

StGB eine Sperrfrist verhängt hat, die noch nicht abgelaufen ist. Die Sperrfrist dient der Abwehr unnötiger Überprüfungsanträge durch den Betroffenen. Sie soll jedoch nicht gebotene Überprüfungen von Amts wegen durch die Strafvollstreckungskammer ausschließen. Auch in diesen Fällen kann der Verteidiger gemäß §§ 458 Abs. 1, 463 Abs. 1 StPO Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Maßregel der Besserung und Sicherung erheben und auf diesem Weg im ersten Schritt die Staatsanwaltschaft und – wenn diese der Einwendung nicht abhilft – anschließend das Gericht zur Überprüfung der Vollstreckung der Sicherungsverwahrung veranlassen.

In *inhaltlicher* Hinsicht sind die Parallelfälle gleichfalls entsprechend dem Fall *M.* zu beurteilen. Im Falle der endgültigen Feststellung eines Konventionsverstößes durch die Fortdauer der Sicherungsverwahrung im Fall *M.* ist aus Art. 7 EMRK in der Auslegung durch das Urteil des *EGMR* abzuleiten, dass insoweit eine abweichende gesetzliche Bestimmung im Sinne des § 2 Abs. 6 StGB gegeben ist. Für die Parallelfälle ist daher ebenfalls nicht die in § 2 Abs. 6 StGB als Grundsatz angeordnete zeitliche Geltung für Maßregeln der Besserung und Sicherung zum Zeitpunkt der Entscheidung maßgeblich. Vielmehr findet entsprechend den Anforderungen der EMRK in der Auslegung durch den *EGMR* die zum Zeitpunkt der Tat und der Verurteilung geltende Rechtslage mit einer Höchstfrist von zehn Jahren für die Sicherungsverwahrung Anwendung. Mit Blick auf die Feststellung einer Verletzung von Art. 5 EMRK erlaubt es eine konventionskonforme Auslegung des § 67d Abs. 4 StGB, einen der EMRK entsprechenden Zustand herzustellen, indem anzunehmen ist, dass mit dem Wegfall eines Haftgrundes (also mit Ablauf der zum Zeitpunkt der Verurteilung geltenden Höchstfrist von 10 Jahren) die Höchstfrist für die Sicherungsverwahrung aufgrund der Entscheidung des *EGMR* i. V. mit den Konventionsgarantien als abgelaufen i. S. des § 67d Abs. 4 StGB anzusehen ist.

IV. Schluss

Die Bindungswirkung des Urteils des *EGMR* vom 17. 12. 2009 erstreckt sich zunächst unmittelbar nur auf den Fall des Beschwerdeführers *M.* Sie umfasst das Gebot, dass eine festgestellte Konventionsverletzung zu beenden ist. Liegt die Konventionsverletzung in der Vollstreckung der Sicherungsverwahrung, darf diese nicht fortgeführt werden. Darüber hinaus trifft Deutschland auch für Parallelfälle die Verpflichtung, eine noch andauernde Konventionsverletzung zu beenden. Daher folgt auch für diese Fälle aus dem Urteil, dass die Vollstreckung der Sicherungsverwahrung nicht mehr fortgeführt werden darf. Deutsche Behörden und Gerichte haben nach der Rechtsprechung des *BVerfG* im Fall der Feststellung eines Konventionsverstößes die Entscheidung des *EGMR* zu berücksichtigen.

Für die Beendigung der Freiheitsentziehung bedarf es keiner vorderhand gesetzlichen Regelung. Die geltenden einschlägigen Bestimmungen des StGB sind einer konventionskonformen Auslegung zugänglich. Den Gerichten ist es im Rahmen einer methodisch vertretbaren Auslegung der bestehenden Rechtslage möglich, einen als konventionswidrig erkannten Rechtszustand zu beenden.

Ungeachtet dessen ist es zu begrüßen, dass die Bundesministerin der Justiz am 9. 6. 2010 eine Neuordnung der Sicherungsverwahrung vorstellte, die neben der Änderung bei der primären Sicherungsverwahrung einen Ausbau der vorbehaltenen und die Beschränkung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bringen soll. Künftig soll eine Sicherungsverwahrung demnach nur in schweren Fällen und bei Sexual- und Gewalttättern verfügt werden können. Im Einklang mit dem Urteil des *EGMR* im Fall *M.* kann eine solche Neuordnung aber nur für „Neufälle“, nicht aber für den Fall *M.* und die genannten Parallelfälle gelten.⁹³

⁹³ Vgl. FAZ v. 10. 6. 2010, S. 4.

Dr. Ulrich Jan Schröder, Münster*

Wovon der Staat lebt

Verfassungsvoraussetzungen vom Vormärz bis zum Grundgesetz

Das Verfassungsrecht ragt nicht über sich selbst hinaus. Verfassungsvoraussetzungen stehen unter dem Schutz der Freiheitsrechte, können aber nicht erzwungen werden. Diese Unvollkommenheit des Staates, in der sich beispielhaft die Bedingtheit des Rechts schlechthin zeigt, kann als Aporie, Paradoxon, fruchtbares Spannungsverhältnis oder unauflösbare Grenzlinie zwischen Staat und Gesellschaft gedeutet werden. Die Geschichte dieses Gedankens belegt: Auch das Nachdenken über die Voraussetzungen von Staat und Verfassung kommt nicht an sein Ende.

I. Außerrechtliche Bedingtheit

Der Staat und seine Verfassung können die Voraussetzungen ihrer eigenen Existenz nicht garantieren. Diese Wahrheit, die wir heute fast reflexhaft als die Kernaussage des sogenannten Böckenförde-Diktums erkennen, verweist auf die außerrechtliche Bedingtheit von Staat und Recht. Die Abhängigkeit des Rechts überhaupt von außerrechtlichen Bedingungen ist seit jeher bekannt und bis heute nicht zufriedenstellend verarbeitet. Drei Fragen mögen diesen Befund veranschaulichen: Steht die Geltung von Recht in einem Rückkoppelungsverhältnis mit dessen Akzeptanz von Seiten der Rechtsunterworfenen?¹ Inwieweit lässt sich das Vorver-

* Der Autor ist Akademischer Rat am Institut für öffentliches Wirtschaftsrecht der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

¹ Zu verschiedenen Geltungsbegriffen siehe Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 2002, S. 139 ff.

ständnis des Rechtsanwenders so disziplinieren, dass das angewandte Recht nicht nur von dem je verschiedenen Vorverständnis abhängt² Wodurch wird aus papierem Recht angewandtes Recht³ Die Suche nach den außer- und vorrechtlichen Voraussetzungen des Staates impliziert diese in ihrer ewigen Wiederkehr fast schon aporetischen Fragen, spitzt aber auch die umfassenden rechtsmethodischen bzw. rechtsphilosophischen Problemstellungen auf das Verhältnis zwischen Staat und Bürgern zu. Damit ist nicht viel gewonnen, denn diese Verhältnisbestimmung gründet ihrerseits auf abstrakten Größen und unbekanntem Variablen. Aber der Staat ist eine Konstruktion, deren lebensweltliche Wirkungen jeden angehen. In der Konsequenz dieser Konkretisierung richtet sich das Augenmerk nicht auf die Akzeptanz durch beliebige jeweils Rechtsunterworfenen, sondern durch die Gesellschaft; es geht um das Vorverständnis gerade des Staates und seines Verhältnisses zum Recht, und das Papier, dessen Welthaltigkeit und Wirkungsmächtigkeit hinterfragt wird, ist Träger der Gründungsdokumente von Staaten.

Im Umgang mit wirklichen oder vermeintlichen Aporien vermag der Blick auf vorhergehende Beschreibungsangebote und deren historische Kontexte weiterzuhelfen. Im Folgenden sollen verschiedene Aussagen zu der Angewiesenheit des Staates auf Bedingungen, die sich seinem Zugriff entziehen, in ihrem jeweiligen Kontext dargestellt werden. Es zeigt sich, dass der Gedanke im Laufe der Zeit mit durchaus unterschiedlicher Stoßrichtung artikuliert wurde. Er wurde als konservativer Abwehrreflex gegenüber Konstitutionalisierungsprozessen in Anschlag gebracht (II.), mit einem schwungvollen Appell an patriotische Gefühle und zivilgesellschaftliches Engagement verbunden (III.) oder als Baustein einer Methodenlehre der Verfassungsauslegung herangezogen (IV.). Die Gefährdetheit des freiheitlichen Rechtsstaats, der eine riskante Ordnung darstellt,⁴ ist die Schattenseite dieser Angewiesenheit. Zur Stützung des Staates wurde der Topos seiner außerrechtlichen Bedingtheit auch schon für den Gemeinschaftsbezug der Freiheitsrechte fruchtbar gemacht (V.). *Böckenförde* wirft die Frage nach den inneren Bindungskräften des Staates auf (VI.). Aus der Zusammenschau ergibt sich zwar keine präzise Antwort auf die Frage, was der Staat voraussetzt, aber eine gesunde Skepsis gegenüber einer zu schnellen Vorfestlegung (VII.).

II. Die preußische Verfassungsfrage

Wozu eine Verfassung, wenn alle dieselben Werte und Überzeugungen teilen und ihr Handeln danach ausrichten? Die Verfassung eines solchen Gemeinwesens ist in der Moral seiner Glieder niedergelegt, sie verwirklicht sich „in der Tat“ und wird durch übereinstimmende Ansichten aufrechterhalten. *Joseph von Eichendorff* schrieb mit einer vergleichbaren Argumentation gegen das Ansinnen an, Preußen bedürfe einer geschriebenen Verfassung.

„[W]enn die Verfassung die wechselseitigen Interessen des Staates garantiert, wo ist denn nun die Garantie für die Verfassung selbst, ohne welche diese wiederum Null ist? Das Papier tut es nicht (das haben wir erst neuerlich in Brasilien gesehen). Nicht auf dem toten Buchstaben beruht ja überall die Kraft und Heiligkeit des Vertrages, sondern einzig und allein auf der Treue, auf dem, eben nicht zu versiegelnden Willen, ihn zu erfüllen.“⁵

Die beiden Schriften, in denen sich diese Aussage findet, datieren aus dem Jahr 1831⁶ und waren für eine historisch-politische Zeitschrift bestimmt, die im selben Jahr mit Unterstützung des preußischen Außenministeriums in Berlin gegründet worden war⁷. Einerseits argumentiert *Eichendorff* mit der Geläufigkeit von Verfassungsbrüchen und deutet das Beispiel des brasilianischen Kaisers Pedro I. an, der gegen die liberale Verfassung von 1824 verstieß und 1831 abdankte.⁸ Andererseits betont er die vorverfassungsrechtlichen Bindungskräfte eines Gemeinwesens. Resümierend hält *Eichendorff* fest:

„Keine Verfassung, als geschriebener Vertrag, garantiert sich selbst, ihre Garantie beruht lediglich auf dem moralischen Volksgefühl von ihrer inneren Notwendigkeit, welches sich aber wiederum nur da erzeugen kann, wo die Verfassung auf die vorgedachte organische Weise wirklich ins Leben getreten ist.“⁹

Die *Eichendorffs* Auffassung wurde als romantisch charakterisiert. Die organische Bildung von Recht aus dem Volk heraus entspricht dem romantischen Weltgefühl und Programm. Die Setzung von Recht konnte als Störung des natürlich gewachsenen Volksrechts verstanden werden. Nur diejenige Verfassung, die Ausdruck der Individualität eines bestimmten Volkes ist, indem sie organisch emporwächst, hält mit den von ihr nicht zu garantierenden eigenen Voraussetzungen nahezu Schritt. Die einfachste und kräftigste Garantie für den Bestand der Institutionen und Rechte sei aber „das historische Ineinanderleben von König und Volk zu einem untrennbaren nationalen Ganzen“¹⁰. Tatsächlich enthielt sich der König im „Gesetzesstaat“ Preußen zwischen 1815 und 1840 seiner unbeschränkten Gesetzgebungshoheit und zog den Staatsrat zur Beratung über die Gesetzesvorhaben heran, ohne sich je über dessen Votum hinwegzusetzen.¹¹ Darüber hinaus sicherte *Eichendorff* zufolge die besondere Ausgestaltung des preußischen Beamtenwesens die Verbundenheit von Verwaltung und Volk. Die Zugänglichkeit der Ämter für alle dazu Befähigten, die kollegialische Entscheidung der Behörden sowie die Unabsetzbarkeit der Beamten würden sicherstellen, dass die Beamtenschaft zum Wohl des Volkes entscheidet und dessen Repräsentation bildet.¹²

Eichendorff verteidigt die preußische Staatsführung in seiner Schrift gegen den Vorwurf, mit ihrer Weigerung, dem Land eine Verfassung zu geben, die Zeichen der Zeit zu verkennen. Er führt eine Vielzahl neuerer Regelungen aus dem Bereich der inneren Gesetzgebung Preußens und der Verwaltungsorganisation an, vom Gesetz über den erleichterten Besitz und freien Gebrauch des Grundeigentums aus dem Jahr 1807 über die Preußische Städte-Ordnung vom November 1808, die Gesinde-Ordnung des November 1810 bis zur Trennung der richterlichen Gewalt von der Verwal-

⁵ v. *Eichendorff*, Preußen und die Verfassungsfrage, in: Werke in sechs Bänden, hrsgg. von *Frühwald/Schillbach/Schultz*, Bd. 5, Adel und Revolution – Autobiographische Dichtungen, Historische und politische Schriften, hrsgg. von *Schultz*, 1993, S. 599 (608); wortgleich findet sich die Aussage in dem Beitrag „Preußen und die Konstitutionen“, S. 611 (642).

⁶ Zu der Datierung siehe den Kommentar in v. *Eichendorff* (Fn. 5), S. 1149.

⁷ Kommentar in: v. *Eichendorff* (Fn. 5), S. 1142.

⁸ Kommentar in: v. *Eichendorff* (Fn. 5), S. 1151.

⁹ v. *Eichendorff* (Fn. 5), S. 609f. Im Wortlaut ähnlich, aber nicht identisch in dem Beitrag „Preußen und die Konstitutionen“, a. a. O. S. 644. Siehe auch die Deutung *P. Kirchhofs*, in: *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, Bd. 39, 2005, S. 105 (108).

¹⁰ v. *Eichendorff* (Fn. 5), S. 648.

¹¹ *E. R. Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 2, 1960, S. 16.

¹² v. *Eichendorff* (Fn. 5), S. 645 – 648.

² Zum Vorverständnis *Rüthers*, *Rechtstheorie*, 4. Aufl., 2008, Rdn. 607f. Grundlegend *Esser*, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972.

³ Dazu jüngst *I. Augsberg*, *Die Lesbarkeit des Rechts*, 2009.

⁴ Vgl. *H. Dreier* *Rechtswissenschaft* 2010, 11 ff.

tung. Der Forderung nach einer verfassungsrechtlichen Garantie der damit errichteten Institutionen und Rechte hält *Eichendorff* entgegen, die lebendige, progressive Bewegung der Gesetzgebung würde durch eine behelfsmäßige und künstliche Konstruktion, wie es eine Konstitution sei, aufgehoben werden.¹³ Die von ihm als Referenzen angeführten Gesetzgebungsakte können allerdings nicht unbedingt als Paradebeispiele einer organischen Rechtssetzung herhalten. Die napoleonische Besetzung Preußens gehörte zu den entscheidenden Rahmenbedingungen der Reformnovellen, die nicht unterschlagen werden dürfen. Der preußische Gesetzgeber zielte unter anderem auch auf eine Stärkung nach innen, um sich gegen den äußeren Feind, der auf preußischem Boden stand, zu ertüchtigen.¹⁴ Die Ära der Reformen in Preußen war mit *Wilhelm von Humboldts* Entlassung als Minister für ständische Angelegenheiten im Jahr 1819 an ihr Ende gelangt.¹⁵ Die Argumente *Eichendorffs* überzeugen auch in ihrer Verallgemeinerung nicht restlos. Das Gesetzesrecht ist – wie gerade die preußische Gesetzgebung zeigt – nicht stets organisch gewachsen, sondern Produkt taktischer oder strategischer Entscheidungen, bisweilen sogar Ausdruck eines Gesetzgebungsaktionismus. Je organisierter das Verfahren der Rechtssetzung ist, desto weniger kann es als organisch gewachsen gelten. *Eichendorff* argumentiert denn auch weniger damit, dass es nicht dem Wesen einer Verfassung entspräche, die geforderten Garantien zu geben, als mit dem Hinweis darauf, dass es nicht notwendig sei, die Garantien gerade dem Verfassungsrecht einzuschreiben.

III. Das Humankapital der Verfassung

Im Jahr 1922 wies *Gerhard Anschütz* auf die „Verhältnisse“ hin, „die keine Verfassung schaffen kann, die vielmehr jede Verfassung, vollends die eines demokratischen Staates, voraussetzen muß“¹⁶. Es bedarf eines Vorrats an nachwachsenden Staatsmännern; nötig ist „letzten Endes ein ganzes Volk, das politisch denkt und fühlt“¹⁷.

„Eine gute Verfassung ist nur eine von den Vorbedingungen, die ein Staatswesen braucht, um leben und blühen zu können. Was wir brauchen, sind nicht sowohl gute Verfassungseinrichtungen als die richtigen Persönlichkeiten, welche diese Einrichtungen verkörpern und lebendig machen.“¹⁸

Die Bürger sollen die drei Tugenden der Opferfreudigkeit, des staatsbürgerlichen Verantwortlichkeitsgefühls und vornehmlich der Vaterlandsliebe verinnerlichen.¹⁹

Anschütz verteidigt die Weimarer Reichsverfassung und die Demokratie vor dem Vorwurf der Schwäche.²⁰ Es komme auf die Bürger an, was aus der Demokratie wird. Die Leitgedanken der Verfassung seien gut, weil sie die politischen Anschauungen der Mehrheit des Volkes widerspiegeln.²¹ Als drei Leitgedanken der Weimarer Reichsverfassung,

die besonders durch den „Abstand“ zur Bismarckschen Verfassung hervorzuheben sind, nennt *Anschütz* die Staatlichkeit des Reiches, den Unitarismus (statt des Föderalismus) sowie die demokratische, republikanische Staatsform. Besonders Unitarismus und Demokratieprinzip zehren von verfassungsrechtlich nicht zu garantierenden Voraussetzungen.

Die Idee des nationalen Einheitsstaates, die Zielperspektive des Unitarismus, hängt nach *Anschützens* Bekunden nicht nur von den äußeren Umständen, sondern in erster Linie von der Einstellung der Bürger ab: „Was uns den Einheitsstaat bringen wird, das ist nicht der Befehl des Gesetzgebers, sondern der Wandel der Gesinnungen.“²² Den Weg zum Einheitsstaat stellt sich *Anschütz* als eine Verfassungswandlung im Sinne *Georg Jellineks*²³ („eine sacht vorrückende Verschiebung der Gesinnungen der Menschen und in Verbindung damit, der politischen Dynamik“), nicht als eine Verfassungsänderung („d. h. der Umformung des formalen Staatsrechts durch einen Beschluß des Gesetzgebers“) vor.²⁴ Die Verfassungswandlung oder, moderner gesprochen, der Verfassungswandel ist ein Prozess der Änderung des Bedeutungsgehalts des Verfassungstextes ohne Änderung des Wortlauts durch den verfassungsändernden Gesetzgeber. Geänderte Wertvorstellungen wirken auf das Verständnis der Begrifflichkeiten der Verfassung ein. Nach *Anschütz* liegt es nicht alleine in der Hand der Bürger, es bedarf darüber hinaus der politischen Dynamik, um den Prozess eines legitimen Verfassungswandels in Bewegung zu setzen. Noch der unitarische Bundesstaat der Bundesrepublik Deutschland wurde von *Konrad Hesse* der Sache nach im Wesentlichen als ein Produkt des Verfassungswandels erachtet.²⁵

Anschütz sieht in der Einheit von Staat und Volk den Kern des demokratischen Staatsprinzips: „Der Staat ist keine jenseits von uns stehende Anstalt, sondern wir selbst, die Genossenschaft des ganzen Volkes, sind der Staat; der Staat, das sind wir.“²⁶ Die Pointe, in die seine Ausführungen münden, ist die Umformulierung des absolutistischen „L’Etat, c’est moi“. Das Volk ist nicht legibus absolutus wie der absolutistische Fürst. Aber die Staatsgewalt ist Volkswille, sagt *Anschütz*.²⁷ Zwar seien alle Staatsbürger der Staatsmacht unterworfen, aber eben auch an ihr beteiligt. In der Verantwortlichkeit aller für den Staat lägen Wesen, Wert und Ethos der Demokratie.²⁸ *Anschütz* hat diese Rede anlässlich der Jahresfeier der Universität Heidelberg am 22. 11. 1922 gehalten. Die Sätze geraten ihm bisweilen zu Beschwörungsformeln, so dass der undemokratische Geist, den man den Weimarer Verhältnissen so monoton nachruft, als unsichtbarer Widerpart tatsächlich spürbar wird. Wie einige Jahre später *Leibholz* (siehe V.) ist für *Anschütz* nicht die individuelle Freiheit zur Verfolgung des je eigenen Glücks das ethische Substrat der Demokratie – angesichts der Präambel der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika keine ganz fernliegende Verankerung bürgerlichen Engagements im Gemeinwesen –, sondern die politische Freiheit im Dienste am Staat.

13 v. *Eichendorff* (Fn. 5), S. 644.

14 Zu dem Bündel an Motiven für die preußischen Reformen siehe *P. Nolte*, Reformen in Preußen, in: *Bahners/Roellecke* (Hrsg.), *Preußische Stile*, 2001, S. 52 (56 ff.), der einerseits ein Kalkül zur Mobilisierung der Bevölkerung am Werk sieht, andererseits aber auch, insbesondere in Bezug auf die Hardenbergschen Reformen, einen idealistischen Überschuss ausmacht.

15 *Huber* (Fn. 11), S. 15.

16 *Anschütz*, Die drei Leitgedanken der Weimarer Reichsverfassung, 1923, S. 33. Dazu *H. Dreier* *Rechtswissenschaft* 2010, 11 (30).

17 *Anschütz* (Fn. 16), S. 33.

18 *Anschütz* (Fn. 16), S. 32.

19 *Anschütz* (Fn. 16), S. 33. Kritisch *H. Dreier* *Rechtswissenschaft* 2010, 11 (30 f.).

20 *Anschütz* (Fn. 16), S. 28.

21 *Anschütz* (Fn. 16), S. 32.

22 *Anschütz* (Fn. 16), S. 19.

23 *Jellinek*, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, 1906. Vgl. auch *Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, S. 160 f.

24 *Anschütz* (Fn. 16), S. 20.

25 *Hesse*, *Der unitarische Bundesstaat*, 1962, S. 14 (unter anderem wirke „ein grundlegender Wandel im allgemeinen Bewußtsein“ auf den Unitarismus hin), S. 31 ff., insbesondere S. 34.

26 *Anschütz* (Fn. 16), S. 30, siehe auch S. 31.

27 *Anschütz* (Fn. 16), S. 31.

28 *Anschütz* (Fn. 16), S. 31.

IV. Integrationslehre und Verfassungsauslegung

Ebenfalls in der Weimarer Republik wird der Gedanke der außerrechtlichen Bedingungen des Verfassungsrechts in eine über das Recht ausgreifende Verfassungslehre und Verfassungsauslegungsmethode eingebettet. In seiner Schrift „Verfassung und Verfassungsrecht“ interpretiert *Rudolf Smend* im Jahr 1928 die Verfassung als die Rechtsordnung des Lebens, in dem der Staat seine Lebenswirklichkeit hat. Dies sei der Integrationsprozess. Der Sinn dieses Prozesses sei „die immer neue Herstellung der Lebenstotalität des Staates“.

„Der Staat lebt natürlich nicht nur von den in seiner Verfassung regelten Lebensmomenten; die Verfassung selbst muß zu ihrer Ergänzung, um überhaupt in politisches Leben umgesetzt zu werden, auf die Triebgrundlage dieses Lebens und die ganze sonstige Fülle sozialer Motivierungen rechnen. Aber auch die von ihr selbst regelten Lebensfunktionen des Staates kann sie nicht vollständig erfassen: auch diese kommen, wie alles politische Leben, aus der Totalität der Einzelpersönlichkeit und wirken in jedem Augenblick zu der überpersönlichen Totalität des Staates zusammen. Eine solche Lebensfülle kann von wenigen, noch dazu meist recht schematischen, auf immer neuen Rezeptionen aus dritter und vierter Hand beruhenden Verfassungsartikeln nicht voll erfasst und normiert, sondern nur angedeutet, und was ihre integrierende Kraft angeht, angeregt werden. Ob und wie aus ihnen der aufgebene Erfolg befriedigender Integration hervorgeht, hängt von der Auswirkung aller politischen Lebenskräfte des Volksganzen überhaupt ab.“²⁹

Der Integrationserfolg kann demnach auch eintreten, wenn das Verfassungsleben „in nicht genau verfassungsmäßigen Bahnen“ verläuft.³⁰

Im Anschluss an diese Analyse der Leistungsdefizite des Verfassungsrechts gibt *Smend* dem Gedanken der außerrechtlichen Bedingtheit des Verfassungsrechts eine methodische und rechtskonstruktive Wendung. Wenn die Verfassung die Bürger des Staates in den Staat als Lebenstotalität „integrieren“ soll, der Staat aber nicht nur „von den in seiner Verfassung regelten Lebensmomenten“ lebt, hat die Methode der Verfassungsauslegung diesem Befund durch „elastische, ergänzende, von aller sonstigen Rechtsauslegung weit abweichende Verfassungsauslegung“³¹ Rechnung zu tragen. Die Verfassung müsse dies nicht erlauben, es entspreche vielmehr dem immanenten und selbstverständlichen Sinn der formulierten Verfassung, diese elastisch auszulegen.³² *Manfred Friedrich* hat diese methodische Strategie so interpretiert, dass das Problem des Verfassungswandels aus der Soziologie wieder in das Verfassungsrecht zurückverlagert werde.³³ Durch die kategoriale Trennung von Staat und Verfassungsrecht kann *Smend* über die exakte Anwendung des Rechts hinweggehen, wenn dies der Lebenstotalität des Staates dient. Die Integration in den Staat ist der Verfassung aufgegeben. Das Verfassungsrecht kommt den Verhältnissen entgegen, die es nicht geregelt hat oder nicht zu regeln vermag. Mit dem Verständnis der sozialen Vorgänge als einer Integration, an der das Recht, aber auch die gesellschaftlichen Gegebenheiten Anteil haben, wird die Geltung des positiven Verfassungsrechts relativiert. Die „immer neue Herstellung der Lebenstotalität des Staates“³⁴ als Ziel der Integration schließt die Lücke.

²⁹ *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968, S. 119 (189f.). Den Hinweis verdanke ich *Christoph Görisch*.

³⁰ *Smend* (Fn. 29), S. 190; „vielfach angefeindete These“, so *M. Friedrich*, Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 1997, S. 357.

³¹ *Smend* (Fn. 29), S. 190.

³² *Smend* (Fn. 29), S. 190f.

³³ *Friedrich* (Fn. 30), S. 357.

³⁴ *Smend* (Fn. 29), S. 189.

Hermann Hellers wirklichkeitswissenschaftlicher Ansatz lässt grundsätzlich eine ähnliche Haltung wie diejenige *Smends* vermuten. In seiner Staatslehre heißt es:

„Jede politische Verfassung ist nur als normgeformtes Sein zu begreifen. Als politischer Seinszustand, als die konkrete Ordnung und Form, ist die Verfassung nur dadurch möglich, dass die Beteiligten ihr einmal erreichtes oder künftig neu zu gestaltendes In-Ordnung- und In-Form-Sein festhalten und neu oder anders aktualisieren.“³⁵

Die politische ist in *Hellers* Terminologie nicht die geschriebene Verfassung.³⁶ *Heller* zieht nicht die Konsequenz, die rechtliche Verfassung einer besonderen wirklichkeitswissenschaftlichen Auslegungsmethode zu unterziehen. Für ihn ist es gerade ein Kennzeichen der Verfassung, dass sie trotz der Dynamik veränderlicher Integrationsprozesse relativ statisch bleibt.³⁷ *Heller* zielt darauf, den Gegenstand der Staatslehre um die Wirklichkeit des Staates zu erweitern, die Staatsrechtslehre ist davon nicht unmittelbar betroffen.³⁸

V. Individuelle oder politische Freiheit?

„Jede echte Staatsform setzt einen festen Bestand von politisch-materiellen Werten voraus, durch die die staatliche Gemeinschaft glaubensmäßig legitimiert und inhaltlich zusammengehalten wird. Jede politische Staatsform wird hierdurch zugleich im Metaphysischen begründet.“

Gerhard Leibholz schrieb diese Sätze im März 1933 in der Abhandlung „Die Auflösung der liberalen Demokratie in Deutschland und das autoritäre Staatsbild“, der ein Vortrag aus dem November 1932 zugrunde liegt.³⁹ Er bezieht sich im Folgenden auf die metaphysischen Grundlagen gerade der Demokratie: „Insbesondere die moderne Demokratie ist religiös verwurzelt. Sie ist aus Calvinismus und Puritanismus, den großen Prinzipien der Religions- und Gewissensfreiheit und der inneren Vereinsamung des religiösen Menschen herausgewachsen“⁴⁰. Diese Ausführungen scheinen noch in eine Richtung zu deuten, die *Georg Jellinek* zur Erklärung des Ursprungs der Menschenrechte eingeschlagen hatte. Die Religionsfreiheit in den anglo-amerikanischen Kolonien bildete *Jellinek* zufolge den Nukleus der Menschenrechte. Die Gewissensfreiheit galt als ein von keiner irdischen Macht verliehenes Recht, das somit auch von keiner irdischen Macht beeinträchtigt werden durfte.⁴¹ Diese Haltung des „Independentismus“ wird von den amerikanischen Kolonisten auf den Bereich des Politischen übertragen. Jeder politische Verband resultiert aus einem aufgrund souveräner individueller Entscheidung ergehenden Vertragsschluss.⁴² *Leibholz* führt diese Überlegung weiter: Die materialen Werte der Demokratie, ihre metaphysischen Voraussetzungen, seien die „politischen Prinzipien der Freiheit und Gleichheit“.⁴³ Die individuelle Freiheit werde in der Demokratie nur als politische Freiheit gesichert, da „der letzten Endes aus den Individualwillen hervorgehende, souveräne Gemeinwille des Volkes ohne eine freie politisch-individuelle Willensbildung, die als Randsphäre auch ein bestimmtes Maß staatsbürgerlicher Freiheit voraussetzt, sich nicht konstruieren läßt“⁴⁴. *Leibholz* wendet

³⁵ *Heller*, Staatslehre, Leiden 1934, S. 250.

³⁶ *Heller* (Fn. 35), S. 249 in Anknüpfung an *Lassalle*.

³⁷ Siehe *Heller* (Fn. 35), S. 250.

³⁸ Vgl. *Friedrich* (Fn. 30), S. 327f.

³⁹ Den Hinweis auf den Text verdanke ich *Bernd Rütters*.

⁴⁰ *Leibholz*, Die Auflösung der liberalen Demokratie in Deutschland und das autoritäre Staatsbild, 1933, S. 9.

⁴¹ *Jellinek*, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 4. Aufl., 1927, S. 43 (1. Aufl. 1895).

⁴² *Jellinek* (Fn. 41), S. 43. Siehe auch noch *Leibholz* (Fn. 40), S. 23.

⁴³ *Leibholz* (Fn. 40), S. 10.

⁴⁴ *Leibholz* (Fn. 40), S. 11.

sich ausdrücklich gegen *Kelsen*, der „entsprechend seiner liberalistischen Grundhaltung gegenüber dem Begriff der Demokratie diese überhaupt auf den individuellen Freiheitswert zurückführt“⁴⁵. Die Verbindung von Demokratie und Liberalismus sei zwar eine historische Gegebenheit, aber keine Selbstverständlichkeit.⁴⁶

In einem weiteren Schritt unternimmt es *Leibholz*, gegen den Liberalismus als eine der Verfassung vorausliegende Voraussetzung zu argumentieren. Der Inhalt der Grundrechte habe sich gewandelt⁴⁷ und auch da, wo die Weimarer Reichsverfassung die liberalen Freiheitsrechte anerkannt habe, könnten diese nicht mehr „im Sinne des klassisch-bürgerlichen Liberalismus“ ausgelegt werden⁴⁸. Nach den anfänglichen Ausführungen bedarf es für eine konsistente Argumentation eines grundsätzlichen Kontrapunktes, der den Grundrechten im liberalen Verständnis einen politisch-materialen Wert, welcher die staatliche Gemeinschaft legitimiert und zusammenhält, entgegensetzt. Dieser findet sich im „Primat der nationalen Einheit“.⁴⁹ Die Aktualisierung der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte habe – so *Leibholz* – in den vergangenen Jahrzehnten zugenommen und bringe den politischen und sozialen Vorbehalt gegenüber den Freiheitsrechten zum Ausdruck. Der „nationale Affekt“ kompensiere die aufgrund des Liberalismus erfolgte Expansion der individuellen Freiheit⁵⁰ und damit, wie man ergänzen darf, die Erosion nationaler Einheit. Das Prinzip der Nation sei „staatschöpferisch“ und verdanke der „innerpolitischen“ Freiheit seine Entstehung.⁵¹ Die liberalen Freiheitsrechte seien zudem nicht diktaturfest.⁵² Hier klingt der Gedanke der wehrhaften Demokratie avant la lettre an. Die Freiheit sei dem Staate zugeordnet⁵³, es handele sich um politische Freiheit, nämlich Freiheit im Staat⁵⁴. Der Primat der nationalen Einheit wird damit nicht nur zum Bezugspunkt der Gesetzesvorbehalte und der Grundrechtsbeschränkungen, sondern zur Grundlage der durch die Demokratie garantierten Freiheit selbst.

In einer Art gedanklicher Pendelbewegung verbindet *Leibholz* kunstvoll die politische Freiheit, welche die Nation mitgebildet habe, die ihrerseits staatstragend ist, mit der Staatsform der Demokratie. Dieser liegen zunächst die politische Freiheit und Gleichheit als deren metaphysische Grundlagen voraus. Das erlaubt Einschränkungen der Freiheit im Namen der Demokratie, weil die eingeschränkte Freiheit schon vorverfassungsrechtlich unter dem Vorbehalt ihrer politischen Substanz und ihres Bezugs zur nationalen Einheit steht. Ein liberales Grundrechtsverständnis gehört nicht zu den politisch-materialen Werten, die *Leibholz* zu den Voraussetzungen der Weimarer Reichsverfassung rechnet. Damit kommt er zu einem Ergebnis, das der Pointe des Böckenförde-Diktums diametral entgegenseht.

VI. Die Voraussetzungen des freiheitlichen, säkularisierten Staates

Dieses Diktum, zuerst in Ebrach im Oktober 1964 vorgetragen und erstmals in den Ebracher Studien des Jahres 1967

erschienen, bildet den Schluss einer historischen Tour d’Horizon über „Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation“. Es lautet:

„So stellt sich die Frage nach den bindenden Kräften von neuem und in ihrem eigentlichen Kern: *Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann*. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist.“⁵⁵

Als freiheitlicher Staat bedürfe er der Selbstregulierung durch den Einzelnen und dessen Moralität, die der Staat, wenn er nicht die Freiheitlichkeit verlieren will, nicht durch Gebot und Zwang herstellen kann. *Ernst-Wolfgang Böckenförde* fragt nicht, ob der Staat als solcher, jedweder Staat in welcher Verfasstheit auch immer, von Voraussetzungen lebt, die er selbst nicht garantieren kann. Es geht ihm nicht um die Voraussetzungen der Staatlichkeit, sondern die Freiheitlichkeit, die der Staat gewährt, könne unter den Bedingungen der Säkularisation niemals alleine mit staatlichen Mitteln gewährleistet werden.⁵⁶ Die Gewährleistung von Seiten des Staates muss durch die Wahrnehmung der gewährleisteten Rechte in dem Sinne gegenseitiger Achtung unterfangen werden. Die Möglichkeit der Freiheit für alle Staatsbürger lebt von der Wirklichkeit verantwortungsvoller Freiheit. *Böckenförde* erachtet diese Grundlage alleine allem Anschein nach nicht für tragfähig. Um sich selbst zu garantieren, könne der Staat – und *Böckenförde* muss nach der inneren Logik seines Diktums noch immer den Staat als freiheitlichen meinen – die Glückserwartungen seiner Bürger zu erfüllen garantieren.⁵⁷ Aber die soziale Gestaltung kann in die Krise kommen, die Fundamente eines solchen Staates würden brüchig werden. Daher geht *Böckenförde* auf die (nicht vollumfänglich staatlich herstellbaren) Antriebe und Bindungskräfte zurück, die der Bürger aus seinem religiösen Glauben erfährt.⁵⁸ Wenn die Christen den Staat in seiner Weltlichkeit akzeptierten und es zu ihrer Aufgabe machten, ihn als Chance der Freiheit zu erhalten, könne der Staat leben.⁵⁹ *Böckenförde* ruft als Gewährsmann *Hegel* auf⁶⁰, der in der Encyclopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse 1830, ein Jahr vor *Eichendorffs* Anti-Konstitutionalismus-Aufsatz, schrieb: „Die Sittlichkeit des Staates und die religiöse Geistigkeit des Staates sind sich so die gegenseitigen festen Garantien.“⁶¹

Die christliche Religion ist in der teilweise atheistischen, aber auch pluralistisch-multikulturellen Gesellschaft heutiger Prägung kein selbstverständlich verfügbarer Vorrat sittlicher Verhaltensmuster mehr.⁶² Auch für die nicht-christlichen Religionen und Weltanschauungen müsste der Freiheitserhalt

⁵⁵ Hier und im Folgenden zitiert nach *E.-W. Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: *Recht, Staat, Freiheit*, 1. Aufl. 1991, S. 92 (112); erstmals in: *Säkularisation und Utopie*. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, 1967, S. 75 ff. Eine erweiterte Fassung des Aufsatzes findet sich in: *Böckenförde*, Der säkularisierte Staat, 2007, S. 43 ff.

⁵⁶ Später hat *Böckenförde* allerdings hervorgehoben, dass der Satz historisch-analytisch gemeint sei, nicht normativ und auch kein Postulat darstelle, siehe *ders.*, in: *Festschrift für Burkhard Reichert*, 2002, S. 19.

⁵⁷ *Böckenförde* (Fn. 55), S. 113.

⁵⁸ *Böckenförde* (Fn. 55), S. 113.

⁵⁹ Vgl. *Böckenförde* (Fn. 55), S. 113 f.

⁶⁰ *Böckenförde* (Fn. 55), S. 113 mit Fn. 50. Zur Bedeutung *Hegels* für die Ausführungen siehe auch *K. Lehmann*, in: *Festschrift für Burkhard Reichert*, 2002, S. 24 (26). Relativierend *Dirsch* *Zeitschrift für Politik* 2009, 123 (130 f., 140), der den Einfluss *C. Schmitts* betont. *Böckenfördes* Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Religion bei *Hegel* (1982) folgen in der Aufsatzsammlung *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, unmittelbar auf „Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation“.

⁶¹ *G. W. F. Hegel*, *Encyclopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse* (1830), in: *Hauptwerke in sechs Bänden*, Bd. 6, 1999, § 552 (S. 541).

⁶² Vgl. auch *H. Dreier* *Rechtswissenschaft* 2010, 11 (31 f.).

⁴⁵ *Leibholz* (Fn. 40), S. 11 in Fn. 11.

⁴⁶ *Leibholz* (Fn. 40), S. 21.

⁴⁷ *Leibholz* (Fn. 40), S. 24.

⁴⁸ *Leibholz* (Fn. 40), S. 25.

⁴⁹ Siehe *Leibholz* (Fn. 40), S. 26.

⁵⁰ *Leibholz* (Fn. 40), S. 39 f.

⁵¹ *Leibholz* (Fn. 40), S. 40.

⁵² *Leibholz* (Fn. 40), S. 26.

⁵³ *Leibholz* (Fn. 40) S. 26.

⁵⁴ *Leibholz* (Fn. 40), S. 11.

eine Aufgabe sein, damit religiöse Motivation dem Staat zuarbeiten kann. Wieso bedarf es des Rekurses auf die Religion überhaupt? Die Religion ist, wenn man *Hegel* folgt, die ursprüngliche Dimension der Sittlichkeit. Solange die Säkularisierung das Verhältnis von Staat und Kirche betraf, die Bürger aber weitgehend noch homogenen religiösen Überzeugungen anhängen, die auch der Landesfürst teilte, bedrohte die Säkularisierung als solche (wohl aber die Heftigkeit der Auseinandersetzungen, wie die Konfessionskriege zeigen) nicht die gemeinsame ethische Grundlage. Die im selben Gemeinwesen auftretende Konkurrenz verschiedener Religionen und Bekenntnisse, aus denen sich unterschiedliche Sinndeutungen des Staates und Verhaltensanforderungen gegenüber Andersgläubigen ergeben, verschärfte die von *Böckenförde* gestellte Frage nach den inneren Bindungskraften des Staates. Die Antwort des Jahres 1967 ist wieder in Frage gestellt.

Böckenförde selbst hat versucht, die vorverfassungsrechtlichen Fundamente des Staates angesichts der heterogenen religiös-kulturellen Vielfalt des 21. Jahrhunderts neu zu beschreiben und zu justieren.⁶³ Eine strikte staatliche Neutralität auf der Linie einer Ideologie des Laizismus nach französischer Manier könne keine tragfähige Lösung sein.⁶⁴ Der Staat dürfe die Bürger nicht von ihren Wurzeln abschneiden und ihre (religiöse) Identität ignorieren, die staatliche Aufgabe der Integration erfordere vielmehr ein Leben können mit den religiösen Wurzeln.⁶⁵ Der Begriff der Integration und die gedankliche Stoßrichtung erinnern an *Smend*. Angestrebt werden müsse die Festigung einer „offenen säkularen Ordnung“,⁶⁶ in der Gesetzesloyalität zur Grundlage des gemeinsamen Lebens werde, zu der auch das „Ethos der Gesetzlichkeit“ gehöre.⁶⁷ *Böckenförde* legt dar, es gelte zu verhindern, dass die Inanspruchnahme der Religionsfreiheit gegen die Werte des freiheitlichen, säkularisierten Staates aus einer – vielleicht noch zu verkraftenden – Minderheitenposition heraustrete. Das sei eine Selbstverteidigung des freiheitlichen, säkularisierten Staates, der damit ein unaufgebbares, gleichsam naturrechtliches Fundament schütze, „das womöglich an den antik-jüdisch-christlichen Kulturkreis im Reflexionshorizont der Aufklärung gebunden ist“.⁶⁸ Durch diese – vorsichtig als Mutmaßung formulierte – ethische Fundierung des Rechts und der Gesetzesloyalität stellt *Böckenförde* die neueren Entwicklungen und seinen Lösungsvorschlag wiederum in eine Perspektive säkularisierter religiöser Tugenden. Der doch auch normative Gehalt des Diktums von 1967 oder, wenn man diesen mit *Böckenfördes* späterer Selbstinterpretation ablehnt,⁶⁹ zumindest der sich damals anschließende Appell an Staat und Bürger, aus einem christlichen Rückbezug die tragenden Kräfte für das Gemeinwesen zu gewinnen, wird so davor bewahrt, selbst durch den Vorgang der Säkularisierung überholt zu werden.

63 *Böckenförde*, Der säkularisierte Staat (Fn. 55), S. 34 ff.

64 *Böckenförde*, Der säkularisierte Staat (Fn. 55), S. 34 f.

65 *Böckenförde*, Der säkularisierte Staat (Fn. 55), S. 35.

66 *Böckenförde*, Der säkularisierte Staat (Fn. 55), S. 35.

67 *Böckenförde*, Der säkularisierte Staat (Fn. 55), S. 36.

68 *Böckenförde*, Der säkularisierte Staat (Fn. 55), S. 41. *I. Augsburg* *ZevKR* 53 (2008), 445 (452 f.) kritisiert diese religiöse Rückbesinnung; der freiheitliche, säkularisierte Staat lebe auch von der Prämisse, dass zwischen ihm und den seiner Existenz zugrunde liegenden Voraussetzungen unterschieden werden könne. Zum ambivalenten Verhältnis des ursprünglichen Diktums und seines Kontextes zur Politischen Theologie *C. Schmitts* siehe *Dirsch* *Zeitschrift für Politik* 2009, 123 (137 ff.).

69 Siehe Fn. 56.

VII. Die Verantwortung des Staates

Man kann die Erkenntnis von der voraussetzungsvollen Existenz des freiheitlichen Staates negativ wenden und als Verletzlichkeit deuten. Entsprechend wird in der Redeweise von der Verfassung als riskanter Ordnung⁷⁰ das Gefahrenpotential exogener Bedingtheit evoziert. Die Freiheitsgewährungen sind dafür anfällig, zur Abschaffung der Freiheit pervertiert zu werden. Das Gleichgewicht der freiheitlichen Rechtsordnung ist nie stabil, immer labil. Der auf die Freiheit der Individuen bauende Staat ist niemals fertig, sondern wesentlich unfertig.⁷¹ So wie die Demokratie, nicht nur die plebiszitäre, ein tagtägliches Plebiszit darstellt⁷², ist der freiheitliche Rechtsstaat ein stetes Experiment, in den Worten *Böckenfördes*: ein großes Wagnis. Insoweit stehen dann auch rechtliche Freiheitsgewährung einerseits und Stabilisierungsfunktion des Rechts andererseits in einem bewusst riskierten Spannungsverhältnis.

Positiv gewendet steht das Recht in einem Wechselverhältnis mit anderen gesellschaftlichen Subsystemen, aus dem sich Innovationen für eine Evolution des Rechts ergeben können. Selbst die Systemtheorie beschreibt das Recht als ein Subsystem der Gesellschaft, das zwar nach einem eigenen binären Code (Recht oder Unrecht) verfährt und eine operativ geschlossene Ordnung verkörpert, das aber notwendigerweise auf Vorbedingungen, wie einem gesicherten Frieden, aufruhrt, insbesondere um die operative Schließung des Subsystems zu ermöglichen.⁷³ Die Angewiesenheit des Staates auf die Akzeptanz durch seine Bürger lässt sich auch als Ausdruck des permanenten Rechtfertigungsbedürfnisses staatlicher Gewalt und rechtlichen Zwangs verstehen. Das Rechtfertigungsbedürfnis entspringt der Nicht-Identität des Staates mit der Gesellschaft⁷⁴. Die Trennung von Staat und Gesellschaft ist nicht nur eine begrifflich-analytische Gedankenoperation, sondern eine Weichenstellung mit eklatant divergierenden Rechtsfolgen – bei Annahme der Geschiedenheit beider Sphären hat der Staat jegliches Tun vor seinen Bürgern zu legitimieren, er kann nicht einfach auf ihr vorbehaltloses Einverständnis vertrauen, es gibt keine Selbstverständlichkeit hoheitlichen Wirkens. Das Prinzip des demokratischen Rechtsstaats verlangt – schon weit vor der Schwelle der Grundrechtsrelevanz – vom Staat die Rechenschaft über die Legitimität und Sachgerechtigkeit seiner Handlungszwecke. Das staatliche Gefüge steht im Leben, setzt sich dynamischen Prozessen aus und stellt sich der Frage nach der Legitimität und Begründbarkeit seines Tuns. Indem das Bewusstsein für die außerrechtliche Bedingtheit von Staat und Recht offengehalten wird, wird einer Erstarrung vorgebeugt, die sich in der Berufung auf Autoritäten und Traditionen erschöpft. Die Unabgeschlossenheit ist ein Bauprinzip des Staates, in dem sich der Primat des Verfahrens vor statischen Hierarchien abbildet. Die durch die Freiheitsräume im Staat eröffnete Unbestimmtheit von Interessenlagen und Verhaltenswirkungen sowie -interdependenzen fordert dem Staat die ständig neue Legitimation der staatlich bewirkten Lösungen ab. Legitimation gerade durch Verfahren ist einem freiheitlichen Staat angemessen. Der Fallibilitätsvorbehalt bleibt erhalten. Das Ringen um die richtige Entscheidung wird

70 Siehe dazu *H. Dreier* *Rechtswissenschaft* 2010, 11 ff.

71 *Joseph Kardinal Ratzinger*, Der Mut zur Unvollkommenheit und zum Ethos, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 4. 8. 1984.

72 *Renan*, Was ist eine Nation?, 1996 (zuerst Paris 1882).

73 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1995, S. 281 ff.

74 Zu dieser *Böckenförde*, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: *Recht, Staat, Freiheit*, (Fn. 55), S. 209 ff.; *C. Möllers*, Der vermisste Leviathan, 2008, S. 47 ff.

offengehalten, so lange nicht die Rechtssicherheit eine bestands- bzw. rechtskräftige Entscheidung erforderlich macht.

Der Staat steht den von ihm nicht garantierbaren Voraussetzungen nicht vollkommen hilflos oder neutral gegenüber, sondern kann und muss auf die Grundlagen, die ihm vorausliegen, Einfluss nehmen.⁷⁵ Er trägt Verantwortung für die Kinderbetreuung, die Schul- sowie die Hochschulausbildung, fördert die Erwachsenenbildung, organisiert die politische Bildung, initiiert und unterstützt ehrenamtliches Engagement, gewährt gemeinnützigen Einrichtungen wie Vereinen und Stiftungen Steuerbefreiungen und Subventionen und vieles mehr. Als verfassungsrechtliche Grundlage für diesen Auftrag können Staatszielbestimmungen wie der Sozialstaat, möglicherweise ein verfassungskräftiges Subsidiaritätsprinzip⁷⁶, ausdrückliche Bestimmungen (wie zum Beispiel Art. 7 Abs. 1 GG), ein aus den Grundrechten abzuleitender Gestaltungsauftrag zur Ermöglichung und Verwirklichung grundrechtlicher Freiheit sowie die Teilhabe- und Leistungsdimension der Grundrechte angeführt werden. Insoweit sollte das Böckenförde-Diktum dahingehend präzisiert werden, dass der freiheitliche, säkularisierte Staat die Voraussetzungen, von denen er lebt, nicht *vollständig und umfassend* garantieren kann, diese sogar – von Verfassungen wegen – mitverantwortet.⁷⁷

⁷⁵ Das stellt Böckenförde, in: Festschrift für Burkhard Reichert, 2002, (20 f.) klar (mit Hinweis auf den schulischen Erziehungsauftrag, die Erhaltung und Förderung von Bildung und Wissenschaft, Kultur- und Religionspolitik). Vgl. auch Lehmann, in: Festschrift für Burkhard Reichert, 2002, S. 24 (27).

⁷⁶ Dazu J. Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2001.

⁷⁷ So P. Kirchhof, Der Staat lebt von Voraussetzungen, die er nicht vollständig garantieren kann, aber zu einem erheblichen Teil selbst mitverantwortet, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 22. 5. 1999, Nr. 117, S. 8; ders. (Fn. 9), S. 105 (109) geht auch von einem an den Staat gerichteten Auftrag aus, „den ihn tragenden und fördernden Kulturträgern Entfaltungsmöglichkeiten zu schaffen“. Siehe auch Ehlers, in: Pieoth (Hrsg.), Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung, 2000, S. 85 (95 f.).

Das Paradoxon der Freiheit muss ausgehalten werden, soll der Staat noch freiheitlich sein. Diese Einsicht strahlt auf die Voraussetzungen aus, die der rechtlichen Verfassung vorausliegen. Ihre Wandelbarkeit ist Ausfluss des Staates nach menschlichem Maß. Weil Menschen und Gesellschaften sich wandeln, schließen, wieder öffnen, neu zusammensetzen, kann für ein Gemeinwesen nicht ein für allemal festgelegt werden, welche Voraussetzungen dem Staat vorausliegen – die Wissenschaft kann höchstens auflisten, welcher Art diese Voraussetzungen sein können. Der Staat liegt letztlich in den Händen der Träger der von ihm gewährten Freiheitsrechte. Das zeigt sich im Verfassungsrecht unter anderem daran, dass das staatliche Gewaltmonopol da endet, wo der Einzelne zur Verteidigung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung das Widerstandsrecht (Art. 20 Abs. 4 GG) auf seiner Seite hat. Das Neutralitätsgebot hindert den Staat daran, einen absterbenden Glauben neu zu beleben; die staatliche Sorge für die nicht garantierbaren Staatsvoraussetzungen darf über Schutz und Förderung nicht hinausgehen.⁷⁸

Für den Glauben – ein der Freiheit strukturverwandtes Paradoxon (*credo quia absurdum*) – wurde jüngst wieder die stärkende Wirkung des Zweifels hervorgehoben.⁷⁹ Dieser religiöse Zweifel lässt sich, ganz im Sinne der Lessingschen Ringparabel, für das Miteinander verschiedener Bekenntnisse und Religionen als Toleranzgebot in die säkulare bzw. pluralistische Gesellschaft hinein verlängern. Die Fehleranfälligkeit der Freiheit macht ihren richtigen Gebrauch und dessen Verteidigung so wertvoll. Die freiheitliche Verfassung bringt Vertrauen in die Bürger zum Ausdruck. Die vorverfassungsrechtlichen Voraussetzungen des Staates sind dessen Vertrauensbasis. Das Vertrauen seiner Bürger ist das Kapital des Staates. Der Staat erwirbt es, indem er die Bürger mit Freiheit umwirbt.

⁷⁸ Vgl. Böckenförde, in: Festschrift für Burkhard Reichert, 2002, S. 19 (21).

⁷⁹ Berger/Zijderveld, Lob des Zweifels, 2010.

Dr. Lars Leuschner, Mainz*

AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr

– Zu den Grundlagen einer Reformdebatte –

Der Umstand, dass selbst großvolumige Verträge zwischen Unternehmern der Gefahr ausgesetzt sind, der AGB-Kontrolle unterworfen zu werden, hat den Ruf nach dem Gesetzgeber laut werden lassen. Der vorliegende Beitrag analysiert die bisherige Reformdiskussion und plädiert dafür, den Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB konsequent auf das durch die Verwendung vorformulierter Vertragsbedingungen hervorgerufene Transaktionskostenproblem auszurichten.

I. Problemstellung und Diskussionsstand

Die noch immer verbreitete Vorstellung, die Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB spiele im Rechtsverkehr zwischen Unter-

nehmern eine allenfalls untergeordnete Rolle, wird der Realität in keiner Weise gerecht. Auf Grundlage der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist es im Gegenteil so, dass die ganz überwiegende Anzahl der im unternehmerischen Bereich getroffenen Vereinbarungen die Qualität von allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) aufweist.¹

¹ Keine nennenswerte Abhilfe zu schaffen verspricht BGH NJW 2010, 1131, 1132 f., wonach ein „Stellen“ im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht vorliegt, wenn die Einbeziehung vorformulierter Vertragsbedingungen in einen Vertrag auf einer „freien Entscheidung“ desjenigen beruht, der vom anderen Vertragsteil mit dem Verwendungsvorschlag konfrontiert wird (so auch die Einschätzung von Abels BB 2010, 918, 919; a. A. Kaufhold ZIP 2010, 631 ff.; R. Koch BB 2010, 1810, 1813; von Westphalen ZIP 2010, 110 ff., hierzu noch Fn. 92). Die Entscheidung zielt ersichtlich nur auf Fälle, in denen ein Formulartext den Vertragsinhalt abschließend bestimmen und nicht lediglich als Grundlage anschließender Verhandlungen dienen soll, stünde sie doch ansonsten in offenem Widerspruch dazu, dass im Rahmen des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB die Gestaltungsmöglichkeit des anderen Ver-

* Der Autor ist wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bankrecht der Universität Mainz (Prof. Dr. Peter O. Mühlbert).