

# AUFSÄTZE

*Tim Wihl*

## Die verfassungsrechtliche Aufklärung des Extremismusmodells

Das Extremismusmodell, in akademisch überholter, aber populärer Version auch „Hufeisenmodell“ der politischen Extreme genannt, bildet die interne Arbeitsgrundlage für die Ämter für Verfassungsschutz und erfreut sich zudem einer anhaltenden Beliebtheit in politischen Debatten. Es ist insbesondere im (gar nicht mehr so) neuen Jahrhundert kontinuierlich von den Gefahren des Links- wie des Rechtsextremismus die Rede, so als hätten beide in der Sache etwas miteinander zu tun. Etabliert haben sich zudem die Ausdrücke des „Ausländerextremismus“ (etwa bezogen auf die PKK) und des „religiösen“, in der Regel islamistischen „Extremismus“. Auch von neuen Formen „des Extremismus“ in „den Staat delegitimierender“ Absicht ist seit einigen Jahren die Rede, etwa mit Bezug auf die „Querdenker“-Bewegung.<sup>1</sup> Mit etwas Abstand betrachtet, erstaunt es, wie uniform deutsche Politiker:innen von einem Vokabular Gebrauch machen, das unter den Expert:innen der Politik- und Sozialwissenschaften kaum Anhang findet, ja meist vehement abgelehnt wird.

Juristisch ist wiederum auffällig, dass die Behördenpraxis den starken Wandel der Rechtsprechung zum Begriff der „freiheitlichen demokratischen Grundordnung“ in den letzten Jahren bisher völlig unzureichend reflektiert. Diese Judikatur entzieht dem administrativen Extremismusmodell nämlich den verfassungsrechtlichen Boden.

Daher will dieser Artikel zweierlei leisten: Erstens will er die oft wiederholten Einwände gegen das Extremismusmodell für den juristischen Gebrauch übersichtlich zusammenfassen. Zweitens soll er die Frage beantworten, inwiefern sich aus der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts das Gebot einer behördlichen Abstandnahme von extremismustheoretischen Zugriffen auf politische Phänomene ableiten lässt. In einer Analyse der relevanten Judikate wird deutlich, dass die kontinuierlich seit den 1950er Jahren geübte juristische Kritik an der Konstruktion der „freiheitlichen demokratischen Grundordnung“ (fdGO) in den Verbotsurteilen zur „Sozialistischen Reichspartei“ (SRP) und der „Kommunistischen Partei Deutschlands“ (KPD) sowie an dem in der Behördenpraxis damit in Zusammenhang stehenden normativ-administrativen Extremismusansatz insbesondere im NPD (II)-Urteil von 2017 maßgebliche Spuren hinterlassen hat. Diese Wende in der höchstrichterlichen Rechtsprechung legt damit *mindestens* nahe, die fdGO-Konstruktion staatlicherseits mit deutlich veränderter Akzentuierung einzusetzen. Die wesentliche und verfassungsrechtlich begründete Konsequenz besteht

1 Vgl. kritisch etwa Oliver Drewes, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/nach-wie-vor-untere-ntwickelt/> (28.6.2023).

DOI: 10.5771/0023-4834-2023-3-291

in einer Absage an Versuche, verschiedene politische Radikalitätsphänomene in einem übergreifenden Modell – etwa dem des „Extremismus“ – zu beschreiben. Stattdessen ist ein (in der Politikwissenschaft schon lange geforderter) differenzierter Zugang geboten, der höchst heterogene Phänomene nicht zuvörderst durch die „versicherheitlichende“ („*securitizing*“) Brille der „Gefährlichkeit“ betrachtet.

Im *ersten Teil* wird folglich ein Abriss wesentlicher Kritikpunkte am Extremismusmodell als Hintergrund geboten. Im *zweiten Teil* wird dann die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit ihren wichtigen Stationen und insbesondere der entscheidenden Zäsur des NPD-Urteils verdichtet dargestellt. Anschließend (*unter III.*) werden allgemeine Folgerungen aus der Rechtsprechungswende bei der fdGO-Definition für amtliche Tätigkeiten im Zusammenhang mit Extremismusbegriffen gezogen.

### *I. Die „klassische“ und zeitgenössische politologische und juristische Kritik am normativ-administrativen Extremismusmodell*

Seit langer Zeit äußert die Wissenschaft Einwände gegen den Gebrauch des Extremismusmodells durch staatliche Behörden.<sup>2</sup> Die Kritik ist in der Substanz so überwältigend, dass ein Festhalten an dem Modell aus wissenschaftlicher Warte unvertretbar erscheint.

#### 1. Ideengeschichtlicher Einwand

Zuerst wird gegen das Extremismusmodell, wie es die Ämter für Verfassungsschutz seit den 1970er Jahren einsetzen und wie es in der Politikwissenschaft seit den 1980er Jahren (allein) mit der Schule um Eckhard Jesse und Uwe Backes verbunden ist,<sup>3</sup> ein *ideenhistorischer* Einwand erhoben, der mittlerweile selbst fast kanonischen Rang hat und den Vertreter:innen des Extremismusansatzes mit fast stereotypen Antwortversuchen zu parieren suchen, ohne dass er im mindesten verstummen mag. Um ihn zu verstehen, ist es wichtig, den Hintergrund des administrativen Aufstiegs des Extremismusbegriffs zu kennen. Der „Extremismus“ trat Anfang der 1970er Jahre an die Stelle eines diffuseren Radikalitätstopos, der aber wesentlich durch gröbere (nicht etwa Arendtianische) Versionen der Totalitarismustheorie angereichert war. Im Zuge der Entspannungspolitik gegenüber dem

2 Vgl. aus dem unüberschaubaren Schrifttum nur Sarah Schulz, *Die freiheitliche demokratische Grundordnung*, Weilerswist 2019; Maximilian Fuhrmann, *Antiextremismus und wehrhafte Demokratie*, Baden-Baden 2019; Eva Berendsen/Katharina Rhein/Tom David Uhlig (Hg.), *Extrem unbrauchbar. Über Gleichsetzungen von links und rechts*, Berlin 2020; Christoph Gollasch, *Extremismus*, in: David Ranan (Hg.), *Sprachgewalt*, Berlin 2021, 194-210; klassisch: Helmut Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Opladen 1975; Christoph Gusy, *Weimar – die wehrlose Republik? Tübingen 1991* (zum entscheidenden Weimar-Argument); Claus Leggewie/Horst Meier, *Republikenschutz*, Hamburg 1995 (auf der Basis einer dezidiert „westlichen“, liberal-kelsenianischen Verfassungssidee); Christoph Kopke/ Lars Rensmann, *Die Extremismus-Formel*, Blätter für deutsche und internationale Politik 2000, 1451-1462; als liberale Grundsatzkritik des NPD-Urteils konkretisiert: Claus Leggewie/Johannes Lichdi/Horst Meier, „Hohe Hürden“ sehen anders aus. Das abermalige Verbotverfahren gegen die NPD. Kritik des Urteils (Teil 3), *Recht und Politik* 2017, 145-173; pointiert Marlene Grunert, *Ob jetzt rechts oder links*, FAZ, 19.2.2022 (anlässlich der Selbstkritik des Extremismustheoretikers Uwe Backes).

3 Z. B. Uwe Backes/Eckhard Jesse, *Politischer Extremismus in der Bundesrepublik Deutschland*, 3 Bde., Köln 1989.

Ostblock erschien es nicht länger angebracht, das Sowjetsystem mit der NS-Diktatur unter dem gemeinsamen Oberbegriff des Totalitarismus zu verhandeln. Noch wichtiger war aber, dass im Zuge der 68er-Bewegung linke Radikalismen auftraten, die den Staat herausforderten, jedoch gegenüber beiden Systemen der Parteidiktatur gleichermaßen Distanz wahrten. Deren Lösung lautete oftmals „Mehr Demokratie“ bzw. „Demokratisierung der Demokratie“, beispielsweise durch Räte Modelle und basisdemokratische Formen.<sup>4</sup> Der Autoritarismusverdacht gegenüber den am Sowjetsystem und dem NS-Faschismus orientierten Gruppen prallte an antiautoritären Gegner:innen des bundesdeutschen Systems und insbesondere des Kapitalismus logischerweise ab. Dennoch befürchtete die Regierung einen „Marsch durch die Institutionen“ oft hochgradig staatskritischer demokratischer Sozialist:innen. Mit dem Begriff des Extremismus konnten Gruppen staatlich unter Beobachtung gestellt werden, die überwiegend nicht gewaltaffin waren und die überdies dem bisher gängigen Totalitarismusmodell nicht entsprachen. Der sogenannte Radikalenerlass führte in diesem Zusammenhang zu Tausenden Berufsverboten für (fast ausschließlich) politisch Linke, die mittlerweile etwa vom niedersächsischen Landtag<sup>5</sup> und dem EGMR (Vogt-Entscheidung)<sup>6</sup> überwiegend als Unrecht eingestuft worden sind. Gleichzeitig versahen zahlreiche NS-Belastete weiterhin den Staatsdienst. Dieser Hintergrund ist nicht ohne Belang für die Persistenz des nun darzustellenden Einwands, den wissenschaftliche Extremismustheoretiker:innen regelmäßig für unbegründet erklären. Es handelt sich um den Vorwurf der *unberechtigten Gleichsetzung* oder auch einer *Symmetriesuggestion* bezüglich linker und rechtsextremer Strömungen.

Allein die Verwendung des gleichen Oberbegriffs legt eine Vergleichbarkeit zwingend nahe. Ideengeschichtlich problematisch ist daran im Wesentlichen zweierlei: Während (*common-sense*-haft) „linksradikale“ Strömungen wie Kommunismus und Anarchismus – die bereits unter sich so weitgehend verschieden sind, dass ein wissenschaftlich fundierter politiktheoretischer Oberbegriff sich verbietet, weil die Vorstellungen von Herrschaft, Staatlichkeit, Gewalt usw. zu stark auseinanderklaffen – bei (fragwürdigem, aber *for the sake of the argument* gebotenen) äußerstem Willen zur Abstraktion eine Bindung an die Grundwerte von Freiheit und Gleichheit aufweisen, lehnt der Faschismus in seinen ideenhistorischen Varianten beide grundsätzlich ab. Eine Vergleichbarkeit erledigt sich im Grunde schon mit dieser wissenschaftlich weitgehend unkontroversen Feststellung. Man kann es kurz auf die Formel bringen: Ein demokratisierter Kommunismus („Eurokommunismus“ etc.), aber keinerlei demokratisierter Faschismus ist ideell-normativ denkbar. Politische Linksdissidenz zeichnete autoritär-sozialistische Staaten aus (z. B. Bloch, Harich, Bahro, Havemann, Biermann in der DDR), während Rechtsabweichung im Faschismus keine politische Größe sein konnte.

Hinzu kommt ein zweiter, weniger kanonischer Problemfund: die Ignoranz gegenüber *autoritärem Liberalismus*. Da der Liberalismus im Extremismusmodell die unproblematische ideelle Mitte verkörpert, hat das Modell keinen Begriff von dem unter Umständen autoritär auflösbaren Spannungsverhältnis zwischen „freiem Markt“ und Demokratie. Der (Neo-)Liberalismus von Hayeks konnte sich daher mit der Befürwor-

4 Dazu klassisch: Peter von Oertzen, *Freiheitliche demokratische Grundordnung und Räte system*, in: Erhard Denninger (Hg.), *Freiheitliche demokratische Grundordnung*, 1977, 208-224, Frankfurt 1977.

5 Vgl. Niedersächsischer Landtag, *Entschließung*, Drs. 17/7150.

6 EGMR, 26.9.1995 – 17851/91 – Vogt gegen Deutschland.

tung einer „Übergangsdiktatur“ zugunsten eines freien Marktes (etwa in Chile), virulenter Demokratieskepsis und Misstrauen gegenüber gesellschaftlichen und demokratischen Mehrheiten verbinden. Hayek ist dabei kein Einzelfall, sondern steht symptomatisch für die Spannung zwischen Demokratie und liberalem Kapitalismus, die sich im rechten Flügel des Liberalismus früh mit der Furcht vor der „Tyrannei der Mehrheit“ gegen wirtschaftliche Eliten identifizieren lässt. Auch eine Angst vor übermäßigem Pluralismus und daraus resultierender Rechtsunsicherheit für Wirtschaftsaktivitäten ist *Teilen* des liberalen Denkens seit je zu eigen. In der Demokratietheorie<sup>7</sup> spricht man teils von „Agoraphobie“ als einem grundlegenden liberalen Misstrauen gegenüber „zu viel Demokratie“. „Weniger Demokratie“ in staatlichen oder zivilgesellschaftlichen Formen kann aber das Niveau *privater* Herrschaft im Wirtschaftssektor steigern und sich damit in der Gesamtbetrachtung freiheitsfeindlich auswirken, was den berühmten US-Demokratiethoretiker Sheldon Wolin sogar zur provokanten Diagnose eines „umgekehrten Totalitarismus“ (*inverted totalitarianism*) durch zu viel Wirtschaftsliberalismus bewegt hat.<sup>8</sup>

Das Extremismusmodell atmet außerdem (nicht nur ästhetisch) tiefe Provinzialität: Es beruht auf der Verabsolutierung einer spezifisch deutschen Revolutionsaversion, die international aufgrund besserer Erfahrungen mit fortschrittlichen politischen Umstürzen keineswegs geteilt wird. (Wolf Lepenies sprach gar einmal von der konstitutiven „Revolutionssucht“ der Demokratie.) Anders formuliert, kommt hier eine politische Phantasielosigkeit zum Ausdruck, die grundlegend Neues stets wohllosiert kleinschrittig einführen möchte, statt etwa „constitutional moments“ (Bruce Ackerman) wie in den USA oder wiederkehrende Verfassungsrevolutionen wie in Frankreich zuzulassen. Die Beschwörung des Extremismus entkommt letztlich nicht einer *Sicherheitslogik der Konservierung des Status quo*, die der liberal-demokratischen Logik freier Erfindung politischer Formen völlig widerstreitet. Das verkrampte Verhältnis zum politischen Fortschritt kommt nicht zuletzt in einem *paranoiden Syndrom* zum Ausdruck, das bei Aktivitäten etwa der Klima- oder Wohnungsbewegung stets nach Anhaltspunkten für eine vermeintliche Instrumentalisierung solcher Fragen für die „eigentlich“ angestrebte Einführung linker Diktaturen oder für die bevorstehende Anwendung massiver physischer Gewalt fahndet. Darin drückt sich eine (in sich möglicherweise sogar sinnvolle) sicherheitliche Logik des Staatsschutzes aus, nicht aber eine wissenschaftlich begründete Neugier.

Teils richten sich ideengeschichtliche Einwände in Verlängerung des begründeten Unbehagens gegen solche Verwechslungen weniger gegen den überabstrakten Oberbegriff oder das ursprünglich einseitig gegen linke Strömungen („Neue Linke“) motivierte Modell allein, sondern eher aus dezidiert liberaler Perspektive gegen das Extremismuskonzept als Stellvertreter für die deutsche Variante der „wehrhaften Demokratie“ überhaupt. Diese Kritik ist seit Hans Kelsen prominent vertreten und in ihrer argumentativen Konsequenz auch schwer zu widerlegen, wie zuletzt immer wieder Beiträge von Claus Leggewie und Horst Meier (insbesondere die wichtige Monographie zum „Republik-schutz“) u. a. zeigen konnten. Sie verdient selbstverständlich als eigentliches Grundmodell liberaler westlicher Staaten auch einen prominenten Platz in einer anti-provinziellen politischen Bildung, um den normativen Individualismus und das Zutrauen in die Selbstorganisationskraft demokratischer Bürger:innen nicht vorschnell abzuschreiben.

7 Etwa bei Martin Breugh, *L'expérience plébeienne*, 2007.

8 Sheldon Wolin, *Politics and vision*, Princeton 2006.

## 2. Empirisch-sozialwissenschaftlicher Einwand

Neben die ideengeschichtlichen Probleme des Modells treten empirisch motivierte Fragen, die ebenfalls schon fast kanonische Bedeutung gewonnen haben, weil sie nie ausgeräumt werden konnten. Scheint das Extremismusmodell nicht zu suggerieren, die politischen „Ränder“ seien das Problem – in merkwürdiger Umkehrung eben nicht nur der normativen Präferenz liberaler Einstellungen für Außenseitertum und Nonkonformismus, sondern auch der sattsamen sozialwissenschaftlichen Erkenntnisse über die Verankerung menschenfeindlicher Einstellungen in der sogenannten „Mitte“ der Gesellschaft?

Zudem ist die Entlastung der „bürgerlichen Mitte“ auch in sozialhistorischer Hinsicht verfehlt, weil ohne deren Unterstützung für autoritäre Positionen und Parteien eine Diktatur schwer an die Macht gelangen kann. Eine Schlüsselrolle spielen hier naturgemäß auch die wirtschaftlichen und politischen Führungsschichten der Gesellschaft sowie die staatlichen Funktionsträger:innen. Deren antidemokratische Versuche stellten sich stets als Kern des Problems einer Erosion der Demokratie dar – zumal in Deutschland.

Das Extremismusmodell skandalisiert aber nicht zuletzt skurrile *Außenseiterpositionen*, statt sich der *alltäglichen* Gefährdung durch autoritäre Versuche, insbesondere durch die *gruppenbezogene Menschenfeindlichkeit* großer Teile der Gesellschaft, zuzuwenden, die sich auch in entsprechender (teils tödlicher) *Gewalt gegen Schwächere* niederschlägt. Insbesondere vor 1990, aber teils auch noch heute ereignet sich diese weitgehend unter dem Radar der Extremismusabwehr.<sup>9</sup> Auch ist die hinsichtlich neurechter Bestrebungen allzu betulich-langsame Vorgehensweise des BfV in der Presse durchgehend heftig kritisiert worden.<sup>10</sup> Zivilgesellschaftliche Bemühungen müssen dann oft an dessen Stelle treten. Das haben die Herausgeber:innen der neuen Zeitschrift „ZReX“ zur Rechtsextremismusforschung um das FGZ/IDZ (Matthias Quent et al.) noch einmal hervorgehoben. Wesentliche Erkenntnisse zu gewalttätigen Strukturen (nach Art des NSU-Komplexes) stammen in der Regel aus „antifaschistischen“ Quellen als nicht wegzudenkendem Bestandteil des zivilisatorischen Widerstands gegen rechtsradikale „Barbarei“.

Aktuell bleibt ferner die Präsenz rechtsradikaler Handlungsweisen in staatlichen Sicherheitsbehörden hervorzuheben („Extreme Sicherheit“), die sich mit dem „top-down“ auf „skurrile Minderheiten“ der Citoyens gerichteten Blick des Extremismusmodells nicht verträglich und demzufolge in den BfV-Verlautbarungen traditionell ein gewisses Schattendasein fristet.

Hinzu kommt die Existenz diffus „systemfeindlicher“ Haltungen in der vermeintlichen gesellschaftlichen „Mitte“, denen die Verfassungsschutzämter neustens mit einer weiteren Kategorie des Extremismus (eine Art ideologischer heimatloser „Staatsfeindschaft“ neben „links, rechts, religiös, ausländisch“) glauben Herr werden zu können, aber weiterhin, ohne sie innerhalb der Mitte-Imago verorten zu wollen.<sup>11</sup> „Staatsfeinde“, die eine „Verachtung“ des Staates und seiner Repräsentanten eint, sollen neuartige „Extremisten“ sein. Doch hat jeder alles Recht, je bestehende Institutionen oder Politiker zu verachten. Er und/oder sie darf bloß nicht gegen sie den gewaltsamen Umsturz

9 Vgl. nur die historischen Forschungen von Barbara Manthe: <https://www.forena.de/dfg/>.

10 Vgl. etwa diverse Beiträge von Ronen Steinke in der SZ.

11 Vgl. das Gespräch mit BfV-Präsident Thomas Haldenwang, FAS vom 16.1.2022.

planen, wie es in Teilen der neuen Bewegungen in der Regel mit autoritärer oder gar faschistischer Stoßrichtung vorgekommen ist. Autoritäre Tendenzen per se müssen Gegenstand *gesellschaftlicher* und politisch-bildnerischer Demokratieverteidigung sein. Jede Gestalt des „offenen“, also nicht verborgenen, sondern auf Öffentlichkeit angelegten „Widerstands“, wie in jeder *auf Wirksamkeit angelegten negatorischen politischen Kommunikation*, die selbstverständlich Kräfteverhältnisse beeinflussen (d. h. auch gegebener Herrschaft „widerstehen“, oder sie mindern) möchte, ist prima facie Ausdruck des stets zugleich körperlich wirkenden Demonstrationsrechts.<sup>12</sup> Eine Meinungsäußerung oder Demonstration ohne materielle öffentliche Wirkung bleibt vergebene Liebesmüh einer liberalen Romantik, die erst ihre herrschaftssoziologische Aufklärung zur demokratischen Praxis läutern würde. Darüber hinaus muss ein umfassender, fast akademisch anmutender Überwachungsanspruch über jegliche Formen demokratischer Negation („Protest“) für Demokratien unstatthaft bleiben. Interessieren sollten sich für all diese Phänomene vielmehr die Wissenschaft sowie die politische Bildung, die darauf nicht nur mit der gesetzlich vorgegebenen Linse der „Sicherheit“ schauen, sondern tatsächlich eine Analyse mit weit offenem Visier zu leisten instande sind.<sup>13</sup> Die vom „Hufeisenmodell“ schon länger gelöste Extremismusformel bezeugt hingegen mit der zeitgenössischen Erfindung neuer Extremismusformen nur ein weiteres Mal ihren administrativen *Ad-hoc-Charakter*, der sie empirisch-wissenschaftlich unbrauchbar macht.

### 3. Geschichtswissenschaftlicher Einwand

Geschichtswissenschaftlich wird kritisiert, dass das Extremismusmodell eine Nähe zu „neurechten“ Erklärungsmustern aufweist, wenn es teils implizit eine geistige Verbindung zwischen dem historischen Bolschewismus und Nationalsozialismus herstellt (vergleichbar der im „Historikerstreit“ um Ernst Nolte betonten faschistischen Kommunismusabwehr) und in der Folge auch die Singularität des Holocaust relativiert.

Hinzu kommt aber insbesondere der Vorwurf einer falschen Geschichtsdeutung: Bei einer Makrobetrachtung ist die Weimarer Republik nicht an den politischen Extremen gescheitert, sondern am *mangelnden Rückhalt für die Demokratie in der Breite der Bevölkerung und besonders deutlich in den politischen, ökonomischen und geistigen Eliten* der 1930er Jahre. Die Weimarer Demokratie war institutionell besser als ihr Ruf, wie die neueste Forschung hervorhebt.<sup>14</sup> Schon früher wurde u. a. von Christoph Gusy<sup>15</sup> gezeigt, dass Weimar überdies alles andere als staatlich „wehrlos“ war. Parteiverbote etwa waren Legion. Jedoch waren die Exekutive und Judikative überwiegend ausgerechnet „auf dem rechten Auge blind“.

Zudem erweist die Mikroanalyse der Ereignisse von 1933, dass es sich keineswegs um eine legale „Machtergreifung“ oder „Revolution“ handelte, sondern Hitlers Partei in vielfacher Hinsicht massiv das Recht brach, um die Diktatur zu errichten. Die Erzählung von der „legalen“, „kalten“ Revolution der NSDAP sitzt *NS-Mythen* auf, die irritierenderweise eine faktische Legitimationswirkung für die „Extremismusabwehr“ entfalten

12 So sehr klar die Brokdorf-Entscheidung des BVerfG: BVerfGE 69, 315.

13 In diese Richtung institutionell sehr weitgehend: Beschluss der Bündnis 90/Die Grünen-Bundestagsfraktion, „Für eine Zäsur in der deutschen Sicherheitsarchitektur“, 2012.

14 Horst Dreier/Christian Waldhoff (Hg.), *Das Wagnis der Demokratie*, München 2018.

15 Gusy 1991 (Fn. 2).

konnten. Freilich richtet sich auch diese Kritik umfassender gegen ein bestimmtes Modell extrem-präventiver staatsseitiger Wehrhaftigkeit.

#### 4. Rechtswissenschaftlicher Einwand

Ein maßgeblicher juristischer Einwand lautet, dass die Wehrhaftigkeitsidee unter anderem auf einer Fehleinschätzung der Weimarer Positivismuskontroverse gründet. Es ist nämlich unzutreffend, dass das Recht der ersten deutschen Republik wehrlos gewesen sei, weil es sich zu wenig an substantiellen Werten festgehalten habe, also zu „neutral“ gegenüber der eigenen Staatsform gewesen sei. Vielmehr trugen gerade die antidemokratischen Kräfte ihre Positionen bevorzugt als Angriffe auf den nur vermeintlich wertneutralen Rechtspositivismus vor und erzielten im „Methoden- und Richtungsstreit“ der Staatsrechtslehre einige Erfolge (Carl Schmitt, Heinrich Triepel, Rudolf Smend, Erich Kaufmann). Nicht zuletzt die Rechtsprechung zeigte sich früh bereit, gerade konservative Werte wie das Privateigentum auch gegen den demokratischen Gesetzgeber zu schützen. Es ist daher von beträchtlicher (rechts)geschichtsklitternder Ironie, dass auch 1948/49 wieder eine liberale „Wertfreiheit“ verdammt wurde, statt eine einseitige konservative Politisierung der Justiz zu hinterfragen, die sich gerade in der NS-Zeit als *antipositivistische* Vollstreckerin der NS-Ideologie im Recht betätigte.<sup>16</sup> Es zeigte sich hier eine Kontinuität der Verachtung liberaler juristischer Formen, deren deutlichste Widerspiegelung die Lehre von einer (zu) stark materialen „fdGO“ wurde.

#### 5. Faschismustheoretischer Einwand

Weitgehend konsensual, da wissenschaftsintern wenig umstritten, ist auch der Vorhalt, das Extremismusmodell wisse über die Dynamiken des Rechtsradikalismus mit seinen vielfältigen Andockmöglichkeiten und Verführungs Kräften für die gesellschaftliche „Mitte“ nichts zu sagen („Extremismus der Mitte“). Das ergibt sich bereits aus seiner wie auch immer modifizierten „Hufeisen“-Logik. Die etwas überscharf formulierte, aber in der Sache zutreffende Kritik von Rensmann und Kopke an der „Extremismusformel“ aus dem Jahr 2000 trifft daher weiterhin zu:

*„Zur Erkenntnis der sozialen Dynamik des Rechtsradikalismus und seiner sozialpsychologischen Ursprünge sowie Interaktionen mit Politik, Medien und Gesellschaft hat man so bis heute nichts beisteuern können. Seine spezifische Entwicklung nach 1989 und seine konkrete Gestalt als regional unterschiedliches, zum Teil aber hegemoniales Lifestyle-Syndrom in rassistisch geprägten kulturellen Kontexten ist jener ideologisch verrannten Forschung verstellt geblieben, die noch im Angesicht entgegengesetzter Fakten stets den Rückgang des Rechtsextremismus prognostiziert hatte. Schließlich vertrat (der Doyen der Extremismusforschung, TW) Jesse vor Jahren die These, "die aufgrund des unermesslichen Leidens und Leidens [...] vielfach privilegierte jüdische Position in der Bundesrepublik" sei wesentlich selbst verantwortlich für einen ansons-*

16 Bernd Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, Tübingen 2012 (zuerst 1968).

*ten unbedeutenden Antisemitismus und Rechtsextremismus in Deutschland, der "mehr Phantom als Realität ist".<sup>17</sup>*

Weniger konsensual fällt freilich die Antwort auf die Frage aus, wie die angesprochenen Dynamiken des Rechtsradikalismus genau beschaffen sind. Die klassischen Resultate der faschismustheoretischen Forschung sind zwar nicht einfach zu widerlegen, stellen aber nicht alle zufrieden. Danach gibt es einen Zusammenhang zwischen der Evolution des (insbesondere wirtschaftlichen) Liberalismus und der Entstehung faschistischer Tendenzen derart, dass die *entsolidarisierenden* Effekte einer konkurrenzorientierten Marktwirtschaft und begleitenden Entschärfung durch Sozialstaatserosion die Suche nach Sündenböcken wie „den Ausländern“, „den Flüchtlingen“, „den Juden“ oder „der Elite“ befördern. Zudem kann die kapitalistische Wirtschaftsordnung sich nach Ansicht dieser breit vertretenen Faschismustheorie bei der (derzeit wohl noch entfernten) Zuspitzung gesellschaftlicher Krisen ggf. nur durch die Anwendung autoritär-faschistischer Mittel halten. Hier ist allerdings vieles hoch umstritten – gerade deshalb ist eine weitergehende soziologisch und sozialpsychologisch fundierte Forschung nötig, die den Rahmen normativer Überlegungen (insbesondere unsauberer Art wie in der Extremismusformel) sprengt.<sup>18</sup>

## 6. Pragmatischer und wissenschaftstheoretischer Einwand

Wozu brauchen wir dann überhaupt die übermäßige Abstraktion durch ein Extremismusmodell? „Extremistisch“ – *so what?* So könnte man zugespitzt fragen. Was wissen wir genauer, wenn wir derart klassifiziert haben? Wissenschaftstheoretisch und -pragmatisch lässt sich das (diesseits der angesprochenen *sekuritären*, also nicht-wissenschaftlichen, Orientierung („*securitization*“/„Versicherheitlichung“) gewisser Behörden) tatsächlich nicht exakt sagen.

## 7. Neuer demokratietheoretischer Einwand

In jüngerer Zeit lässt sich mit prominenten Strömungen der Demokratietheorie auch hinsichtlich der fragwürdigen Fixierung des Modells auf die Repräsentationsdemokratie fragen, inwiefern der Strukturwandel der demokratischen Öffentlichkeit zur „gegen-demokratischen“ (Pierre Rosanvallon) quasi-permanenten Kontestation repräsentativer Entscheidungen durch ein Extremismusmodell gespiegelt werden kann, das bereits mit der Einordnung „populistischer“ oder illiberal-plebiszitärer, vor allem aber neuerer diffus-staatskritischer Entwicklungen (z. B. „Querdenken“-Bewegung) seine theoretische Not hat. Generell entzieht sich der zeittypische „Konfusionsismus“ (Philippe Corcuff) verschiedenster ideologischer Versatzstücke der Klassifizierungsfreude normativ (und administrativ) ansetzender Radikalismuserklärungen, die beharrlich den Ursprung solcher Strömungen in der diffusen gesellschaftlichen „Mitte“ verkennen.

17 Kopke/Rensmann 2000 (Fn. 2).

18 Etwa im Sinne von Theodor W. Adorno, *Aspekte des neuen Rechtsradikalismus*, Berlin 2019 (zuerst 1967); Carolin Amlinger/Oliver Nachtwey, *Gekränkte Freiheit*, Berlin 2022.



## 8. Demokratie-epistemischer, wahrheitstheoretischer Einwand

Ein sehr tief verankertes Problem der „Extremismustheorie“ besteht darin, dass sie, indem sie sich im Kern auf Fehldeutungen der politischen Philosophie Rousseaus und der französischen Revolution von 1789 ff. stützt, einem schlechten philosophischen Relativismus anheimfällt. Die Suche nach einem Gemeinwillen als gesellschaftlicher Allgemeinheit, ja die Suche nach politischer Wahrheit per se ist aber – anders als Vertreter der „ET“ mit Berufung vor allem auf Jacob Talmon („demokratischer Totalitarismus“) meinen – alles andere als totalitär oder freiheitsfeindlich. Die Entbindung der Politik von jeglichem Wahrheitsanspruch verdammt diese vielmehr zu einem *Flottieren bedeutungsloser Signifikanten* und so zu einer Beliebigkeit, die den von ihr beförderten Schlaf der Vernunft Ungeheuer (des *Irrationalismus*) gebären lässt. Die scheinbar liberale, vermeintlich demokratische Relativität aller politischen Ergebnisse versagt dem demokratischen Prozess seine Ausrichtung auf ein fortschreitendes *Werden* tieferer Freiheit und Gleichheit. Sie verkürzt einen Prozess zum ewigen Sein, sinnfreier Gegenwart, und sitzt damit einer zeitontologischen Naivität auf, die dem Sinn der politischen Moderne als Bewegungsform (der Gleichfreiheit) widerstreitet. Der vorgeblich demokratiewahrende Relativismus einmal linker, andermal rechter Positionen schaukelt die Demokratie in den Schlaf einer reinen Fremdrepräsentation.

Demgegenüber enthält die liberale Demokratie in sich alle geistigen Ressourcen zu ihrer eigenen Ausweitung und Vertiefung, wie sie in der Regel avantgardeähnlich, also ihrer Zeit voraus, von der radikalen Linken ins Spiel gebracht werden. Die Forderungen der radikalen Linken von einst sind daher das zu bewahrende Gemeingut der Politik von heute. Dieser Prozess zunehmender Emanzipation, unterdessen auch der „Natur“, ist nicht abgeschlossen.

Demgegenüber ist die Konservierung verbleibender Herrschaftsstrukturen, zumal in nostalgisch-reaktionärer Form, insofern sie sich dem demokratischen Bewegungsgesetz zu mehr Gleichfreiheit (aller Lebewesen) entgegenstellt, stets auf gewaltförmige Mittel angewiesen. Diese Mittel zu kritisieren, wie es, schematisch gesprochen, linke Strömungen tun, entspricht hingegen der liberaldemokratischen Wahrheit der gleichen Freiheit – egal ob die verurteilten Gewaltmittel privat oder staatsseitig eingesetzt werden.

Eine korrespondierende Wahrheit liberaldemokratischer Geschichte liegt in deren Angewiesenheit auf kontingent ausgebildete institutionelle Strukturen, die einen errungenen Fortschritt gleicher Freiheit vor dem Rückfall in die (hobbesianische und andere) „Barbarei“ der Regellosigkeit physischer Stärke bewahren. Insofern ist ein flexibles und stets kontrolliertes Gewaltmonopol vor der politischen Wahrheit einer demokratischen Moderne gerechtfertigt. Daher stellt auch die liberale Gewaltschranke eine Errungenschaft höchsten Ranges dar, deren bloße Verteidigung den Staat noch nicht zur kritikwürdigen Herrschaftsagentur macht. Im Gegenzug ist das Bestreben, das beschränkte Gewalt zum umfassenden Sicherheitsmonopol umzuformen, aus den gleichen Gründen zu kritisieren. Das weite Vorfeld jeglicher Gewalt bleibt („westlich“-) idealerweise eine Sache gesellschaftlicher Selbstkritik und Auseinandersetzung.

Der demokratische Prozess ist folglich nur, aber doch der *Wahrheitssuche*, nie einer schon fixierten Wahrheit verpflichtet, da letztere nur eine Teilwahrheit sein könnte, die sich selbst fälschlich für die ganze hält. Demokratisch ist ein gesellschaftliches *Werden*, nie ein im Ganzen *identifizierbares Sein*. Das Werden gleicher Freiheit ist der Tatsache

eines untüchtigen „Nichtidentischen“ verpflichtet, das weder in einer „Grundordnung“ noch in restlosen Bildern abstrakter Utopien je schon zu sich gekommen ist.

## 9. Caveat

Daher bleibt auch ein dezidiert *autoritarismuskritischer*, tiefenscharfer Totalitarismusbegriff, wie er etwa von Claude Lefort (als Kritik vorwiegend am realen sowjetischen Stalinismus und starren kapitalistischen Bürokratismus)<sup>19</sup> oder Hannah Arendt (als Kritik vor allem an Imperialismus und Faschismus)<sup>20</sup> wissenschaftlich entfaltet wurde, *demokratiethoretisch* sinnvoll. Ebenso wichtig ist die sachlich fundierte Kritik jeder politischen Gewalt (aus liberaler Perspektive auch und insbesondere seitens des Staates, da von dort ressourcenbedingt potentiell die größte Gefahr droht). Eine Verpflichtung zur frühzeitigen Gewalt- und Terrorismusprävention statt der Beobachtung vager, willküröffener „Bestrebungen“ (so aber das BVerfSchG des „Extremismus“ (gemäß langjähriger Praxis der Verfassungsschutzämter) könnte Teil auch der politischen Bildung sein, wenngleich diese eben *nicht* nach der Logik der Gefahrenabwehr funktionieren kann. Gerade wegen der Zentralstellung der individuellen Autonomie im Sinne der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes kann politische Bildung nur die Stärkung des *kritischen Geistes* politisch wacher Bürger:innen zum Ziel haben, der sie selbstverständlich grundrechtspraktisch auch über den Status quo politischer Institutionen *in demokratisierender Absicht* hinausdenken lässt. Nach *mehr gleicher Freiheit* zu streben kann politischer Bildungsarbeit nie suspekt sein; die starke Verbreitung menschenfeindlicher Ressentiments quer durch die Gesellschaft (einschließlich ihrer Behörden) darf sie nie herunterspielen. Dass linke Positionen heute meist einen demokratisierenden Impetus haben, dass sie selbst personifiziert durch zivil ungehorsame Akteure mit den traumatisierend-mörderischen „RAF“-Taktiken nichts gemein haben und unter Umständen einen wertvollen Beitrag zur gesellschaftlichen Abwehr *inhärent gewaltaffiner* rechter Standpunkte leisten können, hätten Staatsdiener:innen im Ausgangspunkt zuzugeben. Die erfolgreiche geistige Bekämpfung des zeitgenössischen Autoritarismus setzt diese Einsicht voraus.

Unterdessen sind die meisten einst als linksradikal gewerteten Positionen zum Allgemeinut geworden, das auch viele Konservative verteidigen (Frauengleichstellung, Demokratie als Staatsform, „Ehe für alle“, Unternehmensmitbestimmung, ökologisch motivierte Industrietransformation etc.). Die Dia- und Prognose scheint nicht sehr gewagt, dass dieses *Avantgardemoment* der radikalen Linken bei Themen wie der schrittweisen Distanzierung vom Wachstumskapitalismus oder der zunehmenden Betonung von Repräsentationslücken des demokratischen Systems heute und in Zukunft vergleichbar wirkt. Genau das Gegenteil lässt sich durchgehend über den Rechtsradikalismus sagen, was die *kategoriale Unvergleichbarkeit* beider abermals belegt.

19 Claude Lefort, *L'invention démocratique*, Paris 1994.

20 Hannah Arendt, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, München 1991.

## II. Die jüngere Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zur Begriffsbestimmung der „freiheitlichen demokratischen Grundordnung“

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in seiner Judikatur der letzten 20 Jahre die oben dargestellte langjährige wissenschaftliche Kritik der „extremismustheoretischen“ Deutung des fdGO-Modells *implizit* an verschiedenen Stellen aufgegriffen, indem es den Stellenwert der politischen Freiheit gestärkt hat und dem Grundgesetz überdies nun eine antinationalsozialistische Stoßrichtung zuschreibt. Und es setzte mit dem Urteil zur „Nationaldemokratischen Partei Deutschlands“ (NPD) 2017 dadurch eine so ausdrückliche wie einschneidende Zäsur, dass es die „fdGO“-Formel in ihrem Kern wie in ihren einzelnen Elementen grundlegend revidiert und auf die Demokratie als Zentralwert festgelegt hat.

Der nachfolgende zweite Teil der Untersuchung wendet sich dieser Rechtsprechungswende am BVerfG zu, ohne die obigen politologischen und anderen Kritikpunkte noch einmal ausdrücklich mit der Judikatur zu konfrontieren. Denn es ergibt sich zumindest aus dem Kulminationspunkt des NPD-Urteils, dass diese nicht nachlassende Kritik der letzten 50 Jahre ihre überwiegend indirekten, aber nicht minder kenntlichen Spuren hinterlassen hat.

### 1. „Junge Freiheit“: Demokratische Kommunikationsfreiheit und „Bestrebungen“ unter Tendenzschutz

Aus der „schlechthin konstituierenden Bedeutung“ der Meinungs- und Pressefreiheit für die demokratische Ordnung folgt für das BVerfG, dass diese demokratischen Kommunikationsfreiheiten auch bei der Beobachtung durch Verfassungsschutzorgane maßgebliche Beachtung finden müssen. Mit einer Zeitung – in concreto ging es am BVerfG um die „Junge Freiheit“ – darf beispielsweise nicht ähnlich umgegangen werden wie mit einem Verein, der nachweislich zur gemeinsamen Verübung von Straftaten gegründet oder aufrechterhalten wird. Daraus ergeben sich besondere Maßstäbe der Verhältnismäßigkeit, die der Bedeutung der Freiheitsrechte je im Einzelfall gerecht werden müssen. Die Annahme, ein Presseorgan „strebe an“ (Bestrebungs i. S. d. BVerfSchG), die fdGO zu „beseitigen“, erfordert zunächst die übliche Differenzierung zwischen Einzelnen und Personenzusammenschlüssen. Bei Ersteren können derartige verfassungsfeindliche Bestrebungen nur im äußersten Ausnahmefall angenommen werden, insbesondere dann, wenn sie auf die Ausübung von physischer Gewalt ausgerichtet sind. Das BVerfG verweist auf das Strafrecht, in dem es ebenfalls nicht ausreiche, Verfassungsgrundsätze zu missbilligen oder offensiv zu kritisieren. Die zu fordernden Bemühungen zur Beseitigung könnten erst jenseits dieses Spektrums der Meinungsfreiheit beginnen. Neben diesem Grundsatz sei darauf zu achten, dass „der Schutzgehalt der Kommunikationsgrundrechte [...] Auswirkungen sowohl auf die Anforderungen an die Feststellung von Bestrebungen oder eines entsprechenden Verdachts als auch auf die rechtliche Bewertung der ergriffenen Maßnahme haben (kann), insbesondere im Hinblick auf ihre Angemessenheit“.<sup>21</sup> Selbstverständlich dürfen Verfassungsschutzämter an Meinungsäußerungen *anknüpfen*, allerdings gilt: „Der Schutz durch Art. 5 Abs. 1 GG wirkt sich aber bei der Prüfung aus, ob sich die

21 BVerfGE 113, 63, 82.

verfassungsfeindliche Bestrebung in der Äußerung manifestiert. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Kritik an der Verfassung und ihren wesentlichen Elementen ebenso erlaubt ist wie die Äußerung der Forderung, tragende Bestandteile der freiheitlichen demokratischen Grundordnung zu ändern<sup>22</sup>. Der bloße Verdacht, aber nie schon der Nachweis einer „Bestrebung“, der sich aus Presseartikeln ergeben kann, muss aufgrund des Erforderlichkeitsgrundsatzes durch die Erforschung *anderer, nicht bloß punktueller oder ihrerseits kommunikativer* verdächtiger Aktivitäten gestützt oder aber schnellstmöglich ausgeräumt werden.

Man kann resümieren, dass das BVerfG beim Umgang mit Meinungsäußerungen, zumal in der Presse, eine Art *Tendenzschutz* walten lässt – keine Äußerung kann für sich genommen schon eine „Bestrebung“ begründen, die die Schwelle für einen Beobachtungsfall (bzw. beim hinreichend gewichtigen tatsächengestützten Verdacht solcher Bestrebungen einen „Verdachtsfall“) beim Verfassungsschutz bildet, insbesondere nicht bei Individuen oder bei der Presse.

Diese Maßstäbe hat das BVerfG im Falle einer rechtsnationalen bis rechtskonservativen Zeitung entwickelt. In jüngster Zeit beruft sich die marxistische Zeitung „Junge Welt“ in ähnlicher Weise auf ihre Pressefreiheit, um nicht länger als Berichtgegenstand des BfV geführt zu werden und so gleichsam aus dem „Verfassungsbogen“ zu fallen, obwohl sie in vielen Hinsichten selbst die Werte des GG verteidigt (universale Freiheit und Gleichheit, Würde), sie in ihrem (selbstverständlich exzellent angreifbaren) Verständnis konsequenter realisiert sehen möchte (Friedensgebot) oder aber sie (was die Eigentumsordnung angeht) tatsächlich legalerweise und diesseits jeglicher verdächtiger „Bestrebung“ massiv kritisiert, ohne mit ihrer entsprechend antikapitalistischen Haltung jedoch verfassungsrechtliche Grundsätze, und folglich *erst recht* nicht die fdGO, überhaupt zu verletzen (vgl. nur Art. 15 GG, der eine Vergesellschaftung sogar explizit vorsieht).<sup>23</sup>

Das BVerfG akzeptiert also seit der Entscheidung zur „Jungen Freiheit“ eine Berichtserstattung und Beobachtung durch die Verfassungsschutzämter nicht mehr, sofern sich beide auf legale, wenn auch fundamentalkritische Meinungsäußerungen stützen. Als „verfassungsfeindlich“ können derartige Verbalakte spätestens seit diesem Judikat daher gar nicht gelten. Sind sie hingegen erkennbar von gewalttätigen Tendenzen begleitet oder schaffen (im Falle von Personenzusammenschlüssen), um die klassische US-Free speech-Doktrin abzuwandeln, eine „clear though not yet present danger“, eine mit Tatsachen statt bloßen Vermutungen nachweisbare, wenngleich erst nach beträchtlichem Zeitablauf bevorstehende und mit weiteren Ungewissheiten behaftete Gefahr (sonst ginge es um eine klassische Polizeiaufgabe), darf auch das Etikett der mutmaßlichen oder erwiesenen Verfassungsfeindlichkeit verwendet werden. Das bedeutet gegenüber der (nicht selten) üblichen Verfahrensweise der Ämter eine striktere Begrenzung dieser *Labelling*-Praxis und der aus ihr potentiell folgenden stigmatisierenden – und daher stets schweren – Grundrechtseingriffe.

Erst recht lädt das BVerfG dazu ein, den womöglich noch großzügigeren, jedenfalls kongruenten Einsatz des Extremismusverdikts zu überprüfen und Kriterien fallbezogen

22 Ebd.

23 Mit entsprechender Bewertung Wolfgang Janisch, Der Klassenkrampf, SZ.de, 18.5.2021: <https://www.sueddeutsche.de/medien/junge-welt-verfassungsschutz-1.5296592>; a. A. unter Verknüpfung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe im Eilverfahren: VG Berlin, Beschl. v. 18. März 2022 (VG 1 L 436/21).

nachzuschärfen. Wesentliche Teile eines normativ-administrativen Einsatzes des an sich gesetzesfremden (!), aber rein faktisch gesetzesakzessorischen Begriffs („Bestrebungen gegen die fdGO“ = „Extremismus“), gerade auch in der staatlich verantworteten politischen Bildung, wären zu korrigieren. Sofern es um fundamentalkritische *Meinungsausßerungen und Gesinnungen* geht, ist jeglicher „präventiver“ (dann stets auch gefahrenbezogener) Ansatz politischer Bildung verfehlt und vielmehr eine Orientierung an der autonomieermöglichenden Fähigkeit zur (Selbst-) Kritik naheliegend.

## 2. „Wunsiedel“: Ein antifaschistisches Grundgesetz?

In der Wunsiedel-Entscheidung,<sup>24</sup> deren Gegenstand die Strafbarkeit gerade NS-verherrlichender Volksverhetzung war, finden sich bemerkenswerte Sätze zum Gesamtcharakter des GG. In der Zeit des kalten Krieges mochte es noch nicht opportun erscheinen, das GG staatlicherseits als eine dezidiert antifaschistische Verfassung einzustufen, schon weil diese Diktion scheinbar DDR-belastet war, und diese einseitige Stoßrichtung der Verfassung wurde denn auch (damals wohl zu Recht) anders als in Italien und anderswo überwiegend verneint. Abweichend verhält es sich im neuen Jahrtausend spätestens seit dem genannten Judikat. Aus Anlass einseitig gegen NS-Verherrlichung gerichteter Paragrafen bekannte sich das BVerfG zum ersten Mal zu der klaren, unzweideutigen Aussage, das GG sei auch rechtsnormativ eine gerade gegen die NS-Gewaltherrschaft gerichtete Verfassung, und rettete damit diese Strafbestimmungen vor der Nichtigkeit wegen mangelnder Meinungsneutralität (Verbot des „Sonderrechts“ in Art. 5 II GG), jedenfalls im Hinblick auf eine tätige Gefährdung des öffentlichen Friedens. In dieser *Wendung gegen den NS* sah das Gericht sogar das entscheidende Fundamentalprinzip des GG, das im Ausnahmefall (wie bei den Heß-Gedenkmärschen im vorgelegten Fall) sogar strikte Verfassungsnormen zu übertrumpfen vermöge. Ein solcher Rückgriff auf die (legalitätsfremde) „Legitimität“ oder eine erneuerte „Superlegalität“ wurde wissenschaftlich teils erwartbar kritisiert, aktualisiert aber letztlich nur die vom BVerfG als solche lange postulierte zweistufige Legalität des GG – die „zweite Stufe“ fdGO wird nun allerdings konkreter und historisch nachvollziehbarer unter präzisiertem Bezug auf den NS buchstabiert.

Mit der Weichenstellung im Wunsiedel-Fall wird deutlich, dass das BVerfG – in concreto noch ohne Bezug auf das BVerfSchG – sich keinerlei zwingendes „Rechts-links-Symmetriegebot“ auferlegt. Explizit hatte das BVerfG sich ohnehin nie derart geäußert, aber aus den gleichsam „parallelen“ Parteiverbotsurteilen der Anfangszeit (SRP, KPD), deren zweites mittlerweile weitgehend als Fehlurteil eingeschätzt wird,<sup>25</sup> mochten viele eine solche Linie herauslesen. Stattdessen erkennt Karlsruhe heute im GG ein in erster Linie contra Rechtsradikalismus/NS gerichtetes Verfassungswerk, jedenfalls sofern es um die politische Kommunikation bloßer Gesinnungen und Meinungen (und nicht physisch gewalttätige Verhaltensweisen) geht.

24 BVerfGE 124, 300.

25 Vgl. nur Josef Foscchepoth, *Verfassungswidrig!* Göttingen 2017.

### 3. „Ramelow“: Keine Kontaktschuld

Die Ramelow-Entscheidung des BVerfG betrifft wie „Junge Freiheit“ einen Fall unmittelbar aus dem Recht des Verfassungsschutzes, namentlich die Überwachung von Abgeordneten des Deutschen Bundestages. Ähnlich wie das BVerfG im „Junge Freiheit“-Fall den besonderen Einfluss der Meinungs- und Pressefreiheit betont hatte, stellt es hier das freie Mandat (Art. 38 I 2 GG) und die Parteienfreiheit (Art. 21 I GG) heraus. Ein parteipolitisches Engagement, das seinerseits auf dem Boden der freiheitlichen demokratischen Grundordnung steht, stärke diese. Dies gelte auch und gerade dann, wenn es in einer Partei stattfindet, in der unterschiedliche Kräfte und Strömungen miteinander um Einfluss ringen,<sup>26</sup> darunter solche, die verdächtig sind, „verfassungsfeindliche Bestrebungen“ zu verfolgen.

Wichtig ist die Entscheidung insofern, als sie abermals besondere Zurückhaltung einfordert, wenn auf dem Feld der politischen Freiheit grundlegende Konstitutionsprinzipien liberaler Gemeinwesen durch deren exekutivische Einschränkung in Gefahr geraten. Das ist wesentlich schneller der Fall, als es noch die fachgerichtliche Entscheidung sehen wollte. Das Judikat ist so eine eindrückliche Warnung vor der Hypothese der „Kontaktschuld“, die das Handeln der Verfassungsschutzämter gelegentlich beeinflusst. Allein die Zugehörigkeit zu einem Zusammenschluss, in dem unter anderem auch verdächtige Tätigkeiten vorkommen, kann für die Einzelnen keinen solchen „Extremismus“-Verdacht begründen. Politische Parteien sind große Zelte, besonders geschützt und bedürfen daher auch in der politischen Bildung einer entsprechend wohlwollenden Würdigung. Eine Logik des Verdachts gegenüber politischen Kollektiven wäre hier verfassungsrechtlich besonders zweifelhaft.

### 4. „NPD-Verbot II“: Die Zäsur

Mit dem abweisenden Judikat des BVerfG zum zweiten Anlauf eines NPD-Parteiverbots liegen nunmehr die maßgeblichen Aussagen der Rechtsprechung zum heutigen Inhalt der „fdGO“ vor. Das Urteil kann „als Anleitung für die zukünftige Handhabung des Instrumentariums der wehrhaften Demokratie gelesen werden“.<sup>27</sup> Das BfV greift es denn auch bereits in seinem Gutachten zur AfD auf, allerdings offenbar ohne sich hinsichtlich des „Linksextremismus“ an den neuen Vorgaben zu orientieren, wie die seitherigen Berichte des Verfassungsschutzes nahelegen. Im Gegenteil scheint eine realitätswidrige Versteifung auf das eigene „Symmetrieprinzip“ der Extremismusformel zu einer Verhärtung der Maßstäbe auf der linken Seite zu führen, um nicht zugeben zu müssen, dass dieser „Phänomenbereich“ (mit der Ausnahme des einstigen RAF-Terrorismus) hinsichtlich der Gefährdungen der Demokratie vollkommen hinter den teils diffusen, teils rechten Terror zurücktritt, wie er sich in praktiziertem Antisemitismus, Rassismus und patriarchaler Gewaltausübung ausdrückt, also allen Formen des Ressentiments gegen Minderheiten oder (tatsächlich oder vermeintlich) Schwächere, der die demokratischen Staaten seit jeher (angesichts der Kontinuität physischer, „identifizierender“ Gewalt von rechts,

<sup>26</sup> BVerfGE 134, 141, 190.

<sup>27</sup> Thorsten Kingreen, Auf halbem Weg von Weimar nach Straßburg: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts im NPD-Verbotsverfahren, JURA 2017, 499-511, 501.

aber auch im Lichte staatlicher und staatlich gebilligter Diskriminierungen) von innen bedroht. Im Gefolge solcher Versteifungen kommt es dann zu Einstufungen (gewiss teils völlig bizarr positionierter, aber nicht demokratiefeindlicher, sondern im Ergebnis pluralismuspfeindlicher) linker Medien (!) wie der „Jungen Welt“ (s. o.) oder vollständig bedeutungsloser Grüppchen und Parteien wie der trotzkistischen SGP als vermeintlich gefährlicher „Bestrebungen“, von denen bisher nur das BfV selbst gehört hat.

Solche Einstufungen sind politik- und rechtswissenschaftlich nicht nachvollziehbar und dürften die fachliche Reputation der Verfassungsschutzbehörden nicht unerheblich schmälern. Die gelegentliche Wertung von Antikapitalismus und Klassentheorien, etwa auch hinsichtlich der radikaleren neuen Umweltbewegung, als Indizien für Verfassungsfeindlichkeit ist derart geschichts- und soziologievergessen, dass man sie wohlwollend ignorieren müsste, wenn sie nicht für die betroffenen Gruppen und die politische Bildung Folgen hätte oder haben könnte, die ihrerseits eben nicht auf dem Boden der Verfassung stehen. Die Kennzeichnung sozialökologisch-antikapitalistischer oder linkssozialistisch-marxistischer Theorie und Praxis als potentiell verfassungsfeindlich ist im Lichte der präzisierenden Verfassungsrechtsprechung eindeutig selbst verfassungswidrig. Die zwanghaft symmetrische Behandlung linker und rechter Radikalismen widerstreitet namentlich der im NPD-Urteil ausbuchstabierte dreiteiligen Verfassungssubstanz („fdGO“) von Menschenwürde, Demokratie und Rechtsstaat.

#### a) Definitionsverengung der fdGO (im Vergleich zur Linie der 1950er Jahre)

Das BVerfG verengt und präzisiert in seinem NPD-Urteil in entscheidender Weise den Rechtsbegriff der fdGO. Diese wird auf die genannten drei Elemente von Menschenwürde, Demokratie und Rechtsstaat reduziert, während die weiteren Kriterien, wie sie in den Parteiverbotsurteilen der 1950er Jahre und im BVerfSchG aufgezählt sind, verworfen werden. Das wirkt insbesondere der „Gefahr permanenter, schleichender Definitionserweiterungen“ der fdGO<sup>28</sup> entgegen, die lange auch die Praxis des BfV gerade auf der linken Seite befördert hat: „Im Falle der fdGO wiederum müssen – gerade auch in der täglichen Arbeit der Verfassungsschutzbehörden – dann immer mehr politische Inhalte als `extremistisch` oder zumindest `problematisch` bewertet und beobachtet werden.“<sup>29</sup> Van Ooyen nennt selbst das Beispiel der Partei Die Grünen der 1980er Jahre; andere fragwürdige Fälle sind Legion, etwa Teile der aktuellen Klimabewegung.

Die Folgen der nun erfolgten Rechtsprechungswende hin zum „Unabdingbaren“ (Rn. 535 ff.) sind deshalb erheblich und im Großteil der kommentierenden Literatur auch bereits früh erkannt worden.<sup>30</sup> Entscheidend sind neben der deutlichen *Verschlinkung* der Definition die nunmehr erreichte immanente *Verschränkung* und Bedingtheit der

28 Robert Christian van Ooyen, Rechtspolitik durch verfassungsgerichtliche Maßstabsverschiebung. Die „neue“ Definition der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im NPD II-Urteil, *Recht und Politik* 2017, 468-472, 470.

29 Van Ooyen 2017 (Fn. 28), 471.

30 Vgl. nur Winfried Kluth, Die erzwungene Verfassungsänderung, *ZParl* 2017, 676-690; Björn Ebert/Cem Karaoğlu, Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG, Urteil vom 17.1.2017 (2 BvB 1/13) – Zum Verbot der Nationaldemokratischen Partei Deutschlands, *DVBl.* 2017, 375-378; Christoph Gusy, Verfassungswidrig, aber nicht verboten! *NJW* 2017, 601-604; Kingreen 2017 (Fn. 27); Tobias Linke, Verbotsunwürdige Verfassungsfeinde, streitbare, aber wertarme Demokratie und problematische Sanktionsalternativen. Anmerkungen zum Urteil des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Januar 2017, *DÖV* 2017, 483-494; Foroud Shirvani, *Die Crux*

drei Momente der fdGO. Der Senat „schlägt sich [...] auf die Seite des eher funktionell-libertären Demokratie-, Grundordnungs- und Verbotsverständnisses“ – ein „relevanter Wandel“, wie Tobias Linke zu Recht resümiert.<sup>31</sup> Die „materiellen Gehalte“ fielen auch als Reaktion auf die Kritik an den Verbotsurteilen der 1950er Jahre aus der Definition des Schutzguts fort.<sup>32</sup>

Die Menschenwürde wird insbesondere hinsichtlich des in ihr enthaltenen Rechtsgleichheitsgrundsatzes unter anderem im antirassistischen Sinn akzentuiert: eine – sei es auch verdeckt – rassistisch begründete Ungleichbehandlung verstößt gegen den elementarsten Verfassungsgrundsatz des GG. Gleiches gilt für Diskriminierungen aufgrund von Abstammung, Alter, Gesundheit, Fähigkeiten oder Geschlecht (Rn. 541 f.). Ihr Verbot bildet den menschenrechtlichen Kern der Würde, die nun vollständig auf „*egalitäre Freiheit und Teilhabe*“<sup>33</sup> in der rechtsstaatlichen Demokratie ausgerichtet ist.

Das Demokratieprinzip, als „Herzstück“ der neuen Deutung, ist ein Ausdruck der in der Menschenwürde enthaltenen gleichen Freiheit und entfaltet deren kollektive Dimension. Demokratie wird von der Basis, von unten nach oben gedacht.<sup>34</sup> Eine Garantie verfestigter Strukturen etwa des parlamentarischen oder repräsentativen Systems ist damit ebenso wenig verbunden wie eine Festlegung auf das Mehrparteiensystem.<sup>35</sup> Der Demokratieschutz ist „prozedural“ ausgerichtet.<sup>36</sup>

Das Rechtsstaatsprinzip ist ebenfalls als Ausfluss gleicher Freiheit „von unten“ „im Dienst des Einzelnen“<sup>37</sup> gedacht und trifft im Kontext der Demokratie fast keine substantiellen inhaltlichen Festlegungen, weil es wesentlich demokratisch ausgestaltbar bleiben soll. Das gilt insbesondere für die *Inhalte der einzelnen Grundrechte*.

Das Attribut „freiheitlich“ in der fdGO steht nicht für irgend geartete, etwa politisch liberale Inhalte, sondern wird letztlich tautologisch<sup>38</sup> mit dem zweiten Attribut „demokratisch“ verschmolzen. Eine materiale Aufladung des Rechtsstaatsgedankens als „Wertordnung“, die ihn in einen Gegensatz zur Demokratie und zu einer abstrakt verstandenen gleichen Freiheit bringen könnte, wird konsequent vermieden.

Die fdGO wird so auf überzeugende Weise deutlich schlanker, fundamentaler und widerspruchsfreier konzipiert, „*deliberativ*“ und in gewisser Hinsicht „relativistischer“ (im unschädlichen Sinne Hans Kelsens und des aktuellen Forschungsstandes der Demokratietheorie).<sup>39</sup> Damit geht eine *Abkehr von materialen Konzepten liberaler Demokratie* einher, wie sie von Vertreter:innen der „Extremismustheorie“ wie Eckhard Jesse vertreten werden.<sup>40</sup>

Das ändert nichts an der grundlegenden Bedeutung gerade der Menschenrechte, aber eben im Rahmen der fdGO reduziert auf deren jeweiligen „*Menschenwürdekern*“ oder

des Parteiverbots. Anmerkungen zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts im NPD-Verbotsverfahren, DÖV 2017, 477-483; van Ooyen 2017 (Fn. 28).

31 Linke 2017 (Fn. 30), 487.

32 Linke 2017 (Fn. 30), 488.

33 Linke 2017 (Fn. 30), 488, meine Hervorhebung.

34 Deutlich Gusy 2017 (Fn. 30), 601.

35 Ebenso Shirvani 2017 (Fn. 30), 479.

36 Linke 2017 (Fn. 30), 488.

37 Linke 2017 (Fn. 30), 487.

38 So auch Linke 2017 (Fn. 30), 489.

39 Vgl. Linke 2017 (Fn. 30), 492.

40 Vgl. dessen Zitierung a. a. O. in Fn. 101.



absoluten Wesensgehalt. Die Demokratie und der Rechtsstaat sind beide und gleichermaßen deren abstrakte institutionelle Ausdrucksformen – nicht mehr, aber vor allem auch nicht weniger. „Der Staat ist um des Menschen willen da“ – ausnahmslos soll dieser Ursprungsformulierung des Menschenwürdeartikels des GG nun genügt werden (vgl. Rn. 538: dem Staat wird „jede Absolutheit“ genommen).

Die Bestimmung der *Inhalte* der gleichen Freiheiten und deren Rangverhältnis im Einzelfall – etwa die Bedeutung der staatlichen Sicherheitsgewährleistung – stehen in der fdGO keinesfalls fest. Die fdGO ist *etatismuskritisch* und menschenrechtlich angelegt, der Staat eine *bloße Funktion* der Menschenwürde und nur kollektiv realisierbaren gleichen Freiheit. Er muss sich ausnahmslos „von unten“ vor dem Maßstab *demokratisch auszufüllender gleicher Freiheitsrechte* begründen. Die Inhalte des Rechtsstaates sind daher irreduzibel politisch und stehen in der demokratischen Kontroverse.

FdGO ist hingegen nur das, was fast universal außer Streit steht, namentlich was Bedingung der Möglichkeit des demokratischen Zusammenlebens auf der Grundlage der Würde respektive gleicher Selbstbestimmung ist. Von Anti-„Extremismus“, Anti-Radikalismus, „Ordnungsstaat“ oder „von oben“ festgelegter „Wertordnung“ kann als fdGO-Gehalt keine Rede sein.

Selbst an diesen sehr engen Maßstäben gemessen, musste die NPD als verfassungsfeindlich – wenn auch nicht verfassungswidrig – eingestuft werden. Erkennbar erfüllen den im Urteil herausgearbeiteten Rassismustatbestand auch andere politische Kräfte, die ebenfalls als verfassungsfeindlich betrachtet werden dürfen. Viele bisher verdächtige politische Akteure dürften hingegen angesichts der neuen Maßstäbe des BVerfG eine Art Absolution erhalten haben, zumal gerade die weit ausführlicheren und material aufgeladeneren Kriterien des KPD-Urteils, ein regelmäßig in der Wissenschaft kritisiertes „Sammelsurium“ ohne klaren Zusammenhang<sup>41</sup> (vgl. Rn. 534), eindeutig verworfen wurden.<sup>42</sup> Das geschah zugunsten einer nunmehr kohärenten fdGO-Vorstellung auf homogener Basis, mit der der Begriff der fdGO „abstrahiert (meine Hervorhebung) von der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes“<sup>43</sup> gefasst wird. Diese Abstraktion auf das, was „schlechthin unverzichtbar ist und daher außerhalb jedes Streits stehen muss“ (Rn. 535), kann gar nicht genug hervorgehoben werden. Darin kristallisiert sich die fundamentale Wende der Konzeption der Verfassungsfeindlichkeit unter dem Grundgesetz, die 2017 eingeleitet worden ist.

## b) Neues Fundament der fdGO

Die fdGO ist mit dem NPD-Urteil insgesamt auf ein neues, demokratisch-menschenrechtliches Fundament gestellt, das die Staatsordnung allein als Ausdruck einer Orientierung am Grundprinzip gleicher Freiheit legitimiert. Das kann man daran ermesen, dass die Würde im Verständnis des BVerfG nichts anderes als den nicht verhandelbaren Kern aller Menschenrechte bezeichnet: Folter- und Sklavereiverbot, materielles Existenzminimum sowie vor allem die elementare Rechtsgleichheit, den egalitären „Achtungsanspruch des Einzelnen als Person“ (Rn. 541), insbesondere als Verbot von rassistischen, sexistischen oder ableistischen Diskriminierungen, wie sie in besonders drastischer Form die NS-Unrechtsherrschaft kennzeichneten. Zwar soll die Abwendung vom NS laut dem

41 Prominent zu dessen „Theorielosigkeit“: Horst Dreier/Martin Morlok, GG, 2015, Art. 21 Rn. 148.

42 Kluth 2017 (Fn. 30), 679 f., 685 f.

43 Kingreen 2017 (Fn. 27), 501.

NPD-Urteil kein *eigenständiger* Bestandteil der fdGO (wenn auch, siehe „Wunsiedel“, ein überragendes Verfassungsprinzip) sein („Wesensverwandtschaft mit dem NS“ soll keinen eigenen Verbotsgrund, aber doch ein starkes Indiz bilden!) – aber dies nur deshalb, weil sie sich klarer denn je in dem neu präzisierten Fundament der fdGO in der Menschenwürde ohnehin verankert hat. Die Menschenwürde bringt damit die elementare Freiheit und Gleichheit aller Menschen zum Ausdruck.

Sie ist als solche auch das Fundament der Demokratie, die laut BVerfG nurmehr als kollektive Selbstbestimmung, also „bottom up“ (Volksouveränität!), von den Bürger:innen zu den Staatsorganen, und keineswegs als Sicherung eines institutionellen Status quo zu verstehen ist. Die Demokratie ist „Herrschaftsform der Freien und Gleichen“ (Rn. 542). Das BVerfG betont, etwa das Repräsentationsprinzip sei nicht unverhandelbar, der Parlamentarismus nur eine Ausdrucksform der Demokratie unter vielen (vgl. Rn. 543). So sind insbesondere Bemühungen, mehr „Basisdemokratie“ zu erreichen, in die fdGO unzweifelhaft eingeschlossen. Auch eine vollständig unmittelbare Demokratie wäre der repräsentativ-parlamentarischen laut BVerfG gleichgestellt.

Das Postulat jüngerer Demokratiethorie, gerade die *permanente Institutionenkritik*, unhintergehbare Polymorphie und die ständigen Metamorphosen der Demokratie als deren Wesenskern anzusehen, greift Karlsruhe erkennbar auf und macht es zum Definitionsbestandteil der fdGO. Eine konservierende Ideologie des politischen Status quo liegt hier keineswegs vor; vielmehr knüpft das BVerfG ideell an seinen Brokdorf-Beschluss zur Versammlungsfreiheit (BVerfGE 69, 315) an, in dem es gerade die Ausübung politischer Freiheit in Versammlungen, „ein Stück ursprünglich-ungebändigter, unmittelbarer Demokratie“ (Rn. 67), als notwendiges „Frühwarnsystem“ (ebd.) bezeichnet, das politischen Reformbedarf anzeigt – fürwahr ein gegenüber den Verfassungsschutzämtern gleichsam umgekehrtes Verständnis vom „politischen Frühwarnsystem“. Die Demokratie als Ausdruck menschlicher Würde, sonach gleicher Freiheit und Selbstbestimmung, kann nur „von unten nach oben“ gedacht und verteidigt werden.

Gleichfalls leitet das BVerfG sein drittes Konstitutionsmoment der fdGO, den Rechtsstaat, nun konsequent aus dem Prinzip der gleichen Freiheit her. Der Rechtsstaat erfüllt nicht mehr und nicht weniger als rein individualistische Ziele des Schutzes der Einzelnen vor übermächtiger Herrschaft, vor willkürlicher Machtausübung und vor einer nicht gewährten elementaren Rechtsstellung, wobei dieser Schutz mit zumindest *auch demokratisch* motivierten Mitteln wie der grundsätzlichen Gewaltenteilung, der Gesetzesbindung (Art. 20 III GG!) oder dem Vorbehalt des Gesetzes sowie demokratisch legitimierten, unabhängig arbeitenden Gerichten sicherzustellen ist.

Die Abkehr von einem „altliberalen“ Gegensatz von Demokratie und Rechtsstaat wird hier erstaunlich deutlich: beide sind vielmehr durch den gemeinsamen Grundsatz gleicher Freiheit aus der Würde miteinander engstens verflochten, verschränkt oder gegenseitig bedingt und beziehen ihre Dignität allein daraus. Damit sind aber auch Gestaltungsspielräume hinsichtlich der genauen Ausprägung rechtsstaatlicher Institutionen eröffnet, die ihrerseits gerade ursprünglich aus der gleichen Freiheit als Fundament erwachsen, etwa eine eher als „rule of law“ begriffene Rechtsstaatlichkeit oder ein kollektiv organisierter Rechtsschutz inner- oder außerhalb der staatlichen Justiz. Das ohnehin nie absolut verwirklichte Gewaltmonopol des Staates (vgl. Notwehr-, Nothilfe- und Selbsthilferechte!) stellt einen wichtigen soziologischen Befund und eine sinnvolle regulative Idee für menschliches Zusammenleben, aber recht verstanden kein absolut der Verfassung zu entnehmendes, also strikt rechtsnormatives Moment der fdGO dar. Der Staat muss seine un-

ter geregelten Umständen legalisierte Gewaltausübung, deren *hinkende Monopolisierung* (wiederum) allein *funktional* im Interesse der gleich freien Bürger:innen zu begreifen ist, kraft fdGO vielmehr (anders als im „konservativ-etatistische(n) Erbe des kontinentaleuropäischen Absolutismus“<sup>44</sup>) stets gegenüber den Bürger:innen rechtfertigen und deren egalitäre Praxis immer wieder neu sicherstellen; umgekehrt kommen gesetzliche Einschränkungen individueller Freiheit durch den Staat zugunsten der kollektiven Sicherheit in Betracht, aber keine Rechtfertigungspflicht der Bürger:innen im Sinne eines Verfassungsgrundsatzes der fdGO. Bürgerwehren bspw. können (und sollten) ggf. mit dem normativ-individualistischen Strafgesetz oder Waffenrecht verfolgt werden, stellen aber *als solche* dann kein Problem für die fdGO dar, deren Monopolisierung der legitimen Gewaltausübung allein eine Frage der Ausgestaltung der Strafgesetze, mithin der Legalität, ist. An dieser Stelle hätte sich das BVerfG noch etwas folgerichtiger und klarer ausdrücken können, um seiner einheitlichen, kohärenten Konzeption der fdGO vollständig gerecht zu werden. (In Leitsatz 3/Rn. 538 ff. sind diesbezüglich missverständliche oder falsche Formulierungen enthalten; denn den staatlichen Organen ist die Anwendung physischer Gewalt gerade nicht „vorbehalten“, selbst wenn die naive Vorstellung der Radikalpazifizierung einer Gesellschaft ohne Notwehr und Nothilfe einer immer erfolgreicherer radikal-zivilisierenden Gewaltkritik zumindest sympathisch erscheinen mag.)

### c) Weitere Zugeständnisse an die liberale Kritik

Dennoch finden sich auch in anderen Teilen des NPD-Urteils bedeutende Zugeständnisse an eine kritische wissenschaftliche Literatur, die das Instrument des Parteiverbots im Rahmen der „wehrhaften Demokratie“ als ein höchst zwiespältiges Mittel sieht. Offener denn je bekennt sich das BVerfG zur „Zweischneidigkeit“ (Rn. 405, 586) der Mittel der streitbaren Demokratie, die der Freiheit größeren Schaden als Nutzen zufügen könnten. Daher begrenzt das Gericht das Parteiverbot – unabhängig von der gezeigten sparsameren und im Fundament umgestülpten Lesart der fdGO – anhand des Tatbestandsmerkmals „darauf ausgehen“ auf die Fälle eines potentiellen Erfolges der verfassungsfeindlichen Agitation.

Das Potentialitätskriterium wirkt allerdings auf die gesamte Konzeption der repressiven Elemente der streitbaren Demokratie (also nicht die politische Bildung als früher einmal sog. „positiven Verfassungsschutz“) zurück: diese ist erst dann ein angemessenes Reaktionsinstrument des Staates, wenn die grundrechtlich geschützte politische Meinungskundgabe für die Verfassungsordnung ernsthaft und nachweisbar gefährlich wird. Auch verfassungsfeindliche „Bestrebungen“ als allzu unbestimmter, aber entscheidender Schwellen-Rechtsbegriff der Verfassungsschutzgesetze (etwa § 3 BVerfSchG) gehören entsprechend restriktiver ausgelegt und sollten sich, wenn schon nicht auf ein enges konkretes Gefahrenvorfeld wie beim Parteiverbot, so doch auf kollektives aggressiv-kämpferisches *Handeln* (nicht wie in der überholten Rechtsprechung: *Haltung*) anstelle von an sich harmlosen Ausdrucksformen politischer Freiheit wie Reden, Versammlungen, Presseartikeln oder gewöhnlicher Parteilarbeit konzentrieren. Zumindest in diese Richtung weist etwa schon § 6 II MVVerfSchG (wenn auch durch „insbesondere“ qualifiziert): „Eine Bestrebung im Sinne des Gesetzes ist insbesondere dann gegeben, wenn sie auf Gewaltanwendung gerichtet ist oder sonst ein kämpferisches und aggressives Verhalten ge-

44 So van Ooyen 2017 (Fn. 30), 472.

genüber den in Absatz 3 genannten Grundsätzen erkennen lässt.“ Eine (de facto) verlängerte Gesinnungskontrolle findet entsprechend den neuen Karlsruher Maßstäben jedenfalls nicht mehr verfassungslegal statt. (Gleichwohl bleibt das BVerfG insgesamt vermutlich doch noch hinter den Maßstäben des EGMR für Parteiverbote zurück,<sup>45</sup> die völlig gewaltfreies und legales Handeln kaum als hinreichenden Verbotsgrund gelten lassen, während das BVerfG sogar in dieser Hinsicht mindestens ambivalent argumentiert.<sup>46</sup> Der Gedanke lässt sich auf nicht verbotsbegründendes Verhalten erweitern.)

#### d) Zäsurwirkung

Mit dem NPD-Urteil ist eine *Zäsur* in der Rechtsgeschichte des Konzeptes der fdGO als Kernelement der streitbaren Demokratie erreicht worden. Das BfV scheint die neuen, schlankeren Maßstäbe in seiner kritischen Bewertung der AfD teilweise bereits anzulegen, verweigert sich aber teils noch einer gebotenen Anpassung seiner Praxis, indem es einer Art „zweistufigen“ Konzeption der fdGO zu folgen scheint.<sup>47</sup> Dafür besteht aber keinerlei Grund, wie van Ooyen in seinem Plädoyer für eine gesetzliche Änderung oder mindestens verfassungskonforme Auslegung des § 4 II BVerfSchG zu Recht herausgestellt hat.<sup>48</sup> Das Konzept der fdGO ist ein *einheitliches* und nicht mit den in der Tat abstufbaren Eingriffsschwellen (je nachdem, ob Beobachtung, Nennung in Berichten, Vereinsverbot, Parteienfinanzierungseinschränkung, Parteiverbot...) zu vermengen. Daher ist auch der vereinzelt Auffassung entgegenzutreten, die bisher in Übereinstimmung mit der fdGO gelesene „verfassungsmäßige Ordnung“ in Art. 9 II GG bezeichne fortan ein Plus gegenüber der nun enger verstandenen fdGO.<sup>49</sup> Solche Grundordnungs-Zweistufigkeit überzeugt nicht, weil sie die grundrechtlich geforderten Eingriffsschwellen mit dem Eingriffsgrund (*Schutzgut!*) unlogisch vermengt und so zur rechtsdogmatischen Verwirrung beiträgt. Das BVerfG lehnt sie in seiner jüngeren Rechtsprechung (a. a. O.) zu Recht ab und bekennt sich zur Einheitlichkeit der fdGO. Auch die als „Magna Charta des Nachrichtendienstrechts“ wohl zu Unrecht bezeichnete Entscheidung zum BayVSG brachte zwar 2022 wesentliche Klarstellungen zu den Eingriffsschwellen,<sup>50</sup> aber keine neue ergebige Auseinandersetzung mit dem fdGO-Maßstab. Die *schlanke, entmaterialisierte und demokratisierte fdGO* hat somit Bestand und als einheitliche überdies eine Orientierungsfunktion für die sogar noch offener anzulegende politische Bildungsarbeit.

45 Z. B. EGMR, 13.2.2003 – 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98 – Refah Partisi.

46 Vgl. Sayda Emek, Die Europäisierung des Parteiverbots – dargelegt am NPD-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, *Recht und Politik* 2017, 174-185.

47 Ähnlich auch VG Köln zur AfD als Verdachtsfall, *Urt. v. 8.3.2022*, Az. 13 K 326/21 u. a.

48 Van Ooyen 2017 (Fn. 30), 472.

49 Vgl. aber Björn Schiffbauer, Über Freiheit und Verbote von Vereinigungen, *JZ* 2019, 130-136, 134; anders überzeugend BVerfGE 149, 160: „elementare Grundsätze der Verfassung“, Ls. 3 b) und Rn. 107; ebenso Thomas Blome, Erfolgreiche Verfassungsbeschwerden gegen Vereinigungsverbote – Anmerkung, *GSZ* 2018, 243-249, 242. Zur Bewertung von Vereinsverboten im Kontext jetzt Isabelle Ley, Das Politische der Gemeinnützigkeit: Das Vereinsrecht zwischen Steuerrecht, Gefahrenabwehr und Antidiskriminierung, *Die Verwaltung* 2022, 497-526, dort 502-508.

50 Dazu etwa David Werdermann/Konrad Meinel, Wie Karlsruhe den Verfassungsschutz zähmen will, *KJ* 2022, 508 ff.

### III. Ergebnis: Ersetzung des extremismustheoretischen Zugangs seitens staatlicher Behörden verfassungsrechtlich geboten

Das Ergebnis der vorangehenden politik- und rechtswissenschaftlichen Untersuchung ist eindeutig. Die sog. Extremismustheorie erfährt nicht nur politikwissenschaftlich, insbesondere demokratietheoretisch, eine überwältigende und sehr gut begründete Ablehnung. Sie hat auch keine normative Stütze im Grundgesetz.

Damit bricht der sog. normativ-administrative Extremismusansatz zusammen. Er widerspricht der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG, das die zugrunde liegende Definition der freiheitlichen demokratischen Grundordnung derart *verschlankt* und *entmaterialisiert* hat, dass nur noch deliberative oder (allgemeiner:) *prozedural* orientierte Demokratiekonzepte auf dem *gleichfreiheitlichen* Boden der deutschen Verfassung legitim verteidigbar erscheinen.

Auch die nicht versicherheitsliche Staatstätigkeit, etwa die politische Bildungsarbeit, deren oberster Grundsatz ohnehin die geistige Offenheit sein muss,<sup>51</sup> muss sich verstärkt demokratiefeindlichen Tendenzen der „Mitte“ der Gesellschaft zuwenden, in der diskriminierende Einstellungen weit verbreitet sind, die dem vom BVerfG hervorgehobenen Würdeverständnis als elementarer Rechtsgleichheit widerstreiten. Neueste Rechtsentwicklungen weisen stark in diese verfassungsgeleitete Richtung: So sieht der Kabinettsentwurf des Demokratiefördergesetzes (DemFG-E 2023) zu Recht einen Schwerpunkt beim Schutz gegen gruppenbezogene Menschenfeindlichkeit vor; auch das geplante neue Einbürgerungsrecht stellt die „fdGO“ in einen klaren Zusammenhang mit den schon etablierten Zielrichtungen des § 130 StGB (gegen Antisemitismus, Rassismus, Menschenverachtung).<sup>52</sup> Die Verfassungsschutzämter sollten konsequent folgen.<sup>53</sup>

Der Demokratiebegriff und der Rechtsstaat sind ebenfalls weit offener und zudem nur in immanenter Verschränkung mit einer anti-etatistischen, egalitären Würdekonzeption „von unten“ zu verstehen, anders als es die sog. Extremismustheorie nahelegt. Diese will eher eine Verfasstheit als die Verfassung schützen und begreift im Widerspruch zur Verfassungsrechtsprechung Demokratieschutz als Staatsschutz.<sup>54</sup> Interessanterweise hatte der spätere französische Staatspräsident Mitterrand auf dem wichtigen Congrès d' Epinay am 3. 6. 1972 mit Blick auf die „Verfasstheit“ des Gemeinwesens geäußert, „wer nicht für den Bruch (*rupture*) mit dem Kapitalismus ist,“ könne „nicht Mitglied der Sozialistischen Partei sein.“ Wie in einer Nusschale wird hier deutlich, dass es der westlichen liberaldemokratischen Tradition widerspräche, antikapitalistische Positionen verschiedener Couleur unter staatlichen (!) Verdacht zu stellen. Anders steht es mit dem davon klar unterscheidbaren, ja oft frontal entgegengesetzten Ziel eines autoritären Staatswesens.

51 Dazu im Einzelnen: Julika Bürling, Extremismusprävention als polizeiliche Ordnung: Zur Politik der Demokratiebildung, Weinheim 2021.

52 FAZ, 20.5.2023.

53 Vgl. Tim Wihl, Staatsschutz 3.0? Der Verfassungsschutz vor der Tendenzwende, Verfassungsblog, 18.1.2019.

54 So Maximilian Pichl in: Berendsen et al. 2020 (Fn. 2), 176 und passim.

Wer auf dem Boden der verfassungsrechtlichen fdGO argumentiert, sollte sich mit dem BVerfG<sup>55</sup> und dem konsolidierten Stand der politikwissenschaftlichen Forschung<sup>56</sup> folglich von der Extremismustheorie verabschieden. Jegliche politischen Orientierungen und Radikalismen verdienen ihre eigene Theorie.

- 55 Schon vor dem NPD-Urteil: BVerfG, Az. 1 BvR 1106/08, gegen den Rechtsextremismus- als Rechtsbegriff, zit. bei Pichl 2020 (Fn. 54), 169. Sehr deutlich jetzt auch Ronen Steinke, Verfassungsschutz. Wie der Geheimdienst Politik macht, Berlin 2023, Kap. 4: „Verfassungsschutz ist Ansichtssache“ (45 ff.) zum Problem des politischen Opportunismus bei der „Extremismus“-Definition, das sich nach hiesiger Ansicht nur durch sozialwissenschaftliche Aufklärung, den nunmehr toleranteren fdGO-Begriff des BVerfG und bestimmtere rechtliche Eingriffsschwellen schon bei Prüffällen zugleich lösen lässt.
- 56 Zuletzt noch einmal Sarah Schulz, Feuer mit Feuer bekämpfen? Konjunkturen des Staatsschutzes, KJ 2022, 80-99.