

Sarah Schulz

## Die freiheitliche demokratische Grundordnung – strafrechtliche Anwendbarkeit statt demokratischer Minimalkonsens

### Einleitung

Die „freiheitliche demokratische Grundordnung“ (fdGO) ist Kernbegriff der wehrhaften Demokratie. Sie ist der Prüfungsmaßstab bei der Grundrechtsverwirkung aus Art. 18 GG und dem Parteiverbot aus Art. 21 Abs. 2 GG. Der Begriff taucht in unterschiedlichen Kontexten auf. Zentral ist die fdGO für den Verfassungsschutz und die politische Bildung. In der Politikwissenschaft wird er in der Extremismusforschung verwandt. Weiterhin war die fdGO Angelpunkt im „Radikalenerlass“ der Regierung Brandt 1972 und bei den Parteiverboten der Sozialistischen Reichspartei (SRP) und KPD. Die Entschädigungszahlungen für vom Nationalsozialismus Verfolgte sind an die fdGO geknüpft,<sup>1</sup> genauso wie die staatliche Förderung zivilgesellschaftlicher Initiativen – ob mit oder ohne Unterschrift unter eine „Extremismusklausel“.<sup>2</sup> Die fdGO dient als „Glaubensbekenntnis“ zur Bundesrepublik.<sup>3</sup>

Die Definition des Begriffs hat ihre Wurzeln im politischen Strafrecht, dem 1. Strafrechtsänderungsgesetz vom 30. August 1951 (1. StÄG). In § 88 Abs. 2 StGB (F. 1951) wurden Verfassungsgrundsätze festgelegt, die 1952 im Verbot der SRP vom Bundesverfassungsgericht zur fdGO-Formel wurden. Das politische Strafrecht und mit ihm die fdGO wurden vor allem in den 1960er und 70er Jahren scharf kritisiert.<sup>4</sup> Trotzdem erfährt die aus dem SRP-Verbot<sup>5</sup> des Bundesverfassungsgerichts stammende fdGO-Formel seit 1952 eine „Kettenzitation“.<sup>6</sup>

- 1 Das BEG regelt Entschädigungszahlungen für Opfer nationalsozialistischer Verfolgung. § 6 BEG regelt den Ausschluss von Entschädigungen. Abs. 1 Nr. 2 sagt, dass „wer nach dem 23. Mai 1949 die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekämpft hat,“ von Entschädigungen ausgeschlossen ist.
- 2 Liebscher, Wieviel Demokratie verträgt die fdGO?, *powision* 2011, <http://www.uni-leipzig.de/~powision/wordpress/magazin/doris-liebscher/> (abgerufen am 19.2.2015).
- 3 Fischer, Theorien zur Krise des freiheitlich-demokratischen Rechtsstaates, in: Deninger (Hrsg.), *Freiheitliche demokratische Grundordnung I. Materialien zum Staatsverständnis und zur Verfassungswirklichkeit in der Bundesrepublik*, 1977, 367 ff., 373.
- 4 v. Brünneck, *Politische Justiz gegen Kommunisten in der Bundesrepublik 1949-1968*, 1978; Copic, *Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art*, 1967; Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes: Leitfaden zu den Grundrechten einer demokratischen Verfassung*, 1975.
- 5 BVerfGE 2, 1.
- 6 Leggewie/Meier: *Republikenschutz. Maßstäbe für die Verteidigung der Demokratie*, 1995, S. 215.

10.5771/0023-4834-2015-3-288

Im Folgenden werde ich zunächst zeigen, dass der verfassungsgerichtlichen Interpretation der fdGO die Orientierung am politischen Strafrecht anzumerken ist. Der zentrale Begriff bundesdeutscher Demokratie ist im Kern eine Formel, die dazu diente, politische Absichten, vor allem kommunistische oder solche, die als kommunistisch galten, zu pönalisieren. Die fdGO dient dem Ausschluss von Positionen und Meinungen aus dem legitimen Bereich des politischen Spektrums.

Dass die fdGO-Formel des Bundesverfassungsgerichts aus dem politischen Strafrecht stammt, ist in der Rechtswissenschaft bekannt, in der Politikwissenschaft aber wenig rezipiert.<sup>7</sup> Wo genau die begrifflichen Parallelen zwischen strafrechtlichen Verfassungsgrundsätzen und fdGO-Formel liegen, ist selten Gegenstand der wissenschaftlichen Auseinandersetzung. Die rechtswissenschaftlichen Kritiken aus früheren Jahrzehnten sind im heutigen politikwissenschaftlichen Diskurs nicht präsent. In der Politikwissenschaft mangelt es an juristischer Expertise, in der Rechtswissenschaft hingegen an demokratietheoretischer Einordnung. Für die administrative Anwendung durch die Verfassungsschutzbehörden hatten und haben die geäußerten wissenschaftlichen Bedenken keine Relevanz. Das ist nur konsequent. Die fdGO-Formel wurde ja für das politische Strafrecht und den Verfassungsschutz – die wehrhafte Demokratie – geschaffen.

Um die Notwendigkeit einer aktuellen Forschung aufzuzeigen, die Politik- und Rechtswissenschaft verbindet, möchte ich ein Beispiel aus der Zeit der Begriffsdefinition der freiheitlichen demokratischen Grundordnung heranziehen. Ich werde auf die Entstehungsgeschichte des 1. StÄG blicken und die dort festgelegten Verfassungsgrundsätze mit der fdGO-Formel des Bundesverfassungsgerichts im SRP-Verbot vergleichen. Hinzuziehen möchte ich die Beratungen des 23. Ausschusses des Bundestages, dem Ausschuss für Rechtswesen und Verfassungsrecht, zum 1. StÄG. Die stenographischen Protokolle des Ausschusses sind in indirekter Rede verfasst und werden entsprechend zitiert. Die Quellenangaben sind bewusst ausführlich gehalten, um eine bessere Nachvollziehbarkeit zu ermöglichen.

Daraufhin werde ich die Diskussion im Rechtsausschuss des Bundesrates nach Verabschiedung des 1. StÄG darstellen. Diese Diskussion zeigt die juristischen Probleme des 1. StÄG und der Aufstellung der Verfassungsgrundsätze in § 88 Abs. 2 StGB (F. 1951), die aber mit pragmatischen Argumenten auf spätere Erörterungen verschoben wurden.

### *1. Verfassungsgrundsätze statt freiheitliche demokratische Grundordnung im StGB*

Die Definition der fdGO des Bundesverfassungsgerichts im SRP-Verbot hatte ihren Vorläufer in den Verfassungsgrundsätzen des § 88 Abs. 2 StGB (F. 1951). Während des Gesetzgebungsprozesses wurde ein neuer Tatbestand geschaffen: die Staatsgefährdung. Dieser Tatbestand sollte auch solche Angriffe gegen den Staat strafrechtlich verfolgbar machen, die nicht, wie im Fall des Hochverrats, Gewalt anwenden. Das Schutzobjekt sollte eben die freiheitliche demokratische Grundordnung sein, die in den Art. 18 und 21 Abs. 2 GG benannt ist, jedoch dort als Rechtsgut nicht inhaltlich gefüllt war. Ausschlag-

7 Genauer zum 1. StÄG das rechtshistorische Standardwerk von Schroeder, *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, 1970; den Gesetzgebungsprozess nachvollziehend: Schiffers, *Zwischen Staatsschutz und Bürgerfreiheit. Wiederherstellung und Neufassung des politischen Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland 1949-1951*, 1989.

gebend für die Strafverfolgung war dabei vor allem die Absicht der Täter.<sup>8</sup> Auch wenn die unter diesem Tatbestand zu verurteilende Handlung legal und demokratisch sei, verfolge sie, so die Annahme, die politische Absicht, eine Gewalt- und Willkürherrschaft zu errichten. Der Begriff „Staatsgefährdung“ existierte bereits im nationalsozialistischen Strafrecht. So wurde bspw. der „Verordnung zum Schutz von Volk und Staat“<sup>9</sup> vom 28. Februar 1933, auch „Reichstagsbrandverordnung“ genannt, die Zweckbestimmung „Abwehr kommunistischer staatsgefährdender Gewaltakte“ vorangestellt.

Die Abgeordneten im Ausschuss des Bundestags wollten der 1951 noch im Entstehen begriffenen Verfassungsgerichtsbarkeit nicht vorgreifen und Rechtsunsicherheit zwischen ihr und der Strafergerichtsbarkeit, insbesondere dem Bundesgerichtshof, vermeiden. Sie entschieden sich dafür, den Begriff „freiheitliche demokratische Grundordnung“ aus dem Gesetz zu streichen. Die Festlegung eines „demokratische[n] ideologische[n] Existenzminimum[s]“<sup>10</sup> sollte dem Bundesverfassungsgericht als Interpret des Grundgesetzes überlassen bleiben. Der neue Straftatbestand der Staatsgefährdung hätte durch zwei unterschiedliche Auslegungen der fdGO unanwendbar werden können. Der Verfassungsgerichtsbarkeit könne dahingehend aber keine Vorschriften gemacht werden; das Justizministerium erwartete allerdings auch keine baldige Auslegung des Begriffs, so dass man im StÄG einfach auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verweisen könne.<sup>11</sup> Stattdessen formulierte der Rechtsausschuss des Bundestags „Verfassungsgrundsätze“, die auch mehr oder weniger beinhalten können als eine vom Bundesverfassungsgericht aufgestellte Definition der fdGO. Diese Namensänderung löste das juristische Problem, und die Abgeordneten konnten strafrechtlich passende „Verfassungsgrundsätze“ aufstellen.

Entgegen der Erwartungen definierte das Bundesverfassungsgericht jedoch die fdGO schon ein Jahr später, 1952, im Verbot der Sozialistischen Reichspartei. Der gerade abgeschlossene Gesetzgebungsprozess war für das Bundesverfassungsgericht ein Anhaltspunkt für seine fdGO-Formel, auch wenn der Begriffswechsel eine strafrechtliche Vorwegnahme des verfassungsrechtlichen Begriffs verhindern sollte.

8 Ich verwende hier bewusst nur die männliche Form, da in den Debatten eine nicht männliche Person als Täter nicht denkbar war.

9 RGBl. I, S. 83.

10 Kiesinger, 47. Sitzung des Bundestags am 16. März 1950, Plenarprotokoll 47/01 S. 1589.

11 So in einem Bericht in den Akten des Bundesjustizministeriums, der auf einer Erörterung mit Willi Geiger beruht, BA 141/3037/50-52, S. 3. Geiger, Referent im Bundesjustizministerium für das Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG), wurde für das 1. StÄG um seine Expertise zum fdGO-Begriff gebeten. Er hatte schon beim BVerfGG versucht, dem Verfassungsgericht eine „Richtlinie und ein[en] Anhaltspunkt“ (BA 141/70/56) zu geben, also eine fertige Definitionen der fdGO in das Gesetz zu schreiben. Diese wurde allerdings noch vor der Einbringung des Entwurfs in den parlamentarischen Prozess wieder gestrichen.

## 2. Die Verfassungsgrundsätze des § 88 StGB (F. 1951) und die fdGO-Formel des Bundesverfassungsgerichts

Auch wenn das Bundesverfassungsgerichts die fdGO-Formel im SRP-Verbot aus der „Schöpfungsordnung“<sup>12</sup> und damit „religiös-naturrechtlich[...]“<sup>13</sup> herleitete, orientierten sich die RichterInnen stark an den Beratungen zum 1. StÄG. Das wird sowohl an den offensichtlichen Ähnlichkeiten als auch an den Unterschieden der Formel zu den Verfassungsgrundsätzen des § 88 StGB (F. 1951) offensichtlich. Ich möchte im Folgenden auf einige Unterschiede und vor allem auf den Begriff der „Gewalt- und Willkürherrschaft“ eingehen.

Verfassungsgrundsätze aus § 88 StÄG (F. 1951)	fdGO-Formel des BVerfG, SRP-Verbot (1952)
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. das Recht des Volkes, die Staatsgewalt in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung auszuüben und die Volksvertretung in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl zu wählen,</li> <li>2. die Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung und die Bindung der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung an Gesetz und Recht,</li> <li>3. das Recht auf die verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer parlamentarischen Opposition,</li> <li>4. die parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung,</li> <li>5. die Unabhängigkeit der Gerichte,</li> <li>6. der Ausschluß jeder Gewalt- und Willkürherrschaft.</li> </ol>	<p>Freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Art. 21 II GG ist eine Ordnung, die unter Ausschluss jeglicher Gewalt und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition.</p>

Das Gericht übernahm die im Gesetzgebungsprozess unumstrittenen Grundsätze und änderte die Stellen, die auch schon bei den Beratungen zum StÄG angezweifelt wurden.

<sup>12</sup> BVerfGE 2, 1 (12).

<sup>13</sup> Gusy, Die „freiheitliche demokratische Grundordnung“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Archiv des öffentlichen Rechts 1980, 279 ff., 285.

### a) Unmittelbarkeit der Wahlen

Unumstritten im Bundestagsrechtsausschuss waren die Staatsorganisationsprinzipien und das Prozedere ihrer Entstehung. Lediglich die genaue Charakterisierung der Wahlen als allgemein, unmittelbar, frei, gleich und geheim wurde während des Gesetzgebungsprozesses debattiert. Die Unmittelbarkeit der Wahlen wurde nicht von allen am Gesetzgebungsprozess Beteiligten als notwendig erachtet,<sup>14</sup> die Wahlen könnten auch ähnlich dem System der USA mittelbar funktionieren. Das Bundesverfassungsgericht verzichtete in seiner Interpretation auf eine nähere Charakterisierung der Wahlen und beließ es bei der „Selbstbestimmung des Volkes“, das sich nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit darstellt.

### b) Parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung

In den Beratungen zum 1. StÄG war auch die parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung umstritten. Besonders an dieser Stelle kamen Bedenken auf, ob das zukünftige Bundesverfassungsgericht diese zu den Grundsätzen der Bundesrepublik zählen würde.<sup>15</sup> Der Rechtsausschuss wollte keine weitergehende fdGO aufstellen als es die Verfassungsgerichtsbarkeit tun würde. Da man sich aber entschied, von „Verfassungsgrundsätzen“ statt von „freiheitlicher demokratischer Grundordnung“ zu sprechen, beließ man diesen Aspekt im § 88 StGB (F. 1951). Das Bundesverfassungsgericht strich 1952 in seiner fdGO-Formel schlicht das Wort „parlamentarisch“ und kam damit den in der Gesetzgebung geäußerten Bedenken entgegen. Im SRP-Verbot blieb es bei der „Verantwortlichkeit der Regierung“.

### c) Gewalt- und Willkürherrschaft

Auffällig ist das Vorziehen der Ziffer 6 der Verfassungsgrundsätze durch das Bundesverfassungsgericht. Der „Ausschluß jeder Gewalt- und Willkürherrschaft“ sollte in den Augen des Bundesjustizministeriums die Praktikabilität des 1. StÄG sichern. Da der Begriff „freiheitliche demokratische Grundordnung“ zu sehr als Generalklausel funktionierte, wollte man ihn zu Beginn der Beratungen im Rechtsausschuss strafrechtlich konkretisieren. Nach Aufstellung der Verfassungsgrundsätze kamen Bedenken aus dem Justizministerium, dass es für einen Strafrichter schwer werden würde, einem „primitiven Täter“ bspw. das Untergraben der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Regierung nachzuweisen. „Es sei [...] zu bezweifeln, daß der primitive Täter – bei den Trägern dieser staatsfeindlichen Gewalt handele es sich meist um kleine Agenten – sich über das Wesen der aufgeführten Verfassungsgrundsätze klar sei“.<sup>16</sup> Was man aber sicher nachweisen könne, sei der Wille, eine Gewalt- und Willkürherrschaft zu errichten.

14 So bspw. die Anmerkung aus dem Bundesinnenministerium vom 8. Mai 1951, BA 141/3037/35, S. 2.

15 Kurzprotokoll der 111. Sitzung des Ausschusses für Rechts- und Verfassungswesen des Bundestags am 7. Juni 1951, S. 3, Parla. Arch. Bd. I 212/A 2.

16 Schafheutle, stenographisches Protokoll der 112. Sitzung des Ausschusses für Rechts- und Verfassungswesen am 13. Juni 1951, S. 5, Parla. Arch. Bd. I 212 A 2.

Die Einführung dieser „Kautschukbestimmung“,<sup>17</sup> die den ganzen Versuch des Gesetzgebungsprozesses, die fdGO positiv zu konkretisieren, ad absurdum führte, wurde kritisiert. „Die neue Ziffer 7 schein ihm [Ministerialdirigent Krille aus Nordrhein-Westfalen, Anm. d. Verf.] systemwidrig zu sein, denn ein Verfassungsgrundsatz sei der ‚Ausschluss jeder Gewalt- und Willkürherrschaft‘ sicher nicht. Daraus, dass die Ziffern 1 bis 5 die Verfassungsgrundsätze entwickelten, ergebe sich, dass eine Gewalt- und Willkürherrschaft ausgeschlossen sei“<sup>18</sup> Die Formulierung sei ein „politischer Begriff, allenfalls eine Kapitelüberschrift, aber kein strafrechtlich judiziabler Begriff. [...] Es könne nicht Aufgabe der Rechtsprechung sein, zu entwickeln, was ‚Gewalt- und Willkürherrschaft‘ sei. Damit sei man nur genau wieder da, wo man anzufangen abgelehnt hatte“ – bei einem rechtsstaatlich zu unbestimmten Begriff.<sup>19</sup>

Die Formulierung wurde dennoch beibehalten, da vor allem die Vertreter aus dem Bundesinnen- und -justizministerium den neuen Straftatbestand der Staatsgefährdung sonst in Gänze für nicht praktikabel hielten. „Die Einführung des Begriffs ‚Gewalt- und Willkürherrschaft‘ sei nichts anderes als ein Ersatz eines verfassungstechnischen Begriffs, nämlich der Grundordnung, der nicht verbraucht werden dürfe, weil man seiner Auslegung durch die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht vorgreifen wolle. Es sei aber jetzt die Möglichkeit geschaffen, einen Täter auch dann, wenn er nicht über aufgegliederte Einzelvorstellungen verfüge, zu überführen“.<sup>20</sup> Außerdem sei der Feind gerade so bedrohlich, dass man sich nicht zu lang mit „Kriterien einer exakten Rechtsstaatlichkeit“<sup>21</sup> aufhalten solle. Das könne man auch verbessern, wenn sich die Situation beruhigt habe. „Das Bundesinnenministerium lege Wert darauf, kein übertriebenes Maß an Ängstlichkeit bei der Ausarbeitung der Tatbestände walten zu lassen, weil sonst die Aufgabe des Innenministeriums übermäßig erschwert wäre“.<sup>22</sup> Die Generalklausel „Abwesenheit jeder Gewalt- und Willkürherrschaft“ sei das Beste, was man aktuell gefunden habe.

Die Formulierung stammte aus der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts der britischen Besatzungszone<sup>23</sup> und wurde dort auf den Nationalsozialismus angewandt. Später wurde sie im „Gesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit“,<sup>24</sup> das den Tatbestand der Verschleppung in die DDR pönalisierte, verwendet. Die „Gewalt- und Willkürherrschaft“ steht exemplarisch für die antitotalitaristische und antikommunistische Ausrichtung der Bundesrepublik, besonders in den 1950er Jahren. Sie war ein „plastische[r] Ausdruck“ für „rechts- und linksradikale totalitäre Diktaturen“.<sup>25</sup> Legitimation und Identität

17 Fisch, stenographisches Protokoll der 116. Sitzung des Ausschusses für Rechts- und Verfassungswesen des Bundestags vom 26. Juni 1951, S. 12, Parla. Arch. Bd. I 212 A 2.

18 Krille, stenographisches Protokoll der 116. Sitzung des Ausschusses für Rechts- und Verfassungswesen (Fn. 17), S. 12.

19 Arndt, stenographisches Protokoll der 118. Sitzung des Ausschusses für Rechts- und Verfassungswesen des Bundestags vom 28. Juni 1951, S. 4, Parla. Arch. Bd. I 212 A 2.

20 Schafheutle, stenographisches Protokoll der 116. Sitzung des Ausschusses für Rechts- und Verfassungswesen (Fn. 17), S. 12f.

21 Lechner, stenographisches Protokoll der 116. Sitzung des Ausschusses für Rechts- und Verfassungswesen (Fn. 17), S. 14.

22 Lechner, ebd. S. 15.

23 Schubert (Hrsg.), Oberster Gerichtshof für die Britische Zone (1948-1950): Nachschlagewerk Strafsachen – Nachschlagewerk Zivilsachen. Präjudizienbuch der Zivilsenate, 2010, S. 116.

24 BGBl. I 1951, S. 448.

25 Schafheutle, stenographisches Protokoll der 118. Sitzung des Ausschusses für Rechts- und Verfassungswesen (Fn. 19), S. 3.

der Bundesrepublik entstanden – sicherlich nicht nur monokausal zu betrachten – durch den innenpolitischen Antikommunismus und die Abgrenzung zur DDR. Die Fokussierung der politischen Justiz auf kommunistische Gruppen und die KPD war u.a. notwendig, weil diese die DDR in der Bundesrepublik repräsentierten und damit eine zweite Möglichkeit zum Wiederaufbau eines deutschen Staates darstellten. „Da Erfolg oder Mißerfolg jedes der beiden in der DDR und in der Bundesrepublik praktizierten Modelle für den Wiederaufbau von Anfang an nicht mit Sicherheit feststand, konnte das an der DDR orientierte Modell der KPD als Herausforderung wirken“.<sup>26</sup>

Das „primitive Täter“-Argument in den Beratungen könnte zunächst seltsam anmuten.<sup>27</sup> Bei genauerem Hinsehen erschließt sich jedoch sein Ursprung. Es kam von den Referenten aus dem Bundesjustizministerium, die schon während des Nationalsozialismus im Justizdienst tätig waren. Josef Schafheutle war im Reichsjustizministerium zuständig für das politische Strafrecht – die „Verratsnovelle“ von 1934. Außerdem war er mitverantwortlich für das „Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher“ und Mitglied der Strafprozesskommission, die das Strafprozessrecht an die Ideologie des Nationalsozialismus anpassen sollte.<sup>28</sup> Dass er ein täterorientiertes strafrechtliches Denken, das einem liberalen und auf Handlungen abzielenden Strafrecht zuwider läuft, nach 1945 nicht abgelegt hatte, verwundert wenig. Der Tatbestand der Staatsgefährdung war in diesem Sinne auf subjektive Absichten von Tätern ausgerichtet. Auch in den anderen Abschnitten – Hochverrat und Landesverrat – weist das 1. StÄG starke Ähnlichkeiten zum „Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens“ vom 24. April 1934 auf.<sup>29</sup>

Die rechtsstaatliche Herrschaftsordnung, als die das Bundesverfassungsgericht die fdGO bezeichnet, ist durch diesen Begriff der „Abwesenheit jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft“ charakterisiert – ein Begriff, der antitotalitär und antikommunistisch eingesetzt wurde und die Praktikabilität des politischen Strafrechts sichern sollte. Der Inhalt der fdGO ist vor allem eine Abgrenzung zur DDR, die der eigenen Identitätsbildung dient; sie ist keine positive Bestimmung eines demokratischen Minimalkonsenses. Diese Leerstelle ermöglichte auch, die Begründung für die restlichen aufgestellten Prinzipien der fdGO-Formel so dürftig ausfallen zu lassen, wie das Bundesverfassungsgericht es hier tat. Durch die Anwendung im politischen Strafrecht wurde die fdGO schon inhaltlich gefüllt: „[D]enn nicht ihr Inhalt bestimmt ihre Anwendung, sondern ihre Anwendung definiert ihren jeweiligen Inhalt“.<sup>30</sup>

26 v. Brünneck (Fn. 4), S. 342.

27 Schiffers erwähnt dies lediglich, ohne das Argument einzuordnen: Schiffers (Fn. 7), S. 180.

28 Schäfer/Schafheutle/Wagner, Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung mit dazugehörigen Ausführungsgesetz, 1934; Schafheutle: Beschlagnahme, Durchsuchung, Untersuchung, in: Gürtner (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafverfahren. Bericht der amtlichen Strafprozesskommission, 1938, S. 280 ff.

29 RGBl. I, 341. Vgl. Näheres Schiffers (Fn. 7), S. 246 ff. und Schroeder (Fn. 7), S. 183 f.

30 Böhme, Zur juristischen Dogmatik der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, in: Denninger (Hrsg.), Freiheitliche demokratische Grundordnung I. Materialien zum Staatsverständnis und zur Verfassungswirklichkeit in der Bundesrepublik, 1977, 65 ff., S. 70.



## d) Recht auf Bildung und Ausübung einer parlamentarischen Opposition

Die Nr. 3 der Verfassungsgrundsätze, das „Recht auf Bildung und Ausübung einer parlamentarischen Opposition“, wurde von Abgeordneten in einer kurzerhand gebildeten Unterkommission<sup>31</sup> vorgeschlagen, um die methodisch negativ funktionierende Generalklausel „Ausschluss jeder Gewalt- und Willkürherrschaft“ abzuwenden. Mit einem Oppositionsrecht werde die Konzentration der staatlichen Gewalt in der Hand einer Partei, Gruppe oder Einzelpersonen automatisch unzulässig. Eine „totalitäre Diktatur“ wäre mit einem „geschützten Recht auf die verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer parlamentarischen Opposition unvereinbar“.<sup>32</sup> Dennoch blieb der „Ausschluss jeder Gewalt- und Willkürherrschaft“ in der Formulierung.

Das Oppositionsrecht hatte aber außerdem eine legitimierende und, es ließe sich sagen, beruhigende Funktion. Es diene der Abgrenzung von der SED. „Nichts liegt uns ferner, als durch die Einführung dieser Bestimmung [des Tatbestands der Staatsgefährdung, Anm. d. Verf.] das Recht der verfassungsmäßigen Opposition auf ihre verfassungsmäßige Betätigung irgendwie beeinträchtigen oder beschränken zu wollen. Und gerade dieses Recht ist ja in der Ziffer 3 der Verfassungsgrundsätze selbst niedergelegt worden. Ich glaube daher, daß die Bedenken, die gegen die Aufnahme dieser Bestimmung geäußert worden sind, gerade vom Standpunkt einer verfassungsmäßigen Opposition aus nicht begründet sein dürften“.<sup>33</sup> „Besonders wichtig erschien es uns, den Einparteienstaat durch die Verankerung des Rechts auf die verfassungsmäßige Bildung und Ausübung der parlamentarischen Opposition als verfassungswidrig zu kennzeichnen“.<sup>34</sup> In den näheren Erläuterungen der Abgeordneten und der strafrechtlichen Kommentarliteratur ist das Oppositionsrecht stets im Zusammenhang mit dem Verbot einer Einheitspartei genannt.<sup>35</sup> Schon in den Beratungen sowohl auf dem Herrenchiemseer Konvent<sup>36</sup> als auch in denen des Parlamentarischen Rates<sup>37</sup> ging es hierbei besonders um die SED, nicht um die NSDAP.

31 Da immer noch Uneinigkeit über die Verfassungsgrundsätze im Rechtsausschuss herrschte, wurde in der 112. Sitzung des Rechtsausschusses am 13. Juni 1951 eine Unterkommission bestehend aus den Abgeordneten Wahl, von Merkatz, Arndt und Neumeyer gebildet. Diese sollten „im kleinen Kreise“ die Konflikte noch am selben Nachmittag klären; stenographisches Protokoll der 112. Sitzung des Ausschusses für Rechts- und Verfassungswesen am 13. Juni 1951 (Fn. 16), S. 9.

32 Begründung zu den Vorschlägen der Unterkommission über die Staatsgefährdung vom 21. Juni 1951, BA 141/3026/26.

33 Kopf, 158. Sitzung des Bundestags am 9. Juli 1951, Plenarprotokoll 158/01, S. 6310.

34 Wahl, 158. Sitzung des Bundestags am 9. Juli 1951 (Fn. 33), S. 6305.

35 Schwarz, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 1955, 214 f.; Schafheutle, Das Strafrechtsänderungsgesetz, Juristenzeitung, Nr. 19/20, 1951, 609 ff., S. 613.

36 Vgl. die „demokratischen Mindestanforderungen“ des Herrenchiemseer Konvents, die mit „kein Einparteiensystem“ und „keine Blockbildung“ Abgrenzungen zur sowjetischen Besatzungszone darstellen: Verfassungsausschuss der Ministerpräsidenten der westlichen Besatzungszonen, Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, S. 27.

37 Vgl. bspw. die Debatte um das Parteiverbot nach dem heutigen Art. 20 Abs. 2 GG am 7. Oktober 1948, Deutscher Bundestag/Bundesarchiv, Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. 13, S. 416 ff.



## e) Bindung der staatlichen Gewalten an Gesetz und Verfassung

Weiterhin ist das Weglassen der Bindung der Legislative an die Verfassung und der Rechtsprechung an Gesetz und Recht zu erwähnen. Das Bundesverfassungsgericht hat hier lediglich die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung beibehalten. Eine Bindung der Rechtsprechung an die Gesetze mag den RichterInnen obsolet erschienen sein, obwohl gerade mit Blick auf den Nationalsozialismus und die „unbegrenzte Auslegung“<sup>38</sup> eine solche Bindung nicht unbedingt abwegig gewesen wäre.

Interessant ist das Weglassen der Begrenzung der Legislative durch die verfassungsmäßige Ordnung, wie es Nr. 2 der Verfassungsgrundsätze vorsieht. Es ließe sich durchaus als positivistischer Einschlag deuten, der in der sonst überpositive Werte aufstellenden Judikatur überraschend ist.<sup>39</sup> Eine legislative Bindung an die Verfassung ist nach positivistischer Auffassung eine Begrenzung der politischen, prozessualen Rechte. Die Grund- und Freiheitsrechte verwirklichen sich danach durch die Selbstgesetzgebung des Volkes. „Einerseits sind also Menschenrechte unhintergebar, andererseits kann angesichts der inhaltlichen Unbestimmtheit von Freiheit und Gleichheit erst im demokratischen Gesetzgebungsprozeß durch alle versammelten Menschenrechtssubjekte die Konkretisierung dieser Prinzipien erreicht werden.“<sup>40</sup> Die politischen Rechte einzuschränken, installiert eine Bindung an überpositive Werte oder Verfassungsentscheidungen, die einem bürgerlich-liberalen politischen System eine obrigkeitstaatliche Fixierung beimengen.

## f) Menschenrechte

Schließlich ist die Aufnahme der Menschenrechte in die fdGO-Formel eine Erweiterung gegenüber den Verfassungsgrundsätzen des 1. StÄG. Zwar standen die Grundrechte zunächst als Nr. 5 (später Nr. 6) in der strafrechtlichen Aufzählung. Doch meinten die Abgeordneten, dass hier maximal das Recht auf Leben als absolut gelten könne.<sup>41</sup> Alle anderen Rechte stünden unter dem Vorbehalt des gesetzlichen Eingriffs.<sup>42</sup> Die negative Methodik, mit denen die Grundrechte in die Verfassungsgrundsätze aufgenommen worden waren – ihr Schutz vor nicht rechtmäßigen Eingriffen – stellte die Kritiker nicht zufrieden. Der wiederholte Versuch der KPD, die Grundrechte in ihrer ursprünglichen Formulierung wieder in die Aufzählung zu nehmen, scheiterte.<sup>43</sup> Dieser Verfassungsgrundsatz wurde zwischen der zweiten und dritten Lesung im Bundestag komplett gestrichen. Eine offizielle Sitzung des Rechtsausschusses dazu fand allerdings nicht statt.

Das Bundesverfassungsgericht benennt nun das Recht auf Leben in seiner fdGO-Formel nun explizit, wie es die Gesetzesberatungen schon vorwegnahmen. Ob das an der

38 Rütters, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 2012.

39 Maus, Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus, 1986, S. 45 ff.

40 In Auseinandersetzung mit Kant: Maus, Naturrecht, Menschenrecht und politische Gerechtigkeit, <http://www.unesco-phil.uni-bremen.de/Texte%20zur%20Vorlesung/Maus-Naturrecht-Dialektik%201994-1.pdf> (abgerufen am 23.2.2015), S. 2 f.

41 Arndt, stenographisches Protokoll der 114. Sitzung des Ausschusses für Rechts- und Verfassungswesen des Bundestags vom 20. Juni 1951, S. 6 f., Parla. Arch. Bd. I 212, A 2.

42 Krille, stenographisches Protokoll der 114. Sitzung des Ausschusses für Rechts- und Verfassungswesen des Bundestags vom 20. Juni 1951 (Fn. 41), S. 6.

43 Vgl. Fisch, 158. Sitzung des Bundestags am 9. Juli 1951 (Fn. 33), S. 6308.

Verfolgungserfahrung der RichterInnen liegt,<sup>44</sup> kann schwer nachvollzogen werden. Es lässt aber andere Grundrechte – vor allem auch politische – außen vor. Dass gerade die politischen Grundrechte nicht in der fdGO-Formel aufgezählt werden, bietet die Möglichkeit, sie je nach Fall und politischer Lage abzuwägen und gegen höhere, überpositive Werte auszuspielen. So ist zwar die Bindung der Legislative an die Verfassung, wie oben beschrieben, nicht mehr Teil der fdGO, so wie es noch in den Verfassungsgrundsätzen des 1. StÄG war. Doch ist dies nur eine teilweise Änderung. Der überpositive und vorstaatliche Charakter der fdGO bleibt erhalten, ihre Begründung ist naturrechtlich und nicht am politischen Prozess und der demokratischen Selbstorganisation der BürgerInnen orientiert, deren politische Rechte – nach liberal-bürgerlicher Demokratieauffassung – gerade ihre Freiheit sicherstellen.<sup>45</sup> Die Festlegung einer unveränderlichen, überpositiven Verfassungssubstanz oder Wertordnung steht dem diametral entgegen.

### 3. Die Kritik aus dem Bundesrat

Darstellungen der Entstehung der fdGO-Formel in der Forschungsliteratur fokussieren, wenn sie die Parallele zum StÄG ziehen, auf die Diskussionen des Ausschusses für Rechts- und Verfassungswesen des Bundestages.<sup>46</sup> Für die Kritik des Bundesrates am 1. StÄG wird vor allem auf einen Kommentar von Otto Küster verwiesen.<sup>47</sup> Küster war Vertreter von Württemberg-Baden im Bundesratsrechtsausschuss und brachte die schärfste Kritik am Gesetz vor. Die Debatte des Bundesratsrechtsausschusses am 19. Juli 1951, also nach Verabschiedung des Gesetzes im Bundestag, ist bisher wenig rezipiert.<sup>48</sup> Dabei ist die Debatte aufschlussreich für die Kontextualisierung der Entstehung der fdGO-Formel. Sie zeigt die politische Zweckbestimmung der strafrechtlichen Verfassungsgrundsätze ohne die „religiös-naturrechtliche [...]“<sup>49</sup> Begründung des Bundesverfassungsgerichts.

Der Bundesratsrechtsausschuss entschied, den Vermittlungsausschuss zwar nicht anzurufen, verlangte aber Änderungen insbesondere der Verfassungsgrundsätze des § 88 StGB (F. 1951) in einem zweiten Strafrechtsänderungsgesetz: „Die Bundesregierung wird ersucht, bei Ausarbeitung des auf Grund der Entschließung des Bundestags vom 11. Juli 1951 vorzulegenden Abänderungsgesetzes auch a) die vom Hochverratstatbestand (§ 80 StGB) abweichende Definition des Schutzobjekts in § 88, insbesondere den Katalog der Verfassungsgrundsätze in § 88 Abs. 2 [...] zu überprüfen und gegebenenfalls Änderungen im Zuge der Beratungen über das zweite Strafrechtsänderungsgesetz in Vorschlag zu bringen“ (BR-Drucks. Nr. 577/51, BA 141/3038/205).

Das war der Kompromiss nach einer scharfen Diskussion, die von einem Zwiegespräch zwischen dem Vertreter des Bundesjustizministeriums, Hans Eberhard Rotberg, und Otto Küster dominiert war. Küster leitete die Diskussion mit einer Erörterung des

44 Rigoll, Staatschutz in Westdeutschland. Von der Entnazifizierung zur Extremistenabwehr, 2013, 13f., 116. Einige biographische Kurzanfragen zu den RichterInnen finden sich in: Schulz, Vom Werden der fdGO, Standpunkte, Nr. 7, 2011, S. 2f.

45 Ridder, (Fn. 4), S. 60.

46 Schiffers (Fn. 7), S. 179 ff., Schroeder (Fn. 7), S. 184 ff.

47 Küster, Im Blitzverfahren, Juristenzeitung, Nr. 19/20, 1951, S. 658 f.

48 Schiffers (Fn. 7), S. 218 ff.) bspw. zeichnet sie in Grundzügen nach.

49 Gusy (Fn. 13).

Entwurfes ein, in dem er den § 88 Abs. 1 StGB als „zwecklos“ und die Verfassungsgrundsätze in Abs. 2 als „falsch“ bezeichnete.<sup>50</sup> Das Zwiegespräch zwischen Küster und Rotberg nimmt einige Kritiken vorweg, die das 1. StÄG von gesellschaftlicher und wissenschaftlicher Seite in den folgenden Jahren bekam. Schiffers spricht davon, dass dem Bundesrat die Zustimmung durch die Betonung des „teilweise provisorischen Charakter[s] der Novelle“ erleichtert worden sei.<sup>51</sup> Die Verfassungsgrundsätze finden sich allerdings bis heute sowohl im StGB als auch im BVerfSchG.<sup>52</sup>

Küster kritisierte im Ausschuss die grundsätzliche Ausrichtung des Gesetzes: „In Amerika wurde das Gesetz einfach als Antikommunistengesetz gemacht, indem man einfach sagte: wer den Kommunismus betreibt, macht sich strafbar. Das entspricht nicht dem deutschen Recht. Wir sind gewohnt, die Dinge abstrakt zu formulieren, sie nicht beim Namen zu nennen, sondern so zu formulieren, dass sie alle möglichen Tatbestände zu umfassen scheinen, auch wenn wir nur einen ganz bestimmten Teil meinen. Die Grenze dieser an sich achtbaren Tradition ist hier weit überschritten worden.“<sup>53</sup> Rotberg wies den Vorwurf zurück. Es läge ein „komplexes Gebiet vor [...], das man nicht einfach mit dem Wort ‚Kommunismus‘ abtun“ könne.<sup>54</sup>

Ob Küsters Anmerkung zum US-amerikanischen Recht zutreffend sind, mag hier dahingestellt bleiben. Den Kern trifft er beim Strafrechtsänderungsgesetz und bei den Verfassungsgrundsätzen. Der abstrakt formulierte Tatbestand der Staatsgefährdung diente vor allem der antikommunistischen Strafverfolgung. Das Gesetz ermöglichte die „justizförmige Verfolgung der Kommunisten als außerhalb der Verfassungsordnung stehende Kriminelle“.<sup>55</sup> Und zwar nicht nur durch die Abstraktion, mit der das Gesetz die Tatbestände aufstellte, sondern auch durch die Festlegung universell geltender Verfassungsprinzipien. Die Funktion dieser Verfassungsgrundsätze war ihre strafrechtliche Anwendbarkeit gegen kommunistische Gruppierungen. Das bestimmte ihre inhaltliche Ausrichtung, obwohl sie abstrakte Prinzipien sein sollten. Die politische Auseinandersetzung wurde mit dem 1. StÄG auf „rechtsförmige Gewaltausübung“<sup>56</sup> verlagert. Der politische Gegner konnte strafrechtlich verfolgt und nicht nur mit politischen Argumenten überzeugt werden. Die Verfassungsgrundsätze schafften in diesem Kontext bundesrepublikanische Identität und Legitimation durch Abgrenzung von Kommunismus und DDR. In

50 Küster, stenographisches Protokoll der 61. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundesrats am 25. Mai 1951, BA 141/3031/25ff., S. 4.

51 Schiffers (Fn. 7), S. 218.

52 Im Strafgesetzbuch sind sie heute unter § 92, im „Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz“ unter § 4 Abs. 2 aufgeführt. Geändert wurde dabei der Grundsatz der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Regierung in „die Ablösbarkeit der Regierung und ihre Verantwortlichkeit gegenüber der Volksvertretung“. Im BVerfSchG sind die vom „Grundgesetz konkretisierten Menschenrechte“, also die Formulierung des Bundesverfassungsgerichts aufgenommen. Das BVerfSchG spricht außerdem von „freiheitlicher demokratischer Grundordnung im Sinne dieses Gesetzes“, das StGB bleibt bei der Formulierung „Verfassungsgrundsätze“.

53 Küster, stenographisches Protokoll der 61. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundesrats am 25. Mai 1951 (Fn. 50), S. 18.

54 Rotberg, stenographisches Protokoll der 61. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundesrats am 25. Mai 1951 (Fn. 50), S. 18.

55 v. Brünneck (Fn. 4), S. 347.

56 v. Brünneck (Fn. 4), S. 335.

dieser Linie muss auch die 1952 vom Bundesverfassungsgericht aufgestellte fdGO-Formel gesehen werden.

Küsters Kritik im Bundesratsrechtsausschuss ging aber noch weiter. Die Verfassungsgrundsätze des § 88 StGB (F. 1951) sollten die „Substanz der Verfassung“ oder die „demokratische Substanz“ darstellen, dabei seien es „reine Zufälligkeiten“, die man hier festgelegt habe.<sup>57</sup> Franz Wessel, Sekretär des Bundesratsrechtsausschusses, versuchte, die Lage zu beruhigen. Schließlich würde Küster nicht alle Grundsätze kritisieren, sondern nur einige, vor allem die Charakterisierung der Wahlen und die parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung. Doch angesichts der „augenblicklich kritischen Situation, die wir haben, soll das überhaupt einmal in Ruhe bleiben. Natürlich nicht auf die Dauer gesehen, da gebe ich Ihnen vollkommen Recht. Man könnte das jetzt akzeptieren und alles Weitere einer späteren Änderung überlassen, weil wir der Auffassung sind, jetzt solle daran nicht gerüttelt werden.“<sup>58</sup> Doch Rotberg wollte das „heisse [...] Eisen“ der Verfassungsgrundsätze nicht mehr „ohne Not anfassen“.<sup>59</sup> Schließlich würde man durch allzu häufige legislative Änderung die „Relativität“ der Verfassungsgrundsätze deutlich machen, und das wäre „politisch-psychologisch ungeschickt“.<sup>60</sup> Warum man sie dann in die Welt gesetzt habe und so tue als seien es „Dinge, zu denen das Volk als ein Verfassungsheiligtum aufzusehen habe“, fragte Küster daraufhin.<sup>61</sup> Rotberg antwortete nicht mehr.

Offener hätte der Ministerialdirigent aus dem Justizministerium fast gar nicht sein können. Die Kritik Küsters brachte ihn in Bedrängnis. Die Verfassungsgrundsätze sollten gar nicht absolut gelten oder gar so etwas wie eine objektive Wertordnung darstellen. Es war auch klar, dass sie relativ sind. Nur solle man das nicht durch häufige Änderungen allzu deutlich werden lassen. Schließlich hatte man hier einen neuen Straftatbestand geschaffen, der angesichts einer bedrohlichen Lage – die „augenblicklich kritische [...] Situation“,<sup>62</sup> wie Wessel es formulierte – die Bundesrepublik handlungsfähig machen sollte. Die Verfassungsgrundsätze sind ein Instrument, das die politische Justiz legitimierte, nicht nur ein „Schutzobjekt“ des neuen Straftatbestands.

Die so bedrohliche Lage war die „kalte Revolution“. Sie diente als Argument während des gesamten Gesetzgebungsprozesses. Dabei war es nicht nur die auf den ersten Blick ersichtliche außenpolitische Parallele zum Kalten Krieg, die hier gezogen wurde. Die außenpolitische Feindstellung im Kalten Krieg verknüpfte sich mit einer Deutung der Machtübernahme der NSDAP in der Weimarer Republik. Daraus entstand das Bedrohungsszenario, das im Gesetzgebungsprozess so oft als Hintergrund der Aufforderung zur Eile vorgebracht wurde. Wie schon die NSDAP würden kommunistische Gruppen

57 Küster, stenographisches Protokoll der 61. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundesrats am 25. Mai 1951 (Fn. 50), S. 22.

58 Wessel, stenographisches Protokoll der 61. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundesrats am 25. Mai 1951 (Fn. 50), S. 23.

59 Rotberg, stenographisches Protokoll der 61. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundesrats am 25. Mai 1951 (Fn. 50), S. 24.

60 Rotberg, stenographisches Protokoll der 61. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundesrats am 25. Mai 1951 (Fn. 50), S. 24.

61 Küster, stenographisches Protokoll der 61. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundesrats am 25. Mai 1951 (Fn. 50), S. 24.

62 Wessel, stenographisches Protokoll der 61. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundesrats am 25. Mai 1951 (Fn. 50), S. 23.

und die KPD die Macht im Staat mit legalen Methoden übernehmen wollen. Die Absichten seien aber nicht demokratisch, sondern totalitär.

Für das oft gezeichnete Bedrohungsszenario möchte ich nur ein Beispiel herausgreifen. Die „kommunistische Gefahr“<sup>63</sup> verdeutlichte Otto John, der erste Präsident des Bundesverfassungsschutzes, im Rechtsausschuss des Bundestages am 13. Juni 1951. Er wurde als Experte der Exekutive eingeladen, um die Notwendigkeit einer Novellierung des StGB zu verdeutlichen. „Man müsse sich darüber klar sein, daß man, wenn man allzu viel Zeit auf übertriebene Haarspaltereien juristischer Art verwende, in den Abgrund gerate. Während dieser Beratungszeit seien Hunderte und Hunderttausende in der ganzen Welt tätig, und zwar fanatisch tätig, um den kleinen deutschen Staat in seinen Anfängen zu zerstören. Der Redner erinnert daran, daß Lenin und alle kommunistischen Führer von Anfang an das Ziel ihrer Weltrevolution darin gesehen hätten, Deutschland zu unterminieren, da sie in der Beherrschung Deutschlands den ersten entscheidenden Schritt zur Weltherrschaft gesehen hätten.“<sup>64</sup>

In der zweiten Lesung des StÄG im Bundestag am 7. Juli 1951 zog Berichterstatter Eduard Wahl die Parallele zur nationalsozialistischen Machtübernahme. „Es ist ein allgemeiner Erfahrungssatz, daß die Art der Verteidigung durch die Art des Angriffs bestimmt wird. Die Methoden des kalten Krieges sind gerade deshalb so gefährlich, weil sie die Gewaltanwendung zunächst ausschließen und weil ein System von Einzelakten entwickelt wird, von denen jeder einzelne an sich mehr oder weniger harmlos erscheint, die aber durch das Zusammenspiel aller, die von den verschiedensten Ansatzpunkten aus das gemeinsame Ziel fördern, eine Situation schaffen können, die schließlich die Staatsumwälzung unausweichlich macht und sie wie eine reife Frucht gewinnen läßt. Wir erinnern uns alle an die ‚Legalität‘ der von Hitler herbeigeführten Revolution.“<sup>65</sup>

Die Erzählung funktioniert im Kern so: Die NSDAP habe legal die Macht in der Weimarer Republik errungen. Daher müsse man es unterbinden, dass Gruppen oder Parteien mit legalen und demokratischen Mitteln, aber undemokratischen Absichten – also die Errichtung einer Gewalt- und Willkürherrschaft – versuchen, an die Macht zu kommen. Zersetzung, Infiltration und fünfte Kolonnen seien die Methoden, die man mit der Staatsgefährdung nun pönalisieren könne.<sup>66</sup> Diese falsche Einschätzung der nationalsozialistischen Machtübernahme<sup>67</sup> und eine diffuse Angst vor der „Weltgefahr des Welt-

63 v. Brünneck (Fn. 4), S. 336.

64 John, stenographisches Protokoll der 112. Sitzung des Ausschusses für Rechts- und Verfassungswesen am 13. Juni 1951 (Fn. 16), S. 12 f.

65 Wahl, 158. Sitzung des Bundestags am 9. Juli 1951 (Fn. 33), S. 6304.

66 Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 1963, 510; Lüthi, Der verstärkte Staatsschutz, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bd. 87, 1951, 137 ff., S. 151.

67 Eine Erörterung dazu ist im Rahmen dieses Artikels nicht zu leisten. Sie benötigt eine zusammenhängende Darstellung der politischen Justiz der Weimarer Republik (vgl. Gusy, Weimar – die wehrlose Republik?, 1991; Hueck, Der Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik, 1996), des nationalsozialistischen Ermächtigungsgesetzes und der Reichstagsbrandverordnung (vgl. Deiseroth, Die Legalitätslegende. Vom Reichstagsbrand zum NS-Regime, 2008; Strenge, Machtübernahme 1933 – Alles auf legalem Weg?, 2002) sowie zur theoretischen Ausrichtung der Rechtswissenschaft in der Weimarer Republik und im Nationalsozialismus (vgl. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus, Bd. 3 1999; Pauer-Studer/Fink, Rechtfertigungen des Unrechts. Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, 2014). Zur Kontextualisierung vgl. Fraenkel, Der Doppelstaat. Recht und Justiz im „Dritten Reich“, 1984.

kommunismus“<sup>68</sup> bildeten die Grundlage für die vermeintliche Notwendigkeit des 1. StÄG.

Das war die „augenblicklich kritische Situation“,<sup>69</sup> die so dringlich erschien, dass jegliche Kritik an dem neuen Tatbestand der Staatsgefährdung und den Verfassungsgrundsätzen hintangestellt werden sollte. Die „Kompromißformel“<sup>70</sup> der Verfassungsgrundsätze müsse eben aufgrund des „dringenden Staatsbedürfnis[es]“<sup>71</sup> erst einmal akzeptiert werden. Küsters Zweifel an der Vereinbarkeit der §§ 88 ff. StGB (F. 1951) mit dem Grundgesetz, aufgrund ihrer Beschränkung der Presse- und Meinungsfreiheit, waren ebenso nicht gewichtig genug, um das Gesetz generell in Zweifel zu ziehen und im Vermittlungsausschuss erneut zu verhandeln. Die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz „ist auch nicht notwendig. Es ist lediglich notwendig, dass die unveränderlichen Teile des Grundgesetzes geschützt werden.“<sup>72</sup> Auch wenn man das Gefühl habe, „dass man mit der besten Absicht versucht hat, verfassungspolitische Leitsätze aufzustellen, die aber im Gegensatz zu sonstigen Seminararbeiten mit Zuchthaus bewertet sind“.<sup>73</sup>

Man könne ja später noch einmal darüber reden. Doch der Bundesrat könne sich jetzt nicht querstellen. Außerdem: „Das Unglück will, dass wir uns in den Ferien des Bundestags befinden und dass wir in Wahrheit nur einen Kampf um diese Ferien führen.“<sup>74</sup> Der Bundesrat lehnte die Anrufung des Vermittlungsausschusses zum Zwecke der Änderung des § 88 StGB (F. 1951) gegen Küsters Stimme ab. Schon im Bundestag war das geplante Gesetz der Regierung mit Blick auf die Sommerpause nur in Teilen verabschiedet worden.

### Fazit

Festzuhalten ist, dass die fdGO-Formel des Bundesverfassungsgerichts aus den strafrechtlichen Verfassungsgrundsätzen stammt. Das Bundesverfassungsgericht hat sich stark an dem Gesetzgebungsprozess orientiert und Änderungen vorgenommen, die auch schon in den parlamentarischen Beratungen vorgeschlagen wurden. Dabei hat das Bundesverfassungsgericht die strafrechtliche „Kompromissformel“, deren Relativität nicht durch zu viele legislative Änderungen deutlich werden sollte, zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung mit „religiös-naturrechtliche[r]“<sup>75</sup> Begründung gemacht. Vor der Offensichtlichkeit ihrer Relativität war sie damit in Zukunft geschützt.

68 Kaufmann, Die Grenzen verfassungsmäßigen Verhaltens nach dem Bonner Grundgesetz, insbesondere: Was ist unter einer freiheitlichen demokratischen Grundordnung zu verstehen, Festvortrag auf dem 39. deutschen Juristentag 1951, 1952, S. 2 ff.

69 Wessel, stenographisches Protokoll der 61. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundesrats am 25. Mai 1951 (Fn. 50), S. 23.

70 Krille, stenographisches Protokoll der 61. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundesrats am 25. Mai 1951 (Fn. 50), S. 26.

71 Krille, ebd., S. 25.

72 Rotberg, stenographisches Protokoll der 61. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundesrats am 25. Mai 1951 (Fn. 50), S. 25.

73 Leusser, stenographisches Protokoll der 61. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundesrats am 25. Mai 1951 (Fn. 50), S. 27.

74 Danckerwerths, stenographisches Protokoll der 61. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundesrats am 25. Mai 1951 (Fn. 50), S. 24.

75 Gusy (Fn. 13).



Kritik, die schon in den Beratungen zum 1. StÄG an den Verfassungsgrundsätzen und dem neuen Tatbestand Staatsgefährdung angebracht wurde, wurde mit dem Hinweis auf die akute Bedrohungslage der Bundesrepublik zurückgewiesen. Dieses Bedrohungsszenario der „kalten Revolution“ setzte sich aus der Annahme der Legalität der nationalsozialistischen Machtübernahme und antikommunistischer – es ließe sich sagen – Paranoia zusammen. Gegen die neuen Revolutionsmethoden, die man eben schon bei Hitler gesehen habe, brauche man ein schlagkräftiges neues Strafrecht und nicht den „Torso“,<sup>76</sup> den die Alliierten hinterlassen hätten. Dabei ist nicht nur die Behauptung der legalen nationalsozialistischen Machtübernahme falsch. Auch die Angst vor der Untergrabung der BRD durch KommunistInnen entbehrt der empirischen Grundlage. Dies ist jedoch Kontext für die Bestimmung der Verfassungsgrundsätze und der fdGO-Formel.

Das Bundesverfassungsgericht hat außerdem die Nr. 6 der strafrechtlichen Verfassungsgrundsätze, den „Ausschluß jeder Gewalt- und Willkürherrschaft“, ins Zentrum seiner Definition gestellt. Auch das wurde vom Justizministerium schon im Ausschuss vorgeschlagen.<sup>77</sup> Diese letzte Nummer der Verfassungsgrundsätze in § 88 StGB (F. 1951) sollte die strafrechtliche Anwendbarkeit des StÄG sichern, in dem sie als Generalklausel funktionierte und eine leichtere Nachweisbarkeit der Staatsgefährdung bei „primitiven Tätern“ sicherte. „Wie jede generalklauselförmige Wendung, die der Gesetzgeber im Strafgesetz verwendet, so ist auch § 88 II Nr. 6 aus dem gesetzgeberischen Bestreben zu erklären, sich einerseits nicht festzulegen, andererseits aber die Zugriffsmöglichkeiten zur Disziplinierung herrschaftsschädlichen Fehlverhaltens offenzuhalten.“<sup>78</sup> Die Formulierung, Ausdruck des Antitotalitarismus und Antikommunismus der 1950er Jahre, dient in der Formel des Bundesverfassungsgerichts der näheren Charakterisierung der bundesrepublikanischen Demokratie. Damit funktioniert die fdGO nicht als demokratisches Existenzminimum, sondern als Identität stiftende Abgrenzungsformel, die vor allem in der strafrechtlichen Anwendung ihre inhaltliche Ausrichtung erlangt. Die inhaltliche Unbestimmtheit der fdGO-Formel kommt also nicht von ungefähr. Sie ist im politischen Strafrecht durch Abgrenzung und unter Praktikabilitätsaspekten, die die Beweislast reduzieren sollten, aufgestellt worden.

Das hat bis in die heutigen Tage Auswirkungen auf das Verständnis von Demokratie und politischem Handeln in der Bundesrepublik. An dieser Stelle ist zwar nur ein Blick auf die Entstehung der fdGO geworfen, doch ließe sich ihre Entwicklung über die Jahrzehnte der Bonner und der Berliner Republik verfolgen. Das KPD-Verbot des Bundesverfassungsgerichts 1956 und der „Radikalenerlass“ der Regierung Brandt 1972 sind dabei lediglich die bekanntesten Stationen. Mit einem Sprung in die heutige Zeit sind die Kontinuitätslinien klar erkennbar. Die „Extremismusklausel“ des Bundesfamilienministeriums von 2011 bspw. verpflichtete geförderte Initiativen auf die fdGO – eine sozusagen wehrhafte Zivilgesellschaft, die den Staat vor „Extremismus“ schützt, selbst aber auch potentiell verdächtig ist.

Der Raum, den eine strafrechtlich begründete, präventive Formel für politisches Handeln lässt, ist gering. Die fdGO ist „vom Staat her“<sup>79</sup> gedacht. Der Staat gesteht den BürgerInnen in „gewissen“ Grenzen politisches Handeln zu. Zugeständnisse lassen sich aber

76 Dehler, 83. Sitzung des Bundestags am 12. September 1950, Plenarprotokoll 83/01, S. 6310.

77 Schafheutle (Fn. 17), S. 12.

78 Copic (Fn. 4), S. 199.

79 Günther, Denken vom Staat her, 2004.



zurücknehmen. Wann, wie und warum das passiert, bleibt der exekutiven und judikativen Definitionsmacht überlassen. Die fdGO ist kein von freien und gleichen BürgerInnen erdachtes Prinzip, sondern ein etatistischer Kontrollmechanismus zur Eingrenzung politischen Handelns und zur Verpflichtung der BürgerInnen auf den Staat.<sup>80</sup>

## Die philosophische Grundlage des Privatrechts



### Gerechtigkeit unter freien Gleichen

Eine normative Rekonstruktion von Delikt, Eigentum und Vertrag

Von PD Florian Rödl

2015, 489 S., geb., 128,- €

ISBN 978-3-8487-1768-2

(*Neue Schriften zum Zivilrecht*, Bd. 3)

[www.nomos-shop.de/23449](http://www.nomos-shop.de/23449)

Was rechtfertigt das geltende Privatrecht? Dies entfaltet die Arbeit am Beispiel der Kerninstitutionen von Delikt, Eigentum und Vertrag. Um nicht alsbald in der hermeneutischen Sackgasse der herrschenden Wertungsjurisprudenz zu enden, wird die Untersuchung von der Frage angetrieben, welche normativen Ideen die kohärenteste Begründung für die Regeln des geltenden Rechts liefern würden. Die ökonomische Analyse bietet die Steigerung des Wohlstands an. Aber damit verfehlt sie das geltende Privatrecht schon im Ansatz. Als tragfähig erweisen sich stattdessen die als längst überwunden geltenden Ideen gleicher Freiheit und ausgleichender Gerechtigkeit. Doch damit haftet dem geltenden Privatrecht zugleich ein fundamentales Defizit an, das in der öffentlich-rechtlichen Einhegung des Privatrechts reflektiert ist.

Portofreie Buch-Bestellungen unter  
[www.nomos-shop.de](http://www.nomos-shop.de)

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



**Nomos**

80 Gusy (Fn. 13), 299f.