

Herausgegeben von

Professor Dr. Hans Erich Brandner, RA beim BGH, Karlsruhe
Professor Dr. Bernhard Großfeld, Münster
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen
Professor Dr. Rolf Stürner, Richter am OLG, Freiburg i. Br.
Professor Dr. Ulrich Weber, Tübingen

Redaktion

Rechtsanwältin Heide Schapka
72074 Tübingen, Wilhelmstraße 18
Telefon (0 70 71) 9 23-0 oder 9 23-52
Telefax (0 70 71) 5 11 04

Seiten 741–800

Juristen JZ Zeitung

49. Jahrgang 19. August 1994 15/16

Aufsätze

Professor Dr. Horst Dreier, Hamburg

Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat*

Freiheit ist nicht grenzenlos – auch nicht im demokratischen Verfassungsstaat. Das gilt für die politisch-demokratische Seite der Freiheit im Sinne der Selbstbestimmung des Gemeinwesens ebenso wie für die individuell-private Freiheitssphäre. Dem Grundgesetz zufolge sieht sich die politische Selbstbestimmung vornehmlich drei verfassungsrechtlichen Grenzziehungen ausgesetzt: der Erschwerung von Verfassungsänderungen (Art. 79 II GG), der Unantastbarkeitsgarantie des Art. 79 III GG und dem Grundsatz der „streitbaren“ Demokratie (Art. 9 II, 18, 21 II GG). Die kritische, unter Einbezug von Verfassungs- und Ideengeschichte erfolgende Analyse jener Vorkehrungen erschließt deren Sinngehalt, offenbart aber auch gewisse theoretische wie praktische Schwächen.

I. Problemstellung

1. Verfassungsstaatliche Freiheit als individuelle und kollektive Selbstbestimmung

Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland basiert auf dem „Verfassungsprinzip der Freiheit“¹. Indem es Menschenwürde und Menschenrechte an die Spitze stellt, läßt es den zentralen Rang der Freiheit bereits im Aufbau sinnfällig werden. Das *BVerfG* hat Sinn und Zweck der verfassungsstaatlichen Ordnung im allgemeinen, der Grundrechte im besonderen dementsprechend in der Ermöglichung einer Lebensform gemäß den eigenen Überzeugungen und Vorstellungen des Einzelnen gesehen und dessen Freiheit als „Selbstbestimmung über den eigenen Lebensentwurf und seinen Vollzug“² umschrieben.³

Nun ist das Prinzip personaler Freiheit nicht auf die lediglich staatsabwehrende, subjektiv-defensive Seite beschränkt, sondern umfaßt auch die in der Volkssouveränität begründete kollektive Gestaltung der politisch-sozialen Ordnung durch die Staatsbürger⁴. Neben die private, liberale Freiheit *vom Staat* tritt die demokratische Freiheit *zum Staat*; zur individuellen Selbstbestimmung gesellt sich die „Idee der freien Selbstbestimmung aller Bürger“⁵ im Sinne der Selbstherrschaft der Mitglieder des politischen Verbandes, der zum Staatsvolk geeinten Nation.

Faßbare Gestalt gewinnt diese Freiheit vor allem in den staatsbürgerlichen Rechten (insb. dem Wahlrecht), aber nicht minder in den demokratiefunktionalen Mitwirkungs- und Kommunikationsgrundrechten (Art. 5 Abs. 1, 8, 9 GG) wie überhaupt in demokratiebezogener Grundrechtsausübung⁶. Politisch-gesellschaftliche und staatliche Willensbildung

* Meinem verehrten akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Hasso Hofmann, zum 60. Geburtstag am 4. August 1994 gewidmet. – Beim vorliegenden Text handelt es sich um die überarbeitete und mit Nachweisen versehene Fassung meiner Hamburger Antrittsvorlesung.

¹ H. Hofmann, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, *VVDStRL* 41 (1983), S. 42 ff. (54).

² *BVerfG*, 22. 3. 1983 – 2 BvR 475/78 = *BVerfGE* 63, 343, 347; vgl. auch *BVerfG*, 20. 4. 1982 – 2 BvL 26/81 = *BVerfGE* 60, 253, 268; *BVerfG*, 15. 12. 1983 – 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 = *BVerfGE* 65, 1, 41 ff.; speziell mit Bezug auf die Eigentumsgarantie *BVerfG*, 31. 10. 1984 – 1 BvR 35, 356, 794/82 = *BVerfGE* 68, 193, 222. – Die Formulierung dürfte zurückgehen auf H. Steinberger, *Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie*, 1974, S. 261.

³ Vgl. jetzt M. Morlok, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 375 ff. (380 ff.: grundrechtliche Freiheit als „rechtlich gewährleistete personale Selbstbestimmung“).

⁴ Klassisch H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl. 1929; ausführlich E.-W. Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts für die Bundesrepublik Deutschland* (i. f.: *HStR*), Bd. I, 1987, § 22 (S. 887 ff.); s. auch Morlok (Fn. 3), S. 296 ff.; P. Badura, Die politische Freiheit in der Demokratie, in: FS Helmut Simon, 1987, S. 193 ff.; H. H. Rupp, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: *HStR* I, § 28 Rn. 18; R. Wahl, Art. Demokratie, Demokratieprinzip, in: *Ergänzbare Lexikon des Rechts* (Oktober 1990), 5/170, S. 2.

⁵ *BVerfG*, 2. 3. 1977 – 2 BvE 1/76 = *BVerfGE* 44, 125, 142 = *JZ* 1977, 390 (dazu Häberle, 361). – Daß „civil liberty“ und „political liberty“ im demokratischen Verfassungsstaat einen Freiheitszusammenhang bilden, der seinen Kern in der Idee der Selbstgesetzgebung hat, zeigt am Beispiel des Konstitutionalisierungsprozesses der nordamerikanischen Kolonien im letzten Drittel des 18. Jahrhunderts W. P. Adams, *Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit*, 1973, S. 7 f., 147 ff.; s. auch N. C. Johnson, *Vereinigte Staaten von Amerika*, in: E. Grabitz (Hrsg.), *Grundrechte in Europa und USA*, Bd. I, 1986, S. 885 ff. (888); R. Aron, *Über die Freiheiten*, 1984, S. 16.

⁶ Besonders klar *BVerfG*, 2. 5. 1967 – 1 BvR 578/67 = *BVerfGE* 21, 362, 369 = *JZ* 1967, 599: „Die Grundrechte sollen in erster Linie die Freiheitssphäre des Einzelnen gegen Eingriffe der staatlichen Gewalt schützen und ihm insoweit zugleich die Voraussetzungen für eine freie aktive Mitwirkung und Mitgestaltung im Gemeinwesen sichern.“ Zum engen Zusammenhang zwischen demokratischer Ordnung und Grundrechtsausübung, von dem kein Freiheitsgrundrecht von vornherein ausgenommen werden kann, vgl. H. Dreier, *Dimensionen der Grundrechte*, 1993, S. 38 ff. m. w. N. – Daß diese funktionale Beziehung nicht zur freiheitsgefährdenden Funktionalisierung führen darf und es auch keine Prämie für eine demokratiebezogene Grundrechtsausübung gibt, ist gegen geläufige Mißverständnisse zu Recht betont bei P. Selmer, *Demokratisches Prinzip und Grundrechte unter der Verfassungsordnung des Grundgesetzes – zugleich ein Beitrag zum Verständnis der „freiheitlichen demokratischen Grundordnung“*, in: *Der Mißbrauch von Grundrechten in der Demokratie*, hrsg. v. J. Iliopoulos-Strangas, 1989, S. 21 ff. (28 f., 31 ff.); ausführlich auch G. F. Schuppert, *Grundrechte und Demokratie*, in: *EuGRZ* 1985, S. 525 ff.

gehören nicht zwei kategorial getrennten Sphären an, sondern sind in ihrem Ineinanderwirken und wechselseitigem Bezug integraler Bestandteil des parlamentsübergreifenden, dynamischen Prozesses demokratischer Repräsentation⁷.

2. Begrenzungen politisch-demokratischer Freiheit

Die solcherart vom Grundgesetz in umfassender Weise gewährleistete Freiheit ist allerdings nicht schrankenlos. Daß die allgemeinen Freiheitsgrundrechte wegen ihrer Kollisionsträchtigkeit und Kompatibilisierungsbedürftigkeit der am Prinzip des schonendsten Ausgleichs orientierten Einschränkung bedürfen⁸, ist trivial. Die den meisten Grundrechten beigefügten Ausgestaltungs- und Gesetzesvorbehalte sprechen hier eine deutliche Sprache. Aus einsichtigen Gründen unterliegen aber auch normtextlich vorbehaltlos gewährte Grundrechte, wie etwa die Kunstfreiheit, in der Sache einer relativierenden Abwägung mit anderen Grundrechten oder sonstigen Verfassungsrechtsgütern⁹.

Als weniger trivial darf vielleicht gelten, daß nicht nur der individuellen, privaten Freiheit, sondern auch der politischen Selbstbestimmung i. S. der konkreten Ausformung und Gestaltung der sozialen wie politischen Ordnung durch die Aktivbürgerschaft verfassungsrechtliche Schranken gesetzt sind: denn schließlich gehört zur demokratischen Freiheit „grundsätzlich die Verfügbarkeit der politischen und rechtlichen Ordnung“¹⁰. Wenn also dem in Art. 20 Abs. 2 GG niedergelegten Prinzip der Volkssouveränität gemäß alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht und von besonderen Organen, zuvörderst natürlich dem parlamentarischen Gesetzgeber ausgeübt wird – warum muß dann gegebenenfalls der Neugestaltungswille einer aktuellen Mehrheit von 65 % wirkungslos verpuffen, nur weil eine „Verfassungsänderungsverhinderungsminderheit“ (*Hans Meyer*) von 35 % am verfassungsrechtlich zementierten status quo festhalten will? So eine erste sich aufdrängende Frage. Eine zweite: Worin liegt der Grund und die Rechtfertigung dafür, daß bestimmte Veränderungen der Verfassung auch im Falle (illusorischer) Einstimmigkeit der Aktivbürgerschaft und ihrer Repräsentanten nicht zu realisieren wären, weil hier der demokratischen Selbstherrschaft in offenbar ziemlich absolutistischer Weise durch Unantastbarkeitsregelungen unübersteigbare Schranken gesetzt werden? Und wie ist schließlich *drittens* zu erklären, daß wegen einer bestimmten inhaltlichen Wahrnehmung insbesondere der demokratischen Mitwirkungsrechte und der besonders gearteten Vereinigungs- und Parteienfreiheit Bürgern Grundrechte aberkannt und Vereinigungen so-

wie Parteien verboten werden können – heißt das nicht, die Freiheit dadurch schützen zu wollen, daß man sie beschneidet?

Ersichtlich zielen diese drei Fragen auf drei Regelungskomplexe des Grundgesetzes, die als manifester Ausdruck der *Werthaftigkeit* und *Wehrhaftigkeit* der Verfassung gelten und im folgenden einer näheren Betrachtung unterzogen werden sollen. Zuerst geht es dabei um die Zweidrittelmehrheit des Art. 79 Abs. 2 GG (II.), sodann und ganz zentral um die sog. „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 Abs. 3 GG (III.) und schließlich um das Prinzip der „streitbaren“ oder „wehrhaften“ Demokratie, wie es insbesondere in den Vorschriften der Art. 9 Abs. 2, 18 und 21 Abs. 2 GG zum Ausdruck kommt (IV.).

II. Vorrang der Verfassung und Stellung des verfassungsändernden Gesetzgebers

1. Erschwerte Abänderbarkeit der Verfassung

Das in Art. 79 Abs. 2 GG geregelte Erfordernis einer Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat für Verfassungsänderungen scheint die geringsten Deutungsprobleme verfassungsrechtlicher wie staatsrechtlicher Art zu bereiten: Bildet doch gerade ihre in vielen Spielarten vorkommende erschwerte Abänderbarkeit und die damit implizierte „gesteigerte Geltungskraft“¹¹ das Charakteristikum moderner Staatsverfassungen¹². Daß die Verfassung eine auf Dauer und Stabilisierung ausgerichtete, zudem in besonderer Weise geschaffene Grundordnung ist, soll sich gerade in ihrer Höherrangigkeit gegenüber dem „einfachen“ Gesetzgeber niederschlagen.

2. Besonderheiten der deutschen Verfassungsentwicklung

Manche Phasen der modernen deutschen Verfassungsgeschichte fallen aus diesem Rahmen heraus. In der besonderen Staatsform des deutschen Konstitutionalismus war die Erschwerung der Verfassungsänderung praktisch auf ein Minimum reduziert und ein Vorrang der Verfassung gegenüber dem Gesetzgeber theoretisch nicht anerkannt. Die Preußische Verfassungsurkunde von 1850 und die Bismarcksche Reichsverfassung von 1871 zeigen, daß sich dort keineswegs ein klarer hierarchischer Vorrang der Verfassungsrechtssätze gegenüber solchen des einfachen Gesetzes ausgeprägt hatte¹³. Das Credo des staatsrechtlichen Positivismus stützte dieses deutsche Gegenbild zu westeuropäisch-nordatlantischen Verfassungsvorstellungen, indem es die Existenz eines einzigen souveränen Staatswillens postulierte, der begriffsnotwendig

⁷ *H. Hofmann/H. Dreier*, Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz, in: H.-P. Schneider/W. Zeh (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, 1989, § 5 Rn. 16 ff., 21 ff.

⁸ *P. Lerche*, Grundrechtsschranken, in: *HStR V*, 1992 (Fn. 4), § 122 Rn. 3 ff.; die ebenso häufig gebrauchte Formel von der „praktischen Konkordanz“ (*K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl. 1993, Rn. 72, 317 ff. u. ö.) besagt im Kern dasselbe.

⁹ Ständige Rechtsprechung seit *BVerfGE*, 26. 5. 1970 – 1 BvR 83, 244 und 345/69 = *BVerfGE* 28, 243, 261: „Nur kollidierende Grundrechte Dritter und andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte sind mit Rücksicht auf die Einheit der Verfassung und die von ihr geschützte gesamte Wertordnung ausnahmsweise in stände, auch uneinschränkbare Grundrechte in einzelnen Beziehungen zu begrenzen. (...) Die schwächere Norm darf nur so weit zurückgedrängt werden, wie das logisch und systematisch zwingend erscheint; ihr sachlicher Grundwertgehalt muß in jedem Fall respektiert werden.“ Aus der Literatur statt aller *H. Bethge*, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 1977, S. 258 ff.

¹⁰ *Böckenförde* (Fn. 4), § 22 Rn. 38. Weder für den einfachen noch den verfassungsändernden Gesetzgeber des Grundgesetzes gilt also der berühmte Satz des Reichsgerichts (Entscheidung v. 4. 11. 1927 = *RGZ* 118, 325, 327): „Der Gesetzgeber ist selbstherrlich und an keine anderen Schranken gebunden als diejenigen, die er sich selbst in der Verfassung oder in anderen Gesetzen gezogen hat.“

¹¹ *B.-O. Bryde*, in: I. v. Münch (Hrsg.), *GG-Kommentar*, Bd. 3, 2. Aufl. 1983, Art. 79 Rn. 1.

¹² Vgl. *G. Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. 1914, S. 531 ff.; *K. Loewenstein*, *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, 1961, S. 27 ff.; *B.-O. Bryde*, *Verfassungsentwicklung*, 1982, S. 51 ff. (Typologie); *P. Badura*, *Art. Verfassung*, in: *Evangelisches Staatslexikon*, 3. Aufl., Bd. 2, 1987, Sp. 3737 ff. (3747): „Das charakteristische rechtliche Merkmal des Verfassungsgesetzes ist, daß es nur in einem besonderen Verfahren und nur unter erschwerenden Bedingungen geändert werden kann.“

¹³ Art. 107 der (revidierten) Preußischen Verfassung von 1850 lautete: „Die Verfassung kann auf dem ordentlichen Wege der Gesetzgebung abgeändert werden, wobei in jeder Kammer die gewöhnliche absolute Stimmenmehrheit bei zwei Abstimmungen, zwischen welchen ein Zeitraum von wenigstens 21 Tagen liegen muß, genügt.“ Die einzige Erschwerung gegenüber der einfachen Gesetzgebung bestand also darin, daß zwei Abstimmungen erforderlich waren; weder war eine qualifizierte Mehrheit noch ein besonderes Verfahren vorgesehen. – Noch weniger waren Gesetzgebung und Verfassungsänderung im Zweiten Deutschen Kaiserreich von 1871 zu unterscheiden. In Art. 78 der Reichsverfassung hieß es lapidar: „Veränderungen der Verfassung erfolgen im Wege der Gesetzgebung.“ Die nachfolgend erwähnte einzige Erschwerung, nämlich die Sperrminorität von 14 Stimmen im Bundesrat, war allein föderalistisch motiviert, ohne dem Schutz der Verfassung gegenüber dem einfachen Gesetzgeber zu dienen.

nicht einem anderen, höheren unterworfen werden konnte¹⁴. Dieser souveräne Staatswille äußerte sich in den Rechtssätzen des einfachen Gesetzes nicht anders als in denen der Verfassungsurkunde¹⁵.

Noch die maßgebliche Kommentierung von *Gerhard Anschütz* zur Weimarer Reichsverfassung (WRV) hielt in unzweideutiger Präzision fest: „Die Verfassung steht nicht über der Legislative, sondern zur Disposition derselben.“¹⁶ Eben wegen dieses Axioms ließ sich dem Erfordernis einer Zweidrittelmehrheit des Art. 76 WRV denn auch kein rechter Sinn abgewinnen¹⁷.

Obwohl man sich zu versichern beeilte, die Erschwerung der Verfassungsänderung tue der Identität von gesetzgebender und verfassungsändernder Gewalt „keinen Eintrag“¹⁸ und stehe nicht im Widerspruch zur Ablehnung der Lehre vom „pouvoir constitutionnel“¹⁹, war eine echte Vermittlung der staatsrechtlichen Grundaussage von der unbeschränkten normativen Souveränität der Legislative mit den Erfordernissen einer Zweidrittelmehrheit nicht ohne argumentativen Bruch zu leisten. Welche schwerwiegenden inneren Verwerfungen aus der Übertragung des „Funktionalismus der einfachen Mehrheit auf einen solchen der erschwerten Mehrheit“²⁰ resultierten, weil die Zweidrittelmehrheit „über sich selbst und ihre Jeweiligkeit hinaus dauernde Wirkungen und Bindungen schaffen“²¹ kann, hat gegen Ende der Weimarer Republik *Carl Schmitt* in eindrucksvoller (wenngleich nicht zwingend mit der Intention zur Erhaltung eines freiheitlich-demokratischen Parlamentarismus verbundener) Weise²² gezeigt.

¹⁴ P. Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 5. Aufl., Bd. 2, 1911, S. 38 ff. (39: „Die Verfassung ist keine mystische Gewalt, welche über dem Staat schwebt, sondern gleich jedem anderen Gesetz ein Willensakt des Staates und mithin nach dem Willen des Staates veränderlich.“); vgl. Bd. 1, S. 34 Anm. 1. Zu Konsequenzen für das richterliche Prüfungsrecht G. Meyer/G. Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. 1919, S. 736 ff.; im Verhältnis von Verfassung und Gesetz wurde die Geltung der lex-posterior-Regel angenommen (S. 743 f.); einschlägige Judikatur: RG JW 1916, 596 (m. Anm. Waldecker). – Siehe aber auch L. v. Rönnne, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2. Bd., 1. Abt., 2. Aufl. 1877, S. 18 ff. (33), dessen Ausführungen zeigen, daß die Frage nach dem Vorrang der Verfassung auf eine schwer entwirrbare Weise mit derjenigen nach Verfassungsdurchbrechungen zusammenhängt. Erhellend zum ganzen G. Lübke-Wolff, Der Schutz verfassungsgesetzlich verbürgter Individualrechte: Die Rolle des Reichsgerichts, in: H. Wellenreuther/C. Schnurmann (Hrsg.), Die amerikanische Verfassung und deutsch-amerikanisches Verfassungsdenken, 1990, S. 411 ff. (414 ff., 430 ff.).

¹⁵ Logische Konsequenz dieser Auffassung war der Ausschluß eines richterlichen Prüfungsrechts von Reichsgesetzen und die Anerkennung stillschweigender Verfassungsänderungen durch einfaches, die Erfordernisse von Art. 78 RV 1871 bzw. Art. 76 WRV beachtendes Gesetz; vgl. zur Weimarer Praxis E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 6, 1981, S. 421 ff.; ferner R. Wahl, Der Vorrang der Verfassung, in: Der Staat 20 (1981), S. 485 ff. (492 f.). – Für die Reichsverfassung von 1871 betonte Jellinek (Fn. 12), S. 538 mit Bezugnahme auf die sog. Frankensteinsche Klausel: „Keine Gewähr besteht dafür, daß bei solchen materiell-verfassungsändernden Gesetzen die Formen der Verfassungsänderung eingehalten werden.“

¹⁶ G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl. 1933, Art. 76 Anm. 1, S. 401; F. Stier-Somlo, Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht I, 1924, S. 666 assistierte, es sei „derselbe Gesetzgeber, der einfache und verfassungsändernde Gesetze schafft“. – Für eine „plenitudo potestatis der Verfassungsänderung“ auf der Grundlage der „Würde freier demokratischer Selbstbestimmung“ auch R. Thoma, Die Funktionen der Staatsgewalt. Grundbegriffe und Grundsätze, in: G. Anschütz/R. Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II, 1932, S. 108 ff. (154).

¹⁷ Genaugenommen sah Art. 76 WRV ein doppeltes Quorum vor: es mußten wenigstens zwei Drittel der Abgeordneten anwesend sein und von diesen wiederum wenigstens zwei Drittel für die Verfassungsänderung stimmen. – Nicht überzeugend ist auch, diesen Sinn im „Schutz gegenüber Übereilung und Zufallsmehrheiten“ (H. Herrfahrdt, Wege und Grenzen der Verfassungsänderung, in: Reich und Länder, 3. Jg. [1929/1930], S. 270 ff. [272 Fn. 4]) erblicken zu wollen. Denn das legt ja die Gegenfrage nahe, ob es eines solchen Schutzes in den Vorgängerverfassungen nicht ebenso bedurft hätte und ob ein Schutz vor Übereilung bei einfachen, häufig aber doch sehr wichtige Fragen betreffenden Gesetzen nicht ebenfalls geboten wäre.

¹⁸ Anschütz (Fn. 16), Art. 76 Anm. 4.

¹⁹ Stier-Somlo (Fn. 16), S. 665.

²⁰ C. Schmitt, Legalität und Legitimität (1932), in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus dem Jahre 1924–1954, 2. Aufl. 1973, S. 263 ff. (304).

²¹ Schmitt (Fn. 20), S. 305.

²² Zur oft naiv als Muster rechtsstaatlicher Verfassungsprogrammatis mißverstandenen „Verfassungslehre“ Carl Schmitts aus dem Jahre 1928: H. Hofmann, Legitimität gegen Legalität, 2. Aufl. 1992, S. XIV, 124 ff.; vgl. jetzt

3. Vorrang der Verfassung und verfassunggebende Gewalt

Das Bonner Grundgesetz basiert auf anderen Prinzipien. Hier bildet das Erfordernis einer Zweidrittelmehrheit für Verfassungsänderungen keinen Fremdkörper. Denn das Grundgesetz geht, wie etwa Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG zeigen, vom Vorrang der Verfassung aus und schließt auch damit an die westeuropäisch-nordatlantische Entwicklung an²³. Was aber qualifiziert abgesehen von einer solchen normativen Selbsteinstufung und historischer Tradition²⁴ die Verfassung zu einer „höheren Gattung von Normen“²⁵?

Die Antwort auf diese im Grunde auf das ewige Rätsel staatlicher Normativitätsstiftung zielende Frage lautet: *Der besondere Kreativeprozeß*, der sich vor allem in der besonderen Urheberschaft, nämlich der Ausübung der verfassunggebenden Gewalt, vom einfachen Gesetz unterscheidet. Jedenfalls ist das die maßgebliche Erklärung der modernen demokratischen Verfassungstheorie, wie sie in den großen bürgerlichen Revolutionen in Frankreich und Nordamerika ausgeformt und durchgesetzt worden ist.

a) Der Konstrukteur der französischen Revolutionsverfassung von 1791, der Abbé Sieyès²⁶, hat das Problem auf begriffliche Grundkategorien zurückgeführt²⁷, die die Staatstheorie noch heute prägen²⁸. Im 5. Kapitel seiner berühmten Schrift über den Dritten Stand²⁹ entfaltet er eine grundlegende Unterscheidung zwischen dem unauslöschlich bei der Nation liegenden Recht, sich eine Grundverfassung zu geben, und den Befugnissen auf dieser Basis etablierter, also nachrangiger

auch R. Mehring, Carl Schmitts Lehre von der Auflösung des Liberalismus. Die ‚Verfassungslehre‘ als historisches Urteil, in: ZfP 38 (1991), S. 200 ff.; T. Vesting, Erosionen staatlicher Herrschaft, in: AöR 117 (1992), S. 4 ff. (20 ff.).

²³ Vgl. K. Stern, Grundideen europäisch-amerikanischer Verfassungsstaatlichkeit (1984), in: ders., Der Staat des Grundgesetzes, 1992, S. 995 ff.; H. Steinberger, 200 Jahre amerikanische Bundesverfassung. Zu Einflüssen des amerikanischen Verfassungsrechts auf die deutsche Verfassungsentwicklung, 1987; ders., Bemerkungen zu einer Synthese des Einflusses ausländischer Verfassungsideen auf die Entstehung des Grundgesetzes mit deutschen verfassungsrechtlichen Traditionen, in: K. Stern (Hrsg.), 40 Jahre Grundgesetz, 1990, S. 41 ff.; B. Pieroth, Amerikanischer Verfassungsexport nach Deutschland, in: NJW 1989, S. 1333 ff.

²⁴ Zu den außerordentlichen komplexen verfassungs- und ideengeschichtlichen Entwicklungslinien vgl. im einzelnen H. Hofmann, Zur Idee des Staatsgrundgesetzes, in: ders., Recht – Politik – Verfassung, 1986, S. 261 ff.

²⁵ Vgl. R. Mohl, Über die rechtliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze nach belgischem Staatsrecht, in: Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes, Bd. 24 (1852), S. 117 ff., der sich als Repräsentant des vormärzlichen Liberalismus ebenso wie Welcker u. a. an der verfassungsstaatlichen Entwicklung außerhalb Deutschlands orientierte. – Zu Mohl s. etwa H. Haller, Die Prüfung von Gesetzen, 1979, S. 8 ff.

²⁶ Zu Sieyès nach wie vor wesentlich E. Zweig, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, 1909, insb. S. 115 ff., 404 ff.; aus neuerer Zeit H. Hofmann, Repräsentation, 2. Aufl. 1990, S. 406 ff.; M. Forsyth, Reason and Revolution, 1987, insb. S. 128 ff.

²⁷ Erwähnung verdient, daß die strukturelle Unterscheidung zwischen Verfassung und einfacher Gesetzgebung bereits bei Emer de Vattel (Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle, 1758, Buch I, Kap. 3, §§ 26 ff.) deutlich ausgeformt war. Vattel unterschied vor allem klar zwischen gesetzgebender und verfassungsändernder Gewalt (§ 34). Auf seine Bedeutung ist des öfteren hingewiesen worden: Jellinek, Staatslehre (Fn. 12), S. 514; Hofmann, Staatsgrundgesetz (Fn. 24), S. 278; Stern, Grundideen (Fn. 23), S. 1000. – Zur hohen Bedeutung Vattels für die amerikanische Verfassungsentwicklung G. Stourzh, Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit: Zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert (1974), in: ders., Wege zur Grundrechtsdemokratie, 1989, S. 37 ff. (51, 59).

²⁸ Vgl. nur E.-W. Böckenförde, Die verfassunggebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbezug des Verfassungsrechts, 1986. – Wie selbstverständlich hat sich auf die verfassunggebende Gewalt des Volkes die Frankfurter Nationalversammlung von 1848 berufen (dazu E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 2, 3. Aufl. 1988, S. 619 ff.). Die Weimarer Reichsverfassung bezieht sich auf den Legitimationstitel der verfassunggebenden Gewalt ebenso wie das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland in der Präambel und (implizit) Art. 146 a. F.

²⁹ E. J. Sieyès, Was ist der dritte Stand? (1789), in: ders., Politische Schriften 1788–1790, hrsg. von E. Schmitt u. R. Reichardt, 2. Aufl. 1981, S. 117 ff. (164 ff.). – Zum Hintergrund und zum Umfeld vgl. K. Loewenstein, Volk und Parlament nach der Staatstheorie der französischen Nationalversammlung von 1789, 1922; E. Schmitt, Repräsentation und Revolution, 1969.

Staatsorgane. Die verfassunggebende Gewalt (*pouvoir constituant*) setzt in einem außerordentlichen, ja gewissermaßen „göttlich“³⁰ gedachten Urakt der Rechtsschöpfung den Rahmen für die anderen Staatsgewalten und -organe, die als bloße *pouvoirs constitués* durch diesen Akt der Verfassunggebung erzeugt, legitimiert und zugleich limitiert werden. „Eine an Verfassungsregeln gebundene Körperschaft“, so *Sieyes*, „kann nur nach ihrer Verfassung entscheiden. Eine andere Verfassung kann sie sich nicht geben.“³¹ Das kann nur die Tat der Nation selbst sein, die durch besondere Formen und Qualifikationen der Repräsentation Handlungsfähigkeit gewinnt³². Die spannungsvolle Verknüpfung von demokratischer Freiheitsidee, nationaler Souveränität und Repräsentationsprinzip ist es, welche die Figur der verfassunggebenden Gewalt des Volkes hervorbringt. Mit dieser Lehre bietet *Sieyes* in ingenieurer Weise „das Deutungsschema und den Beurteilungsmaßstab für eine Verfassungsentscheidung nach den Grundsätzen der Volkssouveränität“³³.

b) Sieht man vom „Vorspiel im republikanischen England *Cromwells*“³⁴ ab³⁵, fand vor allem in den nordamerikanischen Kolonien die Vorstellung einer prinzipiellen Differenz zwischen der Verfassung als einer Grundordnung und dem Gesetz als gebundener Kompetenz praktische Realisierung. Die neue Welt erteilte dem alten Europa gewissermaßen verfassungsstaatlichen Anschauungsunterricht. Was in der Eigentümlichkeit der königlichen Charters, nämlich Grundordnung für die Kolonien und zugleich Handlungsgrenze der dortigen Staatsorgane zu sein, bereits strukturell angelegt war³⁶, gewann in der Einrichtung besonderer Verfassungskonvente nach der Sezession³⁷ neuartige demokratisch-verfassungsstaatliche Dimension. Die fundamentale Differenz zwischen der Verfassunggebung

durch das – in besonderer Weise repräsentierte – souveräne Volk und den sonstigen Staatsorganen einschließlich der gesetzgebenden Gewalt trat so plastisch vor Augen und versetzte der „frühneuzeitlichen Identität von gesetzgebender und souveräner Gewalt einen entscheidenden Schlag“³⁸. Denn der „Rangunterschied zwischen dem souveränen Volk und dem Gesetzgeber“³⁹ entzieht dem letztgenannten mit logischer Konsequenz die volle Verfügung über jene Grundregeln, die die Verfassung als „superior paramount law“⁴⁰ bindend vorgibt. Übersetzt in die Willensterminologie des staatsrechtlichen Positivismus: Der Wille der Verfassung geht als höherer Wille dem der Staatsorgane vor – auch dem Willen der gesetzgebenden Körperschaften. Vorrang der Verfassung bedeutet Nachrang des Gesetzgebers⁴¹.

4. Vorrang der Verfassung und Verfassungsänderung

a) Aus dem Vorrang der Verfassung, die als höchster Ausdruck der Volkssouveränität in Form der Ausübung der verfassunggebenden Gewalt erscheint, folgt auf einleuchtende Art und Weise die in Art. 1 Abs. 3 GG, 20 Abs. 3 GG klar ausgesprochene Bindung des Gesetzgebers an die höherrangigen Rechtssätze der Verfassung⁴². Entscheidende Bedeutung erlangt die Idee der Verfassunggebung durch das Volk aber auch für die *Verfassungsänderung*, in deren Erschwerung das entscheidende juristische Merkmal einer Verfassung besteht⁴³. Denn obwohl sie per definitionem eine stabile, dauerhafte Ordnung sein und garantieren soll⁴⁴, kann sie doch nicht jeder inhaltlichen Veränderung entzogen werden. Stabilität der Verfassung bedeutet nicht deren Unveränderlichkeit. So schlägt sich die Idee der Höherrangigkeit der Verfassung – von Ewigkeitsklauseln zunächst abgesehen – rechtspraktisch in erster Linie im Erfordernis ihrer erschwerten Abänderbarkeit nieder. Zwischen *pouvoir constituant* und *pouvoirs constitués* schiebt sich so als besonders ausgezeichnetes und besonders zu legitimierendes Zwischenglied der

³⁰ C. Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht?, 1972, S. 101; U. K. Preuß, Revolution, Fortschritt und Verfassung, 1990, S. 26. – S. auch Fn. 47.

³¹ *Sieyes* (Fn. 29), S. 172.

³² *Hofmann*, Staatsgrundgesetz (Fn. 24), S. 289: „Auch die verfassunggebende Gewalt der Nation kann nach *Sieyes* nur repräsentativ ausgeübt werden. Zur Diskussion steht hier nicht etwa der Gegensatz von mittelbarer und unmittelbarer demokratischer Willensbildung, sondern allein der Unterschied zwischen der normalen verfassungsgesetzlichen Kompetenz der normalen gesetzgebenden Versammlung einerseits und der besonderen Vollmacht außerordentlicher Stellvertreter zum außerordentlichen Akt der Verfassungsgesetzgebung andererseits.“ Ferner S. 292: „Auch die Verfassunggebung ist für *Sieyes* demnach immer schriftliches Produkt des spezifischen parlamentarischen Verfahrens einer repräsentativen Versammlung.“ – Grundformen der repräsentativen Ausübung der verfassunggebenden Gewalt sind: Nationalversammlung und Konvent (ggf. mit anschließendem Referendum); vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 84 ff.; K. v. Beyme, Die verfassunggebende Gewalt des Volkes, 1968, S. 32 ff.; Böckenförde, Verfassunggebende Gewalt (Fn. 28), S. 19 ff.; H. v. Wedel, Das Verfahren der demokratischen Verfassunggebung, 1976, S. 85 ff.; H.-P. Schneider, Die verfassunggebende Gewalt, in: HStR VII, 1992 (Fn. 4), § 158 Rn. 27, 28.

³³ P. Badura, Verfassung und Verfassungsgesetz, in: FS Ulrich Scheuner, 1973, S. 19 ff. (36).

³⁴ *Hofmann*, Staatsgrundgesetz (Fn. 24), S. 278 f.

³⁵ Zu nennen ist hier der Verfassungsvorschlag der Levellers, das „Agreement of the People“ vom 28. 10. 1647 einerseits, das „Instrument of Government“ *Oliver Cromwells* von 1653 andererseits. Die Texte sind abgedruckt in: S. R. Gardiner (Hrsg.), The Constitutional Documents of the Puritan Revolution 1625–1660, Nachdruck 1962, S. 359 ff., 405 ff. – Zur Bedeutung des „Agreements“ etwa *Zweig* (Fn. 26), S. 38 ff., zum „Instrument“ ebd., S. 44 ff.; zum ganzen ausführlich W. Rothschild, Der Gedanke der geschriebenen Verfassung in der englischen Revolution, 1903, S. 92 ff., 141 ff. – In beiden Dokumenten tritt deutlich hervor, daß grundlegende Rechtsordnungen, die die Kompetenzen der Repräsentanten begründen, nicht gleichzeitig zu deren Disposition stehen können. Eindringlich etwa die Rede *Cromwells* vom 12. 9. 1654 (abgedruckt bei C. Borgeaud, Adoption and Amendment of Constitutions in Europe and America, New York 1895, S. 8).

³⁶ Vgl. *Jellinek*, Staatslehre (Fn. 12), S. 515 ff.; *Zweig* (Fn. 26), S. 54 ff.; *Borgeaud* (Fn. 35), S. 10 f.; *Stourzh* (Fn. 27), S. 55. – Zu beachten ist, daß einige dieser Charters lediglich Bestätigungen genossenschaftlicher „Fundamental Orders“ waren, wie etwa im Falle der „Fundamental Orders of Connecticut“ von 1639 (hierbei handelt es sich um die erste moderne Staatsverfassung überhaupt; Abdruck des Textes bei: A. Rock, Dokumente amerikanischer Demokratie, 1947, S. 52 ff.; B. Schwarz, The Bill of Rights. A Documentary History, Bd. I, 1971, S. 62 ff.), die durch die „Connecticut Charter“ *Karls II.* aus dem Jahre 1662 nicht geändert wurden.

³⁷ W. P. Adams, Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit, 1973, S. 68 ff.; in Massachusetts wurde zum ersten Mal institutionell zwischen Verfassunggebung und Gesetzgebung unterschieden (ebd., S. 30 ff., 83 ff.); vgl. auch *Zweig* (Fn. 26), S. 287 ff.; J. R. Alden, A History of the American Revolution, 1969, S. 328 ff.; ausführlich zur Idee des Vorranges der Verfassung und ihrer Herausbildung auch G. S. Wood, The Creation of the American Republic 1776–1787, 1969, S. 259 ff., 273 ff., 306 ff.

³⁸ *Stourzh* (Fn. 27), S. 55 (s. auch S. 62, 72).

³⁹ *Bryde* (Fn. 12), S. 48 (vgl. auch ebd., S. 46: „Verständnis der Verfassung als Begrenzung der Kompetenzen der Staatsorgane durch das Volk“).

⁴⁰ So die berühmte Formulierung aus der Entscheidung des *Supreme Court* in *Marbury v. Madison* 5 U.S. (Cranch) 137, 2 L.Ed. 60 (1803). Siehe dazu ausführlich W. Brugger, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1987, S. 5 ff. Theoretische Fundierung in den „Federalist Papers“ Nr. 78 (*Hamilton*), in der von B. Zehnpfennig hrsg. deutschen Ausgabe von 1993, S. 454 ff. (456 ff.).

⁴¹ *Stourzh* (Fn. 27), S. 58 betont, daß der Vorrang der Verfassung „historisch und sozialpsychologisch präziser“ als „Bewußtsein vom Nachrang der Gesetzgebung, und von der Begrenzung des Gesetzgebers“ zu fassen ist. Ebd. S. 58 ff. schildert *Stourzh* detailliert die sukzessive Durchsetzung dieses neuen und im Grunde genommen revolutionären Gedankens (N. Luhmann, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, in: Rechtshistorisches Journal 9 [1990], S. 176 ff. [183] spricht von der „Kühnheit dieses Prinzips“) in der amerikanischen Verfassungsgeschichte bis zum Höhepunkt des Urteils *Marbury v. Madison* aus dem Jahre 1803.

⁴² Effektivität gewinnt diese Bindung erst, wenn der Vorrang der Verfassung mit der Institutionalisierung einer Verfassungsgerichtsbarkeit gekoppelt wird (vgl. K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 3. Aufl. 1994, Rn. 12 m. w. N.). Daß dies nicht selbstverständlich und automatisch geschieht, zeigt die Entwicklung des französischen Verfassungsstaates (jedenfalls bis 1958); zu den Gründen (insb. die rousseauistische Hochschätzung des Gesetzes als Ausdruck der „volonté générale“) vgl. *Stourzh* (Fn. 27), S. 71; *ders.*, Zur Konstitutionalisierung der Individualrechte in der Amerikanischen und Französischen Verfassung (1976), in: *ders.*, Grundrechtsdemokratie (Fn. 27), S. 155 ff. (168, 173). – *Sieyes* selbst hatte eine „Verfassungsjury“ mit der Kompetenz zur Überprüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin vorgesehen: *Stourzh* (Fn. 27), S. 71; *Hofmann*, Staatsgrundgesetz (Fn. 24), S. 280.

⁴³ Vgl. oben bei Fn. 12. – Zur Unterscheidung von Verfassunggebung und Verfassungsänderung ausführlich D. Murwies, Die verfassunggebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1978, S. 163 ff.

⁴⁴ Dazu mit einer Fülle historischer Beispiele und Anwendungsfälle *Hofmann*, Staatsgrundgesetz (Fn. 24), insb. S. 263 f., 269 ff., 275 ff., 290 ff.; U. Scheuner, Verfassung (1963), in: *ders.*, Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, S. 171 ff. (172); *ders.*, Die Funktion der Verfassung für den Bestand der politischen Ordnung, in: Regierbarkeit, hrsg. v. W. Hennis u. a., Bd. 2, 1979, S. 102 ff. (113 ff.); K. Eichenberger, Sinn und Bedeutung einer Verfassung, in: Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins, Basel 1992, S. 143 ff. (249 ff.).

verfassungsändernde Gesetzgeber: „amending power“⁴⁵ oder *pouvoir constituant constitué*. Diese Instanz bewirkt einerseits weniger als originäre Verfassungsgebung und ist doch andererseits in besonderer Weise gegenüber dem einfachen Gesetzgeber abzuheben⁴⁶. Auf den verfassungsändernden Gesetzgeber muß gewissermaßen ein Abglanz des von *Sieyes* mit „theologischen Attributen“⁴⁷ ausgestatteten *pouvoir constituant* fallen.

b) Demgemäß kennzeichnet es die meisten der westlichen freiheitlichen Verfassungen, daß der besonderen Rolle des verfassungsändernden Gesetzgebers durch ein vom normalen Gesetzgebungsverfahren abweichendes *Procédere*, durch die Schaffung besonderer Institutionen, durch das Erfordernis zeitlicher Intervalle oder die Beteiligung des Volkes Rechnung getragen wird⁴⁸. Mit alledem, besonders natürlich der Volksbeteiligung etwa in Gestalt eines Referendums, wird der demokratische Grundgedanke der verfassungstheoretischen Unterscheidung zwischen *pouvoir constituant* und *pouvoirs constitués* aufgegriffen und institutionell umgesetzt.

c) Schaut man aus dieser Perspektive auf Art. 79 Abs. 2 GG, so ist festzustellen, daß der zugrundeliegende Gedanke einer qualitativen Differenz zwischen verfassungsändernder Gewalt und gesetzgebender Gewalt bis zur Unkenntlichkeit verschwimmt. Denn die Träger der verfassungsändernden Gewalt sind mit den Trägern der gesetzgebenden Gewalt identisch. Die Verfassungsänderung ist allein in die Hände der normalen Gesetzgebungsinstanzen gelegt. Die Autoren der einfachen Gesetze sind auch die Autoren der Änderung jener Verfassung, durch die sie als konstituierte Gewalten geschaffen und in ihren Kompetenzen begrenzt sind. Als besonders qualifizierte oder legitimierte Gewalt tritt der verfassungsändernde Gesetzgeber nicht in Erscheinung. Form und Verfahren der – sagen wir – 55. Novelle zum Einkommenssteuergesetz unterscheiden sich (abgesehen von der zugleich zu erörternden Zweidrittelmehrheit) in nichts von der Einführung der Wehrpflicht, der Installation der Notstandsverfassung oder anderen gravierenden Veränderungen des Grundgesetzes⁴⁹. Indem das Grundgesetz die Verfassungsänderung „als eine Erscheinungsweise der Gesetzgebung“⁵⁰

versteht, geht die „Erkenntnis von der Besonderheit der verfassungsändernden Gewalt gegenüber der gesetzgebenden Gewalt“⁵¹ weitgehend verloren. Im Gegensatz zu zahlreichen älteren Verfassungen anderer westlicher Demokratien und auch im Unterschied zur überwiegenden Zahl der Landesverfassungen hat das Grundgesetz darauf verzichtet, für Verfassungsänderungen ein vom normalen Gesetzgebungsprozeß signifikant abweichendes Verfahren vorzusehen oder sie gar einem obligatorischen oder fakultativen Referendum zu unterwerfen⁵². Ein obligatorisches Referendum war übrigens noch im Herrenchiemseer Entwurf (Art. 106 Ab. 1 Satz 1) wie selbstverständlich vorgesehen⁵³. Erst später kam diese Idee in Fortfall⁵⁴. Die gewählte Lösung der „Monopolisierung der Verfassungsänderung bei den Trägern der gesetzgebenden Gewalt“ ist der überzeugenden Analyse *Brydes* zufolge in demokratischen Verfassungsstaaten relativ selten und steht „eher in der konstitutionellen als der demokratischen Verfassungsstradition“⁵⁵.

d) So ist es – vom sinnvollen Gebot ausdrücklicher Textänderung gemäß Art. 79 Abs. 1 Satz 1 GG⁵⁶ abgesehen – vor allem das Erfordernis einer Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat (Art. 79 Abs. 2 GG), welches Verfassungsänderungen von normalen Gesetzgebungsverfahren unterscheidet. Zweifelsohne kann man darin eine gewisse Sicherung gegen tagespolitische Majoritäten oder aus bloßem politischen Kalkül der Regierung und der sie tragenden Parlamentsmehr-

⁴⁵ *Stern*, Staatsrecht I (Fn. 46), S. 157.

⁵² Zur Begründung verweist man hier gern auf die angeblich schlechten Weimarer Erfahrungen. Diese sind mittlerweile auf breiter Front als Legende entlarvt. Das gilt für die Fehleinschätzung, in Weimar habe „der“ Rechtspositivismus sein Fiasko erlebt, ebenso wie für die Annahme, die plebiszitären Elemente der Weimarer Verfassung hätten in den Totalitarismus geführt. Die erdrückende Fülle der Literatur kann hier nicht aufgelistet werden (vgl. zum ersten Punkt *H. Dreier*, Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?, in: FS Robert Walter, 1991, S. 117 ff.; zum zweiten Punkt zuletzt *Berlit* [Fn. 48], S. 340 – jeweils m. w. N.). An dieser Stelle nur eine Frage: Warum sollten gerade diejenigen Landesverfassungen, die vor dem Grundgesetz entstanden sind und Elemente direkter Demokratie vorsehen, weniger oder schlechter aus den doch noch viel aktuelleren Weimarer Erfahrungen gelernt haben? – Zur Antwort vgl. *O. Jung*, Kein Volksentscheid im Kalten Krieg! in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 45/92, S. 16 ff.

⁵³ *H. Ridder*, in: AK-GG, Bd. 2, 2. Aufl. 1989, Art. 79 Rn. 3; vgl. zum Text des Entwurfs *G. Hoffmann*, in: *Bonner Kommentar*, Entstehungsgeschichte zu Art. 79 Abs. 1 und 2 GG (Zweitbearbeitung 1986), S. 3.

⁵⁴ Vgl. *Hoffmann* (Fn. 53), Entstehungsgeschichte Art. 79 Abs. 1 und 2, S. 3 ff.

⁵⁵ *Bryde* (Fn. 12), S. 54; s. auch *Ridder* (Fn. 53), Art. 79 Rn. 3, der das Fehlen eines Referendums ideologiekritisch als Ausdruck des „antirevolutionären deutschen Sonderwegs“ begreift.

⁵⁶ Das (in guter Übereinstimmung mit westlichen Verfassungsvorbildern befindliche) Gebot ausdrücklicher Textänderung stellt nun wirklich einmal ganz unzweideutig eine Reaktion auf die Weimarer Verfassung dar und beendet die dortige Praxis von „Verfassungsdurchbrechungen“ (*Bryde* [Fn. 12], S. 356). In Weimar existierte kein Gebot, die inhaltliche Änderung der Verfassung auch unmißverständlich durch eine Änderung des Textes der Verfassungsurkunde zu dokumentieren. Vielmehr kam es allein auf das Vorhandensein einer der Erfordernisse des Art. 76 WRV erfüllenden qualifizierten Mehrheit an (zur Praxis der Weimarer Zeit vgl. *E. Jacobi*, Reichsverfassungsänderung, in: *O. Schreiber* (Hrsg.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, 1929, S. 233 ff. [259 ff.]). Der tatsächliche Umfang und Inhalt des Verfassungsrechts blieb so häufig unklar. – Im Grunde war die Zulassung stillschweigender Verfassungsdurchbrechungen in der Weimarer Zeit nur Konsequenz der dort herrschenden theoretischen Grundposition: wenn nur ein souveräner Wille existiert, kann dieser nicht in eine bestimmte Form oder Urkunde gezwängt werden (vgl. *Wahl* [Fn. 15], S. 491). – Indem das GG Verfassungsänderungen und Textänderungen zur Deckung zu bringen versucht (zur Vermeidung impliziter Verfassungsänderungen insb. *Hoffmann* [Fn. 53] Entstehungsgeschichte zum Art. 79 Abs. 1 und 2, S. 5; Art. 79 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 GG, Rn. 40 ff., 42 ff.; Prozesse stillen Verfassungswandels werden gleichwohl niemals auszuschließen sein), schafft es Klarheit über die eigene Identität und zwingt zudem in heilsamer Weise den verfassungsändernden Gesetzgeber, sich über Wirkungen und Reichweite seiner Entscheidungen Rechenschaft abzulegen (*Loewenstein* [Fn. 12], S. 40: „psychologischer Hemmschuh“).

⁴⁵ *Stourzh* (Fn. 27), S. 57 betont, daß diese Komponente, „gewissermaßen als Institutionalisierung der konstituierenden Gewalt, ... im späten 18. Jahrhundert ein bewundertes Novum“ darstellte; vgl. *H. Dippel*, Die Amerikanische Revolution 1763–1787, 1985, S. 97.

⁴⁶ *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 154: „Mit einer verfassungsrechtlichen Regelung der Verfassungsänderungsgesetzgebung wird mithin etwas geregelt, was sich nicht von selbst versteht. (...) Zugleich aber folgt daraus, daß die Befugnis zur Verfassungsänderung etwas Besonderes im Rahmen konstituierter Gewalt ist – eine Kompetenz, die sich von der einfachen Gesetzgebungsgewalt unterscheiden muß.“

⁴⁷ *S. Breuer*, Nationalstaat und *pouvoir constituant* bei *Sieyes* und *Carl Schmitt*, in: *ARSP* 70 (1984), S. 495 ff. (504); *Böckenförde*, Verfassungsgebende Gewalt (Fn. 28), S. 12.

⁴⁸ Instrukтив der Überblick bei *Bryde* (Fn. 12), S. 45 ff., 49 ff., 51 ff.; ähnlich stellt sich die Verfassungslage in den meisten der alten und fast allen der neuen Bundesländer dar; vgl. zu den „Verfahrensqualifizierungen der Verfassungsänderung“ *C. Bushart*, Verfassungsänderungen in Bund und Ländern, 1989, S. 103 ff. Zu den alten Bundesländern ferner *R. Bartlspurger*, Das Verfassungsrecht der Länder in der gesamtstaatlichen Verfassungsordnung, in: *HStR* IV, 1990 (Fn. 4), § 96 Rn. 10 ff.; *G. Jürgens*, Direkte Demokratie in den Bundesländern, 1992, S. 145 ff.; umfassende Darstellung zuletzt bei *U. Berlit*, Soll das Volk abstimmen? in: *KritV* 76 (1993), S. 318 ff.

⁴⁹ Zur Entwicklungsgeschichte des Grundgesetzes vgl. *H. Hofmann*, Die Entwicklung des Grundgesetzes nach 1949, in: *HStR* I, 1987 (Fn. 4), § 7; zur Praxis der einzelnen Verfassungsänderungen *A. Rosnagel*, Die Änderungen des Grundgesetzes, 1981; *S. Schaub*, Der verfassungsändernde Gesetzgeber 1949 bis 1980, 1984; *G. Robbers*, Die Änderungen des Grundgesetzes, in: *NJW* 1989, S. 1325 ff.

⁵⁰ *P. Badura*, Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgelehrtheitsrecht, in: *HStR* VII, 1992 (Fn. 4), § 160 Rn. 3 (s. auch ebd., Rn. 20). – Daß die Änderung der Verfassung dem konstitutionellen Staatsrecht zufolge „den gewöhnlichen Organen der Gesetzgebung“ oblag, war für *Meyer/Anschütz* (Fn. 14), S. 30, 744 das entscheidende Argument gegen die Lehre vom Vorrang der Verfassung.

heit geborenen Veränderungswünsche erblicken⁵⁷ – dies indes nur bei relativ starker Opposition⁵⁸. Im Falle einer formellen oder tatsächlichen Großen Koalition ist die Verfassung ebenso wenig wie das Staatsvolk gegen Änderungen gefeit, die sie allein dem Interesse der parteipolitisch eingebundenen Repräsentanten in Bund und Ländern verdanken. Da gerade in zentralen und für das politische Gemeinwesen ausschlaggebenden Fragen zuweilen große Einigkeit unter den Parteien besteht, kommt das Zweidrittelverfahren auch nicht zwingend einem immer wieder ins Feld geführten Minderheitenschutz⁵⁹ zugute (als ob 20 % Überstimmte keine Minderheit wären!), sondern wirkt eher wie ein Zählappell. Von einer spürbaren qualitativen Differenz zwischen Verfassungsänderung und Gesetzgebung, insbesondere im Verfahrenswege⁶⁰, kann also trotz der besonderen Mehrheit keine Rede sein⁶¹.

Das Ergebnis zum ersten Komplex lautet: Die Erschwerung der Abänderbarkeit der Verfassung hat ihren Grund in der fundamentalen Unterscheidung zwischen Verfassung(gebung) und Gesetz(gebung); die verfassungsändernde Gewalt ist Produkt dieser Unterscheidung. Die positivrechtliche Regelung des Art. 79 Abs. 2 GG muß hingegen als unzulänglich bewertet werden, weil sie zu geringe Anforderungen an die Verfassungsänderung stellt.

III. Ewigkeitsklausel und Demokratieprinzip

1. Ausnahmecharakter des Art. 79 Abs. 3 GG

Die vergleichsweise leichte Änderbarkeit des Grundgesetzes mag deshalb nicht als allzu großes Problem empfunden worden sein, weil das Grundgesetz sich mit der Regelung des Art. 79 Abs. 3 GG, also dem kategorischen Ausschluß bestimmter inhaltlicher Verfassungsänderungen, umso nachhaltiger dem Prinzip des Vorrangs der Verfassung und der Unantastbarkeit bestimmter Festlegungen der verfassungsgebenden Gewalt verschrieben zu haben scheint. Es wird ja nicht allein der Vorrang der Verfassung gegenüber dem einfachen Gesetzgeber gesichert und die Verfassungsänderung (wenn

auch nur geringfügig) erschwerten formalen Bedingungen unterworfen; vielmehr sind dem verfassungsändernden Gesetzgeber unübersteigbare materielle Schranken gesetzt⁶². Selbst gegen den möglicherweise einstimmigen Entscheid der zur Verfassungsänderung befugten Organe sind die durch Art. 79 Abs. 3 GG garantierten Inhalte⁶³ geschützt.

Eine solche absolute Unantastbarkeitsregel war und ist ungewöhnlich. Zwar kennt man auch in anderen Staaten (und in einigen Bundesländern) allgemein gehaltene Bestimmungen, denen zufolge der „Geist“ einer Verfassung nicht verletzt werden darf⁶⁴ oder bestimmte Staatsformen⁶⁵ von der Verfassungsänderung ausgenommen sind⁶⁶. Bei dem in Art. 79 Abs. 3 GG enthaltenen „Ewigkeitsanspruch“⁶⁷ handelt es sich jedoch um etwas anderes und im Grunde Einmaliges⁶⁸. Indes: Versteckt sich dahinter nicht letztlich eine wenig überzeugende Mischung von politischer Unsicherheit, naiver Rechtsgläubigkeit und Überforderung normativer Institutionen? Oder anders gefragt: Läßt sich der Norm ein über den bloßen Wunschcharakter⁶⁹ hinausgehender Sinn verleihen?

2. Praktische Bedeutung des Art. 79 Abs. 3 GG

Nun kann und will die Regierung nicht für sich in Anspruch nehmen, taugliches Abwehrmittel gegen revolutionäre Umbrüche zu sein und so eine Art „juristische oder „politische Lebensversicherung“⁷⁰ zu bilden. Normen, auch Verfassungsnormen, können den revolutionären Ernstfall nicht ausschließen⁷¹. Wenn die verfassungsgebende Gewalt als unverlierbares Recht des Volkes auf Selbstbestimmung die ihr von Sieyès zugeschriebene elementare Unauslöschlichkeit besitzt, läßt sie sich nicht durch juristische Zwirnsfäden binden.

⁶² Zum Grundproblem H. Haug, Die Schranken der Verfassungsrevision, 1947; H. Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, 1953; P. Siegenthaler, Die materiellen Schranken der Verfassungsrevision als Problem des positiven Rechts, 1970.

⁶³ Diese präzise zu bezeichnen, erweist sich als durchaus schwierig. Ausführlich P. Kirchhof, Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten, in: HStR I, 1987 (Fn. 4), § 19 Rn. 47 ff.; kritisch zur Bestimmung des BVerfG, 15. 12. 1970 – 2 BvF 169, 2 BvR 629/68 u. 2 BvR 308/69 = BVerfGE 30, 1, 25 = JZ 1971, 171 (dazu Häberle, S. 145) z. B. Hesse (Fn. 8), Rn. 703.

⁶⁴ Hierzu und zum folgenden grundlegend P. Häberle, Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien, in: Völkerrecht im Dienste des Menschen. FS Hans Haug, 1986, S. 81 ff., der zwischen ausdrücklichen „Geist“- oder Grundsatzklauseln und der Verewigung einzelner Prinzipien unterscheidet; s. auch B. Even, Die Bedeutung der Unantastbarkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG für die Grundrechte, 1988, S. 31 ff.

⁶⁵ Berühmtes und vielzitiertes Beispiel: Schutz der republikanischen Staatsform in der französischen Verfassung von 1875 durch das Gesetz v. 14. 8. 1884, das einen zunächst vorgesehenen und verfassungstechnisch möglichen Übergang zur konstitutionellen Monarchie ausschloß. Vgl. Loewenstein (Fn. 12), S. 43 f.; H. U. Evers, in: Bonner Kommentar, Art. 79 Abs. 3 (Zweitbearbeitung 1982), Rn. 25.

⁶⁶ Vgl. auch Evers (Fn. 65), Art. 79 Abs. 3 Rn. 24 f.

⁶⁷ Bryde (Fn. 12), S. 57. N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 474: „Selbstverewigung“.

⁶⁸ Loewenstein (Fn. 12), S. 45. – Die „klassischen“ Verfassungen der USA oder Frankreichs kennen eine solche Vorkehrung nicht; auch in der Schweiz hat sie sich nicht durchsetzen können; für Österreich kam sie von vornherein nicht in Betracht. Vgl. dazu Hans Huber, Die Gesamtänderung der Verfassung. Ansätze für einen Vergleich zwischen Österreich, der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland, in: FS Ulrich Scheuner, 1973, S. 183 ff. – Bestimmungen der Landesverfassungen der deutschen Bundesländer (Beispiele bei Häberle [Fn. 64], S. 84 ff.) können nicht als aussagekräftig gelten, weil sie ohnehin nur im Rahmen der gesamtstaatlichen Konstitution Bedeutung entfalten (Art. 28 Abs. 1 GG); dazu genauer H. Dreier, Einheit und Vielfalt der Verfassungsordnungen im Bundesstaat, in: K. Schmidt (Hrsg.), Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?, 1994 (i. E.).

⁶⁹ Häberle (Fn. 64), S. 82: Ewigkeitsklauseln bilden „auch ein Stück ‚Prinzip Hoffnung‘ auf ein Dauern bestimmter Inhalte oder können sogar ein ‚Utopiequantum‘ zum Ausdruck bringen“.

⁷⁰ Treffend Häberle (Fn. 64), S. 103; s. auch Hesse (Fn. 8), Rn. 701. Dies war den Schöpfern des Grundgesetzes im übrigen klar; vgl. Even (Fn. 64), S. 40, 94.

⁷¹ K. Stern, Die Bedeutung der Unantastbarkeitsgarantie des Art. 79 Abs. III GG für die Grundrechte (1985), in: ders., Der Staat des Grundgesetzes, 1992, S. 269 ff. (272); vgl. auch M. Kriele, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, VVDStRL 29 (1971), S. 46 ff. (59).

⁵⁷ Statt aller Badura (Fn. 50), § 160 Rn. 3; P. Kirchhof, Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten, in: HStR I, 1987 (Fn. 4), § 19 Rn. 45 („Die Änderungsvoraussetzung einer Zweidrittelmehrheit erschwert die Verfassungsänderung zusätzlich, schirmt sie nach verfassungsgesetzlicher Vermutung und bisher bestätigter Verfassungspraxis gegen parteiilichen Zugriff ab und setzt ein Einvernehmen unter konkurrierenden politischen Gruppierungen voraus“); vgl. zur Funktion der Verfahrensqualifikation Busbart (Fn. 48), S. 108 ff., 110 f. m. w. N.

⁵⁸ Skeptisch auch Busbart (Fn. 48), S. 108 f. – Treffend weist Bryde (Fn. 12), S. 362 f. darauf hin, daß das Verhältniswahlrecht das Erreichen der Zweidrittelmehrheit erschwert und daraus im Falle der Einführung des Mehrheitswahlrechts Konsequenzen zu ziehen wären.

⁵⁹ Dieses Argument, wengleich mit vorsichtigen Wendungen, etwa bei Jel-linek, Staatslehre (Fn. 12), S. 534; H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 252; vgl. auch Böckenförde (Fn. 4), § 22 Rn. 53; U. Battis/C. Gusy, Einführung in das Staatsrecht, 2. Aufl. 1986, S. 37 (Rn. 62). Tatsächlich handelt es sich dabei nicht um den konkreten Schutz konkreter struktureller Minderheiten, „sondern um Stabilitätswahrung“ (Hofmann/Dreier [Fn. 7], § 5 Rn. 61).

⁶⁰ Vgl. B.-O. Bryde, Stationen, Entscheidungen und Beteiligte im Gesetzgebungsverfahren, in: Schneider/Zeh (Fn. 7), § 30 Rn. 67: „Im Recht des Gesetzgebungsverfahrens wird von den Besonderheiten des Verfassungsänderungsverfahrens hingegen keine Notiz genommen.“ – Zu denken wäre etwa an Zeitintervalle (vgl. Busbart [Fn. 48], S. 108).

⁶¹ Zu ergänzen bleibt, daß die nicht unumstrittene Praxis sog. Artikel- (oder Mantel- bzw. Paket-)Gesetze (zu ihnen H. Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 49 ff.) dazu führen kann, daß Bestimmungen die erforderliche Mehrheit erhalten, für die es im Falle einer Einzelabstimmung keine Mehrheit gegeben hätte (H. Schneider, Gesetzgebung, 2. Aufl. 1991, Rn. 199). Da das Verfahren der Verfassungsänderung keinen Besonderheiten unterliegt, ist die hierin liegende Gefahr auch für Verfassungsänderungen nicht gebannt. – Die nicht unproblematische Änderung des Grundgesetzes durch den Einigungsvertrag gehört ebenfalls in diesen Kontext; BVerfG, 18. 9. 1990 – 2 BvE 2/90 = BVerfGE 82, 316 ist hier den wesentlichen Fragen ausge-wichen.

Art. 79 Abs. 3 GG bildet also keine effektive Barriere gegen den revolutionären Umbruch. Die Norm vermag aber den Schein rechtlicher Kontinuität zwischen alter und neuer Ordnung zu zerstören und die Berufung der neuen Machthaber auf die „verfassungsrechtliche Legalität“⁷² ihres Tuns zu unterbinden. Unantastbarkeitsregeln können eine gewisse Warn- oder Appellfunktion erfüllen⁷³ – wobei man sich über die tatsächliche politische Relevanz einer solchen „Demaskierung des Verfassungsbruches“⁷⁴ keinen Illusionen hingeben sollte. Doch wird die Überschreitung einer Systemschwelle und das „Abreißen einer Legitimitätskette“ (H. Hofmann) jedenfalls nicht durch die Möglichkeit legaler Beseitigung der Verfassungsordnung kaschiert.

Wenn das BVerfG im Abhör-Urteil ausführt, Art. 79 Abs. 3 GG habe „den Sinn, zu verhindern, daß die geltende Verfassungsordnung in ihrer Substanz, ihren Grundlagen auf dem formal-legalistischen Weg eines verfassungsändernden Gesetzes beseitigt und zur nachträglichen Legalisierung eines totalitären Regimes mißbraucht werden kann“⁷⁵, so wird klar, daß wir es auch und zugleich mit einem Stück Vergangenheitsbewältigung zu tun haben⁷⁶.

Dabei kann hier dahingestellt bleiben, ob es sich bei der Machtübernahme der Nationalsozialisten tatsächlich um eine *legale*, ganz in den Bahnen der alten Rechtsordnung verlaufende Revolution handelte⁷⁷. Denn keine Zweifel gibt es an dem Befund, daß die Weimarer Reichsverfassung ihrerseits keine wirksamen Sperrungen gegen eine auf ihrem Boden und nach ihren Regeln stattfindende vollkommene Umwandlung der politischen Ordnung und der Auswechslung tragender Systemteile aufwies⁷⁸. Nach der herrschenden, wiederum von Gerhard Anschütz in repräsentativer Weise formulierten Auffassung stand dem verfassungsändernden Gesetzgeber kraft seiner unbeschränkten Souveränität normativ alles offen⁷⁹. Art. 76 WRV diente gewissermaßen als verfassungsrechtlicher Passepartout, der in wertrelativistischer Radikalität die

⁷² Stern, Unantastbarkeitsgarantie (Fn. 71), S. 272.

⁷³ Häberle (Fn. 64), S. 103.

⁷⁴ Kirchhof (Fn. 63), § 19 Rn. 34 ff.; s. auch H. Huba, Das Grundgesetz als dauerhafte deutsche Verfassung, in: Der Staat 30 (1991), S. 367 ff. (372).

⁷⁵ BVerfGE 30, 1, 24 (Fn. 63). – Zum ganzen auch sehr eindeutig der Allgemeine Redaktionsausschuß des Parlamentarischen Rates (JöR 1 [1951], S. 586): „Diese Bestimmung (scil. Art. 79 Abs. 3 der Endfassung) soll zum Ausdruck bringen, daß dieses GG nicht die Hand bieten darf zu seiner eigenen Totalbeseitigung oder -vernichtung, insbesondere dazu, daß ggf. eine revolutionäre antidemokratische Bewegung mit demokratischen Mitteln auf scheinbar ‚legalem‘ Wege die hier normierte demokratisch-rechtsstaatliche Grundordnung ins Gegenteil verkehrt. Eine Revolution kann und soll dadurch nicht verhindert werden. Eine revolutionäre Bewegung kann gegebenenfalls auch neues Recht schaffen, aber sie soll nicht in der Lage sein, eine ihr selbst fehlende Legitimität und Rechtsqualität – z. B. infolge Mangels jedes Rechtsgedankens – zu ersetzen durch Berufung auf ihr äußerlich ‚legales‘ Zustandekommen.“

⁷⁶ Stern, Unantastbarkeitsgarantie (Fn. 71), S. 271: „Antwort auf die Ergebnisse von 1933.“

⁷⁷ Das läßt sich mit guten Gründen bezweifeln: vgl. Hofmann, Staatsgrundgesetz (Fn. 24), S. 262 f.; ferner E. Wadde, Das Ermächtigungsgesetz, in: JuS 1983, S. 170 ff.; D. Willoweit, Deutsche Verfassungsgeschichte, 2. Aufl. 1993, S. 307 ff.

⁷⁸ Umfangliche Darstellung bei Ehmke (Fn. 62), S. 19 ff.

⁷⁹ Die berühmte Formulierung lautet (Anschütz [Fn. 16], Art. 76 Anm. 3 [Hervorhebungen im Original]): Verfassungsänderungen seien möglich „ohne Unterschied des Inhalts und der politischen Tragweite. Auf dem durch Art. 76 geregelten Gesetzgebungswege können (...) Verfassungsrechtsänderungen jeder Art bewirkt werden: nicht nur minder bedeutsame, mehr durch technische als durch politische Erwägungen bedingte, sondern auch bedeutsame, einschließlich solcher, die sich auf die rechtliche Natur des Reichsganzen (Bundesstaat), die Zuständigkeitsverteilung zwischen Reich und Ländern, die Staats- und Regierungsform des Reichs und der Länder (Republik, Demokratie, Wahlrecht, Parlamentarismus, Volksentscheid, Volksbegehren) und andere prinzipielle Fragen (Grundrechte!) beziehen. Die ... verfassungsändernde Gewalt ist gegenständlich unbeschränkt.“ Scharfe Kritik bei C. Schmitt, Der Hüter der Verfassung (1931), 3. Aufl. 1985, S. 112 f.; ders. (Fn. 20), S. 301 hat hier von „Neutralität bis zum Selbstmord“ gesprochen. – Die Vokabel „Selbstmord“ auch bei Hesse (Fn. 8), Rn. 701; vgl. unten Fn. 143.

Tür zu jeder, auch zu einer völlig andersartigen Rechtsordnung öffnen und damit alle Regelungen über die Staatsorganisation wie über die Rechtsstellung des einzelnen zur Disposition stellen konnte. Die Weimarer Reichsverfassung erschien wie eine Art Loseblattsammlung, deren Inhalt bis auf den Art. 76 selbst vollständig ausgewechselt werden durfte, ohne daß sich die Aufschrift auf dem Buchdeckel („Weimarer Reichsverfassung“) änderte – gleichgültig, für welche Art von Nachlieferungen der Gesetzgeber sorgte.

3. Sinn und Problematik der Unantastbarkeitsgarantie

Einer derartigen Selbstentleerung beugt das Grundgesetz dadurch vor, daß es für seine identitätsbestimmenden Grundprinzipien einen „legitimierenden Konsens der politisch organisierten Gesellschaft“⁸⁰ schlicht voraussetzt. Der gute Sinn einer solchen Regelung liegt neben der bereits erwähnten Warnfunktion vor allem in ihrer Entlastungsfunktion und der Absicherung eines offenen demokratischen Willensprozesses. Weit davon entfernt, als Fessel politischer Selbstbestimmung zu dienen, geht es um die institutionelle Sicherung der Existenzvoraussetzungen verfassungsstaatlicher Freiheit und damit um die Ermöglichung demokratischer Politik⁸¹. Die epochale Leistung der modernen Verfassung besteht in der Bändigung politischer Gewalt. Als „Bauplan“⁸² reglementiert, legitimiert und limitiert die Verfassung den Prozeß politischer Willensbildung. Erst durch dessen Kanalisierung, Disziplinierung und Rationalisierung eröffnen sich Handlungsoptionen auf sicherem Grund. Gerade weil nicht alles möglich ist, kann die Offenheit und Pluralität der politischen Willensbildung gewahrt werden⁸³.

Mit alledem ist aber das Hauptproblem der in Art. 79 Abs. 3 GG getroffenen „Vorabbestimmung des Willens“⁸⁴ der staatlichen Gemeinschaft noch nicht berührt. Man kann es als Frage vielleicht so formulieren: Wenn nach demokratischen Grundsätzen die Verfassung Produkt der verfassunggebenden Gewalt des Volkes ist – worin soll dann die Berechtigung dafür liegen, das Volk im Jahre 1994 durch einen (bei genauer historischer Betrachtung: nicht uneingeschränkt souveränen) Akt der Verfassunggebung des Jahres 1949 mit dem Argument seiner Vorrangigkeit zu binden? Richtet sich hier die Verfassung nicht gegen ihre eigenen Voraussetzungen⁸⁵? Denn dem in Art. 20 Abs. 2 GG deutlich ausgesprochenen Prinzip der Volkssouveränität zufolge hat die Verfassung dasselbe Subjekt wie die Legislative, nämlich das (allemaal in bestimmter Weise repräsentierte)⁸⁶ Volk.

Man hat hierin eine „Grundaporie des Verfassungsstaates“⁸⁷ bzw. eine Paradoxie der Verfassunggebung⁸⁸ gesehen.

⁸⁰ Badura (Fn. 33), S. 24.

⁸¹ U. K. Preuß, Vater der Verfassungsväter?, in: Politisches Denken. Jahrbuch 1993, S. 117 ff. (132): „In dieser Sicht ist Art. 79 Abs. 3 GG eine Norm demokratischer Selbstermächtigung und demokratischer Reflexivität.“ Ausführlicher ders. (Fn. 30), S. 73 ff.; s. auch bereits ders., Politische Verantwortung und Bürgerloyalität, 1984, S. 11 ff. (Grenzen der Verfassung als Erhöhung gesamtgesellschaftlicher Problemlösungskapazität). – Ähnlich schon früher J. Perels, Die Grenzmarken der Verfassung, in: KJ 10 (1977), S. 375 ff. (387).

⁸² A. Hollerbach, Ideologie und Verfassung, in: W. Maihofer (Hrsg.), Ideologie und Recht, 1969, S. 36 ff. (46).

⁸³ Vgl. K. Hesse, Das Grundgesetz in der Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland; Aufgabe und Funktion der Verfassung, in: Handbuch des Verfassungsrechts, hrsg. v. E. Benda u. a., 1983, S. 3 ff. (26 f.). – In diese Richtung auch Luhmann (Fn. 67), S. 468 ff.

⁸⁴ W. v. Simson, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, VVDStRL 29 (1971), S. 3 ff. (13 ff.).

⁸⁵ Preuß (Fn. 30), S. 18.

⁸⁶ H. Hofmann, Legitimität und Rechtsgeltung, 1977, S. 61, 72; Hofmann/Dreier (Fn. 7), § 5 Rn. 17, 22.

⁸⁷ Badura (Fn. 33), S. 25.

⁸⁸ Hofmann, Staatsgrundgesetz (Fn. 24), S. 293 f.; s. auch Preuß (Fn. 30), S. 18, 28; Luhmann (Fn. 67), S. 103 f., 474.

In der Tat: Was kann es rechtfertigen, das Prinzip der Volkssouveränität, also der kollektiven Selbstbestimmung der zum Staatsvolk geeinten Gesellschaft, unter Berufung auf die nach dem gleichen Prinzip geschaffene Verfassung zu beschränken?⁸⁹

Das Rätsel wird sich mit bloßer „Legalitätslogik“⁹⁰ nicht vollständig lösen lassen; vielmehr stellt sich das Problem praktischer Vermittlung von Statik und Flexibilität, Bewahrung und Veränderung⁹¹. Dazu seien im folgenden einige knappe Erläuterungen gestattet⁹².

a) Als Erklärung für die Ewigkeitsklausel des Grundgesetzes reicht der Hinweis auf die verfassungsgebende Gewalt des Volkes nicht aus⁹³. Denn damit kann man auf einleuchtende Art und Weise die Beschränkung des einfachen Gesetzgebers als einer niederen Normsetzungsinstanz erklären – gewissermaßen als Akt kluger Selbstbindung des Souveräns im Verhältnis zu Normsetzungsorganen niederer Stufe. Doch der Vorrang der Verfassung gegenüber der Gesetzgebung, auch der verfassungsändernden, ist eine Sache, der völlige Ausschluß einer grundlegenden Neuordnung etwa im Sinne einer Totalrevision⁹⁴ und damit die Verbannung des Volkes in das einmal errichtete Gehäuse der Verfassung⁹⁵ eine andere. Daß die Lehre vom *puvoir constituant* nicht zwingend Unverbrüchlichkeitsgarantien dieser Art nach sich zieht, läßt sich unschwer an den klassischen Verfassungstexten ablesen, die solche Sicherungen nicht kennen. Noch deutlicher hat sich *Sieyes* in seiner erwähnten Schrift geäußert⁹⁶.

b) Weiter als der Rekurs auf den punktuellen Urakt des *puvoir constituant* führt es, die aufgeworfene Frage als eine nach der Rechtsgeltung in der Zeitdimension, mithin als Ge-

nerationenproblem zu fassen⁹⁷. Denn wenn wir vom Recht des Volkes ausgehen, sich eine Verfassung zu geben, fragt sich doch, mit welcher Bindungswirkung für die Zukunft dies geschieht. Wie kann es sein, daß eine Generation vom Unrecht demokratischer Selbstbestimmung in Gestalt der Verfassungsgebung Gebrauch macht, nachfolgende Generationen aber davon ausschließt? Ist das nicht „der Versuch einer Generation, allen künftigen Generationen ihren einmaligen historischen Willen als verpflichtend aufzuerlegen“⁹⁸?

Da derartige Selbstprivilegierungen der Gründergeneration kaum zu rechtfertigen sind⁹⁹, andererseits die permanente Ausübung der verfassungsgebenden Gewalt den Stabilisierungseffekt der Verfassung zunichte machen würde, hat *Thomas Jefferson* bekanntlich die Forderung erhoben, daß ein neues Volk von neuem über seine politische Grundordnung befinden und daher jede neue Generation über die Verfassung abstimmen müsse – übrigens mit komplizierten Berechnungen zu der Frage, wann von einer neuen Generation gesprochen werden kann¹⁰⁰.

Nun hat sich dieser Vorschlag eines turnusmäßigen Plebiszits nicht durchgesetzt¹⁰¹. Doch kommt in ihm ein zentraler und wichtiger Gedanke zum Ausdruck. Die Verfassung bildet ja nicht nur das Dokument eines großen historischen Augenblicks, sondern eine für die Zukunft verbindliche Ordnungsvorgabe¹⁰². Sie bedarf deshalb der beständigen „Annahme“ im Sinne der Erfüllung ihrer Prinzipien, der Ausschöpfung ihrer Handlungsmöglichkeiten und der Beachtung ihrer Leitlinien¹⁰³. Voraussetzung für die Akzeptanz der Verfassung durch die Folgenergenerationen ist aber, daß die Möglichkeit demokratischer Selbstbestimmung auf Grundlage der Verfassung nicht durch allzu detaillistische Vorgaben durch die Verfassung minimalisiert wird. Die Verfassung muß einer schönen Formulierung *Bäumlins* zufolge „in die Zeit hinein offen“¹⁰⁴ bleiben.

Für ein gewisses Maß an Flexibilität sorgen in diesem Sinne mehrere Faktoren: So etwa die Notwendigkeit zumeist gesetzlicher, aber natürlich auch verfassungsgerichtlicher Konkretisierung und Ausgestaltung unbestimmter Verfassungsrechtssätze, vor allem jedoch die Möglichkeit ausdrücklicher Verfassungsänderung; ferner ist zu denken an andere, unauffälligere Prozesse eines Verfassungswandels¹⁰⁵. Die solcherart

⁸⁹ Erinnert sei in diesem Zusammenhang daran, daß die uns heute in vielem befremdlich erscheinende Weimarer Staatsrechtslehre sich in ihrer wertrelativistischen Ungeschütztheit nicht der puren Lust am Untergang verdankte, sondern der hohen Wertschätzung der Idee und „Würde freier demokratischer Selbstbestimmung“ (*Thoma* [Fn. 16], S. 154) geschuldet war. – Im übrigen ist festzustellen, daß das hier erwachsende Problem allen demokratischen Verfassungen eigentümlich ist und durch die Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG nur in besonderer Weise zugespitzt wird.

⁹⁰ *Hofmann*, Legitimität und Rechtsgeltung (Fn. 86), S. 59; ebd. S. 47 ff., 53 ff., 60 ff. tiefgreifende Analysen zu Wegen und Irrwegen der Begründung verfassungsstaatlicher Legitimität.

⁹¹ Systemtheoretische Analyse (Steigerung gesamtgesellschaftlicher Variabilität bei gleichzeitiger Disziplinierung der Politik): *N. Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 468 ff.

⁹² S. auch *H. Dreier*, Staatliche Legitimität, Grundgesetz und neue soziale Bewegungen, in: J. Marko/A. Stolz (Hrsg.) Demokratie und Wirtschaft, 1987, S. 139 ff. (152 ff.).

⁹³ So aber *Stern*, Unantastbarkeitsgarantie (Fn. 71), S. 277. – Ausführliche Begründung für die fehlende Möglichkeit der Selbstbindung der verfassungsgebenden Gewalt als solcher bei *D. Murswiek*, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1978, S. 175 ff.

⁹⁴ Der nicht einheitlich gebrauchte Begriff der Totalrevision wird hier verstanden als Möglichkeit evolutionärer, gleichwohl vollständiger Umgestaltung einer bestehenden Verfassung ohne Bindung an inhaltliche Vorgaben. Wenn man so will, kann man von einer „Konstituierung“ der verfassungsgebenden Gewalt sprechen (so *Preuß* [Fn. 30], S. 31). Zu Beiträgen und Entwurfstexten für eine „Totalrevision“ der Schweizer Verfassung vgl. *U. Wildhaber*, Das Projekt einer Totalrevision der Schweizerischen Bundesverfassung, in: JöR 26 (1977), S. 239 ff.; *P. Saladin*, Verfassungsreform und Verfassungsverständnis, in: AöR 104 (1979), S. 346 ff.; Abdruck des Entwurfstextes: Verfassungsentwurf Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, AöR 104 (1979), S. 475 ff.; *E.-W. Böckenförde*, Zur Diskussion um die Totalrevision der Schweizerischen Bundesverfassung, in: AöR 106 (1981), S. 580 ff. – Allgemein zur Gesamtänderung der Verfassung: *Hans Huber*, Die Gesamtänderung der Verfassung. Ansätze für einen Vergleich zwischen Österreich, der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland, in: FS Ulrich Scheuner, 1973, S. 183 ff.

⁹⁵ So die bekannte These von *M. Kriele*, Einführung in die Staatslehre, 1975, S. 111 ff., 224 ff., 259 ff.; zur Kritik etwa *H. Quaritsch*, Der fortschreitende Verfassungsstaat, in: Der Staat 17 (1978), S. 421 ff. (427 ff.); *Murswiek* (Fn. 93), S. 168; *Böckenförde*, Verfassungsgebende Gewalt (Fn. 28), S. 17.

⁹⁶ *Sieyes* (Fn. 29), S. 168.

⁹⁷ Pionierhaft *F. Böhler*, Verfassungsrevision und Generationenproblem, 1949; *Böhler* behandelt im wesentlichen die sogleich anzusprechende Konzeption *Jeffersons*. – Zu ähnlichen Überlegungen *Condorcets* vgl. *Zweig* (Fn. 26), S. 91 ff.

⁹⁸ *Tomuschat* (Fn. 30), S. 109; ähnlich *Preuß*, Politische Verantwortung (Fn. 81), S. 11, 13; *ders.*, Revolution (Fn. 30), S. 17 ff.

⁹⁹ Klassisch die Formulierung der Frz. Verf. v. 24. 6. 1793: „Ein Volk hat stets das Recht, seine Verfassung zu revidieren, zu verbessern und zu ändern. Eine Generation kann ihren Gesetzen nicht die künftigen Generationen unterwerfen.“ (Art. 28 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, die der eigentlichen „Verfassungsurkunde“ vorangestellt ist). Zum jederzeitigen Recht der Nation auf Verfassungsänderung schon *Vattel* (Fn. 27), § 33.

¹⁰⁰ Dazu jüngst *W. Heun*, Die politische Vorstellungswelt Thomas Jeffersons, in: HZ 238 (1994), S. 359 ff. (384 f.) m. w. N.

¹⁰¹ Selbst der Abbe *Sieyes* hatte in seinem Verfassungsentwurf an beständige, ja zu bestimmten Zeitpunkten obligatorische Revisionen der Verfassung gedacht (*Sieyes*, Politische Schriften [Fn. 29], S. 257).

¹⁰² Vgl. *E. Schmidt-Aßmann*, Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus, 1967, S. 58.

¹⁰³ Zur Vertiefung *Hofmann*, Legitimität und Rechtsgeltung (Fn. 86), S. 68 ff.

¹⁰⁴ *R. Bäumlin*, Staat, Recht und Geschichte, 1961, S. 15; zum skizzierten Zusammenhang eingehender *Dreier* (Fn. 92), S. 152 ff.

¹⁰⁵ Vgl. *P. Lerche*, Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum, in: Festgabe für Theodor Maunz, 1971, S. 285 ff.; *M. Morlok*, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988, S. 166 ff.; zusammenfassend und m. w. N. *Badura* (Fn. 50), § 160 Rn. 13 ff.; zuletzt *E.-W. Böckenförde*, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, in: FS Peter Lerche, 1993, S. 3 ff. (mit Eingrenzungen des Terminus, die letztlich zu dessen Stigmatisierung führen). – Konkret zur „Entwicklung des Grundgesetzes nach 1949“ *H. Hofmann*, in: HStR I, 1987 (Fn. 4), § 7 (zum Verfassungswandel insb. Rn. 53).

erfolgende Fortbildung der Verfassung ermöglicht ihre Anpassung an veränderte Rahmenbedingungen und neuartige Herausforderungen sozialer wie politischer Art, hält die dem demokratischen Grundgedanken zuwiderlaufende Fremdbestimmung durch den Willen der Verfassungsväter in tolerablen Grenzen und ermöglicht einen Verfassungskonsens¹⁰⁶ über die Generationen hinweg.

Indem das Grundgesetz lediglich die Berührung der in Art. 1 und Art. 20 GG niedergelegten „Grundsätze“ untersagt, verfährt es – insofern! – in kluger Weise zurückhaltend. Verfassungen, die in überzogener Rigidität allzu vieles für unantastbar erklären, laufen Gefahr, ihren besonders umfassenden Ewigkeitsanspruch mit einem kurzen Leben zu büßen¹⁰⁷. Andererseits weiß man natürlich, wie unterschiedlich Rechtsprechung und Wissenschaft den Kreis der durch Art. 79 Abs. 3 GG absolut geschützten Inhalte ziehen¹⁰⁸. Die hierin liegende Unsicherheit bildet eine schwere Hypothek¹⁰⁹.

c) Ein weiteres Problem kommt hinzu. Das Grundgesetz versteht ja nicht lediglich Rechtsprinzipien mit der Ewigkeitsgarantie, die – wie Demokratie, Rechtsstaat und Grundrechte – gewissermaßen das essentielle Gemeingut moderner, freiheitlicher Verfassungsstaaten bilden¹¹⁰. Schon beim Sozialstaatsprinzip kann man hier mit Blick auf die USA zweifeln¹¹¹. Das Merkmal des republikanischen Staatsprinzips verliert seine für den Typus „westlicher Demokratien“ unverzichtbare Evidenz¹¹², wenn man an die zahlreichen europäischen Monarchien (Großbritannien, aber auch Dänemark, Schweden, Norwegen, Spanien) denkt, an deren Freiheitlichkeit kein Zweifel besteht. Daß die letztendlich in die Verfassung aufgenommene Formulierung des Art. 79 Abs. 3 GG zu weit geht¹¹³, wird spätestens beim Bundesstaatsprinzip offen-

sichtlich¹¹⁴. Sollte sich – um zur Zeit hypothetische, gleichwohl nicht völlig irrealer Beispiele zu nennen – irgendwann eine überwältigende demokratische Mehrheit in Bund und Ländern für die Umgestaltung Deutschlands zu einem Einheitsstaat etwa nach französischem Muster oder zu einer konstitutionellen Monarchie nach Art der genannten, im übrigen zur Europäischen Union gehörigen Länder finden, so wäre diese Mehrheit der Legalordnung des Grundgesetzes gemäß zu dessen revolutionärer Beseitigung gezwungen.

Die zentrale Schwäche der Ewigkeitsklausel liegt darin, da sie den Weg für grundlegende Umstellungen und Neuregelungen der Verfassung auch auf friedlich-demokratischem Wege versperrt. Für einen niemals auszuschließenden fundamentalen Umgestaltungsbedarf sieht das Grundgesetz keine evolutionäre Alternative etwa im Sinne einer Totalrevision vor, an der wohl unausweichlich das Volk zumindest in Gestalt eines Verfassungsreferendums zu beteiligen wäre¹¹⁵.

d) Ein möglicher Lösungsweg besteht auch nicht darin, Art. 79 Abs. 3 GG „minimalistisch“¹¹⁶ auszulegen. Denn das produziert neue, praktische Schwächen. Weil das einmal in Geltung gesetzte Grundgesetz keinen legalen *powvoir constituant* mehr anerkennt und sich zur Verfestigung seiner Kernidentität der Ewigkeitsklausel bedient, tendiert die Rechtsprechung des *BVerfG* zur restriktiven Interpretation derselben¹¹⁷.

Indem es nun aber den primären Sinn des Art. 79 Abs. 3 GG in der Verhinderung der „Legalisierung eines totalitären Regimes“¹¹⁸ sieht, versteht es die Norm als „Revolutionsverbot“¹¹⁹. Abgesehen davon, daß eine Verfassungsnorm das nicht zu leisten vermag, sondern lediglich appellativ bekräftigen kann, führen solche Reduktionen der in Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Prinzipien im Verfassungsalltag jedoch eher zu ihrer Marginalisierung¹²⁰. Das dürfte den Sinn der Ewigkeitsklausel in ihr Gegenteil verkehren, zumal sich die geringen Hürden für die Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 2 GG zu einem Teil gerade aus ihrer Existenz erklären lassen. Interpretiert man die durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Gehalte hingegen extensiver, droht die Gefahr des Immobilismus, da dann sehr

¹⁰⁶ Dazu ausführlich *H. Vorländer*, Verfassung und Konsens, 1981.

¹⁰⁷ Man denke an die Verfassungen Lateinamerikas oder diejenigen der Türkei und Griechenlands. Warnung vor inflationärem Gebrauch von Ewigkeitsklauseln wegen des Entwertungseffekts bei *Häberle* (Fn. 64), S. 92 f.

¹⁰⁸ Eingehende Analyse bei *Bryde* (Fn. 12), S. 235 ff.; abgewogene Interpretation bei *Stern*, Unantastbarkeitsgarantie (Fn. 71), S. 277 ff.

¹⁰⁹ Dazu sogleich unter d).

¹¹⁰ Dies war allerdings das Selbstbewußtsein der Mitglieder des Parlamentarischen Rates; vgl. *Stern*, Unantastbarkeitsgarantie (Fn. 71), S. 273.

¹¹¹ Der Text der Verfassung der Vereinigten Staaten enthält keine Sozialstaatsklausel. Zwar findet sich eine föderale Gesetzgebungskompetenz für Angelegenheiten der allgemeinen Wohlfahrt (US Const. art. I, § 8, cl. 1: „The Congress shall have Power To ... provide for the ... general Welfare of the United States“). Diese Wohlfahrtsklausel regelt aber nur die kompetenzielle Befugnis gegenüber einzelstaatlicher Gesetzgebung, nicht hingegen eine staatliche Pflicht zu sozialer Aktivität. Auch aus dem grundrechtsdogmatischen Einfallstrahl des *Substantive Due Process* wurde bisher keine Sozialstaatsklausel gewonnen. Mit *Substantive Due Process* argumentierte der *Supreme Court* in der „*Lochner*-Ära“ sogar gegen Sozialgesetzgebung. – Zum Fehlen des Sozialstaatsprinzips in der US-Verfassung jüngst *W. Brugger*, Verfassungsstabilität durch Verfassungsgerichtsbarkeit?, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis 4 (1993), S. 319 ff. (321 f.).

¹¹² *J. Becker*, Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes, in: HStR VII, 1992 (Fn. 4), § 167 Rn. 47: Die Republik ist kein Element der freiheitlichen demokratischen Grundordnung. – Man könnte allerdings daran denken, den Ausschluß eines monarchischen Staatsoberhauptes im Prinzip der Volkssouveränität begründet zu sehen: *Stern*, Staatsrecht I (Fn. 46), S. 565; *E. Denninger*, Der Schutz der Verfassung, in: Handbuch des Verfassungsrechts, hrsg. v. E. Benda u. a., 1983, S. 1293 ff. (1307).

¹¹³ Scharfe Kritik bei *E. Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, S. 66. – Entstehungsgeschichtlich ist anzumerken, daß der Herrenchieser Entwurf um einiges restriktiver war. Art. 108 des Entwurfs lautete: „Anträge auf Änderung des Grundgesetzes, durch die die freiheitliche und demokratische Grundordnung beseitigt würde, sind unzulässig.“ Diese Formulierung dürfte den Intentionen sehr viel besser entsprochen haben als die jetzige Fassung. Selbst eine Beseitigung des Bundesstaatsprinzips war dem Art. 107 des Entwurfs nicht ausgeschlossen, jedoch an die einstimmige Annahme im Bundesrat gebunden (vgl. *Denninger* [Fn. 112], S. 1306 f.). Erst in einem sehr späten Stadium der Beratungen des Parlamentarischen Rates und ohne Aussprache ist die Bundesstaatlichkeit in den Kreis der unantastbaren Regelungen aufgenommen worden (vgl. *Even* [Fn. 64], S. 38 f.).

¹¹⁴ *Hesse* (Fn. 8), Fn. 700 ff. unterscheidet im Anschluß an *Ehmke* zwischen einer deklaratorischen Umschreibung des Kerns und eines konstitutiven Verbots der Beseitigung der Grundlagen bundesstaatlicher Ordnung; die Argumentation bei *Ehmke* (Fn. 62), S. 99 f. scheint indes zu übersehen, daß zu den „Grundsätzen“ der Art. 1 und 20 auch das Bundesstaatsprinzip zählt; vom republikanischen Prinzip ist bei ihm nicht gesondert die Rede. Zur besonderen Legitimationsbedürftigkeit des Bundesstaatsprinzips *J. Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: HStR IV, 1990 (Fn. 4), § 98 Rn. 299 ff.

¹¹⁵ Vgl. auch *Böckenförde*, Verfassungsgebende Gewalt (Fn. 28), S. 23 f., der das Fehlen von Volksgesetzgebung, Verfassungsreferendum und anderer Verfahren direkter Demokratie als Defizit „kanalisierender“ Verfahren interpretiert: „für das Grundgesetz kann dies zum Ernstfall werden“.

¹¹⁶ Den Ausdruck übernehme ich von *Bryde* (Fn. 12), S. 239. – Diese Gefahr ist klar herausgearbeitet bei *G. Dürig*, Zur Bedeutung und Tragweite des Art. 79 Abs. III des Grundgesetzes (ein Plädoyer), in: Festgabe für Theodor Maunz, 1971, S. 41 ff. (43, 51). Andererseits besteht die Gefahr der Überinterpretation (vgl. *v. Simon* [Fn. 84], S. 21), die Art. 79 Abs. 3 GG zur „kleinen Münze“ (*Dürig*, S. 43) degenerieren läßt. Zu diesen beiden Gefahren (der Erstarrung wie der Erosion) auch *Häberle* (Fn. 64), S. 103 f.

¹¹⁷ Vgl. insb. *BVerfGE* 30, 1, 24 ff (Fn. 63). Dieses Urteil stieß überwiegend auf Ablehnung; vgl. etwa *P. Häberle*, Die Abhörentscheidung des *BVerfG* v. 15. 12. 1970, *JZ* 1971, S. 145 ff.; *K. A. Betermann*, Die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *AöR* 96 (1971), S. 528 ff. (562 ff.); *H. H. Rupp*, *NJW* 1971, S. 275 ff. (Anmerkung); *C. Gusy*, Der Schutz vor Überwachungsmaßnahmen nach dem Gesetz zur Beschränkung des Art. 10 GG, *NJW* 1981, S. 1581 ff. m. w. N. in Fn. 4; *Hesse* (Fn. 8), Rn. 703 mit Fn. 7. – Vgl. jetzt *BVerfG*, 23. 4. 1991 – BvR 1170/90 u. a. = *BVerfGE* 84, 90, 121 = *JZ* 1992, 200 (dazu *Maurer*, S. 183).

¹¹⁸ *BVerfGE* 30, 1, 24 (Fn. 63).

¹¹⁹ *Bryde* (Fn. 12), S. 239; s. auch *Stern*, Unantastbarkeitsgarantie (Fn. 71), S. 275.

¹²⁰ *Bryde* (Fn. 12), S. 240: „Das *BVerfG* entschärft Art. 79 Abs. III daher, indem es ihn wirkungslos macht.“ S. auch *Even* (Fn. 64), S. 92.

viele Verfassungsrechtssätze im Bannkreis der Ewigkeitsklausel zu verorten wären; eine weitere Ausdehnung der Macht des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsentwicklung wäre die zwingende Folge¹²¹. Einen Ausweg aus dem Dilemma, das Grundgesetz durch eine extensive Interpretation des Art. 79 Abs. 3 GG versteinern zu lassen oder durch eine restriktive Interpretation die Ewigkeitsklausel zu marginalisieren, böte allein die Eröffnung der Möglichkeit, in Einzelfällen oder aus Anlaß einer Gesamterneuerung des Grundgesetzes auch die Prinzipien des Art. 79 Abs. 3 GG nicht unberührt lassen zu müssen, ohne sogleich auf den Weg des Verfassungsumsturzes verwiesen zu werden¹²².

e) Die Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG erweist sich also als durchaus ambivalent. Gegründet im richtigen Gedanken der Fixierung und Bewahrung der Verfassungsidentität, wird die aus Weimar insofern zu Recht gezogene Lehre in überzogener Weise umgesetzt. Art. 79 Abs. 3 GG schützt zu vieles zu intensiv. Die Klausel enthält nicht nur ein appellatives Revolutionsverbot und den normativen Ausschluß eines verfassungskonformen Übergangs zum Totalitarismus, sondern umhert darüber hinaus Gehalte, die nicht zum Kernbestand freiheitlicher Verfassungsstaaten zählen¹²³. Für deren Modifikation, Umbau oder gar Abschaffung¹²⁴ bietet das Grundgesetz keine Möglichkeit. Zwischen (juristischer) Revolution und den Grenzen des Art. 79 GG öffnet sich kein dritter Weg¹²⁵. Das Tor zu einem Akt der Verfassungsgebung wird aus mancherlei Gründen auch der neugefaßte Art. 146 GG nicht aufstoßen¹²⁶.

4. Resümee

Das *Gesamtergebnis* zum zweiten Komplex lautet: Während Art. 79 Abs. 2 GG die Schranke für Verfassungsänderungen zu niedrig ansetzt, geht das absolute Änderungsverbot des Art. 79 Abs. 3 GG zu weit, weil es einer freiheitlich-friedlichen Fundamentalerneuerung des politischen Gemeinwesens im Sinne einer „Alternative zwischen Verfassungserstarrung und Revolution“¹²⁷ keinen probaten Weg weist.

¹²¹ Art. 79 Abs. 3 GG ist also, wie *Bryde* (Fn. 12), S. 246 treffend bemerkt, nicht zuletzt ein „Kompetenzproblem“.

¹²² Vgl. *Tomuschat* (Fn. 30), S. 106; *Bryde* (Fn. 12), S. 246 ff. Dieser Umsturz muß nicht unbedingt gewaltsam erfolgen; juristisch entscheidend ist der Legitimitätsbruch.

¹²³ Insofern besteht ein gravierender Unterschied zu Ewigkeitsklauseln, die – wie etwa Art. 108 des Herrenchiemseer Entwurfs – die Beseitigung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung untersagen. Diese ist denn auch nicht mit der Unantastbarkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG identisch (treffend *Denninger* [Fn. 112], S. 1306 m. w. N.).

¹²⁴ Realistischer als die Einführung einer konstitutionellen Monarchie oder die gänzliche Streichung des Sozialstaatsgrundsatzes könnten Modifikationen des richterstaatlichen Modells von Rechtsstaatlichkeit sein, wie sie ja im Abhör-Urteil des *BVerfGE* 30, 1 (Fn. 63) und bei der Änderung des Asylrechts zur Diskussion standen (und vermutlich weiter stehen werden). Auch an die „Verteilung“ repräsentativer und plebiszitärer Elemente des Demokratieprinzips wäre zu denken.

¹²⁵ *Tomuschat* (Fn. 30), S. 108 m. Fn. 118 bemerkt, die Entstehungsgeschichte des GG ließe erkennen, „daß den Verfassungsschöpfern lediglich die Alternative zwischen Verfassungsänderung nach Art. 79 GG und revolutionärem Umsturz vor Augen gestanden“ habe.

¹²⁶ Die geplanten Verfassungsänderungen auf der Grundlage der Empfehlungen der gemeinsamen Verfassungskommission (GVK) bewegen sich ganz im Rahmen des Art. 79 Abs. 2 GG. – Die Auslegung des Art. 146 n. F. GG ist heillos umstritten; Einigkeit besteht im Grunde nur darin, daß die Vorschrift mißglückt ist. – Hoffnungen auf eine Aktivierung des *pouvoir constituant* infolge der Umbildung der Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Union haben sich durch das Maastricht-Urteil des *BVerfG*, 12. 10. 1992 – 2 BvR 2134/92 u. a. = *BVerfGE* 89, 155 = JZ 1993, 1100 ff. erledigt.

¹²⁷ *Bryde* (Fn. 12), S. 251; S. 246 ff. sucht *Bryde* einen Weg zur Aktualisierung der verfassungsgebenden Gewalt aufzuzeigen. – Kritisch bereits *H. J. Wolff*, Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in: Gedächtnisschrift Walter Jellinek, 1955, S. 33 ff. (50): „Sperrklauseln, die vielleicht notwendige Entwicklungen ausschließen, fördern Revolutionen eher, als daß sie sie verhindern.“

IV. Verfassungsstaatliche Freiheit und „streitbare Demokratie“

1. Von der Werthaftigkeit zur Wehrhaftigkeit

Die Grenzmarkierungen politischer Freiheitsausübung, wie sie in Art. 9 Abs. 2 (Verbot von Vereinigungen), Art. 18 (Verwirkung von Grundrechten) und Art. 21 Abs. 2 GG (Parteienverbot) Gestalt gewonnen haben, bilden den normativen Kern der sog. „streitbaren“ (auch „wehrhaften“ oder „abwehrbereiten“) Demokratie¹²⁸, deren Schutzgut die freiheitlich-demokratische Grundordnung¹²⁹ ist¹³⁰. Zwischen Art. 79 Abs. 3 GG und diesen Vorschriften bestehen offenkundige Verknüpfungen, aber auch gewisse – gelegentlich vernachlässigte – Differenzen. Der systematische Zusammenhang ist offensichtlich¹³¹: In beiden Normkomplexen schlägt sich das „Bekenntnis zur Verbindlichkeit und Unverbrüchlichkeit der höchsten Staatswerte“¹³² nieder, beide sind in diesem Sinne Verfassungsschutzbestimmungen¹³³, beide Ausprägung eines dezidierten Antirelativismus. Andererseits ist jedoch nicht zu übersehen, daß – wie erörtert – Art. 79 Abs. 3 GG weit mehr als nur die für eine freiheitliche demokratische Ordnung unentbehrlichen Kernelemente für unantastbar erklärt¹³⁴. So ist denn auch in dem vom *BVerfG* aufgestellten Merkmalskatalog einer freiheitlichen demokratischen Grundordnung weder die Bundes- noch die Sozialstaatlichkeit zu finden¹³⁵.

Ferner erfährt die in Art. 79 Abs. 3 GG enthaltene Beschränkung der objektiven Verfügungsgewalt der Staatsorgane eine prinzipielle Verschärfung¹³⁶ dadurch, daß nun der gesellschaftliche Willensbildungsprozeß reglementiert und bestimmte Freiheitsausübungen unterbunden werden¹³⁷. Die

¹²⁸ Dazu ausführlich *J. Lameyer*, Streitbare Demokratie: Eine verfassungshermeneutische Untersuchung, 1978; *ders.*, Streitbare Demokratie, in: JöR 30 (1981), S. 147 ff.; *A. Sattler*, Die rechtliche Bedeutung der Entscheidung für die streitbare Demokratie 1982; *G. P. Boventer*, Grenzen politischer Freiheit im demokratischen Staat, 1985. – Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG bleibt im folgenden ebenso außer Betracht wie Art. 91 Abs. 1, 98 Abs. 2 GG u. a.

¹²⁹ Vgl. *C. Gusy*, Die „freiheitliche demokratische Grundordnung“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 105 (1980), S. 279 ff.

¹³⁰ Sachlich ist also nach zutreffender Auffassung die „verfassungsmäßige Ordnung“ i. S. des Art. 9 Abs. 2 GG identisch mit der „freiheitlichen demokratischen Grundordnung“, von der in Art. 18 und 21 Abs. 2 GG die Rede ist; vgl. *W. Löwer*, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 1992, Art. 9 Rn. 40; *Stern*, Staatsrecht I (Fn. 23), S. 556; *Becker* (Fn. 112), § 167 Rn. 17; ausführlich *W. Schmitt Glaeser*, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf, 1968, S. 32 mit Fn. 50, dort (S. 32 ff.) auch eine ausführliche Begriffsbestimmung.

¹³¹ So u. a. *Dürig* (Fn. 116), S. 47; *Denninger* (Fn. 112), S. 1306; *Preuß*, Vater der Verfassungsväter? (Fn. 81), S. 131.

¹³² *H. Rumpf*, Der ideologische Gehalt des Bonner Grundgesetzes, 1958, S. 35; dort auch die Wendung von den „verfassungsrechtlichen Staatsschutznormen“.

¹³³ Deshalb werden sie von *Hesse* (Fn. 8), Rn. 691 ff. unter der Rubrik „Schutz der Verfassung“ zusammengefaßt; vgl. *Dürig* (Fn. 116), S. 48; *Stern*, Staatsrecht I (Fn. 23), S. 206, 216. – Ausdrücklich bezeichnet das *BVerfG*, 15. 6. 1989 – 2 BvL 4/87 = *BVerfGE* 80, 244, 253, Art. 9 Abs. 2 GG im Anschluß an *Stern* als „präventiven Verfassungsschutz“; diese Wendung findet sich bereits bei *U. Scheuner*, Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz, in: Um Recht und Gerechtigkeit. Festgabe für Erich Kaufmann, 1950, S. 313 ff. (326 ff.).

¹³⁴ Ausführlicher *Denninger* (Fn. 112), S. 1303 ff. Vgl. bei Fn. 113. – Es wäre absurd, etwa die Anhänger der extrem liberalistischen Wirtschaftslehre *F. A. Hayek* als Verfassungsfeinde zu stigmatisieren.

¹³⁵ Vgl. *BVerfG*, 23. 10. 1952 – 1 BvB 1/51 = *BVerfGE* 2, 1, 12 ff. = JZ 1952, 684; 17. 8. 1956 = *BVerfGE* 5, 85, 139 ff. = JZ 1956, 596. – Daß die Bundesstaatlichkeit kein Element der freiheitlichen demokratischen Grundordnung ist, kann als herrschende Ansicht gelten; vgl. *H. Zwirner*, Politische Treupflicht des Beamten (Diss. jur. Göttingen 1956), 1987, S. 201 Fn. 543; *Häberle* (Fn. 64), S. 96 (vgl. ebd. S. 94, 98, 104 f.); *Denninger* (Fn. 112), S. 1308; *Isensee* (Fn. 114), § 98 Rn. 283; *Becker* (Fn. 112), § 167 Rn. 47.

¹³⁶ Gegen eine Synonymität von wertgebundener und streitbarer Demokratie treffend *R. Herzog*, in: *Mauz/Dürig*, GG-Kommentar, Art. 20/II. Abschnitt (1980), Rn. 29 ff.; *Sattler* (Fn. 128), S. 97 m. Fn. 180.

¹³⁷ Man gebraucht hier gern die bildhafte Wendung vom Schutz des Grundgesetzes nach „oben“ (also gegen die Staatsorgane selbst) und nach „unten“ (also gegen Angriffe aus der Gesellschaft); so etwa *T. Mauz/R. Zippelius*, Deutsches Staatsrecht, 29. Aufl. 1994, § 45 I 2 (S. 401); *Becker* (Fn. 112), § 167 Rn. 18.

Werthaftigkeit des Grundgesetzes steigert sich zur *Wehrhaftigkeit*. Während die Ewigkeitsgarantie tragende Strukturprinzipien der Verfassung nur der *Disposition* der Staatsorgane entzieht, wird jetzt – darüber hinausgehend – auch die *Diskussion* in der Gesellschaft beschränkt¹³⁸. Die Demokratie wird sozusagen „militant“¹³⁹.

2. Zur theoretischen Basis: Streitbare Demokratie als Selbstbeschränkung

Zur Rechtfertigung der „streitbaren“ Demokratie lassen sich verschiedene Denkwege beschreiten. Verbreitet ist der Rekurs auf die Einbettung der Demokratie in den umfassenden Rahmen der Verfassung. Als „konstitutionelle“ Demokratie erleidet die ihr innewohnende Offenheit demnach Einbußen durch andere Verfassungsgehalte wie die Grundrechte oder das Rechtsstaatsprinzip¹⁴⁰. Diese Argumentation kann dann wiederum eher wertabsolutistische Gestalt annehmen¹⁴¹ oder nach Art der beim *BVerfGE* früher beliebten „Spannungslagen“-Rechtsprechung erfolgen¹⁴². In beiden Fällen setzt man der vermeintlich destruktiven „Eigenlogik“ der Demokratie¹⁴³ von außen Grenzen. Die Projektionsfläche für diese Argumentation bildet auch hier die Weimarer Republik als (in des zweifelhafter) historischer Anschauungsfall¹⁴⁴ dafür, daß eine freie Gesellschaft sich aus *freien Stücken* in die *Unfreiheit* begeben kann.

Vorzugswürdiger erscheint jedoch eine Deutung, die nicht gewissermaßen von außen Schranken setzt, sondern sich immanent aus dem Demokratieprinzip selbst entwickelt. Die

Selbstbeschränkung figuriert dabei als Bestandteil des Demokratieprinzips, nicht als sein Korrektiv. Bei einer solchen Sichtweise ist etwas genauer zwischen dem Mechanismus eines in Freiheit getroffenen Mehrheitsbeschlusses als der *Methode* demokratischer Entscheidungsfindung und dem geistigen *Grund* der Demokratie als politischer Ordnung zu unterscheiden¹⁴⁵. Daß dieser Geltungsgrund die individuelle Freiheit ist, hat niemand deutlicher als *Hans Kelsen* gezeigt; ebenso, daß im Zuge mehrfacher Metamorphosen aus der unbeschränkten Autonomie des Individuums im vorstaatlichen Naturzustand die Mehrheitsherrschaft gewählter Repräsentanten in der demokratischen Staatsordnung wird¹⁴⁶. Kann sich nun die Methode der Entscheidungsfindung gleichsam gegen ihren eigenen Ursprung, die Idee personaler Freiheit im gesellschaftlichen Verband kehren¹⁴⁷? Diese Frage muß man entgegen *Kelsens* Weimarer Position¹⁴⁸ verneinen – und zwar aus demokratietheoretischen Gründen. Denn die Mehrheitsregel ist nicht Geltungsgrund der demokratischen Ordnung, sondern deren Entscheidungstechnik. Demokratie als Methode zur Herstellung verbindlicher Entscheidungen nach dem Majoritätsprinzip darf zwar keinen bestimmten Inhalt dieser Entscheidung präjudizieren, muß aber auf das eigene Fundament, die Idee freier Selbstbestimmung, bezogen bleiben. Die Mehrheitsregel kann nicht gegen das Sinnprinzip, dem sie entsprungen ist, in Stellung gebracht werden¹⁴⁹. Das Verfassungsprinzip der Demokratie steht also nicht zur Disposition der Majorität.

Diese Rechtfertigung einer möglichen Restriktion bestimmter Entscheidungsinhalte aus dem Demokratieprinzip selbst aufgrund der Differenz zwischen demokratischer *Idee* (d. h.: Selbstbestimmung) und demokratischer *Methode* (d. h.: Mehrheitsentscheidung) wird verstärkt und vertieft, wenn man die Zeitdimension berücksichtigt. In generationenbezogener Denkweise¹⁵⁰ darf die Demokratie nicht allein der Ermittlung der jeweils aktuellen Präferenzen des Volkes dienen, sondern muß auch den späteren Generationen gleiche Chancen zur Wahl zwischen mehreren politischen Alternativen offenhalten; zudem darf sie sich die Möglichkeit zur Selbstkorrektur nicht vorenthalten¹⁵¹. Die möglicherweise noch so freie Entscheidung der abstimmenden Aktivbürgerschaft, eine totalitäre Ordnung zu errichten, bleibt ohne Legitimation, weil es das Demokratieprinzip gebietet, dem Volk zu jeder Zeit ein Recht auf politische Selbstbestimmung einzuräumen¹⁵².

¹³⁸ Es kommt also zur Begrenzung des prinzipiell offenen demokratischen Willensbildungsprozesses. Eine gewisse Milderung tritt allerdings dadurch ein, daß nach der Rechtsprechung eine (wenn auch unsachliche oder unqualifizierte) bloße Kritik nicht ausreicht, sondern eine „aggressiv-kämpferische“ Grundhaltung Voraussetzung ist – dies ungeachtet der normtextlichen Unterschiede sowohl bei Art. 9 Abs. 2 als auch bei Art. 18 u. 21 Abs. 2 GG (*Sattler* [Fn. 128], S. 53, 99; *Becker* [Fn. 112], § 167 Rn. 50; *Löwer* [Fn. 130], Art. 9 Rn. 42; *BVerfGE* 5, 85, 141 [Fn. 135] zu Art. 21 Abs. 2 GG; *BVerwG*, 23. 3. 1971 – I C 54.66 = *BVerwGE* 37, 344, 358; 2. 12. 1980 – I A 3.80 = *BVerwGE* 61, 218, 220 zu Art. 9 Abs. 2 GG).

¹³⁹ Der Terminus geht zurück auf die wohl früheste umfassende Analyse zum Problem von *K. Loewenstein*, *Militant Democracy and Fundamental Rights* (I und II), in: *American Political Science Review* 31 (Juni und August 1937), S. 417 ff., 638 ff. – Vgl. zur Entwicklung *G. P. Boventer*, *Das Konzept der streitbaren Demokratie im internationalen Vergleich*, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 16/85, S. 33 ff. (34 ff.); vertiefend *ders.* (Fn. 128), S. 31 ff.

¹⁴⁰ Vgl. *W. Kägi*, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, 1945, S. 152; *Stern*, *Staatsrecht* 1 (Fn. 23), S. 568; s. auch *G. Leibholz*, *Freiheitliche demokratische Grundordnung und das Bonner Grundgesetz* (1951), in: *ders.*, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3. Aufl. 1967, S. 132 ff. (140 f.). Zu Recht kritisch gegenüber dieser Sichtweise *H. Bielefeldt*, *Zum Ethos der menschenrechtlichen Demokratie*, 1991, S. 81 ff.

¹⁴¹ Dazu zählt insb. der Versuch von *Steinberger* (Fn. 2), S. 243 ff., das Problem der streitbaren Demokratie erkenntnistheoretisch durch Bezugnahme auf die klassische Metaphysik zu begründen.

¹⁴² S. etwa *BVerfGE* 5, 85, 139 (Fn. 135); *Boventer* (Fn. 128), S. 44 ff., der die Spannungslage zwischen Freiheitsschutz und Demokratieschutz als „demokratisches Dilemma“ bezeichnet.

¹⁴³ Beständig wiederholtes Stichwort: „Selbstmord“ der Demokratie (zahlreiche Nachweise dazu bei *Horst Meier*, *Parteiverbote und demokratische Republik*, 1993, S. 146 ff.). – Auf dieser Linie liegen denn auch Aussagen der Art, bei Art. 21 Abs. 2 GG handele es sich um einen „Fremdkörper“, einen „theoretischen Widerspruch“ etc.; zur Kritik *H. Hofmann*, *Verfassungsrechtliche Sicherungen der parlamentarischen Demokratie. Zur Garantie des institutionellen Willensbildungs- und Entscheidungsprozesses*, in: *Konsens und Konflikt*, hrsg. v. A. Ranzelzhofer/W. Süß, 1986, S. 267 ff. (273 f.).

¹⁴⁴ Statt vieler *Sattler* (Fn. 128), S. 95 ff. – Zweifelhaft ist dies aus drei Gründen. *Erstens* waren die schwersten Belastungen der Weimarer Republik sozialer und politischer, weniger verfassungsrechtlicher Art. *Zweitens* bildete nicht Art. 76 WRV das zentrale verfassungsrechtliche Problem, sondern die starke Stellung des Reichspräsidenten, insb. die Kombinationsmöglichkeit von Notverordnungsrecht und Reichstagsauflösung. *Drittens* schließlich verfügte die Weimarer Republik über ein breites Spektrum von staatschützenden Gesetzen und Maßnahmen (vgl. *C. Gusy*, *Weimar – die wehrlöse Republik? Verfassungsschutzrecht und Verfassungsschutz in der Weimarer Republik*, 1991). *Hinzu tritt, daß an der Legitimität der nationalsozialistischen Revolution starke Zweifel angebracht sind* (vgl. oben Fn. 77).

¹⁴⁵ Vgl. insb. *H. Boldt*, *Demokratietheorie zwischen Rousseau und Schumpeter*, in: *M. Kaase* (Hrsg.), *Politische Wissenschaft und politische Ordnung*. FS Rudolf Wildenmann, 1986, S. 217 ff. (insb. 226 ff.); *Bielefeldt* (Fn. 140), S. 90 ff.

¹⁴⁶ *Kelsen* (Fn. 4), S. 3 ff.; ausführlicher dazu *H. Dreier*, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie* bei Hans Kelsen, 2. Aufl. 1990, S. 249 ff.; vgl. auch *Böckenförde* (Fn. 4), § 22 Rn. 37 ff. („Metamorphose der individuellen zur demokratischen Freiheit“).

¹⁴⁷ Diskussion dieses schwierigen Punktes etwa bei *K. Popper*, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde* I, 7. Aufl. 1992, S. 147 ff., 332 ff.

¹⁴⁸ Vgl. insb. *H. Kelsen*, *Staatsform und Weltanschauung*, 1993, S. 20; *ders.*, *Verteidigung der Demokratie* (1932), in: *ders.*, *Demokratie und Sozialismus*, hrsg. v. *N. Leser*, 1967, S. 60 ff.; zu späteren Modifikationen vgl. *Dreier* (Fn. 146), S. 262 ff.

¹⁴⁹ Sehr klärungsbedürftig bleibt natürlich, welches inhaltliche Minimum auf diese Weise auch vor demokratischen Mehrheitsbeschlüssen geschützt ist. Sicher zählen hierzu die „konstitutiven Bedingungen demokratischer Willensbildung“ selbst (*Böckenförde* [Fn. 4], § 22 Rn. 39); die Frage ist, ob nicht mehr als politische Kommunikations- und Mitwirkungsrechte dazugehören, weil deren Wahrnehmung wiederum ein Mindestmaß an personaler Individualfreiheit voraussetzt. Private Freiheit ist Voraussetzung der politischen, nicht umgekehrt.

¹⁵⁰ Grundlegend zur verfassungsrechtlichen Relevanz der Verantwortung für künftige Generationen *H. Hofmann*, *Rechtsfragen der atomaren Entsorgung*, 1981, S. 258 ff.; Erwähnung des Problems mit Blick auf die Staatsverschuldung bereits bei *Ehmke* (Fn. 62), S. 128 ff., 137.

¹⁵¹ *Preuß*, *Vater der Verfassungsväter?* (Fn. 81), S. 132.

¹⁵² Ausführlicher *W. F. Murphy*, *Rechte der politischen Partizipation in den Vereinigten Staaten von Amerika*, in: *Deutschland und sein Grundgesetz* (hrsg. v. *P. Kirchhof* und *D. P. Kommers*), 1993, S. 191 ff. (213 ff.).

3. Praktische Realisierung im Grundgesetz

Für den Schutz der Demokratie vor ihrer Selbstpreisgabe lassen sich also starke verfassungsrechtliche bzw. demokratietheoretische Argumente ins Feld führen¹⁵³. Das über die Wertordnungsidee hinausgehende Konzept der wehrhaften Demokratie ermöglicht es, denjenigen gesellschaftlichen Kräften entgegenzutreten, die die Freiheit und Offenheit der Demokratie nutzen wollen, um eben diese Freiheit und Offenheit zu beseitigen. Die entscheidende Frage lautet dann: Welches sind dafür die tauglichen Mittel?

Die Bundesrepublik Deutschland verfügt insofern über ein im Vergleich zu anderen westlichen Demokratien reiches verfassungsrechtliches Arsenal¹⁵⁴.

a) Ein auch im internationalen Vergleich absolutes verfassungsrechtliches Novum bildet die Möglichkeit der Verwirkung von Grundrechten, wie sie Art. 18 GG vorsieht¹⁵⁵. Es mag bezeichnend sein für den Ausnahmecharakter der Norm und ihren eher appellativen Gehalt¹⁵⁶, daß es in der Geschichte der Bundesrepublik bis vor kurzem erst zwei diesbezügliche Anträge gegeben hat, die ohne Erfolg geblieben sind¹⁵⁷. Bislang existiert also noch kein positiver Anwendungsfall für Art. 18 GG. Daran wird sich wohl auch in Zukunft nichts ändern – trotz der kürzlich gestellten Anträge der Bundesregierung, einigen Führern rechtsextremistischer Bewegungen Grundrechte abzuerkennen¹⁵⁸. Dieser Vorgang offenbart zugleich weitere Schwächen dieses Instituts: die Einladung zu populistischem Scheinaktivismus der Regierung und die unvermeidbare Steigerung des Bekanntheitsgrades politischer Irrläufer.

b) Bereits in zwei Fällen sind indes politische Parteien gemäß Art. 21 Abs. 2 GG verboten worden¹⁵⁹. Auch bei diesem Verfahren liegt die Antragsbefugnis faktisch in der Hand der großen Parteien¹⁶⁰, das Entscheidungsmonopol beim Bundesverfassungsgericht. Der letzte diesbezügliche Antrag gegen die KPD ist mittlerweile allerdings mehr als 40 Jahre alt. Der Grund für die hier deutlich werdende Zurückhaltung dürfte zum einen in der über viele Jahre hinweg stabilen westdeutschen Demokratie¹⁶¹, zum anderen aber auch in der

Erkenntnis zu suchen sein, daß man den politischen Extremismus besser auf offenem Feld mit inhaltlichen Gegenargumenten bekämpft, anstatt ihn in die Illegalität zu drängen¹⁶².

c) Mehrere Anwendungsfälle, darunter auch solche aktueller Art, weist das Vereinigungsverbot des Art. 9 Abs. 2 GG auf¹⁶³ – wohl nicht zuletzt wegen des fehlenden Entscheidungsmonopols des BVerfG¹⁶⁴. Hier fragt sich allerdings ebenso wie bei Art. 18 GG, ob nicht häufig die Anwendung strafrechtlicher Vorschriften ausreichen würde¹⁶⁵.

4. Fazit

Festzuhalten ist, daß die theoretische Grundlegung des Konzeptes wehrhafter Demokratie schlüssiger ausfällt als seine praktische Umsetzung. Die im internationalen Vergleich sehr weitreichenden Instrumente des Grundgesetzes sind zwar bislang mit Recht eher zurückhaltend gehandhabt worden. Gleichwohl bergen die einschlägigen Bestimmungen die Gefahr in sich, aus einem Mittel des Schutzes zentraler freiheitlicher Verfassungswerte zur politischen Waffe gegen unliebsame Kritiker zu werden¹⁶⁶. Die „rechte Mitte zwischen einem Zuviel an Repression und Prävention und einem Zuwenig an Rechtsgüterschutz zu finden, ist nicht immer leicht“¹⁶⁷. Auch bleibt zu berücksichtigen, daß nach aller historischen Erfahrung erfolgreiche Versuche zur Beseitigung freiheitlicher Rechtsordnungen zumeist von den Inhabern der politischen (und militärischen) Macht ausgehen, seltener aber aus dem (friedlichen!) Prozeß politischer Willensbildung in der Gesellschaft resultieren.

Insgesamt gesehen, bietet den besten Schutz gegen Unfreiheit ohnehin eine lebendige, freiheitliche politische Kultur. Sie läßt sich allerdings ebensowenig durch Normen erzeugen wie der Gang in den Totalitarismus allein durch ein noch so feines Gespinnst verfassungsrechtlicher Regelungen zu verhindern wäre. Wirksam kann sich die Freiheit nur durch sich selbst schützen. Damit bleibt die Verfassung der Freiheit auf den gesellschaftlichen Konsens über die ihr innewohnenden freiheitlichen und demokratischen Prinzipien angewiesen – und niemand garantiert, daß dieser Konsens nicht eines Tages zerfällt¹⁶⁸.

¹⁵³ So richtet sich denn auch die Kritik weniger gegen das Prinzip als solches als gegen eine zu extensive Interpretation der „streitbaren“ Demokratie; vgl. statt aller E. Denninger, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, VVDStRL 37 (1979), S. 7 ff. (18 ff.). – Hofmann (Fn. 143), S. 278 mit Fn. 43 spricht von der Gefahr „kleinkariertem Ausmünzungen“ der wehrhaften Demokratie.

¹⁵⁴ Vgl. Steinberger (Fn. 2), S. 9; Boventer (Fn. 128), S. 236 ff. (aufgrund eines ausführlichen internationalen Vergleichs der Ansätze und Elemente einer streitbaren Demokratie in westlichen Demokratien); Sattler (Fn. 128), S. 41, 44 ff.

¹⁵⁵ Boventer (Fn. 128), S. 237.

¹⁵⁶ Vgl. W. Krebs, in: v. Münch/Kunig (Fn. 130), Art. 18 Rn. 1; dort Rn. 8 ff., 14 ff. eine genaue Analyse der dogmatischen Defizite der Vorschrift.

¹⁵⁷ BVerfG, 25. 7. 1960 – 2 BvA 1/56 = BVerfGE 11, 282; 2. 7. 1974 – 2 BvA 1/69 = BVerfGE 38, 23. – Der Verfassungsentwurf für den Bund deutscher Länder v. 29. 6. 1991, vorgelegt vom „Kuratorium für einen demokratisch verfaßten Bund deutscher Länder“, sieht die ersatzlose Streichung des Art. 18 GG vor.

¹⁵⁸ Vgl. den Hinweis auf die beim 2. Senat des BVerfG anhängigen Verfahren (2 BvA 1 u. 2/92) in: EuGRZ 1993, S. 112 (Nr. 8).

¹⁵⁹ BVerfGE 2, 1 (Fn. 135); 5, 85 (Fn. 135). – Auch bei Art. 21 Abs. 2 GG handelt es sich im internationalen Vergleich um einen Sonderfall (Nachweise bei Meier [Fn. 143], S. 339); das schließt allerdings „kämpferische“ Vorschriften insbesondere des Vereins- oder Strafrechts, wie sie zahlreiche Staaten kennen, nicht aus.

¹⁶⁰ Vgl. § 43 BVerfGG; die Antragstellung liegt im politischen Ermessen von Bundestag, Bundesrat oder Bundesregierung (vgl. Becker [Fn. 112], § 167 Rn. 57). – Zur gebotenen restriktiven Interpretation der Verbotsvorschriften vgl. neuestens die Kommentierung der §§ 43 ff. BVerfGG durch G. F. Schuppert, in: D. C. Umbach/T. Clemens (Hrsg.), BVerfGG. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 1992, S. 735 ff.

¹⁶¹ Diese Stabilität beruht auf politischen und vor allem ökonomischen Fak-

toren und kann nicht pauschal der Qualität des Grundgesetzes einschließlich seiner Wertgebundenheit und Wehrhaftigkeit zugeschrieben werden. Eine echte Bewährungsprobe steht dem Grundgesetz wohl erst noch bevor.

¹⁶² Ohnehin besteht ja das strukturelle Dilemma des Art. 21 Abs. 2 GG darin, daß ein Verbot radikaler Splitterparteien überflüssig (und unverhältnismäßig), ein Verbot mächtiger Massenorganisationen aber kaum durchsetzbar sein wird (vgl. F. Stollberg, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Parteiverbots, 1976, S. 26 ff.; Hesse [Fn. 8], Rn. 715 m. Fn. 5; Schuppert [Fn. 160], § 46 Rn. 16 ff.).

¹⁶³ Siehe etwa BVerwGE 37, 344 (Fn. 138) – Ludendorff; 55, 175 – Exilkroaten; 61, 218 – „Wehrsportgruppe Hoffmann“; 74, 176 – ANS/NA; 80, 299 – „Hell's Angels“; VGH Mannheim, 31. 7. 1989 – 1 S 3675/88 = NJW 1990, 61 – Motorradclub „Gremium“; VGH München, 21. 8. 1989 – 4 A 88.1000 = NJW 1990, 62 – Motorradclub „W. A.“; jüngst BVerwG, 25. 3. 1993 – 1 ER 301/92 = NJW 1993, 3213 – Nationalistisches Front.

¹⁶⁴ Vgl. § 3 des Vereinsgesetzes.

¹⁶⁵ Für Hesse (Fn. 8), Rn. 713, bietet das politische Strafrecht jedenfalls geringere der Verwirkung von Grundrechten „sehr viel einfachere und wirksamere Möglichkeiten zur Ausschaltung verfassungsfeindlicher Kräfte“; W. Krebs (Fn. 156), Art. 18 Rn. 26 sieht Art. 18 GG „vor dem Hintergrund insbesondere des politischen Strafrechts als eher ineffektiv“ an. – Vgl. auch M. Zuleeg, Mißbrauch von Grundrechten vor dem Hintergrund demokratischer Strukturen, in: Iliopoulos-Strangas (Fn. 6), S. 41 ff. (42, 48 f.).

¹⁶⁶ Vgl. Steinberger (Fn. 2), S. 9 f., 267, 299 f., 599 f.; Hesse (Fn. 8), Rn. 694, 710, 715; Lameyer (Fn. 128), S. 206 ff.; Sattler (Fn. 128), S. 98 f. – S. auch BVerfG, 8. 3. 1983 – 1 BvR 1078/80 = BVerfGE 63, 266, 298 ff. = JZ 1983, 599 (Tettinger), 308 ff. (Sondervotum Simon).

¹⁶⁷ E. Denninger, Staatsrecht, Bd. 1, 1973, S. 90. – Zum Problem etwa K. Popper, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. II, 7. Aufl. 1992, S. 189; H. Kelsen, Was ist Gerechtigkeit?, 2. Aufl. 1975, S. 42.

¹⁶⁸ Vgl. Hofmann, Staatsgrundgesetz (Fn. 24), S. 295.

Juristen JZ Zeitung

Redaktion: 72074 Tübingen
Wilhelmstraße 18
Telefon (07071) 923-52
Telefax (07071) 51104

15/16

49. Jahrgang
19. August 1994
Seiten 741-800

Aus dem Inhalt:

Horst Dreier

Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat

Christoph Gusy

Die Entstehung der Weimarer Reichsverfassung

Beate Grün

Der Wegfall der Geschäftsgrundlage bei DDR-
Wirtschaftsverträgen nach der Wende

Herwig Roggemann

Richterstrafbarkeit und Wechsel der Rechtsordnung

BGH mit Anmerkung von

Fritz Ossenbühl

Amtshaftung bei Überschwemmungsschäden

BGH mit Anmerkung von

Wilhelm Uhlenbruck

Arzthaftung bei Verletzung von Organisationspflichten

BGH mit Anmerkung von

Rüdiger Zuck

Zulassung zum Notarberuf