

Die freiheitlich demokratische Grundordnung

Eine rechtswissenschaftliche
Grundsatztheorie zu Struktur und Inhalt
des „Ewigkeitskerns des Grundgesetzes“

Von

Matthias Fahrner



Duncker & Humblot · Berlin

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	19
I. Einführung und Kontext	19
1. Hintergrund	19
2. Grundsätzliche Gegenansätze	21
3. Die FDGO in der deutschen Verfassungsdiskussion	26
a) Gegensatz in der Bedeutung	26
b) Kontroversen über Inhalt und Ableitungen	29
c) FDGO und „Minimalkonsens“	46
4. Zwischenergebnis	47
a) Bestandsaufnahme und Definitionen	47
b) Deutungsmacht und Rechtssicherheit	48
c) Herausforderungen	49
II. Fragestellung, Methode und Gliederung	51
1. Erkenntnisziel und Fragestellung	51
2. Untersuchungsrahmen	52
3. Untersuchungsgang	52
B. Fundus und Kritik	54
I. Grammatikalischer Befund und historischer Kontext	54
1. Normbefund der Begriffsverwendung	54
2. Unmittelbare Begriffsgenese	55
3. Die Wurzeln der „Militant Democracy“	56
a) Vorläuferüberlegungen in der Zwischenkriegszeit	56
aa) Verfassungskern, -änderung und -identität	57
bb) Beschränkungen demokratischer Prozesse	59
cc) Insbesondere Sanktionierung und Verbot von Parteien	60
b) Wissenschaftliche Analysen und Folgerungen durch Löwenstein, Mannheim, Popper und andere	61
aa) Karl Löwenstein: Technik des Faschismus und Militant Democracy ..	61
bb) Karl Mannheim und weitere Rechtswissenschaft: Streitbare Demokratie	65
cc) Karl Popper: Das Merkmal der Intoleranz	66

c)	Dimensionen der rechtlichen Vorkehrungen in der Verfassungsgenese . . .	67
aa)	Bewahrung der Verfassungsintegrität	68
bb)	Kontrolliertes Notstandsrecht	68
cc)	Sicherungen gegen einen „Staatsstreich von oben“	69
dd)	Weiterer Vorfeldschutz	70
ee)	Zwischenergebnis	71
4.	Begriffsvorprägung in der präföderalen Verfassungsgenese	73
a)	Erste Stufe: Carlo Schmid und Württemberg-Baden – Geist und Prinzipien der Verfassung	73
b)	Zweite Stufe: Walter Jellinek, Hessen und Bayern – Grundrechte und Staatsprinzipien	74
c)	Dritte Stufe: Adolf Süsterhenn und Rheinland-Pfalz: Verweis auf Verfassungsgrundnormen	76
d)	Regionale Besonderheiten	77
5.	Begriffsprägung in den Grundgesetzberatungen und ersten Interpretationen . .	78
a)	Verfassungskonvent	78
b)	Parlamentarischer Rat	79
c)	Fazit und unmittelbare Nachwirkung	81
II.	Definition(en) durch das Bundesverfassungsgericht	82
1.	Auslegungsgrundlagen	82
2.	Negativabgrenzung: Gewalt- und Willkürherrschaft	85
3.	Elemente-Enumeration	89
a)	Regelung im Verfassungsschutzstrafrecht (später § 92 StGB)	89
b)	Entkopplung der strafrechtlichen „Verfassungsgrundsätze“	91
c)	Autonome Definition der FDGO durch das BVerfG	92
d)	Rezeption	95
4.	Komponententrias: Menschenwürde, Rechtsstaat, Demokratie	96
III.	Kritik und alternative Konzepte in der Literatur	98
1.	Vereinheitlichungs-, Toleranz- und Schutzbereichsansätze	99
a)	Enger bzw. eingeschränkter Vereinheitlichungsansatz	99
b)	Theorie eines Toleranzbereichs und Schutzbereichs der FDGO	100
c)	Ansatz eines Verfassungsprinzips der „Wehrhaften Demokratie“	102
2.	Kritisches rechtswissenschaftliches Schrifttum im Übrigen	103
a)	Tradierte und vom BVerfG aufgegriffene Kritik	103
b)	Rechtssicherheit und Missbrauchsgefahr	104
c)	Weitere alternative Definitionsansätze	108
3.	Zwischenergebnis	111

C. Funktionsanforderungen	113
I. Menschenwürde und Subjektivismus	113
II. Pluralismus	115
1. Weltanschauungspluralismus	116
a) Neutralitätspflicht	116
b) Rolle der FDGO	117
2. Gemeinwohlpluralismus, Spielregeln und Grundwerte	119
a) Pluralistisches Gemeinwohl	119
b) Prozedurales Gemeinwohl	121
aa) Verbindlichkeit	121
bb) Grundwerte	121
cc) Spielregeln	123
3. Pluralistische Verfassungs- und Rechts hermeneutik	124
III. Fortschrittsfunktion	126
IV. Friedensfunktion	128
1. Anspruch an die FDGO im Hinblick auf Friedlichkeit	128
a) Bedeutung und Begriff der Friedlichkeit	128
aa) Abgrenzung und Kontext	129
bb) Historische Entwicklung des Friedensbegriffs	130
cc) Definition des Friedens	131
b) Friedensschaffung	133
aa) Frieden als Staatsgrund	133
bb) Wirkungsweisen und Mittel der Friedensschaffung im Gemeinwesen allgemein	134
c) Erwartungssicherheit und prohibitive Sicherheit	137
aa) Erwartungssicherheit	137
bb) Prohibitiv-präventive Sicherheit und Gefahrenbekämpfung	137
cc) Vereinbarkeit von Sicherheit und Freiheit	139
d) Rechtsstaatlichkeit und Demokratie als Modi der Friedensschaffung und -sicherung	140
aa) Verhältnis von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie in Bezug auf die Friedensschaffung	140
bb) Friedensfunktion der Rechtsstaatlichkeit	141
cc) Friedensfunktion der Demokratie	144
2. Integrationsfunktion	145
a) Notwendigkeit der Integration	145
b) Irrweg der materiellen Homogenität	147

c) Rational-emotionale Integrationswege	149
d) Mittel der Integration	151
e) Bedeutung der FDGO im Hinblick auf die Integration	154
3. Widerstandsrecht	157
D. Kontext	161
I. FDGO und deutsche Verfassungsordnung im überstaatlichen Rechtskontext	161
1. Allgemeines Völkerrecht	161
2. Europäische Menschenrechtskonvention	162
3. Unionsrecht	163
II. Verhältnis zwischen der bestehenden Verfassungsordnung und der FDGO	166
1. Verständnis der FDGO in der bestehenden Verfassungsordnung	166
a) Attributiv-prädikative Lösung	166
b) Trans- und praeter-konstitutionelle Perspektive	168
aa) Trans- und praeter-konstitutionelles Konstrukt	168
bb) Ausgangspunkte der Fundierung	169
cc) Begründungsansätze	169
dd) Lösung durch vernunftrechtliche Begründung	173
ee) Zwischenergebnis: Abstraktion und Konkretheit der FDGO	174
c) Folgerungen für die Verwendung im Schutz der Verfassung	175
2. Umfang der FDGO und fundamentale Verfassungsprinzipien des GG	176
a) Ablehnung der „(eingeschränkten) Einheitstheorie“	176
b) FDGO und fundamentale Staatsorganisationsprinzipien des GG	178
aa) Regierungssystem	178
bb) Republik und Bundesstaat	179
c) Namentlich: (Soziale) Gerechtigkeit und Sozialstaat	179
aa) Vorfeldschutz und Menschenwürde: Kernbereich	179
bb) Staatszielbestimmung: Optimierungsbereich	180
cc) Zwischenergebnis	182
3. Verhältnis zum Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung	182
a) Verwendungen des Begriffs der verfassungsmäßigen Ordnung im Grundgesetz	182
b) Verhältnis von Art. 9 II Var. 2 GG zu Art. 21 II–IV GG	183
aa) Schutz des Bestands	183
bb) Weiterer Inhalt der verfassungsmäßigen Ordnung im Verhältnis zur FDGO	184
cc) Sonstige Merkmale und Dimensionen von Art. 9 II GG	185

4. Folgerung: freiheitlich demokratische Grund- und Verfassungsordnung	185
III. Streitbare und wehrhafte Demokratie	187
1. Streitbare Demokratie	188
a) Ausformung	188
b) Diskussion und Kritik	192
c) Fortentwicklung	193
2. Wehrhafte Demokratie und Verfassungstreue	195
a) Ausformungen	195
b) Herleitung und Begründung	196
c) Kritik und Stellungnahme	198
3. Folgerung und Fazit: Streitbare Demokratie und FDGO	201
a) Unhaltbarkeit der extensiven Einheitstheorie	201
b) Replik gegen die generelle Ablehnung	204
c) Weitere Kritik	206
d) Zusammenfassung	209
IV. Verhältnis der FDGO zu weiteren Verfassungsgütern	210
1. Bestand und Sicherheit bzw. „Sicherung“	210
a) Dichotomie von FDGO und Bestand und Skalierbarkeit der FDGO	210
b) FDGO und Sicherheit	214
2. Friedlichkeit	216
3. Europäische Integration	218
E. Konstruktion	220
I. Die FDGO in einer Theorie der Verfassungsgrundsätze in Art. 79 III GG	220
1. Herleitung	220
a) Prinzipieller und normativer Verweisansatz und (national-)identitäre Theorie	220
aa) Überblick	221
bb) Allgemeine Rechtsprechung des BVerfG	222
cc) Prinzipieller und normativer Verweisungsansatz der Literatur	223
dd) National-identitäre Theorie der jüngeren BVerfG-Rechtsprechung ...	224
ee) Fortentwicklungen einer Verfassungsidentität im weiteren Sinn	226
b) Ansatz einer Grundsatztheorie der FDGO	228
aa) Gehalt des Grundsatzes	228
bb) Identifizierung von Grundsätzen der FDGO	230
cc) Die Prinzipientheorie und ihre Fortentwicklung	231
dd) Konflikt und Konkordanz der Grundsätze	233

2. Grundsatzkern der Komponenten der FDGO	235
a) Demokratiekern	237
b) Rechtsstaatskern	238
c) Menschenwürdekern	239
3. Prinzipienwirkung und Optimierung	240
a) Grundlagen	240
b) Einzelne Prinzipienbereiche	241
aa) Demokratiekomponente	241
bb) Rechtsstaatskomponente	241
cc) Menschenwürde als Komponente	242
c) Folgerungen	242
4. Das Berühren der Grundsätze i. S. v. Art. 79 III GG	242
a) Vorhandene Theorieansätze	242
aa) Immunisierungstheorie	242
bb) Identitätstheorie	244
cc) Zerfallstheorie	245
b) Auslegung von Art. 79 III GG	245
c) Berühren aus Sicht des Grundsatzmodells	247
aa) Missachtung	247
bb) Zeitliche Gesamt- und Perspektivenbetrachtung	248
cc) Kompensation und Revisibilität	249
d) Reflexion: Tauglichkeit der Auslegung	249
aa) Systematische Konsistenz und Anwendbarkeit	249
bb) Fortschrittlichkeit, Versteinerungsgefahr und Plausibilität bisheriger Ju- dikatur	250
II. Wirkung der FDGO und ihrer Grundsätze für die Verfassungsintegrität	251
1. FDGO als Kern der Verfassungsordnung	251
a) Das kohärente System des Schutzes der FDGO im Grundgesetz	251
b) Allgemeingültigkeit und -anwendbarkeit des Grundsatzmodells der FDGO	253
c) Reichweite und Geltungsdurchsetzung der FDGO in der freiheitlich demo- kratischen Verfassungsordnung	254
2. Wirkung für die (normative) Verfassung und ihre Änderungsmöglichkeiten ..	255
a) FDGO und ursprünglicher Verfassungsgeber	255
b) Geltung von Art. 79 III GG für Verfassungsänderungen	255
aa) Fiktion der Volkswillensouveränität	255
bb) Ablehnung	256
cc) Folgerungen	258
c) FDGO und neue Verfassungsschöpfung bzw. -ablösung	258

aa) Volkswillenssouveränität	259
bb) Formelle Mindestfunktion	260
cc) Diskussion um die Schranke des Art. 79 III GG	261
dd) Widersprüche und Probleme	261
ee) Konsistenter Lösungsansatz durch die FDGO	263
ff) Fazit	264
III. Konkrete Ausgestaltung der verfassungsrechtlichen Mechanismen des Grundsatz- schutzes der FDGO	265
1. Regelungen der Schutzmechanismen	265
a) Verfassungsänderungsgesetze, Art. 79 III GG	266
b) Polizei- und Militäreinsatz zum Schutz der FDGO, Art. 11 II, 87a IV, 91 I GG	266
c) Verwirkung und Parteisanctionen, Art. 18, 21 GG	268
aa) Finalität	268
bb) Modalität	269
cc) Potentialität	271
d) Materieller und organisatorischer Verfassungsschutz, Art. 10 II 2, 73 I Nr. 10 b), 87a I 2 GG	272
2. Fazit	272
a) Finale Relevanz des Angriffs auf die FDGO	272
b) Verletzung der FDGO (nur) im Verlauf des Verfassungsangriffs	273
c) Fehlende Relevanz für die FDGO und konkrete Verfassungsintegrität	274
d) Überdeckungen und Konkurrenzen offen gewaltsamer Übergriffe und ihrer Vorbereitung	276
e) Bezug des Widerstandsrechts	276
F. Ausprägung von Schutz und Abwehr	277
I. Doppelte Schutzwirkung der FDGO im politischen Vorfeld	277
1. Rolle der Verwirkung nach Art. 18 GG	279
a) Unmittelbare Funktionsweise	279
b) Weitere Rolle in der Rechtsordnung	280
2. Schutz des Bestehens und der politischen Aktivitäten von Parteien	281
a) Überblick	281
b) Konkrete Reichweite des Parteienprivilegs gegenüber dem allgemeinen Abwehr- und Strafrecht	284
c) Neuregelung des Art. 21 III GG	286
3. Weitere doppelter und einseitiger Schutz der FDGO vor „Rettungseingriffen“	288
4. Verfassungstreue als Teil der wehrhaften Demokratie des öffentlichen Dienstes	289

II. Einwirkung der freiheitlich demokratischen Verfassungsordnung in das Gemeinwesen	292
1. Allgemeine Schutz- und Treuepflichten gegenüber der Verfassung	292
2. Weiterer Schutz der freiheitlich demokratischen Verfassungsordnung	293
G. Ergebnisse und Schluss: Konstruktion der FDGO als Verfassungskern des Gemeinwesens.	295
I. Zusammenfassung des Untersuchungsgangs	295
1. Hintergrund und Fragestellung	295
2. Fundus	296
3. Funktionale Rückbindung	299
4. Kontext	300
5. Konstruktion und Ausprägung	303
II. Schlussfolgerungen: Reflexionen und Ausblicke	307
1. Methodische Reflexion: die konkrete Konstruktion der FDGO	308
2. Inhaltliche Reflexion: erreichte Absicherungen, Resilienz und Vulnerabilität	314
3. Rechtspolitische Reflexion: Bewertung gegenüber den Eingangskontroversen über die FDGO	320
4. Rechtswissenschaftlicher Ausblick: Wirkungen für das einfache (Straf-)Recht	324
III. Annex: Mögliche Prüfungsschemata	326
1. Betroffenheit der FDGO	326
2. Prüfungsschema Art. 79 III GG	328
3. Prüfungsschema für Eingriffsbefugnisse	328
Literaturverzeichnis	329
I. Quellen	329
II. Abgekürzte Literatur	330
III. Weitere Literatur	332
Stichwort- und Personenverzeichnis	370