

VORTRAG

RECHTSSTAAT IN BESTER VERFASSUNG?

Prof. Dr. Stephan Harbarth

Präsident des Bundesverfassungsgerichts



Vortrag im Übersee-Club Hamburg

Mittwoch, 14. September 2022

Vita

Prof. Dr. Stephan Harbarth, LL.M., ist seit November 2018 Vorsitzender des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts und seit Juni 2020 dessen Präsident. Nach dem Studium der Rechtswissenschaft promovierte er 1998 zum Dr. jur. an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

1997 bis 1999 absolvierte er sein Referendariat in Berlin.

2000 erlangte er einen Master of Laws an der Yale Law School, New Haven, Connecticut, USA.

Er war viele Jahre als Rechtsanwalt sowie als Mitglied des Deutschen Bundestages tätig.

Er ist Honorarprofessor an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.



Es gilt das gesprochene Wort.



Sehr geehrter Herr Präsident Behrendt,
sehr geehrte Mitglieder des Übersee-Clubs,
meine sehr geehrten Damen und Herren!

I.

Es gibt einen Satz in der Staatsrechtslehre, der in nur 13 Wörtern alle großen Fragen zum demokratisch verfassten Rechtsstaat zu stellen scheint: die nach seinen Möglichkeiten und nach seinen Grenzen, nach seiner Verletzlichkeit und nach seiner Stärke, die nach seinem Verhältnis zur Gesellschaft, zum Recht und zum Außerrechtlichen – kurzum und in den Worten des Würzburger Staatsrechtslehrers Horst Dreier – stellt er die „faustische Frage nach dem, was eine Gesellschaft, was einen Staat eigentlich im Innersten zusammenhält“.¹

Wie steht es mit Antworten? Für manche ist der Satz nur kluge Analyse,² für andere normativer Appell.³ Einige halten ihn für resignativ-fatalistisch,⁴ andere sehen die Chancen, die er belässt.⁵ Manche sehen in ihm die staatstheoretische Weltformel und in seinem Urheber den „Einstein des Staatsrechts“⁶. Andere halten den Satz – auch dies gehört zur Wahrheit – für „entweder banal oder falsch“⁷.

Es geht – viele von Ihnen werden es bereits geahnt haben – um das „Böckenförde-Diktum“, über das in den nunmehr 55 Jahren seiner Existenz schon viel nachgedacht und noch mehr gesagt wurde. Das Böckenförde-Diktum hat es – um abermals Horst Dreier zu zitieren – zu einer regelrechten „Kreuzworträtselberühmtheit“⁸ gebracht und dürfte vielen von Ihnen bis in seinen genauen Wortlaut hinein bekannt sein. Sehen Sie mir nach, wenn ich es – etwaigen Überdruß billigend in Kauf nehmend – gleichwohl nochmals verlese: „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt“ – so der frühere Verfassungsrichter und Freiburger Staatsrechtslehrer Ernst-Wolfgang Böckenförde – „von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.“⁹

¹ Dreier, „Der freiheitliche, säkulare Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann“ - Das Böckenförde-Diktum im Streit der Interpretationen, in: Jahrbuch der Juristischen Gesellschaft Bremen, Band 19, 2018, S. 7 (22).

² Böckenförde selbst favorisierte eine „analysierende und resümierende“ Deutung; siehe Böckenförde, Der freiheitliche säkularisierte Staat..., in: Schmidt/Wedell (Hrsg.), Um der Freiheit willen...! - Kirche und Staat im 21. Jahrhundert - Festschrift für Burkhard Reichert, 2002, S. 19.

³ Vgl. die Nachweise bei Walter, Das Böckenförde-Diktum und die Herausforderungen eines modernen Religionsverfassungsrechts, in: H.-J. und K. Große-Kracht (Hrsg.), Religion - Recht - Republik, Studien zu Ernst-Wolfgang Böckenförde, 2014, S. 185 (187 f.).

⁴ Siehe die Nachweise bei Dreier, a.a.O., S. 17.

⁵ So Isensee, Das Volk als Grund der Verfassung – Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt –, 1995, S. 100 f.

⁶ Prantl, Der Einstein des Staatsrechts. Dem Juristen Ernst-Wolfgang Böckenförde zum 80., in: Süddeutsche Zeitung vom 18. September 2010, S. 5.

⁷ Häberle, Eine Theorie des Religionsverfassungsrechts von 1976 - nach 35 Jahren wiedergelesen und im Verfassungsstaat fortgeschrieben, in: Holzner/Ludyga (Hrsg.), Entwicklungstendenzen des Staatskirchen- und Religionsverfassungsrechts: ausgewählte begrifflich-systematische, historische, gegenwartsbezogene und biographische Beiträge, 2013, S. 29 (67).

⁸ Dreier, a.a.O., S. 7.

⁹ Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Säkularisation und Utopie: Ebracher Studien, Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, S. 75 (93).



Das Böckenförde-Diktum war von seinem Urheber zunächst – bezogen auf die Rolle der Kirche in der damals noch jungen Bundesrepublik – historisch-analytisch gemeint.¹⁰ Es lässt sich auch auf die Weimarer Republik beziehen, die auch aufgrund mangelnden demokratischen Engagements und des Fehlens einer demokratischen und freiheitlichen Zivilgesellschaft als „nicht zu garantierenden Voraussetzungen“ gescheitert ist.

Nun bin ich der festen Überzeugung, dass uns das Diktum nach wie vor etwas zu sagen hat, heute vielleicht mehr denn je. Aus den vielen Sätzen, die über das Böckenförde-Diktum geschrieben wurden, stach für mich einer jüngst heraus; vielleicht deswegen, weil er eine Erklärung für das leichte Unbehagen anbietet, das einem beim Lesen des Böckenförde-Diktums überkommen mag: Der Aphorismus spreche – so eine Bemerkung des Münchener Völkerrechtlers Christian Walter – „wohl nicht zuletzt auch deshalb an, weil er eine menschliche Urangst mobilisiert, nämlich diejenige, dass die Zukunft unsicher ist“¹¹.

Und das ist sie. Wir begegnen uns in einer Zeit der Krisen. Innere und äußere Bedrohungen setzen Deutschland und Europa zu. Russlands Krieg gegen die Ukraine rüttelt an den Grundfesten der europäischen Friedensordnung und führt uns auf dramatische Weise unsere eigene Verletzlichkeit vor Augen, gleichermaßen nachdrücklich aber auch die zu bewahrende Kostbarkeit eines Lebens in Freiheit, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit.

Es besteht deswegen gleichermaßen Grund zur Sorge wie Anlass zur Zuversicht. Beides spiegelt das Böckenförde-Diktum, wenn es deskriptiv-analytisch auf die Verletzlichkeit unserer freiheitlichen-demokratischen Grundordnung verweist, aber auch Raum für Mittel lässt, diesen zu begegnen. Es erlaubt Einblick in alternative Zukünfte: Was erwartete uns, fielen die „nicht zu garantierenden Voraussetzungen“ fort? Und was, ließen sie sich bewahren und stärken?

II.

Das Böckenförde-Diktum entspringt bekanntlich der Einsicht, dass ein freiheitlich verfasster Staat die für seinen Zusammenhalt notwendigen sozio-moralischen Grundlagen nicht mit hoheitlichen Methoden erzwingen kann, ohne zugleich seiner Freiheitlichkeit verlustig zu gehen.¹² Der Staat trägt sich nicht selbst durch seine Institutionen, sondern wird getragen durch jene Bürgerinnen und Bürger, die nicht nur für sich, sondern auch für die staatlich verfasste Gemeinschaft Verantwortung empfinden und wahrnehmen. Dies setzt weit mehr voraus, als von seinen Grundrechten nur dergestalt Gebrauch zu machen, dass man vom Staat so weit wie möglich „in Ruhe gelassen“ werden möge, weit mehr, als die – ohnehin sparsamen – verfassungsrechtlichen Mitwirkungsbefugnisse des „status activus“¹³, namentlich das Wahlrecht, auszuüben. Indes: Dieses „Mehr“ lässt sich nicht hoheitlich anordnen und setzt zumindest eine gewisse Grundidentifikation der Bevölkerung mit unserem staatlich verfassten Gemeinwesen voraus.

¹⁰ Vgl. H.-J. Große-Kracht, Fünfzig Jahre Böckenförde-Theorem - Eine bundesrepublikanische Bekenntnisformel im Streit der Interpretationen, in: H.-J. und K. Große-Kracht (Hrsg.), Religion - Recht - Republik, Studien zu Ernst-Wolfgang Böckenförde, 2014, S. 155 (156 ff.).

¹¹ Walter, a.a.O., S. 187.

¹² Vgl. Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, a.a.O., S. 93.

¹³ Grundlegend: Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, S. 129 ff.



Schon eine nur kursorische Durchsicht aktueller demoskopischer Erhebungen führt insoweit allerdings zu einem ernüchternden Befund: Erst kürzlich schreckte eine im Auftrag des SWR erstellte Studie des Allensbach-Instituts auf, der zur Folge 31 Prozent der Befragten die Einschätzung äußerten, in Deutschland in einer „Scheindemokratie“ zu leben, „in der die Bürger nichts zu sagen hätten“.¹⁴ Das Phänomen ist nicht auf Deutschland beschränkt. Eine internationale Metastudie der Universität Cambridge erfasst die Zufriedenheit der Bürgerinnen und Bürger mit dem Zustand der Demokratie in ihrem Land. Sie ermittelt für Europa im Jahr 2019 – dem letzten Jahr der Untersuchung – mit über 50 % Unzufriedenheit den schlechtesten Wert seit Beginn der Erhebungen vor rund 50 Jahren. Freilich verläuft die Entwicklung nicht linear. Aber nach früheren, erfolgreich überwundenen Krisenphasen in den 1970er und den 1990er Jahren hält die gegenwärtige Periode stetig zunehmender Unzufriedenheit nun schon seit etwa 10 Jahren an – ein der Dauer nach einmaliges Phänomen. Während Deutschland, die Niederlande und Skandinavien immerhin noch verhältnismäßig gut dastehen, sieht es im Übrigen eher düster aus.¹⁵ Erhebungen der Bertelsmann-Stiftung zeichnen zwar ein geringfügig besseres, letztlich aber auch kein positives Bild: Nur 60 % der Europäer äußern sich bei der Befragung positiv zum Zustand der Demokratie in der EU, nur 54 % positiv zum Zustand der Demokratie in ihrem eigenen Land. Auch hier fallen regionale Unterschiede ins Auge. Während die Niederländer mit 74 % und die Deutschen mit 70 % noch weit mehrheitlich zufrieden damit sind, wie die Demokratie in ihrem Land funktioniert, gilt dies nur für eine Minderheit der Spanier (46 %), Italiener (40 %) und Polen (35 %).¹⁶ Gewiss: Es handelt sich um verschiedene Studien mit nicht in jeder Hinsicht konsistenten Ergebnissen. Bei aller Vorsicht, die daher bei der Bewertung dieser Erhebungen angebracht sein mag, besteht ohne Zweifel ein Grund zur Aufmerksamkeit!

Ein Niedergang des Ansehens der Demokratie macht diese anfälliger für Gefährdungen und kann so mittelbar zu einer tatsächlichen Destabilisierung demokratischer Gesellschaften beitragen.¹⁷ Insoweit ist mit gewisser Sorge zunächst auf solche Veränderungen zu blicken, die der gesellschaftliche Diskurs insbesondere durch neue Medien erfahren hat.¹⁸ Auch wenn sie in mancher Hinsicht unser Leben bereichern, begünstigen diese das Spontane, Vorläufige, Verkürzende, auch das Verletzende. Die Distanz zum Gegenüber sowie die Anonymität des Internets befördern eine Verrohung und Enthemmung. Die Algorithmen knüpfen die Sichtbarkeit einer Äußerung an Nutzerinteraktionen. Der Erfolg eines Beitrags verhält sich nicht selten proportional zum Ausmaß der durch ihn bewirkten Emotionalisierung, was die Verbreitung „alternativer Fakten“ begünstigt. Der Algorithmus eröffnet „Filterblasen“ und „Echokammern“ und erzeugt so geschlossene Weltbilder, die zur kommunikativen Radikalisierung beitragen. Treffen Mitglieder unterschiedlicher „Kammern“ und „Blasen“ dann doch aufeinander, sei es online, sei es in der analogen Welt, zeigt sich das Ausmaß von Polarisierung und Spaltung. So spiegelt sich in der digitalen Welt die ohnehin beobachtbare Verstärkung

¹⁴ So die Mitteilung des Südwestrundfunks vom 11. April 2022 unter: <https://www.swr.de/swraktuell/baden-wuerttemberg/friedrichshafen/allensbach-umfrage-zu-demokratie-in-deutschland-100.html> (zuletzt abgerufen am 1. August 2022).

¹⁵ Foa u.a., The Global Satisfaction with Democracy Report 2020, Centre for the Future of Democracy, University of Cambridge, United Kingdom, Januar 2020, S. 22 ff.

¹⁶ Bertelsmann Stiftung, eupinions # 2021/1, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union, 2021, S. 10.

¹⁷ Dazu eindrücklich Levitsky/Ziblatt, Wie Demokratien sterben, 2018.

¹⁸ Vgl. zum folgenden auch Habermas, Überlegungen und Hypothesen zu einem erneuten Strukturwandel der politischen Öffentlichkeit, in: Seeliger/Sevignani (Hrsg.), Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit?, Leviathan, Sonderband 37, 2021, S. 470 (492 ff., 496 ff.).



gesellschaftlicher Fliehkräfte bei gleichzeitiger Schwächung der Bindekräfte. Viele andere Ursachen treten hinzu: auf Partikularinteressen verengte Perspektiven, soziale wie kulturelle Entfremdung, um nur einige Schlagworte zu nennen.

All dies lässt das Ansehen demokratischer Institutionen nicht unberührt. Demokratie muss eine immer komplexer werdende Welt in komplexen Verfahren ordnen und bewältigen. Die so – nicht selten kompromisshaft gefundenen – Lösungen entziehen sich teils nach Inhalt und Genese vereinfachender – zugespitzt: in einen Tweet passender – Erklärungsmuster, teils werden vorhandene einfache Erklärungen erst gar nicht gesucht oder gefunden. Die durch den gesellschaftlichen – aber auch medialen – Diskurs geweckte Sehnsucht nach Einfachheit und Eindeutigkeit kann durch den demokratischen Prozess häufig nicht gestillt werden – und darf dies vielfach auch nicht. Hieraus erwächst Enttäuschung, die autokratische Entscheidungsstrukturen mit ihren einfachen vermeintlichen Antworten attraktiv erscheinen lässt.

Angesichts all dessen scheinen für gemeinsame sozio-moralische Grundlagen, also für die „nicht zu garantierenden Voraussetzungen“ im Sinne des Böckenförde-Diktums, düstere Aussichten zu bestehen: Wie könnte das identitätsstiftende Element einer Gesellschaft aussehen, in der manche nicht einmal in der Wirklichkeit leben möchten?

III.

Ohne den Großbegriff des „Verfassungspatriotismus“¹⁹ oder den schillernden der „Zivilreligion“²⁰ in den Mund nehmen zu wollen: Ich hoffe und glaube, dass unsere Verfassungsordnung selbst, das Grundgesetz, ein überaus attraktives Identifikationsangebot macht; im Mindesten aber einen Rahmen, auf den man sich verständigen kann.

Die Väter und Mütter des Grundgesetzes haben uns vor inzwischen etwas mehr als 70 Jahren – gerade vor dem Hintergrund des dramatischen Scheiterns der Weimarer Republik – ein vorzügliches Rüstzeug mit auf den Weg gegeben, um auch die sich am Beginn der 20er Jahre des 21. Jahrhunderts abzeichnenden neuen Herausforderungen zu meistern. In dem seinerzeit tiefen Empfinden des im Bewusstsein der Nazi-Diktatur ausgesprochenen „Nie wieder!“ hat der Parlamentarische Rat auf das Scheitern von Weimar zentrale Antworten gefunden. Einige will ich herausheben – Menschenwürde, Rechtsstaat und Sozialstaat und deren Schutz durch die sogenannte Ewigkeitsgarantie:

1. Allem vorangestellt hat der Parlamentarische Rat die Grundrechte mit der unantastbaren Menschenwürde an der Spitze. Damit einher ging nicht nur die Auffassung, dass der Schutz der Grundrechte die vornehmste Aufgabe eines jeden Staates und seiner Verfassung sei. Sondern das Individuum rückte in den zentralen Fokus des Grundgesetzes. Der Staat wird vom Individuum aus gedacht, in seiner dienenden Funktion gegenüber dem Menschen. Und so lautete Artikel 1 im Entwurf von Herrenchiemsee: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen.“²¹ Auch wenn er keinen Eingang in den Text des Grundgesetzes fand, spiegelt er dessen Geist. Einer der wunderbarsten Sätze der deutschen Verfassungsgeschichte.

¹⁹ Dazu Müller, Verfassungspatriotismus, 2010.

²⁰ Dazu Böckenförde, Der säkularisierte Staat: sein Charakter, seine Rechtfertigung und seine Probleme im 21. Jahrhundert, 2. Auflage 2015, S. 27 ff.; Müller, a.a.O., S. 94 ff.

²¹ Verfassungsausschuss der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen, Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, abgedruckt in: Der Parlamentarische Rat 1948 - 1949, Band 2, Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, 2014, S. 504 (580).



2. Eine freiheitliche Demokratie braucht einen starken Rechtsstaat. Die starke Stellung, die im Grundgesetz der Rechtsstaatlichkeit zuteilwurde, war ebenfalls in besonderer Weise eine Reaktion auf die Entrechtung und Rechtlosigkeit in der NS-Zeit. Ohne das Recht mit seinen ordnenden Vorgaben, Verfahren und Formalien gibt es keine Freiheit. Mit dem großen Juristen des 19. Jahrhunderts Rudolf von Jhering gesprochen: „Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit.“²² Das Recht schützt den Schwächeren und der Rechtsstaat hat die Pflicht dieses durchzusetzen. So erwächst ein rechtlich geordneter Raum, der ebenso die Interessen und Bedürfnisse der Anderen berücksichtigt und in Ausgleich bringt. Dieser Schutz und die Sicherung durch den Staat, sein Gewaltmonopol, führen letztlich zur Friedenspflicht und dem Selbsthilfeverbot, die der Rechtsstaat seinen Bürgern auferlegt. Weder schließen sich Freiheit und Sicherheit aus, noch lässt sich das eine notwendig nur auf Kosten des anderen verwirklichen. Ganz im Gegenteil: Der Schutz vor Gewalt ist eine Grundvoraussetzung für das Leben in Freiheit und in jeder freiheitlichen Verfassung immer schon mitgedacht.

Für den späten Böckenförde waren die „freiheitsbezogenen, aber auch freiheitsbegrenzenden“ Gesetze gar wesentliches identitätsstiftendes Element. „Solche freiheitsbezogenen Gesetze“, so Böckenförde, „werden sie konsequent und unparteiisch angewandt, vermögen eine neue Art von einigendem Band über einer pluralen, teilweise auseinanderstrebenden kulturellen Wirklichkeit hervorzubringen: die Gemeinsamkeit des Lebens in und unter einer vernunftgetragenen gesetzlichen Ordnung, die unverbrüchlich ist.“²³

3. Schließlich möchte ich auf das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes hinweisen, auch wenn der verfassungsrechtliche Begriff des „Sozialen“ in ganz besonderer Weise einfachgesetzlicher Ausfüllung bedarf. Von der Gemeinschaft aus betrachtet verlangt das Sozialstaatsprinzip staatliche Vor- und Fürsorge für Gruppen der Gesellschaft, die auf Grund persönlicher Schwäche oder Schuld, Unfähigkeit oder gesellschaftlicher Benachteiligung in ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung eingeschränkt sind. Die staatliche Gemeinschaft muss ihnen jedenfalls die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein sichern und sich darüber hinaus bemühen, sie – soweit möglich – in die Gesellschaft einzugliedern. So trägt das Sozialstaatsprinzip dazu bei, für jedermann die tatsächlichen Voraussetzungen für die Ausübung der grundrechtlich garantierten Freiheit zu schaffen und an unserem staatlich verfassten Gemeinwesen teilzuhaben.

4. Die vorgenannten Gehalte stehen sämtlich unter dem Schutz der sogenannten Ewigkeitsgarantie in Art. 79 Absatz 3 des Grundgesetzes, bei der es sich um die „markanteste Antwort auf das Trauma von Weimar“ handelt.²⁴ Ideengeschichtlich knüpft sie an frühe, in der rechtspositivistisch geprägten Weimarer Staatsrechtslehre aber nicht mehrheitsfähige Überlegungen zum Schutz der Verfassung vor dem verfassungsändernden Gesetzgeber an.²⁵ Sie erklärt eine Änderung des Grundgesetzes unter anderem dann für unzulässig, wenn sie das föderale Prinzip mit dem Effekt vertikaler Gewaltenteilung, die Unantastbarkeit der Menschenwürde, das Demokratie-,

²² von Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 2, Band 2, 1858, S. 497.

²³ Böckenförde, Der säkularisierte Staat: sein Charakter, seine Rechtfertigung und seine Probleme im 21. Jahrhundert, 2. Auflage 2015, S. 36.

²⁴ So treffend Herdegen in Dürig/Herzog/Scholz, GG, 97. EL Januar 2022, Art. 79 Rn. 64.

²⁵ Vgl. Herdegen in Dürig/Herzog/Scholz, GG, 97. EL Januar 2022, Art. 79 Rn. 65.



das Sozialstaats- und das Rechtsstaatsprinzip berührt. Artikel 79 Absatz 3 des Grundgesetzes will in den Worten des Bundesverfassungsgerichts verhindern, dass die Verfassungsordnung „auf dem formal-legalistischen Wege eines verfassungsändernden Gesetzes beseitigt und zur nachträglichen Legalisierung eines totalitären Regimes missbraucht werden kann.“²⁶

Mit der Ewigkeitsgarantie, so ließe sich das Böckenförde-Diktum modifizierend aufgreifend wohl sagen, versucht der freiheitliche-demokratische Verfassungsstaat dann doch, seine eigenen – normativen – Voraussetzungen mit rechtlichen Mitteln zu garantieren. Ob es hierfür die Ewigkeitsgarantie überhaupt gebraucht hätte oder ob eine Verfassungsänderung nicht denknotwendig die grundlegende Substanz einer Verfassung – ihre „Verfassungsidentität“²⁷ – intakt lassen muss, andernfalls von einer „Änderung“ nicht sinnvoll gesprochen werden kann, mag dahinstehen. Im Mindesten trägt die ausdrückliche Niederlegung in Art. 79 Absatz 3 des Grundgesetzes dazu bei, solchen substanzverletzenden Änderungen unmissverständlich die „Maske der Legalität“²⁸ vom Gesicht zu reißen.

5. Als Zwischenfazit will ich deswegen festhalten: Das Grundgesetz hat eine „gute Ordnung“ etabliert, zweifellos die beste, die Deutschland je hatte. Unser Land ist in guter Verfassung. Mit ihr ist Staat zu machen. Mit den grundlegenden Prinzipien unserer Staatsorganisation, mehr aber noch mit den Grundrechten und den in ihnen verkörperten Wertentscheidungen sollte sich jeder – schon aus Eigennutz – identifizieren können. Jeder sollte dazu beitragen wollen, unsere Verfassungsordnung im Rahmen der ihr oder ihm gegebenen Möglichkeiten und Mittel zu verwirklichen. Und doch ist und bleibt es Wesensmerkmal des freiheitlichen Rechtsstaats solche Grundidentifikation nicht hoheitlich einfordern zu können. In den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Die Bürger sind dabei rechtlich [...] nicht gehalten, die der Verfassung zugrunde liegenden Wertsetzungen persönlich zu teilen. Das Grundgesetz baut zwar auf der Erwartung auf, dass die Bürger die allgemeinen Werte der Verfassung akzeptieren und verwirklichen, erzwingt die Werteloyalität aber nicht.“²⁹

IV.

Dies ist das „produktive Dilemma“, in das uns unsere Verfassungsordnung stürzt. „Dilemma“, weil der „freiheitliche-säkulare“ Staat seine Voraussetzungen nicht nur nicht garantieren kann, sondern der Gebrauch der Freiheitsrechte sogar dazu geeignet sein kann, die Verfassungsordnung aktiv zu delegitimieren. „Das ist“ – um nun auch den zweiten berühmten Satz des Böckenförde-Diktums aufzugreifen – „das große Wagnis, das [der freiheitliche-säkulare Staat] um der Freiheit willen, eingegangen ist.“³⁰ „Produktiv“ ist das Dilemma, weil die Leerstelle, die das Böckenförde-Diktum lässt, gefüllt werden kann. Der Umstand, dass der Staat (auch) von Voraussetzungen lebt, die er nicht garantieren kann, besagt nicht, dass es nicht andere Voraussetzungen

²⁶ BVerfGE 30, 1 <24>.

²⁷ Vgl. P. Kirchhof, Die Identität der Verfassung in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 21 Rn. 3 u. Rn. 64.

²⁸ So Hain in v. Mangoldt/Klein/Starck/Hain, 7. Aufl. 2018, GG, Art. 79 Rn. 34, eine Wendung des Abgeordneten Dehler im Parlamentarischen Rat aufgreifend (vgl. Dehler, Sechshunddreißigste Sitzung des Hauptausschusses am 12. Januar 1949, abgedruckt in: Der Parlamentarische Rat 1948 - 1949, Band 14, Hauptausschuss, 2010, S. 504 (1118): „Auf jeden Fall halte ich es für notwendig, dass wir diese Barriere aufrichten, nicht in dem Glauben, dass wir dadurch einer Revolution begegnen können, aber doch in dem Willen, einer Revolution die Maske der Legalität zu nehmen.“).

²⁹ BVerfG 124, 300 <320>.

³⁰ Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, a.a.O., S. 93.



gibt, die er garantieren kann. Und der Umstand, dass es auch nicht zu garantierende Voraussetzungen gibt, besagt nicht, dass der Staat insoweit zur Tatenlosigkeit verdammt wäre.³¹

1. Um mit ersteren, also den zu garantierenden Voraussetzungen zu beginnen: Wenn das Rechtsstaatsprinzip und mit ihm die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung – ganz im Sinne Böckenfördes – identitätsstiftendes Element in pluralen Gesellschaften ist oder sein kann, dann garantiert der wehrhafte Rechtsstaat seine eigenen Voraussetzungen zuvorderst durch die konsequente Verwirklichung und Verteidigung des Rechts, einschließlich seiner eigenen verfassungsrechtlichen Grundlagen.

Der wehrhafte Verfassungsstaat muss sich den Feinden von Recht und Rechtsstaat konsequent entgegenstellen. Dem Staat kommt – wie das Bundesverfassungsgericht zuletzt in seinem Urteil zum bayerischen Verfassungsschutzgesetz ausgeführt hat – die Aufgabe zu, die freiheitliche demokratische Grundordnung, den Bestand von Bund und Ländern sowie bestimmte Auslandsinteressen der Bundesrepublik zu sichern. Dabei – so wörtlich – „handelt es sich um Schutzgüter von hohem verfassungsrechtlichem Gewicht [...]. Eine Beschränkung von Freiheitsrechten kann zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung legitim sein, weil das Grundgesetz sich für eine streitbare Demokratie entschieden hat [...]. Verfassungsfeinde sollen nicht unter Berufung auf Freiheiten, die das Grundgesetz gewährt, die Verfassungsordnung oder den Bestand des Staates gefährden, beeinträchtigen oder zerstören dürfen.“³²

Dies ist das genaue Gegenteil einer resignativ-fatalistischen Lesart des Böckenförde-Diktums. Der freiheitliche-demokratische Rechtsstaat kann sicherlich nicht alle, aber doch manche Voraussetzungen, von denen er lebt, durchaus garantieren – und er tut es auch.

2. Und auch die von ihm nicht zu garantierenden Voraussetzungen darf und soll er auf vielfältige Weise „stützen und schützen“.³³ Dazu gehört auch die Vermittlung des Grundgesetzes und seiner Werte über den Schulunterricht³⁴ hinaus. Gewiss, eine solche „Verfassungspädagogik“ ließe sich in einer pluralen, diversen Gesellschaft kaum auf ein homogenes, materiales Wertekonzept stützen. Es gilt vielmehr, gerade den Rahmencharakter unserer Verfassungsordnung als zu verteidigenden Wert herauszustellen und in diesem Rahmen nicht den „vagen Konsens“, sondern den „wohlgeordneten Dissens“ zu suchen.³⁵ Eine Pädagogik der Verfassung kann deshalb nicht eine solche blasser Übereinkünfte, sondern nur eine solche des kultivierten

³¹ Siehe Dreier, a.a.O., S. 17 f. m.w.N.

³² BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 26. April 2022 – 1 BvR 1619/17 –, Rn. 150. Siehe aber auch Isensee, a.a.O., S. 100: „Mit den rechtlichen Vorkehrungen des Verfassungsschutzes kann [der Staat] einzelnen Angriffen von Außenseitern begegnen. Doch er ist wehrlos, wenn die Bürger in großer Zahl sich abwenden, wenn der allgemeine Wille zur Verfassung erlahmt.“

³³ So Böckenförde in Gosewinkel, Biographisches Interview mit Ernst-Wolfgang Böckenförde, in: Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht. Aufsätze von Ernst-Wolfgang Böckenförde. Biographisches Interview von Dieter Gosewinkel, 2011, S. 305 (432).

³⁴ Siehe dazu Palm, Berechtigung und Aktualität des Böckenförde-Diktums: eine Überprüfung vor dem Hintergrund der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates – Möglichkeiten des Staates zur Pflege seiner Voraussetzungen durch Werterziehung in der öffentlichen Schule, 2013.

³⁵ Dreier, a.a.O., S. 26 unter Hinweis auch auf das nachfolgende Dürig-Zitat. In der Sache ähnlich, aber den dynamisch-agonalen Charakter des Wettstreits der Meinungen stärker betonend Habermas, a.a.O., S. 478: „Bei der in der Öffentlichkeit entfesselten Kakophonie der gegensätzlichen Meinungen wird allein eines vorausgesetzt – der alle übrigen Auseinandersetzungen legitimierende Konsens über die Grundsätze der gemeinsamen Verfassung. Vor diesem konsentierten Hintergrund besteht der gesamte demokratische Prozess aus einer Flut von Dissensen, die von der wahrheitsorientierten Suche der Bürger nach rational akzeptablen Entscheidungen immer von neuem aufgewühlt wird“.



Streits sein. Wir müssen als Gesellschaft – ggf. wieder? – lernen, einen solchen Diskurs intellektuell und praktisch auszuhalten.

V.

Meine sehr verehrten Damen und Herren!

Der Übersee-Club Hamburg verkörpert und gewährleistet einen solchen Diskurs seit nunmehr 100 Jahren. Gegründet, um „die Stellung Hamburgs in der Welt zu fördern“, war und ist der Club bis heute einer der zentralen Orte der Hansestadt, an dem sich Vertreterinnen und Vertreter aus Wirtschaft, Politik, Kultur und Wissenschaft begegnen – ein „Sprechsaal“, wie es in der Gründungsrede 1922 hieß.³⁶ Mit seiner gesellschaftlich-aktivierenden Kraft trägt er ganz im Sinne des Böckenförde-Diktums gemeinsamen mit den vielen anderen gesellschaftlichen Akteuren in unserem Land dazu bei, jene „Voraussetzungen“ zu bewahren und zu erneuern, „die der freiheitliche, säkularisierte Staat selbst nicht garantieren kann“. Dies spendet Zuversicht in schwieriger Zeit.

Und auch das Grundgesetz bietet für die Bewältigung der aktuellen und der kommenden Herausforderungen einen stabilen Ordnungsrahmen, der zu vorsichtigem Optimismus Anlass gibt. Es hat sich über die letzten sieben Jahrzehnte als zukunfts offene Verfassung erwiesen. Es hat die europäische Integration ermöglicht und begleitet, ebenso wie die deutsche Einheit. Gemessen an der Einschätzung des großen Sozialdemokraten Carlo Schmid, dass der Parlamentarische Rat einen „Notbau“ errichtet habe³⁷, steht das Haus des Grundgesetzes stabil. Und es kann – wie ich versucht habe zu zeigen – durchaus auch für Teile seines Fundaments selbst Sorge tragen.

Wahr bleibt aber: Eine gute Verfassungsordnung ist zweifellos eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für die glückliche Entwicklung eines Landes. Auch die beste Verfassungsordnung kann keinen Erfolg haben, wenn sie keine Menschen antrifft, die sich mit Mut, Entschlossenheit und Leidenschaft für Freiheit, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit engagieren. Sie bleibt – trotz aller Schutzmechanismen gegen ihre Gegner – darauf angewiesen, dass sie aus der Mitte der Gesellschaft heraus unterstützt wird.³⁸ Die durch sie etablierte Werteordnung mit der Achtung der Menschenwürde an ihrer Spitze muss als identitätsstiftende Idee unseres Zusammenlebens jeden Tag auf ein Neues gelebt und bekräftigt werden. Ein „plébiscite de tous les jours“³⁹ – im Großen, wie im Kleinen. So verweist denn das Diktum Böckenfördes auch auf die Verantwortung jedes Einzelnen von uns.

Vielen Dank – ich freue mich auf die Diskussion mit Ihnen!



³⁶ Zitat gemäß der Eigendarstellung des Clubs auf seiner Homepage.

³⁷ Schmid, Zehnte Sitzung des Plenums des Parlamentarischen Rats am 8. Mai 1949, abgedruckt in: Der Parlamentarische Rat 1948 - 1949, Band 9, Plenum, 1996, S. 504 (597).

³⁸ Vgl. Habermas, a.a.O., S. 473: „Daher gehört es [...] zu den Bestandsvoraussetzungen eines demokratischen Gemeinwesens, dass sich die Bürger aus der Perspektive von Beteiligten in den Prozess einer fortgesetzten Realisierung der *unausgeschöpften*, aber schon positiv *geltenden* Grundrechte verwickelt sehen.“ (Hervorhebungen im Original).

³⁹ Ernest Renan, Qu'est-ce qu'une nation? (1882), Paris 1934, S. 88.

