

Der wehrhafte und streitbare Verfassungsstaat – wie abwehrbereit ist unsere verfassungsmäßige Ordnung?

Vortrag im Rahmen der 68. Bitburger Gespräche

Trier, 16. / 17. 01. 2025

I. Die Krise des politischen Gemeinwesens – eine Krise der Institutionen oder eine Krise der Gesellschaft

Befand sich die Weimarer Republik am Anfang der 30er Jahre des letzten Jahrhunderts in einem Zustand der politischen Dauerkrise,¹ so ist dieser Befund eine Gemeinsamkeit, die die Geschichte mit der Gegenwart – jedenfalls bei einer ersten Analyse – zu teilen vermag. Während das Endspiel des deutschen Parlamentarismus gegen den Ansturm des Nationalsozialismus mit dem Untergang des demokratischen Verfassungsstaates endete, ist die aktuelle politische Entwicklung nicht absehbar, gibt aber Anlass zur Sorge. Waren die 20er Jahre des 20. Jahrhunderts durch einen zunehmenden politischen Extremismus – bedingt durch ökonomische und soziale Verwerfungen und gepaart mit der Bereitschaft, sich unkritisch politischen Heilsversprechungen auszuliefern – geprägt, so ist die damalige Krise weniger durch einen Mangel an Demokraten als vielmehr durch einen Mangel an politischer Strategie im Umgang mit den Herausforderungen gekennzeichnet.

Es lassen sich zudem Parallelen aufzeigen, die deutlich machen, dass die Herausforderungen für eine verfassungsmäßige Ordnung keine spezifisch deutsche Problematik sind. Dass in der Gegenwart – nicht nur in Deutschland, sondern auch in anderen Staaten in Europa, aber auch in den USA oder in Israel – die Frage nach der Zukunft der parlamentarischen Republik und des Rechtsstaats gestellt wird, dürfte schon deutlich machen, dass die Krise des politischen Gemeinwesens für alle sichtbar ist, die sie sehen wollen. Es handelt sich dabei weniger um eine Krise der Institutionen als vielmehr um eine Herausforderung für die Institutionen des Verfassungsstaates, bedingt durch den Wandel einer Gesellschaft, der das Bewusstsein für den Wert und die Bedeutung der freiheitlichen Demokratie in nicht unwesentlichen Teilen abhanden zu kommen droht. Die Freude am Totalitären und die Ignoranz gegenüber dem Populismus erweisen sich als die eigentlichen Gefahren und Herausforderungen.

II. Zur wehrhaften und streitbaren Demokratie

Die 68. Bitburger Gespräche stehen – thematisch und tatsächlich – im Zeichen der Krise. Damit ist nicht der fragile politische Zustand in Ansehung der Bundestagswahlen am 23. Februar 2025 gemeint; diese Fragilität ist dem demokratischen Prinzip in seiner Ausprägung als Herrschaft auf Zeit geschuldet. Gemeint ist aber eine Krise, die u. a. den verfassungsändernden Gesetzgeber nach

¹ Vgl. aus jüngster Zeit nur *Bisky*, Die Entscheidung. Deutschland 1929 bis 1934, 2024.

einer kontroversen Debatte dazu bringt, das Bundesverfassungsgericht institutionell stärker abzusichern² und so einen Beitrag zur Resilienz des Rechts³ zu leisten. Aber warum bedarf es dieses Schrittes? Konnte noch vor knapp 35 Jahren das freiheitlich-liberale politische System das „Ende der Geschichte“⁴ ausrufen, so zeigt das 21. Jahrhundert uns die Brüchigkeit bestehender Ordnungen. Die Gegenwart belehrt uns, wie sich demokratische Staaten zu illiberalen Systemen entwickeln, wie demokratische Grundprinzipien in Frage gestellt werden und rechtsstaatliche Sicherungen in Frage gestellt werden. Die Demokratie ist weltweit – wie entsprechende Untersuchungen hinreichend belegen – auf dem Rückzug. Die Ursachen für diese Phänomene sind vielfältig; entscheidend ist aber, welche Antworten wir auf den Befund geben können, dass Verfassungsstaatlichkeit keine Selbstverständlichkeit, sondern eine kulturelle Errungenschaft ist, die in jahrhundertlangen Auseinandersetzungen errungen werden musste und nun geschützt werden muss. Dass es dafür mehr braucht als nur eine institutionelle Sicherung, dürfte auf der Hand liegen, wenn man sich auf die Suche nach der legitimatorischen Klammer begibt, die Verfassung und politische Gemeinschaft zusammenhält.

Dabei ist nicht jede Bedrohung auch immer eine Krise, und auch nicht jede Krise muss gleich zu dystopischen Visionen anregen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Krisen sich formal innerhalb des Systems des demokratischen Verfassungsstaates bewegen, diesen also von innen herausfordern, sich ihre Akteure aber zugleich als demokratisch legitimiert sehen, weil sie immerhin erhebliche Teile der Wähler hinter sich wissen. Wenn dies schon eine Besonderheit der gegenwärtigen Herausforderungen ist, die zugleich aber auch an den Untergang der Weimarer Republik und das Ziel der legalen Machterlangung der Nationalsozialisten erinnert, so ist die entscheidende Herausforderung für das Grundgesetz, wie es auf solche Infragestellungen seiner selbst reagiert, wenn das Grundgesetz doch gerade keine Verfassung des Ausnahmezustandes ist, sondern es selbst für den Fall der existenziellen Infragestellung des Staates durch Bedrohungen von außen die grundlegenden Wertentscheidungen zu bewahren versucht. Das Grundgesetz vertraut auf „rechtsstaatliche Normativität“⁵ und erhebt diese damit in den Status einer Verfassungsvoraussetzung, die ihrerseits auf den gesellschaftlichen Konsens über die Richtigkeit des Inhalts dieses demokratischen Verfassungsstaates verwiesen ist. Ob dieser Konsens erhalten bleibt, ist die zentrale Frage und kann gegenwärtig nicht mit Sicherheit beantwortet werden. Vielleicht sollte man das berühmte Böckenförde-Diktum⁶ insoweit nicht mehr nur negativ und resignativ verstehen, sondern ihm im Umkehrschluss eine Deutung geben, wonach der Staat alles dafür tun muss, um die Voraussetzungen, die er selbst zwar nicht garantieren kann, aber jedenfalls doch so weit wie möglich zu gewähren, um so einen Beitrag zur Stabilität des Gemeinwesens zu leisten.

Eine Gewissheit aber dürfte feststehen: Wehrhaftigkeit und Streitbarkeit eines Gemeinwesens haben etwas mit Selbstbehauptung zu tun; dabei setzt Selbstbehauptung⁷ – verstanden als Selbstschutz – Handlungsfähigkeit⁸ voraus. Dies lenkt den Blick zunächst auf das Konzept der wehrhaften und streitbaren Demokratie als Verfassungsvoraussetzung.⁹ Dass ein Staat auch durch eine „Machtergreifung“ oder Machtübertragung auf legalem Wege in seinem Bestand gefährdet sein

² Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 93 und 94), BT-Drs. 20/12977; hierzu auch schon *Karpenstein*, AnwBl. 2024, S. 109 ff.

³ Grundlegend *Isensee*, Resilienz von Recht im Ausnahmefall, in: v. Lewinski (Hrsg.), Resilienz des Rechts, 2016, S. 33 ff.

⁴ Vgl. *Fukuyama*, The End of History and the Last Man, 1992, zuvor veröffentlicht in: The National Interest Nr. 16 (Summer 1989), S. 3ff.

⁵ Begriff nach *Barczak*, Die Handlungsfähigkeit des demokratischen Verfassungsstaates in Krisenzeiten, Bitburger Gespräche. Jahrbuch 2022, S. 1 (

⁶ *Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: ders. (Hrsg.), Recht. Staat. Freiheit, 1991, S. 92 (112 f.).

⁷ Vgl. ausführlich *Gärditz*, NJW 2024, 407 ff.; *Schwarz*, JA 2024, 353 ff.; *ders.*, Grundfragen, in: Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 2022, § 20 Rn. 32.

⁸ Dazu *Hillgruber*, JZ 2007, 209 (210).

⁹ Zum Begriff ausführlich *Uhle*, Verfassungsvoraussetzungen, in: Görres-Gesellschaft, Staatslexikon, 8. Aufl. 2021; siehe ferner auch *Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 190 Rn. 204 ff.; *Kirchhof*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR I, 2004, § 21, Rn. 23 ff., 44 ff.

kann und ist, wenn der Mantel der Legalität schnell fällt und sich der wahre Kern eines Regimes zeigt, ist eine der zentralen Lehren aus dem Übergang von der Weimarer Republik zur Gewaltherrschaft des Nationalsozialismus.¹⁰ Insoweit ist es auch folgerichtig, dass das Grundgesetz mit Art. 79 Abs. 3 eine Regelung enthält, die verhindern soll, dass die Verfassungsordnung auf formallegalistische Weise beseitigt und zur nachträglichen Legitimierung eines totalitären Regimes missbraucht werden kann.¹¹ Die Bestimmung stellt also eine normative Stabilitätsgarantie gegenüber der dem demokratischen Prinzip inhärenten Labilität politischer Verhältnisse dar.¹² Während aber die „Ewigkeitsklausel“ ihre Wirkung erst dann zu entfalten vermag, wenn im Parlament verfassungsfeindliche Parteien eine verfassungsändernde Mehrheit (Art. 79 Abs. 2 GG) bilden können, zielen die präventiven Instrumente der „wehrhaften Demokratie“ darauf ab, diese Situation erst gar nicht entstehen zu lassen. Dabei ist charakteristisch, dass sich alle Maßnahmen zum Teil auf Tatsachen, zum Teil aber auch auf unsichere Prognosen stützen und damit das freiheitsbeschränkende Potential von Verboten¹³ auf einer Gefahrenanalyse beruht, die jedenfalls auch irrtumsbehaftet sein kann. Insoweit erscheint es durchaus sachgerecht, wenn Maßnahmen des verfassungsrechtlichen Staatsschutzes in ihrer Ambivalenz deutlich erkannt werden; sie sind im demokratischen Rechtsstaat eine „zweischneidige Waffe“ gegen seine organisierten Feinde.¹⁴ Mögen diese Diskussionen auch dadurch gekennzeichnet sein, dass sie die Entscheidung des Grundgesetzes für eine „wehrhafte Demokratie“¹⁵ zu belegen suchen und damit zugleich auch eine Antwort auf die Herausforderung des demokratischen Verfassungsstaates geben wollen, wie dieser mit den erklärten Feinden der freiheitlichen, offenen Gesellschaft umgeht, so kann schon an dieser Stelle nicht übersehen werden, dass das Konzept einer „wehrhaften Demokratie“ in einem grundsätzlich unauflösbaren Widerspruch zum prinzipiellen Anspruch auf gleiche Freiheit aller steht.

Vor diesem Hintergrund drängt sich zunächst bei allen Maßnahmen, die als Ausdruck der wehrhaften Demokratie getroffen werden können, der Verlust an Freiheit auf: Das betrifft die Betätigungsfreiheit politischer Parteien ebenso wie die von Vereinen oder Einzelpersonen, denen gemein ist, dass sie bestimmte politische Meinungen und Strömungen von der Teilnahme am politischen Wettbewerb um Wähler und Mitglieder ausschließen¹⁶ und damit dem Gedanken demokratischer Partizipation zuwiderlaufen.¹⁷ Zudem besteht die Gefahr eines Missbrauchs der Instrumente zur Kaltstellung missliebiger politischer Gegner¹⁸ – nicht zuletzt aus diesem Grund obliegt die Entscheidung über ein Parteiverbot oder eine Verwirkung von Grundrechten dem Bundesverfassungsgericht (Parteienprivileg).¹⁹ Daneben ist zu berücksichtigen, dass Verbote auch die Gefahr einer weiteren Radikalisierung der Anhänger ebenso mit sich bringen wie die Bestärkung wahnhafter Vorstellungen über ein angebliches System, das die wahre Opposition nur unterdrücken will (Märtyrergedanke), die dann auch zu weiteren Solidarisierungseffekten führen können.²⁰

¹⁰ Instrukтив insoweit *Austermann*, Ein Tag im März. Das Ermächtigungsgesetz und der Untergang der Weimarer Republik, 2023; *Di Fabio*, Die Weimarer Verfassung. Aufbruch und Scheitern, 2018, S. 15 ff.; 247 ff.; *Waldhoff*, Folgen – Lehren – Rezeptionen: Zum Nachleben des Verfassungswerks von Weimar, in: Dreier/ders. (Hrsg.), Das Wagnis der Demokratie, 2. Aufl. 2018, S. 289 ff

¹¹ BVerfGE 30, 1 (24).

¹² Dazu *Dreier*, in: Dreier-GG, 3. Aufl. 2015, Art. 79 Abs. 3 Rn. 17

¹³ Das Bundesverfassungsgericht spricht daher auch von einem „Schutz der Freiheit durch eine Beschränkung der Freiheit“, vgl. nur BVerfGE 144, 20 (195).

¹⁴ Vgl. nur BVerfGE 144, 20 Ls. 1.

¹⁵ Begriffsbildend der Titel des Beitrags „Militant Democracy and Fundamental Rights“ von *Löwenstein*, The American Political Science Review 1937, S. 417 ff.

¹⁶ Dabei betont das Gericht zu Recht, dass das Parteiverbot nicht Ideen oder Überzeugungen sanktioniert; die Vorschrift normiert kein Gesinnungs- oder Weltanschauungsverbot, vgl. nur BVerfGE 144, 20 (220).

¹⁷ Vgl. nur *Beaucamp*, JA 2021, 1 ff.

¹⁸ Dazu auch *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2019, 1154 (1154 f.).

¹⁹ Zum Parteienprivileg siehe nur BeckOK GG/Kluth, GG, Art. 21 Rn. 205; *Kunig*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR III, 3. Aufl. 2005, § 40 Rn. 59; siehe ferner auch BVerfGE 39, 334 (357); 40, 287 (291).

²⁰ Siehe dazu auch *Baudewin*, NVwZ 2013, 1049 (1054); *Beaucamp*, JA 2021, 1 (2); *Kloepfer*, NVwZ 2017, 913 (914). 21.

Gegen diese vorgenannten Aspekte kann aber vorgebracht werden, dass ein klares politisches Signal durch die Anwendung der präventiven Instrumente der wehrhaften Demokratie deutlich machen kann, dass der Staat gegen ihn in seinem Bestand gefährdende Tendenzen auch aktiv vorgeht und diesen nicht nur – wie beim Parteiverbotsverfahren nach Art. 21 Abs. 2 GG lange zu beobachten war – im Wege einer ablehnenden Duldung begegnet.²¹ Zudem gewährleistet das Grundgesetz nicht die Freiheit, die Voraussetzungen der freiheitlichen Demokratie zu beseitigen und die gewährte Freiheit zur Abschaffung dieser Ordnung zu missbrauchen.²² Die Verfassung geht – ersichtlich unter dem Eindruck der Katastrophe des Nationalsozialismus – von der Prämisse aus, keine unbedingte Freiheit den Feinden der Freiheit zu gewähren.²³ Dabei vertraut das Grundgesetz zunächst auf die politische Auseinandersetzung und setzt den Vorrang des politischen Kampfes vor gerichtlichen Verboten voraus, wobei die Verfassung sogar die Gefahr, die von einem Tätigwerden politischer Parteien bis zur Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit ausgeht, um der politischen Freiheit des Diskurses willen in Kauf nimmt.²⁴ Das Grundgesetz als Verfassung des freiheitlichen Rechtsstaates geht also von dem Idealbild einer pluralistischen, offenen Gesellschaft aus, ist sich aber zugleich auch der Tatsache bewusst, dass diese Verfassung auf Voraussetzungen basiert, die nicht von jedem geteilt werden. Somit muss das Grundgesetz, wenn es sich gegenüber denjenigen behaupten will, die die Negation oder gar die Beseitigung der Freiheit fordern, eine Antwort auf die Frage finden, wie es auf die Herausforderung durch die „*Feinde der Freiheit*“ reagiert.

Wenn das Grundgesetz als Verfassung individueller Freiheit dann Grenzen setzt, wenn die Ausübung von Freiheit die freiheitliche Grundordnung gefährdet oder beeinträchtigt, so ist dieser Selbstschutz der Verfassung, der sich in verschiedenen Instrumenten zeigt, immer nur „ultima ratio“; die Staatsschutzinstrumente der Verfassung haben eine Reservefunktion. Dabei kann der verfassungsrechtliche Staatsschutz nicht den politischen Meinungskampf ersetzen.²⁵ Auch muss man sich der Gefahren erfolgloser Anträge bewusst sein; hier kann das Gegenteil dessen drohen, was man eigentlich bewirken möchte. Das Ziel der Entpolitisierung der Verfassungsfeinde kann zu deren Radikalisierung führen. Insoweit ist Politik auch in unsicheren Zeiten eine Art Risikomanagement, wobei man die entsprechenden Mittel jedenfalls dann nutzen sollte, wenn man davon überzeugt ist, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen der jeweiligen Eingriffstatbestände vorliegen. Daneben gilt es, sich der besonderen Bedeutung des freiheitlichen Verfassungsstaates immer wieder bewusst zu sein; dieser ist – auch im 75. Jahr seiner Existenz – keine Selbstverständlichkeit, sondern ein fragiles und kostbares Gebilde.²⁶ Am Ende zeigt sich hier auch die Ambivalenz einer resilienten Verfassung: Sie will sich gegenüber Angriffen behaupten, gestattet aber keine Verteidigungsmaßnahmen, die mit ihren Grundprinzipien nicht zu vereinbaren sind. Dabei entscheidet am Ende der Sieger im Kampf um den demokratischen Verfassungsstaat, ob ihre Verteidiger sich in den Grenzen der Legalität bewegt haben,²⁷ was – ähnlich wie bei der Inanspruchnahme des Widerstandsrechts nach Art. 20 Abs. 4 GG²⁸ – zu durchaus unterschiedlichen Bewertungen führen kann. Sind nämlich die Institutionen des demokratischen Verfassungsstaates handlungsfähig und wehrhaft, so fehlt es an den Voraussetzungen des Widerstandsrechts; ist aber die Widerstandslage gegeben, so fällt der Staat als Schutzmacht aus, der Resilienzfaktor Verfassungsgerichtsbarkeit ist kaltgestellt.

²¹ Symptomatisch dafür ist der Extremistenbeschluss für Radikale im öffentlichen Dienst, der Anhängern extremistischer Parteien, die aber nicht verboten waren, den Zugang zu öffentlichen Ämtern verwehrte; dazu BVerfGE 39, 334 (358 ff.); kritisch zum Nichtverbot bei gleichzeitiger Sanktionierung des Verhaltens auch *Kloepfer*, NVwZ 2017, 913 (914).

²² Vgl. nur BVerfGE 144, 20 (195).

²³ So BVerfGE 144, 20 (195) unter Bezugnahme auf BVerfGE 5, 85 (138).

²⁴ Vgl. nur BVerfGE 12, 296 (306); 47, 198 (228); 107, 339 (362); 144, 20 (201).

²⁵ Auch hier gilt, dass die Bürger frei sind, „...grundlegende Wertungen der Verfassung in Frage zu stellen, solange sie dadurch Rechtsgüter anderer nicht schädigen.“, vgl. BVerfG (K), NJW 2001, S. 2069, Ls. 3.

²⁶ Zum Vorstehenden auch *Schwarz*, JA 2024, S. 353 (358).

²⁷ So auch *Isensee*, Resilienz von Recht im Ausnahmefall, in: v. Lewinski (Hrsg.), Resilienz des Rechts, 2016, S. 33 (46).

²⁸ Dazu ausführlich *Schwarz*, NJW 2023, S. 275 ff.

III. Die Gefahr einer schleichenden Auszehrung des Verfassungsstaates

Galten die bisherigen Ausführungen eher den Reaktionsmöglichkeiten auf Bedrohungen von außen, so kann ein autoritärer Verfassungsumbau – mit einer schleichenden Aushöhlung verbunden – auch von innen heraus erfolgen. Die Hinwendung zu autoritären Strukturen erweist sich dann als ein Produkt des Rechts und seiner Institutionen. Für diese Gefahr steht exemplarisch die Entscheidung des amerikanischen Supreme Courts in der Sache *Trump v. United States*; sie zeigt eine Sehnsucht nach tatkräftigen Führungspersonen, die der Vorstellung eines Systems von Checks and Balances diametral entgegengesetzt zu sein scheint und einen juristischen Methodenstreit²⁹ zwischen *Originalism* einerseits und *Living Constitution* andererseits als Mittel zur Polarisierung der Verfassungsgerichtsbarkeit betreibt.³⁰ Die in den USA zu beobachtende Polarisierung, die auch vor den Institutionen keinen Halt macht, diese vielmehr zum Akteur in der politischen Auseinandersetzung werden lässt, sollte einen vorsichtig werden lassen, zu viel Hoffnung darin zu setzen, dass das Recht und seine Institutionen Schutz vor der Kraft des Autoritären bieten. Auch das Recht und seine Interpretation können – auch hier ist die deutsche Geschichte mahndendes Beispiel – keinen Schutzwall gegen eine Veränderung einer bestehenden politischen Ordnung errichten, wenn die inneren Widerstände nicht mehr bestehen. Hier zeigt sich, dass die Steuerungskraft des Rechts als Begrenzung des Politischen auf einer Prämisse beruht, die selbst trügerisch sein kann, wenn der Glaube an das Recht blind für die realen Bedrohungen macht.

IV. Abschluss

Wenn sich am Ende zeigen sollte, dass weniger die Resilienzmechanismen des Verfassungsstaates in der gegenwärtigen Krise gefordert sind, dann wird es entscheidend darauf ankommen, andere Lösungen zu identifizieren. Das mag bei der Frage beginnen, inwieweit die gegenwärtige Krise auch eine Kommunikationskrise ist, darf dann zu der Frage überleiten, ob und unter welchen Rahmenbedingungen Regulierungen politischer und gesellschaftlicher Akteure überhaupt denkbar und umsetzbar sind. Und zuletzt wird es auch darum gehen, die gegenwärtige Situation, die durch einen erheblichen Vertrauensverlust in die Steuerungskraft des Rechts gekennzeichnet ist, dadurch zu überwinden, dass diese Ordnungsfunktion wieder stärker betont wird. Dazu wird auch gehören müssen, die zunehmende emotionale Überhöhung – auch als ideologische Aufladung zu bezeichnen – von Gesetzgebung zu beenden; sie überfordert Gesetzgeber ebenso wie Gesetzesadressaten; vernunftgeleitete Problemlösung wird durch einen zunehmend durch Skandalisierung geprägten Diskurs auf der Grundlage von „alternative Facts“ verdrängt. Nur wenn es gelingt, Gesetzestreue des Einzelnen und Gesetzesbindung der Verwaltung wieder zum Normalfall des Verfassungsstaates werden zu lassen, dürften die Erosionserscheinungen abnehmen. Wenn aber die normative Verbindlichkeit weiterhin partiell in Frage gestellt wird, darf man sich über eine institutionenkritische Haltung einzelner Bürger, die in der Ablehnung des Verfassungsstaates gipfelt, nicht wundern.

²⁹ Ausführlich dazu auch *Honer*, JuS 2024, S. 1021 (1022 f.); ferner auch *Heun*, Original Intent und Wille des historischen Gesetzgebers als Interpretationsmaximen, in: ders. (Hrsg.), *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich*, 2014, S. 213 ff.; aus politikwissenschaftlicher Perspektive: *Dregger*, Die Verfassungsinterpretation am US-Supreme Court. Begründungen und politische Ausrichtung zwischen „Originalism“ und „Living Constitution“, 2019.

³⁰ So auch in der Bewertung *Buchheim*, JZ 2024, S., 1049 (1055 f.).