

# Auf dem Weg zu einer liberalen Verfassungskultur? Das Bundesverfassungsgericht und das Verfassungsdenken in der Bonner Republik

## I.

Wie lässt sich eine liberale Verfassungskultur beschreiben? Der Eindruck, dass heute eine solche liberale Verfassungskultur in der Bundesrepublik verwirklicht ist, sollte uns nicht dazu verleiten, sie als selbstverständlich zu nehmen. Tatsächlich ist die Frage aus historischer Perspektive leichter gestellt als beantwortet. Die Erarbeitung einer geschriebenen Verfassung, um so der Herrschaft Grenzen zu setzen, war eine zentrale Forderung des Liberalismus im 19. Jahrhundert. Insofern besitzt jede geschriebene Verfassungsordnung ein liberales Moment. Darüber hinaus bedarf es aber auch inhaltlicher Kriterien. Beim Versuch, diese festzulegen, stellt sich das Problem, dass in vielen zeitgenössischen Debatten über das Grundgesetz die Frage nach seinem liberalen und freiheitlichen Charakter eine zentrale Rolle spielte. Aufgabe des Historikers ist es, sich von solchen Debatten zu lösen und die Frage aus einer distanzierteren Perspektive zu beantworten. Er kommt also nicht daran vorbei, eine Art Idealtyp einer liberalen Verfassungskultur zu entwerfen und dann zu überprüfen, in welchem Ausmaß dieser Idealtyp in einem konkreten Fall, hier also in der Bundesrepublik zwischen 1949 und 1990, realisiert war. Bei der Konstruktion dieses Idealtyps erscheint ein Rekurs auf die USA als besonders vielversprechend, da deren Verfassungskultur aufgrund ihrer fast 250-jährigen Tradition – trotz aller haarsträubenden Widersprüche, die unter der Präsidentschaft von Donald Trump in den letzten drei Jahren noch zugekommen haben – eine besondere Vorbildfunktion zukommt.<sup>1</sup>

Indem an dieser Stelle speziell nach der Verfassungskultur gefragt wird, stehen weniger der konkrete Verfassungstext, seine Entstehung und seine späteren Änderungen im Mittelpunkt, sondern es geht vielmehr um Umgangsformen, Interpretationen und gesellschaftliche Debatten im Hinblick auf die Verfassungsordnung sowie um deren Einfluss auf das Selbstverständ-

1 Vgl. z.B. Alfred H. Kelly/Winfred A. Harbison/Herman Belz: *The American Constitution. Its Origins and Development*. 2 Bde. 7. Aufl. New York/London 1991; Jill Lapore: *These Truths. A History of the United States*. New York/London 2018.

nis der Bundesbürger. Nicht ein vergleichsweise statischer Text, sondern Deutungen und politische Prozesse, die sich daran entzünden, werden im Folgenden also genauer untersucht.<sup>2</sup>

In Anlehnung an das amerikanische Ideal sprechen folgende vier Elemente für eine liberale Verfassungskultur:

Erstens wird die Verfassung nicht bloß als ein einfaches Gesetz oder – um einen Begriff Carl Schmitts aufzugreifen – als ein einfaches Verfassungsgesetz angesehen,<sup>3</sup> sondern sie besitzt eine herausgehobene Stellung in der Rechtsordnung. Sie geht somit allen innerstaatlichen Gesetzen vor und regelt nicht nur die politischen Prozesse und die Stellung der staatlichen Organe, sondern beeinflusst darüber hinaus auch die gesamte Gesellschaftsordnung eines Gemeinwesens. Vor diesem Hintergrund steigt die Verfassung sogar soweit auf, dass sie wie in den USA als ein zentraler Bestandteil des nationalen Selbstverständnisses angesehen wird.

In einer liberalen Verfassungskultur wird zweitens das Gemeinwesen nicht vom Staat, sondern vom Individuum und von der Gesellschaft her gedacht. Staat und politische Organe besitzen kein unabhängiges Existenzrecht, sondern erfüllen ihre Aufgaben im Dienst für den einzelnen Menschen. Auch wenn im Konfliktfall den Interessen der Gemeinschaft und des Staates immer wieder Vorrang vor denen des Individuums eingeräumt wird, bleiben doch die unveräußerlichen Rechte des Individuums – also wie es die Unabhängigkeitserklärung der USA von 1776 ausdrückt, „life, liberty and the pursuit of happiness“ – der Ausgangspunkt der Verfassungsordnung.

Drittens gehört zu einer liberalen Verfassungskultur die Einsicht, dass sich der Wille des Volkes von den Herrschenden nicht einfach errahnen lässt, sondern dass es sogenannter intermediärer Gewalten – also vor allem politischer Parteien und Interessenverbände – bedarf, die beim politischen Willensbildungsprozess eine zentrale Rolle einnehmen.

Viertens bedarf es bei allen politischen Akteuren eines Willens zur Verfassung – also zur Achtung der von der Verfassung vorgezeichneten Verfahren und Werte. Darüber hinaus schafft die Verfassung eine Institution, die über die Einhaltung der Verfassung als oberste Instanz wacht, gleichsam einen Hüter der Verfassung. Als solches entwickelte sich in den USA allmählich der Supreme Court, der seit der berühmten Entscheidung *Marbury v. Madison* von 1803 auch das Recht für sich beansprucht, einfache Gesetze

2 Zum Begriff der Verfassungskultur vgl. z.B. Hans Vorländer: Die drei Entwicklungswege des Konstitutionalismus in Europa. Eine typologische Skizze. In: Die Europäische Union als Verfassungsordnung. Hrsg. v. Institut für Europäische Verfassungswissenschaft. Berlin 2004, S. 21-42; Andreas Wirsching: Verfassung und Verfassungskultur im Europa der Zwischenkriegszeit. In: Christoph Gusy (Hrsg.): Demokratie in der Krise. Europa in der Zwischenkriegszeit. Baden-Baden 2008, S. 371-389; Peter Häberle: Verfassungslehre als Kulturwissenschaft. 2. Aufl. Berlin 1998.

3 Vgl. Carl Schmitt: Verfassungslehre. 8. Aufl. Berlin 1993, S. 11-20.

des Kongresses für nichtig zu erklären, wenn sie gegen die Bundesverfassung verstoßen.<sup>4</sup> Außerdem nimmt der US Supreme Court eine ausgesprochen weitreichende Kompetenz für sich in Anspruch, dezidiert politische Fragen auf der Grundlage der Verfassung zu entscheiden, eine Kompetenz, die im Rahmen einer liberalen Verfassungskultur jedenfalls nicht grundlegend infrage gestellt wird.

In der folgenden Skizze soll gezeigt werden, dass sich eine liberale Verfassungskultur mit diesen vier Elementen in der alten Bundesrepublik durchaus allmählich herausbildete, dass es sich hierbei allerdings – so die zentrale These – nicht um einen linearen und kontinuierlichen Prozess der Durchsetzung eines liberalen Grundverständnisses handelte, sondern um einen Prozess, der von Widersprüchlichkeiten und von unerwarteten Gegenkräften geprägt war und bei dem unterschiedliche Akteure eine Rolle spielten.

## II.

Das Bild der Geschichtswissenschaft von den 1950er Jahren, also der Zeit von der Staatsgründung bis zum Ende des Jahrzehnts, als sich neue gesellschaftliche Strömungen bemerkbar machten und Adenauers System der Kanzlerdemokratie allmählich brüchig wurde, hat sich in den letzten fünf bis zehn Jahren zwar nicht gänzlich gewandelt, es hat aber eine neue Richtung bekommen. Vor allem aufgrund der vielen Aufarbeitungsprojekte wissen wir heute, wie stark Politik, Verwaltung, Wirtschaft und Justiz bis weit in die 1960er Jahre von früheren Nationalsozialisten dominiert waren.<sup>5</sup> Für die NSDAP und den nationalsozialistischen Staat hatten sich also nicht allein die wenigen Personen engagiert, deren Biographie während der 1960er Jahre in der Öffentlichkeit skandalisiert wurde, sondern die breite Mehrheit der bundesdeutschen Eliten. Die oberste Leitungsebene von staatlichen Institutionen wurde häufig mit Rücksicht auf das Ausland und eine kritische Medienöffentlichkeit mit Personen besetzt, die in der Zeit des Nationalsozialismus im Abseits gestanden hatten, darunter nahm man aber keine Rücksicht auf solche „Empfindlichkeiten“. Im Bundesinnenministerium etwa finden wir den früheren Oberbürgermeister von Posen, Gerhard Scheffler, als Leiter der Sozialabteilung und mit Friedrich Rippich einen früheren SS-Sturmbannführer, der sich nach Kriegsende aufgrund der Entnazifizierung gezwungen sah, sich nach Argentinien abzusetzen, und später immerhin zum Referatsleiter auf-

4 5 U.S. 137 (1803) (United States Reports. Bd. 5: 1801-1803. Washington, D.C. 1804, S. 137-180).

5 Vgl. z.B. den Überblicksband Dominik Geppert/Stefan Creuzberger (Hrsg.): Die Ämter und ihre Vergangenheit. Ministerien und Behörden im geteilten Deutschland 1949-1972. Paderborn u.a. 2018.

stieg. Der Anteil ehemaliger Parteimitglieder erreichte im Bundesinnenministerium Anfang der 1960er Jahre einen Höhepunkt, als knapp zwei Drittel der Beamten der obersten Leitungsebene früher der NSDAP angehört hatten. Widerstandskämpfer, Remigranten und Personen, die vom Nationalsozialismus ins Abseits gedrängt worden waren, wurden bei der Einstellung hingegen benachteiligt und waren folglich eine verschwindend kleine Minderheit. Diese personellen Kontinuitäten wirkten sich immer wieder verhängnisvoll auf die Sachpolitik des Innenministeriums aus, etwa wenn Ausländer, Juden und Sinti und Roma diskriminiert wurden, wenn bei geheimen Notstandsplanungen die Verfassungsordnung als disponibel angesehen oder das Bundesverfassungsgericht aufgrund seiner dezidiert politischen Tätigkeit als systemwidriger Fremdkörper im Regierungssystem bekämpft wurde.<sup>6</sup> Somit wird man heute vorsichtig sein, im Hinblick vor allem auf die Gesellschaft und ihre politischen Leitvorstellungen während der 1950er Jahre noch pauschal von einer „aufregenden Modernisierung“ zu sprechen.<sup>7</sup> Viel stärker wiegen das nationalsozialistische Erbe und das Fortwirken älterer nationalistischer, rassistischer, völkischer und gemeinschaftsorientierter Denkhaltungen. Die für die bundesdeutsche Geschichte zentrale Frage ist somit, wann, wie und durch wen solche zunächst die Gesellschaft dominierenden Traditionen überwunden wurden.

Beim Blick auf die Verfassungskultur kommt hierbei dem 1951 ins Leben gerufenen Bundesverfassungsgericht zweifellos eine kaum zu überschätzende Bedeutung zu, selbst wenn wir uns davor hüten sollten, die Rechtsprechung des Gerichts zu sehr in einem teleologischen Sinn zu deuten.<sup>8</sup> Das Bundesverfassungsgericht spielte eine zentrale Rolle bei der Popularisierung des Grundgesetzes als einer rechtsstaatlich-parlamentarischen Verfassungsordnung, die bei den Bundesbürgern anfangs überwiegend auf Desinteresse, teilweise sogar auf entschiedene Ablehnung stieß, da sie ihnen als zu liberal und für Verfassungskrisen als untauglich erschien.<sup>9</sup> Diese Popularisierung erfolgte im Rahmen einer Reihe von Konflikten. Durch seine Grundrechtsju-

6 Vgl. Frank Bösch/Andreas Wirsching (Hrsg.): *Hüter der Ordnung. Die Innenministerien in Bonn und Ost-Berlin nach dem Nationalsozialismus*. Göttingen 2018.

7 Hans-Peter Schwarz: *Die Ära Adenauer. Gründerjahre der Republik 1949-1957*. Stuttgart 1981, S. 382. Vgl. zudem Axel Schildt/Arnold Sywottek (Hrsg.): *Modernisierung im Wiederaufbau. Die westdeutsche Gesellschaft der 50er Jahre*. Bonn 1993.

8 Zur Geschichte des Gerichts allgemein vgl. z.B. Florian Meinel (Hrsg.): *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik. Aspekte einer Geschichte des Bundesverfassungsgerichts*. Tübingen 2019; Justin Collings: *Democracy's Guardians. A History of the German Federal Constitutional Court, 1951-2001*. Oxford 2015; Rolf Lamprecht: *Ich gehe bis nach Karlsruhe. Eine Geschichte des Bundesverfassungsgerichts*. München 2011; Thomas Darnstädt: *Verschlussache Karlsruhe. Die internen Akten des Bundesverfassungsgerichts*. München 2018.

9 Noch 1955 gaben in einer Meinungsumfrage 51% der Befragten an, sie würden das Grundgesetz nicht kennen. Vgl. *Jahrbuch der öffentlichen Meinung 1947-1955*. Hrsg. v. Elisabeth

dikatur etwa machte das Bundesverfassungsgericht deutlich, dass die neue Rechtsordnung nur vom einzelnen Individuum her zu denken war. Hier ist beispielsweise die Elfes-Entscheidung von 1957 zu nennen, bei der das Bundesverfassungsgericht den Schutz der freien Entfaltung der Persönlichkeit in Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes im Sinne einer allgemeinen Handlungsfreiheit verstand und als ein sogenanntes Auffanggrundrecht interpretierte, so dass fortan ein lückenloser Grundrechtsschutz garantiert war.<sup>10</sup> Damit wandte sich das Bundesverfassungsgericht explizit gegen Strömungen, die in den ersten Jahren etwa die Staatsrechtslehre und den Bundesgerichtshof dominierten und unter Verweis auf das Naturrecht eher die Interessen der Gemeinschaft dem Einzelnen überordnen wollten. Bei der Auseinandersetzung um die Wiederbewaffnung und den Beitritt zur Europäischen Verteidigungsgemeinschaft strich das Gericht zudem heraus, dass es nicht daran dachte, sich von den politischen Parteien instrumentalisieren zu lassen, und dass selbst hochpolitische Fragen der Außenpolitik richterlicher Erkenntnis zugänglich waren. Im sogenannten Statusstreit setzte es darüber hinaus seine Stellung als unabhängiges oberstes Verfassungsorgan und als machtvoller Hüter der Verfassung durch, dem in Verfassungsfragen das letzte Wort zukam.<sup>11</sup> Und beim KPD-Verbot stellte es nicht zuletzt die militante Abwehrfähigkeit der Verfassungsordnung gegen linksradikale Kräfte im Kalten Krieg unter Beweis, was in bürgerlich-konservativen Kreisen einen Prozess der Aussöhnung mit dem Grundgesetz in Gang setzte.<sup>12</sup>

Doch solche Schritte, die in der Bevölkerung ein Bewusstsein für den freiheitlichen und wehrhaften Charakter der Verfassungsordnung schufen und die junge Bundesrepublik bereits in den 1950er Jahren zweifellos näher an eine liberale Verfassungskultur heranführten, erfolgten innerhalb des Bundesverfassungsgerichts auf der Basis von politischen Ideen, die mit dem klassischen Liberalismus nur wenig gemein hatten. Das zeigt sich schon

Noelle/Erich Peter Neumann. Allensbach 1956, S. 157. Zu den Vorbehalten gegenüber dem Grundgesetz etwa in der Bonner Ministerialbürokratie vgl. Frieder Günther: Rechtsstaat, Justizstaat oder Verwaltungsstaat? Die Verfassungs- und Verwaltungspolitik. In: Bösch/Wirsching: Hüter (wie Anm. 6), S. 381-412, hier S. 382-386.

- 10 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Hrsg. v. d. Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts. Bd. 6. Tübingen 1957, S. 32-45 (künftig zitiert: BVerfGE). Vgl. hierzu z.B. Dieter Grimm: Das Elfes-Urteil. In: Meinel: Verfassungsgerichtsbarkeit (wie Anm. 8), S. 155-195.
- 11 Vgl. Michael Stolleis: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Bd. 4: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945-1990. München 2012, S. 155-171; Frieder Günther: Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949-1970. München 2004, insb. S. 101-112; Ulrich Herbert: Integration der jungen Republik durch Verfassungsrecht? In: Michael Stolleis (Hrsg.): Das Bonner Grundgesetz. Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949-1969). Berlin 2006, S. 85-102.
- 12 BVerfGE 5, 85. Vgl. zudem Günther: Rechtsstaat (wie Anm. 9), S. 396 f.; Josef Foschepoth: Verfassungswidrig! Das KPD-Verbot im Kalten Bürgerkrieg. Göttingen 2017.

beim Blick auf die politische Ausrichtung der Richter. Die Mehrzahl war von der überwiegend antiliberalen und antipositivistischen Richtung der Staatsrechtslehre der Weimarer Zeit maßgeblich geprägt worden, hatte den Niedergang der Weimarer Republik als traumatisch erlebt und folgerte daraus nach 1945 keineswegs die Notwendigkeit einer Rückbesinnung auf liberales Gedankengut. Obwohl viele Bundesverfassungsrichter in Distanz zum Nationalsozialismus gestanden und teilweise sogar in die Emigration gezwungen gewesen waren, hielt sie dies nicht von der Ansicht ab, dass der Liberalismus als politisches Ideengebäude restlos abgewirtschaftet hatte und zur Lösung aktueller Probleme untauglich war.

Als Beispiel kann hier auf den renommierten Verfassungsrichter Gerhard Leibholz (1901-1982) verwiesen werden, der dem Gericht von 1951 bis 1971 angehörte und seine Stellung im Gericht nutzte, um seine Parteienstaatslehre zu verbreiten. Aus seiner Sicht hatte sich die liberal-repräsentative Demokratie des 19. Jahrhunderts im 20. Jahrhundert zum plebiszitären Parteienstaat der Massendemokratie gewandelt, den er nun von höchster Stelle aus propagierte. Nachdem er schon zuvor mit dem italienischen Faschismus sympathisiert hatte, hatte er bereits 1933 seine Verachtung gegenüber dem Liberalismus klassischer Prägung zum Ausdruck gebracht, als er pauschal vom „entarteten Liberalismus“ gesprochen und stattdessen für den autoritären und totalen Staat plädiert hatte.<sup>13</sup> Auch wenn die Nationalsozialisten ihn aufgrund seiner jüdischen Abstammung wenig später zur Emigration nach England zwangen, passte er dort zwar seine Ideen den äußeren Rahmenbedingungen der parlamentarischen Demokratie an, blieb zugleich aber seiner antiliberalen Grundhaltung treu, indem er etwa an einer kategorialen Unterscheidung von Staat und Gesellschaft festhielt. Im politischen Prozess wollte er dementsprechend möglichst starke Sicherungsmechanismen gegen einen zu starken Einfluss des Parlaments einbauen, da ihm sonst sowohl der Staat als homogene Einheit als auch das abstrakt verstandene Gemeinwohl infrage gestellt schienen.<sup>14</sup>

Als Hauptvertreter einer antiliberalen Grundhaltung sind unter den Bundesverfassungsrichtern zudem diejenigen anzusehen, die ihre Verwaltungs- und Richterkarrieren über den Bruch des Jahres 1945 ungebrochen fortsetzen konnten. Zu diesen zählte beispielsweise Willi Geiger (1909-1994), der 1937 der NSDAP beigetreten, „eine nationalsozialistisch eingefärbte Dissertation über das Schriftleitergesetz von 1933“ mit antisemitischen Passagen

13 Gerhard Leibholz: Die Auflösung der liberalen Demokratie in Deutschland und das autoritäre Staatsbild. München/Leipzig 1933, S. 5.

14 Vgl. Frieder Günther: „Eine in jede Richtung veränderte Wirklichkeit“. Gerhard Leibholz und die antiliberalen Bewegung. In: Anna-Bettina Kaiser (Hrsg.): Der Parteienstaat. Zum Staatsverständnis von Gerhard Leibholz. Baden-Baden 2013, S. 23-42.

verfasst<sup>15</sup> und als Staatsanwalt am Sondergericht in Bamberg zu Beginn der 1940er Jahre an mehreren Todesurteilen mitgewirkt hatte. Seit der Wiedereröffnung des Oberlandesgerichts Bamberg war er dort zunächst als Generalstaatsanwalt und wenig später als Gerichtspräsident tätig. Nachdem ihn der erste Bundesjustizminister Thomas Dehler für kurze Zeit als Referatsleiter und persönlichen Referenten ans Bundesjustizministerium geholt hatte, erfolgte 1950 seine Ernennung zum Richter am Bundesgerichtshof und wenig später die Wahl zum Bundesverfassungsrichter, wo er für die Dauer von 26 Jahren bis 1977 tätig blieb.<sup>16</sup> Im Bundesverfassungsgericht wirkte er unter anderem maßgeblich als Berichtersteller an der äußerst umstrittenen Entscheidung zum sogenannten Radikalenerlass von 1975 mit, als der Zweite Senat die Praxis, Bewerber aufgrund ihrer verfassungsfeindlichen politischen Einstellung nicht als Beamte oder Angestellte einzustellen oder sie zu entlassen, für vereinbar mit dem Grundgesetz erklärte.<sup>17</sup>

Wie stark darüber hinaus die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts während der 1950er Jahre von antiliberalen Tendenzen geprägt war, lässt sich vor allem anhand der Lüth-Entscheidung des Ersten Senats von 1958 aufzeigen.<sup>18</sup> Diese wird heute zu Recht als eine Art „landmark decision“ angesehen, vergleichbar mit *Marbury v. Madison* des US Supreme Court. In diesem Urteil entschied das Gericht, dass ein Boykottauftrag gegen den Film „Unsterbliche Geliebte“ von Veit Harlan, welcher früher bei dem NS-Propagandafilm „Jud Süß“ die Regie geführt hatte, zulässig sei. Dieses Ergebnis ermöglichte zweifellos eine kritische Auseinandersetzung mit der nationalsozialistischen Vergangenheit und zielte letztlich auf eine Demokratisierung und Liberalisierung der bundesdeutschen Gesellschaft. Wie das Gericht allerdings zu diesem Ergebnis gelangte, hat mit liberalem Denken wenig zu tun und stellt gleichsam eine kühne Selbstermächtigung des Gerichts dar. Da der Erste Senat im Grundgesetz keine Bestimmung finden konnte, die auf die Frage der Wirksamkeit der politischen Meinungsfreiheit unter Privatleuten eine Antwort gab, rekurrierte er kurzerhand auf den Begriff der „objektiven Wertordnung“, die aus seiner Sicht vor allem aus den Grundrechten abzuleiten war, die alle Bereiche des Rechts überstrahlen und auch

- 15 Willi Geiger: Die Rechtsstellung des Schriftleiters nach dem Gesetz vom 4. Oktober 1933. Berlin/Leipzig 1941.
- 16 Vgl. Stolleis: Geschichte. Bd. 4 (wie Anm. 11), S. 152 f., Zitat S. 152; Markus Apostolow: Der „immerwährende Staatssekretär“. Walter Strauß und die Personalpolitik im Bundesministerium der Justiz. Göttingen 2019, S. 43-45.
- 17 BVerfGE 39, 334. Vgl. hierzu z.B. Alexandra Jaeger: Auf der Suche nach „Verfassungsfeinden“. Der Radikalenbeschluss 1971-1987. Göttingen 2019, S. 353-372.
- 18 BVerfGE 7, 198. Vgl. hierzu Thomas Henne/Arne Riedlinger (Hrsg.): Das „Lüth“-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts. Berlin 2005; Stolleis: Geschichte. Bd. 4 (wie Anm. 11), S. 165-167; Darnstädt: Verschlussache (wie Anm. 8), S. 199-247.

im privaten Bereich zumindest mittelbar Wirksamkeit entfalten sollte. Der Begriff der „Wertordnung“ entstammte ursprünglich der antipositivistischen Richtung der Weimarer Staatsrechtslehre und sollte damals eine Öffnung der Verfassungsinterpretation weg vom eigentlichen Verfassungstext hin zu einer demokratischen oder völkischen Gemeinschaftsorientierung ermöglichen.<sup>19</sup> Ja mehr noch, der Rückgriff auf die Wertordnung in der Lüth-Entscheidung erinnerte „in frappanter Weise an die Wertdurchdringung der Rechtsordnung durch die Nazis.“<sup>20</sup> „Es ist bemerkenswert“, so der Staatsrechtslehrer Christoph Schönberger resümierend, „wie sehr sich die Techniken der Umstellung [...] ähnelten, wie leicht sich die Sprödigkeit des Rechts in Biegsamkeit verwandeln ließ, wie stark das Bundesverfassungsgericht bei seinem Erfolg *no-  
lens volens* von der kurz zurückliegenden [nationalsozialistischen] Rechts-  
umwälzung profitierte.“<sup>21</sup>

Das Problem an einer objektiven Wertordnung ist indes, dass sich deren Inhalt juristisch nicht eindeutig ermitteln lässt, sondern dahinter ein imaginer und idealisierter Volkswille oder eben einfach die Mehrheitsmeinung der meinungsbildenden Eliten steht. Die Konsequenz ist also der Verlust von Berechenbarkeit der Rechtsprechung. Für die weitere Entwicklung des Bundesverfassungsgerichts ist es dabei zentral, dass das Gericht mit der Lüth-Entscheidung und seinem Rekurs auf die Idee einer lückenlosen Wertordnung einen entscheidenden Schritt in Richtung einer „Superrevisionsinstanz“ nahm, die in alle Bereiche der Rechtsordnung intervenieren konnte. Zugleich erhob das Gericht das Grundgesetz zu einer Art „Überverfassung“, die das Recht in seiner Gesamtheit überstrahlte und alle staatlichen Gewalten genauso wie die Gesellschaft entscheidend beeinflussen sollte. „Die Grundrechte gewannen dadurch“, wie Michael Stolleis ausführt, „eine in der Verfassungsgeschichte bisher unbekannte Steuerungsfunktion für die ganze Rechtsordnung.“<sup>22</sup>

In eine ähnliche antiliberale Richtung wies auch die frühe Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Parteienrecht. Das Gericht folgte hier weitgehend der Parteienstaatslehre seines bereits erwähnten Richters Gerhard Leibholz. Im Gegensatz zur Weimarer Republik hatten sich aus Leibholz' Sicht in der Bundesrepublik die politischen Parteien von Interessenparteien zu echten Volksparteien gewandelt. Sie waren somit auf die „*volonté générale*“ verpflichtet und in die Sphäre des Staates eingebunden.

19 Vgl. Michael Stolleis: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. Bd. 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945. München 1999, S. 174 f.; Günther: *Denken* (wie Anm. 11), S. 39-44.

20 So Michael Stolleis, zitiert nach Darnstädt: *Verschlusssache* (wie Anm. 8), S. 24.

21 Christoph Schönberger: *Anmerkungen zu Karlsruhe*. In: Matthias Jestaedt u.a. (Hrsg.): *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*. Berlin 2011, S. 9-76, hier S. 43.

22 Stolleis: *Geschichte*. Bd. 4 (wie Anm. 11), S. 166.

Dementsprechend galt es nun, alle Elemente, die noch an den herkömmlichen repräsentativen Parlamentarismus erinnerten, aus dem gegenwärtigen Verfassungssystem des Grundgesetzes zu eliminieren. Die politischen Parteien sollten folglich, sofern sie die Verfassungsordnung grundsätzlich unterstützten, als Verfassungsorgane und zentrale Entscheidungsträger des Parteienstaates möglichst umfassend staatlich finanziert werden. Auch war aus Leibholz' Sicht der Art. 38 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes, der festschreibt, dass der einzelne Abgeordnete nur seinem Gewissen unterworfen und an Weisungen nicht gebunden ist, ein dem gegenwärtigen System nicht gerecht werdender Fremdkörper, da er den Einfluss der Parteien auf Bundestagsentscheidungen schwächte, indem er den Abgeordneten der Fraktionsdisziplin entzog. Einen solchen Fremdkörper galt es somit, sobald wie möglich durch Verfassungsänderung aus dem Grundgesetz zu entfernen.<sup>23</sup> Das Bundesverfassungsgericht griff diese Gedanken insofern auf, als es in den Parteien unverzichtbare Institutionen des Verfassungslebens und Sprachrohre des mündig gewordenen Volkes sah. Besonders markant war Leibholz' Einfluss auf das Urteil zur Parteienfinanzierung vom Juni 1958, in dem es eine über die Wahlkampfkostenerstattung hinausgehende finanzielle Förderung durch den Staat ausdrücklich zuließ.<sup>24</sup> Diese Rechtsprechung wirkte zweifellos traditionellen Antiparteienaffekten entgegen, bediente sich zugleich aber solcher Argumente, die mit einem westlich-liberalen und repräsentativen Demokratieverständnis nicht zu vereinbaren waren, indem es die politischen Parteien zumindest partiell verstaatlichte.

Seinen Abschluss fand diese frühe Phase des Bundesverfassungsgerichts mit der Entscheidung im Fernsehstreit von 1961, in der das Gericht sich erstmals direkt mit der Adenauer-Regierung anlegte und die regierungsnahе Deutschland-Fernsehen GmbH für verfassungswidrig erklärte. Die Fernsehstreit-Entscheidung ist besonders wichtig, weil hier das Gericht zum ersten Mal unmittelbar Maßnahmen der Bundesregierung außer Kraft setzte, da sie gegen den vom Grundgesetz geschützten Kompetenzbereich der Bundesländer und gegen die Rundfunkfreiheit verstießen.<sup>25</sup> Die Bundesregierung war über diese „Kompetenzüberschreitung“ des Bundesverfassungsgerichts so

23 Vgl. z.B. Gerhard Leibholz: *Der Strukturwandel der modernen Demokratie* (1952). In: Ders.: *Strukturprobleme der modernen Demokratie*. 3. Aufl. Karlsruhe 1967, S. 78-129; zudem Robert Chr. van Ooyen: *Die Parteienstaatslehre von Gerhard Leibholz. Eine Kritik*. In: *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte* 8 (2006/2007), S. 359-368; Kaiser: *Parteienstaat* (wie Anm. 14).

24 BVerfGE 8, 51 (63).

25 BVerfGE 12, 205. Vgl. hierzu z.B. Collings: *Democracy's* (wie Anm. 8), S. 68-80; Rüdiger Steinmetz: *Freies Fernsehen. Das erste privat-kommerzielle Fernsehprogramm in Deutschland*. Konstanz 1996, S. 222-245; Darnstadt: *Verschlussache* (wie Anm. 8), S. 249-285.

empört, dass Bundeskanzler Konrad Adenauer vor dem Bundestag das Urteil sogar als „falsch“ bezeichnete.<sup>26</sup>

Was in den 1960er und 1970er Jahren im Hinblick auf die Verfassungskultur folgte, sind zwei gegenläufige Entwicklungen. Einerseits diffundierte das vom Bundesverfassungsgericht proklamierte Verfassungsdenken, andererseits koppelte sich das Bundesverfassungsgericht aus der weiteren Entwicklung in Richtung einer Liberalisierung der Verfassungskultur teilweise selbst aus.

So wurde seit den 1960er Jahren das Bundesverfassungsgericht mehr und mehr als oberster Hüter der Verfassung und zentraler Akteur im politischen Leben der Bundesrepublik anerkannt. Selbst wenn eine Partei einmal vor dem Bundesverfassungsgericht unterlegen war, übte sie anschließend kaum mehr grundlegende Kritik an der Existenz des Gerichts. Die Verfassungsbeschwerde erfreute sich in der Bevölkerung großer Beliebtheit und wurde als populärstes Mittel der Bürger angesehen, um bei Rechtsstreitigkeiten letztendlich doch noch Gerechtigkeit zu erlangen. Vor diesem Hintergrund nahm das Ansehen des Bundesverfassungsgerichts seit den 1960er Jahren in Meinungsumfragen kontinuierlich zu.<sup>27</sup>

Zugleich fand das Verfassungsverständnis des Gerichts in der bundesdeutschen Staatsrechtslehre eine zunehmend positive Resonanz. Durch die neue starke Stellung des Bundesverfassungsgerichts wurde die Verfassungsrechtswissenschaft gleichsam in die zweite Reihe verwiesen, sie akzeptierte aber zunehmend diese nachgeordnete Rolle und sah nun ihre wichtigste Aufgabe darin, die Rechtsprechung des Gerichts wissenschaftlich aufzuarbeiten und in ein System zu bringen. Um diese Entwicklung auf den Punkt zu bringen, sprach Bernhard Schlink in einem berühmten Aufsatz Ende der 1980er Jahre kritisch von der „Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit“ und zuspitzend von dem neuen „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ der Staatsrechtslehre.<sup>28</sup>

Vor diesem Hintergrund entwickelte diese beispielsweise eine Grundrechtslehre, ein zusammenhängendes Staatsorganisationsrecht und eine sogenannte Verhältnismäßigkeitslehre. Dies bedeutete, dass sich die Staatsrechtslehre mit dem Bundesverfassungsgericht konstruktiv auseinandersetzte und zentrale Komponenten von dessen Verfassungsverständnis ins eigene Den-

26 Plenarprotokoll des Deutschen Bundestages. 3. Wahlperiode. Bd. 147, 8.3.1961, S. 8308.

27 Dies zeigt sich beispielsweise bei der weiten Zustimmung zur Fernsehstreit-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1961. Vgl. Jahrbuch der öffentlichen Meinung 1958-1964. Hrsg. v. Elisabeth Noelle/Erich Peter Neumann. Allensbach/Bonn 1965, S. 115. Heute genießt das Bundesverfassungsgericht in der Bevölkerung unter allen politischen Institutionen mit Abstand das größte Vertrauen. Vgl. z.B. Renate Köcher: Das Bollwerk. In: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 22.8.2012.

28 Bernhard Schlink: Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit. In: Der Staat 28 (1989), S. 161-172.

ken übernahm. Zugleich gerieten im Verlauf der 1960er Jahre aber auch einzelne Konzepte der Rechtsprechung in die Kritik der Staatsrechtslehre, etwa besagte Wertordnungsjudikatur oder auch die erwähnte Parteienstaatslehre, ohne dass im Bundesverfassungsgericht diese Kritik zunächst auf größere Resonanz stieß. So argumentierten Staatsrechtslehrer, dass die Wertordnungslehre die Freiheitlichkeit des Gemeinwesens gefährden würde, da die Rechtsprechung an Berechenbarkeit einbüße.<sup>29</sup> Die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts wurde also teilweise von der Staatsrechtslehre auf liberalere Weise rezipiert und weiterentwickelt, als sie vom Gericht ursprünglich konzipiert worden war.

Nicht zuletzt stieß die Arbeit von politischen Parteien und Interessenverbänden in der Gesellschaft zunehmend auf eine positive Resonanz. Etwa Gewerkschaften, Wohlfahrtsverbände und politische Lobbygruppen wurden selbst von konservativeren Teilen der Bevölkerung weniger als „Spalter“ des Volkswillens, sondern zunehmend als unverzichtbare Elemente einer pluralistischen politischen Willensbildung angesehen. Dementsprechend fand auch die Pluralismustheorie aus den USA von der positiven Vielfalt der gesellschaftlichen Kräfte, die durch die Politikwissenschaft in der Bundesrepublik verbreitet wurde, in akademischen Kreisen mehr und mehr Anklang und wurde zuletzt sogar von der Staatsrechtslehre rezipiert, wo sie ältere Homogenitätsvorstellungen, die dort immer noch vorhanden waren, an den Rand drängte.<sup>30</sup>

Das Bundesverfassungsgericht selbst stand bei dieser Entwicklung seit etwa Mitte der 1960er Jahren überwiegend abseits. Es wurde ein gutes Stück weit konservativer, baute zwar den Grundrechtsschutz weiter aus, hielt aber an seiner Wertordnungsjudikatur fest und wirkte stärker als Verteidiger der etablierten Ordnung gegen allzu weite Reformvorhaben der Politik. In seinen umstrittenen Entscheidungen zur „Spiegel“-Affäre von 1966,<sup>31</sup> zu Eingriffen der Behörden in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis von 1970 (Abhörurteil)<sup>32</sup> oder zum Radikalenerlass von 1975<sup>33</sup> stützte das Gericht den Standpunkt der Bundesregierung und tat sich zugleich in anderen Entscheidungen – etwa zum Grundlagenvertrag von 1973<sup>34</sup> oder zum Schwangeren-

29 Vgl. z.B. Helmut Goerlich: Wertordnung und Grundgesetz. Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts. Baden-Baden 1973; Ernst-Wolfgang Böckenförde: Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation. In: Neue Juristische Wochenschrift 27 (1974), S. 1529-1538.

30 Vgl. z.B. Ernst Fraenkel: Deutschland und die westlichen Demokratien (1964). Hrsg. v. Alexander von Brünneck. Erweiterte 1. Aufl. Frankfurt/Main 1990; zudem Volker Bergahn: Unternehmer und Politik in der Bundesrepublik. Frankfurt/Main 1985, S. 152-201; Günther: Denken (wie Anm. 11), insb. S. 201 f.

31 BVerfGE 20, 162.

32 BVerfGE 30, 1.

33 BVerfGE 39, 334.

34 BVerfGE 36, 1.

schaftsabbruch von 1975<sup>35</sup> – als wirkungsmächtiger Gegenspieler von wichtigen Reforminitiativen der sozialliberalen Bundesregierung hervor. Insofern häufte sich die Kritik an der übertrieben aktivistischen politischen Tendenz der Rechtsprechung, aber auch an der nachlassenden juristischen Qualität der Entscheidungen. Statt einem „Hüter der Verfassung“ schien sich das Bundesverfassungsgericht in den 1970er Jahren zu einem „unkontrollierbaren ‚Herrn‘ der Verfassung“ aufzuschwingen.<sup>36</sup> Dies sollte sich erst in den 1980er Jahren ändern, als das Bundesverfassungsgericht wieder stärker dazu überging, sich als Fürsprecher von Minderheitenrechten und gegen das Überhandnehmen des Parteienstaates zu profilieren.<sup>37</sup>

Im Jahr 1979 prägte der Politikwissenschaftler und Publizist Dolf Sternberger in einem Aufsatz in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung den Begriff des Verfassungspatriotismus<sup>38</sup> und brachte damit auf den Punkt, in welchem Umfang die liberale Verfassungskultur in der westdeutschen Gesellschaft mittlerweile Anklang gefunden hatte. Das Grundgesetz war seit den 1960er Jahren allmählich zu einem zentralen Bestandteil des bundesdeutschen Selbstverständnisses aufgestiegen und hatte dabei ein Stück weit den bis dahin dominierenden Bezug auf die deutsche Nation abgelöst, da diese aufgrund der deutschen Teilung immer weniger Realitätsbezug besaß. Die Westdeutschen hatten es mit der Zeit also zu schätzen gelernt, dass auf der Basis des Grundgesetzes erstmals ein demokratisches und freiheitliches Gemeinwesen auf deutschem Boden entstanden war, das über einen längeren Zeitraum Bestand hatte, und identifizierten sich nunmehr stark mit dieser Ordnung. Der Verfassungsstaat erschien ihnen aus Sternbergers Sicht als eine neue Art von Vaterland: „Die Verfassung ist aus der Verschattung hervorgekommen, worin sie [vor 30 Jahren] entstanden war. [...] Das Nationalgefühl bleibt verwundet, wir leben nicht im ganzen Deutschland. Aber wir leben in einer ganzen Verfassung, in einem ganzen Verfassungsstaat, und das ist selbst eine Art von Vaterland.“<sup>39</sup>

35 BVerfGE 39, 1.

36 So der Richter Martin Hirsch in seiner „dissenting opinion“ zur Entscheidung über die Wehrpflichtnovelle von 1977. In: BVerfGE 48, 127 (200). Unter Bezugnahme auf Ernst-Wolfgang Böckenförde: Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik. In: Neue Juristische Wochenschrift 29 (1976), S. 2089-2099, hier S. 2099. Zur Resonanz vgl. z.B. Karlsruhe: „Vom Hüter zum Herrn“. In: Der Spiegel v. 17.4.1978.

37 Zu Entwicklung des Bundesverfassungsgerichts zwischen 1960 und 1990 vgl. vor allem Collings: Democracy's (wie Anm. 8), S. 63-181; Lamprecht: Karlsruhe (wie Anm. 8), S. 68-176.

38 Der Aufsatz ist zu finden in: Dolf Sternberger: Verfassungspatriotismus. In: Ders.: Gesammelte Schriften. Bd. 10. Frankfurt/Main 1990, S. 13-16. Vgl. zudem Jürgen Habermas: Eine Art Schadensabwicklung. Die apologetischen Tendenzen in der deutschen Zeitgeschichtsschreibung. In: Die Zeit v. 11.7.1986; Jan-Werner Müller: Verfassungspatriotismus. Berlin 2010.

39 Sternberger: Verfassungspatriotismus (wie Anm. 38), S. 13.

Vor diesem Hintergrund musste es zehn Jahre später, als ganz unerwartet die Wiedervereinigung anstand, vielen so erscheinen, dass die Erarbeitung einer neuen Verfassung, die ja laut Art. 146 des Grundgesetzes nun eigentlich vorgesehen war, das mittlerweile erreichte Maß an liberaler Verfassungskultur infrage stellte. Aus dieser Perspektive konnte „eine neue Verfassung“, wie es der Journalist Robert Leicht in der „Zeit“ ausdrückte, „nur schlechter werden“.<sup>40</sup> Dementsprechend setzte die schwarz-gelbe Regierungskoalition unter Bundeskanzler Helmut Kohl alles daran, während des Wiedervereinigungsprozesses vom Grundgesetz so viel wie möglich zu bewahren, und folgte dem durch die Volkskammerwahl vom März 1990 vorgezeichneten Weg, die Wiedervereinigung – entgegen dem Willen der Verfassungsväter und Verfassungsmütter – als Beitritt der fünf neuen Bundesländer zum Geltungsbereich des Grundgesetzes gemäß Art. 23 zu vollziehen. Auch später lehnte die Bundesregierung eine größere, von Teilen der Opposition und der DDR-Bürgerrechtsbewegung geforderte Verfassungsrevision ab. Die aufgrund von Vorschlägen einer Gemeinsamen Verfassungskommission im Jahr 1994 erfolgten Grundgesetzänderungen waren somit marginal.<sup>41</sup>

### III.

Die Überwindung politischer, sozialer und ideeller Überhänge aus der Zeit vor 1945 und die Herausbildung einer liberalen Verfassungskultur, also gleichsam die Annäherung an das US-amerikanische Ideal, stellt eine wesentliche Errungenschaft der Geschichte der Bonner Republik dar. Es sollte durch die vorangehende Skizze deutlich geworden sein, dass es sich dabei nicht um einen gradlinigen Prozess handelte, bei dem ein Akteur für alle Zeiten die Führungsrolle übernahm und der Rest einfach nachfolgte, sondern die Entwicklung deutlich komplexer verlief. Bemerkenswert ist, dass der Anstoß zu einer Liberalisierung und Demokratisierung während der 1950er Jahre durch das Bundesverfassungsgericht – wie die Beispiele der Rechtsprechung zur objektiven Wertordnung und zum Parteienrecht deutlich machten – vor allem durch Rückgriff auf illiberale Methoden erfolgte. Die Notwendigkeit, eine von nationalsozialistischen Traditionen geprägte, vordemokratische Rechtsordnung und entsprechende Grundhaltungen der Menschen zu überwinden, erschien offenbar als so brisant und dringend, dass gegenüber solchen Methoden keine größeren Zweifel aufkamen. Dies sollte sich während der 1960er Jahre ändern, als solche Tendenzen des Verfas-

40 Robert Leicht: Einheit durch Beitritt. In: Die Zeit v. 23.2.1990.

41 Vgl. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 24.10.1994. In: Bundesgesetzblatt 1994. Teil 1, S. 3146-3148.

sungsgerichts zunehmend in die Kritik gerieten, ohne dass dabei aber die Existenz des Gerichts per se infrage gestellt wurde. Die Debatte über das Bundesverfassungsgericht selbst wurde von da an also zum Bestandteil und zum Ausdruck der liberalen Verfassungskultur, welche sich über einen Zeitraum von immerhin 20 bis 25 Jahren allmählich herausgebildet hatte.