

Timo Marcel Albrecht\*

# Verfassungen sind stets mehr als die Summe ihrer Artikel

Was die juristischen Jubiläen des Jahres uns lehren können über Text und Kontext erfolgreichen Verfassungsrechts

*Der nachfolgende Beitrag wurde im Rahmen des Hanse-Essay-Wettbewerbs 2019 mit dem Ersten Preis ausgezeichnet. Die deutschlandweite Ausschreibung adressierte im Jubiläumsjahr 2019 unter dem Titel »Gelebte Verfassung – Lebendige Verfassung« Themen der Verfassungsgeschichte, -gegenwart und -zukunft. Ausgerichtet wurde der Wettbewerb vom Hamburgischen Verfassungsgericht, der Bucerius Law School sowie der Universität Hamburg vor dem Hintergrund von 100 Jahren Weimarer Reichsverfassung, 70 Jahren Grundgesetz und 30 Jahren Mauerfall.*

*Erstmals veröffentlicht in der Rubrik »Einspruch« der F. A. Z. am 22. Mai 2019, erscheint der Beitrag hier, leicht modifiziert und mit umfangreichen Nachweisen, mit freundlicher Genehmigung der Frankfurter Allgemeinen Zeitung.<sup>1</sup>*

## Jubiläen als Rückschau und Blick voraus

2019 war zweifelsohne ein Jahr reichhaltigen rechtlichen Erinnerns.

So standen gerade auch für die deutsche (Verfassungs-) Rechtsgeschichte im wahrsten Wortsinne denkwürdige runde wie halbrunde Jubiläen an: Zuvörderst war dies natürlich der 100. Geburtstag der Verfassung der ersten deutschen Republik – der *Weimarer Reichsverfassung* (WRV) – im Sommer dieses Jahres.<sup>2</sup> Damit zweifelsohne eng verwoben waren 100 Jahre praktiziertes *Frauenwahlrecht* in Deutschland, ein Jubiläum, welches an prominenter Stelle im »hohen Haus« des deutschen Parlamentarismus, z. T. in

den »Weißwesten« der Suffragetten, gebührend gewürdigt wurde.<sup>3</sup>

Schließlich war es aber auch die dem gegenwärtigen Gemeinwesen einen rechtlichen Rahmen gebende Grundordnung, also unser *Grundgesetz* (GG), das im Mai seinen 70. Ehrentag feierte!<sup>4</sup>

Gründe für große Geburtstagspartys gab es 2019 also genug!

Allerdings: Das aktuelle Jubiläumswort warf neben Licht auch Schatten: nämlich auf eine andere Verfassung, geformt auf der östlichen Seite des damals erst entstehenden Eisernen Vorhangs. Die Rede ist von der ersten von insgesamt drei Verfassungen der DDR, Baudatum: 7. Oktober 1949.<sup>5</sup> Ihrer wurde offiziell nicht groß gedacht, sie fehlte in vielen Reden zum Jubiläumswort – wenngleich sie mit den anderen Jubiläen vieles verbindet: mit dem aus Weimar am offensichtlichsten wohl das Scheitern des Systems, als dessen Rechtsrahmen sie konzipiert war.

Aus diesen Anlässen möchte dieser Beitrag nicht nur feiern, sondern auch fragen:

**3** Das 100-Jahr-Jubiläum bezog sich 2019 auf die Realisierung des reichsweiten Frauenwahlrechts durch die Wahlen zur Nationalversammlung vom 19. 1. 1919; rechtlich eingeführt wurde es bereits 1918 durch das neue Reichswahlgesetz vom 30. 11. (RGBl. 1918, S. 1345); als Geburtsstunde gilt der dies »mit Gesetzeskraft« antizipierende Aufruf »An das deutsche Volk« des Rats der Volksbeauftragten vom 12. 11. 1918; dazu und allgemein zur langen Vorgeschichte des Frauenwahlrechts: *Rosenbusch*, *Der Weg zum Frauenwahlrecht in Deutschland* (1998), insb. S. 446 ff.; zur Feierstunde im Deutschen Bundestag vgl. nur *Siebert* (Süddeutsche Zeitung), »Müssen aufpassen, dass der Zug nicht rückwärts fährt«. 100 Jahre Frauenwahlrecht in Deutschland, 17. 1. 2019, <https://www.sueddeutsche.de/politik/frauenwahlrecht-bundestag-suessmuth-bergmann-schaeuble-1.4292075>, zuletzt abgerufen am 9. 10. 2019.

**4** Verabschiedet wurde das Grundgesetz durch den Parlamentarischen Rat am 8. 5. 1949; die Feststellung der Annahme wurde von ihm am 23. 5. 1949 in Bonn getroffen; in Kraft trat es schließlich mit Ablauf des Tages seiner Ausfertigung, Verkündung (Art. 145 II GG) und Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt (BGBl. 1949, S. 1–20), also mit Ablauf des 23. 5. 1949. Eine gelungene, multiperspektivische Rückschau auf dieses Jubiläum liefert der Sammelband von Heinig/Schorkopf (Hrsg.), *70 Jahre Grundgesetz. In welcher Verfassung ist die Bundesrepublik?* (2019).

**5** Die erste DDR-Verfassung wurde am 19. 3. 1949 vom sog. Deutschen Volksrat nach eigenen Angaben »unter Beteiligung des gesamten Deutschen Volkes« beschlossen, vom Dritten Deutschen Volkskongress am 30. 5. 1949 bestätigt und trat nach Ausfertigung und Verkündung des Gesetzes über die Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik durch den Präsidenten der Provisorischen Volkskammer am 7. 10. 1949 in Kraft, s. GBl. der DDR 1949, S. 5–16 (v. a. S. 16).

\* *Timo Marcel Albrecht* studierte von 2012 bis 2019 Rechtswissenschaften an den Universitäten Göttingen, Aarhus und Genf. Seit April 2019 arbeitet er als Doktorand an der Georg-August-Universität Göttingen am Lehrstuhl für Deutsche Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht von Prof. Dr. *Eva Schumann* sowie im Rahmen einer Coaching-Tätigkeit für den Philip C. Jessup Moot Court auch am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Völkerrecht, von BVR Prof. Dr. *Andreas Paulus*.

**1** Einsehbar ist der Original-Beitrag unter folgender Adresse: <https://einspruch.faz.net/einspruch-magazin/2019-05-22/f1b7659a816e78bec50eb8627daab02c/?GEPC=s5>, zuletzt abgerufen am 9. 10. 2019.

**2** In der Weimarer Nationalversammlung beschlossen und verabschiedet wurde die WRV am 31. 7. 1919, unterzeichnet am 11. 8. 1919 (RGBl. 1919, S. 1418, unter Art. 181) und in Kraft trat sie drei Tage später mit Verkündung im Reichs-Gesetzblatt am 14. 8. 1919; veröffentlicht ist sie in: RGBl. 1919, S. 1383–1418.

Eine lesenswerte Rückschau auf 100 Jahre WRV bietet der Sammelband von Dreier/Waldhoff (Hrsg.), *Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung* (2018).

Was lässt eine Verfassung erfolgreich werden? Mit anderen Worten: Was macht eine lebendige Verfassung zur *gelebten* und was hält eine gelebte *lebendig*? Weiterhin: Welche Erkenntnisse ziehen wir daraus für unser Hier und Jetzt, welche für die Zukunft: Welchen Weg wies Weimar? Quo vadis, Grundgesetz? Was muss sein, damit letzteres weiterhin relevanteste Richtschnur unserer Rechtsordnung bleibt?

### Die Notwendigkeit gerechten Rechts

Die erste Antwort, die vielen sofort in den Kopf schösse, wäre wohl: »gerechtes Recht«. Denn: Eine Rechtsordnung, die ungerecht ist,<sup>6</sup> können wir uns nicht als dauerhaft stabil vorstellen. Wenn nicht kurz- oder mittelfristig, dann aber doch definitiv langfristig muss solch ein System kollabieren, unter der Last enttäuschter Erwartungen und erdrückender Erfahrungen also zusammenstürzen. Dann ist die Zeit reif für die Revolution.

Ein Blick in den rechtsgeschichtlichen Rückspiegel mag dies bestätigen: Ging nicht die DDR unter, weil sie ihren Bürgern ungerechtes Recht oktroyierte oder weil, wie manche meinen, gar ein »Unrechtsstaat«<sup>7</sup> sein Unwesen trieb? Aber schon

<sup>6</sup> Das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit füllt ganze Bibliotheken und beschäftigt noch immer – polarisiert in rechtspositivistischer »Trennungsthese« und überpositiver »Verbindungsthese« – rechtsphilosophische Grundsatzdebatten; besonders hingewiesen sei auf die vom bekannten Rechtsphilosophen und ehemaligen Weimarer Reichsjustizminister *Gustav Radbruch* entwickelte sog. *Radbruch'sche Formel*, welche er 1946 in Auseinandersetzung mit den Rechtsnormen des NS-Unrechtsstaates erstmals wie folgt formulierte: »Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive [...] Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als »unrichtiges Recht« der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur »unrichtiges« Recht, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinne nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen«, s. *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1946, S. 105 (107). In der Folge wurde *Radbruchs* wirkmächtige Formel breit rezipiert, kontrovers diskutiert sowie u. a. auch vom Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht wiederholt – v. a. in Auseinandersetzung mit NS-Unrecht (vgl. BGHZ 3, 94 (107) sowie BVerfGE 23, 98 – »Ausbürgerung I«) oder mit Erschießungen von flüchtenden DDR-Bürgern an der ehemaligen innerdeutschen Grenze bei den »Mauerschützenprozessen« (vgl. BGHSt 41, 101 sowie BVerfGE 95, 96 – »Mauerschützen«, jeweils aber auch begleitet von Kritik) – aufgegriffen.

<sup>7</sup> Zu der intensiv geführten und zuletzt im Oktober 2019 wieder aufgeflamten Debatte vgl. nur *Hüttmann* (im Gespräch mit *Fromm*, NDR), <https://www.ndr.de/geschichte/Der-Begriff-SED-Diktatur-trifft-es-besser,unrechtsstaat100.html>, zuletzt abgerufen am 9.10.2019; *Birthler* (im Gespräch mit *Koldehoff*, Deutschlandfunk), »DDR war auf Unrecht gegründet«, 8.10.2019, [https://www.deutschlandfunk.de/birtherler-zur-ddr-debatte-ddr-war-auf-unrecht-gegruendet.691.de.html?dram:article\\_id=460565](https://www.deutschlandfunk.de/birtherler-zur-ddr-debatte-ddr-war-auf-unrecht-gegruendet.691.de.html?dram:article_id=460565), zuletzt abgerufen am 12.10.2019; differenzierend *Böckenförde*,

ein Blick auf die WRV als weiteren Jubilar macht stutzig: War sie etwa »ungerecht«, z. B. indem sie in Grundrechten bloße Programmsätze<sup>8</sup> sah oder die Machterschleichung<sup>9</sup> *Hitlers* nicht verhinderte? Solch einen Schluss würde man wohl scheuen – zu Recht.

Denn gerechtes Verfassungsrecht ist sicherlich notwendige, aber noch lange nicht hinreichende Bedingung für eine erfolgreiche, lebendige und gelebte Verfassung.

Wenn aber eine erfolgreiche Verfassung mehr ausmacht als nur die Summe gerechter Rechtssätze, welcher Faktoren bedarf es über die bloßen Summanden hinaus noch?

### Von der Wichtigkeit der Verfassungswirklichkeit

Verfassungstexte wirken nie nur *als* Text, sondern müssen sich stets messen an dem, was man *Verfassungswirklichkeit*<sup>10</sup> nennt. Auch dies übrigens belegt die DDR-Verfassungs-

Rechtsstaat oder Unrechtsstaat? Begriffsklärung, 11. 5. 2015, aktualisiert am 13. 5. 2015, <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/war-die-ddr-ein-unrechtsstaat-13587574.html>, zuletzt abgerufen am 9.10.2019; grundlegender ferner *Hansack*, Unrechtsstaat DDR. Zur Genesis des Terminus politicus *Unrechtsstaates* nach der Transformation 1989. Versuch einer historischen Bestandsaufnahme, Frankfurt am Main 2015, der mangels klarer Definitionen konstatiert, »Unrechtsstaat« sei inzwischen zu einem politischen Kampfbegriff geworden.

<sup>8</sup> Die Einstufung sämtlicher Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung als bloße Programmsätze ist dabei ungenau und »verzerrt«, wie *Dreier*, Staatsrecht in Demokratie und Diktatur (2016), S. 50 ff., berechtigterweise anmerkt. Versteht man den Begriff »Programmsatz« als Absichtserklärung durch den Verfassungsgeber oder einen nur vagen Auftrag an den einfachen Gesetzgeber, so trifft die Einstufung insbesondere nicht auf die auch in der WRV enthaltenen klassischen Abwehrgrundrechte (wie etwa Meinungs- oder Versammlungsfreiheit) zu, welche sehr wohl »aktuell geltendes, anwendbares und vollziehbares Recht« waren (*Dreier*, a. a. O., S. 51), das Verwaltung wie auch Gesetzgeber band. Insbesondere auf die innovativen sozialen Grundrechte traf eine solche Einstufung allerdings durchaus zu. Für alle Zweifelsfälle dazwischen stritt eine Vermutung zugunsten der stärksten juristischen Wirkungskraft, s. *Thoma*, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: Hans Carl Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Bd. I, Allgemeine Bedeutung der Grundrechte und die Art. 102–117 (1929), S. 1 ff. (9). Die Grundrechte der WRV waren aber allesamt, nicht zuletzt durch das Fehlen der Verfassungsbeschwerde, weit entfernt von den starken subjektiv-öffentlichen und per Verfassungsbeschwerde einklagbaren Grundrechten des Grundgesetzes.

<sup>9</sup> Der früher oft gebrauchte Terminus der »*Machtergreifung*« wird heute in der Geschichtswissenschaft eher vermieden oder, wenn überhaupt, nur in Anführungszeichen gebraucht, vgl. grundlegend aber auch *Frei*, »Machtergreifung«. Anmerkungen zu einem historischen Begriff, Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte 1983, S. 136–145. Stattdessen ist oft die Rede von der *Machtübertragung* an die Nationalsozialisten, um die am 30.1.1933 tatsächlich nach demokratischen Wahlen erfolgte Übernahme der Regierungsgeschäfte durch die Regierung Hitler zu bezeichnen. Von einer »Machterschleichung« spricht auch *Di Fabio*, Die Weimarer Verfassung. Aufbruch und Scheitern. Eine verfassungshistorische Analyse (2018), S. 5.

<sup>10</sup> Dieser zunächst durch *Carl Schmitt* geprägte Begriff war und ist freilich im Hinblick auf seinen genauen Gehalt und Mehrwert umstritten; vgl. ferner *Hennis*, Verfassung und Verfassungswirklichkeit. Ein deutsches Problem (1968) und *Leibholz*, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit (1955).

geschichte: Sozialistischer Staatsauffassung formulierungsmäßig noch unverdächtig, gibt die Präambel der ersten DDR-Verfassung (anders als ihre Nachfolger) eine Leitidee vor, die heute wortwörtlich so auch im Grundgesetz stehen könnte: nämlich den Willen, »die Freiheit und die Rechte des Menschen zu verbürgen, das Gemeinschafts- und Wirtschaftsleben in sozialer Gerechtigkeit zu gestalten, dem gesellschaftlichen Fortschritt zu dienen, die Freundschaft mit anderen Völkern zu fördern und den Frieden zu sichern.« Aus Sicht von Opposition und Bürgern, die mit staatlich verordneter Meinung wenig anfangen konnten, wirkten diese Versprechen aber von Anbeginn an leer und wie ein Buch, das das Papier nicht wert war, auf dem es gedruckt stand.

Gerade für Verfassungen gilt also, dass gute Versprechungen *allein* nicht reichen, um legitim und lebendig, gelebt und geliebt zu bleiben. Die DDR hat darin trotz hehrer Verfassungsziele versagt. Das Grundgesetz dagegen hat Wort gehalten, jedenfalls zum allergrößten Teil, und blieb nicht zuletzt daher *die* legitime Ordnung des Landes. Für die Zukunft folgt daraus der Rat, dass es auf diesem Pfad weiterwandeln sollte. Meinungsfreiheit muss für alle gelten, Menschenwürde erst recht, auch was Arbeitsbedingungen oder Freiheit vor Herabwürdigungen angeht. Zwar ist zweifellos von Verfassungsversprechen vorrangig der Staat verpflichtet. Die von der Verfassung vorgegebene Werteordnung<sup>11</sup> muss aber auch in private Gefilde ausstrahlen, sonst wirken die warm formulierten Artikel in einer Marktwirtschaft höchstens wie kalt klingender Hohn.

### Auch Böckenförde hat noch immer Recht

Eine weitere, zentrale Gelingensbedingung erfolgreicher Verfassungen drückt sich darüber hinaus in dem Dilemma aus, welches der langjährige Verfassungsphilosoph und -richter *Ernst-Wolfgang Böckenförde* bereits 1976 beschrieb: »Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann.« Es sei dies »das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. Als freiheitlicher Staat kann er einerseits nur bestehen, wenn sich die Freiheit, die er seinen Bürgern gewährt, von innen her, aus der moralischen Substanz des einzelnen und der Homogenität der Gesellschaft, reguliert. Andererseits kann er diese inneren Regulierungskräfte nicht von sich aus, das heißt mit den Mitteln des Rechtszwanges und autoritativen Gebots zu garantieren suchen, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben.«<sup>12</sup> Über die Notwendigkeit einer homogenen

Gesellschaft indes lässt sich sicher streiten bzw. ist generell fraglich, ob es eine solche überhaupt je gegeben hat oder angesichts der Verschiedenheit menschlicher Existenz je geben wird. Versteht man Homogenität hingegen als von möglichst allen getragene Überzeugung von der Richtigkeit des Rechtsrahmens Verfassung, so hat die Begrifflichkeit durchaus ihren Sinn. Denn *Böckenförde* bezweckte zwar einerseits ein Umschmeicheln des katholischen Milieus, um dieses für das Grundgesetz zu erwärmen und als unerzwingbare Legitimitätsreserve zu loben. Andererseits zeigt die davon abstrahierte Formulierung mit Verve, dass selbst die beste Verfassung nur so lange lebendig bleiben wird, wie die sie tragende Gesellschaft es will, solange sie also »gelebt« wird. Legitimität kann nicht erzwungen werden – dies verkörpert die Weimarer Reichsverfassung ebenso wie ihre heutige Deutung als »gute Verfassung in schlechter Zeit«<sup>13</sup>.

Neben ihrer *Verfassung* ist daher stets auch die *Verfasstheit* einer Gesellschaft entscheidend, d.h. der Wille der Bürger, sich hinter den Werten und Wertungen der rechtlichen Grundordnung proaktiv-stützend zu versammeln. An Letzterem aber fehlte es, jedenfalls gegen Ende hin, in Weimar. Das Diktum der damaligen »Demokratie ohne Demokraten«<sup>14</sup> dominiert deshalb noch immer den verfassungsgeschichtlichen Diskurs. So stand die »Weimarer Koalition« der Gemäßigten nicht nur für die demokratiebejahenden, sprich staatstragenden, Parteien, sondern 1919 sogar für 75 % der Stimmen – leider jedoch hatte sie das Problem, dass ihr *peu à peu* willige Wähler wegliefen.<sup>15</sup>

Eine lebendige Verfassung braucht also auch künftig eine lebendige Gesellschaft. Beim Blick auf heute kann es indes nur heißen: Zu Angst und Bange besteht *kein* Anlass. Herausforderungen vom radikal linken und radikal rechten Rand existieren zwar, in jüngster Zeit zugegebenermaßen auch stärker als zuvor. Aber der vielbeschworenen Parallele zu Weimar fehlen entscheidende Elemente: Bürgerkriegs-ähnliche Zustände wie damals oder streunende Straßenmobs sind nirgends ersichtlich; nach inzwischen Jahrzehnten repräsentativer Demokratie kann von einer Gewöhnung der früher als obrigkeitshörig verschrienen Deutschen aus-

zuletzt abgerufen am 9.10.2019); u.a. zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte des *Böckenförde-Diktums* gibt der Sammelband von Große Kracht/Große Kracht (Hrsg.), *Religion – Recht – Republik. Studien zu Ernst-Wolfgang Böckenförde* (2014), fundiert Auskunft.

<sup>13</sup> Vgl. *Gusy*, 100 Jahre Weimarer Verfassung. Eine gute Verfassung in schlechter Zeit (2018).

<sup>14</sup> Dazu auch *Wahl*, Die Weimarer Verfassung: Eine Demokratie ohne genügend Demokraten, Freiburger Universitätsblätter, Heft 209, September 2015, S. 9.

<sup>15</sup> Einen eindrücklichen Überblick darüber bieten der *Deutsche Bundestag*, Reichstagswahlergebnisse und Mandate in der Weimarer Republik, <https://www.bundestag.de/resource/blob/190456/f8d637d1039a06a614cff0264f8b5d10/reichstagswahlergebnisse-data.pdf>, zuletzt abgerufen am 9.10.2019, und das *Statista Research Department*, Ergebnisse der Reichstagswahlen in der Weimarer Republik in den Jahren 1919 bis 1933, 14.6.2008, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/275954/umfrage/ergebnisse-der-reichstagswahlen-in-der-weimarer-republik-1919-1933/>, zuletzt abgerufen am 9.10.2019.

<sup>11</sup> Die Begrifflichkeit der »objektiven Wertordnung«, die das Grundgesetz und primär die Grundrechte errichteten, wurde v.a. vom Bundesverfassungsgericht in der berühmten *Lüth*-Entscheidung (BVerfGE 7, 198 (205)) 1958 in die Debatte eingeführt.

<sup>12</sup> Das 1967 erstmals veröffentlichte Diktum ging auf einen Aufsatz zurück, welchen *Böckenförde* anlässlich eines von *Ernst Forsthoff* organisierten Ferienseminars 1964 schrieb; s. *Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien*, Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag (1967), S. 75–94; mit einigem Abstand äußerte sich *Böckenförde* noch einmal 2009 klarstellend über sein Diktum (z. B. zum Hintergrund seines Aufsatzes und zu seinem Homogenitäts-Verständnis): *Böckenförde*, im Gespräch mit *Rath*, »Freiheit ist ansteckend«, taz, 23.9.2009, S. 4 (auch online abrufbar unter <https://taz.de/!576006/>,

gegangen werden. Heute haben wir etwas, was früher nicht war: eine Demokratie mit – vielen – Demokraten!

### Ein Jubiläum im Guten: 30 Jahre Mauerfall als Vorbild

Daran übrigens erinnerte 2019 ein weiterer Termin im Jahres-Jubiläumskalender, der in jüngerer Zeit wohl mit den positivsten politischen Emotionen, nicht nur in Deutschland, verbunden sein dürfte: Der Fall der Berliner Mauer, der sich am 9. November – dem zum »Schicksalstag« ausgerufenen Kristallisationstag wechselvoller deutscher Geschichte – zum 30. Mal jährte.

Es waren mutige Bürger, die trotz in Aussicht stehender staatlicher Strafen für ihre natürlichen Rechte auf freie Meinungsäußerung, auf Systembesserung die Straßen in Anspruch nahmen, die zeigten, dass in einer echten Demokratie sie, das Volk, es sind, von denen die Macht im Staate ausgeht. Dass heute unter gleichem Motto *einige* auf die Straße gehen, dabei behauptend, *viele* zu sein und die Meinung *aller* zu vertreten, ist nur paradoxe Pervertierung des eigentlich Gemeinten. Anders als früher wurde daraus nämlich nie ein Massen-, eher ein Medienphänomen. Jenes jüngere Freudenfest vor 30 Jahren aber ist es, das noch heute mit Macht ins kollektive Gedächtnis ruft, welche Sehnsuchtsideale die Werte darstellen, die unser Grundgesetz seit nunmehr 70 Jahren verkörpert: eine menschenwürdige, freiheitliche Ordnung, in der der Staat um der Bürger willen da ist und *nicht* der Bürger für den Staat!<sup>16</sup>

Dieser aus der Vergangenheit gespeiste Stolz erhalte Optimismus auch für die Zukunft!

### Lob des Lobbyismus und Mut zum Mitmachen: Frauenwahlrecht und Gleichberechtigung der Geschlechter

Dass eine gute Verfassung stets mehr ist als die Summe ihrer Artikel, ist nach alldem also belegt. Dass grundlegende Rechte historisch-faktisch nicht selbstverständlich sind, sondern *wurden*, beweist ein weiteres Jubiläum: 100 Jahre Frauenwahlrecht in Deutschland. Es ist ein heute selbstverständliches Symbol für die Gleichberechtigung der Geschlechter, allerdings auch eines, das über lange Zeit v. a. von den betroffenen und stimmlos gemachten Frauen selbst erkämpft werden musste. Nach dem Wegfegen der alten monarchischen Ordnung 1918 war es endgültig »reif« zur Realisierung. Denn: »Menschenrechte haben kein Geschlecht«, wie schon die Frauenrechtlerin *Hedwig Dohm* in den 1870ern betonte.<sup>17</sup> Dass etwas heute so natürlich Scheinendes so selbstverständlich wurde, dass jede andere Regelung zu Recht anmutet wie eine Regel aus einem Land vor unserer Zeit, geschah *damals* und geschieht *niemals*

ganz von selbst: Es bedarf stets einer starken Lobby, starken Engagements, starken Streitens für eine richtige Sache, um solche Reformen anzustoßen und schließlich durchzusetzen. Denn zwar war die im damaligen internationalen Vergleich durchaus progressive Einführung des Frauenwahlrechts ein Leuchtfeuer gelingender Gleichberechtigung. Dass dies dennoch nicht das »Ende der Geschichte« von der Emanzipation sein sollte, ist jedem klar, der schon einmal die Causa »Gleichberechtigungsgesetz 1957/58« studiert hat,<sup>18</sup> die erst in den 1990ern erfolgte Emanzipation im ehelichen Namensrecht<sup>19</sup> sowie das auch heute noch nicht vollumfänglich realisierte Verfassungsversprechen aus Art. 3 II 2 GG. Denn noch immer gilt das auf den Grabstein der Frauenrechtlerin *Minna Cauer* gravierte und im Bundestag aus Anlass des runden Jubiläums beschworene Lob langandauernden Lobbyismus':

»Nicht auszuruhen, denn es ist noch nicht vollendet, was wir begonnen haben.«<sup>20</sup>

»Nicht auszuruhen« bleibt also als Lehre für alle, für heute und morgen. Und weiter: Schrecke vor Rückschlägen nicht zurück, wirb engagiert für das Gute, lebe als Lobbyist für Deine Sache und die der Deinen! Denn: Nicht immer haben Betroffene genug Möglichkeiten zum Lobbyismus in eigener Sache: Anders als damals beim Streiten für Rechte von Frauen, Arbeitern und der LGBTI-Community fehlen solche Artikulationsmöglichkeiten heute z. B. meist bei Flüchtlingen, Armen oder der lebenden Umwelt. Solidarischer Lobbyismus ist insofern angezeigt für die mit stärkerer Stimme.

Lehrreich also bleibt, dass Optimismus und Beharrungsvermögen sich zwar nicht notwendig heute lohnen mögen, aber morgen oder übermorgen bestimmt! Verfassung und Wandel sind zwei Seiten derselben Medaille und dieser Wandel ist gestaltbar durch lebendigen Lobbyismus für die gute Sache! Er wurde und wird angetrieben durch engagierte Bürger, die erkennen, dass Demokratie nicht nur das Recht aller, sondern auch eine Obliegenheit in eigener Sache ist. Die sprichwörtlichen Beine in die Hand zu nehmen, zumindest keine Chance auszulassen für geschenkte und erkämpfte (Wahl-)Rechte (z. B. dieses Jahr am 26. Mai zugunsten von Europa), sich selbst zu engagieren, auch politisch, kann Inspiration dafür sein. Denn das heutige Niveau an Rechten und Gleichheit, an rechtlicher Gerechtigkeit, ist ein sehr, sehr hohes. Dass dieses auch absinken kann nach unten, das verdeutlichen »illiberale Demokratien« um uns herum in leider größer werdender Zahl. Verfassungsgeschichtliche Lehre für die Zukunft kann insofern auch dies sein: Mahnung zum Mitmachen und Mut zum Mitmischen!

<sup>16</sup> Diese liberale Auffassung fand zudem *expressis verbis* Eingang in den im Sommer 1948 erarbeiteten Herrenchieser Entwurf zu Art. 1 I des Grundgesetzes.

<sup>17</sup> *Dohm*, Der Frauen Natur und Recht. Zur Frauenfrage zwei Abhandlungen über Eigenschaften und Stimmrecht der Frauen (1876), S. 185; zu *Hedwig Dohm* als Person: *Brandt*, »Die Menschenrechte haben kein Geschlecht«. Die Lebensgeschichte der Hedwig Dohm (2000).

<sup>18</sup> Vgl. nur *Deutscher Bundestag*, Vor 60 Jahren: Bundestag beschließt Gleichberechtigungsgesetz, 26.4.2017, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw17-kalenderblatt-gleichberechtigungsgesetz-504286>, zuletzt abgerufen am 9.10.2019.

<sup>19</sup> Dazu *Diederichsen*, Die Neuordnung des Familiennamensrechts, NJW 1994, S. 1089–1097.

<sup>20</sup> Zitiert nach *Siebert* (Fn. 3).

Nur so bleibt eine Verfassung eine »gelebte« und unser Rechtsstaat Realität.

### Das Bundesverfassungsgericht als Lieferquelle von Lebendigkeit

Zum Lebendighalten einer »gelebten« Verfassung sind neben *Personen*<sup>21</sup> aber auch *Institutionen* berufen. Die heftige Debatte zu Zeiten Weimars um die Frage, wer denn »Hüter der Verfassung« sei, mag dies veranschaulichen. Meinte *Carl Schmitt* damit noch den Reichspräsidenten,<sup>22</sup> setzte *Hans Kelsen* vorausschauend auf die Verfassungsgerichtsbarkeit –<sup>23</sup> wobei diese während 14 Jahren Weimar, v. a. im Vergleich zum Nachfolger heute, völlig unterentwickelt war und in der Verfassung von 1871 nicht einmal vorgesehen.<sup>24</sup> Es waren damals schlicht zu wenige Fälle, dank derer das oberste Gericht Rechtsklarheit wie auch neues Verfassungsrecht schaffen konnte. Denn: Gerade Letzteres leistet ein solches Höchstgericht doch immer *auch*.

Ein starkes Verfassungsgericht ist letztlich Garant für eine starke Verfassung, sozusagen »Staatsstabilisator«. Es übernimmt auf Rechtsprechungsseite die – natürlich auch der Politik obliegende – Schöpfungsaufgabe, aus der immersprudelnden Inspirationsquelle Verfassung die Wertentscheidungen herauszufiltern, die es angesichts veränderter tatsächlicher Umstände braucht, um im Einklang mit juristischer Methodik daraus neue verfassungsrechtliche Antworten zu formulieren. Dieser Aufgabe sind die Karlsruher Richter mit respektabler Arbeit immer wieder nachgekommen – genannt seien nur die Entdeckung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und erst 2008 des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (»IT-Grundrecht«<sup>25</sup>). Die Wertentscheidungen dazu hatten die Eltern des Grundgesetzes bereits getroffen, d. h. die »wertentscheidenden Grundsatznormen« formuliert gehabt: Der Schutz der Menschenwürde (Art. 1 I GG) wie auch der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG) waren schon 1949 kodifiziert. Dem Bundesverfassungsgericht gelang schließlich das Kunststück, daraus angesichts neuer Technologien neue, schlagkräftige Grundrechte zu formen.

Mithin sind es stets auch die für die Wahrung und Interpretation der Verfassung zuständigen – unabhängigen! – *Institutionen*, die eine Verfassung lebendig und lernfähig halten. Vor ihnen müssen Bürger ihre in der Verfassung ver-

21 Deren Wichtigkeit, gerade als »Persönlichkeiten« in entscheidenden Führungspositionen des politischen Systems, betont *Di Fabio* (Fn. 9), S. 250 f., S. 254, u. a. mittels der Kontrastierung *Friedrich Eberts* mit *Paul von Hindenburg*.

22 Dazu insgesamt *Schmitt*, *Der Hüter der Verfassung* (1931), sowie bereits *ders.*, *Der Hüter der Verfassung*, AöR 1929, S. 161–237.

23 *Kelsens* berühmte Replik erschien zuerst unter dem Titel »Wer soll Hüter der Verfassung sein?« in: *Die Justiz* 6 (1931), S. 5–56, und findet sich abgedruckt auch in: *Klecatsky* (Hrsg.), *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Band II, 1968, S. 1873–1922, und in *van Ooyen* (Hrsg.), *Wer soll Hüter der Verfassung sein?* (2008), S. 58–106.

24 S. nur *Maunz/Dürig/Walter*, GG, 87. EL (März 2019), Art. 93 Rn. 30 ff.

25 Dazu BVerfGE 120, 274 ff.

ankerten Rechte einklagen können, notfalls auch *gegen* den Willen der Herrschenden. Sie zu achten *und* zu schützen *und* zu stärken, das muss auch zukünftig Pflicht der Politik sein. Ein »Pakt für den Rechtsstaat«<sup>26</sup> ist dabei ein erster, aber natürlich nicht letzter Schritt.

### Auch Verfahren lassen Verfassungen lebendig werden

Abschließend sei angemerkt, dass eine Verfassungsgerichtsbarkeit ohne funktionierendes *Verfahrensrecht* kein leistungsstarker Lebensbewahrer einer Verfassung sein kann. Ein Blick zurück in die Babystube der Bundesrepublik belegt, dass es erst die Einführung der Verfassungsbeschwerde 1951 und symbolisch ihre spätere verfassungsrechtliche Verankerung 1969 waren, die den Gang nach Karlsruhe grundsätzlich für alle begehbar machten und so Verfassungsrecht vermenschlichten. Ein Gericht braucht eine kritische Masse an Verfahren, um Verfassungsrecht hüten und entwickeln zu können. Eben dieser »Nachschub« bedarf aber auch verfahrensrechtlicher Absicherung.

In Weimarer Zeiten hingegen war das Verfassungsgericht kein »echtes« im heutigen, umfassend verstandenen Sinne, sondern bloß Staatsgerichtshof, der zudem als nicht ständiges Gericht nur bei Bedarf beriet. Dies hätte eigentlich dazu führen müssen, dass sich das Gericht in Demut davor hütet, sich den Hut eines »Hüters der Verfassung« selbst aufzusetzen – 1927 tat es dies *expressis verbis* dennoch.<sup>27</sup> Dabei mahnten eine erschreckend niedrige Anzahl an Verfahren, nämlich weniger als 180 – und zwar nicht pro Jahr, sondern in mehr als einer Dekade zwischen 1920 und 1933! – zu Bescheidenheit.

Was bleibt ist die Erkenntnis, dass zu einer lebendigen Verfassung auch lebendiges Verfahrensrecht gehört. Dass einem dann vor weiteren 70 Jahren (und mehr) nicht Angst und Bange sein muss, beweist eindrücklich der US Supreme Court: Nur ein Jahr nach einem weiteren Jubilar dieses Jahres, nämlich der 230 Jahre alten US-Verfassung, erblickte dieser Hüter der *Constitution* das Licht der Verfassungswelt und hält, noch immer aktiv und dynamisch, auch heute den Verfassungsmethusalem jung und quicklebendig.

### Von Vertrauen, notwendigen Narrativen und erfolgreichen Erzählungen

Schließlich existiert noch ein anderer, durch die Jubiläen des Jahres vom öffentlichen Auge fokussierter Stabilisator. Die Rede ist von großen Leiterzählungen, viel verbreitet gerade in den Anfangsjahren der jungen Bundesrepublik

26 Dieser Pakt war bereits im Koalitionsvertrag der »Großen Koalition« von 2018 vereinbart worden: *CDU, CSU, SPD*, Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 19. Legislaturperiode, 7. 2. 2018, [https://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag\\_2018.pdf?file=1](https://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag_2018.pdf?file=1), zuletzt abgerufen am 9. 10. 2019, S. 123 ff.

27 StGH RGZ 118, Anhang S. 1 (4).

und handelnd v. a. von der Überlegenheit der Verfassung aus Bonn gegenüber jener aus Weimar.

So wurde die erst 1949 eingeführte Fünfprozenthürde als fundamentaler Fortschritt gefeiert: Endlich habe die Zersplitterung des Parlaments ein Ende, endlich gäbe es die Chance auf »stabile Verhältnisse«. Und auch das Ende der starken Stellung des Reichspräsidenten galt lange als »Lehre aus Weimar«, übersehend, dass gerade jene es war, die dem Demokraten *Friedrich Ebert* in den krisenreichen Anfangsjahren der Republik hinreichende Hebel in die Hand drückte, um die Stabilität des Staates zu sichern.<sup>28</sup>

Es waren dies Beispiele für eine Abgrenzung gegenüber dem durch Scheitern Delegitimierten mittels Selbstversicherung: »Wir haben das bessere System. Daher wandeln wir heute auf der sicheren Seite.« War dies nach der vorab erwähnten Kontextabhängigkeit jedes Verfassungstextes zwar nur bedingt richtig, so eignete sich aber die Erzählung *als solche* gut, den Kreis der Demokraten zu schließen und mit klarem »Cut« zu Weimar, auch rhetorisch, die Diskurse der jungen Demokratie zu stabilisieren.

*Vertrauen* in das Vermögen einer Verfassung also trägt zu erfolgreichem Verfassungsrecht, zu seiner Wirksamkeit in der Verfassungswirklichkeit, ebenfalls entscheidend bei.

Als Lehre für die Zukunft gesprochen bedeutet dies die Notwendigkeit stabilisierender Narrative, erfolgreicher Erzählungen also, an die jedenfalls der Großteil der Gesellschaft *glaubt*. *Fritz René Allemanns* Bonmot »Bonn ist nicht Weimar« stabilisierte *Adenauers* Republik gestern;<sup>29</sup> wir Heutigen sollten uns nicht »instabilisieren« lassen durch das Negativnarrativ, dass Berlin wieder Weimar sei. Zeitgenossen wie auch Bonner Bundesbürger sprachen damals von Weimars Verfassung als »schlechter Verfassung in schlechter Zeit«. Heute sehen Verfassungsrechtler in ihr gar eine »gute Verfassung in schlechter Zeit«. Vom Grundgesetz als einer »guten Verfassung in guter Zeit« zu sprechen, *das* sollte unser aller Narrativ auch für die Zukunft sein. Denn auch so bleibt eine gute Verfassung im besten Sinne eine lebendige. Wir tun gut daran, auch und gerade jetzt den Mut für solch vertrauensbildende Erzählungen aufzubringen. 70 Jahre eines erfolgreichen Erfahrungsschatzes enthalten Anschauungsmaterial genug!

### Weimar als Vorbild? Vom Verfassungstag als Feiertag

Die wichtigsten Gelingensbedingungen erfolgreicher Verfassungen sind somit genannt – unser Grundgesetz erfüllt zum Glück wohl alle davon. Eine revolutionäre Neuverfassung ist daher nicht nötig. Aber: Was fehlt noch zum vollständigen Verfassungsglück?

Manchmal steckt hinter Symbolhaftem Sinnhaftes und ein Blick in den Rückspiegel mag mancherlei Anregung bieten. Zwar erinnern sich wohl, wenn überhaupt, nur die

inzwischen etwa 18 000<sup>30</sup> über-hundertjährigen Deutschen an eine Praxis, die zwischen 1921 und 1932 jedes Jahr am 11. August zelebriert wurde und damals – leider – den Ruf »genoss«, eher abgehoben und akademisch-elitär begangen zu werden. Die Rede ist vom »Verfassungstag«.<sup>31</sup> Daran änderte auch das Engagement des zuständigen »Reichskunstwarts« *Edwin Redslob* jedes Jahr zum Tag der WRV-Unterzeichnung wenig – die geplanten »Freudenfeste der Republik« blieben bedauerlicherweise bloße Hirngespinnste des Weimarer »Zeremonienmeisters«. Selbst ein Volksfest vor dem Reichstag vermochte dies nicht zu ändern. Dass dieser Nationalfeiertag von der immer schwächer werdenden »Weimarer Koalition« aus SPD, DDP und Zentrum und nur als »Plan B« nach gescheiterter Kür des 1. Mai auserkoren wurde sowie auch noch die Hypothek des bloß Hingenommenen schwer auf der Verfassung lastete, all dies waren wohl damals ein paar Bürden zu viel.

Heute aber mag anderes gelten: Unser Grundgesetz erfreut sich größter Beliebtheit.<sup>32</sup> Und wer die globale Faszination für Pomp und Präsentation bei Feierlichkeiten etwa der britischen Royals betrachtet, kommt schnell zum Schluss, dass nur ein kleiner Schuss davon auch dem »GG« guttäte. Schlagkräftiger würde der Symboltag wohl, wenn man ihn mit staatlich verordneter Freizeit verbände: Ein freier Feiertag überall im Land höbe ihn zudem positiv ab vom Weimarer Vorbild, das diesen Status reichsweit nie erlangte. Im Verfassungsjubiläumjahr 2019 wäre eine entsprechende Entschließung, unterbreitet und getragen von allen im Bundestag vertretenen Fraktionen, jedenfalls sicher nicht nur schillernde Symbolik, sondern ein starkes Statement für Wert und Verdienst einer guten Verfassung! Diese Gelegenheit zu regelmäßiger Reflexion könnte aus einer ohne Frage »lebendigen« Verfassung zugleich eine tatsächlich »gelebte« machen.

### Quo vadis, Grundgesetz? Plädoyer zum Schluss: ein Schuss Optimismus!

Und heute? Was nehmen wir mit in die Zukunft aus dieser Tour d'Horizon durch mehr als 100 Jahre deutscher Verfassungsgeschichte?

Die Tour hat Gelingensbedingungen, aber auch -grenzen erfolgreicher Verfassungen identifiziert. Erfolgreiche Institutionen, gerade Gerichte, und effiziente Verfahren sind

<sup>30</sup> ZDF, Neuer Höchstwert erreicht. Immer mehr über Hundertjährige, 9.7.2019, <https://www.zdf.de/nachrichten/heute/zahl-der-ueber-hundertjaehrigen-neuer-hoehchstwert-erreicht-100.html>, zuletzt abgerufen am 9.10.2019.

<sup>31</sup> Hierzu und mit weiteren Nachweisen Poscher (Hrsg.), Der Verfassungstag. Reden deutscher Gelehrter zur Feier der Weimarer Reichsverfassung (1999).

<sup>32</sup> *Infratest dimap*, Das Grundgesetz: Ein Jubilar mit Bestnoten. Studie: 70 Jahre – Die Bundesrepublik und ihr Grundgesetz, Erhebungszeitraum: 27.2.–16.3.2019, repräsentative Zufallsauswahl unter der wahlberechtigten Bevölkerung Deutschlands als Grundgesamtheit, Frühjahr 2019, <https://www.infratest-dimap.de/umfragen-analysen/bundesweit/grundgesetzstudie/>, zuletzt abgerufen am 9.10.2019; demnach sagen u. a. 88 % aller Deutschen, das Grundgesetz habe sich gut oder sehr gut bewährt.

<sup>28</sup> Vgl. *Di Fabio* (Fn. 9), S. 6 und 248.

<sup>29</sup> *Alleman*, Bonn ist nicht Weimar (1956).

staatlicherseits Pflicht. Bundesrepublik und Bundespolitik täten gut daran, hier Konstanz walten und einen »Pakt für den Rechtsstaat« nicht zur Worthülse werden zu lassen. Vor allem aber bedarf es, wie schon *Böckenförde* wusste, jener Voraussetzungen, deren Existenz eine Verfassung nicht erzwingen kann, sondern im Idealfall vorfinden und mitgestalten muss – neben reinem *Text* also auch konstruktiven *Kontext*! Es ist dies zuvörderst eine funktionierende Gesellschaft, die eine gute Verfassung engagiert mit Leben füllt. Es sind aber auch nützliche Narrative, die stabilisierend wirken. Nötig für eine gelingende Verfassung ist also, frei nach *Aristoteles*, im Vergleich zur bloßen Summe der Verfassungsartikel ein Mehr, arithmetisch also ein »Verfassung + X«.

Diese Aussage ist Anlass für einen realistischeren Blick auf eine nur begrenzte Gestaltungsmacht von Verfassungsrecht, der guttut, gerade im Vergleich zu den hochfliegenden Hymnen, die in diesem Jahr auf die Jubilare gesungen wurden. Aber die Aussage soll auch Ansporn sein, nämlich für ein tatkräftiges Engagement für die Werte unseres Grundgesetzes! Eine von engagierten Akteuren verinner-

lichte, gut gehütete Verfassung ist insofern im besten Sinne eine gelebte und zugleich lebendig bleibende!

70 Jahre Grundgesetz – sie schließlich sind selbstverständlich kein Selbstzweck konstitutioneller Langlebigkeit, nicht nur »l'art pour l'art«. Andererseits: Langlebigkeit mag ein starkes Indiz sein für eine gute Ordnung, für gerechtes Recht, für genügend Flexibilität in Detailfragen. Gerade im Vergleich zu einer nie in Kraft getretenen Paulskirchenverfassung, 47 Jahren Bismarck'scher und 14 Jahren Weimarer Reichsverfassung oder den gar drei Verfassungen in 41 Jahren DDR sticht dies geradezu ins Auge. Eine derart langlebige Verfassung wie unser »GG« hat sich einen Vertrauensvorschuss verdient, nämlich dass sie auch Probleme von heute und morgen gut und gerecht lösen kann, dass sie einen soliden Rahmen für das einfache Recht bildet, dass sie ganz generell Grundlage unseres Gemeinwesens bleibt.

Dem Jubilar mag man daher aus voller Überzeugung zurufen: weiter so! Und auf die nächsten (mindestens) 70 Jahre – Optimismus ist angebracht!