

Helmut Goerlich

Verfassungsorientierte Wandlungen des Staates des Grundgesetzes – vier aktuelle Perspektiven¹

Unter mehreren Aspekten vollziehen sich jedenfalls über längere Zeiträume Wandlungen des Verständnisses von Staat und Verfassung. Viele von ihnen werden ökonomisch bedingt sein. Andere lösen Veränderungen der rechtlichen oder auch nur politischen Einbettung eines Staates in seine Umgebung aus. Das gängige Paradigma hierfür ist in Europa die europäische Integration. Manche sind aber auch durch das nationale Verfassungsrecht induziert. Es mag seinerseits wiederum unter sich rechtlich oder tatsächlich wandelnden Bedingungen stehen, die es modifizieren. Oft führt dies aber zu einer Internalisierung neuer Orientierungen, die dann, unter die normative Regie der nationalen Verfassung genommen, bewirken, dass der Staat – den diese Verfassung hervorbringt – sich anzupassen hat.

Solche Anpassungsprozesse sind gegenwärtig jedenfalls zu beobachten im Bereich der Transparenz staatlichen Handelns unter Aspekten der Verwaltungsöffentlichkeit aufgrund einer auch national verfassungsrechtlich fundierten Informationszugangsfreiheit. Sie sind auch im Gange, was die Zukunftsvorsorge im Sinne einer nachhaltigen Steuerung im Interesse künftiger Generationen angeht, und sie werden postuliert im Blick auf Aspekte der nationalen Identität, auch im Sinne einer kulturellen Identität. Dabei wird oft wie auch in anderen Rechtszusammenhängen angenommen, dass diese Anpassungen nur auf normativ von Anfang an angelegte Direktiven zurückgreifen, mithin nicht rechtlich Neues normativ gefordert werde, vielmehr eine bloße Verfassungsfortbil-

1 Zugleich Sammelrezension von: Matthias Rossi, Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht. Zu den Wechselbeziehungen zwischen Informationsfreiheitsgrenzen und der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland (= Beiträge zum Informationsrecht, Bd. 11), hrsg. von H. Gerstka u. a., Berlin: Duncker & Humblot 2004, 384 S.; Ivo Appel, Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge. Zum Wandel der Dogmatik des Öffentlichen Rechts am Beispiel des Konzepts der nachhaltigen Entwicklung im Umweltrecht (= Ius Publicum. Beiträge zum Öffentlichen Recht Bd. 125), Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 2005, 618 S.; Arnd Uhle, Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität (= Ius Publicum. Beiträge zum Öffentlichen Recht Bd. 121), Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 2004, 590 S.; Christian Seiler, Der souveräne Verfassungsstaat zwischen demokratischer Rückbindung und überstaatlicher Einbindung (= Ius Publicum. Beiträge zum Öffentlichen Recht Bd. 124), Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 2005, 432 S.

dung auf bestehenden Grundlagen Platz greife. Dies mag im Ansatz schwieriger so zu begründen sein, wenn eine Verfassungsänderung mit solchen Anpassungsprozessen einhergeht. Dazu aber dann an gegebener Stelle. Hier sollen vier jüngere Habilitationsschriften diese Thesen exemplifizieren.

I.

Informationszugangsfreiheit und Verfassungsrecht sind auf dem Wege ein Bündnis einzugehen. Es wird ein anderes, neues Modell staatlichen Verhaltens bewirken. Wenn eine prinzipielle Aktenöffentlichkeit und die Informationsfreiheit als Informationszugangsfreiheit etabliert sind, dann wird der Staat zu einer anderen Transparenz verpflichtet, als dies bisher unter Maximen des Amtsgeheimnisses und der Unzugänglichkeit der Akten und Archive der Fall war.

Die unter der Ägide von Michael Kloepper entstandene Berliner Habilitationsschrift von *Matthias Rossi* verdient um so mehr Interesse, nachdem das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes nun doch noch in Kraft getreten ist² und schon länger mehrere derartige Gesetze in den Ländern für deren Verwaltungen vorliegen. Diese Gesetzgebung und ihre Interpretation sind für sämtliche Medien von großer Bedeutung. Sie kann nämlich eine größere Transparenz der öffentlichen Verwaltung bewirken, mithin also die Arbeit der Medien nicht nur in Stil und Form, sondern auch in der Recherche und im Duktus der Präsentation verändern.

Zwar liegt schon im Titel der vorliegenden Schrift eine gewisse Inkonsistenz, da sich danach die Arbeit mit einer Freiheit befasst, dann aber enger mit dem Untertitel sogleich auf deren Grenzen fokussiert. Das ist aber für praktische Perspektiven weniger schädlich als für den theoretischen Zugang. Denn in der Praxis wird es in erheblicherem Maße darauf ankommen, die Grenzen dieser Freiheit zu kennen, als darauf, ihre Grundlagen und ihre Reichweite auf theoretischer Ebene, also aus akademischer Perspektive vermittelt zu bekommen. Dennoch ist es eine nicht ganz unproblematische juristische Arbeitsweise, die Reichweite einer Freiheit schon im ersten Zugang von ihren Grenzen her, also nicht aus ihrem Schutzbereich, den sie sichern soll, zu bestimmen. Solche Grenzen ergeben sich etwa aus Aspekten des Datenschutzes, der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse oder auch zwingenden öffentlichen Interessen. Die Denkweise nicht vom bezweckten Schutz des Informationszuganges, sondern von solchen Grenzen her, kann nämlich zu einer

2 Vgl. Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz – IFG) v. 5.9.2005 (BGBl. I, S. 2722); es ist am 1. Januar 2006 in Kraft getreten.

zu engen, das heißt zu sehr eingrenzenden, ja vielleicht erdrosselnden Auslegung dieser Freiheit über die Heranziehung ihrer Grenzen und damit zu einer grundlegenden und dauerhaften Gefährdung der betreffenden Freiheit führen. Allerdings kommt die Arbeit in ihrem dritten Kapitel dann doch an zentraler Stelle aufgrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Medienöffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen³ geradewegs dazu, dass der engere ältere Begriff der Informationsfreiheit – auch dieses Gerichts – nicht mehr zu halten sei, mithin eine grundrechtliche Fundierung der Informationszugangsfreiheit zu bejahen ist. Früher hatte man nämlich die Allgemeinzugänglichkeit von Informationen zum Abgrenzungskriterium für die Einschlägigkeit der Informationsfreiheit als Grundrecht gemacht, was, wenn es gerade um den Zugang geht, dieses Grundrecht außer Gefecht, also matt gesetzt hat, d. h. das betreffende Recht ließ man dann gar nicht zur Anwendung kommen. Denn ist sein Schutzbereich überhaupt nicht einschlägig berührt, ist sozusagen tatbestandlich das betreffende Recht „nicht gegeben“. In dieser Lage erübrigt sich mithin also auch, die begrenzenden Schranken des betreffenden Rechts überhaupt zu erörtern. Die restriktive, schon im Schutzbereich das Grundrecht verneinende Sicht hatte ihre autoritative Grundlage bisher in einem engen Verständnis von Entscheidungen zur Zusendung von Zeitungen aus der früheren DDR in das westliche Bundesgebiet, die weit zurück ergangen waren.⁴ Diese Entscheidungen haben wenig später gewissermaßen eine nicht nur interne Kritik dieses Gerichts mit auf den Weg bekommen, als es über Einfuhrverbote für Filme sprechen musste.⁵ Dort kam es zu einer restriktiven verfassungskonformen Auslegung der zum Eingriff ermächtigenden Normen, die nicht Eingriffe in die Verbringung von Zeitungen über die innerdeutsche Grenze, sondern Einfuhrverbote für Filme ermöglichen, während ein Sondervotum zweier Richter sogar zur Nichtigkeit dieser Normen kam.⁶

Die ersten beiden Kapitel der hier anzuzeigenden Schrift führen zu der Erkenntnis, dass die Informationsfreiheit des Grundgesetzes heute auch die Informationszugangsfreiheit mit umfasst. Das ist insofern sachgerecht, als in einem ersten Schritt die gesamte historische, rechtsdogmatische, rechtsvergleichend geprägte und europa-, insbesondere umwelt- sowie völker- und informationsrechtlich unterfütterte Entwicklung entfaltet wird, die von einer prinzipiell beschränkten Aktenöffentlichkeit nach deutschem Verwaltungsverfahrenrecht zu einer Transparenz der Verwaltung als grundlegender Maxime geführt hat. In einem zweiten

3 BVerfGE 104, 44, 59 ff., Medienöffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen.

4 BVerfGE 27, 71 ff.; 27, 88 ff. u. a. die alte „Leipziger Volkszeitung“ betreffend.

5 BVerfGE 33, 52 ff., Filmmimportverbote.

6 BVerfGE 33, 52 ff., 78 ff., Richterinnen Rupp von Brünneck und Richter Simon.

Schritt wird die verfassungsrechtliche Determinierung des Ergebnisses dieses Paradigmenwechsels erörtert, was grundrechtsdogmatisch dann als eine Erörterung von Grenzen bzw. Schranken erscheint, wenn man – wie daraufhin vollzogen – den Informationszugangsanspruch schließlich doch in ein vorhandenes Grundrecht integriert und so den Wandel der Rechtslage mithin als grundrechtsdogmatische Wende firmieren lässt. Dabei mag dieser Wandel – abgesehen von der sozusagen amerikanischen Vorgeschichte – vor allem europarechtlich induziert sein. Er führt jedenfalls dazu, dass das nationale Verfassungsrecht – auch dank vorrangigen Rechts, wie es das Europarecht ist – diesem Wandel ausgesetzt ist, ein Phänomen, das die Schrift schon in der Einleitung anspricht.

Welches Ausmaß an Konsequenzen sich aus dieser Kehre ergibt, das zeigen dann die späteren Ausführungen der außerordentlich interessanten Schrift: Ist nämlich eine grundrechtliche Fundierung des Informationszugangsanspruchs zu bejahen, so verändert das in der Folge die Anforderungen an die Kontrollmechanismen der Beanspruchung dieser Freiheit auf allen Ebenen – also in der Verwaltung, zwischen den Verwaltungen und in ihren Hierarchien, durch das Parlament und die Gerichte, aber auch durch die Rechnungshöfe und die öffentliche Meinung – ebenso, wie es Veränderungen des Verständnisses demokratischer Rechtfertigung der öffentlichen Gewalt nach sich zieht, u. a. im Sinne einer Schwächung der politischen Parteien und der Parlamente, sowie u. U. in einer Modifikation des Volksbegriffs durch eine Stärkung von Minderheiten und Medien, ja womöglich auch eine Schwächung der rechtsstaatlichen Ordnung, etwa i. S. der Gesetzesbindung der Verwaltung sowie deren Politisierung oder „Demokratisierung“. Dabei treten die letzten Gesichtspunkte eher zurück, werden aber als Fragen aufgeworfen und sind zweifellos von nicht nur fachwissenschaftlichem Interesse.

Insgesamt wandelt sich damit wenn nicht normativ, so jedenfalls faktisch – und das ist ebenfalls gesehen – die Legitimation der öffentlichen Verwaltung, die sich bisher in strikter Gesetzesbindung und parlamentarischer Verantwortlichkeit ihrer Spitzen normativ dargestellt hat. Denn das, was dank des Informationszugangs in Ausübung der respektiven Freiheit publik wurde, in einer öffentlichen Diskussion Bestand hatte und dann dennoch in den klassischen Formen – etwa auch vor Gericht – angegriffen wird, das kann sehr viel eher bestehen als das, was in diskreter Form allenfalls in Betroffenenöffentlichkeit und nur rechtsstaatlich geleitet erarbeitet worden ist. So zugespitzt und so dramatisch sind allerdings auch bisher schon dank der Recherche und der Indiskretion – bis hin zur Verletzung des Amtsgeheimnisses – die Verhältnisse nicht. Idealtypisch betrachtet ergeben sich aber sukzessive veränderte Strukturen auf gesichertem Rechtsboden – und darum geht es auch in dieser

Schrift. Sie ist wegen ihres grundsätzlichen Ansatzes, ihrer Tiefe in medien-, informations-, verwaltungs- und nicht zuletzt verfassungsrechtsdogmatischer Sicht, ihrer umfassenden Anlage, ihrer Lesbarkeit und ihrer umfassenden Literaturlauswertung nachhaltig zu empfehlen.

II.

Art. 20 a des Grundgesetzes ergänzt diese Verfassung, indem er eine Staatszielbestimmung dahin formuliert, dass der Staat auch in Verantwortung für künftige Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung, und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung zu schützen habe. Diese Schutzpflicht brachte einen Stand der Entwicklung, einen Konsens zum Ausdruck, der schon vor dieser Verfassungsänderung angelegt war. Die Konsequenzen dieses Konsenses gerade auch im nationalen Verwaltungsrecht und damit für die nationale Staatspraxis hat die Habilitationsschrift von *Ivo Appel*, die bei Rainer Wahl in Freiburg entstanden ist, in hervorragender Weise entwickelt. Dem Staat sind damit neue Steuerungsfunktionen zugewachsen, die den neoliberalen Tönen der Tagespolitik nicht abzugewinnen sind. Diese Funktionen sind aber dennoch etablierte Elemente des Rechts und der Verfassung.

Die Konzeption wird nach einer Einleitung ganz herkömmlich von der Aufgabe her entfaltet, wobei zuerst die an sich klassische staatliche Verantwortung für Zukunft und Entwicklung als erster Teil auftritt, dann als zweiter Teil das Nachhaltigkeitskonzept als Ausprägung der sich dadurch auch verändernden, wesentlich gesteigerten staatlichen Verantwortung für Zukunft und Entwicklung folgt, was im dritten Teil anhand der Ausformungen des Nachhaltigkeitskonzepts im Umwelt- und Planungsrecht konkretisiert wird und im vierten und letzten Teil in Perspektiven des Nachhaltigkeitskonzepts als regulatives Steuerungsmodell gestellt wird. Auf diese Weise wird zunächst die wachsende „Ökologisierung“ und „Futurisierung“ rechtlicher Räume entwickelt, um dann deren normative Umsetzung auf allen Ebenen – vom Völkerrecht über das Europa- und das nationale Recht bis etwa zum örtlichen Planungsrecht – darzustellen und Fragen der Vollzugsfähigkeit aufzuwerfen, um schließlich diesen erarbeiteten Kontext in das Licht der Debatte um die Reform des Verwaltungsrechts zu stellen, die mit neuen Formen der rechtlichen Steuerung die Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge des Staates dingfest werden lassen will. Ausgangspunkt ist dabei wiederum die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insofern, als dessen Rechtsprechung die Ableitung von Schutzpflichten aus Grundrechten entwickelt hat, die zunächst mit dem Schutz ungeborenen Lebens einsetzte und

dann zu umweltorientierten Lebenssachverhalten erging.⁷ Diese Pflichten entwickelt die Untersuchung fort und erschließt von daher auch die einschlägige Änderung des Grundgesetzes.

Damit ist wesentlich mehr gewonnen als mit den schlichten Worten des Art. 20 a GG von einer Schutzpflicht zur Wahrung der natürlichen Lebensgrundlagen auch für künftige Generationen zunächst ausgesprochen scheint. Vor allem zeigt sich, dass der Staat in eine ganz andere Dimension rückt, wenn er diese Aufgabe integriert, auf Dauer und eben „nachhaltig“ genügen soll. Dass dabei zugleich die älteren Methoden der Steuerung menschlichen Verhaltens durch konditionale Programmierung, Überwachung und Eigenregie des öffentlichen Sektors durch gewissermaßen quasi-private, marktorientierte und autonom gesetzte Modelle der Durchsetzung der Zielorientierungen abgelöst werden, das liegt auf der Hand. Insofern trägt die Schrift auch Eulen nach Athen, was allerdings so für die Rechtsdogmatik noch nicht, vielmehr erst nach dieser Untersuchung auch dort gilt. Hier leistet sie nämlich eine Kanonisierung dieser Erkenntnisse in diesem Fach und auf diesem Gebiet in einer umfassenden und vollständigen, systematisch durchstrukturierten und auf herkömmliche Modelle der Staatstätigkeit bezogene, Kompilation, die der Dogmatisierung im Verwaltungsrecht den Weg öffnet und sozusagen eine neue Wissenschaft einfordert, die ihre interdisziplinären Grundlagen kennt und ihre Ergebnisse in die jeweils konkreten verfassungsrechtlichen Zielorientierungen zu vermitteln vermag.

Die Praxis erhält zugleich durch solche Arbeiten eine Grundlegung zur Seite gestellt, die ihr ermöglicht, der Reformdebatte im Verwaltungsrecht zu folgen und sie sich anschaulich werden zu lassen durch eine so umfassende Konkretisierung der neuen Situation, ihrer normativen Folgen und ihrer Auswirkung auf Recht und Verwaltung unter Heranziehung neuer Instrumente der Steuerung, die mit imperativen Konzepten nicht mehr allein auskommen kann. Insofern hat *Ivo Appel* nicht nur der Verfassung und der Wissenschaft, sondern auch der Praxis der Verwaltung mit seiner Schrift einen großen Dienst erwiesen. Umso weniger erstaunt, dass sich Schrift und Autor durchsetzen konnten.

III.

Eine ganz andere Neuorientierung findet ihren Ausdruck in der dritten hier vorzustellenden Schrift, die allerdings auftritt im Gewand der Behauptung, dass es um die Kontinuität der eigenen kulturellen Identität gehe, wiewohl es sich tatsächlich um eine neue „Aufstellung“ handelt, wie man das wohl in der Sprache des Sports bezeichnen würde, nämlich um eine – um einen weiteren neuartigen Ausdruck zu nutzen – „Positio-

7 Vgl. seit BVerfGE 39, 1 ff., Abtreibung I, die Schutzpflichtjudikatur des Gerichts.

nierung“ für den oder in einem „Kampf der Kulturen“⁸, nun nicht mehr zwischen Ost und West, sondern gegen fremde Fundamentalismen, von denen man sich abzusetzen sucht. *Arnd Uhle* hat mit seiner Münchner Habilitationsschrift, die bei Rupert Scholz entstand, der freien Verfassung westlicher Staaten indes eher einen Bärenienst erwiesen, wie noch näher zu zeigen ist. Auch wird der Staat, wenn er dieser Verfassungsorientierung folgt, eher in immer größere, ja nicht mehr beherrschbare Schwierigkeiten geraten, als dies nach einer tiefer verstandenen freiheitlichen Tradition des Westens zu erwarten wäre.

Die Arbeit gliedert sich in sechs Kapitel, wobei das erste der Einleitung und das letzte einer Zusammenfassung in umfangreichen Thesen dient. Die Einleitung umreißt den „Begriff“ der kulturellen Identität und verhandelt die Zielsetzung sowie den Gang der Untersuchung. Das zweite Kapitel enthält eine verfassungstheoretische Betrachtung unter dem Titel „Freiheitlicher Verfassungsstaat und kulturelle Identität“. Das vierte Kapitel bietet verfassungsrechtliche Erörterungen zum selben Gegenstand als Bestandsaufnahme aus der Entstehung und dem Gehalt des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, allerdings reichlich garniert mit historischen und ideengeschichtlichen Exkursen, etwa zu geistesgeschichtlichen Grundlagen des Menschenbildes, das hier schon kraft der Präambel des Grundgesetzes maßstäblich sein soll sowie zu „Identitätsspuren“ in Grundrechtstatbeständen dieses Gesetzes, in Freiheit, Gleichheit und Würde. Das vierte Kapitel widmet sich Schutz und Pflege der kulturellen Identität gemäß diesem Grundgesetz. Dabei wird auf ein Staatsziel der „Vitalität“ und „Dauerhaftigkeit“ abgestellt, mit dem Vereins- und Parteiverbot als Instrumente in Zusammenhang stehen sollen, ebenso wie auf die unverrückbare Gewährleistung bestimmter Rechte und Prinzipien durch Art. 79 Abs. 3 GG als weiteren Sicherungsmechanismus, wiederum wie schon im vorausgegangenen Kapitel mit größeren Ausflügen ins Staatskirchenrecht sowie zur staatlichen Neutralität unter Wahrung eines „Identitätsvorbehalts“, der auch einem etwaigen Wandel der Identität Grenzen setzen soll. Das fünfte, als letztes sachlich eigenständige Kapitel vor dem letzten Kapitel, das die Zusammenfassung enthält, bietet eine europarechtliche Betrachtung des Gegenstandes „Verfassungsstaat und kulturelle Identität“, die mit einem Exkurs zu „Europäischer Union und kultureller Identität“ endet.

Der Ansatz der Schrift ist unter mehreren Aspekten problematisch. Die Untersuchung „verortet“ eine kulturelle Identität, nicht als Resultat eines der Wandlung zugänglichen Willensakts, sondern als eine Meta-

8 Vgl. S. P. Huntington, *Kampf der Kulturen, Die Neugestaltung der Weltpolitik im 21. Jahrhundert*, ⁸1998 (zuerst 1996 unter dem Titel „The Clash of Civilizations“).

ebene normativer Befindlichkeit der Verfassung, die diese und das Gemeinwesen steuert. Damit wird gewissermaßen eine Fundamentalontologie dieses Staates etabliert, die unverrückbar statuiert, wie er und vor allem seine Verfassung zu verstehen sind. Damit erreicht die Schrift verschiedene Effekte, die rechtlich und integrations- wie auch weltpolitisch sehr bedenklich sind.

Zunächst ist festzuhalten, dass in der Europäischen Union die kulturelle und nationale Identität zu bestimmen den Gliedstaaten zugewiesen ist.⁹ Dies setzt offenbar auch Möglichkeiten des Wandels voraus. Ob sich ein Staat hier dieser Möglichkeit des Wandels begeben kann, das erscheint sehr fraglich, zumal dann elementare Akte der kulturellen Souveränität für die Zukunft unterbunden erscheinen. Ob eine solche „Versteinerung“ der Identität möglich wäre, ist mithin schon rechtlich sehr zweifelhaft. Denn eine solche Versteinerung kann die Mobilität der Gliedstaaten im Prozess der internen Interaktion der Union ebenso behindern wie im Verhältnis nach außen. Integrationspolitisch wird damit die Union ebenso wie ihre Gliedstaaten an ein schweres unbewegliches Gewicht angeseilt, das sie lähmt. Weltpolitisch führt dies dazu, dass die nationale Identität nicht als das sensible innere Bewusstsein eines Landes verstanden erscheint, sondern als ein Instrument der Aus- und Abgrenzung. Damit kann sich die Kategorie der nationalen kulturellen Identität leicht als Quelle eines fundamentalistischen Verständnisses der eigenen Verfassung erweisen, die die Kommunikation mit anderen Staaten, Völkern, Religionen und Kulturen so sehr erschwert, dass sich daraus in der Tat ein „Kulturkampf“ nähren, entfalten und fortführen lässt, der Probleme nicht löst, sondern stetig neue schafft. Und innerstaatlich wie in der Europäischen Union gehen damit die Offenheit und Beweglichkeit verloren, die die Glaubwürdigkeit einer modernen Verfassung dank der Selbstbestimmung, der Menschenrechte und bestimmter demokratischer Grundstrukturen ermöglichen. Dadurch werden die Probleme unlösbar, welche die Arbeit vermutlich in einer bestimmten Weise lösen will, nämlich durch Ab- und Ausgrenzungen, die das Zusammenleben beherrschen sollen. Damit werden aber konsoziative, auf kommunikativen Prozessen aufbauende, dadurch grundrechtlich und demokratisch legitimierte Lösungen verworfen. Sie fallen sozusagen aus dem Konzept heraus. Dies führt dazu, dass die tatsächliche Entwicklung der Gesellschaften und Staaten, die sich in solchen Kommunikationsprozessen selbst dann verhalten, wenn sie unter autoritärer oder diktatorischer Herrschaft stehen, ausgeblendet wird. Es führt also zu einem Modell,

9 Vgl. P. Lerche, Achtung der nationalen Identität (Art. F. Abs. 1 = heute Art. 6 Abs. 3 EUV), in: Festschrift für H. Schippel zum 65. Geburtstag, München 1996, S. 919 ff. mit Nachweisen.

das gerade nicht prozesshaft, sondern autoritativ zu verstehen ist, mit der Folge, dass es, eingesetzt gegen tatsächliche Entwicklungen, zur Kandare werden kann. Und in Auseinandersetzungen wie etwa im Rahmen des islamisch auftretenden Terrorismus und des dafür genutzten religiösen Fundamentalismus hilft ein solcher Ansatz ebenso wenig wie in Fällen ganz anderer Art, wie etwa dem Fall des Beitrittsprozesses zwischen der Europäischen Union und der Türkei.

An all diesen Beispielen zeigt sich, dass eine Untersuchung zur kulturellen Identität ein sehr viel schwierigeres Unterfangen darstellt, als diese Untersuchung glauben machen könnte. Der rechtlich gebotene Respekt vor den Menschenrechten, wie sie auch in anderen Kulturen Geltung beanspruchen, erfordert nämlich gerade den Dialog mit diesen Kulturen. Er ist aber nur möglich, wenn von prinzipieller Gleichberechtigung auszugehen ist und die Bereitschaft besteht, nebeneinander zu bestehen, und von einander zu lernen. Daher können die Verfassung und das Recht nichts aufgeben, was in diesem Sinne den Menschenrechten und der ihnen zugrunde liegenden Würde des Menschen widerspricht, auch nicht eine Identifikation mit einer vermeintlich fest umrissenen, unverrückbaren, in diesem Sinne identitären Kultur. Es ist kein Zufall, dass die Untersuchung den Charakter einer freiheitlichen Verfassung als offene Verfassung¹⁰ an keiner Stelle durch einen eigenen Abschnitt thematisiert; die offene Verfassung ist kein Stichwort des Sachverzeichnisses; und auch das Grundgesetz als gleichzeitiger Garant kultureller Offenheit und kultureller Bindung tritt nur als Schlagwort im Sachverzeichnis, nicht als Überschrift eines Abschnitts auf.¹¹ All dies gilt unbeschadet des Umstandes, dass in der Tat ein gewisser Grundkonsens als Bedingung der Möglichkeit der Verfassungsgebung wie auch eines förderlichen Verfassungslebens erscheint¹², was wiederum aber nicht heißt, dass dieser Konsens zur Waffe der Ausgrenzung nicht „Zugehöriger“ (Paul Kirchhof) dienen dürfte. Nur eine solche Offenheit ermöglicht, kosmopolitisch, also nicht introvertiert nach innen, zum traditionellen Staat hin orientiert zu sein, womit die Anerkennung des kulturell Anderen zur eigenen Grundlage wird.¹³

10 Dazu K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg ²⁰1995, Rn. 49 u. passim.

11 Vgl. Uhle (Anm. 1), S. 579.

12 Dazu H. Goerlich, Hermann Heller. Demokratieorientierung in Staatsrecht und Volksbildung, in: D. Schulz/H. Wollersheim (Hrsg.). Theodor Litt Jahrbuch 4 (2005), S. 21 ff. (30 ff.).

13 Dazu U. Beck/E. Grande, Das kosmopolitische Europa, Frankfurt a. M. 2004. Dass die Schrift von A. Uhle inzwischen vernichtend rezensiert worden ist, erstaunt nach allem nicht, vgl. H. Dreier, Kultur im Singular. Aus der Kirchhof-Schule. Wie christlich ist das Grundgesetz?, in: Süddeutsche Zeitung, 28.11.2005, S. 16.

IV.

Die Schrift von *Christian Seiler*, einem Schüler von Paul Kirchhof, greift ein großes Thema nach einer Entwicklung gerade auch im Recht der Europäischen Union auf, dem zuvor schon viel Kraft geopfert worden ist.¹⁴ Dabei spielt hier keine Rolle, dass diese Entwicklung durch das Scheitern zweier Verfassungsreferenden in Mitgliedstaaten der Europäischen Union sich nun etwas abgedämpft vollzieht, aber keineswegs aufzuhalten ist. Denn unabhängig vom demokratisch-nachrevolutionären Verfassungsbegriff auch in Europa¹⁵ entwickeln sich die Instrumente der europäischen Integration fort und bedienen sich dabei des Werkzeugkastens der Verfassungswissenschaften, wandeln ihre Begrifflichkeit und setzen sie für ihre Zwecke ein.¹⁶ Vor diesem Hintergrund nimmt die Schrift von *Christian Seiler* eine wichtige Rolle ein: Sie verdeutlicht, dass auch die Begrifflichkeiten der nationalen Verfassung für solche Wandlungen offen sind, mithin die Annahme, es komme zu einem unversöhnlichen Konflikt zwischen nationalem Verfassungsrecht und weiteren europäischen Integrationsschritten, bei näherem Hinsehen und aufgrund einer eingehenden Analyse hinfällig wird. Grundlegende Begriffe, wie sie sich in Art. 79 Abs. 3 GG finden, sind hinreichend offen, um diese Entwicklungen rezipieren zu können und sich als tauglich zu erweisen für das europäische Verfassungsleben, unabhängig von einzelnen Gerichtsentscheidungen und verfassungspolitischen Zwischenschritten, die sich als Schritte einer Springprozession mit offenem Ausgang, aber doch von großer Ausdauer, darstellen. Das gilt auch für die Fortbildung von Elementen demokratischer Legitimation, wiewohl es noch kein Europäisches Volk gibt, sondern nur europäische Völker.¹⁷ Dennoch wäre es falsch, abstrakt an einem Begriff des Staatsvolks anzusetzen und damit die europäische Rechtsentwicklung aushebeln zu wollen. Diese Vorgehensweise, die an die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erinnert¹⁸, wird also verabschiedet. Dabei zeigt sich

14 Vgl. etwa I. Pernice/P. M. Huber/G. Lübbe-Wolff/Chr. Grabenwarter, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 60 (2001), S. 148 ff.; 194 ff.; 246 ff.; 290 ff.

15 Siehe D. Grimm, Die größte Erfindung unserer Zeit, in: FAZ, 16.6.2003, S. 35; und ders., Der Vertrag. Die „europäische Verfassung“ ist keine echte Verfassung – aus der Europäischen Union wird kein Bundesstaat, in: FAZ, 12.5.2005, S. 6.

16 Zu den Problemen: R. Wahl, Erklären staatstheoretische Leitbegriffe die europäische Union?, in: Juristenzeitung 2005, S. 916 ff.

17 Dazu St. Koriath/A. v. Bogdandy: Europäische und nationale Identität. Integration durch Verfassungsrecht?, in: Veröffentlichungen der Deutschen Staatsrechtslehrer 62 (2003), S. 117 ff.; 156 ff.; A. v. Bogdandy, Europäische Verfassung und europäische Identität, in: Juristenzeitung 2004, S. 53 ff.

18 Vgl. BVerfGE 89, 155 ff.

beiläufig, dass sich in der Schule von Paul Kirchhof solche Perspektiven ergeben können, wiewohl man ihm die Rigidität dieser Entscheidung eher angelastet hat als seinem Kollegen Ernst-Wolfgang Böckenförde in diesem Spruchkörper, der einer gewissen rousseauistischen Tradition in nationalstaatlichen und demokratietheoretischen Purismen zuneigt.¹⁹

Die Schrift setzt dabei ganz konventionell ein mit der Geschichte der Staatsidee sowie dem souveränen Verfassungsstaat und seinem Recht. Das führt alsbald zum Staat in der internationalen Gemeinschaft, darauf zur Europäischen Gemeinschaft als supranationaler Organisation und schließlich zum titelgebenden Kapitel über den Verfassungsstaat zwischen demokratischer Rück- und überstaatlicher Einbindung sowie den „entwicklungsleitenden Grundgedanken“ dieses Vorgangs. Die eingehende Zusammenfassung bringt am Ende die Summe der Arbeit zum Ausdruck, indem sie unter dem Motto der Kontinuität und des Wandels souveräner Verfassungsstaatlichkeit steht. Entscheidende Impulse erhält die Arbeit, indem sie die zahlreichen rechtlichen Bindungen des Staates im internationalen Geflecht in Skizzen einblendet; auf diesem Wege zeigt sie, in welchem Maße in einem Kontinuum geschichtlicher Entwicklung dieser Staat sich an die Rechtsverhältnisse anzupassen vermag, die ihm abgefordert werden. Dabei zeigt sich auch, dass die größte Gefährdung etwa der demokratischen Legitimation des Staates kraft seiner Verfassung von der Globalisierung ausgeht, in die er unaufhaltsam eingebunden ist.²⁰ Es ist deshalb überholt, solche Frage in Ansehung der europäischen Integration isoliert zu betrachten. Hinzu kommt in ihrem Rahmen, dass Purismen – etwa zum Begriff demokratischer Legitimation oder dem der Verfassung – eben diese Geschichtlichkeit der Rechtsbegriffe verfehlen, in der sie immer gestanden haben und heute unter neuen Bedingungen, die bei genauerer Betrachtung schon lange am Horizont standen, verstärkt stehen. Gerade ältere Verfassungsstaaten, wie etwa Großbritannien, denen die Schrift einen „Sonderweg“ zuweist, haben diese Erfahrung längst gemacht und zugleich frühzeitig darauf verzichtet, in diesem Sinne die „reine Lehre“ auf ihre Fahne zu schreiben. So ist etwa die Kritik der Europäischen Union im Lichte von Demokratiepostulaten darauf hinzuweisen, dass die Repräsentation im englischen Parlament nie rigiden egalitären Postulaten genügt hat und dennoch, von einem Prozess fortgesetzter Wahlrechtsreformen geprägt, heute nach britischer Sicht unzweifelhaft den Anforderungen unserer Zeit genügt. Eine solche Perspektive vermag *Christian Seiler* nicht einzu-

19 Siehe vor allem E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts (= Grundlagen von Staat und Verfassung Bd. 1), 1987, § 22, S. 887 ff.; jetzt 3. Aufl. 2004, § 24, S. 429 ff.

20 Vgl. dazu G. Lübke-Wolff, Globalisierung und Demokratie. Überlegungen am Beispiel der Wasserwirtschaft, in: Recht und Politik 2004, S. 130 ff.

nehmen, nachdem seine Schrift diese Tradition – was die Ausbildung des Staats- und Souveränitätsbegriffs angeht – als „Sonderweg“ bezeichnet, eine Qualifikation, die noch in der Weimarer Zeit und der Tradition des deutschen Widerstands in einem positiven Sinne benutzt wurde, um damit sozusagen mitteleuropäische Doktrinen von einem Deutschland zwischen Ost und West einzuführen, einem Land zwischen westlicher „Zivilisation“ und östlicher Autokratie letztlich kraft eines uns heute fragwürdigen Anspruchs auf der Basis einer vermeintlich eigenständigen „Kultur“ der politischen „Gemeinschaft“ dieser – wie sich dann zeigte – „verspäteten Nation“ (H. Plessner).²¹ Insofern scheint die Schrift gewissermaßen manchmal doch noch ein wenig jener deutschen Ideologie verhaftet, nämlich der eines eigenständigen Status einerseits deutscher Kultur und eines deutschen Konstitutionalismus sowie andererseits der kontinentaleuropäischen, angeblich von Rousseau oder einem liberal-demokratischen Lockeschen Verfassungsverständnis geprägten westlichen politischen Zivilisation. Dieses Konzept ist längst abgelöst von der Sicht der westlichen Tradition als einer gemeinsamen transatlantischen politischen Kultur.²² Die Schrift haftet denn auch nicht an solchen Reminiszenzen, die bei der älteren Generation oft noch aufleuchten. Sie zieht nicht nur die Globalisierung als ein Ergebnis auch dieser transatlantischen Kultur heran²³, sie vermag vielmehr auch, ihr Staatsmodell in diese und andere Netzwerke transnationaler Rechtsbindungen einzubetten. Und in der Tat kann man umgekehrt die Europäische Union mit Begriffen des herkömmlichen Verfassungsrechts und einer solchen Staatslehre schwerlich erfassen.²⁴ Daher ist es kein Zufall, dass sie die älteren eingefahrenen Gleise verlässt und der Autor sich als Jongleur eines beweglichen, die Komplexität der Realität fassbar machenden Konzepts von Staat und Verfassung erweist.

Als zweifelsfreier Ertrag der Schrift kann mithin gelten: Ein bloß statisches Verständnis der Grundbegriffe von Staat und Verfassung würde auch die Verfassung gefährden. Die stete Entwicklung des übergeordne-

21 Dazu auch H. Goerlich, „Gemeinschaft“ aus der Sicht der Staatsrechtslehre, in: D. Schulz/H. W. Wollersheim (Hrsg.): Theodor-Litt-Jahrbuch 3 (2003), S. 67 ff.

22 Vgl. B. Bailyn, *Atlantic History. Concept and Contours*, Cambridge 2005.

23 Jüngst wurde dieses Phänomen mit dem Hinweis auf den „Güter“kreislauf im Atlantik anschaulich, etwa des Transports der Sklaven in die Karibik und die später südstaatlichen Kolonien, des Rums, der Walfangprodukte und der Baumwolle nach Norden und nach England sowie wieder zurück mit englischen Produkten in den Südatlantik sowie über den Nordatlantik: A. Eckert, *Großraum Atlantik*, in: FAZ, 15.6.2005, S. 37, unter Bezug auf P. Gilroy: *The Black Atlantic. Modernity and double consciousness*, Cambridge 1993.

24 Zur Untauglichkeit von traditionellen Begriffen für die Erfassung der Europäischen Union nochmals R. Wahl, Erklären staatstheoretische Leitbegriffe die Europäische Union? in: *Juristenzeitung* 2005, S. 916 ff. m. w. N.

ten Rechts und im Übrigen auch des sozialen Substrats des betreffenden Gemeinwesens zwingt ein solches Verständnis zu vermeiden, soll die Verfassung nicht an Bestand und Bedeutung verlieren. Soweit sie den sozialen und den zwischenstaatlichen Realitäten sich nicht anzupassen vermag, schwindet ihre Normativität. Insofern liegt ein besonderes Verdienst darin, dies auch im eigenen Kontext deutlich gemacht und damit Anerkennung gefunden zu haben.

V.

Insgesamt stellen diese Arbeiten die kommunikativen Prozesse zwischen dem Einzelnen und dem Staat, der gegenwärtigen und der künftigen Generation eines Gemeinwesens und schließlich zwischen diesem Gemeinwesen und anders ausgerichteten Identitäten in ein neues, teils anderes, teils manchmal etwas verfehltes Licht. Sie zeigen aber alle, auch soweit ihre Lichtkegel die Sache nach der hier vertretenen Sicht verfehlen, dass der Staat dieses Gemeinwesens sich den Wandlungen der Anforderungen an ihn anzupassen hat, soll die Wahrnehmung seiner Aufgaben gelingen. Die geschieht mit der Entwicklung des Informationsrechts mit Hilfe eines Informationsanspruchs, ebenso dank der Konkretisierung der Schutzpflichten im Interesse einer nachhaltigen Entwicklung zugunsten künftiger Generationen, aber auch mit der Verpflichtung zur Pflege und Bewahrung einer kulturellen Identität. Sie alle setzen voraus, dass notwendige Anpassungen der Leistungen des Staates geschehen. Wenn dieser auf eine Identität verpflichtet wird, die das Gemeinwesen daran hindern, so entspricht dies nicht der Dynamik der politischen wie der Rechtskultur einer offenen Verfassung, wie sie das Grundgesetz darstellt. Das führt auch zu grundlegenden Wandlungen des Fachrechts des öffentlichen Rechts, also der Teilgebiete des Rechts, welche das Verhalten von Staat, Verwaltung sowie Bürgern und anderen Gebietsansässigen im Verhältnis zu diesen steuern. Dieser Wandel kann aber nicht die Grundlagen einer Verfassung antasten, die ihre Offenheit schon dank der Menschenrechte nicht verlieren kann.