichend deutlich, wenn Gegner von Impfungen und Schutzmaßnahmen einem sozialdarwinistischen Menschenbild folgten, das die Rücksichtnahme auf die Gefährdung anderer, gerade auch behinderter Menschen bewusst negierte und ablehnte. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinen Entscheidungen zu den Maßnahmen zur Eindämmung des Coronavirus auf diesen Gesichtspunkt nicht hingewiesen, obwohl er verfassungsrechtliches Gewicht haben könnte.

Recht auf Leben in der Gemeinschaft

Zusammen mit den Sonderschulen und Werkstätten sind auch Heime und Wohneinrichtungen für Menschen mit Behinderungen in der Kritik. Durch staatliche Aufsicht und durch Verbraucherschutzrecht (Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz) wird zwar versucht, die Freiheitsgefährdungen durch besondere Wohnformen zu verkleinern. Gleichwohl erscheinen solche Wohnformen oft als alternativlos. Dies liegt auch daran, dass barrierefreier Wohnraum und gemeindenahe Assistenzleistungen nicht hinreichend verfügbar sind und Diskriminierungen beim Zugang zu Wohnraum bestehen. Die Finanzierungsregelungen der Eingliederungshilfe und der Pflegeversicherung werden kritisiert, weil sie ein Leben außerhalb von Einrichtungen erschweren und zum Teil unter Kostenvorbehalt stellen. Auch aufgrund der Kritik des UN-Fachausschusses wurde versucht, mit dem Bundesteilhabegesetz²⁸ seit 2018 diese Bedingungen zu verändern. Der Reformprozess einer Transformation stationärer Einrichtungen in Wohnungen mit Assistenzmöglichkeiten zeigt sich jedoch als langwierig. Die Gefahr bleibt, dass sich Leistungsträger und Leistungserbringer zu Lasten der Menschen mit Behinderungen einigen (Rosenow 2021: 195). Auch hier besteht die Frage, ob die Mitbestimmungsmöglichkeiten von Menschen mit Behinderungen auf allen Ebenen hinreichend sind, um deren Interessen zur Geltung zu bringen. Ambitionierte Reformvorhaben sind durch die Beharrungskraft bestehender Strukturen und aktuell auch immer stärker durch den Mangel an Personal gefährdet. Be-



In einem Impfzentrum wird ein Kunde von einer Gehörlosendolmetscherin unterstützt. Angebote wie dieses ergeben sich als Auflage aus dem Art. 9 UN-BRK, um die Barrieren für Menschen mit Behinderungen abzubauen.

©picture alliance/dpa/dpa-Zentralbild | Bernd Settnik

nachteiligende Regelungen, etwa die besondere Beschränkung der Leistungen der Pflegeversicherung für Menschen, die in Einrichtungen der Behindertenhilfe leben (§ 43a SGB XI, vgl. Welte 2018: 418), haben bislang das Bundesverfassungsgericht nicht erreicht.

Zugänglichkeit und Barrierefreiheit

Die Zugänglichkeit (Barrierefreiheit) von Diensten und Einrichtungen, Wohnungen, Arbeitsstätten, Bildungsstätten, Gesundheitswesen, Transportmitteln und Informationstechnik ist ein Grundsatz aus Art. 9 UN-BRK. Barrierefreiheit ist Prävention von Benachteiligungen (Schäfers/Welte 2021). Für den staatlichen Bereich, insbesondere für Behörden, ist

sie mittlerweile durch die Behindertengleichstellungsgesetze von Bund und Ländern vorgeschrieben. Die Umsetzung dieser Regelungen, die bauliche Barrierefreiheit, Rechte auf barrierefreie Bescheide, Vordrucke und Informationstechnik, Gebärdensprachdolmetscher, leichte und verständliche Sprache vorsehen, ist langwierig.²⁹ Auch sie hängt stark von den Beteiligungsrechten der Menschen mit Behinderungen ab, die durch die Schwerbehindertenvertretungen in den Behörden und von den Verbänden von Menschen mit Behinderungen vertreten werden.

Für private Unternehmen sind die Regelungen über die gebotene Barrierefreiheit noch lückenhaft. Durch den European Accessibility Act von 2019 wurde das Barrierefreiheitsstärkungsgesetz (BFSG) und damit eine erste Integration von Barrierefreiheit in den Verbraucherschutz vorgeschrieben. Es ist jedoch absehbar, dass auch hier Anstrengungen zur Implementation erforderlich sein werden.

Bereits 2000 hat das Bundesverfassungsgericht es als benachteiligend angesehen, wenn Mieterinnen und Mieter keine Möglichkeit hatten, einen Treppenlift im Treppenhaus einbauen zu lassen³⁰. Weitere verfassungsgerichtliche Entscheidungen, die bekräftigen würden, dass Verstöße gegen Vorschriften zur Barrierefreiheit ein Indiz für verbotene Benachteiligung sind (§ 7 Abs. 1 Satz 4 BGG), wären hilfreich. Hierzu müssen jedoch zunächst entsprechende Verfahren das Gericht erreichen. Die im Behindertengleichstellungsrecht vorgesehenen Verbandsklagen könnten dazu beitragen, wenn sie in Zukunft stärker genutzt werden.

Ausblick

Das Benachteiligungsverbot für Menschen mit Behinderungen und die UN-Behindertenrechtskonvention haben für die Veränderung von Recht und Gesellschaft noch viel Potenzial. Ob dieses genutzt werden kann, ist nicht nur eine Frage der Gerichte, sondern auch der demokratischen Partizipation in Staat und Gesellschaft. Dabei sind nicht nur die Menschen mit Behinderungen gefordert, ihre Interessen geltend zu machen, sondern auch die aktuell nicht beeinträchtigten Menschen, diese als ihre eigenen zu erkennen und zu unterstützen.

Prof. Dr. Felix Welte

(geb. 1967) leitet das Fachgebiet Sozial- und Gesundheitsrecht, Recht der Rehabilitation und Behinderung am Fachbereich Humanwissenschaften der Universität Kassel.

KURZVITA

Anmerkungen

- 1 BVerfG 18.6.1975, 1 BvL 4/74, BVerfGE 40, 121.
- 2 BT-Drs. 7/4200.
- 3 BT-Drs. 7/180.
- 4 BT-Drs. 11/4528, 11/6949.
- 5 http://www.documentarchiv.de/ddr/1990/ddr-verfassungsentwurf_runder-tisch.html, letzter Abruf 20.9.2023.
- 6 BT-Drs. 12/6000.
- 7 EuGH 11.4.2013 C-335/11, C337-11 (Rs. Ring und Skouboe Werge); EuGH 18.12.2014, C-354/13 (Kaltoft).

- 8 BAG 19.12.2013 6 AZR 190/12, BAGE 147, 60.
- 9 Zuletzt BT-Drs. 19/11745.
- 10 Zuletzt CRPD/C/DEU/CO2-3 vom 8.9.2023.
- 11 www.ohcr.org/en/treaty-bodies/crpd/general-comments [20.9.2023].
- 12 BT-Drs. 19/24445.
- 13 BVerfG 26.7.2016 1 BvL 8/15, BVerfGE 142, 313.
- 14 BVerfG 10.10.2014, 1 BvR 856/13.
- 15 BSG 14.11.2013, B 9 SB 84/12 B.
- 16 BSG 27.10.2022, B 9 SB 1/20 R, SGB 2023, 509 mit Anm. Welte.
- 17 BVerfG 29.1.2019, 2 BvC 62/14, BVerfGE 151, 1.
- 18 EuGH 21.10.2021, C-824/19, ABL EU 2021 Nr. C 502, 5.
- 19 BVerfG 7.11.1989, 2 BvR 467/89.
- 20 BVerfG 8.10.1997, 1 BvR 9/97, BVerfGE 96, 288.
- 21 EGMR 10.9.2020, 59751/15.
- 22 CRPD/C/23/D/41/2017.
- 23 Z.B. BVerfG 8.6.2021, 2 BvR 1866/17, 2 BvR 1314/18 (Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug).
- 24 Z.B. BVerfG 19.11.2021, 1 BvR 781/21, 1 BvR 889/21, 1 BvR 860/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 798/21 (Corona-Maßnahmen).
- 25 Z.B. BVerfG 6.12.2005, 1 BvR 347/98 (Leistungskatalog); BVerfG 10.6.2009, 1 BvR 706/08 (Basistarif).
- 26 BVerfG 14.2.2020, 2 BvR 1005/18.
- 27 BVerfG 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, BVerfGE 160, 79.
- 28 BT-Drs. 18/9522.
- 29 Evaluation: BT-Drs. 20/4440.
- 30 BVerfG 28.3.2000, 1 BvR 1460/99. Vgl. 554 BGB.

LITERATUR

- von Daniels, Susanne/Degener, Theresia (Hrsg.) (1981): Krüppel-Tribunal: Menschenrechtsverletzungen im Sozialstaat. Köln.
- Degener, Theresia (2019): Die UN-Behindertenrechtskonvention – Ansatz einer inklusiven Menschenrechtstheorie. In: Jahrbuch des öffentlichen Rechts 67, Heft 1/2019, S. 487–508.
- Degener, Theresia (2000): Verfassungsrechtliche Probleme mit der Behindertendiskriminierung in Deutschland. In: Kritische Justiz 33, Heft 3/2000, S. 425–433.
- Degener, Theresia/von Miquel, Marc (Hrsg.) (2019): Aufbrüche und Barrieren. Behindertenpolitik und Behindertenrecht in Deutschland und Europa seit den 1970er Jahren. Bielefeld.
- Eichenhofer, Eberhard (2018a): Angemessene Vorkehrungen als Diskriminierungsdimension im Recht. Menschenrechtliche Forderungen an das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz. Baden-Baden.
- Eichenhofer, Eberhard (2018b): Die UN-BRK als Internationales Sozialrecht. In: Wansing, Gudrun/Welti, Felix/Schäfers, Markus (Hrsg.): Das Recht auf Arbeit für Menschen mit Behinderungen. Internationale Perspektiven. Baden-Baden, S. 17–36.
- Engels, Dietrich/Deremetz, Anne/Schütz, Holger/Eibels-häuser, Svenja/Welti, Felix/von Drygalski, Clarissa/Pracht, Arnold (2023): Studie zu einem transparenten, nachhaltigen und zukunftsfähigen Entgeltsystem für Menschen mit Behinderungen in Werkstätten für behinderte Menschen und deren Perspektiven auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt. BMAS-Forschungsbericht 626. Berlin.
- Ganner, Michael/Rieder, Elisabeth/Voithofer, Caroline/Welti, Felix (Hrsg.) (2021): Die Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention in Österreich und Deutschland. Innsbruck.
- Godau-Schüttke, Klaus-Detlev (2010): Die Heyde-Sawade-Affäre: Wie Juristen und Mediziner den NS-Euthanasieprofessor Heyde nach 1945 deckten und straflos blieben. 3. Aufl., Baden-Baden.
- Hlava, Daniel (2018): Barrierefreie Gesundheitsversorgung. Baden-Baden.
- Ketzmerick, Thomas/Rabe-Rosendahl, Cathleen/Kohte, Wolfgang (2021): Corona-Arbeitsschutz und Risikogruppen. In: Gute Arbeit 11/2021, S. 12–15.
- Lachwitz, Klaus (1989): 40 Jahre Grundgesetz und die Verfassungswirklichkeit für Menschen mit geistiger Behinderung. In: Die Sozialgerichtsbarkeit 1989, S. 228–238.
- Lipp, Volker/Baltzer, Lena/Bresch, Maximilian/Hesse, Pablo/Schröder, René (2021): Arbeitsgruppe 1: Rechtssubjektivität und Zugang zum Recht (Art 12, Art 13 UN-BRK) in Deutschland. In: Ganner, Michael/Rieder, Elisabeth/Voithofer, Caroline/Welti, Felix (Hrsg.): Die Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention in Österreich und Deutschland. Innsbruck, S. 119–136.
- Mitscherlich, Alexander/Mielke, Fred (Hrsg.) (1960): Medizin ohne Menschlichkeit. Dokumente des Nürnberger Ärzteprozesses. Frankfurt/M.
- Ramm, Diana (2017): Die Rehabilitation und das Schwerbeschädigtenrecht der DDR im Übergang zur Bundesrepublik Deutschland. Kassel.
- Rosenow, Roland (2021): Teilnichtige Wohn- und Betreuungsverträge als Folge der „budgetneutralen Umstellung“ der Eingliederungshilfe. In: Anwalt im Sozialrecht, Heft 5/2021, S. 195–211.
- Rudloff, Wilfried (2003): Überlegungen zur Geschichte der bundesdeutschen Behindertenpolitik. In: Zeitschrift für Sozialreform 49, Heft 6/2003, S. 863–886.
- Schäfers, Markus/Welti, Felix (Hrsg.) (2021): Barrierefreiheit – Zugänglichkeit – Universelles Design. Bad Heilbrunn.
- Tabbara, Annette (2022): Der Triage-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts. In: Neue Zeitschrift für Sozialrecht 31, Heft 7/2022, S. 241–246.
- Wansing, Gudrun/Welti, Felix/Schäfers, Markus (Hrsg.) (2018): Das Recht auf Arbeit für Menschen mit Behinderungen. Internationale Perspektiven. Baden-Baden.
- Welti, Felix (2005): Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat – Freiheit, Gleichheit und Teilhabe behinderter Menschen. Tübingen.
- Welti, Felix (2018): Verstößt § 43a SGB XI gegen das Grundgesetz und gegen die UN-Behindertenrechtskonvention? In: Soziale Sicherheit, Heft 11/2018, S. 418–422.
- Welti, Felix (2020): Inklusive Bildung als Menschenrecht und Staatenpflicht. In: Recht und Praxis der Rehabilitation, Heft 4/2020, S. 53–57.
- Welti, Felix/Hlava, Daniel/Frankensteiner, Arne (2018): Angemessene Vorkehrungen und Sozialrecht. Gutachten erstattet für die Schlichtungsstelle nach dem Behindertengleichstellungsgesetz. Berlin.

Impressum

Die Zeitschrift »Bürger & Staat« wird herausgegeben von der LANDESZENTRALE FÜR POLITISCHE BILDUNG Baden-Württemberg.
 Direktorin der Landeszentrale: Sibylle Thelen
 Redaktion: Dr. Maike Hausen, Lautenschlagerstraße 20, 70173 Stuttgart, Fax (07 11) 16 40 99-77
 Druckvorbereitung: Neue Süddeutsche Verlagsdruckerei GmbH, Nicolaus-Otto-Straße 14, 89079 Ulm,
 Tel.: 07 31/94 57-0, Fax: 07 31/94 57-2, www.suedvg.de
 Druck: GO Druck Media GmbH & Co. KG,
 Einsteinstraße 12-14, 73230 Kirchheim unter Teck, Telefon: 07021/8000-0, Fax: 07021/8000-77, www.go-kirchheim.de.
 Versand: Braun Direktwerbung GmbH, Postweg 7, 89155 Erbach, Tel.: 0 73 05/9 66-130, Fax: 0 73 05/9 66-136
 »Bürger & Staat« erhalten Sie über den Online-Shop der LpB: www.lpb-bw.de/shop
 Schulen und andere Bildungseinrichtungen können auf Anfrage in den kostenfreien Erstverteiler der Zeitschrift aufgenommen werden.
 Anfragen dazu bitte an: barbara.bollinger@lpb.bwl.de
 Für die inhaltlichen Aussagen der Beiträge tragen die Autorinnen und Autoren die Verantwortung.

Informationelle Selbstbestimmung als Grundrechtsanforderung

Steffen Augsberg

Effektiver Datenschutz ist eine zentrale Funktionsbedingung der modernen Informationsgesellschaft. Dass für die vorhandenen, teilweise sehr detaillierten datenschutzrechtlichen Vorgaben eine verfassungsrechtliche Basis existiert, darf indes nicht zu der Fehlvorstellung verleiten, es handele sich um eine starre, nicht anpassungsfähige Materie. In seinem Beitrag zeichnet Steffen Augsberg sowohl die Historie des Datenschutzes wie aktuelle Entwicklungen nach und plädiert so dafür, dass angesichts eines besonders dynamischen Regelungsgegenstands auch das Datenschutzrecht flexibel gestaltet werden kann und sollte.

Problemaufriss: Kontextbezug des Datenschutzes(rechts)

Jedes Jahr zur Weihnachtszeit werden wir an ein frühes Beispiel für datenschutzrechtliche Probleme erinnert. Denn die unzählige Male vorgelesene Erzählung im Lukasevangelium setzt ein mit einer Erklärung für die – angesichts der unmittelbar bevorstehenden Niederkunft ersichtlich unfreiwillige – Reise der Eheleute Maria und Josef: „Es begab sich aber zu der Zeit, dass ein Gebot von dem Kaiser Augustus ausging, dass alle Welt geschätzt würde. Und diese Schätzung war die allererste und geschah zur Zeit, da Quirinius Statthalter in Syrien war. Und jedermann ging, dass er sich schätzen ließe, ein jeder in seine Stadt“ (Luk 2, 1–3). Die Erwartung, sich der ihre finanzielle Basis absichernden Hoheitsgewalt zu fügen, Belastungen auf sich zu nehmen und

persönliche Informationen preiszugeben: Damit sind wir mitten im Datenschutz!

Doch während für das „traute, hochheilige Paar“ keinerlei rechtliche Absicherung gegenüber den kaiserlichen Zumutungen bestand, wird heute darüber diskutiert, inwieweit der intensiv ausgebaute Schutz von Daten noch zeitgemäß ist. Wohl nicht zuletzt aufgrund der Erfahrungen des 20. Jahrhunderts, mit gleich zwei diktatorischen Systemen, denen (auch) die Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger wenig bis gar nichts bedeutete,¹ spielt der Datenschutz in Deutschland eine traditionell große Rolle. Allerdings ist, wie zu zeigen sein wird, weder der Schutz von Privatheit ein allein oder primär deutsches Regelungskonzept, noch ist die gängige (verfassungs-)rechtliche Antwort so vorgefasst und eindeutig, wie es manchmal vermittelt wird. Sie ist vielmehr



Mit dem Einzug neuer Technologien, wie etwa hier um die Jahrhundertwende mit Fernmeldegeräten und Telefonen, musste auch die rechtliche Rahmung von Daten überdacht werden.

©picture-alliance | akq-images

Produkt eines längeren und unabgeschlossenen, fortlaufenden Entwicklungsprozesses, der zuletzt vermehrt durch Entscheidungen auf der Ebene der Europäischen Union geprägt wurde. Dabei war zunächst der Erkenntnis Rechnung zu tragen, dass datenschutzrechtliche Gefahren nicht nur vom Staat ausgehen, sondern regelungsbedürftige Machtasymmetrien mit entsprechend erhöhtem Missbrauchspotenzial auch zwischen Privatrechtssubjekten bestehen. Gerade in jüngerer Zeit wird zudem stärker berücksichtigt, dass die besondere datenschutzrechtliche Sensibilität auch Spannungen erzeugt. Denn Datenschutz- und Datennutzungsinteressen sind potenziell gegenläufig und müssen in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden. Gerade wenn man die Grundanliegen und Grundanforderungen des Datenschutzes auch unter den Bedingungen moderner, digitaler und KI-unterstützter Datenverarbeitung für erhaltenswert erachtet, bedarf es deshalb der kontinuierlichen Überprüfung und ggf. Überarbeitung der einschlägigen Vorschriften.

Grundlagen und Entwicklungsschritte: vom Geheimphärenschutz zur informationellen Selbstbestimmung

Das, was heute mit einiger Sicherheit als „informationelle Selbstbestimmung“ bezeichnet wird, sucht man im Text des Grundgesetzes vergeblich. Erst recht enthält das Grundgesetz keine expliziten Regelungen zum „Datenschutz“. Dennoch werden die entsprechenden rechtlichen Vorgaben zutreffend als verfassungsbasiert eingeordnet.² Sie liefern indes keine präzise Detailsteuerung, sondern konstituieren „lediglich einen Ordnungsrahmen, dessen nähere Ausgestaltung dem Gesetzgeber zugewiesen ist.“³

Um dies näher nachvollziehen zu können, ist ein kurzer Blick auf die Entstehungsgeschichte des Datenschutzrechts hilfreich.⁴ Während sich vereinzelte individualbezogene Geheimnisschutzregelungen schon relativ früh nachweisen lassen,⁵ wurde ein weiterreichender allgemeiner Schutz der Privatsphäre erst Ende des 19. Jahrhunderts prominent als Gebot des US-amerikanischen Verfassungsrechts postuliert.⁶ Das hier entwickelte Konzept von *privacy* im Sinne eines *right to be left alone* wurde später – schon unter dem Eindruck moderner Datenverarbeitung, etwa durch die Anfertigung von Fotografien oder Presseberichten und deren massenhafte Verbreitung, aber selbstredend noch himmelweit entfernt von deren heutiger Ausprägung – dahingehend weiterentwickelt, dass ein (Grund-)Rechtsschutz dafür besteht, selbst zu bestimmen, ob und welche persönlichen Daten weitergegeben, gespeichert und verarbeitet werden dürfen.⁷ Diese Grundidee einer umfassenden individuellen Kontrolle und Verfügungsgewalt nimmt erkennbar Anleihen am Schutz des Eigentums; gerade deshalb erfährt sie aktuell auch Kritik. Denn das Eigentum ist gekennzeichnet durch eine bestimmte, personenbezogen zugeschnittene Form von Verfügungsmacht: Mit der Eigentümerposition ist die Befugnis verbunden, andere von der Nutzung des betroffenen Eigentumsobjekts auszuschließen. Obwohl das Grundgesetz auch die Sozialbindung des Eigentums betont, bedeutet dies im Kern eine sehr starke Individualisierung (vgl. dazu auch den Beitrag von Daniela Winkler in dieser Ausgabe). Das mag – diesseits nostalgischer Kollektivierungsphantasien mancher Politikerinnen und Politiker – im eigentumsgrundrechtlichen Kontext, wo es um konkrete Gegenstände oder Immobilien geht, überzeugen. Es wird deutlich schwieriger bei Daten. Denn erstens haben diese ihrem Wesen nach für sich genommen, also isoliert, vergleichsweise wenig Bedeutung. Stattdessen gewinnen sie Aussagekraft erst bzw. vor

allem durch die Verbindung mit weiteren Daten. Zweitens können Daten nahezu grenzenlos geteilt werden, ohne dass dies die Verfügungsbefugnis des ursprünglichen Rechteinhabers beschränkt. Deshalb ist es auch wenig erstaunlich, dass Versuche, ein „Dateneigentum“ zu schaffen,⁸ sich bislang nicht durchsetzen konnten.

Zunächst jedoch erwies sich die Idee eines rechtlich rückgebundenen Privatsphäre- und Datenschutzes als politisch außerordentlich erfolgreich. Eine erste verfassungsrechtliche Rahmung wurde 1919 in die Weimarer Verfassung aufgenommen, die mit Art. 117 neben dem Briefgeheimnis auch ein „Post-, Telegraphen- und Fernsprechgeheimnis“ etablierte und so Bezug auf moderne Kommunikationsmittel und die damit verbundene Datenverarbeitung nahm. Der Parlamentarische Rat übernahm 1949 in weiten Teilen die Formulierung der Weimarer Verfassung. Ein konsistentes Datenschutzrecht war damit aber nicht geschaffen, vielmehr betonten die Beratungen des Parlamentarischen Rats die Dialektik zwischen „geistigen Freiheitsrechte[n]“ wie Meinungs- und Glaubensfreiheit und der Unverletzlichkeit des (geistigen) Eigentums.⁹

Nationaler wie internationaler Vorreiter für eine Datenschutzgesetzgebung war schließlich das Land Hessen, das in Reaktion auf eine zunehmend automatisierte, EDV-gestützte Datenerhebung und -verarbeitung 1970 das erste Datenschutzgesetz weltweit erließ und zugleich den Posten des Datenschutzbeauftragten schuf. 1974 trat in Schweden das erste nationale Datenschutzgesetz in Kraft. 1976 wurde durch den Bundesgesetzgeber das Bundesdatenschutzgesetz (genauer „Gesetz zum Schutz vor Missbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung“) vorgelegt und am 27. Januar 1977 verabschiedet. Mit ihm sollte dem persönlichkeitsrelevanten Missbrauch von Daten im öffentlichen wie im privaten Bereich entgegengewirkt werden. Auf europäischer Ebene¹⁰ wurde 1995 unter kompetenzzieller Berufung auf die Binnenmarktklausel des Art. 114 AEUV die Europäische Datenschutzrichtlinie erlassen. Seit 2018 gilt innerhalb der EU die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), die den Schutz personenbezogener Daten und den freien Datenverkehr innerhalb der Union gewährleisten soll. Mit dieser unmittelbar geltenden, also im Unterschied zur Richtlinie keiner Umsetzung durch die nationalen Gesetzgeber bedürftigen, Verordnung sollte zum einen eine weitergehende Harmonisierung der Datenschutzregelungen erreicht werden. Zum anderen sollten bewährte datenschutzrechtliche Grundsätze mit moderneren Regelungstechniken verbunden werden – etwa, indem das Prinzip der Datensparsamkeit (auch) als technische Aufgabe eingeordnet wurde, das sogenannte *privacy by design*.¹¹

Für die verfassungsnormative Verankerung entscheidend ist nach wie vor das sogenannte Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1983.¹² Gegen die Pläne, mithilfe von umfassenden Fragebögen und zehntausenden sogenannten „Zählern“ im April 1983 eine Volkszählung in der Bundesrepublik durchzuführen, regte sich Protest aus den Reihen der Bürgerrechtsbewegung. Nachdem das Bundesverfassungsgericht entsprechende Rechtsschutzersuchen erhalten hatte, stoppte es zunächst das Vorhaben mit einer einstweiligen Anordnung.¹³ Im Hauptsacheverfahren rief es sodann den Gesetzgeber im Dezember 1983 dazu auf, den gesetzlichen Rahmen nachzubessern.

Das Bundesverfassungsgericht entschied: Datensammlungen sind grundsätzlich zulässig, müssen aber bestimmten, in der Entscheidung näher ausgeführten grundrechtlichen Anforderungen entsprechen. Dabei konnte es auf die zu-



Gegen die geplante Volkszählung 1983 erhob sich bundesweit Protest.

©picture-alliance / dpa | Wolfgang Weihs

nächst von den Zivilgerichten entwickelte und von ihm selbst aufgenommene Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht aufbauen. Dieses in Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verortete Grundrecht wird in dieser Entscheidung in Richtung eines „Datenschutzgrundrechts“ weiterentwickelt. Das Urteil enthält die angesichts der seinerzeit technischen Möglichkeiten extrem hell- und weitsichtige Aussage, unter den Bedingungen der automatisierten Datenverarbeitung gebe es „kein ‚belangloses‘ Datum mehr“. ¹⁴ Das erweitert den Anwendungsbereich des Datenschutzrechts potenziell enorm. Aufbauend auf eine bereits 1971 in einem Gutachten entwickelte Figur ¹⁵ wird das „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ als Sonderfall des Persönlichkeitsschutzes bestimmt. Dabei wird der Schutz normativ denkbar hoch aufgehängt: Das Gericht hält ein staatliches Vorgehen, das den Menschen in seiner ganzen Persönlichkeit, und sei es anonym im Rahmen einer statistischen Erhebung, zwangsweise registrierte und katalogisierte, für menschenwürdeverletzend. Denn dies bedeutete, Menschen wie Sachen zu behandeln, die in jeder Hinsicht einer Bestandsaufnahme zugänglich sind. ¹⁶ Diesseits dieser Extremkonstellation sind indes Rechtfertigungen von Eingriffen denkbar, insbesondere in Fällen „überwiegenden Allgemeininteresses“ sowie auf Basis einer informierten Einwilligung der Betroffenen. Damit erhält die Befugnis des Einzelnen, über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen, eine grundrechtliche Basis.

Dieses Grundkonzept hat das Bundesverfassungsgericht in einer Fülle nachfolgender Entscheidungen weiter konkretisiert und erweitert: So wurden etwa im Jahre 2008 die im Volkszählungsurteil festgehaltenen Grundsätze dadurch für

die moderne Datenerhebung aktualisiert, dass das Gericht vor dem Hintergrund sogenannter Online-Durchsuchungen ein Grundrecht zur „Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ begründete. ¹⁷ In Zusammenwirken mit der nationalen Fachgerichtsbarkeit wie dem Europäischen Gerichtshof wurde ferner im Kontext der spezifischen Tätigkeit von Suchmaschinen und der fragwürdigen Erinnerungskultur des Internets ein „Recht auf Vergessen(werden)“ etabliert. ¹⁸

Für die damit schon angesprochene Ebene der Europäischen Union existiert – anders als im Grundgesetz – sogar eine ausdrückliche verfassungsnormative Basis: Artikel 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union garantiert explizit den Schutz personenbezogener Daten als ein im europäischen Recht verankertes Grundrecht. ¹⁹ Demgegenüber erfasst die Europäische Menschenrechtskonvention den Datenschutz nur über die entsprechende Auslegung des Art. 8 (Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und der Korrespondenz). Völkerrechtlich relevant ist ferner das 1981 vom Europarat, der völkerrechtlichen Organisation der europäischen Staaten, verabschiedete, 1985 in Kraft getretene und 2018 um ein Protokoll ergänzte „Europäische Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten“.

Zu den grundgesetzlichen Gewährleistungen zählt ferner das Recht, „sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten“ (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG). Diese verfassungsrechtliche Grundaussage wurde in den 2000er Jahren im Sinne einer umfassenderen Transparenz staatlichen Handelns gesetzlich näher ausgestaltet. Damit wurde der Auftrag zum Schutz personenbezogener Daten durch den



Wieviel Anonymität und Privatsphäre lässt das Internet zu? Die deutsche und internationale Rechtsprechung muss unter dem Eindruck der zunehmenden Komplexität der modernen Datenverarbeitung rechtliche Neubewertungen vornehmen.

©picture alliance / dpa | Karl-Josef Hildenbrand

Gesetzgeber um Auskunftspflichten der öffentlichen Hand ergänzt. Mit dem Informationsfreiheitsgesetz vom 1. Januar 2006 dürfen Bürgerinnen und Bürger prinzipiell sämtliche Informationen amtlicher Behörden einsehen – zu den Ausnahmegründen zählen aber unter anderem datenschutzrechtliche Vorbehalte.²⁰

Herausforderungen

Die visionäre Innovationskraft, die mit dem Volkszählungsurteil verbunden ist, hat dafür gesorgt, dass die in ihm niedergelegten normativen Grundannahmen vergleichsweise gut „gealtert“ sind. Das ist in einem Regelungsbereich, der durch eine erhebliche technologische Entwicklungsgeschwindigkeit gekennzeichnet ist, alles andere als selbstverständlich. Allgemein gilt, dass die frühen gerichtlichen wie gesetzgeberischen Vorgaben zum Datenschutz angesichts oftmals eher zu erahnender denn bekannter oder vorhersehbarer neuer Risiken zwar erstaunlich hell- und weit-sichtig erscheinen. Dennoch kommt man heute nicht umhin, in vielen, auch aktuellen Regelungen – etwa der DSGVO – einen (weiterhin) der Entstehungszeit des Datenschutzrechts verhafteten Regelungsansatz zu identifizieren. Gerade der an sich gut nachvollziehbare Versuch, technologieoffene und damit adaptive Vorschriften zu formulieren, führt dazu, dass die zunehmende Komplexität der modernen Datenverarbeitung rechtliche Neubewertungen erforderlich macht. Zu nennen sind beispielsweise technologieinduzierte Herausforderungen wie die Frage, wie weit angesichts neuer Entschlüsselungs- und Repersonalisierungsmöglichkeiten der Schutz von Pseudonymisierung und Anonymisierung noch reicht.²¹ Es betrifft darüber hinaus selbst früher kaum problematisierte Rechtsbegriffe wie den „Personenbezug“.²²

Noch weitergehend kann grundsätzlich gefragt werden, wie gut das herkömmliche Datenschutzrecht auf die Herausfor-

derungen durch die Digitalisierung und die eng mit ihr verbundenen Entwicklungen im Bereich von „Big Data“ und Künstlicher Intelligenz (KI) vorbereitet ist.²³ Insbesondere die beiden letztgenannten, in sich selbstredend hochkomplexen, Aspekte sind ersichtlich mit einem erheblichen Konfliktpotenzial verbunden. Denn sie stehen stellvertretend für einen „Datenhunger“ der modernen Gesellschaft, der kritisch hinterfragt werden muss, zugleich aber eben nicht wegzudenkende Funktionsbedingung zahlreicher moderner Errungenschaften und zukünftiger Optionen ist. Wer beispielsweise das erkenntnistheoretische Potenzial von Big Data effektiv nutzen will, kann nicht länger vorbehaltlos auf einem klar vorherbestimmten Verwendungszweck bestehen oder eine rigide Befolgung des Prinzips der Datensparsamkeit bzw. Datenminimierung verlangen.²⁴ Gleichzeitig ist nicht von der Hand zu weisen, dass sich datenschutzbezogene Empfindlichkeiten ändern können: Für eine Generation, die mit oft freizügiger Selbstpräsentation in sozialen Netzwerken aufgewachsen ist und für die das „Bezahlen“ mit eigenen Daten einen selbstverständlichen Bestandteil der Netzökonomie bildet, sind die traditionell starken Bedenken nicht immer nachvollziehbar oder überzeugend. Die verfassungsrechtliche Grundlage lässt Raum dafür, entsprechende Wechselwirkungen zu berücksichtigen. Anders als manche nachfolgende Engführung betonte das Bundesverfassungsgericht schon im Volkszählungsurteil den Sozialbezug des Datenschutzes: „Information, auch soweit sie personenbezogen ist, stellt ein Abbild sozialer Realität dar, das nicht ausschließlich dem Betroffenen allein zugeordnet werden kann.“²⁵

Allerdings wäre es ein fataler Irrtum, anzunehmen, dass die Gefahren geringer geworden wären – eher ist das Gegenteil der Fall. Angesichts massiver Machtasymmetrien insbesondere zwischen einzelnen Individuen und großen (Internet-) Konzernen sowie der zunehmenden Möglichkeiten, selbst intimste Aspekte des Privatlebens aus Datenspuren herauszulesen, sind Persönlichkeit wie Freiheit betreffende Beein-

trachtungen wahrscheinlicher denn je. Gerade mit Blick auf die Relevanz sozialer Medien und die damit verbundenen Manipulationsmöglichkeiten wächst zudem das Bewusstsein dafür, dass der Datenschutz auch dazu dient, ein adäquates Funktionieren der demokratischen Meinungsbildungs- und Entscheidungsprozesse abzusichern.²⁶

Regelungsbedarf und mögliche Weiterentwicklungen

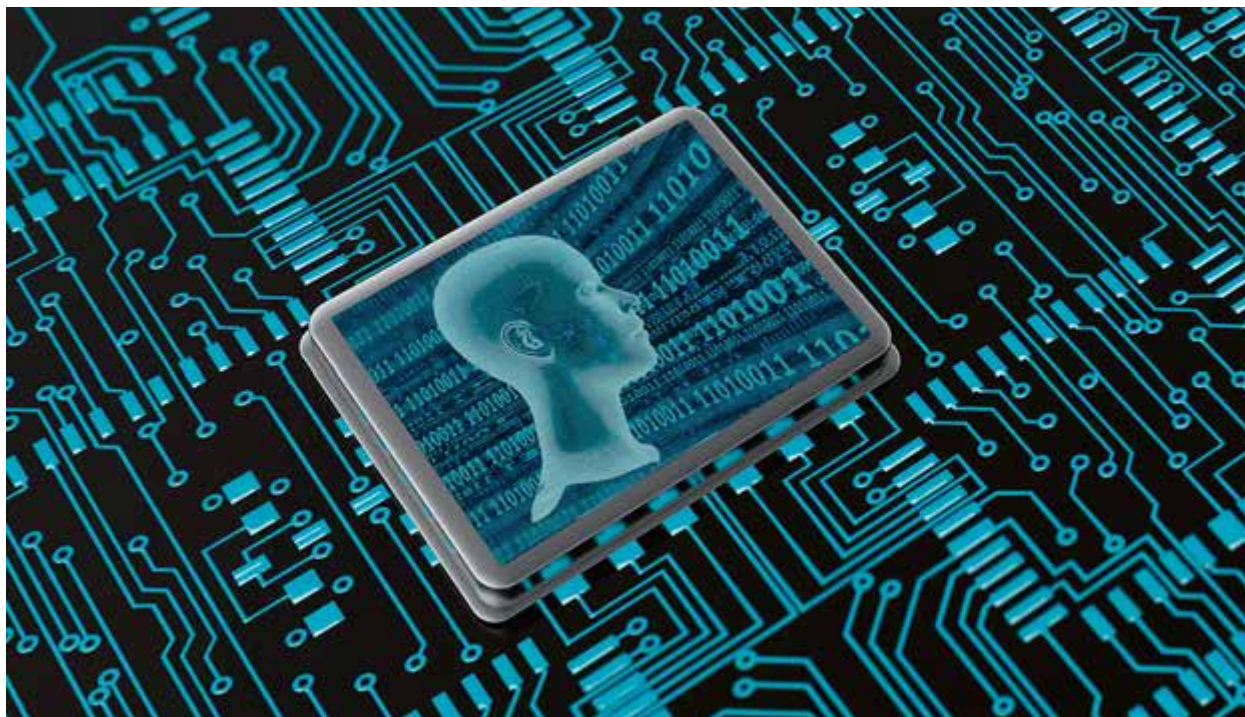
Angesichts dieser hier nur angedeuteten Prozesse der technischen wie sozialen Evolution und Disruption ist offenkundig, dass eine Weiterentwicklung des datenschutzrechtlichen Kontroll- und Schutzkonzepts nicht nur eine Option, sondern eine Notwendigkeit ist. Das verweist zunächst auf die zuständigen demokratischen Instanzen, also die nationalen wie supranationalen Gesetzgebungsorgane. Den möglichen gesetzlichen Festlegungen wird dabei durch das Verfassungsrecht kein allzu enger Rahmen vorgegeben: Das insoweit grundlegende Recht auf informationelle Selbstbestimmung zählt nicht zu den klassischen Grundrechten. Es ist vielmehr, wie gezeigt, als kreative, interpretative Weiterentwicklung des Persönlichkeitsrechts durch das Bundesverfassungsgericht „erfunden“ worden. Das kann konstruktiv aus rechtstheoretischer Perspektive kritisiert werden.²⁷ Es verdeutlicht aber in jedem Fall, dass Grundrechte „in die Zeit hinein“ zu verstehen sind, keine unumstößlichen und unveränderlichen Weisheiten abbilden, sondern ihrerseits den gesellschaftlichen Anforderungen angepasst werden können und sollen.

In diesem Sinne hat beispielsweise der Deutsche Ethikrat 2017 in seiner Stellungnahme zu „Big Data und Gesundheit“ ausdrücklich eine derartige Weiterentwicklung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung eingefordert: „Der Begriff der informationellen Freiheitsgestaltung entwickelt das Konzept der informationellen Selbstbestimmung wei-

ter. Er gründet nicht in einem eigentumsanalogen Ausschlussrecht, sondern in der Befugnis, selbst zu bestimmen, mit welchen Inhalten jemand in Beziehung zu seiner Umwelt tritt. Informationelle Freiheitsgestaltung in diesem Sinne meint interaktive Persönlichkeitsentfaltung unter Wahrung von Privatheit in einer vernetzten Welt und ist gekennzeichnet durch die Möglichkeit, auf Basis persönlicher Präferenzen effektiv in den Strom persönlich relevanter Daten eingreifen zu können.“²⁸ Diesen Impuls zu evolutionärer Veränderung aufnehmend und weiterführend, ist zu überlegen, ob nicht noch diese, ihrerseits auf die individuelle Freiheitsgestaltung Bezug nehmende Vorgehensweise für den konkreten Untersuchungsgegenstand zu eng ist. Denn dieser Freiheitsbezug impliziert letztlich doch wieder eine traditionelle Konzentration auf individuelle, gegenüber zumal staatlichen Begrenzungen schützenswerte Autonomieräume.²⁹ Letztere bleiben selbstredend wichtig, aber ein gehaltvoller (Grund-)Rechtsschutz sollte sich nicht darin erschöpfen. Datenschutz könnte und sollte noch viel stärker in seiner kollektiven Dimension erfasst, also stärker vom Individuum abstrahiert werden.³⁰

Ausblick: Brauchen wir eine „Zeitenwende“ auch für den Datenschutz?

Aktuell ist sowohl in öffentlichen Debatten als auch in konkreten Rechtsetzungsprojekten eine Akzentverschiebung zu beobachten: Wo früher vor allem die Gefahren der Datenverbreitung betont wurden, wird jetzt vermehrt auf das produktive Potenzial und die ökonomischen wie sozialen Chancen der Datennutzung hingewiesen. In diesem Sinne stellt die DSGVO gewissermaßen einen letzten Höhepunkt einer traditionellen Datenschutzperspektive dar. Mit ihr war es gelungen, dem gerade in Deutschland wichtigen und stark emotional besetzten – und bisweilen, etwa im Kontext der Coronapandemie, durchaus problematisch als nahezu sakrosankt behandelten – Thema Datenschutz auch auf der



Der zunehmende Einsatz von KI stellt Datenschützer vor ein Dilemma: Ungeachtet aller sonstigen Regulierungsbedürfnisse hängt ihre Funktion und Verlässlichkeit maßgeblich von der Menge und der Qualität der eingesetzten sogenannten Trainingsdaten ab.

©Adobe Stock | Weissblick

europäischen Ebene noch größere Relevanz zu verschaffen. Von Anfang an wurde indes kritisiert, die DSGVO perpetuiere herkömmliche datenschutzrechtliche Prinzipien, namentlich den Grundsatz der engen Zweckbindung und der Datensparsamkeit, obwohl es angesichts veränderter Bedingungen in einer „Big-Data-Welt“ nicht nur ineffektiv, sondern potenziell paralisierend und kontraproduktiv sei, diese Prinzipien weiterhin und weitgehend unverändert heranzuziehen. Über diese an Einzelinstrumenten ansetzende Kritik gehen indes die derzeit insbesondere auf europäischer Ebene entwickelten Rechtsakte und Initiativen hinaus, die den Fokus nicht so sehr auf den von Datennutzung ausgehenden Gefahren, sondern vielmehr auf das ökonomische und soziale Potenzial legen. Sowohl die neuen Regelungen zur KI als auch und insbesondere der sogenannte Data Governance Act fokussieren eher die Chancen als die Risiken einer neuen Datenwirtschaft. Gerade mit Blick auf die immer stärker unsere politischen Debatten wie unser Alltagsleben beeinflussenden Nutzungen von KI liegt auf der Hand, dass ungeachtet aller sonstigen Regulierungsbedürfnisse deren Verlässlichkeit maßgeblich von der Menge und der Qualität der eingesetzten sogenannten Trainingsdaten abhängt. Das berücksichtigt der von Europäischen Kommission vorgeschlagene und aktuell in der Endabstimmung befindliche, risikobasierte Rechtsrahmen für KI.³¹ Ähnliches gilt bereichsbezogen für ambitionierte Projekte wie den einheitlichen European Health Data Space.³² Obwohl dabei regelhaft betont wird, die neuen Vorschläge entsprächen den Vorgaben der DSGVO und nutzten lediglich die Gestaltungs- und Interpretationsspielräume, die diese bewusst enthält, ist doch unverkennbar, dass hier jedenfalls eine Schwerpunktverlagerung erfolgt.

In diese stärker chancenorientierte Richtung lässt sich auch die kürzlich von der Bundesregierung präsentierte „Digitalstrategie Deutschland“³³ einordnen. Dieser „Wegweiser für den digitalen Aufbruch“ liest sich in weiten Teilen wie ein digitales Wunsch-Dir-was. Er muss selbstredend als politisches Statement und nicht als konkretes Rechtsdokument verstanden werden. Gleichwohl fällt auf, wie sehr gerade im Bereich der Daten deren produktives Integrations- und Innovationspotenzial in den Vordergrund gerückt wird. So werden beispielsweise die bei Behörden vorhandenen Daten – über die bestehenden informations(weiterverwendungs)rechtlichen Vorgaben hinausgehend – im Sinne eines umfassenden, als Rechtsanspruch verstandenen Open-Data-Konzepts vorgestellt. Daten sollen zudem nicht länger

auf „einzelnen einsamen Dateninseln“ verbleiben, sondern auf Basis einer entsprechenden Nutzungsstrategie standardisiert und miteinander verbunden werden. Praktisch bedeutsam dürfte dabei insbesondere die Weiterentwicklung der europäischen vernetzten Infrastruktur *Gaia-X* werden. Konkrete Relevanz erhält die Fokusverschiebung aber auch im Rahmen der rechtlichen Ausgestaltung des unionalen Data Acts, des in Entwurfsform vorliegenden Gesundheitsdatennutzungsgesetzes und des zumindest angekündigten nationalen Forschungsdatengesetzes.

Inwieweit sich diese relativ weitreichenden Pläne tatsächlich praktisch umsetzen lassen, bleibt abzuwarten. Manches stimmt skeptisch, etwa der optimistische Verweis auf Projekte wie die elektronische Patientenakte. Gerade hier zeigen sich schließlich nach wie vor bestehende Widerstände: So sieht das bereits 2019 in Kraft getretene Digitale-Versorgung-Gesetz, gewissermaßen ein Vorläufer der aktuellen Pläne zu einem umfassenderen Gesundheitsdatennutzungsgesetz, vor, dass die gesetzlichen Krankenkassen Versichertendaten (beispielsweise ärztliche Diagnosen, Daten zu Krankenhausaufenthalten und zu Medikamenten) an eine Datensammelstelle des GKV-Spitzenverbands übermitteln. Dort stehen sie in anonymisierter Form interessierten Forschungsinstituten und Firmen auf Antrag zur Verfügung. Hiergegen haben Sozialgerichte in Berlin und Frankfurt sowie das Hessische Landessozialgericht datenschutzrechtliche Bedenken geäußert und die Datenübermittlung zunächst untersagt.³⁴ Ähnlich stehen auch andere Datensammelungs- und -vernetzungsmöglichkeiten in der Kritik: So wurde im Oktober 2023 gegen die Möglichkeit, Asylbescheide im Asylzentralregister einzulegen, Verfassungsbeschwerde eingereicht, weil damit die Gefahr verbunden sei, dass in den Asylanträgen hinterlegte sensible Daten (etwa zu Fluchtursachen etc.) missbräuchlich verwendet würden.

Beide Beispiele sind interessanterweise Anwendungsfälle für die zunehmende und sowohl demokratisch wie rechtsstaatlich diskussionsbedürftige Tendenz hierauf spezialisierter Organisationen, im Rahmen einer sogenannten strategischen Prozessführung gegen aus ihrer Sicht inakzeptable gesetzliche Vorgaben vorzugehen. Beide verdeutlichen zugleich, wie konfliktträchtig die Materie weiterhin ist und warum die anstehenden Veränderungen – gerade auch in ihrem Verhältnis zum klassischen Datenschutz – noch zahlreiche spannende juristische Fragen aufwerfen.

Prof. Dr. Steffen Augsberg

KURZVITA

studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten Trier und München und war anschließend wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Heidelberg. Nach Promotion und Referendariat sowie einer kurzen Tätigkeit als Associate in einer internationalen Anwaltskanzlei wurde er Ende 2004 wissenschaftlicher Assistent an der Universität zu Köln. Nach der Habilitation berief ihn die Universität des Saarlandes 2011 auf einen Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Recht des Gesundheitswesens. Seit 2013 ist er Professor für Öffentliches Recht an der Justus-Liebig-Universität in Gießen. Seit 2016 ist er Mitglied des Deutschen Ethikrats und war dort u. a. Sprecher der AG Big Data und der AG Tierwohlhaltung.

Anmerkungen

- 1 Vgl. hierzu etwa Carsten Dams/Michael Stolle: Die Gestapo. Herrschaft und Terror im Dritten Reich, 3. Aufl., München 2012, v. a. S. 69 ff.; Robert Gellately: Die Gestapo und die deutsche Gesellschaft. Zur Entstehungsgeschichte einer selbstüberwachenden Gesellschaft. In: Detlef Schmichen-Ackermann (Hrsg.): Anpassung – Verweigerung – Widerstand. Soziale Milieus, Politische Kultur und der Widerstand gegen den Nationalsozialismus in Deutschland im regionalen Vergleich. Berlin 1997, S. 109 ff.; Jens Gieseke: Die DDR-Staatssicherheit. Schild und Schwert der Partei. Bonn 2000, S. 31 ff.; Ilko-Sascha Kowalczyk: Stasi konkret. Überwachung und Repression in der DDR. München 2013.
- 2 Dazu statt vieler Bettina Schöndorf-Haubold: Das Recht auf Achtung des Privatlebens. Grundrechtsschutz in der Informationsgesellschaft. München 2020, S. 35 ff.
- 3 Deutscher Ethikrat: Big Data und Gesundheit. Datensouveränität als informationelle Freiheitsgestaltung. Berlin 2017. URL: <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-big-data-und-gesundheit.pdf> [04.12.2023], S. 126.
- 4 Vgl. näher Schöndorf-Haubold, Das Recht auf Achtung des Privatlebens (wie Anm. 2), S. 69 ff. mit weiteren Nachweisen; Daniel Timmermann: Datenschutz im Wandel der Zeit. Eine Analyse der Entwicklung der Rechtstatsachen, des Rechtsrahmens und der Judikatur. In: Die öffentliche Verwaltung, Heft 7/2019, S. 249–260, S. 249 ff.

- 5 Vgl. dazu Gisa Austermühle: Zur Entstehung und Entwicklung eines persönlichen Geheimnissphärenschutzes vom Spätabolutismus bis zur Gesetzgebung des Deutschen Reiches. Berlin 2002.
- 6 Samuel D. Warren/Louis Brandeis: The Right to Privacy. In: Harvard Law Review 4, Heft 5/1890, S. 193–220. URL: <https://www.jstor.org/stable/1321160?seq=2> [04.12.2023].
- 7 S. Alan Westin: Privacy and Freedom. New York 1967; vgl. auch Benedikt Josef Neuroth: Das Private in der Sicherheitsgesellschaft. Umstrittene Freiheitsrechte in den USA 1963–1977. Göttingen 2023.
- 8 Vgl. instruktiv etwa Florent Thouvenin: Wem gehören meine Daten? Zu Sinn und Nutzen einer Erweiterung des Eigentumsbegriffs. In: Schweizerische Juristen-Zeitung 113 (2017), S. 21–32.
- 9 So Theodor Heuss in der Beratung des Parlamentarischen Rats, Sechszwanzigste Sitzung des Parlamentarischen Rats am 30. November 1948, Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle. Bd. 5/1: Ausschuss für Grundsatzfragen. Bearbeitet von Eberhard Pikart und Wolfram Werner, Boppard am Rhein 1993, S. 765.
- 10 Vgl. nur Alessandra Di Martino: Datenschutz im europäischen Recht. Baden-Baden 2005.
- 11 S. dazu etwa Thilo Klingbeil/Simon Kohm: Datenschutzfreundliche Technikgestaltung und ihre vertraglichen Implikationen. In: Multimedia und Recht 2021, S. 3–8 mit weiteren Nachweisen.
- 12 BVerfGE 150, S. 1 ff.; s. dazu und zu nachfolgenden Entscheidungen ausführlich Schöndorf-Haubold, Das Recht auf Achtung des Privatlebens (wie Anm. 2), S. 75 ff.
- 13 BVerfGE 64, 67 ff.
- 14 BVerfGE 65,1 vom 15. Dezember 1983, 1 BVR 209/83.
- 15 Wilhelm Steinmüller: Grundfragen des Datenschutzes (Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, BT-Drucksache VI/3826), 1971. Vgl. umfassend Marion Albers: Informationelle Selbstbestimmung. Baden-Baden 2005.
- 16 Ein aktuelles Buch fasst diesen (gerade nicht mehr nur oder vorrangig den Staat betreffenden) Zustand sehr drastisch mit dem Begriff der „Datensklaven“ zusammen, s. Johannes Caspar: Wir Datensklaven. Wege aus der digitalen Ausbeutung, Berlin 2023.
- 17 BVerfGE 120, 274 ff.; s. zuvor schon BVerfGE 115, 166 (183 ff.); VGH Kassel. In: Neue Juristische Wochenschrift 2009, 2470 ff. Zum Ganzen statt vieler Gabriele Britz: Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. In: Die öffentliche Verwaltung, Heft 10/2008, S. 411–415.
- 18 BVerfG, BVerfGE, Beschluss vom 6.11.2019–1 BvR 16/13. In: Neue Juristische Wochenschrift 2020, S. 300 ff.; Beschluss vom 6.11.2019–1 BvR 276/17. In: Neue Juristische Wochenschrift 2020, 314 ff.
- 19 S. dazu etwa Ino Augsberg. In: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Hatje (Hrsg.): Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015, Art. 8 GRC Rn. 1 ff. mit weiteren Nachweisen.
- 20 Vgl. dazu etwa Alexander Roßnagel: Konflikte zwischen Informationsfreiheit und Datenschutz? In: Multimedia und Recht 2007, S. 16–21.
- 21 Vgl. dazu etwa Alexander Roßnagel/Philip Scholz: Datenschutz durch Anonymität und Pseudonymität. Rechtsfolgen der Verwendung anonymer und pseudonymer Daten, In: Multimedia und Recht 3, Heft 12/2000, S. 721–729.
- 22 Vgl. dazu Johannes Buchheim/Steffen Augsberg: Von der Verarbeitung personenbezogener Daten zur personenbezogenen Datenverarbeitung. Zugleich eine datenschutzrechtliche Erläuterung und Einordnung des Modells der transaktionsbasierten Datentreuhand, Juristenzeitung 2024 (im Erscheinen).
- 23 Vgl. zum folgenden schon Deutscher Ethikrat: Big Data und Gesundheit (wie Anm. 3), S. 128 ff. mit weiteren Nachweisen., skeptischer Thilo Weichert: Big Data und Datenschutz. Chancen und Risiken einer neuen Form der Datenanalyse. In: Zeitschrift für Datenschutz 2013, S. 251–259.
- 24 S. dazu schon Karl-Heinz Ladeur: „Big Data“ im Gesundheitsrecht – Ende der „Datensparsamkeit“? In: Datenschutz und Datensicherheit 2016, S. 360–364.
- 25 BVerfGE 65, 1 (44).
- 26 Vgl. dazu etwa Sören Zimmermann: Datenschutz und Demokratie. Überlegungen zu einem reziproken Bedingungs Zusammenhang. Baden-Baden 2021; Niels Pieper: Der grundrechtliche Schutz des Kommunikationsraums. Präventive und repressive Informationseingriffe in der deliberativen Demokratie. Baden-Baden 2019; s. auch Deutscher Ethikrat: Mensch und Maschine – Herausforderungen durch Künstliche Intelligenz. Berlin 2023. URL: <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-mensch-und-maschine.pdf> [04.12.2023], S. 252 ff.
- 27 Vgl. jüngst Svenja Behrendt: Entzauberung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Eine Untersuchung zu den Grundlagen der Grundrechte. Tübingen 2023.
- 28 Deutscher Ethikrat, Big Data und Gesundheit (wie Anm. 3), S. 40.
- 29 Vgl. dazu etwa Axel Honneth: Das Recht der Freiheit. Berlin 2021, S. 129 ff.
- 30 Vgl. hierzu die Beiträge in Steffen Augsberg/Marcus Düwell/Benjamin Müller (Hrsg.): Datenzugangsregeln – Wie und durch wen lassen sich Schutz- und Nutzungsinteressen angemessen abbilden? (im Erscheinen).
- 31 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union (COM/2021/206 final).
- 32 Vgl. etwa Behrang Razi: Datenräume in der Europäischen Datenstrategie am Beispiel des European Health Data Space. Datenschutzrechtliche Implikationen. In: Zeitschrift für Datenschutz 2023, S. 3–8.
- 33 <https://digitalstrategie-deutschland.de/> [15.01.2024].
- 34 Vgl. LSG Hessen, Beschluss vom 14.09.2022 – L 8 KR 168/22 DS B ER.

Don@u Online 2024

Ein Online-Projekt für deutschsprachige Schulklassen aus den Donauanrainerstaaten
Schülerinnen und Schüler ab 16 Jahre

Thema 2024: „Schöne neue Welt – Wie verändert Künstliche Intelligenz Europa?“

Das Projekt bietet den teilnehmenden Lehrkräften und Schüler:innen:

- internationale Zusammenarbeit auf der Lernplattform
- die Auswahl selbstgewählter Schwerpunkte
- Betreuung durch Tutor:innen und Einführungstreffen für Lehrkräfte
- Kooperation mit dem Internationalen Donaujugendcamp im Juli 2024 in Ulm

Weitere Informationen und Anmeldung: www.donau-online-projekt.de



Das Grundgesetz zwischen Ost und West

Auf der Suche nach gleichwertigen Lebensverhältnissen in einer gespaltenen Nation

Ulrich K. Preuß

Der Beitrag verfolgt die gewundenen Pfade des Begriffs der „gleichwertigen Lebensverhältnisse im Bundesgebiet“ von seiner erstmaligen Verwendung im Gefolge der Anpassung des Grundgesetzes an die Vereinigung der beiden deutschen Staaten am 3. Oktober 1990 bis zur Gegenwart des Herbstes 2023, dem Jahr der 75. Wiederkehr des Zusammentritts des Parlamentarischen Rates. Ursprünglich ein wenig beachteter und übrigens auch nicht in Anspruch genommener Titel des Bundes für seine Gesetzgebungskompetenz, überschreitet die Formel diesen zu Beginn rein staatsrechtlichen Bedeutungsrahmen und fungiert als eine Art Maßstab für den Vergleich der Lebensbedingungen der neuen mit den alten Ländern – zwischen Ost und West. In seinem Beitrag argumentiert Ulrich K. Preuß, dass „Lebensverhältnisse“ sich nicht in jenen Bedingungen erschöpfen, die sozioökonomisch gemessen werden können. Im Verhältnis zwischen Ost und West in Deutschland spielt die Dimension der Anerkennung der Menschen der neuen Bundesländer als Gleiche mit denen des Westens eine bedeutende Rolle. Solange der Westen den Maßstab für die angemessene Lebensform bildet, den die ehemaligen DDR-Bürgerinnen und -Bürger zu erreichen haben, um als Gleiche anerkannt zu sein, wird unter ihnen das Ressentiment gegen den Westen und die von ihm vertretene politische Existenzform gefördert. Leicht könnten sie zur Beute populistisch-autoritärer Befreiungs- und Heilsverkünder werden. Gelingt es nicht, die Menschen der neuen Bundesländer als Gleiche in einer vereinten demokratischen Bundesrepublik effektiv anzuerkennen, dann besteht die Gefahr, dass aus dem von 1949 bis 1990 bestehenden Zustand eines Volkes in zwei Staaten die Situation eines Staates mit zwei Völkern hervorgehen könnte.

Prolog: Eine verfassungsrechtliche Klarstellung

Der Titel dieses Essays enthält eine möglicherweise irreführende Übertreibung, nämlich: dass das Grundgesetz den Auftrag zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse insbesondere im Verhältnis der neuen zu den alten Bundesländern – „zwischen Ost und West“ – enthalte und dass daher die maßgeblichen politischen Kräfte sich darum bemühten, dieses Ziel zu erreichen. Tatsächlich ist die erste Annahme unrichtig. Allerdings bedeutet das nicht, dass damit auch die Schlussfolgerung – die Suche nach gleichwertigen Lebensverhältnissen – etwa hinfällig geworden sei. Sie ist, wie sich zeigen wird, viel komplexer und anspruchsvoller als die bloße Erfüllung eines irrtümlicherweise vermuteten Verfassungsauftrages.

Zunächst zu dem möglichen Irrtum. Der Gedanke liegt nahe, dass das Grundgesetz kraft seiner verfassungsrechtlichen Geltungskraft den Auftrag zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnissen erteilt, ähnlich etwa dem Art. 20 Abs. 1 GG, der die Sozialstaatlichkeit der Bundesrepublik nicht als eine empirische Gegebenheit, sondern als normativ leitende Staatsstrukturbestimmung festlegt. Es stimmt, das Grundgesetz verwendet in Art. 72 Abs. 2 GG die Formel von den „gleichwertigen Lebensverhältnissen“ – aber: Ein normativer Auftrag dazu ist nicht Gegenstand jener Bestimmung. Es geht in Art. 72 Abs. 2 GG nicht um das in Art. 20 Abs. 1 GG angesprochene Thema der sozialen Gerechtigkeit; Regelungsgegenstand ist vielmehr ein bedeutsames Einzelproblem des

Föderalismus – die Koordinierung der Zuständigkeiten von Landes- und Bundesgesetzgebung.¹

„Gleichwertige Lebensverhältnisse“ sind nicht Gegenstand von Grundrechten oder normativ bindenden Staatszielen. Wenn der Bund aber dieses Ziel verfolgt, erwächst ihm damit das Gesetzgebungsrecht nur dann, wenn dafür eine bundesgesetzliche Regelung *erforderlich* ist. Das engt seinen Handlungsraum ein, denn es gibt eine Vielzahl von Maßnahmen der Förderung gleichwertiger Lebensverhältnisse, die auf andere Weise als durch Gesetzgebung verfolgt werden könnten, z. B. durch die Förderung von Ansiedlungen in bestimmten Regionen oder die Entwicklung der vom Bund betriebenen Infrastruktureinrichtungen. Erst bei näherer Betrachtung ergibt sich ein anderes Bild.

Art. 72 Abs. 2 GG erhielt seine jetzige Fassung im Jahr 1994 im Rahmen einer umfangreichen Grundgesetzänderung, durch die das bis zum 3. Oktober 1990 allein für den Westen Deutschland geltende Grundgesetz an die durch den Beitritt der DDR geschaffene neue Lage angepasst werden sollte. Dabei ist der Vergleich der jeweiligen Regelungen des Artikel 72 vor und nach dem Beitritt der DDR bemerkenswert. Auch vor der Wiedervereinigung bestand bereits die aus der Struktur des Bundesstaates folgende Notwendigkeit einer Koordinierung der Gesetzgebungsbefugnisse der Länder mit denen des Bundes. Für den hier interessierenden Vergleich der Lebensverhältnisse in Ost und West konnte das Grundgesetz naturgemäß nichts beitragen, weil es eine Verfassung allein für den Westen war. Aber auch hier gab es offenbar das Problem regionaler Disparitäten, denn der damalige



Im Umbruch der Verfassungsgebung bzw. -werdung 1989/90 durchliefen die neuen ostdeutschen Bundesländer verschiedene Etappen. So wurde, da das Grundgesetz bei den letzten Wahlen der DDR noch nicht angenommen war, bei der konstituierenden Sitzung der Volkskammer am 6. April 1990 eine Änderung der DDR Verfassung beschlossen. ©picture-alliance / ZB

Art. 72 Abs. 2 GG sah vor, dass der Bund in den Materien der konkurrierenden Gesetzgebung die Befugnis zur Gesetzgebung hat, „soweit ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung besteht, weil [...] die *Wahrung* der Rechts- und Wirtschaftseinheit, insbesondere die *Wahrung der Einheitlichkeit* der Lebensverhältnisse über das Gebiet eines Landes hinaus sie erfordert“². Ging es in der bis zum 3. Oktober 1990 existierenden Bundesrepublik um die „*Wahrung der Einheitlichkeit* der Lebensverhältnisse über das Gebiet eines Landes hinaus“, so geht es bei der um die neuen Bundesländer erweiterten Bundesrepublik nicht um *Bewahrung*, sondern um die *Herstellung*, nicht der *Einheitlichkeit* der Lebensverhältnisse, sondern deren *Gleichwertigkeit*.

Was bedeutet diese durch den Beitritt der DDR ausgelöste Neuerung des Grundgesetzes? Die ehemalige *Wahrung der Einheitlichkeit* der Lebensverhältnisse atmete den konservierenden Geist der *Bewahrung* des auf Bundesebene etablierten *status quo* und der Abwehr landesspezifischer Besonderheiten. Man sprach damals z. B. mit kritischem Unterton vom „unitarischen Bundesstaat“.³ Die Neuerung fügt darüber hinaus dem Gesetzgebungsprozess mit dem Begriff der *Herstellung* das dynamische und innovative Element der Zukunftsgestaltung ein. Sie räumt dem Bund das Gesetzgebungsrecht nur ein, wenn er Lebensverhältnisse ermöglicht, die bisher nicht gegeben waren.

Wegmarken zu gleichwertigen Lebensverhältnissen

Obwohl es, wie dargelegt, keinen grundgesetzlichen Gesetzgebungsauftrag zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet gab und gibt, hat es durchaus politische Bemühungen in diese Richtung gegeben. Zu erwähnen ist zunächst die im November 1991 erfolgte Einsetzung einer Gemeinsamen Verfassungskommission durch Bundestag und Bundesrat mit der Aufgabe, sich mit den durch die deutsche Einigung aufgeworfenen Fragen der Änderung und Ergänzung des Grundgesetzes zu befassen.⁴ Es war der Vorschlag dieser Kommission, auf den die erwähnten „dynamisierenden“ Änderungen des Art. 72 Abs. 2 GG zurückgehen. Definitiv folgenreich dürfte die Erneuerung des Art. 72 Abs. 2 GG durch die im Juli 2018 von der Bundesregierung erfolgte Einsetzung einer Kommission „Gleichwertige Lebensverhältnisse“ sein. Unter dem Vorsitz des damaligen Bundesinnenministers Horst Seehofer setzte sie sich aus verschiedenen Mitgliedern der Bundesregierung, Vertretern der 16 Bundesländer sowie der kommunalen Spitzenverbände zusammen. Zivilgesellschaftliche Akteure waren nicht eingeladen worden. Die Kommission erhielt den Auftrag, „mit Blick auf den Zusammenhalt in Deutschland und faire Teilhabechancen, Vorschläge für eine gerechte Verteilung von Ressourcen und Möglichkeiten für alle hier lebenden Menschen unabhängig von ihrem Wohnort zu entwickeln und hierbei alle Aspekte der Daseinsvorsorge genauso wie gezielte Strukturverstärkungen in den Ländern und Kommunen einzubeziehen“.⁵

Ihre Ergebnisse finden sich in dem im April 2021 vorgelegten „Bericht der Bundesregierung zur Zwischenbilanz zur Umsetzung der Maßnahmen der Politik für gleichwertige Lebensverhältnisse in der 19. Legislaturperiode“.⁶ Hier wird auf knapp 100 Seiten eine umfangreiche Liste der bisherigen Maßnahmen des Bundes zur Schaffung gleichwertiger Lebensverhältnisse aufgezählt, angefangen mit einem am 1. Januar 2020 eingerichteten „Gesamtdeutschen Fördersystem für strukturschwache Regionen“ über die Schaffung qualifizierter Arbeitsplätze durch Neu- und Ausgründung von Bundesbehörden und Ressortforschungseinrichtungen, womit auch „die Lebensqualität in der Heimat gestärkt“ werde, den flächendeckenden Ausbau von Breitband und Mobilfunk, die Verbesserung der Verkehrsinfrastruktur und die Stärkung der Dörfer und der ländlichen Räume bis hin zur Bereitstellung hochwertiger medizinischer und pflegerischer Versorgung in der Fläche. Der Bericht schließt mit der Versicherung, dass „Politik für gleichwertige Lebensverhältnisse ein prioritäres Thema“ bleibe, wobei es darum gehe, „alle Regionen Deutschlands mit ihren unterschiedlichen Strukturen und alle Bevölkerungsgruppen mit ihren unterschiedlichen Bedarfen im Blick zu behalten“.⁷

Angefügt ist ein recht informativer „Deutschland-Atlas“, der die Bundesrepublik mit der internen Gliederung in ihre 16 Bundesländer mit Daten zu 56 Indikatoren zeigt. Diese werden nicht jeweils länderspezifisch, sondern regionalspezifisch markiert – angefangen u. a. mit der Flächennutzung über die Bevölkerungsdichte, die Binnenwanderung über die Steuerkraft, die Altersstruktur der Bevölkerung und den Anteil der Ausländerinnen und Ausländer an der Gesamtbevölkerung bis hin zu Mieten, Baulandpreisen und die Entwicklung der Erwerbstätigenzahl am Arbeitsort.⁸ Einen direkten Vergleich zwischen den neuen und den alten Bundesländern erlauben die Daten nicht – die historisch, sozio-ökonomisch und kulturell bedingte Besonderheit und das daraus folgende Gefälle zwischen Ost und West werden mit

dem umfassenden Blick auf „alle Regionen Deutschlands mit ihren unterschiedlichen Strukturen und allen Bevölkerungsgruppen mit ihren unterschiedlichen Bedarfen“ zwar nicht geradezu nivelliert, aber doch implizit zum Gesamtbild der normalen Vielfalt des bundesdeutschen Föderalismus erklärt.

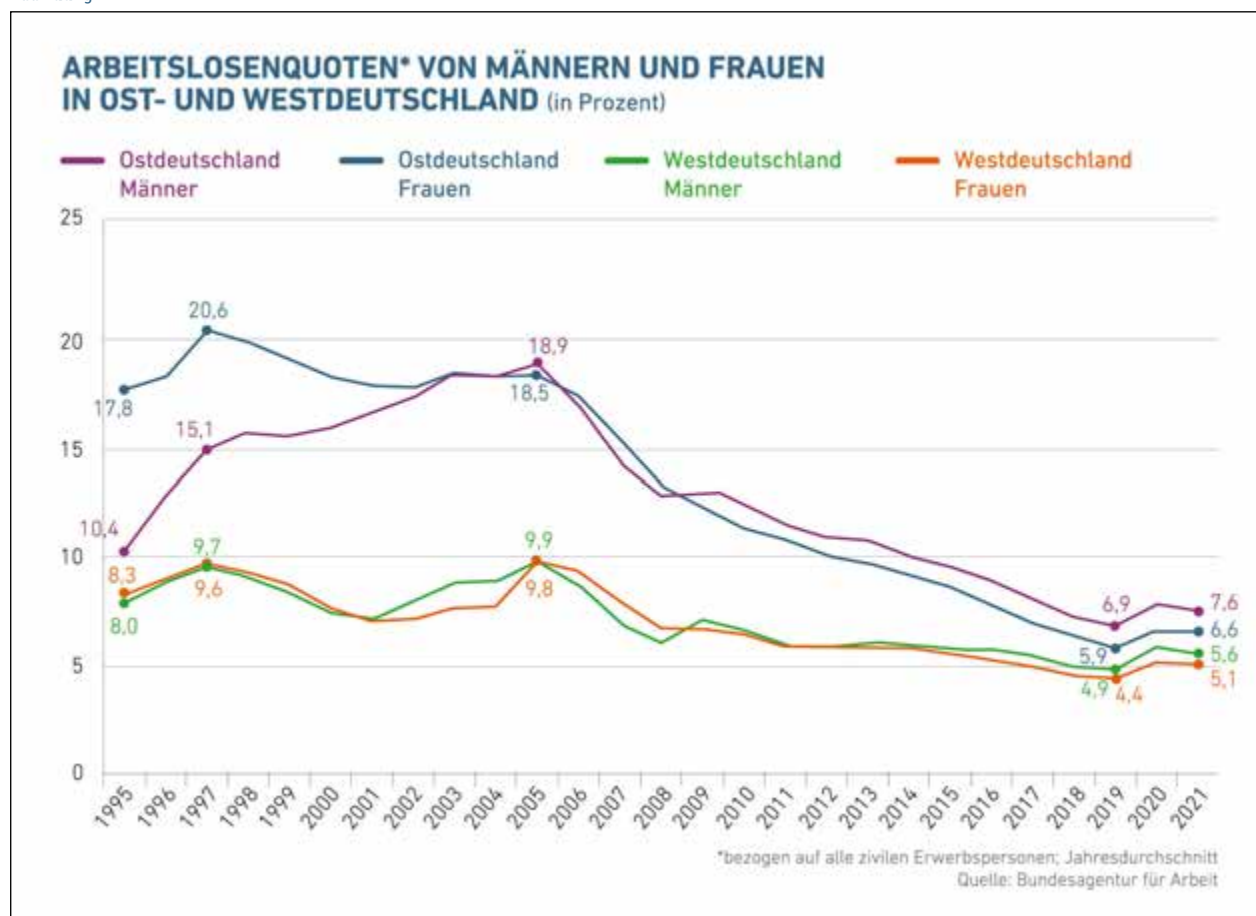
Da es in Art. 72 Abs. 2 GG um gleichwertige Lebensverhältnisse „im Bundesgebiet“ geht, drückt jener Hinweis nur eine Selbstverständlichkeit aus. Er kann aber auch als eine verklausulierte Absage an die Anerkennung einer Sonderstellung der neuen Bundesländer und deren Entwicklungsproblemen gelesen werden. Denn es fällt auf, dass in dem Kommissionsbericht von einem Gefälle an Lebensqualität zwischen Ost und West nicht die Rede ist. Auch kündigt der Bericht keine Maßnahmen an, die dann etwa dreißig Jahre nach der deutschen Einigung hätten in Angriff genommen werden sollen. Das ist der Zeitraum, in dem im Osten eine Generation heranwuchs, die im Vergleich zum Westen höchst ungleichwertigen Lebensbedingungen ausgesetzt gewesen war. Vor allem aber ist bemerkenswert, dass eine Gesetzesinitiative des Bundes in dem Bericht nicht vorgeschlagen, geschweige denn angekündigt wird – immerhin findet sich die Formel von der „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse“ in einer Grundgesetznorm, die ausdrücklich für diesen Zweck eine Gesetzgebungsbefugnis des Bundes ermöglicht. Vielleicht spielte für die Absage an eine Sondersituation des Ostens auch die Tatsache eine Rolle, dass die Partei „Die Linke“, aufgrund ihrer Geschichte eng mit der Region der aufgelösten DDR verbunden, im März 2017 einen Antrag zu einer Bundestagsresolution eingebracht hatte, in der die Bundesregierung aufgefordert wurde, „ein

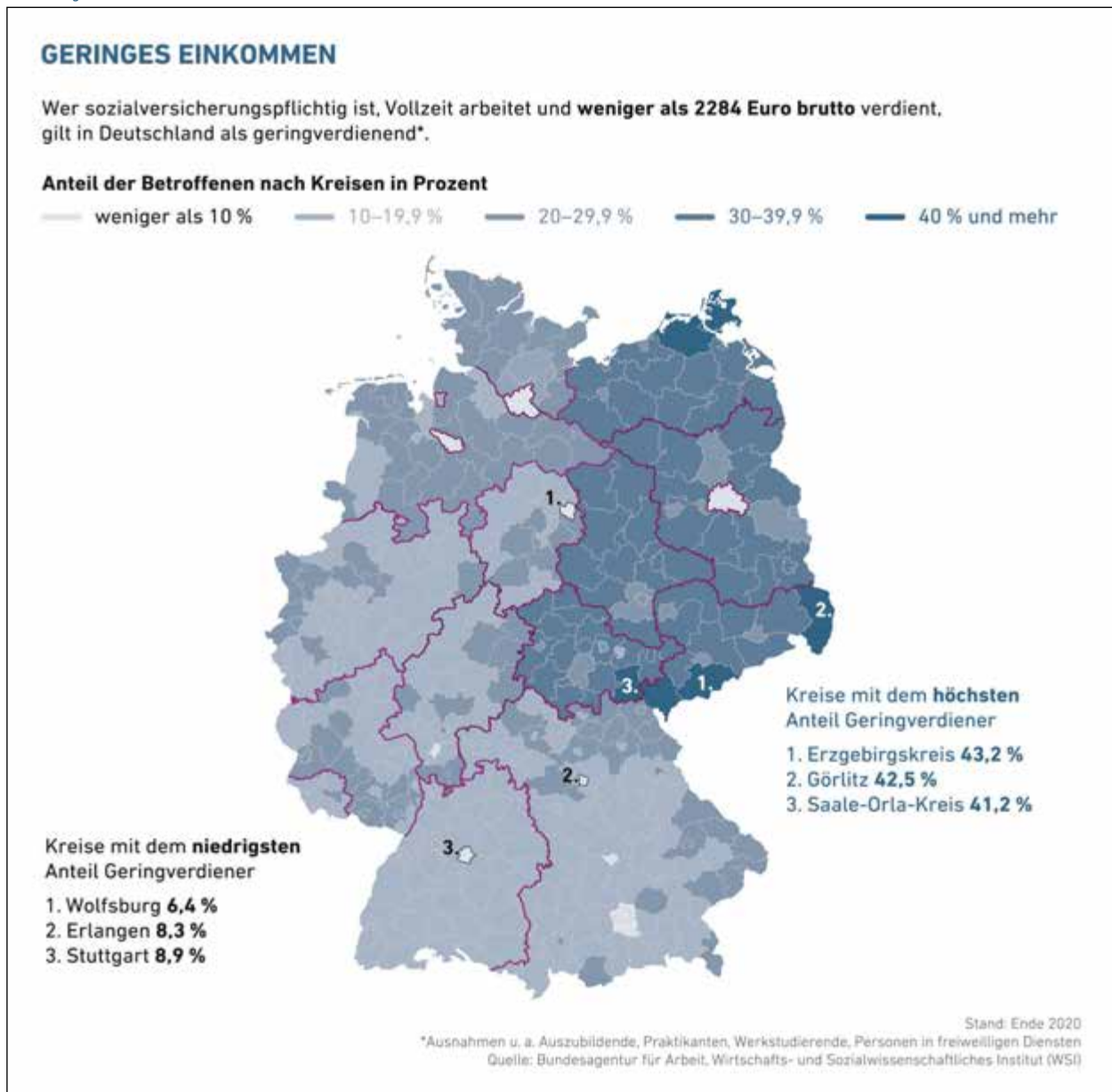
gesetzliches Maßnahmenpaket zur Herstellung gleichwertiger Lebensbedingungen in Deutschland vorzulegen“.⁹ Die Begründung konzentrierte sich auf die mit Beispielen belegte Behauptung, dass „auch nach fast 27 Jahren deutscher Einheit [...] der Unterschied zwischen Ost- und Westdeutschland das dominante Merkmal der regionalen Entwicklung (ist)“.

Osten und Westen im sozioökonomischen Vergleich

Tatsächlich bilden die Disparitäten zwischen den im Jahr 1990 beigetretenen Bundesländern und den alten Bundesländern eine Besonderheit im Vergleich zu den auch innerhalb des Westens der Republik durchaus bestehenden regionalen Unterschieden. Die Tatsache, dass zum Beispiel der Bundeskanzler die zum 1. Juli 2023 in Kraft getretene Gleichheit der Rentenwerte für Ost- und Westrentnerinnen und -rentner als „historisches Ereignis“ feierte, offenbart, dass deren Ungleichheit mehr als dreißig Jahre zur bundesrepublikanischen Realität gehörte. Im Vergleich zwischen Ost- und Westdeutschland weisen die makroökonomischen Daten bei den Merkmalen Bruttowertschöpfung, Arbeitslosenquote und Anteil der Niedriglöhne noch erhebliche Negativsalden auf Seiten der neuen Bundesländer auf. Bemerkenswerterweise sind dagegen die Werte für das Merkmal Lebenszufriedenheit in West- und Ostdeutschland annähernd gleich.¹⁰ Der Autor der Studie des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung, Peter Krause, gelangt im Jahre 2019 daher zu der Schlussfolgerung, dass „dem seit der Wiedervereinigung verfolgten Ziel der Schaffung gleich-

Abbildung 1





wertiger Lebensverhältnisse in Ostdeutschland in weiten Teilen entsprochen wurde [...]. Daher sollte sich das Ziel der Schaffung gleichwertiger Lebensverhältnisse in Ostdeutschland in Zukunft stärker auf die regionale und föderale Vielfalt in allen Landesteilen beziehen.“¹¹

Kann diese Schlussfolgerung weiterhin Gültigkeit beanspruchen? Immerhin ist im Sommer 2023 im Leitartikel des langjährigen F.A.Z.-Korrespondenten für Sachsen und Thüringen, Stefan Locke, unter der Überschrift „Bürger zweiter Klasse? Gleiche Rente, ungleicher Lohn. Die Unterschiede zwischen West und Ost wachsen wieder“, zu lesen:

„Im produzierenden Gewerbe arbeiten Menschen in Ostdeutschland rund drei und im öffentlichen Dienst bis zu anderthalb Stunden je Woche länger als in Westdeutschland. Bosch etwa zahlt Mitarbeitern 3000 Euro Inflationsausgleich – aber nur im Westen, die 500 Dresdner Beschäftigten gehen leer aus. Auch die Hassia-Gruppe, Deutschlands zweitgrößter Mineralwasserproduzent, ließ ihre drei Oststandorte bei der jüngsten Tarifierhöhung unberücksichtigt.

Erst massiver Protest führte dazu, dass auch die Beschäftigten im Osten Inflationsausgleich erhalten und ihre Löhne nun bis 2027 (!) angeglichen werden sollen. So zogen jüngst Mitarbeiter des Teigwarenherstellers Riesa in Sachsen zum Streik bis vor den Hauptsitz der schwäbischen Mutterfirma, wo Mitarbeiter für die gleiche Arbeit monatlich 700 Euro mehr erhalten.“¹²

Ohnehin ist fraglich, ob die Erkenntniskriterien des von den Sozialökonomen verwendeten sozioökonomischen Panels jene gesellschaftlichen Tiefenschichten erreichen, in denen die Ängste, Hoffnungen und Enttäuschungen der Menschen und die Wege ihrer Verarbeitung lagern, kurz, wo die Individuen keine Verkörperungen soziometrischer Daten sind und der Charakter ihrer Vergesellschaftung sich nicht in sozioökonomischen Gleichgewichtsmodellen abbilden lässt. Versuchen wir daher wenigstens einen oberflächlichen Blick auf eine Dimension der „gleichwertigen Lebensverhältnisse“, in der das Element der Wertigkeit in einem normativen Sinne zur Geltung kommt. Wir kommen damit zum „Fall ‚Ostdeutschland‘“.¹³

Der „Fall ,Ostdeutschland“

Im Sommer 2023, als der Klimawandel die Schlagzeilen beherrschte, bahnte sich auch in der deutschen Politik so etwas wie ein schockartiger Lernprozess an. Parallel mit einer Phase interner Spannungen innerhalb der Regierungskoalition aus SPD, GRÜNEN und FDP und einem darauf folgendem Abflauen der Umfragewerte für diese Parteien weckten zwei lokale Ereignisse die besondere Aufmerksamkeit der Medien. In beiden Fällen ging es um die AfD und um den Osten der Bundesrepublik. Bei der Wahl eines Landrats im thüringischen Landkreis Sonneberg wurde der Kandidat der AfD mit knapp 47 Prozent der abgegebenen Stimmen gewählt, obwohl sich die Kandidaten der anderen konkurrierenden Parteien (CDU, SPD, Linke/GRÜNE) geschlossen gegen dessen Wahl verbündet hatten. Eine Woche später wurde in Sachsen-Anhalt in der 8800-Einwohner-Stadt Raguhn-Jeßnitz ein AfD-Kandidat zum hauptamtlichen Bürgermeister gewählt. Dies wären rein lokale Ereignisse geblieben, wenn nicht zur gleichen Zeit Ende Juni/Anfang Juli bundesweite Wahlumfragen Zustimmungswerte für die AfD zwischen 17 und 21 Prozent ergeben hätten, fast eine Verdoppelung zu den in der Bundestagswahl vom September 2021 erreichten 10,3 Prozent. In einigen Umfragen lag die AfD sogar vor der SPD, der Partei, die den Bundeskanzler stellt.¹⁴ In der nun verstärkt einsetzenden Debatte über die Gründe für den dramatischen Höhenflug einer gerade einmal vor zehn Jahren gegründeten Partei war den Beobachtern nicht entgangen, dass die AfD in den neuen Bundesländern besonders hohe Zustimmungswerte erzielte. Außer in Sachsen-Anhalt, wo die AfD als zweitstärkste Partei knapp hinter der führenden CDU lag, war die AfD in den Umfragen von Ende Juni/Anfang Juli in allen ostdeutschen Bundesländern einschließlich Thüringens zur stärksten

Partei aufgestiegen. Die Ergebnisse auf die bundesweit gestellte Frage, welche Partei die Befragten wählen würden, wenn am kommenden Sonntag die Landtagswahl stattfände, zeigt signifikante Unterschiede zwischen den westdeutschen und den ostdeutschen Bundesländern: Während die Zustimmungswerte für die AfD in den ostdeutschen Ländern zwischen 28 und 32 Prozent schwankte, betrug der höchste Wert in den westdeutschen Bundesländern 15 Prozent (Nordrhein-Westfalen), der niedrigste 5 Prozent (Hamburg).¹⁵ Diese Ergebnisse aus dem Sommer 2023 haben sich in den beiden Landtagswahlen Bayern und Hessen am 8. Oktober 2023 signifikant verändert: In Hessen wurde die AfD mit 18,4 Prozent der für sie abgegebenen Stimmen nach der CDU zweitstärkste, in Bayern mit 14,6 Prozent nach CSU und Freien Wählern drittstärkste politische Kraft.¹⁶ Die Umfragen zum Wahltrend zur Bundestagswahl von Anfang November 2023 bestätigen diese Entwicklung bundesweit: Mit einem Stimmenanteil von ca. 20 Prozent ist die AfD bundesweit in den Umfragen zur zweitstärksten Partei aufgestiegen.¹⁷

Was ist das für eine Partei? Im Jahre 2013 wurde sie von einer Gruppe bürgerlich situierter und gebildeter, ganz überwiegend aus Westdeutschland stammender Männer gegründet, die mit dem Fortschreiten der Integration Deutschlands in die Europäische Union ebenso unzufrieden waren wie mit dem von ihnen empfundenen Schwinden konservativer Werte in Auftreten und Politik der CDU. Zuweilen mit gutmütigem Spott als die „Professoren-Partei“ belächelt, war die AfD anfangs als eine der Kleinparteien integraler Teil des bundesrepublikanischen Parteiensystems. In der Spanne von gerade einmal zehn Jahren hat sie, begleitet von inneren Auseinandersetzungen, in denen Kräfte aus dem rechten Rand des Parteienspektrums die Oberhand ge-



Ist die Zustimmung für die AfD ein spezifisch ostdeutsches Phänomen? Bei einer Kundgebung der Partei in Cottbus im Mai 2018 nahmen Teilnehmende zumindest dezidiert Bezug auf die – offizielle wie widerständische – Tradition der DDR.

©picture alliance / dpa-Zentralbild / dpa | Patrick Pleul

wannen, sich zu dem Typus der rechtspopulistischen Partei entwickelt, wie sie mittlerweile in fast allen Mitgliedsstaaten der EU existieren, zum Teil sogar bereits in Regierungsverantwortung.

Eine neue Partei nicht nur des Ostens?

Im März 2021 stufte das Bundesamt für Verfassungsschutz die Partei als rechtsextremistischen Verdachtsfall ein.¹⁸ Hintergrund ist ein gespaltenes Verhältnis dieser Partei zu dem vom Grundgesetz normierten demokratischen Prinzip und dessen Volksbegriff. Das Volk des Grundgesetzes – Quelle der demokratischen Legitimität der politischen Ordnung der Bundesrepublik – besteht aus der Gesamtheit der Staatsangehörigen. Dies ist ein explizit politischer Volksbegriff, denn er ist darauf gerichtet, die Selbstregierung dieser durch territoriale Grenzen definierten Gesamtheit als eines gemeinschafts- und handlungsfähigen Verbandes zu ermöglichen. Man mag Volk auch anders definieren – etwa als die Summe aller Blutsverwandten oder aller durch Gemeinschaftsgefühle aufgrund kultureller Gemeinsamkeiten wie Sprache oder Religion verbundenen Menschen.¹⁹ In diesen Fällen wäre „Volk“ lediglich ein Synonym für Ethnie bzw. Gemeinde. Wenn jedoch im politischen Zusammenhang, insbesondere im Zusammenhang der Verfassung und ihrer Ordnung von der politischen Existenz die Rede ist, dann ist Volk eine politische Kategorie – der sogenannte *Demos*. Wer diese politische Bedeutung mit kulturellen oder biologischen Bedeutungselementen versehen will, stellt sich damit gegen die kategorialen Grundlagen der Demokratie und könnte zu einer Gefahr für die Existenz dieser auf Freiheit und Gleichheit beruhenden Lebensform werden. Denn jenen vorpolitischen Volksvorstellungen ist eingeschrieben, dass ihre Anhängerinnen und Anhänger die einmal durch demokratische Wahlen errungene politische Macht nicht wieder aus der Hand geben, weil die Möglichkeit des Machtwechsels als Element einer legitimen Ordnung in ihrem politischen Denken nicht vorgesehen ist.

Es ist hier nicht der Ort, die Rolle der AfD im Spektrum der rechtspopulistischen, der liberalen Demokratie kritisch gegenüberstehenden Kräfte zu untersuchen. Doch kann die für die Politik der AfD charakteristische Idee des Volkes nicht gänzlich unbeachtet bleiben, wenn für die auffällig hohen Umfragewerte dieser Partei in den neuen Bundesländern Erklärungen gesucht werden. Schließlich spiegeln solche Werte einen schrumpfenden Abstand zur Eroberung staatlicher Herrschaftspositionen.

„Wir werden uns unser Land und unser Volk zurückholen“, erklärte der damalige AfD-Vorsitzende Alexander Gauland nach dem von der Partei gefeierten Wahlergebnis vom 24. September 2017.²⁰ Was immer diese Ankündigung bedeutet und verheißen mag – sie verweist auf eine Fremdheit gegenüber der politischen Konzeption des Volkes, wenn das Ergebnis einer demokratischen Wahl als volksfremd angesehen wird. Die AfD fremdelt mit der in fast 75 Jahren erworbenen demokratischen Kultur einer weltoffenen Gesellschaft.

Wie lässt sich dieser nach wie vor signifikante Unterschied in der Haltung der Menschen in Ost und West zu einer Partei erklären, deren führende Kader mit dem republikanisch-demokratischen Prinzip des Grundgesetzes fremdeln? Sind es die oben erwähnten, immer noch vorhandenen sozioökonomischen Ungleichheiten zu Lasten der ostdeutschen Region? Wenn sie es wären, läge da nicht ein Fortleben der originären Partei des Ostens, der Linken, näher, zumal die AfD

kein hervorstechendes sozialpolitisches Profil aufweist? Ist es ein Ressentiment gegen die liberale und demokratische Ordnung der westlich sozialisierten Bundesrepublik in ihrer zuweilen saturierten Selbstzufriedenheit, das diese Partei charakterisiert? Könnte es sein, dass eine im Vergleich zum Westen etwa doppelt so große Zahl von Menschen im Osten eine stärkere Neigung hat, diesem Ressentiment mehr zu glauben als den sozialen Faktizitäten ihrer ihnen z. T. fremd gebliebenen neuen sozialen Umwelt? Und wie ließe sich dies erklären?

Liest man in sozialwissenschaftlichen Berichten und Analysen, die sich speziell dem Osten Deutschlands und der Befindlichkeit seiner Menschen widmen, so stößt man immer wieder auf Mitteilungen über „diskursive Abwertungen“, Erfahrungen der Frustration darüber, dass „der Osten“ oder „die Osis“ in ihrem Prozess der „nachholenden Modernisierung“ von westdeutschen Landsleuten als „rückständig“ und „noch nicht in der Moderne angekommen“ wahrgenommen werden, wobei „der Westen“ als Normalfall und Maßstab für gesellschaftliche Normalisierung angesehen werde. Häufig genug werden sie immer wieder an diesem Maßstab gemessen und erhalten immer wieder, auch noch dreißig Jahre nach der Wiedervereinigung, die mehr oder weniger offen ausgesprochene Botschaft, dass sie dem Vorbild (immer noch) nicht genügen.²¹ Noch im Juli 2023 wurde darauf verwiesen, dass in „den deutschen Wissenschaftseliten [...] nur 1,5 Prozent der Vertreter aus Ostdeutschland (stammen). Präsidenten oder Rektoren ostdeutscher Herkunft muss man mit der Lupe suchen. Rund sechzig Prozent des Personals der ehemaligen DDR-Hochschulen wurden nach der Wiedervereinigung entlassen.“²²

Gibt es einen Zusammenhang zwischen dieser Erfahrung und den hohen Zustimmungswerten für eine politische Partei, die, obwohl weder überwiegend von Ostdeutschen noch für diese gegründet, sich als Alternative für Deutschland anbietet?

Früchte des Ressentiments

Der Versuch einer Erklärung führte den Autor zu einer Hypothese, in der sich eine sozialökonomische und eine kulturelle Dimension des Problems ungleichwertiger politischer Lebensverhältnisse miteinander verbinden. In einer kürzlich veröffentlichten Studie unter dem Titel „Warum die AfD im Osten besonders stark ist“²³ berichtete der Flensburger Sozialökonom Gerd Grözinger, dass die Neigung zur Wahl der AfD nicht in erster Linie bei den untersten Einkommensschichten vorhanden sei, sondern bei jenen, die mit ihrer eigenen sozioökonomischen Lage gar nicht unzufrieden seien. Es sei vielmehr die Diskrepanz zwischen ihrer eigenen Lage und dem vernachlässigten Status ihrer Region, die so etwas wie eine „gebietsweise Missstimmung“ erzeuge. Diese sei der Hauptgrund des AfD-Erfolges in den neuen Ländern. Grözinger stützt sich dabei auf eine an der *London School of Economics* angefertigte internationale vergleichende Studie über den Zusammenhang zwischen Populismus und sozioökonomischen Faktoren, aus der hervorgeht, dass es ein mit dem „Problem Osten“ vergleichbares Problem auch in anderen liberalen Demokratien gibt: das Phänomen der „abgehängten Regionen“. Der Autor, der Wirtschaftsgeograph Andrés Rodríguez-Pose, gelangt in seiner Studie zu dem Ergebnis, dass „der Anstieg der Stimmen für systemfeindliche Parteien weniger mit der Zunahme der Ungleichheit als vielmehr mit dem langfristigen wirtschaftlichen Niedergang von Orten zusammenhängt, die weitaus bessere Zeiten erlebt haben und durch Prozesse benachtei-



Die starke Zustimmung zur AfD beschränkt sich schon länger nicht mehr nur auf die neuen Bundesländer. Auch in der alten Bundesrepublik (wie hier in Stuttgart im November 2022) kann die Partei mit ihrer Politik aus Frust, Ablehnung und Missstimmung Menschen mobilisieren.

©picture alliance / dpa | Andreas Rosar

ligt wurden, durch die sie aufgegeben und in gewisser Weise ‚entbehrlich‘ gemacht wurden.“²⁴

Während die Unzufriedenheit oder das Leiden des Individuums an seiner sozialen und wirtschaftlichen Lage eher zu Resignation und Passivität als zur Suche nach kollektiven, insbesondere politischen Problemlösungen führt, bildet die Kombination eines befriedigenden individuellen Lebensstandards mit dem Leben in einer vernachlässigten, gar vergessenen Region geradezu einen Anreiz dazu, die daraus resultierende Unzufriedenheit, die Grözinger mit dem diffusen Begriff der „Missstimmung“ charakterisiert, zu politisieren. Es bietet sich dabei eine Partei an, die diese Missstimmung bewirtschaftet, indem sie sie fördert und zur Quelle ihres Wahlerfolges macht. Der dafür in der soziologischen Theorie verwendete Begriff ist der des Ressentiments. Von Friedrich Nietzsche einst ohne jegliche analytische Ambition in die Welt gesetzt,²⁵ spielte er in Max Webers posthum veröffentlichter Religionssoziologie insbesondere in Bezug auf die jüdische Religion eine erklärende Rolle.²⁶ Die von dem Philosophen Max Scheler erstmals 1912 unter dem Titel *Das Ressentiment im Aufbau der Moralen* veröffentlichte Studie ist die wohl umfassendste philosophische und soziologische Untersuchung dieses Phänomens.²⁷ Fasst man grob vereinfachend und zugespitzt den Ertrag dieser Forschung zusammen, so kann man das Ressentiment als eine feindselige emotionale Reaktion von Individuen auf die Erfahrung eines Ohnmachtsempfindens definieren, das „in Verbindung mit Affekten wie Rache, Haß, Bosheit, Neid etc. auftritt“.²⁸ Damit soll nicht etwa gesagt werden, dass diese emotionale Reaktion alle Menschen in einstmalen blühenden, nun aber abgehangenen Regionen – wohlgemerkt: nicht nur Ostdeutschlands – charakterisiert. Was oben als „gebietsweise Missstimmung“ und bei Scheler als „Groll“²⁹ bezeichnet wurde, schafft aber eine Disposition, die bei entsprechender Ansprache durch eine politische Partei in eine Art Racheakt gegenüber den politisch Verant-

wortlichen umgewandelt werden kann, indem man in Umfragen erklärt, diese Partei wählen zu wollen oder sie bei den nächsten Wahlen auch tatsächlich wählt. Ob damit die Hoffnung oder gar die Annahme verbunden ist, dass durch diesen „Racheakt“ die Gründe für die „Missstimmung“ beseitigt werden können, ist schwer zu sagen.

Es gibt Erfahrungen der versagten Anerkennung, der Missachtung und der Abwertung, die sich nicht in den Formen einer elaborierten Diskursivität mit ihren klaren Kriterien für den Geltungsanspruch von Aussagen, für den Zugang zum Diskurs und in der Exklusivität seiner sprachlichen Codes äußern, sondern indirekt, auf Umwegen, in einem diffusen Nebel von Klagen, Anklagen, Verwünschungen, Behauptungen, abenteuerlichen Zuschreibungen von Kausalitäten zu Personen und Ereignissen, die sich meist gar nicht verbalisieren lassen. Im nicht-sprachlichen Akt der Ausfüllung eines Wahlzettels und dem Einwerfen in die Wahlurne kann sich dieses Knäuel an Frustration, Hass, Hoffnung und Erwartung entladen.

Wie die oben berichteten neuesten Zahlen zeigen, gewinnt die AfD aber auch in den westlichen Regionen der Bundesrepublik einen beachtlichen Zuwachs an Zustimmung. Die spezifisch für den Osten erwogenen Gründe haben hier keine Geltung. Aber es gibt hier eine verwandte Tendenz. Im September 2023 deutete der Politikwissenschaftler Peter Graf Kielmansegg in einem in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung veröffentlichten Essay den „Höhenflug der AfD“ als ein „schrilles Alarmsignal“ dafür, dass „noch nie in seiner Geschichte so viele Bürger das Vertrauen in die politische Ordnung, in der sie leben, verloren haben“. Mag seine Analyse im Einzelnen durchaus bestreitbar sein, so dürfte doch seine Beobachtung zutreffen, dass „bei Mehrheiten ein, sei es resignatives, sei es aggressives Bewusstsein ihrer Ohnmacht aufkommen lässt“.³⁰ Es scheint, als verbinde dieses Ohnmachtsgefühl gegenwärtig Ost und West.

Von einem deutschen Volk in zwei Staaten zu einem deutschen Staat mit zwei Völkern?

Zu den Wegmarken der (un-)gleichen Lebensverhältnissen im Fall „Ostdeutschland“ gehört indessen nicht nur die sozioökonomische und -kulturelle Deprivation einzelner Regionen, sondern auch der problematische Modus, in dem die Vereinigung der beiden deutschen Staaten zu einem deutschen Staat verwirklicht wurde. Denn bei Lichte besehen erfolgte diese Vereinigung durch einen Prozess der Integration des einen, kleineren Staates DDR in die Strukturen des größeren und erfolgreicherer Staates namens Bundesrepublik. Es begann damit, dass die Vereinigung gemäß der damaligen Fassung des Artikels 23 GG³¹ erfolgte: durch den Beitritt der primär zu diesem Zweck geschaffenen Länder der DDR zu den in der Bundesrepublik bestehenden Bundesländern im Wege eines Vertrages zwischen den Regierungen der DDR und der Bundesrepublik. Obwohl der Kampftruf „Wir sind das Volk“ in Leipzig und danach in vielen anderen Städten der DDR erscholl und die Volkserhebung im Westen mit Zustimmung und Begeisterung wahrgenommen wurde, spielte das Volk weder im Osten noch im Westen für den Vereinigungsprozess eine wesentliche Rolle. Zusammenwachsen sollte das Volk in der Weise, in der es sich im modernen Zeitalter als politisches Subjekt konstituiert: durch einen Prozess einer inklusiven Verfassungsgebung.

Die andere Möglichkeit einer Wiedervereinigung bot der damalige Schlussartikel 146 GG, der bestimmte, dass das Grundgesetz durch eine Verfassung abgelöst werden könne, „die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist“. Der Weg über Artikel 23 war der schnellere und unkompliziertere, gleichsam politisch-administrative Konfektionsware: Er sah vor, dass nach einem Beitritt der DDR zur Bundesrepublik die Geltung des Grundgesetzes auf das neue Gebiet zu erstrecken sei. Danach war dann die Geltung des Grundgesetzes für das vereinigte Deutschland ein reiner zwischenstaatlicher Rechtsakt. So geschäftsmäßig erfolgte denn auch die Wiedervereinigung. Sie geschah als die Fusion zweier Staaten, die im Wege der Verhandlungen der beiden Regierungen die Anpassung der Strukturen der DDR an die maßstabbildenden politischen, rechtlichen und wirtschaftlichen Gestaltungen der Bundesrepublik zu bewerkstelligen hatten. Die Diskrepanz zwischen der lebendigen, mutigen, massenhaften und begeisterten Volksbewegung in Leipzig, Ost-Berlin und vielen anderen Städten der DDR und der büromäßigen „Bekanntmachung über das Inkrafttreten des Vertrages zwischen der Deutschen Demokratischen Republik und der Bundesrepublik Deutschland über die Herstellung der Einheit Deutschlands (Einigungsvertrag)“ im DDR-„Gesetzblatt Teil I Nr. 65 – Ausgabetag: 2. Oktober 1990“ als Vollzugsakt der Vereinigung ist kaum drastischer vorstellbar.³²

Auch unter den deutschen Staatsrechtslehrerinnen und -lehrern, den fachlichen Experten für alle Fragen konstitutioneller Art, war der Beitritt des „anderen Teils Deutschlands“ der eindeutig bevorzugte Pfad³³ zur Vereinigung der beiden deutschen Staaten. In der lebhaften Diskussion platzte nach einiger Zeit einem dieser in seiner Zunft hoch angesehenen Experten der Kragen. „Wo ist bei all dem eigentlich das Volk geblieben? Wo ist heute das Volk geblieben, dem wir doch bei seiner friedlichen Oktoberrevolution zugejubelt haben, als es in kongenialer Nachschöpfung zu Georg Büchners Dantons Tod [...] formuliert hat: ‚Wir sind das Volk! [...]‘ rief er seinen Kollegen entgegen³⁴ und lenkte damit die Aufmerksamkeit auf Art. 146 GG. Jetzt, wo die lang ersehnte Möglichkeit bestand, dass die in der Präambel des

Grundgesetzes erwähnten Deutschen, denen es 1949 versagt gewesen war, an der Schöpfung des Grundgesetzes mitzuwirken, sollte es nach der Auffassung eines anderen, politisch einflussreichen Verfassungsexperten sogar „verfassungswidrig, weil unvereinbar mit Art. 23, und [...] politisch unverantwortlich eben jenen Menschen in der DDR gegenüber“³⁵ sein, ihnen nunmehr die Gelegenheit zu geben, in Freiheit an der Erzeugung einer für das ganze deutsche Volk gültigen Verfassung mitzuwirken.³⁶

Es mag sein, dass, wie es der ehemalige Verfassungsrichter Dieter Grimm damals formulierte, „aus inhaltlichen Gründen [...] keine Notwendigkeit für eine neue Verfassung [besteht]“.³⁷ Schließlich hatte sich das Grundgesetz in der bewegten Geschichte der (westlichen) Bundesrepublik von vierzig Jahren durchaus bewährt. Indes, das Ergebnis der gemäß Art. 23 GG der ursprünglichen Grundgesetzfassung vollzogenen Wiedervereinigung ist eine paradoxe Umkehrung: War das deutsche Volk in der Zeit von 1949 bis 1990 *ein* Volk, das in *zwei* Staaten lebte, so lebt es seit 1990 in *einem* Staat, doch gespalten nicht geradezu in *zwei* Völker, aber doch in zwei verschiedene Versionen des deutschen Volkes – ein westliches, in jahrzehntelanger Erfahrung einer politischen Existenz in einer liberalen demokratischen Verfassungsordnung, und ein östliches, das die gesellschaftliche und politische Normalität einer solchen Ordnung nicht kennen konnte, aber auch um die Chance gebracht wurde, an der Begründung dieser neuen Ordnung aktiv teilzunehmen. Damit ist die Gelegenheit zur Teilnahme an einem sich über eine angemessene Zeitspanne erstreckenden Prozess des Lernens, Diskutierens, Streitens, wechselseitigen Verstehens und des Annäherns gemeint, in einem mitbestimmten Prozess der Gründung einer eigenen politischen Lebensform in einer gesamtdeutschen Ordnung mitzuwirken. Eine auf dem Tablett dargereichte fertige Verfassung, und sei sie noch so perfekt, konnte die lebendige Erfahrung eines derartigen Prozesses nicht ersetzen.

Epilog: Gleichwertige Lebensverhältnisse der Menschen setzen deren Anerkennung als Gleiche voraus

Die Verschiedenheit der kollektiven Erfahrungen in Ost und West begründet den Geburtsmakel der neuen Bundesrepublik Deutschland, die durch einen Staatsvertrag zwischen den Regierungen der westlichen Bundesrepublik und der östlichen DDR wiedervereint wurde. Es wurde als selbstverständlich unterstellt, dass das Volk durch die Aufteilung des Deutschen Reiches in zwei getrennte Staaten seinen Charakter als *ein* deutsches Volk nicht verloren habe. Bei etwas mehr staats-theoretischer Klarsicht über den strukturellen Zusammenhang zwischen dem Staat und dem durch Staatlichkeit konstituierten Volk hätte man vorhersehen können, dass mit der bloßen quasi-administrativen Fusion der beiden deutschen Staaten nicht zugleich die Einheit des deutschen Volkes erreicht werden würde. Dieser Makel der Wiedervereinigung hätte gemildert werden können, wenn es einen sich über längere Zeit erstreckenden gesamtdeutschen Prozess einer von beiden Volksteilen getragenen Neukonstituierung eines föderalen deutschen Staates im Wege einer gemeinsamen Verfassungsgebung gegeben hätte. Man hätte angesichts des sozioökonomischen Rückstandes der DDR damit nicht gleiche, aber doch gleichwertige Lebensverhältnisse schaffen können. Denn Gleichwertigkeit entsteht auf der Grundlage wechselseitiger Anerkennung der Verschiedenen als Gleiche – nicht als Andere, Besondere, gar Absonderliche.

Prof. Dr. Ulrich K. Preuß

KURZVITA

ist Professor i.R. der Freien Universität Berlin für das Gebiet Rechtliche Grundlagen der Politik sowie Professor emeritus der Hertie School of Governance. Er war einer der westdeutschen beratenden Mitglieder der Arbeitsgruppe des Runden Tisches der DDR, die den Entwurf einer Übergangsverfassung der DDR ausarbeiten sollte. Seine Veröffentlichungen erscheinen auf den Gebieten der Verfassungstheorie, des Verfassungsrechts und des Staatskirchenrechts.

Anmerkungen

- 1 So im Ergebnis auch Edmund Brandt: Gleichwertige Lebensverhältnisse – verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Informationen zur Raumentwicklung, Heft 1/2015 (hrsg. v. Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung), S. 1–9; Stefan Lenz: Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse – ein Verfassungsgebot? In: Der Staat 59, Heft 4/2020, S. 545–576; Eberhard Eichenhofer: Gleichwertige Lebensverhältnisse – Gebot, Kompetenzgrenze oder Leitbild? In: Sozialer Fortschritt 72, Heft 4/2023, S. 329–343.
- 2 Kursivdruck vom Autor hinzugefügt.
- 3 Z. B. Konrad Hesse: Der unitarische Bundesstaat. Karlsruhe 1962.
- 4 Vgl. Bundesrats-Drucksache 800/93 – Einsetzungsbeschluss. Drucksache vom 5. November 1993. URL: <https://dserver.bundestag.de/brd/1993/D800+93.pdf> [11.09.2023].
- 5 Bericht der Bundesregierung zur Zwischenbilanz zur Umsetzung der Maßnahmen der Politik für gleichwertige Lebensverhältnisse in der 19. Legislaturperiode. S. 6. URL: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2021/04/zwischenbericht-gleichwertige-lebensverhaeltnisse.pdf> [11.09.2023].
- 6 <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2021/04/zwischenbilanz-gleichwertige-lebensverhaeltnisse.html>
- 7 A. a. O., S. 121.
- 8 Deutschlandatlas – Der Deutschlandatlas – Karten (bund.de)
- 9 Antrag der Fraktion Die Linke: Für gleichwertige Lebensverhältnisse in allen Regionen in Ost und West. Bundestagsdrucksache 18/11750 vom 29. März 2017. URL: <https://dserver.bundestag.de/btd/18/117/1811750.pdf> [11.09.2023].
- 10 Peter Krause: 30 Jahre seit dem Mauerfall: Fortschritte und Defizite bei der Angleichung der Lebensverhältnisse in Ost- und Westdeutschland, in: DIW Wochenbericht, Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (DIW), Berlin, Vol. 86, Heft 45/2019, S. 827–838, DOI: https://doi.org/10.18723/diw_wb.2019-45-3.
- 11 A. a. O., S. 837 f.
- 12 Stefan Locke: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 08.07.2023, Nr. 156, S. 1.
- 13 Daniel Kubiak: Der Fall „Ostdeutschland“. „Einheitsfiktion“ als Herausforderung für die Integration am Fallbeispiel der Ost-West-Differenz. In: Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft 12, (2018), S. 25–42.
- 14 www.wahlrecht.de/umfragen, abgerufen am 9. Juli 2023.
- 15 Vgl. die Tabelle <https://www.wahlrecht.de/umfragen/landtage/> – die Umfrageergebnisse sind zu jeweils verschiedenen Zeiten zwischen März und Juli 2023 erhoben worden und daher nur bedingt vergleichbar. Allerdings ändert das nach Auffassung des Verf. nichts an der erklärungsbedürftigen Signifikanz der Unterschiede zwischen West- und Ostdeutschland.
- 16 Vgl. <https://statistik.hessen.de/presse/landtagswahl-2023-in-hessen-vorlaeufige-ergebnisse>; <https://www.landtagswahl2023.bayern.de/>
- 17 Neueste Wahlumfragen im Wahltrend zur Bundestagswahl, <https://dawum.de/Bundestag/>, abgerufen im November 2023.
- 18 Bundesamt für Verfassungsschutz: Bundesamt für Verfassungsschutz obsiegt vor Verwaltungsgericht Köln gegen die AfD. Pressemitteilung vom 8. März 2022. URL: <https://www.verfassungsschutz.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2022/pressemitteilung-2022-1-afd.html> [31.07.2023].
- 19 Vgl. die grundlegenden Studien von von Emeric Francis: Ethnos und Demos. Soziologische Beiträge zur Volkstheorie. Berlin 1965; hierzu M. Rainer Lepsius: „Ethnos“ oder „Demos“. Zur Anwendung zweier Kategorien von Emeric Francis auf das nationale Selbstverständnis der Bundesrepublik und auf die Europäische Einigung, in: Ders.: Interessen, Ideen und Institutionen. Wiesbaden 1990, S. 247–255.
- 20 O. A.: Gauland: „Wir holen uns unser Land zurück“. In: Abendzeitung, 24. September 2017. URL: <https://www.abendzeitung-muenchen.de/politik/gauland-wir-holen-uns-unser-land-zurueck-art-415901> [31.07.2023].
- 21 Kubiak (wie Anm. 13), S. 28 ff.; Christiane Wilke: Östlich des Rechtsstaats: Vergangenheitspolitik, Recht und Identitätsbildung. In: Sandra Matthäus/Daniel Kubiak (Hrsg.): Der Osten. Neue sozialwissenschaftliche Perspektiven auf einen Gegenstand jenseits von Verurteilung und Verklärung. Wiesbaden 2016, S. 169–193.
- 22 Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 19. Juli 2023, S. N 4.
- 23 Gerd Grözing: Warum die AfD im Osten besonders stark ist. In: Makroskop, 21. Juli 2023. URL: <https://makroskop.eu/25-2023/warum-die-afd-im-osten-besonders-stark-ist/> [11.09.2023].
- 24 Andrés Rodríguez-Pose: The Rise of Populism and the Revenge of the Places That Don't Matter. In: Andrés Velasco/Irene Bucelli (Hrsg.): Populism. Origins and Alternative Policy Responses. London 2022, S. 80–103.
- 25 Friedrich Nietzsche: Zur Genealogie der Moral. In: Werke Abt. 6, Bd. 2, Berlin u. a. 1968 [1886].
- 26 Max Weber: Wirtschaft und Gesellschaft. 5. erw. Aufl. (besorgt v. Johannes Winckelmann). Tübingen 1972, Kap. V, S. 301 ff.
- 27 Max Scheler: Das Ressentiment im Aufbau der Moralen. Hrsg. v. Manfred S. Frings, 2. Aufl. Frankfurt/M. 2004 [1912].
- 28 Zitat von Reiner Wiehl: Ressentiment und Reflexion. Versuchung oder Wahrheit eines Theorems von Nietzsche. In: Nietzsche Studien. Intentionales Jahrbuch für die Nietzsche-Forschung 2, Heft 1/1973, S. 61–90.
- 29 Scheler (wie Anm. 27), S. 56.
- 30 Peter Graf Kielmansegg: Die Macht der Minderheit. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 25. September 2023, S. 6.
- 31 Der Artikel 23 lautete bis September 1990: „Artikel 23. [1] Dieses Grundgesetz gilt zunächst im Gebiete der Länder Baden, Bayern, Bremen, Groß-Berlin, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern. [2] In anderen Teilen Deutschlands ist es nach deren Beitritt in Kraft zu setzen.“
- 32 GBL S. 1988.
- 33 Vgl. die Beiträge auf der Sondertagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer am 27. April 1990 „Deutschlands aktuelle Verfassungslage“, sowie die nachfolgende Aussprache, abgedruckt in H. 49 der Veröffentlichungen der Vereinigung. Berlin/New York 1990. DOI: <https://doi.org/10.1515/9783110894936>.
- 34 P. Häberle, a. a. O., S. 154.
- 35 R. Scholz, a. a. O., S. 156.
- 36 Vgl. auch die unterschiedlichen Positionen zu diesem Thema in Bernd Guggenberger/Tine Stein (Hrsg.): Die Verfassungsdiskussion im Jahr der deutschen Einheit. Analysen – Hintergründe – Materialien. München/Wien 1991, S. 172 ff.
- 37 Dieter Grimm: Das Risiko Demokratie. Ein Plädoyer für einen neuen Parlamentarischen Rat, in: Guggenberger/Stein (wie Anm. 36), S. 261–269, S. 261.

Der Begriff „Rasse“ im Grundgesetz

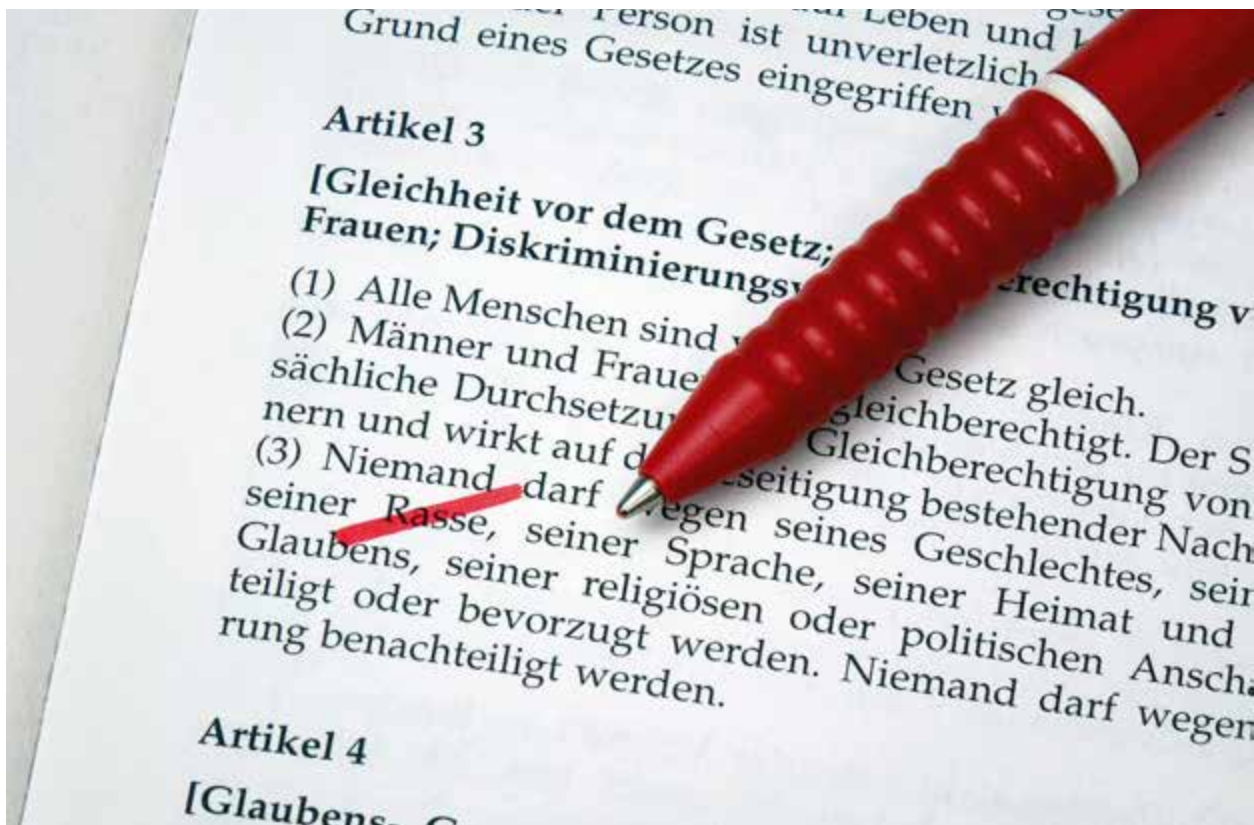
Juristische und gesellschaftliche Herausforderungen des Diskriminierungsverbots in Art. 3 Abs. 3 GG

Aktuelle Debatten um Rassismus haben auch die Verfassung erreicht: Verschiedene Akteure und eine Bundesinitiative fordern, den Begriff „Rasse“ aus dem Art. 3 Abs. 3 GG zu streichen und durch eine andere Begrifflichkeit zu ersetzen. Welche Hintergründe diese Forderung hat und welche Konsequenzen eine solche Änderung des Grundgesetzes hätte, wird in jüngster Zeit nicht mehr nur in der Fachwelt des Rechts diskutiert. In einem Gespräch mit der Juristin Prof. Dr. Judith Froese und dem Juristen Prof. Dr. Cengiz Barskanmaz wurden der Kontext und mögliche Entwicklungen dieser Debatte erörtert. Dabei diskutierten beide Gesprächspartner mögliche Szenarien einer solchen Änderung, die Bedeutung des Grundgesetzes und seiner Rechtsprechung für die Verfasstheit unserer Gesellschaft und den Zusammenhang zwischen politischen, gesellschaftlichen und verfassungsrechtlichen Debatten zu Diskriminierung, Identität und Gleichberechtigung. Das Gespräch am 31. August 2023 führten Maike Hausen und Reinhold Weber (beide LpB).

LpB: Diese wie auch die vorherige Bundesregierung möchte den Begriff „Rasse“ aus dem Grundgesetz streichen oder ersetzen. Frau Froese, warum wird der Begriff eigentlich so kritisch gesehen?

Judith Froese: Dafür gibt es mehrere Gründe. Zum einen könnte die Verwendung des Begriffs „Rasse“ zum Ausdruck bringen, dass es irgendwie geartete menschliche Rassen tatsächlich gibt – und in einem zweiten Schritt dann eben auch, dass anhand unterschiedlicher Rassen Differenzierungen möglich wären. Das ist aber nicht die Perspektive, die das Grundgesetz anlegt, sondern es verwendet sozusagen einen irrationalen Rassebegriff. Es geht nicht davon aus,

dass verschiedene menschliche Rassen existieren. Der Begriff wird aber von einem Teil der Betroffenen durchaus als abwertend empfunden und Gerichte tun sich mitunter auch schwer, diesen Begriff anzuwenden. Für Juristinnen und Juristen stellt sich dann das Problem, „Rasse“ zu definieren und zu bewerten, ob staatliches Handeln tatsächlich aus diesem Grund benachteiligt oder bevorzugt. Dabei gibt es keinen objektiven Rassebegriff, unter den subsumiert wird. Aber das sind die Bedenken, die dort zunächst einmal bestehen und an dem Begriff ansetzen. Klar ist aber: Das Recht muss vor Rassismus schützen, und zwar auch dann, wenn der Begriff „Rasse“ aus dem Grundgesetz gestrichen würde. Jeder Änderungsvorschlag muss also eine andere Begriff-



Die mögliche Ersetzung des Begriffs „Rasse“ in Art. 3 des Grundgesetzes wird seit einigen Jahren kontrovers diskutiert.

©picture alliance / ZB | Sascha Steinach

lichkeit finden, die dies sicherstellt. Das, was wir bekämpfen wollen, müssen wir in Worte fassen. Insofern haben wir es mit einem gewissen Dilemma zu tun. Wir müssten also einen Begriff finden, der das Schutzniveau nicht absenkt und uns juristisch handhabbare Kriterien an die Hand gibt, um weiterhin wirksam vor Diskriminierung wegen der „Rasse“ schützen zu können.

LpB: Herr Barskanmaz, warum wird gerade jetzt eine politische Debatte um diesen Begriff geführt?

Cengiz Barskanmaz: Ich habe die politische Debatte in letzter Zeit als einen gewissen Populismus wahrgenommen, und zwar Populismus im Sinne von einem Antirassismus ohne Rasse. Es wird insinuiert, dass, wenn wir den Rassebegriff aus dem Grundgesetz entfernen, wir damit einen antirassistischen Akt vollziehen. Das ist für mich eine sehr verkürzte Rassismuskritik, denn aus der Perspektive der *Critical Race Theory*, zu der ich mich auch rechne, ist festzuhalten, dass „Rasse“/race eine sehr ernst zu nehmende analytische Kategorie ist – ähnlich wie die *Gender Studies* auch das Geschlecht als zentrale Analysekatgorie nutzen. Aus einer intersektionalen Perspektive müssen wir das Ganze verkomplizieren statt zu vereinfachen. Dass wir es mit einem Begriff zu tun haben, der im deutschen Kontext historisch belastet ist, ist nachvollziehbar. Allerdings stellt sich die Frage, ob das analytisch und rechtsdogmatisch die richtige Art und Weise ist, damit umzugehen. Juristinnen und Juristen haben ja nicht nur eine Auslegungsmethode, um einen Text auszulegen; neben der Methode des Wortlauts, also der grammatikalischen Auslegung, gibt es auch die historische, theologische und systematische Methode. Wenn Juristinnen und Juristen zum Beispiel mit einer wortwörtlichen Interpretation nicht weiterkommen, können sie auf andere Methoden zurückgreifen. Ich stelle mir seit Jahren die Frage, warum diese Vielfalt der juristischen Auslegungsmethoden in der Debatte schlicht verschwiegen oder nicht praktiziert wird.

Tatsächlich ist das Feld der Betroffenen divers. Sehr interessant ist, dass sich der Zentralrat der Juden in Deutschland zum ersten Mal im März 2023 öffentlich gegen die Streichung des Rassebegriffs ausgesprochen hat.¹ Die Hauptargumentation lautet, dass der Begriff eine direkte Verbindung zur Schoa herstellt. Daran sehen wir, dass der Verfassungstext nicht nur ein Alltagsmittel für Juristinnen und Juristen in ihrer verfassungsrechtlichen Arbeit ist, sondern auch ein historisches Dokument, in dem auch ein Völkermord – mit einem allgemein formulierten Diskriminierungsverbot – archiviert wird. Ich weiß, dass der „Zentralrat Deutscher Sinti und Roma“ gegen den Begriff ist, ebenso die „Initiative Schwarzer Menschen in Deutschland“ (ISD). Das aber sind, das muss man wirklich an dieser Stelle so festhalten, lautstarke, wenige Stimmen im Feld. Es gibt viele andere Communitys, die mit dem Begriff weniger ein Problem haben oder die zum Beispiel einen behutsameren Umgang auch in der Debatte fordern. Ein Beispiel ist die Organisation „Each One Teach One“ (EOTO), ebenfalls eine Schwarze Organisation in Berlin. Daran kann man sehen, dass sich die verschiedenen Communitys in diesem Punkt nicht einig sind. Ich finde es ohnehin widersprüchlich, dass gerade die ISD, die den Begriff „Schwarz“ so geprägt hat in Deutschland, also *Performing Race* betreibt, heute selbst gegen den Begriff ist. Meine These lautet, dass die ISD weniger ein Problem mit dem Rassebegriff hat, weil die Initiative Schwarz ist, sondern eher, weil sie Deutschsein performiert, sich also damit in den deutschen Kontext einschreibt. In Frankreich zum Beispiel gibt – oder besser: gab – es eine ähnliche Dis-

kussion, die dort aber vor dem Hintergrund eines *color-blind*, also „farbenblinden“² universalistischen Republikanismus geführt wird. In Deutschland hingegen findet diese Debatte vor dem Hintergrund eines deutschen Exzeptionalismus statt, d. h. besonders im deutschen Kontext dürfe das deutsche Wort „Rasse“ (also nicht *race*) nicht mehr eingesetzt werden.

LpB: Werfen wir noch einmal einen Blick zurück auf die Entstehung des Grundgesetzes 1948/49 im Parlamentarischen Rat. Wie kam der Begriff überhaupt ins Grundgesetz? Das Grundgesetz insgesamt steht ja unter dem Duktus „Nie wieder!“.

Judith Froese: Es gibt wenig Hinweise auf eine Diskussion zum Rassebegriff im Parlamentarischen Rat – ganz anders als beim Merkmal Geschlecht, wo man sich wirklich gestritten hat, ob es aufgenommen werden sollte und welche Unterscheidungen zwischen den Geschlechtern aufrechterhalten bleiben sollten. Beim Rassebegriff war das anders, hier spricht man auch von einem „Schweigen der Materialien“. Das Grundgesetz bringt hiermit ein „Nie wieder!“ an prominenter Stelle zum Ausdruck: Das, was sich zur Zeit des NS-Regimes zugetragen hat, dem wird eine ganz klare Absage erteilt. Das Grundgesetz wurde als Gegenentwurf zum NS-Regime geschaffen. Insofern gab es eine unausgesprochene Einigkeit darüber, was mit dem Diskriminierungsverbot wegen der „Rasse“ gemeint war. Mittlerweile gibt es aber auch Stimmen, die diese Lesart in Frage stellen und darauf verweisen, dass rassistische Einstellungen und Vorbehalte im Parlamentarischen Rat teilweise fortbestanden.

Cengiz Barskanmaz verwies bereits zu Recht darauf, dass das Grundgesetz auch ein historischer Text sei. Dies würde ich dahingehend ergänzen wollen, dass es auch eine Projektionsfläche für gesellschaftliche Debatten ist. Die Diskussion um eine Streichung und Ersetzung des Begriffes „Rasse“ im Grundgesetz ist meines Erachtens auch ein Zeichen dafür, dass Rassismus ein Thema ist, das die Menschen und die Gesellschaft zunehmend beschäftigt. Da sind sicherlich die Anschläge in Halle und Hanau ebenso wie die Black-Lives-Matter-Bewegung in den USA treibend gewesen. Einerseits ist das Grundgesetz eine Projektionsfläche, da es für alle Menschen in Deutschland eine Basis der Identifikation darstellt bzw. darstellen soll. Das bezeichnet man auch als Verfassungspatriotismus (vgl. dazu auch den Beitrag von Eva Ricarda Lautsch in dieser Ausgabe). Das bringt es mit sich, dass sich gesellschaftliche Debatten auch auf das Grundgesetz beziehen. Das Grundgesetz ist jedoch textlich zunächst einmal starr – und das ist auch gut so, weil es eben nicht irgendeinem Zeitgeist folgen kann und sollte. Auf der anderen Seite treten aber neue Herausforderungen hinzu, auf die unser Grundgesetz in irgendeiner Weise reagieren muss und dabei nicht auf dem Stand von 1949 verbleiben kann.

Cengiz Barskanmaz: Wir können das Grundgesetz heute nicht ohne das Völkerrecht und Europarecht denken und anwenden. Der Rassebegriff ist nicht nur elementar und zentral für das Grundgesetz, sondern auch für die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK). Die EMRK ist, wie auch das Grundgesetz, als eine Reaktion auf den Nationalsozialismus entstanden. Mit einer solchen rechtshistorischen Einordnung können wir in einem Mehrebenensystem viel komplexer, vielschichtiger und graustufiger mit dem Rassebegriff arbeiten. Ein Blick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zeigt, dass diese zwar nicht immer sehr präzise war, der EGMR aber dafür sehr stolz zurückschauen kann auf fast



Unter dem Eindruck der amerikanischen Black-Lives-Matter-Bewegung kommt es auch zu Demonstrationen in Deutschland, wie hier in Berlin im Juli 2020.

©picture alliance/dpa | Fabian Sommer

hundert Entscheidungen zu Fällen mit rassistischem Sachverhalt. Dabei hat er es geschafft, zum Beispiel Schutz vor mittelbarer Diskriminierung zu erfassen und auch einige Vorgaben zu machen. Diese Rechtsprechung des EGMR ist bei der Anwendung des nationalen Rechts in unterschiedlicher Intensität und unterschiedlichem Maß zu berücksichtigen, abhängig davon, ob das jetzt vor dem Bundesverfassungsgericht ist oder vor Fachgerichten. Gleichzeitig haben wir noch das Unionsrecht, das das Grundgesetz bzw. das nationale Recht überformt. Hier ist zum Beispiel auf die Antirassismusrichtlinie hinzuweisen. Interessanterweise heißt es im Englischen *Race Equality Directive*.³ Festzuhalten ist, dass das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz,⁴ das unterschiedliche EU-Richtlinien umsetzt, auch die Antidiskriminierungsstelle des Bundes geschaffen hat. Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes wiederum verweigert aber bis heute, den Begriff „Rasse“ zu benutzen – obwohl der Begriff im Gesetz verankert ist, mit dem auch die Antidiskriminierungsstelle gegründet wurde.

Judith Froese: Weil Cengiz Barskanmaz noch den europä- und völkerrechtlichen Kontext anspricht: Hier wird in den einschlägigen Normen teilweise auch die ethnische Herkunft oder die Hautfarbe genannt – Merkmale, die sich so im Grundgesetz nicht finden und die es den Gerichten ermöglichen, auf andere Merkmale als dasjenige der „Rasse“ Bezug zu nehmen. Aber der Begriff der „Rasse“ ist in den internationalen Rechtstexten auch vorhanden. Das zeigt, dass die aktuelle Debatte um die Streichung des Rassebegriffs nicht frei von einer gewissen Hybris ist: Denn wenn der Rassebegriff aus dem deutschen Grundgesetz gestrichen würde, verschwindet er natürlich nicht aus den europäischen und völkerrechtlichen Normen. Eben weil deutsche Gerichte, Verwaltungsbehörden und auch der Gesetzgeber diese Vor-

gaben beachten müssen, werden sie weiterhin immer wieder mit dem Begriff konfrontiert sein und damit umgehen müssen. Insofern wird der Rassebegriff auch dann nicht verschwinden, wenn man ihn aus dem Grundgesetz tilgt.

LpB: Wir haben Grundgesetzartikel, die sehr dynamisch interpretiert wurden. Wenn man jetzt auf Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG mit dem Begriff „Rasse“ schaut, könnten Sie da noch einmal einen historischen Längsschnitt geben? Hat dieser Punkt in der höchstrichterlichen Rechtsprechung Anwendung gefunden?

Judith Froese: In Bezug auf Ungleichbehandlungen wegen der „Rasse“ ist eine gewisse Leerstelle zu verzeichnen. Hierzu gibt es kaum Rechtsprechung – anders als zu anderen Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG; insbesondere zu geschlechtsbezogenen Diskriminierungen existiert eine Fülle an Entscheidungen. In zwei Entscheidungen des BVerfG aus den Jahren 1968 und 1980, die sich mit der Ausbürgerung von deutschen Jüdinnen und Juden befassen, taucht der Begriff der „Rasse“ auf.⁵ Letztlich war dies aber nicht entscheidungstragend. Im November 2020 gab es dann einen Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts, der auch als „Ugah-Ugah“-Beschluss bezeichnet wird, bei dem es um eine arbeitsrechtliche Kündigung wegen einer Beleidigung geht. Der Beschwerdeführer argumentierte, seine Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) sei verletzt, weil die Arbeitsgerichte seine Äußerungen als menschenverachtende Diskriminierung gewertet und die Kündigung für rechtmäßig erachtet hatten. Das Bundesverfassungsgericht nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an. Der Beschluss ist dennoch von Bedeutung. Hier bezieht sich das Bundesverfassungsgericht auf Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und das

Merkmal der „Rasse“: Die Anrede eines dunkelhäutigen Menschen mit den Rufen „Ugah-Ugah“ sei herabwürdigend, die Wertungen der Arbeitsgerichte daher nicht zu beanstanden.⁶

Im Übrigen gibt es seit 2012 erste Urteile zu dem Phänomen des sogenannten *Racial Profiling*. Diese stammen aber nicht vom Bundesverfassungsgericht, sondern von den Verwaltungsgerichten. Da das Bundesverfassungsgericht bislang kaum Gelegenheit hatte, sich zum Diskriminierungsverbot wegen der „Rasse“ zu äußern, ist es für Juristinnen und Juristen schwierig, mit so einem Begriff umzugehen. Einig ist man sich dahingehend, dass Vorstellungen von der Unterteilung von Menschen anhand von vererbten Merkmalen unter das Diskriminierungsverbot wegen der „Rasse“ fallen. Im Übrigen ist aber vieles ungeklärt und die Debatten in anderen wissenschaftlichen Disziplinen und in der breiten Öffentlichkeit werfen Fragen für die juristische Begrifflichkeit auf. Aus den Sozialwissenschaften ist die Diskussion in die Rechtswissenschaft übergeschwappt, ob auch kulturelle Verständnisse – Beispiele wären ein antimuslimischer Rassismus, die sogenannte Clan-Kriminalität oder der „Migrationshintergrund“ – unter das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG fallen. Das wäre dann eine sehr dynamische Interpretation. Wie die Gerichte sich künftig hierzu verhalten werden, ist auch aufgrund der wenigen existierenden Entscheidungen zum Rassebegriff schwer zu prognostizieren.

Cengiz Barskanmaz: Es kommt durchaus vor, dass bestimmte Themen, auch wenn sie europarechtlich überformt sind, eher bei anderen Gerichten landen als beim Bundesverfassungsgericht. Das kann auch bei *Racial Profiling* der Fall sein. Es gibt zum Beispiel die Diskussion, ob § 21 und § 22 des Bundespolizeigesetzes gegen EU-Recht verstoßen.

Warum es so wenig Rechtsprechung gibt mit Bezug auf das Diskriminierungsverbot aufgrund der „Rasse“, ist vielleicht eher rechtssoziologisch zu erklären. Inzwischen wissen wir durch einige Studien, dass Rassismus eine Diskriminierungsform ist, die zwar sehr viel dokumentiert wird, aber bei der sich im Endergebnis sehr wenige Klägerinnen und Kläger finden lassen. Andere Diskriminierungsmerkmale haben da mehr Erfolg, zum Beispiel Altersdiskriminierung, Geschlechterdiskriminierung oder auch Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung. Eine andere soziologische These besagt, dass die von Rassismus betroffene Gruppe zum Beispiel weniger Mittel hat, weniger die Institutionen kennt oder sich nicht so gut auskennt, um ihre Rechte durchzusetzen. Ein Argument in der ganzen „Anti-Rasse“-Debatte ist auch gewesen, dass gerade der Rassebegriff das Problem war, warum die Gerichte nicht dazu kamen, irgendwie in diesem Bereich zu entscheiden. Also mit anderen Worten, dass sie nicht wüssten, wie mit dem Begriff „Rasse“ umzugehen ist. Diesem Argument würde ich widersprechen. Ich glaube, das Problem ist, dass wir uns in den letzten Jahren und Jahrzehnten sowohl in der breiten Gesellschaft als auch in der Forschung zu wenig mit Rassismus selbst auseinandergesetzt haben und uns deshalb ein angemessenes Verständnis von „Rasse“ als Analysekategorie der Rassismusforschung oder auch als ein Verfassungsbegriff fehlt. Im Übrigen finden wir in historischer Perspektive nicht nur in Art. 3 Abs. 3 GG den Rassebegriff; auch Art. 116 Abs. 2 GG enthält den Begriff „Rasse“. Wer aus „rassischen Gründen“ im Nationalsozialismus ausgebürgert wurde, hat Anspruch auf Wiedereinbürgerung, heißt es dort.

Judith Froese: Wobei Art. 116 GG nicht den Begriff „Rasse“, sondern die Formulierung „aus rassistischen Gründen“ verwendet und zudem in einem historischen Kontext steht, der



Mit dem sogenannten *Racial Profiling* wird u.a. der Polizei und anderen Sicherheitsbehörden vorgeworfen, nach rassistischen Kriterien Kontrollen vorzunehmen.

© AdobeStock | Ines

Begriff an dieser Stelle daher vermutlich die Gemüter weniger erregt. Dagegen ist Art. 3 Abs. 3 GG für das gegenwärtige staatliche Handeln maßgebend. Das ist – denke ich – ein großer Unterschied. Um noch einmal kurz auf die geringe Anzahl an BVerfG-Urteilen zurückzukommen: Das lässt sich auch positiv deuten und zwar dahingehend, dass die Diskriminierungen, die Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG meint und untersagt, heute so nicht mehr vorkommen und daher auch nicht vor Gericht landen. In unseren aktuellen gesellschaftlichen Debatten geht es auch um andere Formen von Rassismus, u. a. um alltägliche Rassismuserfahrungen, etwa die Frage: „Woher kommst du?“. Das, was zu Recht gesellschaftlich diskutiert wird, wird aber nicht notwendigerweise von den Diskriminierungsverboten, die das Recht enthält, umfasst. Missstände existieren leider auch jenseits dessen, was rechtswidrig ist. Und diese müssen gesellschaftlich und politisch angegangen werden. Nicht alles ist mit harten rechtlichen Vorgaben zu beheben. Da kommen dann andere Maßnahmen und damit auch andere Akteure als das Bundesverfassungsgericht ins Spiel.

LpB: Sie haben bereits den kulturalisierten Rassismus angesprochen. Hinzu kommt das weite, nicht immer eindeutig zu definierende Feld des strukturellen oder auch institutionalisierten Rassismus. Herr Barskanmaz, was hat es mit diesen Formen von Rassismus auf sich, warum werden sie in der Debatte aufgegriffen?

Cengiz Barskanmaz: Da würde ich gerne mit dem Bundesverfassungsgericht einsteigen. Es hat 2017 in der Entscheidung zum dritten Geschlecht festgehalten, dass Art. 3 Abs. 3 GG Schutz vor Diskriminierung für strukturell benachteiligte Gruppen bietet. Dennoch möchte ich dafür plädieren, dass wir die zwei Begriffe Rassismus und Diskriminierung nicht durcheinanderbringen. Struktureller Rassismus sollte anders diskutiert werden als strukturelle Diskriminierung, solange wir uns im Antidiskriminierungsrecht befinden. Antidiskriminierungsrechtlich ist Rassismus erst mal kein Rechtsbegriff, außer hier und da wie im § 46 Strafgesetzbuch (StGB) oder im Landesantidiskriminierungsgesetz in Berlin. Mit anderen Worten: Wir haben es mit dem Tatbestand der Diskriminierung aufgrund der „Rasse“ zu tun. Das bedeutet, dass auch eine weiße Person in bestimmten Fällen ungleich behandelt werden kann und diese Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt ist. Wenn zum Beispiel staatliche Fördermaßnahmen für Schwarze Personen verabschiedet werden, weil der Staat der Meinung ist, Schwarze sind durch strukturelle Diskriminierungen unterrepräsentiert und daher im Arbeitsleben zu fördern, ist das verfassungsrechtlich weitestgehend nicht zu beanstanden. Jedoch wäre es verfassungsrechtlich nicht zulässig, in einem Bewerbungsverfahren eine offensichtlich unqualifizierte Schwarze Person gegenüber einer weißen Person zu bevorzugen, andernfalls würde hier eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung aufgrund der „Rasse“ vorliegen. Ähnlich verhält es sich auch mit der Diskriminierung von Männern gegenüber Frauen, wenn in einem Bewerbungsverfahren eine unqualifizierte Frau bevorzugt wird. Nach jetziger Rechtsprechung ist es so, dass bei gleicher Qualifikation Frauen bevorzugt werden dürfen. Wir müssen uns also erst einmal auf den Tatbestand der Diskriminierung fokussieren. So gesehen bietet Art. 3 Abs. 3 GG Schutz vor strukturellen Formen von Diskriminierung, allerdings nicht unbedingt gegen jede Form von Rassismus. Ein Beispiel um zu illustrieren, dass nicht jede Form von Rassismus vom Diskriminierungsverbot aufgefangen werden kann, ist rassistische Türpolitik bei Clubs. Sie können zum Beispiel einen Schwarzen Mann haben, der rassialisiert und verge-

schlechtlicht wird und dadurch keinen Zugang zu einem Club bekommt, weil er als „gefährlicher“ Schwarzer Mann konstruiert wird. Gleichzeitig können Sie aber eine Schwarze Frau haben, die auch rassialisiert wird, aber gerade dadurch Zugang zu dem Club erlangt. Das ist auch eine Form von rassistischer Projektion, die rechtlich irrelevant bleibt, da diese Person in dem Moment nicht diskriminiert wird, weil ihr Zugang gewährt wird. Das Recht kann also nicht alle Formen von alltäglichem Rassismus erfassen.

LpB: Frau Froese, in Ihrer Forschungsarbeit widmen Sie sich ja auch ganz dezidiert dem Thema institutioneller Rassismus oder Diskriminierung in der Institution aufgrund der „Rasse“. Wie wird hier die Frage von Rassismus behandelt?

Judith Froese: Zunächst möchte ich noch kurz klarstellen, dass Art. 3 Abs. 3 GG alle Menschen vor Diskriminierungen schützt. Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass es bei typisierender Betrachtung augenscheinlich plausibel ist, dass manche Personengruppen besonders von Diskriminierung betroffen sind. Ob und unter welchen Voraussetzungen Fördermaßnahmen zulässig sind, ist eine besonders umstrittene Frage. Keinen Bedenken unterliegen solche Maßnahmen, die allen Menschen offenstehen. Das ist beispielsweise der Fall, wenn bestimmte Fremdsprachenkenntnisse verlangt werden. Unterschiedlich beurteilt wird die Zulässigkeit von Fördermaßnahmen hingegen, wenn sie anhand eines verpönten Merkmals differenzieren und etwa auf den sogenannten Migrationshintergrund einer Person abstellen.

Die Begriffe „strukturell“ und „institutionell“ sind ebenso wenig Rechtsbegriffe wie der Begriff „Rassismus“. Das grundgesetzliche Diskriminierungsverbot richtet sich zunächst an den Staat und verbietet eindeutig die individuelle, direkte Diskriminierung – also beispielsweise ein Behördenmitarbeiter, der einen Kollegen oder eben auch jemanden, der sich an die Behörde wendet, rassistisch diskriminiert. Beim institutionellen oder auch strukturellen Rassismus geht es hingegen nicht um individuelles Fehlverhalten von einzelnen Personen, sondern um benachteiligende Strukturen, z. B. eine Verwaltungspraxis, die gleichmäßig angewandt wird, sich aber unterschiedlich auf einzelne Personengruppen auswirkt. Wenn etwa ein Formular nur in deutscher Sprache vorliegt, kann das ein Hindernis darstellen für Bevölkerungsgruppen, deren Muttersprache nicht Deutsch ist. Stand heute ist nicht geklärt, ob auch solche Strukturen, die Zugänge, Chancen und Teilhabemöglichkeiten für einzelne Personengruppen erschweren, von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG erfasst werden. Ein Anknüpfungspunkt dafür ist die Rechtsfigur der sogenannten mittelbaren Diskriminierung. Diese Rechtsfigur ist aus dem Europarecht in das nationale Recht übernommen worden und wird von der Rechtsprechung bislang nicht einheitlich behandelt. Im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG), das Unionsrecht umsetzt, ist sie anerkannt, bei Art. 3 Abs. 3 GG hingegen umstritten. Im Hinblick auf Benachteiligungen wegen des Geschlechts liegt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch bei bloß mittelbaren Anknüpfungen eine Diskriminierung vor. Ein klassisches Beispiel hierfür ist die unterschiedliche Behandlung von Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigten. Hier wird zwar nicht an das Geschlecht angeknüpft, sondern die Differenzierung erfolgt nach dem Umfang der Beschäftigung. Da aber statistisch mehr Frauen in Teilzeit arbeiten, wirkt sich eine solche dem Anschein nach neutrale Regelung besonders auf die Personengruppe der Frauen aus. Ob sich diese Figur der mittelbaren Diskriminierung auf das Merkmal der „Rasse“ übertragen lässt, ist unklar und

wird unterschiedlich beurteilt. Hierin läge ein Anknüpfungspunkt, um Erscheinungsformen, die unter den Begriffen „institutionell“ und „strukturell“ firmieren, zu erfassen. Jedoch besteht im Vergleich zum Geschlecht zudem die Schwierigkeit der Erfassbarkeit. Bei einer Kategorie wie derjenigen der „Rasse“, die wir nicht definieren, ist eine statistische Erfassung ja genau das, wogegen sich das Diskriminierungsverbot wendet. Hilfsmerkmale, die diskutiert werden, sind der „Migrationshintergrund“ oder die Migrationsgeschichte einer Person. Für Juristinnen und Juristen ist die Unschärfe dieser Merkmale aber ein Problem – sie sind einerseits zu eng und andererseits zu weit. Der „Migrationshintergrund“ erfasst dann einerseits – und insofern ist das Merkmal zu weit – auch Studenten aus Schweden oder aus der Schweiz, andererseits aber nicht Personen, die bereits seit Generationen hier leben und dennoch als „fremd“ wahrgenommen werden können. Insofern ist das Merkmal hingegen zu eng, um alle von Rassismus Betroffenen zu erfassen.

Cengiz Barskanmaz: Ich würde gerne noch ergänzen, dass wir Art. 3 Abs. 3 GG nicht auf die Abwehrfunktion einengen sollten. Das Bundesverfassungsgericht hat im „Ugah-Ugah“-Beschluss abermals festgehalten, dass Grundrechte auch eine Schutzfunktion haben und der Staat auch vor Diskriminierung aufgrund der „Rasse“ zu schützen habe. Der diskriminierende Beschwerdeführer war der Meinung, dass seine Äußerung noch immer durch die Meinungsfreiheit gedeckt sei. Dagegen war das Bundesverfassungsgericht der Meinung: Ja, aber hier müssen auch Bürgerinnen und Bürger vor rassistischen, menschenwürdeverletzenden Aussagen geschützt werden. Deswegen kann auch die Meinungsfreiheit eine Grenze haben. In dem Beschluss findet somit die mittelbare Drittwirkung von Grundrechten, in diesem Fall des Diskriminierungsverbots aufgrund der „Rasse“, Anwendung. Was die mittelbare Diskriminierung anbelangt, so kann auch die UN-Anti-Rassismus-Konvention Hilfe leisten. Sie dokumentiert auf vielen Seiten, in welchen Lebensbereichen früher Rassismus stattgefunden hat und dass in diesen Bereichen gegen Rassismus Schutz geboten werden muss.

Ich würde die These sogar zuspitzen: Für mich erübrigt sich die Frage, ob Rassismus überhaupt strukturell und/oder institutionell zu verstehen ist. Ein Blick in die Vergangenheit zeigt uns doch sehr deutlich, dass es im Kolonialismus und Nationalsozialismus vor allem die Staaten und ihre Behörden waren, die systematisch Rassismus betrieben haben. Es ist daher auch kein Zufall, dass sich Polizeibehörden und andere Behörden heute vermehrt mit dem Vorwurf des Rassismus auseinandersetzen müssen. Rassismus war schon immer Teil von staatlichen Praxen. Heute diskutieren wir darüber, inwiefern Rassismus auch als Ideologie, als eine Meinung oder als ein Weltbild in den staatlichen Institutionen anwesend ist. Diese Debatten müssen unbedingt geführt werden, aber nicht im Kontext von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Historisch betrachtet ist auch die Forderung, statt auf „Rasse“ auf Hautfarbe zurückzugreifen, kaum überzeugend. Schließlich war die Hautfarbe gerade die zentrale biologische Kategorie bei der Bildung von sogenannten Rassengruppen. Spannend wird diese Diskussion übrigens, wenn wir einen Blick auf § 81e Strafprozessordnung werfen. Dort steht erst seit Kurzem „Augen-, Haar- und Hautfarbe“ als mögliches Merkmal für eine DNA-molekulargenetische Untersuchung in einem Strafverfahren. Während wir also über die Abschaffung des Rassebegriffs im Grundgesetz diskutieren, weil dieser biologische Konnotationen enthalte, wurde vor einigen Jahren durch die Hintertür der Begriff der Hautfarbe eingeführt. Ein anderes Beispiel ist § 192a StGB. Durch die Umsetzung des Rahmenbeschlusses der EU findet dort der Begriff „rassische Herkunft“ Eingang in das

Recht. Es finden also Gleichzeitigkeiten statt, die sehr widersprüchlich sind. Am Ende bleibt in der Anti-Rasse-Debatte eine Projektionsfläche übrig, auf der dann bestimmte ideologische Kämpfe geführt werden, die ich inzwischen als populistisch bezeichnen würde, weil sie komplexe gesellschaftliche Probleme vereinfachen und uns vorgaukeln, als wäre mit der Tilgung des Rassebegriffs schon sehr viel gelöst in diesem Land.

LpB: *Es wird ja viel diskutiert, ob andere Formulierungen den Schutzzumfang verändern würden. Warum lässt sich argumentieren, dass mit einer anderen Formulierung auch das Schutzniveau geändert werden würde?*

Judith Froese: Dieses Argument bezieht sich vor allem auf den Formulierungsvorschlag „aus rassistischen Gründen“. Diese Formulierung könnte nahelegen, dass es auf eine Intention ankommt. Nach dem jetzigen Wortlaut kommt es aber nicht darauf an, ob böse Absichten hinter einer diskriminierenden Handlung stehen, sondern es kommt formal darauf an, dass eine Differenzierung vorgenommen wurde. Insofern ist Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ein Differenzierungsverbot, nicht zu benachteiligen oder zu bevorzugen wegen eines dieser Merkmale. Wenn stattdessen eine Ungleichbehandlung „aus rassistischen Gründen“ vorliegen müsste, könnte man überlegen: Bedeutet das jetzt, dass Personen aus einem bestimmten Grund oder Motiv ungleich behandeln und damit eine Intention benötigt wird? Neben diesen Bedenken, dass eine Änderung des Wortlautes zu einer ungewollten Verengung des Schutzes führt, könnte es auf der anderen Seite auch zu einer Ausdehnung des Schutzes kommen, wenn auf diese Weise mit dem Begriff „rassistisch“ ein Verständnis aus der Rassismusforschung in den Text des Grundgesetzes aufgenommen wird, das Erscheinungsformen des Rassismus erfasst, die nach dem heutigen Stand der Rechtsprechung nicht ohne Weiteres von den Diskriminierungsverboten erfasst sind.

Ich denke, solche Lesarten ließen sich dadurch ausräumen, dass immer auch die historische Auslegungsmethode heranzuziehen ist, wonach dann gefragt wird, was der Verfassungsgeber oder in diesem Fall der verfassungsändernde Gesetzgeber mit der Änderung erreichen wollte. Der Gesetzgeber könnte klar zum Ausdruck bringen, weshalb die Änderung vorgenommen wird, dass das Schutzniveau erhalten bleiben und dass es sich um eine rein sprachliche Änderung handeln soll. Aber natürlich steht ein solcher Begriff dann auch im Kontext von anderen Rechtstexten, die abweichende Formulierungen verwenden und Juristinnen und Juristen vor neue Fragen stellen.

LpB: *Wären Anführungszeichen für den Begriff „Rasse“ eine Option?*

Judith Froese: Eigentlich könnten wir alle Begriffe des Art. 3 Abs. 3 GG in Anführungszeichen setzen, weil es bei keinem dieser sogenannten verpönten Merkmale darauf ankommt, ob eine Person tatsächlich eine bestimmte Abstammung, einen bestimmten Glauben, ein bestimmtes Geschlecht usw. hat. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG verbietet zu benachteiligen oder zu bevorzugen wegen der bloßen Zuschreibung; auch der *error in discriminatore* wird erfasst. Aber Anführungszeichen haben im Gesetzestext nichts verloren.

Cengiz Barskanmaz: Was die Frage des Schutzniveaus angeht, würde ich klipp und klar sagen: Jede Änderung würde eine Verschiebung des Schutzniveaus herbeiführen. Bezo-

gen auf das Beispiel der Förderung: Hier würde der Begriff „rassistisch“ zu einer Verengung des Schutzbereiches führen, da in bestimmten Fällen weiße nicht mehr durch das Diskriminierungsverbot aufgrund der „Rasse“ gedeckt wären, weil rassismustheoretisch- und -analytisch weiße von Rassismus nicht betroffen sein können, sondern schon immer von Rassismus profitiert haben.⁷ Historisch betrachtet gibt es auch keine Rassentheorien, wonach weiße anderen rassialisierten Gruppen untergeordnet sind. Dennoch kann eine weiße Person durchaus aufgrund der Hautfarbe benachteiligt werden, etwa wenn eine unqualifizierte Schwarze Person in einem Bewerbungsverfahren ungerechtfertigt bevorzugt wird. Damit hätten wir ein Diskriminierungsverbot aufgrund der „Rasse“, auf das sich auch eine weiße Person berufen kann. Dies wäre bei „rassistisch“ nicht mehr der Fall. Daher gibt es meiner Meinung nach nur einen Ausweg: eine objektive Formel. Wenn wir statt dem aktuellen Wortlaut „Eine Diskriminierung aufgrund der Rasse ist verboten“ nutzen würden. Damit löst man wenigstens das Problem, dass eine Person einer „Rasse“ zuzuordnen ist, wobei sozialkonstruktivistisch gesprochen dies auch kein Problem darstellt. Schließlich gibt es ja Personen, die sich als Weiß, Schwarz, etc. betrachten, sich also sozialkonstruierten rassialen Gruppen zuordnen. Diese objektive Formulierung ist natürlich nicht meine Erfindung. Sie ist in Art. 21 der Charta der Grundrechte der EU zu finden (*lacht*). Meiner Meinung nach würde eine solche Änderung kein Risiko enthalten, den Schutzbereich des Art. 3 Abs. 3 GG zu verengen.

LpB: Frau Froese, würden Sie mitgehen bei der Formulierung?

Judith Froese: Ich wäre tendenziell sehr vorsichtig, im Grundgesetz und gerade im Grundrechtskatalog irgendwelche Veränderungen vorzunehmen. Der Begriff der „Rasse“ ist ja nicht das Einzige, was gerade auch in Bezug auf Art. 3

Abs. 3 GG diskutiert wird. Aus meiner Sicht sollte man das Grundgesetz nicht einfach zum Ausdruck des jeweiligen Zeitgeistes machen und Formulierungen an das anpassen, was im Moment die Gesellschaft beschäftigt. Stattdessen sollte das Grundgesetz in seinem Text im Grundgesetzkatalog weitgehend unverändert bleiben, damit es Bestand haben kann über die nächsten 75 Jahre und darüber hinaus. Seine historische Entwicklung spricht dafür, dass dieser Text viel leisten kann, trotz seiner Starrheit. Der Grundrechtsteil hat kaum Änderungen erfahren. Und trotzdem haben wir durch die Rechtsprechung eine mal mehr, mal weniger behutsame Anpassung an die neuen Herausforderungen und Bedürfnisse, die die jeweilige Zeit mit sich bringt. Außerdem ist dieses „Niemand darf“ in Art. 3 Abs. 3 GG Ausdruck vor dem Hintergrund der Historie. Nicht einfach nur zu sagen (in einer objektiv rechtlichen Formulierung): Eine Diskriminierung ist verboten, sondern zu sagen: Niemand, also wirklich keine einzige Person, egal, was sie für ein Geschlecht hat, wo sie herkommt, was sie sonst für persönliche Merkmale hat, darf bevorzugt oder benachteiligt werden. Und hier will ich noch kurz ergänzen: Es wird beispielsweise auch diskutiert, ob die sexuelle Orientierung oder das Alter explizit in Art. 3 Abs. 3 GG aufgenommen werden sollten. Gerade dieser Artikel des Grundgesetzes ist Projektionsfläche von identitätspolitischen Debatten, obwohl der Schutz auch jetzt schon gewährleistet ist. Denn: Juristinnen und Juristen finden auch heute schon Lösungen, um mit einem vergleichbaren Schutzniveau etwa Schutz vor Altersdiskriminierungen zu gewährleisten.

Cengiz Barskanmaz: Ich bin froh, dass ich die europarechtlich objektive Formel eingeführt habe, weil ich merke, dass wir vielleicht an dieser Stelle unterschiedlich denken. Die objektive Formel hätte zum Beispiel den Vorteil, dass sich nicht nur Personen, sondern auch juristische Personen auf das Diskriminierungsverbot berufen können. Eine Vereinigung könnte sich zum Beispiel auf die objektive Formel in



Judith Froese und Cengiz Barskanmaz am 31. August 2023 im Gespräch.

©LpB

Art. 3 Abs. 3 GG berufen, wenn unzählige Schwarze Menschen irgendwo bei einer staatlichen Maßnahme benachteiligt werden. Ich glaube, dass man auch Verbandsklagerecht im Kontext von Antidiskriminierungsrecht diskutieren kann, im Verbraucherschutzrecht kennen wir das auch schon.

Judith Froese: Klar gibt es das im einfachen Recht. Aber würde eine Erstreckung auf juristische Personen die starke Aussage „Niemand“ in Art. 3 Abs. 3 GG nicht ein Stück weit relativieren?

Cengiz Barskanmaz: Wenn sich E.ON, RWE und Vattenfall auf das Eigentumsrecht in Art. 14 GG berufen können (siehe BVerfGE 143, 246 zum Atomausstieg, 2016), warum sollte sich die „Initiative Schwarze Menschen in Deutschland e.V.“ nicht durch das Diskriminierungsverbot aufgrund der „Rasse“ schützen können? In einem Punkt würde ich aber mitgehen, dass wir sehr vorsichtig sein sollten mit Verfassungsänderungen. Dennoch bin ich sehr dafür, sexuelle Orientierung als Merkmal in Art. 3 Abs. 3 GG aufzunehmen – aus dem einen Grund, weil die Art und Weise, wie dieser Artikel heute dasteht, das Unrecht des Nationalsozialismus eigentlich nicht umfassend abbildet. Schließlich wurden auch Homosexuelle im Nationalsozialismus verfolgt. Schon deswegen sollte dieses Merkmal aufgenommen werden. In diesem Zusammenhang nicht zu vergessen ist die Ergänzung von Art. 3 Abs. 3 GG durch einen zweiten Satz, mit dem 1994 die Behinderung als Merkmal aufgenommen wurde.

LpB: Die Verfassungsväter und wenigen Verfassungsmütter hätten natürlich ein Problem gehabt, die sexuelle Orientierung, also zum Beispiel Homosexualität, ins Grundgesetz aufzunehmen, die ja zu dem Zeitpunkt noch strafrechtlich verboten war.

Cengiz Barskanmaz: Genau, nämlich mit § 175 StGB. Das Bundesverfassungsgericht selbst hat in diesem Zusammenhang in der Vergangenheit problematische Standpunkte vertreten, etwa dass Homosexualität gegen Sittengesetze verstoße und somit nicht durch Art. 2 Abs. 1 GG (Freiheit der persönlichen Entfaltung) geschützt sein könne.

Ich finde, wir sollten im Kontext des Rassebegriffs auch nicht vergessen, das hat auch das Bundesverfassungsgericht so im „Ugah-Ugah“-Beschluss festgehalten, dass eine Diskriminierung aufgrund der „Rasse“ auch die Menschenwürde verletzt. Der verfassungsrechtliche Rassebegriff ist nicht nur gleichursprünglich mit dem Rassebegriff in der EMRK, sondern auch gleichursprünglich mit dem Würdebegriff. Den Würdebegriff im Grundgesetz soll man historisch mit „Rasse“ im Hinterkopf lesen und umgekehrt „Rasse“ heute verfassungsdogmatisch mit dem Würdebegriff zusammen denken. Es würde keinen Sinn ergeben, diese beiden zu trennen. Sobald wir versuchen, den Rassebegriff irgendwie zu ändern, sind wir auch sehr nah beim Würdebegriff – das käme für mich einer offenen Operation am Herz gleich! Insbesondere bei Kernbegriffen der Verfassung wie diesem würde ich argumentieren, dass man sehr behutsam umgehen sollte mit Änderungen.

LpB: Sie haben das Grundgesetz jetzt als sehr identitätsstiftend charakterisiert. Da wäre es doch eigentlich ganz schön, wenn man diese Identität etwas inklusiver gestalten und formulieren würde. Was wären Ihre Befürchtungen, wenn man die Rigidität oder angesprochene Starrheit der Verfassung einfach angreifen und antasten würde? Sie sagen, in

75 Jahren sollte man am besten das Grundgesetz auch noch so haben, wie es heute ist. Was würde passieren, wenn wir es doch ändern?

Judith Froese: Ich sehe die Gefahr, dass eine Grundgesetzänderung mit Blick auf den Rassebegriff unerwünschte Effekte haben könnte. Der Zusammenhang zwischen der „Rasse“ und der Menschenwürde ist in besonderem Maße gegeben, stärker als bei allen anderen Merkmalen, die in Art. 3 Abs. 3 GG genannt sind, sodass eine Änderung der Formulierung größere Auswirkungen haben könnten als die mit ihr bezweckten. Ich würde vorsichtig prophezeien, dass es nicht bei dieser einen Änderung bleiben wird. Es wird immer wieder neue Ideen geben, was das Grundgesetz alles textlich berücksichtigen sollte, beispielsweise ein Recht auf ein ökologisches Existenzminimum. Oder was ist eigentlich mit Benachteiligungen wegen der sogenannten Klasse? Meines Erachtens ein Thema, das noch ziemlich wenig Beachtung gefunden hat, aber dennoch eine wichtige Frage unserer Zeit ist. Deshalb bin ich aber trotzdem nicht der Meinung, dass das in den Verfassungstext hinein muss. Wenn man einmal an ganz grundlegenden Stellen reformiert, dann ist es absehbar, dass jede Generation irgendwelche Vorstellungen und Wünsche in das Grundgesetz hineinzubringen versucht. Dabei können wir auch mit einem textlich weitestgehend unveränderten Grundgesetz gut arbeiten und es – freilich in gewissen zu wahren Grenzen – durchaus dynamisch auslegen. Ein prominentes Beispiel ist der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts.⁸ Auch wenn er auf den ersten Blick sehr innovativ wirkt, entstanden ist er auf der Grundlage einer ganz etablierten, über Jahrzehnte entwickelten Rechtsprechung, die weiterentwickelt wurde. Dabei wird behutsam geschaut: Was haben wir für unterschiedliche Anhaltspunkte, die uns Antworten auf die Fragen unserer Zeit geben können? Das ist ein ganz großer Vorteil, der das Grundgesetz auch nicht zu irgendeinem antiquierten Text macht. Hinzu kommt ein weiteres Argument: Man kann das Grundgesetz nur verstehen, wenn man die hierzu ergangene Rechtsprechung und Literatur kennt. Da haben wir eine Kontinuität, die aber gleichzeitig auch eine Weiterentwicklung ist. Damit würde man ein Stückweit brechen und es würde etwas verloren gehen, wenn jetzt jede Generation dort das reinschreibt, was hier gerade aus einer Idee des Zeitgeistes wichtig ist. Vielleicht diskutieren wir in zehn Jahren gänzlich andere Fragen als die gegenwärtigen zu „Rasse“ und Rassismus.

Cengiz Barskanmaz: Die Verfassung ist meiner Meinung nach da, um genau diese Debatten zu ermöglichen, zum Beispiel durch die Meinungsfreiheit. Und um nochmal einen Schritt zurückzugehen, die Rigidität ist auch dadurch gewährleistet, dass eine Verfassungsänderung nicht einfach so stattfinden kann. Eine Zweidrittelmehrheit ist in beiden Kammern nötig. Es gibt sehr gute historische Gründe dafür, die Verfassung so rigide wie möglich zu gestalten. Was die Frage nach der Tilgung von „Rasse“ angeht, da vertrete ich nochmals die Meinung, dass wir mit dieser politischen Forderung eigentlich nur verlieren können. In einem Land wie Deutschland dürfen wir nicht vergessen, dass wir Jahrzehnte gebraucht haben, um in Politik und Wissenschaft Rassismus als solchen zu benennen. Früher – und teilweise noch heute – hat man über Fremdenfeindlichkeit und Ausländerfeindlichkeit gesprochen. Mir scheint es politisch nicht so plausibel zu sein, dass es der Bundesrepublik Deutschland, die sich so lange gegen den Begriff Rassismus gewehrt hat, gelingen wird, den Begriff „rassistisch“ in Art. 3 Abs. 3 GG einzufügen. Vorsicht ist geboten, im parlamentarischen Prozess das Kind nicht mit dem Bade auszuschütten.

Für viele scheint es nicht nachvollziehbar zu sein, warum Juristinnen und Juristen in dieser Debatte entwarnen. Zwar enthält das Grundgesetz den Begriff „Rasse“, aber die Musik spielt irgendwo anders, nämlich in der Rechtsprechung. Das Bundesverfassungsgericht hat das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung entwickelt, oder auch das Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum. Diese Beispiele zeigen uns das kritische und schöpferische Potenzial des Bundesverfassungsgerichts. Warum sollten wir dem Bundesverfassungsgericht nicht auch im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot aufgrund der „Rasse“ vertrauen? Es sind ja kluge Köpfe, die auch in der Literatur nachlesen können, dass „Rasse“ eine soziale Konstruktion ist. Den Verfassungsrichterinnen und -richtern dürfte die Anti-Rassismuskonvention ja auch bekannt sein. Ein Argument der Kritiker des Rassebegriffs war und ist, dass es der deutschen Justiz aus historischen Gründen nicht zuzumuten sei, mit dem Rassebegriff angemessen umzugehen. Dem würde ich widersprechen. Ein Gegenbeispiel ist die Rechtsprechung zu *Racial Profiling*. Inzwischen kann man beobachten, dass die deutschen Fachgerichte *Racial Profiling* verstanden haben und Schutz davor bieten können, also rassismuskritisches Recht sprechen können.

Judith Froese: Es gibt noch eine weitere Besonderheit, wenn wir auf das Grundgesetz schauen. Es gibt ansonsten wenig Rechtstexte, wo Laien sich anmaßen – das ist nicht so negativ gemeint, wie es vielleicht klingt (*lacht*) –, beim ersten Lesen diese Texte zu verstehen. Wenn ich einem beliebigen Bürger oder einer Bürgerin eine Norm aus dem Kapitalgesellschaftsrecht oder aus dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz vorlegen würde, würde niemand behaupten, man liest einen Begriff und versteht, was damit gemeint ist. Beim Grundgesetz ist das eben anders. Das ist die offene Gesell-

schaft der Verfassungsinterpreten, jeder und jede macht sich das Grundgesetz irgendwie zu eigen. Es ist ein Text, der gerade in den letzten Jahren sehr prominent – etwa wenn wir an das Kunstwerk *Grundgesetz 49* in Berlin denken – zum Gegenstand von allen gemacht wurde. Das Grundgesetz ist natürlich nicht nur ein Text für Experten, die sich damit befassen, die es auslegen und anwenden, sondern es ist die Verfassung aller Bürgerinnen und Bürger. Gerade die Formulierungen des Grundrechtskatalogs sind zunächst einmal irgendwie verständlich und klar. „Niemand darf bevorzugt oder benachteiligt werden“, oder „Die Würde des Menschen ist unantastbar“ und so weiter – wunderbare Sätze, die man zunächst einmal auch versteht, anders als irgendwelche Normen aus dem Kapitalgesellschaftsrecht. Aber der juristische Sachverstand oder der Umgang dann gerade mit diesen wenigen Worten ist es, der ganze Bibliotheken füllt. Das ist die Schwierigkeit: die große Diskrepanz zwischen intuitivem Verständnis und dem, was Juristinnen und Juristen darunter verstehen.

Cengiz Barskanmaz: Es zeigt auch, dass wir an einem Punkt angelangt sind, wo wir es mit einem sehr starken Konstitutionalismus zu tun haben. Das ist zu begrüßen, man könnte hier auch den Begriff „Verfassungspatriotismus“ einführen und in diesem Zusammenhang diskutieren. Wir sehen einen Konstitutionalismus, der auch irgendwie demokratisch ausgehandelt und diskursiv konsolidiert wird. Dennoch bleibt das Grundgesetz auch ein Handwerkszeug von Juristinnen und Juristen, die dementsprechend auch Methoden entwickelt haben, um dieses Dokument auszulegen.

LpB: Wir haben jetzt auch viel über das Bundesverfassungsgericht geredet. In der letzten Zeit ist es verstärkt als ein Ort



Im sogenannten Kopftuchstreit zwischen einer Lehrerin und dem Land Baden-Württemberg entschied das Bundesverfassungsgericht 2003, dass das Land das Tragen des Kopftuchs nur mithilfe einer „hinreichend bestimmten“ gesetzlichen Grundlage verbieten könnte.

©picture-alliance / dpa | Uli Deck

aufgesucht oder in der politischen Debatte wahrgenommen worden, an dem es klare Aussagen gibt oder von dem man sich diese erhofft. Würden Sie sagen, hier werden Antworten auf gesellschaftliche Fragen unserer Zeit gefunden?

Judith Froese: Das Bundesverfassungsgericht genießt allgemein ein sehr hohes Ansehen in der Gesellschaft, viel höher als der Gesetzgeber oder andere Institutionen. Es entscheidet natürlich zunächst einmal die konkreten Fälle, die ihm vorgelegt werden. Die Entscheidungen haben aber zugleich nicht nur den Entscheidungsteil, sondern auch einen sogenannten Maßstabteil. Darin stellt das Bundesverfassungsgericht allgemein und losgelöst von dem konkret zu entscheidenden Fall Maßstäbe auf, was zum Beispiel vom Schutzbereich eines Grundrechts umfasst ist, wie weit dieser reicht, und so weiter. Diese Aussagen gehen über den konkreten Fall hinaus. Vom Bundesverfassungsgericht wird sich auch ein bisschen erhofft, dass Debatten beendet werden. Das ist aber gar nicht unbedingt der Fall, sondern die Entscheidungen des Gerichts werden in der Wissenschaft, aber auch in der breiteren Öffentlichkeit durchaus kritisch begleitet. Das ist auch wichtig, damit die Rechtsprechung sich fortentwickelt und neue Impulse bekommt. Während im politischen Raum, in der Gesetzgebung, debattiert wird und unterschiedliche Auffassungen und Streit ausgehalten werden müssen, bildet eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zunächst einmal einen Schlusspunkt. Grundsätzlich verfügt der Gesetzgeber über einen großen Gestaltungsspielraum, und den muss er, mit allen Vor- und Nachteilen, die damit verbunden sind, auch wahrnehmen. Es ist manchmal schwer auszuhalten, z. B. dass es auch bei einem sehr polarisierenden Thema wie dem Rassebegriff im Moment keine klare Antwort gibt. Wenn das Bundesverfassungsgericht da eine Grundsatzentscheidung fällt, erhofft man sich sicherlich auch Antworten und vielleicht auch das Ende einer Debatte.

Cengiz Barskanmaz: Ich glaube auch, dass Gerichte tatsächlich Orte sein können, wo gesellschaftliche Themen und Konflikte ausgehandelt werden können und sollten. Ich würde gerne versuchen, thematisch ein wenig durchzustöbern. Beispiel Kopftuch. „Kopftuch I“⁹: vertretbar; „Kopftuch II“¹⁰: kritisierbar, aber im Hinblick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung von Religionen vertretbar, allerdings spätestens bei der „Referendarin mit Kopftuch“¹¹ denke ich, nein, da würde ich nicht mitgehen, weil die praktische Konkordanz zwischen mehreren Verfassungsgütern verfehlt wird. Dem Klimaschutzurteil würde ich hingegen auf ganzer Linie zustimmen. Das Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, ALG II, ist sicherlich zu begrüßen, allerdings enttäuscht die Entscheidung zu den ALG II-Sanktionen.¹² Hier hätte man vom Bundesverfassungsgericht mehr argumentatorische Konsistenz erwartet. Beim Thema „Rassismus“ beobachten wir, dass Karlsruhe nicht so häufig die Gelegenheit zur Entwicklung einer rassismuskritischen Rechtsprechung hatte, wobei auch festzuhalten ist, dass das Gericht die Chance beim *Racial Profiling* verpasst hat. Erst nachdem der Berliner Aktivist Biplab Basu in Karlsruhe erfolglos war, weil seine Beschwerde nicht zur Entscheidung genommen wurde, hat er seinen Erfolg gegen die Bundesrepublik Deutschland in Straßburg erkämpft.¹³ In einem Punkt bin ich ein wenig ambivalent, und zwar bei der Meinungsfreiheit und bei rassistischer Hassrede oder Volksverhetzung. Ich finde den „Ausländer-Rückführung“-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts¹⁴ sehr kritikwürdig, da es das Gericht meiner Meinung nach nicht geschafft hat, die Aussage „Ausländer raus“ als eine volksverhetzende Aussage zu deuten. Dennoch würde ich das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung sehr hoch halten wollen, auch sehr kritikwürdige und grenzwertige Meinungen etwa seitens rechtspopulistischer Parteien sollten möglichst wenig rechtlich sanktioniert werden. Hassrede ist sicherlich nicht schön und sie ist verletzend, aber ob ein Gericht wirklich immer der Ort sein sollte, diese zu unterbinden bzw. zu be-



Mit Judith Froese (2.v.l.) und Cengiz Barskanmaz (2.v.r.) sprachen am 31. August 2023 in Stuttgart Reinhold Weber (l.) und Maike Hausen (r.).

© LpB

kämpfen, sei dahingestellt. Gut wäre es jedenfalls, die Justiz nicht zu überfrachten mit allen gesellschaftlichen Problemen.

LpB: *Wenn wir sagen, das Grundgesetz oder auch das Bundesverfassungsgericht ist nicht der Ort, um diese Fragen zu klären, wo wäre stattdessen der Ort, um die gesellschaftliche Sensibilisierung für das Thema „Rassismus“ anzustoßen?*

Cengiz Barskanmaz: Die Zivilgesellschaft und die Landeszentralen für politische Bildung oder die Bundeszentrale? (*lacht*) Ich glaube tatsächlich, dass wir viel mehr demokratiebildende und rassismuskritische Maßnahmen verabschieden sollten, zumal die Gefahr von rechts virulenter als je zuvor geworden ist. Die Art und Weise, wie Diskurse von rechts vereinnahmt werden, ist sehr gefährlich und demokratieschädigend. Inzwischen wird auch über ein Teilver-

bot der AfD in Thüringen laut nachgedacht. Da wäre ich tatsächlich sehr vorsichtig.

Judith Froese: Die Frage ist ja eine, die Staat und Gesellschaft gleichermaßen betrifft wie auch jeden Einzelnen. Ich denke, es gilt kluge Maßnahmen zu ergreifen, die zum einen eben auch Rechtstexte betreffen können. Zum anderen müssen aber auch weichere Maßnahmen in den Blick genommen werden, wie beispielsweise die Schulung von Mitarbeitenden in staatlichen Institutionen oder auch bereits die politische Bildung von Kindern. Etwas Positives bewirken lässt sich womöglich vor allem durch Veränderungen im Kleinen. Dies gilt besonders, wenn es um Erscheinungsformen von Rassismus geht, die jenseits individuellen Fehlverhaltens liegen. Dann müssen wir ganz breit gefächert und in den unterschiedlichen Einrichtungen ansetzen. Ich denke da gerade an die Schulen, wo man früh niedrigschwellig viel erreichen kann.

Prof. Dr. Judith Froese

ist Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht mit Nebengebieten an der Universität Konstanz. Als Projektleiterin ist sie an der vom Bundesministerium des Innern und für Heimat geförderten InRa-Studie „Institutionen und Rassismus“ beteiligt.

Prof. Dr. Cengiz Barskanmaz

hat die Professur für Recht der Sozialen Arbeit an der Hochschule Fulda inne. Er ist Projektleiter des Teilprojekts „Inklusive Verwaltung“, das vom Bundesministerium des Innern und für Heimat im Rahmen der InRa-Studie „Institutionen und Rassismus“ gefördert wird.

KURZVITA

Anmerkungen

- 1 Josef Schuster: Der Begriff „Rasse“ erinnert an die Schoa. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 7. März 2023. URL: <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/rasse-im-grundgesetz-verfassung-muss-klar-und-schnoerkellos-sein-18728133.html> [31.10.2023].
- 2 Zur kritischen Einordnung des „Colorblindness“-Ansatzes s. Cengiz Barskanmaz: Critical Race Theory in Deutschland. In: VerfBlog, 24.07.2020. URL: <https://verfassungsblog.de/critical-race-theory-in-deutschland/> [15.01.2024]. <https://www.dpglossary.org/glossary/5BcurrentCharacter%5D=F&cHash=8ef580311e7c7eaa2a74fd8686185ade> [09.01.2024].
- 3 Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32000L0043> [19.09.2023].
- 4 Antidiskriminierungsstelle des Bundes: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006. Stand: 23. Mai 2022. URL: https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/AGG/agg_gleichbehandlungsgesetz.pdf?__blob=publication-file [19.09.2023].

- 5 BVerfGE 23, 98; 54, 53.
- 6 BVerfG, NZA 2020, 1704.
- 7 Siehe dazu Cengiz Barskanmaz: Rasse: Eine interdisziplinäre Einordnung des verfassungsrechtlichen Begriffs, in: Judith Froese/Daniel Thym (Hrsg.): Grundgesetz und Rassismus. Tübingen 2022, S. 99–138.
- 8 BVerfGE 157, 30.
- 9 BVerfG, Urt. v. 24.9.2003, 2 BvR 1436/02 – Kopftuch I – BVerfGE 108, 282.
- 10 BVerfG, Urt. v. 27.1.2015, 1 BvE 471/10 – Kopftuch II – BVerfGE 138, 296.
- 11 BVerfG, Urt. v. 14.1.2020 – Referendarin mit Kopftuch – 2 BvR 1333/17
- 12 BVerfG, Urt. v. 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – ALG II Sanktionen, BVerfGE 152, 68.
- 13 EGMR, Urt. v. 18.10.2022, Basu/Deutschland (Nr. 215/19).
- 14 BVerfG, NJW 2010, 2193.

LITERATUR

- Cengiz Barskanmaz/Nahed Samour: Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse. In: *Verfassungsblog*, 2020/6/16. URL: <https://verfassungsblog.de/das-diskriminierungsverbot-aufgrund-der-rasse/> [09.01.2024].
- Cengiz Barskanmaz: *Recht und Rassismus. Das menschenrechtliche Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse*. Wiesbaden 2020.
- Judith Froese/Daniel Thym (Hrsg.): *Grundgesetz und Rassismus*. Tübingen 2022.

- Judith Froese/Daniel Thym/Marie-Louise Reuter/Larissa Schuler/Johannes Siegel: *Begrifflichkeit und rechtliche Bewertung von Rassismus in Institutionen*. Policy Paper C01, Universität Konstanz. URL: https://fgz-risc.de/fileadmin/media/publikationen/C01_Policy_Paper.pdf [09.01.2024].
- Doris Liebscher: *Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus. Genealogie einer ambivalenten rechtlichen Kategorie*. Berlin 2021.

Bürger & Staat, 73. Jahrgang, 2023

Heft 1-2/2023: 100 Jahre Türkei. Die Republik zwischen Tradition und Erneuerung

Alexander E. Balistreri	Neuere und neuste Geschichte der „Neuen Türkei“	2
Burak Çopur	Ethnisch-religiöse Minoritäten in der Türkei im Spiegel des hundertjährigen Minderheiten- und Nationenverständnisses (1923–2023)	12
Kemal Bozay	Von der „defekten“ Demokratie zur Autokratie: Das politische System in der Türkei und sein Einfluss in Deutschland	21
Cengiz Günay	Zwischen Protest und Putsch: Politische Bewegungen und ziviles Engagement in der Türkei	34
Gülistan Gürbey	Die türkische Außenpolitik zwischen Kontinuität und Wandel	43
Yaşar Aydın	Die Wirtschaft der Republik Türkei: Kapitalistische Modernisierung zwischen Aufschwung und Fragilität	52
Renate Kreile	Geschlechterordnung, Macht und politisierte Männlichkeiten in der Türkei	61
Jürgen Gottschlich	Deutschland und die Türkei: Eine unglückliche Beziehung	68
Havva Engin, Mesut Bayraktar (Interview)	100 Jahre Türkei aus deutsch-türkischer Perspektive: Ein Interview mit Prof. Dr. Havva Engin und Mesut Bayraktar	75
Hacı-Halil Uslucan	Jugend in Deutschland – Jugend in der Türkei: Teilhabeforderungen und resignativer Rückzug?	85
Orhan Pamuk (Interview)	Vom Aufstieg des modernen Nationalstaats aus der Asche eines zerfallenen Großreichs. Der Nobelpreisträger Orhan Pamuk im Gespräch über seinen Historienroman „Die Nächte der Pest“	93

Heft 3/2023: Radikale Milieus. Dimensionen politischer Gewalt im 21. Jahrhundert

Florian Hartleb	„Einsamer Wolf“ oder Teil der Bewegung? Zur Einordnung von terroristischen Einzeltätern	102
Ann-Kathrin Rothermel	„Man(n) darf heute gar nichts mehr sagen ...“ Zum Zusammenwirken von Manosphere- und Mainstream-Diskursen um Männlichkeit, Misogynie und (Anti-)Feminismus	112
Larissa Meier	Gewaltdynamik und reziproke Eskalation im Protestgeschehen als Weg der Radikalisierung	121
Armin Pfahl-Traugher	„System Change, Not Climate Change“ – aber welches „System“? Linksextremistische Instrumentalisierungsversuche gegenüber der Klimabewegung	129
Tom Thieme	Parteien, Szenen, Netzwerke – Rechts- und linksextremistische Personenpotenziale im Bund und in den Ländern	140
Danijel Majić	Nationalismus als Normalzustand. Radikalisierungsfragen am Beispiel der ex-jugoslawischen Diaspora	147
Janina Pawelz, Maik Fielitz	Misstrauen und Mobilisierung. Verschwörungstheorien als Kitt von demokratiefeindlichen Bewegungen	155
Katrin Brettfeld	Demokratiedistante Einstellungen und die Akzeptanz autokratischer Strukturen vor dem Hintergrund gesellschaftlicher Herausforderungen und persönlicher Erfahrungen	163
Sarah Pohl, Daniel Meyer (Interview)	Neue Wege von Verschwörungsdenken und Radikalisierung. Ein Gespräch mit Sarah Pohl (Zentrale Beratungsstelle für Weltanschauungsfragen BW) und Daniel Meyer (Landesamt für Verfassungsschutz Baden-Württemberg).	173
Drei Fragen zur Radikalisierung in Sozialen Medien an...	Yannis Theocharis, Markus Weiß, Anna-Lena von Hoderberg, Bernd Zywiets, Huberta von Voss, Verena Fiebig, Irina Jugl und Daniel Köhler	182

Heft 4/2023: Das Grundgesetz. Verfassung im Wandel

Christoph Gusy	Das Grundgesetz zwischen Bewährung und Herausforderung	190
Eva Ricarda Lautsch	Verfassungspatriotismus? Eine kritische Reflexion anlässlich des 75 Jahrestags des Grundgesetzes	198
Philipp Gassert	Sicherheit nach Innen: Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes in der Praxis der Verfolgung von Verfassungsfeindschaft	205
Daniela Winkler	Das verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen individueller Freiheit, Bürgerverantwortung und Gemeinwohl	213
Felix Welti	Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden: Zur Einlösung von Inklusion, sozialer Teilhabe und Barrierefreiheit	221
Steffen Augsberg	Informationelle Selbstbestimmung als Grundrechtsanforderung	229
Ulrich K. Preuß	Das Grundgesetz zwischen Ost und West: Auf der Suche nach gleichwertigen Lebensverhältnissen in einer gespaltenen Nation	236
Judith Froese, Cengiz Barskanmaz (Interview)	Der Begriff „Rasse“ im Grundgesetz. Juristische und gesellschaftliche Herausforderungen des Diskriminierungsverbots in Art. 3 Abs. 3 GG	245

LpB-Shops/ Publikationsausgaben

Stuttgart

Lautenschlagerstraße 20
70173 Stuttgart
Telefon: 07 11/16 40 99-0

Öffnungszeiten:

Mo-Do 9 bis 12 Uhr
13 bis 15.30 Uhr

Fr 9 bis 12 Uhr

Außenstelle Freiburg

Bertoldstraße 55
79098 Freiburg
Telefon: 07 61/2 07 73-0

Öffnungszeiten:

Di/Do 9 bis 17 Uhr

Außenstelle Heidelberg

Plöck 22
69117 Heidelberg
Telefon: 0 62 21/60 78-0

Öffnungszeiten:

Di/Do 10 bis 17 Uhr

Mi 13 bis 17 Uhr

Außenstelle Ludwigsburg

Myliusstr. 15
71638 Ludwigsburg
LUDWIGSBURG@lpb.bwl.de

Shoperöffnung mit festen
Öffnungszeiten ab Frühjahr 2024
geplant

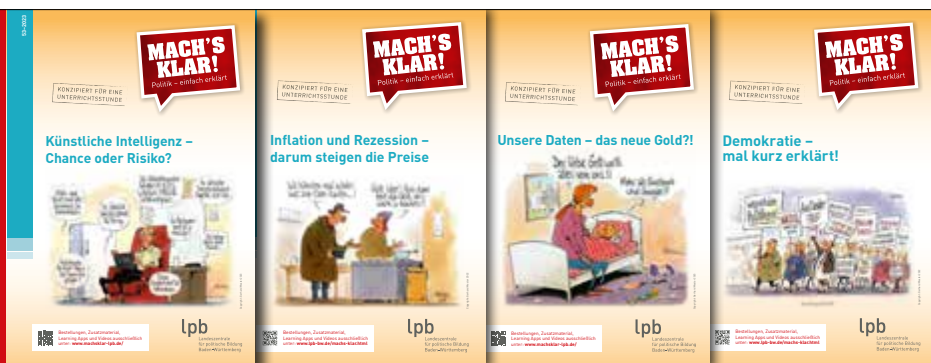


Für alle, die mehr wissen wollen – die Zeitschriften der Landeszentrale für politische Bildung BW

- **BÜRGER & STAAT** – Zeitschrift für Multiplikatoren politischer Bildung,
www.buergerundstaat.de
- **DEUTSCHLAND & EUROPA** – Zeitschrift für Politik, Geschichte und Wirtschaft,
www.deutschlandundeuropa.de
- **POLITIK & UNTERRICHT** – Zeitschrift für die Praxis der politischen Bildung,
www.politikundunterricht.de

Bestellung oder Download als PDF, kostenlos (ab 500 g zzgl. Versand). Bestellung
ausschließlich im Webshop der Landeszentrale: www.lpb-bw.de/zeitschriften.html

lpb
BW



mach's klar! ist eine Publikation der Landeszentrale für politische Bildung Baden-Württemberg.

Die vierseitige Unterrichtshilfe erklärt politisches Basiswissen und bearbeitet aktuelle politische, gesellschaftliche und wirtschaftliche Themen. „mach's klar!“ erklärt Politik in einfacher Sprache, vereinfacht politische Themen und verdeutlicht sie mit vielen Bildern. Online gibt es zu den Heften Zusatzmaterialien, Links, Erklär-Filme und Lern-Apps.

Bestellung oder Download als PDF, kostenlos (ab 500 g zzgl. Versand)
Bestellung ausschließlich im Webshop der Landeszentrale für politische Bildung:
www.lpb-bw.de/machs-klar.html

lpb
BW

lpb

Landeszentrale
für politische Bildung
Baden-Württemberg



Druckausgaben neuerer Hefte können Sie (auch im Klassensatz) im Webshop der Landeszentrale www.lpb-bw.de/shop bestellen. Die Hefte sind kostenlos. Ab einem Sendungsgewicht von 500 g wird eine Versandkostenpauschale berechnet. Bestellungen sind nur über unseren Webshop möglich.



Die Ausgaben der Zeitschrift finden Sie im Internet zum kostenlosen Download auf der Seite www.buergerundstaat.de