

Andreas Kulick
Johann Justus Vasel

Das konservative Gericht



Mohr Siebeck

Andreas Kulick und Johann Justus Vasel

Das konservative Gericht

Ein Essay zum 70. Jubiläum
des Bundesverfassungsgerichts



Andreas Kulick und Johann Justus Vasel

Das konservative Gericht

Ein Essay zum 70. Jubiläum
des Bundesverfassungsgerichts

Mohr Siebeck

Andreas Kulick, geboren 1982; Studium der Rechtswissenschaft in Freiburg i.Br., Genf, Berlin (HU) und New York (NYU); 2011 Promotion; 2019 Habilitation; seit 2019 Lehrstuhlvertreter an den Universitäten Köln, Göttingen, Heidelberg und Marburg.

Johann Justus Vasel, geboren 1983; Studium der Rechtswissenschaft in Bayreuth, Würzburg und New York (NYU); 2016 Promotion; seit 2020 Juniorprofessor an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

ISBN 978-3-16-160654-0 / eISBN 978-3-16-160655-7
DOI 10.1628/978-3-16-160655-7

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 Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Der vorliegende Band aus Anlass des 70. Jubiläums des Bundesverfassungsgerichts ist weder Festschrift noch „kritische Bilanz“, sondern versteht sich als Essay. Für eine Festschrift fehlt das Stupende, Umfassende. Für eine „kritische Bilanz“ wie einst „Das entgrenzte Gericht“ (Suhrkamp, 2011) fehlt ihm das Summarische und eine gewisse Abgeschlossenheit. Diese Schrift will sich durch Offenheit in ihrer Form auszeichnen. Sie legt weniger Wert auf Systematisierung, Strenge und Bündigkeit als man dies bei klassischen monographischen Formaten gewohnt sein mag. Essaytypisch unternimmt der Band Deutungs- und Denkversuche, die unterschiedliche Bereiche des verfassungsrechtlichen Spektrums in vergleichsweise gelockertem Aufbau und Ton zum Gegenstand machen.

Keineswegs ist es Anliegen, die Reputation des Karlsruher Gerichts als wirkmächtiger Innovator (man denke nur an das Urteil zum Klimaschutzgesetz vom April 2021) zu erschüttern. Vielmehr soll das vorherrschende Bild ergänzt und weiter nuanciert werden. Die Schrift dient dazu, eine Diskussion zu beginnen, nicht sie zu beenden: In welchen Sachbereichen ist das Gericht eher Konservator denn Innovator? Was sagt das über die rechtlichen und politischen Rollen des Gerichts sowie über sein Selbstverständnis aus? So vielfältig wie diese Rollen sind auch die Facetten des Konservativen – vom Erhalt bis zur Erstar-

Vorwort

rung. Zweifellos ist einem Verfassungsgericht ein gewisses Maß an Vorhersehbarkeit und Kontinuität aufgetragen. In Manchem, so regen wir zu überdenken und zu diskutieren an, geht das Gericht indes über das gebotene Maß hinaus. Dieser Band hat zum Ziel, sowohl das angemessene *conservare* als auch den Überschuss jenseits eines Bewahrens von Schutzbedürftigem zu beleuchten und beides mit kritischem Blick zu betrachten. Welche Funktion hat konservative Rechtsprechung für das Gericht? Wird mit ihr eine Strategie verfolgt? Lässt sich hinter der Dogmatik eine gewisse staatsphilosophische Tendenz erkennen? Wir hoffen, dass dieser Essay weitere Fragen und zukünftige Studien inspiriert.

Für ihre wertvollen Denkanstöße, hilfreichen Kommentare und kritische Durchsicht einzelner Teile danken wir sehr herzlich *Johannes Eichenhofer, Michael Goldhammer, Markus Kotzur, Fabian Michl, Gunnar Folke Schuppert* und *Thomas Streinz*. Weiterhin möchten wir dem studentischen Mitarbeiter *Andreas Müller* unseren großen Dank für seine kompetente und tatkräftige Hilfe aussprechen. *Carola Scherpe-Blessing, Lisa Laux* und *Susanne Mang* vom Verlag Mohr Siebeck sei für die verlagsseitige Begleitung der Publikation dieses Werkes gedankt.

Heidelberg/Berlin, im Juni 2021

Andreas Kulick
Johann Justus Vasel

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Erster Teil:	
Was heißt hier konservativ?	1
A. Innovator, Konservator	1
B. Politischer Konservatismus	4
C. Codierung, Ambivalenz und Wertung	14
D. Konservatives Recht, konservatives Grundgesetz?	18
E. Skalierter Konservatismus: Bewahren, Beharren, Bremsen, Musealisieren	23
F. Vier Themengebiete	29
Zweiter Teil:	
Konservatives Karlsruhe	33
A. Staatsrichtung der Grundrechte und Staatsanalogie Privater	33
I. Geltung oder Staatsrichtung?	33
II. Dürig, Lüth & Co.	40
III. Der allgegenwärtige Staat	43
1. Vorwärts in die Vergangenheit	44
2. Konservierung zur Positionierung	52
3. Konsequente Redundanz	56
4. Staatsanalogie	59
IV. Fazit: Konservierung in der Innovation	71

Inhaltsverzeichnis

B. Staat, Kirchen und transzendente Arbeitgeber	76
I. Verschlungene Wege	76
II. Trennung und Nähe	80
III. Vom Bewahren zum Bremsen	83
1. Alte Zöpfe und junges Gericht	83
2. Umdeutung und Tradition	89
3. <i>Bremmung</i> durch zweifache Etatisierung	92
IV. Fazit: Die Kirchen als Staat im Staate? . . .	104
C. Zur Kontrolle der Gubernative:	
Regieren – lassen	109
I. Regent und Regierung	109
II. Gubernative, Gericht und Grundgesetz . .	111
III. Begrenzte Bescheidenheit	114
1. Der politische Gegner	115
2. Kernbereiche	121
3. Hohe Politik und verfassungsgerichtliche Pragmatik	131
4. Covid-19 und die zu lange „Stunde der Exekutive“	134
IV. Fazit: Politisches, Allzupolitisches	146
D. Europa: Der unvollendbare Bundesstaat? . . .	150
I. Verschränkung von Innovation und Konservation	150
II. Präludium: Die Urangst	154
III. Konservatives Karlsruhe zwischen Vorbehalt und Verfassungsidentität	157
1. Die bewahrende Offenheit der Caveatisierung – Solange I & II	157
a) Bewahrendes Vorprägen	157
b) Beharrung auf Dualismus	160
c) Bremsendes Steuern: Die Caveatisierungsstrategie	162
2. In dubio pro etate? – Maastricht	170

Inhaltsverzeichnis

3. Kulminationspunkt der Konsevation –	
Das Lissabon-Urteil	179
a) Vollbremsung	179
b) Vonne Endlichkeit –	
Sein und Bleiben	182
c) Fiktive Staatsaufgabenlehre	
als Musealisierung	184
d) Imaginierte Ewigkeit	187
4. A Dog that Barks <i>and</i> Bites? –	
Das PSPP-Urteil	189
a) Das objektiv willkürliche Recht	
auf Demokratie	192
b) Die mitgeführte <i>ultra vires</i> -Doktrin	196
IV. Fazit: Das Karlsruher Treibhaus	
des Europaverfassungsrechts	198

Dritter Teil:

Bewahren oder Erneuern?	201
A. Gute Gründe	201
I. Aufgabe des Rechts	201
II. Aufgabe des Gerichts	205
III. Aufgabe der Dogmatik	207
B. Warum konservativ? Deutungsversuche	209
I. Machtpolitik	210
1. Letzte Worte	210
2. Wortkargheit	214
II. Denkstile	215
III. Camouflagetechniken	221
C. Bewahren der Wirkungsmacht	226
Literaturverzeichnis	229

Erster Teil: Was heißt hier konservativ?

A. Innovator, Konservator

Das Bundesverfassungsgericht gilt als großer Innovator des deutschen Verfassungsrechts.¹ Dieses Verdikt beherrscht nicht nur den deutschen Diskurs, sondern findet auch Bestätigung im europäischen und außereuropäischen Ausland.² Beispielsweise „erfindet“ oder – je nach erkenntnistheoretischer Perspektive³ – „entdeckt“ das Gericht neue Grundrechte.⁴ Es etabliert zentrale rechtsstaatliche Prinzipien wie den Verhältnismäßigkeitsgrund-

¹ Vgl. statt vieler *O. Lepsius*, Entscheiden durch Maßstabbildung, in: R.C. v. Ooyen/M.H.W. Möllers (Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl. 2015, S. 119 („eines der [...] innovativsten Gerichte, das es je gab“).

² Vgl. etwa *D.P. Kommers/R.A. Miller*, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 3. Aufl. 2012, S. 40 ff.; *M. Hailbronner*, Traditions and Transformations, 2015, S. 1 („many of the Court’s jurisprudential innovations have become export models around the world.“).

³ Vgl. dazu *M. Walzer*, Interpretation and Social Criticism, in: S.M. McMurrin (Hrsg.), The Tanner Lectures on Human Values, Bd. VIII, 1988, S. 1, 4 ff.

⁴ Z.B. Recht auf informationelle Selbstbestimmung (BVerfGE 65, 1 [1983] – Volkszählung); Recht auf die Integrität informationstechnischer Systeme (BVerfGE 120, 274 [2008] – Onlinedurchsuchung); Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum (BVerfGE 125, 175 [2010] – Hartz IV).

Erster Teil: Was heißt hier konservativ?

satz,⁵ spricht sich für die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten aus⁶ oder definiert die Gewaltengliederung⁷ in der parlamentarischen Demokratie des Grundgesetzes.⁸ Die nahezu einhellige Auffassung sieht das Bundesverfassungsgericht als Treiber progressiver Entwicklungen in der deutschen und zunehmend grenzüberschreitend wirkmächtigen Verfassungsrechtsdogmatik und -theorie.⁹ Gar ist von einem „entgrenzten Gericht“¹⁰ die Rede, das es mit der Progressivität, zugunsten erheblicher Kompetenzausweitungen, manches Mal übertreibt.¹¹

Diese vorherrschende Wahrnehmung und Deutung des Gerichts ergänzt dieser Essay zum 70. Jubiläum um die These eines teilweise konservativen Gerichts. Er geht unserem Eindruck nach, dass das Bundesverfassungsgericht in einigen Bereichen eher als Konservator denn als Innovator auftritt. Beispielhaft sind etwa das kirchliche Arbeitsrecht,¹² das Verhältnis des Gerichts zur Bundesregie-

⁵ Vgl. BVerfGE 7, 377 [1958] – Apothekenurteil.

⁶ Vgl. BVerfGE 7, 198 [1958] – Lüth.

⁷ Vgl. grundlegend C. Möllers, Gewaltengliederung, 2005.

⁸ Vgl. z. B. BVerfGE 49, 89 [1978] – Kalkar I.

⁹ Für ein Beispiel aus der englischsprachigen Literatur siehe stellvertretend J. Collings, *Democracy's Guardians, 1951–2001*, 2015, S. 1 ff.

¹⁰ Vgl. M. Jestaedt/O. Lepsius/C. Möllers/C. Schönberger, *Das entgrenzte Gericht*, 2011.

¹¹ Früh warnte etwa K. Hesse vor einer Tendenz zur „Überanstrengung“ der Verfassung, *ders.*, Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: J.P. Müller/P. Badura (Hrsg.), *Festschrift für Hans Huber*, 1981, S. 261 ff., 270; E. Denninger, *Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe*, in: C. Broda (Hrsg.), *Festschrift für Rudolf Wassermann*, 1985, S. 279 ff., 294 („bis an die Grenze der Beliebbarkeit“).

¹² Z. B. BVerfGE 137, 273 [2014] – Chefarzt.

A. Innovator, Konservator

rung¹³ oder bestimmte Felder, Formen und Momente der europäischen Integration.¹⁴ In einigen zentralen Bereichen des deutschen Verfassungsrechts, so unsere These, erweist sich das Bundesverfassungsgericht gerade nicht als Motor dynamischer Entwicklungen, sondern hält an überkommenen Dogmatiken und hergebrachten Theorien fest.

Dem soll hier nach- und auf den Grund gegangen werden. Die These vom konservativen Gericht erfordert als Vorbedingung und Voraussetzung zunächst die Auseinandersetzung mit folgenden Fragestellungen: Was heißt konservativ? Und was heißt konservativ in diesem spezifischen Kontext? Wo könnte Karlsruhe konservativ sein? Wo sollte Karlsruhe konservativ sein? Welches sind die zu betrachtenden Themengebiete und die zugrundeliegenden Kriterien für ihre Auswahl? In welcher Hinsicht – dogmatisch, theoretisch, politisch – zeigt sich der Konservatismus des Gerichts in diesen ausgewählten Gebieten? Wie lässt sich Konservatismus in den Themengebieten erklären? Mit anderen Worten, was sind die Gründe für das Innovationsgefälle und die Beharrungstendenzen? Lassen sich übergreifende dogmatische, staatstheoretische oder (macht-)politische Zusammenhänge dieser kontrastierenden Judikatur erkennen?

Dieser Essay changiert selbst entlang der Reflexionslinien, die wir hinsichtlich der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeichnen. Sein Motiv und sein Anliegen ist es, in Ergänzung zum vorherrschenden Nar-

¹³ Z.B. BVerfGE 62, 1 [1983] und 114, 121 [2005] – auflösungsbedingte Vertrauensfrage.

¹⁴ Z.B. BVerfGE 123, 267 [2009] – Lissabon.

Erster Teil: Was heißt hier konservativ?

rativ in Staatsrechtslehre und öffentlicher Wahrnehmung aufzuzeigen, *dass*, *wo* und *warum* Karlsruhe konservativ judiziert. Der Beitrag versucht damit, die mangelnde Innovationsfreude des Gerichts in bestimmten Gebieten zu thematisieren und aufzuarbeiten. Die häufig in Literatur und Praxis diskutierten dogmatischen Neuerungen durch seine Judikatur sollen durch diese Analyse der konservierenden Rechtsprechungslinien in bisher unterbelichteten Themengebieten erweitert werden, um zu einem vollständigeren Bild des Gerichts beizutragen. Insofern versteht sich die Schrift weder als Widerlegung noch als Kritik an der bisherigen Analyse, sondern als Wahrnehmungsergänzung, zuweilen auch als Zuspitzung.¹⁵

B. Politischer Konservatismus

Was ist gemeint, wenn nachfolgend von einem „konservativen“ Gericht die Rede ist? Der Begriff des Konservatismus hat unvermeidlich politische Konnotationen. Ideen- und begriffsgeschichtlich stammt er zunächst aus dem politischen Kontext. Deshalb beschäftigt sich die folgende erste Annäherung an den Terminus „konservativ“ mit seiner politischen und staatsphilosophischen Dimension. Darin wird sich das Ergründen des schillernden Begriffs des Konservatismus jedoch nicht erschöpfen. Diese Erwägungen zum politischen und staatsphilosophischen Konservatismus ermöglichen sodann im Weiteren epistemische¹⁶ und verfassungsrechtliche¹⁷ Annäherungen an den

¹⁵ Vgl. dazu *J. Kersten*, Die Notwendigkeit der Zuspitzung, 2020.

¹⁶ Vgl. unten C.

¹⁷ Vgl. unten D.

B. Politischer Konservatismus

Konservatismusbegriff. Dies erlaubt es, konkreter zu umreißen, was wir für die Zwecke dieses Essays unter „konservativer“ Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verstehen.¹⁸

Doch zunächst zur politischen und staatsphilosophischen Dimension. Der politische Konservatismus entstand als Gegenreaktion zur Französischen Revolution.¹⁹ Der Umwälzung des *Ancien Régime* – und natürlich nicht nur des französischen – setzte er die Beständigkeit der „alten“ Ordnung entgegen. Oftmals bildete jedoch nicht die vorrevolutionäre politische und gesellschaftliche Ordnung den zu konservierenden Bezugspunkt, sondern eine Ordnung der ferneren Vergangenheit, die als Ideal eroder zu diesem verklärt wurde.²⁰ Das Mittelalter galt, zumal im Deutschland des frühen 19. Jahrhunderts, als historischer Sehnsuchtsort.²¹ Romantik war die große Mode – und das nicht nur ästhetisch, sondern auch politisch.²²

Burke war mit seinen Reflexionen über die Französische Revolution²³ der Impulsgeber einer (Gegen-)Bewe-

¹⁸ Vgl. unten E.

¹⁹ Vgl. *K. Mannheim*, *Konservatismus*, 1984, S. 51; *K. v. Beyme*, *Konservatismus*, 2013, S. 7; *E. Fawcett*, *Conservatism*, 2020.

²⁰ Vgl. auch *E. Cassirer*, *Vom Mythos des Staates*, 2. Aufl. 2016, S. 237: „Die Romantiker lieben die Vergangenheit um der Vergangenheit willen. Für sie ist die Vergangenheit nicht nur eine Tatsache, sondern auch eines der höchsten Ideale.“

²¹ Vgl. dazu *O. Depenheuer*, *Grundrechte und Konservatismus*, in: *D. Merten/H.-J. Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. 1, 2004, S. 441, 451; *T. Oppeland*, *Konservatismus*, in: *G. Sommer/R. Graf von Westphalen* (Hrsg.), *Staatsbürgerlexikon*, 1999, S. 494, 495.

²² Vgl. dazu *C. Schmitt*, *Politische Romantik*, 2. Aufl. 1925.

²³ *E. Burke*, *Reflections on the Revolution in France*, 1790.

Erster Teil: Was heißt hier konservativ?

gung, die sich indessen sogleich von seinem *status quo*-Konservatismus²⁴ emanzipierte. Im nachrevolutionären Frankreich sind *de Maistre* und *Chateaubriand*, später *Maurras* und *Comte* wichtige Stimmen, in Großbritannien nach *Burke* insbesondere *Samuel Taylor Coleridge*, *Benjamin Disraeli* und *Walter Bagehot*, in Deutschland vor allem *Fichte*, *Novalis*, *Schelling*, *Adam Heinrich Müller*, *Lorenz von Stein*, *Görres*, *Stahl* und der späte *Hegel*.²⁵ Der politische Konservatismus ist in seinen Einzelheiten und Spielarten äußerst komplex und vielfältig. Eine ausführliche Darstellung ist für das Anliegen dieser Schrift von untergeordnetem Interesse und anderenorts zu finden.²⁶ Von Bedeutung ist indes ein übergreifendes Charakteristikum der deutschen konservativen Bewegung des 19. Jahrhunderts, das u. a. bei *Novalis* und *Müller* besonders hervortritt: Dem Rationalismus der Aufklärung, dem Liberalismus, die zum Umsturz der alten Ordnung geführt haben, wird die Betonung der Tradition, der Natürlichkeit der gegebenen Ordnung und der Blick in die Vergangenheit entgegengesetzt. Es geht nicht um *causa*,

²⁴ Vgl. *K. v. Beyme*, *Konservatismus*, 2013, S. 35 ff.

²⁵ Vgl. *K. v. Beyme*, *Konservatismus*, 2013, S. 20 ff., 43 ff., 59 ff., 87 ff., 111 ff., 156 ff., 191 ff., 197 ff.

²⁶ Siehe dazu insbesondere *K. Mannheim*, *Konservatismus*, 1984; *M. Greiffenhagen*, *Das Dilemma des Konservatismus in Deutschland*, 1986; *P. Kondylis*, *Konservatismus*, 1986; *R. Vierhaus*, *Konservativ*, *Konservatismus*, in: O. Brunner/W. Conze/R. Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 3, 1982, S. 531 ff.; *M. Oakeshott*, *On being conservative*, in: *Ders.*, *Rationalism in Politics*, 1991, S. 407 ff.; *K. v. Beyme*, *Konservatismus*, 2013; *R. Scruton*, *How to Be a Conservative*, 2014; *E. Fawcett*, *Conservatism*, 2020.

B. Politischer Konservatismus

sondern um *occasio*:²⁷ Nicht um die rationale Analyse von Ursache und Wirkung, sondern um das Zufällige, Irrationale, Metaphysische. Mit der Ablehnung der die Aufklärung und den Liberalismus kennzeichnenden Rationalität ist Konservatismus als Theorie allerdings mit einem Paradox konfrontiert. Theoretische Durchdringung erfordert Rationalisierung, im Falle des Konservatismus somit die „Rationalisierung des Irrationalen“²⁸. Wer die überkommene Ordnung als natürlich ansieht, steht vor der anspruchsvollen Aufgabe, eine „rational fundierte theoretische Reflexion des organisch Gewordenen vor[zu]legen.“²⁹

In der politischen Philosophie hat niemand diese Reflexion einflussreicher betrieben als *Hegel*. Dabei steht der Staat als organische Verkörperung der natürlichen Ordnung im Zentrum seines Denkens. Der Staat ist Organismus und wird ontologisch begründet. Rationalität soll indessen in dieser Ontologie des Organischen, Existenten liegen. Heißt die Prämisse: „was wirklich ist, das ist vernünftig“³⁰ (und umgekehrt), so ist der Staat diese Wirklichkeit und damit Inbegriff des Vernünftigen.³¹

²⁷ Vgl. dazu *C. Schmitt*, *Politische Romantik*, 2. Aufl. 1925, S. 120.

²⁸ *O. Depenheuer*, *Grundrechte und Konservatismus*, in: *D. Merzen/H.-J. Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. 1, 2004, S. 441, 449.

²⁹ Ebenda. Siehe zu alledem auch in ähnlicher Weise *M. Greiffenhagen*, *Das Dilemma des Konservatismus in Deutschland*, 1986, S. 62 ff. und bereits *C. Schmitt*, *Politische Romantik*, 2. Aufl. 1925, S. 99.

³⁰ *G.W.F. Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 14. Aufl. 2015, Vorrede, S. 24.

³¹ Für eine andere Deutung des „verfemten Doppelsatzes“ siehe *K. Vieweg*, *Hegel*, 3. Aufl. 2020, S. 467 ff.; auch bereits *ders.*, *Das Denken der Freiheit*, 2012, S. 23 ff.

Erster Teil: Was heißt hier konservativ?

Die Omnipräsenz des Staates hat Auswirkungen auf den Freiheitsbegriff. Der Staat ist Garant der individuellen Freiheit, erst durch den Staat kann sich das Individuum selbst und in seinem Bezug zu anderen Individuen entfalten und verwirklichen.³² Nur als „Glied“ des Staates erlangt das Individuum „Objektivität, Wahrheit und Sittlichkeit“³³, „[d]er Staat ist die Wirklichkeit der konkreten Freiheit“³⁴. Dies spiegelt sich auch in *Hegels* Geschichtsverständnis: Geschichte ist Fortschritt mit dem Ziel der Freiheit. Freiheit verwirklicht sich im Staat: Der Staat „ist die Wirklichkeit, in der das Individuum seine Freiheit hat und genießt [...]“. „Im Staat allein hat der Mensch vernünftige Existenz. [...] Alles, was der Mensch ist, verdankt er dem Staat; er hat nur darin sein Wesen“.³⁵

Freiheit liegt somit dem Staat nicht voraus, sondern entsteht und besteht erst und nur durch ihn und mit ihm und in ihm. Ist Freiheit und sind daher Individualrechte Teil der organischen Ordnung und existieren nur durch sie, sind sie allein als „konkrete Freiheit“³⁶ denkbar und daher *a priori* eingebunden in den Staat als Verkörperung der Sittlichkeit, als „Wirklichkeit der sittlichen Idee“³⁷. Diese Freiheit ist keine Freiheit zur Selbstentfaltung, sondern gebundene Freiheit, die ethisch richtig und im Sinne der Gemeinschaft auszuüben ist. Notwendig können

³² Vgl. *G.W.F. Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 14. Aufl. 2015, § 33, S. 87 f.

³³ Ebenda, § 258, S. 399.

³⁴ Ebenda, § 260, S. 406.

³⁵ *G.W.F. Hegel*, Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte, Bd. I, 1955, S. 111.

³⁶ *G.W.F. Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 14. Aufl. 2015, § 260, S. 406.

³⁷ Ebenda, § 257, S. 398.

B. Politischer Konservatismus

(Grund-)Rechte folglich nur in Symmetrie zu Pflichten gedacht werden: Dem Einzelnen obliegt ihre Ausübung „im Interesse des Allgemeinen“.³⁸

Auch wenn *Hegels* Philosophie sich nicht in jeder Hinsicht nahtlos in die konservativen Deutungsmuster einfügt, lässt sich hier ein zentrales Element staatstheoretisch³⁹ konservativen Denkens identifizieren. Der Staat als Totalität nimmt nicht nur das Individuum auf, sondern verleiht ihm erst seine Freiheit, ja seine Existenz. Damit werden Rechte und Pflichten zu notwendigen Korrelaten. Das Kollektivgebilde Staat ist indessen, wie der etymologische Ursprung verdeutlicht, statisch, ein *status*, eine bestehende Ordnung. Mithin ist alles Dasein, einschließlich der Freiheit des Einzelnen, auf den Erhalt der bestehenden Ordnung und etablierter Institutionen ausgerichtet, nicht zuletzt auch in ihrer historischen Kontinuität.

Dies zeigt sich auch im Verhältnis von Staat und Kirche oder Religion. Bei *Hegel* und noch deutlicher bei *Friedrich Julius Stahl* ist die bestehende eine gottgegebene und gerade deshalb legitime Ordnung. „[E]s ist der Gang Got-

³⁸ *G.W.F. Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 14. Aufl. 2015, §257, S.406f. Siehe dazu auch *O. Depenheuer*, *Grundrechte und Konservatismus*, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd.1, 2004, S.441, 459f. Für eine teilweise andere Deutung siehe wiederum *K. Vieweg*, *Hegel*, 3. Aufl. 2020, S.516ff.; auch bereits *ders.*, *Das Denken der Freiheit*, 2012, S.345ff.

³⁹ Zur begrifflichen Abgrenzung von Staats- und Verfassungstheorie sowie zu ihren jeweiligen Perspektiven auf das Verhältnis von Staat und Verfassung siehe *M. Jestaedt*, *Verfassungstheorie als Disziplin*, in: *O. Depenheuer/C. Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, §1, S.3, 10f. *Konservative Theorie*, die den Staat fokussiert, kann vor diesem Hintergrund getrost mit dem Adjektiv „staatstheoretisch“ versehen werden.

Erster Teil: Was heißt hier konservativ?

tes in der Welt, daß der Staat ist“, schreibt *Hegel* in seiner Rechtsphilosophie.⁴⁰ Daraus ergibt sich dessen Stabilität. Bei *Stahl* wird der Staat sogar zum „irdische[n] äußerliche[n] Reich Gottes“⁴¹, in das alle gesellschaftlichen Institutionen eingebettet sind und auf dem sie beruhen. Christliche Kirche und Staat sind nicht getrennt, sondern bilden eine untrennbare Einheit.⁴² Umgekehrt ergibt sich seine Autorität und somit Legitimität aus der (christlichen) Religion. Der Staat und damit die Legitimität und Legitimation staatlichen Handelns „ist von Gottes Gnaden.“⁴³ Im Anfang war der Staat: Der Staat ist allumfassend und seine Allgegenwart rechtfertigt sich aus Gottesgnadentum.

Doch gibt es jenseits konservativer Staatsphilosophie auch eine spezifische Denkweise, die den deutschen politischen Konservatismus auszeichnet? *Karl Mannheim* hat dazu einen zentralen und bis heute wirkmächtigen Beitrag geleistet. In seiner 1925 verfassten, zunächst nur in Teilen veröffentlichten Habilitationsschrift unternimmt er den Versuch, den Denkstil des deutschen politischen Konservatismus des 19. und frühen 20. Jahrhunderts herauszuarbeiten.⁴⁴ *Mannheim* identifiziert drei distinkt konservative „Denkstile“⁴⁵: Das „Klären“, das „Vermitteln“ und die

⁴⁰ *G.W.F. Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 14. Aufl. 2015, § 258, S. 403.

⁴¹ *F.J. Stahl*, Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht, Bd. 2, Abt. 2, 1. Aufl. 1837, S. 275.

⁴² Ebenda, S. 276 ff.

⁴³ *M. Greiffenhagen*, Das Dilemma des Konservatismus in Deutschland, 1986, S. 179.

⁴⁴ *K. Mannheim*, Konservatismus, 1984, S. 109, 137 ff.

⁴⁵ Ebenda, S. 137.