

Innenansichten des deutschen und ostasiatischen Rechts

Herausgegeben von
CHRISTIAN VON BAR,
YU-CHEOL SHIN und
MICHAEL STOLLEIS

Mohr Siebeck

Innenansichten des deutschen und ostasiatischen Rechts



Innenansichten des deutschen und ostasiatischen Rechts

Herausgegeben von
Christian von Bar, Yu-Cheol Shin
und Michael Stolleis

Mohr Siebeck

Christian von Bar ist Professor für Bürgerliches Recht, Internationales und Europäisches Privatrecht sowie Rechtsvergleichung an der Universität Osnabrück.

Yu-Cheol Shin ist ordentlicher Professor für Zivilrecht und Europäische Rechtsgeschichte an der Chungnam-Universität in Daejeon, Republik Korea.

Michael Stolleis ist emeritierter Direktor des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt am Main.

Gefördert vom DAAD aus Mitteln des Auswärtigen Amtes (AA).

ISBN 978-3-16-160049-4/eISBN 978-3-16-160074-6
DOI 10.1628/978-3-16-160074-6

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen gesetzt und von Druckerei Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die erste Tagung deutschsprachiger Juristen Ostasiens fand im Jahre 2012 an der staatlichen Chungnam-Universität in Daejeon, Rep. Korea, unter dem Rahmenthema „Rezeption europäischer Rechte in Ostasien“ statt.¹ Daran anschließend wurde im Mai 2013 eine zweite Tagung an der Chinesischen Universität für Politik- und Rechtswissenschaft in Peking, VR China, mit dem Rahmenthema „Privatautonomie – Aufgaben und Grenzen“ veranstaltet.²

Der Deutsche Akademische Austauschdienst (DAAD), der bis dahin solche Fachtagungen nur landesspezifisch unterstützt, länderübergreifende Veranstaltungen dagegen ohne Fachbezug für alle DAAD-Alumni in Asien organisiert hatte, griff die Idee gerne auf, deutschsprachige Juristen Ostasiens gemeinsam mit deutschen Juristen zu einer Konferenz einzuladen und zu ausgewählten Themen auf Deutsch vortragen und diskutieren zu lassen. Dabei sollten diese Konferenzen auf alle Bereiche der Rechtswissenschaft erweitert werden.

Der DAAD ermöglichte und initiierte daher die erste offizielle Konferenz deutschsprachiger Juristen Ostasiens, die im Oktober 2013 an der staatlichen Chengchi-Universität in Taipeh, Taiwan, unter dem Rahmenthema „Grundlagen und Aufgaben der gerichtlichen Rechtspflege – Richterliche Unabhängigkeit, Sicherung der Rechtseinheit, Fortbildung des Rechts“ stattfand. Am Ende dieser Konferenz wurde beschlossen, diese Konferenz im zweijährigen Turnus zu veranstalten, und zwar alternierend in Taiwan, China, Japan, Korea und Deutschland.

Gemäß diesem Beschluß fanden im Jahr 2015 die zweite Konferenz an der chinesischen Volks- bzw. Renmin-Universität in Peking, VR China, unter dem Generalthema „Risikogesellschaft und Massenschäden“, und im Jahr 2017 die dritte Konferenz an der Ritsumeikan-Universität, Kyoto, Japan, unter dem Oberthema „Grundrechtsschutz in der Rechtspraxis und Rechtsdogmatik – Aspekte aus dem europäischen und asiatischen Verfassungs-, Zivil- und Strafrecht“ statt.³

¹ Vgl. *Yu-Cheol Shin* (Hrsg.), *Rezeption europäischer Rechte in Ostasien*, Seoul 2013, XVII und 305 S.

² Vgl. *Marco Haase* (Hrsg.), *Privatautonomie – Aufgaben und Grenzen*, Baden-Baden 2015, 353 S.

³ Vgl. *Ritsumeikan Law Review* No. 35 (Special Issue), Kyoto 2017, 233 S. mit Einleitung und Schlusswort von *Masahisa Deguchi*.

Die Konferenzen finden ihre Rechtfertigung in der Rezeption des deutschen Rechts in Ostasien, die rechtsvergleichend betrachtet ein einzigartiges Phänomen darstellt. Denn in den betreffenden Ländern wurde eine fremde Rechtskultur ohne den Hintergrund einer kolonialen Vergangenheit freiwillig übernommen, welche bis in die Gegenwart auf dieser Basis umgestaltet wird. Die kulturhistorische Dimension dieses Phänomens ist kaum zu überschätzen; es ist in der ostasiatischen Geschichte nur mit der Annahme und Verbreitung des Buddhismus in Ostasien vergleichbar.

Im August 2019 fand die vierte Konferenz deutschsprachiger Juristen Ostasiens an der staatlichen Chungnam-Universität in Daejeon, Rep. Korea, unter den Rahmenthemen „Innenansichten des deutschen und ostasiatischen Rechts“ und „Künstliche Intelligenz und juristische Herausforderungen“ statt.

Das vorliegende Buch enthält die Vorträge, welche die Autoren auf der Konferenz zum Thema „Innenansichten“ gehalten und danach für Zwecke der Drucklegung überarbeitet haben. Mit dem Ausdruck „Innenansichten“ ist eine retrospektive Gesamtbetrachtung gemeint. Die Autoren berichten die bisherigen Entwicklungen des Verfassungsrechts bzw. Privatrechts des eigenen Landes seit dem Zweiten Weltkrieg im Überblick und ermitteln die Charakteristika des eigenen Rechts. Bei allen Autoren bedanke ich mich aufrichtig für ihr Engagement und ihre Zusammenarbeit. Besonders danken möchte ich den beiden Keynote-Speakern, Herrn *Michael Stolleis* und Herrn *Christian von Bar*, die freundlicherweise auch die Mitherausgeberschaft dieses Bandes übernommen haben.

Außer den Autoren haben zahlreiche Kolleginnen und Kollegen an der Konferenz teilgenommen. Als Moderatoren haben in alphabetischer Reihenfolge Frau *Yuanshi Bu* (Freiburg i. Br.), Herr *Masahisa Deguchi* (Kyoto), Herr *Ayumu Endo* (Fukuoka), Frau *Hyon-Kyong Joo* (Daejeon), Herr *Hans-Peter Marutshcke* (Hagen/Kyoto), Herr *Thomas Schmitz* (Göttingen/Yogyakarta), Herr *Bo-Cook Seo* (Daejeon), Frau *Yu-Zu Tai* (Taipeh), Herr *Hai-Nan Wang* (Taipeh), Frau *Yun-Ju Wang* (Chiayi) und Frau *Jiin-Yu Wu* (Taipeh) bei der Konferenz mitgewirkt. Allen Teilnehmern und Moderatoren danke ich sehr herzlich.

Zur Begrüßung kamen Herr *Hwang-Sik Kim*, ehemaliger Ministerpräsident der Rep. Korea, Herr *Christoph Hollenders*, Notar und Honorarkonsul der Rep. Korea in Dresden, und Herr *Shigeo Nishimura*, Emeritus an der Kyushu-Universität in Fukuoka, nach Daejeon, um der rechtswissenschaftlichen Verbundenheit zwischen Deutschland und Korea bzw. den ostasiatischen Ländern Ausdruck zu verleihen. Auch ihnen haben wir das Gelingen dieser Konferenz zu verdanken.

Mein besonderer Dank gilt schließlich Frau *Margret Wintermantel*, seinerzeit Präsidentin des DAAD, Herrn *Alexander Renner*, Wissenschaftsattaché der deutschen Botschaft in Seoul, und Herrn *Deok-Seong Oh*, dem ehemaligen Rektor der Chungnam-Universität, die persönlich zur Konferenz kamen und

einleitende Ansprachen hielten. Ohne deren wohlwollende und großzügige Unterstützung wäre die Veranstaltung dieser Konferenz kaum möglich gewesen.

Möge die Zusammenarbeit deutscher und deutschsprachiger Juristen Ostasiens in der Zukunft weiter fortgesetzt werden und stets gute Erträge bringen.

Daejeon, im September 2020

Yu-Cheol Shin

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XI

Teil 1

Innenansichten des deutschen und ostasiatischen Verfassungsrechts

Michael Stolleis

Innenansicht des deutschen Verfassungsrechts	3
--	---

Kwang Seok Cheon (全光錫)

Innenansicht des koreanischen Verfassungsrechts – Verfassungsnorm, Verfassungswirklichkeit und Verfassungsrechtswissenschaft	17
---	----

Chien-Liang Lee (李建良)

70 Jahre Verfassung für die Republik China in Taiwan – Innenansicht des taiwanesischen Verfassungsrechts anhand der Verfassungsrechtsprechung	35
--	----

Yubiko Miyake (三宅雄彦)

Innenansicht des japanischen Verfassungsrechts – Japanische Verfassungsrechtslehre als „French Approach“?	61
--	----

Libin Xie (谢立斌)

Innenansicht des chinesischen Verfassungsrechts	85
---	----

Tserenbaltavyn Sarantuya

Innenansicht des mongolischen Verfassungsrechts – Die Werte der Verfassung und ihre Umsetzung in der Mongolei	103
--	-----

Minh Tuan Nguyen

Innenansicht des vietnamesischen Verfassungsrechts	113
--	-----

<i>Thomas Schmitz</i>	
Innenansicht des europäischen Verfassungsrechts?	129
<i>Clemens Richter</i>	
Resümee für die Innenansichten des Verfassungsrechts	163
Diskussion	169

Teil 2

Innenansichten des deutschen
und ostasiatischen Privatrechts

<i>Christian von Bar</i>	
Innenansichten des deutschen Privatrechts seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges	181
<i>Tamotsu Isomura (磯村保)</i>	
Innenansicht des japanischen Zivilrechts – Die Entwicklung des japanischen Zivilrechts nach dem Zweiten Weltkrieg	211
<i>Young June Lee (李英俊) / Youn Seok Choi (崔允碩)</i>	
Aufgaben und Probleme des koreanischen Zivilrechts	225
<i>Immanuel Cheng-Hsien Hsu (許政賢)</i>	
Innenansicht des taiwanesischen Privatrechts	239
<i>Xiaomin Fang (方小敏)</i>	
Innenansicht des chinesischen Wirtschaftsrechts – Vierzig Jahre Chinesisches Wirtschaftsrecht	263
<i>Nghia Tang Van</i>	
Innenansicht des vietnamesischen Wirtschaftsrechts	287
<i>Antonios Karaiskos</i>	
Resümee für die Innenansichten des Privatrechts	299
Diskussion	305
Autorenverzeichnis	313

Abkürzungsverzeichnis

aaO.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (seit 1818)
AdoptG	Adoptionsgesetz = Gesetz über die Annahme als Kind und zur Änderung anderer Vorschriften (Deutschland 1976)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007
a. F.	alte Fassung
AFTA	ASEAN Free Trade Area
AG	Die Aktiengesellschaft – Zeitschrift für deutsches, europäisches und internationales Aktien-, Unternehmens- und Kapitalmarktrecht (seit 1956)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGZ	Allgemeine Grundsätze des Zivilrechts (VR China 1986)
AIDS	Acquired Immune Deficiency Syndrome
AJD	Akademia im. Jana Długosza (Jan-Długosz-Akademie)
AK	Alliiertes Kontrollrat
AMG	Arzneimittelgesetz = Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Deutschland 1961)
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (seit 1885)
APEC	Asia-Pacific Economic Cooperation
Art., Artt.	Artikel, Artikel (Plural)
ASEAN	Association of Southeast Asian Nations
ASEM	Asia-Europe Meeting
Aufl.	Auflage
Bd., Bde.	Band, Bände
Begr., begr.	Begründer, begründet
betr.	betreffend, betreffs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland 1896)
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof in Karlsruhe
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache

BtG	Betreuungsgesetz = Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Deutschland 1990)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa (etwa, ungefähr)
CDIR	Chinesisch-Deutsches Institut für Rechtswissenschaft an der Chinesischen Universität für Politik- und Rechtswissenschaft in Peking
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980)
CMLRev	Common Market Law Review (Alphen am Rhein, seit 1963)
CPC	Communist Party of China
CPCC	Chinese People's Political Consultative Conference
CPKK	Politische Konsultativkonferenz des Chinesischen Volkes = CPCC
CPTPP	Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (2018)
CUPL	China University of Political Science and Law in Peking
DAAD	Deutscher Akademischer Austauschdienst
DCFR	Draft Common Frame of Reference (2009)
DCIR	Deutsch-Chinesisches Institut für Rechtswissenschaft in Göttingen und Nanjing
DDR	Deutsche Demokratische Republik (1949–1990)
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung – Zeitschrift für Öffentliches Recht und Verwaltungsrechtswissenschaft (seit 1947)
DPP	Demokratische Progressive Partei (eine Partei der Republik China auf Taiwan)
Dr.	Doktor
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (seit 1948)
Eds.	Editors
EG	Europäische Gemeinschaft (1993–2009)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Deutschland 1896)
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (1952–2002)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 7. Februar 1992
e.h.	ehrenhalber

EheG	Ehegesetz = Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet (Deutschland 1938–1998)
ehem.	ehemalig
ELR	European Law Reporter (Luxemburg, seit 1998)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention = Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950
et al.	et alii (und andere)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof in Luxemburg
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift (seit 1974)
EuR	Europarecht (seit 1965)
EURATOM	Europäische Atomgemeinschaft
EUV	Vertrag über die Europäische Union vom 13. Dezember 2007
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (seit 1998)
EVFTA	EU-Vietnam Free Trade Agreement (2020)
EVIPA	EU-Vietnam Investment Protection Agreement (2020)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (1957–1993)
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f., ff.	folgende, folgenden
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (seit 1953)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung (seit 1949)
FBA	Fellow of the British Academy
Fn.	Fußnote(n)
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (1949)
GP	Gemeinsames Programm (der CPKK)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Deutschland 1957)
H.	Heft
h.c.	honoris causa (ehrenhalber)
Hons.	Honours
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
I*CON	International Journal of Constitutional Law (Oxford, seit 2003)
i.d.a.F.	in der alten Fassung
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
insb.	insbesondere
Integration	Integration – Vierteljahresschrift des Instituts für Europäische Politik (seit 1977)
i.S.d.	im Sinne der/des
i.S.v.	im Sinne vom/von
i.V.m.	in Verbindung mit

jap.	japanisch
JBl.	Juristische Blätter (Wien, seit 1872)
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (seit 1953)
jur.	juristisch
JuS	Juristische Schulung (seit 1960)
JV	Japanische Verfassung = Verfassung des Staates Japan (1946)
JZ	Juristenzeitung (seit 1951)
JZGB	Japanisches Zivilgesetzbuch (1896/98)
Kap.	Kapitel
Keishu	Sammlung der Entscheidungen des (japanischen) Obersten Gerichtshofes in Strafsachen
Kfz.	Kraftfahrzeug
KJ	Kritische Justiz – Vierteljahresschrift für Recht und Politik (seit 1968)
KKW	Kernkraftwerk
KMT	Kuomintang Chinas (eine Partei der Republik China)
KP	Kommunistische Partei
KPC	Kommunistische Partei Chinas (= CPC)
KPV	Kommunistische Partei Vietnams
KZGB	Koreanisches Zivilgesetzbuch (1958)
LDP	Liberal Democratic Party of Japan
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring = <i>Fritz Lindenmaier/Philipp Möhring</i> (Begr.), Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, München 1951–2002
LPartG	Lebenspartnerschaftsgesetz = Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft (Deutschland 2001)
MAE	Member of Academia Europaea
mdr	Mitteldeutscher Rundfunk
m. E.	meines Erachtens
Minshu	Sammlung der Entscheidungen des (japanischen) Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
mult.	multiplex (mehrfach)
m. W.	meines Wissens
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NBL	New Business Law (japanische Zeitschrift seit 1972)
n. Chr.	nach Christus
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (seit 1947)
No., Nos.	Number, Numbers
Nr., Nrn.	Nummer, Nummern
NS	Nationalsozialismus, nationalsozialistisch
NVK	Nationaler Volkskongress (VR China)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (seit 1982)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (seit 1780)

ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (Wien, seit 1946)
österr.	österreichisch
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
PACL	Principles of Asian Contract Law
PECL	Principles of European Contract Law (1998/2002)
phil.	philosophisch
PICC	Principles for International Commercial Contracts (1994/2004)
PJZ	Polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit (EU)
PKO	Peace Keeping Organization (UNO)
pr.	principium (Anfang)
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger (Paris, seit 1894)
Rep.	Republik
RFDC	Revue française de droit constitutionnel (Paris, seit 1990)
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RiL	Richtlinie (EU)
Rn., Rnn.	Randnummer, Randnummern
Rs.	Rechtssache
S.	Satz; Seite(n)
SED	Sozialistische Einheitspartei (DDR)
SIPE	Societas Iuris Publici Europaei (Gesellschaft für europäisches öffentliches Recht)
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte(n)
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SR	Sozialistische Republik
StGB	Strafgesetzbuch (Deutschland 1871)
stw	Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft
s. u.	siehe unten
SuS	Staatswissenschaften und Staatspraxis (1990–1998)
SWP	Stiftung Wissenschaft und Politik in Berlin
TwV	Taiwanesisches Verfassungsgesetz
TwVerfG	Taiwanesisches Verfassungsgericht
TwZGB	Zivilgesetzbuch der Republik China (Taiwan 1929/30)
u.	und; unten
u. a.	und andere
UN	United Nations
UNO	United Nations Organization
Urt.	Urteil
US, U. S.	United States
USA	United States of America
usw.	und so weiter
UTB	Uni-Taschenbücher

v.	von, vom
VAStrRefG	Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs (Deutschland 2009)
v. Chr.	vor Christus
VerbG	Verbraucherschutzgesetz (Taiwan 1994)
Verf.	Verfassung
VerfPO	Verfassungsprozessordnung (Taiwan)
VfGHR	Hohe Richter des (taiwanesischen) Verfassungsgerichts
vgl.	vergleiche
vietnam.	vietnamesisch
VR	Volksrepublik
VRÜ	Verfassung und Recht in Übersee (seit 1968)
vs.	versus (gegen)
VV	Vietnamesische Verfassung (1946)
VVdStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (seit 1924)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung (Mongolei 2002)
WahlG	Gesetz für die Wahl in öffentliche Ämter (Japan 1950)
WEG	Wohnungseigentumsgesetz (Deutschland 1951)
WHI	Walter-Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht der Humboldt-Universität zu Berlin
WRV	Weimarer Reichsverfassung (1919)
WS	Wintersemester
WTO	World Trade Organization
z. B.	zum Beispiel
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung (Wien, seit 1976)
ZGB	Zivilgesetzbuch (Schweiz 1907)
zit.	zitiert
ZJI	Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres (EU)
ZMK	Zentrale Militärkommission (VR China)
z. T.	zum Teil

Teil 1

Innenansichten des deutschen
und ostasiatischen Verfassungsrechts

Innenansicht des deutschen Verfassungsrechts

Michael Stolleis

I. Der internationale Kontext

Meine Aufgabe ist es, zur „Innenansicht des deutschen Verfassungsrechts“ zu sprechen.¹ „Innenansicht“ heißt, aus deutscher Perspektive auf die Entwicklung in Deutschland zu blicken. Aber es ist vielleicht doch zu Beginn wichtig zu sehen, wie sich das Thema der deutschen Verfassungsentwicklung nach 1945 in den Kontext der folgenden Referate einfügt. Wir werden „Innenansichten“ aus Korea, Taiwan, Japan, China, der Mongolei und aus Vietnam hören. Was verbindet uns alle? Ich meine, sehr viel, und zwar globalhistorisch und verfassungsrechtlich.

Unsere Länder haben schwere Krisen erlebt und nach dem Zweiten Weltkrieg einen neuen Anfang suchen müssen. Dabei gab es ganz unterschiedliche kulturelle und rechtliche Traditionen, mit denen ein Neuanfang entweder begonnen werden konnte, oder mit denen man brechen musste. Erinnern wir uns: Deutschland und Japan waren die Besiegten des Zweiten Weltkriegs. Beide waren (und sind) alte Staaten, die nun das schwere Erbe ihrer Vergangenheit des 20. Jahrhunderts zu tragen hatten. Sie waren Täter und Besiegte zugleich, Deutschland war besiegt, und es war vor allem Täter eines bis heute kaum begreifbaren großen Staatsverbrechens, des Holocaust. Japan nahm zwar Abschied von seiner kriegerischen Vergangenheit, bewahrte aber – unter neuer Verfassung – das Element und ideelle Zeichen der Kontinuität, den Tenno.

Korea, gleichfalls eine Monarchie mit sehr alter und eigener Kultur, stand seit dem 19. Jahrhundert, auch in seiner kurzen Kaiserzeit von 1897 bis 1910, unter dem Druck der Großmächte China, Russland und Japan, es wurde japanisches Protektorat, ja Kolonie. Erst 1945 befreite sich Korea, geriet aber erneut zwischen die Großmächte, nun die Sowjetunion und die USA, und wurde schließlich am 38. Breitengrad geteilt. 1948 gab es sich eine Verfassung,

¹ Reiche Nachweise zu allen hier angesprochenen Fragen finden sich in *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., Heidelberg 2003 ff.; *Klaus Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 5 Bde., München 1977–2000.

die 1988 modifiziert wurde. Die Parallele zum Schicksal des geteilten Deutschlands im „Kalten Krieg“ ist offenkundig. Aber gerade der Fall Deutschland kann Hoffnung machen, dass Teilungen eines Volkes eines Tages überwindbar sind. Eine Voraussetzung ist freilich, dass der Wunsch nach einer „Wiedervereinigung“ im Volk selbst lebendig bleibt. In diesem Sinn ist das Jahr 1989 für die Deutschen ein Glücksjahr gewesen. Hoffen wir für Korea auf ein ähnliches Glücksjahr!

Auch die übrigen Staaten, die hier in unserem Blickfeld stehen, erlebten im 20. Jahrhundert tiefe kulturelle Brüche, sie litten unter Kriegen und revolutionären Veränderungen. In China führte der Bürgerkrieg zu einer völligen politischen Neuordnung, Hongkong blieb lange noch britische Kronkolonie, Taiwan trennte sich und lebt seither in Spannung, aber auch in kultureller Verbundenheit mit China. Seine erste Verfassung von 1947 wurde seit den 90er Jahren mehrfach verändert. Die Mongolei, seit 1921 unter sowjetischer Herrschaft und erst 1989 unabhängig, bekam 1992 eine neue Verfassung, in der westliche Vorbilder deutlich erkennbar sind. Also auch hier ein doppelter Bruch und Neuanfang. Wie Korea und Deutschland war Vietnam seit dem Ende der französischen Kolonialherrschaft im Indochinakrieg (1954) ein geteiltes Land, erlitt dann nochmals 1964 bis 1973 den zerstörerischen Vietnam-Krieg mit den USA und ist nun seit 1975/76 wieder ein vereintes Land unter kommunistischer Führung. In seinen Verfassungsstrukturen steht es China viel näher als westlichen Staaten.

So unterschiedlich diese politischen Prozesse nach 1945 verlaufen sind, so deutlich sind doch die Gemeinsamkeiten. Die neuen Verfassungen aller dieser Länder bewahren einerseits Traditionen ihres Landes (in der Sprache, im rhetorischen Stil, in den Basiselementen), aber sie sind auch direkte Antworten auf die gewaltsamen Brüche, Kriege und Revolutionen, die sie überwinden wollen. Sie gießen den politischen Willen des Neuanfangs in eine Rechtsform, demonstrieren auf diese Weise diesen Willen auch nach außen, geben Versprechungen auf die Zukunft ab. Es sind also multifunktionale Texte. Sie nennen die Staatsform, sie gründen ihre Legitimität meistens auf den „Willen des Volkes“, sie garantieren gewisse Freiheiten (nicht immer als Grundrechte) und sie sagen das Nötige über die neuen Institutionen. Ihnen ist meist ein besonderes Pathos eigen, die gerade beendeten Kämpfe oder Diktaturerfahrungen haben ihre Spuren hinterlassen.

II. Die Ausgangslage 1945

Wenden wir uns der Lage in Deutschland zu. Nach der Kapitulation des im Krieg besiegten Deutschen Reiches am 8. Mai 1945 bestimmten zunächst die militärischen Führungen der USA, Englands und der Sowjetunion die Lage.

Kurz darauf erhielt auch Frankreich eine eigene „Besatzungszone“.² In den von den Besatzungsmächten gebildeten westlichen Ländern entstanden 1946/47 neue Verfassungen, die sich an den älteren Mustern der Frankfurter Reichsverfassung von 1849, an der Bismarck-Verfassung von 1871, den früheren Länderverfassungen und besonders an der Weimarer Verfassung von 1919 orientierten. Damit waren ganz wesentliche Elemente schon festgelegt, bevor das Grundgesetz entstand. Es sind fünf zentrale Punkte: Die Staatsform des Bundesstaates, die elementaren Menschen- und Bürgerrechte, die repräsentative Demokratie, die Gewaltenteilung, der Sozialstaat.³

Was anschließend im Konvent von Herrenchiemsee (1948) und im Parlamentarischen Rat (1948/49) im Detail festgelegt wurde, war also nur teilweise neu. Es war das Ergebnis einer prinzipiellen Neuorientierung nach dem Nationalsozialismus, und eines dreifachen Kompromisses (a) zwischen den schon bestehenden Bundesländern und einer neuen „Bonner“ Regierung, (b) eines weiteren Kompromisses mit den Besatzungsmächten, aber es war natürlich auch bestimmt (c) von parteitaktischen Überlegungen zwischen der alten Sozialdemokratie und der neuen bürgerlichen Christlich Demokratischen Union. Was damals in acht Monaten intensiver Beratungen geschaffen wurde, ist bis heute die geltende Verfassung der Bundesrepublik. Diese Verfassung, „Grundgesetz“ genannt, ist zwar über sechzig Mal geändert worden, hat aber in erstaunlicher Weise ihre Struktur bewahrt.

Die materiellen Bedingungen ihrer Entstehung waren so schwierig, dass die deutsche Bevölkerung nur wenig Anteil am neuen Grundgesetz nahm. Die täglichen Probleme der Ernährung, der Wohnung, der Arbeitsplätze dominierten den Alltag. Besonders schwer hatten es die von Ost nach West geflüchteten Menschen. Die meisten bauten sich buchstäblich aus dem Nichts eine neue Existenz auf.

Die politischen Bedingungen waren ebenso unsicher. Ob die drei westlichen Besatzungszonen zu einem eigenen Staat zusammenwachsen würden, wusste man damals nicht. Die Amerikaner, Briten und Franzosen hatten ganz unterschiedliche Vorstellungen, wie ein solcher „Staat“ aussehen sollte. Die Amerikaner hatten den Bundesstaat und den Aufbau von der Kommunal- über die Länderebene zur Bundesebene vor Augen; sie wollten auch am intensivsten „umerziehen“. Die Briten dachten zentralistischer und waren in Sachen „Umerziehung“ lässiger. Die Franzosen hätten nach drei Kriegen seit 1870 am liebsten ein endlich entmachtetes, geteiltes Deutschland gesehen. Die Deutschen selbst waren uneins, auch in der alten SPD und in den neuen Parteien, und sie sahen, wie eng die Spielräume waren, die ihnen die Besatzungsmächte ließen.

² Michael Stolleis, *Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau deutscher Staatlichkeit 1945–1949*, in: *Isensee/Kirchhof*, aaO. (Fn. 1), Bd. I, 2003, § 7.

³ Christian Bommarius, *Das Grundgesetz – Eine Biographie*, Berlin 2009, S. 117.

Nur negativ war klar: Irgendeine Form der Fortsetzung oder Wiederaufnahme des Nationalsozialismus war ausgeschlossen. Der aus allen diesen Vorentscheidungen gefundene Kompromiss war das Grundgesetz.

Im Osten herrschte die stalinistische Sowjetunion. Kollektivierung der Landwirtschaft, Vertreibung aller bürgerlichen Elemente, Aufbau einer Einparteienherrschaft und Auflösung der alten Länder waren die Charakteristika. Was in Polen, Ungarn, Rumänien, der Tschechoslowakei und im Baltikum geschah, vollzog sich auch in der DDR. Die erste Verfassung der DDR vom 7. Oktober 1949 erinnerte noch an die Weimarer Verfassung; aber sie blieb Fassade. Weder wurde sie an den Universitäten gelehrt, noch gab es einen Kommentar zu ihr.⁴ Erst am 6. April 1968 wurde sie durch eine „sozialistische Verfassung der DDR“ ersetzt. Trotz mancher Änderungen blieb der Herrschaftsanspruch der Sozialistischen Einheitspartei (SED) erhalten. Aber in diesem Jahr 1968 erschütterte der „Prager Frühling“ den ganzen Ostblock. Die DDR beteiligte sich an der Unterdrückung der Freiheitsbewegung und orientierte sich wieder eng an der Sowjetunion. Auch deshalb setzte sich der Zerfall der inneren Legitimität des Regimes fort – trotz internationaler Anerkennung als Staat! Mit der Solidarność-Bewegung in Polen (1980) begann dann die politische und ökonomische Agonie der DDR. 1989/90 brach sie wie eine hohl gewordene Form zusammen und hinterließ massive wirtschaftliche, städtebauliche, ökologische und vor allem menschliche Probleme.

Kehren wir zum westlichen Grundgesetz und zu seinen zentralen Bausteinen zurück. In die vor dem Grundgesetz geschaffenen Länderverfassungen (Bayern, Hessen, Rheinland-Pfalz, Bremen) war, wie gesagt, auch eingegangen, was als historisches Erbe, als Verfassungstradition seit der Frankfurter Reichsverfassung von 1849 bekannt war. Es war gar nicht zu bezweifeln, dass die westdeutsche Verfassung einen Grundrechtsteil haben müsse. Seine Muster von 1849 und von 1919 lagen vor. Ausgeschlossen war eine Rückkehr zur Monarchie. Der zu errichtende Staat sollte Republik, Demokratie, Bundesstaat, Rechtsstaat und Sozialstaat sein. Schließlich – nach Diktatur, Shoa und Kriegserfahrung – war die Grundlinie klar: Nicht der Staat sollte an der Spitze stehen, sondern das Individuum mit der ihm eigenen „Menschenwürde“. „Der Staat ist um des Menschen willen da“, hatte man auf Herrenchiemsee gesagt. Auch war die „Menschenwürde“ (*dignitas humana*) ein seit dem 18. Jahrhundert bekanntes Wort, sowohl in der liberal-individualistischen Version wie in der katholischen Soziallehre.

⁴ Die einzige Kommentierung kam aus dem Westen: *Siegfried Mampel*, Die Verfassung der sowjetischen Besatzungszone Deutschlands, Frankfurt a. M. 1962. – Zur Lehre des öffentlichen Rechts an den Universitäten siehe *Michael Stolleis*, Sozialistische Gesetzlichkeit – Staats- und Verwaltungsrecht in der DDR, München 2009.

III. Neue Entwicklungen

Wenn das Grundgesetz also, wie man sagen könnte, ein Anfang „mit Vergangenheit“ war, der Konstruktionsversuch eines neuen, um den östlichen Teil amputierten Staates, unter Verwendung alten Baumaterials, dann gingen in diesen Versuch alle kollektiven Erinnerungen der deutschen Verfassungsgeschichte ein. Das Grundgesetz verarbeitete sie, setzte korrigierende neue Akzente, blieb aber grundsätzlich in der Linie der Tradition. Wesentlich Neues haben die westlichen Alliierten nicht dazu beigetragen.

1. Die wichtigste korrigierende Entscheidung lag darin, die Architektur der Weimarer Verfassung umzukehren. Nicht mehr der Staat und der Staatsaufbau sollten am Anfang stehen, sondern die „Menschenwürde“ und die Grundrechte. Das war der oft genannte „archimedische Punkt“ oder die „kopernikanische Wende“, ausgelöst durch die Erfahrungen der NS-Diktatur. Auf deren Missachtung der Grundrechte, auf Verfolgung politischer Gegner, auf antisemitische Pogrome und schließlich auf die im Krieg aufgebaute gigantische Tötungsmaschinerie der Shoa gab es nur eine Antwort: Die Wiederherstellung der Achtung vor der Menschenwürde und die Rückkehr zum Verfassungs- und Rechtsstaat.

Niemand konnte 1949 ahnen, dass der berühmte erste Satz von der Untastbarkeit der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und die Erklärung der direkten Rechtswirkung der Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) eine Wende auch des gesamten Rechtsverständnisses auslösen würden. Aber die Gerichte reagierten früh: Sie gaben zunächst den hilfeschreitenden Armen, die vom Staat die sog. „Fürsorge“ (heute Sozialhilfe) bekamen, einen einklagbaren Anspruch auf staatliche Leistungen. Das war neu; denn einen solchen Anspruch hatte es bisher nicht gegeben.⁵ Das schien eine kleine, überfällige Veränderung zu sein. Aber es begann damit eine prinzipielle Entwicklung.

Heute wird mit dem Satz von der „Menschenwürde“, der immer noch zwischen „oberstem Konstitutionsprinzip“ und „Grundrechtssatz“ zu schwanken scheint,⁶ in nahezu allen gefährlichen ethischen Grenzlagen der Gesellschaft argumentiert: Pränatale Diagnostik, Eingriffe in die menschliche Keimbahn, Abtreibung von Embryos mit eventueller Behinderung, Erzeugung von Leben in der Petrischale, Leihmutterchaft und „natürliche Rechte“ der Mütter, Sterbehilfe und „selbstbestimmtes, würdevolles“ Lebensende, Verbot der Androhung von Gewalt und Folterverbot (Jakob von Metzler-Fall in Frankfurt), präventiver Abschuss eines Flugzeugs bei Terrorismusgefahr, optische Überwachung und Datenkontrolle von Individuen, Menschenwürde von Minderheiten. Vergessen

⁵ BVerwGE 1, 159 ff. Hierzu *Michael Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, Stuttgart 2003, S. 214 ff. (History of Social Law in Germany, Heidelberg 2014, S. 157 ff.).

⁶ *Manfred Baldus*, Kämpfe um die Menschenwürde – Die Debatten seit 1949, Berlin 2016 (stw 2199).

wir die *boat people* nicht, die gerettet werden müssen, wenn sie auf gefährlichen Routen ihr Leben riskieren!

2. Die Entwicklung hin zum (gerichtsförmigen) Schutz einer unantastbaren Sphäre des Individuums wurde vor allem durch den genannten Art. 1 Abs. 3 GG eingeleitet. Er lautete: „Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht“. Das war radikal neu; denn traditionell wurden die Grundrechte in Verfassungen als Appelle an den Gesetzgeber verstanden. Nun sollten sie „unmittelbare Wirkung“ entfalten. Aber wie konnte das geschehen?

Die entscheidende Etappe hierzu war das berühmte Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 7, 198). Seine Essenz bestand in dem Satz, die durch die Grundrechte geschaffene „Wertordnung“ müsse nicht nur im Verhältnis zwischen Staat und Bürger, sondern auch in allen anderen Beziehungen des Rechts wirken, im Bürgerlichen Recht, im Strafrecht samt dem Recht der Ordnungswidrigkeiten, im Steuerrecht, Sozialrecht usw. In der Tat: Die schönen Worte des Grundgesetzes mussten, wenn sie etwas wert sein sollten, in die Realität der Rechtsverhältnisse umgesetzt werden: Primär bei der Gleichberechtigung der Geschlechter, dann bei den Resten patriarchalischer Traditionen im Familien-, Erb- und Vermögensrecht, schließlich bei der Diskriminierung der Homosexualität, im Strafvollzug und auf allen anderen Gebieten. Für die Demokratie ganz entscheidend war vor allem die liberale Auslegung der Presse- und Rundfunkfreiheit, der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, der Freiheit der Wissenschaft und der Kunst. Diese Linie ist immer wieder, bis heute, bestätigt worden.⁷

Auf diesem Weg ist die Justiz insgesamt, aber vor allem das eigenständige „Verfassungsorgan“ Bundesverfassungsgericht, zu einer der bestimmenden Mächte der Gesellschaft der Bundesrepublik geworden.⁸ Die Verfassungsbeschwerde wurde zum populärsten Rechtsbehelf und das Bundesverfassungsgericht der eigentliche „Hüter der Verfassung“. Das ist zwar nicht ohne Kritik geblieben; man hat von der „Entfesselung der Dritten Gewalt“ und von „Richterstaat“ gesprochen, hat gar apokalyptische Bilder eines von der Justiz gelähmten Staates an die Wand gemalt. Aber unzweifelhaft ist die nun auch inhaltlich durchgesetzte Unabhängigkeit der Justiz eines der Kernelemente der Bundesrepublik. Dieser Staat wurde Rechtsstaat im Vollsinn des Wortes, auch wenn natürlich jeder, der einen Prozess verliert, am Rechtsstaat zweifelt! Und: anders als in der Weimarer Republik steht die Justiz heute in der Mitte der Gesellschaft. Sie ist weder links- noch (wie damals) rechtslastig, sie übt keine „Klassenjustiz“ und

⁷ Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Vierter Band 1945–1990, München 2012, S. 216 ff.

⁸ Uwe Wesel, *Der Gang nach Karlsruhe – Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik*, München 2004; Thomas Darnstädt, *Verschlusssache Karlsruhe – Die internen Akten des Bundesverfassungsgerichts*, München 2018.

hat oft genug auch ihre Standfestigkeit gegenüber politischem Druck bewiesen. Soviel also, wenigstens andeutungsweise, zu der kopernikanischen Wendung der Rechtsordnung insgesamt.

3. Ein weiterer entscheidender Punkt der „Lehren aus der Vergangenheit“ war die neue Gewichtverteilung zwischen Reichspräsident/Bundespräsident und Reichskanzler/Bundeskanzler. In Erinnerung an die Präsidialdiktaturen (*Brüning, Papen, Schleicher*) und *Hindenburgs* Verwendung der Notverordnungen nach Art. 48 WRV war man sich einig, die Spitze der Republik zu einem repräsentativen Amt zu reduzieren. Das ist so geschehen, und es hat sich, nach einem sehr glücklichen Anfang mit *Theodor Heuß*, auch bewährt. Dementsprechend wurde das Amt des Bundeskanzlers sowohl gestärkt als auch gesichert, gestärkt durch die Richtlinienkompetenz (Art. 65 GG) und gesichert durch das konstruktive Misstrauensvotum (Art. 67 GG). Die Opposition kann also nicht mehr einen einzelnen Minister aus dem Kabinett „herausschießen“. Es muss „konstruktiv“ gehandelt werden. Die Mechanismen eines Richtungswechsels sollten funktionieren.

4. Die Installierung der sog. „wehrhaften Demokratie“. Auch dieser Punkt stammt aus den Erfahrungen der Weimarer Zeit, besonders der Spätphase. Während der große Rechtstheoretiker *Hans Kelsen* 1932 in resignativem Ton meinte, wenn ein Volk die Demokratie nicht mehr wolle, müsse man das akzeptieren, entwickelte der in die USA emigrierte Staatsrechtler *Karl Loewenstein* im Exil den Grundgedanken, eine Demokratie müsse nicht ihren Selbstmord hinnehmen, sondern sich wehren, sei es durch Verbote extremer Parteien, sei es durch andere Beschränkungen der Feinde der Demokratie. Ihm war klar, dass dies einen prinzipiellen Bruch mit der Offenheit der Demokratien bedeutete, aber er meinte, man solle nicht die Hände in den Schoß legen, wenn der Feind der Demokratie gewaltbereit vor der Tür stehe.⁹

Die Väter und Mütter des Grundgesetzes nahmen diesen Gedanken auf, ja sie machten ihn zum Fundament ihrer Konzeption von Demokratie. Schon dass sie die Grundrechte und nicht etwa Volkssouveränität und Demokratie an die Spitze der Verfassung setzten, war eine Aussage. Die Demokratie erschien zunächst nur als adjektivische Beifügung zum Bundesstaat (Art. 20 Abs. 1 GG) und zum Rechtsstaat (Art. 28 Abs. 1 GG), aber dann in Art. 20 II als materiale Aussage: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“. Aber ungefiltert sollte der Wille des Volkes nicht zum Ausdruck kommen. Das hieß: strikter Verzicht auf direkte Demokratie auf Bundesebene. Und weiter: Als Sicherungsmaßnahme wurde im

⁹ Es ist auch bezeichnend für *Loewenstein*, dass er als Legal Adviser der Militärregierung die Verhaftung von *Carl Schmitt* veranlasste und ihn als Kriegsverbrecher verurteilt sehen wollte. Siehe *Markus Lang*, *Karl Loewenstein – Transatlantisches Denken der Politik*, Stuttgart 2007, S. 249–251. – Zum Konzept der verteidigungsbereiten Demokratie siehe die „Materialien zum Staatsverständnis und zur Verfassungswirklichkeit in der Bundesrepublik“ von *Erhard Denning* (Hrsg.), *Freiheitliche demokratische Grundordnung*, 2 Bde., Frankfurt a. M. 1977.

Konflikt zwischen Demokratie und Grundrechten den Grundrechten den Vorrang gegeben (Art. 19 Abs. 2): demokratische Mehrheiten, so heißt es, dürften keinesfalls den Wesensgehalt der Grundrechte antasten. Wer Grundrechte missbrauche, solle sie durch „Verwirkung“ verlieren (Art. 18 GG), was aber glücklicherweise nie praktiziert wurde. Verfassungswidrige Vereine (Art. 9 Abs. 2 GG) und Parteien (Art. 21 Abs. 2 GG) konnten verboten werden. Um kleine radikale Parteien nicht ins Parlament gelangen zu lassen, wurde die 5 %-Hürde errichtet. Ja, man erklärte zentrale Elemente (den Föderalismus und die Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung, den Menschenwürdesatz und die unmittelbare Geltung der Grundrechte) für demokratiefest, also unangreifbar durch parlamentarische Mehrheiten (Art. 79 Abs. 3 GG). Weitere Sicherungen sind die starke Verfassungsgerichtsbarkeit und die Stärkung des Bundeskanzlers gegen das Parlament (Art. 67 GG). Schließlich wurde 1968 noch ein Widerstandsrecht für „alle Deutschen“ eingefügt (Art. 20 Abs. 4 GG). Mit anderen Worten, es war reichlich dafür gesorgt, dass die Bäume der Demokratie (konkret: des Parlaments) nicht in den Himmel wuchsen.

Um dies alles zu verstehen, muss man bedenken, dass die frühe Bundesrepublik von der zwischen 1880 und 1900 geborenen Generation geprägt worden ist, also von den „Alten“.¹⁰ Die ihnen folgende Generation war durch Nationalsozialismus und Krieg stark dezimiert, sie fiel weitgehend aus. Der erste Bundespräsident, der Kanzler und sein Kabinett sowie die Ministerpräsidenten der Länder wollten keinesfalls wiederholt sehen, was sie erlebt hatten, nämlich „Weimarer Zustände“. Um sie zu verhindern, war man ohne weiteres zu Begrenzungen der reinen Lehre der Demokratie bereit.

Man kann die genannten Sicherungen des Grundgesetzes vor Entgleisungen der Demokratie auch als Ausdruck einer tief sitzenden Angst verstehen, das Experiment könnte ein zweites Mal misslingen. Deshalb blieben lange auch die alten Vorbehalte gegen Parteien bestehen, Parteien als Ausdruck „innerer Zerrissenheit“, wie man damals dachte. *Adolf Arndt*, diese klare Stimme der frühen Bundesrepublik, sagte am 21. März 1950 in einem Ausschuss des Bundestages: „Man soll nicht immer so viel Angst haben. Das ganze Grundgesetz besteht ja überwiegend aus Angst vor der Demokratie“.¹¹

Inzwischen hat sich diese Angst verloren, jedenfalls im Westen Deutschlands, der vier Jahrzehnte länger Zeit hatte, demokratische Verfahren zu erlernen und ihnen zu vertrauen. Das Bundesverfassungsgericht hat dazu wesentlich beigetragen, in dem es konsequent die Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit oder,

¹⁰ Konrad Adenauer, Theodor Heuß, Kurt Schumacher, Erich Ollenbauer, Fritz Erler, Wilhelm Kaisen, Hinrich Kopf, Otto Suhr, Ferdinand Friedensburg, Helene Weber, Robert Pferdenges, Marie-Elisabeth Lüders, Hermann Höpker-Aschoff, Elisabeth Selbert u. a.

¹¹ Bundestags-Ausschuss für Rechtswesen und Verfassungsrecht, 23. Sitzung v. 21.3.1950, zit. nach *Heinz Laufer*, Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozess, Tübingen 1968, S. 113.

ganz allgemein, indem es die politischen Freiheitsrechte und die pluralistischen Verfahren der Entscheidung gestärkt hat. Im Osten scheint das Misstrauen gegenüber Parteien und offenen demokratischen Verfahren heute noch größer zu sein. Die Favorisierung sog. einfacher Lösungen setzt im Grunde eine autoritäre Denkstruktur voraus. Auch dies ist ein Phänomen mit historischen und nachvollziehbaren Gründen.

5. Der neue Staat, der als Provisorium begann, war nur als Bundesstaat denkbar. Das entsprach der ältesten deutschen Verfassungstradition.¹² Schon das Alte Reich vor 1806 war nie ein moderner Staat, sondern ein Konglomerat größerer und kleinerer Einheiten gewesen, überwölbt von einem religiös und zeremoniell verankerten Kaisertum, realpolitisch verankert in der Habsburger Dynastie, die aber andere Schwerpunkte und Probleme hatte. Im Deutschen Bund von 1815 bis 1866 gab es ohnehin keinen Zentralstaat. Die Verfassung von 1871 begann als „Fürstenbund“ und wandelte sich nur langsam zur Verfassung eines „Reichs“ mit zentralen Institutionen. In der Weimarer Verfassung von 1919 setzten sich wieder die Länder gegen Tendenzen zur Zentralisierung durch, und zwar so sehr, dass am Ende auch Reformpläne erfolglos blieben. Was sollte also – nach dem Verschwinden der nationalsozialistischen Parteidiktatur – anderes geschaffen werden als ein föderaler „Bundesstaat“? Auch die westlichen Alliierten waren dieser Meinung, wenn auch mit verschiedenen Begründungen. Die Amerikaner dachten pointiert föderalistisch sowie an den Staatsaufbau von unten nach oben, die Briten favorisierten zentralisierende Institutionen, die Franzosen – im Gegensatz zu ihrer eigenen zentralistischen Tradition – zielten auf Verhinderung eines deutschen Einheitsstaats. Auch die Deutschen selbst kehrten mit großer Selbstverständlichkeit zu ihrem gewohnten bundesstaatlichen Modell zurück. In Hessen wurde die alte Trennungslinie zwischen Hessen-Kassel und Hessen-Darmstadt geschlossen.¹³ Bayern betonte seine traditionelle Eigenstaatlichkeit, Württemberg und Baden fügten sich erst 1952 zusammen, das neue Bundesland Rheinland-Pfalz brauchte lange Jahre, um innerlich zusammenzuwachsen. Das galt auch für die Neuschöpfungen von Nordrhein-Westfalen und (in abgeschwächtem Maße) für Niedersachsen. Hamburg und Bremen waren fest entschlossen, sich als letzte der alten „freien Städte“ zu behaupten, nachdem Frankfurt schon 1866 und Lübeck 1938 diesen Status verloren hatten. Das Berlin-Problem blieb bis 1990 ungelöst. Das föderale Modell war also selbstverständlich.

¹² Dietmar Willoweit (Hrsg.), *Föderalismus in Deutschland – Zu seiner wechselvollen Geschichte vom ostfränkischen Königtum bis zur Bundesrepublik*, Wien 2019.

¹³ Michael Stolleis, *Die Entstehung des Landes Hessen und seiner Verfassung*, in: Georg Hermes/Franz Reimer (Hrsg.), *Landesrecht Hessen – Studienbuch*, 9. Aufl., Baden-Baden 2019, S. 17–32.

IV. Rückblick und Ausblick

Jede Verfassung ist Ergebnis einer historischen Situation. Sie ist meist auch ein Kompromiss der führenden politischen Kräfte, die sich bereithalten, nach einer Revolution oder einem Krieg zusammenzuarbeiten und Verantwortung zu übernehmen. Seit dem 18. Jahrhundert, seit der großen europäischen Verfassungsbewegung ist es heute auf der ganzen Welt üblich geworden, den politischen Neubeginn in einem feierlichen Text niederzulegen.

Wir alle wissen, dass die Realität diesen Verfassungstexten oft widerspricht. Verfassungen werden verletzt, missachtet oder durch Auslegung unwirksam gemacht. So wenig dies zu leugnen ist, so deutlich wird aber auch, dass selbst missachtete Verfassungen einen unzerstörbaren Kern appellativer Kraft bewahren. Die Minderheiten, die vom Staat unterdrückten Menschen, das schutzlose Individuum – alle können sich auf den Text oder auch auf internationale menschenrechtliche Dokumente berufen und die dort versprochenen Garantien einfordern. Die Verfassung kann zum scheinbar wertlosen Papier degradiert werden, aber dieses Papier enthält doch immer noch das Potential der Veränderung!

Von großer Bedeutung ist auch, dass Verfassungen ein Ort geschichtlicher Erinnerung sein können. Sie bewahren kulturelle, im neuen politischen Kontext wichtige Elemente. Wir haben es in Deutschland so erlebt. Im Übergang von den Monarchien des 19. Jahrhunderts zur Demokratie (1919) und bei der Rückkehr von der nationalsozialistischen Diktatur zur Demokratie der Bundesrepublik (1949) spielten die weiter zurückliegenden Traditionsbestände eine prägende und unterstützende Rolle. Sie gaben dem neuen Text Legitimität.

So mischten sich Altes und Neues. Die wirklichen oder vermeintlichen Fehler versuchte man zu vermeiden. Aber gerade dabei passieren erfahrungsgemäß wieder neue Fehler, die man noch nicht erkennen kann. Das Bild eines alten Gebäudes, das immer wieder repariert oder in Teilen erneuert werden muss, etwa wenn der Blitz eingeschlagen hat, trifft die Sache ziemlich gut.

Nach 1945 war der Nationalsozialismus als Erbe des Schreckens in keinem Punkt traditionsfähig, weder faktisch noch ideologisch. Gewiss kann man wirtschafts- und rechtsgeschichtlich eine lange Linie des modernen Industriestaats, der zugleich sozialer Interventionsstaat wurde, durchziehen und auch dort dem Nationalsozialismus seine Rolle zuweisen.¹⁴ Gewiss kann man auch zahlreiche institutionelle und personelle Kontinuitäten zwischen dem NS-Staat und der Bundesrepublik herausarbeiten. Diese Kontinuitäten sind evident, und sie sind in den letzten Jahrzehnten so intensiv betont worden, dass damit auch kein

¹⁴ Michael Stolleis, Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht, in: *ders.*, Ausgewählte Aufsätze und Beiträge, herausgegeben von Stefan Ruppert und Miloš Vec, Frankfurt a. M. 2001, Bd. 1, S. 433–459.

wirklicher Skandal mehr zu machen ist. Die Akteure des NS-Staates sind nun auch alle verstorben.

Für die Entstehung des Grundgesetzes scheint mir die Feststellung wichtiger, dass sich dabei Elemente aus der Frankfurter Verfassung von 1849, des Föderalismus der Bismarck-Verfassung (etwa in der Besetzung des Bundesrats) und wesentliche Teile der Weimarer Verfassung mit anderen neuen Elementen vermischt haben. Die neuen Elemente sind teils aus Reaktionen auf „Weimar“ entstanden, teils durch Vorgaben der westlichen Besatzungsmächte. Letztere wurden in oft heftigen Debatten mit den deutschen Vorstellungen zu Kompromissen verarbeitet. Ich nenne als Beispiel nur das deutsche Beharren auf dem traditionellen Berufsbeamtentum, das in dieser Form den Amerikanern ganz fremd war und beseitigt werden sollte.

Die Bundesrepublik ist freilich mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes nicht über Nacht zu einem westlich orientierten Land geworden. Obrigkeitliche Traditionen hielten sich lange, ebenso gesellschaftliche Attitüden und Vorurteile, speziell im Familien- und Erbrecht sowie im Strafrecht. Sie abzubauen war, wie erwähnt, eine der Leistungen des Bundesverfassungsgerichts. Vom Volk selbst mussten jedoch die Verfahrensabläufe der demokratischen Willensbildung erlernt werden. Das geschah vielfach über die Ebene der Kommunalpolitik, auf der sich am anschaulichsten zeigen lässt, wie Demokratie funktioniert und wie erfolgreich Engagements im örtlichen Bereich sein können. Von hier aus lässt sich, aufsteigend über die Landes- zur Bundesebene zeigen, dass Demokratien nur funktionieren, wenn man auf der Basis eines Wertekonsenses zu Kompromissen bereit ist, und dass solche Kompromisse durchweg tragfähiger sind als wenn eine Seite zum Verlierer erklärt wird. Nicht die parlamentarische Mehrheit befiehlt und der Rest hat zu gehorchen, sondern das Modell, das wir seit Anfang der siebziger Jahre als ein offenes, pluralistisches begreifen,¹⁵ lebt von der offenen Debatte und von den Kompromissen, die sich im Parallelogramm der Kräfte ergeben und letztlich nur formal gesteuert werden. Die Ergebnisse sind gewiss oft nicht optimal – aber was optimal ist, stellt sich erst später oder nie heraus!

Die Westdeutschen gewöhnten sich, wie gesagt, erst schrittweise daran, dass Meinungs- und Pressefreiheit oftmals schmerzlich sind, aber von zentraler Bedeutung für die Demokratie. Das gleiche gilt für Demonstrationen und frei gebildete Vereinigungen. So lästig sie im Einzelfall sein mögen, die Freiheiten, seine Meinung öffentlich auszudrücken oder sich mit Gleichgesinnten zusammenzuschließen, sind das höhere Gut. Ebenso müssen die Christen um der Glaubensfreiheit willen auch Atheismus und diversen Weltanschauungsgemeinschaften Entfaltungsraum geben, auch wenn man deren Positionen als fremd empfinden oder missbilligen mag. So müssen Parteien, die die Ver-

¹⁵ Grundlegend *Ernst Fraenkel*, Deutschland und die westlichen Demokratien, Stuttgart 1964; 9. Aufl., Baden-Baden 2011.