



WERTENTSCHEIDUNGEN ALS GRUNDLAGE DER RECHTSORDNUNG

Hermann Gröhe | Christoph Kannengießer
(Hrsg.)

I
M

P
L
E
N
U
M

Mit Beiträgen von:
Thomas de Maizière | Jürgen Gehb
Ulrich Palmer | Andreas Heusch
Christian Hillgruber | Hartmut Lange

ISBN 978-3-939826-32-3

www.kas.de

Bei den hier abgedruckten Beiträgen handelt es sich um die überarbeiteten Reden, die im Rahmen der 1. Berliner Rechtspolitischen Konferenz der Konrad-Adenauer-Stiftung zum Thema „Wertentscheidungen als Grundlage der Rechtsordnung“ gehalten worden sind. Dieser Kongress fand in Berlin vom 7. bis 8. Dezember 2006 statt.

REDAKTION

Dr. Christine Wagner

© 2007 Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Sankt Augustin/Berlin

Alle Rechte vorbehalten.

Nachdruck, auch auszugsweise, allein mit Zustimmung der Konrad-Adenauer-Stiftung.

Gestaltung: SWITSCH, KommunikationsDesign, Köln.

Satz: workstation gmbh, produktionsservice

für analoge und digitale medien, Bonn.

Druck: Druckerei Franz Paffenholz, Bornheim.

Printed in Germany.

Gedruckt mit finanzieller Unterstützung der Bundesrepublik Deutschland.

ISBN 978-3-939826-32-3

INHALT

- 5 | VORWORT
Hermann Gröhe | Christoph Kannengießer
- 7 | HANDLUNGSFÄHIGKEIT
DES STAATES STÄRKEN
Thomas de Maizière
- 13 | RECHTSPOLITISCHES BRIEFING
Jürgen Gehb
- 21 | DIE PERSON ALS ETHISCHE RECHTS-
GRUNDLAGE DER VERFASSUNGSORDNUNG
Ulrich Palm
- 41 | EIN DISPUT: ZUM VERHÄLTNIS VON
STAAT UND RELIGION
Gleiche Distanz zu allen Religionen und
Weltanschauungen –
auch zu den eigenen Wurzeln?
- 43 | ERSTES STATEMENT
Andreas Heusch
- 59 | ZWEITES STATEMENT
Hans Michael Heinig
- 67 | EIN DISPUT
*Andreas Heusch | Hans Michael Heinig
Walter Bajohr (Moderation)*
- 85 | FÜR EINE WEHRHAFTEN
VERFASSUNGSINTERPRETATION
Christian Hillgruber
- 105 | DER RELATIVISMUS EINER
WERTEORDNUNG
Hartmut Lange
- 112 | AUTOREN UND HERAUSGEBER

VORWORT

Vom 7. bis zum 8. Dezember 2006 fand die 1. Berliner Rechtspolitische Konferenz der Konrad-Adenauer-Stiftung statt. Über 120 namhafte Rechtswissenschaftler und Juristen aus Legislative, Judikative und Exekutive diskutierten darüber, welche Wertentscheidungen unserer Rechtsordnung zu Grunde liegen, sie prägen und damit einen wesentlichen Teil unserer politischen Kultur ausmachen.

Werte als ethisch-normative Größen entfalten ihre Wirkung in Staat und Gesellschaft – und im Recht, namentlich in den Grundrechten. Eine wichtige Frage ist, ob wir in unserer Gesellschaft diese Wertentscheidungen noch hinreichend vermitteln und ob in der Bevölkerung noch ein ausreichendes Bewusstsein, also ein Konsens über den „Wert“ dieser Grundentscheidungen vorhanden ist.

Gewissermaßen der Anker unserer Wert- und Rechtsordnung ist dabei die Würde des Menschen, die laut Artikel 1 Absatz 1 des Grundgesetzes unantastbar ist. Der Mensch darf nicht zum Objekt herabgestuft werden. Der Mensch ist nicht für den Staat da, sondern der Staat für den Menschen. Die vornehmste Aufgabe des Staates liegt darin, die Freiheit seiner Bürger zu sichern und zu verwirklichen.

So begann die Rechtspolitische Konferenz mit einer Dinner Speech des Chefs des Bundeskanzleramts, Bundesminister Dr. Thomas de Maizière, der sich für eine Stärkung der Handlungsfähigkeit des Staates aussprach. Gleichzeitig warnte er aber davor, wegen der inflationären Erwartungen der Bürger an den Staat sein Handeln immer mehr zu degradieren, weil die Erwartungen nicht erfüllt werden können. In einem rechtspolitischen Briefing erläuterte der Rechtspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Jürgen Gehb, wichtige gesetzgeberische Vorhaben und mahnte zur Zurückhaltung bei der Aufnahme von Staats-

zielen in das Grundgesetz. Dr. Ulrich Palm, Universität Heidelberg, legte in seinem Beitrag „Die Person als ethische Rechtsgrundlage der Verfassungsordnung“ rechtshistorisch und rechtsphilosophisch die unterschiedlichen Ansätze für die Interpretation von Artikel 1 Absatz 1 des Grundgesetzes offen und betonte ein grundlegendes Vorverständnis zur Ausfüllung dieser Norm. Die Konrad-Adenauer-Stiftung fühlt sich hier dem christlich-abendländischen Menschen- und Weltbild in besonderer Weise verpflichtet. In einem von Walter Bajohr, dem Leiter der Zentralabteilung Kommunikation und Medien der Konrad-Adenauer-Stiftung, moderierten Disput zwischen Dr. Andreas Heusch, Richter am Oberverwaltungsgericht, und Dr. Hans Michael Heinig, Universität Heidelberg, ging es um das Verhältnis von Staat und Religion und die Frage, ob es eine gleiche Distanz zu allen Religionen und Weltanschauungen nach der deutschen Rechtsordnung geben soll. Professor Dr. Christian Hillgruber, Universität Bonn, befürwortete eine wehrhafte Verfassungsinterpretation und lotete Möglichkeiten und Grenzen beispielhaft aus. So kritisierte er die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, das Luftsicherheitsgesetz aufzuheben. In Notstandssituationen müsse bei der Abwägung Leben gegen Leben einer wehrhaften Verfassungsinterpretation gefolgt werden. Der Autor und Literaturpreisträger der Konrad-Adenauer-Stiftung 1998, Hartmut Lange, widmete sich dem Relativismus einer Wertordnung und konstatierte, dass wir ihm nicht entgehen können, da er unsere gesamte Seinsstruktur beherrsche.

Danken möchten wir allen, die zum Gelingen der Konferenz beigetragen haben, besonders Professor Dr. Hans Hugo Klein, Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D., dem „Spiritus Rector“ der bisherigen Rechtspolitischen Konferenzen in Eichholz. Auf seinem Engagement und seinen Ideen baut die neue Konferenzreihe auf. Sie möge in Politik- und Justizkreisen zu einer festen Größe werden.

Die Resonanz auf die 1. Berliner Rechtspolitische Konferenz der Konrad-Adenauer-Stiftung zeigt, wie wichtig diese Plattform ist. Wir würden uns freuen, wenn die Dokumentation der Beiträge die Diskussionen über die Themen der Konferenz weiter beflügelte.

Hermann Gröhe | Christoph Kannengießer

HANDLUNGSFÄHIGKEIT DES STAATES STÄRKEN

Thomas de Maizière

Was ist die Institution „Staat“ eigentlich noch wert? Ist der Staat nur noch die Summe der Ansprüche und Erwartungen der Bürger? Oder – das wäre fast noch schlimmer – eine von den Wünschen und Erwartungen der Bürger längst abgekoppelte Institution? Darüber will ich mit Ihnen ein paar Gedanken austauschen. Ich bin nicht der Meinung, dass wir die Erosion des Staates erleben oder erleben sollten. Ich meine, dass trotz der veränderten auch globalen Rahmenbedingungen der Staat, auch der Nationalstaat, eine unverzichtbare Aufgabe hat. Was der Staat eigentlich ist, ist schwer zu beschreiben und zu definieren.

Ich will vor diesem Kreis darauf nicht näher eingehen. Die Rechtfertigung des Staates hat im Laufe der Zeit jedenfalls gewechselt: Nicht der von Gott eingesetzte Herrscher rechtfertigt heute das Handeln der Staatsgewalt. Sondern die demokratische Legitimation und die Aufgabe des Staates, ein geordnetes Zusammenleben der Bürger zu garantieren, ist heute maßgeblich. Aus unserer Verfassung folgt, dass der Staat ein Rechtssubjekt ist, das dem Bürger für sein Handeln verantwortlich ist und dessen Handlungsbefugnisse durch die verfassungsrechtlich geschützten Freiheiten und Ansprüche des Bürgers begrenzt sind. In seiner heutigen Erschei-

nungsform ist unser Staat aber mit einer Breite der Projektionen, Wünsche und Ängste, Ansprüche und Erwartungen des Einzelnen konfrontiert wie selten zuvor. Zugleich ist er aber in hohem Maße „fragil“ oder „gefährdet“, wenn man an die schwindende aktive Teilhabe seiner Bürger an seinen Entscheidungen und Handlungen denkt. Den Staat überschätzt, wer glaubt, er könne alle Probleme dieser Welt lösen und für die Bürger regeln. Man traut ihm dagegen zu wenig zu, wenn es um die Erfüllung seiner Kernaufgaben und um sein Selbstverständnis geht. Beides findet aber zugleich statt: Überschätzung und Geringschätzung. Da liegt ein Problem. „Vater Staat“ (ich liebe diese Metapher gar nicht ...) möchte es denjenigen, die die Füße unter seinen Tisch stecken, in jeder Hinsicht Recht machen. Jeder, der Kinder hat, weiß, dass das unmöglich ist. Ein Vater – oder eine Mutter – muss hin und wieder auch unpopuläre Vorgaben machen. Gleichzeitig muss er loslassen können, wenn es um Dinge geht, die jeder Mensch nur selbst entscheiden und bewältigen kann. „Hotel Mama“ muss auch mal geschlossen sein. Mit dieser Balance zwischen entschiedenem Vorgehen und fürsorglichen Beobachten tut sich unser Staat schwer. Vom Staat wird heute mehr Förderung und Fürsorge erwartet und dafür weniger Eingriffe. Leistungs-, Teilhabe- und Gestaltungsrechte des Bürgers werden immer wichtiger. Staatliche Schutzpflichten werden zunehmend auch außerhalb des klassischen Hoheitsbereichs eingefordert. Der Staat soll beraten und aufklären. Der Staat soll nicht mehr nur „Sicherheit und Ordnung“ im Land schaffen, sondern mehr und mehr auch Koordinator und Moderator sein, der mit privaten Akteuren verhandelt, die lautstark und gelegentlich nicht frei von Penetranz ihre Interessen als vom Gemeinwohl geboten einfordern. Der Staat steht unter einem immensen Erwartungsdruck seitens der Bevölkerung. Das Verrückte ist: Diesen Erwartungsdruck hat er teilweise selbst erzeugt.

- Er soll Rinderwahnsinn und Vogelgrippe von den Tellern fernhalten, aber Stallpflicht oder Tötungen kranker Tiere dürfen der Wirtschaft nicht weh tun und nicht zu höheren Preisen für den Verbraucher führen. Gewinne privat, Haftung öffentlich ist ein oft gehörter Ratschlag aus der Wirtschaft.
- Der Staat soll die Arbeitslosigkeit abschaffen – allerdings darf er auf dem Weg dahin nichts tun, was für die jetzigen Arbeitnehmer oder Arbeitgeber unbequeme Folgen haben könnte.

- Natürlich soll der Staat auch alle vor den Bedrohungen des internationalen Terrorismus schützen – selbstverständlich ohne zum Überwachungsstaat zu werden, der den empörten Bürger ausforscht.

Zuviel Staat nervt den modernen Bürger: Der Staat soll sich gefälligst raushalten, wenn der Bürger seine individuellen Freiheiten auslebt. Knöllchen für zu schnelles Fahren oder Grenzen für den Sonntags-Einkauf werden als störende Spaßbremsen empfunden.

So wird der Staat zum Selbstbedienungsladen – oder schlimmer, er macht sich selbst dazu. Zu wenig Staat ist dann aber auch wieder nicht gut. Das fällt immer dann auf, wenn etwas schief geht, z.B. eine Eishalle einstürzt oder ein von den Eltern vernachlässigtes Kind zu spät von den zuständigen Stellen gefunden wird. Was liegt aber nun in der Mitte zwischen zu viel und zu wenig? Und wie kann man es festlegen und beschreiben? Ich finde nicht, dass es die erste Aufgabe des Staates ist, den politischen Bereich der Gemeinwohlverfolgung von dem staatsfreien Bereich der Einzelwohlverwirklichung so abzugrenzen, damit der Einzelne möglichst ungestört glücklich sein kann. Ich meine, dass es darüber hinaus eine übergeordnete Verantwortung geben muss, die staatliches Handeln leitet und bestimmt. Ich wundere mich oft über Vergleiche – auch aus dem politischen Raum –, die darauf zielen, die Bundesrepublik Deutschland als Unternehmen mit einem Vorstand darzustellen. Ziel solcher Vergleiche ist offenbar, modern zu erscheinen, Identifikation für „sein Unternehmen“ hervorzurufen und Sympathien beim Bürger zu gewinnen, so, als ob die Gleichsetzung von Staat und Wirtschaft populär oder aber überzeugend sei. Ich finde das nicht. Solche Versuche spiegeln eher wider, wie minderwertigkeitskomplexbehaftet die Selbstwahrnehmung des Staates heute zuweilen ist. Solche Versuche dürften aber ebenso wenig erfolgreich sein wie Versuche von Vätern, den Kindern mittels vermeintlicher Jugendsprache oder vermeintlich „coolem“ Auftreten vorzutäuschen, wie sie zu sein. Vor allem aber sind derartige Vergleiche von Staat und Wirtschaft auch in der Sache falsch: Im Bereich der Wirtschaft geht es darum, dass durch die Gesamtheit der geregelten Verfolgung privater Einzelinteressen auch der Gesamtgesellschaft Wachstum, Fortschritt und Gewinn erwachsen. Politische Zukunftsgestaltung muss dagegen treuhänderisch und ganzheitlich geschehen. Leitschnur muss das Gemeinwohl sein. Das Gemeinwohl fällt gewiss nicht vom Himmel und unterliegt auch nicht dem Definitionsmonopol der jeweiligen Mehrheit. Aber es ist definitiv mehr als die pure Summe der

Verfolgung von privaten Einzelinteressen. Unsere Verfassungsordnung sagt klar, wer für grundlegende Entscheidungen zuständig ist: das Parlament und die demokratisch legitimierte Regierung. Sie sind verantwortlich dafür, für die Bürgerinnen und Bürger tragfähige Grundlagen für die Zukunft zu schaffen, nicht mehr, aber auch nicht weniger. Aufgaben für einen selbstbewussten Staat gibt es genug: Gesundheits- und Sozialsysteme, Steuer- und Rentensysteme, Umwelt und Informationsgesellschaft, Sicherheit und Bildung, europäische Einigung, globale Vernetzung, Formulierung nationaler Interessen in der Außen- und Sicherheitspolitik – das alles sind Themen, die gemeinwohlorientiert behandelt werden müssen. Bei alledem ist klar: Wir brauchen Mehrheiten für gute Ideen. Nur mit der Unterstützung der Bevölkerung können wir sie erlangen. Nur wenn der Staat es zulässt, dass die Bedürfnisse, Anliegen und Ideen der Bevölkerung sich im Handeln seiner Akteure spiegeln, kann er begeistern und motivieren. Umgekehrt gilt auch: Nur wenn der Bürger bereit ist, seinen Beitrag zu leisten, kann der Staat letztlich erfolgreich sein.

Ich habe manchmal den Eindruck, der Staat hinkt dem wachsenden Selbstbewusstsein seiner Bürger hinterher. Eine Portion Zuversicht und Vertrauen in die eigenen Kernfähigkeiten würden dem Staat und der Akzeptanz seiner Entscheidungen gut tun. Das darf der Staat dann ruhig einmal nach außen zeigen. Es entspricht einem – wie ich finde – vernünftigen, also aufgeklärt patriotischen Staatsverständnis, dass der Staat auch eine gewisse Symbolik hat: Flaggen, Uniformen, einen Nationalfeiertag, die Hymne, Regierungs- und Parlamentsgebäude sowie andere Staatssymbole sind nicht bloßer Firlefanz, sondern erinnern daran, dass der Staat eine übergeordnete Verantwortung hat, die im Gegensatz zu Unternehmen oder Verbänden nichts mit Gewinnerzielung oder legitimer Vertretung von Einzelinteressen zu tun hat. Patriotismus im Sinne von innerer Verbundenheit mit dem eigenen Staat ist nötig, um erfolgreich zu sein in einem Land, von dem viel erwartet wird – von innen wie von außen. Dass auch die meisten Bürgerinnen und Bürger im Grunde dieses Verständnis haben, zeigte die Stimmung während der Fußball-WM: Flaggen überall. Nicht nur deutsche übrigens, sondern auch diverse Flaggen der anderen Nationalteams. Das Gefühl dabei war positiv: Zusammengehörigkeit, gut Aufgehobensein bei denen, die dieselbe Grundlage haben. Dabei kein ängstliches Abgrenzen gegenüber den anderen, sondern selbstbewusstes und fröhliches Nebeneinander, Respekt, dass die Anhänger anderer Nationalteams sich genauso mit ihrem jeweiligen Staat verbunden fühlen. Nur diese Verbundenheit kann die Grundlage für Akzeptanz

von Politikgestaltung bei den Bürgern sein. Im Verhältnis des Staates zu den Bürgern geht es um mehr als den Aktienkurs oder die Gewinnquote. Aktive und vorausschauende Zukunftsgestaltung kann und sollte man von unserem Staat verlangen. Aber dabei muss man natürlich auch die Grenzen der staatlichen Gestaltungsfähigkeit sehen. In einer globalisierten Welt kommt ein einzelner Staat allein oft nicht weiter: Einzelstaatliche Regulierung ist gegenüber Missbräuchen, etwa im Internet, oft machtlos. Die staatlichen Grenzen können globale Umweltprobleme nicht aufhalten. Internationale Bedrohungslagen und Katastrophen erfordern weltweite Partnerschaften. Auch innenpolitisch gibt es Grenzen staatlicher Gestaltungsfähigkeit: Sicherlich wird gesamtstaatliches Handeln nicht einfacher durch die ineinandergreifenden Mitwirkungsrechte von Bund und Ländern, die Handlungsmöglichkeiten manchmal einschränken und Verantwortungen verwischen. Mutige Reformschritte werden oft durch mächtige Interessengruppen erschwert. Auch die Medien drängen Politiker gerne zu hektischen Erfolgen. Eine nachhaltige Politik bei zunehmender Emotionalisierung und Hysterisierung durch die Presse und die Politik selbst ist schwierig. Sie ist aber geboten. Und sie ist auch möglich. Der Staat kann, darf und muss mutiger werden.

Dabei geht es mir nicht darum, den „starken Staat“ zu propagieren. Der Staat darf auch mal schwach sein. Er muss nur wissen, an welchen Stellen er Schwäche zeigen darf und an welchen er stark sein muss. Wissen um die Begrenztheit der staatlichen Einflussmöglichkeiten ist nötig. Stärke müssen wir zum Beispiel vom Staat fordern, wenn es um die Gewährleistung bestmöglichen Schutzes gegen terroristische Bedrohungen geht. Die Bevölkerung ist in diesem Bereich ganz und gar auf effektives staatliches Handeln angewiesen. Terrorismusabwehr kann nicht durch Private erfolgen. Der Einzelne kann zwar durch Aufmerksamkeit helfen, er hat jedoch als Privatperson keine erfolgversprechenden Handlungsmöglichkeiten. Auf anderen Gebieten ist Weniger dagegen Mehr: Der Staat sollte nicht der Versuchung erliegen, sich als Lebensberater für alle Fragen des Alltags zu profilieren. Natürlich wäre es klüger, wenn jeder Mensch nur mit Helm Fahrrad fahren würde. Es wäre gesünder, wenn niemand rauchen würde – ob innerhalb oder außerhalb von Gaststätten. Auch die Ernährungsgewohnheiten der Bevölkerung sowie die Anzahl der Fitness-Studio-Besuche lassen zu wünschen übrig. Aber niemand kann sich ernsthaft wünschen, dass der Staat alle solche Aspekte der persönlichen Lebensführung erwachsener Menschen obrigkeitlich regelt. Der Staat kann auch nicht elterliche Erziehungsdefizite ausgleichen.

Erziehung kann man nicht gebieten. Eltern sind primär in der Pflicht, ihren Kindern Werte zu vermitteln. Wenn schon im Elternhaus bei Konflikten mit Tassen geworfen wird, wird es schwer, dem Kind in der Schule klarzumachen, dass es besser ist, zu diskutieren statt dem Mitschüler eins auf die Nase zu geben. Hier liegt es bei den Kirchen, Sportvereinen und Verbänden, Angebote an Eltern, Kinder und alle anderen zu machen und so positive gesellschaftliche Trends zu setzen und Werte zu vermitteln. Dem Staat kommt dabei die Rolle zu, diese gesellschaftlichen Gruppen zu unterstützen. Mehr kann er gar nicht. Im Bereich der Ethik kann der Staat nur ein Minimum verlangen. Gott sei Dank. Aber die Gesellschaft bräche sofort zusammen, wenn sich alle nur nach einem ethischen Minimum verhielten. Zur Beruhigung sollte man sich klarmachen: Jenseits der politischen Gestaltungsmöglichkeiten des Staates ist ja keineswegs nur Chaos – die zivilgesellschaftlichen Kräfte und privaten Akteure sind durchaus in der Lage und auch gefordert, gesellschaftliche Bereiche zu gestalten. Freiheit in Verantwortung ist die Grundlage des Staates, nicht umgekehrt. Mein Eindruck ist, dass Politik heute ihre Grenzen zu oft entweder nicht kennt, oder nicht zu erkennen wagt. Wir müssen aufpassen, dass wegen der inflationären Erwartungen der Bürger an den Staat staatliches Handeln in seiner Wertigkeit nicht immer mehr degradiert wird, weil die Erwartungen nicht erfüllt werden können.

Es hilft nicht, zu Gunsten von zukünftig erhofften Wahlergebnissen so zu tun, als könne Politik allen Ansprüchen und Erwartungen der Bürger genügen, die permanent größer werden. Dies befördert teufelskreisartig die ständig wachsende Anspruchshaltung der Bürger. Wir sollten ehrlicher mit uns selbst und den Bürgern sein. Für Menschen, die in der Politik arbeiten, ist es schwer zuzugeben, dass sie nicht alles können und schaffen. Aber – unter uns gesagt: Mir scheint, die Bevölkerung hat längst gemerkt, dass ein Staat nicht alles kann, aber das, was er kann, auch können muss.

RECHTSPOLITISCHES BRIEFING

Jürgen Gehb

Lieber Hermann Gröhe, meine sehr verehrten Damen,
meine Herren,

für mich ist es die erste Rechtspolitische Konferenz der Konrad-Adenauer-Stiftung und natürlich eine besondere Ehre, vor so einem hochkarätigen Auditorium das Wort ergreifen zu dürfen. Als Rechtspolitischer Sprecher der CDU/CSU-Bundstagsfraktion ist das natürlich eine besonders günstige Gelegenheit, auch mal über den Tellerrand einzelner Gesetzgebungsvorhaben zu schauen, mit denen wir uns typischerweise im Parlament beschäftigen, oder, lassen Sie es mich anders sagen, auch mal grundsätzliche Dinge anzusprechen.

Wenn ich an „grundsätzliche Dinge“ denke, fällt mir die Warnung des Bundesverfassungsgerichtspräsidenten ein, der den Medien vor wenigen Wochen vorhielt, geradezu den Aktionismus der Politik zu schüren und für alles und jedes ein Gesetz zu fordern. Wir in der Politik, so die Klage von Herrn Papier, würden getrieben von der Presse, von der Lobby, von Interessengruppen. Im *Tagesspiegel* führte er dann aus – ohne die *Bild-Zeitung* als solches zu erwähnen –, kaum verginge ein Tag, an dem diese Zeitung nicht für alles und jedes und noch so geringe Problem eine Regelung verlange. Beispielhaft hat er die Vogelgrippe-Hysterie angesprochen.

Die Zurückhaltung, die immerhin vom Präsidenten des Verfassungsgerichts so nachdrücklich eingefordert wird, ist nach meiner festen Überzeugung nicht nur bei dem Ruf nach einfachen Gesetzen notwendig, sondern auch bei dem, was die jetzt wieder neu aufkeimende Debatte über die Aufnahme sogenannter Staatsziele im Grundgesetz betrifft. Sicherlich ist jedes Ziel, was in diesem Zusammenhang genannt wird – ob Sport, Kultur oder Kinderschutz –, ein hehres Ziel, aber man hat den Eindruck, dass alles, was unterhalb des Grundgesetzes verortet wird, auch nichts mehr wert ist. Und ich finde, unser Grundgesetz lebt gerade von seiner Kargheit, von seiner Schlichtheit und sollte nicht – ich sage es mal so – zu einem verfassungsrechtlichen „Neckermann-Katalog“ verkommen. Und man sollte sich auch darüber im Klaren sein, dass damit natürlich völlig falsche Begehrlichkeiten geweckt werden. Welchen Irrweg das nehmen und welche merkwürdigen Blüten treiben kann, zeigt eine Bemerkung des Präsidenten des Deutschen Kinderschutzbundes. In der *Leipziger Volkszeitung* hat sich Herr Hilgers zu der Bemerkung hinreißen lassen, er fühle sich nicht wohl in einem Land, in dem der Tierschutz Staatsziel sei, der Kinderschutz aber nicht.

Ebenso wie es keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht gibt, so gibt es auch keinen Anspruch auf Gleichbehandlung in legislativen Fehlleistungen. Wenn man diesen Wertungswiderspruch auflösen will, dann sollte man den Tierschutz wieder aus dem Grundgesetz entfernen, aber nicht Sport, Kultur und alles Mögliche noch zusätzlich reinpacken, so dass wir irgendwann ein Grundgesetz haben, das so dick ist, dass es niemand mehr liest. Das ist jedenfalls nicht nur meine persönliche Meinung, sondern auch die Auffassung aller meiner Kollegen in der Arbeitsgruppe Recht der CDU/CSU-Bundestagsfraktion.

Die Zurückhaltung, die ich gerade angemahnt habe, sollte man auch bei der Forderung walten lassen, das Quorum des Bundesverfassungsgerichts bei Parteiverbotsverfahren von 2/3 auf eine absolute Mehrheit zurückzuführen. Die Idee ist vor dem Hintergrund geboren worden, vielleicht ein erneutes Verbotsverfahren in Gang zu setzen. Wir sollten es tunlichst vermeiden, auch nur den bloßen Anschein zu erwecken, als wolle man gewünschte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sozusagen bestellen. Aus gutem Grund ist das Quorum bei 2/3, und es sollte nicht daran gerüttelt werden.

Wenn ich mich jetzt schon bei der Abteilung Verfassungsrecht aufhalte, erlauben Sie mir einen kurzen Rückblick auf die große Verfassungsreform, die wir in diesem Jahr vollzogen haben.

Wie lange und wie viel Jahre ist über die Föderalismusreform geredet und geschrieben worden? Eine Kommission mit hochkarätiger Besetzung hat sich Jahre lang damit beschäftigt, nur haben die Ergebnisse nie ihren Weg ins Gesetzblatt gefunden. Anfang des Jahres, nach einer siebentägigen Anhörung – der größten Anhörung in der Geschichte der Bundesrepublik – haben wir diese Föderalismusreform „gewuppt“, wie es manchmal so schön heißt. Etwas, das nie möglich gewesen wäre, außer in dieser Großen Koalition. Deswegen sollten wir uns wirklich hüten, diese Koalition, auch wenn sie nicht unsere Wunschkonstellation war, kleinzureden.

Jedenfalls können Sie mit unserem Wunschkoalitionspartner FDP auf dem Gebiet Innere Sicherheit und Recht weniger als mit unserem derzeitigen Partner machen. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird gerade bei den Liberalen wie eine Monstranz vor sich hergetragen, alles und jedes scheitert daran. Und von den Grünen oder gar den Linken will ich gar nicht reden.

Besonders signifikant war es beim Strafvollzug. Da hatte man während der Debatten und in den Anhörungen den Eindruck, dass die Befürchtung besteht, dass etwa in Hessen die Strafgefangenen auf eine Galeere kommen wie bei Ben Hur und oben der Jürgen Banzer sitzt und mit der Trommel auf die Pauke haut und unten die Leute im Rhythmus rudern müssen, ja, die Leute haben von einem Schabigkeitswettbewerb geredet. Da wird immer der Eindruck erweckt, der böse Roland Koch oder der böse Edmund Stoiber, die würden da jetzt also irgendwas machen, an bekannten demokratischen Grundregeln vorbei.

Nun fällt mein Blick gerade auf die Justizministerin von Nordrhein-Westfalen, Frau Roswitha Müller-Piepenkötter. Wer hat denn bisher schon den Kopf für den Strafvollzug hinhalten müssen im wahrsten Sinne des Wortes? Wessen Kopf wird denn gefordert, wenn jemand wie in Sachsen auf dem Dach rumturnt oder wenn so ein furchtbares Verbrechen passiert wie in Nordrhein-Westfalen? Doch nicht der Kopf der Bundesjustizministerin ist in Gefahr, sondern der jeweiligen Landesjustizminister, weil sie bisher schon für die praktische Seite des Strafvollzugs zuständig waren.

Ich will Ihnen hier und heute nicht alle Facetten der Föderalismusreform darstellen, sondern nur noch einmal daran erinnern, dass dies eine große Reform ist, die wir geschafft haben. Und zwar trotz aller Unkenrufe. Stellen Sie sich mal vor, es hätte nicht geklappt. Welche Häme hätten die Medien über uns ausgeschüttet, dass wir nichts zustande brächten.

Eine Zeitung schreibt nie über geglückte Operationen, sondern nur, wenn jemand die OP-Nadel vergessen hat. Und sie schreiben auch nichts über gelandete Flugzeuge, sondern über abgestürzte. Deswegen ist auch viel zu wenig über die geglückte Föderalismusreform geschrieben worden, sondern man hat nur gierig darauf gewartet, dass sie scheitert. So war es nicht, und deswegen finde ich, kann die Große Koalition aus CDU, CSU und SPD stolz auf diese Reform sein.

Ebenso können wir darauf stolz sein, dass vor wenigen Tagen ein Straftatbestand unter dem Begriff „Stalking“ im Hohen Hause verabschiedet wurde, also das permanente beharrliche Nachstellen, quasi der Psychoterror. Bisher war dieser nicht strafbar, es sei denn, es war bereits zu Körperverletzungsdelikten gekommen oder es waren mit dem zivilrechtlichen Gewaltschutzgesetz im Wege einstweiliger Verfügung Kontaktverbote verhängt worden – beides ein stumpfes Schwert. Wir haben mit dem Tatbestand Stalking nun auch erreicht, dass in schweren Fällen sogar eine Deeskalationshaft verhängt werden kann. Auch das ist in der Konstellation und Koalition, wie wir sie jetzt haben, möglich gewesen. Ich gehe fest davon aus, dass wir demnächst auch für nach Jugendstrafrecht verurteilte Täter die nachträgliche Sicherungsverwahrung einführen werden. Wenn ein 17-jähriger Mörder verurteilt worden ist und es stellt sich heraus, wenn er 25 ist, dass er immer noch brandgefährlich ist, dann darf man so einen Menschen nicht rauslassen. Auch das wäre vor wenigen Jahren und in anderen Konstellationen undenkbar gewesen.

Ferner sitzen wir im Moment an einer Rechtsfigur, die Sie – jedenfalls soweit Sie mit Strafsachen befasst sind – kennen, das ist der sogenannte Deal, also eine Absprache aus Gründen der Prozessökonomie. Ich weiß, dass das auch nicht unbedingt auf ungeteilte Zustimmung stößt, weil das für manch einen ein Schlag ins Gesicht der materiellen Gerechtigkeit ist. Man muss sich vielleicht auch dem Vorwurf aussetzen, da geht es ja zu wie auf einem orientalischen Basar. Der eine sagt drei Jahre, der andere sagt fünf Jahre, dann kommt ein Jahr raus, aber es ist eine Figur, mit der sich ja jetzt schon die Gerichte haben beschäftigen müssen. Und

der Bundesgerichtshof hat uns als Gesetzgeber quasi „ins Gebetbuch“ geschrieben, dass wir das auch legislativ regeln müssen, und da sind wir dran – übrigens unter Zuhilfenahme externen Sachverständigen, namentlich auch von Mitgliedern einschlägiger Strafsenate des Bundesgerichtshofes.

Erlauben Sie mir noch einige Worte zum Justizmodernisierungsgesetz, das vor wenigen Tagen im Deutschen Bundestag in 2. und 3. Lesung verabschiedet wurde. Auch dort hat ein gewisser Paradigmenwechsel stattgefunden. Die CDU/CSU-Fraktion hat durchgesetzt, dass auch im Jugendstrafverfahren die Nebenklage zugelassen wird, weil der Eindruck entstanden ist, Täterschutz gehe vor Opferschutz. Im Zentrum allen Interesses stand immer nur der jugendliche Täter. Auch hier haben wir gesagt, die Nebenklage muss zumindest für schwere Delikte auch im Jugendstrafgerichtsverfahren möglich sein.

Nun habe ich viel zu konkreten deutschen Gesetzesvorhaben gesagt. In diesem Kontext halte ich es für wichtiger denn je, einen Blick über unseren nationalen Tellerrand zu werfen.

Vor wenigen Monaten war ich in Frankfurt auf einer Veranstaltung der Industrie- und Handelskammer mit dem Titel „European and German Law goes Hollywood“. Was ist damit gemeint, meine Damen und Herren? Es hat nicht nur karikaturhafte Züge, sondern da ist auch was Wahres dran.

Es droht ein Angriff auf unser kontinentaleuropäisches Rechtssystem durch immer mehr Übernahmen angelsächsischen oder angloamerikanischen Rechts. Ich will jetzt gar nicht vom Allgemeinen Gleichheitsgesetz reden, aber auch dieses Gesetz beruht auf einer Vorgabe europäischen Rechts. Die vier Richtlinien, die wir gezwungen waren umzusetzen, kommen mir vor wie ein übelriechender Handkäse, den man in altes Zellophanpapier packen kann, oder man kann versuchen, ihn in einen Parfümflakon zu drücken. Das olfaktorische Grundunbehagen bleibt gleich.

Ich will nun dieses Gesetz überhaupt nicht verteidigen. In all meinen Reden in oder außerhalb des Parlamentes habe ich immer gesagt, dieses ganze Vorhaben sei für mich einer der größten Angriffe auf unsere Privatautonomie. Doch die Wurzel allen Übels liegt sicherlich nicht in Berlin. Und nun wollen wir mal warten, wie sich alles in der Praxis entwickeln wird und wie die Gerichte entscheiden werden.

In die Rubrik europäische Vorgaben mit nur noch geringem nationalem Umsetzungsspielraum gehört auch das Umweltrechtsbehelfsgesetz, das wir vor kurzem verabschiedet haben. Hier schlummerte erheblicher Zündstoff. Sie alle kennen die naturschutzrechtliche Verbandsklage. Sie kennen Gegenden, wo mehrere Autobahnen mit sogenannten „So-da-Brücken“ versehen sind. „So-da-Brücken“ sind Brücken, die stehen nur so da, weil die angefangenen Autobahnen seit über zwanzig Jahren im Nirwana enden. Ein Beispiel aus meiner Heimat: Die A49 von Kassel nach Gießen endet irgendwo in Bischhausen auf einem Feldweg oder der Trauerfall A44. Fast zwanzig Jahre nach der Wiedervereinigung, wo in anderen Ländern schon zum 20. Mal der Straßenbelag gewechselt wird, wird bei uns immer noch mit dem Finger auf der Landkarte herumgeführt und geprüft, wo die vermeintlich beste Linienführung zu finden ist. Dies sind die wahren Katastrophen bei uns! Wir lähmen uns selbst als Industriestandort durch jahrelange, um nicht zu sagen jahrzehntelange behördliche Planfeststellungsverfahren. Wenn dann endlich der Planfeststellungsbeschluss ergangen ist, dann wird geklagt, und die Klagen haben dann endaufschiebende Wirkung – jedenfalls ein langes Gezerre, über § 80 Abs. 5 VwGO die sofortige Vollziehbarkeit hinzukriegen. Und deswegen war ich besonders über den Entwurf des Umweltrechtsbehelfsgesetzes erschrocken. Denn dort war es eigentlich noch viel schlimmer. Dort ging es nicht nur darum, dass deutsche Naturschutzverbände sozusagen naturschutzrechtliche Belange rügen können und sich damit ihre Klagebefugnis holen – übrigens eine komplette Aufweichung unseres eigentlichen vom § 42 Abs. 2 VwGO geprägten Prozessverständnisses, dass nicht jedermann klagen kann, sondern nur derjenige, bei dem es zumindest möglich ist, dass er in eigenen Rechten verletzt ist. Das ist ja bei der Verbandsklage überhaupt nicht mehr der Fall, sondern man kann sich zum Sachwalter der objektiven Rechte machen und durch Anruf der Gerichte über Jahre ein Verfahren blockieren.

Nun, beim Umweltrechtsbehelfsgesetz sollten das nicht nur deutsche Naturschutzverbände sein, sondern jeder Umweltverband in der Europäischen Union. In diesem Fall soll durch Einlegung eines Rechtsbehelfs sozusagen die weite Öffnung, der weite Zugang zu den Gerichten ermöglicht werden. Da ist es nach meiner Intervention zumindest gelungen, dass wir bei der Rüge der Rechte uns auf solche Rechte stützen, die zumindest dem Schutze Dritter zu dienen bestimmt sind, also nur subjektiver Rechte. Insofern ist es jetzt weniger eine Verbandsklage als vielmehr eine gewillkürte Prozesslandschaft. Und mir ist auch gelungen, dass aus

diesem Gesetzesentwurf eliminiert wurde, dass jeder Verfahrensfehler ohne Ansehen seiner Entscheidungserheblichkeit, also ohne Kausalitätsprüfung, sofort zur Aufhebung des einen Genehmigungsinhaber begünstigenden Verwaltungsaktes geführt hätte. Da habe ich jetzt darauf gedrungen, dass es nur noch in den Fällen ohne Kausalitätsprüfung geht, wenn eine vorgeschriebene Umweltverträglichkeitsprüfung nicht durchgeführt worden ist. Leider ist es nicht gelungen – dies wäre wirklich eine gute ordnungspolitische Botschaft gewesen –, die aufschiebende Wirkung kraft Gesetzes auszuschließen. Dabei haben wir dies auch in anderen Rechtsgebieten. Das haben wir im Wehrrecht, das haben wir im Abgabenrecht und gerade bei Verwaltungsakten, die im Grunde genommen begünstigenden Charakter und nur drittbelastende Nebenwirkungen haben. Ich fände es durchaus richtig, dass derjenige, der nach jahrelangen Genehmigungsverfahren im Besitz einer Genehmigung ist, auch wirklich anfangen kann, eine geplante Anlage zu bauen oder zu betreiben und dies nicht wieder über den dornenreichen Weg des § 80 Abs. 5 VwGO erstreiten muss.

Ich habe mal flapsig gesagt, ich komme mir langsam vor wie in einer Ratifizierungsfalle. Immer öfter fühle ich mich nur noch als Vollstreckungsgehilfe europäischer Vorgaben, in dem ich dann vor dem Deutschen Bundestag sagen kann, hier stehe ich, ich kann nicht anders, wir müssen das vollziehen. Deswegen immer wieder mein Petitum: Wir müssen bereits als nationale Parlamentarier stärker als bisher die Möglichkeit haben, bei der Formulierung europäischer Richtlinien mitzuwirken. Im Zusammenspiel zwischen EU und den Nationalstaaten dominiert mir noch viel zu sehr die Exekutive.

Doch nicht nur europäische Vorgaben beeinflussen unsere nationale Gesetzgebung und Rechtspraxis. Wenn ich sehe, dass sich in Amerika durch *class actions* oder *punitive damages*, also Strafe neben Schadensersatz, geradezu eine Klageindustrie entwickelt hat, bei denen Anwälte mit großen Flugzeugen, auf denen „wings of justice“ steht, durch die Gegend fliegen, wenn ich mir das vorstelle, dass das bei uns Schule macht – so ganz weit sind wir nicht davon entfernt –, da kann ich nur sagen, wehret den Anfängen. Da bin ich ein Traditionalist und lobe mir doch unser jetziges Recht.

Wir sind natürlich im Rahmen der Globalisierung nicht nur im Wettbewerb mit anderen europäischen Nationen, was Gütererzeugung, Dienst-

leistungen und Warenproduktionen angeht, nein, wir befinden uns auch in einem virulenten Wettbewerb der Rechtsordnungen. Erlauben Sie mir dies an einem Beispiel kurz aufzuzeigen.

Wenn ich sehe, dass inzwischen Monat für Monat hunderte, wenn nicht gar tausende Existenz- und Gesellschaftsgründer in die englische Rechtsform der *Limited* fliehen anstatt eine GmbH zu gründen – inzwischen haben wir weit über 40.000 dieser *Limiteds* – dann muss sich natürlich der deutsche Gesetzgeber überlegen, ob er nicht in der deutschen Rechtsordnung eine Rechtsform schafft, die offenbar denjenigen, die in die *Limited* fliehen, eine neue Heimat gibt. Wir christdemokratischen Rechtspolitiker wollen uns jedenfalls diesem europäischen Wettbewerb stellen und mit einer neuen deutschen Rechtsform allen europäischen Konkurrenzprodukten Paroli bieten. Selbstverständlich soll in diesem Zusammenhang die notwendige Reform des GmbH-Rechts nicht zu kurz kommen.

Jedenfalls wünsche ich mir für die anstehende Reform unseres Gesellschaftsrechts den Mut und die Zuversicht, den unsere Vorgänger im Jahre 1892 bei der Einführung der GmbH hatten, die damals auch heftigst umstritten war und sich seitdem zum Erfolgsmodell für unseren Mittelstand entwickelt hat.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit und wünsche diesem ersten Rechtspolitischen Kongress der Konrad-Adenauer-Stiftung in unserer Hauptstadt einen guten Verlauf.

Bei diesem Beitrag handelt es sich um den Mitschnitt des gesprochenen Wortes.

DIE PERSON ALS ETHISCHE RECHTSGRUNDLAGE DER VERFASSUNGSORDNUNG

Ulrich Palm

I.

9/11, Wegschließen für immer, großer Lauschangriff – Terroristen entführen ein Passagierflugzeug, um es als Waffe gegen Menschen einzusetzen. Ein Straftäter stellt eine fort-dauernde Gefahr für höchstpersönliche Rechtsgüter anderer dar. Strafverfolgungs- und Gefahrabwehrbehörden versuchen kriminelle Organisationen zu bekämpfen, die abgeschlossene, kaum aufzubrechende Strukturen bilden. Die Politik hat Aufgaben zu bewältigen, die die Stellung des Individuums in der Gemeinschaft grundsätzlich betreffen. Darf in das Leben todgeweihter Unbeteiligter im Notstandsfall eingegriffen werden, um weitere Leben zu retten? Darf ein Mensch zur Prävention lange Zeit – vielleicht für immer – in einer Anstalt untergebracht werden, obwohl seine Schuld strafrechtlich gesühnt ist? Darf der Staat in den Kernbereich privater Lebensgestaltung eindringen, um Straftaten aufzuklären und zu verhindern? In seiner Bindung an die Verfassung wägt der Gesetzgeber ab, zielt auf einen gerechten Ausgleich, um Freiheit und Sicherheit zu gewährleisten. Die Rechtsfragen, die sich dabei stellen, legen die Grundlagen des Verfassungsstaats offen. In der nachträglichen Kontrolle der Ermessensentscheidung des Gesetzgebers verortet das

Bundesverfassungsgericht den Kerngehalt der Antworten in drei Entscheidungen jeweils in Art. 1 Abs. 1 GG. Die Ermächtigung der Streitkräfte gemäß § 14 Abs. 3 LuftSiG sei mit dem Recht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG) nicht vereinbar, soweit davon tatunbeteiligte Menschen an Bord des Luftfahrzeugs betroffen werden würden¹. Die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung ohne gesetzlich geregelte zeitliche Obergrenze verstoße nicht gegen die Menschenwürde². Zur Unantastbarkeit der Menschenwürde gehöre die Anerkennung eines absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung, in den die akustische Wohnraumüberwachung zu Zwecken der Strafverfolgung nicht eingreifen dürfe³.

Worauf beruht dieses tragende Konstitutionsprinzip und oberster Verfassungswert? Nach seiner Wortfassung und Sprachgestalt ist Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG – mehr noch als die übrigen Grundrechtsbestimmungen in ihrer ursprünglichen Fassung⁴ – ausfüllungsbedürftig. Sechs Wörter – „Die Würde des Menschen ist unantastbar.“ – bilden das positive Wortgerüst der Norm höchster Valenz⁵. Art. 1 Abs. 1 GG setzt daher mehr noch als andere Verfassungsbestimmungen ein grundlegendes Vorverständnis voraus⁷. Ohne einen unmittelbaren wörtlichen Anhaltspunkt stellt das Bundesverfassungsgericht insofern auf das Personsein des Menschen ab. Jeder Mensch besitze als „Person diese Würde, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seinen körperlichen oder geistigen Zustand, seine Leistungen und seinen sozialen Status“⁸. In diesem Sinn begründet der Erste Senat das Abwägungsverbot im Notstandsfall in seiner Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz damit, dass sonst der Wert missachtet werde, der jedem Menschen um seiner selbst willen, kraft seines Personseins, zukomme⁹. Nach den Entscheidungsgründen des Urteils zum großen Lauschangriff fordere der Schutz der Menschenwürde Vorkehrungen, wenn der Mensch mit anderen kommuniziere, weil der Mensch als Person, auch im Kernbereich seiner Persönlichkeit, sich notwendig in sozialen Bezügen verwirkliche¹⁰. Für den Zweiten Senat ist die gesetzlich unbefristete Sicherungsverwahrung verfassungsgemäß, da das Grundgesetz die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden habe, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten.

Der Personbegriff hat für das Bundesverfassungsgericht – wie die drei Entscheidungen zeigen – erhebliches Begründungspotential. Die Feststellung, der Mensch ist Person, bildet jeweils den Kerngehalt der Entscheidungsgründe. Die Einordnung unter den Personbegriff genügt, um einer-

seits zu begründen, dass der potentiell rückfällige Gewaltstraftäter zum Schutz der Allgemeinheit seine Verwahrung dulden muss, andererseits, dass das Leben des unbeteiligten Passagiers und der Kernbereich privater Lebensgestaltung jeweils einen absoluten Wert bilden. Die abweichende Meinung zur Entscheidung „Großer Lauschangriff“ schreibt der Person sogar die Potenz zu, als Grundsatz im Sinne des Art. 79 Abs. 3 Var. 3 GG i. V. m. Art. 1 GG dem neu eingeführten Art. 13 Abs. 3 GG die Geltung zu nehmen¹¹, weil nicht nur das höchstpersönliche Gespräch, sondern die Privatwohnung als letztes Refugium der kommunikativen Persönlichkeitsentfaltung absoluten Schutz erfahren solle.

II.

Das Bundesverfassungsgericht stützt sich damit auf ein kulturgeschichtliches Destillat. Person kann hier nicht einfach im rechtspositivistischen Sinn als gemeinsamer Zurechnungspunkt von Rechten und Pflichten verstanden werden¹². Jede Kapitalgesellschaft weist diese Eigenschaft auf. Im verwendeten Personbegriff sammeln sich vielmehr die Ergebnisse einer geistesgeschichtlichen Entwicklung an, die Hegel prägnant zusammenfasst: „[...] Es ist wohl an die anderthalbtausend Jahre, dass die Freiheit der Person durch das Christentum zu erblühen angefangen hat und unter einem übrigens kleinen Teile des Menschengeschlechts allgemeines Prinzip geworden ist. [...]“¹³.

1.

Etymologisch kommt der Begriff vom lateinischen Wort „persona“, das anfangs die Maske, die Larve des Schauspielers, bezeichnet¹⁴, dann die soziale Rolle in der hierarchisch gegliederten römischen Gesellschaft. Diesen Sinngehalt hat das Wort meist auch in den römischen Rechtsquellen¹⁵. An einigen Stellen wird „Persona“ auch als Rechtsbegriff verwendet, ohne dass eine dogmatische Durchdringung zu verzeichnen wäre. Vor allem aber entsprach das Wort im römischen Recht nicht unserem Verständnis von Menschenwürde. Die dignitas humana tauchte im römischen Kaufrecht als Argument nur auf, wenn der Verkäufer den Sklaven als Nebenleistung zu einer Sache verkaufte, um Gewährleistungspflichten zu vermeiden. Der Käufer – nicht der Sklave – konnte sich dann auf einen Umgehungsstatbestand berufen. Der Unterschied im Begriffsverständnis der Epochen ist fundamental¹⁶. Der Mensch ist im römischen Recht keine Person mit unantastbarer Würde¹⁷.

2.

Diesen Inhalt erhält der Begriff erst in der Patristik und Scholastik, wo die metaphysische Dignität der Gottesperson im Rahmen der Trinitätslehre in einer vielschichtigen semantischen Durchführung auf den Menschen übertragen wurde. Kern dieses mehrere Jahrhunderte dauernden Bestimmungsprozesses, in dem unter anderem die Merkmale Vernunftbegabung – Individualität – Substanz – Existenz – Verantwortung – Würde ausdifferenziert werden, bilden Persondefinitionen Boethius¹⁸, Richard von St. Victor¹⁹ sowie Alexander von Hales²⁰. Für Alexander von Hales – er ist Begründer der älteren Franziskanerschule und lehrt in ersten Hälfte des 13. Jh. in Paris – liegt das Sein der Person im „esse morale“²¹. Moralisches Sein hat der Mensch, weil er aufgrund eines eigenen Willens verantwortlich handeln kann. Der Mensch hat – obwohl auch er ein unvollendetes Geschöpf ist – die Fähigkeit, sich dem Bild Gottes immer mehr anzunähern, die ihn von anderen Wesen abhebt. Weil der Mensch insofern frei ist, hat er Würde²². Welche Bedeutung dieser Lehre zukommt, zeigt sich in der Rezeption durch die großen Scholastiker des 13. Jahrhunderts – insbesondere durch Thomas von Aquin. Für ihn ist die Vernunftnatur das entscheidende Personmerkmal. Das Vernunfthafte ist das Vollkommenste also Würdigste, das für sich besteht (*per se existere*)²³. Vernunftbegabte Substanzen haben die Freiheit, aus sich heraus zu handeln (*per se agere*). Sie werden deshalb Personen genannt²⁴. Sie sind Einzelwesen, die sich individuell von allen anderen unterscheiden (*per se unum*)²⁵.

Die Scholastiker haben damit die Schlüsselbegriffe formuliert und herausgearbeitet, die den Bedeutungsgehalt von „Person“ bis heute prägen. In der christlichen Kulturgeschichte wird ein ontologischer Personbegriff entwickelt, dem die Dualität von Körper und Seele zugrunde liegt. Dem Menschen an sich kommt aufgrund seiner Vernunftnatur, die seine Freiheit und damit auch seine Verantwortung begründet, Würde zu. Sein moralisches Sein macht ihn zur Person. Diese Idee vom Menschen findet sich auch an manchen Stellen der Philosophien der Antike, wie es bereits die Bezugnahmen der Scholastiker andeuten. Im christlichen Mittelalter erkennt aber erstmals in der Geistesgeschichte eine ganze Gesellschaft – vereint im gemeinsamen Glauben – den Menschen als Person an. Wenn jeder Mensch eine Seele hat und von Gott geliebt ist, muss auch dem Mitglied einer anderen Kulturgemeinschaft ein Wert zukommen. Die *lex aeterna*, die ewige Schöpfungsordnung, die auf der

Vernunft und dem Willen Gottes beruht, weist daher jedem Menschen als Person einen gerechten Platz in der mittelalterlichen Gesellschaft zu²⁶. Das „heilsgeschichtliche Denken jüdisch-christlicher Herkunft“²⁷ ist damit Verständnisgrundlage des Personbegriffs²⁸.

3.

Das scholastische Erbe bleibt auch in der Moralphilosophie der Neuzeit erhalten. Allen voran steht Descartes, der den archimedischen Punkt der Erkenntnistheorie sucht. Sein *Cogito ergo sum* bricht der Idee der Subjektivität Bahn²⁹. Die Analyse lautet, dass ich meiner Existenz als rationales Wesen nur im Vollzug meiner Denkkakte gewiss sein kann³⁰. Mit dem Zweifel an allem anderen³¹ rückt das Ich in den Mittelpunkt des philosophischen Denkens. Descartes zieht die Folgerung der Selbstbezüglichkeit selbst aber nicht in dieser Schärfe. Die Person beruht auch bei Descartes auf dem Dualismus von Leib und Seele³². Erst Locke trennt Leib und Seele im Personbegriff. Die Identität der Person wird für den englischen Empiristen nicht in der Einheit der Substanz, sondern durch das Bewusstsein im selbstbezüglichen Sinn konstituiert³³. Das Selbstbewusstsein ist in der menschlichen Person selbstgegründet. Zum persönlichen Ich gehören nur solche Handlungen und Gedanken, die vom gegenwärtigen Bewusstsein umfasst sind. Handlungen, die der Mensch zwar ausgeführt hat, denen er sich aber nicht bewusst ist, sind der Person nicht zuzurechnen³⁴.

Kant knüpft an Locke an. In seiner *Kritik der reinen Vernunft* greift Kant die rationale Seelenlehre an, die aus dem Axiom „Ich denke“ die Substantialität der Seele folgert³⁵. Sein Befund stimmt insofern mit dem von Locke überein. Aufgrund des einfachen Selbstbewusstseins können keine Aussagen über die Existenz der Seele, erst recht nicht über ihre Beschaffenheit getroffen werden³⁶. Das Ich kann die Person als leibseele Einheit nicht erklären³⁷. Dennoch stimmt Kants moralphilosophischer Personbegriff mit dem Lockes' nicht überein. Nach dem kategorischen Imperativ³⁸ hat die Person als Zweck an sich selbst Würde³⁹. Vernunft allein ist daher nicht ausreichend, um Person und Würde zu begründen. Die Vernunft ist insofern bloß ein Mittel. Vernünftige Wesen können nur deshalb Zweck an sich selbst sein, weil sie die Freiheit eines eigenen Willens haben, moralische Maximen aufzustellen und zu befolgen. Sie haben ‚Autonomie‘. Autonomie ist der freie Gehorsam gegenüber dem moralischen Gesetz. „[...] Autonomie ist also der Grund der

Würde der menschlichen und jeder vernünftigen Natur. [...]“⁴⁰. Diese Freiheit der Selbstzweckhaftigkeit aber – und das ist entscheidend – gründet sich für Kant im Transzendenten. Der letzte Grund der Würde begründenden Freiheit ist empirisch nicht nachweisbar⁴¹. In diesem Sinn ist die Person der intelligiblen Persönlichkeit unterworfen. Manche sehen hierin eine eigenständige, von der christlichen Kulturgeschichte losgelöste Begründung der Menschenwürde⁴². Das hieße aber, die kantischen Postulate praktischer Vernunft⁴³ zu ignorieren. Kant unterscheidet hinsichtlich der Existenz Gottes und der Unsterblichkeit zwischen reiner und praktischer Vernunft. Für Kant besteht keine rationale, aber eine moralische Gewissheit, dass Gott ist. In der praktischen Vernunft ist Gott – im Sinne einer Beweislastumkehr – vorauszusetzen, weil nicht bewiesen werden kann, dass er nicht existiert⁴⁴. Der Personbegriff, den der protestantische Aufklärer in der praktischen Vernunft entwickelt, steht damit in scholastischer Tradition⁴⁵. Alles andere wäre ein kulturgeschichtliches Missverständnis.

III.

Das reiche Gedankengut zum Personbegriff, das sich im skizzierten geistesgeschichtlichen Prozess in zwei Jahrtausenden angesammelt hat, wird in der deutschen Rechtswissenschaft insbesondere im 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts rezipiert. Die historische Rechtsschule will das Recht zwar von metaphysischen Einflüssen befreien, erhebt aber die Kulturgeschichte zur Rechtsquelle⁴⁶. Demgemäß stellt v. Savigny in seinem ‚System des heutigen Römischen Rechts‘, in dem er seine grundlegende Theorie von der juristischen Person entwickelt, das Postulat auf: „Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen innewohnenden Freiheit willen [...]. Darum muss der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjekts zusammen fallen mit dem Begriff des Menschen, und diese ursprüngliche Identität beider Begriffe lässt sich in folgender Formel ausdrücken: Jeder einzelne Mensch, und nur der einzelne Mensch, ist rechtsfähig [...]“⁴⁷. Der Mensch hat demnach eine Freiheit, die dem positiven Recht voraus liegt und die ihn zur Rechtsperson macht.

Dieser ethische Personbegriff der traditionellen Rechtswissenschaft erfährt von verschiedenen Seiten Kritik. In ihm wird der Grund für das Missverständnis gesehen, die juristische Person aufgrund einer Gesamtpersönlichkeit organisch⁴⁸ zu begreifen⁴⁹. Für Kelsen wiederum können

objektives Recht und Rechtspersönlichkeit, die für Freiheit im Sinne der Selbstbestimmung und Autonomie steht, nicht nebeneinander bestehen. Er hält die rezipierten Quintessenzen des deutschen Idealismus für ideologisch. Sie seien mit der ‚Reinen Rechtslehre‘ daher nicht zu vereinbaren. Der Rechtspositivist verwirft deshalb den Personbegriff. In der Person sei die Vorstellung eines von der Rechtsordnung unabhängigen Rechtswesens bestimmend, das das subjektive Recht vorfinde und notwendigerweise anzuerkennen habe⁵⁰. Mit dieser relativistischen Dogmatik lässt es sich dann auch vereinbaren, dass andere in nationalsozialistischer Unkultur die Wandlung der Rechtsgrundbegriffe postulieren. Die Person wird ausdrücklich durch den Rechtsgenossen ersetzt. Nicht der Mensch sei rechtsfähig, sondern nur der Volksgenosse⁵¹.

IV.

Entgegen Kelsen ging der Grundgesetzgeber von subjektiven Rechten des menschlichen Individuums aus, die angeboren sind und der Verfassung selbst vorausliegen. Vorverfassungsrechtliche Rechte, die es bei der Grundrechtsgebung zu positivieren galt, waren nach der nationalsozialistischen Schreckensherrschaft bei der Entstehung des Grundgesetzes grundsätzlich unbestritten⁵². Der Mensch sollte unabhängig vom positiven Recht Rechtsperson sein. Man wollte die „naturrechtlichen Grundpositionen in eine Form bringen, die zwar nicht die Enge, wohl aber die Klarheit des Juristischen hat“ und sah sich insofern in einem „Spannungsverhältnis zwischen juristischer Formulierung und moralisch-politischer Deklaration“. Das „Deklaratorische und Rechtsverbindliche in der Darstellung der Grundrechte“ sollte „nicht durch die Anführung technischer Details“ abgeschwächt werden⁵³. Nur von einem solchen Standpunkt aus, lässt sich die karge Wortgestalt der ursprünglichen Grundrechtsbestimmungen erklären. Die Grundrechte bedürfen damit einer wertausfüllenden Interpretation.

In diesem Sinn greift das Bundesverfassungsgericht seit den Anfängen seiner Rechtsprechung zur Grundrechtsauslegung auf die Person zurück. Der ethische Personbegriff, der noch in Art. 1 Abs. 2 Satz 1 des Entwurfs des Verfassungskonvents auf Herrenchiemsee „Die Würde der menschlichen Persönlichkeit ist unantastbar.“ explizit vorgesehen war, taucht im Wortlaut des Grundgesetzes am deutlichsten in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 „Die Freiheit der Person ist unverletzlich“ auf, grundsätzlich auch in Art. 2 Abs. 1 „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlich-

keit". Das Bundesverfassungsgericht beschränkt dessen Anwendungsreich aber nicht auf die einschlägigen Grundrechtsbestimmungen. In seinem Urteil zur Investitionshilfe stellt es 1954 auf die Person ab, um nicht nur einzelne Grundrechte zu interpretieren, sondern um die Stellung des Individuums in der Gemeinschaft grundlegend zu bestimmen. Das Menschenbild des Grundgesetzes sei nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz habe vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten. Das ergebe sich insbesondere aus einer Gesamtsicht der Art. 1, 2, 12, 14, 15, 19 und 20 GG⁵⁴. Nicht das positiviert Grundrecht, sondern die Person des Menschen bildet für das Bundesverfassungsgericht den Ausgangspunkt der Grundrechtsauslegung. Die gemeinschaftsbezogene und gemeinschaftsgebundene Person als Subjekt der Menschenwürde und Träger der nachfolgenden Grundrechte ist die leitende Ordnungsidee des Verfassungssystems⁵⁵. Dürig zieht die Entscheidung heran, um die Abwehrstellung des Grundgesetzes sowohl gegen den Individualismus als auch gegen den Kollektivismus zu belegen und um vor einer einseitigen Frontstellung gegenüber dem totalitären Kollektivismus zu warnen⁵⁶.

Der ethische Personalismus kommt bei der verfassungsgerichtlichen Grundrechtsinterpretation auch in der Folgezeit explizit zum Ausdruck. Die Formel des Investitionshilfe-Urteils wird wortwörtlich wiedergegeben⁵⁷. Sinngemäß wird sie in der Lüth-Entscheidung variiert. Das grundrechtliche Wertesystem finde seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde⁵⁸. Deutlich tritt der ethische Personbegriff hervor, wenn das „Wesen des Menschen“ als „geistig-sittliche Person“ beschrieben wird (Elfes)⁵⁹, wenn der nach Art. 1 Abs. 1 GG garantierte allgemeine Eigenwert, dem Menschen kraft seines Personseins zukommen soll (Abhör-Urteil und Mephisto)⁶⁰. Einen geistesgeschichtlichen Brückenschlag zu Kant macht das Bundesverfassungsgericht im Urteil zur lebenslangen Freiheitsstrafe, wenn es bestimmt: „Der Satz, ‚der Mensch muss immer Zweck an sich selbst bleiben‘, gilt uneingeschränkt für alle Rechtsgebiete; denn die unverlierbare Würde des Menschen als Person besteht gerade darin, dass er als selbstverantwortliche Persönlichkeit anerkannt bleibt“⁶¹. Das Bundesverfassungsgericht knüpft damit an einen ontologischen Personbegriff an. Demgemäß versteht es den Menschen in der Fluglärm-Entscheidung als eine „Einheit von Leib, Seele und Geist“⁶².

V.

Dieses Auslegungsverständnis findet in der Staatslehre Hermann Hellers eine dogmatische Anbindung. Gerechtigkeitsvorstellungen haben ihre Grundlage in Kulturgemeinschaften, in die der Mensch hineingeboren wird. Sie können erheblich voneinander abweichen, je nach dem ob Athen oder Sparta, ob Orient oder Okzident, ob Lao Tse oder Konfuzius, ob Liberalismus oder Sozialismus, ob Christentum, Judentum, Buddhismus, Hinduismus oder Islam die kulturelle Ausgangslage für eine argrarische, industrielle oder postmoderne Gesellschaft bilden. Die Lehren von der Gerechtigkeit sind gleichsam vielfältig⁶³. Ihre Aussagen lassen sich allesamt aus der Normlogik nicht ableiten. Das Individuum findet nicht nur Naturbedingungen vor, es ordnet sich auch in einen gesellschaftlichen Verband ein, der bestehenden Normordnungen folgt. Diese Ordnungen, insbesondere auch das System der Sprache⁶⁴, sind in einer „unendlichen Generationenkette“ gewirkt, formen das persönliche Leben vor⁶⁵. Der wertbildende gesellschaftliche Akt beruht daher selbst – in These oder Antithese – auf Werten. Für Heller gibt es daher neben dem positiven Recht rechtslogische und ethische Rechtsgrundsätze. Erstere sind dem Recht als Konstitutionsprinzipien inhärent, letztere sind gesellschaftliche Ordnungsnormen, die der Verfassungsgeber aufgreift, um die Herrschaft zu legitimieren. Sie sind größtenteils an einen Kulturkreis gebunden und historisch wandelbar. Die kulturgeprägten Rechtsgrundsätze sind kein positives Recht. Sie haben nicht die willensbestimmende Eindeutigkeit der Rechtspflicht und beruhen nicht auf Gemeinschaftsautorität. Ein positiver Rechtssatz kann erst dann entstehen, wenn er in der Letztverantwortung des Verfassungsgebers liegt⁶⁶. Ethische Rechtsgrundsätze binden den Verfassungsgeber sittlich, nicht rechtlich. Das heißt aber nicht, dass die ethischen Rechtsgrundsätze keine weitere Bedeutung für das positive Recht hätten. Sie sind für Heller Interpretationsmaßstäbe, um Inhalt und Geltungsweise einer Norm zu bestimmen⁶⁷. Demgemäß enthalten insbesondere die Grundrechtskataloge der westlichen Verfassungsstaaten materielle Verweisungen auf ethische Rechtsgrundsätze⁶⁸. Dies gilt nicht zuletzt für die Grundrechte des Grundgesetzes, die Böckenförde als sprachliche „Lapidarformeln“⁶⁹ bezeichnet und denen der Verfassungsgeber bewusst einen deklaratorischen Charakter verliehen hat⁷⁰. So positiviert der Verfassungsgeber einen ethischen Rechtsgrundsatz, wenn er in Art. 6 Abs. 1 GG die Ehe unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stellt. Er muss nicht erläutern, dass die Ehe als Grundlage unserer Gesellschaft eine „Vereinigung eines Mannes und ei-

ner Frau zur grundsätzlich unauflösbaren Lebensgemeinschaft⁷¹ ist. In unserem Kulturkreis kann keine andere Vereinigung gemeint sein.

VI.

Auch die Person bildet in diesem Sinn einen ethischen Rechtsgrundsatz⁷². Das bedeutet nicht, moralphilosophische Einzelaussagen über den Personbegriff in Rechtssätze zu transformieren⁷³. Der ethische Rechtsgrundsatz ist eine Rechtserzeugungsquelle, keine Rechtsquelle im engeren Sinn⁷⁴. Aber auch in dieser Funktion sind die Maßstäbe einer zweckrationalen Wertsetzung einzuhalten. Danach sind Werte bewusst und begründbar zu setzen, um die eigenen Wertgrundlagen hinterfragen zu können. Werte sind systematisch und logisch zu ordnen, Wertgebote zu abstrahieren. Auf absolute Werte sollte möglichst verzichtet werden. Schließlich sind die verschiedenen Wertsphären zu unterscheiden⁷⁵.

Der Appell, den theologischen und den juristischen Würdebegriff in einer inhaltlichen Analogie zu entfalten⁷⁶, entspricht dieser Anforderung nicht. Es geht hier um die empirische Verankerung eines Rechtsgrundsatzes, die sich geistesgeschichtlich nachweisen lässt, die unter Beteiligung anderer Wertsphären zu Wertbildungen im Recht bereits geführt hat, nicht um Glaubensfragen. Darüber hinaus gebietet es die zweckrationale Methode auch, den rechtswertbildenden Gehalt des vielschichtigen Personbegriffs auf Grundaussagen zu reduzieren.

Hierzu gehört insbesondere die oben begründete These, dass die Person bei der Grundrechtsinterpretation ontologisch zu verstehen ist. Sie bildet einen Substanzbegriff. Der offene Terminus der Menschenwürde kann zwar auch von diesem Standpunkt aus nur annähernd erschlossen werden. Art. 1 Abs. 1 GG erhält dadurch aber eine innere Begründung. Er ist keine Leerformel⁷⁷. Der Wertaussage der Norm liegt dann – mit Dürig gesprochen – eine „Aussage über eine Seinsgegebenheit“ zugrunde⁷⁸. Wenn die Person eine leibseelische Einheit bildet, ist die Menschenwürde „unabhängig von Raum und Zeit“ zu verwirklichen⁷⁹. Personale Würde entsteht nicht erst, wenn sich eine Persönlichkeit im psychologischen Sinn entwickelt hat. Personale Würde vergeht nicht mit dem Selbstbewusstsein und reicht über den Tod des Leibes hinaus. Sie ist unverlierbar, unveräußerlich und unverzichtbar. Ihr Gehalt hängt nicht von körperlichen oder geistigen Eigenschaften oder vom Entwicklungsstand des menschlichen Lebens ab⁸⁰, erst recht nicht von Leistungen, Verdiensten

oder der sozialen Stellung. Die Menschenwürde kommt dem Menschen zu, weil er Mensch ist⁸¹, nicht weil er – relational – Anerkennung durch den Rechtsgenossen erfährt⁸². Die Menschenwürde füllt den Gattungsbegriff damit umfassend aus. In einer weltanschaulich neutraleren Formulierung könnte man die Begründung in der kantischen Abstraktion suchen. „Handle so, dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person als in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest“⁸³. In der Sache steht dieser Begründungsstrang jedoch – wie ausgeführt – in der Überlieferung der christlich-abendländischen Kulturgeschichte⁸⁴.

Beruhe die Person hingegen allein auf dem Selbstbewusstsein, wäre nur der geborene, vernunftbegabte, sich selbstbestimmende Mensch ursprünglicher Träger von Würde⁸⁵. Der *nasciturus*, der Säugling, der Geisteskranke, der Demente wären im Prinzip würdelos⁸⁶. Um ein anderes Ergebnis zu begründen, müsste man auf die Potentialität⁸⁷ oder die Nachwirkungen des Selbstbewusstseins abstellen⁸⁸. Wer hier einen Lösungsweg sucht, muss sich fragen lassen, ob es nicht der ethische Rechtsgrundsatz der Person ist, der ihn unbemerkt bewegt. Grundsätzlicher noch wäre zu erklären, wieso ein absoluter Wert allein durch die Eigenschaft selbstbezüglichen Denkens begründet werden kann⁸⁹.

Wenn der ethische Rechtsgrundsatz „Person“ das Subjekt der Menschenwürde vorzeichnet, ist damit auch eine inhaltliche Grundaussage verbunden. Die Person steht für das vernunftbegabte Wesen mit Würde, dem als freiem Individuum elementare Rechte zukommen. Wenn der Mensch Subjekt ist, so ist er Rechtssubjekt. Er hat ein Recht auf subjektive Rechte⁹⁰ inne, das durch Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG positiviert wird. Die Menschenwürde bildet damit den Ausgangspunkt der Rechtssubjektivität. Der Mensch wird allein wegen seines Menschseins als Rechtsperson begründet⁹¹. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG sagt nicht, welche Rechte dem Menschen zustehen. Diese Durchführung ist zuvörderst Aufgabe der nachfolgenden Grundrechte. Sie entfalten die Rechtsperson in gleicher Freiheit, die somit zur Grundlage der Verfassungsordnung wird⁹². Dabei geht es nicht um eine einseitige Zuweisung von Individualrechten. Die Grundrechte stehen unter Gesetzesvorbehalten, damit Gemeinwohlbelange umgesetzt, kollidierende Verfassungsgüter in Ausgleich gebracht werden können. Die Person unterliegt verfassungsrechtlichen Grundpflichten, die in Korrespondenz mit den Grundrechten die Stellung des Individuums im Verband determinieren⁹³. Die Person ist nach dem Menschenbild des Grundgesetzes gemeinschaftsbezogen und gemeinschaftsgebunden⁹⁴.

VII.

An diesen Grundsatz des oben erwähnten Investitionsurteils knüpft der Zweite Senat in seiner Entscheidung zur Sicherungsverwahrung ausdrücklich an⁹⁵ und verneint eine Verletzung der Menschenwürde der Sicherungsverwahrten. Aufgrund der Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums müsse der Gesetzgeber eine verbindliche Entscheidung über den voraussichtlichen Entlassungszeitpunkt beim Sicherungsverwahrten nicht im Vorhinein treffen. Der Entscheidung über das Luftsicherheitsgesetz liegt hingegen ein anderes Personverständnis zugrunde. Der Eingriff in das Recht auf Leben des unbeteiligten Insassen soll nach Ansicht des Ersten Senats verfassungsrechtlich durch nichts zu rechtfertigen sein. Auch wenn der Tod der Entführten nach dem aufgedeckten Plan der Terroristen sicher und unmittelbar bevorsteht, soll offenbar nichts anderes gelten. Die staatlichen Organe unterliegen einem Handlungsverbot, unabhängig davon wie viele Menschen durch den Eingriff gerettet werden könnten. Das Recht auf Leben des Entführten hat für den Ersten Senat kraft des Personseins des Menschen einen absoluten Wert⁹⁶. Obwohl Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 2 GG gemeinschaftsbezogen zu interpretieren ist⁹⁷, soll das höchstpersönliche Rechtsgut Leben nicht abwägbar sein. Eine solidarische Einstandspflicht soll erst dann entstehen, wenn der Fortbestand des Staates und der freiheitlich demokratischen Grundordnung in Frage steht⁹⁸. Diese Schwelle ist für den Ersten Senat selbst dann noch nicht erreicht, wenn es sich um Angriffe im Ausmaß des 11. September 2001 handelt⁹⁹. Der Staat soll demnach erst handeln können, wenn der Untergang des Gemeinwesens droht, die Welt des Individuums zusammenbricht¹⁰⁰. Eine Gemeinschaftsgebundenheit der Person ist in dieser Entscheidung nicht auszumachen. Es ist daher kaum verwunderlich, dass das Investitionsurteil hier keine Erwähnung findet¹⁰¹.

Die Akzentverschiebung verdeutlicht Dürig, auf dessen Objektformel¹⁰² sich der Erste Senat ausdrücklich stützt¹⁰³. Für den Ersten Senat ist das Recht auf Leben „im Hinblick auf die Menschenwürde“ verletzt, weil das Opfer durch einen Abschuss nicht nur zum Objekt der Täter, sondern auch zum Objekt des Staates gemacht werde¹⁰⁴. Dürig erläutert in seiner Kommentierung zu Art. 2 Abs. 2 GG hingegen: „Wo Leben gegen Leben steht, kann Art. 19 II begrifflich nur für ein Leben streiten; genauer: nur entweder Achtungs- oder der Schutzpflicht i.S. des Art. 1 I Satz 2 gerecht werden. Obwohl alle Leben gleichwertig sind [...], kann im Widerstreit verschiedener Leben das staatliche Recht also Maßstäbe auf-

stellen, für welches Leben es einstehen will. Es kann z.B. auf die Priorität des lebensgefährlichen Angriffs oder die Zahl der auf dem Spiel stehenden Leben abstellen; es kann aber auch Pflichtenerwägungen für maßgeblich erklären“¹⁰⁵. Einen Eingriff in die Menschenwürde erwägt Dürig in diesem Zusammenhang nicht einmal. Desgleichen zieht der Erste Senat in seiner Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz die Personformeln des Abhörurteils zur Begründung heran, folgt dogmatisch aber dessen Sondervotum, das sich gegen eine finale Bestimmung der Menschenwürde wendet¹⁰⁶, wie sie eine Abwägung Leben gegen Leben voraussetzen würde.

Es ist demnach bei gleich bleibenden Begründungsformeln eine Ausdehnung der Garantie der Menschenwürde zu verzeichnen. Die Entscheidung zeigt die Grenzen einer zweckrationalen Wertsetzung anhand eines ethischen Rechtsgrundsatzes auf. Während der Träger der Menschenwürde und die korrespondierende Grundaussage über die Rechtsfähigkeit des Menschen im Personbegriff angelegt sind, ist die Person in der Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz nicht viel mehr als eine Chiffre für die Menschenwürde. Die Konkretisierung, die der ethische Rechtsgrundsatz Person und die Objektformel durch die frühe Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die grundlegende Kommentierung von Dürig erfahren hat, wird ignoriert. Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit diesen Vorgaben findet nicht statt. Dem ethischen Rechtsgrundsatz kommt nur die Funktion zu, seine kulturelle Überzeugungskraft für das Leben der unbeteiligten Flugzeuginsassen zu entfalten. Das Leben der Menschen, gegen die das Luftfahrzeug als Tatwaffe eingesetzt wird, findet stattdessen nur in einer abstrakten Erörterung von Achtungs- und Schutzpflicht Berücksichtigung, wobei in einer zirkulären Begründung der ersteren der Vorrang eingeräumt wird¹⁰⁷. Dass auch dieses Leben vitale Basis der Menschenwürde als tragendem Konstitutionsprinzip und oberstem Verfassungswert ist, dass auch diese Menschen als Personen diese Würde besitzen, die ihnen nicht genommen werden kann, dass auch der Wert dieser Menschen geachtet werden muss, der ihnen um ihrer selbst willen, kraft ihres Personseins zukommt, findet hier keine Erwähnung. Die Ich-Perspektive bleibt den Flugzeuginsassen vorbehalten.

Wie ist die Diskrepanz zur rechtsdogmatischen Traditionslinie zu bewerten? Aus der verfassungsgerichtlichen Spruchpraxis lassen sich grundsätzlich nur faktische, keine rechtlichen Selbstbindungen ableiten¹⁰⁸. Nach seiner ständigen Rechtsprechung kann das Bundesverfassungsgericht

von seiner eigenen Grundrechtsauslegung abweichen¹⁰⁹. Es stellt sich aber die Frage nach der methodischen Legitimation der Rechtsfindung, wenn der Senat bei gleich bleibender Begründung zu einer anderen Wertsetzung kommt, einen Verfassungswandel an zentraler Stelle zu vollziehen sucht, ohne sich mit dem ursprünglichen – weiterhin gepflegten – Auslegungsverständnis auseinanderzusetzen¹¹⁰. Insofern kann es nicht beruhigen, wenn in einer verfassungsrichterlichen Kommentierung „wegen der Effektivität von Art. 1“ eine Ausdehnung des absoluten Schutzes der Menschenwürde gefordert wird¹¹¹. Dies gilt umso mehr, wenn es sich – wie auch bei der Entscheidung zum Großen Lauschangriff – um Werte handelt, die den identitätsstiftenden Grundkonsens der Rechtsgemeinschaft postulieren und die im Bereich der änderungsfesten Grundsätze des Art. 79 Abs. 3 Var. 3 GG angesiedelt sind¹¹². Die Problematik eines *gouvernement des juges* soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden¹¹³. Es geht nur noch um die rechtsdogmatische Bitte, den demokratischen Souverän durch eine zweckrationale Wertsetzung zu respektieren – das heißt insbesondere, auf absolute Werte möglichst zu verzichten und aufgrund einer bewussten Begründung die eigenen Wertgrundlagen zu hinterfragen.

- 1| BVerfG, Urt. v. 15. 2. 2006 – 1 BvR 375/05 –, NJW 2006, 751 (757) = DVBl. 2006, 433 – Luftsicherheitsgesetz.
- 2| BVerfGE 109, 133 (149) – Lebenslange Sicherungsverwahrung.
- 3| BVerfGE 109, 279 (313 f.) – Großer Lauschangriff.
- 4| BVerfGE 6, 32 (36, 41) – Elfes; 27, 1 (6) – Mikrozensus; 30, 173 (193) – Me-phisto; 32, 98 (108) – Gesundheitsgesetz; 45, 187 (227) – Lebenslange Freiheitsstrafe; 50, 166 (175) – Ausweisung I; 72, 105 (115) – Aussetzung lebenslanger Freiheitsstrafe; vgl. auch J. Isensee, Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten, AöR 131 (2006), S. 173 (180).
- 5| Vgl. E.-W. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529.
- 6| Art. II-61 Satz 1 der Europäischen Grundrechtscharta übernimmt diese Formulierung – vgl. auch M. Rau/F. Schorkopf, Der EuGH und die Menschenwürde, NJW 2002, S. 2448 (2449).
- 7| Vgl. Chr. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 5. Aufl., 2005, Art. 1 Abs. 1 Rn. 3 ff.; K.-E. Hain, Konkretisierung der Menschenwürde durch Abwägung?, Der Staat 2006, S. 189 (193); Schlussanträge der Generalanwältin Stix-Hackl in der Rs. C-36/02, EuGH, Slg. 2004, I-6 Rn. 74 ff.
- 8| BVerfG, NJW 2006, 751 (757) – Luftsicherheitsgesetz; vgl. auch BVerfGE 87, 209 (228) – Tanz der Teufel; 96, 375 (399 f.) – Kind als Schaden.
- 9| BVerfG, NJW 2006, 751 (757 f.) – Luftsicherheitsgesetz.
- 10| BVerfGE 109, 279 (319) – Großer Lauschangriff; vgl. auch BVerfGE 113, 348 (391) – Telekommunikationsüberwachung Niedersachsen.
- 11| Vgl. die abweichende Meinung der Richterinnen Jaeger und Hohmann-Dennhardt zu BVerfGE 109, 279 (319) – Großer Lauschangriff.

- 12| Vgl. H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 1934, S. 52 – 55.
- 13| G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 1821, Werke Bd. 7, Neudruck 1986, § 62 (133).
- 14| S. Schlossmann, Persona und ‚prosopon‘, 1906, S. 11 ff.; H. Rheinfelder, in: Zeitschrift für romanische Philologie, Beiheft 77 (1928), S. 6 ff.
- 15| Vgl. S. Schlossmann (Fn. 14), S. 22 ff.; H. Heumann/E. Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 11. Aufl., 1971, Stichwort – Persona – (425).
- 16| A. Wacke, Die Menschenwürde von Sklaven, in: Schermaier u.a. (Hrsg.), FS-Mayer-Maly, 2002, S. 811 (832 ff.).
- 17| Vgl. R. v. Jhering, Der Zweck im Recht, 1. Bd., 3. Aufl., 1893, S. 243; S. Schaede, Würde – eine ideengeschichtliche Annäherung aus theologischer Perspektive, in: Bahr/Heinig (Hrsg.), Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, 2006, S. 17 ff.
- 18| A. M. S. Boethius, Contra Eutychem et Nestorium, IV, 5 – 9, “[...] ‚naturae rationalis individua substantia‘ [...]” – “[...] ‚Einer verständigen Natur unteilbare Substanz‘. [...]” Übersetzung nach M. Elsässer, Die Theologischen Traktate, 1988, S. 81.
- 19| Richard v. St. Victor, De Trinitate, 4, 24: Persona est “existens per se solum, iuxta singularem quendam rationalis existentiae modum.” – “Person ist ein durch sich selbst Existierender, nach einer bestimmten einmaligen Weise vernunftthafter Existenz” Übersetzung nach H. U. v. Balthasar, Die Dreieinigkeit, 1980, S. 141.
- 20| Alexander von Hales, Glossa 1, 23, 9 b, Neudruck hrsg. von PP. Collegii S. Bonaventurae, Bd. I, 1951 (226): “[...] Potest autem et sic definiri: ‚Persona est hypostasis distincta proprietate ad dignitatem pertinente‘.”
- 21| Alexander von Hales, Glossa 3, 6 (L), 38 (Fn. 20), Bd. III, 1954 (87): “[...] Persona res moris est, quia dicit proprietatem dignitatis; personaliter loqui de ipso, est loqui moraliter [...]”.
- 22| Vgl. Th. Kobusch, Die Entdeckung der Person, 2. Aufl., 1997, S. 23 f.; H. P. Weber, Sünde und Gnade bei Alexander von Hales, 2003, S. 139 ff.
- 23| Thomas von Aquin, Summa Theologica, I, 29, 3 – Neudruck Bd. 3, 1939 (52); ders., De potentia 9, 3, Neudruck hrsg. von Bazzi u.a., Quaestiones Disputatae, Bd. II, 9. Aufl., 1953, S. 230.
- 24| Thomas von Aquin, Summa Theologica, I, 29, 1 (Fn. 23) (43).
- 25| Thomas von Aquin, Summa Theologica, I, 29, 1 (Fn. 23) (43 f.).
- 26| H. Heller, Staatslehre, 4. Aufl., 1970, hrsg. v. Niemeyer, S. 218 f.
- 27| J. Habermas, Nachmetaphysisches Denken, 3. Aufl., 1989, S. 23.
- 28| Vgl. W. Brugger, in: Brugger (Hrsg.), Philosophisches Wörterbuch, 14. Aufl., 1976, S. 286; M. Welker, JBTh 15 (2000), S. 247; J. Isensee (Fn. 4), S. 199 ff.; zu einer anderen Wertung kommt hingegen H. Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl., 2004, Art. 1 Rn. 1 ff.
- 29| Vgl. S. ?i?ek, Die Tücke des Subjekts, 2001, S. 7 ff.
- 30| R. Descartes, Meditationes de Prima Philosophia, Synopsis, Meditationes II, 6 – Neudruck auf Grund der Ausgaben von Artur Buchenau herausgegeben und übersetzt von Lüder Gäbe, 3. Aufl., 1992, S. 22, 46.
- 31| R. Descartes, Meditationes II, 2 f. (Fn. 30), S. 42 ff.
- 32| Vgl. R. Descartes, Meditationes II, 5, II, 11 (Fn. 30), S. 46, 52; vgl. auch E. Cassirer, Descartes, 1939, S. 65 f.; H.-P. Schütt, Substanzen, Subjekte und Personen, 1990, S. 29 ff.
- 33| J. Locke, An Essay of Human Understanding, II, xxvii, 19 – Neudruck hrsg. von John W. Yolton, London, Revised Edition 1965, S. 287: “[...] personal identity consists: not in the identity of substance but, [...] in the identity of consciousness [...]”.

- 34| J. Locke, *An Essay of Human Understanding*, II, xxvii, 22 (Fn. 33), S. 288 f.
- 35| I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, B 399 ff.
- 36| I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, B 420.
- 37| Vgl. I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, B 718 f.
- 38| I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, AA IV, S. 428.
- 39| I. Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, AA V, S. 87.
- 40| I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, AA IV, S. 436.
- 41| I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, B 560 f.
- 42| Vgl. H. Dreier (Fn. 28), Art. 1 Rn. 12; Chr. Enders, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, 1997, S. 189 ff.; H. Hofmann, *Recht, Politik und Religion*, JZ 2003, S. 377 (385). Herrn Chris Thomale danke ich an dieser Stelle für eine anregende Diskussion.
- 43| Vgl. I. Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, AA V, S. 132.
- 44| I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, B 857 f.
- 45| Vgl. Th. Kobusch (Fn. 22), S. 132 f.; D. Schönecker/A. W. Wood, *Kants „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“*, 2. Aufl., 2002, S. 140; M. Moxter, *Unterwegs zum Recht*, in: Bahr/Heinig (Hrsg.), *Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung*, 2006, S. 73 (81); a. A. G. Mohr, in: *Sturma* (Hrsg.), *Person*, 2001, S. 103 (104 ff.); vgl. auch K.-E. Hain (Fn. 7), S. 192 Fn. 16.
- 46| Vgl. E.-W. Böckenförde, *Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts*, 1964, abgedruckt in: ders., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, 1991, S. 9 – 41 (10 ff.); W. Pöggeler, *Vom Naturrecht zum Positivismus*, JA 1997, S. 339 (343).
- 47| F. C. v. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 2, 1840, § 60(2).
- 48| Vgl. O. v. Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, Neudruck 1963, S. 5 f.; ders., *Das Wesen der menschlichen Verbände*, 1902, Sonderausgabe 1954, S. 15 ff.
- 49| S. Schlossmann (Fn. 14), S. 8 f.
- 50| Vgl. H. Kelsen (Fn. 12), S. 42 ff., 52 ff.
- 51| K. Larenz, *Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe*, 1935, S. 39; demgegenüber ders., *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7. Aufl., 1988, S. 33 ff.
- 52| Chr. Enders (Fn. 42), S. 406 ff.; B. Hoffmann, *Das Verhältnis von Gesetz und Recht*, 2003, S. 51 – 57; M. Herdegen, in: Maunz/Dürig, *Komm. z. GG* (Loseblatt, Stand: 47. ErgL – Juni 2006), Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 17; J. Isensee (Fn. 4), S. 175 ff.
- 53| H. v. Mangoldt, *Dritte Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen*, abgedruckt in: *Deutscher Bundestag* (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle*, Band 5/1, Ausschuss für Grundsatzfragen, 1993, Dok. Nr. 4, S. 44.
- 54| BVerfGE 4, 7 (15 f.) – Investitionshilfe.
- 55| Die Formel der Investitionshilfeentscheidung geht auf den damaligen Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts J. Wintrich zurück. Im Beitrag *Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung*, in: FS-Laforet, 1952, S. 227 (235 f.) verwendet er eine Formulierung, die der späteren Passage in BVerfGE 4, 7 (15 f.) sehr ähnlich ist – vgl. dazu K. Stern, *Staatsrecht III/1*, 1988, S. 32 Fn. 131; U. Bekker, *Das „Menschenbild des Grundgesetzes“ in der frühen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 1996, S. 47 ff.
- 56| G. Dürig, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz, Erstaufgabe*, Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 46; vgl. auch K. Stern (Fn. 55), S. 32.
- 57| BVerfGE 8, 274 (329) – Preisgesetz; 30, 1 (19) – Abhörurteil; 33, 303 (334) *numerus clausus I*; 50, 290 (353 f.) – Mitbestimmung; 56, 37 (49) – Selbstbeziehung des Gemeinschuldners; 65, 1 (44) – Volkszählung; vgl. auch BVerf-

- GE 27, 1 (7) – Mikrozensus; 27, 344 (351) – Ehescheidungsakten; 32, 373 (379) – ärztliche Schweigepflicht; 34, 238 (246) – Tonband: gemeinschaftsbezogener und gemeinschaftsgebundener Bürger; BVerfGE 45, 187 (227) – Lebenslange Freiheitsstrafe: gemeinschaftsbezogenes und gemeinschaftsgebundenes Individuum; BVerfGE 81, 70 (91) – Rückkehrgebot für Mietwagen: Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit des Grundrechtsträgers.
- 58| BVerfGE 7, 198 (205) – Lüth; vgl. auch BVerfGE 24, 119 (144) – Adoption I.
- 59| BVerfGE 6, 32 (36) – Elfes; vgl. auch BVerfGE 45, 187 (227) – Lebenslange Freiheitsstrafe.
- 60| BVerfGE 30, 1 (26) – Abhör-Urteil; 30, 173 (214) – Mephisto.
- 61| BVerfGE 45, 187 (228) – Lebenslange Freiheitsstrafe.
- 62| BVerfGE 56, 54 (75) – Fluglärm.
- 63| Vgl. nur H. Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, 2. Aufl., 1975; A. Kaufmann, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 7. Aufl., 2004, S. 26 – 146; R. Zippelius, *Recht und Gerechtigkeit*, 2. Aufl., 1996, S. 39 – 46.
- 64| Vgl. P. Kirchhof, *Deutsche Sprache*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Bd. II, 3. Aufl., 2004, § 20; vgl. auch D. Suhr, *Entfaltung der Menschen durch die Menschen*, 1976, S. 27 ff.
- 65| H. Heller (Fn. 26), S. 83.
- 66| H. Heller, *Souveränität*, 1927, S. 48 ff.; ders. (Fn. 26), S. 255 f.; vgl. auch E.-W. Böckenförde, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbe-griff des Verfassungsrechts*, 1986, S. 29.
- 67| H. Heller (Fn. 26), S. 255 f.
- 68| H. Heller (Fn. 26), S. 256.
- 69| E.-W. Böckenförde (Fn. 5), S. 1529; ders., *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik*, NJW 1976, S. 2089 (2091).
- 70| Vgl. in diesem Zusammenhang K.-E. Hain (Fn. 7), S. 192 f., der auf die These von M. Herdegen (Fn. 52), Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 17 eingeht, dass die Menschenwürde ausschließlich als Begriff des positiven Rechts zu interpretieren sei – dazu auch Chr. Starck (Fn. 7), Art. 1 Abs. 1 Rn. 3.
- 71| BVerfGE 10, 59 (66) – Elterliche Gewalt; 53, 224 (245) – Ehescheidung; 62, 323 (330) – hinkende Ehe; vgl. auch P. Kirchhof, *Lebenspartnerschaftsgesetze und Grundgesetz*, FPR 2001, S. 436 (437).
- 72| Vgl. P. Kirchhof, *Die Einheit des Staates in seinen Verfassungsvoraussetzungen* in: Depenheuer u.a. (Hrsg.), *Die Einheit des Staates*, 1998, S. 51 (55); ders., *Menschenbild und Freiheitsrecht*, in: FS-Starck 2007, S. 275 (278 f.).
- 73| Vgl. H. M. Heinig, *Menschenwürde und Sozialstaat*, in: Bahr/Heinig (Hrsg.), *Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung*, 2006, S. 251 (282 f.).
- 74| Vgl. P. Kirchhof, *Die Identität der Verfassung*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Bd. II, 3. Aufl., 2004, § 21 Rn. 13 ff.
- 75| U. Di Fabio, *Grundrechte als Werteordnung*, JZ 2004, S. 1 (3) im Anschluss an M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl., 1980, S. 12 f., 17; vgl. auch H. Kantorowicz, *Der Begriff des Rechts*, 1963, S. 75 ff.; O. Depenheuer, *Der Wortlaut als Grenze*, 1988, S. 55 ff.
- 76| M. Moxter (Fn. 45), S. 87 f.
- 77| So N. Hoerster, *Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde*, JuS 1983, S. 93 (95).
- 78| G. Dürig (Fn. 56), Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 18. Nach K. Stern, *Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR V*, 2. Aufl., 2000, § 108 Rn. 6 geht es um einen „metaphysische Letztdeutung des Menschen“.

- 79| Vgl. G. Dürig (Fn. 56), Art. 1 Abs. 1 Rdnr. 46, der aber eine weltanschaulich neutrale Formulierung wählt. Vgl. dazu wiederum J. Isensee (Fn. 4), S. 185.
- 80| Vgl. im Ergebnis auch Chr. Starck (Fn. 7), Art. 1 Abs. 1 Rn. 18 ff. m. w. N.; W. Graf Vitzthum, Eher Kant als Klon – Zu Biotechnologie und Verfassungsrecht in Deutschland, in: Asada u. a. (Hrsg.), *Das Recht vor den Herausforderungen neuer Technologien*, 2005, S. 41 (51).
- 81| J. Isensee (Fn. 4), S. 214 ff.; vgl. auch Schlussanträge der Generalanwältin Stix-Hackl in der Rs. C-36/02, EuGH, Slg. 2004, I-6 Rn. 74 f.
- 82| So aber H. Hofmann, Die versprochene Menschenwürde, AöR 118 (1993), S. 353 (361 f., 375 f.); M. Nettesheim, Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos, AöR 130 (2005), S. 71 (91 f.); differenzierend H. M. Heinig (Fn. 73), S. 284.
- 83| I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, AA IV, S. 429.
- 84| Vgl. auch P. Kirchhof (Fn. 72), S. 144 ff.
- 85| Vgl. W. Heun, Humangenetik und Menschenwürde, in: Bahr/Heinig (Hrsg.), *Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung*, 2006, S. 197 (209 ff.). Weil der Personbegriff in diesem Sinn in einer ausgrenzenden Funktion verwendet wird, warnt E.-W. Böckenförde, *Menschenwürde als normatives Prinzip*, JZ 2003, S. 809 (811) vor dem Terminus.
- 86| So J. Nida-Rümelin, *Über menschliche Freiheit*, 2005, S. 150 f., der diesen Gruppen einen intrinsischen moralischen Status zuspricht. H. Dreier, in: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz*, Bd. 1, 1. Aufl., 1996, Art. 1 I Rn. 46, 50 spricht die Menschenwürde dem Geisteskranken, nicht aber dem „nasciturus“ zu – differenzierter ist die Kommentierung der 2. Aufl., 2004, Art. 1 I Rn. 66 ff.
- 87| In diesem Sinn E.-W. Böckenförde (Fn. 85), S. 812, der den Menschen zwar als Leib-Geist-Seele-Einheit bezeichnet, aber eine ontologische Begründung explizit ablehnt. Auf die potentielle Personalität stellt M. Nettesheim (Fn. 82), S. 91 f. Vgl. auch EGMR Große Kammer, Urt. v. 8. 7. 2004 - 53924/00 (Vo/Frankreich) Rn. 84, abrufbar unter www.echr.coe.int – dazu Chr. Walter, *Menschenwürde im nationalen Recht, Europarecht und Völkerrecht*, in: Bahr/Heinig (Hrsg.), *Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung*, 2006, S. 127 (135 f.).
- 88| Zu einem gestuften Schutz der Menschenwürde kommen M. Herdegen, *Die Menschenwürde im Fluss des bioethischen Diskurses*, JZ 2001, S. 773 (774 f.); ders., in: Maunz/Dürig, *Komm. z. GG* (Loseblatt, Stand: 47. ErgL – Juni 2006), Art. 1 Rn. 56 ff.; F. Hufen, *Erosion der Menschenwürde?*, JZ 2004, S. 313 (315).
- 89| Vgl. auch die Kritik von J. Isensee (Fn. 4), S. 194 ff. an deontologischen Positionen.
- 90| Chr. Enders (Fn. 42), S. 501 ff.; vgl. auch E.-W. Böckenförde (Fn. 42), S. 810.
- 91| Vgl. Chr. Hillgruber, *Das Vor- und Nachleben von Rechtssubjekten*, JZ 1997, S. 975 f. der – „in dubio pro persona“ – aus Art. 1 Abs. 1 GG inhaltliche Maßstäbe für den Beginn und das Ende der Rechtsfähigkeit ableitet.
- 92| Vgl. auch EuGH, Urt. v. 12.11.1969, Rs. 29/69, Stauder/Stadt Ulm, Slg. 1969, 419 Rn. 7: „Grundrechte der Person“. In diesem Sinn bildet für A. v. Bogdandy, *Europäische Prinzipienlehre*, in: ders. (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, S. 149 (163) die gleiche Freiheit als erster Grundsatz des Art. 6 Abs. 1 EU das „vielleicht bedeutendste Artefakt der europäischen Geschichte“.
- 93| H. Hofmann, *Grundpflichten und Grundrechte*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Bd. V, 1992, § 114 Rn. 42 f.; M. Lehner/Chr. Waldhoff, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, *Einkommensteuergesetz* (Loseblatt, Stand: 168. ErgL – September 2006), Bd. 1, § 1 A 27.
- 94| Vgl. M. Lehner/Chr. Waldhoff (Fn. 93), § 1 A 28; P. Kirchhof (Fn. 72), S. 142 f.
- 95| BVerfGE 109, 133 (151) – Lebenslange Sicherungsverwahrung.

- 96| BVerfG, NJW 2006, 751 (759); vgl. auch J. Nida-Rümelin (Fn. 86), S. 151; a. A. M. Baldus, *Streitkräfteinsatz zur Gefahrenabwehr im Luftraum*, NVwZ 2004, 1278 (1285).
- 97| Vgl. U. Di Fabio, in: Maunz/Dürig, *Komm. z. GG*, Art. 2 Abs. 2 Rn. 40; H. Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 2. Aufl., 2004, Art. 2 Rn. 118; vgl. auch K. Doehring, *Zum „Recht auf Leben“ aus nationaler und internationaler Sicht*, in: Bernhardt u. a. (Hrsg.), *FS-Mosler*, 1983, S. 145 (148 ff.).
- 98| BVerfG, NJW 2006, 751 (759) – Luftsicherheitsgesetz.
- 99| Vgl. BVerfG, NJW 2006, 751 (751, 759) – Luftsicherheitsgesetz; vgl. dagegen B. Grzeszick, *Staat und Terrorismus*, in: Klein/Hacke/Grzeszick, *Der Terror, der Staat und das Recht*, hrsg. v. Isensee, 2004, S. 55 (68).
- 100| Zustimmung E. Reimer, *Die Schwäche des Rechtsstaats ist seine Stärke*, StudZR 2006, S. 601 (613).
- 101| In der Entscheidung BVerfGE 113, 348 (382) – Telekommunikationsüberwachung Niedersachsen greift der Erste Senat die Formel des Investitionshilfeurteils auf, um dann im konkreten Fall die Gemeinschaftsgebundenheit zu verneinen.
- 102| Zur Modifikation der Objektformel Dürigs in der frühen Rechtsprechung des BVerfG: U. Bekker (Fn. 55), S. 39 ff.
- 103| Vgl. auch B.-O. Bryde, in: v. Münch/Kunig, *GGK III*, 5. Aufl., 2003, Art. 79 Rn. 33; J. Kersten, *Die Tötung von Unbeteiligten*, NVwZ 2005, 661 (662 f.); T. Hartleb, *Der neue § 14 III LuftSiG und das Grundrecht auf Leben*, NJW 2005, 1397 (1398).
- 104| BVerfG, NJW 2006, 751 (758) – Luftsicherheitsgesetz.
- 105| G. Dürig (Fn. 56), Art. 2 Abs. II Rn. 13.
- 106| Abweichende Meinung der Richter Geller, v. Schlabrendorff und Rupp zu BVerfGE 30, 1 (40) – Abhörurteil; vgl. auch B.-O. Bryde (Fn. 103), Art. 79 Rn. 33, der sich dem Sondervotum zum Abhörurteil ausdrücklich anschließt und ein „subjektives Element“ im Rahmen des Art. 1 Abs. 1 GG ablehnt.
- 107| BVerfG, NJW 2006, 751 (759 f.) – Luftsicherheitsgesetz. Eine dogmatische Symmetrie von Achtungspflicht und Schutzpflicht fordert hingegen Chr. Calliess, *Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis*, JZ 2006, S. 321 (326, 327).
- 108| H. Schulze-Fielitz, *Wirkung und Befolgung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, in: *FS-50 Jahre BVerfG*, 2001, S. 385 (393).
- 109| BVerfGE 4, 31 (38) – 5 %-Sperrklausel I; 77, 84 (104) – Arbeitnehmerüberlassung; vgl. auch U. Kischel, *Darf der Gesetzgeber das Bundesverfassungsgericht ignorieren?*, AöR 131 (2006), S. 219 (238).
- 110| Vgl. O. Deppenheuer, *Der Wortlaut als Grenze*, 1988, S. 55 ff.
- 111| B.-O. Bryde (Fn. 103), Art. 79 Rn. 33.
- 112| Insofern fordert auch B.-O. Bryde (Fn. 103), Art. 79 Rn. 34, der den Schutzbereich des Art. 1 GG größer als den Anwendungsbereich des Art. 79 Abs. 3 GG sieht, eine „äußerste Zurückhaltung“ des BVerfG gegenüber der „qualifizierten Mehrheit der Volksvertretung“. Die Personformeln des Abhörurteils – die auch in der Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz auftauchen – ordnet er allerdings den unantastbaren Grundsätzen des Art. 79 Abs. 3 GG zu.
- 113| Vgl. Chr. Hillgruber, *Die Herrschaft der Mehrheit*, AöR 127 (2002), S. 460 (472 f.).

EIN DISPUT: ZUM VERHÄLTNIS VON STAAT UND RELIGION

GLEICHE DISTANZ ZU ALLEN RELIGIONEN UND WELTANSCHAUUNGEN—
AUCH ZU DEN EIGENEN WURZELN?

ERSTES STATEMENT

Andreas Heusch

Sehr geehrte Damen und Herren,

manch einer spricht in letzter Zeit von der Wiederkehr des Religiösen. Dies geschieht gemeinhin mit viel Sympathie, wenn etwa von den vielen hunderttausend jungen Menschen auf dem Weltjugendtag des letzten Jahres die Rede ist. Zugleich wird aber mit ebensoviel Skepsis das Vordringen fremder Religionen in unserer Gesellschaft beobachtet. Dabei sind es nicht nur die radikalen Muslime und ihre weltweiten Terrorakte, die uns in Angst und Schrecken versetzen. Mit Besorgnis beobachten wir auch, dass uns selbstverständlich gewordene Formen des Zusammenlebens in weiten Teilen einer wachsenden, durch den Islam geprägten Teilgesellschaft ihre Geltungskraft eingebüßt haben. Mit dem zahlenmäßigen Anwachsen der Muslime in Deutschland ist auch ihr Selbstbewusstsein gewachsen. Entsprechend treten sie mit oft weit gespannten Forderungen an die einheimische Bevölkerung wie auch an den Staat heran. Eine angemessene Antwort kann nur der geben, der sich seiner eigenen Identität bewusst ist. Der notwendige und nur allmählich einsetzende Prozess der Selbstvergewisserung verlangt, dass wir uns Klarheit verschaffen über die Grundlagen und Bedingungen unseres freiheitlichen Staates und sein Verhältnis zu den Religionen.

I.

Dieses Verhältnis ist grundlegend durch vier Merkmale geprägt. Zu nennen ist zuvörderst die grundsätzliche Trennung von Staat und Kirche. Es besteht keine Staatskirche (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 1 WRV). Diese „Scheidung in der Wurzel“¹ bedeutet die Anerkennung der Wesensverschiedenheiten beider Gewalten. Die Säkularität des Staates und die Weltlichkeit seiner Ordnung finden ihre Entsprechung in der Staatsfreiheit der Kirchen und Religionsgemeinschaften. Durch die Befreiung aus gegenseitiger Abhängigkeit gewinnt der Staat die Möglichkeit zur autonomen Gestaltung der politischen Ordnung, die Kirchen und Religionsgemeinschaften die Freiheit von staatlicher Bevormundung. Ohne jeden Zweifel ist die Trennung zu beider Nutzen. Aus Sicht der katholischen Kirche hat es Benedikt XVI. im Jahre 1992 – damals noch als Joseph Kardinal Ratzinger – so formuliert: „Es ist dem Wesen der Kirche gemäß, dass sie vom Staat getrennt ist und dass ihr Glaube nicht durch den Staat auferlegt werden darf, sondern auf frei gewonnenen Überzeugungen beruht.“² Es handelt sich nicht um eine feindliche Trennung, die die Kirchen aus dem öffentlichen Raum verbannt. Anders als etwa im laizistischen System Frankreichs bestehen weiterhin vielfältige, zum Teil auch in der Verfassung angelegte Annäherungen.³

Zum zweiten gewährleistet das Grundgesetz die Glaubensfreiheit in umfassendem Sinn. Die Entscheidung für oder gegen einen Glauben ist danach Sache des Einzelnen, nicht des Staates. Der Staat darf ihm einen Glauben oder eine Religion weder vorschreiben noch verbieten. Zur Glaubensfreiheit gehört nicht nur die Freiheit, einen Glauben zu haben, sondern auch die Freiheit, nach den eigenen Glaubensüberzeugungen zu leben und zu handeln.⁴ Die Garantie der Glaubensfreiheit gilt für den einzelnen ebenso wie für die Religionsgemeinschaft als solche.⁵

Das Verhältnis von Staat und Religion wird – zum Dritten – durch den Grundsatz der Neutralität geprägt.⁶ „Der Staat, in dem Anhänger unterschiedlicher oder gar gegensätzlicher religiöser und weltanschaulicher Überzeugungen zusammenleben, kann“ – so das Bundesverfassungsgericht in seiner Kreuzifix-Entscheidung – „die friedliche Koexistenz nur gewährleisten, wenn er selber in Glaubensfragen Neutralität bewahrt.“⁷ Der Staat hat sich danach in Glaubens- und weltanschaulichen Fragen eines Urteils zu enthalten. Das heißt: Er darf einen Glauben oder eine Weltanschauung als solche nicht als „richtig“ oder „falsch“ bewerten.

Schließlich fordert das Prinzip der Parität eine am Gleichheitssatz orientierte Behandlung der verschiedenen Religionsgemeinschaften.⁸

II.

Ist damit das Verhältnis des Staates zu den verschiedenen Religionen bzw. Religionsgemeinschaften abschließend definiert? Fordert das Grundgesetz vom Staat eine Haltung der Äquidistanz zu allen Religionen und Weltanschauungen – ungeachtet ihres Inhalts und ihrer Auswirkungen auf das gesellschaftliche und staatliche Leben? Ein Blick auf die jüngsten Entscheidungen zum islamischen Kopftuch einer Lehrerin könnte dies nahe legen. So hat das VG Stuttgart im Juli dieses Jahres die Weisung des zuständigen Schulamtes gegenüber einer muslimischen Lehrerin zur Ablegung ihres Kopftuchs allein deshalb aufgehoben, weil in der Praxis das gesetzliche Verbot religiöser Bekundungen durch Lehrkräfte nur beim islamischen Kopftuch, nicht aber beim Nonnenhabit oder der jüdischen Kippa durchgesetzt werde.⁹ Dies sei – so das Verwaltungsgericht – mit dem Gebot der „strikten Gleichbehandlung der Religionsgesellschaften...nicht zu vereinbaren“.

Diese formalistische Gleichbehandlung von islamischem Kopftuch und dem Nonnenhabit hat vielerorts Unbehagen hervorgerufen.¹⁰ Man machte es sich entschieden zu einfach, wenn man dieses Unbehagen nur auf eine diffuse Abwehrhaltung gegenüber allem Fremden zurückführte. Wer genauer hinsieht, erkennt, dass es seinen Grund in dem mehr oder weniger klar formulierten Empfinden vieler Bürger hat, diese formalistische Sichtweise werde der unterschiedlichen Bedeutung des Christentums einerseits und des Islams andererseits für unser Gemeinwesen nicht einmal ansatzweise gerecht.

Dass das Christentum Wesentliches zu unserer freiheitlichen Verfassung beigetragen hat, wird – soweit ich sehe – nicht ernsthaft bestritten. So ist der säkulare Charakter des Staates – jener Grundpfeiler der freiheitlichen Ordnung – christlichen Ursprungs. Dies kann hier nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden. Wesentlich ist, dass der Dualismus zwischen Kirche und Staat bereits im bekannten Zins-Groschen-Wort Jesu – „Gebt dem Kaiser, was des Kaisers, und Gott, was Gottes ist.“ – angelegt ist. Freilich musste sich die Kirche in der weiteren Geschichte des lateinischen Christentums aus der Umklammerung der weltlichen Herrschaft erst noch befreien, um die *libertas ecclesiae* zu gewinnen. Erste Ansätze

finden sich aber bereits kurz nach Etablierung des Christentums im 5. Jahrhundert¹¹, langfristig hat die im 11. Jahrhundert insbesondere von Gregor VII. im Investiturstreit vorangetriebene Auseinandersetzung zur Trennung beider Gewalten geführt.¹²

Auch der zentrale Bezugspunkt des Grundgesetzes, die Garantie der Menschenwürde in Art. 1, ist säkulares Derivat des genuin jüdisch-christlichen Menschenbildes: Nach christlichem Verständnis kommt dem einzelnen eine unentziehbare Würde zu, weil er – so die alttestamentliche Quelle – von Gott nach seinem Bild geschaffen ist, und weil Gott – so der hinzutretende neutestamentliche Aspekt – selbst Mensch geworden ist, um die Menschen zu erlösen.¹³ Die jedem Menschen zukommende Würde ist zugleich Grund der ihm weiter zustehenden Menschenrechte, einschließlich der Glaubensfreiheit.¹⁴ Da die Würde stets gleiche Würde ist, bedingt sie auch die Gleichheit aller Menschen.¹⁵ Dabei soll keineswegs bestritten werden, dass diese Folgerungen in der europäischen Geschichte zuweilen gegen die Kirche durchgesetzt werden mussten. Humanismus, Aufklärung, die Menschenrechtserklärungen der amerikanischen und in der Folge der französischen Revolution haben gewiss auch ihren Teil zu den Grundlagen der freiheitlichen Verfassung beigetragen; die Geburt der Menschenrechte hier zu verorten wäre indes ein Ausweis historischer Amnesie.¹⁶

Wirkt in dieser Weise genuin christliches Gedankengut in unserer Verfassung fort, ist ebenso unbestreitbar, dass der religiöse Begründungszusammenhang nicht fortbesteht.¹⁷ Der Parlamentarische Rat hat zwar in großer Einigkeit in der neuen Verfassung die Garantie der Menschenwürde verankert, nicht aber hat er die theologische Herleitung normativ festgeschrieben.¹⁸

III.

Die historische Bedeutung des Christentums für unsere Verfassung wird auch vom Bundesverfassungsgericht nicht geleugnet. Auch ein Staat, der sich selber zu religiös-weltanschaulicher Neutralität verpflichtete, könne – so das Gericht in seiner Kreuzifix-Entscheidung – die kulturell vermittelten und historisch verwurzelten Wertüberzeugungen und Einstellungen nicht abstreifen, auf denen der gesellschaftliche Zusammenhalt beruhe. Der christliche Glaube und die christlichen Kirchen seien dabei, wie immer man ihr Erbe heute beurteilen mag, von überragender Präge-

kraft gewesen.¹⁹ Und noch jüngst hat Frau Hohmann-Dennhardt dazu aufgerufen, es gelte „das Erbe des christlichen Abendlandes zu bewahren“.²⁰ – Spätestens hier sollte jedoch die wiederholte Verwendung des Begriffs des Erbes unseren Argwohn wecken; setzt doch die Bewahrung und Pflege eines Erbes stets voraus, dass der Erblasser zuvor verstorben ist. Aus dieser Sicht erscheint die wortreiche Anerkennung des kulturprägenden Faktors des Christentums verbunden mit der Aufforderung zur Sorge um das Erbe eher wie ein Nachruf.

Und in der Tat sind die christlichen Kirchen tot, wenn sie sich nur noch als Träger und Verwalter eines überkommenen Bildungs- und Kulturgutes begreifen. Nach ihrem Selbstverständnis müssen sie Träger und Verkünder der von Christus offenbarten Wahrheit sein. Von dort haben sie ihren Auftrag und empfangen sie ihre Legitimation.²¹

Wie sieht es aber aus der hier interessierenden Perspektive des Staates aus? Kann es dem säkularen Staat, nachdem er das „Erbe“ aufgenommen und in staatliches Recht transformiert hat, egal sein, ob der christliche Glaube fortbesteht? Oder hat auch oder gerade der säkulare Staat ein eigenes Interesse an vitalen Kirchen, deren Mitglieder entsprechend ihren Glaubensüberzeugungen leben und diesen Glauben an die nächste Generation vermitteln?

Einen ersten Hinweis auf ein genuin staatliches Interesse an einer solchen Tradierung enthalten gewiss die landesverfassungsrechtlichen Schulartikel. So fordert etwa Art. 12 der Baden-Württembergischen Verfassung eine Erziehung der Jugend „in der Ehrfurcht vor Gott, im Geiste der christlichen Nächstenliebe“. Andere Landesverfassungen propagieren für die schulische Erziehung ähnliche Leitlinien.²² Dies ist kein Missionsauftrag an die staatlichen Schulen.²³ Die Schulrechtsartikel zeigen vielmehr, dass sich die Verfassungsgeber in den Ländern nach den Erfahrungen eines atheistischen Regimes sehr wohl bewusst waren, aus welchen Quellen sich eine vitale, freiheitliche Ordnung speist.²⁴ Und ihnen war erkennbar daran gelegen, dass diese Quellen auch in Zukunft nicht versiegen.²⁵

Auch heute dürfte niemand ernsthaft behaupten, dass mit Abfassung und Inkrafttreten einer noch so wohldurchdachten Verfassung die Freiheitlichkeit des Gemeinwesens für die Zukunft gesichert wäre. Die Verfassung ist auf die innere Annahme der Bürger – jedenfalls in ihrer

Mehrheit – angewiesen. Will die freiheitliche Verfassung fort dauern, bedarf sie entsprechend der Annahme in jeder neuen Generation. Diese Annahme erfolgt nicht – jedenfalls nicht entscheidend – durch ausdrückliches Bekenntnis, sondern vollzieht sich in einer aktiven Gestaltung des Lebens, die die gewährte Freiheit verantwortungsvoll ausfüllt. Dies kann nur gelingen, wenn auf Seiten der Bürger die notwendige Freiheitsfähigkeit und Freiheitsbereitschaft vorhanden ist.

Der Staat kann zwar die Freiheit gewährleisten, er ist aber in seiner Existenz darauf angewiesen, dass die Menschen in ihrer großen Mehrheit dieses Angebot annehmen und die gewährte Freiheit nicht nur nutzen, sondern von ihr einen guten Gebrauch machen.²⁶ Damit zielen die Verfassungserwartungen – wie Josef Isensee es ausgedrückt hat – „über die Ebene der Legalität hinaus auf Moralität, die als solche außerhalb des Horizonts rechtsstaatlicher Erwartungen liegt“.²⁷

So gewährt etwa Art. 6 GG die Freiheit, den Bund der Ehe zu schließen und sich für ein Leben mit Kindern zu entscheiden. Dieselbe Vorschrift lässt es aber auch zu, sich bewusst gegen eine eigene Familie zu entscheiden.²⁸ Der Staat ist jedoch existentiell auf die Weitergabe des Lebens angewiesen, freilich nicht in der Erwartung, dass die Menschen sich für eine Familie entscheiden, um dem Staat sein Volk zu erhalten, sondern weil sie für sich persönlich Sinn und Erfüllung in einem Leben mit Kindern finden.²⁹

Die Verfassungserwartung erschöpft sich nicht in der Hoffnung auf die biologische Weitergabe des Lebens. Der freiheitliche Staat ist ebenso darauf angewiesen, dass die Eltern von dem ihnen eingeräumten Erziehungsrecht verantwortungsvoll Gebrauch machen. Zwar begründet das Grundgesetz auch eine komplementäre Erziehungspflicht, die Hürden für ein staatliches Eingreifen bei Versagen der Eltern sind aber recht hoch. Offenkundig ist der Staat jedenfalls dann überfordert, wenn Eltern in kritischer Anzahl ihre Erziehungsaufgabe nicht mehr verantwortungsvoll ausüben. Die staatliche Schule ist nicht in der Lage, diese Defizite in der elterlichen Erziehung auszugleichen.

Ohne dies erzwingen zu können, lebt ein freiheitliches Gemeinwesen davon, dass Eltern ihre Kinder zu verantwortungsbewussten, toleranten und friedfertigen, zu freiheitsbereiten und -fähigen Menschen erziehen.³⁰ Schließlich kann eine Verfassung nur Verfahren und Formen demokra-

tischer Herrschaft vorgeben. Die notwendige demokratische Legitimation kann allein durch die Bürger vermittelt werden. Diese Legitimation schwindet, wenn sich große Teile der Bevölkerung von den öffentlichen Dingen abwenden und etwa von ihrem Wahlrecht keinen Gebrauch mehr machen. Der demokratische Staat ist darauf angewiesen, dass die Bürger das demokratische Prinzip der Mehrheitsentscheidung akzeptieren.

Dabei beruht der geforderte Respekt vor der demokratischen Mehrheit nicht auf dem Versprechen, die Entscheidung der Mehrheit sei die bessere und wahrere. Er verlangt vielmehr die Einsicht, dass niemand in den weltlichen Dingen des Staates eine absolute Wahrheit für sich reklamieren kann. Die Säkularität des Staates erweist sich damit nicht nur als Bedingung einer freiheitlichen, sondern auch einer demokratischen Ordnung.

Die notwendige demokratische Haltung kann der Staat ebenso wenig erzwingen wie die für ihn existentielle Freiheitsfähigkeit und -bereitschaft der Bürger. Dieses Dilemma des freiheitlichen Staates ist vielfach beschrieben worden. Ihnen allen bekannt ist das dictum Böckenfördes, der moderne freiheitliche Staat lebe von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren könne, ohne seine Freiheitlichkeit in Frage zu stellen.³¹ Auch wenn dieser Satz zuweilen wie ein Glaubenssatz vorgetragen wird, bleibt er in seiner Aussage schillernd. Allzu häufig wird ihm nämlich die Verpflichtung des Staates entnommen, sich mit Blick auf die notwendigen Voraussetzungen einer aktiven und verantwortungsbewussten Freiheitsentfaltung der Bürger in Enthaltung zu üben. Der Staat sei insoweit zu Passivität verurteilt und könne nur erhoffen, dass durch Kräfte der Gesellschaft die Freiheitsfähigkeit und -bereitschaft der Bürger in ausreichendem Maße immer wieder erneuert werden.³²

Ein solches Verständnis aber ist fundamental falsch. Es degradiert den freiheitlichen Staat zum Bettler; nein im strengen Sinne darf er ja nicht einmal betteln. Er muss gnädig auf die Almosen hoffen, die ihm unaufgefordert zugesteckt werden. Und wenn die Gesellschaft nicht mehr zu geben bereit ist, dann mag er eben verrecken. Diese Konzeption mag in sich schlüssig sein. Sie entspricht indes nicht dem Selbstverständnis unserer Verfassung. Sie hat nicht nur – etwa in Art. 9, 18 und 21 GG – Vorkehrungen gegen ihre gewaltsame Beseitigung getroffen. Art. 79 Abs. 3 GG entzieht die tragenden Prinzipien dem demokratischen Diskurs; sie stehen nicht zur Disposition – auch nicht für eine demokrati-

sche Mehrheit. Demokratie und Freiheitlichkeit werden so um ihrer selbst willen beschränkt. Gewiss werden diese normativen Sicherungen nicht halten, wenn in unserem Land politische Kräfte faktisch stark genug geworden sind, um die Freiheitlichkeit unserer Verfassung zu beseitigen. Das Ergebnis einer solchen Entwicklung wäre aber eine andere Verfassung, nicht mehr unser Grundgesetz.

Hängt die Dauerhaftigkeit einer freiheitlichen Ordnung – wie gezeigt – von der Freiheitsfähigkeit und Freiheitsbereitschaft der Bürger ab, so wäre es widersinnig, wenn der Staat tatenlos zusehen müsste, wie diese verfallen, und erst bei aggressiven Attacken, wenn es möglicherweise schon zu spät ist, eingreifen dürfte. Richtigerweise ist der freiheitliche Staat gerade um des Erhalts der Freiheitlichkeit willen verpflichtet – und zwar verfassungsrechtlich verpflichtet –, auf die Erneuerung seiner Grundlagen hinzuwirken.³³ Die notwendigen Tugenden seiner Bürger kann er nicht erzwingen. Er muss aber für sie werben, und er muss sie fördern.³⁴

Die beste Gelegenheit zur Werbung in eigener Sache bietet gewiss die staatliche Schule.³⁵ Die einschlägigen Bestimmungen der Länderverfassungen verpflichten daher die Lehrer zu einer entsprechenden Erziehung.³⁶ Die Möglichkeit auf die Kinder und Jugendlichen in diesem Sinne einzuwirken, ist dem Staat so wichtig, dass er durch die allgemeine Schulpflicht seinen Einfluss in dieser richtunggebenden Lebensphase sichert. Insoweit verzichtet er – ausnahmsweise – auch nicht auf Zwang. Offen ist aber, ob sein Bemühen am Ende von Erfolg gekrönt ist. Allein in diesem Sinne ist auch der viel zitierte Satz von Böckenförde richtig: Der freiheitliche Staat kann den Erfolg seiner Bemühungen um den Erhalt seiner Grundlagen nicht garantieren. Bemühen muss er sich aber, hierzu ist er kraft Verfassung verpflichtet.³⁷

Diese Bemühungen müssen freilich freiheitskonform sein. Mit Ausnahme der Schulpflicht, die den äußeren Rahmen für die staatliche Erziehung herstellt, sind Zwangselemente nicht nur dem Ziel abträglich, sondern würden auch die Freiheitlichkeit des Staates in Frage stellen. Umso mehr ist er darauf verwiesen, dass gesellschaftliche Kräfte in freiem Entschluss zur Erneuerung und zum Erhalt der Grundlagen seiner Ordnung beitragen. Solche gesellschaftlichen Kräfte darf und muss der Staat in ihrer Freiheitsausübung unterstützen und stärken.³⁸ Aus Sicht des Staates ist dabei nicht maßgeblich, ob die gesellschaftlichen Kräfte nach ihrer eige-

nen Motivation gerade auf die Erhaltung des freiheitlichen Staates zielen oder andere, ggf. jenseitige Ziele verfolgen. Entscheidend ist für den Staat allein der gemeinwohlförderliche Effekt der Aktivitäten. Wie der Staat solche freiheitsaktivierenden Potenzen fördern darf und muss, so ist er nicht in gleicher Weise verpflichtet, solche gesellschaftliche Gruppen zu unterstützen, die diesen Ertrag nicht erbringen. Und er hat jede Unterstützung solchen Kräften zu versagen, die die Grundlagen seiner freien Ordnung in Frage stellen, untergraben und aushöhlen. Soweit sie dies nicht in aggressiv-kämpferischer Form tun, muss er dies lediglich grundsätzlich als Akt der Grundrechtsausübung dulden.

Diese verfassungskräftigen Maßstäbe gelten auch im Verhältnis zu den verschiedenen Religionen und Religionsgemeinschaften in unserem Land. Diese Dichotomie liegt unserer Verfassung zugrunde: Auf der einen Seite die in Art. 4 GG gewährleistete, grundsätzlich gleiche grundrechtliche Freiheit für alle Religionen; auf der anderen Seite die positive staatliche Förderung der Religionen und Religionsgemeinschaften, die die für einen freiheitlichen Staat unabdingbaren bürgerlichen Tugenden hervorbringen.³⁹ Mit anderen Worten: Gewährt der Staat ein Mehr an Rechten, das für die Wahrnehmung der in Art. 4 GG garantierten Religionsfreiheit nicht erforderlich ist, darf er aufgrund seiner Verpflichtung zur Neutralität nicht nach spezifisch religiösen Kriterien differenzieren. Die hergebrachten Grundsätze der Neutralität und Parität verpflichten den Staat aber nicht zur Indifferenz. Im gebotenen Interesse der Erhaltung der freiheitlichen Ordnung ist er vielmehr verfassungsrechtlich gehalten, nur die Religionsgemeinschaften zu fördern, die im Effekt die Grundlagen dieser Ordnung stärken; und er hat von einer gleichen Förderung der Gemeinschaften abzusehen, die diese Wirkungen nicht oder allenfalls partiell hervorbringen oder gar gegenteilige Effekte provozieren.⁴⁰

Diesen differenzierten Ansatz verkennt, wer etwa die nach Art. 137 Abs. 5 WRV mögliche Verleihung des Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts grundrechtsfunktional auflädt und nur oder im Wesentlichen als Mittel zur Erleichterung und Entfaltung der Religionsfreiheit begreift.⁴¹ Mit dem Körperschaftsstatus werden bestimmte hoheitliche Befugnisse übertragen, gegenüber den eigenen Mitgliedern⁴², aber auch gegenüber Dritten.⁴³ Grundrechtlich geboten ist diese positive staatliche Förderung der Religionsgemeinschaften nicht. Die staatliche Vorenthaltung des besonderen Status ist unter diesen Voraussetzungen weder ein Eingriff in die Religionsfreiheit noch in ein sonstiges verfassungskräftiges Leistungs-

recht. Die Verfassung selbst macht nämlich die Einräumung dieses Status von der Erbringung der gemeinwohlförderlichen Effekte abhängig. Wer dies mit Blick auf den Wortlaut des Art. 137 Abs. 5 WRV zurückweist, sei daran erinnert, dass die Auslegung jeder grundgesetzlichen Norm im Sinne der Einheit der Verfassung zu erfolgen hat. Deshalb ist es im Ansatz auch richtig, wenn das Bundesverfassungsgericht in seiner Zeugen-Jehovas-Entscheidung die Verleihung des privilegierten Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts von weiteren, ungeschriebenen Voraussetzungen abhängig macht.⁴⁴ Indem das Gericht verlangt, dass eine Religionsgemeinschaft rechtstreu ist und die in Art. 79 Abs. 3 GG umschriebenen fundamentalen Verfassungsprinzipien, die Grundrechte Dritter sowie die Grundprinzipien des freiheitlichen Staatskirchenrechts nicht gefährdet, widerlegt es damit zwar einerseits die grundrechtliche Deutung der Norm. Nach Maßgabe des Art. 4 GG hätte der Staat nämlich auch eine Ablehnung dieser Verfassungsprinzipien zu dulden, soweit sie nicht in kämpferisch-aggressiver Form erfolgt. Andererseits macht das Gericht aber die Gewährung einer Leistung allein von einer negativen Gefahrenprognose abhängig. Der Begriff der Gefahr ist indes im Polizeirecht beheimatet, die Gefahr ist herkömmlich Voraussetzung für einen polizeilichen Eingriff – bei der Verleihung des Körperschaftsstatus geht es jedoch ausschließlich um die Gewährung staatlicher Leistungen. Es ist bedenklich, dass das Gericht diese kategoriale Unterscheidung missachtet.

Welche Folgen hat dies nun für das staatliche Verhältnis zum Christentum und den christlichen Religionsgemeinschaften? Das Christentum hat nicht nur einen wesentlichen Beitrag zur Entstehung unserer freiheitlichen Verfassung geleistet. Die christlichen Kirchen erkennen auch heute die für den freiheitlichen Staat essentielle Unterscheidung von Staat und Religion als für sich verbindlich an.⁴⁵ Der von ihnen vermittelte christliche Glaube, dass dem Menschen die Erde zur verantwortlichen Gestaltung überlassen ist und jeder Einzelne als vernunftbegabtes Wesen die ihm von Gott gegebenen Gaben zu entfalten und sich in der Einmaligkeit seines irdischen Daseins zu bewähren hat, fördert und stärkt weiterhin Freiheitsfähigkeit und Freiheitsbereitschaft. Das Gebot der Nächsten- und Feindesliebe bindet die Aktivität gemeinwohlförderlich ein, stärkt – in weltlichen Kategorien gesprochen – die Achtung vor dem anderen, Toleranz und Solidarität, ohne die ein freiheitliches Gemeinwesen nicht existieren kann.⁴⁶

Gewiss: Auch ein Agnostiker oder Atheist kann im Einzelfall auf rein innerweltlich gewonnener Grundlage ähnliche Verhaltensregeln als für sich verbindlich ansehen. Ebenso gewiss ist aber: Eine solche individuelle Hochmoral vermag nicht die Anschauungen und die Lebenshaltung weiter Teile der Bevölkerung zu prägen.

Welche Folgen hat dies schließlich für das Verhältnis des freiheitlichen Staates gegenüber anderen Religionen in unserem Land? Der Staat ist aufgrund von Art. 4 GG verpflichtet, die Religionsausübung zu gewährleisten.⁴⁷ Die Neutralität des Staates gebietet ihm, sich einer Bewertung des Glaubens nach spezifisch religiösen Kriterien zu enthalten. Als seiner eigenen freiheitlichen Ordnung verpflichteter Staat darf er jedoch nicht indifferent gegenüber den Effekten einer Religion sein. Bevor er einer Religionsgemeinschaft denselben Status wie den christlichen Kirchen einräumt, hat er genau hinzuschauen,

- ob sie die für unsere freiheitliche Ordnung grundlegende Trennung zwischen weltlicher und geistlicher Sphäre kennt und dauerhaft als verbindlich akzeptiert⁴⁸,
- ob sie ihre Gläubigen zur Toleranz anhält oder die Welt in Angehörige ihrer Religion und Ungläubige teilt und letzteren nur mindere Rechte zuerkennen will,
- ob sie die Glaubensfreiheit und damit auch die Konversion zu einem anderen Glauben akzeptiert oder eine innerweltliche Bestrafung billigt,
- ob sie Mann und Frau die gleiche Würde zuerkennt oder die gleichen Rechte der Frau in Staat und Gesellschaft bestreitet.⁴⁹

Kann der Staat nach eingehender Prüfung nicht die Gewissheit gewinnen, dass eine Religionsgemeinschaft zum dauerhaften Erhalt der Grundlagen unserer freiheitlichen Ordnung einen unzweideutigen positiven Beitrag zu leisten bereit und in der Lage ist⁵⁰, hat er sich gegenüber einer solchen Religionsgemeinschaft jeder Förderung zu enthalten.

Zum Schluss möchte ich nur noch kurz auf zwei nahe liegende Fragen eingehen:

Zum einen: Ist eine Förderung der christlichen Kirchen noch angemessen, wenn 1/3 der Bevölkerung in Deutschland keiner Kirche mehr angehört, wenn die innere Bindung der Mitglieder an ihre Kirche weiter abnimmt? Eines ist gewiss: Der Staat kann nicht den Kirchen verloren gegangene Überzeugungs- und Bindungskraft zurückgewinnen. Dies ist allein Aufgabe der Kirchen und ihrer Mitglieder. Ebenso gewiss ist aber, dass mit der Entfremdung der Bürger von den Kirchen nicht nur diese verlieren. Verlierer ist auch der freiheitliche Staat. Er sollte daher aus Eigennutz diese seiner freiheitlichen Ordnung förderlichen Potenzen stützen, solange sie – und das gilt auch noch heute - kraftvoll in diesem Sinne wirken.

Zum anderen: Muss der freiheitliche Staat nicht anderen Religionsgemeinschaften, die in Deutschland einen immer größer werdenden Bevölkerungsanteil repräsentieren, allein deshalb dieselbe Förderung angedeihen lassen? Es wäre gewiss für den Staat heute bequemer, den lauter werdenden Rufen nach einer solchen undifferenzierten Gleichbehandlung zu folgen. Doch seien wir gewarnt: Fehlen uns heute Kraft und Mut zur inhaltlichen Unterscheidung, werden sich möglicherweise am Ende mit staatlicher Förderung Kräfte durchsetzen, die unsere Vorstellungen von einem freiheitlichen Staat nicht teilen.

- 1| Alexander Hollerbach, *Die Kirchen unter dem Grundgesetz*, in *VVDStRL 26* (1968), S. 57 (62).
- 2| Joseph Ratzinger Benedikt XVI., *Die Freiheit, das Recht und das Gute*, in: *Werte in Zeiten des Umbruchs*, 2005, S. 49.
- 3| Neben der in Art. 137 Abs. 5 WRV eröffneten Möglichkeit der Religionsgesellschaften zum Erwerb des Status einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft seien hier nur die Beibehaltung des Religionsunterrichts in öffentlichen Schulen und die Offenheit für die Anstalts- und Militärseelsorge (Art. 141 WRV) genannt.
- 4| Ergänzt und verstärkt wird diese grundrechtliche Gewährleistung durch die Anerkennung des Selbstbestimmungsrechts der Religionsgesellschaften in Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 3 WRV; vgl. *BVerfGE 93, 1* (15).
- 5| Zum Verhältnis der grundrechtlichen Gewährleistung zur Verbürgung der Kirchenautonomie siehe Arnd Uhle, *Staat-Kirche-Kultur*, 2004, S. 58 f.
- 6| Das Bundesverfassungsgericht leitet diesen Grundsatz in ständiger Rechtsprechung aus einer Zusammenschau verschiedener Regelungen des Grundgesetzes ab. Neben Art. 4 Abs. 1 GG und dem Verbot einer Staatskirche greift

das Gericht insbesondere auch auf die speziellen Gleichheitssätze der Art. 3 Abs. 3 und Art. 33 Abs. 3 GG zurück, die die Benachteiligung oder Bevorzugung eines Bürgers aus religiösen Gründen untersagen.

- 7| *BVerfGE 93, 1* (16).
- 8| *BVerfGE 30, 415* (422); *93, 1* (17).
- 9| *VG Stuttgart, VBIBW 2006, 400 ff.*
- 10| Josef Isensee in *Essener Gespräche 39* (2005), S. 138 bringt es auf den Punkt, wenn er es als „eine grobe Beleidigung des Christentums“ bezeichnet, „Mönchskutte und Kopftuch in eins zu setzen“.
- 11| Dokumentiert im Brief des Papstes Gelasius aus dem Jahre 494 an den damaligen Kaiser Anastasius, in dem der Papst unter Berufung auf das Herrenwort im Lukas-Evangelium von den zwei Schwertern eine klare Scheidung zwischen geistlicher und politischer Gewalt, sacerdotium und imperium, vornimmt. Siehe hierzu Arnd Uhle, *Staat – Kirche – Kultur*, S. 67 f.
- 12| Christian Starck, *Staat und Religion*, *JZ 2000*, S. 1 (2), der im Weiteren allerdings auch auf die gegenläufigen Wirkungen der Reformation hinweist.
- 13| Josef Isensee, *AöR 131* (2006), 173 (202).
- 14| Wolfgang Huber, *Der christliche Glaube und die politische Kultur in Europa*, Vortrag vom 24.5.2004, S. 3, der den Grundsatz der Toleranz auf seinen Ursprung in der „Toleranz Gottes“ zurückführt.
- 15| Wolfgang Huber, *Der christliche Glaube und die politische Kultur in Europa*, Vortrag vom 24.5.2004, S. 3.
- 16| Skandalöser Ausdruck einer solchen christophoben Geschichtsklitterung ist die Präambel der jedenfalls vorläufig gescheiterten europäischen Verfassung; vgl. hierzu Arnd Uhle, *Das christliche Fundament Deutschlands – Thema des Grundgesetzes?*, in: Georg Kaster (Hg.), *2. Internationale Gocher Gespräche*, 2006, S. 81 (102 ff.). Wolfgang Huber, *Der christliche Glaube und die politische Kultur in Europa*, Vortrag vom 24.5.2004, S. 2.
- 17| Josef Isensee, *AöR 131* (2006), 173 (207).
- 18| Josef Isensee, *AöR 131* (2006), 173 (208).
- 19| *BVerfGE 93, 1* (21 f.).
- 20| Christine Hohmann-Dennhardt, *Es bedarf keines Feldzuges gegen den Islam – Vom Staat und den Werten, auf die sein Recht baut*, *FR-Dokumentation* vom 17.2.2006.
- 21| Wolfgang Huber, *Der christliche Glaube und die politische Kultur in Europa*, Vortrag vom 24.5.2004, S. 3. Aus diesem Grund ist es auch so verfehlt, wenn Vertreter beider Kirchen in ihren Stellungnahmen etwa zu Fragen der Abtreibung oder der Tötung von Embryonen zu Forschungszwecken auf Art. 1 GG rekurrieren und sich damit als Teilnehmer am allgemeinen juristischen Diskurs einreihen anstatt auf die von Gott empfangene Würde jedes einzelnen Menschen zu verweisen. Siehe hierzu Josef Isensee, *Diskussionsbeitrag in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, Band 39, S. 137.
- 22| So beruft sich Art. 26 der saarländischen Verfassung bei Bestimmung der Erziehungsziele auf das natürliche und christliche Sittengesetz. Auch in Nordrhein-Westfalen sollen nach Art. 12 Abs. 6 der Landesverfassung der Unterricht und die Erziehung „auf der Grundlage christlicher Bildungs- und Kulturwerte“ erfolgen.
- 23| Vgl. zur badischen Simultanschule *BVerfGE 41, 29*. Die staatliche Schule darf danach keine Verbindlichkeit christlicher Glaubensinhalte beanspruchen.
- 24| Wenn dies zuweilen als regionale Verfassungsfolklore abgetan oder gar – in juristischen Kategorien – mit dem Verdikt bundesverfassungswidrigen Landesverfassungsrechts versehen wird, ist dies nichts anderes als Ausdruck des Hochmuts nachgeborener Verfassungsinterpreten.

- 25| Josef Isensee, *Diskussionsbeitrag in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Band 39, S. 136.*
- 26| Josef Isensee, *Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in HStR V, 2. Aufl., 2000, § 115 Rn. 222 f., 231.*
- 27| Josef Isensee, *Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in HStR V, 2. Aufl., 2000, § 115 Rn. 232.*
- 28| *Der Staat hat sich auch hier um seiner Freiheitlichkeit willen jedes Zwangs zu enthalten. Und doch ist er elementar darauf verwiesen, dass die Bürger jedenfalls in ihrer großen Zahl die Entscheidung für ein Leben mit Kindern treffen. Was passiert, wenn sie dies nicht oder nicht in ausreichendem Maße tun, können wir voraussichtlich bald in dramatischer Weise erleben. Soziale Sicherungssysteme verlieren ihre Grundlage, die Volkswirtschaft wird erlahmen, ein Land wird vergeisen – und im Ernstfall auf lange Sicht der Staat ein konstitutives Element verlieren: sein Staatsvolk.*
- 29| Josef Isensee, *Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in HStR V, 2. Aufl., 2000, § 115 Rn. 234; Paul Kirchhof, Die Freiheit der Religionen und ihr unterschiedlicher Beitrag zu einem freien Gemeinwesen, in: Essener Gespräche 39 (2005), S. 105 (109).*
- 30| *Auch mit Blick auf andere Freiheiten lässt sich die existentielle Verwiesenheit des Staates auf einen positiven Gebrauch der gewährten Freiheit zeigen: So garantiert etwa Art. 12 GG die Freiheit, einen Beruf zu wählen und auszuüben und sich so eine wirtschaftliche Lebensgrundlage zu verschaffen. Art. 14 GG schützt die Freiheit, mit seinem Eigentum – in gewissen Grenzen – frei zu verfahren. Der einzelne kann sein Kapital in der Erwartung auf Gewinn investieren - er kann es aber auch ängstlich zu Hause verstecken. Ebenso kann er die Möglichkeit ausschlagen, einen Beruf auszuüben. Erzwingen kann der Staat nicht, dass seine Bürger die Chancen der gewährten Freiheit ergreifen. Und doch ist er darauf angewiesen, dass sie in ihrer großen Mehrheit von der wirtschaftlichen Freiheit positiven Gebrauch machen. Als Steuerstaat partizipiert er nämlich an dem wirtschaftlichen Erfolg. Verweigerten sich die Bürger in einer kritischen Anzahl, würde auch dem Staat die ökonomische Basis zur Erfüllung seiner Aufgaben wegbrechen. Der freiheitliche Staat wie der Sozialstaat lebt also aus der Erwartung, dass die Bürger zu ihrem eigenen Frommen verantwortungsvoll von der Freiheit Gebrauch machen; siehe hierzu Josef Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in HStR V, 2. Aufl., 2000, § 115 Rn. 246.*
- 31| Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat, 1978, S. 37.*
- 32| Paul Kirchhof, *Die Freiheit der Religionen und ihr unterschiedlicher Beitrag zu einem freien Gemeinwesen, in: Essener Gespräche 39 (2005), S. 105 (109).*
- 33| Paul Kirchhof, *Die Freiheit der Religionen und ihr unterschiedlicher Beitrag zu einem freien Gemeinwesen, in: Essener Gespräche 39 (2005), S. 105 (111).*
- 34| Paul Kirchhof, *Die Freiheit der Religionen und ihr unterschiedlicher Beitrag zu einem freien Gemeinwesen, in: Essener Gespräche 39 (2005), S. 105 (117).*
- 35| Josef Isensee, *Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen andie Grundrechtsausübung, in HStR V, 2. Aufl., 2000, § 115 Rn. 264.*
- 36| *So heißt es etwa in Art. 7 der nordrhein-westfälischen Verfassung: „ Ehrfurcht vor Gott, Achtung vor der Würde des Menschen und Bereitschaft zum soziale Handeln zu wecken, ist vornehmstes Ziel der Erziehung. Die Jugend soll erzogen werden im Geist der Menschlichkeit, der Demokratie und der Freiheit, zur Duldsamkeit und zur Achtung vor der Überzeugung der anderen, zur Verantwortung für die Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen, in Liebe zu Volk und Heimat.“*

- 37| *Grundlegend zu dieser verfassungsrechtlichen Verpflichtung des freiheitlichen Staates zur Bewahrung seiner kulturellen Identität Arnd Uhle, Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität, 2004.*
- 38| Paul Kirchhof, *Die Freiheit der Religionen und ihr unterschiedlicher Beitrag zu einem freien Gemeinwesen, in: Essener Gespräche 39 (2005), S. 105 (114).*
- 39| *So auch BVerfGE 102, 370 (394).*
- 40| Paul Kirchhof, *Die Freiheit der Religionen und ihr unterschiedlicher Beitrag zu einem freien Gemeinwesen, in: Essener Gespräche 39 (2005), S. 105 (115 f.).*
- 41| Arnd Uhle, *Staat – Kirche – Kultur, 2004, S. 133 ff.*
- 42| *Zu nennen sind insbesondere das Besteuerungsrecht und die Dienstherrenfähigkeit.*
- 43| *So die Widmungsbefugnis.*
- 44| *Siehe zur Kritik insbesondere Arnd Uhle, Ein „rätselhafter Ehrentitel“? – Die dogmatischen Konturen des Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 WRV und die Zukunftsfähigkeit des deutschen Staatskirchenrechts -, in Festschrift für Josef Isensee.*
- 45| Wolfgang Huber, *Der christliche Glaube und die politische Kultur in Europa, Vortrag vom 24.5.2004, S. 7.*
- 46| Wolfgang Huber, *Der christliche Glaube und die politische Kultur in Europa, Vortrag vom 24.5.2004, S. 5.*
- 47| *Er darf allerdings nach Maßgabe des Art. 9 GG religiöse Vereinigungen, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung richten, verbieten. Auch unterhalb dieser Schwelle darf er Warnungen gegenüber der Öffentlichkeit aussprechen.*
- 48| Wolfgang Huber, *Der christliche Glaube und die politische Kultur in Europa, Vortrag vom 24.5.2004, S. 6 f. formuliert gezielt auf den Islam: „Nicht alle Formen von Religion, die auch in Europa eine wachsende Bedeutung gewinnen, sind durch ein Ja zu der aufgeklärten Säkularität geprägt, die für die neuzeitliche Entwicklung in Europa bestimmend geworden ist. Umso bedeutender wird die Aufgabe sein, wichtige Elemente der europäischen Kultur zu bewahren und sorgsam mit den Quellen umzugehen, aus denen sich sie speisen, die christlichen Quellen eingeschlossen.“*
- 49| *Vgl. zur Stellung der Frau im Islam Michael Bertrams, Lehrerin mit Kopftuch? Islamismus und Menschenbild des Grundgesetzes, DVBl. 2003, 1225 (1230 ff.).*
- 50| *Der Staat darf sich nicht mit publikumswirksamen Verlautbarungen islamischer Verbände zufrieden geben; vgl. hierzu Franz-Wilhelm Dollinger/ Andreas Heusch, Das Bekenntnis zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung als unverzichtbare Bedingung der Einbürgerung, VBIBW 2006, 216 (221).*

ZWEITES STATEMENT

Hans Michael Heinig

I.

Eines der am häufigsten bemühten Zitate zum Verhältnis von Staat und Religion ist wohl Böckenfördes Satz: „Der freiheitliche, säkulare Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.“¹ Der Erfolg des „Böckenförde-Diktums“ kommt nicht von ungefähr. Seine Kernaussage hat hohe Plausibilität, schließlich hat Deutschland schon einmal die Erfahrung gemacht, dass der freiheitliche und demokratische Verfassungsstaat sich seiner selbst nicht sicher sein kann, sondern in seiner Fortexistenz von Voraussetzungen abhängt, auf die er nicht unbegrenzt Zugriff hat. Insbesondere die innere Annahme dieser Staatsform durch die Bürger ist insoweit unverzichtbar. Eine freiheitliche Demokratie lebt von Demokraten und lässt sich nicht auf Bajonetten stützen.

Zu dieser inneren Akzeptanz kann die „Sinnform Religion“ (N. Luhmann)² in vielfältiger Form beitragen: Indirekt, indem sie Einfluss auf die Persönlichkeit der Bürger ausübt: durch den Aufbau von Solidarnetzen, durch die Ausbildung von Gemeinsinn und Verantwortungsbewusstsein, durch die Anleitung zur Dialogfähigkeit, durch die charakterliche Stabilisierung junger Menschen, durch die Krisenfestigkeit einer religiös sozialisierten und deshalb zur Kontingenzbewältigung

befähigten Persönlichkeit etc. Aber die religiösen Kulturformationen und ihre Institutionalisierungen können auch ganz direkt auf den Willen zur Demokratie Einfluss nehmen, indem diese Staatsform in den Theologien positiv verarbeitet wird. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang an das II. Vaticanum und seine positive Bezugnahme auf die Demokratie als die Staatsform, die die Religionsfreiheit sowie den Schutz und Achtung der Menschenwürde in besonderer Weise ermöglicht, oder die Überwindung aus dem Kaiserreich herrührender staatsautoritärer Neigungen des deutschen Protestantismus in der Bonner Republik.

II.

Nun trifft Böckenförde in seiner berühmten Sentenz nicht nur eine sozialtheoretische Aussage über den modernen Staat der Gegenwart und sein Verhältnis zur Gesellschaft, sondern seine Diagnose ist zugleich mit einer genetischen Perspektive unterlegt: Nicht von ungefähr spricht er vom „säkularen Staat“.³ Im säkularen Charakter des Staates klingt die „Säkularisierung“ nach, der Prozess des Auseinandertretens von *imperium* und *sacerdotium*.⁴ In diesem Sinne steht auch unser heutiger Disput unter der Frage: „Distanz auch zu den eigenen Wurzeln?“. Sie erinnert uns daran, dass der moderne, freiheitliche Verfassungsstaat eine Herkunftsgeschichte hat. Er entstammt dem *orbis christianus* und erfährt durch den Prozess des Auseinandertretens von Staat und christlicher Religion eine entscheidende Prägung. Die für unser Streitgespräch entscheidende Folgefrage ist allerdings, ob diese Herkunftsgeschichte normativ von Relevanz ist und in diesem Sinne Einfluss auf das heutige Verhältnis von Staat und Religion haben kann?

Hierzu sei Folgendes angemerkt:

- Tradition ist als solche in der Demokratie ein Argument mit schwachem Status. Die Zentralperspektive der Demokratie ist zukunftsgerichtet. Herkömmlichkeit und Herkunft haben keinen normativen Selbststand, sondern bedürfen der Zustimmung durch das Volk als Legitimationssubjekt, müssen ihre potentiellen Bindungskräfte also immer wieder aufs Neue beweisen.
- Die Genese des freiheitlichen demokratischen Verfassungsstaates erweist sich als ausgesprochen komplexes Phänomen: Er ist ein Produkt der Moderne und wie alle Erscheinungen der Moderne beruht er einer-

seits auf Traditionen des christlichen Abendlandes, andererseits sind diese umgeschrieben, fraktal abgearbeitet und mit Elementen des radikalen Bruchs versehen. Der Philosoph Hans Blumenberg hat dieses Moment der Diskontinuität in der Formel von der „Legitimität der Neuzeit“ gefasst.⁵ Geschichte, auch Ideengeschichte verläuft selten linear. Angesichts der vielfältigen Einspeisungen in den normativen Bestand der Moderne, der bestehenden Überlappungen und Übersetzungen, ist es gar nicht so einfach, Semantik und Grammatik des freiheitlichen Verfassungsstaates auf ganz spezifische „ursprüngliche“ religiös-weltanschauliche Kulturmuster zurückzuführen.

- Wenn wir nach Distanz zu den eigenen Wurzeln fragen, wird damit in der Regel zugleich die Frage eingespielt, ob die Religionen und Weltanschauungen nicht nur zur Ausbildung des freiheitlichen Verfassungsstaates einen unterschiedlichen Beitrag geleistet haben, sondern auch heute noch zum Gemeinwohl, zur heutigen „Verfassungskultur“ leisten. Implizit wird hierdurch die Unterscheidung zwischen guter und schlechter Religion eingeführt. Zu dieser Distinktion kann ich nun als evangelischer Christ klare Auskünfte geben. Ich bezweifle jedoch, dass Verfassungsjuristen als Interpreten des Rechts zu einer solchen Debatte viel beitragen können und sollen. Denn der religiös-weltanschaulich neutrale Staat hat keine hinreichenden Kriterien zur Verfügung, um mit der Unterscheidung von guter und schlechter Religion arbeiten zu können.

III.

Von einer solchen Unterscheidung abzusetzen ist der Bereich der religiösen Gefahrenabwehr. Im Gefolge des 11. September 2001 wuchs das Bewusstsein dafür, dass das moderne Staatskirchenrecht auch eine dem Sicherheitsrecht zugeordnete Dimension kennt. Seinen gesetzgeberischen Ausdruck fand diese veränderte Wahrnehmung in der Novellierung des Vereinsgesetzes 2001, die eine gesetzliche Grundlage für das Verbot von kriminellen oder aggressiv verfassungsfeindlichen Religionsgemeinschaften schuf. Das entscheidende Prinzip für die gefahrenabwehrrechtliche Ausgestaltung des Staatskirchenrechts hat freilich noch vor dem 11. September 2001 das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zu den „Zeugen Jehovas“ aufgestellt: Dem religiös-weltanschaulich neutralen Staat ist die Bewertung der religiösen Lehre einer Religionsgemeinschaft verwehrt, doch darf er das äußere Verhalten selbstredend wahrnehmen und auch am Maßstab der Verfassungsordnung bewerten.

Im Hinblick auf staatliche Schutzpflichten muss er dies ggf. sogar. Der Staat kann also durchaus zwischen Religionen unterscheiden: nämlich zwischen im Sinne der säkularen Rechtsordnung gefährlichen und nicht-gefährlichen Religionen. Dies ist im Ergebnis weitgehend unbestritten, auch wenn es hinsichtlich der genauen dogmatischen Konstruktion an der einen oder anderen Stelle noch Diskussionsbedarf gibt.⁶

IV.

Für unser Thema entscheidend ist allerdings, ob gerade jenseits dieser aus der säkularen Verfassungsordnung selbst heraus entwickelten Gefahrenabwehr Raum ist für die weitergehende Unterscheidung zwischen traditionsnaher und -ferner, mehr oder weniger sozialproduktiver Religion?

Wer auf diese Frage eine Antwort sucht, ist darauf verwiesen, sich den Sinn und Zweck des deutschen Staatskirchenrechts zu erkunden – ein ausgesprochen intrikates Unterfangen, wie die Debatte zwischen institutionell orientierten Staatskirchenrechtlern und vom Grundrecht auf Religionsfreiheit ausgehenden Religionsverfassungsrechtlern in den letzten Jahren gezeigt hat.⁷ Redlicherweise wird man von einem komplexen Motivbündel für die verfassungsrechtliche Ausgestaltung des bestehenden Staatskirchenrechts ausgehen müssen. Involviert sind einerseits originäre staatliche Interessen (etwa die optimierte Funktionsfähigkeit der Bundeswehr durch Militärseelsorge), andererseits Gemeinwohlerwägungen im weiteren Sinne (z.B. bei der direkten und indirekten Förderung kirchlicher Jugend-, Sozial- und Kulturarbeit) sowie schließlich der Schutz und die Förderung legitimer religiöser Eigeninteressen.⁸ Letztere Dimension kommt insbesondere im Grundrecht auf Religionsfreiheit sowie in der Garantie der freien Ordnung und Verwaltung der eigenen Angelegenheiten einer Religionsgesellschaft zum Ausdruck, findet jedoch auch in den darüber hinausgehenden Rechten für Religionsgemeinschaften (Religionsunterricht, Körperschaftsstatus, Anstaltsseelsorge usw.) Niederschlag.⁹ Das deutsche Staatskirchenrecht weist deshalb einen über die Religionsfreiheit hinausgehenden institutionellen Überschuss auf und ist doch zugleich in seiner Gesamtheit freiheitlich unterfüttert, indem es das Recht der Kirche(n) auf Verfolgung ihrer kirchlichen Eigenlogik auch in der Kooperation mit dem Staat schützt. Diese Gemengelage zwingt uns, einerseits bei der teleologischen Rekonstruktion des Staatskirchenrechts nicht die involvierten staatlichen und gesellschaftlichen Belange

aus dem Blick zu verlieren, andererseits aber die auf der Trennung von Staat und Kirche sowie der Religionsfreiheit ruhende Anerkennung der Eigenart von Religion nicht zu ignorieren.

Deshalb ist es übrigens völlig verfehlt, den Vertretern eines religionsverfassungsrechtlichen Ansatzes vorzuwerfen, sie würden den normativen Status der Art. 137 ff. WRV verkennen, wenn sie diese Bestimmungen zur Religionsfreiheit in eine funktionale Beziehung setzen. Kein Mensch hat jemals behauptet, die besonderen Garantien des Staatskirchenrechts seien mit der Religionsfreiheit gleichzusetzen oder ließen sich zwangsläufig aus Art. 4 GG ableiten. Hier werden Pappkameraden aufgebaut, um sie anschließend mit dem „institutionellen“ Maschinengewehr niederzumähen.

Mit guten Gründen verfechten Religionsverfassungsrechtler aber die These, dass das institutionelle Staatskirchenrecht auch einen inneren Bezug zum Grundrecht auf Religionsfreiheit kennt, der unter den Bedingungen der fortschreitenden Pluralität der Gesellschaft und Internationalisierung der Rechtsordnung an Bedeutung zunimmt. Das Staatskirchenrecht des Grundgesetzes ist nicht mehr das des wohlfahrtsstaatlichen Policystaates. Deshalb dient der Normbestand eben nicht mehr nur dem gemeinen Wohl des Staates – eine unter Bedingungen des Pluralismus schwer zu fassende Kategorie –, sondern mindestens gleichrangig dem religiösen Interesse der Individuen. Der in Art. 1 GG zum Ausdruck kommende fundamentale Individualbezug des Grundgesetzes schlägt sich im Staatskirchenrecht nieder: Es dient auch der Grundrechtsbefähigung und -effektivierung.

V.

Vor dem Hintergrund der skizzierten komplexen Verwebungen von Motivlagen und Zielsetzungen des Staatskirchenrechts ist es nun durchaus sinnvoll, sich der eigenen Wurzeln zu versichern. In den Blick kommt dann etwa die im Gefolge der konfessionellen Bürgerkriege gründende deutsche Tradition, die mit dem religiösen Pluralismus einhergehenden Herausforderungen zu bewältigen: durch die Suspendierung der religiösen Wahrheitsfrage und durch Parität und Teilhabe aller Religionsparteien auf der Reichsebene.

In den Blick kommen aber auch die ungunstigen Traditionen, in denen mit Macht die Frage nach der guten Religion gestellt wurde, so etwa im „Kulturkampf“ Ende des 19. Jahrhunderts. Nicht von ungefähr prägte ein Virologe, Rudolf Virchow, den Terminus. Für ihn – und die protestantische Mehrheitsgesellschaft – bedrohte der ultramontane Infektionsherd des irrationalen und unnationalen Katholizismus den gerade erst neu entstandenen deutschen Volkskörper und war deshalb mit aller Macht zu bekämpfen. Die Katholiken – zumal die Jesuiten – wurden zu Staatsfeinden.¹⁰ Sebastian Haffner hat einmal die Formel geprägt, dass Preußen den Preis für die späte Entstehung des deutschen Nationalstaates zu zahlen hatte.¹¹ Diese Beobachtung ist sicherlich zumindest für die tolerante preußische Religionspolitik zutreffend, die mit der Reichsgründung ihr Ende fand und von einer allzu engen Bindung von (evangelischer) Religion und (deutschnationaler) Politik abgelöst wurde.

Die Weimarer Reichsverfassung zog unter anderem aus diesen ungunstigen Erfahrungen die Lehre und knüpfte wieder an die Klugheitsregeln des Westfälischen Friedens an: Alle Religionen sind fortan „gleicher Ehre“ (Friedrich Naumann).¹² Den Kirchen blieben die öffentlich-rechtliche Rechtsform und bestimmte Freiheits- und Öffentlichkeitsrechte erhalten; sie wurden nicht gezwungen, auf den Rechtsstatus von Kaninchenzüchtervereinigungen „hinab zu sinken“. Zugleich aber wurde allen anderen Religionen der gleiche Zugang zu diesen Rechten garantiert.¹³

VI.

Diese paritätische Grundstruktur des Staatskirchenrechts nötigt den Staat keineswegs, sich neutral gegenüber den eigenen Wurzeln zu verhalten. Er kann staatliche Erinnerungsarbeit leisten und Traditionspflege betreiben. Der deutsche Verfassungsstaat ist in diesem Sinne ein geschichtsbewusster „Kulturstaat“¹⁴ – auch ohne Erwähnung eines entsprechenden Staatsziels im Grundgesetz. Gute Gründe für Differenzierungen zwischen Religionen hält die Geschichte aus staatskirchenrechtlicher Sicht jedoch nicht bereit – solche können sich nur aus der Verfassung selbst ergeben.

Vor dem Hintergrund der offen-paritätischen Ausrichtung des Grundgesetzes ist denn auch die Überschrift des Podiums falsch gewählt. Im durch die Verfassung angeleiteten Verhältnis von Staat und Religion geht es gerade nicht um gleiche Distanz, sondern um die von der Verfassung gegenüber allen Religionen ausgesprochene Einladung zu glei-

cher kooperativer Nähe. Wer diese Einladung konterkariert, indem er in der Verfassung nicht genannte und aus der Verfassungssystematik nicht ableitbare Bedingungen und Voraussetzungen für die Teilhabe neuer religiöser Gruppierungen am staatskirchenrechtlichen Rechtsbestand postuliert (wie Staatsloyalität oder Kulturkompatibilität), setzt nolens volens das verfassungsrechtliche Arrangement selbst aufs Spiel. Denn ein solches Vorgehen droht langfristig wegen seiner als inkriminierend wahrgenommenen Wirkungen das bestehende Staatskirchenrecht politisch zu delegitimieren.

Auch verfassungsrechtlich überzeugt die These, das Staatskirchenrecht diene eben zuvörderst der Pflege von kulturellen, historisch geprägten Verfassungsvoraussetzungen, kaum. Sie löst die oben diagnostizierte Gemengelage zwischen den im Staatskirchenrecht involvierten staatlichen, gesellschaftlichen und religiösen Interessen vorschnell einseitig auf. Demgegenüber scheint es angemessener, zwischen Genese und Geltung sowie zwischen verfassungsrechtlichen Tatbestandsmerkmalen und den dem Verfassungsrecht zugrunde liegenden Steuerungserwartungen zu unterscheiden.

Die bewährte staatskirchenrechtliche Ordnung des Grundgesetzes mit ihrer integrativen Offenheit des Staates für die Religionen aller Bürger besitzt genug Potential, um auch im 21. Jahrhundert den religiösen Frieden in Deutschland zu sichern. Wer vor dem Hintergrund des Islam in Deutschland hingegen einen neuen Kulturkampf ausruft und offenen oder verdeckten Privilegierungen der christlichen Religionsgemeinschaften das Wort redet, wird langfristig nur das Lager derjenigen stärken, die Religion insgesamt für voraufgeklärt und gefährlich halten und deshalb das deutsche Staatskirchenrecht laizieren wollen.

Diese Alternative sieht wie kaum ein anderer in äußerster Klarheit der eingangs zitierte Ernst-Wolfgang Böckenförde. Nicht von ungefähr hat er sich im Kopftuchstreit für gleiche Freiheit unter besonderer Herausstreichung ihrer positiven Dimension eingesetzt.¹⁵ Die Tradition des freiheitlichen Verfassungsstaates verlangt gleiche religiöse Freiheiten und gleichen Zugang zu den besonderen Instituten des Staatskirchenrechts, gerade weil der freiheitliche säkulare Staat von Voraussetzungen lebt, die er selbst nicht garantieren kann, „ohne seine Freiheitlichkeit in Frage zu stellen“.¹⁶ Der freiheitliche Verfassungsstaat bleibt als solcher ein „Wagnis“, eingebunden in die radikalisierten Kontingenzen der Moderne. Des-

halb bleibt sowohl die von mir präferierte egalitäre wie die von Herrn Heusch bevorzugte partikuläre Pflege von sozialen „Verfassungsvoraussetzungen“ stets eine prekäre Angelegenheit, die ihre Gelingensbedingungen per se nicht sicherstellen kann. Aber es sprechen gute Gründe dafür anzunehmen, dass ein gehöriges Maß an Gleichbehandlung in diesem Bereich auch einen höheren Grad sozialer Inklusion erzeugt und in diesem Sinne den Bedingungen des freiheitlichen Verfassungsstaates zuträglicher ist.

- 1| E.-W. Böckenförde, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation* (1967), in: ders., *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, S. 92 (112).
- 2| N. Luhmann, *Die Religion der Gesellschaft*, 2000, S. 7 ff.
- 3| Näher H. M. Heinig, *Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften*, 2003, S. 39 ff.
- 4| Hierzu näher H. M. Heinig, Art. Säkularisierung, in: *Ev. Soziallexikon, Neuausgabe 2001*, Sp. 1364 ff. m.w.N.
- 5| H. Blumenberg, *Legitimität der Neuzeit, Erneuerte Ausgabe*, 2. Aufl. 1988.
- 6| Zum Thema mit w.N. H. M. Heinig, *Das Religionsrecht zwischen der Sicherung freiheitlicher Vielfalt und der Abwehr fundamentalistischer Bedrohungen*, in: G. Besier/H. Lübke (Hrsg.), *Politische Religion und Religionspolitik*, 2005, S. 197 ff.; ders./M. Morlok, *Von Schafen und Kopftüchern*, in: *JZ 2003*, 777 ff.
- 7| Umfassend hierzu nun m.w.N. H. M. Heinig/C. Walter (Hrsg.), *Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?*, 2007; C. Walter, *Religionsverfassungsrecht*, 2006; ferner S. Mückl, *Europäisierung des Staatskirchenrechts*, 2006, passim; A. v. Campenhausen/H. de Wall, *Staatskirchenrecht*, 4. Aufl. 2006, S. 39 ff.
- 8| Vgl. M. Morlok, in: H. Dreier (Hrsg.), *GG, Art. 140/137 WRV Rdnr. 73 ff.*
- 9| H. M. Heinig, *Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften*, 2003, S. 265 ff. und öfter; C. Walter, *Religionsverfassungsrecht*, 2006, S. 537 ff. und öfter.
- 10| R. Morsey, *Der Kulturkampf*, in: *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 34* (2000), S. 5 ff.
- 11| S. Haffner, *Preußen ohne Legende*, 4. Aufl. 1998, S. 428 ff.; ähnlich E. Straub, *Eine kleine Geschichte Preußens*, 2002, S. 157 ff.
- 12| F. Naumann, in: E. Heifron (Hrsg.), *Die deutsche Nationalversammlung im Jahre 1919 in ihrer Arbeit für den Aufbau eines neuen Volksstaates Bd. 6*, 1920, S. 4028.
- 13| Umfassend zu den Verhandlungen in der Weimarer Nationalversammlung H. M. Heinig, *Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften*, 2003, S. 92 ff. m.w.N.
- 14| Näher z.B. D. Grimm, *Kulturauftrag des Staates*, in: ders., *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, S. 104 ff.; U. Steiner, *Kultur*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Aufl. 2006, § 86 m.w.N.
- 15| E.-W. Böckenförde, „Kopftuchstreit“ auf dem richtigen Weg?, *NJW 2001*, 723 ff.
- 16| E.-W. Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat*, 1978, S. 37.

EIN DISPUT

Andreas Heusch, Hans Michael Heinig,
Walter Bajohr (Moderation)

Walter Bajohr:

Wenn ich Sie recht verstanden habe, Herr Heinig, sagen Sie, wenn immer sich jemand bemüht, als Religionsgemeinschaft möglichst nah am Staat zu sein, muss das eigentlich schon ausreichen, um ihn zumindest gegenüber anderen nicht zu diskriminieren. Heißt das letzten Endes, dass der Staat mit einem staatlichen Ethikunterricht, wie er zum Beispiel hier in Berlin eingeführt worden ist, auf Dauer tatsächlich die Qualität seiner Grundrechte, das Grundrechtsangebot erhalten kann, oder kommen wir da genau in die Grenzbereiche hinein, wo es schwierig wird, von Diskriminierungen bzw. von Privilegierungen zu sprechen, weil es eben um eine Qualität geht, die vor dem geschaltet ist, was der Staat nun garantieren kann und nicht? Die Frage geht natürlich zugleich an Herrn Heusch.

Andreas Heusch:

Dieses Berliner Modell vermag nicht zu überzeugen: Die Religionsgemeinschaften werden strikt gleich behandelt – indem sie gleichermaßen ausgegrenzt werden. Diese unverhohlenen angestrebte Ausgrenzung des Religiösen entspricht gewiss nicht unserer Verfassung. – Das heißt freilich nicht,

dass der Staat die Werteerziehung in der Schule nur den Religionsgemeinschaften überlassen und sich in ethischen Fragen indifferent verhalten müsste oder gar dürfte. Gerade im Bereich der schulischen Erziehung vermag der Staat sehr wohl selbst etwas zu den eigenen Voraussetzungen beizutragen. Entsprechend sehen die Schulartikel in den Ländern vor, dass die Kinder und Jugendlichen zu freiheitsfähigen und ethisch gefestigten Personen erzogen werden sollen, und zwar auch außerhalb des Religionsunterrichts. Dies ist der legitime Bereich des Staates, in dem er auf Kinder und Jugendliche einwirkt – auch im eigenen Interesse. Er hat insoweit jedoch kein Monopol: Art. 7 GG eröffnet den Religionsgemeinschaften die Möglichkeit, im Rahmen der staatlichen Schule die Kinder und Jugendlichen im Sinne ihres jeweiligen Glaubens zu unterrichten. Heikel wird dieser duale Weg freilich, wenn die Erziehungsziele nicht mehr kompatibel sind. Hier stellt sich dann die Frage: Muss der Staat auch dulden, dass Religionsgemeinschaften durch Vermittlung ihrer spezifischen Glaubensinhalte die Entwicklung der jungen Menschen zu freiheitsfähigen, ethisch gefestigten und sozial verantwortlichen Mitgliedern unseres Gemeinwesens behindern oder gar untergraben? Meine klare Antwort lautet: Der freiheitliche Staat muss dies nicht dulden; ja: er darf es nicht einmal dulden.

Hans Michael Heinig:

Um gleich eines klarzustellen: Ich bin dagegen, dass wir Gruppierungen in die Schule lassen, von denen wir den Eindruck haben, dass sie unter erzieherischen Gesichtspunkten destruktive Tendenzen entfalten. Der Religionsunterricht hat sich in das Programm allgemeiner Erziehungsziele einzupassen und die Schüler dazu zu befähigen, zu einer verantwortlichen Persönlichkeit heranzureifen, sich ihrer Subjektqualität und damit ihres individuellen Seins gewahr zu werden. Aber gerade das Berliner Beispiel zeigt, wie ambivalent die Figuren sind, die Herr Heusch einführt, denn hier nimmt der Staat für sich in Anspruch, mit der Einführung eines für alle verbindlichen Ethikunterrichts die Voraussetzung der eigenen Freiheitlichkeit zu pflegen. Eine fatale Entscheidung. Der Religionsunterricht hatte in Berlin ja schon immer einen schwierigen Stand. Er ist kein ordentliches Lehrfach, sondern wird außerhalb der normalen Unterrichtsschiene erteilt. Auf Grundlage dieser Sonderstellung hat das OVG Berlin der islamischen Föderation in einer fragwürdigen Entscheidung den Weg in die Berliner Schulen geebnet. So erzeugt das Religionsrecht in Berlin eine eigentümliche Dynamik. Weil nach der verwaltungsgericht-

lichen Rechtsprechung keine sinnvolle Gefahrenabwehr gegenüber dubiosen Religionsgemeinschaften beim Religionsunterricht möglich sein soll, erklärt der rot-rote Berliner Senat nun Religion insgesamt zu einer gefährlichen Sache, die unter Verdacht steht. Der neue Ethikunterricht in weiterführenden Schulen wurde vorgeblich als Reaktion auf sog. Feme-morde eingeführt, also, um auf bestimmte religiös-fundamentalistisch geprägte Integrationsprobleme zu reagieren. Tatsächlich aber bleibt der islamischen Föderation in Berlin weiterhin der Zugang zu den Grundschulen gewahrt, faktisch verdrängt durch den Ethikunterricht wird hingegen der bewährte evangelische und katholische Religionsunterricht. Das ist eine unerträgliche Art von Religionspolitik, eine laizistische Geisterfahrt, die mit dem Konsens der großen Volksparteien in religionspolitischen Fragen bricht. Doch zeigt der Umstand, dass sich der rot-rote Berliner Senat auf die Pflege von Verfassungsvoraussetzungen beruft, zugleich, wie morastig das Gelände wird, wenn wir uns auf den „Humusboden des Verfassungsbaums“ begeben statt auf dem befestigten Gelände des positiven Verfassungsrechts zu stehen. Gerade deshalb scheint mir die politische Alternative in Berlin eindeutig, nämlich die Einführung eines ordentlichen Religionsunterrichts im Sinne des Art. 7 Abs. 3 GG.

Andreas Heusch:

Herr Heinig, ich konstatiere, dass für Sie die Pflege der Verfassungsvoraussetzungen im wahrsten Sinne des Wortes eine morastige, dreckige Angelegenheit ist. Bedenken Sie aber bitte, dass der Verfassungsbaum nur gedeihen kann, wenn er durch seine Wurzeln Nahrung aus dem Erdreich aufnehmen kann. Die Pflege der Wurzeln ist notwendig, um den Baum in seinem Bestand zu bewahren und zur Blüte zu bringen.

Im Übrigen suggerieren Sie fälschlich, es gäbe – jenseits der polizeilichen Gefahrenabwehr – nur die Wahl zwischen zwei Alternativen: entweder der Staat nimmt selbst alleine die schulische Erziehung in die Hand, lässt also alle Religionsgemeinschaften außen vor, oder er lässt alle Religionsgemeinschaften gleichermaßen in der Schule wirken. Ich meine jedoch, dass das Grundgesetz einen dritten Weg weist: Es eröffnet die grundsätzliche Möglichkeit, Religionsunterricht als ordentliches Lehrfach in Übereinstimmung mit den Religionsgemeinschaften in konfessioneller Gebundenheit zu erteilen. Dieses Angebot darf der seiner eigenen freiheitlichen Ordnung verpflichtete Staat aber nur den Religionsgemeinschaften machen, die im Sinne dieser Ordnung die Fähigkeit und Bereit-

schaft zur Freiheit befördern. Der freiheitliche Staat würde seine eigene Ordnung in Frage stellen, wenn er sich in diesem Bereich blind stellte. Er muss daher um der Freiheitlichkeit seiner Ordnung willen hinschauen, welchen Religionsgemeinschaften er in seinen Schulen ein Podium bietet.

Weil Sie, Herr Heinig, mir das eben vorgehalten haben, betone ich noch einmal, dass es dem Staat in diesem Zusammenhang nicht gestattet ist, die Religionsgemeinschaften und ihre Lehre nach spezifisch religiösen Kriterien als „gut“ oder „schlecht“, „wahr“ oder „unwahr“ zu bewerten. Aber es ist ihm nicht verwehrt, und es darf ihm nicht verwehrt sein, danach zu unterscheiden, welche Auswirkungen eine religiöse Erziehung auf das Verhalten der ihm anvertrauten Schüler hat. Das hat auch das Bundesverfassungsgericht zu Recht hervorgehoben.

Hans Michael Heinig:

Im Ergebnis sind wir uns, glaube ich, einig in dem Ziel, eine vitale, sozialproduktive religiöse Kultur in unserem Land für wünschenswert zu halten. Die Frage ist eigentlich, wie kriegen wir die hin? Das Besondere des deutschen Staatskirchenrechts liegt doch darin, dass es relativ früh schon moderne Steuerungstechniken antizipiert hat und freiheitskompatible Anreizstrukturen bietet, eine Religionskultur modernitätsgerecht auszubilden. Nehmen wir das Beispiel der theologischen Fakultäten. Ich bin ein großer Freund dieser Institution, weil sie die evangelische und katholische Kirche gezwungen hat, eine Theologie im Kontext anderer Wissenschaften auszubilden. Der Rationalisierungsdruck, der hier ausgeübt worden ist, ist nicht zu überschätzen. Deshalb wäre es sehr wünschenswert, wenn wir eine halbwegs funktionierende islamische Theologie an deutschen Hochschulen hätten.

Andreas Heusch:

Ich habe erhebliche Bedenken, den islamischen Religionsgemeinschaften in der Hoffnung auf einen sich dann einstellenden Rationalisierungsdruck die staatlichen Universitäten zu öffnen. Auch hier muss verfassungsrechtlich differenziert werden: Nicht bereits dann, wenn eine Religionsgemeinschaft und ihre Lehre nicht verboten sind, müssen sie in den Genuss staatlicher Förderung geraten. Die Grundrechte sind vielmehr so konstituiert, dass im Rahmen von Artikel 4 sehr viel erlaubt ist. Diese

Vorschrift gewährt auch die grundrechtliche Freiheit, die freiheitliche Verfassung aus religiösen Gründen abzulehnen. Nur, wenn dies in kämpferischer Form geschieht, darf der Staat eingreifen. Etwas gänzlich anderes ist es aber, wenn der Staat Leistungen gewährt oder gar Hoheitsrechte einräumt. Hierfür genügt nicht der bloße Verzicht darauf, die Verfassung in kämpferischer Form abzulehnen. Will eine Religionsgemeinschaft positiv an staatlichen Leistungen im weitesten Sinne partizipieren, muss sie seine verfassungsrechtliche Ordnung und deren Existenzgrundlagen akzeptieren und selbst einen Beitrag für die Freiheitsfähigkeit und Freiheitsbereitschaft der Bürger leisten. Wenn das Bundesverfassungsgericht in seiner Zeugen-Jehova-Entscheidung die Verleihung des Körperschaftsstatus von ungeschriebenen Voraussetzungen abhängig macht, hat es – wenngleich in Widerspruch zu seinem eigenen grundrechtlichen Ansatz – akzeptiert, dass die staatlichen Leistungen nicht voraussetzungslos gewährt werden.

Hans Michael Heinig:

Ihre Lesart des Staatskirchenrechts vernachlässigt nur leider die zentrale Dimension der Parität. Das Religions-, das Staatskirchenrecht, wie wir es aus dem Grundgesetz kennen, gewinnt seinen besonderen Charme aus seinem Versprechen gleicher Freiheit und gleichberechtigtem öffentlichen Wirken. Dieses Gleichheitsversprechen unterscheidet das Staatskirchenrecht in seiner religionsfördernden Dimension von anderen Bereichen des Subventionsrechts. Religion ist eine sehr eigene soziale Sinnform, die deshalb auch eines eigenen, intelligenten Regelungsregimes bedarf. Religion ist mit Schleiermacher gesprochen „eine eigene Provinz im Gemüte“.

Wegen der funktionalen Differenzen kann man staatliche Religionsförderung nicht mit der Logik von Wirtschaftssubventionen behandeln. Schon den „Subventionszweck“ im Staatskirchenrecht zu definieren, fällt, wie beschrieben, ausgesprochen schwer. Deshalb hat der Verfassungsgesetzgeber eine andere Steuerungstechnik angewandt. Die sozialen Anerkennungsvoraussetzungen der Verfassung werden um der Neutralität des Staates und der Freiheitlichkeit der Religion willen eben einerseits durch die Anreizstrukturen des freiheitlichen und paritätischen Staatskirchenrechts, andererseits durch die verfassungsfundierte Gefahrenabwehr gesichert und bestärkt. Für eine besondere Privilegierung „staatsloyaler“ Religionsgemeinschaften lässt das Grundgesetz hingegen gerade keinen Raum.

Andreas Heusch:

Herr Heinig, Sie verkennen Sinn und Wesen des Staatskirchenrechts und zugleich den grundlegenden Unterschied zu den grundrechtlichen Gewährleistungen. Jenseits der für alle Religionsgemeinschaften gleichen grundrechtlichen Freiheit des Art. 4 GG gewähren die staatskirchenrechtlichen Regelungen ein Mehr. Auch für dieses grundrechtlich nicht gebotene Mehr gilt der Gleichheitsgrundsatz. Das Angebot geht entsprechend grundsätzlich an alle Religionsgemeinschaften. Es ist aber nicht voraussetzungslos. Gleichwohl entspricht es dem Grundsatz der Parität, weil die Voraussetzungen für alle Religionsgemeinschaften dieselben sind. Die Verfassung begründet hier eine Gleichheit der Angebotsbedingungen, wo Sie, Herr Heinig, eine Gleichheit im Ergebnis fordern. Dabei sind die Bedingungen der staatskirchenrechtlichen Gewährleistungen keine spezifisch religiösen, sondern ergeben sich aus dem Wesen des freiheitlichen Verfassungsstaats: Es sind die Bedingungen seiner eigenen Existenz. Der Staat würde zu seinem eigenen Totengräber, würde er – jenseits polizeilicher Gefahrenabwehr – unterschiedslos alle Religionsgemeinschaften fördern und ihnen etwa den Zugang zu den staatlichen Schulen eröffnen, unabhängig davon, wie diese zu seinen Grundlagen stehen und ob sie zu seiner Fortdauer etwas Substantielles beizutragen haben oder möglicherweise – wengleich zunächst auch nur mit Worten – seine Fundamente untergraben.

Ungeachtet dessen ist Ihre Argumentation auch nicht stringent. Ihrem letzten Beitrag entnehme ich zwar, dass Sie nun offenbar die staatliche Gleichbehandlung staatsloyaler und staatsilloyaler Religionsgemeinschaften fordern. Eingangs hatten Sie wenigstens selbst noch eingeräumt, der Staat dürfe solchen Religionsgemeinschaften den Zugang zur Schule nicht eröffnen, deren Lehre eine Gefährdung der Prinzipien der Verfassung bedeute. Just diese ablehnende Haltung erlaubt aber Artikel 4: Das Grundrecht gewährt die Freiheit, unsere Verfassung abzulehnen, und diese ablehnende Haltung auch den Kindern zu vermitteln, ohne dass die Religionsgemeinschaft allein wegen dieser bewussten Distanz verboten werden dürfte. Wenn Sie diese Position nicht aufgeben, bleibt festzuhalten, dass auch nach Ihrem Ansatz eine Religionsgemeinschaft nicht allein deshalb in den Genuss staatlicher Privilegien gelangt, weil sich ihre Lehre und ihre Praxis noch im Bereich des grundrechtlich Erlaubten befinden. Es wäre ja auch gewiss fatal, wenn der Staat auch solchen Religionsgemeinschaften durch Verleihung des Körperschaftsstatus hoheit-

liche Befugnisse einräumen müsste oder auch nur dürfte, die diese Religionsgemeinschaften wider den freiheitlichen Staat und seine Existenzbedingungen einzusetzen gedenken.

Hans Michael Heinig:

Es fehlt durchaus nicht an Stringenz: Wenn man im Grundrecht der Religionsfreiheit einen wesentlichen Grund für die – gleichberechtigte - Förderung von Religion sieht, heißt dies nicht, dass jede Gruppierung automatisch gefördert werden muss, die nicht verboten ist. Denn im Kontext des Leistungsrechts unterscheidet sich das Abwägungsprogramm bei der Rechtfertigung einer Leistungsverweigerung gegenüber der Rechtfertigung eines klassischen Grundrechtseingriffs. Die Intensität grundrechtlicher Beeinträchtigung ist bei der Verweigerung staatlicher Förderung doch in der Regel geringer als bei klassisch repressiven Maßnahmen. Deshalb ist die Duldsamkeit im „staatsfernen“ Bereich entsprechend größer. Zudem sind beim Religionsunterricht die von Art. 7 GG unterfangenen funktionalen Besonderheiten des öffentlichen Schulwesens zu berücksichtigen. Der Religionsunterricht als ordentliches Lehrfach hat sich in den Erziehungsauftrag der Schule einzufügen. Ähnliche Beschränkungen gelten etwa für die Anstaltsseelsorge, nicht aber für die öffentlich-rechtlichen Körperschaftsstatus.

Walter Bajohr:

Ich möchte an dieser Stelle jetzt den Kreis der Disputanten erweitern und Sie, meine Damen und Herren, mit einbeziehen.

Beitrag aus dem Publikum:

Herr Heinig, ich habe eine Frage an Sie, und das betrifft die von Ihnen hier abgelehnte Unterscheidung zwischen guter und schlechter Religion. Auf den ersten Blick klingt das ja sehr sympathisch, aber ich denke, es geht schon bei der Gefahrenabwehr nicht auf. Das Verfassungsgericht differenziert hier und sagt, es darf nicht unterschieden werden, was die religiöse Überzeugung angeht, wir dürfen uns nur am tatsächlichen Verhalten der Mitglieder der Religionsgesellschaft orientieren. Aber das überzeugt ja nicht. Wenn das keine schizophrenen Persönlichkeiten sind, dann verhalten sie sich doch so und nicht anders, weil sie eine bestimmte Glaubensüberzeugung haben. Und ich will ein anderes Beispiel nennen: Neh-

men Sie die Kunstfreiheit. Da bewertet der Staat, was gute und schlechte Kunst ist. Denn wenn er fördernd tätig wird, wenn er einen Bundesfilmpreis verleiht, dann bewertet er. Wenn er das nicht dürfte, dann müsste der Staat entweder seine Tätigkeit als Förderer einstellen oder aber gießkannenmäßig diese Filmpreise parzellieren, d.h., jeder, der überhaupt nur einen Antrag stellt, diesen Filmpreis zu erhalten, müsste irgendeinen minimalen Anteil daran erhalten.

Beitrag aus dem Publikum:

Auch eine Frage an Herrn Heinig und zwar, wie füllt man den interpretativen Spielraum, den die Verfassung hergibt, aus. Interessant ist, beide Interpretationen laufen weitgehend parallel, Neutralität ja, aber nicht in Bezug auf die Wirkung, und da kann man differenzieren. Beim Körperschaftsstatus läuft es etwas auseinander. Mich interessiert mehr die allgemeine Frage. Ihr Gegenmodell, Herr Heinig, ist, wir sollten da etwas liberaler, pluraler fahren, weil wir politisch damit die klügere Linie einschlagen, damit mehr Integration und damit mehr Förderungsgemeinschaft erreichen – in sich stimmig, theoretisch klar, aber praktisch? Wenden wir uns den europäischen Nachbarländern mal zu, stellt sich die Frage, ob das Modell wirklich ein praktikables ist. Schauen wir nach England, schauen wir nach Frankreich, schauen wir in die Niederlande: Die Integration der muslimischen Gruppen in diese Länder, die sehr verschiedene Integrationsmodelle fahren – rechtlich wie politisch –, steht um keinen Deut besser da als bei uns. Deswegen mag Ihre Konzeption theoretisch überzeugend sein. Praktisch sehe ich den Vorteil nicht.

Beitrag aus dem Publikum:

Was die Praxis angeht, gehöre ich auch zu denen, die sich sehr lange mit sogenannten schlechten Religionen vor vielen Gerichten rumschlagen mussten. Und da haben wir ein ziemliches Problem: Ich finde das, was Sie beide gesagt haben, eigentlich sehr sympathisch. Nur wie kann man in der Tat differenzieren, wenn es Gruppierungen gibt, die sich auf Artikel 3 berufen, die sich auf eine inzwischen doch gefestigte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts berufen, wonach – wie bei den Zeugen Jehovas oder jetzt bei der Mun-Bewegung – eben nicht danach geschaut werden kann, ob sie intern demokratisch denken oder strukturiert sind, sondern wo gesagt wird, da hat sich bitte der Staat rauszuhalten, wie man sich dort verhält.

Hans Michael Heinig:

Niklas Luhmann hat mal in seiner wunderbaren Art gesagt: Eine Kuh ist kein Pferd, und so würde ich sagen: Kunst ist nicht Religion und der öffentlich-rechtliche Körperschaftsstatus ist eben kein Bundesreligionspreis. Natürlich wird der Staat im Rahmen der gebotenen säkularen Gefahrenabwehr nicht darum herum kommen, Religion zu bewerten – aber eben am Maßstab der Verfassungsordnung. Ich bin einverstanden und ich gebe Ihnen auch sofort zu, dass die Unterscheidung zwischen innerer Lehre und äußerem Verhalten sehr gekünstelt wirkt. Dieses Gekünstelte hat seinen Grund darin, dass das Bundesverfassungsgericht im Lichte des Neutralitätsprinzips besonders hervorhebt, der Staat bewerte keine religiöse Lehre als solche. Dieser normativen Grundaussage kann man aus verfassungsrechtlicher Sicht doch schwerlich widersprechen. Der Staat darf nicht sagen: Diese religiöse Lehre ist aus religiösen Gründen richtig oder falsch. Dies ist der Kern des Neutralitätsprinzips, wie es dem Grundgesetz zu entnehmen ist. Eine andere Frage ist, ob bei der Prognose zukünftigen, ggf. gefährlichen Verhaltens auch die religiöse Lehre als Bewertungsbasis herangezogen werden kann. Grundsätzlich kann man natürlich davon ausgehen, dass wer A und B und C predigt, auch A und B und C macht. Doch gerade im religiösen Bereich kennt diese Erwartung konsistenten Handelns Grenzen: Schauen wir nur auf die Zeugen Jehovas. Da hat das Verfassungsgericht wunderbar süffisant in das Urteil geschrieben: Sie haben zwar schon x-mal den Weltuntergang ausgerufen und deshalb müssten wir auf der Grundlage des Selbstverständnisses der Organisation davon ausgehen, dass sie nicht die Gewähr der Dauer bietet. Aber tatsächlich hat sie jede ihrer Scharlatanerien überlebt, es scheint offensichtlich eine mentale Schizophrenie dort zu geben, die die Gruppierung stabil hält. Deshalb können wir als Staat damit auch unproblematisch umgehen, indem wir nicht auf die religiöse Lehre abstellen, sondern auch die bisherigen sozialen Erfahrungen mit der Organisation in die Prognose einbeziehen. Ähnliches könnte man sich im Bereich mancher islamischer Gruppen vorstellen. Am Ende kommt es vor allem darauf an, nach welchen Kriterien die Bewertung des auf der Grundlage der Lehre zu erwartenden Verhaltens erfolgt. Kriterien wie die freiheitlich-demokratische Grundordnung und ähnliche, säkulare Verfassungskriterien sind gut vermittelbar. Probleme bekommt man hingegen, wenn eine recht wolkige und kulturtheoretisch unterbelichtete Theorie der kulturellen Verfassungsgenese und der Verfassungskulturvoraussetzungen bemüht wird, die Raum für beliebige Manipulationen bietet und die gebotene Rechtssicher-

heit unterminiert. Solche normativen Ad-hoc-Erfindungen kann man dann beliebig von links nach rechts verschieben, um der Organisation, die dem einen oder anderen nicht ganz koscher ist, den vollen Zugang zum System des deutschen Staatskirchenrechts zu verwehren. Dem haftet das Odium des Manipulativen an und führt auf Dauer zu einer nachhaltigen Legitimationskrise des Staatskirchenrechts.

Zur dritten Frage: Die tatsächlichen Probleme der Praxis liegen m. E. nicht in der Frage, ob eine religiöse Gruppierung einen hinreichenden Beitrag zur freiheitlichen Verfassungskultur leistet, sondern im Mangel an vernünftigen, belastbaren, gerichtsverwertbaren Feststellungen der entsprechenden Sicherheitsorgane über die Gefährlichkeit bestimmter Organisationen. Hätte wir hier bessere Informationen, könnten wir auf viele vorgeschobene Debatten im Staatskirchenrecht, etwa über den Begriff der Religionsgemeinschaft, verzichten.

Zum europäischen Ausland: Frankreich betreibt eine sehr zupackende Religionspolitik, ähnlich wie die Türkei. Ich sehe nicht, dass mit dieser sehr handfesten staatlich angeleiteten Organisation religiöser Interessen religionspolitische Geländegewinne zu machen sind. Insoweit scheint mir nach wie vor die vom Grundgesetz ausgesprochene Einladung an alle, am staatskirchenrechtlichen Besitzstand teilzuhaben, wenn man sich entsprechend organisatorisch ausrichtet, sinnvoll. Wenn uns nun Muslime vorhalten, dass wir ein Staatskirchenrecht haben, das eigentlich kirchlich geprägt ist, von der Kirche her kommt, muss man sagen: Ja, historisch stimmt das, aber es ist nicht unzumutbar, sich als „Religionsgemeinschaft“ zu organisieren.

Andreas Heusch:

Die Verleihung des Körperschaftsstatus ist in der Tat auch an bestimmte organisatorische Voraussetzungen geknüpft. Das will ich keineswegs in Abrede stellen, obgleich ich aufgrund der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht mehr sicher bin, dass sie sich auf Dauer als „rechtsprechungsresistent“ erweisen werden. Aus meiner Sicht geht es jedoch nicht in erster Linie um Organisationsstrukturen, sondern um inhaltliche Kriterien. Und in diesem Zusammenhang verwehre ich mich gegen die These von Herrn Heinig, es gäbe für den Staat nur die Alternative zwischen strikter Äquidistanz zu allen Religionsgemeinschaften und manipulativer, das heißt sachwidriger Ungleichbehandlung. Das

trifft nicht zu. Das Recht verlangt doch geradezu vom Rechtsanwender, dass er differenziert. Entscheidend ist einzig, dass die Differenzierung nach den vom Recht – das heißt hier: von der Verfassung – vorgegebenen Kriterien erfolgt. Es ist gerade nicht so wie von Herrn Heinig behauptet, dass der Rechtsanwender schon in dem Moment manipuliert, in dem er differenziert. So gebietet die Verfassung nicht, dass im Ergebnis allen Religionsgemeinschaften der gleiche Status gewährt wird. Sie verlangt nur, dass ihnen die gleiche Möglichkeit eröffnet wird, wenn sie bestimmte Kriterien erfüllen. Die sind zum Teil organisatorischer Natur. Zusätzlich gibt es aber auch inhaltliche Bedingungen. Insoweit genügt es nach meinem Dafürhalten für die Gewährung des Körperschaftsstatus nicht, dass eine Religionsgemeinschaft aufgrund ihrer Lehre und Praxis noch keinen Anlass für polizeiliche oder staatsanwaltliche Ermittlungen gibt. Will sie an staatlichen Leistungen im weitesten Sinne teilhaben, will sie vom Staat abgeleitete Hoheitsgewalt ausüben, muss sie den Verfassungskonsens und dessen Voraussetzungen akzeptieren und dafür eintreten.

Beitrag aus dem Publikum:

Das Dictum von Michael Heinig, dass das Staatskirchenrecht, insbesondere der Körperschaftsstatus, eine Angebotsstruktur ist, gefällt mir sehr gut und ich bin auch vollkommen konform mit der Aussage, dass diese Strukturen einen konkreten historischen Hintergrund haben, dass sie eben an die christlichen Kirchen, wie sie 1919 zur Zeit der Entstehung der Weimarer Reichsverfassung existieren, anknüpfen. Die Frage ist, wenn diese staatskirchenrechtliche Angebotsstruktur für die jetzt in Rede stehenden Religionsgesellschaften, also vor allen Dingen für den Islam, nicht passen, weil diese nach ihrem Selbstverständnis das zentrale Kriterium, dass sie an sich schon als körperschaftsähnliche Gebilde verfasst sind, nicht aufweisen, dann stellen sich zwei Alternativen: Entweder wir betreiben eine Art islamischen Kulturkampf, in dem wir den Islam freundschaftlich zwingen, doch bitte diese Strukturen anzunehmen. Das würde ich nicht wollen. Oder wir verbiegen die Anforderungen der Normen so, dass sie passen, ohne dass ich diese Religionsgemeinschaften ändern müsste. Beides sind keine guten Alternativen. Mein Ergebnis ist deshalb: Das Staatskirchenrecht passt einfach nicht auf diese Gruppierungen. Aber nur aus diesem Grunde würde ich es nicht ändern wollen.

Beitrag aus dem Publikum:

Ganz kurz dazu. Es gibt einen dritten Weg, den viele andere Staaten beschreiten. Man kann auf einfachgesetzlicher Ebene Kooperationsformen schaffen und anbieten, ohne die verfassungsrechtlichen Garantien übermäßig zu unterlaufen. Dieser dritte Weg ist in Deutschland bisher aus verschiedenen Gründen nicht ausreichend gewürdigt und gesehen worden.

Beitrag aus dem Publikum:

Ich möchte noch mal den Aspekt etwas drehen. Wir hatten bisher die Religionen im Blick, die dem Staat negativ gegenüber stehen, die ihn attackieren, wo man irgendwo eine Definition der Grenze ziehen muss. Wie ist es denn von der ökonomischen Seite aus? Scientology, diese Guru-Religionen und Kirchen, in denen die Religion langsam durch Kommerz ersetzt wird. Die Rechtsprechung scheint sich darauf zu einigen, dass areligiöses Wirtschaftsstreben die Grenze zwischen einer guten und einer schlechten Religion bildet. Aber wenn ich mir in Deutschland ein katholisches Krankenhaus angucke, das ist auf betriebswirtschaftliche Grundsätze getrimmt. Wo würden Sie denn da die Grenze ziehen, zum Beispiel auch bei einer christlichen Kirche, die sich in ihrer weltanschaulichen religiösen Seite durchaus im europäischen Kontext – ich vermeide den Begriff Erbe, sonst sind wir wieder bei ganz anderen Gedanken – in der Geschichte befindet, aber langsam, aber sicher große Teile ausgliedert und sich rein ökonomisch orientiert?

Andreas Heusch:

Ihre Frage berührt einen problematischen, wenngleich etwas anders gelagerten Aspekt im Verhältnis zu den Religionsgemeinschaften. Es geht nicht – wie in der bisherigen Diskussion – um die Differenzierung zwischen gemeinwohlkonformer und gemeinwohlwidriger Religion, sondern um die Grenzziehung zwischen spezifischer religiöser und rein wirtschaftlicher Tätigkeit. Grundsätzlich verliert eine Religionsgemeinschaft nicht ihren spezifischen Charakter, wenn sie sich auch wirtschaftlich betätigt. Das Krankenhaus in kirchlicher Trägerschaft ist nicht erbaut worden, um Gewinne zu machen. Das könnte man auch anderen Organisationen überlassen. Aus kirchlicher Sicht ist die Sorge um die Kranken Ausfluss der christlichen Caritas und Nächstenliebe. Die so fundierte Krankenpflege

kann den Kirchen nicht genommen werden, auch wenn sie nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen arbeiten, weil sie ansonsten dieses Angebot möglicherweise gar nicht mehr erhalten können. Wenn andere Gemeinschaften dies indes aus reinem Gewinnstreben machen sollten, würde sich in der Tat die Frage stellen, ob es sich überhaupt um eine Religionsgemeinschaft handelt oder nicht die religiöse Intention in Wirklichkeit nur vorgeschoben ist. Auch hier ist vom Staat ein scharfer, ungetrübter Blick gefordert.

Hans Michael Heinig:

Ich beginne mit der letzten Bemerkung. So wie soziale Zwecke mit ökonomischen Mitteln verfolgt werden können und sich Marktwirtschaft und Sozialstaatlichkeit nicht per se widersprechen, sondern sich ergänzen und in manchen Bereichen intelligent und vielleicht zukünftig noch viel intelligenter ineinander übergehen, so ist es auch nicht ausgeschlossen, dass es so etwas wie „religiöse Produkte“ gibt, die verkauft werden. Dies enthebt sie noch nicht ihres religiösen Charakters. Auf einem anderen Blatt steht die Frage, ob sich die bisher etablierten Kirchen auch in diese Dynamik begeben müssen und von einem „Unternehmen Kirche“ und von „Wettbewerber“ sprechen oder kirchliche Strategiepapiere – Stichwort: Kirche der Freiheit - im Jargon von Unternehmensberatern verfassen sollten.

Noch ganz kurz zu den zwei anderen Anmerkungen. Es wurde gesagt, das Staatskirchenrecht passt auf islamische Gruppierungen nicht. Das ist mir zu apodiktisch. Wir haben bei den Juden in Deutschland jedenfalls gesehen, dass eine gewisse Anpassungsleistung zumutbar ist und auch geleistet werden kann. Gleiches gilt für die katholische Kirche, die ein anstaltliches Selbstverständnis hat und sich doch in der Rechtsform der Körperschaft offensichtlich unproblematisch organisieren kann in Deutschland. Ein Brückenschlag kann in der Tat über einfach-gesetzliche Wege erfolgen. Wir haben entsprechende Bemühungen im Bereich des Religionsunterrichts etwa, wenn man in Schulgesetze Experimentierklauseln einführt, die auch Elternvereine etc. als Ansprechpartner für den Staat zulassen. Ich würde nur daran festhalten wollen, dass bestimmte Grundsätze des Staatskirchenrechts dabei keinen Schaden nehmen, weil sie mir – im übertragenden Sinne allerdings nur – heilig sind. Dazu gehört etwa, dass wir durch die korporative Struktur der Religionsgesellschaften und religiösen Vereine Mitglieder von Nichtmitgliedern unterscheiden und

deshalb negative Religionsfreiheit sichern können. Das wäre nicht mehr garantiert, wenn wir für den Religionsunterricht etwa als Ansprechpartner plötzlich eine religiöse Stiftung hätten. Meiner Meinung nach sollten wir an den vier zentralen Grundsätzen des deutschen Staatskirchenrechts „Parität, Neutralität, Religionsfreiheit, Angebot der Öffentlichkeit“ nicht rütteln, weil in diesem Rahmen hinreichende Kontinuität und Flexibilität gewährleistet ist.

Beitrag aus dem Publikum:

Von der Frage der formalen Organisation möchte ich wieder weg, hin zu Ihren eingängigen Referaten. Ich habe vier Themen erkannt. Das erste Thema: Sie sind sich einig darin, dass Artikel 4 einen Grundrechtsbereich für alle gleichermaßen gewährt, in den der Staat nicht reinregieren darf – nach Maßgabe der Abwägungen, die wir kennen. Die zweite Frage, bei der bei Ihnen offenbar der hauptsächliche Dissens besteht, ist die These von Herrn Heusch, dass der Staat in positiv fördernder Sicht durchaus unterscheiden darf, wobei er aber die Förderung der religiösen Eigentätigkeit der jeweiligen religiösen Gemeinschaft – ich sage jetzt nicht Religionsgemeinschaft in verfassten Sinne, sondern religiösen Gemeinschaft – meint. Während Sie, Herr Heinig, meinen, dass diese Differenz hier unzulässig sei, und eigentlich die gerade auch christlich geprägten Toleranzgrundlagen unseres Staates in Frage stellt. Ich muss gestehen, dass ich die größere Sympathie in diesem Punkt bei Herrn Heusch habe. Die dritte und die vierte Frage haben Sie nur ein bisschen angerissen, obwohl das, wenn Sie auf die Kreuzifix- und auf die Kopftuch-Entscheidung angespielt haben, eigentlich der Anstoß des Themas war. Das dritte Problem ist im Schulbereich, also die Frage, ob sich der Staat selbst inhaltliche Ausrichtungen zum Prinzip machen und durch seine Beamten, durch seine Lehrpläne in der Schule – und zwar mit der Schulpflicht im Kreuz – hoheitlich verbreiten darf. Da sind wir uns auch einig, dass er jedenfalls nicht als Prediger auftreten darf, aber er darf die säkularisierten Grundlagen der christlichen Religion, soweit sie denn die Grundlagen unserer Verfassungsordnung darstellen und darüber hinaus auch unseres gesellschaftlichen Zusammenlebens darstellen, verbreiten. Und ich meine, Herr Heinig, ein Lehrer, der nicht selbst Christ ist, ist trotzdem für den Beruf geeignet, solange er die Verbreitung dieser Grundlagen gewährleistet. Das kann für Muslime durchaus auch sein, es sind ja nun nicht alle 9/11-Leute. Und das vierte Thema ist: Wenn denn der Staat sich so verfassen darf, wie geht er mit seinen eigenen Beamten

um? Darf er einem Lehrer sagen, du musst dich nach außen neutral kennzeichnen? Oder ist es nicht vielleicht gerade das Gebot des eigenen Toleranzverständnisses des Staates, dem Lehrer die Bekundung der eigenen Religiosität auch im Unterricht zu erlauben, mit der tatsächlichen Grundlage, dass Schule ja nicht nur eine zeitlich begrenzte Veranstaltung, sondern ein Stück Gesellschaft ist.

Beitrag aus dem Publikum:

Das Thema sind die kulturellen Wurzeln. Es geht um die Grundlagen des Staates und des Verhältnisses zur Religion. Von Carl Schmitt stammt das Diktum, alle staatsrechtlichen Begriffe seien säkularisierte theologische Begriffe, und mir scheint, dass in der Umformulierung des Themas durch Herrn Heinigs Einladung zur gleichen Nähe gewissermaßen die historische Dimension ein wenig zu kurz gerät, denn das herausgebildete Staatskirchenrecht entfaltet sich ja vor dem Humus einer mehrere Jahrhunderte währenden Wechselbeziehung zwischen Staat und Kirche. Und wir haben nun seit einigen Jahrzehnten Religionsgemeinschaften oder Angehörige von Religionsgemeinschaften, die genau diesen kulturellen Hintergrund nicht mitbringen, keine gedankliche Trennung zwischen der religiösen und der staatlichen Sphäre. Und auch der Begriff etwa der Religionsgesellschaft ist ja, wie Sie in eigenen Studien hingewiesen haben, Herr Heinig, nicht 1919 plötzlich erdacht worden, sondern das geht zurück auf erste Begrifflichkeiten aus dem späten 18. Jahrhundert. Ich stelle mir die Frage, überfordern wir vielleicht nicht auch das Verfassungsrecht, das Staatskirchenrecht, wenn wir jetzt aufgrund partiell geänderter rechtstatsächlicher Umstände, gewissermaßen schon fast aus dem Stand heraus, Institute, die eine wesentlich längere Entstehungsgeschichte haben, nun versuchen, so zu konzipieren, so umzuinterpretieren, dass sie bruchlos und sofort auf andere Erscheinungsformen passen.

Beitrag aus dem Publikum:

Herr Heusch, ich bin sehr einverstanden mit Ihrer These, dass der Staat differenzieren kann, ich will jetzt nicht sagen, nach guten und schlechten Religionen, aber dass ihm jedenfalls eine Differenzierungsmöglichkeit zukommt und dass er solche Religionen begünstigen kann, die die freiheitliche demokratische Grundordnung stützen oder den freiheitlichen Verfassungsstaat stützen und fördern. Wenn man das Ganze jetzt aber auf die Ebene des einfachen Rechts herunterzoomt – und da spielen ja die

Konflikte des alltäglichen Lebens, der Verwaltungsjuristen und auch der Richter –, dann wird diese in der abstrakten Höhe sofort einleuchtende Theorie ein bisschen schwerer fassbar. Wenn ich die Stichworte sage: Kopftuch für Lehrerinnen und auch für Schülerinnen, wenn ich etwa das Stichwort sage: Privilegierung von religiösen Gebäuden, was im Baugesetzbuch niedergelegt ist – was dem Wortlaut des Gesetzes nach für die christliche Kirche genauso gilt wie für die Moschee –, dann wird es gewissermaßen an der Front mit dieser Differenzierung ein bisschen schwieriger. Denn das, was Sie in abstrakter Höhe formuliert haben, heiÙe ja dann an der Front der Rechtsanwendung, dass man diese Differenzierung auch dort praktisch durchsetzen muss. Das heiÙt, der Verwaltungsjurist oder der Verwaltungsrichter müsste dann sagen, die Moschee dient religiösen Zwecken einer religiösen Vereinigung, die den freiheitlichen Verfassungsstaat vielleicht nicht in dem Maße schützt, wie das die katholische oder die evangelische Kirche tut. Und da stelle ich mir die Frage, ob das an der Rechtsfront tatsächlich durchzuhalten sein wird und diese Theorie, die Sie formuliert haben, zu Ende gedacht werden kann, weil sie nämlich im Ergebnis dazu führt, dass das auch zu einer Politisierung der religiösen Vereinigungen zumindest führen kann. Und ob das dann tatsächlich auf Dauer funktionieren wird an der Front, mag ich mit einem großen Fragezeichen zu versehen, wenngleich ich, ich will es noch mal sagen, sehr mit Ihrer in der Höhe des Verfassungsrechts angesiedelten Aussage sympathisiere, dass sehr wohl zwischen Religionen differenziert werden kann, die den freiheitlichen Verfassungsstaat unterstützen und fördern, und solchen, die das nicht tun.

Hans Michael Heinig:

Ich will vermeiden, mich zu wiederholen. Ich habe immer viel Sympathie für die historischen Perspektiven, die hier eingespielt wurden, denen man ja auch bei Sinn und Verstand nicht widersprechen kann. Ja, natürlich ist der Religionsgemeinschaftsbegriff im 19. Jahrhundert ausgebildet. Natürlich ist das bestehende Staatskirchenrecht vorrangig auf die beiden großen christlichen Kirchen zugeschnitten. Diese genetischen Kontexte sind alle ganz offensichtlich, deshalb brauchen wir da gar nicht drüber streiten. Das Interessante ist nur, gerade deshalb, weil der moderne Verfassungsstaat aus dem Ideenfundus des Christentums kräftig schöpfen konnte, sind diese Institutionen auch anpassungsfähig und leistungsfähig, der Modernitätstauglichkeit der christlichen Religionskultur entsprechend, nach wie vor gute Arbeit unter Bedingung forcierter Säkularität.

Andreas Heusch:

Will man der so genannten Kopftuchproblematik gerecht werden, muss der Ausgangspunkt richtig gewählt sein. Hier gilt es zu beachten, dass der Staat in der staatlichen Schule den Grundsatz der Neutralität zu wahren hat. Er darf sich also nicht mit einem Glauben identifizieren. Der Status der Lehrerin ist auf den ersten Blick ein doppelter: Sie ist einerseits im Verhältnis zu dem sie beschäftigenden Staat grundrechtsberechtigt, tritt andererseits aber den Schülern als Repräsentantin des Staates gegenüber. Insoweit ist sie Grundrechtsverpflichtete. In dieser Gemengelage gilt es zu berücksichtigen, dass die Lehrerin ihren Status in freier Entscheidung gewählt hat, während die Schüler ihrer staatlich auferlegten Schulpflicht genügen bzw. den gesetzlich, für ihr weiteres berufliches Fortkommen vorgeschriebenen Schulabschluss anstreben.

Wenn man dies zu Grunde legt, bleibt die Frage: Hat allein das Tragen des Nonnenhabits oder der jüdischen Kippa einen missionarischen Charakter, der ungeachtet des spezifischen religiösen Inhalts mit dem Grundsatz der Neutralität unvereinbar wäre? Das Kleidungsstück ist gewiss erkennbar Ausdruck der eigenen religiösen Überzeugung des Lehrenden, ich bezweifle aber, dass es darüber hinaus als Mittel zur Werbung für den eigenen Glauben fungiert. Wenn dem aber nicht so ist, werden die Schüler nicht in ihrer negativen Glaubensfreiheit tangiert. Von Verfassung wegen gibt es daher keine durchgreifenden Einwände gegen das Tragen eines solchen Ordenshabits oder einer Kippa, da die so zum Ausdruck gebrachte persönliche Haltung in keinerlei Widerspruch zu unserer freiheitlichen Verfassung steht. Just dies ist aber der Unterschied zum islamischen Kopftuch. Es ist zwar gleichermaßen Ausdruck einer bestimmten religiösen Überzeugung, aber eben einer solchen, die mit unserer Verfassung nicht in Übereinstimmung zu bringen ist. Hier gilt wieder: Der Staat darf sich nicht auf eine formalistische Gleichbehandlung aller religiösen Kleidungsstücke zurückziehen. Er muss vielmehr auch gegen Widerstände die Kraft und den Mut zur inhaltlichen Differenzierung anhand seiner eigenen Maßstäbe aufbringen. Genau daran mangelt es heute leider – wie die von mir zitierte Entscheidung des Verwaltungsgerichts Stuttgart zeigt.

Walter Bajohr:

Meine Damen und Herren, ich muss ein kurzes trockenes Danke schön sagen zunächst an unsere Kombattanten. Sie haben sich sehr zivilisiert gestritten. Aber eine gewisse Distanz war unverkennbar.

FÜR EINE WEHRHAFTE VERFASSUNGSINTERPRETATION

Christian Hillgruber

I. EINLEITUNG

Wenn ich im folgenden den Versuch unternehmen werde, Möglichkeit und Grenzen wehrhafter Verfassungsinterpretation ansatzweise und beispielhaft auszuloten, kann und soll es nicht um eine neue, je nach Zählung fünfte, sechste oder siebte Methode der Verfassungsinterpretation gehen. Nicht die zumeist ebenso willkürlichen wie krampfhaften, nichts desto trotz beliebten Bemühungen der Verfassungsrechtswissenschaft, eigene, ultimative Methoden der Verfassungsinterpretation zu entwickeln, fortzusetzen und um eine weitere Variante zu ergänzen, ist das Anliegen der nachfolgenden Überlegungen. Im Anspruch viel bescheidener und bodenständiger soll einer auf die volle Sinnentfaltung verfassungsrechtlich fundierter, staatlicher Handlungsaufträge und -ermächtigungen, d.h. der vollen Ausschöpfung ihres normativen Potentials, gerichteten Verfassungenauslegung das Wort geredet werden, um die damit vom Verfassungsgeber oder verfassungsändernden Gesetzgeber verfolgten Ziele zu erreichen.

Es war der in den Beratungen des Parlamentarischen Rates wiederholt zum Ausdruck kommende, feste Wille der Väter

und Mütter des Grundgesetzes, Deutschland staatlich zu reorganisieren und nach innen wie nach außen wieder souverän, d.h. voll handlungsfähig zu machen.

Dies bedeutet selbstverständlich nicht, dass dem deutschen Staat und seinen Organen *plein pouvoir* eingeräumt wäre. Das Grundgesetz hat als wertgebundene Ordnung, die den Schutz von Freiheit und Menschenwürde als den obersten Zweck allen Rechts erkennt, die deutsche Staatsgewalt im Interesse des Individuums verfassungsrechtlich eingehegt und gebunden (vgl. Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG). Der Staat des Grundgesetzes ist nicht Selbstzweck, sondern, wie es Art. 1 des Herrenchiemseer Entwurfs programmatisch verkündete, „um des Menschen willen da“. Aber das Grundgesetz setzt bei alledem, ohne dass sich dies auch nur annähernd vollständig im Verfassungstext widerspiegelte, die Existenz des Staates und dessen Handlungsfähigkeit voraus, weil er nur unter dieser Voraussetzung seiner Gemeinwohlverpflichtung in vollem Umfang gerecht werden kann. Staatliches Handeln steht nicht unter einem umfassenden Verfassungsvorbehalt. Das Grundgesetz „geht vielmehr von der generellen Befugnis des Staates zum Handeln im Gemeinwohlinteresse aus, erlegt ihm dabei aber sowohl formell als auch materiell bestimmte Beschränkungen auf“.

II. ÄUSSERE UND INNERE SICHERHEIT ALS STAATSAUFGABE

Seit der Vertrag über die abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland vom 12. September 1990 dem (wieder-)vereinigten Deutschland die „volle Souveränität über seine inneren und äußeren Angelegenheiten“ (Art. 7) zugesprochen hat, steht deren Inanspruchnahme völkerrechtlich nichts mehr im Wege. Es kann jetzt also nur noch vom deutschen Volk selbst als Verfassungsgeber gesetzte Beschränkungen in der Ausübung deutscher Staatsgewalt geben. Neben wirkliche Beschränkungen dieser Art treten allerdings auch einige bloß scheinbare, also solche, die einer näheren verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht standhalten, sich vielmehr als bloßer Rechtschein erweisen, Phantome, deren angebliche verfassungskräftige Rechtsgeltung man aber sich und anderen erfolgreich eingeredet hat.

Außen- und verteidigungspolitisch ist die – lange Zeit verfassungsrechtlich scheinlegitimierte – Selbstfesselung des deutschen Staates inzwischen weitgehend aufgelöst, seit das BVerfG mit seiner bahnbrechenden

Entscheidung zu den ersten Auslandseinsätzen der Bundeswehr (BVerfGE 90, 286) die eigentlich schon (spätestens) seit den Grundgesetznovellen von 1954 und 1956 verfassungsrechtlich mögliche Inanspruchnahme der Wehrhoheit als integraler Bestandteil staatlicher Souveränität von stets unbegründeten verfassungsrechtlichen Selbstzweifeln befreit hat. Seitdem ist die deutsche Wehrhoheit, wenn auch stets multilateral in den Rahmen der Vereinen Nationen, der NATO oder der Europäischen Union eingebunden, vielfach ausgeübt worden.

Ganz anders stellt sich die Verfassungsrechtslage in Bezug auf die innere Sicherheit dar. Sie findet erst aufgrund von Verfassungsänderungen überhaupt Erwähnung im Grundgesetz, und auch dies nur am Rande, als Gegenstand ausschließlicher Gesetzgebungskompetenz des Bundes (Art. 73 Abs. 1 Nrn. 9a, 10 GG), als explizite Schranke eines einzigen Grundrechts (Art. 13 Abs. 4 GG – großer Lauschangriff zu präventiv-polizeilichen Zwecken) und als Ziel polizeilicher Amtshilfe (Art. 35 Abs. 2 GG). Soll das alles gewesen sein?

Nur vordergründiger Verfassungspositivismus kann daraus, dass der Begriff der inneren Sicherheit im Grundgesetz so gut wie nicht vorkommt, den evident falschen Schluss ziehen, dass sich die deutsche Verfassung die Gewährleistung der inneren Sicherheit nicht als Staatsaufgabe ersten Rangs angelegen sein lässt. Das Gegenteil ist der Fall. Dem Verfassungsgeber erschien diese elementare Staatsaufgabe indes so selbstverständlich, dass er von ihr kein Aufhebens gemacht, sondern sie stillschweigend als existent und legitim vorausgesetzt hat, als er Deutschland staatlich reorganisierte und neu verfasste. „Das Selbstverständliche [...] bedarf keiner verfassungsrechtlichen Deklaration“, wohl aber, wenn es in Vergessenheit zu geraten droht, normativer Vergewisserung und Vergewärtigung. Der Verfassungsinterpretation kommt hier zwecks Vermeidung einer die primäre Funktion des Staates, auch des grundgesetzlich verfassten Staates ausblendender, einseitig-verzerrender Wahrnehmung des Staates als eines nur grundrechtlich abzuwehrenden Freiheitsbedrohers die unverzichtbare Aufgabe zu, das in Bezug auf den Staat im Grundgesetz Unausgesprochene oder nur Angedeutete, das Vorausgesetzte und Mitgedachte aufzudecken und als ebenso gültigen Inhalt der Verfassung auszuweisen. Die mit dieser Aufgabe betraute Verfassungsrechtswissenschaft darf nicht nur das staatsabgewandte Freiheitspathos pflegen, sondern muss auch das Grundgesetz als Verfassung eines von ihren Vätern und Müttern nicht neu erfundenen, sondern – wenn auch in

desorganisiertem Zustand – vorgefundenen Staates zum Sprechen bringen: Mit dem Grundgesetz ist (freiheitlicher) Staat zu machen! Es gilt mithin die im Verfassungstext verborgene, aber nichtsdestoweniger vom Grundgesetz einkalkulierte und positiv konnotierte, nicht etwa in auf nationalsozialistische Machtversessenheit folgender Machtvergessenheit bewusst verschwiegene oder gar geleugnete ratio essendi des modernen Staates als Sicherheitsgarant ins allgemeine Rechtsbewusstsein zu heben. Auch die mit dem Grundgesetz verfassungsrechtlich in Form gebrachte Bundesrepublik Deutschland ist zunächst einmal Staat (Art. 20 Abs. 1 GG), d.h. machtbewehrte Friedens- und Rechtseinheit.

III. FREIHEITSGEWÄHRLEISTUNG UND SICHERHEITSGEWÄHR ALS KOMPLEMENTÄRE UND KONTRÄRE STAATSZWECKE UNTER DEM GRUNDGESETZ

Das Grundgesetz hat nicht nur die Staatsaufgabe „Sicherheit“, sondern auch deren Erfüllung durch Gesetzgebung und Gesetzesvollzug als selbstverständlich vorausgesetzt. Es ist deshalb auch erklärlich, dass intensivere Bemühungen, die innere Sicherheit als verfassungsrechtlich fundierte Aufgabe auszuweisen, erst einsetzen, als der deutsche Staat dieser Aufgabe entgegen der Verfassungserwartung nicht mehr in vollem Umfang gerecht wurde, Schutzdefizite unübersehbar wurden. Und es ist ebenso gut erklärlich, dass die Sicherheitsaufgabe zu diesem Zeitpunkt nicht mehr als eine sich (lediglich) aus objektivem Verfassungsrecht ergebende, Gewährleistungspflicht des Staates vorgestellt, sondern bei den Grundrechten als subjektiven und einklagbaren Rechten verortet wurde; denn die Grundrechte waren durch die Rechtsprechung des BVerfG längst zu der die gesamte Verfassung und deren Interpretation beherrschenden Wertordnung mit Ausstrahlung in die gesamte Rechtsordnung avanciert, und von daher gesehen lag nichts näher, als die von der Staatsgewalt (sträflich) vernachlässigte Aufgabe der Gewährleistung von Sicherheit als Schutzdimension den Grundrechten zuzuordnen. Dies war die Geburtsstunde der grundrechtlichen Schutzpflichten, wie sie erstmals in der ersten Schwangerschaftsabbruchentscheidung zur sog. Fristenlösung (BVerfGE 39, 1, 36 ff.) entwickelt und entfaltet wurden. Es kann nicht verwundern, dass das linksliberale Meinungsspektrum sofort Gefahr für die grundrechtlich gesicherte Freiheit des Individuums witterte und das Sondervotum zur Fristenlösungsentscheidung die „Verkehrung der Funktion der Grundrechte in ihr Gegenteil“ perhorreszierte: Sie könnten „unter der Hand aus einem Hort der Freiheitssicherung zur Grundlage einer Fülle freiheitsbeschränkender Reglementierungen werden“.

In der Tat war mit der „Entdeckung“ der Schutzfunktion der Grundrechte der einseitigen Betrachtung des spannungsgeladenen Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit unter dem Grundgesetz der Boden entzogen, trat die janusköpfige Gestalt, die Ambivalenz des Staates als Garant und Gegner der Freiheit zugleich offen zutage.

Sicherheit ist einerseits eine notwendige Bedingung von Freiheit: Wer unsicher ist, wird die gemeinwohldienlichen Freiheitsangebote des Grundgesetzes nicht annehmen, sondern in ängstlicher Passivität verharren. Unsicherheit und reale oder auch nur gefühlte Schutzlosigkeit lähmen und machen unfrei. Aber staatliche Sicherheitsmaßnahmen, das ist ihre nicht zu vernachlässigende und zu leugnende Kehrseite, beschränken auch grundrechtliche Freiheit, und sie tun dies vermehrt nicht nur gegenüber dem polizeirechtlichen Störer, der nur in die überschrittenen Schranken seiner Rechte gewiesen wird, sondern auch gegenüber dem unbescholtenen Bürger. Sie erweisen sich damit zugleich als potentiell freiheitsbedrohlich.

IV. DIE SCHWIERIGE, RECHTSSTAATLICHE BALANCE VON FREIHEIT UND SICHERHEIT UNTER DEN VORZEICHEN TERRORISTISCHER BEDROHUNG

Josef Isensee hat im Zusammenhang mit dem aktuellen Phänomen des internationalen Terrorismus treffend von der „Diffusion des Gefahrenverdachts“ gesprochen: Der diffusen, noch nicht konkretisierten, aber deshalb keineswegs irrealen Gefahr lässt sich mit den klassischen polizeilichen Mitteln der Gefahrenabwehr, aber auch mit solchen der Gefahrforschung nicht wirksam wehren. Wenn der Staat in einer solchen Situation nicht schlicht untätig bleiben soll, und dies kann unter Sicherheitsaspekten nicht verantwortet werden, muss die Eingriffsschwelle vorverlegt werden, muss der „Präventionsstaat“ intensive Gefahren- und Risikovor-sorge betreiben. Nur breitflächige Vorfeldüberwachung verspricht hier Sicherheitsgewinn. Aber rechtfertigt er die damit unweigerlich verbundenen Freiheitsverluste? Der Staat des Grundgesetzes, der Sicherheit und Freiheit gleichermaßen garantieren soll, grundrechtlich in doppelter Pflicht steht, befindet sich hier offensichtlich in einem Dilemma, und die gebotene Auflösung der Pflichtenkollision, in der Dreieckskonstellation von Störer – Staat – Opfer eindeutig: „Das in den Grenzen der Rechtsordnung verbleibende Opfer verdient den vorrangigen Schutz des Staates“, ist bei erheblichen Eingriffen in die Freiheit von Nichtstörern keineswegs evident.

Der Staat muss, um eine Formulierung des Gemeinschaftsrechts (Art. 61 EGV) aufzunehmen, „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ zugleich sein und bleiben. Notwendige Prävention darf daher nicht in rechtsstaatswidrige Willkür umschlagen, aber ebenso wenig darf der Staat seine Sicherheitsaufgabe vernachlässigen und wehrlos werden. Die Aufgabe, sich als Verfassungsstaat gegen die erklärten Feinde der Freiheit wirksam und verfassungsrechtlich angemessen zur Wehr zu setzen, sich ohne Preisgabe seines Selbstverständnisses und seiner Selbstverpflichtungen zu behaupten und seine Bürger in ihren elementaren Rechten zu schützen, kommt einer Gradwanderung gleich.

Das BVerfG, auf dessen Prüfstand staatliche Sicherheitsmaßnahmen in aller Regel gelangen, ist um seine Aufgabe nicht zu beneiden. Man wird schon deshalb bei Kritik an der Rechtsprechung des BVerfG die Schwierigkeit des herzustellenden Ausgleichs zwischen Freiheit und Sicherheit unter den Gegenwartsbedingungen unsichtbarer terroristischer Bedrohung in Rechnung stellen müssen und im allgemeinen Zurückhaltung üben. Doch gelegentlich drängt sich der Eindruck auf, als sei das BVerfG auf einem Auge blind, überzeichne bisweilen die Freiheitsbeeinträchtigungen und marginalisiere die Sicherheitsgefahren, um so zwar zu eindeutigen, aber deswegen nicht unbedingt überzeugenden Lösungen zu gelangen.

Ich will dies im folgenden an zwei Entscheidungen verdeutlichen, an der Entscheidung zur Rasterfahndung und an der Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz.

V. DIE RASTERFAHNDUNG

1. Ein „Verdächtigengewinnungseingriff“

Die Rasterfahndung ist eine besondere polizeiliche Fahndungsmethode unter Nutzung der elektronischen Datenverarbeitung. Die Polizeibehörde lässt sich von anderen öffentlichen oder privaten Stellen personenbezogene Daten übermitteln, um einen automatisierten Abgleich (Rasterung) mit anderen Daten vorzunehmen. Durch den Datenabgleich soll diejenige Schnittmenge von Personen ermittelt werden, auf welche bestimmte, vorab festgelegte und für die weiteren Ermittlungen als bedeutsam angesehene Merkmale zutreffen.

Nach der Entscheidung des BVerfG vom 04.04.2006 soll eine solche präventive polizeiliche Rasterfahndung mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) nur vereinbar sein, wenn eine konkrete Gefahr für hochrangige Rechtsgüter wie den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person gegeben ist. Im Vorfeld der Gefahrenabwehr scheidet eine solche Rasterfahndung dagegen aus. Damit aber ist das Instrument der Rasterfahndung praktisch wertlos, weil unanwendbar. Die Rasterfahndung ist eine typische Maßnahme der Vorfeldüberwachung, die überhaupt erst Erkenntnisse zutage fördern soll, die zielgerichtete Gefahrforschungseingriffe oder Gefahrenabwehrmaßnahmen gegen (potentielle) Störer ermöglicht. Der Datenabgleich soll „Aufschluss über Verhaltensweisen und damit Verdachtsmomente und insbesondere [...] über „gefahrenverstärkende Eigenschaften dieser Personen“ ermöglichen. Die Rasterfahndung ist in der Tat „Verdachts-“ oder „Verdächtigengewinnungseingriff“, insbesondere dann, wenn sie zur Aufdeckung von so genannten terroristischen Schläfern führen soll. Da solche „Schläfer“ sich gerade durch ihr völlig angepasstes und damit unauffälliges Vorgehen auszeichnen, fehlt es bei ihnen definitionsgemäß zunächst an konkreten Anhaltspunkten für ein Verhalten, das auf eine potentielle Störereigenschaft hindeuten könnte. Für eine Rasterfahndung, durch die solche Personen aufgefunden werden sollen, müssen daher relativ unspezifische Annahmen über Täterprofile entwickelt und entsprechend unspezifische Suchkriterien eingesetzt werden, mit der Folge, dass die Suche in Abkehr von traditionellen polizeirechtlichen Strukturen weit in das Vorfeld eines konkreten Störerverdachts verlagert wird. Ein konkreter, sich gegen eine bestimmte Person richtender Gefahrenverdacht kann sich erst nach erfolgreicher Durchführung des zeitaufwändigen Verfahrens der Rasterfahndung ergeben. Wenn daher die Anordnung der Rasterfahndung das Vorliegen von Tatsachen voraussetzt, aus denen sich eine konkrete Gefahr, etwa für die Vorbereitung oder Durchführung terroristischer Anschläge in Deutschland und/oder durch sich in Deutschland aufhaltende Personen, ergibt, dann wird dem Staat im Grunde dieses Mittel effektiver Gefahrenvorsorge verfassungsrechtlich aus der Hand geschlagen. Ist dieses Ergebnis verfassungsrechtlich zwingend?

2. Ein schwerwiegender Grundrechtseingriff?

Der Erste Senat argumentiert, dem durch die Ermächtigung zur Rasterfahndung ermöglichten Grundrechtseingriff komme grundsätzlich ein erhebliches Gewicht mit Blick auf den Inhalt sowohl der übermittelten Daten als auch derjenigen Daten zu, mit denen die übermittelten abgeglichen werden sollen. Gleiches gelte für diejenigen weiterreichenden Informationen, die aus der Zusammenführung und dem Abgleich der verschiedenen Datenbestände gewonnen werden könnten. Für die Rasterfahndungen, die nach dem 11. September 2001 durchgeführt worden seien, falle im Hinblick auf deren Eingriffsintensität ins Gewicht, dass sie sich gegen Ausländer bestimmter Herkunft und muslimischen Glaubens richten, womit stets auch das Risiko verbunden sei, Vorurteile zu reproduzieren und diese Bevölkerungsgruppen in der öffentlichen Wahrnehmung zu stigmatisieren. Von Bedeutung sei schließlich auch, dass die Rasterfahndung zu verdachtslosen Grundrechtseingriffen mit großer Streubreite führe. Grundrechtseingriffe, die sowohl durch Verdachtslosigkeit als auch durch eine große Streubreite gekennzeichnet seien – bei denen also zahlreiche Personen in den Wirkungsbereich einer Maßnahme einbezogen werden, die in keiner Beziehung zu einem konkreten Fehlverhalten stehen und den Eingriff durch ihr Verhalten nicht veranlasst haben – wiesen grundsätzlich eine hohe Eingriffsintensität auf. Denn der Einzelne sei in seiner grundrechtlichen Freiheit umso intensiver betroffen, je weniger er selbst für einen staatlichen Eingriff Anlass gegeben habe. Von solchen Eingriffen könnten ferner Einschüchterungseffekte ausgehen, die zu Beeinträchtigungen bei der Ausübung von Grundrechten führen könnten. Ein von der Grundrechtsausübung abschreckender Effekt müsse aber nicht nur zum Schutz der subjektiven Rechte der betroffenen Einzelnen vermieden werden. Auch das Gemeinwohl werde dadurch beeinträchtigt, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger gegründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens sei.

Die Argumente für den angeblich schwerwiegenden Grundrechtseingriff, der nur bei Beschränkung der Eingriffsbefugnis auf bereits konkrete Gefahren als noch angemessen und damit verhältnismäßig angesehen werden könne, sind, dies hat das eindrucksvolle Sondervotum der Richterin Haas verdeutlicht, weder einzeln noch kumulativ sonderlich überzeugend, ja sie widersprechen einander sogar teilweise. Wie soll ein vom Staat heimlich durchgeführter und bei Erfolglosigkeit nicht bekannt gegebener

Datenabgleich gesellschaftlich stigmatisierend wirken können? Erscheint angesichts der Tatsache, dass ein jeder aufgrund bestimmter Persönlichkeitsmerkmale, die er mit Tausenden anderer teilt, in die Rasterfahndung geraten könnte, aber in aller Regel auch alsbald aus ihr wieder herausfallen dürfte, nicht die Gefahr einer Diskriminierung bestimmter Bevölkerungsgruppen eher fernliegend? Verbleiben die Betroffenen nicht trotz namentlicher Erfassung in ihrer Individualität faktisch anonym? Und führt dieser Umstand statt zu einer vermeintlichen Steigerung, nicht eigentlich zu einer Minderung der Belastungsintensität für jeden einzelnen, zumal es sich um Daten handelt, die von den Betroffenen selbst (gerade auch staatlichen Stellen) bereits offenbart oder von diesen sonst – für den Betroffenen – festgehalten worden sind. Kann an deren Geheimhaltung bzw. Nichtverwertung für den Zweck eines Datenabgleichs unter diesen Umständen wirklich ein besonders intensives Schutzbedürfnis bestehen? Und lässt sich der einzelne durch die Möglichkeit einer Vorfelddatenfahndung tatsächlich von der Wahrnehmung seiner Grundrechte, etwa auf Religionsfreiheit, abhalten? Wenn die Argumentation der Senatsmehrheit zuträfe, wenn die Verfassung tatsächlich unter keinen Umständen grundrechtseingreifende Ermittlungen „ins Blaue hinein“ zuließe, müssten die routinemäßigen, ohne besonderen Anlass und konkreten Gefahrenverdacht durchgeführten, jeden, auch den prima facie gänzlich unverdächtigen Fluggast erfassenden, bei abstrakt erhöhter Terrorgefahr überall vorsorglich noch zusätzlich verschärften, flächendeckenden Gepäck- und Personenkontrollen an den Flughäfen, wohl erst recht schwerwiegende und nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe sein.

3. Freiheit statt Sicherheit oder Freiheit durch Sicherheit?

Bemerkenswerter als die Meinungsverschiedenheiten in Details erscheint indes das jeweilige Verständnis des Verhältnisses von Freiheit und Sicherheit, das im Mehrheitsvotum einerseits, im Sondervotum andererseits anklingt. Auch die Senatsmehrheit bestreitet nicht, dass Sicherheit und Schutz der Bürger fundamentale Staatszwecke unter dem Grundgesetz sind. Das Grundgesetz unterwerfe aber auch die Verfolgung des Zieles, die nach den tatsächlichen Umständen größtmögliche Sicherheit herzustellen, rechtsstaatlichen Bindungen, zu denen insbesondere das Verbot unangemessener Eingriffe in die Grundrechte als Rechte staatlicher Eingriffsabwehr zähle. In diesem Verbot fänden auch die Schutzpflichten des Staates ihre Grenze. Die Verfassung hindere den Gesetzge-

ber zwar nicht grundsätzlich daran, die traditionellen rechtsstaatlichen Bindungen im Bereich des Polizeirechts auf der Grundlage einer seiner Prerogative unterliegenden Feststellung neuartiger oder veränderter Gefährdungs- und Bedrohungssituationen fortzuentwickeln. Die Balance zwischen Freiheit und Sicherheit dürfe vom Gesetzgeber neu justiert, die Gewichte dürften jedoch von ihm nicht grundlegend verschoben werden. Warum eigentlich nicht? Jedenfalls die These, dass selbst bei höchstem Gewicht der drohenden Rechtsgutbeeinträchtigung auf das Erfordernis einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit als Eingriffsschwelle nicht verzichtet werden könne, leuchtet nicht ohne weiteres ein. Muss selbst bei drohendem unermesslichem Schaden mit einem Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung solange zugewartet werden, bis sich die Gefahr konkretisiert, aber sodann auch realisiert, und daher nicht mehr rechtzeitig abgewehrt werden könnte? Geraten nicht gerade bei solcher Sichtweise Freiheit und Sicherheit außer Balance?

Das Sondervotum Haas macht demgegenüber geltend, dass das Grundrecht auf Freiheit die Gewährleistung der Sicherheit durch den Staat fordert. „Ohne Sicherheit kann die Freiheitsgewährleistung des Grundgesetzes nicht mit Leben erfüllt werden. Sicherheit ist die Grundlage, auf der Freiheit sich erst vollends entfalten kann. Zwischen Freiheit und Sicherheit besteht damit ein untrennbarer Sach- und Sinnzusammenhang. Deshalb sind alle die Sicherheit gewährleistenden Maßnahmen gleichzeitig auch als Maßnahmen zu begreifen, die Freiheitsentfaltung gewährleisten und fördern. Ein Gewinn an Sicherheit stärkt im demokratischen Rechtsstaat die Freiheit, ist demgemäß ein Freiheitszugewinn. Und zwar auch desjenigen Bürgers, der durch staatliche präventive Schutzmaßnahmen in seiner Freiheit, seinem Recht, über die Nutzung und die Verwendung der ihn betreffenden Daten entscheiden zu dürfen, tangiert wird, ohne selbst Veranlassung zu der Annahme gegeben zu haben, die Lebensgrundlagen seiner Mitbürger beeinträchtigen oder vernichten zu wollen. [...]“.

Nicht nur der juristische Laie fragt sich angesichts dieses senatsinternen Dissenses, ob es wirklich die Verfassung oder nur eine denkbare, aber keineswegs zwingende, eher verfassungspolitisch motivierte denn sich verfassungsdogmatisch aufdrängende Interpretation derselben ist, die eine Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Datenschutz und dem Schutz der physischen Freiheit zugunsten letzterer kategorisch ausschließt. *Fiat protectio datorum personalium pereat mundi?*

VI. DAS LUFTSICHERHEITSGESETZ

Als nicht minder problematisch erweist sich unter dem Gesichtspunkt wehrhafter Verfassungsinterpretation die Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz. Der Erste Senat verneinte sowohl die Bundeskompetenz zum Einsatz der Streitkräfte als auch die materielle Verfassungsmäßigkeit eines Abschusses des zur Waffe gewordenen Flugzeuges in der Konstellation des § 14 Abs. 3 LuftSiG.

1. Die Funktion der Streitkräfte im Katastrophennotstand

Zwar umfasst der Begriff des besonders schweren Unglücksfalls in Art. 35 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 Satz 1 GG nach zutreffender Ansicht des BVerfG auch Vorgänge, die den Eintritt einer Katastrophe mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erwarten lassen. Daher ist auch ein präventiver Einsatz der Streitkräfte zur Abwehr eines drohenden besonders schweren Unglücksfalls nach diesen Vorschriften prinzipiell gestattet. Die gegenteilige Auffassung ließe nur einen Einsatz zu Zwecken der Folgenbeseitigung und -eingrenzung zu. Die Bundeswehr könnte folglich nicht eingesetzt werden, um einen terroristischen Anschlag zu verhindern, sondern nur, um dessen desaströser Auswirkungen Herr zu werden: ein widersinniges, den auf Gefahrenabwehr zielenden Sinn der Vorschrift verfehlendes und wehrhafter Verfassungsinterpretation geradezu spottendes Ergebnis, wie auch das BVerfG erkannt hat.

Art. 35 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 S. 1 GG sollen jedoch angeblich keinen „Kampfeinsatz der Streitkräfte mit spezifisch militärischen Waffen bei der Bekämpfung von Naturkatastrophen und besonders schweren Unglücksfällen“ erlauben. Die Ausrichtung auf eine Aufgabe im Zuständigkeitsbereich der Gefahrenabwehrbehörden der Länder bestimme notwendig auch die Art der Hilfsmittel, die beim Einsatz der Streitkräfte zum Zweck der Hilfeleistung verwandt werden dürfen. Sie können nicht von qualitativ anderer Art sein als diejenigen, die den Polizeikräften der Länder für die Erledigung ihrer Aufgaben originär zur Verfügung stehen.

Diese Begründung überzeugt nicht; sie stellt eine klassische *petitio principii*. Richtig ist, dass es sich bei der „Unterstützung“, welche die Streitkräfte nach Art. 35 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 S. 1 GG leisten, um die ergänzende Wahrnehmung polizeilicher Aufgaben handelt, die Art. 87a Abs. 2 GG unter den Vorbehalt ausdrücklicher, verfassungsrechtlicher

Ermächtigung stellt. Das Tätigwerden der Streitkräfte unterliegt daher den Regeln der polizeilichen Gefahrenabwehr, nicht dem Recht des bewaffneten Konflikts. Doch daraus folgt nicht, dass den Streitkräften der Rückgriff auf ihr spezifisch militärisches Handlungsinstrumentarium im Rahmen eines polizeilicher Gefahrenabwehr dienenden Einsatzes verwehrt ist. Diese Annahme reduziert die Bedeutung der von der Bundeswehr zu leistende Unterstützung im Katastrophenfall auf eine Kompensation von Personalmangel im Bereich der Polizei. Um insoweit Abhilfe zu schaffen und zusätzliche Einsatzkräfte zu mobilisieren, ist jedoch nach den einschlägigen Vorschriften bereits die Anforderung bzw. der Einsatz von Polizeikräften anderer Länder sowie der „Kräfte und Einrichtungen“ der Bundespolizei vorgesehen (vgl. Art. 35 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 GG). Die zusätzlich mögliche Inanspruchnahme der Streitkräfte ergibt dagegen nur dann einen eigenen Sinn, wenn sie der anstehenden Katastrophenhilfe nicht nur weiteres Personal, sondern auch besondere, im Einzelfall benötigte Handlungsmittel zuführt, über die nicht schon die Landes- und Bundespolizei verfügt. Die Hilfeleistung, die die Bundeswehr nach Art. 35 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 S. 1 GG erbringen kann, erschöpft sich nicht im Sandsäckeschleppen, Absperren gefährdeter Grundstücke und Verkehrslenkung. Soll es etwa tatsächlich schon die Grenzen zulässiger Unterstützung der Polizei durch die Streitkräfte übersteigen, wenn zu einer Abwendung einer Hochwasserkatastrophe Kampfflugzeuge zwecks notwendiger Zerstörung eines Damms oder zur Auflösung eines Staus von Eisschollen Bomben abwerfen? Der Einwand, dass hier das militärische Kampfmittel gegen Sachen, nicht gegen Personen eingesetzt wird, verfängt nicht. Auch das terroristisch zur Waffe umfunktionierte Luftfahrzeug ist zunächst einmal eine gefährliche Sache, und die Frage, ob es deshalb ungeachtet der Tatsache, dass sich in ihm unschuldige Personen als Geiseln befinden, abgeschossen werden darf, ist keine kompetenzrechtliche Frage mehr, sondern eine materiell grundrechtliche.

Einmal mehr, so der Eindruck, versagt sich das BVerfG einer sinnvollen, den staatlichen Handlungsauftrag, hier: der Streitkräfte im regionalen oder überregionalen Katastrophennotstand, ernst nehmenden, wehrhaften Verfassungsinterpretation.

2. Menschenwürde und Lebensrecht im Notstand

Die bundesverfassungsgerichtliche Fehlentscheidung, dass § 14 Abs. 3 LuftSiG mit den wehrverfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes unvereinbar sei, hätte sich immerhin noch durch den verfassungsändernden Gesetzgeber korrigieren lassen können.

Doch damit nicht genug. § 14 Abs. 3 LuftSiG steht nach Ansicht des BVerfG darüber hinaus im Hinblick auf die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG auch materiell mit dem Grundrecht auf Leben nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nicht in Einklang, soweit er es den Streitkräften gestattet, Luftfahrzeuge abzuschießen, in denen sich Menschen als Opfer eines Angriffs auf die Sicherheit des Luftverkehrs befinden. Denn mit dem Abschuss, so die lapidare Begründung des Ersten Senats, behandle der Staat die Passagiere des entführten und zur Waffe umfunktionierten Luftfahrzeuges als bloße Objekte seiner Rettungsaktion zum Schutze anderer; ihnen, die als Opfer selbst schutzbedürftig seien, werde der Wert abgesprochen, der dem Menschen um seiner selbst willen zukommt.

§ 14 Abs. 3 LuftSiG lasse sich auch nicht mit der staatlichen Schutzpflicht zugunsten derjenigen rechtfertigen, gegen deren Leben das als Tatwaffe missbrauchte Luftfahrzeug eingesetzt werden solle. Denn die zu diesem Zweck erfolgend Anordnung und Durchführung der unmittelbaren Einwirkung auf ein Luftfahrzeug mit Waffengewalt nach dieser Vorschrift missachte die Subjektstellung der in dem Luftfahrzeug festgehaltenen Menschen in einer mit Art. 1 Abs. 1 GG nicht zu vereinbarenden Weise und das daraus für den Staat sich ergebende Tötungsverbot.

Nur soweit sich die Einsatzmaßnahme des § 14 Abs. 3 LuftSiG gegen ein unbemanntes Luftfahrzeug oder gegen den- oder diejenigen richtet, denen ein solcher Angriff zuzurechnen ist, begegne die Vorschrift keinen materiellverfassungsrechtlichen Bedenken.

Hat hier die Absolutheit der Menschenwürde triumphiert oder der Staat vor einer massiven terroristischen Bedrohung kapituliert?

3. Die Opferung des Lebens unschuldiger Menschen

Was uns die Handlungsermächtigung des § 14 Abs. 3 LuftSiG in der Tat befremdlich, ja intuitiv verfassungswidrig erscheinen lässt, ist die schwer erträgliche Vorstellung, dass der Staat hier das Recht für sich in Anspruch nimmt, das Leben unschuldiger Menschen zu opfern, um andere zu retten. Darf der Staat – auch nur ausnahmsweise – Unschuldige töten? Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab zur Beantwortung dieser Frage ist in erster Linie das Grundrecht auf Leben, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Das Recht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) aber ist nicht schrankenlos gewährleistet, steht vielmehr unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt (Art. 2 Abs. 2 S. 3). Das bedeutet indes nicht, wie man zunächst meinen könnte, dass der Staat das Leben des Einzelnen jedwedem Gemeinwohlinteresse opfern darf, sofern er nur den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt. Die staatlicherseits stets zu achtende und zu schützende Menschenwürde beschränkt die Eingriffsbefugnisse des Staates in das menschliche Leben. Die Garantie der unantastbaren Menschenwürde delegitimiert a limine und schlechthin vor und unabhängig von der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bestimmte, vom Staat verfolgte Zwecke, weil sie mit der Selbstzweckhaftigkeit und dem Eigenwert jedes Menschen schlechthin unvereinbar sind. Der Grund der Grundrechte fungiert hier als absolute Eingriffsschranke, ohne dass er selbst zum Grundrecht würde.

4. Unter welchen Voraussetzungen lassen sich danach überhaupt Eingriffe in das Recht auf Leben auch nur prinzipiell rechtfertigen?

Ist der einzelne für eine von ihm ausgehende, unmittelbare Bedrohung für Leib, Leben oder Freiheit Dritter im polizeirechtlichen Sinne als Handlungsstörer verantwortlich, so darf der Staat ihm als ultima ratio zur Verteidigung akut bedrohter, hochrangigen Rechtsgüter anderer das Leben nehmen. Das rechtfertigt – auch nach Ansicht des BVerfG – den Eingriff in das Grundrecht auf Leben der Täter an Bord des Luftfahrzeugs. Im übrigen aber muss sich grundsätzlich niemand für andere aufopfern, darf der Staat dazu niemanden verpflichten. Niemanden in diesem elementaren Sinne, d.h. als Person zunutze sein zu müssen, macht gerade die unantastbare Würde jedes Menschen aus. Die Annahme des Gegenteils würde die allgemeinen mitmenschlichen Solidaritätspflichten überdehnen.

5. Die allgemeine Wehrpflicht – Sonderopfer für das gemeine Wohl

Aber auch diese Beschränkung zulässiger staatlicher Inanspruchnahme menschlichen Lebens zum Schutz und zur Rettung anderen menschlichen Lebens gilt nicht ausnahmslos.

Dies zeigt die allgemeine Wehrpflicht. Sie verpflichtet junge Männer, sich im Falle eines Krieges oder eines sonstigen, der Bundesrepublik Deutschland aufgenötigten bewaffneten Konflikts, ihr Leben zur Landesverteidigung einzusetzen. Diese allgemeine Wehrpflicht ist zwar erst durch Art. 12a GG verfassungsrechtlich aktiviert worden, und diese verfassungsändernde Bestimmung kann weder die Garantie der Unantastbarkeit der Menschenwürde einschränken (Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG) noch hat sie das Lebensrecht (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) weitergehenden Einschränkungen geöffnet als sie bis dato bestanden (Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG). Aber die verfassungsrechtliche Legalität der allgemeinen Wehrpflicht unterstellt bereits Art. 4 Abs. 3 GG; denn das Recht zur Kriegsdienstverweigerung gibt nur bei verfassungsmäßiger Geltung einer allgemeinen Wehrpflicht Sinn. Daher hatte sie schon der Verfassungsgeber von 1949 dem Grunde nach als verfassungsgemäß, d.h. auch mit den grundgesetzlichen Gewährleistungen der Menschenwürde und des Lebensrechts vereinbar vorausgesetzt und akzeptiert. Also gibt es wohl doch noch einen weiteren, aus grundgesetzlicher Perspektive hinreichenden, guten Grund für eine Einschränkung des Lebensrechts, zwar keine allgemeine Aufopferungspflicht, aber ein Sonderopfer, das der Staat jungen Männern auferlegen darf.

Man wende nicht ein, dass es bei den Soldaten, ebenso wie bei den unter Umständen lebensgefährlichen Berufen nur um Gefährdungslagen gehe; gewiss darf der auf die Menschenwürde verpflichtete Staat des Grundgesetzes kein Himmelfahrtskommando anordnen, seine Soldaten, zumal die wehrpflichtigen, nicht in einem schlechterdings nicht zu gewinnenden Einsatz in den sicheren Tod schicken. Aber auch der Ausschluss solcher menschenverachtender, das Leben der Soldaten gezielt aufs Spiel setzenden Einsätze ändert doch nichts daran, dass der Verteidigungseinsatz mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit jedenfalls für einige der eingesetzten Soldaten früher oder später den Tod bedeutet. Unklar ist nur, wen es treffen wird. Darüber entscheidet nicht der zum Einsatz verpflichtende Staat des Grundgesetzes; wen es trifft, das entschei-

det *in concreto* auf dem Schlachtfeld der militärische Feind. Würde man daher tatsächlich annehmen, dass der Staat des Grundgesetzes das sichere Opfer des eigenen Lebens als Rechtspflicht regelmäßig nicht abverlangen darf, wäre die allgemeine Wehrpflicht nicht zu halten. Der Verfassungsgeber erachtet sie jedoch, wie schon Art. 4 Abs. 3 GG belegt, als zulässig; Theodor Heuss bezeichnete sie während der Beratungen des Parlamentarischen Rates gar als „legitime Kind der Demokratie“. Das Sonderopfer, das der Staat des Grundgesetzes den Wehrpflichtigen auferlegt, wird auch nicht durch das Recht auf Kriegsdienstverweigerung gemäß Art. 4 Abs. 3 GG gemildert. Dieses Recht schützt nicht ja nicht denjenigen, der aus unbedingtem Überlebenswillen unter keinen Umständen erschossen werden will, sondern nur denjenigen, der aus Gewissensgründen selbst nicht, auch nicht im Kriegsfall, andere töten zu können glaubt, also den unbedingt Friedfertigen.

Obwohl also der Staat des Grundgesetzes für die Menschen da ist und nicht umgekehrt, sich also nicht über den einzelnen Menschen und seine Würde, sondern in deren Dienst stellt, fordert eben dieser Staat, wenn seine eigene Existenz auf dem Spiel steht, von den wehrpflichtigen Männern ein Sonderopfer für die Allgemeinheit, und zwar ohne Opfergrenze, bis hin zum Einsatz des eigenen Lebens.

Wie lässt sich diese vom Verfassungsgeber gebilligte, schärfste denkbare Form der Inpflichtnahme Einzelner erklären und rechtfertigen? Dahinter dürfte die Überlegung stehen, dass dann, wenn aufgrund äußerer Einwirkungen, d.h. im Fall der Verteidigung, der vollständige Ausfall des Gewährträgers für ein Leben in Freiheit und Menschenwürde droht, eine Einstandspflicht derjenigen eintritt, denen die grundrechtlichen Gewährleistungen zuteil werden. Sie müssen – notfalls auch unter Einsatz ihres Lebens – den ansonsten sie und die vielen anderen in ihrer Individualität schützenden Staat erhalten helfen. Darin drückt sich, wenn man so will, die Staatsräson des Verfassungsstaates aus.

6. Die Ausnahmesituation einer Menschenwürdekollision – Verfassungsgebote und -verbote in der Not

Das Beispiel der allgemeinen Wehrpflicht beweist zunächst nur, dass die staatliche Auferlegung eines das Leben kostenden Sonderopfers für das gemeine Wohl nicht unter allen Umständen, d.h. von Verfassungs wegen kategorisch ausgeschlossen ist, vielmehr in extremen Ausnahme- und

Notsituationen in Betracht kommt. Stellt die Konstellation, unter der § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz zum Abschuss eines Passagierflugzeuges ermächtigt, eine vergleichbare Situation dar?

Die Vergleichbarkeit wird jedenfalls nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Staat bei Anordnung der allgemeinen Wehrpflicht bzw. bei deren Aktualisierung im militärischen Ernstfall den Tod seiner Soldaten lediglich billigend in Kauf nimmt, während er hier wenn nicht gezielt tötet, so doch jedenfalls mit dem Eintritt des Todeserfolges aufgrund des Abschusses sicher rechnet. Das kann indes im Ergebnis wohl schon deshalb rechtlich keinen entscheidenden und erheblichen Unterschied machen, weil sich bei näherer Betrachtung ergibt, dass ebenso wie im militärischen Kampf, in den der Staat seinen Soldaten schickt, auch in der Abschusskonstellation nicht der Staat die jeweiligen Opfer ausgesucht und bestimmt hat, sondern der Feind, im ersten Fall der äußere militärische, im zweiten Fall der terroristische. Der Staat will weder im einen noch im anderen Fall den Tod dieser unschuldigen Menschen, aber er geht – hier wie dort – davon aus, dass er eintreten wird und lässt sich ungeachtet dieser Aussicht nicht von seinen der Rettung vieler anderer dienenden Verteidigungsmaßnahmen abhalten.

Wer in diesem Zusammenhang von einer unzulässigen Abwägung Leben gegen Leben spricht, verkennt den entscheidenden Umstand, der darin liegt, dass in der der Ermächtigung zugrunde liegenden Konstellation das Leben der zu Geiseln der Selbstmordattentäter geworden Flugzeugpassagiere schlechterdings nicht mehr zu retten ist. Sie müssen so oder so sterben, wenn nicht sofort durch den vom Staat betriebenen Abschuss, so doch wenige Minuten später, wenn das Flugzeug in sein Ziel steuert. Gerettet werden können nur noch die Menschen, denen das gleiche Todeschicksal droht, wenn das Flugzeug sein anvisiertes Ziel erreicht. Nur ihr bei ungehindertem Geschehensablauf gleichermaßen vorgezeichnetes Schicksal kann noch staatlicherseits abgewendet werden, und zwar nur dadurch, dass der auch sonst sicher eintretende Tod der Flugzeugpassagiere vorverlegt wird. Es besteht kein Zweifel daran, dass diese Todgeweihten das Grundrecht auf Leben gegen den Staat reklamieren können und dass der Staat, wenn er ihr Leben, und sei es auch nur um wenige Minuten, verkürzt, „in überholender Kausalität“ in dieses Grundrecht eingreift. Aber er tut es eben in Erfüllung seiner nur noch gegenüber den übrigen potentiellen Opfern erfüllbaren grundrechtlichen Schutzpflicht für das Leben. Soll dies grundrechtlich betrachtet schlechthin unzulässig sein?

Gegen die Zulässigkeit staatlicher Tötung in dieser Konstellation wird eingewandt, der Abwehranspruch des Einzelnen gegen einen das Leben verkürzenden staatlichen Eingriff gehe der staatlichen Schutzpflicht für das Leben unbedingt vor. Doch das überzeugt nicht. Die Sokratische Maxime, lieber selbst Unrecht zu (er-)leiden als Unrecht zu tun, sich lieber töten zu lassen als selbst zu töten, ist respektable Individualethik. Sie kann aber nicht die Verantwortungsethik der politischen Gemeinschaft sein, auch nicht die ratio des Verfassungsstaates. Er, der seine Existenzberechtigung gerade seinem Schutzversprechen verdankt, muss unter Umständen auch und gerade Schutz durch Eingriff leisten, darf in ultima ratio menschliches Leben durch Tötung anderen menschlichen Lebens retten, in dieser Pflichtenkollision also der Schutzpflicht Vorrang vor dem Abwehranspruch einräumen. In aller Regel darf er dies allerdings in der Tat nicht, weil dies voraussetzen würde, dass er das Leben derjenigen, die er um die Erhaltung des Lebens anderer willen tötet, geringer bewertet als das der dadurch Geschützten. Der gleiche Eigenwert jedes menschlichen Lebens, also die Menschenwürde, verbietet im allgemeinen utilitaristische Differenzierungen nach quantifizierenden oder qualifizierenden Kriterien, die das Glück der größeren Zahl oder des besseren Lebens begünstigen, deren Vorrang im Einzelfall begründen könnten.

Es ist daher auch nicht der Umstand, dass bei Untätigkeit des Staates noch mehr Menschen sterben müssten, der es für sich genommen rechtfertigen könnte, dass der Staat die Flugzeuginsassen tötet. Aber dass sie ohnehin nur noch wenige Minuten zu leben hätten, kann und darf nicht unberücksichtigt bleiben. Wer hier dem Staat die Hände binden will, ihn zur Untätigkeit verdammt, betreibt, wenn auch unbeabsichtigt, das Geschäft der Terroristen. Ihre Rechnung ginge dann vollständig auf. Der Staat, der die mörderischen Pläne der Terroristen nicht mehr vollständig vereiteln kann, dürfte es auch nicht zum größeren Teil, weil er dafür diejenigen, denen er nicht mehr helfen kann, die keine Überlebenschance mehr haben, töten muss, kurz bevor sie nach dem Willen der Terroristen ohnehin sterben müssten. Ein, wie ich meine, widersinniges Ergebnis, das auch den Intentionen des Verfassungsgebers widersprechen dürfte: „Wertgebundene Zweckrationalität und nicht folgenblinde Wertrationalität macht den Logos der freiheitlichen Verfassung aus“.

Letztlich geht es hier um eine Kollision des unbedingten Abwehranspruchs der Flugzeuginsassen auf Achtung ihrer Menschenwürde mit dem ebenso unbedingten Anspruch der sich im Zielobjekt aufhaltenden Personen auf

staatlichen Schutz eben dieser Menschenwürde; denn dass sie durch die Pläne der Attentäter ebenfalls menschenunwürdig verzweckt, als bloßes Mittel zur Erreichung deren terroristischer Ziele missbraucht werden und daher ein staatlicherseits abzuwehrender Angriff auf ihre Menschenwürde vorliegt, ist offensichtlich. Die prinzipielle Abwägungsfestigkeit der Garantie der Menschenwürde findet indes hier notwendig ihre Grenze: Wenn die Achtungspflicht gegenüber dem einen mit der Schutzpflicht gegenüber einem anderen zusammentrifft, gerät der Staat in eine Pflichtenkollision; dann dürfte eine Abwägung innerhalb von Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG, die den relativen Vorrang des einen vor dem anderen, jeweils in der Menschenwürde wurzelnden Anspruchs erweisen muss, unumgänglich sein. Dabei besteht keine generelle Präferenz der Abwehrfunktion gegenüber der Schutzfunktion. Entscheidet sich der Gesetzgeber in dieser Grenzsituation, in der er nur entweder die eine oder die andere Pflicht erfüllen kann, aus den dargelegten Gründen für die Erfüllung der Schutzpflicht, so liegt darin unter den obwaltenden Umständen keine prinzipielle Missachtung des Personseins der geopfert Menschen, zu deren Rettung der Staat sich lediglich außerstande sieht. Dieses Abwägungsergebnis lässt sich jedenfalls nicht eindeutig verfassungsrechtlich falsifizieren.

7. Verfassungsrechtlicher Rigorismus ohne Not

Folgte man der Ansicht des BVerfG, wären dem Staat wegen der dauerhaften Bestandsgarantie des Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG für alle Zeiten die Hände gebunden. Bleibt dem wehrhaften, terroristische Bedrohungen abwehrenden Staat also nur der Verfassungsbruch als letzter Ausweg? *Summum ius summa iniuria*? Oder muss er, um Handlungsfreiheit zurückzugewinnen, den „war on terrorism“ erklären, weil die apodiktische Aussage über die Menschenwürdeverletzung erklärtermaßen nur für den „Streitkräfteeinsatz nichtkriegerischer Art“ Geltung beansprucht?

Das BVerfG hat sein grundrechtliches Verdikt „ohne Not“ ausgesprochen, da es das Gesetz bereits für kompetenzwidrig erachtet hat. Der Gesetzgeber kann und sollte es daher als ein nicht der Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG unterliegendes obiter dictum ansehen. Wenn das BVerfG über die Frage im Fall einer gesetzlichen Neuregelung noch einmal zu entscheiden haben wird, sollte es seine kategorischen Aussage überdenken und sich seiner eigenen, früheren Rechtsprechung erinnern:

„Die Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung sind, so heißt es in der Entscheidung zum Kontaktsperre-Gesetz, Verfassungswerte, die mit anderen im gleichen Rang stehen und unverzichtbar sind, weil die Institution Staat von ihnen die eigentliche und letzte Rechtfertigung herleitet“. Der Staat als unverzichtbarer Freiheits- wie Sicherheitsgarant ist eben doch – auch in grundrechtlichen Zusammenhängen – ein Argument.

VII. FAZIT

Ich komme zum Schluss. Das BVerfG kann in seiner Funktion als „Hüter der Verfassung“ die Erfüllung die aller verfassungsrechtlich gebundenen staatlichen Gewalt gestellten Aufgabe, Sicherheit zu gewährleisten, als zur verbindlichen Letztinterpretation des Grundgesetzes berufene Autorität durch „wehrhafte“ Verfassungsinterpretation erleichtern, durch „sicherheitsblinde“ und damit auch die Freiheitsgewährleistungsaufgabe des Staates partiell verfehlende Verfassungsauslegung erschweren oder gar unmöglich machen.

Nach jüngsten Umfragen ist das Vertrauen der Bevölkerung in die Problemlösungsfähigkeit des Staates dramatisch gesunken. Die Deutschen, so der alarmierende Befund, beginnen an der demokratischen Ordnung des Grundgesetzes zu zweifeln. Wenn sich der vom Grundgesetz verfasste Staat aufgrund der Rechtsprechung des BVerfG als gegenüber terroristischer Bedrohung nur noch „bedingt abwehrbereit“ zeigen sollte, droht der Prozess der Delegitimation weiter voranzuschreiten. Dem gilt es durch eine wehrhafte, den Staat wieder in sein Recht setzende und ihn in die ihm obliegende Schutzpflicht nehmende Verfassungsinterpretation nachhaltig entgegenzuwirken.

DER RELATIVISMUS EINER WERTEORDNUNG

Hartmut Lange

Meine Damen und Herren, erwarten Sie von mir keine besonderen Einsichten in die Praktiken der deutschen Rechtspflege oder einen bedeutenden rechtspolitischen Kommentar. Ich will in aller Bescheidenheit versuchen, mich dem Thema dieser Tagung mit einigen mehr oder weniger philosophischen Betrachtungen zu nähern, und vielleicht ist es auch nicht uninteressant, wie ein Laie über die Grundlagen einer Rechtsordnung, die er im Detail kaum kennt, die ihm aber, wie jedem Bürger, die persönliche Freiheit sichert, urteilt und denkt.

Ich bin kein Jurist, kann aber nachvollziehen, dass Juristen gezwungen sind, sich gesellschaftspolitischen Wertentscheidungen unterzuordnen, die ihnen ihren Wirkungskreis, nämlich die Rechtsordnung, vorschreiben. Der Jurist kann sich also, bei Strafe angedrohter Wirkungslosigkeit, immer nur in dem geltenden, nie in einem von ihm favorisierten Recht etablieren, und dies bis zum Gewissenskonflikt. So geschehen nach 1933. Darüber nachzudenken, war immer ein Grund zur Betroffenheit: Nämlich dass Juristen, allein durch einen politischen Machtwechsel, gezwungen waren, sich in eine andere, neue, in diesem Fall verbrecherische, aber ab sofort geltende Rechtsordnung einzuarbeiten.

Geltendes Recht, dies war und ist die Zauberformel, mit der die Mächtigen seit jeher und in jeglicher Gesellschaftsformation ihren Absichten einen Anschein von Wertigkeit verleihen, und das 20. Jahrhundert kennt Wertentscheidungen als Grundlage von Rechtsordnungen, die den Mord an Millionen und Abermillionen unschuldiger Menschen formaljuristisch legitimierten.

Wenn wir also von Wertentscheidungen reden, sollten wir bedenken, dass dieser Begriff *a priori* keinerlei ethische Legitimation geltend machen kann. Er ist zunächst einmal eine pragmatische, nur den realen Machtverhältnissen verpflichtete Absichtserklärung, und wir sollten bedenken: Rechtsordnungen entstehen und vergehen wie der Rauch. Von den Gesetzestafeln des Hammurabi bis zum justinianischen *Corpus Juris Civilis*, vom *Sachsenspiegel* bis zum *Code Napoleon*, keine der hier verankerten Rechtsordnungen konnte für sich, zumindest unmodifiziert, eine historisch belangvolle Kontinuität beanspruchen, und einer der Gründe für die Arroganz totalitärer Macht ist deren Unfähigkeit, sich als Zeitphänomen zu begreifen. So war das antike Rom unfähig, sich den eigenen Untergang vorzustellen, und hätten Hitler oder Stalin die Durchsetzung ihrer Ideologien als ein in der Zeit vergebliches Bemühen begriffen, vielleicht wäre es ihnen nicht der Mühe wert gewesen, immer wieder und derart unwiderruflich Leichenberge anzuhäufen. Hitler sprach vom Tausendjährigen Reich, Stalin vom Ende der Geschichte, und wenn wir ehrlich sind, fällt es auch uns schwer einzugestehen, dass das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland irgendwann keine Geltung mehr haben könnte.

Nicht nur das konkrete Leben des Einzelnen ist wesentlich ein Sein zum Ende, hinfällig werden irgendwann auch alle zivilisatorischen Einrichtungen und Errungenschaften, um die wir uns, so lange wir auf dieser Erde sind, bemühen. Und damit wären wir beim Thema: Wie entgehen wir in unseren heutigen Wertentscheidungen dem Relativismus, und wie erhält der Wert solcher Entscheidungen und damit unsere Rechtsordnung eine ethische Legitimation? Und was heißt „ethische Legitimation“? Ist die Ethik tatsächlich ein Ziehkind von Wertverhältnissen und ist sie, wie immer wieder behauptet wird, zivilisationsimmanent?

Es ist bedenkenswert, dass Heidegger ihr in seiner Existenzphilosophie keinen Platz einräumt. Als Existenzial ist die Ethik dem Dasein nicht wesentlich beigegeben. Sie ist evolutionsgeschichtlich nicht zu erklären, und wenn sie nicht von Gott kommt, ist und bleibt sie ein anthropolo-

gisches Rätsel. Wann und wo entstand jenes Bedürfnis des Menschen, dem blinden Determinismus, dem ewigen Fressen und Gefressenwerden in der ihn umgebenden Natur auf humane Weise zu widersprechen? Warum entstand überhaupt ein derart naturfremder, der Triebstruktur des Menschen widersprechender Eigensinn, der darauf hinausläuft, zwischen Gut und Böse unterscheiden zu wollen? Die Ethik ist zwar von dieser Welt und für diese Welt geschaffen, aber als gesellschaftspolitische Determinante höchst unzuverlässig, und es ist sicher kein Zufall, dass sie weder vom Rationalismus, noch vom Materialismus, sondern vom Idealismus als philosophische Prämisse ausgewiesen wird.

„Die Ethik ist transcendental“, schrieb Wittgenstein und nimmt damit Bezug auf Kants Kategorischen Imperativ, der einzig und allein durch den Gottesbegriff abgesichert werden kann, so wie Hegel in seinen „Grundlinien der Philosophie des Rechts“ auf die absolute Weltvernunft verweist, wenn er schreibt: „Das Gute ist die Idee, als Einheit des Begriffs des Willens und des besonderen Willens, in welcher das abstrakte Recht, wie das Wohl und die Subjektivität des Wissens und die Zufälligkeit des äußeren Daseins, als für sich selbstständig aufgehoben, damit aber ihrem Wesen nach darin enthalten und erhalten sind, – die realisierte Freiheit, der absolute Endzweck der Welt.“

Wie wir sehen, hat Hegel bereits „die Person als ethische Rechtsgrundlage der Verfassungsordnung“ ausdrücklich anerkannt. Dies geschieht aus Einsicht in die Notwendigkeit, aber diese Notwendigkeit ist hier nicht Sache der Person, sie ist Ausdruck einer höheren, von der absoluten Weltvernunft vorgegebenen Sittlichkeit.

Die Menschenrechtserklärung der französischen Revolution und besonders die Ideologien der Sozialbewegungen des 19. Jahrhunderts haben die gedachte und empfundene Einheit von transzendenter und immanenter Welt aufgehoben, und seit Beginn des 20. Jahrhunderts gilt das Bürgerliche Gesetzbuch als Nachweis einer universellen Autonomie des menschlichen Willens zu Recht und Gesetz, und die Behauptung scheint widerlegt, dass der Mensch ohne Transzendenzbezug zu keiner ethischen Wertentscheidung fähig sei.

Man verweist auf eine historisch gewachsene, am Idealismus orientierte Gestimmtheit, die sich tendenziell und als gesellschaftspolitische Kraft zur Geltung bringen kann, und tatsächlich finden wir in den Strukturen der

Parlamentarischen Demokratie alle auf die Freiheit des einzelnen ausgerichteten Werte: Das Wahlrecht, die Gewaltenteilung, die Meinungs- und Religionsfreiheit, Rechtssicherheit, wir haben ein Verfassungsgericht, das all diese allgemeingültigen Privilegien mit allerletzter Verfügungsgewalt überwacht, und doch bleibt auch solch eine Werteordnung, von der Montesquieu nur hätte träumen können, relativistisch. Sie ist von Bedingungen abhängig, die mit den Mitteln der Rechtssprechung nicht herbeigezaubert werden können.

Wie sollte beispielsweise der soziale Friede vom Bundesverfassungsgericht angeordnet werden. Ist er nachhaltig gestört, endet die legislative Macht jeder Wertentscheidung. Auch hier droht, mittelbar oder unmittelbar, der Verweis auf das Reich der Vergänglichkeit, weil es dem Langzeitarbeitslosen in Berlin-Lichtenberg oder dem randalierenden Jugendlichen in der Pariser Vorstadt nicht möglich ist, ein Recht auf Arbeit oder auf bessere Lebensbedingungen vor irgendeinem Verwaltungsgericht einzuklagen.

Unsere Werteordnung braucht den sozialen Frieden, trägt aber, da sie vorbehaltlos das Recht auf Eigentum schützt, selber zum Unfrieden bei, und zwar dort, wo die rechtlich geschützte private Verfügungsgewalt über das Eigentum gesamtgesellschaftliche Interessen berührt. Für die marxistischen Diktaturen war dies ein Grund, eine Sozialisierung aller Produktionsmittel als Wertentscheidung auszugeben, allerdings zu Bedingungen, die unannehmbar genannt werden müssen. Der Parlamentarismus kann nur darauf vertrauen, dass die private Verfügungsgewalt über gesellschaftlich relevante Produktionsmittel verantwortlich, das heißt innerhalb des vorgegebenen Wertekanons, ausgeübt wird. Durch geltendes Recht wird dies nicht garantiert, und hier hat unsere Werteordnung eine offene Flanke, die man mit dem Begriff der Sozialen Marktwirtschaft abzusichern versucht. Aber sie wird noch durch andere Umstände relativiert.

Meine Damen und Herren, ich weiß natürlich, wie fragwürdig es ist, sich über die Flieh- und Gravitationskräfte zivilisatorischer Entwicklungen Gedanken zu machen. Sie vollziehen sich, ob wir dies wollen oder nicht, und keine Wissenschaft hat es bisher vermocht, an der Unberechenbarkeit zukünftiger Ereignisse etwas zu ändern. Aber der Zeitgeist gibt uns immerhin Aufschluss darüber, was tendenziell auf uns zukommen könnte, und die Geschichte lehrt uns: Zivilisationen, die ihrem Höhepunkt

zustreben, gelten als wertebildend, Zivilisationen, die ihrem Niedergang zustreben, bauen eben diese Werte, von denen sie gezehrt haben, wieder ab. Jede Werteordnung, auch die allerbeste und ethisch fundierteste, verbraucht irgendwann einmal ihren Vorrat an kreativer Energie und schwindet durch Selbstauszehrung. So ist der Untergang des Römischen Reiches nicht allein durch die Völkerwanderung zu erklären, und so wird der Untergang der Europäischen Demokratien, sollte er denn eintreten, nicht nur durch eine neue, eine soziale Völkerwanderung aus der Dritten oder Vierten Welt erklärbar sein, sondern nicht zuletzt durch die Unfähigkeit, an Wertentscheidungen, die sich bewährt haben, konsequent festzuhalten.

Mit anderen Worten: Auch ein eigener, hausgemachter, ganz und gar prosaischer Wille zum Pragmatismus könnte unsere Werteordnung langsam aber sicher aushöhlen, und dies wirft die Frage auf: Haben wir überhaupt noch eine Elite, die fähig wäre, Entscheidungen von Wert als Grundlage gesellschaftlich notwendiger Strategien rechtsverbindlich in die Welt zu setzen, oder werden überkommene, von den Gründungsvätern ererbte Wertentscheidungen nur noch verwaltet, oder, je nach Interessenlage, modifiziert?

Es gibt keine Gesellschaftsformation ohne Eliten, aber es gibt Umstände, die diesen Tatbestand unerheblich machen, weil sich keine Elite mehr zur Geltung bringen kann. Dann sinkt das Niveau gesellschaftspolitischer Anforderungen. Anzeichen von Inkompetenz, von Entscheidungsschwäche, Ratlosigkeit, also von Selbstauszehrung werden sichtbar. Man wählt den bequemsten Weg, fordert, einer wirtschaftspolitischen Lappalie wegen, das Grundgesetz zu ändern, und wer sich lobbyistischer Einflussnahme nicht entziehen kann, wer sich in innerparteilichen Grabenkämpfen verliert, wer der Ökonomisierung des öffentlichen Lebens, auch in der Sphäre der Rechtssprechung, Tür und Tor öffnet, wer Woche für Woche nach den Umfragewerten der Meinungsforschungsinstitute schießt, wie sollte der in der Lage sein, nein besser noch, wie sollte der ein Interesse daran haben, sich um den Erhalt einer Werteordnung zu bemühen, die nicht nur dem aktuellen Tagesgeschehen, sondern auch der Erfahrung ihrer Vergänglichkeit geschuldet ist!

Damit schließt sich der Kreis. Zwar wurde im 19. Jahrhundert die gedachte und empfundene Einheit von transzendenter und immanenter Welt aufgehoben, und seit Beginn des 20. Jahrhundert ließe sich das Bürgerli-

che Gesetzbuch als Nachweis einer universellen Autonomie des menschlichen Willens zu Recht und Gesetz lesen, aber ist der Mensch, der sich sozial und weltanschaulich befreit hat, wirklich in der Lage, eben diesen Willen, ganz allein auf sich gestellt und ohne irgendeinen, meinetwegen auch nur gedachten, Transzendenzbezug durchzuhalten?

Bei aller Autonomiebeflissenheit: Für mich war es, wenn ich der Vereidigung neuer Minister durch den Bundestagspräsidenten im Fernsehen zusah, immer wichtig und beruhigend, neben der juristisch ausgeklügelten Eidesformel, mit der die Kandidaten ihr bestes Wissen und Gewissen gelobten, auch den Zusatz: „So wahr mit Gott helfe“ zu hören. Denn dies gehörte schließlich auch zum Befund der europäischen Aufklärung, dass der Mensch zu einer gewissen Demut fähig sein muss, weil er seine Autonomie nur aus dem Gesamtzusammenhang der Welt geliehen bekommen hat, und alle Versuche, diesen Sachverhalt aufzulösen, sind bisher gescheitert.

Insofern ist Wittgensteins Behauptung, die Ethik sei transzendental, keineswegs überholt, ebenso wenig Kants praktische Vernunft, deren Anstrengung zur Ethik einzig und allein durch den Gottesbezug abgesichert werden kann, und Freiheit wäre nach Hegel tatsächlich Einsicht in eine höhere Notwendigkeit. Die Alten wussten schon, wie sie den Relativismus der menschlichen Seinsstruktur überlisten konnten, nur: Wir können die Zuversicht des pantheistischen Zeitalters leider nicht mehr herbeizaubern. Wir müssen unsere Entschlossenheit zum Wahren, Schönen, Guten heute ohne jeden Gottesbezug absichern, und vielleicht sollten wir dem Rat Benedikt XVI. folgen, den er der säkularisierten Welt anempfohlen hat, nämlich: Wenn uns der Glaube an die Existenz Gottes schon nicht mehr gelingt, sollten wir wenigstens so handeln, als ob es Gott gäbe.

Lassen Sie mich, auch auf die Gefahr hin, dass ich mich wiederhole, nochmals zusammenfassen:

Dass Wertentscheidungen als Grundlage von Rechtsordnungen dienen, versteht sich von selbst. Aber dies wäre zunächst einmal nichts anderes als reine Nomenklatur. Der Wertbegriff muss sich konstituieren, und wir wissen seit Schopenhauer und Nietzsche, dass der menschliche Intellekt in der Lage ist, Gut und Böse ununterscheidbar gegeneinander auszuspielen und dass nicht die sittliche Vernunft, sondern der Wille zur Macht die Zivilisation majorisiert.

Das Wertesystem der Parlamentarischen Demokratie bezieht sich deshalb nicht auf rationalistische oder naturrechtliche, sondern auf religionsphilosophische Vorgaben des 18. und 19. Jahrhunderts, und nur durch eine Sekundäranstrengung, durch die Wiedergewinnung einer verloren gegangenen Transzendenzbezogenheit, werden wir uns die Fähigkeit bewahren, neue, ethisch fundierte Wertentscheidungen zu treffen und rechtsverbindlich zu fixieren. Und der Begriff Transzendenzbezogenheit ist hier nicht als Hinweis auf die Vorstellungswelt einer konfessionell gebundenen Religion gemeint oder auf Schellings Forderung nach einer Selbstbegrenzung der Vernunft. Er umschreibt lediglich unser Eingeständnis, dass das Vermögen des Menschen zur Ethik, da es im Fegefeuer alltäglicher Lebensäußerungen immer wieder verbraucht wird, nicht nur in seiner konkreten, realisierbaren Form, sondern auch als Abstraktum, als unerreichbares und damit unzerstörbares An-und-für-sich ernst genommen werden muss.

Mit anderen Worten: Wir können in unseren Wertentscheidungen dem Relativismus, der unsere gesamte Seinsstruktur beherrscht, nicht entgehen, müssen aber so tun, als wäre das Grundgesetz, das wir uns geschaffen haben, wie Hegel es ausdrückt, „die realisierte Freiheit, der absolute Endzweck der Welt.“ Denn das Gute ist die Idee, die jede aus den Fugen geratene Wirklichkeit überdauert, dies lehrt uns die Geschichte überwundener totalitärer Werteordnungen, und wir können unsere Werteordnung nicht allein mit den Mitteln der Rechtspflege, wir müssen sie auch metaphysisch in Ehren und damit am Leben erhalten.

Eine Politik der totalen weltlichen Autonomie, die sich höheren Orts nichts aber auch gar nichts vorschreiben lässt und die den Pragmatismus zur Maxime ihres Denkens und Handels erhebt, wäre jedenfalls nicht in der Lage, ein demokratisches Gemeinwesen, wie wir es jetzt, Gott sei Dank, immer noch haben, ins nächste Jahrhundert zu führen.

AUTOREN UND HERAUSGEBER

*Walter Bajohr,
Leiter der Zentralabteilung Kommunikation und Medien,
Leiter der Journalisten Akademie und Bereichsleiter der Zentralredaktion
Print/Online der Konrad-Adenauer-Stiftung*

*Dr. Jürgen Gehb,
MdB, Rechtspolitischer Sprecher der CDU/CSU-Fraktion
im Deutschen Bundestag*

*RA Hermann Gröhe,
MdB, Mitglied des Vorstandes der Konrad-Adenauer-Stiftung und
Justiziar der CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag*

*Dr. Hans Michael Heinig,
wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Sozialrecht,
Staats- und Verwaltungsrecht und Allgemeine Staatslehre der
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg*

*Dr. Andreas Heusch,
Richter am Oberverwaltungsgericht, z. Zt. Referatsleiter im
Justizministerium NRW*

*Prof. Dr. Christian Hillgruber,
Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht der Rheinischen Friedrich-
Wilhelms-Universität Bonn*

*RA Christoph Kannengießer,
stellvertretender Generalsekretär der Konrad-Adenauer-Stiftung*

*Hartmut Lange,
Autor und Literaturpreisträger der Konrad-Adenauer-Stiftung 1998*

*Bundesminister Dr. Thomas de Mazière,
Chef des Bundeskanzleramtes*

*Dr. Ulrich Palm,
Lehrstuhl für Finanz- und Steuerrecht der Ruprecht-Karls-Universität
Heidelberg*