

**Veröffentlichungen**  
**der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**  
===== **Heft 37** =====

Erhard Denninger und Hans Hugo Klein

**Verfassungstreue und Schutz der Verfassung**

---

Walter Rudolf und Frido Wagener

**Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart**

Berichte und Diskussionen  
auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer  
in Bonn vom 4.—7. Oktober 1978



1979

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Redaktion: Prof. Dr. Dr. h. c. Thomas Oppermann

*CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek*

**Denninger, Erhard**

Verfassungstreue und Schutz der Verfassung / Erhard Denninger und Hans Hugo Klein. Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart / Walter Rudolf und Frido Wagener. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Bonn vom 4.—7. Oktober 1978. — Berlin, New York: de Gruyter, 1979.

(Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer; H. 37)

ISBN 3-11-008025-7

NE: Klein, Hans H.; Rudolf, Walter: Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart



Copyright 1979 by Walter de Gruyter & Co., vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Georg Reimer, Karl J. Trübner, Veit & Comp., 1 Berlin 30. Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany.

Satz und Druck: Vereinigte Druckereien Chmielorz & A. W. Hayn's Erben GmbH, 1 Berlin 44  
Buchbinderarbeiten: Thomas Fuhrmann KG, 1 Berlin 36

# Inhalt

|                             |   |
|-----------------------------|---|
| Jahrestagung 1978 . . . . . | 5 |
|-----------------------------|---|

## Erster Beratungsgegenstand:

### *Verfassungstreue und Schutz der Verfassung*

|                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Bericht von Professor Dr. <i>Erhard Denninger</i> . . . . .   | 7   |
| Leitsätze des Berichterstatters . . . . .                        | 49  |
| 2. Mitbericht von Professor Dr. <i>Hans Hugo Klein</i> . . . . . | 53  |
| Leitsätze des Mitberichterstatters . . . . .                     | 111 |
| 3. Aussprache und Schlußworte . . . . .                          | 114 |

## Zweiter Beratungsgegenstand:

### *Der Öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart*

|                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Bericht von Professor Dr. <i>Walter Rudolf</i> . . . . .    | 175 |
| Leitsätze des Berichterstatters . . . . .                      | 212 |
| 2. Mitbericht von Professor Dr. <i>Frido Wagener</i> . . . . . | 215 |
| Leitsätze des Mitberichterstatters . . . . .                   | 261 |
| 3. Aussprache und Schlußworte . . . . .                        | 267 |

|                                  |     |
|----------------------------------|-----|
| Verzeichnis der Redner . . . . . | 329 |
|----------------------------------|-----|

|                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der<br>Deutschen Staatsrechtslehrer . . . . . | 331 |
|------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| Satzung der Vereinigung . . . . . | 349 |
|-----------------------------------|-----|



## Jahrestagung 1978

Die Vereinigung hielt ihre Jahrestagung 1978 — die 30. seit ihrer Erneuerung 1949 — vom 4. bis 7. Oktober in Bonn ab. Zum zweiten Mal wählte sie damit den vorläufigen Sitz der Bundesorgane als Tagungsort, an dem zur gleichen Zeit vor 30 Jahren der Parlamentarische Rat an der Entstehung des Grundgesetzes arbeitete. Über 200 Mitglieder und ihre Damen besuchten die Tagung und die Veranstaltungen der Vereinigung.

Der Vorsitzende der Vereinigung, *Klaus Stern* (Köln), konnte zu den Referaten und Diskussionen in der Aula der Universität Bonn eine große Anzahl von Kollegen aus dem Ausland sowie die Schriftleiter der juristischen Fachpresse begrüßen. Die Diskussionsleitung lag in der Hand der weiteren Vorstandsmitglieder *Thomas Oppermann* für den ersten Beratungsgegenstand und *Rupert Scholz* für den zweiten Beratungsgegenstand.

Die Mitgliederversammlung gedachte der verstorbenen Kollegen *Franz Mayer* (Regensburg) und *Friedrich Schack* (Hamburg). Sie hatte sich neben Regularien im besonderen mit Satzungsfragen und der Einordnung der Allgemeinen Staatslehre, der Verfassungsgeschichte der Neuzeit und des Kirchenrechts in die Wahlfachgruppen der juristischen Ausbildungs- und Prüfungsordnungen zu befassen. Zehn neue Mitglieder wurden aufgenommen und vorgestellt. Der amtierende Vorstand, *Klaus Stern* (Köln), *Thomas Oppermann* (Tübingen) und *Rupert Scholz* (München), wurde in geheimer Wahl wiedergewählt. Er kooptierte *Dieter Wilke* (Berlin) zur Durchführung der Jahrestagung 1979 in Berlin vom 3. bis 6. Oktober 1979.

Die Arbeitssitzungen der Vereinigung wurden von festlichen Veranstaltungen umrahmt: Am ersten Abend durch ein Konzert in der Schloßkirche der Universität Bonn, bei dem das Collegium Musicum unter der Leitung von *Emil Platen* musizierte, und einen Empfang des Rektors der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Magnifizenz *Aloys Heupel*, in den Festräumen des Kurfürstlichen Schlosses. Am zweiten Abend empfing Herr Bundespräsident *Walter Scheel* die Mitglieder und ihre Damen in der Villa Hammerschmidt. Den Ausklang der Arbeitstagung bildete der festliche Ball in der Redoute in Bad Godesberg. Am Samstag fand der traditionelle Ausflug in die Umgebung statt: zur romanischen Kirche

Schwarzhof und zum Altenberger Dom. In beiden Kultstätten war unser Kollege *Ulrich Scheuner* ein ebenso kunstverständiger wie geschichtskundiger Führer.

Besonderen Dank schuldet die Vereinigung den Mitgliedern der gastgebenden Fakultät, vor allem dem kooptierten Vorstandsmitglied, Herrn *Fritz Ossenbühl*, seiner Frau und ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern für die Mühe und Umsicht bei der Vorbereitung und der reibungslosen Organisation der Tagung.

Die nachstehend abgedruckten Referate wurden jeweils am Vormittag des 5. und 6. Oktober gehalten. Ihnen folgte am Nachmittag die vollständig wiedergegebene Diskussion.

Erster Beratungsgegenstand:

## **Verfassungstreue und Schutz der Verfassung**

1. Bericht von Professor Dr. *Erhard Denninger*, Frankfurt/M.

### **Inhalt**

|                                                                                                                                                                                                                                | Seite |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| I. Einleitung . . . . .                                                                                                                                                                                                        | 8     |
| II. Die Grundwerte-Diskussion . . . . .                                                                                                                                                                                        | 11    |
| III. Unsicherheit über Grenzen und Methoden des Schutzes der<br>Verfassung und der streitbaren Demokratie . . . . .                                                                                                            | 14    |
| IV. Das Leitbild des „streitbaren Demokraten“ und der<br>„Wille zur Verfassung“ . . . . .                                                                                                                                      | 20    |
| V. Vorinstitutionelle Prinzipien der freiheitlichen demokrati-<br>schen Grundordnung als Orientierung für streitbare Demo-<br>kraten und Staatsgewalt: Freiheit von Angst, Vertrauen,<br>Bereitschaft zum Engagement . . . . . | 26    |
| VI. Folgerungen . . . . .                                                                                                                                                                                                      | 32    |
| 1. Beamtentreue . . . . .                                                                                                                                                                                                      | 32    |
| 2. Nachrichtendienstlicher Verfassungsschutz . . . . .                                                                                                                                                                         | 35    |
| 3. Überverfassungsgesetzlicher Notstand? . . . . .                                                                                                                                                                             | 43    |

## I. Einleitung

1. Man liest von einer seit neun Jahren an Hauptschulen eines sozialliberal regierten Landes tätigen Lehrerin. In ihrem Deutschunterricht in der 10. Klasse wurde zusammen mit anderer Lyrik, u. a. von *Matthias Claudius*, auch ein Liebesgedicht von *Peter Paul Zahn* besprochen, der wegen versuchten Mordes an einem Polizisten zu 15 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Die Lehrerin wird wegen Zweifels an ihrer Verfassungstreue zur Anhörung vor die Schulbehörde geladen<sup>1</sup>.

2. Man liest von dem Lehramtsbewerber für das Lehramt an Volksschulen in einem nicht sozialliberal regierten Land, dessen Versuch, in den Vorbereitungsdienst aufgenommen zu werden, im Januar 1978 vor dem Verwaltungsgericht (Ansbach) scheitert<sup>2</sup>. Die Richter bestätigen dem Kandidaten, einem

---

<sup>1</sup> Fall der Lehrerin *M. Eichstädt*. Vgl. den Bericht „Entmündigte Lehrer“ von *J. Duhm-Heitzmann* in: B:E, Heft 8/1978 S. 24 f. Die Lehrerin hatte außerdem, nach Absprache in der Lehrerkonferenz, im Wahlpflichtunterricht mehrere Wochen hindurch die Themen Ende der Weimarer Republik, Machtergreifung Hitlers, Einrichtung der Konzentrationslager, faschistische Geisteshaltung behandelt. Leitlektüre dabei: *Eugen Kogons* „Der SS-Staat“. In das Klassenbuch wurden fast immer nur Kürzel wie „Faschismus“ oder „Faschismus in Deutschland“ eingetragen. In der Anhörung wurde der Beamtin eine überproportionale Beschäftigung mit dem Thema Faschismus vorgeworfen. (Man ist versucht, an dieser Stelle die verheerenden Ergebnisse der Untersuchungen über das Unwissen der meisten Schulabgänger gerade hinsichtlich der jüngsten deutschen Vergangenheit zu referieren; dies ist ein demokratie-relevanter Tatbestand). Das Gedicht von *P. P. Zahn* hat folgenden Wortlaut: „Februarsonne. / Die pritsche schräg vors fenster stellen / auf ihr liegen / das gesicht in der sonne / den kopf gleichmäßig drehen / manchmal streicht der wind über / die geschlossenen augen / ich stelle mir vor / es wären deine finger / sacht streicht der wind / und sacht / denke ich mir deine finger / denn stärker / könnte ich das nicht ertragen“.

<sup>2</sup> Fall des Lehramtsbewerbers *H. H. Häberlein*. Vgl. Urteil des VG Ansbach vom 10. 1. 1978 — AN 954 — I/77. H. stammte aus einem christlichen Elternhaus, er selbst war im CVJM tätig. Später wurde er aktives Mitglied und Funktionär der „Deutschen Friedensgesellschaft — Vereinigte Kriegsdienstgegner (DFG-VK)“, einer Sammelbewegung der Kriegsdienstgegner, in der auch Kommunisten Mitglieder sind, in der jedoch nach Auskunft des Verfassungsschutzberichtes 1977 des BMI Nichtkommunisten die weitaus größere Mehrheit haben, vgl. dort, Teil: Linksextremistische Bestrebungen, S. 41. In der Anhörung distanzierte sich der Bewerber ausdrücklich von der kommunistischen Zielsetzung einer Diktatur des Proletariats, ebenso, und zwar in Übereinstimmung mit dem Programm seiner Organisation, von jeglicher Gewaltanwendung. Er bekannte sich eindeutig zur Beachtung der geltenden Gesetze. Seine Überzeugung von der Notwendigkeit einer militärischen Ab-

Kriegsdienstgegner aus christlich-pazifistischer Überzeugung ausdrücklich, er sei zwar kein Verfassungsfeind, doch lasse er gegenüber der freiheitlichen demokratischen Grundordnung nur eine gleichgültig distanzierte Haltung erkennen; im Ernstfall werde er in der Situation eines Mannes sein, „der ratlos den Geschehnissen zusieht“, anstatt dem „Sturz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung“ durch eigenes aktives Verhalten entgegenzutreten. Ein solcher Mann könne nicht Beamter werden.

3. Man liest ferner<sup>3</sup> von einer 19jährigen Münchner Abiturientin, die einem Anwerbungsversuch des Verfassungsschutzes widerstanden hat. Sie sollte für das Amt Spitzeldienste gegen Schülerorganisationen leisten. Ein Stadtrat soll erklärt haben, man müsse ihre Verfassungstreue schon deshalb anzweifeln, weil sie das Ansinnen des Verfassungsschutzes ausgeschlagen habe.

Man fragt sich angesichts solcher und zahlreicher ähnlicher Vorkommnisse: Leben wir wirklich, wie von offizieller Seite immer wieder versichert wird, im „freiheitlichsten Staat der deutschen Geschichte“<sup>4</sup>? Oder haben nicht vielleicht eine Fülle von Einzelregelungen und die dazugehörige pflichteifrige Praxis die „Streitbarkeit“ unserer Demokratie schon bis zu dem Punkt gebracht, an dem, mit den Worten der Dissenters zum Abhörgezet-Urteil, die streitbare Demokratie sich gegen sich selbst zu kehren beginnt<sup>5</sup>? Und werden nicht mit der ständi-

rüstung werde aber, so bekundete er, nicht dadurch falsch, daß sie auch von Kommunisten geteilt werde.

Das Urteil, das möglicherweise in der höheren Instanz aufgehoben werden wird, ist ein Beleg für das schlimme Phänomen der „Kontaktschuld“, das bis in den Bereich der Sprache, der Worte-Tabuisierung hineinreicht, vgl. das Beispiel bei *Galtung* und *Preuß* in: 3. Internationales Russell-Tribunal, Berlin 1978, S. 94 f.

<sup>3</sup> Fall der Abiturientin *Marianne Weiß*, vgl. DER SPIEGEL, Nr. 31/1978, S. 74 f.

<sup>4</sup> Vgl. W. Maihofer, am 20. 11. 1976: „Wir leben im freiheitlichsten Staat der deutschen Geschichte“, in: Innere Sicherheit, Nr. 36, 17. 12. 1976, S. 1; ferner derselbe im Deutschen Bundestag am 15. 11. 1974, BT-Prot. 7/8959 ff. abgedr. in *Denninger* (Hrsg.), Freiheitliche demokratische Grundordnung, Band II, 1977, S. 567: „Die freiheitlichste Verfassung in der deutschen Geschichte, unser Grundgesetz...“

<sup>5</sup> BVerfGE 30, 1 ff., 33 ff., 45: „Der Gesetzgeber, ... hat daher bei Regelung der Gefahrenabwehr — etwa im Bereich der Verbrechensbekämpfung oder der im Wesen nicht anders gearteten Tätigkeit der Geheimdienste — die Rechtsgüter gegeneinander abzuwägen unter Berücksichtigung des Wertes, den das Grundgesetz den Individualrechten beimißt. Die „Staatsraison“ ist kein unbedingt vorrangiger Wert. Verkennt der Gesetzgeber die Schranken, so kehrt die „streitbare Demokratie sich gegen sich selbst.“ Vgl. auch unten zu VI. 2.

gen Berufung 1. auf die freiheitliche demokratische Grundordnung als eine unverrückbare Ordnung als „absolut“ anerkannter Werte<sup>6</sup> und 2. auf unantastbare sogenannte „Grundwerte“, im Hintergrund eines zwar notwendigen, aber streng rechtsstaatlich und unpathetisch durchzuführenden Verfassungsschutzes Tendenzen sichtbar, die darauf abzielen, die ebenfalls oft berufene „Offenheit“<sup>7</sup> der Verfassung allmählich einzuschließen, aus Freiheitsgebrauch wertverwirklichende Pflichterfüllung und an die Stelle pluraler Gemeinwohldiskussion den angeblich ideologiefreien technokratischen Nachvollzug von tatsächlichen oder nur deklarierten Sachzwängen treten zu lassen? Wo liegen für den säkularen, weltanschaulich neutralen Staat, der den ideologisch-kulturellen Pluralismus nicht nur obrigkeitsstaatlich-gönnerhaft, *kantisch* gesagt: paternalistisch toleriert<sup>8, 9</sup>, sondern ihn vielmehr als ungeschriebene Voraussetzung seiner Existenz anerkennt, wo liegen für einen solchen Staat die *prinzipiellen* Schranken des Zugriffs auf das forum internum?

Dies scheinen mir die Kern- und Existenzfragen unserer Demokratie zu sein, ohne deren Beantwortung alle dogmatischen Einzelerörterungen über Grundrechtsverwirkung, Parteiverbot, Beamtentreue, Zweck und Grenzen des politischen Strafrechts,

<sup>6</sup> Seit BVerfGE 2, 1 ff., 12 f., und vor allem E 5, 85 ff., 139, st. Rspr.

<sup>7</sup> Vgl. z. B. K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 9. Aufl. 1976, S. 12 f. mit Bezug auf R. Bäuml; A. Hollerbach, Ideologie und Verfassung, in W. Maihofer (Hrsg.), Ideologie und Recht, 1969, S. 57. Ferner P. Häberle in zahlreichen Arbeiten, zuletzt in Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung, ZfSchwR N. F. 97 (1978) S. 1 ff. m. v. N. Häberle akzentuiert Offenheit als und durch „Öffentlichkeit“. Im Hintergrund steht die Kategorie der „offenen Gesellschaft“ im Sinne K. R. Poppers, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, I, 5. Aufl. 1977, S. 228 ff. G. Roellecke, Der Begriff des positiven Gesetzes und das Grundgesetz, 1969, versteht das Gesetz als offenes Verfahren. Gerade von diesem Ansatz aus erscheint seine Kritik in: Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, DÖV 1978, S. 457 ff., 460 N. 30, an meiner Verteidigung der „Alternanzdemokratie“ (H. P. Schneider) gekünstelt, vgl. Verfassung und Gesetz, in: Frankfurter Hefte 3/1978, S. 32. Vgl. zum Thema auch meine Bemerkungen in M. Tohidipur (Hrsg.), Verfassung, Verfassungsgerichtsbarkeit, Politik, S. 176 ff. sowie demnächst Denninger, Staatsrecht 2, Kap. IV. 10.

<sup>8</sup> Kant, Über den Gemeinspruch: ... II., Sämtl. Werke in sechs Bänden, Bd. 1, Leipzig 1912, S. 193; Rechtslehre II. Teil, § 49, in: Metaphysik der Sitten, Hamburg 1954, S. 140.

<sup>9</sup> Prägnant K. Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, S. 254: „Toleranz ist heute Aufgabe Aller, nicht aber mehr eine Eigenschaft des Staates. Der Staat gewährt nicht eigentlich mehr Toleranz; er ist zum Hüter der Toleranz geworden.“

Aufgaben und Befugnisse der Ämter für Verfassungsschutz, über Datenschutz u. v. a. zusammenhanglos und arbiträr bleiben müssen.

## II. Die Grundwerte-Diskussion

Die sog. *Grundwerte-Diskussion* der Jahre 1976/77<sup>10</sup>, die sich vor allem am Streit um die Reform des Abtreibungsstrafrechts und des Ehescheidungsrechtes entzündet hatte, war für die Suche nach dem gemeinsamen Fundament aller Demokraten, nach den unverzichtbaren „essentials“ der Verfassungsbasis jenseits des in Art. 79 Abs. 3 GG Gemeinten wenig hilfreich. Abgesehen von den zahlreichen, nur zum Teil auf die Unklarheit des Begriffs „Grundwert“ zurückzuführenden Mißverständnissen ging es in der Debatte, wie richtig bemerkt wurde<sup>11</sup>, nicht eigentlich um eine *Wertebestimmung*, „sondern in erster Linie um eine *Feindbestimmung*“. Der Kritik an den damals von *Helmut Schmidt*<sup>12</sup> vertretenen Kulturkampfpositionen mit umgekehrtem Vorzeichen ging es um den Versuch, den „Staat“, genauer: den demokratischen Gesetzgeber in dem Augenblick auf einen bestimmten soziokulturellen status quo festzuschreiben, in dem sich eine demokratisch repräsentierende Mehrheit im Parlament anschickte, bestimmte als unhaltbar empfundene

---

<sup>10</sup> Vgl. G. Gorschenek (Hrsg.), *Grundwerte in Staat und Gesellschaft*, 1977; O. Kimminich (Hrsg.), *Was sind Grundwerte?*, 1977; W. Leisner (Hrsg.), *Staatsethik*, Bd. 9 der Reihe *Gesellschaft-Kirche-Wirtschaft*, hrsg. von der Internationalen Stiftung Humanum, 1977; J. Isensee, *Demokratischer Rechtsstaat und staatsfreie Ethik*, in: *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, Band 11, 1977, S. 92 ff., ferner die dort veröffentlichten Beiträge von W. Kluxen und K. Lehmann. J. Isensee, *Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens*, in: *NJW* 1977, S. 545 ff. Vgl. neuerdings E.-W. Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat*, Berlin 1978, bes. S. 34 ff.

<sup>11</sup> H. F. Lissen, *Ärgernisse der Grundwertdebatte*, *Frankfurter Hefte* 6/1978, S. 11.

<sup>12</sup> H. Schmidt, *Ethos und Recht in Staat und Gesellschaft*, in: *Gorschenek*, a. a. O., (N. 10) S. 13 ff. bes. S. 22, 26. Schmidts Thesen lassen sich so resümieren: a) der Staat des Grundgesetzes könne als Staat nicht Träger eines eigenen Ethos sein; nur was in der Gesellschaft an ethischen Grundhaltungen tatsächlich vorhanden sei, könne als Recht ausgeformt werden; b) der Staat habe zwar den *Grundrechten* Respekt und Geltung zu verschaffen, die Wahrung der *Grundwerte* sei jedoch Sache der Gesellschaft, jedes einzelnen Bürgers, jeder Gemeinschaft, nicht zuletzt der Kirchen. Man kann beide Sätze mühelos als vielleicht etwas pointierte Formulierungen des Prinzips der Nichtidentifikation (H. Krüger) auffassen. Die Aufregung, die sie dennoch vornehmlich in konservativen und kirchlichen Kreisen ausgelöst haben, wird erst aus dem im Text Ausgeführten erklärlich.

Zustände zu reformieren. Das Ergebnis der „ständigen freien geistigen Auseinandersetzung“ der politischen Kräfte, die ja doch gemäß der Formel des Bundesverfassungsgerichts „für die freiheitliche demokratische Staatsordnung schlechthin konstituierend“ ist<sup>13</sup>, kann nach den Spielregeln der parlamentarischen Demokratie nur durch Mehrheitsentscheid ermittelt werden. Eben dies wird nun von den Kritikern für wichtige Sachbereiche geleugnet. Der Staat, wird gesagt, dürfe sich nicht einfach hinter den Schutzschild angeblicher oder wirklicher Mehrheitsmeinung zurückziehen<sup>14</sup>, er sei kein bloßer „Wert-Notar“<sup>15</sup>, auch „nicht das Instrument zur Durchsetzung der Interessen und Zwecke der jeweiligen Mehrheit“<sup>16</sup>.

Auf diese Art und Weise, den Staat an seine Verantwortung für die Grundwerte zu erinnern, spielt man zunächst einmal *nur behauptete* Entscheidungen des Verfassungsgebers gegen den („einfachen“) Gesetzgeber aus, will man die demokratisch legitimierte Mehrheit auf einmal nicht mehr als repräsentativ für das Volk insgesamt gelten lassen. Wo wir aber — um die Worte *Ulrich Scheuners* zu gebrauchen — „Ablehnungen der Mehrheitsentscheidung, . . ., begegnen, wird im Ergebnis nicht ein Weg zu einer herrschaftslosen Gemeinschaft gewiesen — sie kann es nur in einem utopischen Denken geben — und auch nicht eine Möglichkeit der politischen Einheit jenseits der Gegensätze eröffnet, sondern in der Regel wird die Herrschaft einer minoritären Gruppe durch illegitime Gleichsetzung ihrer Anschauung mit dem Gemeinwillen zu legitimieren gesucht.“<sup>17</sup> Wer also mit dem Vorwurf an den Gesetzgeber, dieser verlasse den durch die Verfassung umschriebenen, verbindenden Konsens über Grundwerte, zugleich das demokratische Mehrheitsprinzip angreift, der greift nicht allein dieses, sondern auch die es fundierenden Prinzipien des *Pluralismus* und der *Repräsentation*<sup>18</sup> und damit konstitutive Elemente des Basiskonsenses

<sup>13</sup> BVerfGE 40, 287 ff., 294; st. Rspr.

<sup>14</sup> A. v. Campenhausen, Grundwerte in Staat und Gesellschaft, in: *Gorschenek*, a. a. O. (N. 10), S. 207.

<sup>15</sup> H. Maier, Zur Diskussion über die Grundwerte, in: *Gorschenek*, a. a. O., S. 174.

<sup>16</sup> Kommission I „Politik, Verfassung, Recht“ des Zentralkomitees der deutschen Katholiken, in: *Gorschenek*, a. a. O., S. 146 ff., 148.

<sup>17</sup> U. Scheuner, Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie, Opladen 1973, S. 44. Zu den Grenzen der Anwendbarkeit des Mehrheitsprinzips ders. ebenda S. 48 ff.

<sup>18</sup> Vgl. U. Scheuner, Konsens und Pluralismus als verfassungsrechtliches Problem, in: G. Jakobs, (Hrsg.), Rechtsgeltung und Konsens, Schriften zur Rechtstheorie Heft 49, 1976, S. 33 ff., „Grundkonsens“. A. Podlech, Wertentscheidungen und Konsens, ebenda, S. 9 ff. insbesondere zur wichtigen Unterscheidung zwischen „Basis-

an, der freiheitliche Demokratie überhaupt erst ermöglicht. Hier erst zeigt sich das Problem der Grundwerte in voller Schärfe: Der vielfach zu beobachtende Versuch<sup>19</sup>, die gegenständliche Reichweite des Mehrheitsprinzips durch eine Ausweitung des Bereichs des „Unabstimmbaren“<sup>20</sup>, des legislativ Unverfügbaren einzuschränken und durch Berufung auf Grundwerte eine normative Einheit zu postulieren, wo meinungs-, interesse- und willensmäßig offensichtlich keine Einheit existiert, bringt grundlegende Verfassungsprinzipien miteinander in Konflikt: die *prozeduralen* Prinzipien (also die das Verfahren des freien demokratischen politischen Prozesses regelnden) der Mehrheitsentscheidung<sup>21</sup>, der Pluralität, Alternativität und Repräsentation stehen gegen die *inhaltlichen* gemeinsamer Wertüberzeugungen. Dabei geht es hier gerade nicht um ein Problem des Minderheitenschutzes, um den Schutz der Auffassungen der Minderheit als Minderheit, sondern um die Reichweite des Mehrheit und Minderheit umgreifenden *inhaltlichen* Basiskonsenses. Hier liegt das äußerst Besorgniserregende, das

---

konsens“ und „Einzelkonsens“. Ferner: E. Denninger, Staatsrecht 1, 1973, S. 43, 53. Das BVerfGE 2, 1 ff., 12 f., begreift die drei Prinzipien (der Mehrheitsentscheidung, des Pluralismus und der Repräsentation) als wesentliche Elemente der „freiheitlichen demokratischen Grundordnung“. Das gilt auch für das nicht ausdrücklich genannte Repräsentationsprinzip, das aber in den Grundsätzen der Gewaltenteilung, des Parteienpluralismus und des Rechts auf Opposition impliziert ist. Vgl. ferner G. Lautner, Die freiheitliche demokratische Grundordnung, Kronberg/Ts. 1978, bes. S. 38 ff.

<sup>19</sup> Vgl. H. Kohl, Freiheit, Solidarität, Gerechtigkeit, in: Gorschenek a. a. O., S. 52 ff., 57. Gegen die Pflicht des Politikers, „ein Maximum an Konsens über Grundwerte der Gesellschaft, die verfassungsrechtlich relevant sind, anzustreben“, ist nichts einzuwenden, so lange die Konsensmaximierung über den offenen demokratischen Prozeß erfolgt. Zur Kritik des antagonistischen Dissensmodells einerseits, des idealistischen Konsensmodells der Verfassung andererseits vgl. meine Bemerkungen in Verfassung und Gesetz, jetzt auch in Denninger/Lüderssen, Polizei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat, 1978, S. 16 ff. Beide Extremmodelle der Verfassung führen zur Reformunfähigkeit der demokratischen Gesellschaft. Vorzüglich dazu: C. Graf v. Krockow, Konfliktfähigkeit: Grundbedingung der demokratischen Gesellschaft, in: Vorgänge 30 Heft 6/1977, S. 13 ff. Zutreffend auch K. Schlaich, Neutralität, a. a. O., S. 262 ff.: Nicht das weltanschauliche Minimum als solches ist anzustreben, sondern die „Fülle der Kultur“ der Bürger — aber in deren freier Wertewahl. „Nicht die Werte, sondern verbindlich gemachte Werthierarchien sind der Freiheit und Neutralität gefährlich“ (264). Werte, wo immer und wem immer sie verkündet werden, tendieren aber zu absoluter Verbindlichkeit, vgl. JZ 1975, S. 545 ff.

<sup>20</sup> BVerfGE 35, 79 ff., 151.

<sup>21</sup> Zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips vgl. immer noch: J. Locke, Über die Regierung, Buch VIII, Nr. 96 f.

die Grundwerte-Diskussion jedenfalls als Problem klar zutage gebracht hat: Wenn über die „Wertgebundenheit“ der Staatsorgane, vornehmlich des Gesetzgebers gestritten wird, und das ist insbesondere hinsichtlich der Grenzen der „streitbaren“, der „wehrhaften“<sup>22</sup>, d. h. „werthaften“ Demokratie der Fall, dann geht es nicht mehr um die politisch-kämpferische Auseinandersetzung zur Ermittlung jeweiliger Gemeinwohlinhalte *im Rahmen* einer unangefochten akzeptierten Verfassung, sondern dann wird der grundlegende Verfassungskonsens selbst in Frage gestellt. Die Verfassung als normatives Gehäuse, als Grundstruktur des politischen Prozesses<sup>23</sup> wird zum Kampfinstrument gegen den Gegner, den man außerhalb der Verfassung stellt; im Extremfall wird sie zum „Instrument der politisch-moralischen Ausbürgerung“<sup>24</sup>; der politische Gegner wird zum Verfassungs- und damit zum Staatsfeind.

### III. Unsicherheit über Grenzen und Methoden des Schutzes der Verfassung und der streitbaren Demokratie

Umstritten sind nicht allein die inhaltlichen Konkretisierungen der Grundwerte<sup>25</sup> sowie das Ausmaß der Wertgebundenheit und Werteverantwortung des Staates, umstritten sind auch die normative Funktion und die Reichweite des „Prinzips der streitbaren Demokratie“ — besser: der „wehrhaften“ oder „abwehrbereiten“ Demokratie<sup>26</sup> — als dessen Schutzobjekt und

<sup>22</sup> BVerfGE 39, 349.

<sup>23</sup> Vgl. etwa H. Heller, Staatslehre, Leiden 1934, S. 259 ff., 269.

<sup>24</sup> Auch Art. 18 GG erlaubt nur, den Demokratiegegner in bestimmtem Ausmaß zu „entpolitisieren“, nicht aber, ihn zu „entbürgerlichen“, so zutreffend Dürig in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Art. 18, Rdnr. 6. Das Zitat im Text: U. K. Preuß, Legalität — Loyalität — Legitimität, in: Leviathan 4/77, S. 450 ff., 465. Wird die Verfassung in dieser Weise instrumentalisiert, so vernachlässigt die normale demokratische Integrations- und Innovationsfunktion des politischen Prozesses; Politik wird durch autoritativ verkündete Grundwertemetaphysik in Gestalt juristischer Entscheidungen ersetzt.

<sup>25</sup> Das Zentralkomitee der deutschen Katholiken nennt als solche Grundwerte: Liebe, Wahrheit, Schönheit, Freiheit, Frieden und Gerechtigkeit, vgl. a. a. O. (o. N. 16) S. 146. Bei den Parteien ist von „Freiheit, Gerechtigkeit, Solidarität“ oder auch, klassisch: von Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit die Rede.

<sup>26</sup> R. Dreier, in Dreier/Schwegmann (Hrsg.), Probleme der Verfassungsinterpretation, 1976, S. 22; E. Bulla, Die Lehre von der streitbaren Demokratie, AöR 98 (1973), S. 340 ff.; jüngst: G. Roelcke, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, DÖV 1978, bes. S. 460 f.; Hella Mandt, Demokratie und Toleranz, in: Festschrift Dolf Sternberger, 1977, S. 233; F. Fuchs/E. Jesse, Der Streit um die „streitbare Demokratie“, in: Aus Politik und Zeitgeschichte B 3/78, S. 17 ff.; vor allem jetzt die Monographie von J. Lameyer, Streitbare Demo-

Legitimationsgrund zugleich die freiheitliche demokratische Grundordnung erscheint. Da weist man einerseits auf die *Doppelfunktion* des Streitbarkeitsprinzips hin, welches Eingriffe in die Bürgerfreiheit sowohl legitimiere als auch limitiere; Doppelfunktion außerdem insofern, als die Wehrhaftigkeit nicht einseitig gegen den Bürger, sondern gleichermaßen gegen Angriffe auf die Verfassung von „oben“ wie von „unten“ gerichtet sei<sup>27</sup>. Art. 79 Abs. 3 (mit der Bindung der Legislative), Art. 98 Abs. 2 und 5 (mit seiner Adresse an die Organwalter der Dritten Gewalt) und Art. 1 Abs. 3 GG (mit der Bindung aller Arten von Staatsgewalt) dürfen hierfür genannt werden<sup>28</sup>. Bei dieser Betrachtungsweise wird dann beispielsweise Art. 18 sogar als „Verfestigung der Abwehrfunktion der Grundrechte

---

kratie, 1978, auch *derselbe*, Streitbare Demokratie contra Terrorismus, in ZRP 1978, S. 49 ff. Zum Grundsätzlichen vgl. C. J. Friedrich, Die Staatsräson im Verfassungsstaat, 1961, bes. S. 116 ff. Zu den Auswirkungen der Streitbarkeit im Privatrecht: J. W. Gerlach, Radikalenfrage und Privatrecht, Recht und Staat 482/483, 1978, m. zahlr. Beispielen. Über das Ausmaß der tatsächlichen Gefährdung der inneren Sicherheit unserer Republik und ihrer freiheitlichen demokratischen Grundordnung durch politische Gegner sowie über die Wirksamkeit der Elemente der Abwehrbereitschaft gehen selbst unter (strafrechtlichen) Experten die Meinungen weit auseinander. Vgl. einerseits G. Willms, Rückzug in die Zitadelle, in FAZ Nr. 202 v. 1. 9. 1977, der einen ständigen Abbau des Staatsschutzes beklagt und meint, daß heute „die Zeichen eher auf Förderung als auf Abwehr des Staatsfeindes“ hinwiesen. (Vgl. auch *denselben*, Das Staatsschutzkonzept des Grundgesetzes und seine Bewährung, Karlsruhe 1974, sowie: Staatsschutz im Geiste der Verfassung, Frankfurt/Bonn 1962). S. andererseits M. Güde, Bekommen wir einen neuen Staat? in: Frankfurter Hefte 7/1978, S. 15 ff., 17: „Eine ernstliche Umsturzgefahr durch einen inneren Feind hat seit Bestehen der Bundesrepublik nicht bestanden und besteht auch derzeit nicht. Im Widerspruch zu dieser Wirklichkeit verhält sich unsere Staatsschutzbürokratie so, als ob unser Staat aktuell vom gewaltsamen Umsturz bedroht sei.“ *Derselbe*, Die Verwirrung unseres Staatsschutzrechts, in: Zur Verfassung unserer Demokratie, Vier republikanische Reden, rororo aktuell 1978. Güdes Urteil über das Fehlen einer ernsthaften inneren Gefahr teilt der Verfassungsschutzexperte H. J. Horchem, Extremisten in einer selbstbewußten Demokratie, 1975, S. 126, ferner auch der Verfassungsschutzbericht des BMI für 1976, s. Verfassungsschutz '76, Juli 1977, S. 7.

<sup>27</sup> So schon U. Scheuner, Der Verfassungsschutz im Bonner Grundgesetz, in: Festgabe E. Kaufmann, Stuttgart/Köln 1950, S. 313 ff., 321 für den Verfassungsschutz generell.

<sup>28</sup> Bulla, a. a. O., S. 351; zu Art. 79 Abs. 3 als Verfassungsschutznorm: G. Dürig, in Dürig/Evers, Zur verfassungsändernden Beschränkung des Post-, Telefon- und Fernmeldegeheimnisses, Bad Homburg v. d. H. u. a. 1969, S. 12.

gegenüber der Staatsgewalt“<sup>29</sup>, als „Aktivbürgerprivileg“<sup>30</sup> ähnlich dem „Parteienprivileg“ des Art. 21 Abs. 2 begriffen, eine Auslegung, die freilich dem entstehungsgeschichtlich zu rekonstruierenden Sinn der Norm widerspricht<sup>31</sup>. Art. 18 normiert vielmehr eine Grundrechtsausübungsschranke, verbunden mit einer Eingriffsermächtigung, die aber gerade wegen der Schwere des möglichen Eingriffes nur in einem besonders freiheitsschonenden und -sichernden Verfahren realisiert werden darf. Auf der anderen Seite gewinnt man vielfach den Eindruck, das Streitbarkeitsprinzip solle zum Hauptprinzip der Verfassung und zum entscheidenden Geltungsgrund verfassungsgerechter Normschöpfung überhöht werden, besonders dort, wo es mit der Emphase des Primitivslogans „Keine Freiheit den Feinden der Freiheit!“ auftritt<sup>32</sup>.

Als das Bundesverfassungsgericht 1956 den von *Karl Loewenstein* (1937) und *Karl Mannheim* (1941)<sup>33</sup> geprägten Terminus „streitbare Demokratie“ in sein Repertoire verfassungsrechtlicher Leitbegriffe aufnahm, war es sich dessen noch be-

<sup>29</sup> *Hamann/Lenz*, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 1970, Art. 18 Anm. A 1, *Bulla*, a. a. O., S. 355.

<sup>30</sup> *Bulla*, a. a. O.

<sup>31</sup> Vgl. JÖR N. F. Bd. 1, 1951, S. 174. Der Abg. Dr. Dehler verteidigte die Monopolbefugnis des Bundesverfassungsgerichts, die Verwirkung festzustellen, gegen einen Streichungsantrag: „... weil andernfalls die Tragweite dieser Bestimmung der Verwirkung der Grundrechte gar nicht abzusehen ist. Wer gegen irgendeines dieser Grundrechte verstößt, wäre praktisch vogelfrei. Jede Verwaltungsstelle könnte ihm die Grundrechte absprechen. Er müßte sich dann an das Gericht wenden und sehen, wie und wann er wieder zu seinem Recht kommt. Das gleiche könnte gegen eine Gruppe von Menschen geschehen. Jede Polizeibehörde könnte sagen: Du hast ein Grundrecht verletzt, jetzt hast du nicht das Recht der Meinungsfreiheit, du hast nicht das Recht der Versammlungsfreiheit, du hast dieses Recht verwirkt. Das wäre die Statuierung des Polizeistaates. Die Polizei könnte jeden vogelfrei machen...“ Zur Deutung des Art. 18 als Schranke wie hier: *W. Schmitt Glaeser*, Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten im politischen Meinungskampf, 1968, S. 56 f. Unklar bleibt allerdings der Streit, ob Art. 18 einen „Negativstatus“ sanktioniere: sowohl *Hamann-Lenz* (a. a. O., s. N. 29) wie *Schmitt Glaeser* gehen zutreffend davon aus, daß nur die in Art. 18 GG genannten Grundrechte verwirkt werden können; insoweit liegt also in der Sache keine Kontroverse vor.

<sup>32</sup> Z. B. K. A. *Bettermann*, Grenzen der Grundrechte, 1968, S. 12. Anders, vorsichtiger, richtiger BVerfGE 5, 138: „Keine unbedingte Freiheit für die Feinde der Freiheit“. Ferner: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 18 Rdnr. 4: „schlechter Slogan“.

<sup>33</sup> *K. Loewenstein*, Militant Democracy and Fundamental Rights, Am. Pol. Science Rev. XXXI (1937) S. 416 ff., 638 ff.; derselbe, Verfassungslehre, 2. Aufl. 1969, S. 348 ff.; *K. Mannheim*, Diagnose unserer Zeit, 1952, S. 6, 14. *J. Lameyer*, a. a. O., S. 13, N. 1, nennt *Mannheim* als Urheber des Begriffs.

wußt, daß es dabei um den Versuch ging, ein „Grenzproblem“ der freiheitlichen Demokratie zu lösen. Inzwischen ist die „Streitbarkeit“ auch in Karlsruhe zu einer *universell* — und keineswegs nur an den „Grenzen“ — einsetzbaren „Grundentscheidung des Grundgesetzes“<sup>34</sup> avanciert, die — ebenso wie die „freiheitliche demokratische Grundordnung“<sup>35</sup> — als generelle Grundrechtsschranke interpretiert wird und auch in banalen Kollisionsfällen „das Ergebnis der Güterabwägung auf der Ebene des Verfassungsrechts vorzeichne(t)“<sup>36</sup>. Das Licht der für die freiheitliche Demokratie schlechthin konstitutiven Bedeutung der Meinungsfreiheit etwa<sup>37</sup> flackert in der streitbaren Atmosphäre nur noch spärlich unter dem Scheffel der allgemeinen Mißbrauchsabwehr<sup>38</sup>. Die Rangzuweisung als Verfassungsgrundentscheidung führt in der Tat dazu, daß das Grundgesetz insgesamt streitbarer wird als die Summe seiner streitbaren Elemente<sup>39</sup>. Es ist deshalb auch kein Ausrutscher, sondern nur folgerichtig, wenn in der obergerichtlichen Rechtsprechung diese Quelle der Legitimität ganz unverhüllt und unvermittelt gegen die als bloß „formal“ disqualifizierte Legalität ausgeschöpft wird. „Feinde dieser Grundordnung, auch wenn sie sich formal im Rahmen der Legalität bewegen“, werden nicht toleriert<sup>40</sup>. Die folgende Entscheidung ist sachlich konsequent und politisch plausibel (trotzdem freilich inhaltlich nicht etwa zu billigen): So wie man mit einer aus „Grundwerten“ — zu Recht oder zu unrecht — bezogenen Legitimitätsbehauptung sich über das *demokratische* Mehrheitsprinzip hinwegsetzen möchte, so dient die Berufung auf ein generalisiertes

<sup>34</sup> BVerfGE 28, 48; 30, 19 f.; *Lameyer*, a. a. O. (Nr. 26), S. 94 ff.

<sup>35</sup> So *H. H. Klein*, Zur Berufung von Mitgliedern der Verfassungsfeindlichkeit verdächtiger Parteien und Vereinigungen in das Beamtenverhältnis, in Festschrift E. R. Huber, 1973, S. 75 ff., S. 81 f. Zur Kritik vgl. die Replik von *F. Müller*, Nachschrift zur Radikalenfrage (1977) in: *derselbe*, Rechtsstaatliche Form und Demokratische Politik, 1977, S. 105 ff.

<sup>36</sup> BVerfGE 28, 36 ff., 48. Ist, wie das Gericht meint, das Ergebnis durch die „Grundentscheidungen“ bereits vorgezeichnet, kann auch gar keine wirkliche, einzelfallausschöpfende „Güterabwägung“ mehr stattfinden. Der Hinweis auf sie wird zur *façon de parler*.

<sup>37</sup> BVerfGE 7, 198 ff., 208, st. Rspr.

<sup>38</sup> Vgl. *Matth. 5, 15*. Was wunder dann, daß das Licht schließlich in der Kaserne vor dem Anspruch der Kameraden, in Ruhe gelassen zu werden, also keine Meinung anhören zu müssen, ganz erlischt! So die Senatsmehrheit in BVerfGE 44, 197 ff., 204. Vgl. dazu aber die beiden dissenting votes der Richter *Rottmann* und *Hirsch*!

<sup>39</sup> So *J. Lameyer* in ZRP 1978, S. 50 (s. N. 26).

<sup>40</sup> So OVG Lüneburg, DVBl. 1972, S. 961. Kritisch dazu: *U. K. Preuß*, Legalität und Pluralismus, 1973, S. 9 ff. und *G. Frankenberg*, Angst im Rechtsstaat, in KJ 1977, S. 353 ff., 366.

Streitbarkeitsprinzip dazu, das *rechtsstaatliche* Legalitätsprinzip aus den Angeln zu heben. In diesem Zwischenreich einer der Legitimität für verlustig erklärten Legalität („verfassungsfeindlich“, aber nicht verboten) und einer nicht mehr legal, d. h. im einfachen Gesetz, sondern nur noch als Verfassungsgrundsatz formulierten Legitimität vegetieren dann die demokratietheoretisch wie rechtsstaatlich zwielichtigen Gestalten des „gesetzstreuem Verfassungsfeindes“ und des „legitimen Gesetzesmißbrauches“<sup>41</sup>.

Das Legalitätsprinzip und damit die rechtsstaatlich gesicherte Freiheit sind aber auch mit Sicherheit verloren, wenn, wie im Falle der Abhörentscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>42</sup> der rechtsstaatlich unzulässige Schluß von der Aufgabenübertragung auf die Zulässigkeit aller zu ihrer Durchführung geeigneten Mittel dazu führt, gravierende Eingriffsbefugnisse im Grundrechtsbereich aus den bundesstaatlichen Organisations- und Kompetenzverteilungsnormen (Art. 73 Nr. 10 und Art. 87 Abs. 1) herzuleiten. Die Entwicklung zu einer sorgfältigeren

<sup>41</sup> *Frankenberg* (s. vor. N.) spricht hier von normativen Siamesischen Zwillingen, S. 367.

<sup>42</sup> Vgl. BVerfGE 30, 1 ff., 20: „Es kann nicht der Sinn der Verfassung sein, zwar den verfassungsmäßigen obersten Organen im Staat eine Aufgabe zu stellen und für diesen Zweck ein besonderes Amt vorzusehen, aber den verfassungsmäßigen Organen und dem Amt die Mittel vorzuenthalten, die zur Erfüllung ihres Verfassungsauftrages nötig sind.“ Dieser Satz wird mit Vorliebe von denjenigen zitiert, die etwa aus der Aufgabenumschreibung für den Verfassungsschutz, z. B. in § 3 BVerfSchG zugleich mehr oder weniger weitreichende Eingriffsbefugnisse herleiten wollen. Zu unrecht, denn genau besehen macht das BVerfG a. a. O. gar keine Aussage über das Wie der Aufgabenerfüllung. Keinesfalls entbindet der Satz des Gerichts von der Notwendigkeit der Beachtung des Gesetzesvorbehalts. Vgl. ferner Nr. 3.1. der Allg. Begründung zum Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, Stand Nov. 1977: die neuere Entwicklung des Polizeirechts führt zur eindeutigen Trennung von Aufgaben(normen) und Befugnissen bzw. -normen. In diesem Sinne auch: *H. Borgs-Maciejewski*, Parlament und Nachrichtendienste, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 6/77, S. 12 ff., 19. Unklar bleibt die Position *P. Kirchhofs*, Polizeiliche Eingriffsbefugnisse und private Nothilfe, *NJW* 1978, S. 969 ff., 970 einerseits, 972 li. o. andererseits (im Zusammenhang mit der Spezialität und Subsidiarität polizeilicher Eingriffsnormen.). S. 970: Sondertatbestandliche Bindungen dürfen nicht durch Rückgriffe auf generalklauselartige Aufgabennorm unterlaufen werden (dem stimme ich zu); aber S. 972: Eine fehlende Befugnisnorm kann nicht zu einem Handlungsverbot für die Polizei führen, soweit die Generalklausel (Auftragsnorm) eine Handlungspflicht begründet — (auch im Bereich der Sondertatbestände?) Sollen Eingriffe aller Art also im Ergebnis doch allein vom Handlungsauftrag her gerechtfertigt werden können? S. dazu im Text VI. 3. und *E.-W. Böckenförde*, Der verdrängte Ausnahmezustand, *NJW*, 1978, S. 1881 ff.

Scheidung von Aufgabennormen und Befugnisnormen im polizeilichen Bereich kann und darf nicht preisgegeben werden. Das ursprünglich ja nur zum Schutze des (partei)politischen Meinungskampfes und Willensbildungsprozesses für notwendig gehaltene Streitbarkeitsprinzip entwickelt sich allmählich zu einer Rundum-Waffe des Staatsschutzes. Ihren (vorläufigen) Höhepunkt erreicht dieser Prozeß in dem seriös gemeinten Vorschlag, auch Bereiche der inneren Sicherheit, und insbesondere des Antiterror-Strafrechts dem Regime der Streitbarkeit zu unterwerfen. Deshalb so heißt es, sollten sämtliche denkbaren Einzelmaßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus in einem *Ausnahmegesetz* zusammengefaßt werden<sup>43</sup>. Gegenüber einem verabsolutierten Sicherheits-Denken ist jedoch daran zu erinnern, 1. daß es totale Sicherheit ohne Risiko nicht geben kann<sup>44</sup>, nicht einmal um den Preis völliger Preisgabe der Freiheit und 2., daß die Verfassung dieses Staates nicht einfach seine Selbsterhaltung als pure Machtorganisation erlaubt und gebietet, sondern daß die „streitbare Demokratie“ ihren legitimierenden Grund darin findet, daß sie eine *freiheitliche* Demokratie bleibt<sup>45</sup>, und das heißt auch, daß sie das

<sup>43</sup> A. v. Winterfeld, Terrorismus — ‚Reform‘ ohne Ende?, ZRP 1977, S. 265 ff., S. 269: „Erstmalig mit Erlaß des Kontaktsperregesetzes hat sich der Bundesgesetzgeber zum Bestehen einer Ausnahme-situation bekannt. ... Ein Ausnahmerecht, das der Abwehr schwerster Bedrohung des Gemeinschaftsfriedens dient, im übrigen die Integrität und Kontinuität der verfaßten Rechtsordnung wahrt, ist Ausdruck der „streitbaren“ Demokratie des Grundgesetzes, Staatsnotwehr zur Rettung des Gemeinschaftsfriedens und Erhaltung des Rechtsstaates.“ Ausdrücklich zustimmend: M. Schröder, Staatsrecht an den Grenzen des Rechtsstaates, AöR 103 (1978), S. 121 ff., 138, N. 74. Gegen dieses Konzept überzeugend E.-W. Böckenförde, Der verdrängte Ausnahmezustand, NJW 1978, S. 1881 ff., 1888: „Wer meint, Ausnahmelagen nur dadurch begegnen zu können oder zu dürfen, daß er sie gesetzlich normiert, schafft schließlich ein Recht der Normallage, das vom Ausnahmezustand her bestimmt ist.“ „Liberty dies by inches!“ Symptomatisch für die Tendenz zur „scheibchenweisen“ Vernichtung rechtsstaatlicher Freiheit durch immer neue scheinbar rechtsstaatliche, weil spezielle Befugnisnormen ist der jüngste Vorschlag von R. Riegel, Zur Frage der Auskunftspflicht nach Allgemeinem Polizeirecht, DÖV 1978, S. 501 ff. Riegel fordert die gesetzliche Verankerung eines allgemeinen Beobachtungs- und Befragungsrechtes der Polizei auch zur bloß vorbeugenden Straftatbekämpfung bezüglich bestimmter schwerer Delikte (z. B. nach § 129 a StGB). Damit würde eine generelle Rechtsgrundlage für weitere Intensivierung der „BEFA“ (der „beobachtenden Fahn-dung“) geschaffen, ein weiterer Schritt auf dem Weg zum perfekten Überwachungsstaat getan.

<sup>44</sup> C. J. Friedrich, a. a. O., (N. 26) S. 121 ff.

<sup>45</sup> E. Denninger, Staatsrecht 1, 1973, S. 90. Vgl. auch H. Simon, Plädoyer für die rechts- und sozialstaatliche Demokratie, Frankfurter Hefte 2/1978 S. 5 ff., 13; BVerfGE 33, 85: „Nach dem Wert-

Recht ihrer Normallage nicht vom Ausnahmestand her bestimmen lassen darf.

#### IV. Das Leitbild des „streitbaren Demokraten“ und der „Wille zur Verfassung“

Eine streitbare Demokratie erscheint nicht denkbar ohne „streitbare Demokraten“. Dieses Thema bleibt, wie viele andere, gleichfalls dem *status constituens*<sup>46</sup>, dem „staatserzeugenden Rechtsstand“ des Bürgers, zuzurechnende Fragen in der Literatur, sieht man von wenigen Ausnahmen, etwa *Herbert Krüger*<sup>47</sup>, ab, merkwürdig unterbelichtet, in der Rechtsprechung blaß und voller Ungereimtheiten. Dies überrascht denjenigen nicht, der die perspektivische Verengung der deutschen Staatsrechtswissenschaft auf bloße, zudem einseitig auf ein negatorisches Grundrechtsverständnis fixierte Rechtsstaatswissenschaft noch nicht endgültig überwunden sieht, der aber auch, insoweit im Gegensatz zu *Ernst Forsthoff*<sup>48</sup>, keinerlei Anlaß findet, vom „Ende des Staates“ zu sprechen. Außerdem hat man Mühe — um es durchaus zurückhaltend zu formulieren — aus der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts kohärente Aussagen etwa aufgrund einer die Einzelentscheidungen durchgehend tragenden Demokratietheorie, zur inneren oder äußeren Haltung des Aktivbürgers zu den Grundentscheidungen der Verfassung herauszupräparieren. Anders etwa als die Menschen- und Bürgerrechtserklärung vom 26. 8. 1789, die die Ansprüche der Bürger immer zugleich auf die Erhaltung der Verfassung und das gemeine Wohl ausgerichtet wis-

---

system des Grundgesetzes dient eben der politische Staatsschutz nicht der Absicherung irgendeiner beliebigen, sondern ganz speziell derjenigen politischen Ordnung, für die Meinungs-, Presse- und Informationsfreiheit konstitutiv sind.“ (Minderheitsvotum).

<sup>46</sup> Dazu *meine* Ausführungen schon 1968, jetzt in: *Denninger/Lüderssen*, a. a. O. (N. 19,0). S. 102, 116 ff., und passim.

<sup>47</sup> *H. Krüger*, Die Verfassung als Programm der Nationalen Repräsentation, in: Festschrift E. R. Huber, 1973, S. 95 ff., *derselbe*, Die Verfassung als Programm der Nationalen Integration, in: Festschrift F. Berber, 1973, S. 247 ff., *derselbe*, Verfassungsgebung im Hinblick auf die Auswärtige Lage, in: Festschrift W. Weber, 1974, S. 241 ff., 250; *derselbe*, Der Wesensgehalt der Grundrechte, in *Krüger/Seifert*, Die Einschränkung der Grundrechte, Hannover 1976, S. 35 ff.

<sup>48</sup> *E. Forsthoff*, Von der Staatsrechtswissenschaft zur Rechtsstaatswissenschaft, *Studium generale* 21 (1968) S. 692 ff., *derselbe*, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, S. 159, passim. Vgl. *meine* Einführung in: *Denninger* (Hrsg.), *Freiheitliche demokratische Grundordnung*, Band 1, 1977, S. 26 f.

sen wollte<sup>49</sup>, anders als die Revolutionsverfassung von 1791<sup>50</sup>, welche von ihren Urhebern ausdrücklich nicht nur der Treue der Staatsorgane, sondern auch „der Wachsamkeit der Familienväter, den Ehefrauen und Müttern, der Liebe der jungen Bürger und dem Mute aller Franzosen“ anvertraut wurde, und anders auch als beispielsweise die Hessische Verfassung vom 1. 12. 1946<sup>51</sup>, die ausdrücklich die *Pflicht* zum Widerstand gegen verfassungswidrig ausgeübte öffentliche Gewalt, ferner die Pflicht eines jeden normiert, „für den Bestand der Verfassung mit allen ihm zu Gebote stehenden Kräften einzutreten“ — im Unterschied zu all diesem ist das Grundgesetz hier wenig ergiebig<sup>52</sup>. Die Kargheit des Grundgesetzes nötigt den Interpreten in die Dimension der ungeschriebenen Verfassungsvoraussetzungen, -erwartungen<sup>53</sup>, -aufträge und -ermächtigungen. Begriffsjuristischer Dogmatik und richterlicher, im Anspruchsdenken geschulter Zurückhaltung ist der Umgang mit derlei Kategorien ohnehin fremd. Das Bundesverfassungsgericht hat — mit Hinweis u. a. auf Art. 21 Abs. 2 GG — die Bundesrepublik als eine Demokratie bezeichnet, „die von ihren Bürgern eine Verteidigung der freiheitlichen Ordnung erwartet und einen Mißbrauch der Grundrechte zum Kampf gegen diese Ordnung nicht hinnimmt“<sup>54</sup>. Fünf Jahre später entnimmt derselbe (2.) Senat derselben Vorschrift aber die Freiheit des Bürgers, die „verfassungsmäßige Ordnung abzulehnen und sie politisch zu bekämpfen, solange er es innerhalb einer Partei, die nicht verboten ist, mit allgemein erlaubten Mitteln tut“<sup>55</sup>. (= der „gesetzestreue Verfassungsfeind“, s. o.). Hier hätte man vom Gericht die Angabe des demokratietheoretisch gemeinsamen Nenners für beide Aussagen erwarten dürfen. Die Figur des „Vaterlandsverteidigers in Zivil“<sup>56</sup> als streitbarer Bürger-

<sup>49</sup> Vgl. Einleitungsformel der Déclaration vom 26. 8. 1789.

<sup>50</sup> Verf. vom 3. 9. 1791, Titel VII, Art. 8 Abs. 4, in: G. Franz, Staatsverfassungen, 1964, S. 370/71, zit. auch bei H. Krüger (o. N. 47 Festschrift W. Weber) S. 252.

<sup>51</sup> Art. 147, 146 HessVerf. in einem besonderen Abschnitt XI: „Der Schutz der Verfassung“. Das hat Tradition, vgl. etwa Abschnitt VII der Paulskirchenverfassung vom 28. 3. 1849: „Die Gewähr der Verfassung“.

<sup>52</sup> Immerhin enthält die Präambel des GG die Aufforderung an das gesamte Deutsche Volk, die Einheit und Freiheit Deutschlands in freier Selbstbestimmung zu vollenden; auch Art. 6 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 2 enthalten Hinweise auf spezielle Grundpflichtgehalte.

<sup>53</sup> Vgl. H. Krüger, Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, in Festschrift U. Scheuner, 1973, S. 285 ff.

<sup>54</sup> BVerfGE 28, 48 (1970).

<sup>55</sup> BVerfGE 39, 359 (1975).

<sup>56</sup> H. Krüger, a. a. O., (N 47) Festschrift W. Weber, S. 250.

Demokrat bleibt dem Gericht fremd, hingegen erscheint sie ihm um so strenger, genauer, pflichtenbeladener, „staatstragender“ im Beamtenrock<sup>57</sup>.

Unklar bleibt sonach, welche Verteidigungsleistung mit welchen Mitteln unter welchen Voraussetzungen und zu welchem Ende erwartet wird. Eine in dem Sinne justiziable Rechtspflicht, daß an ihre Nichterfüllung in einem Individualverfahren negative Sanktionen geknüpft werden könnten, besteht nicht, vielmehr existiert nur eine „Verfassungserwartung“<sup>58</sup>. Dies wird indirekt durch die Einschränkung bestätigt, mit welcher der Hessische Gesetzgeber die ähnlich konturlose Verfassungstreuepflicht der Hessen-Verfassung, Art. 146 Abs. 1<sup>59</sup>), konkretisiert hat, um sie, dem Verfassungsgebot entsprechend, justizierbar zu machen. Nämlich nur, wenn der Bürger durch eine *strafbare* Handlung seine Pflicht, für den Bestand der

<sup>57</sup> Zur Kritik an der „Zwei-Sphären-Lehre“ des Bundesverfassungsgerichts (staatstragende Beamtenschaft — staatsirrelevante Bürgerschaft bzw. Parteientätigkeit) vgl. *Denninger*, Einführung zu Freiheitliche demokratische Grundordnung, Band 1, S. 23. Symptomatisch für das neo- (oder spät-)wilhelminische Staatsverständnis in der Rechtsprechung auch die Ausführungen des BVerwG in E 47, 350. Gegen die „Sonderrolle eines besonders staatstragenden öffentlichen Dienstes gegenüber den in den vorstaatlichen, deshalb nicht so wichtigen Raum verwiesenen Parteien...“ jetzt auch *G. Jasper*, die Krise der streitbaren Demokratie, DVBl. 1978, S. 725 ff., 732.

Unverkennbar ist die Tendenz der Rechtsprechung (des BGH), dem Beamtenrock bzw. der Richterrobe die Anwaltsrobe gleich zu achten, d. h. trotz des Wortlauts etwa des § 7 Nr. 6 BRAO, „an den Rechtsanwalt die gleichen Anforderungen hinsichtlich der Verfassungstreue zu stellen wie sie dem Richter abverlangt müssen“. (Vorlagebeschluß des BGH VRG 12/77). Dazu mit Recht kritisch: *J. Schreiber*, Politische Treuepflicht für Rechtsanwälte, Demokratie und Recht 1977, S. 79 ff. und *F. Ostler* (Präsident des Deutschen Anwaltvereins), Zum Erfordernis der Verfassungstreue des Rechtsanwalts, Bayer. VerwBl. 1978, S. 527 ff.

<sup>58</sup> Eine Rechtspflicht kann u. U. trotz Sanktionslosigkeit oder erschwerter Durchsetzbarkeit einer Sanktion zu bejahen sein. Vgl. etwa § 6 HessUnivG und die Ausführungen des BVerfG dazu im Beschluß E 47, 327 ff., 366 ff. § 6 HUG ist mindestens teilweise, nämlich soweit sich die Informationsverpflichtung des Wissenschaftlers auf Gefahren für das „friedliche Zusammenleben der Menschen“ bezieht, als eine unmittelbare Verfassungsschutzvorschrift anzusehen; vgl. den Bezug zu Art. 26 GG, der staats- und verfassungsschützenden Charakter hat. Die Handlungspflicht folgt in § 6 HUG aus einer Art Garantenstellung des speziell Sachkundigen. Im übrigen gilt das Prinzip, daß es, wie bei Art. 18 GG, bei der „Verfassungsverteidigung“ in der Regel bei Unterlassungsgeboten bleiben muß. Vgl. *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, Grundgesetz, Art. 18, Rdnr. 61.

<sup>59</sup> Art. 146 Abs. 1 HessVerf. lautet: „Es ist Pflicht eines jeden, für den Bestand der Verfassung mit allen ihm zu Gebote stehenden Kräften einzutreten.“

Verfassung einzutreten, verletzt hat, kann der Staatsgerichtshof, soweit zum Schutze der Verfassung erforderlich, „politische Folgen“ für den Angeklagten, i. e. Grundrechtsbeschränkungen, anordnen<sup>60</sup>. Außerdem wird die Verfassungsverteidigungspflicht von vornherein als durch die „individuelle und soziale Zumutbarkeit“ begrenzt angesehen<sup>61</sup>. Das Rollenbild, das man vom „streitbaren Demokraten“ entwirft, schwankt — begreiflicherweise — je nach dem zugrundegelegten Demokratieverständnis. Es reicht von der schroff gegen den Staat — qua Macht- und Sicherheitsapparat — gerichteten Forderung, die Bürger sollten sich zu „Vereinen für Verfassungsschutz“ zusammenschließen<sup>62</sup>, über das Leitbild des zwar engagierten, aber rational argumentierenden, diskursfreudigen, kritischen, auch selbstkritischen Citoyen<sup>63</sup>, der durchaus als Alternative zu einem übermäßigen, die Freiheit letztlich erstickenden *institutionellen* Schutz gesehen wird<sup>64</sup>, über angepaßt-opportunistisches Mitläufertum bis hin zu jenem Grad an innerlich und äußerlich aktiver „Streitbarkeit“, welchen das Bundesverfassungsgericht für den *Beamten* — in fragwürdigem Gegensatz zum Normalbürger — als Norm aufrichtet<sup>65</sup>.

<sup>60</sup> § 33 HessGStGH. Zweifelhaft ist der unbeschränkte Fortbestand dieses Verfahrens — und des zugrundeliegenden Art. 146 Abs. 2 HessVerf. — neben Art. 18 GG. *Zinn/Stein/Reh*, Verfassung des Landes Hessen, Kommentar, Art. 146 Nr. 8, gehen wegen Tatbestandsverschiedenheit zu Art. 18 von der Fortgeltung aus. Das ist bezüglich der beiden letzten Alternativen des Art. 146 Abs. 2 fraglich. Zutreffend anders im Ergebnis als *Zinn/Stein*, bezüglich Art. 17 HessVerf.: *W. Schmitt Glaeser*, a. a. O. (N. 31), S. 276.

<sup>61</sup> Vgl. *Zinn/Stein*, Kommentar zur Hess. Verf. Art. 146 Anm. 5. Der Widerstandspflicht nach Art. 147 soll dagegen unmittelbare rechtliche Verbindlichkeit überhaupt fehlen, a. a. O., Art. 147 Anm. 6.

<sup>62</sup> *F. Duve*, Anhang: Gründet Verfassungsschutzvereine! in *W.-D. Narr*, (Hrsg.), *Wir Bürger als Sicherheitsrisiko*, 1977, S. 325.

<sup>63</sup> *J. Lameyer*, *Streitbare Demokratie*, 1978, S. 207.

<sup>64</sup> *H. Simon*, a. a. O. (o. N. 45) S. 12.

<sup>65</sup> BVerfGE 39, 348 f. Das BVerwG, E 47, 330, 337, hatte schon den Satz aufgestellt, der Dienst des Beamten sei „immer Dienst an der freiheitlichen demokratischen Grundordnung als dem jeder Verfassungsänderung entzogenen Kernbereich des Grundgesetzes“. Das BVerfG geht, a. a. O., wesentlich weiter: Der Beamte muß die „geltende verfassungsrechtliche Ordnung, so wie sie in Kraft steht“, bejahen, äußerlich und innerlich, und zwar nicht nur „kühl, innerlich distanziert“. Der Rahmen für mögliche verfassungsloyale Kritik, die auch dem Beamten zustehen soll, verengt sich damit stark. Streng genommen hätten danach an der Enquete-Kommission Verfassungsreform Beamte entweder überhaupt nicht oder nur mit der ständigen Mentalreservation der Bejahung der geltenden Verfassungsrechtsordnung — und das hieße wohl: Verneinung einer revidierten — teilnehmen dürfen.

Hermann Heller<sup>66</sup>, Dietrich Schindler<sup>67</sup>, Konrad Hesse<sup>68</sup> und andere<sup>69</sup> haben eindrucksvoll die Unentbehrlichkeit eines dauerhaften „Willens zur Verfassung“, eines „gemeinsamen Staatswillens“ dargelegt, ohne welchen gerade die freiheitliche Demokratie nicht zu existieren vermag. Dieser Wille zur Verfassung ist die notwendige *komplementäre* Kraft, die die tendenziell chaotischen und antagonistischen individuellen Freiheitsäußerungen so begrenzt und normativ „verfaßt“, daß eine friedliche Koexistenz möglich wird. Aber dieser Wille zur Verfassung läßt sich nicht kommandieren, nicht durch Verwaltungsakt herstellen; er gehört zu denjenigen Voraussetzungen des säkularisierten Staates, die dieser, wie Böckenförde sagt<sup>70</sup>, nicht selbst garantieren kann. Das Bundesverfassungsgericht hat beides, wenn auch zu einseitig staatsbezogen, gesehen, wenn es einmal das „Einverständensein des Bürgers mit dem Staat“, „die Chance zur Identifikation“<sup>71</sup> als Existenzbe-

<sup>66</sup> H. Heller, a. a. O. (o. N. 23), S. 250, 269.

<sup>67</sup> D. Schindler, Verfassungsrecht und soziale Struktur, 2. Aufl. 1944, S. 141: „Die Demokratie kann nur bestehen, wenn die Differenzen auf dem Fundament gemeinsamer Überzeugungen oder eines gemeinsamen Staatswillens ausgetragen werden können.“ S. 142: „Die Demokratie bedarf also nicht weniger als die Monarchie des Glaubens an feste politische Werte.“ Kritisch zur Fundierung auf Werte statt anderer: E. W. Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisierung, in: Derselbe, Staat-Gesellschaft-Freiheit, 1976, S. 60. Schindler wendet sich, gegen Kelsen, gegen den von diesem behaupteten Zusammenhang von Demokratie und relativistischer Weltanschauung. Zu den hier vorkommenden Mißverständnissen vgl. u. zu N. 93 und im Text dort.

<sup>68</sup> K. Hesse, Die normative Kraft der Verfassung (1959), jetzt in: M. Friedrich (Hrsg.), Verfassung, Darmstadt 1978, S. 77 ff., 86; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 9. Aufl. 1976, S. 18.

<sup>69</sup> Etwa D. Grimm, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, AöR 97 (1972), S. 489 ff., 503. Ausdruck solchen Willens zur Verfassung ist auch reflektierte Verfassungspolitik. Vgl. denselben, Gegenwartsprobleme der Verfassungspolitik und der Beitrag der Politikwissenschaft, in: PVS Sonderheft 9/1978, S. 272 ff. Das Thema des Willens zur Verfassung kehrt seit Platon wieder. Vgl. etwa auch J.-J. Rousseau, Considérations sur le gouvernement de Pologne, 1772, mit Betonung der edukatorischen Staatspflege. Vor allem: G. W. F. Hegel, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, Theorie Werkausgabe, Band 12, S. 529 ff., 531. Hegel nennt drei Elemente und Mächte des lebendigen Staates: Die Gesetze, die Regierung und „die *Gesinnung*, welche das innere Wollen der Gesetze ist, nicht nur Sitte, sondern die Gesinnung, daß die Gesetze und die Verfassung das Feste seien und daß es die höchste Pflicht der Individuen sei, ihren besonderen Willen ihnen zu unterwerfen.“ Nicht einmal bei Hegel ist Wille zur Verfassung identisch mit unbedingter Unterwerfung unter die Staatsgewalt.

<sup>70</sup> Böckenförde, a. a. O., (o. N. 67); jetzt auch in: Der Staat als sittlicher Staat (Reuchlin-Vortrag), 1978, (o. N. 10), S. 36 f.

<sup>71</sup> BVerfGE 40, 237 ff., 251.

dingung der Demokratie nennt, an anderer Stelle<sup>72</sup> aber das Risiko unterstreicht, das in der Angewiesenheit dieses Staates auf die Aktivität und Urteilsfähigkeit seiner Bürger liegt.

Die Chance einer auch nur teilweisen Identifikation des Bürgers mit „seinem“ Staat — mehr zu erwarten verstieße gegen das Prinzip der Freiheit — ergibt sich nur, wenn Zustimmung ebenso möglich ist wie Kritik und wenn staatlicherseits weder diese noch jene privilegiert oder diskriminiert wird<sup>73</sup>. Mit der angemessenen Äußerung, sodann auch Einschätzung und Aufnahme von Kritik hat man sich hierzulande, wo „die Versessenheit aufs Positive“ immer wieder durchschlägt<sup>74</sup>, schon immer schwer getan. So zeugt es von einer Verkenntung des Wesentlichen demokratischer *politischer* Auseinandersetzungen, wenn etwa *Hermann Lübbecke*<sup>75</sup> neuerdings vor „Ideologiediskussionen, Grundwertdebatten, Menschenbildpräsentationen“ als dissoziativen, desintegrierenden Veranstaltungen warnt. Während aber *Lübbecke* für eine demokratisch möglichst unbehelligte Herrschaft der Technokraten plädiert, sieht sich *Wilhelm Hennis*<sup>76</sup> heute „mehr und mehr mit einer Staatsappara-

<sup>72</sup> BVerfGE 20, 56 ff., 103.

<sup>73</sup> In diesem Punkt verdient Zustimmung: *H. Lübbecke*, Endstation Terror. Rückblick auf lange Märsche, in: *H. Geißler* (Hrsg.), Der Weg in die Gewalt, 1978, S. 96 ff., 107. Vgl. auch *Lübbecke*, Endstation Terror, 1978.

<sup>74</sup> *Th. W. Adorno* in der ZEIT, Nr. 26/1969, S. 23: „Genügen mag der Hinweis darauf, daß sozialpsychologisch die Versessenheit aufs Positive ein Deckbild des unter dünner Hülle wirksamen Destruktionstriebes ist. Die am meisten vom Positiven reden, sind einig mit zerstörender Gewalt.“ *A.* meinte damals die Aktionisten der APO. Vgl. auch *Denninger/Lüderssen*, a. a. O. (o. N. 19), S. 158.

<sup>75</sup> *H. Lübbecke*, Warnung vor Ideologiediskussionen, in: Festschrift *H. Schelsky*, Opladen 1977, S. 156 ff., 158, wiederveröff. in Endstation Terror, (g. N. 73), S. 95 ff.

Keineswegs erbringen solche Debatten immer einen sachlichen Ertrag, dennoch sind sie im Felde des Politischen untrennbar mit der Erörterung von „Sachfragen“ verbunden. Die *Lübbecke'sche* Parole von der „Pragmatik der Friedenssicherung durch Diskursvermeidung“, a. a. O., S. 161, gedeiht auf dem Boden eines kritikfeindlichen, nur scheinbar entpolitisierten, „den Prinzipien der Erfahrung und der Sachkunde erneut Geltung verschaffenden“, kurz: eines autoritär-technokratischen Staatsverständnisses. In dieser Sicht stellen „die schwerwiegenden Probleme gegenwärtiger Politik in hochkomplexen, rasch sich wandelnden sozialen Systemen nicht Probleme eines Zieldefizits, sondern Steuerungsprobleme“ dar (a. a. O., S. 163). Wer nach welchem Kompaß wohin steuern soll und was die Gesteuerten/Besteuerten dazu meinen, interessiert offenbar nicht näher.

<sup>76</sup> *W. Hennis*, Vom gewaltenteilenden Rechtsstaat zum teleokratischen Programmstaat, in: Festschrift *Dolf Sternberger*, München 1977, S. 170 ff., 192, 191 Anm. 54. Es ist derselbe *Hennis*, der 1973 gegen Begriff und Politik der Demokratisierung als gegen eine „Re-

tur konfrontiert, die immer aufdringlicher jene unsympathischen Züge des absolutistischen Polizeistaates annimmt, der zwar recht effizient, aber doch im Grunde bevormundend, unfreiheitlich, arrogant und überaus unfähig zur Selbstkritik gewesen ist.“ Wenn *Hennis* die hier dominant gewordene „Politik der teleokratischen Programmrealisierung“, das schier hemmungslose Sichhaustoben der „Macher“ angreift, wenn er von „der sturen Zielfixierung der Regierungen, dem nur noch ein „Instrumentarium“ zuliefernden Charakter der Gesetzgebung und der zum verlängerten Arm der ‚regierenden Gewalt‘ herabkommenden Justiz“ spricht, so hat er offenbar eine völlig andere Vorstellung von demokratischer Bürgerkritik, von politisch notwendigen Mittel/Ziel-Diskussionen, kurzum: vom Verhältnis des ‚Staates‘ zur ‚Gesellschaft‘ als sein Kollege *Lübbe*. Die Verwirrung ist groß!

#### **V. Vorinstitutionelle Prinzipien der freiheitlichen demokratischen Grundordnung als Orientierung für streitbare Demokraten und Staatsgewalt: Freiheit von Angst, Vertrauen, Bereitschaft zum Engagement**

Es sollte keiner Erläuterung bedürfen, daß die skizzierten Differenzen nicht nur akademischen Streit bedeuten, sondern daß sie, vielfältig normativ und institutionell vermittelt, höchst praktische Auswirkungen zeitigen. Die Option für die eine oder die andere Lösung bestimmt und begrenzt einerseits den Aktionsradius für die politische Praxis kritischer streitbarer Demokraten, andererseits stellt sie die Weichen für das grundlegende (Selbst-)Verständnis des Berufsbeamtentums und seiner Rolle im Gemeinwesen — Stichworte: Neutralität? „Hüter der Staatlichkeit“? usw.; hiervon hängen wiederum die Anforderungen an die Beamtentreue ab — und drittens fällt mit dieser Entscheidung über das Bürger-Staat-Grundverhältnis auch die alle Detailprobleme vorprägende Antwort auf die Frage der Ausbalancierung von individueller Freiheitssphäre und sie berührenden Staatsschutzmaßnahmen. Suchen wir in dem staatsrechtlichen Dunkel nach einem verfassungsrechtlichen und nicht nur politikwissenschaftlichen Orientierungsmaßstab, so kann dieser kein anderer sein als die „freiheitliche demokratische Grundordnung“ selbst, aber freilich nicht in der stereotypen Formalität, in der sie beamtenrechtliche Extre-

volte gegen die Natur“ und eine „Preisgabe von Grundlagen der abendländischen politischen Kultur“ zu Felde zog, vgl. Die mißverständene Demokratie, Freiburg 1973, S. 51, 37. Dazu *Denninger*, in: Demokratisierung — Möglichkeiten und Grenzen, Ein Cappenberger Gespräch, 1976, S. 45 ff.

misten-Bescheide und -Urteile schmückt, sondern in einer auf ihre demokratieverwirklichende Funktion hin problematisierten Fassung. Mit anderen Worten:

Wir fragen nach der von der geschriebenen Verfassung *vorausgesetzten Grundverfassung des Bürgers*, ohne welche die vom Bundesverfassungsgericht<sup>77</sup> ja nicht abschließend katalogisierten institutionellen Elemente der freiheitlichen demokratischen Grundordnung leerlaufen, ihren Zweck verfehlen (müssen). Umgekehrt sind aber gerade die Institutionen dieser Ordnung, etwa: Grundrechte, Gewaltenteilung, Pluralismus und Selbstbestimmungsprinzip so beschaffen, daß sie bei vernünftigem Einsatz jene weiteren Grundvoraussetzungen beim Bürger zu bewirken, mindestens zu fördern, zu festigen und zu erhalten vermögen<sup>78</sup>. Diese Wechselwirkung zwischen den institutionellen (d. h. derzeit: den die Definition der BVerfGE 2, 12 f. ausmachenden) und den sozusagen „vorinstitutionellen“ Elementen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, ferner der instrumentale Charakter jener in bezug auf diese wird sofort einleuchten, wenn ich vorschlage, den definitivischen Katalog um die folgenden Elemente zu ergänzen: 1. *Freiheit von Angst*, 2. *Vertrauen*, 3. *Bereitschaft zum Engagement*.

Die umfassende Bedeutung dieser drei Grundelemente für die Konstitution sowohl des Rechtsstaates als auch des politischen Prozesses der Demokratie und für deren reziproke Bedingtheit kann hier nur angedeutet werden. Am Anfang steht die *Freiheit von Angst*, — freedom from fear — jenes schon von *Hobbes* benannte<sup>79</sup>, genau 300 Jahre später von *F. D. Roosevelt*<sup>80</sup> wiederentdeckte, weltweit verkündete Leitmotiv

<sup>77</sup> BVerfGE 2, 1 ff., 12 f.

<sup>78</sup> Es soll damit gerade jener Zustand vermieden werden, vor dem auch die Bundesrepublik keineswegs gefeit ist und den *Montesquieu* auf die Formel gebracht hatte: „Es kann geschehen, daß wohl die Verfassung frei ist, nicht aber der Bürger“, *De l'esprit des lois*, Buch 12, Kap. 1. *M.* kennt auch den umgekehrten Fall; er dürfte heutzutage selten sein.

<sup>79</sup> *Th. Hobbes*, *De Cive*, 1642. Kap. I, 2.7 ff.; *Leviathan*, 1651, Kap. 13.

<sup>80</sup> Als eine der Vier Freiheiten, die die Botschaft *Roosevelts* an den Kongreß am 6. 1. 1941 enthielt. Die Formel „frei von Furcht und Not“ ging ein in die Atlantik-Charta *Roosevelts* und *Churchills* vom 14. 8. 1941 (Art. 6), später dann in die Präambel der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. 12. 1948, in die Präambel der UN-Konventionen über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte bzw. über bürgerliche und politische Rechte vom 16. 12. 1966.

In der innerstaatlichen Diskussion hat die „Freiheit von Furcht“ — anders als die „Freiheit von Not“ — noch nicht die gehörige Aufmerksamkeit gefunden. Ausnahmen: Deutlich ist die für die Demokratie konstitutive Bedeutung gesehen bei *A. Arndt*, *Der Rechtsstaat und sein polizeilicher Verfassungsschutz*, NJW 1961, S. 898:

nicht nur der *Staatsgründung*, sondern, zumal im Zeitalter totalitärer Systeme, auch der *Staatsmachtbegrenzung*. In diesem Sinne hat man neuerdings in unterschiedlichen Zusammenhängen auf die *rechtliche* Funktion der Freiheit von Angst hingewiesen: als Bestandteil des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gegenüber der heimlichen oder der sogar offenen Observierungspraxis der Verfassungsschutzämter<sup>81</sup>, ferner als Element der aktivbürgerlichen, demokratieverwirklichenden Grundrechtsbetätigung, als Freiheit von antizipierter ökonomischer Existenzangst (im Hinblick auf karriereschädliche politische Aktivitäten)<sup>82</sup>. Aus diesem, aber nicht nur aus diesem Grund sind Ausforschungen durch Verfassungsschutzagenten an Schulen und — abgesehen von *konkreten* Gefahrenfällen — auch an Hochschulen rechtlich ein Ding der Unmöglichkeit<sup>83</sup>.

Freiheit von Angst gehört aber nicht nur zur Atemluft lebendiger Demokratie; sie ist ein Grundbaustein rechtsstaatlicher Freiheit und umgekehrt erfüllen rechtsstaatliche Institutionen ihren Sinn dann, wenn sie zur Befreiung von Angst beitragen. Niemand hat dies eindrucksvoller bedacht als *Montesquieu*. Politische, besser staatsbürgerliche Freiheit bestehe in der Sicherheit des Einzelnen, oder mindestens in der *Überzeugung* von der eigenen Sicherheit; die Freiheit des Bürgers beruhe deshalb entscheidend auf der Güte der Strafgesetze<sup>84</sup>. Nota

---

„Denn um Demokratie von der Wurzel her wachsen zu lassen, ist für den Jedermann, der ein „Einzelner“ ist, *Freiheit von Furcht* das erste Erfordernis.“ Vgl. auch *Dürig* (1964) in *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 18 Rdnr. 8. Jetzt: VG Kassel, NJW 1977, S. 692 m. Anm. von *J. Scherer*, NJW 1978, S. 237 f. auch zum Einschüchterungseffekt, „chilling effect“ mit Nachw. der US-Rspr. Auch *W. Schmidt*, Die bedrohte Entscheidungsfreiheit, JZ 1974, 241 ff., 248 o.

<sup>81</sup> *J. Salzwedel*, Möglichkeiten und Grenzen einer rechtsstaatlichen Kontrolle des Verfassungsschutzes, Festschrift Hans Peters, Berlin 1967, S. 756 ff., 761, m. Hinw. auf *Maunz*, Deutsches Staatsrecht § 14 III, 21. Aufl. 1977, S. 124 „Freisein von Furcht“.

<sup>82</sup> Vgl. *J. Lameyer*, Streitbare Demokratie, S. 159. Eindrucksvoll *F. Neumann* schon 1953: Zum Begriff der politischen Freiheit, jetzt in: Demokratischer und autoritärer Staat, 1967, S. 100 ff., 128 f. zum Problem der gesellschaftlichen Ächtung bei Entlassung wegen vermuteter Illoyalität. Vgl. auch *denselben*, Angst und Politik, a. a. O., S. 261 ff.

<sup>83</sup> Für den Schulbereich gilt verstärkt das in BVerfGE 39, 356 f. Gesagte. Gegen „Verfassungsschnüffelei“ an Schulen auch *A. Dregger*, laut dpa vom 20. 8., FAZ 21. 8. 1978, sowie die Fraktionsvorsitzenden der F.D.P., FR vom 11. 9. 1978; vgl. auch *BMI Baum* am 27. 9. 1978 vor dem Innenausschuß des Deutschen Bundestages. Eine Überwachung der Schulen führe zu einem nicht wieder gut zu machendem Vertrauenseinbruch. Vgl. „Woche im Bundestag“ 8. Jg. Nr. 17/1978, S. 5.

<sup>84</sup> *Montesquieu*, a. a. O. (o. N. 78), Buch 12, Kap. 2.

bene: *Montesquieu* hat nicht die „Innere Sicherheit“ im Auge, wie die Konferenz der Innenminister den Begriff versteht, nämlich als möglichst effektiven Schutz der Rechtsgüter der Allgemeinheit, als hohe Verbrechensaufklärungsquote und drakonische Strafdrohungen, nein, der Franzose denkt an Garantien des due process, an Tatbestandsbestimmtheit, rechtsstaatliche Beweisführung und Verteidigung, Schutz gegen falsche Anschuldigungen, an richterliches Gehör u. ä. Man lese seine Kritiken an der Strafpraxis aufgrund des uferlosen *crimen laesae majestatis*, man setze stattdessen den „Mißbrauch zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung“, und es wird deutlich, wo hier und heute die Probleme liegen. Dies gilt für seine Warnungen vor der Verwendung von Indiskretionen<sup>85</sup>, dies gilt insbesondere für die Kritik an Verurteilungen aufgrund bloßen Verdachts und, ebenso schlimm, wegen bloßer Gesinnungen. Es war eine böse Tyrannei des Dionysios, einen gewissen Marsyas hinrichten zu lassen, bloß weil dieser *geträumt* hatte, er würde den Herrscher umbringen. Gesetze haben, so *Montesquieu*, dafür zu sorgen, daß nur *äußere* Handlungen mit Strafe belegt werden<sup>86</sup>. Grund hierfür ist die Sicherheit, die Freiheit von Furcht, die aus der Berechenbarkeit und der durch eigenes Verhalten möglichen Steuerung der Rechtsfolgen entspringt. Dies gilt prinzipiell nicht allein für Strafgesetze. Diese Bedingungen der Freiheit von Angst entfallen, wenn die Gesetze dem Bürger nicht mehr nur meßbares, jedenfalls beobachtbares, damit beweisbares äußeres Verhalten abverlangen, sondern Gewissensproben, Überzeugungen, Gesinnungen. Die Gesellschaft polarisiert sich dann in die Tugendhaften, die in der rechten Gesinnung sind, und in jene, die es nicht sind, in „Freunde“ oder „Feinde der Freiheit“. „Die Gesinnung aber kann nur von der Gesinnung erkannt und beurteilt werden. Es herrscht somit der *Verdacht*; ... Es herrschen

---

<sup>85</sup> *Derselbe*, a. a. O., Buch 12, Kap. 12.

<sup>86</sup> *Derselbe*, a. a. O., Buch 12, Kap. 11. Gegen das *délit d'opinion* jüngst dezidiert: *M. Güde*, Die Verwirrung unseres Staatsschutzrechts, in: *Güde/Raiser/Simon/v. Weizsäcker*, Zur Verfassung unserer Demokratie, 1978, S. 10 ff. Vgl. auch *H. Steinberger*, Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie, 1974, mit Blick auf das amerikanische Antisubversionsrecht: „Auch wer die freiheitliche Demokratie als eine an inhaltlichen Wertelementen orientierte Lebensform staatlicher Gesellschaft und als legitimerweise schützenswertes Rechtsgut anerkennt, kann sich gleichwohl entschließen, subversiven Bestrebungen erst an der Schwelle der formalen, insbesondere gewalttätigen Verletzung der Rechtsordnung entgegenzutreten — und er wird unter den Voraussetzungen einer demokratisch gefestigten Gesellschaft in der Regel gut beraten sein, Abwehrmaßnahmen erst an diese Schwelle anzusetzen.“

jetzt die *Tugend* und der *Schrecken*; denn die subjektive Tugend, die bloß von der Gesinnung aus regiert, bringt die fürchterlichste Tyrannei mit sich<sup>87</sup>. Diese Revolutionskritik *Hegels* trifft jegliche Art von Jakobinismus; ex negativo läßt sie die Fundamente des rechtsstaatlichen Legalitätssystems um so leuchtender hervorscheinen. An die Stelle der Tugend tritt der Gesetzesgehorsam, an die Stelle von Verdacht, Mißtrauen und Schrecken treten Bestimmtheit, Vertrauen, Sicherheit. Das Grundmuster der Bürger-Staat-Beziehung muß deshalb von *wechselseitigem Vertrauen* geprägt sein. Dem *favor legis* entspricht der *favor civis*, eine *Vermutung für die Verfassungstreue des Bürgers*. Dieser vertraut seinerseits darauf, daß der doppelte Gewaltverzicht (auf Faust- oder Selbsthilferecht und auf Revolution), den er mit der Anerkennung des staatlichen Rechtsschutz- und Gesetzgebungsmonopols geleistet hat, durch die Herrschaft im Recht auch in doppelter Hinsicht wettgemacht wird: durch den Schutz erworbener Rechte und ausgeübter Grundrechte einerseits, durch die Offenhaltung der Innovationschance, d. h. der *legalen* Änderungsmöglichkeit der Verteilungsregeln andererseits<sup>88</sup>.

Das rechtsstaatliche Legalitätssystem kann seine Funktion der Friedenswahrung durch Rechtsgüterschutz *und* normativ geleiteten sozialen Wandel auf Dauer nur erfüllen, wenn es von der Bereitschaft eines großen Teiles der Bürger getragen wird, sich im permanenten Prozeß der Staatshervorbringung und der „Gemeinwohl“-Bestimmung<sup>89</sup> zu engagieren und sei es nur in der bescheidenen Rolle des vernünftig überlegenden freien Wählers. Dieser so ungemein wichtige Ausdruck einer realisierbaren politischen Autonomie<sup>90</sup> hat ebenso wie jedes intensivere demokratische Engagement zur elementaren Voraussetzung, daß die erst aufgrund politischer Auseinanderset-

<sup>87</sup> Hegel, Werke, a. a. O. (o. N. 69), S. 532 f.

<sup>88</sup> Vgl. vor allem U. K. Preuß, in Leviathan, a. a. O., (o. N. 24), S. 463: Zumutbarkeit des Gesetzesgehorsams, „weil und solange das Gesetz eine revidierbare soziale Ordnungsform ist und letzte Fragen nicht letztverbindlich entscheidet.“

<sup>89</sup> Vgl. W. Schmidt, Organisierte Einwirkungen auf die Verwaltung, VVDStRL Heft 33, 1975, S. 183 ff., 194 ff. Ferner W. Maihofer in der BT-Debatte vom 15. 11. 1974, a. a. O. (o. N. 4), S. 567: „Die freiheitlichste Verfassung in der deutschen Geschichte, unser Grundgesetz, ist auf das aktive politische Engagement unserer Bürger begründet.“ Es rächt sich, wenn man diese Einsicht zur Phrase verkommen läßt.

<sup>90</sup> Man soll hier ruhig auch von einer ungeschriebenen Bürger-Grundpflicht sprechen. Nichts ist törichter, als die Bedeutung des allgemeinen aktiven und passiven Wahlrechts zu verkleinern oder herabzusetzen. Aber es ist schwierig, der ungeduldigen Jugend dies deutlich zu machen.

zung zu findenden Lösungen und zu treffenden Entscheidungen nicht bereits durch staatlich vorgefixierte Werte-Canones vorweggenommen sind. Der Staat, in dem sich nicht nur der Beamte<sup>91</sup>, sondern in erster Linie der Bürger zu Hause fühlen soll, muß diesem die Chance lassen, sich aktiv und kooperativ in diesem „Hause“ einzurichten. Bereitschaft zu demokratischem Engagement erweist sich sowohl als Bedingung als auch als Bedingtes einer Verfassung offener Kritikmöglichkeit, pluralen Ideen- und Interessenwettbewerbes, politischer Toleranz und, nicht zuletzt, der Revidierbarkeit staatlicher Entscheidungen. In bestimmte Bezirke der Persönlichkeitsentfaltung darf der Staat überhaupt nicht eintreten; das Dekretieren letzter Wahrheiten und existenzieller Sinngebung ist ihm ebenso verwehrt wie einer politischen Partei die Durchsetzung eines mit dem Anspruch auf den Besitz absoluter Wahrheit auftretenden Programmes. Die freiheitliche Demokratie muß streitbar sein gerade um der Erhaltung dieser pluralistischen Offenheit willen; gerade die streitbare Demokratie ist die eigentlich „relativistische“, die eben diesen relativistischen Pluralismus absolut verteidigt. Hierin liegt die konsequente Fortführung des alten, von Kelsen<sup>92</sup> entwickelten und oft mißverstandenen Zusammenhanges von philosophischem Relativismus und demokratischem Prinzip<sup>93</sup>, den ich in der verfeinerten Fassung durch den Popper-Schüler und -kritiker H. F. Spinner aufgreifen möchte: Während erkenntnistheoretischer Monismus mit seiner Orientierung an Rechtfertigung bzw. Verifizierung in der poli-

<sup>91</sup> BVerfGE 39, 349.

<sup>92</sup> H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Neudruck 1963 der 2. Aufl. 1929, S. 98 ff. Auch *mein Staatsrecht* 1, S. 54. Ähnlich G. Radbruch, Vorwort zur Rechtsphilosophie.

<sup>93</sup> Zum Verhältnis von pluralistischer Demokratie und weltanschaulichem Relativismus vgl. U. Scheuner, a. a. O. (o. N. 18), S. 50, und P. Badura, *Verfassung und Verfassungsgesetz*, in Festschrift U. Scheuner, 1973, S. 19 ff., 30 f. einerseits, H. Krüger, a. a. O., in Festschrift W. Weber (o. N. 47), S. 248 andererseits. Zutreffend stellt Krüger fest, daß ein gewisser Relativismus mit „Streitbarkeit“ sehr wohl vereinbar ist. Andererseits ist Pluralismus nur dann praktisch realisierbar, wenn alle Gruppen ihre Existenzansprüche auf die wechselseitige Koexistenz hin relativieren. Vgl. ferner W. Scheel, Ansprache vor dem 16. Weltkongreß für Philosophie, Presse- u. Informationsamt der Bundesregierung, Bulletin Nr. 90, 1978, S. 85 ff., bes. 847: „In einer Demokratie ist jeder Gedanke demokratisch bis auf den einen: daß nicht jeder Gedanke demokratisch sei. Und diesen Gedanken findet man, das ist kein Zufall, immer nur bei denen, die den Staat zu einem Instrument ihrer Wahrheit machen wollen. Und das ist just der Absolutheitsanspruch, demgegenüber die Demokratie mißtrauisch ist.“

Den Hinweis auf diese Stelle verdanke ich Herrn Kollegen Tomuschat.

tischen Praxis zu autoritären Einstellungen führt, „enthält das fallibilistisch-pluralistische Erkenntnis- und Handlungsmodell den Keim einer humanitären Ethik sowie einer Philosophie der Demokratie“<sup>94</sup>.

## VI. Folgerungen

Wir haben versucht, die *Freiheit von Angst*, das *Vertrauen* und die *Bereitschaft zum Engagement* als aufeinander aufbauende Elemente nicht einer politischen Soziopsychologie im allgemeinen, sondern speziell der sozialpsychologischen Fundierung einer freiheitlichen Demokratie aufzuzeigen. In diesem Sinne kann man, normativ gewendet, von vorinstitutionellen Elementen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung sprechen. Versuchen wir nun, die Bedeutung dieser Elemente als Kriterien für die Beurteilung dogmatischer Einzelfragen im Bereich des Verfassungsschutzes abzuklären.

### 1. Beamtentreue

Für Beamtenbewerber wie für bereits ernannte Beamte spricht eine Ausgangsvermutung zugunsten ihrer Verfassungsloyalität<sup>95</sup>. Für Angehörige beider Gruppen gilt insoweit nichts anderes als für jeden anderen Staatsbürger auch. Ohne eine solche Vermutung ließe sich die beamtengesetzliche Gewähr-

<sup>94</sup> H. F. Spinner, Pluralismus als Erkenntnismodell, 1974, S. 104 f. Im Rahmen einer Evolutionstheorie ließe sich außerdem zeigen, daß das pluralistisch-fallibilistische Modell gegenüber ideologisch monistischen Formen die spätere, differenziertere und insofern höhere politische Lebensform darstellt. So gesehen ist es auch zutreffend, monistisch-totalitäre Systeme als Ausdruck kollektiver Regression im strengen Sinne zu begreifen.

<sup>95</sup> Hiervon geht auch der Deutsche Bundestag in seiner Entscheidung vom 24. 10. 1975 aus. Vgl. P. Frisch, Extremistenbeschluß, 4. Aufl. Leverkusen 1977, S. 145 (dort Wortlaut); ebenso die „Grundsätze der Bundesregierung für die Prüfung der Verfassungstreue vom 19. Mai 1976“, Pressemitteilung Nr. 195/76 des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung, im Wortlaut bei Frisch, a. a. O., S. 147 f. Ebenso die Verfahrensregelung des Landes Bremen vom 14. 3. 1977, Amtsblatt der Freien Hansestadt Bremen S. 87, vgl. Frisch a. a. O., S. 169; Maihofer in der Debatte vom 15. 11. 1974, a. a. O. (o. N. 4) S. 575 f.; ferner: H. Koschnick, Verfahrenspraxis der öffentlichen Hand bei der Beurteilung von Bewerbern für die Einstellung in den öffentlichen Dienst, ... Erster Zwischenbericht 1978, Typoskr. S. 7: „Ich gehe davon aus, daß zunächst bei jedem Bewerber in einer freiheitlichen Demokratie unterstellt werden darf, er sei ein verfassungstreuer Staatsbürger, der sich aktiv für die Verwirklichung des Grundgesetzes einsetzt. Alles andere wäre ein Rückfall in die Zeit des Obrigkeitsstaates.“

bieteklausel<sup>96</sup> rechtsstaatlich, d. h. willkürfrei gar nicht handhaben, denn wie sollte ein junger Beamtenbewerber, ein politisch unbeschriebenes Blatt, sonst den Beweis über ein *zukünftiges* Verhalten überhaupt führen können? Auch den Fortbestand der verfassungstreuen Gesinnung beim ernannten Beamten muß diese Vermutung sichern, die allein ihn davon entbindet, andernfalls täglich, stündlich, immerfort Bekenntnisse im Sinne des § 35 BRRG ablegen zu müssen. Zum Probiestein für den Rang der Loyalitätsvermutung wird die Frage<sup>97</sup>, ob die einfache Mitgliedschaft in einer von einer (oder mehreren) Einstellungsbehörde(n) für verfassungswidrig gehaltenen Partei oder in einer sonstigen Gruppe — ohne daß ein entsprechendes Verbot durch das Bundesverfassungsgericht bzw. die nach § 3 VereinsG zuständige Behörde vorläge — nicht nur im Einzelfall ausräumbare Zweifel an der Treue, sondern, wie gesagt wurde, bereits eine „erdrückende Vermutung“<sup>98</sup> für

<sup>96</sup> § 4 Abs. 1 Nr. 2 BRRG und die entsprechenden Regelungen der Bundes- und Landesbeamtengesetze. Auf eine bürgerfeindliche Umkehrung der Vermutungslage läuft die Argumentation der Bezirksregierung von Schwaben im Falle der Lehrerin C. *Lichtwarck-Aschoff* hinaus. Danach „kann die vom Bundesverfassungsgericht getroffene Feststellung, wonach insbesondere auch die Zeit des Vorbereitungsdienstes geeignet ist, sich ein zuverlässiges Bild von einem Bewerber zu machen, nur dann zum Tragen kommen, wenn der Bewerber völlig unvoreingenommen und ohne Kenntnis darüber, daß aufgrund seiner bisherigen politischen Aktivitäten Zweifel an seiner Verfassungstreue im Raume stehen könnten, seinen Vorbereitungsdienst abgeleistet hat.“ Vgl. FR vom 20. 9. 1978, DER SPIEGEL Nr. 39/1978, S. 126 f. Dies ist ein Beispiel für die Herrschaft des Verdachts (*Hegel*, vgl. o.): Die Möglichkeit der Verdachtsentkräftung wird durch die bloße Mitteilung des Verdachts abgeschnitten.

<sup>97</sup> K. *Stern*, Zur Verfassungstreue der Beamten, 1974, S. 56: hier liegt der entscheidende Dissens um den Kern der Auseinandersetzung. Vgl. dazu G. *Jasper*, a. a. O. (o. N. 57), S. 726: Radikalenerlaß als Ersatz für das politisch nicht gewollte Parteiverbot. Das Schrifttum zur Verfassungstreuepflicht der Beamten hat im übrigen inzwischen einen solchen Umfang angenommen, daß hier auf ausführliche bibliographische Hinweise verzichtet werden muß. Zahlreiche Nachweise finden sich bei: R. *Dreier*, Verfassung und Ideologie, Gedächtnisschrift F. Klein, München 1977, S. 86 ff., sowie bei B. *Schlink*, Zwischen Identifikation und Distanz, Der Staat 1976, S. 335 ff. Auf diese beiden wichtigen Arbeiten sei besonders aufmerksam gemacht. Informativ zur Geschichte des Problems: H.-W. *Laubinger*, Die Treuepflicht des Beamten im Wandel der Zeiten, in: Festschrift C. H. Ule, Köln u. a. 1977, S. 89 ff.

Kritisch zur Gewährbietetformel jüngst: E. *Küchenhoff/H.-J. Schimke*, Ein Verstoß gegen Neutralität und Toleranz, in Frankfurter Rundschau vom 30. 9. 1978, Nr. 217 S. 14.

<sup>98</sup> K. *Carstens* in der BT-Debatte am 15. 11. 1974, abgedruckt in Freiheitliche demokratische Grundordnung Band II (o. N. 4), S. 580.

mangelnde Verfassungstreue begründet. Nicht zuletzt an dieser Differenz ist 1974 der Versuch einer gesetzgeberischen Entschärfung des Extremistenproblems gescheitert. Mit Sicherheit kann man hier im Hinblick auf ein parteipolitisch wohlgefälliges Beamtenkorps nicht einfach unter Berufung auf Art. 79 Abs. 3 i. V. m. Art. 20 GG, auf den Rang also der sozialen Rechtsstaatlichkeit, einen Vorrang des Staates und folglich des für seine Erhaltung notwendigen öffentlichen Dienstes im Verhältnis zur Funktion der politischen Parteien herleiten<sup>99</sup>. Denn Rechtsstaat ist nicht gleich Staat und Staat ist nicht gleich Beamtentum; Art. 79 Abs. 3 i. V. m. Art. 20, zumal Abs. 1, garantiert also nicht „primär Staatlichkeit“ im Gegensatz zum politischen Parteileben, vielmehr wird eine rechts- und sozialstaatliche *Demokratie* garantiert und zwar als *parteienplurale*. Eine den Prinzipien der Angstfreiheit und der vertrauensvollen Bereitschaft zum demokratischen Engagement gerecht werdende Problemlösung wird hier nicht mit pauschalen Verurteilungen im Sinne des auch hierzulande unzulässigen „guilt by association“<sup>100</sup>, sondern nur mit einer sorgfältigen Einzelfallprüfung arbeiten dürfen<sup>101</sup>. Können Art und Umfang der Identifikation eines Mitgliedes mit dem Programm seiner Partei nur individuell ermittelt werden, dann ist es methodisch fragwürdig und sachlich unzulässig, aus dem Wortlaut einer Parteisatzung eine „besondere Inpflichtnahme“ jedes einzelnen Mitgliedes und hieraus wieder eine volle Identifizierung mit dem Programm zu folgern<sup>102</sup>. Und wenn obergerichtliche Recht-

<sup>99</sup> So aber K. Stern, a. a. O. (o. N. 97), S. 35.

<sup>100</sup> Dazu vgl. H. Steinberger, a. a. O. (o. N. 86), S. 377 ff.

<sup>101</sup> Die Schwierigkeiten der Prüfung im Einzelfall und die Gefahren des Ausufers der Überwachungspraxis rechtfertigen nicht — von extremen Fällen klar verfassungsfeindlicher Gruppen abgesehen — die schematische Anknüpfung der beamtenrechtlichen „Nichteignung“ an die bloße Zugehörigkeit zu einem Kollektiv — auch nicht mit der von W. Schmidt, Das Parteienprivileg zwischen Legalität und Opportunität, DOV 1978, S. 468 ff. versuchten Begründung. Aus diesem Grunde führen auch die von K. Stern, M. Kriele, Az-zola/Lautner u. a. diskutierten, unterschiedliche Vorschläge zur Trennung von Verfassungswidrigkeitsfeststellung und Parteiverbot — Änderung der §§ 43, 46 BVerfGG — nicht zu einer dem Prinzip der individuellen Eignungsprognose gerecht werdenden Lösung. Vgl. die Nachweise bei Schmidt, a. a. O., S. 473 f. Anm. 34, ferner bei K. Stern, Grundrechtsverwirkung und Parteiverbot, in Festgabe für das Bundesverfassungsgericht, 1976, Band I, S. 194 ff., 223.

<sup>102</sup> So z. B. OVG Rheinland-Pfalz, U. v. 29. 8. 1973, ZBR 1973, S. 338 ff., 344, VGH Baden-Württemberg, U. v. 29. 6. 1976, IV 911/74 S. 15. Kritisch zu solchen Identifizierungsverfahren auch J. Isensee, Der Beamte zwischen Parteifreiheit und Verfassungstreue, JuS 1973, S. 265 ff., 270 mit zutr. Hinweis auf die disziplinarrechtlich zu beachtende rechtsstaatliche Unschuldsvermutung. Eine In-

sprechung sich zwar bei einem NPD-Mitglied eine innere Distanznahme von verfassungsfeindlichen Zielen der Partei auch ohne Parteiaustritt vorstellen kann, hingegen bei einem DKP-Mitglied nur die volle Identifizierung, dann vermag so feine Unterscheidungskunst bei einem, der auf die Welt kam, als die erste Republik im braunen Strudel versank, nur noch Trauer und Sorge zu bewirken<sup>103</sup>.

## 2. Verfassungsschutz

Wir müssen uns auf die Skizze weniger Problemschwerpunkte beschränken, welche den nachrichtendienstlichen Verfassungsschutz i. e. S. betreffen<sup>104</sup>. Der Bundesnachrichtendienst

pflichtnahme der Mitglieder findet satzungsrechtlich übrigens auch bei den demokratischen Parteien statt. § 5 des Organisationsstatuts der SPD vom 12. 4. 1973 verpflichtet das Mitglied u. a., „die Ziele der Sozialdemokratischen Partei zu unterstützen“.

<sup>103</sup> VGH Baden-Württemberg, U. v. 14. 2. 1978, DÖV 1978, S. 522 ff. Dazu G. Jasper, a. a. O. (o. N. 57), S. 731 u. 732 o.

<sup>104</sup> Rechtsgrundlagen: Art. 73 Nr. 10, 87 Abs. 1 S. 2 GG; Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes v. 27. 9. 1950 i. d. F. vom 7. 8. 1972; Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes v. 11. 4. 1978, ferner entsprechende Landesgesetze. Nicht veröffentlicht sind die sog. „Zusammenarbeitsrichtlinien“: „Richtlinien für die Zusammenarbeit der Verfassungsschutzbehörden, des Bundesnachrichtendienstes (BND), des Militärischen Abschirmdienstes (MAD), der Polizei und der Strafverfolgungsbehörden in Staatsschutzangelegenheiten“ vom 18. 8. 1970 i. d. F. v. 23. 7. 1973 — ÖS 2 — 601 531 VS — NfD. Aus der Literatur sind hervorzuheben: C. Arndt, Gesetzliche Neuregelungen auf dem Gebiete der Nachrichtendienste, DVBl. 1978, S. 385 ff.; H. Borgs-Maciejewski, Parlament und Nachrichtendienste, in: Aus Politik und Zeitgeschichte B 6/77, S. 12 ff.; J. A. Brückner/H. Th. Schmitt, Verfassungsschutz und innere Sicherheit, Wuppertal 1977; *Bundesminister des Innern*, betrifft: Verfassungsschutz, jährliche Berichte, zuletzt für 1977. Derselbe (Hrsg.), Verfassungsschutz, Beiträge aus Wissenschaft und Praxis, Köln u. a. 1966; S. Cobler, Die Gefahr geht von den Menschen aus, 2. Aufl. Berlin 1978; H.-U. Evers, Privatsphäre und Ämter für Verfassungsschutz, 1960; derselbe, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 73 Nr. 10, Zweitebearbeitung 1974; *Polizei-Institut Hilstrup*, Zusammenwirken von Polizei und Verfassungsschutz, insbesondere bei politischen Unruhen und in politischen Spannungszeiten, Seminar vom 8. bis 12. 3. 1971 mit Referaten von Brasse, Evers, Smoydzin, Häring, Hilstrup 1971; J. Rottmann, Verfassungsschutz im Rechtsstaat, AöR 88 (1963), S. 227 ff.; J. Salzwedel, Möglichkeiten und Grenzen einer rechtsstaatlichen Kontrolle des Verfassungsschutzes, in: Gedächtnisschrift H. Peters, Berlin 1967, S. 756 ff.; W. Schatzschneider, Die Ermittlungstätigkeit der Ämter für Verfassungsschutz und Grundrechte, Frankfurter jur. Diss. 1978 (dort weitere Bibliographie); H.-P. Schneider, Der Verfassungsschutz — Grundordnungshüter, Sicherheitsdienst oder Geheimpolizei? in: W.-D. Narr (Hrsg.), Wir Bürger

(BND) und das Amt für Sicherheit der Bundeswehr (Militärischer Abschirmdienst, MAD), die für die Auslandsaufklärung bzw. für die Spionageabwehr und die innere Sicherheit bei der Bundeswehr zuständig sind, bei dem Bundeskanzleramt bzw. bei dem Bundesminister der Verteidigung ressortieren und beide weithin ohne gesetzliche Grundlage arbeiten<sup>105</sup>, bleiben außer Betracht. Die Konzentration auf die Ämter für Verfassungsschutz rechtfertigt sich nicht nur wegen der aktuellen Bedeutung ihrer Mitwirkung bei den Einstellungen in den öffentlichen Dienst, sondern weil sie von der Struktur ihrer Aufgabenstellung und ihrer Arbeitsweise her gewissermaßen in schärfstem Gegensatz<sup>106</sup> zu den oben entwickelten vorinstitutionellen Elementen freiheitlicher Demokratie geraten und weil sie dennoch — als notwendige Instrumente des Staatsschutzes und als ein Stück verfaßte Hoheitsgewalt im Sinne der Art. 1 Abs. 1, 3; 20 Abs. 2, unverbrüchlich in den rechtsstaatlichen Rahmen der Verfassung integriert werden müssen. Mit moralischen Kategorien, etwa, daß der Einsatz von V-Leuten „anstößig“ und „letztlich eines Rechtsstaates unwürdig“ sei<sup>107</sup>, ist hier nichts zu gewinnen. Es ist ein Kennzeichen des administrativen Verfassungsschutzes, zu dem neben dem allgemeinen polizeilichen, dem vereins-, versammlungs-, ausländerpolizeilichen und dem pädagogischen<sup>108</sup> auch der nachrichtendienstliche Verfassungsschutz gehört, daß er seine Aufgaben vielfach nur auf der Basis von Generalklauseln erfüllt; was hier an Abstrichen am Ideal perfekter Legalität hingenommen

---

als Sicherheitsrisiko, 1977, S. 93 ff.; derselbe, Rechtsschutz und Verfassungsschutz NJW 1978, S. 1610 ff. H. J. Schwagerl, Zu den Änderungen im Verfassungsschutzrecht, DÖV 1974, S. 109 ff.; H. J. Schwagerl/R. Walther, Der Schutz der Verfassung, 1968.

<sup>105</sup> Zu den Rechtsgrundlagen des BND und des MAG vgl. K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 1977, S. 186. Eine gesetzliche Regelung fordert (u. a.) Evers, Bonner Kommentar, a. a. O., Rdnr. 69, vgl. auch § 1 G 10 vom 13. 8. 1968.

<sup>106</sup> Vgl. H. Schrübbers, Organisation und Aufgabe des Verfassungsschutzes in der Bundesrepublik Deutschland, in: Verfassungsschutz, 1966 (o. N. 104), S. 69: ein geheimer Nachrichtendienst ist in einer Demokratie in Gefahr, als „Fremdkörper“ angesehen zu werden. Eindrucksvoll auch A. Arndt, a. a. O. (o. N. 80): für den belauschten Bürger liegt „sein Staat ... nicht mehr verlässlich im Hellen.“

<sup>107</sup> Rottmann, a. a. O. (o. N. 104), S. 237.

<sup>108</sup> Zum pädagogischen Verfassungsschutz gehört die „Staatspflege“, vgl. H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, H. Ritter v. Lex, Die Voraussetzungen eines wirksamen Staatsschutzes ... DÖV 1960, 218 ff., 285 f.; Evers, Bonner Komm. a. a. O. (N. 104), Rdnr. 43. Schwagerl, Informativer Verfassungsschutz 1976/77 in Hessen (Typoskr.) bevorzugt diese Bezeichnung gegenüber der als „positiver“ oder pädagogischer Verfassungsschutz.