

ABHANDLUNGEN

75 Jahre Grundgesetz: Balance von Stabilität und Anpassungsfähigkeit?

Rede bei der Feierstunde zum Jubiläum des Grundgesetzes im
Niedersächsischen Landtag am 17.05.2024

Von Prof. Dr. Andreas Busch, Göttingen*

75 Jahre Grundgesetz sind ein Grund zu dankbarer Rückschau auf eine lange Periode stabiler Verfasstheit in unserem Land und ein in hohem Maße erfolgreiches demokratisches Gemeinwesen.¹

75 Jahre Grundgesetz sind aber auch Anlass zu Stolz bei denen, die diese Verfassung ins Werk gesetzt haben. Es waren die Länder, die den Auftrag zur Erstellung des Grundgesetzes gaben und die Länder, die den Bund gründeten. Der Erfolg des Grundgesetzes ist daher Grund zum Stolz auch für die Bundesländer. Deshalb ist es passend, dass dieses Jubiläum nicht nur in der Bundeshauptstadt, sondern auch in den Bundesländern gefeiert wird!

Sie haben heute, Frau Landtagspräsidentin, einen Politikwissenschaftler als Festredner eingeladen und sich damit vermutlich bewusst für einen breiteren als den nur juristischen Blick auf die Verfassung entschieden. Mit dem Dank für die Einladung verbinde ich die Hoffnung, Ihnen allen in den kommenden 20 Minuten ein paar Impulse für den Blick auf unsere Verfassung geben zu können.

Zwei Dinge stehen aus meiner Sicht beim Blick auf eine Verfassung im Vordergrund:

- zum einen das Erfordernis der *Stabilität*, die eine Verfassung produziert – Sicherheit über die Institutionen eines politischen Systems, deren jeweilige Kompetenzen und die leitenden Grundwerte, also gewissermaßen die *Mechanik* des politischen Systems;
- zum anderen das Erfordernis der *Flexibilität*, denn eine Verfassung muss zu der Gesellschaft, die sie politisch organisiert, passen; ändert sich die Gesellschaft, muss sich die Verfassung an solche Änderungen anpassen können.

Es ergibt sich also ein Spannungsverhältnis zwischen *Stabilität* und *Flexibilität*, das ich in den Mittelpunkt meines Vortrags stellen möchte.²

I. Geschriebene Verfassungen und ihre Funktionen: Stabilität und Flexibilität

Einerseits soll die Verfassung möglichst verlässlich und unwandelbar sein – was sich aus der Idee ergibt, dass sie den *Grundkonsens einer Gesellschaft* abbildet. Politisch ist man sich in vie-

lerlei Hinsicht uneinig, aber im Hinblick auf z. B. die Verfahren, wie man zu einer Entscheidung gelangt, muss man sich einig sein. Diese Fragen sind in einer Verfassung geregelt – welche Institutionen es gibt, wie sie zusammengesetzt sind und gewählt werden, welche Kompetenzen sie haben etc.

Das Grundgesetz führt die wichtigsten Bundesorgane (wie Bundestag, Bundesrat, Bundespräsident und Bundesregierung) sowie die Grundsätze ihrer Amtsführung auf. Details hingegen sind oft in Gesetze ausgelagert – der genaue Ablauf der Wahl des Bundestages zum Beispiel in das Wahlgesetz (über dessen Reform gerade vor dem BVerfG gestritten wird). Die Verfassung soll Grundsätze enthalten, nicht Details; dass der Satz „Das Nähere regelt ein Bundesgesetz“ nicht weniger als 24 mal im Grundgesetz vorkommt, ist ein Indiz dafür!

Die Grundregeln stabil zu halten, ist wichtig. Die Verfassung enthält in diesem Sinn „Regeln über Regeln“, also Regeln, wie man zu Regeln kommt. Und die sollen sich möglichst nicht verändern – das schafft Verlässlichkeit und Erwartungssicherheit.

Diese Prämie auf *Stabilität* steht aber in einem Spannungsverhältnis zur Notwendigkeit von *Flexibilität*, mit der ein Regelsystem sich an veränderte Umstände anpassen muss. Generell gesprochen: Gesellschaften ändern sich, sie ändern ihre Präferenzen, bevorzugen andere Dinge, als sie es in der Vergangenheit taten. Sozialwissenschaftler sprechen von „Wertewandel“ – bspw. der Verschiebung von sogenannten *materiellen* Werten (wie mehr Geld oder mehr Güter) zu sogenannten „postmateriellen“ Werten (wie mehr Freizeit oder mehr Selbstverwirklichung).³

* Inhaber des Lehrstuhls für Vergleichende Politikwissenschaft und Politische Ökonomie, Institut für Politikwissenschaft, Georg-August-Universität Göttingen.

1 Im Text wurde der Redestil um Anreden gekürzt, aber ansonsten beibehalten und lediglich um einige Zwischenüberschriften sowie bibliographische Nachweise ergänzt.

2 Der Vortrag greift Überlegungen auf und führt sie weiter, die der Autor zuerst aus Anlass des 50. Jubiläums des Grundgesetzes angestellt hat (Busch 1999).

3 Klassisch dazu Inglehart (1977).

Wir alle wissen, dass die Gesellschaft der heutigen Bundesrepublik sich deutlich unterscheidet von der vor 50 Jahren (Mitte der 1970er Jahre) oder gar vor 75 Jahren – dem Jahr, als das Grundgesetz ausgehandelt und in Kraft gesetzt wurde. Atmet das Grundgesetz noch den Geist der Adenauer-Jahre? Gibt es aufgestauten Modernisierungsbedarf? Oder ist die Verfassung flexibel genug und hat sich anpassen können? Das sind Fragen, auf die ich nun eingehen möchte.

II. Das Grundgesetz und seine Änderungen

Wie balanciert das Grundgesetz das Spannungsverhältnis zwischen dem Bedürfnis nach Stabilität und der Notwendigkeit von Flexibilität? Wie stellt sich das Verhältnis des heutigen Grundgesetzes zu dem von 1949 dar? Handelt es sich noch um dieselbe Verfassung – oder würden die Väter und Mütter des Grundgesetzes die heutige Verfassung kaum mehr wiedererkennen?

Ich möchte versuchen, diese Fragen mit Blick auf die Entwicklung des Grundgesetzes zu beantworten. Weil dabei ein paar Zahlen unerlässlich sind, haben Sie auf Ihrem Platz ein Blatt mit zwei Tabellen gefunden. Dort können Sie einiges von dem, was ich jetzt sage, verfolgen.

In quantitativer Hinsicht hat sich das Grundgesetz deutlich verändert.⁴ Es ist erheblich gewachsen – durch hinzugekommene Artikel (aus 146 Artikeln sind 203 geworden), und durch Veränderungen, die den Text oft erheblich ausgeweitet haben. Zählt man die Wörter, so hat das Grundgesetz seine Länge seit 1949 verdoppelt, von etwa 10 000 Wörtern auf gut 20 000 Wörter. Mit anderen Worten: Es hat sich einiges verändert am Grundgesetz!

Blicken wir die Veränderungen im Text des Grundgesetzes entlang der Zeitachse nach Legislaturperioden, so können wir bereits viel Interessantes erkennen.

Tabelle 1 (siehe folgende Seite) zeigt vor allem in der letzten Zeile deutlich, dass es Perioden stärkerer Änderungen gibt und Perioden weitgehender, sogar völliger, Ruhe.

Erinnern wir uns daran, dass das Grundgesetz als Provisorium entstand („um dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben“, wie es in der ursprünglichen Präambel hieß).⁵ Deshalb hatte es bspw. zunächst rechtliche Regelungen enthalten, die nicht in eine Verfassung gehören, etwa zum Hochverratsrecht – weil die Alliierten das politische Strafrecht des StGB aufgehoben hatten; die Anpassung solcher provisorischer Regeln – ebenso wie die Einfügung der Wehrverfassung – war dann nötig, und sie kann das erste Maximum an Änderungen in der zweiten Legislaturperiode erklären.

Ein weiteres Maximum zeigt sich in der fünften Legislaturperiode. Damals wurde die erste *Große Koalition* genutzt, um fehlende Sachverhalte – wie die (heftig umstrittene) Notstandsverfassung – in das Grundgesetz einzufügen. Neuerungen (wie etwa die Einführung der *Gemeinschaftsaufgaben* zwischen Bund und Ländern) kamen hinzu – dies war ja eine Zeit ambitionierter Reformversuche.

Dann folgt (erkennbar an den vielen leeren Zellen) eine Zeit weitgehender Ruhe, die erst von großer Aktivität in der zwölften Legislaturperiode abgelöst wird. Das ist die Zeit nach der *deutschen Einheit*, und hier werden eine Vielzahl von notwendigen Veränderungen (u. a. nach umfangreichen Beratungen der – heute von vielen vergessenen – *Gemeinsamen Verfassungskommission*) in das Grundgesetz eingearbeitet.⁶ Das geschieht in erheblichem Konsens zwischen den Parteien.

Ein letztes Maximum zeigt sich in der 16. Legislaturperiode. Hier gibt es die zweite *Große Koalition*, die (die Bundesrepublik

ist gerade durch eine schwere Wirtschaftskrise gegangen) die Empfehlungen der damaligen Föderalismuskommission für eine Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung in Grundgesetzänderungen umsetzt.

Seitdem dominiert wieder eine Periode relativer Ruhe bei den Verfassungsänderungen. Sie wechseln sich, das können wir festhalten, mit Zeiten intensiver Änderungen ab; letztere werden offenbar begünstigt durch historische Ereignisse (wie die deutsche Einheit) und politische Gunst (v.a. in Zeiten Großer Koalitionen, in denen die notwendigen Zwei-Drittel-Mehrheiten leichter zu erreichen sind).

Aus Tabelle 2 können wir aber neben der zeitlichen Rhythmik noch etwas anderes lernen: Die Änderungen am Grundgesetz sind nicht gleichmäßig über den Text verteilt; sie *konzentrieren sich* in bestimmten inhaltlichen Abschnitten.

Tabelle 2: Änderungen am Text des Grundgesetzes nach Abschnitten (1949–2024)

Summe der Änderungen nach Abschnitten	Zahl der Artikel (Basis 1949)	Änderung pro Artikel	Abschnitt	Thema
1	1	1	Präambel	Präambel
20	19	1,05	I (1–19)	Die Grundrechte
24	18	1,33	II (20–37)	Der Bund und die Länder
16	12	1,33	III (38–49)	Der Bundestag
4	4	1,00	IV (50–53)	Der Bundesrat
1	0		IVa (53a)	Gemeinsamer Ausschuss
3	8	0,38	V (54–61)	Der Bundespräsident
2	8	0,25	VI (62–69)	Die Bundesregierung
88	13	6,77	VII (70–82)	Die Gesetzgebung des Bundes
21	9	2,33	VIII (83–91)	Die Ausführung der Bundesgesetze
15	0		VIIIa (91ae)	Gemeinschaftsaufgaben
23	13	1,77	IX (92–104)	Die Rechtsprechung
70	11	6,36	X (104a–115)	Das Finanzwesen
15	0		Xa (115a)	Verteidigungsfall
34	31	1,10	XI (116–146)	Übergangs- und Schlussbestimmungen
337	147	2,29		

Auch hier finden wir also Maxima: Änderungen betreffen bestimmte Abschnitte des Grundgesetzes offenbar stärker als andere. Das wird noch deutlicher, wenn man die Abschnitte durch Berücksichtigung ihrer unterschiedlichen Artikelzahl vergleichbarer macht. Der Indikator „Änderungen pro Artikel“ zeigt sehr deutlich, dass die mit Abstand am intensivsten Änderungen unterworfenen Abschnitte diejenigen über die *Gesetzgebung des Bundes* und über *Das Finanzwesen* sind. Dort wurde im Mittel jeder Artikel des jeweiligen Abschnitts 6,8 bzw. 6,4 mal geändert.

4 Eine leicht zugängliche Ausgabe, die alle Änderungen des Grundgesetzes im Text aufführt, ist Dreier und Wittreck (2019).
5 Die Entstehung des Grundgesetzes ist detailliert dokumentiert in Häberle (2010).
6 Der Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission findet sich in Deutscher Bundestag (1993).

Tabelle 1: Änderungen am Text des Grundgesetzes im Zeitverlauf der Legislaturperioden (1949–2024)

	1 '49– '53	2 '53– '57	3 '57– '61	4 '61– '65	5 '65– '69	6 '69– '72	7 '72– '76	8 '76– '80	9 '80– '83	10 '83– '87	11 '87– '90	12 '90– '94	13 '94– '98	14 1998– 2002	15 '02– '05	16 '05– '09	17 '09– '13	18 '13– '17	19 '17– '21	20 seit 2021	Summe 1949– 2023
Präambel											1										
I (1–19)		3			6							5	4	2							
II (20–37)		1			4	1	1			1	1	7	3	1		4		1			
III (38–49)		3			0	2	6					1	2			2					
IV (50–53)											1	2				1					
IVa (53a)					1																
V (54–61)		2			1																
VI (62–69)		1			1																
VII (70–82)		2	1	2	14	9	1					23				34			1	1	
VIII (83–91)		2	2		2	1						7				5		1		1	
VIIIa (91ae)					2	1										9	1	2			
IX (92–104)		2	2		11	1						1		1		4	1				
X (104a-115)	1	8			13							1	9	2		23		7	6		
Xa (115al)					14							1									
XI (116–146)	2	3	1	1	3						4	4				5		5	6		
Zahl der Gesetze	3	5	4	2	12	5	3	0	0	1	1	6	4	5	0	6	2	3	3	2	67
Zahl der Änderun- gen	3	27	6	3	72	14	8	0	0	1	7	52	18	6	0	87	2	16	13	2	337

Hier zeigt sich, dass die dort niedergelegten sehr detaillierten Vorschriften über die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes und der Länder beständigen Änderungsbedarf gewissermaßen in sich tragen. Der Berliner Verfassungsrechtler Dieter Grimm hat schon vor vielen Jahren angemerkt, dass „zwischen der Genauigkeit einer Verfassung und ihrer Änderungsbedürftigkeit ... ein direkter Zusammenhang“ bestehe (Grimm 1994, S. 333 f.). Und in den katalogartigen Aufzählungen der Artikel zur ausschließlichen und konkurrierenden Gesetzgebung wird entsprechend dauernd korrigiert, wird Kompetenz zwischen den Ebenen hin- und hergeschoben und es kommen neue Regelungsgebiete hinzu, zum Teil in großer Detailliertheit.

Art. 74 Abs. 1 Ziffer 23 benennt etwa „die Schienenbahnen, die nicht Eisenbahnen des Bundes sind, mit Ausnahme von Bergbahnen“ als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung. Und das 30. Änderungsgesetz zum Grundgesetz hat mit Wirkung zum 15.04.1972 den Punkt hinter dem Wort „Bergbahnen“ durch ein Semikolon ersetzt – weil dann noch Regelungen zu Abfallwirtschaft, Luftreinhaltung und Lärmbekämpfung eingefügt wurden. Ihnen folgten 1994 noch Regeln zur Staatshaftung und zum Embryonenschutz und 2006 noch sieben weitere Sachverhalte (darunter der Naturschutz und die Raumordnung). Man hatte letztere aus der (damals im Zuge der Föderalismusreform abgeschafften) Rahmengesetzgebung des Bundes übernommen.

Mit dieser Illustration, wie detailliert es in Teilen unserer Verfassung zugeht, kann ich zu meinem nächsten Punkt überleiten, nämlich der Frage, was eigentlich in eine Verfassung gehört.

III. Was gehört in eine Verfassung?

Der Punkt, um den es mir hier geht, ist ein grundsätzlicher. Gegenstände, die in einer Verfassung stehen, kann man (unter dem Gesichtspunkt von *Stabilität*) als *Ausweis demokratischen Willens* ansehen. Man kann sie aber ebenso gut aus einer entgegengesetzten Perspektive (nämlich der von *Flexibilität*) betrachten: dann erscheinen sie jedoch als *Einschränkung* des demokratischen Willens. Lassen Sie mich das kurz erläutern.

Was man in eine Verfassung hineinschreibt, das bindet zukünftige Politik und schränkt sie ein. Das wird ja gerade mit der Erhebung einer Norm in den Verfassungsrang bezweckt.

Weil es sich dabei um eine *Einschränkung* von Demokratie handelt, gibt es dafür erhöhte Hürden. In der Bundesrepublik sind für Verfassungsänderungen Zwei-Drittel-Mehrheiten sowohl im Bundestag wie auch im Bundesrat nötig.

Damit gehört das Grundgesetz übrigens im internationalen Vergleich eher zu den relativ einfach abzuändernden Verfassungen.⁷ Bei unseren dänischen Nachbarn etwa ist das sehr viel schwieriger: Wollen Parlament und Regierung die Verfassung ändern, so müssen sie diese Absicht erklären, worauf Neuwahlen ausgeschrieben werden. Nimmt das neugewählte Parlament die Verfassungsänderung an, dann muss binnen sechs Monaten zudem eine Volksabstimmung stattfinden, in der nicht nur die Mehrheit der Wählerinnen und Wähler, sondern auch mindes-

7 Vgl. Lutz (1994).

tens 40 % der Wahlberechtigten zustimmen müssen. Doch zurück zum Thema.

Generell gilt: Was einmal in der Verfassung steht, kann nur unter erschwerten Bedingungen wieder aus diesem Rang entfernt werden. Und deshalb können Verfassungsinhalte auch der Umsetzung demokratischer Politik *im Wege stehen*.

Lassen Sie mich diese Aussage am Beispiel der sogenannten „Schuldenbremse“ in Art. 109 GG illustrieren.

Sie wurde im Mai 2009 verabschiedet und beschränkt seitdem die mögliche Schuldenaufnahme des Bundes mit sehr detaillierten Regeln. Wichtig zum Verständnis ist der damalige Kontext: Die Finanzmarkt- und Wirtschaftskrise hatte die Staatsverschuldung im Jahr zuvor enorm in die Höhe getrieben. SPD-Fraktionschef Peter Struck bezifferte das in der Debatte im Bundestag:

„An der Tatsache, dass der Bund pro Jahr Zinsen in Höhe von 42 Milliarden Euro zahlen muss – das sind 76.000 Euro pro Minute –, ohne einen einzigen Euro zurückzahlen zu können, sehen wir schon, wie dramatisch die Situation ist. Dies gilt für die Länder in gleichem Maße. Wir müssen eingreifen.“⁸

Damals gab es – es lohnt sich, die Debatte nachzulesen! – einen breiten Konsens, dass eine Bremse für die Staatsschulden notwendig sei – nicht nur zwischen den Koalitionsparteien Union und SPD, sondern prinzipiell auch bei den damaligen Oppositionsparteien FDP und Bündnis 90/Grüne, ja sogar in Teilen der Linkspartei.

Heute stellt sich das Politikern aus einigen dieser Parteien anders dar. In der damals mit so viel Unterstützung detailliert festgelegten Beschränkung fiskalischen Handelns sehen sie heute vor allem ein *Hindernis* für *jetzt* als notwendig angesehene Politik – etwa im Hinblick auf Investitionen in eine klimapolitische Transformation. Die Zwei-Drittel-Mehrheit der Vergangenheit schränkt aus dieser Perspektive vor allem die heutige und die zukünftige Politik ein.

Sollte man das gegenwärtig Präferierte also vielleicht lieber nicht – und vor allem nicht so detailliert – in die Verfassung schreiben, um die Zukunft weniger zu binden? Ist eine Verfassung vielleicht flexibler für Änderungen in der Gesellschaft, wenn sie ihre Präferenzen nicht allzu genau schriftlich festlegt? Ließe man so dem *zukünftigen* demokratischen Willen vielleicht mehr Raum?

Man kann gute Beispiele dafür anführen, dass gerade *Offenheit* und der Schwerpunkt auf *generelle Formulierungen* bei den Zielen einer Verfassung die Anpassung an gesellschaftliche Veränderungen erleichtert.

Stellen Sie sich vor, die Mütter und Väter des Grundgesetzes hätten 1949 den seinerzeitigen gesellschaftlichen Konsens zum Thema Homosexualität im Grundgesetz kodifiziert. Durch eine solche Festschreibung wäre der über die Jahrzehnte zunächst zögerliche, dann in den letzten 30 Jahren zunehmend deutliche gesellschaftliche Wandel zu diesem Thema wohl klar behindert worden. Das BVerfG hat als Reaktion auf diesen Wandel vor 15 Jahren einen Perspektivwechsel vollzogen und homosexuelle Partnerschaften seither aus der Perspektive des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG interpretiert. Offenheit hat hier Wandel erleichtert.

Das gilt auch für neue Themen. 1949 gab es noch keine elektronische Informationsverarbeitung und deshalb keine Notwendigkeit, sie in der Verfassung zu regeln. Aber bereits vor 40 Jahren hat das BVerfG im allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der Menschenwürde ein innewohnendes „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ anerkannt und seitdem in mehreren Urteilen ausgebaut. Es ist prägend für den Themenbereich des Datenschutzes geworden. Auch hier haben Offenheit und allgemeine Ziele Flexibilität und Anpassung ermöglicht – ver-

mutlich besser und flexibler, als es detaillierte Regeln im Text vermocht hätten.

IV. Verfassungspolitik eher Kunst als Wissenschaft

Bei der Balance zwischen *Stabilität* und *Flexibilität* einer Verfassung gibt es keine „beste“ Position. Verfassungspolitik ist in diesem Sinne eher eine *Kunst* als eine *Wissenschaft*.

Allgemein kann man sagen:

- Wer eine Verfassung *zu einfach änderbar* macht, läuft Gefahr, ihre Wirkung zu beschädigen, zumindest, wenn es sich um Änderungen im Wesenskern handelt. Eine solche Verfassung wird kaum wegweisende Funktionen übernehmen können.
- Wer Verfassungen *zu schwer änderbar* macht, bewirkt, dass ihre Inhalte aus Notwendigkeit uminterpretiert werden – zumeist durch Verfassungsgerichte statt durch Abgeordnete. Und Gerichtsentscheidungen können politisch umstrittener und weniger legitimiert sein als solche von Politikern! Die extrem schwierig zu ändernde US-Verfassung kann da als Beispiel dienen: Politische Kursänderungen werden, von Roosevelts „New Deal“ bis zu Trumps Kampf gegen Abtreibung, oft über Uminterpretationen der Verfassung durch den *Supreme Court* ins Werk gesetzt. Das hat zu einer Politisierung des obersten Gerichts geführt, die es delegitimiert und dadurch beschädigt. Kein guter Weg.

Das Grundgesetz hat bei der Balance zwischen *Stabilität* und *Flexibilität* bis jetzt einen recht guten Mittelweg gefunden. Es ist, um es auf eine Formel zu bringen, *stabil in den Fundamenten und flexibel in den Katalogen*. Und es ist, das zeigen Umfragen, sehr breit in der Bevölkerung anerkannt – zwischen 80 und 90 % sehen in ihm „eine der größten Errungenschaften der Bundesrepublik Deutschland“.⁹ An gesellschaftliche Normveränderungen wird es in seiner Interpretation behutsam durch ein zumeist klug agierendes BVerfG angepasst.

Das Grundgesetz ist eine Verfassung, die sich vom *Provisorium* zu einer beeindruckenden (und durchaus nicht zu erwartenden) *Erfolgsgeschichte* entwickelt hat. Auch wenn die Signatur der Bundesrepublik in Sachen Staatssymbolik vor allem *Nüchternheit und Zurückhaltung* ist – zumal in Norddeutschland –, kann man auf diese Erfolgsgeschichte zum 75. Jubiläum unserer Verfassung durchaus stolz sein!

Literaturnachweise

Busch, Andreas. 1999. Das oft geänderte Grundgesetz. In *Demokratie in Ost und West. Für Klaus von Beyme*, Hrsg. Wolfgang Merkel, und Andreas Busch, 549–574. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Deutscher Bundestag. 1993. *Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission: Gemäss Beschluss des Deutschen Bundestages Drucksachen 12/1590, 12/1670 und Beschluss des Bundesrates Drucksache 741/91*. Bonn: Bundesanzeiger.

Dreier, Horst, und Fabian Wittreck (Hrsg.). 2019. *Grundgesetz: Textausgabe mit sämtlichen Änderungen und weitere Texte zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.

⁸ Zitiert nach BT-Plenarprotokoll 16/215, 27.03.2009, S. 23364, online zugänglich unter <https://dserver.bundestag.de/btp/16/16215.pdf#P.23363>.

⁹ Repräsentative Umfrage des Meinungsforschungsinstitut Kantar Emnid im Zeitraum vom 22.03. bis 24.04.2019 im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, zugänglich unter https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/forschungsprojekte/DE/UMFRAGE_70_Jahre_GG.html?nn=305536#summary.

Grimm, Dieter. 1994. *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Häberle, Peter (Hrsg.). 2010. *Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes: Neuausgabe des Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Band 1*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Inglehart, Ronald. 1977. *The silent revolution: Changing values and political styles among Western publics*. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press.

Lutz, Donald S. 1994. Toward a Theory of Constitutional Amendment. *American Political Science Review* 88(2):355–370.

Aktuelle Entwicklungen der Umsatzbesteuerung von Kurgemeinden

Von Univ.-Prof. Dr. Steffen Lampert, StB und Dipl.-Jur. Dipl.-Finw. (StAk) Christoph Scheper*

I. Einleitung

Kurorte, Erholungsorte, Küstenbadeorte und sonstige Tourismusgemeinden (im Folgenden verkürzt: Kurgemeinden) erheben zur Finanzierung ihrer Kur- und Fremdenverkehrseinrichtungen häufig Gästebeiträge auf Grundlage des Niedersächsischen Kommunalabgabengesetzes (NKAG), die im Kommunalabgabenrecht und im Umsatzsteuerrecht¹ auch „Kurtaxen“ genannt werden. Da der Gästebeitrag die Möglichkeit zur Nutzung bereitgestellter Kur- und Fremdenverkehrseinrichtungen „abgilt“, stellt sich die Frage, ob Gemeinden durch die Erbringung von „Kur“-Leistungen eine umsatzsteuerpflichtige Leistung an die Gäste erbringen, mit der Folge, dass sie berechtigt sind, einen Vorsteuerabzug für Investitionen in die entsprechenden Einrichtungen vorzunehmen. Zwar deutet die Steuersatzermäßigung in § 12 Abs. 2 Nr. 9 Satz 2 UStG darauf hin, dass der Gesetzgeber vom Bestehen einer entgeltlichen Leistung ausgeht, in jüngerer Zeit mehren sich aber Zweifel an der Gültigkeit dieser Annahme – nicht zuletzt aufgrund der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in der Rechtssache *Gemeinde A*², in der dieser das Bestehen einer entgeltlichen Leistung in einem Fall verneinte, in dem die Kureinrichtungen einer Gemeinde für jedermann frei und unentgeltlich zugänglich waren.

Ziel dieses Beitrags ist es, diese Entscheidung des EuGH in die jüngere Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) und der Finanzgerichte zum Vorsteuerabzugsberechtigung von Kurgemeinden einzuordnen und die Konsequenzen für die Ausgestaltung der Erhebung von Gästebeiträgen aufzuzeigen.

II. Berechtigung zum Vorsteuerabzug

1. Rechtsgrundlage

Der Umsatzsteuer unterfallen nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG Umsätze, die ein Unternehmer (siehe sogleich 2.) im Rahmen seines Unternehmens gegen Entgelt (siehe sogleich 3.) im Inland ausführt. Das Vorliegen dieser Merkmale ist nicht nur Voraussetzung für die Umsatzsteuerpflicht des Gästebeitrags, sondern auch der Berechtigung der Kurgemeinden zum Vorsteuerabzug nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UStG. Nach dieser Regelung kann die gesetzliche Umsatzsteuer, die in Rechnungen für Leistungen an die Kurgemeinde ausgewiesen ist, von der Umsatzsteuerschuld der Kurgemeinde in Abzug gebracht werden, soweit sie als Unternehmerin beabsichtigt, diese Eingangsumsätze zur Erbringung entgeltlicher Ausgangsumsätze (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG) – nämlich zur Bereitstellung der Kur- bzw. Tourismusinfrastruktur gegen Erhebung des Gästebeitrags – zu verwenden.³ Neuralgische Punkte der Berechtigung zum Vorsteuerabzug, die

zugleich im Mittelpunkt der jüngeren Rechtsprechung standen, sind somit die Unternehmereigenschaft der Kommune sowie das Erbringen einer entgeltlichen Leistung.

2. Unternehmereigenschaft

Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 und 3 UStG ist *Unternehmer*, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbstständig ausübt, wobei gewerblich oder beruflich jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen ist, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt. Der seit dem Jahr 2016 geltende § 2b UStG⁴, der spätestens für ab dem Jahr 2021 ausgeführte Umsätze anzuwenden ist⁵, normiert im Wesentlichen die bereits in ständiger Rechtsprechung des BFH⁶ nach Maßgabe des Art. 13 Abs. 1 MwStSystRL vorgenommene Auslegung des zuvor geltenden § 2 Abs. 3 UStG a. F.⁷

§ 2b Abs. 1 Satz 1 UStG sieht vor, dass juristische Personen des öffentlichen Rechts *nicht* als Unternehmer i. S. d. § 2 UStG gelten, soweit sie Tätigkeiten ausüben, die ihnen im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen, auch wenn sie im Zusammenhang mit diesen Tätigkeiten Zölle, Gebühren, Beiträge oder sonstige Abgaben erheben. Eine Unternehmereigenschaft liegt in diesem Fall nur ausnahmsweise nach § 2b Abs. 1 Satz 2 UStG vor, wenn die Behandlung als Nichtunternehmer zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen würde. Wettbewerbsverzerrungen können allerdings nur entstehen, wenn ein Wettbewerb tatsächlich besteht oder zumindest bestehen kann. Die rein hypothetische, nicht faktenbasierte Möglichkeit eines Wettbewerbs reicht dagegen zur Annahme einer Unternehmereigenschaft nicht aus.⁸

* Der Autor Lampert ist Inhaber der Professur für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht an der Universität Osnabrück, der Autor Scheper ist Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl und Rechtsreferendar im Bezirk des Oberlandesgerichts Oldenburg.

1 Siehe § 12 Abs. 2 Nr. 9 Satz 2 UStG.

2 EuGH, Urt. v. 13.07.2023 – C-344/22, Rs. Gemeinde A, juris.

3 St.Rspr., s. etwa BFH, Urt. v. 09.02.2012 – V R 40/10, BFHE 236, 258, BStBl II 2012, 844, juris Rn. 19 ff.; Urt. v. 15.04.2015 – V R 44/14, BFHE 250, 263, BStBl II 2015, 679, juris, Rn. 10; spezifisch zu Kurgemeinden: BFH, Urt. v. 06.12.2023 – XI R 33/21, juris, Rn. 31, jeweils m. w. N.

4 Die Gesetzesänderung erfolgte durch das StÄndG 2015 v. 02.11.2015, BGBl I 2015, 1834.

5 Vgl. § 27 Abs. 22 UStG.

6 Vgl. BFH, Urt. v. 03.08.2017 – V R 62/16, juris Rn. 22; BFH, Urt. v. 15.04.2010 – V R 10/09, BFHE 229, 416, BStBl II 2010, 863, juris, Rn. 17 ff.

7 Aufgehoben ebenfalls durch StÄndG 2015 v. 02.11.2015, BGBl I 2015, 1834.

8 Vgl. EuGH, Urt. v. 16.09.2008 – C-288/07, Rs. Isle of Wight Council, Rn. 64; v. 19.01.2017 – C-344/15, Rs. National Roads Authority, Rn. 44.