

# LITERATURBERICHT

## **Plätze ums Recht – aus den Fluten der Literatur vor allem zum Verfassungs- und Religionsrecht und ihren Grundlagen**

**Helmut Goerlich**

T. Vesting/S. Koriotoh (Hrsg.): Der Eigenwert des Verfassungsrechts. Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung? (= Recht – Wissenschaft – Theorie, Bd. 5), Tübingen: Verlag Mohr Siebeck, 2011, 395 S.

M. Jestaedt/O. Lepsius/C. Möllers/C. Schönberger: Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach 60 Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin: Suhrkamp-Verlag, 2011, 426 S.

E.-W. Böckenförde: Vom Ethos der Juristen, Berlin: Verlag Duncker & Humblot, <sup>2</sup>Berlin, 2011, 51 S.

ders./D. Gosewinkel: Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht. Aufsätze von E.-W. Böckenförde. Biographisches Interview von D. Gosewinkel, Berlin: Suhrkamp-Verlag, 2011, 492 S.

M. Pottmeyer: Religiöse Kleidung in der öffentlichen Schule in Deutschland und England. Staatliche Neutralität und individuelle Rechte im Rechtsvergleich (Jus Ecclesiasticum: Beiträge zum evangelischen Kirchenrecht und zum Staatskirchenrecht, Bd. 96), Tübingen: Verlag Mohr Siebeck, 2011, 330 S.

N. Jansen/P. Oestmann (Hrsg.): Gewohnheit – Gebot – Gesetz. Normativität in Geschichte und Gegenwart. Eine Einführung, Tübingen: Verlag Mohr Siebeck, 2011, 366 S.

L. Siep/T. Gutmann/B. Jakl/M. Städtler (Hrsg.): Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen. Zum Verhältnis von Religion und Politik in der Philosophie der Neuzeit und in rechtssystematischen Fragen der Gegenwart, Tübingen: Verlag Mohr Siebeck, 2012, 336 S.

- A. Reuter / H. G. Kippenberg (Hrsg.): *Religionskonflikte im Verfassungsstaat*, Göttingen: Verlag Vandenhoeck & Rupprecht, 2010, 428 S.
- L. Häberle / J. Hattler (Hrsg.): *Islam – Säkularismus – Religionsrecht. Aspekte und Gefährdungen der Religionsfreiheit*, Berlin: Springer-Verlag, 2012, 153 S.
- C. Walter / J. Oebbecke / A. v. Ungern-Sternberg / M. Indenhuck (Hrsg.): *Die Einrichtung von Beiräten für Islamstudien (= Schriften zum Religionsrecht, Bd. 2)*, Baden-Baden: Nomos-Verlag, 2011, 111 S.
- M. Becker / S. Bongartz (Hrsg.): *Die weltanschaulichen Grundlagen des NS-Regimes. Ursprünge, Gegenentwürfe, Nachwirkungen (= Schriftenreihe der Forschungsgemeinschaft 20. Juli 1944 e.V., Bd. 15)*, Berlin: LIT-Verlag, 2011, 237 S.
- O. Lepsius / R. Meyer-Kalkus (Hrsg.): *Inszenierung als Beruf. Der Fall Guttenberg*, Berlin: Suhrkamp-Verlag, 2011, 211 S.
- A. Honneth, *Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*, Berlin: Suhrkamp-Verlag, 2011, 628 S.
- K. Rode, *Verfassungsidentität und Ewigkeitsgarantie. Anmerkungen zu einem Mythos der deutschen Staatsrechtslehre (= Schriften zum internationalen und zum öffentlichen Recht, Bd. 101)* Frankfurt am Main: Verlag Peter Lang, 2012, 191 S.

Neben seriösen Monographien, seien es Dissertationen oder andere Schriften, erscheinen zahllose Tagungsbände, die sich rechtswissenschaftlichen Themen widmen. Schon die Zahl der Veröffentlichungen in engeren Feldern, auch im Verfassungsrecht und seinen angrenzenden Gebieten, ist unüberschaubar, zu schweigen von den Tagungen, die sich anschließend in Tagungsbänden spiegeln. Seltener findet man allerdings fundierte, ganz eigenständige und insofern tatsächlich freie Kritik etwa an der Arbeit eines Gerichts und dem von ihm gepflegten institutionellen Selbstverständnis. Die Tagungsbände dienen meist nicht – wie viele Monographien – als Leistungsnachweise oder Abschlussberichte. Sie werden jedoch erforderlich, wenn die Veranstalter einen akademischen Nachweis in gedruckter Form zu erbringen haben, um ihre Finanzierung zu rechtfertigen und für zukünftige Projekte sicherzustellen. Auch Gutachtenaufträge führen des Öfteren zu kleineren monographischen Abhandlungen, die ebenso wie Dissertationen Schriftenreihen füllen und die Seriosität des Gutachtens bekräftigen. Daneben treten inzwischen weitere Auftritte der Wissenschaft in Gestalt des einzelnen hervorgehobenen Fachvertreters – nicht nur in Form des gedruckten Einzelvortrages zu einem Thema von allgemeinerem Interesse, sondern auch, vielleicht nachempfunden der Gattung der Talkshow, Bände, die längere Interviews mit solchen Fachvertretern enthalten und so einen Blick in die Lebens- und die Forschungswerkstatt eines Gelehrten gestatten. Das bieten Bände, die Festschrift sind oder sie ersetzen sollen, also etwa als Sammelband eines Symposiums daherkommen, bisher nicht. Aber auch solche Bücher vermitteln ein etwas näheres Bild von einem Leben nahe dem Recht, sozusagen auf Plätzen in seiner Sonne. Einen solchen Platz beanspruchen immer schon Schriften, die einen großen Wurf darstellen sollen und

ihn manchmal auch wirklich darstellen – ganz anders als kleinere Kampfschriften etwa gegen Plagiate aus Anlass vorübergehender Auftritte in der Wissenschaft, denen Inszenierungen in Politik und Parteien folgen, die dann aber gelegentlich jählings zusammenbrechen.

## I.

1. Der Band zum Eigenwert des Verfassungsrechts ist Frucht einer Tagung. Er fasst damit ein so grundsätzliches Thema an, dass er hier an erster Stelle steht. Er vereint eine Reihe prominenter Beiträge zu der alten Frage, ob es Teil- oder (damals teils so genannte) „subkonstitutionelle“ Verfassungen im Sinne von Finanz-, Kultur-, Religions-, Sozial- und etwa Wirtschaftsverfassung gibt – eine Kontroverse, verdeckt geführt z. B. zwischen K. Hesse und H. Krüger, die ihren Niederschlag nicht nur in dem berühmten Lehrbuch Hesses und in Aufsätzen gefunden hat, sondern auch in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wie BVerfGE 50, 290 (336 ff.), dort zu der Frage, ob eine bestimmte „Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes“ eine bestimmte Art der Arbeitnehmermitbestimmung verbietet. Diese alte Kontroverse diskutiert der Band nun – „nach der Globalisierung“ – verbunden mit der These, dass sich die nationale Verfassung des modernen Staates gewissermaßen aufgelöst habe in teils transnationale Teilverfassungen. Es gebe sozusagen nur noch – jenseits der Einheit der Staaten – übergreifende Netzwerke, nicht mehr die prägende Einheit ihrer jeweiligen Verfassung, die nur noch symbolischen Charakter habe. Diese von T. Vesting, einem der Initiatoren von Tagung und Band, propagierte Sicht, die auch gestattet, globalisierte Teilverfassungen – etwa der Kommunikation – zu begründen, wird von einem Altmeister des Verfassungsstaates, D. Grimm, im Zusammenhang einer „Verfassungsbilanz“ am Ende des Bandes massiv bestritten. Vestings These beruht gewiss auf den Erfahrungen der Analyse moderner internationaler Rechtsbildungsprozesse, wie sie insbesondere von G. Teubner auf verschiedenen Gebieten des Rechts beschrieben wurden – nicht nur auf dem der Medien, sondern etwa früh auch des Normierungsrechts, des Vertragsrechts wie überhaupt mancher Elemente aus dem Felde des Privatrechts, zunehmend auch des Informations- und des Datenschutzrechts mit ihren jeweiligen Netzwerken, um nur einige zu nennen. Bei Teubner findet sich diese Beschreibung zunächst aus der Perspektive des Privatrechts unter Betrachtung der übergreifenden Rechtserzeugung vielfältiger Akteure jenseits der Staaten. Gewiss hat dieses Phänomen auch Wirkungen auf die Normativität des Verfassungsrechts, dem man gerade aufgrund der Erfahrungen der Diktatur und des Zerfalls der Weimarer Republik zuvor eine Einheit stiftende, die Vielfalt der sozialen Erscheinungen zusammenführende Funktion zugesprochen hatte.

Die These des Titels „Eigenwert des Verfassungsrechts“ greifen die Autoren teilweise auf, so etwa O. Lepsius für das Wirtschaftsrecht, H. M. Heinig für das Religionsverfassungsrecht, I. Spiecker, gen. Döhmman für den Datenschutz und I. Appel für das Umweltrecht, wobei dies nicht bedeutet, dass alle diese Autoren die Grundthese bestätigen – so etwa keineswegs Lepsius und Heinig, ebenso wenig H. Rossen-Stadtfeld für das Medienrecht,

F. Hase für das Sozialrecht oder J. Kersten für das Wirtschaftsrecht. Auch die anderen Teilbereichsstudien bestätigen die Verfallsthese, was das Verfassungsrecht als solches angeht, wie Grimm statuiert. Neben den genannten Autoren befassen sich nach einer Einführung der Herausgeber des Bandes C. Schönberger mit dem Aufstieg der Verfassung – der bestritten wird und was erlaubt, den Abstieg zu verneinen –, U. Volkmann mit dem zuvor bestrittenen Aufstieg der Verfassung und den Wandlungen des Verfassungsbegriffs, I. Augsberg mit dem Wissenschaftsrecht, S. Koriath mit der Finanzverfassung, R. Poscher mit dem Sicherheitsrecht, M. Jestaedt mit der Kopplung von Politik und Recht in der Gerichtsbarkeit und M. Morlok mit den politischen Parteien.

Was indes eigentlich „Eigenwert“ bedeutet, das findet man nur teilweise erörtert. F. Steinhauer (S. 64 ff.) macht in seinem Beitrag zur Verfassungstheorie Anleihen bei N. Luhmann. R. Wahl (S. 373 f., 377), der wieder zur Rolle der Verfassungen angesichts der Europäisierung und Internationalisierung schreibt, unternimmt einen eigenen Versuch, der auf die Einheit, die Zusammengehörigkeit abstellt – offenbar eine Kombination von K. Hesses Kategorie der Einheitsbildung und E.-W. Böckenfördes Homogenitätspostulaten für Verfassung und Demokratie, unbeschadet der Pluralisierungen in einer modernen Gesellschaft. D. Grimm rekurriert auf diesen Ansatz Wahls, ebenfalls ohne in die alte Kontroverse einzusteigen, und kann so die These von der einzigartigen und unersetzlichen Rolle des nationalen Verfassungsstaates bestätigt wissen. Ausgesprochen werden die alten Differenzen dabei nicht; sie fußen einerseits auf dem Rückgriff auf die Einheit gewinnenden Willensakte gelebter republikanischer Vielfalt, andererseits wurde Einheit durch Homogenität eines Volkskörpers simuliert und auf punktuelle Willensakte in Wahlen reduziert – um den Preis des Verlustes des Lebens und der Kraft in der täglichen Achse der Zeit zu einer Einheit hin, die ihre Vielfalt wahren kann und nicht etwa durch nackte Gewalt oder falsche Gemeinschaftsideologien manipulieren muss. Die demokratietheoretische Seite verliert der Band allerdings aus dem Auge; Morlok bleibt zu sehr auf die aufgegebenen Fragestellung zum Rang des Rechts der politischen Parteien fixiert, bekommt daher das plébiscite de tous les jours einer gelebten Verfasstheit auf mehreren Ebenen nicht in die Perspektive, obwohl er auf Pfaden von K. Hesse und P. Häberle einsetzt und mit der Betonung des politischen Prozesses im Anschluss an das Lissabon-Urteil endet.<sup>1</sup>

Wie vielleicht mit diesen wenigen Bemerkungen deutlich wird: Der Band ist, gerade weil er eine kontroverse These zum Ausgangspunkt macht, von besonderem Interesse, zumal er angelegt ist auf die Kommunikation verschiedener Fachvertreter. Daher kommt es gar nicht darauf an, ob die Ausgangsthesen bestätigt oder verworfen werden. Denn der Kommunikationsprozess selbst bietet einen hinreichenden Ertrag für die Klärung eigener Ansichten und Auffassungen, die sich so zu einer wissenschaftlich fundierteren Sicht fortbilden können, selbst wenn man nicht „dabei gewesen“ ist. In diesem Sinne ist der Band mit allem Nachdruck zu empfehlen; er ist ein Beitrag zur Forschung, aber

1 BVerfGE 123, 267 (356 ff.).

auch eine Hilfe denen, die angesichts der Wucht der Wirkungen des Europarechts und internationaler Verträge sich vergewissern wollen, was es heute noch mit nationalen Verfassungen auf sich hat.

2. Das Bundesverfassungsgericht Deutschlands ist eine einmalige und wirkungsmächtige Erscheinung unter den weltweit inzwischen sehr verbreiteten Verfassungsgerichten. Während die letzten Jahrzehnte eher durch eine affirmative Bewunderung seiner Rechtsprechung und seines institutionellen Erfolgs geprägt waren, regt sich nun häufiger Kritik. Oft ist sie tagespolitisch motiviert, ideologisch aufgeladen, manchmal aber auch rechtsdogmatisch gehalten. Zudem gerät das Bundesverfassungsgericht in dem Dreieck zwischen der europäischen Judikatur des Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg und dem Gerichtshof der Europäischen Union in Luxemburg manchmal in ein kritisches Licht. Umso wichtiger ist es, sich auf einer tieferen, von substantieller Erfahrung geprägten Ebene mit der Arbeit des Gerichts auseinanderzusetzen. Diese Art einer besseren Kritik findet sich nun im zweiten hier anzuzeigenden Band: Er enthält mehrere Kritiken am – insbesondere durch seine ausgreifende und umfassende Arbeit, sein als Gericht und Verfassungsorgan notwendig vielschichtiges institutionelles Selbstverständnis und seine oft nahezu missbräuchlich genutzte Rolle als Folie und Schauplatz politischer Auseinandersetzungen, die anderenorts abzarbeiten wären – dem Titel des Bandes nach „entgrenzten“ Bundesverfassungsgericht. Eine solche Kritik findet sich in Ansätzen schon im eben genannten Beitrag von Jestaedt in dem Tagungsband zum „Eigenwert“ von Vesting und Koriath. Sie wird Generalthema in dem Band aus Anlass des beginnenden siebten Jahrzehnts dieses Gerichts. Während dort zunächst Schönberger die präzise historische Perspektive darstellt, nimmt Jestaedt das alte Lied vom Gericht zwischen Recht und Politik auf, das anschließt an die traditionelle Sicht der deutschen Staatsrechtslehre in der etatistischen Tradition, die früher etwa auch den Rechtswege- und den Justizstaat des Grundgesetzes aufs Korn nahm.<sup>2</sup>

Die Kritik von Lepsius unter dem Titel „Die maßstabsetzende Gewalt“ geht dagegen andere Wege: Sie greift die Methode des Gerichts an, systematisch Maßstäbe zu bilden, also nicht in eine Fallrechtstradition zu verfallen, die durch das Unterscheiden der Sachverhalte – das „distinguishing“ der Common-law-Tradition – zu Differenzierungen kommt. Die Methode des Gerichts führt für Lepsius sozusagen in ein dogmatisches Zwischendeck zwischen Grundgesetz und Rechtssache – ein Zwischendeck, auf dem nach anderen Melodien getanzt werden mag, als sie nach dem Grundgesetz zu intonieren wären, ganz abgesehen von der Vielfalt der Fälle und der Offenheit einer Verfassung in vielen Fragen. Lepsius macht seine Sicht mit großer Schärfe plausibel und konstatiert, dass sich das Gericht mit seiner Methode der Begründung von Entscheidungen, die stets einen umfassenden „Baustein“ von Obersätzen nach ersten, den Prüfungsgegenstand und die Vorgeschichte umreißenden Teilen an die Spitze stellt, zunehmend selbst nicht nur den Weg in die Vielfalt der Erscheinungen, sondern auch zu seinem eigent-

2 M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 4. Bd: 1945–1990, München 2012, S. 356 ff. und passim.

lichen Prüfungsmaßstab, dem Grundgesetz, verlegt. Man findet ständig Maßstäbe statuiert und fortentwickelt, die sich als Blockaden erweisen können. Das Gericht umhegt sich damit selbst, nimmt sich aber selbst die Offenheit, die die Verfassung ihm – ebenso wie den Bürgern – eigentlich bereithält. Teilweise ergeben sich damit auch Grenzen für die legislative Gestaltungsfreiheit, die demokratischer Souveränität widersprechen, so etwa wenn Schlüssigkeit, Konsequenz, Konsistenz, Systemgerechtigkeit und damit einhergehende Rationalitätserwartungen zur Grundlage von Pflichten des Gesetzgebers werden und ermöglichen, ihn als rationalen Akteur zu karikieren, der kaum Entscheidungs- und Gestaltungsspielräume besitzt. Dieser Weg der Gängelung der Gesetzgebung hat sehr alte Wurzeln in einem Verständnis des Bundesverfassungsgerichts sozusagen als dritter Körperschaft des Gesetzgebungsverfahrens. Dieses Verständnis hat aber letztlich nicht die Oberhand gewonnen – auch damals anfangs des letzten Quartals des vorigen Jahrhunderts. Vor Kurzem konnte die maßstäblichkeitsorientierte Praxis des Gerichts allerdings zu neuen Umrissen des Schutzbereichs von Grundrechten führen, etwa weil der betreffende Senat meint, eine offensichtlich irriige Meinung könne – angesichts der angeblich identitätsstiftenden Wirkung der deutschen Geschichte – den Schutz der Meinungsfreiheit schlechthin nicht genießen, obwohl diese Freiheit nur durch allgemeine, nicht durch auf eine bestimmte Meinung zielende Grenzsetzungen der öffentlichen Gewalt in Form eines Gesetzes beschränkt werden kann.<sup>3</sup> Noch weiter geht es, wenn neuerlich eine Verfassungsidentität kreiert wird, die in die Unveränderlichkeitsklausel des Grundgesetzes – Art. 79 Abs. 3 GG – Aufnahme findet und so als fleet in being gegen die europäische Integration nutzbar, d. h. dem richterlichen Arsenal eigener Maßstäbe verfügbar gemacht und gehalten werden kann, worauf am Ende noch zurückzukommen ist. Hier hat Lepsius zweifellos Probleme angesprochen, die man im Auge behalten sollte. Ob sie allerdings hätten vermieden werden können, wenn das Bundesverfassungsgericht sich eher den Entscheidungs- und Begründungspraktiken der Common-Law-Gerichte angeschlossen hätte, wäre letztlich wohl nur auszumachen, wenn das Gericht diesen Weg einschläge.

Der letzte Beitrag in dem Band zu Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, verfasst von C. Möllers, befasst sich sehr viel umfassender mit Grundlagen, Wahrnehmungen, Rollen und Verfahren des Gerichts. Der Beitrag wird dem Ruf gerecht, den sein Autor besitzt, nämlich einer der umsichtigsten, präzisesten und trotz allen Könnens praxisnahen Theoretiker des Verfassungsrechts zu sein – nicht ohne eine gewisse Genialität und Distanz. Wer also eine breitere, dennoch hinreichend kurz gefasste Einsicht in die Probleme des Gerichts und seiner Rechtsprechung gewinnen will, der ist mit diesem Beitrag bestens bedient. Durch ihn steigert sich der Band sukzessive in seiner Qualität und wird seinem Anspruch gerecht. Er wird dadurch auch zu einem Brevier der Probleme des Gerichts, die zu bewältigen sind, und ist ihm in dieser Steigerung anzuempfehlen. Auch er belegt seine Ausführungen eingehend, ohne

3 Vgl. BVerfGE 124, 300 (321 ff., 328 f.) – Wunsiedel –; dazu nun BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 9.11.2011 – 1 BvR 461/08 –, EuGRZ 2012, 245 ff.

zu überfrachten, ist sehr verständlich geschrieben, rechtsvergleichend aufgeschlossen und nie belehrend oder dozierend, wie es Gelehrten manchmal ungewollt geraten mag. Insgesamt erweist sich der Band so auch als ein Geschenk der jüngeren Zunft des Verfassungsrechts, also einer Generation, die unbelastet und offen mit ihrem Gegenstand umgehen kann – sehr viel besser als die älteren Kollegen, die noch in den Positionen und Frontstellungen der Weimarer Debatte dachten.

## II.

Neben Recht und Rechtsfällen und insbesondere kritischen Auseinandersetzungen mit der Rechtspraxis oder der Rechtsentwicklung finden auch Äußerungen von früheren Richtern des Bundesverfassungsgerichts zu ihrem Selbstverständnis und ihrer Rolle Platz im juristischen Betrieb. Was Böckenförde angeht, sind sie hier teils in das Gewand eines öffentlichen Vortrages zu einem Sachthema – dem Ethos des Juristen – gekleidet, teils stößt man auf sie in neuartigen Formaten, so etwa das umfassende Interview nicht in einer Zeitung oder einem Journal, sondern in einem Taschenbuch – der für den Autor nach früheren Veröffentlichungen in dieser Form typischen Art – und in Verbindung mit dem Wiederabdruck eigener älterer Veröffentlichungen, also sozusagen das der Talkshow ähnliche, indes gedruckte biographisch-wissenschaftsgeschichtliche Interview. Ersteres kommt daher als klassisches kleines Alterswerk des allgemein anerkannten Kollegen, letzteres ist ein Novum – vielleicht auch der Eitelkeit, die bekanntlich kaum Grenzen kennt, geschuldet –, soll aber von Schülern empfohlen worden sein und kennt schon Vorbilder, gerade unter Historikern – man denke an den Band zum Gespräch von F. Stern und H. Schmidt<sup>4</sup> oder auch früher mit C. F. v. Weizsäcker als einem Weisen der Nation oder seinem Bruder als Bundespräsidenten, wobei auch hier die Rollen der Befragten und die Gegenstände des Gesprächs die Wahl der Form bestimmen können.<sup>5</sup>

Das Ethos der Juristen wird berufen, wenn man den „Rechtsstab“ nicht nur als Fachbruderschaft ansprechen möchte, sondern auch als gesellschaftlich-politisches Phänomen der Stabilität und Dauer, wobei leicht apologetische Untertöne nachklingen, wenn es um Kontinuität über den Regimewechsel hinweg und manchmal auch um die Gerechtigkeit gegenüber dem positiven Recht geht. Dafür finden sich in dem Bändchen klassische Beispiele, die teils von der Aufrichtigkeit, teils von der Geschicklichkeit der Kollegen handeln – etwa wenn G. Anschütz als Hochschullehrer des positiven Staatsrechts mit guten Gründen um Emeritierung bat, als das NS-Regime etabliert war, oder Praktiker öfter durch die Wahl einer besonderen Interpretation des Sachverhalts oder des Rechts den Konsequenzen des Rechts des Regimes auswichen. Auch findet man hier den klassischen

4 H. Schmidt/F. Stern, *Unser Jahrhundert. Ein Gespräch*, München 42010; dazu H. Goerlich, in: *Comparativ* 21 (2011) 3, 129 ff.

5 C. F. v. Weizsäcker, *Der Garten des Menschlichen*, München 1977, S. 533 ff.: ein Gespräch mit U. Reiter über Meditation; auch „R. v. Weizsäcker im Gespräch“ mit G. Hofmann und W. A. Perger, Frankfurt am Main 1992 (Weizsäcker war damals noch als Präsident im Amt); aber auch etwa das Gespräch über Gott und die Welt mit J. Habermas, vgl. ders., *Zeit der Übergänge*, Frankfurt a. M. 2001, S. 173 ff.

Kontext von der Antike bis in unsere Tage, was dem Juristen ermöglicht, ein Ethos zu beanspruchen und darin zu leben. Allerdings fällt auf, dass der Autor jede wirkliche Auseinandersetzung mit dem Verhalten seines neben H. Heller, der 1933/34 nicht nach Deutschland zurückkehren konnte, selbst gewählten Lehrers C. Schmitt vermeidet – so mit dessen Antisemitismus bei Gelegenheit des von Böckenförde erörterten Beispiels der Übernahme der herkunftig jüdischen Beamten in den Rheinprovinzen durch Preußen nach 1815, nachdem diesen dort die französische Herrschaft zuvor den Ämterzugang und ihre Stellung ermöglicht hatte. Die Auswahl der Fälle und des Stoffs kann so an Geschichtsklitterung grenzen, auch wenn sie verständlich ist angesichts der Funktion des Textes als Vortrag in feierlichem Rahmen einer juristischen Studiengesellschaft, der eigenen Universität oder einer, ja der angesehensten deutschen so genannten „Law School“ in einer aufgeschlossenen Stadt, wo doch gerade eine studentische Hörerschaft hier Klarstellungen würde einfordern dürfen.

Nicht anders verhält es sich mit einem biographischen Interview. Auch ein solches, in stärkerem Maße selbst gewähltes Forum müsste am Ende der aktiven Teilnahme am Wissenschafts- und Lehrbetrieb ein Platz sein können für Klarstellungen und Berichtigungen, wie sie jedes Leben im Blick zurück veranlassen kann und die – auch um der Erfahrung und Redlichkeit willen – der jüngeren Generation nicht vorzuenthalten sind. Deshalb sollte sich ein solches Interview nicht auf die Nähe zur Politik, etwa in Gestalt eines Bundeskanzlers, oder der Berufung der Weihe des arkanen Wissens beschränken – eines Wissens, dessen Pflege kirchlich oder konservativ aufgemacht sein kann. Auch verbessern die dem Interview – meist als Wiederabdruck – vorangestellten Vorträge und Aufsätze den Band nicht, zumal sie erneut abbilden, was in derselben Reihe schon früher in einem anderen Band des Autors oder noch früher in einer Festschrift oder einer Fachzeitschrift zu finden war. Vielleicht ist dann der Schritt hin zu „gesammelten Schriften“ eine bessere Legitimation für eine erneute Veröffentlichung als ein autobiographisches Interview über ein Viertel des Bandes. Das gilt besonders, wenn – wie hier – diese Beiträge nochmals überarbeitet sind, also nun wohl eine Fassung letzter Hand darstellen, womit wohl ein neues Interesse auf der Suche nach der letzten autorisierten Fassung geweckt werden soll. Schließlich ist nun davon auszugehen, dass es mit dieser Fassung sein Bewenden hat. Natürlich finden sich viele interessante Einzelheiten, aber auch verdeckte Spitzen<sup>6</sup> in dem Interview – dennoch: Es würde vielleicht gerade das vielberufene Ethos verlangen, dass auch deutlichere Worte fallen, insbesondere zum Charakter von C. Schmitt, der Anbiederung an die Macht, dem skrupellosen Fallenlassen von Kollegen, deren Diffamierung und dazu noch zur Bereitschaft und zur Tat, Morde zu rechtfertigen.

6 So findet man einen Seitenhieb zur Entscheidung über die Nachfolge des prägenden zur ersten Generation der dortigen Richter gehörenden Richters des Bundesverfassungsgericht Theodor Ritterspach im ersten Senat des Gerichts, die ihm verschlossen geblieben sei, weil man die so genannten neutralen Stellen wiederbelebt habe; tatsächlich wurde wohl das bekannte, dezidiert integrativ angelegte Lehrbuch des Kollegen Konrad Hesse ausschlaggebend für seine Wahl, weil der damalige Bundeskanzler Helmut Schmidt dank eines seiner Ghostwriter auf dieses Buch aufmerksam geworden war, die Personalie soweit möglich an sich zog und für eine „neutrale“ Besetzung sorgte.

Das verlangt juristisches Ethos, das sich nicht auf eine bloß mittelbare Distanzierung vom Antisemitismus beschränken kann, sondern nicht beschönigt und die Dinge sieht, wie sie eben liegen. Das würde davor hüten, die Zunft des Rechts oder – genauer – jedenfalls der Staatsrechtslehrer nicht für eine ohnehin und bis heute nicht selten recht skrupellose, keineswegs einem kollegialen und rechtsgrundsätzlichen Ethos folgende Bruderschaft zu halten, und vielleicht für den besonderen, hier vorliegenden Fall eines „Altmeisters“ verständlicher machen, was gerade dem jüngeren Rechtsfreund sicher ganz schwer eingeht: Wie nämlich jemand zugleich ein Fürsprecher der Menschenrechte – insbesondere der Religionsfreiheit – und der pluralen Gesellschaft, ein engagierter Katholik und enger Gesprächspartner einiger – jedenfalls in Fragen der Hierarchie konservativer – Päpste, ein Sozialdemokrat, dabei selbst ernannter Schmitt- und zugleich Heller-Schüler sowie liberaler Hochschullehrer und dann auch noch etatistisch vorgeprägter Verfassungsrichter hat sein können. Dieses schillernde Rollenspiel hat gewiss auch viele Möglichkeiten der Vermittlung und Transformation der dem jeweiligen Milieu traditionell geläufigen Sichtweisen ermöglicht; unverkennbar sind indes auch viele Unversöhnlichkeiten, Spannungen und Konfliktpotentiale auch im Gericht zurückgeblieben, die leichter zu bewältigen wären, würden gewisse Grenzlinien im Rückblick zur Sprache kommen. Von Interesse ist allerdings, in welchem Maße ein Band zu Bedingungen europäischer Solidarität aus dem Jahr 2003 heutige Probleme vorwegnimmt und wie nonchalant dort im Beitrag zum – wegen kulturell unüberbrückbarer Differenzen – abgelehnten EU-Beitritt der Türkei beiseite bleibt, dass dieser Staat dem Europarat angehört und der Rechtsprechung der Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte unterworfen ist. Ebenso bleibt dort unerwähnt, dass religiösen und weltanschaulichen Minderheiten sowie verschiedenen christlichen Kirchen auch neben der römischen Kirche geholfen wäre, wenn die europäische Integration das – unterhalb einer menschenrechtlich auftretenden Verfassung – einfachrechtlich etablierte Religionsrecht der Türkei würde zu Fall bringen können.

### III.

Von ebenso großem, zumal sachlichem Interesse sind hingegen vergleichende Studien, die – neben dem eigenen Recht – Platz schaffen für die Perspektive von außen auf die eigenen Rechtsentwicklungen. Das gilt besonders für die jüngste, umfassende und vergleichende Studie zum „Kopftuch“, um es verkürzt, aber gängig auszudrücken. Es handelt sich um die Dissertation von M. Pottmeyer, die bei J. Oebbecke in Münster entstand und als ein Paradestück für den Nachweis der Provinzialität der bisherigen deutschen Debatte um eine umstrittene Rechtsfrage gelten kann. Hier erweist sich die europäische Integration als besonders hilfreich für eine Sensibilisierung in Fragen der Integration unserer Bevölkerung mit „Migrationshintergrund“ wie derjenigen Mitbürger, die sich religiös neu orientiert haben und Symbole nutzen, um sich neu darzustellen.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Zum Wandel eigener Positionen H. Goerlich, Soziale Integration als Aufgabe des Rechts – am Beispiel der Rechtsprechung auf dem Weg zu einem Religionsrecht in gleicher öffentlicher Freiheit, in: R. Christensen/B. Pieroth

Die Arbeit fragt im Rahmen ihres Themas, wie Deutschland und England auf die zunehmende Heterogenität der Gesellschaft reagieren. Am Beispiel religiöser Kleidungs Vorschriften in der öffentlichen Schule zeigt sie, dass England der religiösen Vielfalt bewusst Raum gibt, während die Länder in Deutschland versuchen, religiöse Bezüge der Kleidung in Schulen zu unterbinden. Dies verstößt nach Sicht der Schrift gegen den grundgesetzlich verankerten Neutralitätsbegriff, wie er nach ihrer Interpretation für den Schulbereich gilt.

Die Untersuchung kann hier nicht in all ihren Schritten nachvollzogen werden. Ihr Ziel war es, die jeweiligen Rechtsstrukturen zu erschließen, zu dokumentieren und zu interpretieren, zu vergleichen und auf ihre gegenseitige Übertragbarkeit zu überprüfen – wobei immer auch die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)<sup>8</sup> eine Rolle spielt, wenngleich sie in beiden Rechtsordnungen in unterschiedlicher Weise wirkt. Die Bestandsaufnahme erfordert Länderberichte und eine Darstellung des Rahmens des jeweiligen Religionsverfassungsrechts sowie der Rechte des Einzelnen nach diesem. Erheblich ist auch die unterschiedliche Tradition von Status und statusbezogener Kleidung, die in England ja sehr viel mehr Vielfalt kennt und diese daher im Kontext moderner Rechtsstellungen leichter aufnehmen kann – ganz abgesehen von der Tradition der Toleranz und Akzeptanz religiös bedingter Vielfalt aufgrund der kolonialen „Vielfaltserfahrung“, etwa in Indien, in Südostasien, in der Karibik und in Afrika. Hier und heute ist zu unterscheiden nach der Bekleidung von Schülerinnen und Schülern, von Lehrerinnen und Lehrern sowie von Bewerbern um das Lehramt, wobei zunächst Diskriminierungsverbote zum Maßstab werden. Ausschlaggebend ist weiterhin das Gebot staatlicher Neutralität, das in England seit der Human Rights Act, die anfangs dieses Jahrhunderts in Kraft trat, zunehmend unter dem Einfluss der Religionsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 EMRK und vor allem des Diskriminierungsverbotes des Art. 14 EMRK steht, während es in Deutschland aus der Tradition des Westfälischen Friedens immer in Gefahr ist, in den Schein eines etatistischen Lichts zu geraten und staatskirchenrechtlich verfremdet zu werden. Derlei Schleier schieben die aufhellenden Argumente in der Perspektive der Diskriminierungsverbote beiseite: Der Neutralitätsbegriff fordert heute geradezu eine Gleichbehandlung, was nur in Fällen konkreter Gefahr für die Wahrnehmung der Aufgaben der Schulen zu größerer Zurückhaltung oder gar zu Verboten führen kann.

Es ist anzunehmen, dass die Schrift ihre Wirkung entfalten wird, wenn das Bundesverfassungsgericht sich erneut mit derlei Fällen befasst.<sup>9</sup> Es steht auch zu hoffen, dass die Einsichten dieser Arbeit Früchte tragen – ohne dass hier nun Anlass ist, näher zu unter-

(Hrsg.), Rechtstheorie in rechtspraktischer Absicht. Freundesgabe zum 70. Geburtstag von Friedrich Müller, Berlin 2008, S. 93 ff.

8 v. 4.11.1950 (BGBl. II 1952, S. 685, 953); i. d. F. d. Bek. v. 17.5.2002 (BGBl. II S. 1054), zuletzt geändert durch Protokoll Nr. 14 v. 13.5.2004 (BGBl. II S. 138).

9 Es geht jedenfalls um einen Fall aus Nordrhein-Westfalen, nämlich die Sache 1 BvR 471/10 u. a., die zu der Frage führt, ob eine Mütze erlaubt ist, die statt des Kopftuchs getragen wird, vgl. die Mitteilung des Bundesverfassungsgerichts vom 29.2.2012 zum Arbeitsprogramm 2012, abgedruckt in EuGRZ 2012, S. 266, Nr. 13.

suchen, ob die Arbeit in allen Details die Literatur ausschöpft und diskutiert. Letzteres ist oft angesichts der Flut der Publikationen kaum möglich und führt – wenn es versucht wird – eher zur Verdunkelung der Grundlinien der Argumentation einer solchen Arbeit.

#### IV.

1. Plätze ums Recht nehmen – wie schon gesagt – nicht nur zahllose Tagungen, sondern auch deren Bände ein. Sie sind von recht unterschiedlicher Qualität. Hier sind wenige herauszugreifen. Zunächst ist allerdings ein Strauß von Vorlesungen aus Münster anzusprechen, der im Sinne einer Einführung in seinen Gegenstand zusammengebunden erschienen ist. Er entstand im Rahmen eines Forschungsprojekts zu Religion und Politik, dem die Herausgeber angehören. Er ist mit Fragen der Normativität befasst, die ja Rechtswissenschaft, Philosophie und Religionswissenschaft gemeinsam immer wieder beschäftigen. Normativität ist schließlich ein Charakteristikum der von ihnen gepflegten Ordnungen. In dem Strauß finden sich folgende Titel: theologisch „Göttliches Gesetz und göttliche Gewalt“ (U. Berges), historisch „Rechtsgewohnheiten und Spielregeln der Politik im Mittelalter“ (G. Althoff), naheliegend zur „Normativität des römischen Rechts im frühen Mittelalter: Ein Brief des Papstes Johann VIII. an König Ludwig III.“ (W. Kaiser), geisteswissenschaftlich „Häresie – kirchliche Normbegründung im Mittelalter zwischen Recht und Religion“ (S. Steckel), juristisch „Rechtsvielfalt“ (P. Oestmann), ebenso „Dogmatisierungsprozesse in Recht und Religion“ (N. Jansen), islamwissenschaftlich „Normative Ambiguitätstoleranz im Islam“ (T. Bauer), juristisch-methodisch hier etwas am Rande „Abwägung – Die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs, oder: Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel“ (J. Rückert), juristisch-historisch „Säkularisierung und Normbegründung“ (T. Gutmann), philosophisch „Normbegründung in der praktischen Philosophie“ (L. Siep), rechtsvergleichend-juristisch „Staat und Religionen“ (C. Walter), bankrechtlich „Normgeltung und Normumgehung: Vom Zinsverbot zur Islamic Finance“ (M. Casper) und schließlich religionswissenschaftlich vergleichend „Theologische Normativität und Religiöser Pluralismus“ (P. Schmidt-Leukel). Der Band fügt sich nicht ganz zur angestrebten Einführung zusammen. Er gibt aber einen guten Einblick in die verschiedenen Ebenen, um die es in Normativitätsdebatten geht, sowie in die historischen Entwicklungslinien normativer Verbindlichkeit, anerkannter Auslegungen von religiösem Brauch, Gewohnheiten und Recht. Auch zeichnet er sich durch eine einfache und klare Sprache, mithin Zugänglichkeit und oft Aktualität aus. Für eine erste Übersicht kann die umfassende Einleitung dienen.

2. Schon näher am Recht und aus einer Tagung mehrerer Forschungsprojekte in Münster heraus entstanden ist der von L. Siep u. a. herausgegebene Band zur religiösen und säkularen Begründung staatlicher Normen. Er weist eine ähnlich anspruchsvolle Tiefe auf, teils werden die Themen von denselben Autoren vorgetragen. Er unterscheidet – nach einer zugleich zusammenfassenden Einleitung und einem ersten Beitrag der politischen Philosophie von R. Audi – zwischen philosophisch-historischen und rechtssystema-

tischen Perspektiven. Der philosophische Teil eröffnet mit „Naturrecht, positives Gesetz und Herrscherwille bei Thomas v. Aquin und William v. Ockham“ (M. Forscher und G. Mensching), dann „Thomas Hobbes und John Locke: Staatssouveränität und unveräußerliche Grundrechte“ (R. Brandt und L. Siep), darauf „I. Kant und G. W. F. Hegel: Vernunftrecht und Geschichte“ (W. Jaeschke und M. Städtler), während der rechtssystematische Teil beginnt mit „Was schützt der liberale Rechtsstaat?“ (K. Seelmann und F. Saliger), gefolgt von „Absoluter Grundrechtsschutz oder interaktive Grundrechte?“ (M. Anderheiden und B. Jakl) und zum Schluss „Normenbegründung als Lernprozess? Zur Tradition der Grund- und Menschenrechte“ (C. Walter und T. Gutmann). Es folgt ein Literatur- und ein Autorenverzeichnis. Gutmann, Jakl, Seelmann, Saliger und Walter sind Juristen, teils aber auch ausgewiesene Rechtsphilosophen; die anderen Philosophen. Der Band ist von durchgängiger theoretischer Konsistenz. Er kommt zu einem Ergebnis, das sich in etwa dahin zusammenfassen lässt, dass die Rationalität der säkularen Begründung seiner Ordnung den Rechtsstaat heute befähigt, sich dem sich verändernden Umfeld anzupassen, nicht also dank einer höheren, transzendenten, göttlich oder anders vorgegebenen Ordnung. Damit erfüllt der Band den hohen Anspruch des Forschungsprojekts, dem er dient, und ist mit allem Nachdruck zu empfehlen.

3. Anders liegt es, wenn Verfassungskonflikte zum Anlass eines Sammelbandes werden, wie sie als Gegenstand einer Tagung in Erfurt beim Max-Weber-Kolleg verhandelt wurden. Hier geht es – wie in einer Einführung durch eine Vorlesung verschiedener Dozenten – vor allem um Anschauung und Ausdeutung der heutigen rechtlichen Möglichkeiten, nicht um eine Rekonstruktion der Bedingungen des Rechtsstaates; es findet sich vielmehr nach einer Beschreibung der Rahmenbedingungen eine Reihe von Beiträgen zu aktuellen Fällen. So stößt man – nach einer wiederum zugleich zusammenfassenden Einleitung – im ersten Teil auf folgende Beiträge: „Kulturkampf und europäische Moderne“ (C. Clark), „Bonn ist doch Weimar. Die Religionsfreiheit im Grundgesetz als Resultat von Konflikt und Kontroverse“ (F. Wittreck), „Der Körperschaftsstaus nach Art. 137 Abs. 5 Satz 1 WRV – ein Gleichheitsversprechen“ (H. M. Heinig), „Trennung, Gleichheit, Nähe. Drei Staat-Kirche-Modelle“ (W. Brugger), „Gerichte als Arenen religiöser Anerkennungskämpfe – eine rechtssoziologische Skizze“ (M. König), „Religionskonflikte und -kontroversen als Formen der Vergesellschaftung“ (V. Krech). Währenddessen handelt der zweite Teil von: „Judentum und Islam in der europäischen Dialektik von Glaube und Vernunft. Anmerkungen zur Geschichtstheologie Papst Benedikts XVI.“ (D. Nirenberg), „Mit oder ohne Gott in das europäische Werteparadies?“ (N. Tietze), „Lebt der freiheitliche säkularisierte Staat von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann? Der Streit um den Werte- und Ethikunterricht in Deutschland und ein Blick nach Frankreich“ (A. Reuter), „Die Kontroverse um Salman Rushdies Satanische Verse und der aktuelle Rechtsdiskurs über Blasphemie“ (H. G. Kippenberg), „Vom Karikaturenstreit zur Idomeneo-Kontroverse. Chronik einer verbalen Aufrüstung zum ‚Kampf der Kulturen‘“ (H. Langbein), „Vom ‚Klerikalismus von oben‘ zum ‚Klerikalismus von unten‘. Radio Maryia und der Katholizismus der polnischen Umbruchgesellschaft“ (H. Dietz), „Die Verfassungsbeschwerde ist begründet.“ Das Verfahren um die Körperschaftsrechte der

Zeugen Jehovas aus religionswissenschaftlicher Perspektive“ (S. Rink), „Die Kontroverse um das Kopftuch der muslimischen Lehrerin – religiös-kultureller Pluralismus als Verfassungsproblem“ (M. Wrase) und schließlich „Der Islam zwischen christlicher Tradition und jüdischer Geschichte. Das Beispiel ritueller Tierschlachtung in Deutschland nach 1945“ (S. Lavi). Hier sind nur Brugger, Heinig und Wittreck Juristen, die auf ihrem Gebiet arbeiten; die anderen sind im weitesten Sinne Sozialwissenschaftler. Dies macht für Juristen den Band interessant, weil diese Beiträge zum Sachverhalt des jeweiligen Konflikts sehr viel beitragen, was man in dieser Außenperspektive bisher nicht gesehen haben mag. Entsprechend bleibt der Band aber manchmal im Vorfeld stecken; auch leistet er nicht den philosophischen Durchstieg zur Sache, der in dem eben erörterten, von Siep herausgegebenen Band angetreten und auch weithin vollendet wird.

4. Zur Hälfte sind es Juristen, die den von L. Häberle u. a. herausgegebenen Band zu Islam, Säkularismus und Religionsrecht bestreiten, der aus einer Tagung einer offenbar dem Katholizismus nahe stehenden Einrichtung – dem Lindenthal-Institut in Köln – hervorging. Er scheint in einer etwas verengten Perspektive dieser Tagung zu folgen. Zunächst findet man dort zwar L. Häberle zu „Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in Deutschland – eine nicht nur verfassungsrechtliche Lageskizze“ und B. Ucar zu „Islam und Verfassungsstaat vor dem Hintergrund der Scharia-Regelungen“ sowie am Ende den Islamwissenschaftler L. Wick zu „Islam und Verfassungsstaat in der Perspektive einflussreicher islamischer Theologen“. Dann folgen als Juristen im herkömmlichen Sinne aber S. Muckel zu „Antworten des Religionsrechts auf die Herausforderungen durch den Islam“, H. M. Heinig zu „Säkularismus‘ und ‚Laizismus‘ als ‚Anfragen‘ [ein Wort aus der tastenden Sprache kirchlicher Milieus] an das säkulare Religionsrecht in Deutschland“ und schließlich S. Magen zu „Neutralität und negative Religionsfreiheit im staatlich verantworteten öffentlichen Raum“. Danach stößt man hinter dem Abdruck der zweiten Aussprache auf eine engagierte, angesichts des letzten Worts zugunsten des italienischen Schulkreuzes erleichterte Stellungnahme zu den beiden einander widersprechenden Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – ein Beitrag, der den erhebliche Beurteilungsspielraum der Staaten bei der Zuordnung von negativer und positiver Religionsfreiheit im Fadenkreuz der Neutralität des Staates in religiösen Angelegenheiten beleuchtet. Er stammt von dem Herausgeber L. Häberle, der immerhin Staatswissenschaften studiert hat, wie sich aus den Lebensläufen mit Foto anfangs des Bandes ergibt. Dieser letzte Beitrag soll offenbar ein nachgereichtes Gegengewicht gegen die Ausführungen von Magen bilden, der der Neutralität des Staates wachsendes Gewicht zumisst. In den Lebensläufen ist auch zu lesen, dass B. Ucar, der heute Islamische Religionspädagogik in Osnabrück lehrt, Rechts- und Islamwissenschaften studiert hat – wobei offen bleibt, welche Rechte dabei Gegenstand waren. Dieser Band erscheint, wie wohl auch die ihm vorausgehende Tagung, in sehr viel stärkerem Maße als die anderen dem Modell der politischen Veranstaltung angenähert. Die Referate, die hier abgedruckt sind, erscheinen auf den ersten Blick auch weniger vertieft und eher ephemere; das gilt indes nicht für alle und kann auch nur für die juristischen Aspekte gesagt werden. Sichtbar werden die unterschiedlichen Perspektiven durch den Abdruck der beiden Aussprachen,

die mittendrin und am Ende der Tagung stattgefunden haben und die europäischen Ebenen, also die der EU und die des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg, stärker einbeziehen als die Referate selbst.

## V.

Seltener nehmen Plätze ums Recht Dokumentationen ein, die Dokumente, Informationen, Interpretationen oder gar Persiflagen enthalten und entweder eine rechtspolitische Absicht zu bevorstehenden Neuerungen oder aber zum ideologischen Hintergrund politischer Strömungen verfolgen. Manche dieser Dokumentationen treten als Tagungsberichte auf, andere sind einer neuen Gattung zwischen politischer Fallstudie und polemischem Pamphlet zuzuordnen. Hier sollen dazu drei Beispiele herausgegriffen werden: ein Band zur Einrichtung eines Studiengangs für islamische Theologie, einer zur heute noch wirksamen Ideologie des Nationalsozialismus und schließlich einer zum Fall Guttenberg als politischem Lehrstück.

1. Zum ersten Beispiel: Die Einrichtung des dringend benötigten<sup>10</sup> Fachs „Islamische Studien“ an deutschen Universitäten setzt voraus, dass „der Islam“ bei den maßgeblichen Personalentscheidungen beteiligt wird. Diese Beteiligung entspricht der traditionellen Mitwirkung von Kirchen bei der Besetzung der Lehrstühle an Theologischen Fakultäten der staatlichen Universitäten, die das Bundesverfassungsgericht aus Anlass des Falles des Theologieprofessors Lüdemann in Göttingen in ihren Grundstrukturen bestätigt hat,<sup>11</sup> die aber schon aus Paritätsgründen auch für andere als christliche Religionen entsprechend anzuwenden ist. Dabei stößt man im Fall des Islams einerseits eben nicht auf eine hierarchische Organisation und leitende Stellen, die befragt werden könnten, und andererseits auf durchaus recht unterschiedliche Strömungen innerhalb der Religion. Daher wird es notwendig, für eine Beteiligung der religiösen Seite eine Struktur zu schaffen, die handeln kann, und sicherzustellen, dass in dem dafür erforderlichen Entscheidungsprozess die verschiedenen Strömungen mitwirken. Das führte zum Konzept von Beiräten an den Hochschulen, die das religiöse Plazet etwa für Berufungen erteilen können. Einwände, dadurch würde eine neuerliche, unzulässige Vermengung zwischen Staat und Religion geschaffen, sind zurückgewiesen worden, machen doch die besondere Sachlage und die Analogie zum Verfahren der Beteiligung der Kirchen an den Entscheidungen, die die christlichen Theologischen Fakultäten betreffen, ein solches Konzept notwendig. Daher wurden entsprechende Ordnungen solcher Beiräte für „Islamische Studien“ entworfen. Ein solcher Entwurf ist in Münster Gegenstand einer Tagung gewesen, die auch tatsächlich Änderungen des Entwurfs bewirkte, also einem praktischen Zweck diene. In Münster besteht neben den christlichen theologischen Fachbereichen eine Projekt-

10 Nur die Bildungseinrichtungen und Bildungszugänge können verhindern, dass ein kruder, meist verborgener Rechtspluralismus entsteht, der schwerlich beherrschbar wird und in keiner Weise dem deutschen Recht zugeordnet ist, vgl. dazu – teils journalistisch-polemisch – J. Wagner, Richter ohne Gesetz. Islamische Paralleljustiz gefährdet unseren Rechtsstaat, Berlin 2011.

11 Vgl. BVerfGE 122, 89 (107 ff.).

gruppe zu „Religion und Politik in den Kulturen der Vormoderne und der Moderne“, neudeutsch: ein Exzellenzcluster, sodass der *genius loci* der Sache ebenso besonders dienlich erscheint wie die juristische Kompetenz dort. Das zeigt auch das weitere Ergebnis neben der Tagung, nämlich der Tagungsband, der zudem den geänderten Entwurf der Hochschulordnung enthält. Die Herausgeber des Bandes, alle damals in Münster, stellen in ihm den Entwurf vor. H. de Wall kommentiert sodann den religionsrechtlichen und V. Epping den hochschulrechtlichen Rahmen für solche Ordnungen. De Wall kommt das Verdienst zu, Fragen des Rechtsschutzes differenziert aufzuklären – etwa zur Anfechtbarkeit von Entscheidungen eines staatlich eingerichteten Gremiums einerseits und einer Kirche oder Religionsgesellschaft andererseits. Letztere gründen oft allein im Selbstbestimmungsrecht und sind daher vor staatlichen Gerichten nicht anfechtbar; erstere weisen den Charakter weltlich-staatlicher Rechtsakte auf und sind daher – wie andere Kollegialentscheidungen staatlich eingerichteter Gremien – vor staatlichen Gerichten überprüfbar, also insbesondere vor den Verwaltungsgerichten. Auf der Tagung fand dann eine eingehende und von den Assistenten dokumentierte Diskussion statt, auf die eine Präsentation des geänderten Entwurfs von C. Walter und J. Oebbeke folgte. Am Ende des Bandes steht der Abdruck eines Auszugs aus den Empfehlungen des Wissenschaftsrats zur Weiterentwicklung von Theologien und religionsbezogenen Wissenschaften an deutschen Hochschulen. Der Band dokumentiert das Muster für solche sachdienlichen rechtspolitischen Tagungen. Er sollte Schule machen, wirkt er doch wie ein kollektives Gutachten mehrerer Fachgelehrter, ersetzt so auch den Konflikt widerstreitender Gutachten und macht gerichtliche Auseinandersetzungen weniger wahrscheinlich. Solche dokumentierten Bemühungen werden allmählich dazu führen, dass die Kritik<sup>12</sup> an den Bemühungen, alle dem öffentlichen Frieden zugewandten Richtungen des Islam in Schule und Gesellschaft zu integrieren, differenzierter werden wird.

2. Das zweite Beispiel: Die untergründigen und meist verborgenen Strömungen heutiger rechtsradikaler Ideologien sind oft kaum zu fassen. Daher sind Forschungen und Dokumentationen zu ihnen von besonderem Interesse. In aller Regel reichen die Wurzeln der Strömungen in die Weimarer Zeit zurück und nutzen den ideologischen Schmelztiegel des Nationalsozialismus. Die Stiftung 20. Juli hat sich im Wege einer Tagung zur Aufgabe gemacht, diesen Strömungen nachzugehen, was besonders verdienstvoll ist, hat doch der Widerstand eher selten der westlichen, liberalen und pluralistischen Konzeption von Politik gehuldigt, die heute als selbstverständliches Gemeingut auftritt. Auf Seiten der weltanschaulichen Grundlagen des Nationalsozialismus, die seit 1945 und – besonders unter repressiven Verhältnissen – bis heute nicht verschwunden sind, besteht eine gewisse Gefahr der Verharmlosung, sind sie doch der öffentlichen Debatte lange fern gewesen und heute oft kaum mehr wirklich bekannt. Erst jüngere Kriminalfälle nach der deutschen Vereinigung und die Diskussion um das Instrument des Parteienverbots haben gezeigt,

12 Vgl. etwa H. Horstkotte, Auf dem Schulweg zum Staatsislam. Als erstes Bundesland ermöglicht Nordrhein-Westfalen Muslimen gesetzlichen Religionsunterricht. Doch die Vorbereitungen erweisen sich als rechtlicher und pädagogischer Pflusch, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 171 vom 25.7.2012, S. N5.

dass man auch die in rechtsradikalen Kreisen virulenten Ideologien kennen sollte, um Fehleinschätzungen besser vermeiden zu können. Für die Rechtspraxis der Strafverfolgung und des Parteienrechts sind daher empirische Studien und historische Dokumentationen auf diesem Gebiet von erheblichem Interesse. Es kann auch hier nicht darum gehen, die einzelnen Autoren näher vorzustellen. Thematisch aber ist das Angebot umfassend: von den geistesgeschichtlichen Voraussetzungen des Nationalsozialismus (H.-C. Kraus), vom religiösen über den sozialen und den politischen zum rassistischen Antisemitismus (A. Pfahl-Traugher), daneben zu den Feindbildern des Antibolschewismus und des Antisemitismus (F. Pohlmann) und zum Nationalsozialismus als Anti-Marxismus und hin zu der Frage, ob der Nationalsozialismus als Religion bezeichnet werden kann, (H. Maier) findet man wichtige Beiträge, die viel fassbar machen. Die Gegenentwürfe von Widerstandskreisen sind angesprochen, etwa mit einem Titel von der „Totalität der Politik“ im Gegensatz zum totalen Krieg (M. Stickler), mit einer Darstellung der Wirtschaftsauffassung der Kreisauer (G. Brakelmann) und einem Beitrag zum Widerstand als Pflicht im Freiburger Kreis (T. Vogel). Dann folgen noch gegenwartsbezogene Beiträge zur SRP und dem frühen Rechtsextremismus in der Bundesrepublik (H. Hansen), zum ideologischen Profil der NPD (S. Kailitz) sowie zu den Perspektiven eines deutsch-deutschen Diktaturvergleichs im Licht der Rolle der Ideologie im „Dritten Reich“ und in der DDR (M. Becker). Es kann hier dahin stehen, ob alle Beiträge für Recht, Politik und Gesellschaft erhebliches Gewicht im anfangs genannten Sinne haben. Entscheidend ist, dass es Foren gibt, die nicht missbraucht werden können, aber zugleich dafür Sorge tragen, dass bewusst bleibt, welche ideologischen Verirrungen Grundlage menschenverachtender Politiken sind, sodass man in der Lage ist, sie wahrzunehmen, wenn sie wieder aufscheinen. Daneben bieten die Ausführungen zum Nationalsozialismus als politischer Religion eine Forschungsperspektive, die hervorzuheben ist.<sup>13</sup> Als „Religion“ sind zwar oft auch wissenschaftliche Lehren bezeichnet worden;<sup>14</sup> hier geht es indes um den Einsatz religiöser Elemente und deren massensuggestive Wirkung im politischen Geschäft, teils auch im Mäntelchen vorgeblicher Wissenschaftlichkeit.

3. Das dritte Beispiel ist ganz anderer, sozusagen etwas frivoler Art und trifft zugleich einen jungen, inzwischen flüchtigen und gewissermaßen nun verflüchtigten Heilsbringer, der seine Inszenierung in der Politik als Beruf betrieb: Es geht um einen der Plagiatsfälle mehr oder weniger prominenter oder prominent gewordener Doktoren. Hier führt leider gerade die Rechtswissenschaft das Feld an, insbesondere mit dem bisher guten

13 Eine andere Ebene sind Berichte aus der Zeit, insbesondere etwa R. Halkett, *Der liebe Unhold. Autobiographisches Zeitportrait 1900–1939*, Hürth bei Köln 2012, – ein Buch, das 1939 in englischer Sprache in London erschien unter dem neuen Namen des Emigranten A. G. F. Frhr. v. Fritsch/S. Haffner, *Germany: Jekyll & Hyde 1939. Deutschland von innen betrachtet* (London 1940), Berlin 1996, der – wie es heißt – nach dem Erscheinen des Buches von Halkett die Arbeit an seinem stark autobiographischen Entwurf S. Haffner, *Geschichte eines Deutschen*, in London einstellte, das dann erst seine Erben Sarah Haffner und Oliver Pretzel 2000 veröffentlichten; schließlich auch B. Hamann, *Hitlers Wien*, München 2002.

14 Dagegen hat sich insbesondere H. Kelsen gewandt; er hat die betreffende Schrift nicht mehr selbst veröffentlicht, vgl. jetzt „*Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy. Science and Politics as „New Religions“*“, Wien 2012.

Namen Guttenberg. Inszenierungen sind in vielen Zusammenhängen eine übliche Form der Präsentation, so auch in der Wissenschaft, gerade der vom öffentlichen Recht.<sup>15</sup> Kritischer wird es aber, wenn die Inszenierung selbst sozusagen zum Beruf wird und ihn ausmacht. Dann ersetzt die Rolle des Regisseurs der eigenen Erscheinung den Beruf, den man wahrzunehmen und in seinen Funktionen verantwortlich auszufüllen vorgibt. Neben dem Problem einer ausreichenden Kontrolle der Seriosität wissenschaftlicher Arbeiten und der geforderten Redlichkeit ist dies schließlich der Teil des Eisbergs unter dem Wasser, den man nicht sieht. Die Dreistigkeit der Täuschungsmanöver, gerade auch gegenüber dem eigenen Doktorvater, wird nämlich begleitet von dem Zynismus des politischen Karrieristen, der alles – bis hin zu der Zuneigung seiner Parteifreunde und vor allem seiner Wähler – manipulierbar macht. Daher sind kritische, polemische und in diesem Sinne ephemere sowie stellenweise selbst entgleitende Pamphlete durchaus veranlasst. Sie sind nötig, um dem Treiben einer solchen Karriere ein Ende zu setzen und auch ihre alsbaldige Wiederaufnahme zu verhindern. So lag es hier. Die Herausgeber sind in der Wissenschaft zu Hause – der erste als Nachfolger des Doktorvaters, der zweite als Koordinator des Wissenschaftskollegs zu Berlin, in dem der Workshop stattgefunden hat, der diese Publikation ergab. Sie haben eine Reihe journalistischer und wissenschaftlicher Autoren zusammengeführt, die nahezu alle Aspekte des Skandals bearbeiten. Es ist all das jetzt nicht noch einmal auszubreiten, aber doch zu erinnern. Anzumerken bleibt, dass die Beiträge in der Regel ausgezeichnet sind, nicht nur zum Fall, sondern auch zur Analyse des politischen Personals und seines Umfelds in der Bundesrepublik. Der zweite Aspekt sollte mit dem Aktualitätsverlust und der Vergänglichkeit des Falles Guttenberg nicht verloren gehen.

## VI.

Einen hervorgehobenen Platz verdienen systematische Analysen, die einer politischen Verfassungslehre vorgelagert sind oder diese voraussetzen<sup>16</sup> und die eine Tugendlehre des demokratisch-republikanischen Staates entwickeln. Dies liefert A. Honneth, Ordinarius in Frankfurt/Main und geschäftsführender Direktor des berühmten Instituts für Sozialforschung dort, mit seinem „Recht der Freiheit“. Dieses Recht soll wesentlich aus einer demokratischen Sittlichkeit heraus begründet werden, die zurück zu Hegel findet, Gesellschaft und Staat von dort aus begründet, dann aber sozial wendet und so die Konstituierung einer sozialen Gerechtigkeit zu erreichen sucht. Jedenfalls sieht J. Habermas den Autor nach dem Klappentext auf dem Weg von Marx zu Hegel.

Honneth unterscheidet drei Modelle der Freiheit, nämlich negative, reflexive und soziale Freiheit. Die erste bezeichnet nur den objektiven Befund der Freiheit von Zwang und

15 H. Goerlich, Verfassungsrecht-Verfassungsgeschichte-Verfassungspolitik. Gängige Inszenierungen einer Wissenschaft und ihre Ebenen, in: *Comparativ* 16 (2006) 1, S. 171 ff.

16 G. Haverkate, Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, München 1992, ein Werk eines zu früh verstorbenen Kollegen, das keine weitere Auflage und auch keine Konkurrenz bekommen hat, die M. Stolleis (Anm. 3) hätte erwähnen können.

Gesetzen und folgt so Maßstäben moralischer Freiheit. Die zweite bezieht sich auf Kant im Sinne eines autonomen Handelns nach eigenen Gesetzen, während die dritte die Interaktion und Kommunikation mit anderen erfasst, also normierte Verhaltenspraktiken akzeptiert und daher auch Institutionen einbeziehen kann. Letztgenannte Freiheit führt so in gegenseitiger Anerkennung zu Verhaltensformen jenseits der Pathologien bloß rechtlicher Freiheiten. Sie erlaubt außerdem, eine Fülle sozialer Phänomene einzubeziehen und zu erörtern. Individuen sind dann nicht bloße „Charaktermasken des Rechts“, die zum Selbstzweck gewordene Rechtsnormen berufen. Die bloß moralische Freiheit wird durch die Anstrengung sozialer Freiheit überwunden, die sich in Auseinandersetzungen manifestiert und erst nach Kämpfen und Konflikten greifbar wird. Erst dann ist eine demokratische Sittlichkeit für Honneth möglich, die den bloßen Marktmechanismen überlegen ist, ja sie überwindet und der Entpolitisierung der demokratischen Willensbildung sowie der Auszehrung der politischen Parteien entgegenwirkt.

Dieses Programm der Schrift übertrifft sicher das, was Juristen oft erwarten. Auch liegt es jenseits des Standards der politischen Philosophie und rückt sich ins Zentrum der sozialen Wahrnehmung dessen, was Freiheit letztlich ausmacht. Die so verstandene Freiheit ermöglicht und erhält den sozialen Zusammenhalt, setzt aber eine autonome Politik sozialer Verbände immer schon voraus, soll sie in demokratischen Formen gelingen – von kleinen Einheiten bis hin zu modernen Demokratien. Insofern empfiehlt sich das Buch als Hilfe zu einem besseren Verständnis des Verhältnisses zwischen Freiheit, Institutionen und sozialer Ordnung, als es das Recht oder der bloße Appell an die Bürgertugend, die keinen sozialen Bezug aufweist, vermitteln könnte.

## VII.

Ganz diesseits der Bürgertugend widmet schließlich ein älterer Kollege seinen Ruhestand in der eingangs zuletzt genannten Schrift der fundamentalen Auseinandersetzung mit Art. 79 Abs. 3 GG – also der so genannten Ewigkeitsklausel des Grundgesetzes, der Verfassungsänderungen umhegt. Er nähert sich der Vorschrift herkömmlich im Sinne des juristischen Handwerks nur durch das, was dort ausdrücklich im Text zu finden ist, nicht aber auch durch anderes, das man hineinzulesen geneigt war oder ist – besonders nachdem Art. 24 Abs. 1 GG als europäischer Integrationshebel nicht mehr dienen kann, da er durch die Sondervorschrift des Art. 23 GG verdrängt worden ist. Art. 79 Abs. 3 GG geriet dabei zunehmend zum Hort einer „Verfassungsidentität“, wobei man nicht weiß, ob die dort auftretende demokratische Identität dem Nationalen dient oder umgekehrt die nationale Identität der Demokratie.<sup>17</sup> Der neue Hebel des Art. 23 GG geriet nun unter die Kuratel der Identitätsaufladung des Art. 79 Abs. 3 GG, der so zum Anknüpfungspunkt und Ort von „Identitätskontrollen“ wurde. Mit den früheren Bedürfnissen

17 J. Habermas, Heraus aus dem Teufelskreis. Auch nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts geht es nicht anders: Die Nationalstaaten müssen Souveränität an ein demokratisches Europa abgeben, in: *Süddeutsche Zeitung* vom 22./23.9.2012, S. 15, aus Anlass des Beschlusses im Eilverfahren (BVerfG, Beschl. v. 12.9.2012 – 2 BvR 1390/12 u. a. – abgedruckt in: *EuGRZ* 2012, 569 ff.).

nach einem Schutz vor zu weitgehenden Verfassungsänderungen hat das nichts mehr zu tun.<sup>18</sup>

Damit sind nun nicht Fragen republikanischer Tugendlehren Gegenstand; es geht vielmehr um die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts<sup>19</sup>, die in jüngerer Zeit neben Fachbeiträgen von dem gesprochen haben, was nun Identität der Verfassung genannt wird.<sup>20</sup> Die in diesem Zusammenhang entstandenen und aufgegriffenen Identitätslehren erlauben nicht nur die Entwicklung von „Identitätskontrollen“ am damit aufgeladenen Art. 79 Abs. 3 GG. Auf diesem Weg der Auslegung lässt sich auch immer mehr in dieser Vorschrift anseilen, sodass bestimmte Politikbereiche gewissermaßen unverrückbar in nationaler Zuständigkeit gesehen werden können.<sup>21</sup> So sind etwa weite Teile der Bildungspolitik, des Religionsverfassungsrechts oder des Medienrechts und des Familienrechts, aber auch des formellen Strafrechts und des Gewaltmonopols der europäischen Integration entzogen. Das mag politisch ein legitimes Ziel zum Ausdruck bringen. Ob dieses Ziel aber tatsächlich den Schutz der Unantastbarkeit dank Art. 79 Abs. 3 GG genießt, steht auf einem ganz anderen Blatt. Die besondere Brisanz liegt in der Ewigkeitsanseilung, die früher so nicht bestand, als man mit der Bezugnahme auf die „Identität“ den Wirkungsmöglichkeiten des so genannten Integrationshebels – Art. 24 Abs. 1 GG alter Fassung – Grenzen setzen wollte. Dabei war Art. 24 Abs. 1 GG a. F. der Anknüpfungspunkt für eine Integrationsverantwortung, die nicht den Konflikt mit der nationalen Verfassung, sondern Konkordanz suchte – ebenso wie heute Art. 23 GG. Die Verfassungsidentität wurde so allmählich zum Vehikel, diese Verantwortung in Frage zu stellen und hatte zudem den Effekt, die Harmonisierung des Schutzniveaus der nationalen Verfassungen und der Union zu fördern. Dies war also eine Erfolgsgeschichte, bis man die Verfassungsidentität allzusehr auflud und Art. 79 Abs. 3 GG damit befrachtete. Inzwischen hat die „Identität“ ihre Reise in der Rechtsprechung übrigens fortgesetzt und dient nunmehr dazu, ungeschriebene Grenzen des Art. 5 Abs. 1 GG zu entdecken, um sich der Last fortgesetzter Eilverfahren zu entledigen, die Holocaust-Leugner mit ihren Wünschen, Aufmärsche durchzuführen, auslösen. Daher taucht im so genannten

18 Jüngst grundlegend H. Dreier, Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat, Vortrag vor der Carl Friedrich von Siemens Stiftung 2008, München 2009.

19 Vgl. BVerfGE 123, 267 ff. – Lissabon; 126, 286 ff. – Honeywell; früher tauchte solche „Identität“ in anderer normativer Anseilung, nämlich am damaligen Art. 24 Abs. 1 GG auf in BVerfGE 37, 271 (279 f.) – Solange I; BVerfGE 71, 339 (375 f.) – Solange II; darauf hat A. Guggenberger, Grundgesetz und Europa, in: ZeuS 2012, 1 (27 ff.) aufmerksam gemacht. Will man eine Innensicht der Entwicklung zur Lissabon-Entscheidung hin gewinnen, so scheint es sinnvoll, das zur Habilitationsschrift verwandelte Votum eines Mitarbeiters des Berichterstatters zuzuziehen, nämlich F. Schorkopf, Grundgesetz und Überstaatlichkeit, Tübingen 2009.

20 Die Identitätsdebatte ist in der Tat älter; sie erreichte 2002 die Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer: S. Koriath/A. v. Bogdandy, Europäische und nationale Identität: Europäische Integration durch Verfassungsrecht?, in: VVDStRL 62 (2003), 117 ff. bzw. 156 ff. Vgl. jetzt nach den Formulierungen im europäischen Primärrecht der Verträge M. Kotzur, Zur politischen Identität der europäischen Staaten, in: D. T. Tsatsos (Hrsg.), Die Unionsgrundordnung. Handbuch zur Europäischen Verfassung, Berlin 2010, S. 165 ff.; ders., Europas Einheit in kultureller Vielfalt. Identitätsdiskurse nach dem Reformvertrag von Lissabon, in: M. Wittinger u. a. (Hrsg.), Verfassung – Völkerrecht – Kulturgüterschutz. Festschrift für Wilfried Fiedler zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 557 ff.

21 Dies ist schon erörtert worden, vgl. etwa die kritischen neben eher affirmativen Beiträgen in K. Odendahl (Hrsg.), Europäische (Bildungs-)Union?, Berlin 2011.

Wunsiedel-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts nunmehr die Identität auf, die diese Leugnung historischer Tatsachen schutzlos stellen soll.<sup>22</sup>

Dabei ist „Identität“ ein zunächst völlig offener, wohl keineswegs der Rechtswissenschaft entstammender und nun einem akademischen Diskurs entnommener Begriff, der sich zum Füllhorn machen lässt für zahlreiche nationale oder sonstige politische Wünsche, Erwartungen und Hoffnungen. Demgegenüber war und ist Art. 79 Abs. 3 GG einerseits durch seinen Text und andererseits durch seinen Anwendungsbereich für den Fall der Verfassungsänderung im nur nationalen Rahmen sehr viel präziser, technischer und in seiner Reichweite begrenzter, als dies nun der Fall zu sein scheint.

Die hier angezeigte, manchmal etwas unausgereifte Abhandlung schreitet ihren Gegenstand ab, indem sie sich zunächst mit dem Lissabon-Urteil auseinandersetzt, dann Art. 79 Abs. 3 GG vorstellt und interpretiert, sodann nach einem verfassungsgeschichtlichen Rückblick die Interpretationsgeschichte des Art. 79 Abs. 3 GG – teilweise mit historischen Inkursen zur verfassungsgebenden Gewalt des Volkes – abschreitet, danach die frühe Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts heranzieht und schließlich die Entstehungsgeschichte der Präambel, des Art. 20 und des Art. 79 Abs. 3 GG diskutiert – allerdings kennzeichnenderweise und mit Folgen ohne Rückgriff auf Art. 146 GG in seiner früheren oder heutigen Gestalt. Darauf werden normtheoretische und entmythologisierende Erwägungen angestellt, die dazu führen, Art. 79 Abs. 3 GG seine immanente, innerhalb des Grundgesetzes bestehende Bindungswirkung zu nehmen. Eine Beschränkung seiner Bindungswirkung auf immanente Änderungen des Grundgesetzes ist diskutabel, wenn das mit einem Bezug auf die verfassungsgebende Gewalt des Volkes im Sinne Art. 146 GG verbunden ist. Er gestattet die Schaffung einer neuen Verfassung durch das deutsche Volk. Ob – um zum Ausgangspunkt dieses Berichts über die doch etwas kurzschlüssige Untersuchung unseres Kollegen zurückzukehren – dieses Volk dem Bundesverfassungsgericht dann noch so viele Befugnisse zuweisen würde, wie das Grundgesetz es getan und sich dieses Gericht darüber hinaus selbst zugesprochen hat, steht auf einem anderen Blatt. Insofern mag das Gericht sich durch seinen Verweis auf die verfassungsgebende Gewalt des Volkes im Rahmen seiner Identitätsdogmen und -kontrollen zwischen Verfassungsidentität und Integrationsverantwortung selbst einen Bären-dienst erwiesen haben und erneut erweisen.<sup>23</sup>

22 Vgl. BVerfGE 124, 300 (328) – Wunsiedel; dazu der Berichterstatter J. Masing, Meinungsfreiheit und Schutz der verfassungsrechtlichen Ordnung, in: JZ 2012, 585 ff. (589) – wobei es nicht mehr erstaunt, dass ein Richter seine Entscheidungen öffentlich kommentiert, nachdem dies entgegen der älteren guten Übung zwei Amtsvorgänger auf dieser Richterstelle beim Bundesverfassungsgericht – D. Grimm und W. Hoffmann-Riem, beide allerdings eher, um die Spruchpraxis des Gerichts Fachgerichten besser zu vermitteln oder sie zumindest zusammenzufassen – früher schon getan hatten. J. Masing hatte – abgesehen von Lehrveranstaltungen in Freiburg – eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, an der er mitgewirkt hatte, zum Gegenstand seiner Freiburger Antrittsvorlesung gemacht, wobei dies den betroffenen – „seinen“ – Senat offenbar nicht störte, denn er erschien zu diesem akademischen Ereignis – abgesehen von den Damen – vollständig; später erschien sogar der Präsident als sein Kollege; es ging um BVerfGE 128, 226 (250 ff.).

23 Vorausgegangen war der andere Bären-dienst, sich Zugang zur Sachprüfung in diesen Fällen zu verschaffen, indem man sich die Argumentation der Antragsteller und Beschwerdeführer dieser Verfahren seit Maastricht zu eigen machte, dass aus Art. 38 Abs. 1 GG nicht nur das Wahlrecht zu entnehmen ist, sondern sich aus diesem

Unser Kollege im Ruhestand – ein nicht unbekannter Zustand, der mit vielen Risiken verbunden ist – scheint nun allerdings – wie schon angedeutet – das Kind mit dem Bade auszuschütten: Er meint, Art. 79 Abs. 3 GG besitze schon heute, unter dem Grundgesetz, in dem er steht, keinerlei Normativität im Verhältnis zum die Verfassung ändernden Gesetzgeber. Diese These bestellt das Feld am anderen Ende, betrifft also nicht den Inhalt des Art. 79 Abs. 3 GG oder seinen Anwendungsbereich, sondern die Fragen seiner Normativität gegenüber der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes. Auch wenn man seine Skepsis gegenüber der Identitätsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts teilt, so geht dies sehr wohl zu weit. Denn gegen innere Veränderungen der Verfassungsstrukturen schützt er unter Nennung bestimmter Elemente. Dies hat die Rechtsprechung bisher gezeigt,<sup>24</sup> dass es gewisse abwägungsresistente Elemente der Verfassung gibt. Sie sind auch in Art. 79 Abs. 3 GG verankert und erfahren teilweise eine besondere Ergänzung zur Verdeutlichung, wie Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG – das Misshandlungs- und Folterverbot – und auch Art. 102 GG – das Verbot der Todesstrafe – zeigen. Sie stehen nicht zur Disposition – übrigens auch nach dem europäischen Menschenrechtsschutz nicht, zumal auch dieser, wie die klassischen Erklärungen von 1776 und 1789, von Anfang an den Bezug zur Gewaltenteilung, zur Demokratie und zur Verbindlichkeit des Rechts wie des die Menschenrechte verwirklichenden Verfassungsrechts aufwies.<sup>25</sup> Daher kommen nicht erst heute Strukturprinzipien hinzu, die gewiss – wie die Grundrechte<sup>26</sup> – zwar veränderungsoffen, aber nicht gänzlich disponibel sind. Das bringt Art. 79 Abs. 3 GG innerhalb des Rechtsregimes des Grundgesetzes zum Ausdruck. Daran wäre festzuhalten. Aufladungen aber nehmen dem die Verfassung ändernden Gesetzgeber den ihm zustehenden Gestaltungsspielraum und zwingen in die Inanspruchnahme der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes, will man auf dem Pfad der Integrationsverantwortung noch fortfahren.

## VII.

Insgesamt zeigt die *tour d'horizon*, dass um die zahlreichen aktuellen Rechtsfragen eine Fülle von Publikationen zu finden ist, der für die fachlich-technische Arbeit der Rechtsanwendung auf den ersten Blick unmittelbar keine Bedeutung zukommt. Die Arbeiten kennzeichnen aber den Hintergrund im tieferen Verständnis, prägen zumindest in Teilen das Klima und sind so Indikatoren der Rechtsentwicklung. Daher lohnt es, diesen Umkreis des Rechts aufzusuchen und sich mit dem auseinanderzusetzen, was man dort

Grundrecht auch ein „Recht auf Demokratie“ ergibt, das über den in Art. 79 Abs. 3 GG erwähnten Art. 20 GG erlaubt, einen Verstoß gegen Art. 79 Abs. 3 GG – Demokratie – wegen Übertragung von Hoheitsrechten zu rügen.

24 Vgl. BVerfGE 115, 118 (139 ff.) – Luftsicherungsgesetz; dazu die Anrufung des Plenums BVerfGE 128, 325 f.; inzwischen der Plenarbeschluss v. 3.7.2012 – PBvU 1/11 – abgedruckt in: EuGRZ 2012, 536 ff.

25 Diesen Rahmen macht H. Dreier in seinem in Anm. 19 genannten Münchner Vortrag sehr deutlich; er stand dem Autor der hier zuletzt erörterten Schrift nach seinem Literaturverzeichnis nicht zur Verfügung.

26 Vgl. BVerfGE 109, 279 (310) – Lauschangriff, mit abw. Meinung der Richterinnen Jaeger und Hohmann-Dennhardt.

findet. Das gilt auch für die Nachbardisziplinen der Rechtswissenschaft, die mit der Arbeit der Juristen und ihren Ergebnissen konfrontiert sind und sie zu verstehen suchen. Vielleicht verhelfen solche Ausflüge zu größerem gegenseitigen Verständnis.