

Archiv des öffentlichen Rechts

133. Band (2008), Heft 3

Inhalt

Abhandlungen

- Prof. Dr. *Heike Krieger*, Berlin
Die Herrschaft der Fremden – Zur demokratietheoretischen Kritik
des Völkerrechts 315
- Dr. *Ulrich Vosgerau*, Köln
Zur Kollision von Grundrechtsfunktionen. Ein zentrales Problem
der Grundrechtsdogmatik 346

Kleine Beiträge

- Prof. Dr. *Peter M. Huber*, München
Rechnungslegung und Demokratie 389
- Dr. *Marc Desens*, Münster
Neid als Grundrechtsausübungsmotiv. Zur Durchsetzung des Gleich-
behandlungsanspruchs bei gleichheitswidrigen Gesetzen 404

Glückwünsche

- Jörg Paul Müller zum 70. Geburtstag
(Prof. Dr. *Peter Häberle*, Bayreuth) 432
- Wolfgang Rübner zum 75. Geburtstag
(Priv.-Doz. Dr. *Ansgar Hense*, Dresden/Bonn) 434

Literatur

Anzeigen

- Peter Häberle: Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente
des Verfassungsstaates
(Dr. *Cornelia Vismann*, Frankfurt a. M.) 437
- Marcel Kau: United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht
(Dr. *Florian Sander*, Hamburg) 439
- Dietmar Lutz (Hrsg.): Die Goldene Bulle von 1356
(Prof. Dr. *Fabian Wittreck*, Münster) 442
- Kai Trümpler: Grenzen und Abgrenzungen des Küstenmeeres
(Prof. Dr. *Christian Tomuschat*, Berlin) 443

Yun-Ju Wang: Die Entwicklung der Grundrechte und der Grundrechtstheorie in Taiwan (Prof. Dr. <i>Peter Badura</i> , München)	444
Gilbert-H. Gorning/Urs Kramer/Uwe Volkmann (Hrsg.): Staat – Wirtschaft – Gemeinde. Festschrift für Werner Frotscher zum 70. Geburtstag (Priv.-Doz. Dr. <i>Martin Will</i> , Marburg)	446
Gregor Kirchhof: Grundrechte und Wirklichkeit. Freiheit und Gleichheit aus der Realität begreifen – ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik (Prof. Dr. <i>Friedhelm Hufen</i> , Mainz)	448
Oliver W. Lembcke: Hüter der Verfassung. Eine institutionentheoretische Studie zur Autorität des Bundesverfassungsgerichts (Prof. Dr. <i>Stefan Korioth</i> , München)	451
Siegfried Magiera/Karl-Peter Sommermann (Hrsg.): Freiheit, Rechtsstaat und Sozialstaat in Europa (Priv.-Doz. Dr. <i>Frank Schorkopf</i> , Bonn)	453
Friedrich Müller: Die Einheit der Verfassung – Kritik des juristischen Holismus. Elemente einer Verfassungstheorie III (Priv.-Doz. Dr. <i>Ekkehard Hofmann</i> , Leipzig)	454
Friederike Gräfin Nesselrode: Das Spannungsverhältnis zwischen Ehe und Familie in Artikel 6 des Grundgesetzes (Dr. <i>Eva Inés Oberfell</i> , München)	457
Thilo Marauhn/Rainer Grote (Hrsg.): EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz (Priv.-Doz. Dr. <i>Angelika Emmerich-Fritsche</i> , Erlangen)	459
Matthias Schumacher: Das EU-Richtlinienpaket zur Neuordnung der Telekommunikationsmärkte und seine Umsetzung im TKG 2004 (Priv.-Doz. Dr. <i>Kay Windthorst</i> , Köln)	461
Gerd Schwendinger: Gemeinschaftsrechtliche Grenzen öffentlicher Rundfunkfinanzierung (Prof. Dr. <i>Frank Fechner</i> , Ilmenau)	464
Klaus Stern/Peter J. Tettinger (Hrsg.): Europäische Grundrechte-Charta im wertenden Verfassungsvergleich (Priv.-Doz. Dr. <i>Athanasios Gromitsaris</i> , Jena)	467
Markus Kaltenborn: Streitvermeidung und Streitbeilegung im Verwaltungsrecht (Priv.-Doz. Dr. <i>Timo Hebler</i> , Gießen)	469
Jan Ziekow: Öffentliches Wirtschaftsrecht (Priv.-Doz. Dr. <i>Rainer Schröder</i> , Dresden)	472
Redaktionelle Notiz	474

ABHANDLUNGEN

Die Herrschaft der Fremden – Zur demokratietheoretischen Kritik des Völkerrechts

HEIKE KRIEGER*

Inhalt

A. Einführung	316
B. Fremdbestimmung als Folge der Globalisierung	318
I. Fremdbestimmung durch neoliberale Globalisierung	320
II. American Exceptionalism: Freiheit des staatlichen Willens- bildungsprozesses von völkerrechtlichen Einflüssen	320
III. Der Gegenentwurf der offenen Staatlichkeit	323
C. Demokratische Legitimierung völkerrechtlichen Handelns	325
I. Demokratie als vornehmlich staatliches Ordnungsmodell	325
II. Innerstaatliche Legitimationsformen	326
D. Fremdbestimmung durch Völkerrecht	328
I. Unmittelbare Ausübung von Hoheitsgewalt durch internationale Organisationen?	328
1. Die Vereinten Nationen als zwischenstaatliche Einrichtung?	330
2. Demokratie als Grenze von Übertragungs- bzw. Beschrän- kungsbefugnissen?	333
a) Struktur der Vereinten Nationen	333
b) Struktur der Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen	336
c) Art. 24 GG als Grundentscheidung der Verfassung	337
II. Völkerrecht und unmittelbare Demokratie	338
1. Die Dresdner Waldschlösschenbrücke	338
2. Die Welterbekonvention als Abwägungsbelang im Planungs- recht	339
3. Völkerrecht als Grenze von Akten unmittelbarer Demokratie	340
E. Veränderte Wahrnehmungen des Verhältnisses von Demokratie und Völkerrecht?	341
Summary	344

* Bei dem Beitrag handelt es sich um eine erweiterte Version der Berliner Antrittsvorlesung der Verfasserin aus dem Juni 2007. Für technische Hilfe danke ich meinen Mitarbeitern Florian Beck und Peter Staubach.

A. Einführung

„Wollen Sie von Fremden regiert werden?“, fragt der amerikanische Supreme Court-Richter *Antonin Scalia* in Podiumsdiskussionen sein Publikum.¹ Er will damit suggerieren, dass der amerikanische Supreme Court Völkerrecht bei der Interpretation der amerikanischen Verfassung nicht berücksichtigen soll. Plakativ fasst diese Frage eine grundlegende demokratietheoretische Kritik am Völkerrecht zusammen: Führt die völkerrechtliche Bindung nicht zu einer „Fremdbestimmtheit“, zu einer „Unterwerfung unter nicht-deutsche Hoheitsakte“², wie es das Bundesverfassungsgericht im Görgülü-Urteil formuliert?

Auf den ersten Blick mag eine so grundsätzlich formulierte Kritik abwegig erscheinen. Das Grundgesetz folgt einer dualistischen Betrachtungsweise, nach der es sich beim Verhältnis zwischen Völkerrecht und nationalem Recht um ein Verhältnis zweier unterschiedlicher Rechtskreise handelt. Völkerrechtliche Normen entfalten ihre Wirkung im Rahmen des demokratischen und rechtsstaatlichen Systems des Grundgesetzes.³ Die einschlägigen verfassungsrechtlichen Vorkehrungen zielen darauf, eine Unterwerfung unter „nichtdeutsche Hoheitsakte“ auszuschließen und eine demokratische Rückkopplung zu gewährleisten.

Seit 1990 aber hat das Völkerrecht sein Erscheinungsbild in vielfältiger Weise geändert. Durch diese Änderungen hat der Einfluss des internationalen Rechts auf die innerstaatliche Rechtsordnung und damit auf den Bürger erheblich zugenommen.⁴ Diese Entwicklung gehört zu den Auswirkungen der Globalisierung. Seit den sechziger Jahren hat sich die Anzahl völkerrechtlicher Verträge stetig erhöht. Während Deutschland z. B. 1968 an etwa 1400 völkerrechtliche Verträge gebunden war, ist es heute Vertragspartner von fast 6000 bi- und multilateralen Verträgen.⁵ Vertragsorgane und internationale Organisationen haben ihre Aktivitäten ausgedehnt. Staaten können sich nur noch in wenigen Fällen auf die inneren Angelegenheiten berufen, um eine Einmischung internationaler Organisationen in nationale Sachverhalte auszuschließen.⁶ Mittels internationaler Standardsetzung, Resolutionen, Empfehlungen und Berichten beeinflussen diese Organisationen Entwicklungen der

¹ N. Dorsen (Hg.), A Conversation between U. S. Supreme Court Justices, I-CON Vol. 3, No. 4, 2005, 519 (522).

² BVerfGE 111, 307 (319).

³ BVerfGE 111, 307 (318).

⁴ Siehe hierzu und zum folgenden auch: K.-P. Sommermann, Demokratie als Herausforderung des Völkerrechts, in: Völkerrecht als Wertordnung – FS Tomuschat, 2006, 1051 (1053–1055).

⁵ Siehe Vergleich BGBl. Fundstellennachweis B 1968 und 2006.

⁶ Vgl. G. Nolte in: B. Simma (Hg.), The Charter of the United Nations, 2002, Art. 2 VII Rn. 1, 18, 39 ff., 73.

nationalen (Rechts-)Ordnungen,⁷ wie z. B. die wiederkehrenden Auseinandersetzungen mit dem Welterbekomitee um den Kölner Dom⁸ oder um die Dresdener Elbtalbrücke deutlich machen.⁹ Auch die Rolle und der Einfluss der internationalen Gerichtsbarkeit verändern sich. Während in der Vergangenheit viele Fragen der Interpretation und Durchsetzung des Völkerrechts den Staaten selbst überlassen blieben, weil die wenigen Streitbeilegungsinstanzen nur selten angerufen wurden, hat sich die Anzahl der Gerichte und zugleich der Umfang ihrer Judikatur ausgedehnt. So nahm der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Fällen gegen Deutschland vor 1990 nur zehnmal eine Konventionswidrigkeit an. Seit 1990 hat der EGMR in 62 Verfahren festgestellt, dass Deutschland die EMRK verletzt hat.¹⁰ Während bis in die neunziger Jahre vor allem der EU/EG Befugnisse zukamen, Rechtsakte mit unmittelbarer Bindungswirkung für Einzelpersonen zu erlassen, ist heute eine Entwicklung angestoßen, die zu der Frage führt, ob auch der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen über solche Befugnisse verfügt. Plakatative Beispiele dieser Entwicklung sind die gezielten Sanktionen des Sicherheitsrates¹¹ und die Verwaltung internationaler Gebiete durch die Vereinten Nationen, wie z. B. im Kosovo.¹² Je mehr diese unterschiedlichen völkerrechtlichen Rechtsakte auf die innerstaatliche Rechtsordnung einwirken, desto dringender stellt sich die Frage, ob „das Demokratieprinzip [noch] seine Wirksamkeit entfalten [kann], wenn über mehrere Ebenen hinweg verschachtelte Entscheidungen fallen [und] Verantwortung nicht mehr sicher zurechenbar ist.“¹³

⁷ Siehe schon C. Engel, Völkerrecht als Tatbestandsmerkmal deutscher Normen, 1989, 256.

⁸ A. Rossmann, Welterbe Kölner Dom: Stadt und Land nun Hand in Hand, FAZ vom 12. August 2004, <http://www.faz.net/s/RubF7538E273FAA4006925CC36BB8AFE338/Doc~E06C0300500454A7193CFF6E1B46D23B1~ATpl~Ecommon~Scontent.html> [Abruf: 7. 10. 2007]; ders., Höhenangst am Kölner Dom, FAZ vom 6. Juli 2004, <http://www.faz.net/s/RubEBED639C476B407798B1CE808F1F6632/Doc~E4CDCDA9852E34E3BAEBE45E1DEBBC912~ATpl~Ecommon~Scontent.html> [Abruf: 7. 10. 2007].

⁹ Zum Urteil des Sächsischen OVG siehe: M. Müller, Direkte Demokratie und Völkerrecht, Neue Justiz 2007, 252 f.

¹⁰ Bundesjustizministerium, Übersicht der Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, Stand: September 2007.

¹¹ EuG-Urteile Rs. T-315/01 – Kadi, Slg. 2005, II-3649; Rs. T-306/01 – Yusuf, Slg. 2005, II-3533.

¹² EGMR, Behrami and Behrami v. Frankreich & Saramati v. Frankreich, Deutschland, Norwegen, Decision of 31 May 2007, abrufbar unter: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=818144&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> [Stand: 09. 10. 2007].

¹³ U. Di Fabio, Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001, 127.

Je nach Perspektive fallen die Antworten auf diese Frage unterschiedlich aus. International ausgerichtete Ansätze sind bemüht, z. B. durch die Einrichtung internationaler parlamentarischer Organe oder die Beteiligung der sog. Zivilgesellschaft, internationale Entscheidungsstrukturen zu demokratisieren.¹⁴ Ansätze, die einen eher nationalstaatlichen Blickwinkel wählen, versuchen demgegenüber, zur Wahrung des Demokratieprinzips einen traditionellen Souveränitätsbegriff neu zu beleben, und betonen Grenzen der Bindungswirkung völkerrechtlicher Normen.¹⁵ Beide Ansätze mögen zwar den erhöhten Legitimationsbedarf des Völkerrechts vor dem Hintergrund der Globalisierung für sich in Anspruch nehmen. Ihnen wohnt aber zugleich die Gefahr inne, das Völkerrecht in seiner Bedeutung zu schwächen, wenn die eine Ansicht Anforderungen an das Völkerrecht stellt, die diese Rechtsordnung nicht oder nur schwer zu erfüllen vermag, und die andere Position als Antwort auf die wahrgenommenen Legitimationsdefizite den Befolungsanspruch des Völkerrechts mit Argumenten staatlicher Souveränität unter bestimmten Umständen zu relativieren sucht. Zur Auseinandersetzung mit diesen Formen demokratiethoretischer Kritik am Völkerrecht soll zunächst das Verständnis von Fremdbestimmung durch Völkerrecht näher betrachtet werden, um sodann mögliche Defizite der demokratischen Legitimierung völkerrechtlichen Handelns aus der Perspektive des deutschen Verfassungsrechtes zu bestimmen. Am Beispiel der unmittelbaren Ausübung von Hoheitsgewalt durch internationale Organisationen und des Verhältnisses von Völkerrecht und unmittelbarer Demokratie sollen dabei Ansätze zur Wahrung des Demokratieprinzips kritisch beleuchtet werden.

B. Fremdbestimmung als Folge der Globalisierung

Demokratie dient als Oberbegriff für politische Ordnungen, die Herrschaft auf den Willen des Volkes gründen und Herrschende rechenschaftspflichtig gegenüber dem Volk machen.¹⁶ Der Begriff der Demokratietheorie unter-

¹⁴ Z. B. S. Kadelbach, Die parlamentarische Kontrolle des Regierungshandelns bei der Beschlussfassung in internationalen Organisationen, in: R. Geiger (Hg.), Neue Probleme der parlamentarischen Legitimation im Bereich der auswärtigen Gewalt, 2003, 41 (56 f.); s. a. J. Kokott, Souveräne Gleichheit und Demokratie im Völkerrecht, ZaöRV 2004, 517 (532 f.); aus soziologischer Perspektive: H. Brunkhorst, Solidarität, Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft, 2002, 209 ff.; F. Müller, Demokratie zwischen Staatsrecht und Weltrecht, 2003, 138 ff.

¹⁵ Di Fabio (Fn. 13), 89 ff., insb. 93; C. Hillgruber, Souveränität – Verteidigung eines Rechtsbegriffs, JZ 2002, 1072 (1075); ders., Dispositives Verfassungsrecht, zwingendes Völkerrecht: Verkehrte juristische Welt?, JÖR 54 (2006), 57 (93).

¹⁶ E. W. Böckenförde in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts II, 3. Aufl., 2004, § 24 Rn. 9 ff.

streicht dabei die sehr unterschiedlichen Blickrichtungen auf den Begriff der Demokratie.¹⁷ Bei der demokratietheoretischen Kritik, mit der sich dieser Beitrag auseinandersetzt, geht es um die Selbstbestimmung. Nach diesem Ansatz stellt die Selbstbestimmung des Staatsvolkes oder des Einzelnen Wesen und Wert der Demokratie dar.¹⁸

Selbstbestimmung bedeutet im Gegensatz zur Fremdbestimmung Autonomie im Sinne von Selbstverantwortung und Selbststeuerung.¹⁹ Die Verankerung des Begriffes der Selbstbestimmung im normativen Wertesystem demokratischer Verfassungsstaaten ist dabei dem Schutz der Grund- und Menschenrechte geschuldet. Grundrechte zielen darauf, dem Einzelnen die „freie und selbstverantwortliche Entfaltung seiner Persönlichkeit“²⁰ zu ermöglichen. Damit ist der Gedanke, dass der Einzelne sein Leben selbst bestimmt und gestaltet, ohne von außen bedrängt oder unterdrückt zu werden, besonders im zwanzigsten Jahrhundert zu einem zentralen Gedanken des demokratischen Verfassungsstaates geworden. Der Gedanke der Selbstbestimmung des Einzelnen findet eine Parallele im äußeren Selbstbestimmungsrecht der Völker.²¹ Aber auch der Grundsatz der staatlichen Souveränität und die sich daraus ableitenden Grundsätze der Gleichheit der Staaten und des Interventionsverbotes beruhen auf der Idee der Selbstbestimmung. So weisen die Souveränität des Staates in staats- und völkerrechtlicher Hinsicht und die Selbstbestimmung des Einzelnen Parallelen auf.²² Dabei ist das Verständnis von Selbstbestimmung im völkerrechtlichen Kontext eher auf Abgrenzung gerichtet²³ und ergänzt identitärdemokratische Theorien, die für das Verständnis von Demokratie auf die Einheit von Regierenden und Regierten abstellen.²⁴ Zwar geht es bei den identitärdemokratischen Ansätzen vorrangig um den Gegensatz zur Repräsentation, aber Identität von Herrschenden und Beherrschten besagt eben auch, dass es keine Herrschaft von Außen geben darf. Wenn das Volk auf einem Gebiet unter einer Herrschaftsgewalt zusammengefasst wird, bedeutet Volkssouveränität, dass diejenigen, die die Auswirkungen der Ausübung von Herrschaftsgewalt zu tragen haben, diese

¹⁷ K. Stern, Staatsrecht, Bd. I, 2. Aufl. 1984, 590 f.

¹⁸ A. von Bogdandy, Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandsaufnahme, ZaöRV 63 (2003), 853 (861).

¹⁹ U. Krähnke, Selbstbestimmung. Zur gesellschaftlichen Konstruktion einer normativen Leitidee, 2007, 79.

²⁰ BVerfGE 27, 1 (6); H. Dreier, in: ders. (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 1. Aufl., 1996, Vorb. Rn. 45.

²¹ Zum Selbstbestimmungsrecht der Völker: D. Thüerer, Self-Determination, in: R. Bernhardt (Hg.), Encyclopedia of Public International Law, 2000, Vol. 4, 464.

²² Di Fabio (Fn. 13), 91.

²³ Vgl. Krähnke (Fn. 19), 99 ff.

²⁴ Diese Formel geht auf C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 234 zurück und findet sich gegenwärtig vor allem bei M. Kriele, Einführung in die Staatslehre, 6. Aufl., 2003, Kapitel 3. Kritisch dazu Stern (Fn. 17), S. 593.

Herrschaftsgewalt auch ausüben sollen.²⁵ Demokratie versteht sich in diesem Zusammenhang als „Selbststeinwirkung, Selbstvergewisserung und Selbstaufklärung einer politischen Gemeinschaft“.²⁶ Völkerrecht vor diesem Verständnis als Fremdbestimmung wahrzunehmen, ist eine Form der Globalisierungskritik, die sehr unterschiedlichen weltanschaulichen Lagern gemein ist.

I. Fremdbestimmung durch neoliberale Globalisierung

Nach einer Ansicht dient das Völkerrecht hegemonialen Interessen der USA, die ihre neoliberalen wirtschaftspolitischen Grundsätze anderen Staaten aufzwingen will. Die USA nutzen dazu die völkerrechtlichen Institutionen, allen voran die Wirtschaftsorganisationen WTO, IMF und Weltbank.²⁷ Diese Wahrnehmung von internationaler (Wirtschafts-)Kooperation als Form der Fremdbestimmung ist seit ihrem Beginn Teil der fortdauernden internationalen Debatte um das Phänomen der Globalisierung. Hierin gehört auch die attac-Kritik am G8-Gipfel in Heiligendamm im Juni 2007, die die demokratischen Defizite der regulierenden Tätigkeit von internationalen Finanzmärkten und Finanzorganisationen betont.²⁸ Als Reaktion auf diese Kritik beschäftigt sich die völkerrechtliche Diskussion schon länger mit der Reform der Wirtschaftsorganisationen, z. B. durch die erweiterte Beteiligung von Nichtregierungsorganisationen.²⁹

Allerdings greift die alleinige Ausrichtung der demokratietheoretischen Kritik auf sozio-ökonomisches Handeln zu kurz. Ein Blick in die Rechtsdiskussionen anderer Staaten zeigt, dass Gefährdungsszenarien weit über das ökonomische Denken hinausgehen.

II. American Exceptionalism: Freiheit des staatlichen Willensbildungsprozesses von völkerrechtlichen Einflüssen

In den USA finden sich Stimmen, die das Völkerrecht viel grundsätzlicher als Instrument anderer Staaten begreifen, um die amerikanische Demokratie zu ihrem Nachteil zu beeinflussen. Rechtlich findet diese Kritik Ausdruck in einer Diskussion um die Frage, ob es der demokratischen Natur der ameri-

²⁵ U. Volkmann, Setzt Demokratie den Staat voraus?, AöR 127 (2002), 575 (588).

²⁶ Volkmann (Fn. 25), 602.

²⁷ Bogdandy (Fn. 18), 860.

²⁸ R. T. Baus/U. von Wilamowitz-Moellendorf, ATTAC – Die neue APO?, Arbeitspapier der Konrad-Adenauer-Stiftung 124/2004, 2004.

²⁹ P.-T. Stoll, Globalisierung und Legitimation. Antrittsvorlesung an der Georg-August-Universität Göttingen, 19. 05. 2003, Redemanuskript, 12; www.cege.wiso.uni-goettingen.de/Veranstaltungen/antrittsvorloll.pdf [Stand: 22. 06. 2007]; s. a. M. Krajewski, Verfassungsperspektiven und Legitimation des Rechts der Welthandelsorganisation, 2001.

kanischen Verfassung widerspricht, wenn völkerrechtliche Verträge, die die USA nicht ratifiziert haben, in der höchstrichterlichen Rechtsprechung Berücksichtigung finden.³⁰ Im Zentrum der Diskussion stehen Entscheidungen des Supreme Court über Homosexualität bzw. die Verhängung der Todesstrafe gegenüber geisteskranken und minderjährigen Tätern. In diesen Entscheidungen erklärt die Mehrheit der Supreme Court-Richter die Verhängung der Todesstrafe und die strafrechtlichen Verbote homosexueller Praktiken für verfassungswidrig, indem sie sich u. a. auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und auf internationale Übereinkommen als unterstützende Argumente beruft.³¹ *Scalia* kritisiert die Heranziehung von Völkerrecht zum Nachweis bestimmter universeller Wertungen bei der Auslegung der amerikanischen Verfassung:

“More fundamentally, however, the basic premise of the Court’s argument – that American law should conform to the laws of the rest of the world – ought to be rejected out of hand. . . . Foreign sources are cited today, *not* to underscore our ‘fidelity’ to the Constitution, our ‘pride in its origins,’ and ‘our own [American] heritage.’ To the contrary, they are cited *to set aside* the centuries-old American practice . . .”³²

Diese Kritik verknüpft den Gedanken des „american exceptionalism“, der in seinen Ursprüngen auf die Schriften des französischen Politikers und Historikers *Alexis de Tocqueville* zurückgeht,³³ mit demokratietheoretischen Argumenten. Völkerrecht sei weder ein Produkt des amerikanischen demokratischen Prozesses noch Teil amerikanischer Traditionen, die sich seit der Verkündung der Verfassung unterschiedlich vom Rest der Welt entwickelt hätten.³⁴ Die Berücksichtigung von Völkerrecht drohe die Selbstbestimmung des amerikanischen Volkes zu unterminieren, weil Fremde den amerikanischen Entscheidungsprozess durch Normen beeinflussen könnten, auf die die amerikanischen Bürger im allgemeinen keinen Einfluss hätten.³⁵ In der äußersten Konsequenz befürchteten Vertreter dieser Ansicht, dass die amerikanische Verfassung ihre identitätsstiftende Eigenschaft für die amerikanischen Bürger verliere, wenn sie auf der Grundlage fremden Rechts interpretiert werde.³⁶ Nach

³⁰ *Dorsen* (Fn. 1); *J. McGinnis*, Foreign to our Constitution, *Northwestern University Law Review*, Vol. 100 (2006), 303; *J. Rubenfeld*, The Two World Orders, in: G. Nolte (Hg.), *European and US Constitutionalism*, 2005, 280 (286 f.).

³¹ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

³² Dissenting opinion Justice *Scalia* zu *Roper v. Simmons* (Fn. 31), 531/535.

³³ *A. de Tocqueville*, *Democracy in America*, Vol. I, Nachdruck, 2004, Chapter II.

³⁴ *Rubenfeld* (Fn. 30), 280 f.

³⁵ *McGinnis* (Fn. 30), 319: “This process result underscores the anti-democratic and frankly un-American nature of the use of foreign and international law as a routine method of constitutional interpretation.”

³⁶ *McGinnis* (Fn. 30), 328.

diesem Verständnis gefährdet Völkerrecht die Demokratie schon allein deshalb, weil es Anpassungszwänge aufbaut und so zu Fremdbestimmtheit führt. Der staatliche Willensbildungsprozess ist nicht mehr selbstbestimmt bei der Gestaltung der nationalen Lebensverhältnisse.

Um die Kritik Richter *Scalia* richtig zu bewerten, muss man sich allerdings vor Augen halten, dass die Legitimität verfassungsgerichtlicher Kontrolle von Parlamentsgesetzen in den USA sehr viel umstrittener ist als in Europa. Nach einer Ansicht, die in der amerikanischen Verfassungslehre weit verbreitet ist, geraten Gerichtsentscheidungen, die Parlamentsgesetze für verfassungswidrig erklären, in einen Konflikt mit dem Demokratieprinzip, weil sie sich den Mehrheiten im Parlament entgegenstellen, die das Volk im demokratischen Prozess gewählt hat.³⁷ Der Konflikt mit dem Demokratieprinzip verschärft sich, wenn das Gericht anhand völkerrechtlicher Normen kontrolliert, die die USA nicht einmal ratifiziert haben.³⁸ Die Wurzeln der Kritik *Scalia* in der sog. „counter-majoritarian difficulty“ werden auch in seinen Ausführungen in der Entscheidung *Sosa v. Alvarez-Machain* deutlich, mit denen sich *Scalia* gegen dynamische Verweise auf Völkergewohnheitsrecht wendet, die eine Transformation völkergewohnheitsrechtlicher Normen in das amerikanische Recht erlauben:

“We Americans have a method for making the laws that are over us. We elect representatives to two Houses of Congress, each of which must enact the new law and present it for the approval of a President, whom we also elect. For over two decades now, unelected federal judges have been usurping this lawmaking power by converting what they regard as norms of international law into American law.”³⁹

Die Einwirkung völkerrechtlicher Normen auf die nationale Verfassungslegung wird auch deshalb zurückgewiesen, weil die Entstehung völkerrechtlicher Normen nicht den Anforderungen an innerstaatliche demokratische Rechtssetzungsverfahren genügt. Hier kommt eine grundlegende Skepsis gegenüber dem völkerrechtlichen Normsetzungsprozess zum Ausdruck, die sich auch in anderen Rechtskreisen findet.⁴⁰ So rügen amerikanische Autoren vor allem den elitären, nicht-repräsentativen Charakter des

³⁷ Siehe zur „counter-majoritarian difficulty“: *W. Brugger*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, 1987, 2 f.; *U. R. Haltern*, Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen, 1998, 253 f. Der Begriff geht zurück auf *A. Bickel*, *The Least Dangerous Branch*, 1962.

³⁸ *C. Walter*, Dezentrale Konstitutionalisierung durch nationale und internationale Gerichte, Überlegungen zur Rechtsvergleichung als Methode im öffentlichen Recht, in: *J. Oebbecke* (Hg.), *Nicht-normative Steuerung in dezentralen Systemen*, 2005, 205 (225).

³⁹ Dissenting opinion Justice *Scalia* zu *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004).

⁴⁰ *Kokott* (Fn. 14), 528.

Prozesses, weil allein Staaten zur Rechtssetzung befugt seien. Erschwerend komme hinzu, dass die Wirksamkeit völkerrechtlicher Verträge nicht davon abhängig sei, dass die vertragsschließenden Parteien demokratischen Grundsätzen verpflichtet seien, zumal internationale Verträge oft nur unter geringer Beteiligung des nationalen Gesetzgebers abgeschlossen würden.⁴¹ Auch trage der undemokratische Aufbau internationaler Organisationen zu der Gefährdung nationaler demokratischer Entscheidungsprozesse bei. Schließlich resultiere die Bedrohung für die nationale Demokratie aus der Entfernung internationaler Gerichte von den nationalen politischen Prozessen.⁴²

Dennoch kann man gerade an den umstrittenen Entscheidungen des Supreme Court sehen, dass isolierte staatliche Willensbildungsprozesse schlicht nicht der Realität entsprechen. Die gesellschaftlichen Anschauungen werden in den heutigen Mediengesellschaften durch Einflüsse von außen verändert. Gehört ein Staat zu den wenigen Staaten, die die Todesstrafe gegenüber geisteskranken Tätern verhängen oder Homosexuelle strafrechtlich verfolgen, kann die Wahrnehmung dieser isolierten Stellung auch die gesellschaftliche Haltung zur Legitimität einer solchen Position beeinflussen. Die Änderung gesellschaftlicher Wahrnehmungen vermag wiederum die Interpretation des Rechts zu prägen.⁴³

III. Der Gegenentwurf der offenen Staatlichkeit

Aus deutscher Sicht erscheint eine so grundsätzliche Ablehnung des Einflusses völkerrechtlicher Normen auf die staatliche Rechtsordnung nur schwer nachvollziehbar. Das Grundgesetz sieht in der offenen Staatlichkeit ein identitätsbestimmendes Merkmal.⁴⁴ Es enthält ein Bündel von Bestimmungen, die gerade darauf zielen, Deutschland als friedliches und gleichberechtigtes Glied in eine Völkerrechtsordnung einzufügen, die dem Frieden dient. Das Grundgesetz verpflichtet die deutsche öffentliche Gewalt auf die internationale Zusammenarbeit auch in Systemen kollektiver Sicherheit ebenso wie auf die europäische Integration. Es enthält Regeln darüber, wie das Völkerrecht Wirkung im nationalen Recht entfalten kann. Zudem finden sich zahlreiche Verfassungsartikel, deren Tatbestandsmerkmale Bezüge zum Völker- und Europarecht herstellen.⁴⁵ Auf dieser Grundlage hat das Bundesverfassungsgericht den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit entwickelt,

⁴¹ *McGinnis* (Fn. 30), 314 f.

⁴² *Rubenfeld* (Fn. 30), 286 f./292 f.

⁴³ *Walter* (Fn. 38), 228.

⁴⁴ Siehe zur offenen Staatlichkeit u. a. *S. Hobe*, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998, 137 ff.

⁴⁵ *A. Zimmermann*, Rezeption völkerrechtlicher Begriffe durch das Grundgesetz, *ZaöRV* 67 (2007), 297 ff.

nach dem das Grundgesetz nach Möglichkeit so auszulegen ist, dass ein Konflikt mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland nicht entsteht.⁴⁶

Dabei kommt dem Völkerrecht und der internationalen Integration im deutschem Verfassungsverständnis ein besonderer Stellenwert zu. Zwar sind die Transformationsnormen der deutschen Verfassung nicht einmal so weitreichend wie die anderer Staaten, z. B. Österreichs, der Niederlande oder Spaniens.⁴⁷ So ist beispielsweise die EMRK in Österreich unmittelbar anwendbar und besitzt formellen Verfassungsrang. Aber seit der Nachkriegszeit ist eine Perspektive vorherrschend, wonach dem Völkerrecht die Funktion zukommt, antidemokratische und nationalistische Tendenzen zu kontrollieren und Souveränitätsansprüche zu begrenzen.

In ihrer abweichenden Meinung zum Urteil über den Europäischen Haftbefehl hat die Verfassungsrichterin *Lübbe-Wolff* diesem Gedanken Ausdruck gegeben. Zur Frage, ob das Europäische Haftbefehlsgesetz gegen das Demokratieprinzip verstößt, führt sie aus, dass es Sinn von Art. 79 Abs. 3 GG sei, einen Rückfall unseres Landes in Diktatur und Barbarei auszuschließen, wobei nichts diesem Ziel mit höherer Wahrscheinlichkeit diene als Deutschlands Integration in die Europäische Union.⁴⁸ Die Funktion der völkerrechtlichen Einbindung, den innerstaatlichen politischen Prozess vor menschenrechtswidrigen Exzessen zu bewahren, betont auch *Tomuschat*: „Verfassungs- und Völkerrecht haben sich zu einem finalen Aktionsverbund zusammengeschlossen; . . . die internationale Gewährleistung der Grundrechte gewinnt jeweils an Bedeutung in der Krisensituation des Staates, wenn von deutschen Entscheidungsgremien Problemlösungen erwogen werden, die sich aus einer distanzierten Sicht heraus als vorschnell und unbedacht erweisen können. Die internationale Menschenrechtsverfassung, die ja überhaupt ihre Entstehung einer Reaktion auf die verbrecherische Politik des Dritten Reiches verdankt, übernimmt somit die Funktion eines Notankers der innerstaatlichen Menschenrechtsverfassung.“⁴⁹ Offene Staatlichkeit wird so zum Gegenentwurf zu einem nationalen Sonderweg. Gerade die Hinwendung zum Internationalen gewährleistet nach diesem Verständnis den Schutz einer Demokratie, die den grundrechtlichen Freiheiten des Einzelnen verpflichtet ist.

⁴⁶ Zur Herleitung des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit: BVerfGE 111, 307 (317 f.); 112, 1 (24). Differenzierend zum Begriff der Völkerrechtsfreundlichkeit und der offenen Staatlichkeit: P. Kumig, Völkerrecht und staatliches Recht, in: W. Graf Vitzthum (Hg.), Völkerrecht, 4. Aufl., 2007, 2. Abschn. II 2.

⁴⁷ Vgl. Art. 9 des Österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes, Art. 90–95 der Verfassung der Niederlande; Art. 93–96 der Spanischen Verfassung.

⁴⁸ BVerfGE 113, 273 (336).

⁴⁹ C. Tomuschat in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hg.), HbStR VII, 1992 § 172 Rn. 73.

C. Demokratische Legitimierung völkerrechtlichen Handelns

Wie aber vereinbart das Grundgesetz offene Staatlichkeit mit den Anforderungen des Demokratieprinzips?

I. Demokratie als vornehmlich staatliches Ordnungsmodell

Herkömmlich finden sich nur wenige Berührungspunkte zwischen Völkerrecht und Demokratie. Historisch hat sich das heute vorherrschende Demokratieverständnis im souveränen Nationalstaat entwickelt und hat bislang mit Ausnahme von Legitimationsfragen der Europäischen Union auch nur für diesen Herrschaftsverband rechtliche Relevanz beansprucht.⁵⁰ Soweit das Völkerrecht als Koordinationsrecht ausgestaltet ist, das vornehmlich die zwischenstaatlichen Beziehungen regelt, wie den Gebietserwerb, die Anerkennung von Staaten oder das *ius ad bellum*, spielen Fragen der demokratischen Legitimation keine wesentliche Rolle. Solange das Völkerrecht nicht das Recht eines Gemeinwesens ist, solange es an einem Souverän und an Herrschenden und Beherrschten fehlt, stellt sich aus der Sicht der Völkerrechtsordnung die Frage nach demokratischen Legitimationsstrukturen nicht. Als Rechtsordnung für die gleichgestellten Staaten gewinnt sie ihre Legitimität aus der Aufrechterhaltung bzw. Stabilisierung der internationalen Ordnung. Daher kann das Völkerrecht auch eine Rechtsregel aufstellen, nach der Staaten demokratisch organisiert sein müssen, ohne selbst diesen Anforderungen zu genügen.⁵¹

Zwar ist in der Soziologie oft von der Entstehung der Weltgesellschaft die Rede. Zum Beweis für die Existenz einer globalen *res publica* ohne Staat aber mit gemeinsamen öffentlichen Angelegenheiten nennt der Soziologe *Brunkhorst* globale Medienereignisse, wie den Tod der Prinzessin *Diana* und den Krieg gegen den Irak. Auch darüber hinaus könne man parallele Entwicklungen beobachten, die zu einer Konstituierung der Weltgesellschaft beitrü-

⁵⁰ *M. Kaufmann*, Europäische Integration und Demokratieprinzip, 1997, 31 f./48 f.; kritisch dazu *Volkman* (Fn. 25), 583 f.; zu den Legitimationsfragen der EG: *A. Randelzhofer*, Zum behaupteten Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft, in: *P. Hommelhoff/P. Kirchhof* (Hg.), *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, 1994, 39 ff.

⁵¹ Zum Recht auf Demokratie als völkerrechtlichem Rechtssatz siehe: *B. Bauer*, Der völkerrechtliche Anspruch auf Demokratie, 1998, S. 243 f.; *D. Brühl-Moser*, Recht auf Demokratie im Völkerrecht, in: *Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat – FS Wildhaber*, 2007, 969 ff.; *G. Fox/B. Roth* (Hg.), *Democratic Governance and International Law*, 2000; *G. Fox*, The Right to Political Participation, *Yale J. Int'l. Law* 17 (1992), 539 ff.; *T. M. Franck*, The Emerging Right to Democratic Governance, *AJIL* 86 (1992), 46 ff.; *H. J. Steiner*, Political Participation as a Human Right, *Harv. Hum. Rts. Y. B.* 1 (1988), 77 ff.

gen. Aufgrund der medialen Entwicklungen und der Ausbreitung internationaler Organisationen und von Nichtregierungsorganisationen ließen sich vergleichbare Regierungs- und Ausbildungsstrukturen beobachten, die zu einer weltweiten Ausbreitung des positiven Rechts als Ordnungssystem beigetragen hätten. Zudem sähen sich Staaten weltweit mit den gleichen rechtlichen und sozialen Fragestellungen und Konflikten konfrontiert, seien es Migrationsprobleme, Sicherheitsgesetzgebung, Menschenrechte oder Umweltschutz.⁵² Aber weder der sogenannte CNN-Effekt noch die Auswirkungen von Kolonialisierung und Globalisierung sollten vorschnell mit den soziokulturellen Faktoren verwechselt werden, die die Identität politischer Einheiten in der Form des Staates bestimmen. Damit soll nicht behauptet werden, dass Demokratie zwingend einen Staat voraussetzt und damit in globalen Konstellationen ohne jede Bedeutung wäre⁵³ oder dass es rechtspolitisch nicht wünschenswert sein kann, in internationalen Organisationen stärkere demokratische Elemente einzuführen. Aber erst Strukturen eines Gemeinwesens mit Herrschenden und Beherrschten machen demokratische Legitimation zwingend erforderlich. Zur Verwirklichung von Demokratie scheint dabei ein Mindestmaß an Gemeinsamkeiten Voraussetzung für ein Minimum an Integrationsfähigkeit eines Gemeinwesens. Bestimmte Elemente werden erforderlich sein, um demokratische Verfahren, Mehrheitsentscheidungen und die Verwirklichung gemeinsamer Werte zu erreichen. Die großen Unterschiede aber, die innerhalb der Weltbevölkerung bestehen, werden sich auf absehbare Zeit nicht nivellieren. Wenn auch universelle Menschenrechte gemeinsame Grundbedürfnisse der Menschen widerspiegeln und globale Bedrohungen durch Umweltverschmutzung oder Terrorismus gemeinsame Lösungen erfordern, führen unterschiedliche Umweltbedingungen, unterschiedliche historische und sozio-kulturelle Prozesse zu einer Vielfalt, die sich noch immer in unterschiedlichen Staaten ausdrückt.⁵⁴

II. Innerstaatliche Legitimationsformen

Vor dem Hintergrund dieser vorrangig zwischenstaatlichen Geltung des Völkerrechts sind aus Sicht des Verfassungsrechts bislang die herkömmlichen Legitimationsstrukturen ausreichend, wenn das Völkerrecht innerstaatliche Wirkung entfaltet. Hier kann man drei Mechanismen unterscheiden, die

⁵² H. Brunkhorst, Die Legitimationskrise der Weltgesellschaft. Global Rule of Law, Global Constitutionalism und Weltstaatlichkeit, in: M. Albert/R. Stichweh (Hg.), Weltstaat und Weltstaatlichkeit, 2007, 63 ff.

⁵³ Siehe Volkmann (Fn. 25), 584.

⁵⁴ P. Kunig, Das Völkerrecht als Recht der Weltbevölkerung, AVR 2004, 327 (335).

durch die Handlungsmöglichkeiten der auswärtigen Gewalt nach dem Grundgesetz bestimmt sind.

Zunächst wird die demokratische Legitimation durch die ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den Organen und Amtswaltern der auswärtigen Gewalt vermittelt, die im Rahmen der demokratischen Verfahren rechenschaftspflichtig sind.⁵⁵ Dabei ist die Äußerung des Rechtsbindungswillens auf internationaler Ebene die Einbruchsstelle für die Mechanismen der demokratischen Legitimation auf nationaler Ebene. Hinzu treten die Inkorporationsakte, die auf der Grundlage von Art. 25 und 59 Abs. 2 GG völkerrechtliche Normen mit einem innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl ausstatten. Hier vermittelt die zugrundeliegende Verfassungsnorm selbst bzw. vermitteln die Vertragsgesetze, die vom Parlament verabschiedet werden, die erforderliche demokratische Legitimation.⁵⁶ Zugleich ist im Rahmen von Art. 59 Abs. 2 GG die Gestaltungsfreiheit des parlamentarischen Gesetzgebers durch völkerrechtliche Verträge nicht eingeschränkt, so dass der Gesetzgeber Bundesgesetze im Widerspruch zu Völkervertragsrecht erlassen kann.⁵⁷ Die „Tendenz der verstärkten Parlamentarisierung der Willensbildung im auswärtigen Bereich“⁵⁸ dürfte dabei aber nicht nur der Anwendung des Art. 59 Abs. 2 GG, sondern auch dem Parlamentsvorbehalt für den Einsatz der Streitkräfte geschuldet sein.⁵⁹ Art. 24 Abs. 1 GG bietet eine Grundlage für die demokratische Legitimation der Übertragung von Hoheitsrechten, in deren Folge die unmittelbare Einwirkung fremder, nämlich übernationaler Hoheitsgewalt möglich wird. Schließlich ermächtigt Art. 24 Abs. 2 GG zur Einordnung in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit. Da in der Regel ein völkerrechtlicher Vertrag Grundlage der Einordnung sein wird, vermittelt das Vertragsgesetz die erforderliche demokratische Legitimation.⁶⁰

Durch diese Vorschriften findet der Parlaments- bzw. Gesetzesvorbehalt Anwendung, der die völkerrechtliche Bindung und die Übertragung von Hoheitsgewalt auf den Willen des Volkes zurückführt, indem er dem Bundestag ein Mitentscheidungsrecht im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten einräumt.⁶¹ Das Gesetzgebungsrecht sichert so vor allem im Rahmen von Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG die Kompetenz des Bundestages, über die Rechte und Pflichten der Bundesrepublik Deutschland mitzuzentscheiden, die durch völkerrechtlichen Vertrag begründet werden. „Die Vorschrift gewährleistet die Le-

⁵⁵ BVerfGE 47, 253 (275); 52, 95 (130); 77,1 (40); 83, 60 (72 f.); 93, 37 (66).

⁵⁶ I. Pernice in: H. Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 2. Aufl., 2006, Art. 59 Rn. 17/28.

⁵⁷ Kunig (Fn. 46), Abschn. 2 V 1.

⁵⁸ R. Wolfrum, Kontrolle der Auswärtigen Gewalt, VVDStRL 56 (1997), 38 (62 f.).

⁵⁹ BVerfGE 90, 286 (387 f.).

⁶⁰ Pernice (Fn. 56), Art. 24 Rn. 53.

⁶¹ Pernice (Fn. 56), Art. 24 Rn. 28 f.

gislativfunktion der gesetzgebenden Körperschaften im Bereich der auswärtigen Gewalt.“⁶² Damit übernimmt der Bundestag dauerhafte Verantwortung für das politische Programm, das in dem völkerrechtlichen Vertrag und im Zustimmungsgesetz angelegt ist. Die demokratische Rückkopplung liegt dabei auch darin, dass das Zustimmungsgesetz die Grundlage für das rechts-erhebliche Handeln der Bundesregierung im völkerrechtlichen Verkehr im Rahmen und auf der Basis des Vertrags darstellt. Mit der Zustimmung zu einem Vertragsgesetz bestimmen Bundestag und Bundesrat den Umfang der Bindungen der Bundesrepublik Deutschland und tragen dafür fortdauernd die politische Verantwortung gegenüber dem Bürger im Sinne von Art. 20 Abs. 2 GG,⁶³ wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Tornado-Einsatz in Afghanistan im Juli 2007 deutlich gemacht hat.

D. Fremdbestimmung durch Völkerrecht

Reichen die herkömmlichen Formen demokratischer Legitimation völkerrechtlicher Akte aber dann noch aus, wenn der Bürger durch das Völkerrecht unmittelbar betroffen ist? Diese Problematik lässt sich exemplarisch an zwei Fragen verdeutlichen: 1. Welche Folgen hat es für die Formen demokratischer Legitimation, wenn einzelne internationale Organisationen Rechtsakte mit unmittelbarer Bindungswirkung für Einzelpersonen erlassen? 2. Wie ist das Verhältnis von Akten unmittelbarer Demokratie zur innerstaatlichen Geltung des Völkerrechts ausgestaltet?

1. Unmittelbare Ausübung von Hoheitsgewalt durch internationale Organisationen?

Während bislang vor allem die EU als Organisation galt, die unmittelbar Hoheitsgewalt gegenüber deutschen Bürgern ausüben darf, lässt sich seit einiger Zeit eine Entwicklung beobachten, die die Vereinten Nationen in die Nähe solcher zwischenstaatlichen Einrichtungen rückt. Wichtige Beispiele hierfür sind die gezielten Sanktionen des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen und die Verwaltung des Kosovo durch die Vereinten Nationen.

Gezielte Sanktionen der Vereinten Nationen richten sich nicht mehr, wie herkömmlich, gegen einen Staat als Ganzes, sondern gegen einzelne Personen, wie politische Führer oder Privatpersonen, die der Unterstützung terroristischer

⁶² BVerfG, 2 BvE 2/07 vom 3. 7. 2007, Absatz-Nr. 41, http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20070703_2bve000207.html.

⁶³ BVerfG, 2 BvE 2/07 vom 3. 7. 2007, Absatz-Nr. 42 ff., http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20070703_2bve000207.html.

scher Vereinigungen verdächtig sind.⁶⁴ Auf der Grundlage von Sicherheitsratsresolutionen gegen den internationalen Terrorismus⁶⁵ stellt ein Unterausschuss des Sicherheitsrates Listen mit Terrorverdächtigen auf, denen in der Folge durch die Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen und die EU der Zugang zu ihren Finanzmitteln verwehrt wird.⁶⁶ Besteht die Gefahr, dass Deutschland durch diese Praxis seine Bürger fremder Hoheitsgewalt ausliefert, ohne dass den Anforderungen, die das Grundgesetz an die demokratische Rückkopplung solcher Akte stellt, Genüge geleistet würde?

Einen anderen wichtigen Fall unmittelbarer Hoheitsausübung durch die Vereinten Nationen stellt die Verwaltung des Kosovo dar. Auf der Grundla-

⁶⁴ Siehe zu den gezielten Sanktionen: *S. Albin*, Rechtsschutzlücken bei der Terrorbekämpfung im Völkerrecht, ZRP 2004, 71 ff.; *A. von Arnould*, UN-Sanktionen und gemeinschaftsrechtlicher Grundrechtsschutz. Die „Soweit-Rechtsprechung“ des Europäischen Gerichts Erster Instanz, AVR 44 (2006), 201 ff.; *H. Austl/N. Nasse*, Rechtsschutz gegen den UN-Sicherheitsrat durch europäische Gerichte?, Zeitschrift für öffentliches Recht 2006, 587 ff.; *S. Bartelt/H. Zeitler*, „Intelligente Sanktionen“ zur Terrorismusbekämpfung in der EU, EuZW 2003, 712 ff.; *G. Biehler*, Individuelle Sanktionen der Vereinten Nationen und Grundrechte, AVR 41 (2003), 169 ff.; *C. Feinäugle*, Die Terrorlisten des Sicherheitsrates – Endlich Rechtsschutz des Einzelnen gegen die Vereinten Nationen?, ZRP 2007, 75 ff.; *B. Fassbender*, Art. 19 Abs. 4 GG als Garantie innerstaatlichen Rechtsschutzes gegen Individualsanktionen des UN-Sicherheitsrates, AöR 132 (2007), 257 ff.; *D. Frank*, UNO-Sanktionen gegen Terrorismus und Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), FS Wildhaber (Fn. 51), 237 ff.; *U. Haltern*, Gemeinschaftsgrundrechte und Antiterrormaßnahmen der UNO, JZ 2007, 537 ff.; *L. Harings*, Die EG als Rechtsgemeinschaft – EuG versagt Individualrechtsschutz, EuZW 2005, 705 ff.; *S. Hörmann*, Völkerrecht bricht Rechtsgemeinschaft? Zu den rechtlichen Folgen der Umsetzung von Resolutionen des UN-Sicherheitsrates durch die EG, AVR 44 (2006), 267 ff.; *M. Kotzur*, Eine Bewährungsprobe für die Europäische Grundrechtsgemeinschaft, EuGRZ 2006, 19 ff.; *F. Meyer*, Lost in Complexity – Gedanken zum Rechtsschutz gegen Smart Sanctions in der EU, ZEuS 2007, 1 ff.; *C. Möllers*, Das EuG konstitutionalisiert die Vereinten Nationen, Europarecht 2006, 426 ff.; *M. Nettesheim*, UN Sanctions against Individuals – A Challenge To the Architecture of European Union Governance, WHI-Paper 1/07, 1 ff.; *M. Payandeh*, Rechtskontrolle des UN-Sicherheitsrates durch staatliche und überstaatliche Gerichte, ZaöRV 2006, 41 ff.; *T. Schilling*, Der Schutz der Menschenrechte gegen die Beschlüsse des Sicherheitsrats, ZaöRV 2004, 343 ff.; *P. Rackow/I. Stegmiller*, „Intelligente Sanktionen“ zur Terrorbekämpfung – Yusuf, Kadi, Ayadi und Hassan vor dem EuG, HuV-I 2007, 68 ff.; *S. Schmahl*, Effektiver Rechtsschutz gegen „targeted sanctions“ des UN-Sicherheitsrats?, Europarecht 2006, 566 ff.; *K. Schmalenbach*, Normentheorie vs. Terrorismus: Der Vorrang des UN-Rechts vor EU-Recht, JZ 2006, 349 ff.; *S. Steinbarth*, Individualrechtsschutz gegen Maßnahmen der EG zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus, ZEuS 2006, 269 ff.; *C. Tietje/S. Hamelmann*, Gezielte Finanzsanktionen der Vereinten Nationen im Spannungsverhältnis zum Gemeinschaftsrecht und zu den Menschenrechten, JuS 2006, 299 ff.; *C. Tomuschat*, Case Comment, CMLR 2006, 537 ff.

⁶⁵ UNSC RES 1390 (2002) vom 16. Januar 2002, in Verbindung mit UNSC RES 1267 (1999) vom 15. Oktober 1999 und UNSC RES 1333 (2000) vom 19. Dezember 2000.

⁶⁶ Siehe *B. Fassbender*, Targeted Sanctions Imposed by the UN Security Council and Due Process Rights, International Organizations Law Review 3 (2006), 437 ff.

ge der Resolution 1244 (1999) hat der Sicherheitsrat eine internationale Sicherheitspräsenz im Kosovo errichtet: die unter entscheidender NATO-Beteiligung geführte Kosovo Force (KFOR). Zugleich hat der Sicherheitsrat die United Nations Mission in Kosovo (UNMIK), ein Unterorgan der Vereinten Nationen, als zivile Verwaltung eingesetzt. UNMIK und KFOR üben im Rahmen der Wahrnehmung ihres Mandates unmittelbar Hoheitsgewalt gegenüber den Bürgern des Kosovo aus.⁶⁷ Beispielsweise ist der Oberbefehlshaber der KFOR berechtigt, die Inhaftierung von Personen in KFOR-Einrichtungen anzuordnen.⁶⁸ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat im Mai 2007 im Fall *Behrami und Saramati* festgestellt, dass KFOR Hoheitsgewalt auf der Grundlage einer Delegation der Sicherheitsratsbefugnisse nach Kapitel VII der Charta ausübt. Die Handlungen sind laut Gerichtshof dem Sicherheitsrat, d. h. den Vereinten Nationen, unmittelbar zurechenbar.⁶⁹ Wenn diese Einschätzung zutreffend ist, nehmen deutsche Soldaten im Rahmen des KFOR-Einsatzes an der Ausübung von Hoheitsgewalt durch die Vereinten Nationen in anderen Staaten teil. Hat es Auswirkungen auf die Einordnung in ein System kollektiver Sicherheit, wenn ein solches System quasi-staatliche Funktionen ausübt?

1. Die Vereinten Nationen als zwischenstaatliche Einrichtung?

Ob sich veränderte Anforderungen an die deutsche Mitgliedschaft in den Vereinten Nationen stellen, hängt zunächst davon ab, ob die Vereinten Nationen aufgrund der beschriebenen Maßnahmen noch ausschließlich als System gegenseitiger kollektiver Sicherheit nach Art. 24 Abs. 2 GG⁷⁰ oder auch als zwischenstaatliche Einrichtung nach Art. 24 Abs. 1 GG zu beurteilen sind. Für die Frage der Einordnung als zwischenstaatliche Einrichtung ist dabei die Frage wesentlich, ob die Bundesrepublik auf die Vereinten Nationen Hoheitsrechte übertragen hat, die die Vereinten Nationen zu einem Durchgriff in den innerstaatlichen Bereich berechtigen.⁷¹ Die Übertragung von Hoheitsgewalt bedeutet dabei, dass sich die deutsche Rechtsordnung für

⁶⁷ Siehe zur Rechtslage im Kosovo: *J. Friedrich*, UNMIK in Kosovo: Struggling with Uncertainty, Max Planck UNYB 9 (2005), 225 ff.; *R. Wolfrum*, International Administration in Post-Conflict Situations by the United Nations and other International Actors, Max Planck UNYB 9 (2005), 667 ff.; *A. Zimmermann/C. Stahn*, Yugoslav Territory, United Nations Trusteeship or Sovereign State? Reflections on the Current and Future Legal Status of Kosovo, NJIL 70 (2001), 437 ff.

⁶⁸ Art. 1 Abs. 2 Military Technical Agreement, UNSC Resolution 1244 (1999), para. 9 und para. 4 Annex 2 der Resolution; KFOR/OPS/FRAGO997 (superseded by COMKFOR Detention Directive 42 in October 2001).

⁶⁹ EGMR (Fn. 12), para. 141.

⁷⁰ BVerfGE 104, 151 (195).

⁷¹ *Pernice* (Fn. 56), Art. 24 Rn. 28 f.

die unmittelbare Geltung und Anwendbarkeit eines Rechts aus anderer Quelle öffnet, das das deutsche Recht insoweit verdrängt.⁷²

Die deutsche Beteiligung an der Verwaltung des Kosovo führt nicht dazu, dass die Vereinten Nationen als zwischenstaatliche Einrichtung eingeordnet werden müssten. Denn die deutsche Rechtsordnung öffnet sich in diesem Fall nicht für die unmittelbare Geltung und Anwendbarkeit eines Rechts aus anderer Quelle. Es ist nicht der ausschließliche Herrschaftsanspruch Deutschlands, der hier zurückgenommen wird.⁷³ Letztlich wird die „Schutzfunktion der deutschen Gebietshoheit“⁷⁴ hier nicht durchdrungen. Die Vereinten Nationen üben Hoheitsgewalt allein mit Wirkung für den Kosovo aus. Aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts ist damit nur die Unterstellungsfrage unter die NATO erheblich, die sich nach den üblichen Strukturen der Übertragung von *operational control* richtet. Hier wird im Allgemeinen angenommen, dass die volle Befehls- und Kommandogewalt über die deutschen Kontingente gemäß Art. 65a GG in der Hand des Bundesministers der Verteidigung bleibt und es nicht zu einer Übertragung von Hoheitsgewalt kommt.⁷⁵ Daher bleibt auch trotz der Zurechnung zu den Vereinten Nationen die demokratische Kontrolle des Streitkräfteeinsatzes an Deutschland gebunden, so dass sich im Hinblick auf das Demokratieprinzip aus der Sicht des deutschen Ver-

⁷² BVerfGE 73, 339 (374 f.); S. Hobe in: K. H. Friauf/W. Höfling (Hg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, Loseblatt, 21. Lieferung September 2007, Art. 24 Rn. 15.

⁷³ So auch D. Classen in: C. Starck (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, 5. Auflage, 2005, Bd. II Art. 24 Rn. 62 Fn. 284.

⁷⁴ C. Tomuschat in: R. Dolzer/K. Vogel/K. Graßhof (Hg.), Bonner Kommentar zum GG, Loseblatt, 116. Lieferung Dezember 2006, Art. 24 Rn. 117.

⁷⁵ Explizit für *operational control*: O. Rojahn in: I. v. Münch/P. Kunig (Hg.), GG-Kommentar, 5. Aufl. 2001, Art. 24 Rn. 44; J. Abr. Frowein/K. Ipsen, Gegenäußerung der Bundesregierung v. 30. 8. 1993 im Somalia-Verfahren, in: K. Dau (Hg.), Der Auslandseinsatz deutscher Streitkräfte, 1996, S. 646 ff.; für das weitergehende *operational command*: K. Ipsen, Rechtsgrundlagen und Institutionalisierung der atlantisch-westeuropäischen Verteidigung, 1967, S. 210; P. Kirchhof in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, 2. Auflage 1996, § 78 Rn. 22; A. Randelzhofer in: Th. Maunz/G. Dürig (Hg.), GG-Kommentar, Art. 24 Abs. I Rn. 187; a. A.: M. Bothe, Antragsschrift v. 14. 7. 1993 im Somalia-Verfahren, in: K. Dau, S. 618 f.; J. Wieland, Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen für einen Einsatz der Bundeswehr, DVBl. 1991, 1174 (1178) für *operational command*. Während die h. M. auch die Übertragung von *operational command* nicht als Übertragung von Hoheitsgewalt betrachtet, ist dies durch bestimmte Aussagen im Pershing-Urteil des Bundesverfassungsgerichtes in Zweifel gezogen, siehe T. Stein, Rechtsfragen des Eurokorps und der deutsch-französischen Brigade, in: C. Tomuschat (Hg.), Rechtsprobleme einer europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik, 1997, S. 53 (60 f.). Vgl. auch G. Nolte, Bundeswehreinätze in kollektiven Sicherheitssystemen, ZaöRV 54 (1994), 652 (662 f.); D. Wiefelspütz, Die militärische Integration der Bundeswehr und der konstitutive Parlamentsvorbehalt, ZaöRV 64 (2004), 363 (367 f.).

fassungsrechts keine Folgen aus der Ausübung von Hoheitsgewalt durch die Vereinten Nationen ergeben.⁷⁶

Eine nach Art. 24 Abs. 1 GG problematische Durchgriffswirkung könnte aber für die individuellen Sanktionen des Sicherheitsrates zu bejahen sein. Nach der Charta der Vereinten Nationen müssen die Mitgliedstaaten Sanktionen, die unter Kapitel VII i. V. m. Art. 24 und 25 SVN verhängt werden, befolgen. Grundsätzlich verpflichten Art. 24 und 25 SVN allerdings Deutschland lediglich im Außenverhältnis als Völkerrechtssubjekt und entfalten keine Wirkung für den Bürger.⁷⁷ Auch bei den gezielten Sanktionen richten sich die Resolutionen des Sicherheitsrates weiter an die Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen, die die Sanktionen im geeigneten Rahmen umsetzen müssen. Die Sicherheitsratsresolutionen sind in manchen Fällen allerdings so ausgestaltet, dass den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung kein Gestaltungsspielraum mehr verbleibt. Eröffnet eine Resolution Spielräume bei der Umsetzung, ist die Entscheidung zur Übernahme selbst verantwortet. Wenn ein Mitgliedstaat aber zur Befolgung einer Resolution ohne Gestaltungsspielraum verpflichtet ist, liegt in der Umsetzung keine originäre Entscheidung des Staates mehr.⁷⁸ Selbst wenn hierin streng genommen keine formelle Durchgriffswirkung liegen mag, kommt die Wirkung der Resolutionen der Wirkung eines unmittelbaren Durchgriffs auf die Individuen in den Mitgliedstaaten gleich. In der Praxis betrafen die Fälle der gezielten Sanktionen bislang die Umsetzung der Resolution durch die EG mittels einer Verordnung.⁷⁹ In diesen Fällen kommt es aufgrund und im Rahmen des EG-Rechts zu einer unmittelbaren Durchgriffswirkung in das deutsche Recht. Es sind aber auch Konstellationen denkbar, in denen Deutschland selbst Sanktionen ohne Spiel-

⁷⁶ Sehr viel fragwürdiger erscheint es aber aus der Perspektive der Rechtsstaatlichkeit und des Grundrechtsschutzes, dass es gegenwärtig keinen wirksamen Rechtsschutz gegen die Akte der internationalen Verwaltung im Kosovo gibt. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in der Entscheidung *Behrami und Saramati* die EMRK-Mitgliedstaaten von einer konventionsrechtlichen Verantwortung für ihr Handeln im Namen der Vereinten Nationen freigestellt. Auf der Ebene der Vereinten Nationen findet sich kein Rechtsschutzmechanismus. Hier muss bezweifelt werden, dass Art. 24 Abs. 2 GG angesichts von Art. 1 Abs. 3 GG zu einer umfassenden Freistellung deutscher Staatsorgane von ihren grundrechtlichen Verpflichtungen ermächtigt.

⁷⁷ *J. Abr. Frowein*, Implementation of Security Council Resolutions taken under Chapter VII in Germany, in: E. Riedel (Hg.), German Reports on Public Law, 1998, 9 (11); *Tomuschat* (Fn. 74), Art. 24 Rn. 9.

⁷⁸ *von Arnould*, (Fn. 64), 202. Diese Interpretation zieht der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen vom 16. Januar 2008 in der Sache *Kadi* allerdings wieder in Zweifel, indem er auf die Verantwortung der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaftsorgane für die Gemeinschaftskonformität der Maßnahmen zur Umsetzung von Sicherheitsratsresolutionen abstellt; EuGH, Schlussanträge des Generalanwaltes vom 16. Januar 2008, Rechtssache C-402/07 P, Rn. 17–40.

⁷⁹ Verordnung (EG) 881/2002 des Rates vom 27. Mai 2002, Abl. 2002 L 139/9.

raum umsetzen muss, z. B. wenn nicht-wirtschaftliche Sanktionen gegen Individuen verhängt worden sind.

Will man diese Wirkung nicht ausreichend sein lassen, um die Vereinten Nationen als zwischenstaatliche Einrichtung einzuordnen, bleibt die Frage, ob die Befugnisse, die die Vereinten Nationen mittlerweile in Anspruch nehmen, dazu führen, dass die Grenzen der Ermächtigung nach Art. 24 Abs. 2 GG überschritten werden. Solange die Hoheitsbeschränkungen nicht eine unmittelbare Beeinträchtigung der Rechtspositionen der Bürger bewirken, sind Struktursicherungsklauseln wie bei Art. 24 Abs. 1 und 23 GG nicht zu fordern.⁸⁰ Entfalten Maßnahmen der Vereinten Nationen aber zumindest eine vergleichbare Wirkung, könnte auch im Rahmen von Art. 24 Abs. 2 GG eine neue Bewertung erforderlich sein.

2. Demokratie als Grenze von Übertragungs- bzw. Beschränkungsbefugnissen?

Damit erhält die demokratietheoretische Kritik an den Vereinten Nationen, die oft soziologisch oder rechtspolitisch ausgerichtet ist, einen verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt. Wenn es sich bei den Vereinten Nationen um eine zwischenstaatliche Einrichtung handelt bzw. ihren Maßnahmen eine Wirkung zukommt, die einer unmittelbaren Durchgriffswirkung vergleichbar ist, stellt sich die Frage, ob die Grenzen aus dem Demokratieprinzip, die der Übertragungsbefugnis nach Art. 24 Abs. 1 GG gezogen sind, im Hinblick auf die Vereinten Nationen – ggf. auch im Rahmen von Art. 24 Abs. 2 GG – eingehalten werden müssen. Wie die Grenzen des Art. 24 Abs. 1 GG aussehen, ist noch immer nicht abschließend geklärt,⁸¹ zumal die Norm mit der Schaffung von Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG ihren bisher wichtigsten Anwendungsfall, die EU, verloren hat. Es stellt sich die Frage, ob das Grundgesetz für die Struktur der Vereinten Nationen selbst⁸² und die Struktur der Partnerstaaten⁸³ Schranken aus dem Demokratieprinzip aufstellt.

a) Struktur der Vereinten Nationen

Für die EU gibt die Struktursicherungsklausel in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG heute ausdrücklich vor, dass Deutschland in einer Union mitwirkt, die demokratischen Grundsätzen verpflichtet ist. Eine solche explizite Formulie-

⁸⁰ Pernice (Fn. 56), Art. 24 Rn. 66; siehe auch Randelzhofer (Fn. 75), Art. 24 II, Rn. 42.

⁸¹ Einen umfassenden Überblick gibt Randelzhofer (Fn. 75), Art. 24 I, Rn. 129–166.

⁸² Siehe dazu Randelzhofer (Fn. 75), Rn. 43 ff.

⁸³ Tomuschat (Fn. 74), Rn. 52.

zung enthält Art. 24 Abs. 1 GG nicht. *Pernice* will die Struktursicherungsklausel dennoch auch auf Art. 24 Abs. 1 GG anwenden⁸⁴ und leitet hieraus das Gebot der gleichen Mitwirkung ab.⁸⁵

aa) Stimmgewichtung und demokratische Legitimation

Ist eine gleichberechtigte Mitwirkung nämlich ausgeschlossen, mag sich die Ausübung der Kompetenzen der Vereinten Nationen als Fremdherrschaft darstellen und würde damit den Prinzipien der Volkssouveränität und Selbstbestimmung zuwiderlaufen. Gerade im System der Vereinten Nationen genießen nicht alle Mitgliedstaaten die gleichen Rechte, weshalb *Pernice* eine Übertragung von Hoheitsrechten auf die Vereinten Nationen nach Art. 24 Abs. 1 GG für unzulässig hält.⁸⁶

Zum einen privilegiert das Vetorecht die ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates. Zum anderen ergeben sich Zweifel, weil die formale Gleichheit des Grundsatzes „one state – one vote“ gegen materielle Gleichheitserfordernisse verstoßen kann. Die Selbstbestimmung des Einzelnen ist berührt, wenn Staaten, die eine Million, und Staaten, die eine Milliarde Menschen repräsentieren, gleichgestellt werden. Das Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten erscheint angesichts dieser Bedingungen kaum geeignet, die Interessen der einzelnen Menschen abzubilden.⁸⁷ Das mag umso mehr gelten, wenn undemokratische Staaten wie Libyen oder Syrien im Sicherheitsrat oder dem Menschenrechtsrat Verantwortung übernehmen sollen. Daher fordert z. B. *Kokott* für die Ebene der Vereinten Nationen, dass Kriterien der Einwohnerzahl, Leistungskraft und *good governance* im Sinne demokratischer Mindeststandards den Grundsatz der souveränen Gleichheit einschränken sollten.⁸⁸ Berücksichtigt diese Sichtweise aber die strukturellen Eigengesetzlichkeiten der internationalen Ordnung hinreichend?

bb) Eigengesetzlichkeiten der internationalen Ordnung

Der Berücksichtigung solcher Eigengesetzlichkeiten muss Raum gegeben werden, weil Deutschland in den internationalen Beziehungen die Strukturen einer Organisation wie der Vereinten Nationen als einer von vielen Vertragspartnern nicht allein bestimmen kann.⁸⁹ Angesichts der zunehmenden Auswirkungen von Entscheidungen internationaler und zwischenstaatlicher Or-

⁸⁴ *Pernice* (Fn. 56), Rn. 32.

⁸⁵ *Pernice* (Fn. 56), Rn. 36.

⁸⁶ *Pernice* (Fn. 56), Rn. 37.

⁸⁷ *Kokott* (Fn. 14), 528 f.; *Kunig* (Fn. 54), 335.

⁸⁸ *Kokott* (Fn. 14), 533.

⁸⁹ *Randelzhofer* (Fn. 75), Rn. 23 ff.; *Tomuschat* (Fn. 74), Rn. 7.

ganisationen auf den Einzelnen könnte man zwar erwägen, ob Deutschland nicht von Verfassungen wegen verpflichtet ist, seiner Schutzpflicht dem Bürger gegenüber verstärkt gerade in den internationalen Beziehungen nachzukommen und die Grundentscheidungen der Verfassung entschiedener als bisher bei seinem außenpolitischen Handeln zur Geltung zu bringen. Aber auch eine solche Forderung wird nicht umhinkommen, den Eigenheiten der Völkerrechtsordnung Rechnung zu tragen, wofür das Grundgesetz mit seinen Bestimmungen zur offenen Staatlichkeit Raum gibt. So hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt betont, dass das Grundgesetz von der Notwendigkeit einer Abgrenzung und Abstimmung mit anderen Staaten und Rechtsordnungen ausgeht und das Verfassungsrecht mit dem Völkerrecht abgestimmt werden muss. Dabei können je nach den einschlägigen Verfassungsnormen Modifikationen und Differenzierungen des deutschen Verfassungsrechts zulässig oder geboten sein.⁹⁰ Die Forderung nach einer gleichberechtigten Mitwirkung, die aus einer Analogie zu Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG abgeleitet wird, kann daher nur insoweit greifen, wie sie den Besonderheiten der Völkerrechtsordnung Rechnung trägt.

Im Hinblick auf das Vetorecht erscheint es einerseits problematisch, dass die fehlende gleichberechtigte Mitwirkung sich gerade in den Konstellationen verwirklicht, in denen die Vereinten Nationen durch den Sicherheitsrat gegenüber Bürgern Akte vornehmen, die der unmittelbaren Ausübung von Hoheitsgewalt zumindest gleichkommen. Andererseits ist das Vetorecht aber wesentliches Element der Funktionsfähigkeit der Vereinten Nationen, wie sie als Grundsatz u. a. in Art. 4 Abs. 1 SVN zum Ausdruck kommt. Dabei ist das Vetorecht nicht nur historisch bedingt,⁹¹ sondern trägt dem Umstand Rechnung, dass den Vetostaaten die Hauptverantwortung für die Aufrechterhaltung des Friedens zukommt. Auch die Blockade des Sicherheitsrates bis 1990 ist kein Gegenargument. Denn die Vermutung ist nur schwer zu widerlegen, dass die Vereinten Nationen ohne ein Willensbildungs- und Beschlussverfahren, in dem sich die Machtverhältnisse widerspiegeln, wirkungslos geblieben wären.

Gegen eine Gewichtung der Stimmen, die an Demokratie und Leistungsfähigkeit der Staaten orientiert ist, spricht die Bedeutung des Grundsatzes der Staatengleichheit.⁹² Durch den Grundsatz – one state – one vote – auf Grundlage der formalen Gleichheit der Staaten wird auch den kleinen Mitgliedern der internationalen Gemeinschaft eine Stimme gegeben. Auch kleine Staaten werden im internationalen System gehört, können ihre Ansprüche geltend machen und Achtung für ihre Rechtspositionen verlangen. Sicherlich ist souve-

⁹⁰ BVerfGE 31, 58 (72 ff.); 92, 26 (41 f.); 100, 313 (361 f.).

⁹¹ B. Simma/S. Brunner/H. P. Kaul in: Simma (Fn. 6), Art. 27 Rn. 3–8.

⁹² B. Fassbender/A. Bleckmann in: Simma (Fn. 6), Art. 2 Ziff. 1 Rn. 1; K. Ipsen, Völkerrecht, 5. Auflage, 2004, § 32 Rn. 18.

räne Gleichheit eine Fiktion. Diese Fiktion ermöglicht es aber, dass umstrittene Ansprüche gerade unabhängig von wirtschaftlicher und kommunikativer Leistungsfähigkeit geltend gemacht werden können. Hinzu kommt: Solange der Grundsatz – ein Staat – eine Stimme – gilt, ist zumindest jeder Staat am internationalen Rechtssetzungsprozess beteiligt. Die gleichberechtigte Beteiligung gerade auch von Staaten mit undemokratischen Strukturen, wie Libyen oder Syrien, garantiert, dass auch diese Staaten sich der Bindungswirkung internationaler Entscheidungen unterwerfen, weil sie eben gleichberechtigt am Rechtssetzungsprozess teilnehmen können. Dadurch trägt die Staatengleichheit auch zur Befolgung und damit zur Wirksamkeit des Völkerrechts bei.

b) Struktur der Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen

Aus Art. 24 Abs. 1 GG bzw. in Analogie zu Art. 24 Abs. 1 GG können auch keine Anforderungen an die Struktur der Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen gestellt werden. Struktursicherungsklauseln, die das Demokratieprinzip einbinden, enthält die Charta der Vereinten Nationen nicht. Für die Struktursicherung der Vereinten Nationen kommt es nach Art. 4 Abs. 1 SVN allein darauf an, ob ein Staat friedliebend ist und die Verpflichtungen aus dieser Charta übernimmt. Deshalb erscheint es auch problematisch, wenn das Bundesverfassungsgericht im Görgülü-Urteil formuliert: „Das Grundgesetz erstrebt die Einfügung Deutschlands in die Rechtsgemeinschaft friedlicher und *freiheitlicher* Staaten.“⁹³ „[Es] will eine weitgehende Völkerrechtsfreundlichkeit, grenzüberschreitende Zusammenarbeit und politische Integration in eine sich allmählich entwickelnde internationale Gemeinschaft *demokratischer* Rechtsstaaten.“⁹⁴

Diese Wendungen sollten sich nicht zum ausschließlichen Maßstab für die Einfügung Deutschlands in die internationale Ordnung entwickeln. Sie stellen Erwartungen auf, die das Völkerrecht gegenwärtig nicht erfüllen kann und „allmählich“, d. h. auf absehbare Zeit auch nicht erfüllen wird. Nach Untersuchungen von Freedom House, einer NGO, die die Verbreitung von Demokratie weltweit fördert, lassen sich gegenwärtig zwar immerhin 64 % aller Staaten als Demokratien beschreiben,⁹⁵ aber von Strukturanforderungen an die innerstaatliche Verfassung eines Staates, wie es die EU oder der Europarat verlangen können, sind die Vereinten Nationen noch immer weit entfernt. Denn Hauptaufgabe der Vereinten Nationen ist noch immer die Friedenssicherung. Während andere Ziele, wie z. B. Demokratieanforderungen, einen wichtigen

⁹³ BVerfGE 111, 307 (319). Hervorhebung durch Verfasserin.

⁹⁴ BVerfGE 111, 307 (319). Hervorhebung durch Verfasserin.

⁹⁵ Bundeszentrale für politische Bildung: „Global Governance“, 65, abrufbar unter: www.bpb.de/files/vtkqmqz.pdf [Stand: 13. 07. 2007].

Beitrag zu dieser Aufgabe leisten mögen,⁹⁶ unterstreichen die umfassenden Befugnisse des Sicherheitsrates den Vorrang der Friedenssicherungsaufgabe. Diesen Vorrang hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einer neueren Entscheidung sogar im Hinblick auf den Menschenrechtsschutz selbst festgestellt.⁹⁷ Auch wenn diese Interpretation kritisiert werden kann, handelt es sich doch um ein wirkmächtiges Argument im Völkerrecht. Daher ist die Formulierung der Präambel des Grundgesetzes einsichtsvoller als die Formulierung im Görgülü-Urteil, wenn die Präambel die internationale Einbindung Deutschlands auf die Förderung des Friedens festschreibt.

c) Art. 24 GG als Grundentscheidung der Verfassung

Dieser Vorrang der Friedenssicherung findet eine verfassungsrechtliche Stütze auch darin, dass die Ermächtigung zur Einordnung in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit selbst eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung darstellt. Die Einordnung in ein System kollektiver Sicherheit ist dabei laut Bundesverfassungsgericht ein „entscheidendes Mittel zur Wahrung des Friedens, nämlich für die Herbeiführung und Sicherung einer friedlichen und dauerhaften Ordnung in Europa und der Welt“ und steht im Einklang mit der Intention des historischen Verfassungebers, wonach die Bundesrepublik Deutschland im Rahmen kollektiver Sicherheitssysteme im Einklang mit dem völkergewohnheitsrechtlichen Gewaltverbot handelt.⁹⁸ Das Bekenntnis des Grundgesetzes zur internationalen Kooperation in Art. 24 GG wird dabei zusammen mit dem Ziel der Präambel, „dem Frieden der Welt zu dienen“, zu einem Staatsziel, das mit den anderen verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen in Art. 20 und 28 GG abgewogen werden muss.⁹⁹

Bei der demnach gebotenen Abwägung mit den anderen verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen wie dem Demokratieprinzip sollte nicht außer Acht gelassen werden, dass sich mit Art. 24 Abs. 1 GG keine einheitliche Vorstellung von Integrationsprogrammen verbindet.¹⁰⁰ Für ein Projekt wie die EU sind zu Recht hohe demokratische Anforderungen zu stellen, weil sie „auf einen immer engeren Zusammenschluss“ ausgerichtet ist, wie es die Präambel des EU-Vertrages formuliert. Zwar zielt jede Organisation auf ein verstärkendes Zusammenwirken, das die Staaten einander näher rücken soll. Das

⁹⁶ Siehe z. B. E. Newman/R. Rich (Hg.), *The UN Role on Promoting Democracy: between Ideals and Reality*, 2004.

⁹⁷ EGMR (Fn. 12), para. 148.

⁹⁸ BVerfG, BvE 2/07 vom 3. 7. 2007, Absatz-Nr. 73, http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20070703_2bve000207.html.

⁹⁹ Pernice (Fn. 56), Rn. 66; Tomuschat (Fn. 74), Rn. 5.

¹⁰⁰ Siehe auch G. Ress, Über die Notwendigkeit der parlamentarischen Legitimierung der Rechtsetzung der Europäischen Gemeinschaften, in: *Verfassungsrecht und Völkerrecht – GS Geck*, 1989, 625 (671).

Moment der Verstetigung wohnt Institutionen grundsätzlich inne. Daraus kann aber noch nicht abgeleitet werden, dass für alle Organisationen die gleichen Anforderungen gelten. Es können nämlich sehr unterschiedliche Grade der Integration erreicht werden, wie der Vergleich zwischen EU und Rheinschiffahrtsakte deutlich macht.¹⁰¹ Unterschiedliche Grade der Integration sprechen dafür, unterschiedliche Anforderungen zu stellen, die die Eigengesetzlichkeiten der Organisation in den Blick nehmen. In der Tat unterscheidet sich eine etwaige Übertragung von Hoheitsgewalt auf die Vereinten Nationen erheblich von einer Übertragung auf die EU. Denn bei den Vereinten Nationen ginge es nur um die Übertragung einzelner Kompetenzen, nicht um die Übertragung sektoraler Kompetenzen. Je enger begrenzt die Hoheitsrechte der Einrichtung sind, umso geringere Anforderungen sind an die demokratische Struktur der Organisation zu stellen.¹⁰²

Die Annahme, dass im Hinblick auf die Vereinten Nationen nicht die gleichen verfassungsrechtlichen Anforderungen Anwendung finden wie bei anderen – zwischenstaatlichen – Einrichtungen, ist jedenfalls im Hinblick auf das Demokratieprinzip gerechtfertigt. Auch bei einer zumindest faktischen Durchgriffswirkung einzelner Maßnahmen der Vereinten Nationen verlangt das Grundgesetz nicht, dass die Vereinten Nationen demokratisch strukturiert sind und sich alle ihre Mitglieder der Demokratie verpflichtet fühlen.

II. Völkerrecht und unmittelbare Demokratie

Ist das Demokratieprinzip aber vielleicht ein Rechtfertigungsgrund, um völkerrechtliche Pflichten zu brechen? Denn es könnte ein Fall der Fremdbestimmung vorliegen, wenn sich völkerrechtliche Verträge gegenüber entgegenstehenden unmittelbaren demokratischen Akten¹⁰³ durchsetzen. Die Debatte um die Dresdner Waldschlösschenbrücke wirft diese Frage auf.

1. Die Dresdner Waldschlösschenbrücke

Das Dresdner Elbtal steht auf der Welterbeliste, die im Rahmen der von Deutschland ratifizierten Weltkulturerbekonvention¹⁰⁴ geführt wird. Zum Bau der Waldschlösschenbrücke wurde ein Bürgerentscheid durchgeführt, in dessen Rahmen sich die Mehrheit der abstimmungsberechtigten Bürger für die

¹⁰¹ *Randelzhofer* (Fn. 75), Rn. 173 (zu EGen), Rn. 185 (zur Rheinschiffahrtsakte); *Tomuschat* (Fn. 74), Rn. 51.

¹⁰² *Tomuschat* (Fn. 74), Rn. 51.

¹⁰³ Siehe zu den Verfahren direkter Demokratie auf Gemeindeebene: *S. Muckel*, Bürgerbegehren und Bürgerentscheid – wirksame Instrumente unmittelbarer Demokratie in den Gemeinden?, *NVwZ* 1997, 223 ff.

¹⁰⁴ BGBl II 1977, 213 ff.

Errichtung der Brücke ausgesprochen hatte. In der Folgezeit ist es zu einer Auseinandersetzung zwischen der UNESCO und Deutschland gekommen, weil die Stadt Dresden bei ihrer Bauleitplanung nicht hinreichend auf die Belange des Welterbes Rücksicht genommen hatte.¹⁰⁵ Angesichts anhaltender Bedenken der UNESCO unterbrach die Stadt Dresden das Vergabeverfahren schließlich trotz des Bürgerentscheides. Hiergegen ging das Regierungspräsidium Dresden vor, weil der Beschluss gegen die dreijährige Bindungswirkung des Bürgerentscheids verstoßen habe.¹⁰⁶ Der Rechtsstreit lag schließlich dem Sächsischen OVG vor. Unabhängig von der Rechtsfrage nach der Umsetzung der Konvention¹⁰⁷ ist dessen Entscheidung bemerkenswert wegen der Ausführungen des OVG zum Verhältnis von unmittelbarer Demokratie zu völkervertragsrechtlichen Verpflichtungen:

„In dieser Konfliktsituation gebührt dem ... Demokratieprinzip der Vorrang. ... Gerade vor dem Hintergrund der in der Präambel der Sächsischen Verfassung angesprochenen leidvollen Erfahrungen während der nationalsozialistischen und kommunistischen Gewaltherrschaft, die den Bürger nicht als demokratisch Regierenden, sondern als autoritär Regierten behandelt hat, kommt dem demokratischen Mitwirkungsrecht entscheidende Bedeutung für die nunmehr verfasste demokratische Rechtsordnung zu. Diesem besonderen Stellenwert des demokratischen Mitwirkungsrechts wird durch die Abwägungsentscheidung des Senats Rechnung getragen.“¹⁰⁸

2. Die Welterbekonvention als Abwägungsbelang im Planungsrecht

Das OVG hat damit in einem Abwägungsprozess den unmittelbar demokratischen Entscheidungen Vorrang gegenüber dem Völkervertragsrecht eingeräumt. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Vorrang bestätigt.¹⁰⁹ Selbst wenn die Welterbekonvention auf der Grundlage von Art. 59 Abs. 2 GG formal wirksam in die deutsche Rechtsordnung transformiert worden sein sollte, stünden völkervertragliche Verpflichtungen einer Entscheidung für die Umsetzung des Bürgerentscheids nicht notwendig entgegen. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Feststellung mit der Art der Verpflichtungen be-

¹⁰⁵ Siehe dazu BVerfG, 2 BvR 695/07, Urteil vom 29.05.2007, abrufbar unter: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20070529_2bvr069507.html [Stand: 13.07.2007].

¹⁰⁶ F.-J. Peinel/T. Starke, Rechtsprobleme beim Vollzug von Bürgerentscheiden, DÖV 2007, 740 ff.

¹⁰⁷ Siehe hierzu: A. v. Bogdandy/D. Zacharias, Zum Status der Weltkulturerbekonvention im deutschen Rechtsraum, NVwZ 2007, 527 ff.; U. Fastenrath, Der Schutz des Weltkulturerbes in Deutschland – zur innerstaatlichen Wirkung von völkerrechtlichen Verträgen ohne Vertragsgesetz (Verwaltungsabkommen im Sinne des Art. 59 Abs. 2 Satz 2 GG), DÖV 2006, 1017 ff.

¹⁰⁸ SächsOVG, Beschluss vom 09.03.2007, Az.: 4 BS 216/06, 26 f.

¹⁰⁹ BVerfG, 2 BvR 695/07 (Fn. 105), Rn. 35.

gründet, die in der Welterbekonvention niedergelegt sind. Da die Welterbekonvention keinen absoluten Schutz gegen jede Veränderung der eingetragenen Stätten des Kultur- und Naturerbes bietet, sei es verfassungsrechtlich möglich, dass sich der Bürgerwille, der in einer förmlichen Abstimmung festgestellt worden sei, als authentische Ausdrucksform unmittelbarer Demokratie, in einem Konflikt über die planerische Fortentwicklung einer Kulturlandschaft durchsetze.¹¹⁰ Demnach stellen völkerrechtliche Verpflichtungen, wie sie in der Welterbekonvention enthalten sind, einen bloßen Abwägungsbelang im Planungsrecht dar, der in der Abwägung zurücktreten kann.

Diese Ansicht überzeugt nicht, da sie nicht hinreichend differenziert. Die Verpflichtungen der Welterbekonvention weisen einen unterschiedlichen Verpflichtungsgrad auf. Eine klare rechtliche Bindung entfaltet dabei Art. 4 der Konvention im Hinblick auf den Substanzschutz. Die Erhaltungspflicht zum Zweck des Substanzschutzes ist im Kulturgüterrecht materielle Hauptpflicht. Ohne eine Bewahrung der kulturell wertvollen Gegenstände wird Kulturgüterschutz zwecklos.¹¹¹ Damit ist Art. 4 der Konvention zumindest insoweit als völkerrechtlich bindend zu verstehen, als dass staatliche Maßnahmen gegen die Konvention verstoßen, die ohne zwingende Notwendigkeit ein Welterbe zerstören.¹¹² Bei der Ausübung ihrer souveränen Rechte hat sich die Bundesrepublik damit einer Schranke unterworfen. Demgegenüber enthält der Schutz vor Beeinträchtigung angesichts des weiten Beurteilungsspielraums, der mit dem Konzept der Beeinträchtigung verbunden ist, einen deutlich niedrigeren Verpflichtungsgrad. Hier wird die völkervertragsrechtliche Verpflichtung auf einen Abwägungsbelang im Planungsrecht reduziert, der nach dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit Berücksichtigung finden, im Abwägungsprozess jedoch auch zurücktreten kann. Dort aber, wo völkerrechtliche Verträge hinreichend bestimmte Verpflichtungen niederlegen, stellt sich die Frage, ob ein Spannungsverhältnis zwischen unmittelbarer Demokratie und Völkerrecht zugunsten der unmittelbaren Demokratie gelöst werden muss, die in besonderem Maße die Selbstbestimmung der Bürger eines Staates verkörpert.¹¹³ Hinter dieser Formulierung verbirgt sich allerdings nichts anderes als die Frage nach der Umsetzung von Völkerrecht in das innerstaatliche Recht.

3. Völkerrecht als Grenze von Akten unmittelbarer Demokratie

Die beschriebene Frage ist jedem Konflikt zwischen staatlicher Gesetzgebung und völkerrechtlicher Norm eigen. Die deutsche Rechtsordnung hat mit den beschriebenen Transformationsnormen und dem Grundsatz der völker-

¹¹⁰ BVerfG (Fn. 105), Rn. 35.

¹¹¹ K. Odendahl, Kulturgüterschutz, 2005, S. 406, 455 f.

¹¹² Vgl. Fastenrath (Fn. 107), 1021.

¹¹³ Siehe dazu U. Volkmann in: Friauf/Höfling (Fn. 72), Art. 20 Rn. 58.

rechtsfreundlichen Auslegung die erforderlichen Konfliktlösungsmechanismen geschaffen. Die Konfliktlösungsmechanismen helfen nur dann nicht, wenn der ausdrückliche Wille des Souveräns besteht, die Normen zu brechen. Dieser Konflikt spitzt sich bei Akten unmittelbarer Demokratie zu.

Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit besagt aber, dass alle deutschen Staatsorgane nach Art. 20 Abs. 3 GG verpflichtet sind, die Völkerrechtsnormen zu befolgen, die die Bundesrepublik Deutschland binden, und Verletzungen nach Möglichkeit zu unterlassen.¹¹⁴ Nach § 24 Abs. 4 der Sächsischen Gemeindeordnung steht ein Bürgerentscheid einem Beschluss des Gemeinderates gleich. Der Beschluss ist kein Akt eines rechtlich ungebundenen Souveräns. Die Gemeindebürger üben vielmehr gebundene öffentliche Gewalt aus.¹¹⁵ Der Gedanke, dass die Bürger einer Gemeinde Teil der Staatsgewalt sind, wird z. B. in Art. 3 der Berliner Verfassung deutlich. In dem Artikel heißt es, dass die vollziehende Gewalt durch die Regierung und die Verwaltung sowie in den Bezirken im Wege von Bürgerentscheiden ausgeübt wird. Als Teil der vollziehenden Gewalt sind aber auch die Gemeindebürger an den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit gebunden und haben Verletzungen des Völkerrechts nach Möglichkeit zu unterlassen. Daher kann jedenfalls bei hinreichend bestimmten völkerrechtlichen Verpflichtungen, die in Form eines Vertragsgesetzes umgesetzt sind, von abzuwägenden Rechtspositionen nicht die Rede sein.¹¹⁶ Vielmehr wird im Einzelfall zu prüfen sein, ob ein Bürgerentscheid, der sich über Verpflichtungen aus völkerrechtlichen Verträgen hinwegsetzen will, überhaupt stattfinden kann, oder ob es sich nicht vielmehr um einen Antrag handelt, der gesetzeswidrige Ziele verfolgt und damit nach den Gemeindeordnungen gar nicht zulässig ist.¹¹⁷

E. Veränderte Wahrnehmungen des Verhältnisses von Demokratie und Völkerrecht?

Auf rechtspolitischer Ebene ist bemerkenswert, dass die in Deutschland bislang weitverbreitete Ansicht, gerade die Einbindung in die internationale Ordnung schütze vor einem Rückfall in die Diktatur, in der Entscheidung des Sächsischen OVG in das Gegenteil gedreht wird. Vielmehr wird der Schutz der

¹¹⁴ BVerfGE 58, 1 (34); 59, 63 (89).

¹¹⁵ Die Überlegungen finden ebenso Anwendung auf der Ebene des Landesverfassungsrechts für die Bürger eines Landes.

¹¹⁶ Zudem handelt es sich bei Vertragsgesetzen in der Regel um Bundesrecht, das ohnehin dem Landesrecht vorgeht. Ist für die innerstaatliche Wirksamkeit ein Akt der Landesgesetzgebung erforderlich, geht dieser ebenfalls kommunalrechtlichen Regelungen vor.

¹¹⁷ Z. B. § 24 Abs. 2 Nr. 8 SächsGO: „Ein Bürgerentscheid findet nicht statt über ... Anträge, die gesetzeswidrige Ziele verfolgen.“

Demokratie in der selbstbestimmten Wahrnehmung demokratischer Rechte durch die Bürger gegen internationale Rechtsakte gesehen. Vielleicht bestätigt diese Beobachtung die Behauptung mancher amerikanischer Autoren, dass eine besondere Hinwendung zum Internationalen für junge Demokratien zur Stabilisierung demokratischer Verhältnisse wichtig sei. Denn durch die völkerrechtliche Bindung könnten junge Demokratien nationale ebenso wie internationale Glaubwürdigkeit erreichen, während gefestigte Demokratien hierauf nicht im gleichen Maße angewiesen seien.¹¹⁸ Dann sind Formulierungen, wie die des Sächsischen OVG, Ausdruck der heute gesicherten demokratischen Strukturen in Deutschland. Vielleicht sind solche Äußerungen aber auch nur Ausdruck einer Entwicklung, die das Argument der Volkssouveränität nutzt, um staatliche Souveränität zur Abwehr von Globalisierungsfolgen wieder erstarken zu lassen und, wie es *Scalia* für die Vereinigten Staaten fordert, den Einfluss „fremden Rechts“ zu verringern. Dann aber ist es Aufgabe des Völkerrechtlers, diese „fremde“ Rechtsordnung und ihren Einfluss auf das Demokratieprinzip wieder in eine ausgewogene Perspektive zu rücken.

Die eingangs beschriebenen Befürchtungen vor der „Herrschaft der Fremden“ beruhen nämlich auf einer verkürzten Wahrnehmung völkerrechtlicher und diplomatischer Prozesse, wenn den innerstaatlichen Legitimationsmechanismen ihre Wirksamkeit gänzlich abgesprochen wird. Die Annahme, die Legitimationsanforderungen sachlicher Bindung und formaler Rechenschaftspflicht könnten nicht erfüllt werden, weil die Regierung in außenpolitischen Verhandlungen flexibel agieren müsse und von solchen Bindungen freigestellt sei,¹¹⁹ wird den außenpolitischen Prozessen nicht gerecht. Zum einen wird die Verantwortung der Regierungsvertreter zu eng gefasst. Sachliche Bindungen, die sich aus dem innerstaatlichen politischen Kontext ergeben, vermögen sehr wohl, Regierungsvertreter zu binden. So hat die Bundesrepublik bis in die neunziger Jahre hinein angesichts eines entsprechenden verfassungspolitischen Konsenses nicht an Friedenstruppeneinsätzen der Vereinten Nationen teilgenommen, obwohl die entsprechenden verfassungsrechtlichen Voraussetzungen dafür gegeben waren.¹²⁰ Ebenso besteht eine formale Rechenschaftspflicht. Regierungsmitglieder werden durchaus für außenpolitische Misserfolge und außenpolitisches Fehlverhalten demokratisch zur Verantwortung gezogen, wie z. B. Untersuchungsausschüsse zu außenpolitischen Fragestellungen zeigen.¹²¹ Zudem gibt es eine Möglichkeit

¹¹⁸ T. Ginsburg, *Locking in Democracy, Constitutions, Commitment, and International Law*, *International Law and Politics* 38 (2006), 707 (712, 752).

¹¹⁹ Volkmann (Fn. 25), 597.

¹²⁰ BVerfGE 90, 286 ff.

¹²¹ Hierzu zählt z. B. der Untersuchungsausschuss „zu Vorgängen im Zusammenhang mit dem Irakkrieg und der Bekämpfung des internationalen Terrorismus“, BT-Drs. 16/990 v. 17. März 2006.

des Bundestages, die Verletzung seiner außenpolitischen Mitentscheidungsrechte im Wege des Organstreites zu rügen.¹²² Dabei zielt die Ausgestaltung innerstaatlicher Legitimationsverfahren auch auf eine funktionsgerechte Teilung der Staatsgewalt, die den weit bemessenen Spielraum der Regierung im Interesse eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung rechtfertigt. Die sachgerechte Ausgestaltung der Gewaltenteilung steht im Einklang mit den Grundsätzen demokratischer Legitimation. Zugleich widerspricht die demokratische Rückkopplung einer flexiblen Verhandlungsführung nicht, sondern ermöglicht sie oftmals gerade erst. Der Verweis auf innerstaatliche demokratische Sachzwänge ist ein weit verbreitetes Argument bei diplomatischen Verhandlungen.

Ebenso wenig ist es eine zwingende Notwendigkeit, dass Parlamente in eine „bloße Ratifikationslage geraten, in der ihre Zustimmung nur noch als Exekution der Sachzwänge erscheint.“¹²³ Das Gleiche gilt auch für die Annahme, jede Unterwerfung unter internationale Konventionen setze für sich Spiralen neuer Handlungszwänge in Gang und verringere genau die Verfügungsmasse, die der demokratischen Selbstbestimmung der Staatsbürger überhaupt noch unterliege.¹²⁴ Parlamente unterliegen keineswegs dem Sachzwang, völkerrechtliche Verträge zu ratifizieren, wie die Praxis des amerikanischen Senates verdeutlicht. Beispielsweise hat der Senat 1999 seine Zustimmung zum Kernwaffenteststoppabkommen verweigert, obwohl die Regierung den Vertrag unterzeichnet hatte.¹²⁵ Staaten sind nicht gezwungen, völkerrechtlichen Verträgen beizutreten, wie die Verweigerung der USA zeigt, das Protokoll von Kyoto zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen¹²⁶ oder das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs¹²⁷ zu ratifizieren. Aber auch kleine Staaten, wie Dänemark, sind durchaus in der Lage, ihre nationalen Interessen in umfassenden Vertragswerken zur Geltung zu bringen. So finden sich im EU- und im EG-Vertrag zahlreiche Sonderregelungen für Dänemark.¹²⁸ Die Wahrnehmung, die Bundesrepublik Deutschland könne sich völkerrechtlichen Verträgen nicht

¹²² BVerfG, 2 BvE 2/07 vom 3.7.2007, http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20070703_2bve000207.html; s. a. *D. Murswiek*, Die Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge: verfassungsrechtliche Grenzen und Kontrolle im Organstreit, NVwZ 2007, 1130 ff.

¹²³ *Volkman* (Fn. 25), 597.

¹²⁴ *Volkman* (Fn. 25), 598.

¹²⁵ Comprehensive Nuclear Test-Ban Treaty, International Legal Materials 35 (1996), 1439; siehe dazu US Senate, <http://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Treaties.htm#5> [Stand: 20. Oktober 2007].

¹²⁶ BGBl. 2002 II, 966.

¹²⁷ BGBl. 2002 II, 1393.

¹²⁸ Siehe Protokoll (Nr. 5) zum Vertrag über die Europäische Union und zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft über die Position Dänemarks vom 2. Oktober 1997.

entziehen, mag demgegenüber der tradierten Hinwendung zum Internationalen geschuldet sein. Zudem liegt die Teilnahme z. B. an der Europäischen Union, der UN-Friedenssicherung und dem weltweiten Klimaschutz auch im deutschen Eigeninteresse. Selbst im Zeitalter der Globalisierung geht ein Staat seine völkerrechtlichen Verpflichtungen freiwillig ein. Daher sollte man auch in diesem Zeitalter den Staat mit den innerstaatlichen Legitimationsmechanismen nicht vorschnell als ausreichenden Zurechnungspunkt für Verantwortung im Sinne des Demokratieprinzips ausschließen.

Weil aber innerstaatliche Entscheidungen unter den Bedingungen der Globalisierung weltweit Auswirkungen zu zeitigen vermögen, darf das Gemeinwohl nicht mehr isoliert betrachtet werden. Zwar kann, wie zuvor dargelegt, heute noch nicht von einer globalen Demokratie die Rede sein, aber eine gleichmäßige Interessenberücksichtigung wird angesichts globaler Auswirkungen nationaler Entscheidungen zur Notwendigkeit. Genau diesen Interessenausgleich herzustellen, ist schon seit geraumer Zeit Zweck der völkerrechtlichen Kooperationsordnung. Ein internationaler Verhandlungskompromiss wird sich für transnationale Probleme in der Regel als angemessener erweisen als die einzelstaatliche Perspektive. Damit erscheint ein Demokratieverständnis, das das Fremde ablehnt und auf Selbsteinwirkung, Selbstvergewisserung und Selbstaufklärung einer politischen Gemeinschaft abstellt, letztlich nicht ausreichend für diese Gemeinschaft selbst. Selbsteinwirkung genügt nicht für die Lösung globaler Probleme, wie des Klimaschutzes, weil es zur Lösung auch auf die Einwirkungsmöglichkeiten anderer ankommt. Auch die ständige Selbstaufklärung ist für eine politische Gemeinschaft nicht ausreichend, weil sie die Gefahr vergrößert, dass einseitige oder festgefahrene Entscheidungen getroffen werden. Die Feststellungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte über Konventionswidrigkeiten zeigen, dass Fremdaufklärung für den rechtsstaatlichen wie für den demokratischen Prozess wichtig ist. Schließlich muss die Selbstvergewisserung ihre Grenzen finden, wenn das Gemeinwohl betroffen ist, das über den lokalen und nationalen Bereich hinausgeht. Auch das machen die Auseinandersetzungen um die Dresdener Waldschlösschenbrücke klar. Ein Weltkulturerbe ist eben nicht mehr nur das Erbe einiger weniger.

Summary

“Do you want to be governed by the views of foreigners?”, the US Supreme Court Judge *Antonin Scalia* asks his audience during public discussions in order to suggest that the US Supreme Court should not apply international law when interpreting the US constitution. The question highlights a fundamental democratic criticism of international law: Does international law lead to

a “submission to non-national acts of sovereignty” because international law increasingly affects the national legal system? Depending on their point of view authors offer different answers to this question. Some advocate the introduction of democratic structures into the international order. Others try to reconstruct a more traditional understanding of sovereignty. While both approaches address the problems of legitimation which are inherent in present international law they also tend to endanger its normative force. Whereas calls for more democracy on the international plane introduce requirements into the international order which this order might not be able to meet, arguments of national sovereignty might weaken States’ willingness to comply with international law. The article addresses these forms of democratic criticism by looking at the idea that international law leads to a submission to views and acts of foreigners and by analysing possible deficits of legitimation from the perspective of German constitutional law. The exercise of governmental authority by international organisations and the relationship between international law and direct democracy will serve as folio for evaluating efforts to enforce democracy in respect of international law.

Zur Kollision von Grundrechtsfunktionen

Ein zentrales Problem der Grundrechtsdogmatik

ULRICH VOSGERAU

Inhalt

A.	<i>Die grundrechtliche Schutzpflicht</i>	347
I.	<i>„Abtreibung I“: bereits am Anfang stand die Funktionenkollision</i>	348
II.	<i>Weitere Entwicklung: Grundrecht auf Sicherheit und Unterraßverbot</i>	351
III.	<i>Zwischenergebnis: zwei unterschiedliche Entwicklungspfade</i>	352
IV.	<i>Die Dichotomie von Grundrecht und Schutzpflicht in der neueren Literatur</i>	356
	1. <i>Staatsgerichtetes Abwehrrecht privilegiert nicht zu privaten Übergriffen (Dieter Subr)</i>	357
	2. <i>Freiheit und Sicherheit sind keine Gegensätze (Isensee)</i>	357
	3. <i>Staatliches Gewaltmonopol impliziert die Gleichrangigkeit von Schutz und Abwehr (Murswiek)</i>	358
B.	<i>Praktische Grundrechtsfunktionenkollision: LuftSiG und unmittelbarer Zwang zur Herbeiführung einer Aussage</i>	359
I.	<i>Luftsicherheitsgesetz: Vorrang des Abwehrrechts</i>	360
II.	<i>Das naheliegende Gegenargument: „Abwägung statt Formalismus!“</i>	363
III.	<i>Übertragung auf den Fall „Daschner“</i>	364
IV.	<i>Lösung des Kompatibilitätsproblems durch das Dogma vom Vorbehalt des Gesetzes in Gestalt der Wesentlichkeitstheorie („Mediatisierungsdogma“)?</i>	368
	1. <i>Grundsatz: Die Schutzpflicht muß gesetzlich mediatisiert sein</i>	369
	2. <i>Grenzen dieses Grundsatzes: nulla decisio sine lege?</i>	370
	a) <i>Diethylenglykol</i>	370
	b) <i>Letztlich „rein formeller“ Charakter der polizeirechtlichen Generalklauseln</i>	371
	c) <i>Helmut Schmidt</i>	373
	3. <i>Menschenwürde in der Dreieckskonstellation: eine Zirkelschlußproblematik</i>	373
	4. <i>Zweifel am Mediatisierungsdogma überhaupt</i>	376
	a) <i>Finaler Rettungsschuß in Nordrhein-Westfalen: allgemeine Anerkennung trotz allenfalls „mittelbarer Mediatisierung“</i>	377

b)	<i>Einschränkung der Kunstfreiheit durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht: Selbst schrankenvorbehaltlose Grundrechte werden verfassungsunmittelbar (mediatisierungsfrei) eingeschränkt</i>	378
C.	<i>Rechtstheoretischer Exkurs: hypothetische Lösungsmöglichkeiten</i>	379
I.	<i>Vorrang des Abwehrrechts durch Rückkehr zum klassischen Eingriffsbegriff bzw. Einführung eines „neoklassischen Eingriffsbegriffs“</i>	379
II.	<i>Kopernikanische Wende der Grundrechtsdogmatik: das Grundrecht primär als Schutzpflicht</i>	380
III.	<i>Reiner Bundesverfassungsgerichtspositivismus</i>	382
D.	<i>Fazit</i>	383
	<i>Summary</i>	388

A. Die grundrechtliche Schutzpflicht

Ursprünglich waren die Grundrechte jedenfalls für den noch vom Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts geprägten bzw. neukantianisch orientierten, also nicht integrationistisch geprägten Flügel des deutschen Staatsrechtsdenkens¹ „liberale“, d. h. staatsgerichtete Abwehrrechte im Sinne von Unterlassungsansprüchen, und sonst nichts.² Die bahnbrechende Entscheidung des BVerfG vom 15. Januar 1958, nach der die Grundrechte als Elemente einer objektiven Ordnung³ auch objektive Normen, eine objektive Wertordnung oder ein Wertsystem konstituieren⁴, galt dieser Schule als nicht rechtsstaatlich bzw. später, in modernisierter Fassung, als undemokratisch.⁵ Heute wird hingegen nicht mehr in Abrede gestellt, daß die Grundrechte neben ihrer Funktion als staatsgerichtete Abwehrrechte, mit denen ein Unterlassen verlangt werden kann, jedenfalls auch die objektive Schutzpflichtendimension enthalten.⁶ Die „klassische“ Werteordnungsterminologie stellt

¹ Vergl. zum Ganzen auch *F. Günther*, Denken vom Staat her (2004), S. 264 f. und passim.

² Vergl. exemplarisch *E. Forsthoff*, in: FS Carl Schmitt (1959), S. 39 (44 ff.); *ders.*, Zur Problematik der Verfassungsauslegung (1961), S. 30 ff.; *ders.*, Rechtsstaat im Wandel (1964), S. 213 (216 f.); gegen ihn *A. Hollerbach*, AöR 85 (1960), 241 (244 f., 247 ff., 253 ff.); dem zustimmend *Th. Würtenberger*, in: FS Hollerbach (2001), S. 224 (227).

³ So die spätere Formulierung *K. Hesses*, vergl. *ders.*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Nachdruck der 20. Aufl. 1995 (Nachdruck 1999), Rn. 290 ff.

⁴ BVerfG, Urt. v. 15. 1. 1958, 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (205).

⁵ Vergl. *E.-W. Böckenförde*, Der Staat 29 (1990), 1 (27 ff.).

⁶ Vergl. zum Ganzen *J. Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in: *ders./P. Kirchhof* (Hg.), HdBdStR V, 2. Aufl. 2000, § 111 Rn. 3, 30 ff., 77 ff., 86 ff.

sich aus heutiger Sicht als die noch unentfaltete, in der Rechtssprache der 1950er Jahre zum Ausdruck gebrachte Frage nach dieser objektiven Schutzpflichtendimension dar.⁷ So wie das Abwehrrecht vor staatlichen Eingriffen schützt, so schützt die Schutzpflicht vor den Übergriffen Privater⁸; daß der Staat gegen diese einzuschreiten hat, folgt schon aus dem staatlichen Gewaltmonopol, das sich aus der staatlichen Sicherheitsaufgabe ergibt und das Selbsthilfeverbot impliziert.⁹ Der staatliche Schutz der Grundrechte des Übergriffsofopfers kann dann allerdings mit den staatsgerichteten Abwehrgrundrechten sei es des „Übergriffsstörers“, sei es auch gänzlich unbeteiligter Personen, kollidieren.¹⁰ Am Anfang der allgemeinen Anerkennung auch der Schutzpflichtendimension steht die Entscheidung des BVerfG vom 25. Februar 1975 („Abtreibung I“).^{11, 12}

I. „Abtreibung I“: bereits am Anfang stand die Funktionenkollision

In der Entscheidung wird bekanntlich von einer Schutzpflicht¹³ primär des Gesetzgebers¹⁴ speziell auch gegenüber der Kindesmutter¹⁵ ausgegangen.¹⁶ Dabei wird die Problematik der Grundrechtsfunktionenkollision jedenfalls von der Senatsmehrheit bereits klar erkannt:

⁷ Ähnlich H. Dreier, in: ders. (Hg.), GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Vorb. Rn. 82 a. E.

⁸ Vergl. G. Krings, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche (2003), S. 26 ff., 364.

⁹ Vergl. J. Isensee (Fn. 6), Rn. 83; vgl. auch ders., ebda., Rn. 77 Fn. 155 m. w. N.; zum Ganzen auch D. Murswiek, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik (1985), S. 91 ff.

¹⁰ J. Isensee (Fn. 6), Rn. 5.

¹¹ BVerfG, 1 BvF 1–6/74, BVerfGE 39, 1 (65 ff.); vergl. aber auch schon BVerfG, Beschl. v. 29. 7. 1968, 1 BvL 20/63, 31/66 u. 6/67, BVerfGE 24, 119 (144), dazu J. Isensee (Fn. 6), Rn. 14 ff., 78; vgl. auch ders., ebda., Rn. 77 Fn. 155 zu frühen Schutzpflichtüberlegungen G. Dürigs u. a.

¹² Vergl. allerdings zum Schutzpflichtgedanken vor BVerfGE 39, 1 ff. auch schon BVerfG, Beschl. v. 19. 12. 1951, 1 BvR 220/51, BVerfGE 1, 97 (104); BVerfG, Urt. v. 29. 5. 1973, 1 BvR 424/71 u. 325/72, BVerfGE 35, 79 (114) – Hochschulen; BVerfGE, Urt. v. 5. 6. 1973, 1 BvR 536/72, BVerfGE 35, 202 (221) – Lebach; BVerfGE, Urt. v. 5. 3. 1974, 1 BvR 712/68, BVerfGE 36, 321 (331); zum Ganzen G. Robbers, Sicherheit als Menschenrecht (1987), S. 129 ff.; K. Stern, DStRdBRD III/1 (1988), S. 938 ff.; W. Schwetzel, Freiheit, Sicherheit, Terror (2007), S. 10 mit Fn. 58.

¹³ Vgl. BVerfGE 39, 1 (42; 51 f.; 65 ff.).

¹⁴ Vergl. BVerfGE 39, 1 (44; 51; 65); zum Ganzen auch G. Robbers, in: K. Lüderssen (Hg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Bd. I: Legitimation (1998), S. 147 (151 f.).

¹⁵ Vergl. BVerfGE 39, 1 (42; 48).

¹⁶ Daß E. Forsthoff, der am 13. August 1974 starb, die Entscheidung nicht mehr erlebt hat, bewahrte ihn möglicherweise vor einer Verlegenheit. Denn daß Forsthoff den Versuch der Liberalisierung des Abtreibungsrechts durch die sozialliberale Koalition rechtspolitisch gutgeheißen haben würde, wird man ausschließen können. Aus der von ihm mit kompromißloser Schärfe verfochtenen Grundrechtsdogmatik heraus (vergl.

„Demgegenüber greift der Einwand nicht durch, aus einer Freiheit gewährenden Grundrechtsnorm könne niemals eine staatliche Verpflichtung zum Strafen abgeleitet werden. Wenn der Staat durch eine wertentscheidende Grundsatznorm verpflichtet ist, ein besonders wichtiges Rechtsgut auch gegen Angriffe Dritter wirksam zu schützen, so werden oft Maßnahmen unvermeidlich sein, durch welche die Freiheitsbereiche anderer Grundrechtsträger tangiert werden.“¹⁷

Das Minderheitenvotum betont hiergegen nicht nur die gesetzgeberische Freiheit bei der einfach-gesetzlichen Mediatisierung von Schutzpflichten¹⁸, sondern leugnet v. a. auch die Problematik der Grundrechtsfunktionenkollision:

„Es liegt auf der Hand, daß das Absehen von Strafe das Gegenteil eines staatlichen Eingriffs ist. Da die teilweise Rücknahme der Strafvorschrift nicht zur Begünstigung von Schwangerschaftsabbrüchen geschah, [...] läßt sich nicht einmal mittelbar ein staatlicher ‚Eingriff‘ in das ungeborene Leben konstruieren.“¹⁹

Die Ausführungen im Minderheitenvotum dürften heute vor dem Hintergrund des „modernen Eingriffsbegriffs“²⁰ so nicht mehr vertretbar sein. Denn sie gründen erkennbar auf der Annahme, Grundrechte schützen nur vor *staatlichen* Eingriffen, wobei weiter unter einem Eingriff nur die *gezielte* („Begünstigung“) Grundrechtsverkürzung im *unmittelbaren* Verhältnis Bürger/Staat zu verstehen sei. Demgegenüber ist es heute jedenfalls der Sache nach – wenn auch nicht immer terminologisch – anerkannt, daß aus der Sicht des Opfers eines Übergriffes der staatliche Eingriff sehr wohl auch im Unterlassen eines wirksamen Einschreitens, erst recht im willentlichen Dulden des Übergriffes bestehen kann; dies muß vor allen Dingen auch vor dem Hinter-

Nachweise in Fn. 2) hätte er paradoxerweise jedoch eigentlich dem Minderheitenvotum zustimmen müssen; wenn Grundrechte nichts als staatsgerichtete Abwehrrechte sind, gilt nun einmal: „Mein Bauch gehört mir.“

¹⁷ BVerfGE 39, 1 (47).- Ähnlich auch BVerfGE, Beschl. v. 20. 12. 1979, 1 BvR 385/77, BVerfGE 53, 30 (57) – Mühlheim-Kärlich: „Nach anerkannter Rechtsprechung schützt dieses Grundrecht [Art. 2 Abs. 2 GG] nicht nur als subjektives Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe. Vielmehr folgt darüber hinaus aus seinem objektivrechtlichen Gehalt die Pflicht der staatlichen Organe, sich schützend und fördernd vor die darin genannten Rechtsgüter zu stellen und sie insbesondere vor rechtswidrigen Eingriffen von seiten anderer zu bewahren.“

¹⁸ Vergl. BVerfG 39, 1 (68 ff.) (Minderheitenvotum).

¹⁹ BVerfGE 39, 1 (70 f.).

²⁰ Vergl. B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 22. Aufl. 2006, Rn. 240 m. w. N.; der Erste Senat des BVerfG, auf den auch die hier diskutierte Entscheidung zurückgeht, hat dann in späterer Zeit teilweise auf den (eigentlich schon überholten) „klassischen Eingriffsbegriff“ rekurriert, dabei jedoch deutlich gemacht, daß alle diesem klassischen Eingriffsbegriff nicht unterfallenden Grundrechtsverkürzungen jedenfalls als rechtfertigungsbedürftige Grundrechtsbeeinträchtigungen gelten sollen, so daß der Unterschied rein terminologischer Natur ist, vergl. BVerfG, Beschl. v. 26. 6. 2002, 1 BvR 670/91, BVerfGE 105, 279 (301); ähnlich wohl auch J. Ipsen, Staatsrecht II Grundrechte, 10. Aufl. 2007, Rn. 134.

grund des staatlichen Gewaltmonopols gelten, das eine private Gegenwehr des Betroffenen oder sonstiger privater Dritter gerade ausschließt.²¹ Mithin kommt jedes zurechenbare staatliche Verhalten prinzipiell als Eingriff in Betracht.²² Insofern ist es schon der moderne Eingriffsbegriff, der die Anerkennung der Schutzpflichtendimension der Grundrechte denknotwendig aus sich herausgetrieben hat. Die Schutzpflichtendimension der Grundrechte folgt denknotwendig aus dem modernen Eingriffsbegriff, und der moderne Eingriffsbegriff ergibt sich aus dem staatlichen Gewaltmonopol, aus dem ein generelles Verbot der Selbsthilfe gegen Grundrechtsübergriffe Dritter resultiert, weil das Unterlassen wirksamen staatlichen Einschreitens aus Sicht des Übergriffopfers, dem die effektive Gegenwehr, wo sie faktisch möglich sein sollte, durch das staatliche Gewaltmonopol verwehrt ist, jedenfalls ein Eingriff wäre. Daraus folgt zugleich: wer, mit welcher genauen dogmatischen Konstruktion auch immer, die Schutzpflicht zu einer Art Grundrechtsfunktion minderen Ranges erklären wollte, an die der Staat etwa nur nach Art eines politischen Allgemeinauftrages zur freien Ausgestaltung und unter dem Vorbehalt des prioritär gedachten staatsgerichteten Abwehrrechts des Übergriffsstörers gebunden sei, der müßte mehr oder minder zum klassischen Eingriffsbegriff²³ zurückkehren. Will man dies nicht, so muß man Abwehrrecht und Schutzpflicht als prinzipiell gleichberechtigt ansehen.²⁴ Dies würde im Falle der Grundrechtsfunktionenkollision wohl zu Abwägungen führen²⁵; dabei ist dann aber zugleich absehbar, daß diese Abwägungen eigentlich stets zuungunsten des „Übergriffsstörers“ ausgehen würden²⁶, und das ist in der Grundrechtsfunktionenkollision ganz typischerweise derjenige, der das Grundrecht als Abwehrrecht ins Feld führt – gegen staatliche Bemühungen, ihm die Störung zu verweisen.

²¹ Vergl. hierzu *D. Murswiek* (Fn. 9), S. 91 ff.

²² Vergl. *B. Pieroth/B. Schlink* (Fn. 20) Rn. 238.

²³ Vergl. *B. Pieroth/B. Schlink* (Fn. 20), Rn. 240.

²⁴ Daher ist der Vorschlag *M. Borowskis* konsequent, gar nicht mehr von Schutzpflichten zu sprechen, da dieser Begriff an objektive Pflichten statt an subjektive Rechte denken lasse, sondern stattdessen von „Schutzrechten“; vergl. *M. Borowski*, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes (2006), S. 608; zustimmend *U. Vosgerau*, Freiheit des Glaubens und Systematik des Grundgesetzes (2007), S. 200 a. E.

²⁵ Auch dies hat die Senatsmehrheit in der Entscheidung „Abtreibung I“ bereits gesehen, vgl. BVerfGE 39, 1 (47): „Allerdings muß der Gesetzgeber den hierbei entstehenden Konflikt durch eine Abwägung der beiden einander gegenüberstehenden Grundwerte oder Freiheitsbereiche nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung und unter Beachtung des rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes lösen.“

²⁶ Vergl. zum Vorrang der Interessen des Opfers vor denen des Täters (in den Konstellationen „finaler Rettungsschuß“ und „Rettungsfolter“) *Ch. Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hg.), GG, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 1 Abs. 1 Rd.Nr. 78 f.; ablehnend *R. Merkel*, JZ 2007, 373 (375).

II. Weitere Entwicklung: Grundrecht auf Sicherheit und Untermaßverbot

In nachfolgenden Entscheidungen²⁷ wurde hauptsächlich die Mediatisierungsbedürftigkeit der grundrechtlichen Schutzpflicht durch den Gesetzgeber betont, so etwa in dem in diesem Sinne über Jahre hinweg prägenden Kalkar-Beschluß des Zweiten Senats des BVerfG vom 8. August 1978.²⁸ Zwar seien die Parlamente nicht allzuständig, da wichtige Gemeinwohlaufgaben und -entscheidungen etwa beim Bundeskanzler angesiedelt sind (solange der Bundestag ihn eben amtieren läßt)²⁹; der Vorbehalt des Gesetzes unter besonderer Betonung dessen demokratischer Komponente soll indessen zur Anwendung der Wesentlichkeitstheorie sogar „losgelöst vom Merkmal des „Eingriffs““ (!) führen.³⁰ So sei zur Entscheidung über das Ob der friedlichen Nutzung der Kernenergie allein der Gesetzgeber berufen³¹; die Wahrnehmung der diesem obliegenden Schutzpflichten sei ebenfalls im Wege der entsprechenden Gesetzgebung zu bewältigen.³² Hiergegen ist natürlich die Kritik sehr naheliegend, der Staat erfülle seine ihm obliegenden Schutzpflichten kaum schon durch den Erlaß von Gesetzen als solchen, sondern allenfalls durch deren wirksamen Vollzug.³³ Quasi komplementär oder „spiegelbildlich“ zum Kalkar-Beschluß stellt sich die Fluglärm-Entscheidung des Ersten Senats des BVerfG vom 14. Januar 1981 dar; dies deswegen, weil es in ihr gerade um ein gesetzgeberisches Unterlassen, also das Gegenteil (bzw. das Ausbleiben) der Schutzpflichtmediatisierung ging.³⁴ Dieses gesetzgeberische Unterlassen sei aber nur dann eine Grundrechtsverletzung, wenn die aus Art. 2 Abs. 2 GG erwachsende Schutzpflicht³⁵ „evident“ verletzt werde.³⁶ Ansonsten sollten die „staatlichen Organe“ (also wohl keineswegs nur das Parlament?) „in eigener Verantwortung“ entscheiden³⁷, auf welche Art und Weise sie Schutzpflichten erfüllen wollen. Die hierbei getroffenen Entscheidungen könnten vom BVerfG nur begrenzt nachgeprüft werden³⁸, es sei denn, es stünden „Rechts-

²⁷ Vergl. zum Ganzen auch *Krings* (Fn. 8), S. 60 ff.

²⁸ 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 ff.

²⁹ Vergl. BVerfGE 49, 89 (124 ff.).

³⁰ BVerfGE 49, 89 (126).

³¹ Vergl. BVerfGE 49, 89 (127).

³² Vergl. BVerfGE 49, 89 (140 ff., v. a. 143).

³³ Vergl. *J. Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit (1983), S. 21.

³⁴ 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54 (70 ff.).

³⁵ BVerfGE 56, 54 (73, 78 f., 80); vergl. auch schon BVerfGE 53, 30 (57) – Mühlheim-Kärlich, dort unter Verweis auf BVerfG, Urt. v. 16. 10. 1977, 1 BvQ 5/77, BVerfGE 46, 160 (164) – Schleyer, zu dieser Entscheidung siehe sogleich.

³⁶ BVerfGE 56, 54 (80).

³⁷ Vergl. BVerfGE 56, 54 (80 f.).

³⁸ Vergl. auch BVerfG, Beschl. v. 30. 11. 1988, 1 BvR 1301/84, BVerfGE 79, 174 (202) – Straßenverkehrslärm; BVerfG (Vorprüfungsausschuß des Ersten Senats), Beschl. v. 14. 9. 1983, 1 BvB 920/83, NJW 1983, 2931 (2932) – Waldschäden: „Zum

güter von höchster Bedeutung auf dem Spiel“³⁹. In der C-Waffen-Entscheidung des Zweiten Senats des BVerfG vom 29. Oktober 1987 wird, wiederum in Bezug auf die aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (diesmal zitiert der Zweite Senat genauer), abermals der weite Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers betont.⁴⁰ Eine Wende bringt erst das zweite Abtreibungsurteil vom 28. Mai 1993 durch die Einführung des Untermaßverbots⁴¹ in die Rechtsprechung des BVerfG.⁴² In dieser Entscheidung dient der Verweis auf das Untermaßverbot bezeichnenderweise ausdrücklich der argumentativen Bewältigung der vom Gericht, wie schon bereits in der ersten Abtreibungsentscheidung, sehr wohl gesehenen Problematik der Grundrechtsfunktionenkollision.⁴³ Auch wenn das Untermaßverbot teilweise auf Kritik⁴⁴ stößt, muß es – hält man am modernen Eingriffsbegriff fest – richtig sein, weil dann eben auch im staatlichen Unterlassen ein Eingriff in Grundrechte des Übergriffsoپfers zu sehen ist; insofern „korreliert“ das Untermaßverbot nicht mit dem Übermaßverbot⁴⁵, sondern es ist recht eigentlich mit diesem identisch: Der Staat als Inhaber des Gewaltmonopols darf nicht übermäßig in Grundrechte eingreifen, auch nicht durch Unterlassen.

III. Zwischenergebnis: zwei unterschiedliche Entwicklungspfade

Insgesamt zerfällt die die Schutzpflichtenlehre entwickelnde Grundrechtsdogmatik in der Rechtsprechung des BVerfG deutlich in zwei unterschiedliche Traditionslinien (oder, verwaltungswissenschaftlich gesprochen: Entwicklungspfade), nämlich eine, die die Schutzpflicht als gewissermaßen selbständige und jedenfalls nicht nachrangige Grundrechtsfunktion betont, und eine andere, die sich zwar ebenfalls zur Schutzpflichtendimension der Grundrechte bekennt, den demnach zu leistenden Schutz dann aber der (offenbar

einen ist es eine höchst komplexe Frage, wie eine staatliche Schutzpflicht, die erst im Wege der Verfassungsinterpretation aus den in den Grundrechten verkörperten Grundentscheidungen hergeleitet wird, durch aktive gesetzgeberische Maßnahmen zu verwirklichen ist. Zum anderen gehört die Entscheidung über diese Maßnahmen, die häufig Kompromisse erfordert, nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung und dem demokratischen Prinzip in die Verantwortung des vom Volk unmittelbar legitimierten Gesetzgebers.“ Ähnlich auch BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 28. 7. 1987, 1 BvR 842/87, NJW 1987, 2287 – Aids.

³⁹ BVerfGE 56, 54 (81).

⁴⁰ 2 BvR 624, 1080, 2029/83, BVerfGE 77, 170 (229 f.).

⁴¹ C.-W. Canaris, AcP 184 (1984), 201 (228); grundlegend bereits *J. Isensee* (Fn. 33).

⁴² 2 BvF 2/90 u. 4, 5/92, BVerfGE 88, 203 (254) unter Bezugnahme auf *J. Isensee* (Fn. 6), Rn. 165 f.; vergl. *ders.*, ebda., Rn. 165 Fn. 424 mit Verweis auf C.-W. Canaris (Fn. 41).

⁴³ Vergl. BVerfGE 88, 203 (253 ff.).

⁴⁴ Vergl. *H. Dreier* (Fn. 7), Rn. 103 mit Fn. 437 m. w. N.

⁴⁵ So aber *J. Isensee* (Fn. 6), Rn. 165.

weitgehend „freien“) Mediatisierung durch den Gesetzgeber anheimstellt, ohne dem Grundrecht nennenswerte Vorgaben an den Gesetzgeber entlehen zu wollen. In diese zweite Traditionslinie gehören die Entscheidungen zu Kalkar, Fluglärm und Chemiewaffen sowie zum Straßenverkehrslärm, zu Waldschäden und Aids; in die erste, die Schutzpflichten unmittelbar-grundrechtlich betonende Traditionslinie hingegen fallen beide Abtreibungsurteile sowie das bisher noch nicht thematisierte, aber besonders interessante Schleyer-Urteil.⁴⁶ Letztere Einschätzung wird übrigens keineswegs deswegen in Frage gestellt, weil der sich auf staatliche Schutzpflichten berufende (durch seinen Sohn vertretene) Antragsteller *Schleyer* im Ergebnis unterlegen ist. Denn entscheidend ist, daß das BVerfG in dem Urteil auf eine offenbar unmittelbar aus dem GG abzuleitende, mithin auch nicht weiter zu mediatisierende Schutzpflicht des Staates gegenüber „der Gesamtheit der Bürger“ rekurriert hat.⁴⁷ Dabei handelt es sich offenbar um eine Art „Super-Schutzpflicht“, die also nicht aus diesem oder jenem Spezialgrundrecht erwächst, sondern die Fähigkeit des Staates schützt, irgendeinem Bürger überhaupt Grundrechte gewährleisten zu können; was er aber langfristig nicht oder nur noch bedingt kann, wenn er von Verbrechern erpreßbar ist.⁴⁸ Es kann nicht genügend betont werden, daß der entscheidende Zweite Senat im Schleyer-Urteil jedoch (zu Recht) *nicht einmal in Erwägung zieht*, die staatliche Schutzpflicht für Leben und Gesundheit des Antragstellers laufe lediglich darauf hinaus, daß der Gesetzgeber berufen sei, in freier Interessenabwägung usw. entsprechende „Entführungsreaktionsgesetze“ zu erlassen. Die Schutzpflicht muß offenbar, ganz im Gegensatz zu der Rechtsprechung in der Kalkar-Linie, gerade *nicht*

⁴⁶ BVerfG, Urt. v. 16. 10. 1977, 1 BvQ 5/77, BVerfGE 46, 160 (164).

⁴⁷ Vergl. BVerfGE 46, 160 (165).

⁴⁸ Jedenfalls mißverständlich hingegen ist die neuere Aussage des Ersten Senats des BVerfG im Beschluß zur präventiven polizeilichen Rasterfahndung vom 4. April 2006, 1 BvR 518/02, BVerfGE 115, 320 (346): „Der Eingriff, zu dem § 31 PolG NW 1990 ermächtigt, dient dem Schutz hochrangiger Verfassungsgüter. Mit dem Bestand und der Sicherheit des Bundes und eines Landes [...] sind Schutzgüter von hohem verfassungsrechtlichem Gewicht bezeichnet. Die Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm [...] zu gewährleistende Sicherheit der Bevölkerung sind Verfassungswerte, die mit anderen hochrangigen im gleichen Rang stehen [...].“ Es bleibt hier unerfindlich, wie die Sicherheit des Staates als verfaßter Friedens- und Ordnungsmacht dem im zu entscheidenden Fall herangezogenen „Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung“ (BVerfG, Urt. v. 15. 12. 1983, 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83, BVerfGE 65, 1 ff.) „gleichrangig“ sein soll. Denn ein funktionierender und starker Staat ist die Voraussetzung für die Gewährleistung eines solchen Grundrechts; ist der Staat nicht mehr Herr der Lage, so ist nämlich auch die informationelle Selbstbestimmung faktisch dahin, da Terroristen beim Ausspähen ihrer nächsten Opfer auf dieses Grundrecht regelmäßig wenig Rücksicht zu nehmen pflegen. Die Formulierung von der „Gleichrangigkeit“ findet sich – wohl ohne tiefere Überlegungen – allerdings schon in BVerfG, Beschl. v. 1. 8. 1978, 2 BvB 1013, 1019, 1034/77, BVerfGE 49, 24 (56 f.), dort mit (etwas sinnentstellendem) Rekurs auf BVerwG, Urt. v. 7. 10. 1975, I C 46.69, BVerwGE 49, 202 (209).

mediatisiert werden.⁴⁹ Die hierzu in „singulären Lagen“ gebotenen Maßnahmen könnten weder im Voraus normiert noch – dies ist das einzige Zugeständnis an die „Mediatisierungs-Linie“, das sich in der Entscheidung findet – aus einem Individualgrundrecht als Norm hergeleitet werden.⁵⁰ Auch zu der von ihm postulierten „Super-Schutzpflicht“ zugunsten der Gesamtheit der Bürger führt der Senat aus:

„Eine wirksame Wahrnehmung dieser Pflicht setzt voraus, daß die zuständigen staatlichen Organe in der Lage sind, auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls angemessen zu reagieren; schon dies schließt die Festlegung auf ein bestimmtes Mittel aus. Darüber hinaus kann eine solche Festlegung insbesondere nicht von Verfassungs wegen erfolgen, weil dann die Reaktion des Staates für Terroristen von vornherein kalkulierbar wäre. Damit würde dem Staat der effektive Schutz seiner Bürger unmöglich gemacht.“⁵¹

Ähnlich argumentiert auch der Beschluß des Zweiten Senats des BVerfG vom 1. August 1978 zum Kontaktsperregesetz: Da das menschliche Leben in der grundgesetzlichen Ordnung „einen Höchstwert“⁵² darstelle, treffe den Staat eine „besonders ernst zu nehmende“ Pflicht, das menschliche Leben v. a. vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren⁵³; staatliche Maßnahmen, die hierauf oder auch auf den Schutz der körperlichen Unversehrtheit oder der Freiheit von Grundrechtsträgern vor Übergriffen Dritter gerichtet seien, lägen „grundsätzlich im Interesse der Allgemeinheit.“⁵⁴ Ebenfalls ganz auf der Linie der Schleyer-Entscheidung liegt auch das neuerliche Postulat, den Staat treffe im Verein mit dem „Prinzip der Rechtsstaatlichkeit“ jedenfalls auch die Pflicht, „die Sicherheit seiner Bürger und deren Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der staatlichen Institutionen zu schützen.“⁵⁵ Der Staat dürfe Maßnahmen zum Schutz von Leben, Freiheit und körperlicher Unversehrtheit „unter bestimmten Voraussetzungen“ Vorrang vor den Grundrechten als Abwehrrechten einräumen:

„Es wäre eine Sinnverkehrung des Grundgesetzes, wollte man dem Staat verbieten, terroristischen Bestrebungen, die erklärtermaßen die Zerstörung der frei-

⁴⁹ Dies ließe sich dogmatisch etwa dadurch erklären, daß man eben nicht von einer (nach ganz herrschender Meinung zu mediatisierenden) „Super-Schutzpflicht“ ausgeht, sondern (spiegelbildlich) von einem „Grundrecht auf Sicherheit“: vergl. *J. Isensee* (Fn. 33), S. 33 f., mit Rekurs (ebda. Fn. 77) auf *Ch. Wolff*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (1754), §§ 89, 95.

⁵⁰ Vergl. BVerfGE 46, 160 (165).

⁵¹ BVerfGE 46, 160 (165).

⁵² Zur „Höchstwerte“-Problematik vergl. *M. Herdegen*, in: Th. Maunz/G. Dürig (Hg.), GG, Bd. 1 (Loseblatt, Stand: 6/2007), Art. 1 Abs. 1 Rn. 22 (Stand: 2/2005); *H. Götz*, NJW 2005, 953 (954).

⁵³ BVerfGE 49, 24 (53) mit Verweis auf BVerfGE 39, 1 (42) – Abtreibung I und BVerfGE 46, 160 (164) – Schleyer.

⁵⁴ BVerfGE 49, 24 (53).

⁵⁵ BVerfGE 49, 24 (54).

heitlich-demokratischen Grundordnung zum Ziel haben und die planmäßige Vernichtung von Menschenleben als Mittel zur Verwirklichung dieses Vorhabens einsetzen, mit den erforderlichen rechtsstaatlichen Mitteln wirksam entgegenzutreten. Die Sicherheit des Staates als verfaßter Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherung seiner Bevölkerung sind Verfassungswerte, die [...] unverzichtbar sind, weil die Institution Staat von ihnen die eigentliche und letzte Rechtfertigung herleitet.“⁵⁶

Dem ist allerdings – schon im Hinblick auf die noch zu führende Auseinandersetzung mit der neuen Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz sowie der Problematik des unmittelbaren Zwanges zur Herbeiführung einer präventivpolizeilich erforderlichen Auskunft („Fall Daschner“) – noch hinzuzufügen, daß das BVerfG weiter betont, das in Rede stehende Kontaktsperre-Gesetz impliziere weder eine Verletzung der Menschenwürde der betroffenen RAF-Gefangenen, noch stehe es im Gegensatz zum Mißhandlungsverbot aus Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG.⁵⁷ Allerdings bleibt die genaue argumentative Funktion dieser Ausführungen im Gesamtkontext der Entscheidung unklar, insbesondere, ob es sich nur um ein obiter dictum oder allenfalls ein Hilfsargument handelt oder aber um eine *Prämisse* der staatlichen Ausübung der in Rede stehenden Schutzpflicht.

In der Rechtsprechung des BVerfG lassen sich i. E. zwei eigentlich *unvereinbare* Entwicklungspfade ausmachen: Denn entweder ist die Schutzpflicht eine dem Abwehrrecht gleichrangige Grundrechtsfunktion, die sich gegen letztere in der Abwägung häufig durchsetzt, v. a. dann, wenn die aus dem Einzelgrundrecht (Leben, Freiheit, körperliche Unversehrtheit) erwachsende Schutzpflicht zusätzlich von der allgemeinen Staatserhaltungspflicht bzw. der Generalschutzpflicht („Schleyer“-Pflicht) gegenüber der *Gesamtheit* der Bürger und deren Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der staatlichen Institutionen verstärkt wird, und die, jedenfalls bei eiligem Handlungsbedarf oder in gesetzgeberisch unvorhergesehenen Lagen, offensichtlich auch *keiner Gesetzesmediatisierung bedarf*; oder aber die Schutzpflicht ist nur ein ganz allgemeiner politischer Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber (ähnlich etwa dem, eine Politik zu betreiben, die neue Arbeitsplätze schafft), aus dem aber jedenfalls konkrete Rechtsfolgen nicht abzuleiten sind. Eine Durchsicht der hier aufgeführten, bundesverfassungsgerichtlichen Leitentscheidungen könnte zwar immerhin zu der Theorie führen, daß das BVerfG eher im Sinne eines „Vorrangs der Schutzpflicht auch gegenüber dem Abwehrrecht“ entscheidet, wenn menschliches Leben in Gefahr ist (also bei der Abtreibung – *I* und *II* – sowie in Terrorismus-Konstellationen – Schleyer und Kontaktsperre), und andererseits die Schutzpflicht als eher unverbindlich und dem Gesetzgeber zu freien Ausgestaltung überlassen ansieht, wenn es ganz allgemein um Fragen

⁵⁶ BVerfGE 49, 24 (56 f.) mit Verweis auf BVerwGE 49, 202 (209).

⁵⁷ BVerfGE 49, 24 (64).

der Lebensqualität geht (Waldschäden, Straßenverkehrslärm usw.). Diese – auf den ersten Blick ja durchaus einleuchtende – Interpretation läßt sich aber nicht mehr aufrechterhalten, wenn man die neue Entscheidung des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz in den Blick nimmt und insbesondere die dort aufgestellten Grundsätze auf das Problem der Auskunftszerzwingung (Daschner-, bzw. Gaefgens-Konstellation) überträgt.⁵⁸ Zuvor ist allerdings noch auf die wichtigsten, parallel zur Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG in der Lehre entwickelten Konzeptionen zur Handhabung des Problems der Funktionenkollision einzugehen.

IV. Die Dichotomie von Grundrecht und Schutzpflicht in der neueren Literatur

Da die Rechtsprechung des BVerfG zu inkohärent ist – Schutzpflicht als dominierende Grundrechtsfunktion, die sich selbst gegen das Abwehrrecht durchsetzt, einerseits, und Schutzpflicht als unverbindlicher Allgemeinauftrag an den Gesetzgeber andererseits –, als daß selbst derjenige Grundrechtsjurist, der von sich aus Bundesverfassungsgerichtspositivist sein wollte und sich also darauf beschränken würde, die Entscheidungen des BVerfG notdürftig systematisierend und ohne Rücksicht auf ihre grundrechtsdogmatische Richtigkeit zusammenzutragen, hier zu halbwegs klaren Auskünften über das Verhältnis von Abwehrrecht und Schutzpflicht gelangen könnte, ist der Versuch nicht fernliegend, stattdessen in der Literatur nach einer konsistenten Grundrechtsfunktionen- und Schutzpflichtendogmatik zu suchen. In der neueren Literatur hat es sich eingebürgert, die verschiedenen und (angeblich) ganz unterschiedlichen Arten der Begründung der grundrechtlichen Schutzpflichtenfunktion zu unterscheiden; so soll der Ansatz *Isensees* ein „staatstheoretischer“ sein und der *Murswieks* ein „abwehrrechtlicher“⁵⁹; von grundrechtsdogmatischer Relevanz wären derlei Unterscheidungen aber doch eigentlich erst, wenn sich darlegen ließe, daß sie sich gegenseitig wenigstens partiell ausschließen oder widersprechen würden.⁶⁰ Dies ist aber im Ergebnis nicht der Fall. Daher tragen die in der jüngeren Literatur beschworenen Gegensätze vielleicht doch eher nur der Tatsache Rechnung, daß man

⁵⁸ Vergl. dazu sogleich unter B.III.

⁵⁹ W. Schwetzel (Fn. 12), S. 11 ff., 14 ff.

⁶⁰ So läßt sich nicht darlegen, daß aus den Grundsätzen aus BVerfGE 39, 1 ff. irgendein schutzpflichtenrechtliches Postulat hergeleitet werden kann, daß nach den Schutzpflichtlehren *J. Isensees* ausgeschlossen wäre, oder daß aus diesen Lehren irgendein Ergebnis folgt, daß mit der Lehre *D. Murswieks* unvereinbar schiene. Mithin ist also die sorgfältige Unterscheidung der jeweiligen Schutzpflichtenbegründung von dogmengeschichtlichem Interesse, grundrechtsdogmatisch hingegen ist eine Entscheidung zwischen den Argumentationsstilen und -topoi nicht erforderlich und letztlich die (Ergebnis-)einheitlichkeit der Schutzpflichtenlehre zu betonen.

ein- und dasselbe Anliegen in ganz unterschiedliche Worte fassen kann: For what we call a rose, by any other name would smell as sweet.⁶¹ Insgesamt stellt sich die Schutzpflichtenlehre der Literatur in Reaktion auf BVerfGE 39, 1 ff. im Ergebnis nicht als ein Feld kontroverser Gegensätze, sondern eher als ein in sich stimmiger und konsequenter, jeweils aufeinander aufbauender grundrechtsdogmatischer Erkenntnisfortschritt dar.

1. Staatsgerichtetes Abwehrrecht privilegiert nicht zu privaten Übergriffen⁶² (Dieter Suhr)

Obwohl der Begriff „Schutzpflicht“ in *Dieter Suhrs* Aufsatz über den Grundrechtsschutz des Passivrauchers nicht vorkommt – er war offenbar noch nicht hinreichend eingebürgert – geht es doch der Sache nach um eben diese, in Gestalt der Frage: Wie soll es mit den Grundrechten des Passivrauchers vereinbar sein, daß der Raucher unter Berufung auf seine Grundrechte, bzw. deren staatsfreie und mithin ungehinderte Ausübung, die Gesundheit des Passivrauchers gefährdet oder ihn jedenfalls stört? Die Umdeutung des status negativus, also der Freiheit von staatlichen Eingriffen, in einen Rechtstitel zum Übergriff auf die Rechtsgüter Dritter, also in einen „status aggressivus“ sei ein „status-Trick“, durch den das Opfer eines Übergriffes zum Freiheitshindernis umdefiniert, dessen Rechtsgüter und Interessen (unter „Optimierung“ der Interessenwahrnehmung auf Seiten des Störers) auf ein sozialstaatliches Minimum reduziert und der private Übergriff auf Dritte zu „Freiheit“ verklärt werde.⁶³ Es gehe aber um Grundrechte (auch) des Passivrauchers; daher müsse die Grundrechtsausübung letztlich unter einem *neminem-laedere*-Vorbehalt stehen, wie er in dem Vorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG („Rechte anderer“) auch zum Ausdruck komme.⁶⁴

2. Freiheit und Sicherheit sind keine Gegensätze (Isensee)

Der Gedanke, daß Freiheit und Sicherheit keine Gegensätze sind, sondern erst der staatliche, bürgerliche Zustand „Freiheit“ im Sinne der Abwesenheit der Gewalt und Willkür im Naturzustand ermöglicht, ist freilich schon

⁶¹ *W. Shakespeare*, *Romeo and Juliet* II/2.

⁶² Vergl. zu „nichtprivilegierenden“ Ansätzen – nach denen Grundrechte also prinzipiell nicht zum Übergriff auf die Rechte Dritter berechtigen sollen – auch *G. Roellecke*, JZ 1969, 726 ff.; BVerfG (Vorprüfungsausschuß), Beschl. v. 19. 3. 1984, 2 BvR 1/84, NJW 1984, 1293 f. – *Sprayer* von Zürich bzw. *Nägeli*; *R. Wahl*, *Freiburger Universitätsblätter* 95 (1987), 19 ff.; zum Ganzen jetzt *U. Vosgerau* (Fn. 24), S. 39 ff., 43 ff., 127 ff., 147 ff., 167 ff.

⁶³ *D. Suhr*, JZ 1980, 166 (168 ff.).

⁶⁴ *D. Suhr* (Fn. 63), S. 169 ff., 173 f.

bei *Thomas Hobbes* angelegt⁶⁵; nachdem es seit *Locke* wieder zu einer stärkeren Betonung der „Freiheit nur durch Abwehrrechte gegen den potentiell unterdrückerischen Staat“ kam⁶⁶, wird dann das Konzept „Freiheit nur im Staat und durch den Staat“ insbesondere von *Hegel* wiederaufgenommen und durchdekliniert.⁶⁷ Für die neuere deutsche verfassungsrechtliche Dogmatik hat *Isensee* den realitätsorientierten Grundgedanken „Freiheit erst im Staat und durch den Staat“ wirklich fruchtbar gemacht.⁶⁸ Für ihn folgt das „Grundrecht auf Sicherheit“ dabei dogmatisch weniger aus staatsrechtlichen Erwägungen⁶⁹, sondern im Anschluß an die erste Abtreibungsentscheidung aus dem Gewährleistungsgehalt der Grundrechte selber und unmittelbar.⁷⁰ Dabei weist das „Grundrecht auf Sicherheit“ eine strukturelle Parallele zu den sozialen Grundrechten auf: Wer hungert oder friert, dem nützen liberale, staatsgerichtete Abwehrrechte nicht viel; aber eben auch nicht dem, der auf der Straße von Gangstern erschossen wird, ohne daß der Staat ernsthaft hiergegen vorgehen würde.⁷¹ Im Vergleich zu den sozialen Grundrechten ist das „Grundrecht auf Sicherheit“ jedoch, weil am Gewährleistungsgehalt der Freiheitsgrundrechte orientiert, limitierter und bestimmter.⁷²

3. Staatliches Gewaltmonopol impliziert die Gleichrangigkeit von Schutz und Abwehr (Murswiek)

Auch die in der Habilitationsschrift *Dietrich Murswieks* vorgestellte Konzeption erweist sich nicht als Alternativmodell oder Gegensatz zu den Konzeptionen *Dieter Suhrs*, der ersten Abtreibungsentscheidung oder *Isensees*, sondern als weiterer, konsequenter Denkschritt auf dem seit der ersten Ab-

⁶⁵ *Th. Hobbes*, *Leviathan* (1651), in: *The English Works of Thomas Hobbes*, Vol. III, Nachdruck der Ausgabe von 1839 (1962); vergl. zum Ganzen auch *K. Stern* (Fn. 12), S. 932; *M. Sachs*, in: *K. Stern*, *DStRdBRD III/2* (1994), S. 236 ff.; dazu, daß *Hobbes* den Naturzustand, verstanden als *bellum omnium in omnes*, als erster zum „Fundament eines staatsphilosophischen Beweisprogramms“ erhoben habe, vergl. *W. Kersting*, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages* (1994), S. 187; vergl. auch *W. Schwetzel* (Fn. 12) S. 5 m. w. N.

⁶⁶ Vergl. *J. Locke*, *Two Treatises of Government* (1689), Chap. XIX, § 228, in: *The Works of John Locke*, Vol. V, Nachdruck der Ausgabe von 1823 (1963), S. 473 f.

⁶⁷ Vergl. *G. W. F. Hegel*, *Grundlinie der Philosophie des Rechts*, § 194; vergl. auch *S. Avineri*, *Hegels Theorie des modernen Staates* (1976), S. 211 ff.

⁶⁸ Grundlegend *J. Isensee* (Fn. 33), S. 23 f., 27 ff. und passim; vergl. auch *G. Robbers* (Fn. 12), S. 27 und passim; *Krings* (Fn. 8), S. 173.

⁶⁹ *A. A. W. Schwetzel* (Fn. 12), S. 11 f.; zu staatsrechtlicher statt grundrechtsdogmatischer Argumentation bei *J. Isensee*, *Wer definiert die Freiheitsrechte?* (1980) vergl. *U. Vosgerau* (Fn. 24), S. 180 f.

⁷⁰ Vergl. nur *J. Isensee* (Fn. 33), S. 34 ff.

⁷¹ Vergl. *ders.*, ebda., S. 19 m. w. N.

⁷² *Ders.*, ebda., S. 44.

treibungsentscheidung vorgegebenen Entwicklungspfad. Dabei geht er zunächst – vielleicht noch unter dem Einfluß *Forsthoffs* – von konstruktiv rein abwehrrechtlich zu verstehenden Grundrechten⁷³ aus, schließt dann aber weiter – aufgrund des staatlichen Gewaltmonopols und des daraus abzuleitenden Selbsthilfeverbots – auf ein Abwehrrecht auch gegen die staatliche Duldung von Umweltverschmutzung und Ressourcenverbrauch⁷⁴, was letztlich gerade auf ein allgemeines Schutzpflichtenregime hinausläuft. Jedenfalls, sofern es sich um eine „primäre Schutzpflicht“ handelt, d. h. eine Pflicht zum Verbot (oder besser: zur effektiven Verhinderung)⁷⁵ privater Grundrechtsbeeinträchtigungen⁷⁶ (Übergriffe), soll der grundrechtliche Schutz nicht weniger intensiv sein als bei der abwehrrechtlichen Funktion der Grundrechte – eine Schlußfolgerung, die m. E. letztlich notwendig aus dem modernen Eingriffsbegriff folgt.

B. Praktische Grundrechtsfunktionenkollision:

LuftSiG und unmittelbarer Zwang zur Herbeiführung einer Aussage

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen ist also nun zu fragen, ob und inwieweit das Urteil des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz sowie die Debatte um den unmittelbaren Zwang zur Durchsetzung einer gefahrenabwehrrechtlichen Auskunftspflicht sich mit der bisherigen Schutzpflichtendogmatik vereinbaren lassen.

⁷³ Vergl. auch *J. Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten (1992), S. 35 ff.; *P. Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten (1996), S. 44 ff.

⁷⁴ Vergl. *D. Murswiek* (Fn. 9), S. 89 ff., 127 ff.; vergl. auch *U. Vosgerau* (Fn. 24), S. 200; zu Vorläufern und Wirkung dieses Ansatzes vergl. auch *P. Szczekalla*, Die sog. grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht (2002), S. 390 Fn. 1747 m. w. N.

⁷⁵ *J. Isensee* (Fn. 33), S. 21; *D. Murswiek* faßt die effektive Umsetzung der Schutzpflicht unter den Begriff der Schutzgewährungspflicht, vergl. *ders.* (Fn. 9), S. 111.

⁷⁶ Vergl. *D. Murswiek* (Fn. 9), S. 108 f.

I. Luftsicherheitsgesetz: Vorrang des Abwehrrechts

Die bekannte Entscheidung des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz⁷⁷ interessiert daher vorliegend⁷⁸ v. a. im Hinblick auf die Frage, ob sie mit dem, was wir bislang über Schutzpflichten wußten, konvergiert.⁷⁹ Dies ist prima facie schon insofern nicht der Fall, als daß die Entscheidung eigentlich nur dann richtig sein kann, wenn man von einem Primat des Abwehrrechts über die Schutzpflicht ausgehen wollte.⁸⁰ Denn obwohl das BVerfG unter Hinweis auf seine bisherige Rechtsprechung ausdrücklich einräumt, dem Staat obliege es, die potentiellen Opfer eines Selbstmordanschlages zu beschützen⁸¹, so soll es gleichzeitig „unter der Geltung des Art. 1 Abs. 1 GG schlechterdings unvorstellbar“⁸² sein, „auf der Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung“⁸³ mit der entführten Maschine auch die unschuldigen Geiseln abzuschießen.⁸⁴ Eine gesetzgeberische Entscheidung *für die Schutzpflicht* (deren

⁷⁷ BVerfG, Urt. v. 15. 12. 2006, 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 118 ff.

⁷⁸ Rechtspolitische und grundsätzliche Kritik an der Entscheidung u. a. bei F. Hase, DÖV 2006, 213 ff.; Ch. Gramm, DVBl 2006, 653 ff.; J. F. Lindner, DÖV 2006, 577 ff.; G. Beestermöller, Die neue Ordnung 60 (2006), 296 ff.; G. Spendel, RuP 2006, 131 ff.; W. Frenz, NVwZ 2007, 631 ff.; R. Merkel (Fn. 26); Ch. Hillgruber, JZ 2007, 209 ff.; O. Depenheuer, Selbstbehauptung des Rechtsstaats, 2. Aufl. 2008, S. 25 ff.; der Entscheidung zustimmend S. Hobe, ZLW 2006, 333 ff.; B. Hirsch, NJW 2007, 1188 f.; vergl. auch schon T. Linke, NWVBl. 2006, 71 ff.

⁷⁹ Übrigens ist heute weitgehend in Vergessenheit geraten, daß der damalige Bundesverteidigungsminister Leber am 11. September 1972 den Abschluß eines unidentifizierten Flugzeuges durch die Luftwaffe erwog, von dem man aufgrund einer Falschmeldung annahm, es wolle die Schlußfeier der olympischen Spiele in München mit Bomben angreifen; vergl. den Bericht von G. Leber, Vom Frieden (1979), S. 227 ff.

⁸⁰ So denn auch W.-R. Schenke, VersR 2006, 871 (873): „Hier gilt als Faustregel, dass die den Freiheitsgrundrechten zu entnehmenden Schutzpflichten im Regelfall hinter dem durch die Abwehrfunktion der Freiheitsgrundrechte begründeten Schutz zurückbleiben. Das hat der entscheidende Senat des BVerfG erst vor wenigen Wochen in seinem Urteil zur Verfassungswidrigkeit des § 14 Abs. 3 LuftSiG klargestellt, indem er de[r] Art. 2 Abs. 2 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG zu entnehmenden grundrechtlichen Schutzpflicht des Gesetzgebers nur eine deutlich geringere Bedeutung zumaß, als dem unmittelbar in Art. 2 Abs. 2 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 verankerten Abwehrrecht.“ Für das Primat des Abwehrrechts – ohne nähere Begründung – auch J. F. Lindner, (Fn. 78), S. 577; J. Kersten, NVwZ 2005, 661 (662) bezeichnet die Vorstellung vom Primat des Abwehrrechts als Ausweis eines spezifisch liberalen Grundrechtsdenkens, ohne sich diese jedoch zu zeigen zu machen.

⁸¹ BVerfGE 115, 118 (152 u. m. v. N.): „Diese Schutzpflicht gebietet es dem Staat und seinen Organen, sich schützend und fördernd vor das Leben jedes einzelnen zu stellen; das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen An- und Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren [...].“

⁸² BVerfGE 115, 118 (157 o.).

⁸³ Ebda.; diese merkwürdige, möglicherweise ja auch nur zufällige Wendung wirft dann allerdings unwillkürlich die Frage auf, ob der Abschluß *ohne* eine gesetzliche Grundlage *eher* vorstellbar wäre?

⁸⁴ Vergl. R. Merkel (Fn. 26), S. 373 f. Fn. 5: „Vorzustellen hat man sich also nicht ein Szenario wie das des 11. September 2001, sondern etwa dies: eine entführte Ma-

Wahrnehmung zugleich auch im staatlichen Gesamtinteresse stünde, nach dem Terroristen mit ihren Aktionen keinen Erfolg haben dürfen, da es sonst zu immer neuen Taten mit noch mehr Toten kommt) kommt also nicht mehr in Betracht, das Abwehrrecht (wohlgemerkt nicht der Terroristen, sondern der todgeweihten Geiseln) überwiegt jedenfalls.⁸⁵ Diese Wertung muß prima facie nicht verkehrt sein; aber jedenfalls widerspricht sie diametral den Grundlinien der Entscheidungen zur Abtreibung und auch zu Schleyer. Denn in der Entscheidung Abtreibung I war das Abwehrrecht der Mutter gerade nicht der Schutzpflicht überlegen, vielmehr sollte die Schutzpflicht zugunsten des Lebens so stark sein, daß sie sogar zwingend mit Haftstrafen zu bewähren sein sollte⁸⁶; der freiheitliche Abwehrensanspruch der Mutter verblaßte dagegen. Und im Falle Schleyer wurde sehr wohl das Leben einer unschuldigen Geisel sehenden Auges und im Hinblick auf eine übergeordnete Schutzpflicht zugunsten des Staatsganzen aufgeopfert; daß in diesem Fall der Staat die zu erwartende Ermordung *Schleyers* durch die Terroristen hinnahm, wohingegen er im Falle des § 14 Abs. 3 LuftSiG die Geiseln selber – „kollateral“ umbringen würde, mag im Hinblick auf die beteiligten Handlungs- und Entscheidungsträger psychologisch wohl einen erheblichen Unterschied machen, kaum aber rechtlich-normativ.⁸⁷ Aber auch mit dem anderen bundesverfassungsgerichtlichen Entwicklungspfad, der weniger die unmittelbare Bedeutung der grundrechtlichen Schutzpflichten, sondern eher die gesetzgeberische Freiheit und Einschätzungsprärogative bei der Abgrenzung von Grundrechtssphären betont, geht die Entscheidung zum LuftSiG nicht konform. Denn der Gesetzgeber ist mit der ganz herrschenden Meinung (wenn auch abweichend von der Schleyer-Entscheidung)⁸⁸ von der Mediatisierungsbedürftigkeit der grundrechtlichen Schutzpflicht ausgegangen. Dem gesetzgeberischen Auftrag folgte das Parlament⁸⁹ ganz im Geiste der Wesentlich-

schine wird bereits von zwei Jagdbombern eskortiert, deren Piloten unmittelbar vor dem Zielort, etwa einem vollbesetzten Fußballstadion, abdrehen und der Katastrophe zusehen müssen, weil das *BVerfG* den Abschluß strikt verboten hat. Und nun erwäge man, welche Folge dies für die Autorität des Staates als Garant der rechtlichen Friedensordnung haben müsse.“ Ähnlich auch *O. Depenheuer* (Fn. 78), S. 26 f. mit Fn. 28 (S. 108 f.).

⁸⁵ Vergl. auch *G. Spendel* (Fn. 78), S. 132: „Die Richter nehmen also damit hin, dass die staatlichen Organe die ihnen mögliche Rettungsaktion für vielleicht Tausende von Menschen wegen hundert [...] anderer Menschen, die in jedem Falle rettungslos verloren sind, unterlassen und ihre Hilfspflicht verletzen.“

⁸⁶ Vergl. auch *BVerfGE* 88, 203 (257 f.) – Abtreibung II.

⁸⁷ *A. A. R. Merkel* (Fn. 26), S. 381.

⁸⁸ Vergl. hierzu aber auch *J. Isensee* (Fn. 33), S. 43 Fn. 101: „Die Rechtfertigung einer Nachgiebigkeit praeter legem mag man in einem übergesetzlichen Grundrechtsnotstand suchen. Wie dem auch sei – die Anomalie ergibt keine rechtsstaatliche Regel.“

⁸⁹ Das weitere Problem der mangelnden Bundeskompetenz (vergl. *BVerfGE* 115, 118 [140 ff.]) soll hier auf sich beruhen – das *BVerfG* sucht die Verfassungswidrigkeit offenbar gleichberechtigt auf diese wie auch auf eine Verletzung der Menschenwürde

keitstheorie⁹⁰, in dem es alle wesentlich grundrechtrelevanten Sachverhalte selbst, unter Inanspruchnahme seiner gesetzgeberischen Wertungs- und Einschätzungsprärogative und auch im Geiste des Verhältnismäßigkeitsgebots (wie die von § 14 Abs. 1 bis 3 LuftSiG vorgesehene „Maßnahmenstaffelung“⁹¹ zeigt) gesetzlich regelt. Genau dies soll nun aber – und zwar, interessanterweise, ganz unabhängig von einer hypothetischen strafrechtlichen Beurteilung⁹² (!) – der Menschenwürde zuwiderlaufen; von einem weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich für den Gesetzgeber bzw. der nur sehr begrenzten Überprüfbarkeit seiner Entscheidungen durch das BVerfG⁹³ ist zwar aus Gründen der Traditionspflege noch die Rede,⁹⁴ es ist aber keinerlei Ergebnisrelevanz dieser Ausführungen erkennbar; im Ergebnis entscheidet das BVerfG, von einer Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers „in eigener Verantwortung“ ist nichts zu bemerken. Dies ließe sich vielleicht noch damit begründen, daß die gesetzgeberische Einschätzungsprärogative eben dann wegfällt, wenn es um den „Höchstwert“, die nach herrschender Meinung per se nicht einschränkungs- oder abwägungsfähige Menschenwürde, geht. Aber gerade dies ist zweifelhaft: Zwar geht das BVerfG bei der vorsätzlichen Tötung eines Menschen auch automatisch von einer Berührung der Menschenwürdegarantie aus, da das Leben die vitale Basis der Menschenwürde sei.⁹⁵ Dieser Schluß ist aber jedenfalls zweifelhaft, da das Grundrecht auf Leben, anders als die Menschenwürde, gem. Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG einem Gesetzesvorbehalt untersteht⁹⁶; durch die „automatische Kopplung“ des Lebens mit der Menschenwürde würde die differenzierte Schrankensystematik des GG umgangen.⁹⁷ Und daß der Abschluß die Passagiere zu reinen Objekten degradiere⁹⁸, ist jedenfalls fraglich; zum Schleyer-Fall ist jedenfalls bislang nicht vorgetragen worden, dieser sei durch das Nicht-Nachgeben der Regierung *Schmidt* von dieser „zum Objekt“ staatlichen Selbstbehauptungswillens degradiert worden. V.a. aber: Was

zu stützen. Indessen sprechen auch gute Gründe dafür, die Ausführungen des Gerichts zur Menschenwürde nur als obiter dictum anzusehen; vergl. *Ch. Pestalozza*, NJW 2007, 492 (494); in diese Richtung jetzt auch *J. Isensee*, FAZ Nr. 17 vom 21. Januar 2008, S. 10.

⁹⁰ Vergl. ausführlich *H. Dreier*, in: ders., GG, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Demokratie) Rn. 120; *H. Schulze-Fielitz*, ebda., Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 113 ff.

⁹¹ Vergl. BVerfGE 115, 118 (125).

⁹² Vergl. BVerfGE 115, 118 (157); vergl. auch *G. Spendel* (Fn. 78), 131 ff.

⁹³ Vergl. BVerfGE 79, 174 (202).

⁹⁴ BVerfGE 115, 118 (159 f. m. w. N.).

⁹⁵ BVerfGE 39, 1 (42).

⁹⁶ Vergl. *J. F. Lindner* (Fn. 78), S. 577: Folglich gehe das GG gerade nicht davon aus, daß in jeder staatlich veranlaßten oder geduldeten Tötung eines Menschen ein Menschenwürdeverstoß liege.

⁹⁷ Vergl. auch *F. Hufen*, NJW 2001, 849 (855); *B. Pieroth/B. J. Hartmann*, Jura 2005, 729; *T. Linke* (Fn. 78), S. 76.

⁹⁸ Vergl. BVerfGE 115, 118 (154).

nützt es denn, die Passagiere davor zu bewahren, zum „Objekt staatlichen Handelns gemacht zu werden“⁹⁹, wenn hierdurch zugleich die weiteren Opfer am Boden nunmehr zum „Objekt staatlichen Unterlassens“ würden?¹⁰⁰ Die Grundrechtsfunktionen lassen sich sinnvoll nur denken, wenn man sie gleichberechtigt denkt, wobei aber weiter die Schutzpflicht zugunsten des Staatsganzen¹⁰¹ tendenziell überwiegt, weil es ohne einen handlungsfähigen Staat faktisch *gar keinen* effektiven Grundrechtsschutz gäbe, egal, unter welcher Funktion.¹⁰²

II. Das naheliegende Gegenargument: „Abwägung statt Formalismus!“

Freilich gibt es ein naheliegendes Argument gegen die hier vorgetragenen Zweifel an der Kompatibilität der LuftSiG-Entscheidung mit der bisherigen Schutzpflichten-Dogmatik. Es lautet einfach: Abwägung im Einzelfall statt formalistischer Übertragung. Es fordert dazu auf, den jeweiligen Sachverhalt mehr Aufmerksamkeit zukommen zu lassen statt nur den Ergebnissen. So läßt sich etwa die „Aufopferung“ *Schleiers* auch damit begründen, daß die von den Terroristen gestellte Forderung, nämlich die Freilassung rechtmäßig inhaftierter Gesinnungsgenossen, nicht nur dem Staat nicht erlaubt, sondern wohl auch eine Straftat gewesen wäre¹⁰³ (§§ 120, 258 StBG), wohingegen das *Unterlassen des Abschießens* einer entführten Passagiermaschine, selbst wenn es auf den Tod tausender weiterer Zivilisten hinausläuft, als solches kaum „verboten“ (und schon gar nicht „strafbar“) ist, und es auch dann nicht wäre, wenn § 14 Abs. 3 LuftSiG geltendes Recht wäre. Und zur Entscheidung „Abtreibung I“ ließe sich sagen: Statt aus dieser Entscheidung formale Regeln von angebllicher Allgemeingültigkeit ableiten zu wollen (wie etwa: Schutzpflicht

⁹⁹ BVerfGE 115, 118 (159).

¹⁰⁰ Vergl. auch *Ch. Gramm* (Fn. 78), S. 659.

¹⁰¹ Vergl. zum Ganzen auch *G. Beestermöller* (Fn. 78), S. 308 f.: „Ich hatte in einem früheren Beitrag die Meinung vertreten, daß sich der Abschluß einer Zivilmaschine nicht als Nebenwirkung rechtfertigen läßt. Ich habe meine Meinung geändert. [...] Ein Student machte mich darauf aufmerksam, daß es in der Konsequenz meiner Argumentation läge, daß man einen Panzer dann nicht beschießen dürfe, wenn sich eine Zivilperson gegen deren Willen in diesem befinde. Ein skrupelloses Regime bräuchte also sämtliche Panzer neben deren militärischen Besatzungen nur mit einem Säugling zu bemannt, und schon sei der angegriffene Staat nicht mehr in der Lage, sich auf legitime Weise [...] zur Wehr zu setzen. Ein Ungedanke!“

¹⁰² Vergl. auch *Ch. Hillgruber*, JZ 2007, 209 (210 ff.; 214 ff.).

¹⁰³ Gleichwohl wurden am 3. März 1975 auf die Entführung des Berliner Politikers und Oppositionsführers *Peter Lorenz* durch die „Bewegung 2. Juni“ hin fünf Gefangene aus dem linksterroristischen Bereich freigelassen und nach Süd-Jemen ausgeflogen (nachdem bereits Jahre zuvor die palästinensischen Geiseln der Olympischen Spiele in München auf eine Erpressung hin ins Ausland abgeschoben worden waren), vergl. dazu auch BVerfG, Beschl. v. 20. 10. 1977, 2 BvR 631/77, BVerfGE 46, 214 ff.; zum Ganzen auch *J. Isensee* (Fn. 33), S. 42 ff. (mit Fn. 101): Rechtfertigung durch Staatsnotstand.

vor Abwehrrecht, oder: Schutzpflicht jedenfalls gleichberechtigt), sollte man eher auf die konfligierenden Verfassungsgüter schauen. Vorliegend stand das ungeborene Leben (als vitale Basis der Menschenwürde, jedenfalls nach dem BVerfG) einer vorübergehenden Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit der Mutter während der Schwangerschaft gegenüber. Daher überwog der Lebensschutz, egal, ob über die Schutz- oder Abwehrfunktion des Grundrechts, hierauf komme es gar nicht an. Anders aber liege der Fall, wenn gleichberechtigte Verfassungsgüter konfligierten, also Leben gegen Leben, Menschenwürde gegen Menschenwürde. Wirklich?

III. Übertragung auf den Fall „Daschner“¹⁰⁴

Das v. a. für die Abtreibungsproblematik spontan so einleuchtende Paradigma „Abwägung von Verfassungswerten statt Deduktion formalistischer Prioritätsregeln über Abwehrrecht und Schutzpflicht“ wird aber gleich zweifelhaft, wenn man es auf eine andere höchst kontroverse Grundrechtsfunktionenkollision überträgt, nämlich die Problematik des unmittelbaren Zwanges zur Herbeiführung einer präventiv-polizeilich erforderlichen Auskunft¹⁰⁵.¹⁰⁶ Auch diese Konstellation darf mittlerweile als bekannt vorausgesetzt werden: Weil der Polizeivizepräsident D (nicht pflichtwidrig) davon ausgeht, das entführte Kind lebe noch, könne aber jeden Augenblick qualvoll verhungern oder erfrieren¹⁰⁷, wenn der zweifelsfrei überführte und ge-

¹⁰⁴ Vergl. LG Frankfurt a. M., Urt. v. 20. 12. 2004, 5/27 KLS 7570 Js 203814/03 (4/04), NJW 2005, 692 ff.; dazu V. Erb, NStZ 2005, 593 (598): „buchstäblich ein Todesurteil für künftige Entführungsoffer“.

¹⁰⁵ Der plakative Begriff „Rettungsfolter“ trägt m. E. nicht hinreichend zur aus rechtswissenschaftlicher Sicht wünschenswerten Versachlichung der Debatte bei. Die Polizei übt in Deutschland jeden Tag in zahllosen Fällen unmittelbaren Zwang aus, der regelmäßig auch mit körperlicher Gewaltanwendung einhergeht – durch Schlagstockeinsatz, den bekannten „Polizeigriff“, den Einsatz von Pfefferspray oder gar von Schusswaffen – ohne daß diese u. U. enorm schmerzhaften Zwangsmaßnahmen bislang in der rechtswissenschaftlichen Debatte als „Folter“ oder sonstige Menschenwürdeverletzung bezeichnet würden. Wer einen aus noch so nichtigen Gründen ergangenen polizeilichen Platzverweis nicht befolgt, der kann letztlich im Polizeigriff hinweggezerrt werden; aber wer einen anderen Menschen in einem Erdloch ersticken läßt, dem darf der Arm keinesfalls auf den Rücken gedreht werden? Zur weiteren rechtswissenschaftlichen Durchdringung dieser schwierigen Fragen trägt die Vergabe von Plakativ- und Schreckbegriffen erkennbar wenig bei. Ein abschreckendes Beispiel an Emotionalität und Unsachlichkeit liefert z. B. J. Zeh, Die Zeit Nr. 13 vom 27. März 2008, S. 56.

¹⁰⁶ Grundlegend N. Luhmann, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen? (1993); W. Brugger, Der Staat 35 (1996), 67 ff.; ders., JZ 2000, 165 ff.; ders., Freiheit und Sicherheit (2004), S. 56 ff.; vergl. außerdem statt vieler H. Götz (Fn. 52), S. 953 ff.; R. D. Herzberg, JZ 2005, 321 ff.; V. Erb (Fn. 104), S. 593 ff.; J. F. Lindner (Fn. 78), S. 578 f.; vergl. bereits J. Merten, JR 2003, 404

¹⁰⁷ Im Fall *Thomas Hintze* war das Entführungsoffer gefesselt in einem engen Erdloch langsam erstickt; und der belgische Kindermörder *Dutroux* hatte nach seiner

faßte Entführer nicht das Versteck preisgibt, läßt er mit körperlicher Schmerzzufügung drohen.^{108, 109} Dies scheint grundsätzlich verboten zu sein; denn jedes Polizeigesetz enthält eine (Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG ins Landespolizeirecht übertragende und mithin eigentlich auch überflüssige) Vorschrift, die Mißhandlung im Polizeigewahrsam verbietet; darunter muß als seelische Mißhandlung auch die Androhung fallen¹¹⁰ (z. B.: § 55 Abs. 2 NRW-PolG).¹¹¹ Die Menschenwürde als Abwehrrecht verbietet es.¹¹² Wirk-

Verhaftung in der Tat verschwiegen, daß zwei seiner Opfer noch im Kellerverließ eingesperrt waren, so daß diese dort schließlich verhungert sind (*V. Erb* [Fn. 104], S. 598 Fn. 50a a. E.).

¹⁰⁸ Die strafrechtliche Seite des Falles interessiert hier eigentlich nicht; zu bemerken ist aber, daß sich das Gericht hier geradezu den Sachverhalt manipuliert, weil es offenbar die Beantwortung der brisanten Frage „Kann die ‚Folterandrohung‘ des Polizisten im Dienst strafrechtlich gerechtfertigt sein?“ vermeiden will. Es unterstellt nämlich, der Polizeivizepräsident Daschner habe noch nicht alle übrigen Methoden, den Beschuldigten, der durch eine Hausdurchsuchung überführt war, zum Reden zu bringen, ausgeschöpft, so sei eine Gegenüberstellung mit den Eltern und der Schwester des entführten Kindes nicht erfolgt. Insofern sei die Nothilfe jedenfalls nicht geboten gewesen. Angesichts der Tatsache, daß eine Gegenüberstellung des Beschuldigten mit seiner eigenen Mutter erfolglos verlaufen war und nach der nicht pflichtwidrigen Einschätzung des D jede Minute (!) zählte, ist diese Erwägung des Gerichts offensichtlich abwegig und dient nur der Entscheidungsvermeidung.

¹⁰⁹ Vergl. die unmittelbare einschlägige Vorschrift aus § 12 Hessen-SOG: Der Störer ist auskunftspflichtig; ein Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht besteht ausdrücklich nicht bei Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person.

¹¹⁰ A. A. R. D. *Herzberg* (Fn. 106), S. 325: keine „Mißhandlung“ durch Zufügung seelischer Schmerzen, da der Entführer die angedrohten körperlichen Schmerzen nicht zu fürchten braucht, da er ihnen leicht entgehen kann, indem er seinen Auskunftspflichten nachkommt, woran er sich vorliegend insbesondere auch nicht durch wirkliche oder empfundene moralische Verpflichtungen gehindert sehen kann.

¹¹¹ Auf die Verbote aus §§ 163a IV 2, 136a I StGB dürfte es hingegen nicht ankommen, da die Tätigkeit des Polizeibeamten nicht repressiver Natur war (der Täter war bereits überführt), sondern es nur um (präventive) Gefahrenabwehr ging, die also nicht der StPO unterfällt. Auch auf die in vielen Polizeigesetzen enthaltene Vorschrift, nach der die Vorschriften über Norwehr und Notstand vom Polizeigesetz unberührt bleiben (z. B. § 57 II NRW-PolG), kommt es nicht an, da diese nach ganz herrschender Meinung keine über das Polizeigesetz hinausweisende Handlungs- oder gar Eingriffsermächtigung konstituiert, sondern nur klarstellen soll, daß eine strafrechtliche Rechtfertigung des handelnden Polizeibeamten nicht ausgeschlossen ist; a. A. wohl *V. Erb* (Fn. 104), S. 601.

¹¹² Vergl. jedoch R. D. *Herzberg* (Fn. 106), S. 325: „Erhellend wirkt der Vergleich mit einem Parallelfall: Polizist P kann den Fahrraddieb D nicht einholen, ruft ihm ‚Halt oder ich schieße!‘ nach und gibt einen Warnschuss ab. D zieht es daraufhin vor, anzuhalten und das Fahrrad pflichtgemäß zu übergeben. Angenommen, auch bei Fortsetzung der Flucht hätte sich dem P gezieltes Schießen verboten, weil Ds Tat ein einfacher Diebstahl war (vergl. § 64 PolG NW). Die Situation ist dann diese: P hat D, um ihm das begehrte Verhalten abzuzeigen, mit Schießen bedroht, also mit der Zufügung großer Schmerzen, die er ihm nicht hätte wirklich zufügen dürfen. [...] Wer käme wohl auf die Idee, P vorzuwerfen, er habe durch Ruf und Warnschuß dem D ‚große seelische Schmerzen‘ zugefügt und ihn auf diese Weise gefoltert?“

lich? Dagegen spricht schon die einfache Erwägung, daß die jeweils bedrohten Rechtsgüter beim Kindesentführer wie beim sterbenden Kind dieselben und also gleichrangig sind, nämlich Leben, Unversehrtheit und Menschenwürde.¹¹³ Wollte man also dasjenige „Lösungsschema“ zur Anwendung bringen, das in der Konstellation „Abtreibung I“ so plausibel wirkt, nämlich die Vermeidung allgemeiner Aussagen über ein mögliches Rangverhältnis von Schutzpflicht und Abwehrrecht und die Abwägung des Gewichts von Verfassungsgütern (z. B.: Leben gegen vorübergehende Freiheitsbeschränkung), so müßte man geradezu eine *Pflicht*¹¹⁴ der Polizei postulieren, den Entführer mit allen geeigneten Mitteln zum Reden zu bringen: denn weil er die Situation allein verschuldet hat, gehen die Rechte und Interessen des Kindes den seinen vor, wie auch beim „finalen Rettungsschuß“.¹¹⁵ Viel radikaler noch als diese „Kollisionslösung“ ist indessen die „tatbestandsausschließende Lösung“, die sich in einem obiter dictum des BVerfG aus der LuftSiG-Entscheidung andeutet. Hier stellt das Gericht klar, es sei jedenfalls nicht die Menschenwürde der Täter (sondern allenfalls die der Geiseln) die den Flugzeugabschuß per se verbiete:

„§ 14 Abs. 3 LuftSiG ist dagegen mit Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG insoweit vereinbar, als sich die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt gegen ein unbemanntes Luftfahrzeug oder ausschließlich gegen Personen richtet, die das Luftfahrzeug als Tatwaffe gegen das Leben von Menschen auf der Erde einsetzen wollen. [. . .] Wer, wie diejenigen, die ein Luftfahrzeug als Waffe zur Vernichtung menschlichen Lebens missbrauchen wollen, Rechtsgüter anderer rechtswidrig angreift, wird nicht als bloßes Objekt staatlichen Handelns in seiner Subjektqualität grundsätzlich in Frage gestellt [. . .], wenn der Staat sich gegen den rechtswidrigen Angriff zur Wehr setzt und ihn in Erfüllung seiner Schutzpflicht gegenüber denen, deren Leben ausgelöscht werden soll, abzuwehren versucht. Es entspricht im Gegenteil gerade der Subjektstellung des Angreifers, wenn ihm die Folgen seines selbstbestimmten Verhaltens persönlich zugerechnet werden und er für das von ihm in Gang gesetzte Geschehen in Verantwortung ge-

¹¹³ Zur weiteren Problematik des staatlichen Eingriffes in das „Menschenrecht auf Notwehr“ des D vergl. *V. Erb* (Fn. 104), S. 594 f., 598 ff.

¹¹⁴ *W. Brugger*, JZ 2000, 165 (170).

¹¹⁵ Vergl. *J. F. Lindner* (Fn. 78), S. 578 f.: „So heißt es in Art. 66 Abs. 2 Satz 2 Bay-PAG: ‚Ein Schuß, der mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tödlich wirken wird, ist nur zulässig, wenn er das einzige Mittel zur Abwehr einer gegenwärtigen Lebensgefahr oder der gegenwärtigen Gefahr einer schwer wiegenden Verletzung der körperlichen Unversehrtheit ist.‘ Würde man im soeben zitierten Gesetzestext den tödlichen Schuß durch ‚Androhung von Gewalt‘ ersetzen, wäre diese Vorschrift nach Auffassung der herrschenden Meinung verfassungswidrig. [. . .] Der grundrechtlich gebundene Rechtsstaat des Grundgesetzes erlaubt es eher, einen Menschen zu töten als ihm Gewalt anzudrohen. Ein skuriles Ergebnis [. . .]. Den Willen eines Menschen zu brechen ist immer verboten, diesen zu vernichten aber unter strengen Umständen zulässig, ist doch die Tötung eines Menschen zwangsläufig mit der Beseitigung seiner Willensfreiheit verbunden.“

nommen wird. Er wird daher in seinem Recht auf Achtung der auch ihm eigenen Würde nicht beeinträchtigt.“¹¹⁶

Überträgt man nun diese an sich so einleuchtenden Sätze auf die Rettungsfolter-Problematik, gelangt man zu einem etwas beunruhigenden Ergebnis. Denn auch für den – im fraglichen Fall nun einmal eindeutig überführten – Kindesentführer müßte gelten, daß er in seinem Menschenwürdeanspruch nicht „berührt“, sondern ganz im Gegenteil als Subjekt erst wirklich ernstgenommen wird, wenn man ihm – in äußerster Gefahr für das Kind – nunmehr mit Gewalt und Drohung zu Leibe rückt.¹¹⁷ Insofern scheint sich ein Konflikt zwischen dem Abwehrrecht des Entführers und Schutzpflicht zugunsten des Kindes gar nicht zu ergeben. Was also sollte die Polizei verfassungsrechtlich davon abhalten, die Schutzpflicht zugunsten des Lebens und der Menschenwürde des schuldlos entführten Kindes gemäß der polizeirechtlichen Generalklausel eben mit den Mitteln wahrzunehmen, die Erfolg versprechen? Auch das Grundrecht des Entführers auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) müßte wohl zurüctreten. Denn auf seiten des entführten Kindes, das die Lage nicht verschuldet hat, geht es um Leben und Menschenwürde; in der Konstellation von „Abtreibung I“ wird die Mutter bekanntlich als verpflichtet angesehen, eine monatelange ungewollte Schwangerschaft um des Lebensrechts des Kindes willen auf sich zu nehmen, obwohl das ungewollte Schwangerwerden in der heutigen Zeit kaum mehr als sittlicher Makel verstanden werden kann. Der Kindesentführer hingegen hat eines der nach allgemeiner Ansicht abscheulichsten überhaupt denkbaren Verbrechen begangen, und um dessen gefahrenabwehrrechtlichen Folgen zu entgehen, müßte er nichts weiter tun, als das Versteck zu verraten. In diesem Zwang selbst wäre auch – anders als im Falle der ungewollt Schwangeren – keine „Grundrechtseinschränkung“ zu erblicken, da es kein „Grundrecht auf Verheimlichung des Verstecks eines qualvoll sterbenden Kindes“ gibt.¹¹⁸ Da nämlich Freiheit nur

¹¹⁶ BVerfGE 115, 118 (160 f.); vergl. auch schon a. a. O., S. 152; zustimmend S. Hobe, (Fn. 78), S. 336.

¹¹⁷ In diese Richtung (bereits vor dem in Rede stehenden obiter dictum des BVerfG) R. D. Herzberg (Fn. 106), S. 324.

¹¹⁸ Ein solches würde – in der vorliegend gewählten Konstellation, die eben dem nicht pflichtwidrigen Vorstellungsbild des Polizeivizepräsidenten entspricht – auch nicht aus den strafprozessualen Grundsätzen folgen, vergl. § 136 I 2 StPO. Denn der Täter soll nicht genötigt werden, an seiner Überführung und Bestrafung mitzuwirken, sondern er ist überführt, und es geht allein um seine Polizeipflicht als Handlungsstörer. Gem. der unmittelbar einschlägigen Vorschrift aus § 12 II 4 Hessen-SOG dürften die Auskünfte des Täters denn auch nur zu Zwecken der Gefahrenabwehr verwendet werden. Daß den Handlungsstörer eine Kooperations- und Auskunftspflicht hinsichtlich der von ihm begründeten Lebensgefahr trifft, kann ernstlich auch für diejenigen Bundesländer nicht bezweifelt werden, in denen diese nicht explizit gesetzlich angeordnet ist (wie z. B. durch § 27 IV BW-PolG oder § 12 I, II Hessen-SOG). Vergl. zum Ganzen auch W. Brugger, Freiheit und Sicherheit (2004), S. 56 Fn. 234 m. w. N.

vernünftig gedacht werden kann, wenn sie ihrerseits freiheitsverträglich, also verallgemeinerbar, gedacht wird,¹¹⁹ stehen die Grundrechte (vernunftrechtlich betrachtet) sehr wohl unter einem *neminem-laedere*-Vorbehalt, und auch die Menschenwürde des Täters kann nur in dem Umfang gewahrt und anerkannt werden, wie dies nicht die Menschenwürde seines Opfers negiert, und zwar grundsätzlich nach Maßgabe des Satzes, daß das Recht dem Unrecht nicht zu weichen brauche. Zwar darf der Staat bei der Erfüllung der Schutzpflicht seinerseits keine verfassungswidrigen Mittel einsetzen, so daß wiederum Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG als absolutes Verbot in Betracht käme. Aber dieses grundrechtsgleiche Recht ist ja nichts anderes als eine besondere Ausprägung der Menschenwürdegarantie, und diese soll ja, legt man das *obiter dictum* aus der LuftSiG-Entscheidung zugrunde, nicht einmal berührt sein, wenn man nur sicher ist, nicht den Falschen zu foltern. Ein beunruhigendes (Zwischen)ergebnis!

IV. Lösung des Kompatibilitätsproblems durch das Dogma vom Vorbehalt des Gesetzes in Gestalt der Wesentlichkeitstheorie („Mediatisierungsdogma“)?

Dem wird allerdings entgegengehalten, daß weder die (sehr plausible!) Annahme einer staatlichen Schutzpflicht für Leben, Gesundheit und Menschenwürde des Kindes, die dem entsprechenden Abwehrrecht des Täters (mindestens!)¹²⁰ gleichrangig ist, noch die (gleichfalls sehr plausible) Annahme, daß das staatliche Unterlassen, den Täter mit dafür geeigneten Mitteln zum Sprechen zu bringen, seinerseits einen staatlichen Eingriff (durch Dulden bzw. Unterlassen) in die Grundrechte des Kindes darstellt, schon zur Annahme einer staatlichen Befugnis oder gar Pflicht¹²¹ zur Gewaltandrohung führe. Denn die Schutzpflicht soll der gesetzlichen Mediatisierung bedürftig sein.¹²²

¹¹⁹ Vergl. *I. Kant*, *Metaphysik der Sitten*, Einleitung in die Rechtslehre, § B; *ders.*, ebda., § C, *ders.*, ebda. § D (zur „Befugnis zu zwingen“), in: *Werkausgabe* in 12 Bänden, herausgegeben von Wilhelm Weischedel, Bd. 8, 5. Aufl. 1982, S. 336 ff.; vergl. zum Ganzen *U. Vosgerau*, *Rechtstheorie* 30 (1999), 227 (233 f.).

¹²⁰ Vergl. *Ch. Starck* (Fn. 26), Rd.Nr. 79 m. w. N.

¹²¹ Vergl. *W. Brugger* (Fn. 114), S. 170 f. auch zur weiteren Frage nach dem evtl. Anspruch auf Folter des Übergrißsopfers nach den Grundsätzen der Schutznormlehre.

¹²² *U. Vosgerau* (Fn. 24), S. 73 m. w. N.; a. A. wohl *E.-W. Böckenförde*, *Der Staat* 42 (2003), 165 (170).

1. Grundsatz: Die Schutzpflicht muß gesetzlich mediatisiert sein¹²³

Die grundrechtlichen Schutzpflichten zeitigen keine unmittelbaren Rechtswirkungen zugunsten oder zulasten des Bürgers, da ihre „Verfassungsunmittelbarkeit“ nicht den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes ausschaltet. Denn die Grundrechte nehmen den Staat in die Pflicht, nicht jedoch den Bürger. Soll zur Wahrnehmung einer grundrechtlichen Schutzpflicht in das grundrechtliche Abwehrrecht eines anderen eingegriffen werden, so ist auch dies grundsätzlich nur aufgrund eines Gesetzes zulässig: Verfassungslegitimität ersetzt nicht Legalität. Diesen im Kern sicher richtigen Grundsatz hat das BVerfG seit langem ergänzt durch die Wesentlichkeitstheorie¹²⁴, nach der „schlichte Legalität“ im Sinne einer etwa generalklauselartigen gesetzlichen Vorkehrung nicht genügen soll: Sondern der Gesetzgeber soll in diesem Gesetz auch alle grundrechtswesentlichen Entscheidungen selbst getroffen haben.¹²⁵ Dies leuchtet – abgesehen freilich von der Schwierigkeit, normative Kriterien für die Unterscheidung des Wesentlichen vom Unwesentlichen aufzuweisen¹²⁶ – dem Grundsatz nach für diejenigen Fallgruppen ein, bei denen die geforderten gesetzgeberischen Vorabentscheidungen faktisch möglich sind, weil die anstehenden Grundrechtseinschränkungen absehbar und der gesetzlichen Regelung zugänglich sind. Speziell das Gefahrenabwehrrecht wird jedoch nicht ohne Generalklauseln auskommen, die die Polizeibehörden letztlich ganz allgemein ermächtigen, zur Abwehr von Gefahren mit erfolgversprechenden Mitteln so weit wie erforderlich auch in Grundrechte einzugreifen. Denn die Gefahren sind nicht vorab absehbar und regelbar, deswegen sind sie ja gefährlich.

¹²³ Vergl. die Darstellung bei *J. Isensee* (Fn. 33), S. 42 f., auf die insgesamt verwiesen werden kann.

¹²⁴ Kritisch („keine Theorie, sondern dogmatische Fehlkonstruktion“) *G. Roelcke*, in: O. Depenheuer (Hg.), *Aufgeklärter Positivismus*, S. 271 (281); vergl. schon *ders.*, NJW 1978, 1776 ff.

¹²⁵ Vergl. BVerfG, Beschl. v. 9. 5. 1972, 1 BvR 518/62 u. 308/64, BVerfGE 33, 125 (158 f.); BVerfG, Urt. v. 18. 7. 1972, 1 BvL 32/70 u. 25/71, BVerfGE 33, 303 (333 f., 337, 346); *H. Schulze-Fielitz* (Fn. 90), Rd.Nr. 113 m. w. N.

¹²⁶ Vergl. *H. Schulze-Fielitz* (Fn. 90), Rd.Nr. 113 mit Fn. 542 m. w. N.

2. Grenzen dieses Grundsatzes: *nulla decisio sine lege*?¹²⁷

Die Erkenntnis, daß auch im entwickelten Rechtsstaat die Antwort auf schwere Gefahren nicht in dem Satz „*nulla decisio, nullus actus sine lege*“ bestehen kann, beschränkt sich indessen nicht auf diejenigen Fälle, in denen jedenfalls eine (wenn vielleicht auch nicht der Wesentlichkeitstheorie genügende) polizeirechtliche Generalklausel zur Verfügung steht. Sondern daß der Staat zur Vermeidung schwerer Gefahren nun einmal handeln muß, wenn er es kann, muß eben auch für Fälle gelten, in denen sich, *überhaupt keine* gesetzliche Ermächtigung auffinden läßt.

a) Diethylenglykol

Um dies zu illustrieren, muß man keineswegs auf Beispielsfälle mit Terroranschlägen nach Art des 11. September zurückgreifen, sondern es genügt schon der Verweis auf den bekannten Fall der Warnung des Bundesministers vor Weinen, die mit Diethylenglykol versetzt waren.¹²⁸ Der Minister erhält also positive Kenntnis davon, daß diese Weine im Umlauf sind; ob auch, jedenfalls für gesundheitlich labile Menschen, Lebensgefahr besteht, war im Vorfelde jedenfalls nicht auszuschließen, im nachhinein war dies wohl nicht der Fall; dies ändert jedoch nicht viel, da nicht nur das Leben, sondern auch die Gesundheit vom Grundgesetz geschützt ist. Da der Fall gesetzgeberisch nirgends antizipiert¹²⁹ worden war, gab es für eine Produktwarnung, die freilich sehr rasch erfolgen mußte, keinerlei gesetzliche Grundlage. Der Minister warnt trotzdem. Das BVerwG gibt ihm später Recht, indem es sich über das Verbot des Schlusses von der Aufgabe (die freilich auch schon zweifelhaft war!) auf die Befugnis einfach hinwegsetzt¹³⁰, und das BVerfG bestätigt dieses Ergebnis im Rahmen einer ebenso zweifelhaften, präformierenden, engen Schutzbereichstheorie der Berufsfreiheit.¹³¹ So kritikwürdig diese Entschei-

¹²⁷ Vergl. jetzt *J. Isensee* (Fn. 89), S. 10: „Der Regelungsperfektionismus des Grundgesetzes verhindert auch nicht, dass Gefahren eintreten, vor denen selbst das Abwehrpotential der Notstandsverfassung zu versagen droht. Für eine introvertiert legalistische Verfassungsexegese ist der Staat hier auf der Grenze seiner Möglichkeiten angelangt. Denn er habe nur so viel Handlungspotential, wie das Verfassungsgesetz vorsehe. Soweit dieses ihn nicht ermächtigt, habe er untätig zu bleiben und zuzusehen, wie das Unheil seinen Lauf nehme. Das Schweigen des Verfassungsgesetzes wird gedeutet als Verbot.“

¹²⁸ Vergl. zum Ganzen bereits *U. Di Fabio*, JZ 1993, 689 (691 ff.); *ders.*, JuS 1997, 1 (5 ff.).

¹²⁹ Zur Schreibweise: *F. Baur/R. Stürner*, Sachenrecht, 17. Aufl. 1999, § 51 Rn. 31 Fn. 4.

¹³⁰ BVerwG, Urt. v. 18. 10. 1990, 3 C 2.88, BVerwG 87, 37 (LS 2 und S. 47 f.); kritisch *F. Schoch*, DVBl 1991, 667 (669 ff., 671 ff.).

¹³¹ Vergl. BVerfG, Beschl. v. 26. 6. 2002, 1 BvR 558, 1428/91, BVerfGE 105, 252 (265 ff.); vergl. auch schon *G. Lübke-Wolff*, NJW 1987, 2705 ff.; kritisch *W. Kabl*, Der

dungen grundrechtsdogmatisch vielleicht sein mögen¹³², so sicher ist es jedenfalls auch, daß sie im Ergebnis richtig sind. Denn der Bundesminister konnte damals nicht angesichts der möglicherweise erheblichen Gesundheitsgefahren deswegen untätig bleiben und sich in Schweigen hüllen, weil sich keine Ermächtigungsnorm für eine Warnung finden ließ. Deren Fehlen zeigte nämlich mitnichten, daß die Gesundheit zahlreicher Konsumenten keinesfalls geschützt werden durfte oder den Minister gar eine Rechtspflicht zur Schädigung der Gesundheit dieser Verbraucher durch Unterlassen traf, sondern, daß die bestehende Rechtsordnung im Hinblick auf den fraglichen Sachverhalt ein Defizit aufwies und mithin der Fortentwicklung und auch Anpassung der positiven Gesetze an veränderte geschichtliche und tatsächliche Gegebenheiten bedurfte. Diese Fortentwicklungsarbeit obliegt zuvörderst – aber jedenfalls nicht ausschließlich – dem (ggf. verfassungsändernden) Gesetzgeber.¹³³

b) Letztlich „rein formeller“ Charakter
der polizeirechtlichen Generalklauseln

Es ist besonders wichtig festzuhalten, daß es zur Durchbrechung des Grundsatzes von der Mediatisierungsbedürftigkeit der Schutzpflicht nicht nur, aber auch in „staatsnotstandsartigen“ Konstellationen kommt. Im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht wird dem Grundsatz der Mediatisierungsbedürftigkeit durch die Generalklauseln ohnehin nur in formeller Weise Genüge getan; denn inhaltlich sagen die Generalklauseln nichts weiter aus, als daß die Polizei die notwendigen Maßnahmen zur Bekämpfung von Gefahren für die öffentliche Sicherheit ergreift. Dies wüßte man freilich auch so¹³⁴ (denn wozu sollte die Polizei auch sonst da sein?), insofern darf man den Regelungsgehalt der Generalklauseln einen „rein formellen“ nennen. Für die

Staat 43 (2004), 167 (173 f., 190 ff.); zustimmend *Ch. Bumke*, Die Verwaltung 37 (2004), 3 ff.

¹³² Vergl. statt vieler *P. M. Huber*, JZ 2003, 290 (292 ff.).

¹³³ Dies könnte man auch in folgende Analogie fassen: So wie in Bundesländern mit einem Ordnungsbehördensystem regelmäßig die Ordnungsbehörden für die Gefahrenabwehr zuständig sind (vergl. z. B. § 1 I NRW-OBG) und der Polizei lediglich eine Eilkompetenz zukommt (§ 1 I 3 NRW-PolG), so entwickelt regelmäßig der (ggf. verfassungsändernde) Gesetzgeber die Rechtsordnung fort, in besonderen Eilfällen kann und muß allerdings auch die Exekutive bzw. „Gubernative“ diese Fortentwicklungsarbeit wenigstens ansatzweise leisten. Dabei kann die Exekutive zwar nicht die positiven Gesetze ändern; aber sie kann, indem sie rechtmäßig handelt, die künftigen Gesetze bereits vorwegnehmen, genau wie dies im Diethylenglykol-Fall geschehen ist.

¹³⁴ Allerdings widerstrebt es den eingeführten Vorstellungen vom „Vorbehalt des Gesetzes“, die Aufgabe der Gefahrenabwehr im *Begriff der Polizei als solchem* – wenn er nur aufklärerisch und freiheitlich verstanden wird – bereits als mitgedacht zu verstehen.

Anwendung der Wesentlichkeitstheorie ist bei der Gefahrenabwehr nach Generalklausel von der Natur der Sache her kein Raum, weil der Gesetzgeber nicht alle denkbaren und undenkbareren Gefahren, sei ihre Abwehr auch noch so sehr mit (durchweg zu rechtfertigenden) Grundrechtseingriffen verbunden, voraussehen und in unendlichen Katalogen normieren könnte. Nun stelle man sich vor, im Bundesland B kommt eines Tages heraus, daß die polizeirechtliche Generalklausel im Landtag niemals wirksam beschlossen worden ist, weil sie durch ein Versehen der Landtagsverwaltung in der Beschlusvorlage nicht mitabgedruckt war. Was soll die Polizei nach streng rechtsstaatlicher Auffassung unter Beachtung des Vorbehalts des Gesetzes in Form des Mediatisierungsdogmas in Gestalt der Wesentlichkeitstheorie nun eigentlich machen, wenn sie am Tag darauf zu einem Raubüberfall, einer Schlägerei, einer mutwilligen Sachbeschädigung usw. gerufen wird? Soll sie den Opfern erklären: Man lebe in einem Rechtsstaat und wolle das auch fürderhin tun, und leider bestehe rebus sic stantibus keine Befugnis zum direkten Einschreiten gegen solche Taten¹³⁵, allenfalls nachträgliche Strafverfolgung sei noch denkbar? Freilich nicht. Sondern die Polizei würde und müßte tun, was sie ohnehin tun würde; kann dies nicht auf irgendwelche offenen Normtatbestände gestützt werden, so wird es eben darauf gestützt, daß die Polizei die Polizei ist, und daher auch als Polizei handeln muß, mit oder ohne Generalklausel.

Auch außerhalb jedes „Staatsnotstandes“ wird also bei Gefahrenabwehr aufgrund der polizeirechtlichen Generalklausel dem altehrwürdigen Vorbehalt des Gesetzes im Sinne der Mediatisierungsbedürftigkeit grundrechtlicher Schutzpflichten *nur in formeller* Weise Genüge getan, was nicht nur aus dem allgemeinen, letztlich für jedes Problem wie auch für jede Lösung offenen Wortlaut einer jeden Generalklausel folgt, sondern auch aus der hypothetischen Überlegung, daß man die Generalklauseln letztlich auch wegdenken könnte, ohne daß sich – jedenfalls aus Sicht eines noch halbwegs vernünftigen Menschen – eine durchgreifende Änderung der polizeilichen Handlungspflichten ergeben würde.¹³⁶

¹³⁵ Nach hM können auch Polizisten im Dienst sich auf Notwehr und Nothilfe gem. § 32 StGB berufen, was in zahlreichen Polizeigesetzen auch explizit klargestellt wird (vergl. z. B. § 57 II NRW-PolG). Dabei geht es aber nur um die Möglichkeit der strafrechtlichen Rechtfertigung, wo ein Handeln (z. B. Schußwaffengebrauch) polizeirechtlich nicht gerechtfertigt war; dem Strafrecht sind hingegen keine zusätzlichen oder ersatzweisen Ermächtigungsgrundlagen zu entnehmen.

¹³⁶ Insofern haben polizeirechtliche Generalklauseln keinen „effet utile“, indem sie die Rechtslage nicht eigentlich ändern, sondern sie wiederholen nur, was bereits im Begriff der Polizei liegt bzw. aus der Existenz einer Polizei im aufgeklärten, freiheitlichen Rechtsstaat folgt: nämlich daß sie die zur Gefahrenabwehr notwendigen Maßnahmen treffe. – Polizeilichen Standardmaßnahmen hingegen kommt durchaus eine Konkretisierungsfunktion zu, indem sie z. B. bestimmte Eingriffe jeweils von bestimmten Gefahrenarten abhängig machen (z. B. konkrete Gefahr, dringende Gefahr usw.).

c) Helmut Schmidt

Liegen aber die Grenzen der „staatlichen Erfüllung von Schutzpflichten auch ohne deren Gesetzesmediatisierung, sei sie auch rein formell“ jedenfalls im geschriebenen Verfassungsrecht selber? Die Polizei, die in Kenntnis der Wichtigkeit der Generalklausel, von der die Beamten z. B. aus der Zeitung erfahren haben mögen, gleichwohl eine Schlägerei unterbindet, würde ja lediglich „in Normmangel“, aber trotzdem jedenfalls verfassungslegitim handeln. Wie liegt es, wenn der Staat aus Gründen der Gefahrenabwehr nicht nur ohne Ermächtigungsgrundlage, sondern auch entgegen der geschriebenen Verfassung handelt? Wäre dieses endlich rechts- und auch verfassungswidrig? Auch diese Frage kann mitnichten pauschal bejaht werden, wie die Rettungsaktion des damaligen Hamburger Polizeisenators *Helmut Schmidt* in der Sturmflut im Februar 1962 zeigte, der *contra constitutionem* die Bundeswehr (und andere Nato-Truppen aus den Niederlanden) in einen damals per se „verfassungswidrigen“ Einsatz im Innern der Bundesrepublik Deutschland führte.¹³⁷ Der Polizeisenator *Schmidt* war dabei an „Gesetz und Recht“ gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). Auch das Grundgesetz war hierbei ein „Gesetz“, allerdings in der gegebenen Situation ein allzu unvollkommenes; das „Recht“ war im Gegensatz hierzu das, was der Polizeisenator tatsächlich getan hat, indem er das Verfassungsgesetz beiseite ließ. Es hat also der Polizeisenator im Ergebnis nicht rechtswidrig gehandelt, als er gegen das Grundgesetz verstoßen hat, sondern umgekehrt hat sich das Grundgesetz in der gegebenen Situation in einer bestimmten Hinsicht als rechtswidrig erwiesen, indem es rechtmäßiges Handeln von seinem Wortlaut her nur unzureichend zu decken vermochte.

3. Menschenwürde in der Dreieckskonstellation: eine Zirkelschlußproblematik

Im Lichte dieser vielleicht etwas unalltäglichen, aber dringend erforderlichen Grundsatzüberlegungen können nun vielleicht auch die aktuell anstehenden Fragen in einem neuen Licht erscheinen. Im Fall des LuftSiG hatte der Gesetzgeber – anders als bei der Glykolwein-Konstellation – die Schutzpflicht gerade gesetzmediatisiert und dabei auch die Wesentlichkeitstheorie beachtet.¹³⁸ Gleichwohl soll der Staat seine Schutzpflichten noch immer nicht erfüllen dürfen, da nun das mediatisierende Gesetz nach Ansicht des BVerfG gegen die Menschenwürde verstoße. Diesen „Doppelausschluß“ – erstens soll

¹³⁷ Bei diesem Katastropheneinsatz fanden fünf Helfer den Tod; da diese dadurch jedenfalls in ihren Grundrechten betroffen waren, muß hier offensichtlich auch nach einer Ermächtigungsgrundlage gefragt werden.

¹³⁸ Die Kompetenzproblematik bleibt hier, wie bereits oben, außer Betracht, sie könnte ja auch durch eine Änderung des GG leicht aus der Welt geschafft werden.

ohne Gesetz gar nicht gehandelt werden dürfen, gibt es aber ein Gesetz, ist zweitens dieses verfassungswidrig – stützt das BVerfG auf den prima facie einleuchtenden Satz, der Gesetzgeber müsse bei der Mediatisierung grundrechtlicher Schutzpflichten natürlich seinerseits die Grundrechte (aller Beteiligten) wahren: „Die Wahl kann [...] immer nur auf solche Mittel fallen, deren Einsatz mit der Verfassung im Einklang steht.“¹³⁹ Freilich überzeugt dies auf den ersten Blick: wenn der Staat Gesetze schafft, um Grundrechte zu schützen, und dabei aber Grundrechte anderer verletzt, wäre doch nichts gewonnen! Gleichwohl ist die in Bezug genommene Theorie des BVerfG, die sich auch in der Staatsrechtslehre einiger Zustimmung erfreuen dürfte, bei genauem Hinsehen zirkelschlüssig. Das Problem besteht einfach darin: Jeder Grundrechtsanwender muß sich, wenn er gefragt wird, ob die Menschenwürde verletzt werden soll oder nicht, oder ob das Leben genommen werden soll oder nicht, selbstverständlich jeweils dagegen entscheiden. Allerdings werfen die Fälle „Luft-SiG“ wie auch „Auskunftserzwingung“ jeweils Konstellationen auf, in denen die Entscheidung „für“ das Leben oder „für“ die Menschenwürde *sachverhaltsmäßig technisch nicht möglich* ist. Sondern das Leben der im Flugzeug sitzenden, todgeweihten Geiseln kann nur um den Preis um einige Minuten verlängert¹⁴⁰ werden, daß das Leben der potentiellen Opfer am Boden in die Schanze geschlagen wird, oder: Die Menschenwürde oder jedenfalls körperlich-seelische Unversehrtheit des Kindesentführers kann nur aufrechterhalten werden, wenn man zugunsten seines qualvoll sterbenden Opfers nichts weiter unternimmt.¹⁴¹ Wenn es „schlechterdings unvorstellbar“ ist, das Leben der Opfer am Boden durch Tötung der Geiseln zu retten, so wird dadurch der Satz, zwischen Leben und Leben dürfe eben nicht abgewogen werden¹⁴², auch wenn

¹³⁹ BVerfGE 115, 118 (160).

¹⁴⁰ Das häufig angeführte Argument, es bestehe stets eine Tatsachenunsicherheit, d. h. man könne nicht wissen, was im entführten Flugzeug gerade vor sich gehe und ob die Geiseln es vielleicht doch noch im letzten Moment schaffen, ihre Entführer zu überwältigen, hat deswegen keine entscheidende Bedeutung, weil die Problematik der Prognoseunsicherheit das gesamte Gefahrenabwehrrecht betrifft. Sollte das Argument der Prognoseunsicherheit so entscheidend sein, wie es im Zusammenhang mit dem Luft-SiG nunmehr teilweise behauptet wird, so dürften Polizisten keine Schußwaffen mehr tragen, und der finale Rettungsschuß müßte jedenfalls verboten sein.

¹⁴¹ Daher kann eine „Lösung“ des Falles nicht der schlichten Erwägung entlehnt werden, daß die Menschenwürde eben „unter absolutem Schutz steht“ (vergl. nur *W. Frenz*, [Fn. 78], S. 632). Denn nicht nur die Menschenwürde des Täters, sondern auch die des Opfers stünde dann unter absolutem Schutz, was dann aber die Folgefrage auslöst, wessen Menschenwürde denn nun „absoluter“ zu schützen ist. Dieses Paradoxon zeigt übrigens nur, daß Argumentationstopoi, die das „Absolute“ bemühen wollen, im rechtlichen Diskurs besser vermieden werden sollten. Denn solange alle Menschen irgendwelche Rechte haben, kann kaum ein Recht irgendeines Menschen „absolut“ sein.

¹⁴² Vergl. aber auch *R. Merkel* (Fn. 26), S. 380: „Der Führer F des einzigen Feuerlöschwagens in einer abgelegenen Provinzgegend sieht sich mit der Frage konfrontiert,

das eine Leben ohnehin nur noch Minuten währte, gerade ad absurdum geführt: Denn es *wird* abgewogen¹⁴³, und das Leben der Geiseln ist offenbar *mehr* wert als das der weiteren Opfer.¹⁴⁴ Wenn es schlechthin verboten bleibt, zur Rettung eines qualvoll sterbenden Kindes den hieran Alleinschuldigen zu quälen, *so wird doch gleichwohl die Menschenwürde verletzt*, nur eben die des Opfers, um die des Täters zu schonen. Der scheinbar so einleuchtende Satz, der Staat dürfe sich bei der Erfüllung auch der wichtigsten Schutzpflichten natürlich nur erlaubter, d. h. nicht grundrechtswidriger Mittel bedienen, ist daher in Dreieckskonstellationen stets ein Zirkelschluß. Man holt aus ihm nur heraus, was man vorher hineininterpretiert hat. Wenn der Flugzeugabschuß unter allen Umständen verboten ist, dann kann man für die weiteren Opfer am Boden eben nichts tun. Aber die Ausgangsfrage war ja gerade, *ob* er unter allen Umständen verboten ist! Es bleibt daher dabei: sowohl das Urteil des BVerfG zum LuftSiG, wie auch das von der h. M. angenommene „absolute Folterverbot“ können letztlich nur dann verfassungsrechtlich richtig sein, wenn ein *Primat des Abwehrrechts über die Schutzpflicht* angenommen wird, die Schutzpflicht also eine „zweitrangige“ Grundrechtsfunktion ist. Solange man dies nicht annehmen will, muß zumindest der Gesetzgeber Dreieckskonstellation der Art „Leben gegen Leben“ oder „Menschenwürde gegen Menschenwürde“ eigenständig auflösen können. Hält man Abwehrrecht und Schutzpflicht grundsätzlich für gleichberechtigt, so läßt sich nämlich ein grundrechtlicher Vorrang desjenigen, der vom staatlichen *Tun* betroffen wäre, über denjenigen, der vom staatlichen *Dulden oder Unterlassen* betroffen wäre, nicht begründen. Dies wäre auch mit dem modernen Eingriffsbegriff nicht mehr kompatibel, m. a. W.: Schon der moderne Eingriffsbegriff bedingt die Annahme, Abwehrrecht und Schutzpflicht seinen gleichrangige Grundrechtsfunktionen. Aber selbst, wenn man den modernen Eingriffsbegriff wider verabschieden wollte, um so den Primat des Abwehrrechts zu retten, so blieben doch die beiden staatsrechtlichen Fundamentaltatsachen *staatliche Grundrechtsgewährleistung* und *staatliches Gewaltmonopol* be-

ob er von dem [...] schon lichterloh brennenden Bau eines Kindergartens den Westflügel mit [...] derzeit fünfzig oder aber den Ostflügel mit fünf Kindern zu löschen versuchen soll. Nach rascher Vergewisserung über diese Zahlen und in klarer Einschätzung des alternativlosen Entweder-Oder der Lage entscheidet er sich für die mögliche Rettung der fünfzig, und zwar allein deshalb, weil sie *mehr* sind als die fünf anderen. Zweifellos handelt F sowohl objektiv richtig als auch aus dem moralisch richtigen Grund. (Man erwäge, wie man wohl die umgekehrte Entscheidung beurteilen würde. [...]).“

¹⁴³ So auch J. F. Lindner (Fn. 78), S. 580.

¹⁴⁴ Vergl. auch zu Recht G. Spendel, (Fn. 78), S. 133: das „Saldierungsverbot“ habe nur den Inhalt, daß niemand zwischen gleich gefährdeten Menschen Schicksal spielen dürfe; es verbiete aber keineswegs die Unterscheidung zwischen unrettbar verlorenen und möglicherweise noch zu rettenden Menschenleben.

stehen; und schon aus deren Zusammenschau würde die Gleichbehandlung oder jedenfalls prinzipielle Gleichbewertung von Eingriff und Übergriff zu folgern sein.

4. Zweifel am Mediatisierungsdogma überhaupt

Weil das Grundgesetz, dessen Vätern und Müttern die Problematik der Kollision von Grundrechtsfunktionen nicht vor Augen stand, da für sie Grundrechte nur staatsgerichtete Abwehrrechte des (einen) Bürgers gegen den Staat (im bipolaren Verhältnis) waren, eine Aussage über die Behandlung von Dreiecksverhältnissen, in denen jedenfalls eine Partei in ihren Grundrechten verletzt werden wird, *nicht enthält*¹⁴⁵, genügt auch die vielfach vertretene Theorie, die Schutzpflicht sei schon allein deswegen notwendig „schwächer“ als das Abwehrrecht, weil sie, anders als dieses, eben nicht verfassungsunmittelbar wirke, sondern auf Gesetzesmediatisierung angewiesen bleibe, mitnichten, um die Rechtsprechung des BVerfG zu plausibilisieren. Denn erstens ist schon die Mediatisierungsbedürftigkeit zwar gewiß der Regelfall, sie kann aber, wie gesehen, nicht absolut gesetzt werden im Sinne des „totalrechtsstaatlichen“¹⁴⁶ Satzes „nulla decisio, nullus actus sine lege“; denn jedenfalls muß auch eine Art „gesetzesfreie Notkompetenz“ bejaht werden, wie schon das Beispiel des diethylglykolhaltigen Weines zeigt; denn es kann einem Amtsträger nicht schlicht verboten sein, Leben und Gesundheit von Bürgern zu schützen, wenn er dies leicht könnte. Weiterhin genügt vielfach zur Mediatisierung der Schutzpflicht eine quasi nur aus formalen Gründen überhaupt bestehende Generalklausel, da im Gefahrenabwehrrecht schon aus tatsächlichen Gründen nicht auf die Wesentlichkeitstheorie abgestellt werden kann. Und endlich kann der Gesetzgeber, wenn er bei der Mediatisierung von Schutzpflichten konkretisiert, durch welche gesetzlichen Vorgaben der Wahrung von Abwehrrechten und Schutzpflichten hinsichtlich gleichrangiger Verfassungsgüter genügt werden soll, grundsätzlich in eigener Verantwortung

¹⁴⁵ Art. 104 I 2 GG regelt zwar mit kompromißloser Klarheit, daß festgehaltene Personen nicht mißhandelt werden dürfen. Da die Vorschrift unmittelbar aber eben nur das bipolare Verhältnis Bürger/Staat regelt, enthält sie keine direkte Aussage darüber, wie genau vorzugehen ist, wenn der prima-facie-Normbefehl nur um den Preis der Menschenwürde eines *anderen* Grundrechtsträgers möglich ist, weil eben die Grundrechte zweier Grundrechtsträger konfliktieren, und nicht das Grundrecht eines Grundrechtsträgers mit einem sonstigen staatlichen Interesse wie z. B. dem der Strafverfolgung (gegen das es sich selbstverständlich durchsetzen würde). Da ein Konflikt zwischen Art. 104 I 2 GG und Art. 1 I GG im Text des GG nicht vorgesehen ist, ist die Behauptung, die Regel aus Art. 104 I 2 GG (zugunsten des Täters) gehe der zudem mit der Ewigkeitsgarantie (Art. 79 III GG) ausgestatteten Menschenwürdegarantie (zugunsten des *Opfers* [!]) unbedingt und in allen Fällen zwingend vor, grundrechtsdogmatisch so kaum haltbar.

¹⁴⁶ K. A. Bettermann, Hypertrophie der Grundrechte (1984), S. 6.

entscheiden, ob und inwieweit er Abwehrrecht oder Schutzpflicht den Vorzug gibt; er ist nicht verpflichtet, denjenigen zu privilegieren, der staatlichem Tun ausgesetzt wäre, und denjenigen im Stich zu lassen, der unter staatlichem Dulden und Unterlassen zu leiden hätte, da es einen Primat der Abwehrfunktion nicht gibt. Von diesen Erwägungen abgesehen, gibt es aber auch noch weitere Bedenken gegen die Mediatisierungsbedürftigkeit der Schutzpflicht *überhaupt*, deren Plausibilität noch kurz zu untersuchen sein wird.

a) Finaler Rettungsschuß in Nordrhein-Westfalen: allgemeine Anerkennung trotz allenfalls „mittelbarer Mediatisierung“

In diesem Zusammenhang wäre etwa auf den „finalen Rettungsschuß“ zu verweisen. Dieses Rechtsinstitut wird in der heutigen Zeit, in der sich der Schwerpunkt auch der juristischen Aufmerksamkeit vom zweipoligen Verhältnis zwischen Bürger und Staat wegverlagert hat und nun verstärkt auch Dreieckskonstellationen zumal im Hinblick auf den Opferschutz in den Blick nimmt, nicht mehr durchgreifend angezweifelt, obwohl seine gesetzliche Grundlage in mehreren Polizeigesetzen mehr als vage geblieben ist. Dies dürfte nach herkömmlicher Vorstellung von rechtsstaatlicher Eingriffsermächtigung im Sinne der Wesentlichkeitstheorie bzw. Mediatisierungsbedürftigkeit der verfassungsunmittelbaren Schutzpflicht aber nicht zu erwarten sein, da die absichtliche Tötung wohl den intensivsten denkbaren Grundrechtseingriff darstellt. So dürfen nach dem NRW-PolG „Schusswaffen nur gebraucht werden, wenn andere Maßnahmen des unmittelbaren Zwanges [...] offensichtlich keinen Erfolg versprechen.“ Auch dann darf dies nur geschehen, „um angriffs- und fluchtunfähig zu machen“ (§ 63 Abs. 1 und 2 NRW-PolG), wenn dadurch eine „gegenwärtige Gefahr für Leib und Leben“ (§ 64 Abs. 1 Nr. 1 NRW-PolG) abgewendet werden soll. Daß aus diesen Normen heraus auch die gezielte Tötung etwa eines Geiselnegers gerechtfertigt werden kann, begründet die h. M. letztlich mit dem Verweis auf § 7 NRW-PolG, in dem – im Gegensatz zur Parallelvorschrift aus § 44 NRW-OBG, die nicht die Polizei-, sondern die Ordnungsbehörden betrifft – unter den gem. Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG zu nennenden, eingeschränkten Grundrechten auch das Recht auf Leben genannt wird. Wenn durch diese, letztlich eher interpretatorische Konstruktion tatsächlich eine Schutzpflicht zugunsten des Lebens Gesetzesmediatisiert wird, so handelt es sich allenfalls um eine sehr „mittelbare“ Mediatisierung, die sich wohl noch „in der Nähe zur Verfassungsunmittelbarkeit“ bewegt. Wenn hierdurch vielleicht die grundsätzliche Mediatisierungsbedürftigkeit der Schutzpflicht noch nicht durchgreifend in Zweifel gezogen wird, so bildet das Beispiel doch einen erneuten Beleg für die These, daß an die Gesetzesmediatisierung der Schutzpflicht im Bereich des Gefahrenabwehrrechts allgemein nur sehr geringe Anforderungen zu stellen sind.

- b) Einschränkung der Kunstfreiheit durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht: Selbst schrankenvorbehaltlose Grundrechte werden verfassungsunmittelbar (mediatisierungsfrei) eingeschränkt

Ein weiteres Gegenbeispiel entstammt einem ganz anderen Rechtsgebiet, worauf es aber grundrechtsdogmatisch kaum ankommen kann, da die Dogmatik ja gerade nach *verallgemeinerbaren* Aussagen über die Auslegung von Grundrechten sucht. Nach ständiger Rechtsprechung der Zivilgerichte – gegen die im Schrifttum praktisch keinerlei Protest erhoben wird – existiert, erstens, ein grundrechtsartiges sog. allgemeines Persönlichkeitsrecht, das dem Wortlaut des GG zwar nicht zu entnehmen ist, sich jedoch aus einer sinnerfassenden Zusammenschau der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG ergeben soll.¹⁴⁷ Problematisch ist nun, daß, zweitens, dieses grundrechtsartige Recht in praxi zur *Einschränkung* von (geschriebenen!) Grundrechten, v. a. der schrankenvorbehaltlos gewährleisteten Kunstfreiheit herangezogen wird. Daher können Kläger, die sich in einem (zwar eindeutig als Roman bezeichneten und aufgemachten) Buche nachteilig porträtiert sehen, dessen weitere Verbreitung im Wege der Unterlassungsklage vor den Zivilgerichten untersagen lassen; auch Schadensersatzforderungen kommen in Betracht. Dabei werden sehr gravierende und den Künstler auch wirtschaftlich oft existenziell treffende Einschränkungen der an sich schrankenvorbehaltlos gewährleisteten Kunstfreiheit auf eine eher vage gesetzliche Grundlage gestützt. Gegen die Annahme, das allgemeine Persönlichkeitsrecht sei ein „sonstiges Recht“ im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, der seinerseits im Lichte von Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG auszulegen sei, wird rein zivilrechtlich nichts einzuwenden sein; problematisch ist aber eben die Heranziehung eines solchen zivilrechtlichen Rechts (das zwar als grundrechtlich fundiert gedacht wird) als Grundrechtsschranke des Art. 5 Abs. 3 GG. Der Wesentlichkeitstheorie entspricht dies jedenfalls nicht – hiernach wäre ein detailliertes „Gesetz über die Einschränkung der Kunstfreiheit durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht“ zu fordern, in dem der Gesetzgeber alle grundrechtswesentlichen Entscheidungen selber trifft, statt sie der schöpferischen Phantasie der Zivilgerichte zu überlassen. Auch kann von einer Gesetzesmediatisierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zur Wahrnehmung der entsprechenden Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG nicht gesprochen werden; sondern es hat den Anschein, als nähmen die Zivilgerichte als Teil der öffentlichen Gewalt (Art. 1 Abs. 3 GG) hier Schutzpflichten *verfassungsunmittelbar* wahr, indem sie, ebenfalls verfassungsunmittelbar, ein schrankenvorbehaltloses Grundrecht

¹⁴⁷ Grundlegend BGH, Urt. v. 25. 5. 1954, I ZR 211/53, BGHZ 13, 334 (338); BGH, Urt. v. 14. 2. 1958, I ZR 151/56, BGHZ 26, 349 (354 f.); gebilligt durch BVerfG, Beschl. v. 14. 2. 1973, 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269 (281 f.); vergl. zum Ganzen K. Larenz/C.-W. Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, 13. Aufl. 1994, § 80 (S. 489 ff.).

im Wege des *Richtervorbehalts*¹⁴⁸ einschränken. Wer also – mit der ganz herrschenden, ja allgemeinen Ansicht – die Mediatisierungsbedürftigkeit der Schutzpflicht betont und die Möglichkeit verfassungsunmittelbarer Grundrechtseingriffe ablehnt, der müßte jedenfalls die entsprechende ständige Rechtsprechung der Zivilgerichte mithin zwingend für verfassungswidrig halten. Wenn das Mediatisierungsdogma – zumal in Gestalt der Wesentlichkeitstheorie – wirklich etwas gelten würde, so müßte sich nun geradezu ein Sturm des Protests gegen den Esra-Beschluß des BVerfG¹⁴⁹ erheben: Denn das allgemeine Persönlichkeitsrecht mag Verfassungsrang besitzen, es wäre auch dann aber nicht geeignet, die Kunstfreiheit „verfassungsunmittelbar“ einzuschränken: Ein klarer Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes, da jedenfalls Vorschriften wie § 823 Abs. 1 oder § 1004 Abs. 1 BGB analog¹⁵⁰, die hier als gesetzgeberische Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Betracht kommen könnten, für das Verbot eines Buches (!) viel zu unbestimmt sind. Von einer allgemeinen Empörung gegen den Esra-Beschluß ist jedoch nichts zu bemerken; auch insofern erweisen sich Mediatisierungsdogma und Wesentlichkeitstheorie weniger als Bausteine einer stringenten, folgerichtigen und allgemeingültigen Grundrechtsdogmatik, sondern eher als allgemeine Argumentationstopoi, die offenbar gewohnheitsmäßig bei bestimmten grundrechtsdogmatischen Problemen ins Feld geführt werden und bei anderen (wo sie zwar ebenfalls „passen“ würden) nicht, ohne daß dies einer überzeugenden Erklärung zugänglich wäre.

C. Rechtstheoretischer Exkurs: hypothetische Lösungsmöglichkeiten

Zusammenfassend wäre also zu fragen, welche – hypothetischen! – Auswege aus den hier skizzierten Dilemmata sich denken ließen.

I. Vorrang des Abwehrrechts durch Rückkehr zum klassischen Eingriffsbegriff bzw. Einführung eines „neoklassischen Eingriffsbegriffs“

Der herrschenden Meinung dürfte es im Ergebnis entsprechen, das Urteil des BVerfG zum LuftSiG letztlich, trotz mancher Bedenken, gutzuheißen und weiterhin, an einem absoluten Verbot auch der „Rettungsfolter“ jedenfalls festzuhalten. Hiergegen ist nichts zu haben. Nur ist aus grundrechtsdogmatischer Sicht doch daran zu erinnern, daß dies nur möglich ist, wenn man zum – allgemein für überwunden gehaltenen – „klassischen Eingriffsbegriff“ zu-

¹⁴⁸ Böckenförde (Fn. 122), S. 169.

¹⁴⁹ BVerfG, Beschl. v. 13. 6. 2007, 1 BvR 1783/05, NJW 2008, 39 ff.

¹⁵⁰ Nach ganz herrschender Auffassung dürfte ein Grundrechtseingriff wegen des Vorbehalts des Gesetzes ohnehin nicht auf eine Gesetzesanalogie gestützt werden.

rückkehrt oder aber jedenfalls einen „neoklassischen Eingriffsbegriff“ konstruiert, der nur im staatlichen *Tun* einen möglichen Eingriff erblickt, nicht aber in staatlichem Dulden oder Unterlassen. Ein solcher Eingriffsbegriff würde sich scharf absetzen von Konzepten wie etwa dem *Murswieks*, der den Staat für dessen umweltpolitisches Dulden in die Verantwortung nehmen will; seine Befürworter würden betonen, der Staat könne insbesondere nichts für das *Tun* von Kindesentführern und Terroristen („das Leben ist eben lebensgefährlich!“), für das Leid ihrer Opfer seien diese ganz allein verantwortlich. Auf diese Weise könnte man selbst die Opfer von terroristischen Massenanschlägen mit den jährlichen Verkehrstoten vergleichen, die der Staat ja ebenfalls „hinnehme“.¹⁵¹

II. Kopernikanische Wende der Grundrechtsdogmatik: das Grundrecht primär als Schutzpflicht

Die radikale Alternative zur Renaissance eines mehr oder minder klassischen Eingriffsbegriffs – die hier nur ungefähr skizziert werden kann – bestünde in einer Art „kopernikanischen Wende“¹⁵² der Grundrechtsdogmatik, die die Schutzpflichtfunktion der Grundrechte ganz in den Mittelpunkt aller Betrachtungen rücken und im staatsgerichteten, abwehrrechtlichen Gehalt der Grundrechte einen nur im Einzelfall einschlägigen Nebenaspekt staatlicher Grundrechtsgewährleistung erblicken würde. Dies wirkt freilich auf den ersten Blick befremdlich, da es der Grundrechtsdogmatiker gewohnt ist, die negatorische Seite als Ausdruck des liberalen Grundrechtsverständnisses als „Sinnmitte der Grundrechtsdogmatik“¹⁵³ zu verstehen.¹⁵⁴ Das Rechtsver-

¹⁵¹ So hat bekanntlich ein deutscher Innensenator, zudem in seiner Eigenschaft als Präsident der Innenministerkonferenz, in einem Interview mit der Süddeutschen Zeitung zum islamistischen Terrorismus geäußert: „Es gibt auch 6.000 Verkehrstote im Jahr [. . .]. Wir müssen mit dem Terror leben lernen.“ Man möge sich nur einmal vorstellen, was passieren würde, wenn ein deutscher Innenminister Vergleichbares äußern würde, nachdem Rechtsradikale einen Farbigen verprügelt hätten.

¹⁵² Vergl. *J. Isensee* (Fn. 33), S. 30 ff., 35 ff., 41 ff.; kritisch *W. Höfling*, in: FS Rüter (2003), 329.

¹⁵³ *H. Dreier* (Fn. 7), Rd.Nr. 84 m. w. N.

¹⁵⁴ Das Konzept „das Grundrecht primär als Schutzpflicht“ läßt sich vergrößert etwa so veranschaulichen: Der Schutz des Verbrauchers und des sonstigen Marktteilnehmers vor unlauterem Wettbewerb ist im geltenden Recht so ausgestaltet, daß die Wettbewerber sich gegenseitig abmahnen und verklagen (vergl. §§ 1, 3, 8 III Nr. 1 UWG). Deswegen ist das gegenseitige Abmahnen nicht zwingend „Sinnmitte“ des Wettbewerbsrechts, sondern eher ein Verfahrenstrick: Denn die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs ist viel effizienter, wenn die Konkurrenten, die ein Interesse daran haben, sich gegenseitig überwachen, als wenn z. B. eine Superbehörde im Rahmen des Dienstes nach Vorschrift dies übernehmen sollte. Ähnlich ist die Ausgestaltung der Grundrechte als subjektiv-staatsgerichtete Abwehrrechte plus deren umfassende Mobilisierung qua Verfassungsbeschwerde vielleicht weniger deren „Sinnmitte“ als vielmehr ein in einer bestimmten geschichtlichen Situation mit Erfolg eingesetztes Ver-

ständnis ist aber stets abhängig von den historischen Gegebenheiten und äußeren Umständen¹⁵⁵; in Kriegs- oder Krisenzeiten müßte ein Staat sich notwendigerweise stärker darauf konzentrieren, die physische Sicherheit seiner Bürger zu gewährleisten. Wollte der Bürger dem nun unter Berufung auf seine Grundrechte als Abwehrrechte entgegenreten, indem er geltend macht, er wolle am Flughafen nicht durchleuchtet, auf der Straße nicht gefilmt werden usw., so würde er damit eben kein Gehör mehr finden, da durch diese Maßnahmen ja gerade seine physische Sicherheit (vor den Terroristen) gesichert wird. In diesem Paradigma würde der in der Verwaltungswissenschaft eingebürgerte Begriff des „Gewährleistungsstaates“ quasi einen neuen Sinn erhalten; der Staat würde die Grundrechte gewährleisten, indem er Schutzpflichten wahrnimmt, der Protest hiergegen („negatorische Funktion“) wäre nur im Ausnahmefall erfolgreich. Das hier gezeichnete Modell wäre freilich ein Polizeistaat.¹⁵⁶ Das liberale Modell der Gegenwart ist – trotz mancher grundrechtsdogmatischer Ungereimtheiten – jedenfalls vorzugswürdig. Allerdings hat es äußeren Frieden, (hinreichende) innere Sicherheit sowie materiellen Wohlstand, der zur sozialstaatlichen Verteilung bereitsteht, kumulativ zur Voraussetzung. Wo sie in Wegfall geraten, würde das öffentlich-rechtlich System früher oder später Adaptionsleistungen¹⁵⁷ erbringen; die hierdurch

fahren, um Staat und Verwaltung besonders effektiv zur Achtung der Grundrechte zu erziehen. Allerdings hat auch diese Verfahrensweise Grenzen: so trägt die subjektiv-abwehrrechtliche Ausgestaltung der Glaubens- und Gewissensfreiheit heute immer weniger zur effektiven Gewährleistung des Grundrechts bei, sondern wird z. B. dazu mißbraucht, islamische Kinder immer unentrinnbarer in ihren „communities“ abzuschließen und Aufklärungs- und Bildungsanstrengungen des Schulsystems von ihnen fernzuhalten. Der „Freiheit“ des Glaubens ist damit gerade nicht gedient, und der „alternativlose Islam“ wird vom GG nicht geschützt. Daß letzteres gleichwohl häufig das Ergebnis der Grundrechtsanwendung zu sein scheint, liegt an der Überbetonung des subjektiven Aspekts des Grundrechts.

¹⁵⁵ Die Vorstellung eines ewigen „Fortschritts“ etwa in der Grundrechtsgewährleistung dürfte irreführend sein. Jedenfalls aus rechtshistorischer Sicht ist das Recht eine in jeder Generation in Reaktion auf die vorfindlichen historischen Gegebenheiten neu zu erringende Ordnungs- und Befriedungsleistung; vergl. *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3 (1999), S. 39 mit Fn. 10.

¹⁵⁶ Dies bedeutet ja nicht, daß Polizisten das Land regieren, sondern meint einfach einen Staat, der das Leben seiner Bürger umfassend in Vorsorge nimmt und dabei davon ausgeht, daß seine Verwaltungseliten besser als die Bürger wissen, was für diese gut und richtig ist, also ein öffentliches Rechts i. S. d. „guten Policey“ der frühen Neuzeit zur Anwendung bringen. Wenn ein solcher Policeystaat heute scheinbar auf allgemeine Ablehnung trifft, so beschränkt sich diese, wie eine nähere Betrachtung schnell erweist, allerdings auf die „policeystaatliche Eingriffsverwaltung“; was hingegen die *Leistungsverwaltung* angeht, so ist der Policeystaat längst eingeführt und wird herrschend gutgeheißen; modernisierend bezeichnet man ihn heute als Sozialstaat.

¹⁵⁷ Zum verwandten Problem, daß staatliche Freiheitsgewährleistung von einer halbwegs funktionierenden moralischen Innensteuerung der Bürger abhängig ist, vergl. bereits *U. Vosgerau* (Fn. 119), S. 241 ff., v. a. 243 f.; *ders.*, ARSP 86 (2000), 232 (237 ff.); *ders.* (Fn. 24), S. 192 ff., v. a. S. 193 Fn. 113.

zugleich bewerkstelligte Reduktion von Komplexität fände ihren Ausdruck u. a. im weitgehenden Wegfall der hier gegenständlichen Grundrechtsfunktionenkollision.

III. Reiner Bundesverfassungsgerichtspositivismus

Wahrscheinlicher als der Rekurs auf solche radikalen und auch partiell totalitären Lösungen, die ja beide auf die Verabsolutierung einer bestimmten rechtlichen Sichtweise und mithin auf die Forderung, die Wirklichkeit habe sich nach bestimmten, inhaltlich konsistenten Gedankensystemen zu richten, hinauslaufen, ist nach der Lebenserfahrung jedoch, daß sich eher die Denksysteme der Wirklichkeit anpassen, wofür sie dann eben ihre Konsistenz (oder jedenfalls ihren Anspruch hierauf) aufgeben müßten: „das Ende der Dogmatik“¹⁵⁸. Am Ende der Dogmatik steht der Bundesverfassungsgerichtspositivismus¹⁵⁹: Das Gericht entscheidet von Fall zu Fall, wie es dies für richtig hält; an die Stelle von rechtsdogmatischen Erörterungen, die der Beantwortung der Frage dienen, warum das Gericht, ganz unabhängig von seinen eigenen politischen oder sonstigen Meinungen, aus denk- und sachlogischen Gründen so und nicht anders zu entscheiden hatte, treten dann Ketten von Selbstzitat¹⁶⁰, hinter denen sich aber auch nur die Wiederholung der jeweiligen Prämisse verbirgt und nicht ihre Begründung. Den juristischen Fakultäten fiele dann nur noch die Aufgabe zu, die Äußerungen des BVerfG archivarisch zu ordnen¹⁶¹, nicht aber, irgendetwas besser wissen zu wollen.¹⁶² Der sich in der Praxis längst abzeichnende, reine Bundesverfassungsgerichtspositivismus wirft natürlich das Problem auf, daß das Ersetzen eines auf innere Rationalität und Konsistenz jedenfalls Anspruch machenden Denksystems durch ein autoritätsgestütztes Entscheidungssystem (in dem eben die ehemaligen Denker nur noch Archivare sind) langfristig nicht nur die Demokratie, sondern letztlich auch den Rechtsstaat durch eine Art Willkürherrschaft eines letztlich unzusammenhängend und „politisch“ von Fall zu Fall entscheidenden BVerfG ersetzt würde. Das Problem ist grundsätzlich seit langem erkannt, und als Abhilfe wird – nach angelsächsischem Vorbild – zwecks „Willkürlimitation“ eine grundsätzliche *Präjudizienbindung* des BVerfG vorgeschlagen.¹⁶³ Durch sie

¹⁵⁸ Vergl. B. Schlink, JZ 2007, 157 ff. („Abschied von der Dogmatik“).

¹⁵⁹ B. Schlink, Der Staat 28 (1989), 161 (163 ff.).

¹⁶⁰ Vergl. auch J. Braun, Einführung in die Rechtsphilosophie (2006), S. 360 f. („Präjudizienkult“).

¹⁶¹ Zur Forderung nach der Abschaffung der juristischen Fakultäten vergl. J. Braun, ZRP 1998, 41 (42 f. [These IX]).

¹⁶² In diese Richtung in der Tat M. Borowski (Fn. 24), S. 273; kritisch U. Vosgerau (Fn. 24), S. 65 Fn. 273.

¹⁶³ M. Kriete, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 243 ff.; ders., Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hg.),

würde der bereits etablierte Bundesverfassungsgerichtspositivismus allmählich zum Bundesverfassungsgerichtsbyzantinismus erstarren.

D. Fazit

Will man hingegen keinen der hier bewußt radikal skizzierten „Lösungswege“ beschreiten, sondern lieber das bestehende grundrechtsdogmatische System, das aus Grundrechten gleichberechtigt Abwehrrechte und Schutzpflichten ableitet und dem Staat die Beachtung der Grundrechte grundsätzlich unabhängig davon abverlangt, ob ein staatliches Tun, Dulden oder Unterlassen in Rede steht, aufrechterhalten und verbessern helfen, so wären als Fazit vor allem zwei Punkte festzuhalten.

Erstens: Das Urteil des BVerfG vom 15. Februar 2006 zum LuftSiG ist schon deswegen rechtlich nicht richtig, weil das BVerfG zwar nicht explizit, aber implizit denknotwendig von einem Primat der abwehrrechtlichen Grundrechtsfunktion über die Schutzpflichtendimension ausgeht, bzw. den Schutz vor staatlichem Tun prinzipiell als wichtiger ansieht als den Schutz vor staatlichem Dulden und Unterlassen. Diese Prämisse ist dem geltenden Verfassungsrecht aber nicht zu entnehmen, und die bisherigen Versuche, diese Prämisse zu begründen (z. B.: Die Schutzpflicht sei wegen ihrer grundsätzlichen Mediatisierungsbedürftigkeit strukturell schwächer als das „verfassungsunmittelbare“ Abwehrrecht¹⁶⁴), sind, wie gezeigt, letztlich nicht stichhaltig. Daher widerspricht das LuftSiG nicht notwendig dem Grundrecht auf Leben oder der Menschenwürde; denn in Dreieckskonstellationen, in denen eine Verletzung dieser Grundrechte faktisch und praktisch nicht zu vermeiden ist, weil eines von zwei potentiellen Opfern oder eine von zwei potentiellen Opfergruppen jedenfalls verletzt werden wird, und die involvierten staatlichen Stellen nur noch entscheiden können, wessen Rechte durch Tun oder Unterlassen aufgeopfert werden sollen, wobei denknotwendig auch die scheinbare Nicht-Entscheidung bzw. das Nichtstun faktisch auf eine Entscheidung für eine Seite hinausläuft, kann der Gesetzgeber Regeln für die Bewältigung dieses Konflikts aufstellen, d. h. er darf letztlich auch anordnen, wessen Leben (und nach Ansicht des BVerfG: mithin wohl auch Menschenwürde) aufgeopfert wird. Der Satz, der Staat dürfe das Leben und die Menschenwürde nicht antasten, ist im zweipoligen Verhältnis Bürger/Staat das heiligste Recht; wo es aber um ein Dreiecksverhältnis geht, in dem die Schutz-

HdBdStR V, 2. Aufl. 2000, § 110, Rd.Nr. 33 ff.; ähnlich H. Lechner/R. Zuck, BVerfGG, 5. Aufl. 2006, § 31 Rd.Nr. 29; vergl. auch B. Schlink (Fn. 158), S. 160 f.

¹⁶⁴ So aber („klassisch“) R. Wabl/J. Masing, JZ 1990, 553 (557 ff.); vergl. auch K. Hesse, in: FS Mahrenholz (1994), S. 541 (553 ff.).

pflicht zugunsten des einen potentiellen Opfers diametral gegen das Abwehrrecht des anderen potentiellen Opfers steht, mag der Satz immer noch „heilig“ sein, aber er ist inhaltslos¹⁶⁵, indem er keine Handlungsanleitung mehr dafür bietet, zu wessen Gunsten zu entscheiden sei. Wohlgermerkt: Dies gilt nur dann, wenn auf beiden Seiten *gleichwertige* Verfassungsgüter betroffen sind oder sein würden. Geht es hingegen – wie in der Konstellation der „Abtreibung“ – um den Konflikt von Leben gegen allgemeine Handlungsfreiheit, die überdies nur für einige Zeit beeinträchtigt wäre, so ist der Gesetzgeber allerdings nicht „frei“ in seiner Entscheidung, sondern muß von Verfassungs wegen das Leben eher schützen.

Daß der Gesetzgeber aber regeln darf, was er in § 14 Abs. 3 LuftSiG geregelt hat, bedeutet hingegen nicht, daß er es regeln mußte. So verständlich der Wunsch etwa des Bundeswehrverbandes nach einer klaren gesetzlichen Regelung ist, so wenig besteht eine Verpflichtung des Gesetzgebers bzw. eine rechtliche Notwendigkeit, diese Regelung in Reaktion auf den 11. September 2001 bzw. den Frankfurter Luftzwischenfall von 2005 zu erlassen. Es war ja auch der Hamburgische Landesgesetzgeber nicht verpflichtet, in Reaktion auf die Sturmflut vom Februar 1962 ein „Sturmflutreaktionsgesetz“ zu erlassen, um ein Handeln wie dasjenige *Helmut Schmidts* im Wiederholungsfalle für gesetzeskonform zu erklären (wozu es ohnehin in erster Linie einer Grundgesetzänderung bedurfte, die erst im Jahre 1968 vollzogen wurde). Auch hat der Bundesgesetzgeber nach der Entführung und Ermordung *Schleiers* kein „Entführungsreaktionsgesetz“ erlassen, woraus jedoch mitnichten folgte, daß im Falle einer neuerlichen, vergleichbaren Entführung staatliche Gegenmaßnahmen mangels einfachgesetzlicher Grundlage weitgehend hätten unterbleiben müssen. Daran, daß das Mediatisierungsdogma, wie gesehen, jedenfalls bei dringender Gefahr für Leib und Leben eines Menschen auch außerhalb eines sonstigen „Staatsnotstandes“ *nicht* allgemein gilt (d. h. gefahrenabwehrrechtlichen Maßnahmen nicht entgegenstehen kann) und daß jedenfalls bei notstandsartigen Situationen wie etwa der Hamburger Sturmflut von 1962 der Staat *auch dann ohne Ermächtigungsgrundlage gefahrenabwehrrechtlich tätig werden und in Grundrechte eingreifen darf, wenn dies dem Wortlaut des Grundgesetzes widerstreitet*, hat die Entscheidung des BVerfG zum Luftsicherheitsgesetz nichts geändert.

Der Bundesverteidigungsminister hat bekanntlich öffentlich angekündigt, im Falle des Eintretens einer Situation wie der des 11. September 2001 ein entführtes Flugzeug gleichwohl und scheinbar entgegen der Entscheidung des BVerfG abschießen zu lassen. Es fragt sich, ob ein solches Handeln zwingend verfassungswidrig wäre. Der Bindungswirkung aus § 31 BVerfGG unterfällt nur die

¹⁶⁵ Ähnlich wohl *J. F. Lindner* (Fn. 78), S. 587 f. m. w. N.: rechtsfreier bzw. rechtswertungsfreier Raum.

Entscheidungsformel¹⁶⁶; diese bringt jedoch nur die Verfassungswidrigkeit der Vorschrift aus § 14 Abs. 3 LuftSiG zum Ausdruck. Aus der Entscheidungsformel folgt also nicht, daß ein Flugzeugabschuß im äußersten Notfall, wie ihn die nichtige Vorschrift regeln wollte, ein für alle mal ausgeschlossen ist, sondern nur, daß er eben ohne eine Mediatisierung durch ein einfaches Gesetz durchgeführt werden müßte und gegebenenfalls auch unter Verletzung der bislang anerkannten Grundsätze der Amtshilfe (vergl. § 7 Abs. 1 VwVfG), die das BVerfG im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes kaum zu Unrecht auch in Art. 35 GG hineinliest.¹⁶⁷ Der Minister müßte also ohne einfach-gesetzliche Ermächtigungsgrundlage handeln und sich dabei jedenfalls über Kompetenznormen der Verfassung hinwegsetzen. Nichts anderes hat im Fall „Diethylenglykol“ der Bundesgesundheitsminister getan, und die Gerichte einschließlich des BVerfG haben ihm, wenn auch dogmatisch unhaltbar verrenkt, im Ergebnis Recht gegeben. Und nichts anderes hat *Helmut Schmidt* im Februar 1962 getan, und anders als beim Diethylenglykol-Fall, jedoch parallel zur Konstellation des Luftsicherheitsgesetzes, hat er dabei, wenn auch ohne direkten Vorsatz, das Leben von fünf Katastrophenhelfern „aufopfern“ müssen; eine Verletzung des Lebensrechts oder gar der Menschenwürde dieser fünf Helfer hat *Helmut Schmidt* jedoch nie jemand zur Last gelegt. Im Ergebnis konnte das BVerfG mit seinem Urteil vom 15. Februar 2006 zwar eine Norm aus einem Gesetz vernichten, nicht aber die grundrechtliche Schutzpflicht sowie die generelle Staatserhaltungs- und Staatsverteidigungspflicht im Sinne der Schleyer-Entscheidung („Schleyer-Pflicht“), die den Bundesminister nach wie vor treffen, außer Kraft setzen.¹⁶⁸ Dies wird die h. M. zwar anders sehen; ihr Denkfehler besteht indessen v. a. darin, daß sie die ansonsten ja weithin anerkannte Dichotomie von „Recht und Gesetz“ zu Unrecht und im übrigen ohne jede nähere Begründung nicht auch auf das Grundgesetz anwenden will¹⁶⁹, das aber nichts anderes ist als ein Gesetz, eben das „Verfassungsgesetz“ (*Forsthoff*). Es kann nicht darauf ankommen, ob eine bestimmte Kompetenz im einfachen Verwaltungsrecht, also z. B. im Lebensmittelrecht, verankert ist, oder aber im Grundgesetz: Bei Gefahr für Leib und Leben oder die staatliche Gemeinschaft überhaupt kann die Gefahrenabwehr im Ergebnis nicht an Kompetenzbestimmungen scheitern. Sondern die Pflicht des Amtsträgers zu rechtmäßigem Handeln transzendiert in einem solchen Fall das positive, aber objektiv unzureichende Gesetz. Dieses Rechtsphänomen könnte man (in der Hoffnung auf „Konsensfähigkeit“) als *Helmut-Schmidt-Transzendenz* bezeichnen.

Zweitens: in der Konstellation des unmittelbaren Zwanges zur Durchsetzung einer gefahrenabwehrrechtlichen Auskunftspflicht ist, entgegen einer

¹⁶⁶ Statt aller *H. Bethge*, in: Th. Maunz/B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Bethge, BVerfG, (Loseblatt, Stand: 7/2007), § 31 Rd.Nr. 94 (Stand: 6/2001).

¹⁶⁷ Die Amtshilfe-Problematik entfällt jedoch, wenn man den Abschuß des Flugzeuges auf Art. 87 a GG stützt.

¹⁶⁸ In diesem Zusammenhang muß nochmals an jene merkwürdige Wendung in der fraglichen Entscheidung erinnert werden (vergl. BVerfGE 115, 118 [157 o.]), die jedenfalls den Eindruck aufkommen lassen könnte, daß ein Abschuß *ohne* gesetzliche Grundlage dem BVerfG eher vorstellbar erscheint als ein Abschuß *aufgrund* einer gesetzlichen Grundlage.

¹⁶⁹ Auf diese hartnäckige Weigerung paßt in der Tat der von *O. Depenheuer* geprägte Begriff „Verfassungsautismus“ (vergl. *ders.* [Fn. 78], S. 110 Fn. 34).

weitverbreiteten, aber letztlich zirkelschlüssigen Rechtauffassung, Art. 1 Abs. 1 GG bzw. Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG letztlich kein absolutes Verbot einer solchen Verwaltungspraxis zu entnehmen. Denn diese Vorschriften regeln nur – was Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG angeht, mit großer Klarheit! – das zwei-polige Verhältnis Bürger/Staat.¹⁷⁰ Was aber genau zu tun ist, wenn die strenge Einhaltung letzterer Vorschrift zugunsten des Täters nur unter Preisgabe von Menschenwürde und Leben des Opfers möglich ist, ist schlicht nicht geregelt.¹⁷¹ Dies ist keine Spitzfindigkeit, sondern geradezu evident und erklärt sich auch dogmengeschichtlich unproblematisch daraus, daß für die ursprüngliche Konzeption des GG die Grundrechte nur staatsgerichtete Abwehrrechte waren und das Problem der möglichen Grundrechtbeeinträchtigung durch Duldung eines privaten Übergriffes vor 1958 einfach noch nicht erkannt war; denn nach den Erfahrungen von 1933–1945 sowie im Hinblick auf die Lebensverhältnisse in der Sowjetunion gingen Menschenrechtsverletzungen eben vom (damals oft als als übermächtig vorgestellten) Staat aus. Hinzu kommt noch das neue, oben zitierte obiter dictum des BVerfG aus der Entscheidung zum LuftSiG, das offensichtlich darauf hinauszulaufen scheint, durch die „Rettungsfolter“ würde die Menschenwürde des Täters nicht einmal berührt, sondern gewissermaßen erst wirklich ernstgenommen (!). Hinzu kommt noch, daß die „Rettungsfolter“ auch nicht durch den Verweis auf die Mediatisierungsbedürftigkeit einer jeden grundrechtlichen Schutzpflicht zuverlässig ausgeschlossen werden kann. Dies weniger deswegen, weil die Landtage theoretisch entsprechende Notstands- bzw. Geiselnahmereaktionsgesetze erlassen könnten; sondern eher deswegen, weil das Mediatisierungs-

¹⁷⁰ Daher wird hier nicht der These *W. Bruggers* (Der Staat 35 [1996], 67 [74]; *ders.*, [Fn. 114], S. 167 f., 169) gefolgt, daß nach den Buchstaben des GG die Problematik des unmittelbaren Zwanges zur Herbeiführung einer Aussage abschließend geregelt sei, diese Regelung jedoch auf eine „Wertungslücke“ hinauslaufe. Der Wortlaut des GG regelt (aus dogmengeschichtlichen Gründen) das bipolare Verhältnis zwischen Bürger und Staat; sein Wortlaut enthält keine eigentliche Aussage über staatliches schutzpflichtbestimmtes Vermittlungshandeln zwischen den Interessen des Übergriffsstörers und denen seines Opfers.

¹⁷¹ Die weitere Frage, ob eine Praxis der Aussageerzwingung davon abhängig wäre, daß die Landtage hierüber Gesetze erlassen, die der Wesentlichkeitstheorie genügen müßten, oder aber ob sie u. U. gar auf die polizeilichen Generalklauseln gestützt werden könnte, bedarf hier keiner Entscheidung, da es um das verfassungsrechtlich Grundsätzliche geht, nämlich die Frage, „ob es (verfassungsrechtlich) *überhaupt* ginge“. Der Verweis auf die polizeirechtliche Generalklausel erscheint aber naheliegend, da es der Sache nach um die Abwehr einer Gefahr geht, die nicht durch eine Standardmaßnahme erfaßt wird. Herkömmlicherweise wird der Einsatz von körperlicher Gewalt durch Polizeibeamte nicht in Spezialgesetzen, z. B. „Über den Einsatz von Pfefferspray“ usw., geregelt; die Verfassungswidrigkeit dieses Umstandes wurde bislang nirgends behauptet, übrigens auch nicht von *B. Schlink*, der nun meint, die Durchsetzung gerade eines Auskunftsanspruches habe ein „Foltergesetz“ zur Voraussetzung (vergl. *ders.*, unten Fn. 173).

dogma zwar grundsätzlich, aber eben nicht ausnahmslos gilt, wie schon der Diethylenglykol-Fall zeigt. Außerdem ist die Wesentlichkeitstheorie im allgemeinen (d. h. generalklauselgestützten) Gefahrenabwehrrecht nicht anwendbar, so daß es in der Daschner-Konstellation nicht abwegig wäre, die aussagebereitschaftsfördernden Drohungen einfach auf die Generalklausel zu stützen.

Dabei kann nicht genügend betont werden, daß sich jegliche verfassungsrechtliche Überlegung zur zwangsweisen Durchsetzung einer polizeirechtlichen Auskunftspflicht einzig und allein auf die präventive Konstellation und nie auf die repressive beziehen kann. Im Strafverfolgungsrecht ist jegliche Aussageerzwingung ausnahmslos verboten; der staatliche Strafanspruch hat hinter Grundrechte und Menschenwürde des Bürgers – auch wenn er der furchtbarste Verbrecher ist – zurückzutreten. Im Staat des Grundgesetzes erfolgt die Aufklärung von Straftaten nicht um jeden Preis, sondern nur im Rahmen der Rechtsordnung, die ihrerseits von den Grundrechten und der Menschenwürde her zu denken und in ihrem Lichte auszulegen ist. In der präventiven Konstellation geht es aber gerade nicht um die Abwägung von öffentlichem Interesse und Grundrechten oder Menschenwürde, sondern es steht, wie gezeigt, Menschenwürde gegen Menschenwürde. Aus alledem folgt zugleich, daß natürlich auch jegliche Aussageerzwingung aus Gefahrenabwehrgründen nicht in Betracht kommt und vollkommen ausgeschlossen ist, solange irgendein noch so geringer Zweifel an der Täterschaft des Verdächtigen besteht, solange also die Auskunftserzwingung noch einen noch so geringen „repressiven Restanteil“ aufwies und der Verdächtige also gezwungen wäre, an seiner eben noch nicht ganz erfolgten strafrechtlichen Überführung mitzuwirken. Schon daraus folgt, daß Fälle der Aussageerzwingung immer absolute Ausnahmen bleiben würden, denn es kommt fast nie vor, daß an der Täterschaft des Störers keine Zweifel bestehen. Dies ändert aber nichts daran, daß es sich im Fall „Daschner“ eben so verhielt.

Wollte man hingegen das vielfach postulierte, aber eben bei genauem Hinsehen de constitutione lata nicht aufweisbare „absolute Folterverbot“ einführen, so empfiehlt es sich, das Grundgesetz um einen Art. 104 Abs. 1 Satz 3 und 4 zu ergänzen:

„[Festgehaltene Personen dürfen weder seelisch noch körperlich mißhandelt werden.]³ Dies ist selbst mit dem Ziel der Errettung anderer Personen aus höchster Lebensgefahr oder schwerstem Leiden unzulässig.⁴ Die Vorschriften über Notwehr und Notstand bleiben unberührt.“^{172, 173}

¹⁷² Eine solche Vorschrift würde strukturell in etwa Art. 15 II EMRK entsprechen.

¹⁷³ Vergl. *Brugger*, in: Darf der Staat foltern? Eine Podiumsdiskussion (Streitgespräch mit *B. Schlink* am 28. Juni 2001, Moderation: *D. Grimm*), zitiert nach: www.humboldt-forum-recht.de/4-2002/Drucktext.htm (Stand: 12/2006), S. 5: „Im Grunde geht es mir, auch wenn Sie das erstaunen mag, um eine Stärkung des Folter-

Summary

Constitutional rights under the Basic Law do not only guarantee civil liberties, but they also constitute public duties to protect citizens from harm, threat or even terrorism. The idea or aspect of constitutional rights as civil liberties may be older than that of their protective function, but nonetheless has the former no principal priority over the latter. The prevailing doctrine according to which the state may only fulfil a duty to protect when the same duty has become the subject of a parliamentary statute cannot be approved without some important exceptions. Furthermore: the otherwise widely accepted dichotomy of “the statutes and the law” (Art. 20 section 3 of the Basic Law) that asserts that the contents of positive statutes are not necessarily to be identified with lawfulness does not only refer to subconstitutional statutes, but to the constitution (Basic Law) as well, which is basically nothing but a statute (the constitutional statute, as *Forsthoff* put it). This implies that unconstitutional action (especially in averting unforeseen dangers or catastrophes) can still be lawful.

verbots für bislang nicht angemessen bedachte Ausnahmesituationen. So wie das Folterverbot jetzt formuliert ist, ist es Ausdruck einer Schönwetter-Jurisprudenz, die gegen Sturm und Blitz nicht gewappnet ist. Ein Rechtssystem muss sich auch in schweren Zeiten bewähren, sonst kann man es nicht bewahren.“

KLEINE BEITRÄGE

Rechnungslegung und Demokratie

PETER M. HUBER

I. Einleitung

Am 21. November 2007 hat die EU-Kommission die VO (EG) Nr. 1358/2007 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1725/2003 der Kommission betreffend die Übernahme bestimmter internationaler Rechnungslegungsstandards in Übereinstimmung mit der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf den „International Financial Reporting Standard (IFRS) 8“ erlassen.¹ In Art. 1 wird bestimmt, dass der „International Financial Reporting Standard (IFRS) 8 Geschäftssegmente“ in die VO (EG) Nr. 1725/2003 übernommen wird, und in Art. 2, dass jedes Unternehmen IFRS 8 spätestens mit Beginn des Geschäftsjahres 2009 anzuwenden hat.²

Die internationalen Rechnungslegungsstandards haben aber auch das nationale Bilanzrecht längst erreicht. Seit 20. 1. 2007 gilt § 315 a HGB, der für sog. Mutterunternehmen die deutschen Bilanzregeln zugunsten der in der EG (VO) Nr. 1606/2002 übernommenen IFRS zurück nimmt. Nun plant der Gesetzgeber ein Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) mit einem neuen § 264 e HGB, der unter der Überschrift „Jahresabschluss nach internationalen Rechnungslegungsstandards“ vorsieht, dass Kapitalgesellschaften den Jahresabschluss auch nach den gemäß der VO (EG) Nr. 1606/2002³ übernommenen IFRS in ihrer jeweils geltenden Fassung aufstellen dürfen. Auch in anderen Regelungen tauchen die IFRS auf.

¹ Früher bereits VO (EG) Nr. 2237/2004 der Kommission vom 29. 12. 2004, ABl. EU 2004 Nr. L 393/1 betreffend IAS 32.

² VO (EG) Nr. 1358/2007 der Kommission vom 21. 11. 2007, ABl. EU 2007 Nr. L 304/9.

³ ABl. EU 2002 Nr. L 243/1.

II. Globalisierung der Rechnungslegung

1. Der Modernisierungsdruck

Der globale Siegeszug der IFRS wird von der Fachwelt, von Wirtschaftsprüfern und Rechtsanwälten durchwegs positiv konnotiert⁴ – allenfalls mit Blick auf den Mittelstand gibt es die Mahnung zu einer gewissen Zurückhaltung, die beim Gesetzgeber auch auf fruchtbaren Boden zu fallen scheint. Grundsätzliche Kritik ist die Ausnahme und kommt eher von Außenseitern wie dem einen oder anderen Staatsrechtslehrer.⁵

Die Unterwerfung unter die IFRS, so scheint es, ist ein Naturgesetz. Diesen Eindruck mag man auch gewinnen, wenn man die Begründung zum Referentenentwurf für ein BilMoG zur Hand nimmt, das die Übernahme der IFRS erleichtern will. Dort heißt es:

„Die bisherigen Entwicklungen auf internationaler und europäischer Ebene lassen auf der einen Seite erkennen, dass sich die Rechnungslegung gegenwärtig in einem durch die Globalisierung ausgelösten fortschreitenden Internationalisierungsprozess befindet. Folge ist, dass jedenfalls international tätige Unternehmen, gleichgültig ob kapitalmarktorientiert oder nicht, faktisch zur Rechnungslegung nach international akzeptierten Standards gezwungen sein werden, um ihre Wettbewerbsfähigkeit aufrecht zu erhalten und gleichberechtigt am internationalen Geschäftsverkehr teilnehmen zu können“.⁶

a) Internationale Entwicklungen

Unter dem Stichwort „internationale Entwicklungen“ heißt es dort, dass die Rechnungslegung von den IFRS und den United States-Generally Accepted Accounting Principles (US-GAAP) geprägt sei. Bereits im Jahr 2002 hätten das für die Erarbeitung der US-GAAP zuständige Financial Accounting Standards Board (FASB) und das für die Erarbeitung der IFRS zuständige International Accounting Standards Board (IASB) in dem sog. „Norwalk Agreement“ das Ziel formuliert, die IFRS und die US-GAAP zu verbessern und Differenzen zwischen den Standards zu beseitigen. In diesem Zusammenhang stehe auch die Ende April 2007 unterschriebene Rahmenvereinbarung zwischen der EU und den USA, in der sich beide zur gegenseitigen Anerkennung der IFRS und der US-GAAP ohne das Erfordernis einer Überleitungsrechnung verpflichten.

⁴ M. Schiessl, Unternehmensfinanzierung und Internationale Rechnungslegung im deutschen Mittelstand, ZHR 170 (2006), 522 ff.

⁵ J. Hellermann, Private Standardsetzung im Bilanzrecht – öffentlich-rechtlich gesehen, NZG 2000, 1097 ff.

⁶ Begründung Referentenentwurf BilMoG, Umdr. S. 58 ff.

b) Entwicklung der unionalen Rechtssetzung

Auf europäischer Ebene reichen die Bestrebungen einer Harmonisierung der Rechnungslegung bis in das Jahr 1978 zurück. Sie haben zwar in der sog. Bilanzrichtlinie (RiL 78/660/EWG), der Konzernbilanzrichtlinie (RiL 83/349/EWG), der Bankbilanzrichtlinie (RiL 86/635/EWG) und in der Versicherungsbilanzrichtlinie (RiL 91/674/EWG) ihren Niederschlag gefunden, eine effektive Harmonisierung aber nicht bewirken können, weil sie so gestaltet sind, dass sie den Mitgliedstaaten von einer informationsorientierten Bilanzierung nach angloamerikanischem Vorbild bis zu der kontinentaleuropäischen Bilanzierungstradition mit einer starken Betonung des Vorsichtsprinzips alle Umsetzungsvarianten erlauben. Die letztgenannte Variante ist in Deutschland 1985 auch mit dem der Umsetzung der Bilanzrichtlinie dienenden Bilanzrichtliniengesetz (BiRiLiG) gewählt worden.⁷

Mittlerweile hat die EU freilich eine grundlegende Kehrtwende vollzogen. In der Erkenntnis, dass weltweit akzeptierte und ein hohes Maß an Information enthaltende Rechnungslegungsvorschriften unabdingbare Voraussetzung für den Aufbau eines integrierten und reibungslos funktionierenden Kapitalmarkts sind, wurden die konzernrechnungslegungspflichtigen Unternehmen, deren Wertpapiere in einem Mitgliedstaat zum Handel an einem organisierten Markt zugelassen sind (kapitalmarktorientierte Unternehmen), 2002 im Wege der sog. IAS-Verordnung⁸ verpflichtet, ihren Konzernabschluss für am oder nach dem 1. Januar 2005 beginnende Geschäftsjahre nach IFRS aufzustellen. Das betraf zunächst etwa 7.000 kapitalmarktorientierte Unternehmen in den Mitgliedstaaten. Darüber hinaus können die Mitgliedstaaten gestatten oder vorschreiben, dass kapitalmarktorientierte Unternehmen auch ihre Jahresabschlüsse und nicht kapitalmarktorientierte Unternehmen ihre Konzernabschlüsse und/oder ihre Jahresabschlüsse nach IFRS aufstellen. Durch eine Öffnung der Bilanzrichtlinie, der Konzernbilanzrichtlinie, der Bankbilanzrichtlinie und der Versicherungsbilanzrichtlinie soll den Mitgliedstaaten darüber hinaus eine moderate Annäherung ihres nationalen Bilanzrechts an die IFRS ermöglicht werden. In diesem Kontext stehen die Fair-Value Richtlinie (RiL 2001/65/EG), die sog. Modernisierungsrichtlinie (RiL 2003/51/EG), die Abänderungsrichtlinie und die Abschlussprüferrichtlinie.

⁷ BGBl. I 1985, 2355.

⁸ VO (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. 7. 2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards, ABl. EG 2002 Nr. L 243 S. 1.

c) Deutsche Reaktionen

In Deutschland wurde den internationalen und europäischen Entwicklungen mit dem Bilanzrechtsreformgesetz (BilReG) vom 10. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3166) Rechnung getragen. Der im Wege des BilReG in das HGB aufgenommene § 315 a ergänzt die IAS-Verordnung und bildet zusammen mit dieser die Rechtsgrundlage für die Konzernrechnungslegung nach IFRS. Im Kern erlaubt er allen konzernrechnungslegungspflichtigen Unternehmen, den Konzernabschluss mit befreiender Wirkung nach Maßgabe der IFRS aufzustellen. Darüber hinaus eröffnet § 325 Abs. 3 a HGB Kapitalgesellschaften die Möglichkeit, einen IFRS-Einzelabschluss zum Gegenstand der Offenlegung zu machen und sich so dem Publikum besonders nachdrücklich als Unternehmen mit internationaler Prägung zu präsentieren.

2. *Das IASB als demokratisch nicht legitimes Gremium*

Die IFRS, die für den Erfolg eines international operierenden Unternehmens offenbar von ausschlaggebender Bedeutung sind, werden freilich nicht durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber auf Bundes- oder Landesebene erlassen, und auch nicht durch die zuständigen Organe der EU, sondern durch das "International Accounting Standards Board" (IASB). Dabei handelt es sich um eine privatrechtliche Organisation mit Sitz in London, die 1973 von Berufsverbänden der sich mit der Rechnungslegung und Prüfung befassenden Berufe gegründet worden ist.⁹ Sie wird getragen von der "International Accounting Standards Committee (IASC) Foundation", einer gemeinnützigen Gesellschaft nach dem Recht des US-Bundesstaates Delaware, die auch die Mitglieder des IASB ernannt.¹⁰ Unter diesen dominieren Amerikaner und Briten, deutsche Mitglieder hat das Board (derzeit) nicht.¹¹ Von einer pluralistischen Interessenrepräsentanz, d. h. von der Vertretung der Interessen aus unterschiedlichen Sektoren der Wirtschaft, von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, Anlegern, Gläubigern, Kunden u. a. m. kann keine Rede sein. Darüber hinaus erfolgt die Finanzierung des IASB durch Spenden, etwa der nationalen Rechnungslegungs-Standards-Komitees. Soweit so gut.

⁹ M. Dettmeier/M. Pöschke, Schwerpunktbereich – Einführung in das „internationale Bilanzrecht“, JuS 2007, 313, Fn. 9.

¹⁰ <http://www.iasb.org/About+Us/About+IASB/IASB+Chairman.htm>.

¹¹ <http://www.iasb.org/About+Us/About+IASB/IASB+Chairman.htm>.

III. Globalisierung der Rechnungslegung im Clinch mit der Demokratie

1. Die demokratische Relevanz der IFRS

a) Wesentlichkeit der IFRS

Von den Bilanzierungsregelungen hängt freilich eine Menge ab: die Höhe der konkreten Steuerschuld, die Kreditwürdigkeit der Unternehmen ("Rating") und nicht zuletzt die Frage der Überschuldung, d. h. die Voraussetzungen einer Insolvenz. Damit entscheiden – in den Grenzen der EG/VOen und des HGB – letztlich die Bilanzierungsregelungen über die Reichweite staatlicher Eingriffe in die (Berufs-)Freiheit und das Eigentum der betroffenen Unternehmen¹² sowie über die Möglichkeiten seines unternehmerischen Erfolgs.

Eingriffe in Freiheit und Eigentum aber bedürfen seit der Entwicklung des sog. Vorbehalts des Gesetzes im 19. Jahrhundert einer gesetzlichen Ermächtigung, und die vom BVerfG im Schul- und Hochschulrecht, im Umweltrecht und nicht zuletzt auch im Handelsrecht entwickelte „Wesentlichkeitsdoktrin“ hat uns darüber belehrt, dass diese Ermächtigung auch hinreichend bestimmt sein muss, weil die „wesentlichen“ Fragen durch den Gesetzgeber selbst entschieden werden müssen.

Rechtsprechung und Lehre haben dieses rechtsstaatliche Gebot seit den 1970er Jahren auf ein zweites, demokratisches Standbein gestellt, das heute sogar dominieren dürfte. In der Tat ist es für das Gemeinwohl ja von erheblicher Bedeutung, in welchem Umfang kapitalmarktorientierte und nicht kapitalmarktorientierte Unternehmen mit ihren Steuern zur Finanzierung unseres Gemeinwesens beitragen, ob die von ihnen vorgehaltenen Arbeitsplätze Bestand haben oder ob ihre Beschäftigten nach einer Insolvenz mit Sozialplänen etc. in die öffentlich alimentierte Arbeitslosigkeit überführt werden müssen. Aber ist das ein rechtliches Problem, sind die IFRS, wie es im Titel eines kürzlich erschienen Fachaufsatzes heißt, tatsächlich „ein Fall für Juristen“?¹³

b) Normative Bestätigung ausreichend?

Die IFRS werden durch die zuständigen Gesetzgeber rezipiert. In der EU haben Europäisches Parlament und Rat – im Rahmen des Integrationsprogramms – die VO/EG Nr. 1606/2002 erlassen, und die EU-Kommission kon-

¹² Europäisches Parlament, Bericht über die Internationalen Rechnungslegungsstandards (IFRS) und die Leitung des International Accounting Standards Board (IASB) vom 5. 2. 2008, PE 392.238v03-00, S. 10.

¹³ M. Dettmeier/M. Pöschke, JuS 2007, 313 ff.

kretisiert diese durch Ausführungsverordnungen wie die VO/EG Nr. 1725/2003 oder die VO/EG Nr. 1358/2007, die noch dazu in einem modernisierten Komitologie-Verfahren beschlossen werden.

Soweit die Anwendung der IFRS nicht unionsrechtlich vorgegeben ist, gilt Vergleichbares für das nationale Recht. § 315 a HGB und der im Zuge des BilMoG geplante § 264 e HGB sind Entscheidungen des Gesetzgebers, die den von der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Anforderungen jedenfalls auf den ersten Blick genügen – von der Problematik der sog. dynamischen Verweisung einmal abgesehen. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG verfehlt es das – rechtsstaatlich und demokratisch radikalisierte – Bestimmtheitsgebot, wenn der Gesetzgeber seine Wertungen in die Hände einer anderen Stelle legt.¹⁴ Insofern liegen die Dinge hier anders als bei der Verweisung auf die Regeln der *Joint Aviation Authorities* durch den Verordnungsgeber, über die das Bundesverfassungsgericht im vergangenen Jahr zu entscheiden hatte.

„Die Rüge der Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Beschlusses wegen vermeintlicher Kompetenzüberschreitungen der Exekutive wegen der Übernahme des Textes bestimmter Regeln der *Joint Aviation Authorities* in die Luftverkehrszulassungsordnung führt nicht zum Erfolg. Der Verweis verstößt nicht gegen Art. 80 Abs. 1 GG. Der deutsche Verordnungsgeber hat sich den Inhalt der Regelung, auch wenn diese im Rahmen einer internationalen Institution erarbeitet worden ist, durch den Verweis zu eigen gemacht und hat die in Bezug genommene Regelung im Bundesanzeiger veröffentlicht. Ein Fall einer dynamischen Verweisung, die deshalb problematisch sein kann, weil dem Verordnungsgeber ein Einfluss auf die zukünftige Fortentwicklung bestimmter Regelungen verwehrt sein könnte, Rechtsetzung also außerhalb des Einflussbereichs des legitimierten Rechtsetzungsorgans stattfindet, liegt bei dem hier einschlägigen Verweis auf die JAR-FCL nicht vor. Vielmehr handelt es sich durch die Bezugnahme auf eine bestimmte Fassung um einen Fall einer statischen Verweisung, die als solche verfassungsrechtlich unbedenklich ist (BVerfGE 47, 285 <312>). Solche Verweisungen sind als übliche und notwendige gesetzgeberische Methode anerkannt, sofern die Verweisungsnorm – wie hier – hinreichend klar erkennen lässt, welche Vorschriften im Einzelnen gelten sollen und wenn die in Bezug genommenen Vorschriften dem Normadressaten durch ordnungsgemäße Veröffentlichung zugänglich sind (vgl. nur BVerfGE 47, 285 <311> m. w. N.). Für eine „Fremdbestimmtheit“ des Verordnungsgebers unter Umgehung des Parlaments durch eine völkerrechtliche Bindung ist wegen der Aufnahme des Regelungsgehalts in den Willen des Verordnungsgebers kein Raum.“¹⁵

Aber genügt eine dermaßen formale Rezeption wirklich dem materialen Gehalt des demokratischen Prinzips?

¹⁴ Grundlegend BVerfGE 47, 285 (311 ff.) – zur Abgrenzung von statischer und dynamischer Verweisung; BVerfG, GewArch 2007, 149 ff. – Altersgrenze für Piloten; BVerfG, Urt. vom 11. 3. 2008 – 1 BvR 2074, 05, 1 BvR 1254/07 – Automatisierte Erfassung von Kfz-Kennzeichen – juris, Rz. 131 ff.

¹⁵ BVerfG, GewArch 2007, 149 ff. – Altersgrenze Piloten.

2. Die Direktionskraft des nationalen Demokratieprinzips

Ausgangspunkt der Demokratiekonzeptionen des Kontinents ist typischerweise ein als Einheit verstandenes Staatsvolk, das eine ebenso einheitlich gedachte Staatsgewalt legitimiert und im Parlament seine Mitte findet.¹⁶ Dieses demokratische Konzept parlamentarisch-repräsentativer Legitimation einer zentralen Entscheidungsgewalt gerät in dem Maße unter Druck, in dem die Vorstellung dieser Einheit an Plausibilität verliert.¹⁷ So gesehen gibt es drei „Megatrends“, die an der Einheitskonzeption rütteln: die europäische Integration, die Globalisierung und die sog. Staatsmodernisierung, die das Substrat parlamentarisch-demokratischer Steuerungsmöglichkeiten kontinuierlich verringert hat.¹⁸

„Einflussknicks“, d. h. Absenkungen des demokratischen Legitimationsniveaus, sind nicht nur eine notwendige Konsequenz der Europäisierung von Staatsaufgaben. Sie treten auch mit Blick auf die Globalisierung¹⁹ sowie bei der Delegation von Staatsaufgaben auf unabhängige Behörden, Selbstverwaltungsträger und Private auf. Darauf muss das Recht reagieren – durch die Durchsetzung des überkommenen Demokratiekonzeptes und durch seine Anpassung und Fortentwicklung.

a) Europäisierung und Internationalisierung

aa) Der „offenen Staatlichkeit“ des Grundgesetzes Rechnung tragend hat das Bundesverfassungsgericht den Weg für eine begrenzte Öffnung der nationalen Demokratiekonzeption geebnet. In seinem berühmt-berüchtigten Maastricht-Urteil hat es unter dem Blickwinkel von Art. 38 und 20 Abs. 1 und 2 GG erkannt, dass die demokratische Legitimation des in Deutschland zur Anwendung gelangenden Unionsrechts nicht mehr allein über den Deutschen Bundestag vermittelt werden kann, sondern der „Legitimationsabstützung“ durch das Europäische Parlament bedarf. Aus dem Blickwinkel des Grundgesetzes wird diese umso wichtiger, je mehr der Einfluss des Bundestages auf die europäische Rechtssetzung schwindet, d. h. je umfangreicher die Zuständigkeiten sind, die von der EU wahrgenommen werden, und je beherzter man dabei im Rat auf das Mehrheitsprinzip zurückgreift.

¹⁶ P. Kirchhof, Das Parlament als Mitte der Demokratie, in: Brenner/Huber/Möstl (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel. FS Badura, 2004, S. 237 ff.

¹⁷ G. Hermes, Legitimationsprobleme unabhängiger Behörden, in: Bauer/Huber/Sommermann (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S. 457 ff.

¹⁸ L. Michael, Private Standardsetter und demokratisch legitimierte Rechtssetzung, in: Bauer/Huber/Sommermann (Fn. 17), S. 431 ff.

¹⁹ Zum Begriff A. v. Bogdandy, Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandsaufnahme, in: Bauer/Huber/Sommermann (Fn. 17), S. 225 ff.

Ob sich die auf das traditionelle, input-orientierte Demokratiekonzept ausgerichtete Vorstellung einer Kompensation von „Einflussknicks“ durch eine Legitimationsabstützung mit Hilfe von Partizipationsrechten auch auf die globale Ebene übertragen lässt, erscheint demgegenüber zweifelhaft. Die Globalisierung stellt den „Primat des Politischen“ in Frage oder hat ihn bereits gebrochen,²⁰ und dem steht das Recht verhältnismäßig hilflos gegenüber. Die Diskussion über eine Demokratisierung der Vereinten Nationen, der WTO und anderer globaler Institutionen steht zwar noch am Anfang.²¹ Die Möglichkeiten einer „Rückkoppelung“ an den Einzelnen erscheinen hier jedoch schon aus tatsächlichen Gründen außerordentlich begrenzt, wenn nicht utopisch.

bb) Aus der Not eine Tugend machend, entdecken manche daher Output-orientierte Demokratiekonzepte als einen nahe liegenden Ausweg.²² Danach soll es auf das Ergebnis ankommen, in unserem Zusammenhang etwa darauf, dass die IFRS die Tätigkeit der Unternehmen und das Florieren der Wirtschaft fördern. In einem engeren Sinne „demokratisch“ legitimiert werden sie dadurch freilich nicht.

b) Staatsmodernisierung und Flucht ins Privatrecht

Auch die unterschiedlichen Phänomene der sog. Staatsmodernisierung, die der klassischen Konzeption parlamentarisch-demokratischer Steuerung durch eine öffentliche Aufgabenerfüllung mittels hierarchisch gegliederter Behörden²³ zunehmend den Boden entziehen – die Verwaltungsmodernisierung²⁴, der Rückgriff auf konsensuale Handlungsformen unter Einbeziehung Dritter, die um sich greifende Einschaltung (weisungs)unabhängiger Behörden²⁵ und Sachverständigengremien (EZB, Bundesbank, Rechnungshöfe, KEK²⁶, Kef etc.) sowie der Rückzug des Staates aus der Rechtssetzung und der Rückgriff auf private Standardsetter²⁷ – stellen unter verfassungsrecht-

²⁰ A. v. Bogdandy (Fn. 19).

²¹ Zu den unterschiedlichen Ansätzen A. v. Bogdandy (Fn. 19).

²² M. Nettesheim, Demokratisierung der Europäischen Union und Europäisierung der Demokratietheorie, in: Bauer/Huber/Sommermann (Fn. 17), S. 143 ff.

²³ H. Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991 – für Deutschland; G. Smith, The structure of democracy in the United Kingdom and Problems of Development, in: Bauer/Huber/Sommermann (Fn. 17), S. 69 ff. – für Großbritannien.

²⁴ M. Möstl, Verwaltungsmodernisierung als Demokratieproblem, in: Bauer/Huber/Sommermann (Fn. 17), S. 389 ff.

²⁵ G. Hermes (Fn. 17) – für Deutschland; G. Smith (Fn. 23) – zu den “Independent Regulatory Agencies” in Großbritannien.

²⁶ §§ 35 f. RStV.

²⁷ L. Michael (Fn. 18).

lichem Blickwinkel ein Demokratieproblem dar – auf unionaler²⁸ wie auf nationaler²⁹ Ebene.

Dass die Degradierung des Parlaments zum Notar anderweitig getroffener Sachentscheidungen zu einer Erosion seiner demokratischen Substanz führt, ist ein angesichts der Europäisierung des nationalen Verfassungsgefüges in ganz Europa geläufiger Befund³⁰ und im Zuge der Privatisierungsdebatte der 1990er Jahre auch dort herausgearbeitet worden. In seinem Vortrag vor der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Dresden hat *Matthias Schmidt-Preuß* – auf das Wirtschafts- und Umweltrecht bezogen – dazu festgestellt:

„Richtig ist auch, daß private Regelwerke – deren mangelnder Rechtssatzcharakter außer Frage steht – weithin *faktische Bindungswirkung* haben.

...

Allein deshalb kann aber nicht die Meßlatte des *staatlich ausgerichteten Demokratiegebots* an ein selbstregulatives, meist in der Rechtsform eines Vereins tätiges Normungsgremium angelegt werden. Ebenso wenig kommt steuerndes Hineinwirken in die Regelgebung in Betracht, weil den Privaten eine aus der Berufs- und Vereinigungsfreiheit resultierende grundrechtliche *Normungsautonomie* zusteht. Über die institutionelle Mitwirkung seiner Repräsentanten etwa in Lenkungsausschüssen des DIN kann der Staat aber immerhin öffentliche Schutzinteressen einbringen. Der eigentliche Ort für die Wahrnehmung seiner gemeinwohlorientierten Gewährleistungsfunktion ist jedoch dort, wo sich Normung und Gesetz begegnen, nämlich bei der Anwendung von *Technikklauseln*, namentlich der allgemein anerkannten Regeln der Technik, und von sonstigen unbestimmten Rechtsbegriffen. Angesichts der Risiken schleichender Entmachtung durch selbstregulative Kräfte im Wege der *Generalklauselmethode* ist der Rechtsstaat hier nachhaltig zur *steuernden Rezeption* berufen. Da er seinerseits demokratisch verpflichtet ist, darf er sich nicht *kollektiven Privatinteressen* ausliefern und deren Normungswerke durch *unbesehene Übernahme* privilegieren. Von daher müssen private Normungsverbände im eigenen Interesse reflexhaft *demokratisch-rechtsstaatliche Mindeststandards* erfüllen wie Transparenz und Publizität – namentlich Zugänglichkeit und Begründung von Normungs-Entwürfen –, ferner ausgewogene Beteiligung interessierter Kreise ... sowie schließlich Eröffnung von Anwendungsmöglichkeiten und Bereitstellung eines Schiedsverfahrens. Nur wenn ... diese Voraussetzungen gegeben sind, bestehen gegen die Konkretisierungsfunktion privater Normung keine Bedenken.“³¹

²⁸ Zu den unionalen Anforderungen EuGHE 1958, 9 ff. – Meroni/Hohe Behörde; 1958, 51 ff. – Meroni; *P. M. Huber*, Grundlagen und Organe, in: Rengeling (Hrsg.), EUDUR, Band I, 2. Aufl., 2003, § 19 Rdnr. 52; *M. H. Koch*, Die Externalisierungspolitik der Kommission, 2004; *G. Lübbe-Wolff*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 246 (267 ff.).

²⁹ *P. M. Huber*, Die entfesselte Verwaltung, StWiss 8 (1997), 423 ff.

³⁰ *P. M. Huber*, Offene Staatlichkeit: Vergleich, in: v. Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum* II, 2008, § 26 Rdnr. 40 ff., 46 ff.

³¹ *M. Schmidt-Preuß*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 160 (203).

Diese aus rechtsstaatlichen und demokratischen Anforderungen abgeleiteten Maßgaben lassen sich auf den vorliegenden Kontext mühelos übertragen. Sie gelten – soweit es sich um die Bindung deutscher Verfassungsorgane handelt – nach Art. 20 Abs. 1 bis 3 GG jedenfalls im Hinblick auf die nicht unionsrechtlich vorgegebene Rezeption der IFRS, aber sie gelten mit gewissen Einschränkungen auch für ihre Rezeption durch die EU selbst.

3. Geringe Direktionskraft des unionalen Demokratieprinzips

a) Diffuser Regelungsgehalt

Auch die EU ist ausweislich des Art. 6 Abs. 1 EU an den Grundsatz der Demokratie gebunden, wenngleich sich die tatbestandlichen Unschärfen der nationalen Demokratiekonzepte auf europäischer Ebene notwendigerweise weiter verstärken. Ob es sich hier um eine „Regel“ handelt oder um ein optimierungsbedürftiges (Verfassungs-)Prinzip, ist bislang nicht diskutiert worden. Die Zurückhaltung des Vertragsgebers, der diffuse Befund im Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten sowie das Fehlen einer europaweit anerkannten Prinzipienlehre³² und einer hinreichend elaborierten Rechtsprechung des EuGH schließen letzteres aus.³³ Wie in den meisten Verfassungen der Mitgliedstaaten scheint sich das unionale Demokratieprinzip in seiner konkreten primärrechtlichen Ausgestaltung zu erschöpfen, wofür auch die mangelnde Justitiabilität von Art. 6 Abs. 1 EU spricht (Art. 46 EU). Werden die demokratierelevanten Vorschriften über das Rechtssetzungsverfahren, Wahlen oder die Grundrechte beachtet, so scheidet ein Verstoß gegen einen übergreifenden allgemeinen Rechtsgrundsatz i. d. R. aus. Wo es an solchen Konkretisierungen fehlt – etwa im Hinblick auf die Externalisierungspolitik der Kommission³⁴ – mag dem Demokratiegebot des Unionsrechts ausnahmsweise eine eigenständige Bedeutung zukommen.

Die Schwierigkeiten potenzieren sich, wenn es darum geht, den Garantiegehalt des unionsrechtlichen Demokratiegebotes von anderen in Art. 6 Abs. 1 EU genannten Grundsätzen zu unterscheiden – der Freiheit, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit. Hier fehlt jeder normative Ansatzpunkt. Konturenlos muss das unionsrechtliche Demokratiegebot deshalb jedoch nicht bleiben.

³² Erste Ansätze bei *A. v. Bogdandy*, Europäische Prinzipienlehre, in: ders. (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 149 ff.

³³ *M. Nettesheim* (Fn. 22).

³⁴ Dazu *M. Ruffert*, Demokratie und Governance in Europa, in: Bauer/Huber/Sommersmann (Fn. 17), S. 319 ff.

b) Elemente einer (gemein-)europäischen Demokratie

Den positiven Kern der – rechtsvergleichend und interdisziplinär abgestützten – gemeineuropäischen und insoweit auch unionsrechtlichen Demokratiekonzeption bilden die gewissen Mindestanforderungen genügende periodische Wahl der Organe und eine rechtlich abgesicherte Responsivität der staatlichen Willensbildung. Das „Personal der Staatsorgane [muss] aus allgemeinen, freien, gleichen, konkurrenzbezogenen und periodischen Wahlen durch die Staatsbürger hervor[gehen]“, ihre Herrschaft „Grenzen zur Wahrung der Möglichkeit des Machtwechsels“ kennen und rechtsförmig ausgestaltet sein.³⁵ Das ergibt schon der Blick auf die EMRK, die ausweislich des Art. 6 Abs. 2 EU die zentrale Quelle darstellt, aus der sich die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts ableiten lassen. Die EMRK aber garantiert freie und geheime Wahlen in angemessenen Zeitabständen, welche die freie Äußerung der Meinung des Volkes bei der Wahl der gesetzgebenden Körperschaften gewährleisten (Art. 3. ZP-EMRK),³⁶ eine effektive Geltung demokratierelevanter Freiheiten wie der Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit (Art. 10 EMRK), der Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit (Art. 11 EMRK) sowie den Grundsatz der Nichtdiskriminierung als zentrale Voraussetzung für die staatsbürgerliche³⁷ Gleichheit (Art. 14 EMRK) für alle Staaten des Europarates. Und sie garantiert sie als individuelle Rechte, so dass das (gemein-) europäische Demokratiekonzept nur menschenrechtlich ausgerichtet sein kann.

Übereinstimmung besteht auch insoweit, als die repräsentative parteienstaatliche³⁸ Demokratie in Europa die vorrangige Form der Herrschaftsausübung darstellt. Dabei ist vorausgesetzt, dass das Volk bzw. die Völker der in der EU zusammengeschlossenen Staaten (Art. 189 EG) selbst nicht handlungsfähig ist bzw. sind und dass weder die repräsentative noch die unmittelbare Demokratie auf die Differenzierung zwischen Repräsentierten und Repräsentanten verzichten kann.³⁹ Dass aber das Volk deshalb nur widerstands-, nicht jedoch aktionsfähig wäre,⁴⁰ bedeutet dies nicht. Im Gegen-

³⁵ A. v. Bogdandy (Fn. 32).

³⁶ Siehe auch Art. 8a EUV (Lissabon) – Grundsatz der repräsentativen Demokratie.

³⁷ Siehe Art. 16 EMRK.

³⁸ Siehe Art. 191 EG; Art. 21 GG; P. Cruz Villalón, Eine Anmerkung zur Demokratie in Spanien, in: Bauer/Huber/Sommermann (Fn. 17), S. 139 ff.

³⁹ A. Benz, Politikwissenschaftliche Diskurse über demokratisches Regieren im europäischen Mehrebenensystem, in: Bauer/Huber/Sommermann (Fn. 17), S. 253 ff.; H. Dreier, Landesverfassungsänderung durch quorenlosen Volksentscheid aus der Sicht des Grundgesetzes, BayVBl. 1999, 513 ff.; S. Biernat, Demokratieprinzip im polnischen Verfassungssystem, in: Bauer/Huber/Sommermann (Fn. 17), S. 79 ff.

⁴⁰ A. Benz (Fn. 39); G. Biaggini, Ausgestaltung und Entwicklungsperspektiven des demokratischen Prinzips in der Schweiz, in: Bauer/Huber/Sommermann (Fn. 17), S. 107 ff., unterscheidet mit Blick auf die Schweiz deshalb auch zwischen dem als innovationshemmend eingestuften Referendum und der auf Innovation angelegten Volksinitiative.

teil. Zum Kern des gemeineuropäischen Demokratiekonzeptes gehört weiterhin, dass die repräsentative Demokratie durch Institute und Verfahren der unmittelbaren Demokratie bzw. individueller Partizipation punktuell ergänzt werden kann bzw. muss.⁴¹

Von hier aus lässt sich namentlich die Brücke zu (demokratierelevanten, weil partizipationsermöglichenden) Grundrechten wie den Kommunikationsfreiheiten, der Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit⁴² schlagen, so dass die Rede von der „freiheitlich-demokratischen Grundordnung“ einen spezifischen Sinn erhält. Wenn der Kern der Demokratie in Europa somit in der politischen Selbstbestimmung des Einzelnen liegt, dann muss Demokratie auch von dessen Mitwirkungsmöglichkeiten, von seinen im Status activus (*Georg Jellinek*) angesiedelten Rechten her verstanden werden⁴³.

Für die hier interessierende Frage bleibt das unionale Demokratieprinzip letztlich aber (doch) zu diffus, um für unsere Frage nach den Anforderungen an die Rezeption der IFRS etwas herzugeben. Weder die IAS-Verordnung noch ihre Ausführungsregelungen stellen vor diesem Hintergrund einen unmittelbaren Verstoß gegen das Unionsverfassungsrecht dar.⁴⁴

IV. Folgerungen

Mit der bloßen Rezeption der IFRS ist es deshalb nicht getan. Vielmehr sind die Mitgliedstaaten und – da das nationale Verfassungsrecht nach der Vorstellung fast aller Mitgliedstaaten auch ihre Mitgliedschaft steuert⁴⁵ – mittelbar auch die EU gehalten, ihren Einfluss auf die Erarbeitung der IFRS zu vergrößern. Sie müssen – und das ist ein rechtliches Gebot (!) – für eine repräsentativere Zusammensetzung des IASB sorgen, für eine diskursive und pluralistische Erarbeitung der IFRS. Wenn möglich, müssen demokratisch legitimierte und kontrollierbare Vertreter der EU oder der Mitgliedstaaten in die Entscheidungsfindung einbezogen werden, und zwar nicht nur im Wege der Anhörung.

⁴¹ *G. Smith* (Fn. 23): “referendum . . . is unlikely to become significant” – für Großbritannien; *S. Biernat* (Fn. 39) für Polen.

⁴² *P. M. Huber*, in: ders. (Hrsg.), *ThürStVerwR* 1. Teil Rdnr. 116 zu Art. 9 ThürVerf.; *S. Biernat* (Fn. 39).

⁴³ BVerfGE 89, 155/182 ff. – Maastricht; für die Schweiz betont *G. Biaggini* (Fn. 40), dass es bei der Referendumsdemokratie um *Rechte* der Stimmberechtigten geht und dass, wenn Wahl und Abwahl der Regierung der Maßstab seien, die Schweiz kaum als demokratisch einzustufen wäre, ein skurriles Ergebnis; ähnlich die Deutung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes.

⁴⁴ *M. Heintzen*, EU-Verordnungsentwurf zur Anwendung von IAS: Kein Verstoß gegen Unionsverfassungsrecht, BB 2001, 826 ff.

⁴⁵ *P. M. Huber* (Fn. 30), § 26 Rdnr. 29 ff.

Wo dies nicht gelingt, bedarf es der „steuernden“ Rezeption, d. h. die EU und – soweit diese nicht tätig wird – die Mitgliedstaaten müssen im Einzelfall entscheiden, welchen Standard sie übernehmen und welchen nicht.

1. Steuernde Rezeption

Die VO (EG) Nr. 1606/2002 gewährleistet, dass nur solche IFRS in das Unionsrecht übernommen werden, die bestimmte Grundanforderungen erfüllen, insbesondere ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage eines Unternehmens vermitteln und bindet ihre Rezeption an die vom Rat definierten europäischen Interessen und grundlegenden Kriterien hinsichtlich der Informationsqualität (9. Ew). Art. 3 Abs. 2 VO/EG Nr. 1606/2002 verlangt daher, dass die IFRS mit den in den einschlägigen Richtlinien geregelten inhaltlichen Anforderungen übereinstimmen und dass sie den „Kriterien der Verständlichkeit, Erheblichkeit, Verlässlichkeit und Vergleichbarkeit“ genügen.⁴⁶

Das in Art. 6 VO/EG Nr. 1606/2002 geregelte Regelungsausschussverfahren, das in ein vom Europäischen Parlament im November beschlossenes „Regelungsverfahren mit Kontrolle“ überführt wird,⁴⁷ sowie die in Art. 7 geregelten Anforderungen an Berichterstattung und Koordinierung gewährleisten schließlich auch prozedural die Einhaltung dieser Mechanismen.

Soweit der deutsche Gesetzgeber in den §§ 264 e (Entwurf), § 315 a HGB für die nicht unionsrechtlich geregelten Fälle an die von der EU übernommenen Standards anknüpft, genügt dies den Bestimmtheitsanforderungen an die nationale Rechtssetzung eigentlich nicht, denn das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes schließen dynamische Verweisungen (auch auf das Unionsrecht) aus. Angesichts der bundesgesetzlichen Billigung des Integrationsprogramms und mit Blick auf die Einbindung der Mitgliedstaaten im Rahmen des Komitologieverfahrens erscheint die Anknüpfung an die steuernde Rezeption durch das Unionsrecht jedoch auch für die national zu verantwortende Rezeption als vertretbarer Tribut an die Europäisierung – ganz abgesehen davon, dass die damit ermöglichte Konvergenz der Rechnungslegungsstandards auch von der Sache her überzeugt.

⁴⁶ Zur Effektivität siehe VO (EG) Nr. 2227/2004 der Kommission vom 23. 12. 2004, ABl. EU 2004 Nr. L 379/9, Ew. 5.

⁴⁷ Der Rat der EU hat die Änderung der IAS-Verordnung am 3. 3. 2008 endgültig beschlossen.

2. Weiterer Handlungsbedarf

Das allein genügt jedoch nicht, denn beim demokratischen Prinzip i. S. v. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG handelt es sich um ein optimierungsbedürftiges Verfassungsprinzip.⁴⁸ Deshalb müssen die Bundesrepublik Deutschland bzw. die Organe der EU darauf drängen, ihren Einfluss auf die Erstellung der IFRS so auszubauen, dass sie diese vor den Wählern auch verantworten können.

Optimierungsbedarf gibt es dabei durchaus. Die Bestellung des IASB ist intransparent und nicht repräsentativ,⁴⁹ ein bestimmender Einfluss der EU trotz Anhörung und „Rundem Tisch“ nicht vorhanden.⁵⁰ Zwar finden vor der Verabschiedung von IFRS Anhörungen statt; eine ausgewogene und pluralistische Entscheidungsfindung ist jedoch nicht gewährleistet. Auch die vorrangige Finanzierung des IASB durch Spenden macht es anfällig für einseitige Einflussnahmen.

Die weitere Demokratisierung der Rechnungslegungsstandards ist vor diesem Hintergrund nicht nur ein politisches, sondern auch ein (verfassungs-) rechtliches Gebot. Das aktuelle Modell zu knacken, mag eine harte Nuss sein. Dem Europäischen Parlament, dem Rat und der EU-Kommission kann dies im Verbund mit den Regierungen der Mitgliedstaaten jedoch gelingen.

Noch besser wäre es aus demokratiespezifischer Perspektive freilich, wenn der von *Alexander Radwan* in seinem Bericht an den Wirtschaftsausschuss des Europäischen Parlaments vom 5. 2. 2008 unterbreitete Vorschlag Erfolg hätte, unter Berücksichtigung der nationalen Strukturen für Rechnungslegungsfragen eine eigene EU-Struktur aufzubauen, mit der sie international zu einem gleichberechtigten Partner würde und mit der sie insbesondere eine – politisch zu verantwortende und insoweit auch gemeinwohlorientierte – Auslegung und Anwendung der Rechnungslegungsnormen in ganz Europa gewährleisten könnte.

Vielleicht ist die Unterwerfung unter die IFRS am Ende doch kein Naturgesetz.

⁴⁸ S. *Unger*, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008, i. E.

⁴⁹ Europäisches Parlament, Bericht über die Internationalen Rechnungslegungsstandards (IFRS) und die Leitung des International Accounting Standards Board (IASB) vom 5. 2. 2008, PE 392.238v03-00, S. 16 f., 23; EU-Kommission, Berichte zur Governance und Finanzierung von IASB und IASCF; Schlussfolgerungen des Rates vom 10. 7. 2007.

⁵⁰ Zwar gibt es einen „Runden Tisch“, an dem Interessenvertreter von IASB, CESR, EFRAG, FEE, UNICE, Rechnungsprüfungsfirmen und die EU-Kommission teilnehmen; dieser dient jedoch nur zur unverbindlichen Besprechung zentraler Fragen, nicht zur Erarbeitung von IFRS; Europäisches Parlament, Bericht über die Internationalen Rechnungslegungsstandards (IFRS) und die Leitung des International Accounting Standards Board (IASB) vom 5. 2. 2008, PE 392.238v03-00, S. 7.

Summary

International Financial Reporting Standards (IFRS) are set up by the International Accounting Standards Board (IASB), a private group of accounting specialists founded in 1973 in London. Their use has become quite popular among those companies which are listed at capital markets, and they have a growing relevance. In the end the IFRS decide on the amount of taxes companies have to pay or on the preconditions under which they fall bankrupt. At least for continental Europe their drafting therefore poses a big issue under the principle of democracy. As this principle requires all acts of state being reduced to the people, the electorate, it is unconceivable that private organizations could decide on the amount of taxes etc. In 2002, EU has passed regulation no. 1606/2002 which enables a discretionary reception of the IFRS into the EU's legal order. This can be regarded as a first compromise between the needs of globalization and the requirements of democracy. However, it can't be the last saying. On the contrary, the EU and its member states are obliged to seek more influence on the IASB, the election of its members and the transparency of its work.

Neid als Grundrechtsausübungsmotiv

Zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsanspruchs
bei gleichheitswidrigen Gesetzen

MARC DESENS*

Der Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) hat ein Problem. Wegen seiner Relationalität und Ergebnisoffenheit gibt er lediglich einen Anspruch auf Beseitigung einer Ungleichbehandlung. Wird die Ungleichbehandlung aber nicht durch Besserstellung des Benachteiligten, sondern durch Schlechterstellung des Bevorzugten beseitigt, lässt sich die Durchsetzung des Gleichbehandlungsanspruchs moralisch verwerfen: Nur der Neid – so der Vorwurf – sei es gewesen, der den Benachteiligten dazu veranlasst habe, gegen die Ungleichbehandlung vorzugehen. Allein als moralischer Vorwurf ist Neid kein Phänomen, das einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung bedürfte. Neid ist aber unlängst zum juristischen Argument geworden und hat Eingang in die höchstrichterliche Rechtsprechung gefunden. Der Beitrag betrachtet diese Entwicklung kritisch und zeigt auf, wie sich die einschlägigen Rechtsfragen auch ohne Heranziehung moralisch abwertender Kategorien lösen lassen.

I. Aktuelle Verfahren unter Neidverdacht

Unter Neidverdacht gerät ein Beschwerdeführer regelmäßig dann, wenn er rügt, durch ein Gesetz auf gleichheitswidrige Weise benachteiligt zu werden, es aber selbst im Erfolgsfall von vornherein unmöglich oder zumindest unwahrscheinlich ist, dass eine Gleichbehandlung durch seine Besserstellung hergestellt werden wird. Das trifft typischerweise bei so genannten „gleichheitswidrigen Begünstigungsausschlüssen“ zu, bei denen einem Personenkreis eine Begünstigung gewährt wird, einem anderen Personenkreis aber

* Der Beitrag ist eine überarbeitete und erweiterte Manuskriptfassung des Fachvortrags, der am 4. November 2006 auf dem Fest der wissenschaftlichen Mitarbeiter des Bundesverfassungsgerichts in Karlsruhe gehalten wurde.

vorenthalten bleibt¹. Sie betreffen keine abgelegenen Verästelungen, sondern seit jeher die Wurzel des Gleichheitssatzes, wenn man etwa berücksichtigt, dass die Durchsetzung der Rechtsgleichheit früher in erster Linie gegen die bestehenden Privilegien bevorrechtigter Stände gerichtet war². Ihre gegenwärtige Bedeutung hat eher zu- als abgenommen: Das Bundesverfassungsgericht wird sich in naher Zukunft mit zwei Fallvarianten aus dem Steuerrecht beschäftigen müssen.

1. Neid gegenüber unverheirateten Eltern?

Das erste Verfahren ist bereits als Verfassungsbeschwerde anhängig³ und betrifft die Fortgeltung des einkommensteuerlichen Haushaltsfreibetrags (§ 32 Abs. 7 EStG a. F.) im Jahr 2003. Das Bundesverfassungsgericht hatte bereits 1998 entschieden, dass es gegen den besonderen Gleichheitssatz in Art. 6 Abs. 1 und 2 GG verstößt, wenn ein solcher Freibetrag nur nicht-ehelichen Erziehungsgemeinschaften eingeräumt wird, nicht aber verheirateten Eltern⁴. Obwohl das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber verpflichtet hatte, spätestens bis zum 1. Januar 2002 eine verfassungsgemäße Neuregelung zu schaffen⁵, hielt der Gesetzgeber in den Jahren 2002 und 2003 an dem als verfassungswidrig erkannten Freibetrag fest⁶ und schaffte ihn erst zum 1. Januar 2004 ab⁷. Im zugrunde liegenden Verfahren ging der Bundesfinanzhof

¹ BVerfGE 110, 412 (431); 112, 164 (174); jeweils mit Verweis auf BVerfGE 93, 386 (396); 105, 73 (133). Bezeichnung und Definition sind ungenau, weil das Begriffspaar „Begünstigung – Belastung“ den Charakter des Rechtsgebiets (Leistungs- oder Eingriffsrecht) bezeichnet, in dem die Ungleichbehandlung stattfindet; vgl. R. Wernsmann, Das gleichheitswidrige Steuergesetz – Rechtsfolgen und Rechtsschutz, 1999, S. 83. Soweit das BVerfG auch im Eingriffsrecht – etwa dem Steuerrecht – von einem gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss ausgeht (vgl. BVerfGE 110, 412 [431]; 112, 164 [174]), wäre es präziser, insoweit von einem gleichheitswidrigen Vergünstigungsausschluss zu sprechen; in der Definition andeutend BVerfGE 105, 73 (133).

² Vgl. etwa Art. 137 Abs. 2 der Paulskirchenverfassung: „Alle Ständesrechte sind abgeschafft.“

³ Aktenzeichen des Bundesverfassungsgerichts: 2 BVR 2240/04.

⁴ Vgl. BVerfGE 99, 216 (238).

⁵ BVerfGE 99, 216 (244).

⁶ Im *Zweiten Gesetz zur Familienförderung* vom 16. 8. 2001 (BGBl. I, S. 2074) war zunächst vorgesehen, den Haushaltsfreibetrag für Altfälle langsam abzuschmelzen. Seine Höhe sollte von bisher 2916 € auf 2340 € (VZ 2002) und schließlich 1188 € (VZ 2003 und 2004) reduziert werden und ab dem VZ 2005 ganz entfallen. Mit dem *Fünften Gesetz zur Änderung des Steuerbeamten-Ausbildungsgesetzes* vom 23. 7. 2002 (BGBl. I, S. 2715) wurde die Gewährung des abgeschmolzenen Freibetrags (VZ 2002 bis 2004) auf Neufälle ausgeweitet. Durch das *Flutopfersolidaritätsgesetz* vom 19. 9. 2002 (BGBl. I, S. 3651 ff.) wurde die Abschmelzung von 2003 auf 2004 verschoben, so dass in den VZ 2002 und 2003 jeweils ein Freibetrag von 2340 € gewährt wurde.

⁷ Durch das *Haushaltsbegleitgesetz 2004* vom 29. 12. 2003 (BGBl. I, S. 3076) wurde der Haushaltsfreibetrag schließlich ein Jahr früher abgeschafft als ursprünglich

zwar davon aus, dass die Kläger – verheiratete Eltern – im Streitjahr 2003 durch die Fortgeltung des Freibetrags lediglich für unverheiratete Eltern in ihrem besonderen Gleichheitsgrundrecht aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG verletzt sind⁸. Dennoch hielt der Bundesfinanzhof eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht (Art. 100 GG) mangels Entscheidungserheblichkeit für unzulässig⁹: Es sei aufgrund einer Prognose ausgeschlossen, dass die Kläger im Falle der Verfassungswidrigkeit durch eine gesetzliche Neuregelung ebenfalls einen Haushaltsfreibetrag gewährt bekämen. Vielmehr sei es wahrscheinlich, dass der Gesetzgeber den Gleichheitsverstoß aufgrund seiner Gestaltungsfreiheit¹⁰ heile, indem der Freibetrag nicht erst im Jahr 2004, sondern bereits für das Streitjahr 2003 abgeschafft werde.

Unterstellt man einmal die Richtigkeit beider Aussagen des Bundesfinanzhofs, wird sich für das Bundesverfassungsgericht die Frage stellen, ob die – hier unterstellt – begründete Verfassungsbeschwerde nicht bereits mangels *Beschwerdebefugnis*¹¹ oder mangels *Rechtsschutzbedürfnis*¹² der Beschwerdeführer unzulässig ist, weil der Gleichheitsverstoß nach der – ebenfalls unterstellt richtigen – Prognose durch eine Abschaffung der Vergünstigung und damit ohne eigene Besserstellung der Kläger geheilt werden wird. Anders formuliert: Müssen Verfassungsbeschwerden, die im Ergebnis nur dazu führen werden, Dritten etwas zu nehmen, ohne selbst etwas zu gewinnen, nicht schon deshalb unzulässig sein, weil ansonsten dem Neid Vorschub geleistet wird?

geplant. Stattdessen wurde ein Entlastungsbetrag für Alleinerziehende eingeführt (§ 24 b EStG), der nicht-ehelichen Erziehungsgemeinschaften *nicht* gewährt wird; die Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung bejahend BFH v. 19. 10. 2006, III R 4/05, BStBl. II 2007, 637, Verfassungsbeschwerde eingelegt (2 BvR 310/07).

⁸ BFH v. 5. 10. 2004, VIII R 38/03, BFH/NV 2005, 529 (531); a. A: noch FG Nürnberg v. 25. 3. 2003, III 290/2002, EFG 2003, 1242 (1243 f.).

⁹ BFH v. 5. 10. 2004, VIII R 38/03, BFH/NV 2005, 529 (532).

¹⁰ Diese Gestaltungsfreiheit ergibt sich – abgesehen von der Problematik des Vertrauensschutzes – aus dem Umstand, dass seit 2002 und damit auch im Streitjahr 2003 für alle Eltern – unabhängig von ihrem Personenstand – neben den Kinderfreibetrag für das sächliche Existenzminimum des Kindes ein Freibetrag für den Betreuungs-, Erziehungs- oder Ausbildungsbedarf (§ 32 Abs. 6 EStG) gewährt wird, der die kindbedingten Bedarfe verfassungsrechtlich hinreichend berücksichtigt. Der noch fort geltende Haushaltsfreibetrag (§ 32 Abs. 7 EStG a. F.) für unverheiratete Eltern bzw. Elternteile tritt als zusätzliche Vergünstigung noch hinzu.

¹¹ BVerfGE 49, 1 (8 f.); vgl. auch BVerfGE 23, 242 (254 f.) – dort in der Begründetheit behandelt.

¹² Vgl. BVerfGE 22, 349 (359).

2. Neid gegenüber Parlamentariern?

Die zweite Konstellation ist noch mit zwei Verfahren beim VI. Senat des Bundesfinanzhofs anhängig¹³ und von hoher politischer Brisanz. Die Klagen richten sich gegen die Einkommensteuerprivilegien von Parlamentariern. Diese erhalten jährlich auf Grundlage von § 12 AbgG eine Kostenpauschale (43.764 €), die einkommensteuerfrei gestellt wird (§ 3 Nr. 12 Satz 1 EStG), ohne dass die Abgeordneten ihren tatsächlichen Erwerbsaufwand nachweisen müssen. Selbst wenn man keine Rechtfertigung für das Privileg findet und insoweit von einem Verstoß gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) ausgeht¹⁴, dürfte den Klägern – u. a. ein in Fachkreisen bekannter Finanzrichter, der vom Bund für Steuerzahler unterstützt wird – im Hinblick auf die zu erwartende Neuregelung klar sein, dass nicht allen Einkommensteuerpflichtigen ein der Abgeordnetenpauschale entsprechendes Privileg eingeräumt werden kann. Höchstwahrscheinlich wäre es vielmehr, dass ein etwaiger Gleichheitsverstoß durch eine Abschaffung oder zumindest Reduzierung des Abgeordnetenprivilegs geheilt werden würde. Wie der Bundesfinanzhof bereits in einer Beitrittsaufforderung gegenüber dem Bundesministerium der Finanzen angedeutet hat¹⁵, stellt sich die Frage, ob sich eine etwaige gleichheitswidrige Behandlung zwischen Abgeordneten und den Klägern durch das Gesetz in den zugrundeliegenden Ausgangsverfahren überhaupt *entscheidungserheblich*¹⁶ auswirken kann. Im Rahmen der Zulässigkeit der konkreten Normenkontrolle (Art. 100 GG) muss daher erörtert werden, ob Bürger eine gleichheitswidrige Behandlung hinnehmen müssen, wenn die Heilung des Gleichheitsverstoßes letztlich durch Abschaffung der Vergünstigung erfolgen wird und damit keine Chance für die Kläger der Ausgangsverfahren besteht, selbst besser gestellt zu werden.

Käme es aufgrund der Verfahren tatsächlich zur Abschaffung oder Reduzierung der Abgeordnetenprivilegien, liegt es nahe, den Klägern einen Neidvorwurf entgegenzuhalten. Lassen sich solche Klagen daher – wie es der Bundesfinanzhof mittlerweile in einem anderen Verfahren ausgesprochen hat¹⁷ – von vornherein als unzulässige „Neidklagen“ abqualifizieren? Oder kann Neid ein zulässiges Grundrechtsausübungsmotiv sein? Das bietet An-

¹³ Aktenzeichen des BFH: VI R 81/04 (Vorinstanz: Hessisches Finanzgericht v. 14. 6. 2004, 5K 1500/04, FGReport 2005, 33) und VI R 13/06 (Vorinstanz: FG Münster v. 23. 1. 2006, 10K 2114/04 E, EFG 2006, 951).

¹⁴ So etwa R. *Stalbold*, Die steuerfreie Kostenpauschale der Abgeordneten, 2004, S. 48–202; K. *Tipke*, Rechtsschutz gegen Privilegien Dritter, FR 2006, S. 949 (953 ff.); a. A. C. *Waldbhoff*, Die steuerfreie Kostenpauschale der Abgeordneten des Deutschen Bundestages, FR 2007, S. 225 (228 ff.).

¹⁵ BFH v. 21. 9. 2006, VI R 81/04, BFH/NV 2006, 2362.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 61, 138 (146); 71, 224 (228); 74, 182 (195); 93, 386 (395); 98, 70 (81); vgl. auch BVerfGE 65, 160 (167).

¹⁷ BFH v. 4. 11. 1999, IV R 40/99, BStBl. II 2000, 186 (188).

lass, Neid als juristisches Argument, seine Auswirkungen auf den Gleichheitssatz und dessen Durchsetzbarkeit näher zu untersuchen.

II. Was ist Neid und warum wird Neid als so verwerflich angesehen?

Neid scheint etwas Schlechtes zu sein. In der Bibel wird er an mehreren Stellen verurteilt¹⁸ und sein Unterlassen – zumindest punktuell – auch in den zehn Geboten gefordert¹⁹. Neid gehört seit *Papst Gregor I.*, also seit dem späten 6. Jahrhundert, zu den sieben Hauptsünden der Römisch-Katholischen Kirche. Mit der Aufklärung hat sich das nicht geändert. Neid sei – so der britische Philosoph *Francis Bacon* – der verwerflichste und niedrigste Affekt und damit die persönliche Eigenschaft des Teufels²⁰. Kein Laster – so *René Descartes* – schade dem Glück so sehr wie der Neid²¹. Er sei – so *Arthur Schopenhauer* – eine Hauptquelle des Übelwollens und überdies das Übelwollen selbst²².

In der aktuellen Ausgabe der *Brockhaus-Enzyklopädie* wird Neid definiert als eine von Missgunst bis Hass reichende Gesinnung gegen einen anderen Menschen wegen seines Wohlergehens oder wegen Werten (Besitz, Ruhm u. a.), deren Besitz dem Neider nicht gegeben ist, ihm aber erreichbar erscheint²³. Eine ähnliche Formulierung hatte bereits das von den Gebrüdern *Jacob und Wilhelm Grimm* begründete *Deutsche Wörterbuch* gewählt: Neid sei eine gehässige Gesinnung, die sich im Missvergnügen ausdrücke, mit dem man das Wohlergehen und die Vorzüge anderer wahrnehme und sie ihnen missgönne²⁴.

Bereits *Platon* erkannte, dass der Neider weniger eifrig der wahren Tugend nachstrebe, weil er missgünstig die Güter und Vorzüge der anderen beäuge und meine, sich durch das Verkleinern anderer selbst mehr hervortun zu müs-

¹⁸ Vgl. etwa Römer 1,29; Timotheus 6,4; Titus 3,3; Petrus 2,1; Galater 5,21.

¹⁹ So etwa das 9. und 10. Gebot in der Reihung der lutherischen und katholischen Kirche bzw. das 10. Gebot in der Reihung der Tora und der orthodoxen und reformierten Kirchen/Adventisten: *Du sollst nicht begehren deines Nächsten Haus. Du sollst nicht begehren deines Nächsten Weib, Knecht, Magd, Rind, Esel noch alles, was dein Nächster hat.* (Exodus 20,17); *Lass dich nicht gelüsten deines Nächsten Weibes. Du sollst nicht begehren deines Nächsten Haus, Acker, Knecht, Magd, Ochsen, Esel noch alles, was sein ist.* (Deuteronomium 5,18).

²⁰ *F. Bacon*, Essay über den Neid, 1597, hrsg. von L. Schücking, Francis Bacon, Essays, 1970, S. 30 (39).

²¹ *R. Descartes*, Die Leidenschaften der Seele, Art. 184 (Woher es kommt, daß die Neidischen eine bleierne Gesichtsfarbe haben), 1649, hrsg. von K. Hammacher, 1984, S. 285.

²² *A. Schopenhauer*, Preisschrift über die Grundlage der Moral, § 14 (Antimoralische Triebfedern), 1841, hrsg. von H. Ebeling, 1979, S. 97.

²³ *Brockhaus-Enzyklopädie*, 21. Aufl., 2006, Band 19, Stichwort: Neid.

²⁴ *J. u. W. Grimm*, Deutsches Wörterbuch, 1889, Siebenter Band, Sp. 550 ff.

sen²⁵. *Thomas von Aquin* qualifizierte Neid als Sünde, weil der Neidische über das, worüber er sich eigentlich freuen sollte – nämlich das Gut des Nächsten – Schmerz empfinde²⁶. Selbst *Immanuel Kant*, der im Übrigen doch eher besonnen und ruhig argumentierte, kategorisierte den Neid in der *Ethischen Elementarlehre* seiner *Metaphysik der Sitten* als Gegensatz zur Menschenliebe: Neid sei das scheußliche Laster einer grämischen, sich selbst folternden und auf die Zerstörung des Glücks anderer, wenigstens dem Wunsche nach, gerichteten Leidenschaft, sei mithin der Pflicht des Menschen gegen sich selbst sowohl als gegen andere entgegengesetzt²⁷. In die gleiche Richtung zielt auch *John Rawls*, für den Neid die Neigung ist, ein Mehr an Gütern bei anderen als feindselig zu betrachten, auch wenn es die eigenen Güter nicht schmälert²⁸.

Fassen wir das einmal zusammen: Neid setzt ein Vergleichen mit einem anderen voraus²⁹ und zielt darauf ab, den anderen schlechter zu stellen. Gerade in dem Ziel, dem anderen etwas zu nehmen, liegt die Verwerflichkeit des Neides³⁰. Das wird durch den Umstand bestätigt, dass das Vergleichen mit dem Ziel, eine eigene Besserstellung zu erreichen, entweder aus dem Neidbegriff herausdefiniert oder insoweit keine Verwerflichkeit des Neides angenommen wird³¹. So wird etwa bei *Aristoteles* der verwerfliche Neid („Phthonos“) strikt von der nicht als verwerflich angesehenen *Rivalität* („Zelos“) getrennt, die entstehe, wenn jemand im Besitz eines Gutes sei, das auch dem Nicht-Besitzenden prinzipiell erreichbar sei und daher dazu ansporne, die zur Verfügung stehenden Kräfte frei zu setzen, um das Gut ebenfalls zu erlangen³². Auch *John Rawls* hält einen solchen *Nachahmungsneid*, der uns

²⁵ *Platon*, *Nomoi*, 731a, hrsg. von U. Wolf, *Platon*, *Sämtliche Werke*, Bd. 4, 2006, S. 287.

²⁶ *T. von Aquin*, *Summa Theologica* Teil II–II, 36. Frage (Der Neid), Art. 2 (Ist Neid Sünde?), ca. 1266, hrsg. von der Albertus-Magnus Akademie, Bd. 17, 1966, S. 43.

²⁷ *I. Kant*, *Metaphysik der Sitten*, Zweiter Teil: *Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre*, I. Ethische Elementarlehre, § 36, S. 350.

²⁸ *J. Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1979, Kap. 9, Abschn. 80, S. 577.

²⁹ So bereits *F. Bacon* (Fn. 20), S. 30 (35): „Wo also kein Vergleich stattfindet, gibt es auch keinen Neid, wie Könige nur von Königen beneidet werden.“; vgl. auch *G. Dürrig*, in: *Maunz/Dürrig*, GG, Art. 3 Abs. 1, Rn. 162, für den sich „Kämpfe“ um die Gleichheit gerade im Vergleich zu Bezugsgruppen abspielen, die dem Vergleichenden nahe stehen.

³⁰ Vgl. bereits *Platon* (Fn. 25), S. 287: „Wetteifernd strebe jeder von uns ohne Missgunst der Tugend nach. Wer das tut, schafft dem Staat Gedeihen, indem er selbst wetteifert und andere *nicht durch Verleumdungen verkleinert*.“ (Hervorhebung nur hier).

³¹ Anschaulich in der Argumentation von *T. von Aquin* (Fn. 26), der den Neid zunächst als eine bestimmte Art von Eifer definiert, der durchaus gut sein könne und daher nicht immer eine Sünde sein müsse („Also ist der Neid nicht immer Sünde. Neid bedeutet eine Art von Eifer. Ein bestimmter Eifer ist aber durchaus gut“, S. 41), dann aber den Eifer aus den Neidbegriff ausgrenzt („Neid ist etwas anderes als Eifer. Deshalb kann bestimmter Eifer gut sein. Neid aber ist immer schlecht.“, S. 43).

³² *Aristoteles*, *Rhetorik*, 5. Aufl., 1995, Buch II, Kap. 11, S. 118.

lediglich versuchen lasse, das zu erreichen, was andere haben, nicht für verwerflich³³. Diese Unterscheidung zeigt sich auch in der Etymologie des heutigen Wortes „Neid“: Es leitet sich aus dem althochdeutschen „nid“ und dem mittelhochdeutschen „nit“ ab, das ursprünglich auch die Bedeutung „Anstrengung, Eifer oder Wetteifer“ hatte, so dass die Unterscheidung „übel“ und „guoter nit“ ebenso überliefert ist wie die mittelhochdeutsche Formulierung „tugendlicher nit“³⁴.

III. Neid und Gleichheitssatz

Die festgestellte Wertung, dass nicht der bloße Vergleich mit einem anderen, wohl aber ein Vergleich mit dem Ziel, den anderen schlechter zu stellen, verwerflich sein soll, hat unsere Vorstellung vom allgemeinen Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG entscheidend mitgeprägt. Die Wertung hat vor allem zu einem Widerspruch zwischen dem subjektiv-rechtlichen Gewährleistungsgehalt des Gleichheitssatzes und dessen prozessualer Durchsetzungsmöglichkeit geführt. Wie im Folgenden aufgezeigt wird, soll der Gleichheitssatz nach mittlerweile gängiger Dogmatik zwar einen subjektiv-rechtlichen Anspruch auf Beseitigung einer nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung einräumen (dazu III.1.), die Durchsetzung dieses Anspruchs soll aber *prozessual* eine Chance auf eigene Besserstellung fordern (dazu III.2.). Soweit diese Einschränkung überhaupt näher begründet wird, wird sie vor allem – wie bereits eingangs erwähnt – mit dem Argument begründet, der Gleichheitssatz des Grundgesetzes lasse keine *Neidklagen* zu³⁵.

1. Subjektiv-rechtliche Gewährleistung des Gleichheitssatzes bei ungerechtfertigten Ungleichbehandlungen durch den Gesetzgeber

Es wird ganz überwiegend akzeptiert, dass der Gleichheitssatz über seinen Wortlaut hinaus („Alle Menschen sind *vor* dem Gesetz gleich“) nicht bloß bestätigen soll, was sowieso schon gilt, wenn Rechtsnormen überhaupt gelten sollen, nämlich dass Gesetze für alle Menschen gleichermaßen gelten, soweit sie vom Geltungsbereich eines Gesetzes erfasst werden³⁶. Vielmehr fordert der Gleichheitssatz neben einer *Rechtsanwendungsgleichheit* durch Verwal-

³³ J. Rawls (Fn. 28), Kap. 9, Abschn. 80, S. 578.

³⁴ J. u. W. Grimm (Fn. 24), Sp. 550 ff.

³⁵ BFH v. 4. 11. 1999, IV R 40/99, BStBl. II 2000, 186 (188) mit Verweis auf G. Dürrig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Rn. 365; kritisch dagegen zum Neid als Argument bereits M. Sachs, Der Gleichheitssatz als eigenständiges subjektives Grundrecht, in: FS Friauf, S. 309 (326); R. Wernsmann (Fn. 1), S. 108; K. Tipke (Fn. 14), S. 949 (957).

³⁶ H. Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 146.

tung und Rechtsprechung wegen der Grundrechtsbindung des Gesetzgebers (Art. 1 Abs. 3 GG) auch Gleichheit *durch* das Gesetz, also *Rechtssetzungsgleichheit*³⁷. Ganz überwiegend Konsens ist auch, dass der Gleichheitssatz dem Bürger ein eigenständiges subjektiv-öffentliches Recht auf Gleichbehandlung gewährt³⁸. Es bestehen auch keine ernsthaften Zweifel daran, dass der Gleichheitssatz ergebnisoffen ist³⁹, es also grundsätzlich mehrere Möglichkeiten gibt, eine Ungleichbehandlung zu beseitigen; entweder durch eine Besserstellung des Benachteiligten oder eine Schlechterstellung des Bevorzugten oder durch eine Kombination aus beiden⁴⁰. Daraus wird ganz überwiegend gefolgert, dass der Bürger lediglich einen Anspruch auf Gleichbehandlung hat⁴¹ und es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers ist, wie er diesen Anspruch erfüllt⁴². Der Gleichbehandlungsanspruch ist demnach lediglich ein Anspruch auf Beseitigung einer Benachteiligung; nicht hingegen auf eigene Besserstellung⁴³ oder eine Schlechterstellung der Vergleichsgruppe⁴⁴. Er wird aber – und das macht den Gleichbehandlungsanspruch so schwer verständlich – nach Ausübung des Erfüllungswahlrechts⁴⁵ des Gesetzgebers entweder zu einer eigenen Besserstellung, einer Schlechterstellung der Vergleichsgruppe oder einer Kombination aus beiden *führen*.

³⁷ StRSpr. seit BVerfGE 1, 14 (52).

³⁸ BVerfGE 6, 84 (91); 40, 296 (318); grundlegend *M. Sachs*, Zur dogmatischen Struktur der Gleichheitsrechte als Abwehrrechte, DÖV 1984, S. 411 (411 ff.); *ders.* (Fn. 35), S. 309 (312 ff.); *H.-U. Erichsen*, Art. 3 Abs. 1 GG als Grundlage von Ansprüchen des Bürgers gegen die Verwaltung, VerwArch 20 (1980), S. 289 (294); a. A. *N. Lubmann*, Grundrechte als Institutionen, 2. Aufl., 1974, S. 162 ff.; *E. Friesenbahn*, Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, 50. DJT, Bd. II, 1974, S. G 1 (20 f.).

³⁹ *L. Osterloh*, in: *Sachs*, GG, 4. Aufl., 2007, Art. 3 Rn. 42; exemplarisch BVerfGE 93, 386 (396): „In den Fällen des gleichheitswidrigen Begünstigungsausschlusses (...) verstößt für sich genommen weder die Begünstigung der einen Gruppe (...) noch das Unterlassen der Begünstigung der anderen Gruppe (...) gegen den Gleichheitssatz. Die (...) Verfassungswidrigkeit liegt vielmehr ausschließlich in der Unterschiedlichkeit der Regelung als solcher, mithin in der Berücksichtigung der einen und der Nichtberücksichtigung der anderen Gruppe in der Gesetzesnorm, begründet (...)“.

⁴⁰ Vgl. *W. Riefner*, in: *BK*, GG, Art. 3 Rn. 125; *S. Huster*, in: *Friauf/Höfling*, Berliner Kommentar, GG, Art. 3 Rn. 46.

⁴¹ *L. Osterloh*, in: *Sachs*, GG, 4. Aufl., 2007, Art. 3 Rn. 38; *H. D. Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 9. Aufl., 2007, Art. 3 Rn. 1.

⁴² *R. Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Anh Art. 3 Rn. 30.

⁴³ Vgl. etwa BVerfGE 49, 192 (208): „Niemand (kann) allein daraus, dass einer Gruppe aus besonderen Anlass besondere Vergünstigungen zugestanden werden, für sich ein verfassungsrechtliches Gebot herleiten, genau dieselben Vorteile in Anspruch nehmen zu dürfen.“; zu Recht kritisch dazu, soweit aus dieser Schlussfolgerung der Anspruch auf Gleichbehandlung selbst verneint wird: *M. Sachs* (Fn. 38), S. 411 (416).

⁴⁴ *M. Sachs* (Fn. 38), S. 411 (415); *S. Huster*, in: *Friauf/Höfling*, Berliner Kommentar, GG, Art. 3 Rn. 46; *C. Paehle-Gärtner*, in: *Umbach/Clemens*, GG, 2002, Art. 3 Rn. 152.

⁴⁵ Anschaulich auf die Parallele zur Wahlschuld i. S. d. § 268 BGB hinweisend bereits *M. Sachs* (Fn. 38), S. 411 (417).

Daraus folgt aber nicht, dass aus dem Gleichheitssatz ein „kombinierter Anspruch“ entweder auf eigene Besserstellung oder auf Schlechterstellung der Vergleichsgruppe entnommen werden kann⁴⁶. Vielmehr bleibt die Art und Weise, wie der Gleichheitsverstoß beseitigt wird, allein der Entscheidung des Gesetzgebers überlassen⁴⁷. Die gegenteilige Annahme eines korrespondierenden, kombinierten „Reflexrechtes“ führt nur scheinbar zu einer Erweiterung des Anspruchs. Im Gegenteil würden sich Risiken und Probleme, die sich bei der Erfüllung des Gleichbehandlungsanspruchs ergeben, aus der Sphäre des grundrechtsverpflichteten Gesetzgebers in die Sphäre des grundrechtsberechtigten Bürgers verlagern. Das zeigt sich vor allem dann, wenn das Erfüllungswahlrecht (einseitig) beschränkt ist: Muss etwa der *Gesetzgeber* eine Ungleichbehandlung beseitigen, muss die gleichheitsgerechte Neuregelung wegen dessen Verfassungsbindung (Art. 20 Abs. 3 GG) selbst verfassungskonform sein, darf also nicht zu einer „Gleichheit im Unrecht“⁴⁸ führen. Geht man wie hier davon aus, dass die Ausübung des Erfüllungswahlrechts allein in der Sphäre des Gesetzgebers liegt, berührt die einseitige Beschränkung des Erfüllungswahlrechts den Anspruch des Benachteiligten auf Beseitigung seiner Benachteiligung nicht⁴⁹.

Beispiel: Ein Waffengesetz sieht vor, dass Waffen, die zur Kriegsführung bestimmt sind, nur mit Genehmigung hergestellt werden dürfen. Von der Genehmigungspflicht befreit werden alle Waffenhersteller, deren Nachnamen mit dem Buchstaben A beginnen. – Das Gesetz benachteiligt die Waffenhersteller B bis Z und verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Zwar wäre die Schlechterstellung von B bis Z beseitigt, wenn auch sie von der Genehmigung befreit würden. Diesen Lösungsweg verbietet aber Art. 26 Abs. 2 GG, der stets eine Genehmigungspflicht fordert.

Das ergibt sich meines Erachtens nicht erst daraus, dass der Gleichheitssatz keinen Anspruch auf „Fehlerwiederholung“⁵⁰ gibt, weil der handelnde Staat andernfalls verbindliche Rechtsgrenzen weitgehend außer Kraft setzen könnte, indem er sich selbst davon abweichende Regeln setzt, an die er dann gebunden wäre⁵¹. Vielmehr stehen den Benachteiligten (im Beispiel: B bis Z) aufgrund des

⁴⁶ So aber C. Paehlke-Gärtner, in: Umbach/Clemens, GG, 2002, Art. 3 Rn. 152.

⁴⁷ Exemplarisch BVerfGE 22, 349 (360): „Das BVerfG kann daher, wenn es einen Verfassungsverstoß als gegeben ansieht und dem Anliegen des Beschwerdeführers entsprechen will, im Entscheidungssatz nur aussprechen, dass die bestehende gesetzliche Regelung dadurch Art. 3 Abs. 1 GG verletzt, dass sie die betroffene Gruppe nicht berücksichtigt; die Einbeziehung der Gruppe in die begünstigende Regelung bleibt Sache des Gesetzgebers.“

⁴⁸ Grundlegend G. Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Rn. 179 ff.

⁴⁹ Im Ergebnis auch R. Wernsmann (Fn. 1), S. 306.

⁵⁰ W. Heun, in: Dreier, GG, 2. Aufl., 2004, Art. 3 Rn. 60. m. w. N.

⁵¹ Speziell zur Verwaltung als Bindungsadressat ebenso C. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl., 2005, Art. 3 Rn. 274; P. Kirchhof, Gleichheit in der Funk-

Gleichheitsverstoßes von vornherein nur Ansprüche auf Gleichbehandlung und gerade *nicht* auf Einbeziehung in die bevorzugte Gruppe oder Besserstellung zu. Diesen Anspruch kann der Wegfall bloß einer Entscheidungsalternative („Einbeziehung“ bzw. „Besserstellung“) nicht untergehen lassen.

Es gibt auch verfassungsrechtliche Beschränkungen des gesetzgeberischen Erfüllungswahlrechts, die zu einer Besserstellung führen können. Das subjektive Recht auf Besserstellung ergibt sich dann unmittelbar aus diesen Bestimmungen, wie etwa aus der Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG) oder aus Freiheitsgrundrechten⁵²; aber zumindest *nicht* unmittelbar und *allein* aus dem Gleichheitssatz⁵³.

Beispiel: Ein Sozialgesetz gewährt mittellosen Bürgern, deren Nachnamen mit dem Buchstaben A beginnen, keine Sozialhilfe, den übrigen mittellosen Bürgern B bis Z hingegen schon. Die Ungleichbehandlung verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG und könnte für sich genommen auch durch Abschaffung der Sozialhilfe beseitigt werden. Einen unmittelbaren Anspruch auf Besserstellung, nämlich auf staatliche Unterstützung zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz, gibt dem A allein die Menschenwürdegarantie i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG)⁵⁴. Gewährt der Staat den mittellosen B bis Z aber zur Existenzsicherung mehr als dafür erforderlich ist, hat der Gesetzgeber zur Behebung

tionenordnung, in: Isensee/Kirchhof, HbStR V, 2. Aufl., 2000, § 125 Rn. 67; A. Ranzelzhofer, Gleichbehandlung im Unrecht?, JZ 1973, 536 (542). Nichts anderes kann bei der hier im Beispiel angesprochenen Verfassungsbindung des Gesetzgebers gelten.

⁵² Deutlich wird das etwa beim Gebot der einkommensteuerlichen Freistellung des (familiären) Existenzminimums: Hier greift das BVerfG neben Art. 3 Abs. 1 GG im Ausgangspunkt auf Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG (BVerfGE 82, 60 [85]; 99, 216 [233]; 112, 164 [175]) und Art. 6 GG (BVerfGE 82, 60 [85]; 87, 153 [169]; 99, 216 [232]; 99, 246 [249]; 112, 164 [175]; 112, 268 [279]) zurück. Das gleiche gilt m. E. auch bei der Beeinträchtigung der „Statusgleichheit“, weil der jeweilige Status zuvörderst durch das Recht, das den Status an sich einräumt, geschützt ist; vgl. H. D. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl., 2007, Art. 3 Rn. 3; dagegen auf Art. 3 GG abstellend P. Kirchhof, Der allgemeine Gleichheitssatz, in: Isensee/Kirchhof, HbStR V, 2. Aufl., 2000, § 124 Rn. 273.

⁵³ Indes nimmt das BVerfG teilweise eine Ausdehnung der Begünstigung an, wenn innerhalb eines Regelungssystems allein die Ausdehnung systemkonform ist; vgl. BVerfGE 21, 329 (337f.); 22, 163 (174f.); 29, 283 (303); 55, 100 (113f.). Das wird zu Recht als unzulässige Inanspruchnahme gestalterischer Kompetenzen bewertet und abgelehnt; vgl. W. Heun, in: Dreier, GG, 2. Aufl., 2004, Art. 3 Rn. 54; R. Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Anh. Art. 3 Rn. 31; a. A. hingegen P. Kirchhof (Fn. 52), § 124 Rn. 273 mit Verweis auf den Grundsatz der Folgerichtigkeit. Ebenso bedenklich ist es, wenn das BVerfGE 110, 94 (134) bei einem Gleichheitsverstoß durch ein strukturelles Erhebungsdefizit im Steuerrecht zu der Überzeugung kommt, „dass eine nachträgliche Beseitigung der Verfassungswidrigkeit durch die Umgestaltung materieller und verfahrensrechtlicher Normen sowie durch einen auf der umgestaltenden Rechtslage gründenden flächendeckenden Vollzug nicht möglich ist.“

⁵⁴ H. Dreier, in: Dreier, GG, 2. Aufl., 2004, Art. 1 Rn. 158; M. Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Rn. 75; P. Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee/Kirchhof, HbStR II, 3. Aufl., 2004, § 22 Rn. 77; H. Hofmann, Die versprochene Menschenwürde, AöR 118 (1993), S. 353 (363).

des Gleichheitsverstoßes ein Erfüllungswahlrecht dahingehend, ob er diese Mehrleistung auf A ausweiten will oder die Leistung für alle auf die verfassungsrechtlich gebotene Mindestgrenze absenkt.

Die Ergebnisoffenheit des Gleichheitssatzes führt bei gleichheitswidrigen Gesetzen zu Schwierigkeiten bei der Rechtsfolgenbestimmung⁵⁵. Die Frage ist, ob die benachteiligende und die bevorzugende Norm bzw. ihre Normenrelation⁵⁶, lediglich die benachteiligende Norm⁵⁷ oder sogar eine dritte Norm⁵⁸ im Falle eines Gleichheitsverstoßes verfassungswidrig sind und ob diese Verfassungswidrigkeit zur Nichtigkeit⁵⁹ oder lediglich Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz⁶⁰ führt. Berücksichtigt man weiter, dass der Gesetzgeber ebenso ungleich behandeln kann, indem er zwei völlig unterschiedliche Regelungen schafft oder nur für eine der Vergleichsgruppen eine bevorzugende oder benachteiligende Norm erlässt (oftmals als gesetzgeberisches [Teil-]unterlassen⁶¹ oder „konkludente“ Ungleichbehandlung⁶² bezeichnet), sind – auch weil ein Unterlassen selbst nicht für nichtig erklärt werden kann⁶³ – die Rechtsfolgenoptionen auch aufgrund der gesetzlichen Systematik beschränkt⁶⁴. Letztlich muss auch beachtet werden, dass das

⁵⁵ Grundlegend dazu R. Wernsmann (Fn. 1), S. 75 ff.

⁵⁶ H. Maurer, Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, in: FS Weber (70), 1974, S. 345 (354 f.); J. Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, S. 213 f.; P. E. Hein, Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht, S. 102 f.; a. A. M. Graßhof, Die Vollstreckung von Normenkontrollentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, 2003, S. 108 ff.

⁵⁷ Vgl. BVerfGE 13, 290 (318); 13, 331 (355); 27, 391 (399); 88, 87 (101); 110, 94 (138 f.); 112, 268 (283).

⁵⁸ So etwa BVerfGE 93, 121 (130, 142 f.) zur Vermögensteuer (dazu noch ausführlich unter III. 2. b. und c.); BVerfG v. 7. 11. 2006, 1 BvL 10/02, NJW 2007, S. 573 (574 ff.) zur Erbschaftsteuer. In beiden Entscheidungen wurde die Tarifnorm als verfassungswidrig angesehen, weil die Bemessungsgrundlage nicht den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 GG genügte.

⁵⁹ Für die Nichtigkeit aller gleichheitswidrigen Normen M. Sachs (Fn. 38), S. 411 (418 f.); G. Hartmann, Verfassungswidrige und doch wirksame Rechtsnormen, DVBl. 1997, S. 1264 (1269); ebenso bei gleichheitswidrigen Benachteiligungen durch belastende Normen W. Heun, in: Dreier, GG, 2. Aufl., 2004, Art. 3 Rn. 53.

⁶⁰ Vgl. etwa BVerfGE 99, 280 (298); 105, 73 (134).

⁶¹ Vgl. W. Ruffner, in: BK, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 128, der zu Recht darauf hinweist, dass es regelmäßig eine Frage der gesetzestechnischen Formulierung und des Blickwinkels des Betrachters ist, ob ein Verstoß des Gesetzgebers gegen den Gleichheitssatz in einem Unterlassen oder einem positiven Akt besteht.

⁶² Zur entsprechenden Differenzierung zwischen ausdrücklichem und konkludentem Begünstigungsausschluss etwa J. Blüggel, Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht, 1998, S. 33 f. und R. Wernsmann (Fn. 1), S. 86.

⁶³ BVerfGE 18, 288 (301); 22, 349 (360 f.); H. Maurer (Fn. 56), S. 345 (348); a. A. noch BVerfGE 17, 122 (134).

⁶⁴ Vgl. ausführlich zu möglichen Erscheinungsformen gesetzestechnischer Gleichheitsverstöße R. Wernsmann (Fn. 1), S. 86 f., 120; M. Graßhof (Fn. 56), S. 98 ff.

Bundesverfassungsgericht zwar grundsätzlich eine benachteiligende Norm isoliert für nichtig erklären kann⁶⁵, aber nicht selbst gestaltend tätig werden darf⁶⁶.

Meines Erachtens verbietet sich daher bei ergebnisoffenen Gleichheitsverstößen die isolierte Kassation der benachteiligenden Norm. Das liegt nicht zuvörderst daran, dass anderenfalls die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts überschritten und der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers über Gebühr beschränkt wäre⁶⁷. Entscheidend scheint mir vielmehr zu sein, dass die isolierte Kassation – wenn sie gesetzessystematisch überhaupt in Betracht kommt – nicht allein zur bloßen Beseitigung des Gleichheitsverstößes führt, sondern überdies zur Beseitigung *durch Besserstellung*. Einen Anspruch auf Besserstellung gewährt der Gleichheitssatz aber gerade nicht und würde dem Bürger mehr geben, als er überhaupt zu beanspruchen berechtigt ist. Ähnlich führt eine Nichtigerklärung der benachteiligenden *und* der bevorzugenden Norm bei belastenden Gesetzen bereits zur Besserstellung der Benachteiligten und bei begünstigenden Gesetzen zu einer Schlechterstellung der Bevorzugten, ohne dass der Gleichbehandlungsanspruch im Falle eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG entsprechende Rechtsfolgen über die Art und Weise, wie die Ungleichbehandlung zu beseitigen ist, aus sich heraus gewährleisten kann.

Das hat die Konsequenz, dass alle Normen, deren Anwendung die Ungleichbehandlung begründen, verfassungswidrig sind, weil sich der Gleichheitsverstoß nur aus einer Zusammenschau der unterschiedlichen Regelungen für beide Vergleichsgruppen ergibt⁶⁸. Diese Normen werden auch vom Bundesverfassungsgericht zu Recht regelmäßig nicht für nichtig, sondern nur für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt⁶⁹. Gegenüber dem Gesetzgeber wird angeordnet, dass er – gegebenenfalls auch rückwirkend – eine gleichheitsgerechte Neuregelung zu treffen hat⁷⁰. Im konkreten Ausgangsverfahren

⁶⁵ Das BVerfG nimmt dann eine isolierte Nichtigerklärung der benachteiligenden Norm an, wenn ausnahmsweise die Ausdehnung aus verfassungsrechtlichen oder sonstigen Gründen die einzig vertretbare Lösung darstellt oder mit Sicherheit anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber bei Kenntnis von der Verfassungswidrigkeit auch diesen Weg gewählt hätte. So bei gleichheitswidrigen Begünstigungen: BVerfGE 21, 329 (338, 354); 22, 163 (174 f.); 27, 220 (230 f.); 27, 364 (399); 29, 283 (303 f.). Ebenso bei gleichheitswidrigen Belastungen BVerfGE 23, 1 (10 ff.); 33, 90 (105 ff.); 33, 106 (114 f.); weitergehend noch BVerfGE 8, 28 (37): stets Nichtigkeit des gleichheitswidrigen, belastenden Gesetzes; jüngst BVerfGE 110, 94 (139): Nichtigkeit bei strukturellem Erhebungsdefizit im Steuerrecht.

⁶⁶ B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte, 22. Aufl., 2006, Rn. 483.

⁶⁷ Vgl. BVerfGE 115, 81 (93) m. w. N.; H. Maurer (Fn. 56), S. 345 (348 f.); W. Heun, in: Dreier, GG, 2. Aufl., 2004, Art. 3 Rn. 53.

⁶⁸ BVerfGE 93, 386 (396); 105, 73 (133); vgl. auch die Nachweise in Fußnote 56.

⁶⁹ Vgl. etwa BVerfGE 73, 40 (101); 87, 153 (178); 99, 280 (298); 105, 73 (134).

⁷⁰ Vgl. etwa BVerfGE 105, 73 (134 f.); BVerfG v. 7. 11. 2006, 1 BvL 10/02, NJW 2007, 573 (586).

ist das Verfahren bis zur Neuregelung des Gesetzgebers auszusetzen⁷¹. Auch in Parallelfällen dürfen die staatlichen Organe (Gerichte, Verwaltungsbehörden) das für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärte Gesetz nicht anwenden; laufende Verfahren sind auszusetzen⁷².

2. Durchsetzbarkeit des Gleichbehandlungsanspruchs vor dem Bundesverfassungsgericht

Die Ergebnisoffenheit des Gleichheitsverstößes hält dem Gesetzgeber auch die Möglichkeit offen, den Anspruch auf Beseitigung einer Schlechterstellung zu erfüllen, ohne die benachteiligte Gruppe selbst besser zu stellen, indem die bevorzugte Vergleichsgruppe schlechter gestellt wird.

Beispiel: Ein Wehrgesetz sieht für alle Wehrpflichtigen, deren Nachnamen mit dem Buchstaben A beginnen, einen um zwei Monate kürzeren Wehrdienst vor. Art. 3 Abs. 1 GG ist verletzt, weil B bis Z gegenüber A benachteiligt werden. Der Gesetzgeber ist aber nicht verpflichtet, den Gleichheitsverstoß zu beseitigen, indem der Wehrdienst auch für B bis Z – also für alle – um zwei Monate gekürzt wird. Möglich wäre es auch, den Wehrdienst für A um zwei Monate zu verlängern. Richtigerweise müsste das Bundesverfassungsgericht also zugleich die Norm über die Regelzeit des Wehrdienstes, die für B bis Z gilt, sowie die Ausnahmenorm über die zweimonatige Wehrzeitverkürzung, die für A gilt, wegen eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklären.

Beseitigt der Gesetzgeber den Gleichheitsverstoß durch Abschaffung des A-Privilegs, tritt eine Situation ein, die auch den Neid so verwerflich machen soll: Das Vergleichen mit anderen führt zu dessen Schlechterstellung. Schlussfolgert man daraus das Rechtsschutzziel des ursprünglich Benachteiligten und aus diesem sein Motiv, den Anspruch auf Beseitigung der Schlechterstellung durchzusetzen, offenbart sich ein Schreckensszenario: Neid wird zum Grundrechtsausübungsmotiv.

a) Anspruch und Wirklichkeit: Beseitigung der Schlechterstellung und Chance auf Besserstellung

Um dem zu begegnen, wurde ein Korrektiv entwickelt, das darüber entscheiden soll, ob die Beseitigung eines Gleichheitsverstoßes verfassungsprozessual möglich ist oder nicht. Ein Kriterium also, das auch den Zweck haben

⁷¹ BVerfGE 49, 280 (282); 56, 1 (11); 64, 158 (168); 66, 1 (17); vgl. bereits *H. Maurer* (Fn. 56), S. 345 (361).

⁷² BVerfGE 105, 73 (134); *H. Heußner*, Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung, NJW 1982, S. 257 (258) spricht mit Verweis auf § 31 Abs. 2 BVerfGG von einer „Anwendungssperre“.

soll, Neidklagen als unzulässig herauszufiltern⁷³: Der Gleichheitsverstoß soll nur geltend gemacht werden können, wenn der Kläger bzw. der Beschwerdeführer infolge der Beanstandung der fraglichen Norm eine Chance erhält, an der bevorzugenden Regelung teilzuhaben⁷⁴. Es darf also nicht ausgeschlossen sein, dass eine Neuregelung auch dem Kläger bzw. dem Beschwerdeführer zugute kommen kann⁷⁵. Sonst fehle einer konkreten Normenkontrolle die *Entscheidungserheblichkeit*⁷⁶ und einer Verfassungsbeschwerde die Selbstbetroffenheit⁷⁷ des Beschwerdeführers bzw. dessen *Rechtsschutzbedürfnis*⁷⁸.

Das führt dazu, dass der Gleichheitssatz zwar einen Anspruch auf Beseitigung einer Schlechterstellung gibt, aber zu seiner Durchsetzung darüber hinaus eine Chance auf Besserstellung verlangt. Wäre das richtig, könnten Konstellationen eintreten, in denen zwar eine Verletzung des Gleichheitssatzes unter konkreter Benachteiligung des Klägers bzw. des Beschwerdeführers bejaht werden kann, gleichwohl dieser Verstoß hingenommen werden muss und nicht beseitigt werden kann. Die Durchsetzbarkeit des Gleichheitsgrundrechts bleibt dann hinter dem zurück, was es als subjektives Recht einräumen soll. Damit würde zugleich ein Grundkonsens demokratischer Verfassungsstaaten verlassen; nämlich die Erkenntnis, dass Grundrechte nicht nur bloße Programmsätze bilden, sondern überhaupt nur dann sinnvoll sind, wenn mit ihnen eine juristische Absicherung korrespondiert⁷⁹. Ansonsten bleiben sie „im Unverbindlichen“⁸⁰. Effektive Grundrechte müssen „praktisch werden können“⁸¹.

b) Spekulieren statt Subsumieren

Die Zweifel an der Richtigkeit des Zulässigkeitsmaßstabes verdichten sich noch, wenn berücksichtigt wird, dass er eine Subsumtion des *hypothetischen Willens* des Gesetzgebers verlangt. Käme es etwa in dem oben genannten Bei-

⁷³ So ausdrücklich BFH v. 4. 11. 1999, VI R 40/99, BStBl. II 2000, 186 (188).

⁷⁴ BVerfGE 49, 1 (8 f.); BVerfGE 61, 138 (146); 65, 160 (167, 169 f.); 71, 224 (228); 74, 182 (195); 93, 386 (395); 98, 70 (81); bei BVerfGE 23, 242 (254 f.) in der Begründetheit behandelt; bei BVerfGE 22, 349 (359) soll die Möglichkeit einer Neuregelung als Chance ausreichen.

⁷⁵ Vgl. BVerfGE 83, 233 (237).

⁷⁶ BVerfGE 61, 138 (146); 65, 160 (167, 169 f.); 71, 224 (228); 74, 182 (195); 93, 386 (395); 98, 70 (81).

⁷⁷ BVerfGE 49, 1 (8 f.); vgl. auch BVerfGE 23, 242 (254 f.), wo die Frage in der Begründetheit behandelt wird.

⁷⁸ Vgl. BVerfGE 22, 349 (359), wobei allein die Möglichkeit einer Neuregelung als Chance ausreichen soll.

⁷⁹ K. Korinek/E. Dujmovits, Grundrechtsdurchsetzung und -verwirklichung, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, 2004, § 23 Rn. 12.

⁸⁰ S. Broß, Grundrechte und Grundwerte in Europa, JZ 2003, S. 429 (431).

⁸¹ Vgl. P. Häberle, Praktische Grundrechtseffektivität, insbesondere im Verhältnis zur Verwaltung und Rechtsprechung, Die Verwaltung 22 (1989), S. 409 (418).

spiel zur *Wehrpflicht* darauf an, ob B bis Z eine Chance auf Besserstellung, also Kürzung ihrer Wehrzeit hätten, müsste gemutmaßt werden, ob der Gesetzgeber diese Möglichkeit der Beseitigung des Gleichheitsverstoßes bei dessen Kenntnis gewählt hätte. Erschließt man sich den hypothetischen Willen aus der Gesetzessystematik⁸², müsste man das verneinen: Denn das A-Privileg ist eine Ausnahme von der Regel. Fände man in den Gesetzesmaterialien das zweifellos willkürliche Motiv, A werde bevorzugt, weil A – aber nicht B bis Z – ein schöner Buchstabe sei, müsste man eine realistische Chance auf Besserstellung erst Recht verneinen. B bis Z müssten dann ihre offensichtlich willkürliche Benachteiligung durch den Gesetzgeber hinnehmen.

Nicht nur in fiktiven Fällen, sondern auch in der Rechtspraxis führt das Kriterium zum Spekulieren und nicht zum Subsumieren, wie die folgenden Beispiele aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeigen:

Das erste Beispiel betrifft die Vermögensteuer, die letztlich gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen hat, weil Kapitalvermögen mit dem Verkehrswert und damit höher als Grundvermögen (Bewertung mit sog. Einheitswerten) besteuert wurde⁸³. 1968 hat das Bundesverfassungsgericht eine Verfassungsbeschwerde noch abgewiesen, weil der benachteiligte Inhaber von Wertpapieren die niedrigere Besteuerung des Grundvermögens nicht anfechten könne, da er keine Chance auf eine eigene Besserstellung hätte⁸⁴. 1995 hat das Bundesverfassungsgericht dann eine konkrete Normenkontrolle wegen des nämlichen Gleichheitsverstoßes als zulässig und begründet angesehen⁸⁵. Die Entscheidung hatte bekanntlich zur Folge, dass die Vermögensteuer bis heute überhaupt nicht mehr erhoben wird. Sie hat damit zumindest zu einer Besserstellung der Kläger in der Zukunft⁸⁶ geführt. Die 1968 getroffenen Mutmaßungen über die Chance auf Besserstellung müssen daher unzutreffend gewesen sein.

⁸² Das Heranziehen der Gesetzessystematik mit der impliziten Vermutung, dass der Gesetzgeber eine Ausnahmenvorschrift (wohl) nicht zur Regel machen will, ist bereits sachlich bedenklich: Es führt nämlich dazu, dass letztlich von der gesetzlichen Ausgestaltung abhängig gemacht wird, ob der Gleichheitsverstoß beseitigt werden kann. Mit anderen Worten: Der aus Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebundene Gesetzgeber hätte es mit geschickter Gesetzestechnik in der Hand, ob Rechtsschutz gegen seinen Gleichheitsverstoß möglich ist.

⁸³ BVerfGE 93, 121 (133 ff.).

⁸⁴ Vgl. BVerfGE 23, 242 (254 ff.) – dort als Frage der Begründetheit behandelt; ähnlich auch BVerfGE 65, 160 (169) zur Bewertung von Immobilien vor allem für die Vermögensteuer.

⁸⁵ BVerfGE 93, 121 (130 f.).

⁸⁶ Dabei soll es nach der Rechtsprechung des BVerfG für die Entscheidungserheblichkeit keine Rolle spielen, dass im Falle einer Unvereinbarkeitserklärung das Bundesverfassungsgericht gemäß § 35 BVerfGG die weitere Anwendung des bisherigen Rechts anordnen kann; vgl. BVerfGE 87, 153 (180); 93, 121 (131); BVerfG v. 7. 11. 2006, 1 BvL 10/02, NJW 2007, S. 573 (574).

Ein zweites Beispiel: § 55 Abs. 5 Satz 6 BBesG a. F. gewährte einen erhöhten Auslandszuschlag für *Soldaten*, die *in* integrierten militärischen Stäben der NATO verwendet wurden, aber nicht für in der NATO verwendete *Beamte* und auch nicht für *bei* der NATO verwendete Soldaten. Das Bundesverfassungsgericht hielt die Regelung wegen eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG für verfassungswidrig, weil in der NATO verwendete *Beamte* gegenüber den ebenso verwendeten *Soldaten* benachteiligt würden⁸⁷. Die Entscheidungserheblichkeit der konkreten Nomenkontrolle wurde ebenfalls bejaht: Die Chance des Klägers auf eine für ihn günstigere Neuregelung ergebe sich aus „Vorüberlegungen“ des Innenministeriums. Es sei dort beabsichtigt, den erhöhten Zuschlag zukünftig auch an Beamte zu gewähren⁸⁸. Es kam aber alles ganz anders: Der Gesetzgeber heilte den Gleichheitsverstoß durch *Aufhebung* des § 55 Abs. 5 Satz 6 BBesG und damit durch Streichung der Begünstigung für alle. Bereits das zeigt die Fehleranfälligkeit und Beliebigkeit einer Subsumtion unter den Maßstab auf.

Die Geschichte geht aber noch weiter: Vor Erlass der ersten Entscheidung (31. Januar 1996) war bereits ein zweites Normkontrollverfahren gegen § 55 Abs. 5 S. 6 BBesG anhängig (1995), mit dem ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG gerügt wurde, weil der erhöhte Zuschlag nur den *in* der NATO verwendeten Soldaten und nicht den *bei* der NATO verwendeten Soldaten gewährt wurde. Die 4. Kammer des Zweiten Senats verwarf die Normenkontrolle diesmal mangels Entscheidungserheblichkeit als unzulässig: Die Reaktion des Gesetzgebers, die Begünstigung für die Zukunft gänzlich abzuschaffen, habe gezeigt, dass die Kläger auch im Falle einer Verfassungswidrigkeit keine Chance auf eigene Besserstellung hätten⁸⁹.

c) Besserung in Sicht?

In mehreren Entscheidungen aus jüngerer Zeit hat das Bundesverfassungsgericht das Problem erkannt und die einschlägigen Fragen sachgerecht gelöst, indem Ausführungen zur Chance auf eine Besserstellung und Spekulationen über den mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers nicht mehr vorgenommen wurden. Beispielhaft lässt sich hierzu die oben bereits genannte Rechtsprechung zur Vermögensteuer heranziehen. Bei der zulässigen und begründeten Normenkontrolle aus dem Jahre 1995 wurde bei der Entscheidungserheblichkeit nicht mehr spekuliert, ob der Kläger durch eine Neuregelung eine Chance auf eigene Besserstellung hätte. Bereits der Aussetzungsbeschluss

⁸⁷ BVerfGE 93, 386 (396 ff.).

⁸⁸ BVerfGE 93, 386 (395).

⁸⁹ BVerfG (4. Kammer des Zweiten Senats) v. 27. 2. 2000, 2 BvL 9/95, ZBR 2001, S. 172 (173).

(§ 74 FGO), den das Gericht im Falle der Feststellung der Verfassungswidrigkeit vornehmen müsste, wurde als eine andere Entscheidung des Gerichts als im Falle der Gültigkeit der Norm angesehen⁹⁰, ohne dass auf das zu vermutende Ergebnis einer gesetzgeberischen Neuregelung eingegangen wurde. Als entscheidungserheblich wurde weder die benachteiligende oder bevorzugende Norm noch beide Normen angesehen, sondern die auf beide Normen (Bemessungsgrundlage) gleichsam anzuwendende Tarifvorschrift (§ 10 Nr. 1 VStG)⁹¹. Ob eine solche für ihre Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG voraussetzt, dass die auf sie anzuwendende Bemessungsgrundlage gleichheitsgerecht ist⁹², ist zwar in der Sache äußerst fragwürdig. Insgesamt war die Vorgehensweise dennoch äußerst trickreich und lässt sich mit dem Ziel erklären (nicht rechtfertigen), die aus der Ergebnisoffenheit des Gleichheitssatzes folgenden Zulässigkeitsprobleme überwinden zu wollen. Entscheidungserheblich ist die Tarifnorm nämlich auf jeden Fall: Ohne sie lässt sich die Steuer nicht berechnen.

Vornehmlich diese sowie die Entscheidung zur Zinsbesteuerung aus dem Jahre 1991⁹³ werden im Schrifttum als eine Trendwende dahingehend bewertet, dass im Eingriffsrecht – wie etwa dem Steuerrecht – nunmehr⁹⁴ gleichheitswidrige Belastungen unabhängig von der Chance auf eigene Besserstellung abgewehrt werden können⁹⁵. Im Bereich des Steuerrechts hat sich eine solche Trendwende bisher weder ausdrücklich bestätigt noch ist sie widerlegt. Vielmehr wurde in späteren Entscheidungen der Beurteilungsspielraum der Fachgerichte bei der Frage nach der Entscheidungserheblichkeit hervorgehoben und entsprechend zurückhaltend formuliert:

„Der vorliegende Senat hat nachvollziehbar und deshalb für das Bundesverfassungsgericht bindend dargelegt, dass er bei der Gültigkeit oder Ungültigkeit der Norm zu jeweils unterschiedlichen Ergebnissen kommen müsse“⁹⁶.

Jedenfalls im Leistungsrecht lässt sich eine solche Trendwende noch nicht feststellen, wie die bereits dargestellte Entscheidung der 4. Kammer des Zweiten Senats zu den erhöhten Auslandszuschlägen aus dem Jahre 2000 gezeigt hat (dazu III.2.b.)⁹⁷.

⁹⁰ BVerfGE 93, 121 (131) mit Verweis auf BVerfGE 66, 1 (17).

⁹¹ BVerfGE 93, 121 (130); jüngst auch BVerfG v. 7. 11. 2006, 1 BvL 10/02, NJW 2007, S. 573 (574 ff.) zur Erbschaftsteuer.

⁹² So BVerfGE 93, 121 (142 f.).

⁹³ BVerfGE 84, 239 (267 f.).

⁹⁴ Vgl. aber bereits BVerfGE 8, 28 (37).

⁹⁵ Vgl. etwa R. Wernsmann (Fn. 1), S. 152 ff., 244 ff., 279; R. Stalbold (Fn. 14), S. 223 ff.

⁹⁶ BVerfGE 110, 94 (110 f.); 110, 412 (429 f.); 112, 268 (277); 116, 164 (179).

⁹⁷ BVerfG (4. Kammer des Zweiten Senats) v. 27. 2. 2000, 2 BvL 9/95, ZBR 2001, S. 172 (173).

Diese Offenheit der verfassungsprozessualen Lage führt zurück zum Neid als Grundrechtsübungsmotiv. Rechtfertigt es das auf den ersten Blick plausible Anliegen, dem Neid bei der Grundrechtsausübung keinen Vorschub zu leisten, Anspruch und Wirklichkeit beim Gleichheitssatz auseinanderfallen zu lassen und die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen durch spekulativ anmutende Zulässigkeitserwägungen zu gefährden? Es ist daher noch einmal zu hinterfragen, ob einem Kläger tatsächlich ein Neidvorwurf entgegengehalten werden kann, wenn sich zugleich feststellen lässt, dass sein subjektives Recht auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt worden ist.

IV. Ist Neid immer verwerflich?

Zunächst ist zu fragen, ob jedes Vergleichen, das darauf abzielt, den anderen schlechter zu stellen, uneingeschränkt als verwerflich angesehen werden muss. Bei näherer Betrachtung zeigt sich nämlich, dass auch eine Schlechterstellung eines anderen dann nicht mehr als verwerflich angesehen wird, wenn die Besserstellung des anderen als *ungerecht* empfunden wird, dem Dritten also etwas zugekommen ist, was ihm nicht hätte zu kommen dürfen.

1. Neid als Sozialregulativ

Schon in der *griechischen Mythologie* konnte man den „Neid der Götter“ auf sich ziehen⁹⁸, wenn man sich zu Unrecht mit Höheren gleichsetzt⁹⁹, also mehr verlangt, als einem gesellschaftlich zusteht. Zu einem ähnlichen Ergebnis kam *Francis Bacon*, für den *öffentlicher* Neid dem Wohl der Allgemeinheit dienen konnte, weil er sich gegen die Menschen richte, die *zu groß* und *zu mächtig* werden. Er sei ein Zügel für die Großen der Welt, um sie in den Schranken zu halten¹⁰⁰. Vergleichbar hatte bereits *Aristoteles* den *Neid* („Phthonos“) vom *gerechten Unwillen* („Nemesis“) abgegrenzt, der gegen-

⁹⁸ Etwa ausgelöst durch Vernachlässigung des Opferdienstes oder durch Überheblichkeit gegenüber den Göttern, vgl. aus *Herodots* Tragödie *Agamemnon*, der die Furcht zum Ausdruck bringt, „dass nicht mich fernher eines Gottes neid'scher Blick / Wenn ich auf Purpur trete, treffe“ (V. 946f.), oder durch unbetrübtetes Glück, vgl. aus *Homers Odyssee*, in der Penelope zu Odysseus spricht: „Die Götter gaben uns Trübsal, / Weil sie es uns missgönnten, uns ungetrennt beieinander / Unsere Jugend zu freuen und so gemeinsam zu altern“ (23, 210 ff.).

⁹⁹ Vgl. bereits *F. Nietzsche*, *Menschliches, Allzumenschliches*, Ein Buch für freie Geister, Zweiter Teil, 1954, Aphorismus 30: „Der 'Neid der Götter' entsteht, wenn der niedriger Geachtete sich irgend worin dem Höheren gleichsetzt (wie Ajax) oder durch die Gunst des Schicksals ihm gleichgesetzt wird (wie Niobe als überreich gesegnete Mutter)“.

¹⁰⁰ *F. Bacon* (Fn. 20), S. 30 (38).

über einem Dritten entstünde, der Vorzüge oder Güter besitze, die dem Dritten aber nicht zustünden, weil der Dritte moralische Verfehlungen begangen habe¹⁰¹. Letztlich will auch *John Rawls* zerstörerischen Neid von der bloßen *Unzufriedenheit* über das Ergebnis ungerechter Institutionen oder ungerechten Verhaltens anderer abgegrenzt wissen¹⁰².

2. Neid als gesellschaftsfördernde Kraft

Auch der Soziologe und Neidkritiker *Helmut Schoeck* musste anerkennen, dass sich kein anderes Motiv finden lässt, das Konformität so sicher erzielt wie die Furcht, bei anderen Neid zu erwecken und entsprechende Sanktionen hervorzurufen. Erst in dem Maße, in dem Menschen die Fähigkeit entwickelt hätten, sich gegenseitig durch den Verdacht auf den Neid des anderen zu kontrollieren, seien größere Gruppen mit Aufgabenteilung für die Mitglieder sozial möglich geworden¹⁰³. Ähnlich sah bereits *Georg Simmel* im Neid eine von den Kräften, die Gesellschaften ihre Form geben¹⁰⁴. So gesehen kann Neid – diesmal anthropologisch und verhaltensbiologisch betrachtet – die Überlebenschancen einer Gruppe fördern, weil er zur Entwicklung von Fairness in der Gruppe führen kann und damit die Empfindlichkeit für Ungleichheiten und den Gerechtigkeitsinn steigert.

V. Neid und Gerechtigkeit

Wenn die Feststellung richtig ist, dass ein Vergleichen, das auch darauf abzielen kann, den anderen schlechter zu stellen, einerseits positiv und andererseits negativ bewertet werden kann, muss diese unterschiedliche Bewertung einen Grund haben. Wie die Bewertung in einer konkreten Situation ausfällt, wird ganz maßgeblich von der *Gerechtigkeitsvorstellung* des Wertenden abhängen: Sieht der Wertende eine Ungleichheit als gerecht an, etwa weil der Bevorzugte auch mehr Leistung erbracht hat und sich seine Besserstellung daher verdient hat, wird er das Begehren eines Benachteiligten, den Bevorzugten schlechter stellen zu wollen, als verwerflichen Neid abqualifizieren. Hält man die vorgefundene Ungleichheit hingegen für ungerecht, etwa weil der Bevorzugte gerade mehr erhalten hat, als er – etwa aufgrund seiner Leistung – verdient hätte, ließe sich das Begehren eines Benachteiligten, den Bevorzugten schlechter zu stellen, als Ausdruck eines gerechten Unwillens

¹⁰¹ *Aristoteles* (Fn. 32), Buch II, Kap. 9, S. 112 ff.

¹⁰² *J. Rawls* (Fn. 28), Kap. 9, Abschn. 80, S. 578.

¹⁰³ *H. Schoeck*, *Der Neid. Eine Theorie der Gesellschaft*, 1966, S. 385.

¹⁰⁴ *G. Simmel*, *Soziologie, Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, Kapitel IV (*Der Streit*), 1908, hrsg. von O. Rammstedt, 1992, S. 284.

beurteilen, dem als Sozialregulativ eine gesellschaftsfördernde Funktion zukommt.

Im Streit um die Gerechtigkeit ist Neid als Argument daher gänzlich ungeeignet¹⁰⁵. Wer Neid für seine Zwecke mobilisiert, disqualifiziert sich in der ernsthaften Debatte selbst¹⁰⁶. Der Neidvorwurf bekräftigt nämlich nur, dass man vorgefundene Ungleichheiten als gerechtfertigt ansieht. Ob sie tatsächlich gerechtfertigt sind oder nicht, hängt aber nicht davon ab, ob die Benachteiligten auf die Bevorzugten neidisch sind oder nicht.

Die entscheidende Frage ist daher, wie sich erkennen lässt, ob eine Besserstellung eines anderen gerecht und damit auch gerechtfertigt oder ungerecht und damit auch ungerechtfertigt ist. Kann man diese Frage beantworten, lässt sich auch die Frage beantworten, ob das Gleichheitsbegehren des Benachteiligten – auch wenn es auf bloße Schlechterstellung der Bevorzugten abzielt – durch bloßen Neid oder gerechten Unwillen motiviert ist.

Aristoteles wollte dieses Problem lösen, indem der Kreis der Personen, die gerechten Unwillen äußern können, beschränkt wird¹⁰⁷: Berechtigt sei nur, wer selbst gut, tüchtig und tugendhaft sei. Denn nur dann sei gewährleistet, dass das Urteil zutreffend sei, ob jemand Güter oder Vorzüge besitze, die ihm nicht zustünden. Das mag heute ein wenig befremdlich klingen, ist aber letztlich nur Ausdruck der aristotelischen Vorstellung, dass die tugendhaftesten und tüchtigsten Bürger die besten Herrscher sind.

1. Entschuldbarer Neid und Gerechtigkeitsgrundsätze

In jüngerer Zeit hat sich auch *John Rawls* die Frage gestellt, unter welchen Umständen Neid zum Nachteil anderer zwar verwerflich, aber dennoch *entschuldigbar* sei. Nach *Rawls* würden sich Menschen auf *zwei elementare Gerechtigkeitsgrundsätze* einigen, wenn diese Einigung in einem Zustand geschehen würde, in dem niemand seine Stellung in der zukünftigen Gesellschaft, sein Los bei der Verteilung natürlicher Gaben wie Intelligenz oder Körperkraft und seinen Hang zu Neigungen wie etwa Neid¹⁰⁸ kennt, mithin über diese Umstände der berühmt gewordene *Schleier des Nichtwissens*¹⁰⁹ gelegt wird: Erstens wird niemand wollen, dass eine bestimmte Gruppe mehr Rechte als andere erhalten sollte. Alle müssten demnach bei der Zuteilung von Rechten *unbedingt gleich* behandelt werden. Das „vielleicht wichtigs-

¹⁰⁵ Vgl. *W. Krüger*, *Der alltägliche Neid und seine kreative Überwindung*, 1989, S. 60.

¹⁰⁶ Vgl. *U. Di Fabio*, *Das bedrängte Drittel*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 28. 10. 2006, S. 8.

¹⁰⁷ *Aristoteles* (Fn. 32), Buch II, Kap. 9, S. 115.

¹⁰⁸ *J. Rawls* (Fn. 28), Kap. 3, Abschn. 25, S. 167.

¹⁰⁹ *J. Rawls* (Fn. 28), Kap. 3, Abschn. 24, S. 159 ff.

te“ – so Rawls ausdrücklich – sei dabei, dass jedem gleichermaßen der Schutz der *Selbstachtung* zukommt¹¹⁰. Dagegen könnten Ungleichheiten bei der Verteilung sozialer und wirtschaftlicher Güter nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden, da Herkunft, Bildung und Begabung unterschiedlich sein könnten. Zwar seien solche Ungleichbehandlungen gerechtfertigt, wenn sie auch dem weniger Begünstigten mehr Vorteile bringen als strikte Gleichheit¹¹¹. Dieses *Unterschiedsprinzip* schütze aber – zumindest theoretisch – nicht davor, dass Ungleichheiten entstünden, die Neid hervorrufen. Entschuldigbar wäre dieser Neid nur dann, wenn die Ungleichheiten dazu führen würden, dass die Selbstachtung der Benachteiligten verletzt wird¹¹². Da aber eine wohlgeordnete Gesellschaft, die Gerechtigkeit als Fairness begreife, auch die Selbstachtung der Bürger schütze, werde es in einer solchen wohlgeformten Gesellschaft aufgrund der institutionellen Rahmenbedingungen „kaum in bedenklichem Maße“ zu solchen Ungleichheiten kommen, die zu Beeinträchtigungen der Selbstachtung und damit zur Entstehung entschuldigen Neids führten¹¹³.

2. Entschuldbarer Neid und Grundrechtsausübung

Zwar hatte Rawls eine ganz andere Frage zu beantworten, nämlich ob in einer Gesellschaft, die seine Gerechtigkeitsvorstellungen zugrunde legt, ein Neid entsteht, der zumindest entschuldigbar ist und damit an den Grundfesten seiner Vorstellungen zweifeln lässt, oder ob diese Gesellschaft so gerecht ist, dass aufkommender Neid bedenkenlos als verwerflich abqualifiziert werden kann. Dennoch lässt sich eine interessante Parallele zu der hier zu beantwortenden Fragestellung ziehen, also zu der Frage, ob es richtig sein kann, dass der Gleichheitssatz zwar verletzt ist, aber eine Beseitigung der Ungleichbehandlung nicht durchgesetzt werden kann, weil dem Benachteiligten ein Neidvorwurf entgegengehalten werden kann, da er keine eigene Besserstellung, sondern nur eine Schlechterstellung des Bevorzugten erreichen kann: Der „Neid“ des Benachteiligten – er sei als Motiv hier unterstellt – wäre zumindest dann *entschuldigbar*, wenn durch die angegriffene Ungleichbehandlung *elementare Gerechtigkeitsgrundsätze* verletzt werden.

Ob elementare Gerechtigkeitsvorstellungen verletzt sind, ist naturgemäß nur schwer bestimmbar. Vor allem die Gerechtigkeitsidee selbst ist rational nicht fassbar¹¹⁴: Der Benachteiligte wird sie als verletzt ansehen, der Bevorzugte dagegen wohl nicht. Jedenfalls dürfen diese elementaren Gerechtig-

¹¹⁰ J. Rawls (Fn. 28), Kap. 7, Abschn. 67, S. 479.

¹¹¹ J. Rawls (Fn. 28), Kap. 2, Abschn. 13, S. 95 ff.

¹¹² J. Rawls (Fn. 28), Kap. 9, Abschn. 81, S. 582.

¹¹³ Vgl. J. Rawls (Fn. 28), Kap. 9, Abschn. 81, S. 581 und 583.

¹¹⁴ G. Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl., 1959, S. 57.

keitsgrundsätze nicht im Widerspruch zu den Wertungen des Grundgesetzes bestimmt werden. Genau ein solcher Widerspruch entsteht aber, wenn sich einerseits aus dem Gleichheitssatz des Grundgesetzes die Wertung konkretisieren lässt, dass im konkreten Fall eine Gleichbehandlung geboten ist, andererseits eine solche von dem konkret Benachteiligten nicht eingefordert werden kann.

Es lässt sich somit festhalten: Wird ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG gerügt, ist Neid als Motiv zumindest entschuldbar, wenn der Gleichheitssatz tatsächlich verletzt ist. Ist Art. 3 Abs. 1 GG hingegen nicht verletzt, ist die Bevorzugung der Vergleichsperson verfassungsrechtlich „gerechtfertigt“ und kann daher auch nicht gegen die elementaren Gerechtigkeitsgrundsätze des Grundgesetzes verstoßen. Erhebt der Benachteiligte dennoch eine Gleichheitsrüge, wäre Neid als Motiv nicht entschuldbar und der Neidvorwurf kann auch zu Recht erhoben werden. Bejaht man hingegen den Gleichheitsverstoß, versagt man aber zugleich dem Benachteiligten mit dem Argument, er sei ja nur neidisch, die Möglichkeit, den Gleichheitsverstoß zu beseitigen, setzt man seine persönlichen Gerechtigkeitsvorstellungen über die grundgesetzliche Wertung, die in Art. 3 Abs. 1 GG getroffen wurde.

VI. Schützt Art. 3 Abs. 1 GG nur bei einer „Zielrichtung des Gleichheitssatzes zum Besseren“?

Kann nach den bisherigen Feststellungen einem Benachteiligten kein Neidvorwurf entgegengehalten werden, wenn Art. 3 Abs. 1 GG tatsächlich verletzt ist, könnte man einwenden, dass sich aus dem materiellen Gehalt des Gleichheitssatzes selbst heraus eine besondere Schutzwirkung ergeben könnte, die allein auf eine Besserstellung des Benachteiligten abzielt und daher Gleichheitsansprüche, die zu einer Schlechterstellung der Vergleichsgruppe führen, nach seiner Schutzrichtung ausschließt. Eine solche Konzeption einer „Zielrichtung des Gleichheitssatzes zum Besseren“ hat *Günter Dürig* in seiner Kommentierung zum Gleichheitssatz vertreten¹¹⁵. Nach seiner Auffassung verbiete es diese Zielrichtung „im Prinzip“, Besseres mit Hilfe des Gleichheitssatzes zu inhibieren oder wieder herunter zu pegeln¹¹⁶. Art. 3 Abs. 1 GG sei kein Hebelgrundrecht zum Eindringen in die fremde Rechtsphäre und auch keine Popularklage des Neides¹¹⁷.

Eine solche Schutzrichtung des Gleichheitssatzes lässt sich aber weder aus Art. 3 Abs. 1 GG noch aus übrigen Verfassungsnormen herleiten¹¹⁸. Es ist

¹¹⁵ G. Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Rn. 20, 36, 107, 171 ff., 353, 365, 468.

¹¹⁶ G. Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Rn. 365.

¹¹⁷ G. Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Rn. 468.

¹¹⁸ Ebenso M. Sachs (Fn. 35), S. 309 (326).

schon nicht erkennbar, warum etwa eine Schlechterstellung einer gleichheitswidrig bevorzugten Vergleichsgruppe stets „schlechter“ sein soll als eine gleichheitswidrige Bevorzugung selbst. Aufgabe des Gleichheitssatzes ist es gerade, solche Ungleichbehandlungen zu beseitigen, die verfassungsrechtlich als „nicht gerechtfertigt“ angesehen werden. Dieser Anspruch auf Beseitigung der Ungleichbehandlung besteht – wie bereits aufgezeigt wurde (oben unter III. 1.) – unabhängig davon, welchen Weg der Gesetzgeber zur Beseitigung der Ungleichbehandlung wählt.

Dennoch zeigt der Ansatz von *Günter Dürig* auch heute noch das Kernproblem von Gleichbehandlungsansprüchen in ihrer Funktion als Abwehrrechte auf: Sie lassen sich gerade nicht wie freiheitsrechtliche Abwehrrechte als Ansprüche auf Unterlassen von Beeinträchtigungen einer individuellen Freiheitsphäre erfassen. Ist durch staatliches Handeln eine solche Freiheitsphäre verfassungsrechtlich ungerechtfertigt beeinträchtigt worden, geben die Freiheitsrechte – unter Beachtung des Anwendungsvorrangs des einfachen Rechts – einen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung. In dieser Ausgangsperspektive führt der Freiheitsanspruch zu einer *Besserstellung*, indem die individuelle Freiheitsphäre erweitert bzw. ihre Beschränkung aufgehoben wird.

Wird hingegen ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz festgestellt, weist dies mit der Ausgangsperspektive zwar die Gemeinsamkeit auf, dass der Gleichbehandlungsanspruch voraussetzt, dass der Staat – zumindest für eine der beiden Vergleichsgruppen – „bereits gehandelt“¹¹⁹ haben muss. Der entscheidende Unterschied ist aber, dass die Beseitigung eines Gleichheitsverstoßes nicht zwangsläufig durch eine Erweiterung der eigenen Freiheitsphäre bzw. durch eine Aufhebung ihrer Beschränkung und damit nicht zwangsläufig durch eine eigene Besserstellung erfolgen muss. Ein Gleichheitsrecht hat für sich genommen eben keinen freiheitsrechtlichen, sondern einen selbständigen gleichheitsrechtlichen Schutzzweck. Liegt demnach ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vor, kommt dem Anspruch auf (bloße) Gleichbehandlung auch ohne eine eigene Besserstellung ein *Eigenwert* und *Selbstzweck* zu. Dieser Wert bzw. Zweck wurde bereits bei der Darlegung der Gleichheits- und Gerechtigkeitserwägungen von *John Rawls* erwähnt (siehe oben unter V.1.), der bereits erkannte, dass Ungleichbehandlungen die Benachteiligten in ihrem *Selbstachtungsanspruch* verletzen können¹²⁰. Insofern ist der Gleichheitsgedanke eng mit der Garantie der Menschenwürde und dem Recht der Persönlichkeitsentfaltung verbunden¹²¹. Die Gleichheitsrelation wird demnach nicht um ihrer selbst Willen geschützt: Sie bezieht sich

¹¹⁹ *E. Friesenbahn* (Rn. 38), S. G 1 (21); *H.-U. Erichsen* (Fn. 38), S. 289 (296); *M. Sachs* (Fn. 38), S. 411 (413).

¹²⁰ *J. Rawls* (Fn. 28), Kap. 9, Abschn. 81, S. 582.

¹²¹ *H. Hofmann* (Fn. 54), S. 353 (363); *W. Heun*, in: Dreier, GG, 2. Aufl., 2004, Art. 3 Rn. 15 m. w. N.

immer auf das fundamentale Recht der Behandlung als „Gleicher“, also auch auf die Berücksichtigung des individuellen Achtungsanspruchs¹²². Seinen Schutzzweck zieht das Abwehrrecht auf Beseitigung einer Ungleichbehandlung demnach aus dem Anspruch des Berechtigten auf *Berücksichtigung und Achtung* seiner Position in der Gesellschaft¹²³. *Michael Sachs* zieht daraus zu Recht die Konsequenz, dass das „Gleichachtungsinteresse“ bzw. das „Gleichheitsempfinden“ als abwehrrechtlicher Schutzgegenstand eine Ausprägung des Persönlichkeitsrechts ist, das im Falle nicht gerechtfertigter Verschiedenbehandlungen verletzt wird und daher negatorische Ansprüche erzeugt¹²⁴. Dass sich dem Gleichheitssatz auch ohne materiellen *Schutzbereich* im freiheitlichen Sinne¹²⁵, aber trotz und wegen seiner Relationalität und Ergebnisoffenheit zumindest ein materieller *Schutzgehalt* entnehmen lässt, zeigt sich auch in seiner tatbestandlichen Konkretisierung: So hat etwa das Bundesverfassungsgericht mit den unterschiedlichen Wertungsmaßstäben vom bloßen Willkürverbot zur strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Dogmatik entwickelt, die genau diesem Umstand gerecht wird, indem bei Differenzierungen anhand persönlicher Merkmale strengere Rechtfertigungsanforderungen eingefordert werden¹²⁶.

Die Existenz des selbständigen materiellen Schutzgehalts – also des Gleichachtungsanspruchs, der unabhängig von einer Erweiterung der eigenen Freiheitssphäre in Sinne einer eigenen Besserstellung besteht – lässt sich anschaulich am Beispiel des sog. *Ultimatumspiels* aufzeigen¹²⁷, dem folgende Spielregeln zugrunde liegen: Eine Versuchsperson erhält einen Geldbetrag, etwa 100 €. Sie muss der zweiten Versuchsperson einen Teilbetrag abgeben, darf aber selbst über die Höhe des abzugebenden Betrages entscheiden und muss ein entsprechendes Angebot unterbreiten. Dabei wissen beide: Akzeptiert die zweite Versuchsperson die Aufteilung des Geldbetrages, darf jeder den so aufgeteilten Anteil behalten. Akzeptiert sie die Aufteilung nicht, bekommt keiner etwas, die gesamten 100 € gehen verloren.

Das Experiment führt regelmäßig dazu, dass selbst ein Angebot von 25 € von den meisten Versuchspartnern abgelehnt wird¹²⁸ und die meisten von vornherein 30 bis 40 € anbieten¹²⁹. Entscheidend ist hier aber nicht der genaue

¹²² Vgl. *S. Huster*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar, GG, Art. 3 Rn. 46.

¹²³ *L. Osterloh*, in: Sachs, GG, 4. Aufl., 2007, Art. 3 Rn. 40.

¹²⁴ *M. Sachs* (Fn. 35), S. 309 (319).

¹²⁵ *H. D. Jarass*, Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AöR 120 (1995), S. 345 (361 f.) erkennt überdies einen „sachlichen Schutzbereich“ an.

¹²⁶ Vgl. BVerfGE 88, 87 (96); 97, 133 (141); 110, 412 (432); 111, 160 (169).

¹²⁷ Vgl. *R. Haubl*, Neidisch sind immer die anderen, 3. Aufl., 2003, S. 248.

¹²⁸ Vgl. *R. von Bredow*, Macht der Niedertracht, in: Der Spiegel 5/2006, S. 124 (125).

¹²⁹ Vgl. *E. Roll*, Die Gesellschaft besteht aus Teilen, Süddeutsche Zeitung v. 9. 12. 2006, S. 3.

Grenzwert, der zu einem Veto führt, sondern die zwei gegensätzlichen Motive, die in einem inneren Abwägungsprozess den Grenzwert festlegen: Wäre die zweite Versuchsperson allein auf eigene *Besserstellung* aus, müsste sie bereits ein Angebot von einem Euro annehmen. Der Umstand aber, dass sie dann deutlich schlechter als die erste Versuchsperson gestellt ist, führt zu der Überlegung, dass eine Gleichbehandlung ohne eigene Besserstellung gegenüber einer Benachteiligung trotz eigener Besserstellung vorzuzugswürdig ist. Mit dem Veto wird ein Angriff auf den Gleichachtungsanspruch beseitigt, was als bedeutender bewertet wird, als eine Freiheitsweiterung durch materielle Besserstellung (hier: Zufluss eines – wenn auch geringen – Geldbetrages).

Zwar ist zuzugeben, dass das Rechtsschutzziel vieler Benachteiligter nicht einfach die bloße Beseitigung der Schlechterstellung ist, sondern ihr Begehren oftmals auf eine materielle Besserstellung ausgerichtet ist. Solche „gleichheitsfremden Ziele“ sind für die Schutzwirkung des Gleichheitssatzes aber irrelevant¹³⁰. Wer nicht nur gleich, sondern von vornherein besser behandelt werden will, muss sich unmittelbar auf Freiheitsrechte berufen (können). Der Gleichheitssatz allein kann lediglich die (anspruchlose) Hoffnung vermitteln, dass die beanspruchte Beseitigung der Ungleichbehandlung *durch* eine eigene Besserstellung erfolgen wird.

VII. Auswirkungen auf die Durchsetzbarkeit von Gleichheitsverstößen vor dem Bundesverfassungsgericht

Geht man nach dem Gesagten davon aus, dass dem Gleichheitsbegehren des Benachteiligten zumindest dann kein Neidvorwurf entgegengehalten werden kann, wenn der Gleichheitssatz tatsächlich verletzt ist, und berücksichtigt man überdies, dass die Herstellung von Gleichheit im Falle eines Gleichheitsverstößes einen Selbstzweck hat, nämlich die Wiederherstellung des Gleichachtungsanspruchs des Benachteiligten, lassen sich daraus Schlüsse für den Rechtsschutz gegen gleichheitswidrige Gesetze ziehen, wenn diese materiellen Aussagen in Kategorien verfassungsprozessualer Zulässigkeit übertragen werden.

Ausgangspunkt der Überlegung muss sein, dass es bei der Zulässigkeit noch nicht darauf ankommt, ob ein Grundrecht tatsächlich verletzt ist. Dies ist vielmehr eine originäre Frage der Begründetheit, die jedoch regelmäßig ein zulässigkeitspezifisches Pendant aufweist. So wird etwa für die Zulässigkeit einer *Verfassungsbeschwerde* eingefordert, dass der Beschwerdeführer hin-

¹³⁰ Vgl. bereits *M. Sachs* (Fn. 38), S. 411 (418): „Weitergehende, auf materielle Vorteile gleich welcher Art einschließlich bestimmter Chancen gerichtete Vorstellungen der Beschwerdeführer liegen außerhalb des spezifischen Schutzbereichs des Gleichheitsgrundrechts und können deshalb keinen Einfluß auf die Durchsetzbarkeit des Rechts im Verfassungsbeschwerdeverfahren haben.“

reichend substantiiert die Möglichkeit der Verletzung in einem seiner Grundrechte geltend macht (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 90 Abs. 1, § 92 BVerfGG)¹³¹. Ähnlich muss das vorliegende Gericht bei einer *konkreten Normenkontrolle* hinreichend darlegen und begründen, warum es von der Verfassungswidrigkeit der vorgelegten Norm überzeugt ist (Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG, § 80 Abs. 1 und 2 BVerfGG)¹³².

1. Neidfreie Verfassungsbeschwerden

Wird ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG gerügt, reicht es zur Herausfilterung von Neidklagen im Rahmen der Zulässigkeit aus, wenn der Beschwerdeführer hinreichend darlegt und begründet, dass er auf ungerechtfertigte Weise gegenüber der Vergleichsgruppe benachteiligt wird, obwohl er bzw. seine Situation gegenüber der bevorzugten Vergleichsgruppe als wesentlich gleich anzusehen ist. Es muss also vor allem die *Selbstbetroffenheit* des Beschwerdeführers im Rahmen der sog. *Beschwerdebefugnis* überprüft werden. Da der Gleichbehandlungsanspruch lediglich auf Beseitigung der eigenen Benachteiligung gerichtet ist, setzt eine solche Selbstbetroffenheit bei der Rüge eines Gleichheitsverstoßes die Darlegung der ungerechtfertigten Schlechterstellung einer Vergleichsgruppe sowie die persönliche Angehörigkeit zu dieser schlechter gestellten Vergleichsgruppe voraus¹³³. Eine solche Beschwer reicht aus, um nicht nur Popularklagen¹³⁴, sondern auch Neidklagen auszuschließen.

Darüber hinaus bedarf es keiner Überprüfung eines *Rechtsschutzbedürfnisses* dahingehend, ob der Beschwerdeführer durch eine etwaige Neuregelung eine *Chance auf Besserstellung* haben könnte¹³⁵. Denn unabhängig von einer eigenen Besserstellung hat ein Benachteiligter nicht nur das legitime Bedürfnis, sondern auch ein subjektives Recht, seinem Gleichachtungsanspruch Geltung zu verschaffen und die eigene Benachteiligung abzuwehren. Selbst wenn der Beschwerdeführer den Prozess tatsächlich aus einem inneren Neidmotiv

¹³¹ StRspr.; vgl. etwa BVerfGE 9, 109 (114f.); 81, 208 (214); 99, 84 (87).

¹³² StRspr.; vgl. etwa BVerfGE 66, 295 (282); 76, 100 (104), 88, 70 (84).

¹³³ Im Ergebnis auch G. *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 242 f.; S. *Huster*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar, GG, Art. 3 Rn. 46; zu weitgehend dagegen M. *Sachs* (Fn. 38), S. 411 (417), der aus Art. 3 Abs. 1 GG auch einem Bevorzugten einen Anspruch auf Gleichbehandlung mit den Benachteiligten gewähren will.

¹³⁴ Vgl. BVerfGE 13, 1 (19); 28, 314 (321); 45, 63 (75); großzügiger M. *Sachs* (Fn. 35), S. 309 (327), der zum Ausschluss einer Popularklage lediglich verlangt, dass die „Gleichstellungsklage“ nur von demjenigen erhoben werden kann, der bei der Anwendung des Gleichheitssatzes zu der in Betracht zu ziehenden Vergleichsgruppe gehört.

¹³⁵ A. A. C. *Paehlke-Gärtner*, in: Umbach/Clemens, GG, 2002, Art. 3 Rn. 156; W. *Rüfner*, in: BK, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 125; W. *Heun*, in: Dreier, GG, 2. Aufl., 2004, Art. 3 Rn. 53; R. *Schneider*, Rechtsschutz gegen verfassungswidriges Unterlassen des Gesetzgebers, AöR 89 (1964), S. 24 (39f.).

führen sollte, lässt sich ein solcher Neid dann nicht mehr als verwerflich abqualifizieren. Der Neid wäre zumindest entschuldbar, weil er dazu dient, den eigenen Gleichachtungsanspruch aus Art. 3 Abs. 1 GG durchzusetzen.

Für die Zulässigkeit der eingangs vorgestellten Verfassungsbeschwerde gegen den *Haushaltsfreibetrag 2003* (siehe oben I. 1.) bedeutet das, dass die Beschwerdeführer hinreichend darlegen und begründen müssen, dass sie in ihrem besonderen Gleichheitssatz in Art. 6 Abs. 1 und 2 GG bzw. in ihrem Gleichheitsgrundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt wurden, weil sie im Jahr 2003 als verheiratete gegenüber unverheirateten Eltern benachteiligt wurden, da nur den unverheirateten Eltern der Haushaltsfreibetrag (§ 32 Abs. 7 EStG a. F.) gewährt wurde. Ob sie im Falle einer etwaigen Feststellung der Verfassungswidrigkeit eine Chance haben werden, selbst den Haushaltsfreibetrag für das Jahr 2003 beanspruchen zu dürfen, ist dagegen für die Zulässigkeit und auch für die Begründetheit – also für den Erfolg der Verfassungsbeschwerde insgesamt – völlig irrelevant.

2. *Neidfreie Richtervorlagen*

Ist ein Gericht davon überzeugt, dass eine Norm bzw. mehrere Normen gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen, reicht es zur Herausfilterung von Neidklagen bereits aus, wenn hinreichend dargelegt und begründet wird, welche Vergleichsgruppen die Norm bzw. Normen auf nicht zu rechtfertigende Weise ungleich behandeln und daher gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen.

Im Rahmen der Entscheidungserheblichkeit muss dann nicht mehr überprüft werden, ob dem Kläger des Ausgangsverfahrens die Chance offen gehalten wird, durch eine gleichheitsgerechte Neuregelung besser gestellt zu werden. Es reicht vielmehr aus, wenn das Gericht seine Entscheidung ohne Richtervorlage auf eine Norm stützen müsste, von dessen Gleichheitswidrigkeit es überzeugt ist; es also im konkreten Streitfall unter Benachteiligung des Klägers (str.¹³⁶) eine gleichheitswidrige Norm anwenden müsste.

Da es für die Entscheidungserheblichkeit schon nicht darauf ankommen soll, ob für einen Übergangszeitraum die weitere Anwendung des bisherigen Rechts angeordnet wird¹³⁷, ist es bei ergebnisoffenen Gleichheits-

¹³⁶ Ursprünglich verlangte das BVerfG für die Zulässigkeit einer Richtervorlage wegen eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG auch, dass der Kläger des Ausgangsverfahrens zu der benachteiligten Vergleichsgruppe gehört (vgl. BVerfGE 66, 100 [105 f.]; 67, 239 [243 f.]). Dagegen hat BVerfGE 99, 280 (288 f., 298 ff.) eine Normenkontrolle wegen eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG als zulässig angesehen, obwohl die beanstandete Norm die Klägerin des Ausgangsverfahrens mit einer Steuervergünstigung bevorzugt hatte.

¹³⁷ BVerfGE 87, 153 (180); 93, 121 (131); BVerfG v. 7. 11. 2006, 1 BvL 10/02, NJW 2007, 573 (574).

verstößen nur konsequent, im Rahmen der Zulässigkeit davon auszugehen, dass der Verstoß zu einer Unvereinbarerklärung führt, was stets zur Entscheidungserheblichkeit des Gleichheitsverstoßes führen wird: Das Bundesverfassungsgericht hat nämlich nicht nur im bereits dargestellten Vermögensteuer-Beschluss¹³⁸, sondern in einer ganzen Reihe anderer Judikate¹³⁹ darauf abgestellt, dass es bereits eine „andere Entscheidung“ als im Falle der Gültigkeit der Norm ist, wenn das vorliegende Gericht das Verfahren nach der Unvereinbarerklärung bis zur gesetzlichen Neuregelung durch Beschluss aussetzen muss. Zwar ist ein solcher Aussetzungsbeschluss nur eine vorübergehende und keine endgültige Entscheidung des vorliegenden Gerichts. Sie bestätigt aber endgültig die Entscheidungserheblichkeit. Selbst wenn das vorliegende Gericht die Klage schließlich abweisen muss, weil der Gesetzgeber den Gleichheitsverstoß nicht durch seine gesetzliche Besserstellung heilt, gewährleistet die nun zutreffende endgültige Entscheidung des Fachgerichts, dass über das Klägerbegehren nicht auf Grundlage eines Gesetzes entschieden wird, das den Kläger in seinem Gleichachtungsanspruch verletzt.

Für die Zulässigkeit der eingangs vorgestellten (möglichen) Richtervorlagen gegen die *steuerfreie Kostenpauschale für Abgeordnete* (siehe oben I. 2.) bedeutet das, dass es entscheidend auf die Darlegung und Begründung des Gleichheitsverstoßes durch den Bundesfinanzhof ankommen wird. Gelingt es dem vorlegenden Senat, aufzuzeigen, dass die Kläger der Ausgangsverfahren im Hinblick auf ihre einkommensteuerliche Behandlung mit den Abgeordneten gleich zu behandeln sind und sich die steuerfreie Kostenpauschale daher gerade nicht hinreichend rechtfertigen lässt, lässt sich die Vorlage nicht mit dem Argument als unzulässig zurückweisen, dass ansonsten einer „Neidklage“ Vorschub geleistet werden würde. Für die Entscheidungserheblichkeit reicht es dann aus, dass die Verfahren im Falle der Verfassungswidrigkeit bis zum Erlass einer gleichheitsgerechten Neuregelung ausgesetzt werden müssen und die endgültige Entscheidung erst aufgrund einer gleichheitskonformen Rechtslage und damit unter Einhaltung des Gleichachtungsanspruchs der Kläger erfolgen wird.

¹³⁸ BVerfGE 93, 121 (131).

¹³⁹ BVerfGE 23, 74 (78) m. w. N.; 23, 135 (142f.); 49, 280 (282); 56, 1 (11); 64, 158 (167f.); 66, 1 (17); 99, 69 (77); BVerfG v. 7. 11. 2006, 1 BvL 10/02, NJW 2007, 573 (574); in eine andere Richtung ging aber BVerfGE 50, 108 (113): „Entscheidungserheblich ist eine Norm (...) nur dann, wenn die *Endentscheidung* von der Gültigkeit des für verfassungswidrig gehaltenen Gesetzes abhängt“.

GLÜCKWÜNSCHE

Jörg Paul Müller zum 70. Geburtstag

Am 16. September 2008 vollendet J. P. Müller sein 70. Lebensjahr. In St. Gallen geboren, studierte er in Genf und Bern, wo er 1964 bei *H. Huber* promoviert wurde („Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts“). Schon 1970 wurde er, der Liebblingsschüler des Berner Meisters, dessen Nachfolger, nachdem er 1967/68 ein Postgraduate Studium in Harvard mit dem LL. M. abgeschlossen hatte. 2001/02 am Wissenschaftskolleg in Berlin, kurz zuvor (2000) Ehrendoktor der Universität Basel geworden, hatte er 1999 den renommierten Marcel-Benoist-Preis erhalten.

Wie wenig andere verbindet J. P. Müller Theoriehöhe mit Praxisnähe, ein Charakteristikum der Schweizer Staatsrechtslehre. Er sucht bis heute das Gespräch mit „seinen“ Klassikern wie *I. Kant*, *J. Rawls*, auch *A. Camus* und *S. Freud*, engagierte sich überdies in Expertenkommissionen und wirkte 1976 bis 1983 als Nebenamtlicher Richter am BG und 1987 bis 1990 als Präsident der unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen – ein heikles Terrain. Seine Forschungsfelder sind: die Rechts- und Staatsphilosophie („Der politische Mensch – menschliche Politik“, 1999; „Staatstheorie zwischen Rawls und Freud“, 1994), die Methodenlehre (z. B. „Grundrechtliche Anforderungen an Entscheidungsstrukturen“, FS Eichenberger, 1962), die Grundrechte (z. B. „Geschichtliche Grundlagen . . .“, in: HGR VIII/2, 2007) sowie das Völkerrecht („Vertrauensschutz im Völkerrecht“, 1971; „Wandel des Souveränitätsbegriffs im Lichte der Grundrechte“, 1997). Der Jubilar bereichert fast alle Literaturgattungen (mit Ausnahme der Buchbesprechung): von der Monographie („Die demokratische Verfassung“, 2002) über den Kommentar zur BV (1987 ff.) und das Lehrbuch („Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie“, 1982), das Handbuch („Verfassungsrecht Schweiz“, 2001) bis zur „Kommentierten Verfassungsrechtsprechung“ (Rezensionen der Judikatur des BG, ZBJV 1979, 80, 90, 97, 99). Heute ist er der „junge Altmeister“ der Schweizer Grundrechtswissenschaft, hier der wohl am meisten zitierte Autor, und er wäre ein „großer Schweizer“, erlaubte sein Land dieses Wort. Auf Tagungen leidenschaftlich, sogleich zum Kern der Sache vorstoßend, strahlt er „rhetorischen Glanz“ aus. In seinem wissenschaftlichen Werk ist er auch symbolisch sowohl ein „Vorreiter“ in der „Werkstatt Schweiz“ als auch ein „Bergsteiger“, der die „Mühen des Tales“ nicht scheut.

Davon zeugt der wirkmächtige Privatentwurf zur Schweizer BV (1984/90/95) (zusammen mit A. Kölz, abgedruckt in JöR 34 [1985], S. 551 ff.). Privat ist er ein „Genie der Freundschaft“.

Der frühe Tod seines Sohnes Laurentius stellte J. P. Müller auf die härteste Probe, die er gemeinsam mit seiner Gattin *Cécile* und seiner Tochter *Simone* und den Enkeln zu „bewältigen“ versuchte – und mit Hilfe seines ebenso intensiven wie großen Freundeskreises, der sich z. T. in Festschriftenbeiträgen dokumentiert (für R. Bäumlin, J.-F. Aubert, Y. Hangartner, P. Saladin, P. Pernthaler, L. Wildhaber, A. Riklin, R. Rhinow und T. Fleiner). Seine Nachrufe auf P. Saladin (AöR 123 [1998], S. 129 f.) und auf seinen Freund A. Kölz (JöR 52 [2004], S. 255 ff.) zeugen von seiner hohen Sensibilität und reichen Seele. Sein weitgefächertes Werk spiegelt sich z. B. auf dem Symposium zu seinem 65. Geburtstag (recht 2005, Sonderheft). Möge sein wirkmächtiges Œuvre auch in den nächsten Jahren ihn – und uns, die Schweiz und Europa – weiterführen.

Peter Häberle

Wolfgang Rüfner zum 75. Geburtstag

Am 8. September 2008 feiert Wolfgang Rüfner seinen 75. Geburtstag. Er wuchs in Bamberg auf und machte dort am Humanistischen Neuen Gymnasium 1952 sein Abitur. Das Hochschulstudium führte ihn zuerst mit dem Fach Philosophie an die Universität Würzburg, die er zum Sommersemester 1953 Richtung Bonn verließ, wo er dann ab dem Wintersemester 1953/54 auch das Studium der Rechtswissenschaften aufnahm. 1957 legte Rüfner das Erste juristische Staatsexamen ab und absolvierte bis 1961 seinen juristischen Vorbereitungsdienst in Nordrhein-Westfalen.

Angeregt von *Ulrich Scheuner* untersuchte Rüfner in einer grundlegenden Arbeit den „Verwaltungsrechtsschutz in Preußen von 1749 bis 1842“, mit der er 1961 an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn promoviert worden ist. Auf das Thema ist Rüfner auch später immer wieder zurückgekommen (FS Menger [1985], 3 ff.; Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. IV, 1099 ff.). Bemerkenswert ist, wie Rüfner das Konstruktive früherer Rechtsansichten – insbesondere der Ansicht *Otto Mayers* – über den Rechtsschutz im Absolutismus dekonstruiert und darlegt, welche Bedeutung dem Verwaltungsrechtsschutz bereits in der „Sattelzeit“ (*R. Koselleck*) seit 1750 bis zum ersten Höhepunkt Anfang des 19. Jahrhunderts zugekommen war.

Nach dem Zweiten juristischen Staatsexamen ist Rüfner wissenschaftlicher Assistent am Institut für Völkerrecht der Universität Bonn bei seinem Lehrer *Scheuner* geworden. In der ihm eigenen Eile habilitierte sich Rüfner schon vier Jahre später 1966 mit seiner Schrift „Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft“ (erschienen 1967). Die Zeit mit *Ulrich Scheuner*, dem Rüfner zum 100. Geburtstag ein eindrückliches Geburtstagsblatt gewidmet hat (DÖV 2003, 987 f.), ist nachhaltig und prägend gewesen. Den frisch Habilitierten führte es im Sommersemester 1967 an die Universität Lausanne und 1969 – nach Rufen auch an die Universitäten Innsbruck und Graz – an die Juristische Fakultät der Christian-Albrechts-Universität Kiel, an der Rüfner 1975 bis 1977 das Amt des Dekans bekleidete. 1979 folgte er einem Ruf an die Universität des Saarlandes, die er 1985 dann wieder verließ, um Direktor des Instituts für Kirchenrecht und rheinische Kirchenrechtsgeschichte der Universität zu Köln zu werden. Der Kölner Universität hielt Rüfner bis zu seiner Emeritierung 1998 die Treue. Seit 1998 leitet Wolfgang Rüfner als

Nachfolger von *Joseph Listl* das Institut für Staatskirchenrecht der Diözesen Deutschlands.

Rüfners *Ceuvre* ist weitgespannt. Schon die Habilitation zeigt ihn als Wanderer zwischen den Welten, sei es im Rechtsvergleich mit Frankreich, sei es in einer immer auch das Zivilrecht im Blick behaltenden Intradisziplinarität. Rüfners Vielseitigkeit ist immens: Sie zeigt sich in der Behandlung des Staatshaftungsrechts (bis zur 12. Aufl., 2002, im Lehrbuch des Allgemeinen Verwaltungsrechts, hrsg. von Erichsen/Ehlers) ebenso wie in der monographischen Kommentierung des Art. 3 GG im Bonner Kommentar. Vieles Wissenschaftliche und Persönliche hat Rüfners Schüler und Nachfolger auf dem Kölner Lehrstuhl, *Stefan Muckel*, schon anlässlich des 70. Geburtstags in einer etwas versteckt publizierten Laudatio gewürdigt und publik gemacht (in: *Kirche und Recht*, 2004, 87 ff.).

Nicht nur ist die Welt nicht stehen geblieben, sondern man kann in Anlehnung an eine legendäre Automobil-Reklame der 1960er Jahre zum Jubilar sagen: „... er läuft und läuft und läuft“! Seit 2003 ist das Werk nochmals angewachsen, von seinen praktischen rechtsberatenden Aktivitäten ganz zu schweigen. Seinen Beitrag für das Handbuch des Staatsrechts über „Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit“ (Bd. IV, 2006, 1049 ff.) hat Rüfner grundlegend überarbeitet und dabei die weitreichenden, gerade europäischen Rechtsentwicklungen reflektiert. Europa hat mittlerweile einen beachtlichen Stellenwert im wissenschaftlichen Arbeiten Rüfners eingenommen: „Religion und Kirchen vor der Europäischen Verfassung“ (FS Ress, 2005, 757 ff.); „Die Richtlinie 2000/78/EG und das kirchliche Arbeitsrecht in Deutschland“ (FS Krause, 2006, 283 ff.). Das Staatskirchenrecht als juristische Querschnittsmaterie profitiert von der Vielseitigkeit des Jubilars. Die thematische Bandbreite reicht von eher zivilrechtlichen Aspekten zur vereinsrechtlichen Haftung (Neue Caritas Heft 3/2006, 22 ff; Neue Caritas Heft 7/2008, 25 f.) über die „Veränderungen im Hochschulrecht und staatskirchenrechtlichen Bindungen“ (GS Tettinger, 2007, 613 ff.) bis zu den „Verwaltungsabkommen zwischen Staat und Kirche“ (FS Starck, 2007, 1175 ff.). Andere Rechtsgebiete müssen auf Rüfner als kritischen Wegbegleiter nicht verzichten, so setzt er sich mit „Art. 72 Abs. 2 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“ (FS Isensee, 2007, 389 ff.) ebenso auseinander wie mit dem Thema Leistungsrechte (Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, 679 ff.). Auch dem Sozialrecht gilt weiterhin Rüfners Aufmerksamkeit, sowohl in seiner historischen Erfassung (z. B. Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland seit 1945, Bd. 4, 2007, 643 ff.) als auch in regelmäßigen Rechtsprechungsanalysen (Jahrbuch des Sozialrechts).

Ein Mensch und Wissenschaftler kann nicht in ein paar Zeilen gewürdigt werden. Markantes darf aber doch andeutend geschrieben werden: Der Jubilar fühlt sich persönlich wie wissenschaftlich dem Gebot der *clarté et trans-*

parente verpflichtet. Mit Freude am Nachbohren ist er von jugendlicher Neugierde. Die Suche nach „Maß und Mitte“ (so Rüfner schon über *Scheuner*: DöV 1973, 818 [819]) ist beständige Aufgabe. Klar und vorausschauend spricht er Probleme an. Sei es, daß er die Wertungsdifferenzen zwischen Staat und Religionsgemeinschaften als Herausforderungen des Staatskirchenrechts in einem pluralistischen Staat analysiert (FS Hollerbach, 2001, 691 ff.), sei es, daß er – leider kaum beachtet – auf die Zielkonflikte bei der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen – auch in ihrer gesamtgesellschaftlichen Dimension – hinweist (FS Zacher, 1998, 821 ff.). Bleibt nur: Herzlichen Glückwunsch und ad multos annos!

Ansgar Hense

LITERATUR

Anzeigen

Peter Häberle: Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates. Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte, Bd. 44. Duncker & Humblot, Berlin, 2007, 116 S., EUR 24,-.

Welche Nationalhymne ein Land hat, wird zumeist in der Verfassung festgelegt. Eine besondere Beachtung haben Nationalhymnen in der Verfassungsrechtswissenschaft gleichwohl nicht gefunden – abgesehen von einigen Ausnahmen (vgl. S. 48). Die letzte Fußballweltmeisterschaft hat daran ebenso wenig geändert wie die Suche nach einem Lied für Europa. Peter Häberle hat nun die Nationalhymne aus ihrem verfassungsrechtlichen Schattendasein geholt und ihr eine eigene Studie in vergleichender Absicht gewidmet. Er geht die Nationalverfassungen der Welt durch, und schon bald im Verlauf dieser Durchsicht zeichnet sich eine Systematik ab: Es gibt Verfassungen, die Melodie und Text bis ins Detail regeln, zuweilen sogar unter Nennung des Komponisten, andere hingegen überlassen die Festlegung dem einfachen Gesetz. Häberle verhehlt nicht, wo seine Sympathien liegen, und am Ende geht die Hymnenregelung der Mongolei, neben der Äthiopiens und der Philippinen, als Sieger aus diesem Wettbewerb um den Grand Prix der Nationalhymnen hervor. Der Grund: Die Verfassungsregelungen dieser Länder nehmen auf Geschichte und Tradition, auf Hoffnungen und Ideale eines Volkes Bezug. Die Präferenz des „Geist-Bezugs“ macht auch deutlich, dass Nationalhymnen für den Autor auf einer Ebene mit Präambeln stehen, und dies gelte vor allem dort, wo sie in die verfassungsrechtlichen Ewigkeitsklauseln aufgenommen worden seien.

Der Verfasser sieht in der Hymne eine „emotionale Konsensquelle“ des Verfassungsstaats *par excellence*“ (S. 50), weit vor der Flagge und anderen „Symbol-Artikeln“ (Häberle). Zur Begründung bemüht der musikalisch gebildete Autor, als der er sich im Vorwort präsentiert, den Topos von der Musik als der Kunst, die die Sinne unmittelbar anspreche – im Unterschied etwa zu visuellen Identitätselementen. Zudem vermittelt das gemeinsame Singen ein Gefühl der Zusammengehörigkeit. Alle textlosen Hymnen versetzt der Verfasser daher in den zweiten Rang. Sie stifteten kein Gemeinschaftserlebnis. Reine Melodie-Hymnen deuteten vielmehr auf eine Uneinigkeit über die verbindenden Inhalte einer Nation hin (man konnte das jüngst beobachten, als das Nationale Olympische Komitee mit seinem Textvorschlag für die spanische Hymne scheiterte, weil sich darüber offenbar kein Konsens herstellen ließ).

Die vergleichende Studie belässt es nicht bei einer Durchsicht der verfassungsrechtlichen Bestimmungen. Sie bezieht auch die Melodie der Hymnen in

den Vergleich mit ein. Die Musik weise eine höhere Kontinuität als der Text einer Hymne auf, schon weil Worte historischen Veränderungen ausgesetzt seien, was schließlich die Tilgung der ersten beiden Strophen des Deutschlandliedes plastisch vor Augen führt. Häberle nimmt die Beständigkeit der Hymnenmelodien zum Beleg für die „Ewigkeit“ der Musik (S. 48), die ganz ohne verfassungsrechtliche Ewigkeitsgarantie auskommt. Zur Kategorienbildung einer musikalischen Vergleichung dienen dem Autor dort, wo der subjektive Eindruck des Gehörten vorherrscht, die Angaben zu Tempus, Takt und Tonart. So gibt die „Marseillaise“ den 4/4-Takt auch für die Hymnen anderer Verfassungen vor. Der Charakter dieses Prototyps aller Nationalhymnen wird von Häberle als „aggressiv“ eingeschätzt. Seine Zuneigung gilt der portugiesischen Hymne, deren Melodie „beglückt“ (S. 99).

Häberle, der sich in diesem Teil der Abhandlung auf musikwissenschaftliches Terrain begibt, versteht seine Untersuchung nicht als erschöpfende Abhandlung zum Thema. Dazu fehle es nicht allein an musikalischer Fachkenntnis. Es stehe auch noch eine empirische Untersuchung aus: Wann, zu welchen Anlässen werden Nationalhymnen tatsächlich gesungen oder gespielt? Daher biete seine Studie lediglich eine erste Sichtung und Grundlegung zur Erforschung der Nationalhymnen. Wie nun könnte eine Fortsetzung aussehen und welches Ziel sollte sie verfolgen? Denn zweifellos kann es nicht darum gehen, die Datenbasis für ein weiteres Ranking der Nationalhymnen zu verbreitern. Indem Häberle diese Studie innerhalb seines großangelegten Programms einer „Verfassungslehre als Kulturwissenschaft“ situiert, gibt er selbst ein Ziel vor. Mit diesem Programm verbindet sein Erfinder in dessen eigenen Worten kurzgefasst folgendes Anliegen: „Die Verfassungslehre wird in den Kreis der anderen Kulturwissenschaften, etwa der Literatur- und Musikwissenschaften (zurück-)geführt. Wie diese arbeitet sie [...] an und mit Texten [...]; doch ist der Text oft nur ein Hinweis auf den kulturellen Kontext.“ (Peter Häberle, *Der Sinn von Verfassungen in kulturwissenschaftlicher Sicht*, AöR 131 [2006], S. 621–642, hier: S. 637 f.). Durch die Betonung von Text und Kontext hatte Häberle bereits über eine Dekade vor Etablierung der Kulturwissenschaften an den Universitäten einen Blickwechsel weg von der Gesellschaft hin auf die Kultur eingeleitet und eine Kulturwissenschaft des Rechts, zumal des Verfassungsrechts entworfen, welche eine konsequente Alternative zu rechtssoziologischen Ansätzen bot. „Rechtswissenschaft ist eben gerade nicht ‚Sozialwissenschaft‘“ (ebd., S. 639), konstatierte er in einem Eröffnungsvortrag ausgerechnet zu einem Soziologentag.

In den universitär etablierten „kulturwissenschaftlichen“ Kulturwissenschaften sieht Häberle indes offenbar keine Alternative zur Sozialwissenschaft. So rezipiert er beispielsweise die im weitesten Sinn kulturwissenschaftlichen Theorien zu Identität und Alterität in dieser Arbeit über das identitätsstiftende Element der Nationalhymne nicht. Doch teilt er mit dieser Fachrichtung das Vorgehen, kanonische Werturteile und eingefahrene Unterscheidungen nicht einfach zu übernehmen. Häberle setzt eigene Akzente und so ist aus einer vermeintlichen Nebensache des Verfassungsrechts ein Forschungsgegenstand geworden, der angesichts der Probleme einer nationalen und europäischen Politik der Identität tatsächlich von großer Relevanz ist. In Zukunft wird es daher möglich sein, die National-

hymne unter Aspekten zu analysieren, die Häberle in seiner Studie bereits hervorgehoben hat, wie etwa die Frage, warum absolutistische Staaten sich mit Selbstdarstellungen in Bild und Ton so viel leichter taten als Demokratien und worin die besonderen Schwierigkeiten postkommunistischer Verfassungen in Osteuropa nach 1989 bei der Festlegung von Nationalhymnen bestanden. Es ginge in einer Fortsetzung der von Häberle eröffneten Forschungsperspektive auch um die an einer Stelle angedeutete historische Betrachtung zur Entstehung von „Staatsmusik“ (S. 69). Schließlich wird die Prämisse der vorliegenden Arbeit, dass die Hymne der Identitätsbildung einer Nation diene, selbst zu belegen sein. Häberles Abhandlung enthält mithin einen an die Rechts- und die Kulturwissenschaften gleichermaßen gerichteten Auftrag, Fragen nach Genese und Politik der Nationalhymne interdisziplinär weiter zu bearbeiten.

Cornelia Vismann

Marcel Kau: United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht. Die Bedeutung des United States Supreme Court für die Errichtung und Fortentwicklung des Bundesverfassungsgerichts. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 187. Springer Verlag, Berlin 2007, XXV, 538 S., EUR 99,95.

Die Konstanzer Dissertation von Marcel Kau setzt sich einen Konzeptionenvergleich von U. S. Supreme Court und Bundesverfassungsgericht (BVerfG) zum Ziel. Die umfassende, über 500 Seiten starke Abhandlung hat sowohl einen rechtsvergleichenden als auch einen verfassungshistorischen Methodenanspruch: Kau geht es darum, anhand einer Analyse insbesondere der Protokolle des Parlamentarischen Rates die Vorbildqualität des U. S. Supreme Court für Konzeption und Ausgestaltung des BVerfG zu beleuchten. Die Untersuchung, deren Fragestellung sich angesichts der von Beginn an evidenten Modellfunktion des U. S. Supreme Court für die deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit der Nachkriegszeit geradezu aufdrängt, füllt mit ihrer umfassenden monographischen Konzeption eine Lücke. Sie fügt sich ein in eine Tendenz zunehmender wechselseitiger Rezeption föderaler Verfassungsgerichte auch untereinander (illustrativ etwa der Dissent von Justice Breyer in *Printz v. United States*) sowie in eine zunehmend internationalisierte rechtsvergleichende Föderalismusdiskussion.

Der Ertrag der einzelnen 14 Teile der vorliegenden Abhandlung ist erwartungsgemäß durchaus unterschiedlich. Kau hat den Anspruch, dem Vergleich auch praktische rechtspolitische Vorschläge für die Übertragung bestimmter Ausgestaltungen auf das jeweils andere Gericht zu entnehmen; hierfür eignen sich naturgemäß bestimmte Bereiche besser als andere. Durchgängig in allen Teilen des Buchs referiert er zunächst die U. S.-amerikanische, dann die deutsche Rechtslage, unternimmt darauf aufbauend einen Konzeptionenvergleich und untersucht zuletzt die Frage des Einflusses des U. S. Supreme Courts auf das BVerfG im Lichte der Beratungen von Herrenchiemsee und des Parlamentarischen Rates. Diese Vorgehensweise ist teilweise redundant, da Kau bereits in den jeweiligen

Einzeldarstellungen ausführt, was der eigentliche Vergleich dann nochmals referiert. Überzeugend ist die Gliederung der Arbeit: Im Anschluß an die Einleitung arbeitet Kau zunächst im Rahmen der Organisations- und Institutionskennzeichen beider Gerichte die Paradigmenunterschiede von Einheits- und Trennungssystem (Behandlung von Verfassungsrechtsfragen in einem einheitlichen Gerichtssystem vs. institutionell eigenständiges Verfassungsgericht außerhalb des übrigen Instanzenzuges) heraus – ein Unterscheidungsmerkmal, das sich wie ein roter Faden durch die Untersuchung zieht. Zweiter und fünfter Teil, die sich beide mit Organisationsfragen befassen, hätten möglicherweise integriert werden können. Die gewonnenen methodischen Grundelemente wendet Kau auf die Verfassungsgerichtsbarkeiten mit vier dem deutschen Verfassungsrecht entnommenen Hauptkategorien von Verfahren (Normenkontrolle, Organstreit, Individualrechtsschutz und Föderalstreit) an.

Die verfahrensbezogenen Auswertungen (Teile 7 bis 11) sind durchgängig profunde ausgewertet und gehen methodenbewußt mit der immanenten Schwierigkeit des Vergleichs um, den bundesdeutschen Verfahrenstypen korrespondierende amerikanische Vergleichsgegenstände zu identifizieren. Die Gegenüberstellung von abstrakter Normenkontrolle und den unvollkommenen Möglichkeiten, im Rahmen individueller Prozeßrechtsverhältnisse inzidenten Rechtsschutz gegen Normen vor dem U. S. Supreme Court zu erlangen, führt Kau im 7. Teil zu berechtigter Kritik an den hierdurch im U. S.-Verfassungsrecht erforderlichen „konstruktivistischen Bemühungen“ (S. 281); hinsichtlich des Verfahrens nach Art. 100 GG sieht er das U. S.-Verfassungsrecht, das kein vergleichbares Verwerfungsmonopol kennt, zutreffend als „Gegenvorbild“ (8. Teil, S. 316). Die fehlende Entsprechung zu einem Organstreitverfahren nach deutschem Vorbild füllt Kau im 9. Teil durch eine Erörterung der „political question doctrine“, was zweifelhaft erscheint, da diese eher den Charakter einer Justitiabilitätsschranke denn eines eigenständigen Verfahrens surrogats hat. Die Frage, ob der Supreme Court insoweit Modellcharakter hatte, wird von Kau denn auch eher zurückhaltend beurteilt (S. 337). In Bezug auf föderative Streitverfahren identifiziert Kau die „Sovereign Immunity“-Doctrine als Ursache einer verfassungsprozessualen Asymmetrie (10. Teil, S. 355 f.), die im Gegensatz zum bundesdeutschen Verfassungsrecht einer genuin föderativen Balance abträglich ist. In Bezug auf Individualrechtsverfahren (11. Teil) thematisiert Kau die fehlende unmittelbare Entsprechung zur Verfassungsbeschwerde im U. S.-amerikanischen Recht, stellt dann jedoch den *Writ of Habeas Corpus* der Verfassungsbeschwerde gegenüber, um hierauf aufbauend recht knapp einerseits konstruktive Parallelen zu zeigen, andererseits aber die fehlende Nachweisbarkeit unmittelbarer Einflüsse zu konstatieren. Eine Einbeziehung der gesamten direkten wie indirekten U. S.-Verfassungsrechtsbehelfe in die Vergleichsbetrachtung hätte den ohnehin umfangreichen Rahmen der Arbeit gesprengt; gleichwohl ist nicht zu verkennen – und wird auch vom Autor betont –, daß mit dem auf Inhaftierungen zugeschnittenen Habeas Writ nur eine unvollkommene und ausschnittsweise Parallele zur Verfassungsbeschwerde bezeichnet ist.

Weniger ertragreich – obgleich gleichfalls präzise recherchiert und sorgfältig ausgewertet – sind, wie der Autor selbst konzediert (vgl. S. 222), die Teile 3, 4 und

6 über persönliche Qualifikation, Ernennungsverfahren und Anzahl der Richter. Dies mag daran liegen, daß die wechselseitige Beeinflussung beider Gerichte in dieser Hinsicht nicht über das hinausgeht, was institutionell und organisatorisch über ihre jeweilige Verfasstheit bereits ausgesagt ist und auch vom Vorverständnis nahegelegt wird. Der Autor geht auf das Spannungsverhältnis von politischen Opportunitäten und fachlicher Qualifikation bei Richterernennungsverfahren ein und arbeitet eine im Vergleich mit dem amerikanischen Vorbild wünschenswerte Steigerung von Transparenz und Öffentlichkeit für das BVerfG zutreffend heraus (S. 209); hierzu hätte man sich weitere Überlegungen gewünscht, zumal das U. S.-amerikanische Ernennungsverfahren seinerseits mit erkennbaren und vom Autor auch benannten Defiziten (S. 188 f.) behaftet ist, so daß keinem der beiden Verfahren originäre Vorbildqualität attestiert werden kann.

Bemerkenswert sind die in den letzten drei Teilen erfolgenden Auseinandersetzungen mit Annahmeverfahren, Bindungswirkung und abweichenden Meinungen: Stärker noch als eine unmittelbar die Verfahrenstypen parallelisierende Vergleichsperspektive geben diese Aufschluß über strukturell und verfassungshistorisch begründete Gemeinsamkeiten und Unterschiede des jeweiligen gerichtlichen Selbstverständnisses. Im 12. Teil arbeitet Kau anhand der „stare decisis“-Doktrin des Supreme Courts heraus, daß der im deutschen Verfassungsrecht realisierte Bindungsanspruch von Entscheidungen nach § 31 BVerfGG über den für kodifikatorische Rechtssysteme typischen Bindungsgehalt hinausgeht. Sowohl Inhalt als auch Grenzen verfassungsgerichtlicher (Selbst-)Bindung erweisen sich in durchaus stärkerem Maße ähnlich, als es der unterschiedliche Kontext in Case Law und Kodifikationssystem nahe legen würde; dies gilt auch für die in beiden Fällen im wesentlichen faktische Bindungsart.

Überzeugend gelingt im 13. Teil die konzise Aufnahme bekannter Kritik an der *Heckschen* Formel als eines „irrationalen Zuges“ tragenden Ermessenselements, das den Anspruch effektiven Jedermann-Grundrechtsschutzes in Teilen als „Trugbild“ (S. 440) entlarvt; Kau parallelisiert hier zutreffend die Ermessenskomponente der *Heckschen* Formel mit der ebenfalls ermessensgeleiteten Rechtsfigur des *writ of certiorari*, nicht allerdings, ohne die Unterschiede in der Ermessensbindung – die dem amerikanischen Rechtsdenken ohnehin eher fremd ist – nuanciert herauszuarbeiten (S. 440 ff.).

Die durchgehend klare Darstellung der Grundprinzipien des U. S.-amerikanischen Verfassungsrechts qualifiziert das Buch sowohl als rechtsvergleichende Grundlagenarbeit als auch als instruktiven Einstieg für den mit den Einzelheiten des U. S.-Rechtssystems nicht eingehend vertrauten deutschen Staatsrechtler. Insgesamt stellt Kaus Vergleich ungeachtet von Kritik im Einzelnen eine weiterführende und das rechtsvergleichende Selbstverständnis deutschen Staatsrechts bereichernde Analyse dar, die zur weiteren wechselseitigen Durchdringung der Rechtsordnungen von Deutschland und der USA beitragen wird.

Florian Sander

Dietmar Lutz (Hrsg.): Die Goldene Bulle von 1356. Das vornehmste Verfassungsgesetz des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation, Schmidt-Römhild Verlag, Lübeck 2006, 163 S., EUR 32,90.

Das „Alte Reich“ lebt. Nach langen Jahren der Geringschätzung und der im Einzelfall an Karikierung grenzenden Darstellung hat es auch und gerade in der verfassungsgeschichtlichen Forschung eine markante Neubewertung erfahren, die namentlich die Wahrung des (konfessionellen) Friedens durch Recht als bleibende Leistung hervorhebt. Mit diesem Wandel geht ein insgesamt verstärktes Interesse am sog. Heiligen Römischen Reich und seinen Institutionen einher, das auch seine zentralen Verfassungsdokumente erfaßt. Ein Ausdruck dieses neuen Interesses ist die anzuzeigende Neuedition und Übersetzung der „Goldenen Bulle“ aus der Feder von Dietmar Lutz. Während die bislang vorliegenden Ausgaben oftmals primär bibliophilen Interessen geschuldet sind, zielt Lutz ausdrücklich auf eine Übersetzung und Kommentierung, die juristischen Ansprüchen genügt.

Diesen Anspruch löst das Buch nur zu einem geringen Teil ein. Nach einleitenden Anmerkungen zum „*Sacrum Romanum Imperium*“ und seinen Fundamentalgesetzen schildert Lutz die Entstehungs- und Überlieferungsgeschichte der Goldenen Bulle (S. 3–11). Daran schließen sich die deutsche Übersetzung (S. 12–106) und der lateinische Urtext (S. 107–163) an. Die Übersetzung wird durch knapp 200 Anmerkungen in Fußnoten ergänzt, die Deutungen des Textes, Begriffserklärungen oder auch weiterführende Erwägungen enthalten. Eine Karte des Reiches nach dem Stand von 1356 und Bilder der Tagungsorte der Reichstage in Nürnberg und Metz runden das Buch ab.

Text und Übersetzung sind verlässlich; die Sprache ist nüchtern und präzise. Der Fußnotenapparat genügt allerdings bestenfalls populärwissenschaftlichen Anforderungen; ihn als „Kommentierung“ zu bezeichnen, dürfte zu hoch gegriffen sein. Die einzelnen Anmerkungen sind inhaltlich in der Regel tragfähig, verzichten allerdings konsequent auf Belege aus weiteren Quellen oder der Sekundärliteratur. Ferner wirken sie allzu oft beliebig, mitunter durch den übertriebenen Gebrauch des Ausrufungszeichens auch ein wenig effekthascherisch. Die Einleitung ist zu kurz, als daß sie gemeinsam mit den Anmerkungen zum Text dem mit der Materie nicht vertrauten Leser wirklich Orientierung verschaffen könnte.

Dem Buch wäre schließlich eine sorgfältigere Bearbeitung zu wünschen gewesen. Satz und Bindung wirken unprofessionell, die direkt auf den Einbandkarton gedruckten Photos deplaziert. Die Goldene Bulle hätte eine bessere Ausstattung verdient gehabt.

Fabian Wittreck

Kai Trümpler: Grenzen und Abgrenzungen des Küstenmeeres. Tübinger Schriften zum internationalen und europäischen Recht, Bd. 85. Duncker & Humblot, Berlin 2007, 254 S., EUR 76,-.

Auf den ersten Blick scheint alles ganz einfach zu sein. Die Maximalbreite des Küstenmeeres beträgt heute 12 Seemeilen, die von der Niedrigwasserlinie aus gerechnet werden, und zusätzlich gelten für Buchten wie auch für eine unregelmäßig gestaltete Küste gewisse Sonderregeln. Damit ist im Allgemeinen der aktuell verfügbare Wissensbestand abgehakt, und im Regelfall weiß selbst der Rechtskundige nicht, dass sich dahinter ganze Gebirge von Zweifelsfragen auftürmen. Das fängt schon bei der Niedrigwasserlinie an, die ja einen sehr unterschiedlichen Verlauf haben kann je nach der Intensität des Tidenhubs. Kommt es auf ein Jahresmittel an, oder ist von den äußersten Wetterlagen auszugehen? Und wie wird von dieser Linie aus die Entfernung von 12 Seemeilen berechnet? Was im Lehrbuch oder in der Vorlesung mit leichter Hand behandelt werden kann und in Art. 4 des Seerechtsübereinkommens (SRÜ) mit wenigen Worten nur angemerkt wird, wirft erhebliche Probleme auf. Erst nach langen Querelen hat sich die Kreisbogenmethode durchgesetzt.

Der Verf. führt den Leser mit souveränem Geschick durch alle diese Problemfelder hindurch. Er erfährt von dem Unterschied zwischen Inseln und bloßen trockenfallenden Erhebungen, die jeweils einem besonderen Rechtsregime unterstehen, und wird in genau der gleichen scharfsichtigen Art über die für Archipele geltenden Regeln aufgeklärt wie auch über die Abgrenzungskriterien bei einander gegenüber oder nebeneinander liegenden Staaten. Manche der Ausführungen sind ohne nähere Vertrautheit mit den in die Prüfung einbezogenen topographischen Eigenheiten einer Küstenlage nicht einmal ohne weiteres zu verstehen, auch wenn der Verf. immer wieder erläuternde Illustrationen in seinen Text einbaut, sogar mit Originalkartenmaterial zum bahnbrechenden britisch-norwegischen Fischereistreit. So wird dem Leser nahe gebracht, dass die Abgrenzung des Küstenmeeres kein Kinderspiel ist, obwohl die Frage durch die Anerkennung der ausschließlichen Wirtschaftszone und des Festlandsockels viel von ihrer früheren Brisanz verloren hat.

Der Verf. behandelt sein Thema mit großer Umsicht. Sämtliche Detailerörterungen werden in einen historischen und systematischen Zusammenhang eingebracht. Man erfährt durchweg, wie das heutige Rechtsregime sich aus seinen Vorläufern entwickelt hat und welche politischen Kräfte auf seine inhaltliche Ausgestaltung eingewirkt haben. So gelangt die Abhandlung weit über eine schlichte Darstellung des heutigen positiven Rechts hinaus. Nur eine Kritik lässt sich äußern, dass nämlich der Verf. viele Regeln anhand der Fassung, die sie in dem Genfer Übereinkommen über das Küstenmeer und die Anschlusszone von 1958 (KMÜ) gefunden haben, erläutert, anstatt, was für die Praxis sinnvoller wäre, an erster Stelle das SRÜ heranzuziehen und dann ggf. auf das KMÜ zurückzugreifen. Der Aufbau erklärt sich aus seinem Bestreben, die historische Genese der Vorschriften vorzuführen. Dies ist ein an sich löblicher Ansatz, der sich auch leicht rechtfertigen lässt, jedoch wäre nach Auffassung des Rezensenten der systematische Ansatz vorteilhafter gewesen.

Der Verf. hat ein großartiges Werk zustande gebracht, das von einer beeindruckenden Sachkenntnis und einer umfassenden Verarbeitung der einschlägigen Literatur zeugt. Zahlreiche der von ihm behandelten Probleme sind auch bisher nirgendwo sonst mit der gleichen Sorgfalt und Detailgenauigkeit behandelt worden. Ohne weiteres darf man die Aussage wagen, dass der Verf. unter Anleitung seines Tübinger Mentors *Graf Vitzthum* ein Standardwerk geschrieben hat, das im Hinblick auf das Küstenmeer und seine Abgrenzungen weitere Untersuchungen jedenfalls für Jahre überflüssig macht. Erstaunlich ist, wie innerhalb eines halben Jahrhunderts die Rechtsentwicklung vorangekommen ist. Noch zu Anfang der sechziger Jahre hat die Bundesrepublik Deutschland Protestnoten an Staaten geschickt, die sich anmaßen, ihr Küstenmeer über drei Seemeilen hinaus auszuweiten. In den nächsten 50 Jahren wird und kann es keine derart dynamische Vorwärtsentwicklung mehr geben. Das Recht ist ausgeformt. An seiner Feststellung und endgültigen Konkretisierung hat Trümpler mit der vorliegenden Schrift einen erheblichen Anteil genommen.

Christian Tomuschat

Yun-Ju Wang: Die Entwicklung der Grundrechte und der Grundrechtstheorie in Taiwan. Eine Rezeptionsgeschichte des deutschen Grundrechtsverständnisses. VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2008, XVII, 211 S., EUR 35,90.

Die hier anzuzeigende Dissertation (Fachbereich Rechtswissenschaften der Johann Wolfgang von Goethe-Universität Frankfurt am Main), die unter Betreuung von *Michael Stolleis* entstanden ist, ist ein weiteres Teilstück in der fruchtbaren Beziehung wissenschaftlichen Austauschs zwischen Deutschland und Taiwan. Die Wirksamkeit und die Arbeiten von *Yueh-sheng Weng*, dem langjährigen Präsidenten des Justiz-Yuan, und *Christian Starck*, die sich bei dem Ausbau dieser Beziehung besonders verdient gemacht haben (siehe nur die deutsch-taiwanesischen Kolloquien zum Verfassungsrecht in Göttingen; Rezension des Kolloquiums 2002 in AöR 129 [2004], S. 663), kommen in der Abhandlung von Yun-Ju Wang vielfach zur Geltung. Die „Rezeptionsgeschichte“ des deutschen Grundrechtsverständnisses wird in einem anspruchsvolleren Sinn erst seit der Etablierung der Republik China auf Taiwan und deutlicher mit der Aufhebung des Kriegsrechts 1987 fassbar, ist aber eingebettet in die umfangreichen politischen und kulturellen Zusammenhänge, die bis in Reformen in China am Beginn des vergangenen Jahrhunderts zurückreichen. Bevor die Autorin sich der Entwicklung der Grundrechte und der Grundrechtstheorie auf Taiwan in der Nachkriegszeit (1949 bis 1987) und dann nach der Aufhebung des Kriegsrechts zuwendet, schildert sie Wege zur Modernisierung des Rechtssystems vor 1945 auf dem chinesischen Festland und auf Taiwan und weiter die Aufklärung und die Rezeption der Idee der Menschenrechte bei der Entstehung der chinesischen Verfassung seit den 1908 noch vom Qing-Kaiser verkündeten „Richtlinien der Verfassung“. Diese „Richtlinien“, die bereits einen kurzen Katalog von Rechten der Untertanen enthielten, übernahmen

das konstitutionelle Prinzip aus der Meiji-Verfassung Japans, die sich ihrerseits an dem Muster der preußischen Verfassung von 1850 orientierte. In einem Anhang der Arbeit werden die Grundrechtsbestimmungen in den Verfassungen der Republik China mitgeteilt („Vorverfassungen“ von 1911/12, vom 1. Mai 1914, vom 10. Oktober 1923 und vom 1. Juni 1931, Verfassung vom 1. Januar 1947). Als „Hauptvermittler“ der Rezeption des deutschen Grundrechtsverständnisses und überhaupt als wesentlicher Inspirator der Verfassungsbewegung wird der Staatsrechtler *Carsun (Chün-Mai) Chang* (1887–1969) charakterisiert (S. 40 ff.). Die Politik der deutschen Sozialdemokratie, die Weimarer Reichsverfassung und das Prinzip der Gemeinwirtschaft mit sozialen Rechten und Pflichten, nach dem Ende der Weimarer Republik die Menschenrechte und die Verfassungsgerichtsbarkeit der USA waren wesentliche Quellen der Rezeption westlicher Verfassungspraxis durch *Chang*.

Die Verfasserin arbeitet in einleuchtender Differenzierung die Unterschiede zwischen den jeweils vorherrschenden Grundgedanken der Freiheitsrechte als verfassungsrechtlicher Garantien, der mit positivrechtlicher Geltung ausgestatteten Grundrechte im Verfassungsgesetz und der wissenschaftlichen Doktrin und Dogmatik der Menschen- und Freiheitsrechte heraus. Über den unmittelbaren Gegenstand der Untersuchung hinaus treten damit allgemeine Kriterien einer methodisch geleiteten Rechts- und Verfassungsvergleichung zu Tage. Es kann unter diesem Blickwinkel auch gelingen, die selbständige Gestaltungskraft der Rechtsidee und des Schutzes der Freiheit in der staatlichen Gemeinschaft in der europäischen und in der chinesischen Überlieferung und Verfassungspolitik zu erfassen. Das westliche Naturrechtsdenken, zugespitzt in einem individualistischen Vernunftrecht seit der bürgerlichen Verfassungsbewegung und die bis heute wirksame konfuzianische Staatslehre, die nicht ein Gegenüber von Staat und Gesellschaft zum Axiom erhebt, sondern vielmehr die „Harmonie“ der Gesellschaft und die gegenseitigen Pflichten der Menschen in den Vordergrund stellt, treffen aufeinander. Die Dogmatik von subjektiv öffentlichen Rechten, die durch „Eingriffe“ der öffentlichen Gewalt eingeschränkt werden, eignet sich demzufolge nicht zu einer unmodifizierten Übernahme in die chinesische Verfassungspraxis, anders als die neueren deutschen Lehren von den objektiven Dimensionen der Grundrechte und den grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates (siehe S. 128 ff.). Besonders erfolgreich war und ist die Vorbildwirkung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und in den USA und die Grundrechtspraxis des Bundesverfassungsgerichts. Mit interessanten Abgrenzungen behandelt die Verfasserin den Einfluss der Statuslehre *Georg Jellinek*s vor der Aufhebung des Kriegsrechts und die unterschiedliche Rezeption des deutschen Grundrechtsverständnisses in den drei Generationen der Staatsrechtslehrer in Taiwan nach 1949 (S. 96 ff., 119 ff.). Die unter dem – kritisch betrachteten – „KMT-Regime“ dominierende positivistische Begriffsjurisprudenz ging im Zuge der demokratischen Modernisierung in die heutige Periode über, in der Grundrechte mit größerem Gewicht in den Gesamtbau der Staatsordnung eingefügt sind.

Von den Grundrechten der Verfassung der Republik China (Taiwan) lenkt die Verfasserin das Augenmerk vor allem auf Art. 15: „Das Recht des Volkes auf Leben, Arbeit und Eigentum wird gewährleistet.“ In der Zusammenschau mit der

allgemeinen Klausel des Art. 23 kann dieses komplexe Grundrecht, das Abwehr-, Teilhabe- und Schutzgarantie in unaufgelöster Widersprüchlichkeit verbindet, durch die Gesetzgebung eine ausgleichende Ausgestaltung und Verwirklichung finden: „Alle in den vorangegangenen Artikeln genannten Rechte und Freiheiten dürfen nicht durch Gesetze eingeschränkt werden, es sein denn sie sind notwendig um die Einschränkung der Freiheit anderer zu verhindern, eine drohende Krise abzuwenden, die soziale Ordnung zu bewahren oder das öffentliche Wohl zu fördern.“ Die Arbeit der Verfasserin ist geeignet, diesem Gesetzesvorbehalt und legislatorischen Regelungsauftrag eine Unterstützung mithilfe dogmatischer Überlegungen zu leihen.

Peter Badura

Gilbert-H. Gornig/ Urs Kramer/ Uwe Volkmann (Hrsg.): Staat – Wirtschaft – Gemeinde. Festschrift für Werner Frotscher zum 70. Geburtstag. Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 1069. Duncker & Humblot, Berlin 2007, 848 S., EUR 98,-.

Festschriften sind nicht nur Orte wissenschaftlicher Diskussion, sondern seit längerem selbst Gegenstand der Diskussion. Die hier anzuzeigende Festschrift für *Werner Frotscher* ist indes ein schönes Beispiel dafür, warum diese Literaturgattung auch im 21. Jahrhundert ihre Berechtigung hat: Durch einfühlsame Anbindung der vielfältigen Themen an Arbeitsschwerpunkte des Jubilars einerseits und die persönliche Verbundenheit der Autoren zu diesem andererseits entsteht ein eigenständiges, auf den Jubilar zentriertes Gesamtbild, dessen die Summe der Teile übersteigender geistiger Gehalt die thematischen Interessen und persönliche Einbindung des Gewürdigten in einzigartiger Weise verdichten.

Den im beigefügten Schriftenverzeichnis widergespiegelten Interessenschwerpunkten des Jubilars entsprechend sind die vielfältigen Beiträge in die Hauptabschnitte Verfassungsgeschichte, Verfassungsrecht und Verfassungspolitik, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht sowie Kommunalrecht unterteilt, während sein Engagement für die Lehre sichtbaren Niederschlag in einem weiteren Abschnitt über Ausbildung und Hochschulrecht gefunden hat. Der fehlende Bezug auf die Verfassungsgeschichte im ansonsten wohlbedachten Titel der Festschrift wird kompensiert, indem dieses für die Forschungstätigkeit *Frotschers* so bedeutsame Gebiet die erste Säule bildet. Dort befasst sich zunächst *Michael Stolleis* mit der Rezeption des antiken Topos der „*respublica mixta*“ zur Charakterisierung der schwer fassbaren *forma imperii* des Alten Reichs. Chronologisch in das Mittelalter zurück weist der Beitrag *Dieter Werkmüllers* über Weistümer als Quellen zur Verfassungsgeschichte, bevor *Hartmut Maurer* die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland seit Beginn des 19. Jahrhunderts und *Klaus-Peter Schroeder* die interessante Biographie des preußischen Kronsyndikus und Heidelberger Staatsrechtslehrers Hermann von Schulze-Gaevernitz nachzeichnet. Von den zahlreichen weiteren Beiträgen, die im Rahmen einer Buchanzeige naturgemäß nicht alle genannt werden kön-

nen, seien hier zwei Beiträge zu berühmten französischen Rechtsakten herausgegriffen, welche die frankophile Ader des Jubilars aufgreifen: *Hans Peter Bull* befasst sich mit der Unterdrückung der Koalitionsfreiheit durch die loi Le Chapelier von 1791, während *Dominique Breillat* von der Marburger Partneruniversität Poitiers das Gesetz zur Trennung von Staat und Kirche von 1905 vor dem Hintergrund seiner Entstehungszeit, aber auch unter den gewandelten religionsverfassungsrechtlichen Bedingungen des heutigen Frankreichs (und Europas) kritisch würdigt. Die besondere Bedeutung der Verfassungsgeschichte für das Wirken des Jubilars hat auch darin ihren Ausdruck gefunden, dass zwei der Herausgeber diese Säule bereichern: Während Gilbert Gornig die Phasen in der Geschichte der schleswig-holsteinischen Heimat *Frotschers* als Kondominium und Koimperium untersucht, schlägt Uwe Volkmann einen vortrefflichen Bogen von der Verfassungsgeschichte zur gegenwärtigen Reformdiskussion des föderalen Systems.

Eine breiter gestreute Themenvielfalt findet sich dann im zweiten Block zu Verfassungsrecht und Verfassungspolitik. Hervorgehoben sei hier ein an das Engagement des Jubilars für plebiszitäre Elemente und dessen interdisziplinäres Interesse anknüpfender Beitrag *Theo Schillers*, der einen vergleichenden Überblick über Volksinitiativrechte in Europa gibt. Neuere Forschungsgegenstände des Jubilars greift dann u. a. *Murad Erdemir* mit einem Beitrag zum Schutz der Menschenwürde vor Gewaltdarstellungen in Rundfunk und Telemedien auf, bevor Beiträge *Konrad Scors* zum Begriff, zum System und zu den Grenzen deutscher und europäischer Wirtschaftsverfassung sowie *Norbert Walters* zur Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik die Brücke zur dritten Säule über Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht schlagen.

Dort analysiert eingangs *Hans-Detlef Horn* das vielgesichtige Phänomen der Regulierung und deren Tendenz, das Wirtschaftsverwaltungsrecht zu einem wettbewerbsbezogenen Verwaltungsrecht umzugestalten, bevor *Steffen Detterbeck* die im Kontext des Vergabewesens intensiv diskutierte Rechtswegproblematik durchleuchtet und praktikablen Lösungsmöglichkeiten zuführt. Aktuelle, praktische Probleme des Wirtschaftsverwaltungs- und -verfassungsrechts behandeln dann auch die Beiträge von *Hans D. Jarass* zur Enteignung bei der Errichtung und Änderung von Flughäfen, von *Christian Koenig* zur Anwendung der Lehren des Jubilars zur Gewerbefreiheit und Marktplatzvergabe auf die Auswahl des richtigen Insolvenzverwalters und von Mitherausgeber *Urs Kramer* zu Grund und Grenzen der Betriebspflicht im Eisenbahnrecht. Allgemeiner, aber ebenfalls von hoher Aktualität ist der Beitrag von *Hans-Werner Laubinger* zu dem in der einschlägigen Literatur oftmals vernachlässigten Reisehandwerk nach der Handwerksnovelle-2003 und dessen Potentialen zur Umgehung des Meisterzwangs.

Ein eher kleiner, aber dessen ungeachtet feiner Abschnitt ist sodann dem Kommunalrecht als weiterem Arbeitsschwerpunkt *Frotschers* gewidmet, der seine Assistenzeit in Kiel bei *Georg Christoph von Unruh* verbracht hat: Hier untersucht zunächst *Sebastian Müller-Franken* Vorgaben aus dem Demokratieprinzip sowie aus der Selbstverwaltungsgarantie für den Bürgerentscheid auf der Ebene der Gemeinden. Als wesentlichen Grund für die geringe praktische Bedeutung plebiszitärer Elemente auf lokaler Ebene identifiziert *Christian Wefelmeier* sodann den

obligatorischen Kostendeckungsvorschlag. *Thomas Schäfer* beleuchtet hingegen das System der "Checks and Balances" im Verhältnis von Bürgermeister, Gemeindevorstand und Gemeindevertretung nach den letzten Änderungen des hessischen Kommunalverfassungsrechts. Während sich *Wilhelm Nassauer* mit der Anfechtung kommunaler Wahlen in Hessen im Lichte neuerer Gesetzesänderungen und verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung befasst, behandelt *Martin Thormann* am Beispiel der Schwimmbäder die praktisch wichtige Frage, ob sich Public Private Partnerships zur Konsolidierung kommunaler Haushalte eignen. Abgerundet wird der kommunalrechtliche Abschnitt durch einen im Schnittfeld zum Baurecht angesiedelten Beitrag *Wolf-Rüdiger Schenkes* zum Rechtsschutz von Nachbargemeinden in Verbindung mit Bauleitplänen.

Kein Zufall ist es, dass das Engagement des Jubilars in der Lehre nicht nur im Geleitwort zur Festschrift, sondern auch in einem kleinen abschließenden Abschnitt zu Ausbildung und Hochschulrecht seinen Ausdruck gefunden hat. Während *Bodo Pieroth* sich hier auf literarische Streifzüge durch die Geschichte der Juristenausbildung in Deutschland begibt und *Reinhard Hendler* unter dem Titel „Universitäten im Reformprozess“ Überlegungen zu einigen Aspekten der Neuordnung des Hochschulwesens anstellt, spricht sich *Hermann Stephan* vor dem Hintergrund jahrzehntelanger Bemühungen um eine Reform der Juristenausbildung für eine Umsetzung des Bologna-Modells auch im Bereich der juristischen Ausbildung aus. Abgerundet wird die sorgfältig edierte Festschrift durch ein Schriftenverzeichnis sowie das schon erwähnte Geleitwort, das die Biographie des Jubilars einfühlsam nachzeichnet.

Martin Will

Gregor Kirchhof: Grundrechte und Wirklichkeit. Freiheit und Gleichheit aus der Realität begreifen – ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik. C. F. Müller, Heidelberg 2007, VIII, 64 S., EUR 19,80.

Es beweist schon großen Mut, wenn ein junger Wissenschaftler ein solches Kardinalthema der Grundrechtsinterpretation und juristischen Methodik aufgreift. Scheinen doch zumindest auf den ersten Blick die großen Zeiten des Themas „Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit“ und der interdisziplinären Einbeziehung sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse in die juristische Falllösung bereits lange zurückzuliegen. Dabei ist offensichtlich, dass sich kein Grundrechtsfall ohne (auch empirisch geleitete) Schutzbereichsanalyse lösen lässt, dass beim Grundrechtseingriff faktische Beeinträchtigungen von echter Grundrechtsbetroffenheit zu trennen, dass bei jeder Verhältnismäßigkeitsprüfung mit Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit Aspekte der Rechtswirklichkeit in die Entscheidungsfindung aufzunehmen sind. Ein besonders „wirklichkeitshängiges“ Grundrecht ist der Allgemeine Gleichheitssatz. Hier geht es schon bei der Bildung von Vergleichsgruppen um aus dem Sachverhalt heraus zu definierendes wesensmäßig Gleiches und Ungleiches, sind die sachlichen Gründe für Differenzierungen zu benennen und zu begründen.

Es ist also sehr verdienstvoll, wenn der Verfasser dem Thema „Grundrechte und Wirklichkeit“ nach längerer Zeit einmal wieder eine – wenn auch kurze – grundrechtsdogmatische Untersuchung widmet. Er tut dies in einer Abfolge von insgesamt 14 eher zufällig aufeinanderfolgenden Kurzabschnitten, mit denen jeweils Grundfragen der Verfassungsdogmatik angesprochen werden.

In den einleitenden allgemeinen Kapiteln greift Kirchhof hoch und weit aus: Er stellt Fragen an die „herkömmliche Grundrechtsdogmatik“ und markiert deren wirkliche oder vermeintliche Defizite (I.). Bei der Schutzbereichsanalyse, beim Eingriff und bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung stellt er eine mangelnde oder methodisch nicht hinreichend reflektierte Einbeziehung der Wirklichkeit in die Grundrechtsinterpretation fest. Ausgangspunkt ist die zu Recht viel kritisierte Glykolentscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 105, 252, 265) mit der in dieser enthaltenen Wendung, dass die Gewährleistung der Berufsfreiheit von vornherein nicht den Schutz vor wahrheitsgemäßer staatlicher Produktinformation umfasse. Wenn der Verf. aber anschließend feststellt, der „herkömmliche Grundrechtsinterpret“ betrachte die Wirklichkeit gleichsam nur als Objekt des Rechtsbefehls, dann scheint er doch zu übersehen, dass die real existierende Grundrechtsdogmatik spätestens seit *Friedrich Müller* und *Konrad Hesse* die Wirklichkeit keineswegs ausschließlich als „Objekt des Rechtsbefehls“, sondern als konstituierendes Merkmal der Schutzbereichsanalyse begreift. „Kunst“, „Beruf“, „Wissenschaft“ und „Religion“ sind eben primär durch Autonomie und Selbstdefinition gekennzeichnete Phänomene in der Realität, die schon bisher den normativen Gehalt des jeweiligen Freiheitsrechts mitbestimmten. Es könnte also sein, dass der Verf. mit seinem immer wieder geäußerten Appell zur Überwindung des Herkömmlichen offene Türen einrennt – übrigens mit vorzüglicher und präziser Wiedergabe der seit den 1960er Jahren geführten Methodendiskussion. Auch die Beispiele, z. B. das Pflegeversicherungsurteil (BVerfGE 103, 242 ff.), taugen zum Beleg der seit längerem konstitutiven Bedeutung der Einbeziehung der Normwirklichkeit in die Grundrechtsinterpretation. Der durchaus umstrittene Kern der derzeitigen Grundrechtsdebatte (III.) liegt somit nicht in der Einbeziehung der Wirklichkeit, sondern in der im Glykolbeschluss erstmals durchgesetzten Aufforderung, aus dem als zu weit empfundenen Schutzbereich den engeren „Gewährleistungsbereich“ herauszukristallisieren, der dann allein noch den Inhalt des Grundrechts ausmachen soll. Von den Vertretern dieser „neuen Lehre“ wird die größere Abwägungsresistenz des so geschrumpften und zugleich gehärteten Grundrechts versprochen – ein Versprechen, das schon deshalb nicht gehalten werden kann, weil es für das Grundrecht nicht von Gewinn sein kann, wenn es in seinen nicht mehr gewährleisteten „Randbereichen“ erst gar nicht zur Abwägung kommt. Der von Kirchhof zu Recht betonte immerwährende Auftrag an die juristische Methodik, der Schutzbereichsanalyse mit Sorgfalt schärfere Konturen zu geben, besteht unabhängig davon; und er ist ebenso berechtigt wie allerdings auch nicht neu.

Etwas unvermittelt widmet sich Kirchhof sodann der Verhältnismäßigkeitsprüfung (IV.), die ohne weitere Begründung als „Zentrum der Grundrechtsprüfung“ und als ein besonderer Beleg für die Notwendigkeit einer präzisen Erfassung von Wirklichkeit bezeichnet wird. Galt beides nicht auch für die Schutz-

bereichsanalyse und die Definition des Eingriffs und dessen Härte? Als habe er nicht bisher schon viele dicke Bretter zumindest angebohrt, widmet sich der Verf. sodann auch noch auf nicht mehr als einer Seite dem weiteren Zentralproblem der Grundrechtsinterpretation, dem Verfassungswandel durch Wechsel der Normsituation (V.). Das ist nun wirklich zu knapp. Dass sich die Wirklichkeit nicht in sorgfältig abgegrenzte Schutzbereiche teilen lässt, wird am Urteil zur Schächterlaubnis eines muslimischen Metzgers (BVerfGE 104, 337, 345) belegt. Die Überschneidung der Schutzbereiche lag in diesem Fall aber auch daran, dass der Beschwerdeführer sich nicht primär auf die Religionsfreiheit, sondern auf seine Berufsfreiheit bzw. – als Ausländer – auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit berufen hatte und das Gericht die Schwäche dieses Grundrechts für den zu entscheidenden Fall durch Elemente der Religionsfreiheit kompensieren musste (VI.).

Die Einbeziehung der Wirklichkeit ist auch bei der Frage des Grundrechtseingriffs wichtig und trägt zu der seit langem geläufigen Erkenntnis bei, dass sich die komplexen Probleme nicht mehr mit dem „klassischen“ Begriff des unmittelbar gezielten Eingriffs lösen lassen. In verdienstvoller Weise greift der Verf. die kumulative Belastung und verfassungswidrige „Breiten-, Folge- und Gegenwirkungen“ auf, denen das BVerfG – und nicht nur das BVerfG – nicht gerecht werde, wenn es sich nur auf den Einzelfall und den gezielten Eingriff beschränkt und die Verhältnismäßigkeitsprüfung an ihm ausrichtet (VII.). Hier leistet Kirchhof nicht nur willkommene Aufklärung, sondern er gibt auch wichtige Hinweise zur Lösung der Probleme.

Im zweiten Teil nehmen die einzelnen Anschnitte die Form von Miniaturen an. Jeweils in nur wenigen Zeilen stellt er die „abwehrende Funktion der Grundrechte als zu enges Leitbild“ fest, das den Staat zum Gegner erkläre und die Bedeutung der Schutz- und Leistungspflichten verkenne (VIII./IX.). Das ist – mit Verlaub – selbst eine grobe Verengung des derzeitigen Stands der Grundrechtsdogmatik, die längst die Abhängigkeit des Menschen von (nicht nur staatlichen) Leistungen, den Eingriff durch fehlende Verfahrensvorkehrungen und durch Verletzung von Schutzpflichten thematisiert hat. Richtig beobachtet ist die Einbeziehung von Wirklichkeitselementen im Rahmen der sogenannten „Drittwirkung“, die u. a. in der unterschiedlichen faktischen Stärke und Schutzbedürftigkeit begründet ist – ob zu Recht und in welchen Grenzen, wird nicht gefragt (X.). Schließlich geht es um die feststellbare Einbeziehung von Tatsachenelementen auf den drei Prüfungsstufen des Gleichheitssatzes (XI.), wo schon in der Bildung von Vergleichsgruppen und im Merkmal des sachlichen Grundes und bei der im Rahmen der „neuen Formel“ zu leistenden Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Ungleichbehandlung der Wirklichkeitsbezug evident wird. Gleiches stellt der Verf. – wieder sehr knapp begründet – bei Grundrechten fest, die eine „Einrichtung garantieren“ – auch dies kaum überraschend, denn bei Ehe, Familie und Eigentum handelt es sich bei aller staatlichen Prägung eben doch primär um Phänomene konkreter Lebenswirklichkeit (XII.). Zu Beginn des etwas ausführlicheren Kapitels XIII. ist man gespannt, was der Verf. wohl mit der Überschrift „Idee der Freiheit und paralleler Grundrechtsschutz“ meint. Das bezieht sich auf den parallelen Rechtsschutz durch den EuGH, den EGMR und das Bundesverfassungsgericht. Überlagert wird das Thema freilich mit einer Grundaussage zum Schutz des „Vor-

gefundenen“ und dem immer wieder anklingenden „Vorschlag“ wirklichkeitsoffener Grundrechtsinterpretation.

Im abschließenden Kapitel XIV. wird dann wirklich deutlich, worum es Kirchhof mit der „realitätsoffenen Interpretation der Grundrechte“ geht. Der realitätsbestimmte Schutzbereich wird in Normwirklichkeit und Norminhalt getrennt. Letzterer sollte erst nach der staatlichen Maßnahme geprüft werden, weil diese erst die Grundrechtsbetroffenheit im konkreten Fall bestimme und damit entscheide, ob ein Grundrecht als Abwehrrecht oder in anderen Schutzfunktionen zum Einsatz kommt. Es sind also der Eingriff und die Gefährdungslage, die aus der Fülle der Normwirklichkeit den realen Norminhalt herauskristallisieren. Damit lässt der Autor – wenn ich seine Darstellung richtig verstehe – die Katze aus dem Sack: Das Grundrecht besteht aus einem allgemeinen gesellschaftlichen Wirklichkeitsbereich, der grundrechtsdogmatisch erst in dem Moment Konturen gewinnt, in dem der Staat oder ein anderer Grundrechtsgefährder oder Grundrechtsgewährleister aktiv werden. Die Pointe ist dieselbe wie im Glykolweinurteil. Geschützt ist nicht mehr der Schutzbereich als Ganzer und ein Eingriff liegt nicht mehr in jedem belastenden Einwirken auf diesen Schutzbereich, sondern nur noch im Zugriff auf dasjenige, was besonders markiert, hervorgehoben und staatlich gewährleistet ist.

Wie das gemeint ist, versucht der Autor mehrfach mit dem Bild einer beweglichen Platte zu illustrieren, auf der der Grundrechtsinterpret die Gewichte so zu arrangieren habe, dass keines herunterfällt.

Es ist das Verdienst der Arbeit, dass sie wichtige Anstöße zur Fortsetzung einer grundrechtsdogmatischen Debatte liefert, in der alle Beteiligten klären müssen, ob nicht bei jeder Verengung des Schutzbereichs oder jeder Definition des Schutzbereichs von besonderer Gefährdung oder Gewährleistung her schon im Ansatz Wesentliches von jener Platte herunterfällt.

Friedhelm Hufen

Oliver W. Lembcke: Hüter der Verfassung. Eine institutionentheoretische Studie zur Autorität des Bundesverfassungsgerichts. Neue Staatswissenschaften, Bd. 7. Mohr Siebeck, Tübingen 2007, XII, 509 S., EUR 74,-.

Wer heute vom Hüter der Verfassung spricht, meint das Bundesverfassungsgericht. So auch diese politikwissenschaftliche Studie, die das institutionelle (Selbst)Verständnis des Gerichts und seine besondere Rolle im politischen System der Bundesrepublik erklären will. Das ist alles andere als ein neues Thema, vielmehr, wie auch Lembcke einräumt, ein „ausgeschriebenes“. Es ist aber nun einmal ein Zentralthema der politisch-staatsrechtlichen Ordnung der Bundesrepublik und muß deshalb beständig weiterentwickelt und in seinen Thesen und Ergebnissen überprüft werden. Das Buch versucht es mit einer Rückbesinnung auf den Begriff des Hüters, den auch das Bundesverfassungsgericht, jedenfalls in seiner früheren Rechtsprechung, ausdrücklich zur Charakterisierung der eigenen Rolle herangezogen hat. Diese „bukolisch“ (*Roman Herzog*) anmutende Wendung hat, bezogen

auf das Gemeinwesen überhaupt, eine lange Tradition, die bis zum Beginn des politischen Denkens zurückreicht. Bei *Platon* bildet das Hüten eine politische Urscene, die dadurch gekennzeichnet ist, daß der Hüter überlegenes Wissen in politischen Dingen hat und die Behüteten ihm vertrauen. Geblieben ist davon im modernen Verfassungsstaat die Frage nach der Rationalität der politischen Ordnung, die der Hüter repräsentieren und zugleich zum Maßstab für seine Entscheidungen nehmen soll. Während seit *Hobbes* und *Rousseau* der Wille den Staat entstehen und bestehen läßt sowie legitimiert, nicht länger dagegen die Unterwerfung unter das überlegene Wissen, bleibt der Begriff des Hüters dem Wissen verbunden. Das will die Schrift für ihre institutionentheoretische Sicht der Verfassungsgerichtsbarkeit nutzbar machen. Aufgabe des Hüters sei es, „die (anderen) politischen Akteure über mögliche Irrwege bei der Repräsentation des Gemeinwillens aufzuklären“ (S. 28). Vom Verfassungsgericht werden kluge Entscheidungen erwartet. „In Fragen der Verfassung muß es das Verfassungsgericht besser wissen als andere Institutionen oder Akteure, darin liegt die spezifische Herausforderung für das Verfassungsgericht. Diejenige Form der Macht aber, die sich mit einem Wissen verbindet, das sich durch überlegenen Umgang mit einer Sache auszeichnet, heißt Autorität“ (S. 65 f.). Autorität, Ansehensmacht, die verdient werden muß, soll also die Schlüsselkategorie sein, die in allen ihren Teilaspekten auch das Bundesverfassungsgericht erklären soll. Alle juristischen Verständnisse des „Hüters“, insbesondere des verfassungslegitimierten Kontrolleurs, spielen in diesem Universum keine erklärende, allenfalls eine bestätigende Rolle. Das gilt insbesondere für die wechselvolle Kontroverse um die Möglichkeiten und Grenzen des justizförmigen Hüters der Verfassung, die in Weimar in der *Schmitt-Kelsen*-Kontroverse ausgefochten wurde und heute in der strittigen Einordnung des Gerichts als gesellschaftliches Gericht mit Schlichtungsfunktion oder als verfassungsgebundener Kontrolleur weitergeführt wird. Lembcke schildert, wie das Gericht, von der Verfassungsgebung geschaffen, sich in den 1950er Jahren in der Auseinandersetzung mit der Politik selbst definiert hat (insbesondere im Status-Streit von 1952), wie die richterliche Entscheidungsfindung sich vollzieht, in der Öffentlichkeit angenommen oder kritisiert wird und sich in die Legitimität des Verfassungsstaats einordnet. Kritik am Bundesverfassungsgericht hat es immer gegeben und wird es geben – Folge für die Autorität des Gerichts hat dies kaum, auch deshalb, weil die Kritiker von gestern die nächsten Sieger in Karlsruhe sein möchten.

Das Gesamtergebnis der Untersuchung irritiert. Der Maßstab der Autorität führt zu einer bemerkenswerten Überhöhung des Gerichts, einem empirischen Verfassungsgerichtspositivismus, wie er ausgeprägter kaum sein kann. Dazu passen die gelegentlich in die Darstellung eingeflochtenen Interviews mit Verfassungsrichtern, die sich und ihre Institution beschreiben. Bei der Überhöhung der Institution muß die Kritik ansetzen. Gerade bei einem Verständnis der mit Wissen verbundenen Autorität hätte es nahegelegen, auch die inhaltliche Überzeugungskraft und Geschlossenheit der Rechtsprechung zu thematisieren. Diese kommt nur im Zusammenhang der (Selbst)Definition des Gerichts während seines ersten Jahrzehnts und in den Streitfällen der 1970er und 90er Jahre zur Sprache. Und weiter: Wie verhält es sich mit der Autorität des Bundesverfassungsgerichts angesichts zunehmender Konkurrenz und Konkurrenten, vor allem des Europäi-

schen Gerichtshofes und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte? Schließlich: Greift die Autorität eines überlegenen Verfassungswissens, wenn alle Gerichte an die Verfassung gebunden sind und die Gerichte dem Bundesverfassungsgericht gelegentlich auch widersprechen? Kann (und muß) das Bundesverfassungsgericht es in Verfassungsdingen wirklich besser wissen als alle anderen an die Verfassung gebundenen Akteure? Bei diesen Fragen hat die Arbeit Leerstellen, die durch die starre Fixierung auf eine einzige Institution entstehen.

Stefan Koriath

Siegfried Magiera/Karl-Peter Sommermann (Hrsg.): Freiheit, Rechtsstaat und Sozialstaat in Europa. Schriften zum Europäischen Recht, Bd. 131. Duncker & Humblot, Berlin 2007, 183 S., EUR 68,-.

Der anzuzeigende Band enthält die Beiträge des Symposiums, das im Herbst 2006 aus Anlass der Emeritierung von *Detlef Merten* an der Deutschen Verwaltungshochschule in Speyer veranstaltet wurde. Gestalt und Schutz individueller Freiheit sind der rote Faden, der die Themen „Rechtsstaat“ und „Sozialstaat“ miteinander verbindet.

Die Leistungsgrenzen und die Finanzierung des Sozialstaates stehen im Mittelpunkt der beiden Referate von *Papier* und *Ferdinand Kirchhof*. Während *Papier* vor allem die Zeitdimension des Sozialstaates herausstellt, nimmt *Kirchhof* die Finanztransfers vor dem Hintergrund des Gedankens der Versicherung gegen soziale Risiken in den Blick.

Die Hauptreferate in dem Band sind den Entwicklungsperspektiven des Rechtsstaates gewidmet. *Schäffer* erläutert am Beispiel Österreichs die Institutionen des Rechtsstaates und lenkt dabei die Aufmerksamkeit unter anderem auf die Rechtsschutzbeauftragten. Mit dieser Einrichtung soll eine „faktische Rechtsschutzlücke“ geschlossen werden, die durch klandestine staatliche Ermittlungsmaßnahmen auf Seiten des Betroffenen entsteht. Neben den Impulsen für die österreichische Rechtsordnung durch die EMRK und dem Problem der judikativen Massenverfahren werden abschließend rechtsstaatliche Problemlagen in der Europäischen Union diskutiert. Sommermann widmet sich in seinem Referat der Diffusion der Begriffe Rechtsstaat und *rule of law* und spürt Inhalten eines internationalisierten Prinzips des Freiheitsschutzes nach. Die Europäisierung und Internationalisierung des Rechtsstaatsprinzips seien notwendiges Korrelat zur Internationalisierung vormals staatlicher Aufgaben. Mit Blick auf die europäische Praxis zur Überprüfung von Resolutionen des Sicherheitsrates fordert Sommermann dazu auf, einer „verkürzenden Banalisierung im internationalen Verständnis“ entgegen zu wirken. Als Konkretisierungen der Rechtsstaatsthematik werden in kleineren Beiträgen Grundrechte und Rechtsschutz behandelt. *Stern* zeichnet den Weg der „Expansion der Grundrechte“ nach und erinnert daran, dass das wertgebundene

Grundrechtsverständnis keineswegs in Karlsruhe erfunden wurde, sondern bereits in älteren Verfassungsrechtsschichten nachzuweisen ist. *Montoro Chiner* gibt einen Einblick in problemorientierte Grundrechtsauslegung durch spanische Gerichte am Beispiel des Schutzes der Privatsphäre und der Unverletzlichkeit der Wohnung. *Schmalenbach* greift die Rechtslage in Österreich auf und gibt einen Überblick zu den Besonderheiten der gerichtlichen und außergerichtlichen Grundrechtsdurchsetzung. Magiera stellt das Recht auf Freizügigkeit der Unionsbürger in den Mittelpunkt seines Beitrages, in dem er sich vor allem mit dem Sekundärrecht auseinandersetzt und zu dem Ergebnis kommt, dass sich wirtschaftliche und allgemeine Freizügigkeit der Unionsbürger weitgehend angeglichen hätten. *Korinek, Grewe* und *Wyrzykowski* geben in dichter Form ihre Einschätzung, welchen Herausforderungen die Gerichtsbarkeit in Europa gerecht werden muss; dabei werden die Schwerpunkte auf die europäischen Gerichtshöfe, Bosnien-Herzegowina und die Transformationsstaaten gelegt.

Die durchaus anregende Lektüre in dem Band legt es immer wieder nahe, den Bogen zu aktuellen Entwicklungen zu schlagen, die den Rechtsstaat herausfordern, ihn unter Druck setzen und die Gerichtsbarkeiten zu mäßigenden Entscheidungen drängen. *Merten* beschreibt diesen Zusammenhang in seinem Dank mit einem *Kleist*-Zitat: „Verstoßen [. . .] nenne ich den, dem der Schutz der Gesetze versagt ist! Denn dieses Schutzes, zum Gedeihen meines friedlichen Gewerbes, bedarf ich, ja, er ist es, dessenthalben ich mich, mit dem Kreis dessen, was ich erworben, in diese Gemeinschaft flüchte.“

Frank Schorkopf

Friedrich Müller: Die Einheit der Verfassung – Kritik des juristischen Holismus. Elemente einer Verfassungstheorie III. Zweite, erweiterte Auflage. Schriften zur Rechtstheorie, Bd. 76. Duncker & Humblot, Berlin 2007, XXXIII, 276 S., EUR 52,-.

Das anzuzeigende Werk ist die zweite Auflage des im Jahre 1979 beim gleichen Verlag erschienenen Buchs, die den Originaltext der Erstauflage mit beibehaltener Paginierung, ein Vorwort von *Ralph Christensen* und ein hinter das Literaturverzeichnis des ursprünglichen Textes gestelltes Kapitel über die „Einheit der Rechtsordnung“ aus der Feder von Friedrich Müller enthält. Die nachstehenden Bemerkungen beziehen sich zunächst auf den ursprünglichen und jetzt wieder abgedruckten Text (I.), dann auf die Ergänzungen in der zweiten Auflage (II.). Die abschließenden Hinweise sollen auf mögliche Weiterentwicklungen der Diskussion aufmerksam machen (III.).

I. Der Band setzt sich weniger mit einer eng verstandenen Funktion der „Einheit der Verfassung“ als Argumentationstopos als generell mit der systematischen Auslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auseinander (vgl. die Rezension des Werks von *Rennert*, *Der Staat* (21), 1982, S. 280–284). Müller spricht sich vor allem gegen eine „holistische“ oder „ganzheitliche“ Auslegungspraxis aus, die dem freiheitlichen Ansatz des Grundgesetzes nicht gerecht

werde (S. 156 f.). Unter „ganzheitlichem“ Argumentieren versteht Müller den Bezug auf verschiedene Ausprägungen von Totalität, wie sie nach seiner Auffassung auch in der Idee von der „Einheit der Verfassung“ zum Tragen kommt. So sei in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Rede von „dem Rechtsstaat“, „dem Bundesstaat“, „der verfassungsmäßigen Ordnung als Sinnganzes“ – was entweder als trivial oder als Verschleierung von Rechtserzeugung zu würdigen sei (S. 158).

Nach einer Einführung in die Ausgangsfrage (Abschnitt 1, S. 9–11), die für Müller in der näheren Bestimmung der argumentativen Rolle des Gedankens der Einheit der Verfassung für das Bundesverfassungsgericht liegt, schließt sich eine „Analyse der Rechtsprechung“ an (Abschnitt 2, S. 12–84). Ob und inwieweit sich seit Müllers Überlegungen aus dem Jahre 1979 in der Praxis des Gerichts etwas geändert hat, ist wegen der originalgetreuen Übernahme des ursprünglichen Textes nicht Gegenstand der zweiten Auflage. Abschnitt 2 soll zeigen, dass das Argument der Einheit der Verfassung in verschiedenen Auslegungsvorgängen dem Gericht zwar unentbehrlich scheint, in Wirklichkeit seine Begründungen aber auf anderen, selbständig anerkannten Voraussetzungen beruhen (S. 83). Wo beispielsweise über die Einheit der Verfassung ungeschriebenes Verfassungsrecht erzeugt werden solle, sei der Rückgriff auf die Einheit der Verfassung überflüssig, da die Möglichkeit der Heranziehung von Gewohnheitsrecht bereits anerkannt sei.

Der anschließende Hauptteil der Studie („Abschnitt 3 – Möglichkeiten für den Einsatz des Arguments „Einheit der Verfassung““ – S. 85–224) untersucht ausweislich seiner einführenden Hinweise, wie der Gedanke der Einheit der Verfassung verwendet werden sollte. Müller unterscheidet „formale“, „inhaltliche“ und „methodologische“ Möglichkeiten (S. 92 ff., 145 ff., 184 ff.). Die „formalen“ Optionen betreffen ein heterogenes Bündel von Prinzipien und Argumenten, das insbesondere die Lückenfreiheit, die Freiheit von Widersprüchen, die Texteinheit des Grundgesetzes und die Einheit der Rangstufen von Rechtsquellen umfasst. Nicht immer wird deutlich, was an den erörterten Gesichtspunkten „formal“ sein soll. „Inhaltlich“ sei die „blockhafte Unterstellung“ einer Einheit abzulehnen (S. 145 f., 153 ff.), und „funktional“ – also mit Blick auf die Aufgabe der Verfassung, die „Gemeinschaft im ganzen einheitlich zu ordnen“ –, sei die Einheit der Verfassung immerhin ein „diskutables verfassungspolitisches Element“ (S. 177).

Als methodisches Argument sei die Einheit der Verfassung ein Element der systematischen Auslegung, das sich jedoch funktional von ihr unterscheiden lasse: Wer versuche, die Einheit der Verfassung herzustellen, stoße auf Normenkonflikte, die grundsätzlich und unter anderem mit Hilfe der systematischen Auslegung beseitigt werden können, aber eben nicht nur (S. 218). Herangezogen werden könnten alle Verfahren, die zur Optimierung, Harmonisierung oder Herstellung von Konkordanz beitragen. Ob dies geglückt sei, erweise sich aber nicht in der Bestimmung der „inneren Harmonie des Gesetzeswerks“, sondern in der widerspruchsfreien, fallbezogenen konkreten Entscheidungsnorm (S. 224).

Die Studie schließt ab mit einer Zusammenfassung („Abschnitt 4 – Einheit der Verfassung?“), in der Müller das Streben nach Einheit der Verfassung im holistischen Sinne als Illusion und Wunschvorstellung entlarvt sehen möchte, auf die bei

der Auslegung des Grundgesetzes verzichtet werden sollte. Nüchtern betrachtet gehe es um die „konsistente Begründbarkeit der Entscheidungsnorm“ im Einzelfall (S. 232), und die sei auch ohne ein derart anspruchsvolles, tendentiell autoritäres, weil Begründungen ersparendes Element wie der „Einheit der Verfassung“ zu erreichen.

II. Das in der zweiten Auflage hinzugefügte Kapitel 5 „Einheit der Rechtsordnung“ (S. 255–261) beleuchtet zunächst das Verhältnis der beiden Konzepte (Einheit der Rechtsordnung bzw. der Verfassung) anhand ihrer ideengeschichtlichen Wurzeln. Rasch münden dann die Überlegungen in dem (erneuten) Plädoyer Müllers, den Ausdruck „Einheit der Verfassung“ wegen Überflüssigkeit aus dem Repertoire der Verfassungsinterpretation zu streichen (S. 259 f.). Mit der Literatur, die seit der Erstauflage zum Thema erschienen ist, setzt sich Müller nicht vertieft auseinander. Allerdings werden wesentliche Werke zur Einheit der Rechtsordnung als Literaturhinweise *en bloc* ans Ende des Bandes gestellt.

Das der anzuzeigenden Auflage vorangestellte Vorwort von *Christensen* (S. I–XXXIII) geht von der Beobachtung aus, „Die Einheit der Verfassung“ sei zunächst ohne größere Wirkung in der Fachwissenschaft geblieben. Nach nunmehr dreißig Jahren sei die Anschlussfähigkeit der Überlegungen Müllers wesentlich größer, da inzwischen die analytische Philosophie eine pragmatische Wende vollzogen habe und die Texte von *Derrida* übersetzt seien (S. I f.). Dazu legt *Christensen* zunächst die einschlägigen Überlegungen von *Carl Schmitt*, *Rudolf Smend* und *Hans Kelsen* dar („Einschließende und ausschließende Gewalt in der Rechtstheorie“, S. III–XV), bevor er den „starken Holismus“ der herkömmlichen Lehre unter besonderer Berücksichtigung der *Lüth*-Entscheidung würdigt (S. XV–XXV) und ihn mit dem „schwachen Holismus“ der Strukturierenden Rechtslehre Müllers kontrastiert (S. XXV–XXXII). Zum Abschluss stellt *Christensen* fest, die „Einheit der Verfassung“ und die auf sie gestützte methodische Figur der Abwägung seien nicht geeignet, die Komplexität der praktischen Arbeit der Gerichte angemessen wiederzugeben (S. XXXII). Vielmehr sei eine Präzisierung der juristischen Selbstbeschreibung gefordert.

III. Die Pioniertat (*Christensen*) der ersten Auflage hätte es verdient gehabt, nach fast dreißig Jahren die Auseinandersetzung mit der Entwicklung der Rechtswissenschaft und anderen Wissenschaften aufzunehmen. So erschiene es mittlerweile nicht nur für die Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fruchtbar, Erkenntnisse und Methoden der Psychologie, Soziologie und Ökonomik für Fragen der Rechtstheorie wie der Rechtsanwendung heranzuziehen, um etwa die tatsächliche Wirkungsweise von Rechtsnormen besser erklären und abschätzen zu können. Aber auch ohne einen dezidiert interdisziplinären Ansatz hätte eine Fortentwicklung der ersten Auflage vom Fortschreiten der Rechtswissenschaft selbst profitieren können: so dürfte mittlerweile anerkannt sein, dass das Recht den Entscheidern Spielräume eröffnet, deren Ursachen so verschieden sind wie die zu ihrer Ausfüllung angezeigten Handlungsanleitungen. Die darauf aufbauende Trennung der Entwicklung von Lösungen durch die Verwaltung und die (Zivil-)Gerichte einerseits von der Kontrollaufgabe (besonders des Bundesverfassungsgerichts) andererseits hätte das Potential, die Diskussion um die Verfassungsauslegung zu fokussieren.

Auch hätten die Überlegungen der ersten Auflage an der Unterscheidung der beiden Elemente der systematischen Auslegung profitieren können. Die systematische Auslegung bezieht sich zum einen auf die Beseitigung semantischer Unbestimmtheiten – soweit ist sie Teil der Wortsinnauslegung –, zum anderen auf die Festlegung des semantischen Gehalts in der Weise, dass keine Widersprüche zu solchen Normen entstehen, die in einem sachlichen Zusammenhang mit der auszulegenden Bestimmung stehen. Letzteres ist erforderlich, wenn sich die semantischen Unbestimmtheiten nicht völlig beseitigen lassen; darin liegt jedoch keine Auslegung mehr, sondern (richterliche) Rechtsetzung. Diese Funktion scheint im Mittelpunkt des Interesses von Müller zu stehen.

Insgesamt wäre dem Werk zu wünschen gewesen, eine wirkliche Aktualisierung unter Einbeziehung der genannten oder auch anderer Überlegungen zu erfahren, so sympathisch das Plädoyer von Müller für eine bessere Begründung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen nach wie vor auch ist.

Ekkehard Hofmann

Friederike Gräfin Nesselrode: Das Spannungsverhältnis zwischen Ehe und Familie in Artikel 6 des Grundgesetzes. Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 1074. Duncker & Humblot, Berlin 2007, 306 S., EUR 76,-.

Die Verknüpfung von Ehe und Familie war nach Vorstellung der Mütter und Väter des Grundgesetzes noch unverbrüchlich. Seither hat sich die gesellschaftliche Realität dramatisch verändert. Hohe Scheidungsraten, Geburtenrückgang und Zunahme alternativer Lebensformen wie Familiengründungen ohne Eheschließung, Stief- und Patchwork-Familien. In rechtlicher Hinsicht besteht heute keine Notwendigkeit mehr, den Kinderwunsch mit der Ehe zu verbinden. Was bedeutet dieser Wandel für die Institute von Ehe und Familie, die von der Verfassung in Art. 6 „in einem Atemzug“ genannt werden? Stehen sich hier nicht zwei mittlerweile oft gegenläufige Institute (die durch Richterspruch lösbare Ehe auf der einen und die über den Tod hinaus bindende Elternschaft auf der anderen Seite) gegenüber? Hat sich der Gesetzgeber an den durch die Einrichtungsgarantien in Art. 6 GG vorgezeichneten Gestaltungsspielraum gehalten? Wo sind Änderungen des einfachgesetzlichen Regelungskanons angezeigt? Diesen komplexen und zugleich spannenden Fragen geht Friederike Gräfin Nesselrode in ihrer von *Peter M. Huber* betreuten Münchener Dissertation nach.

Die aus dem Jahr 2006 stammende und auf den Stand von Frühjahr 2007 gebrachte Arbeit zerfällt in fünf Teile. Der erste, den empirischen Boden der Arbeit bereitende Teil ist dem Wandel der gesellschaftlichen Lebensformen seit Geltung des Grundgesetzes (Tendenz zur kinderlosen oder kinderarmen Ehe sowie Zunahme nichtehelicher Lebensgemeinschaften, nicht ehebasierter Familien oder Patchwork-Familien), der heutigen Einstellung zu Ehe und Familie sowie der Ergründung der häufigen Nichtverwirklichung des Kinderwunsches und der nachlassenden Attraktivität des Instituts der Ehe gewidmet (S. 27–61). Der Befund zur Lebenswirklichkeit von Ehen und Familien im gegenwärtigen Deutschland wird

ergänzt durch einen Überblick über die Lösungen, die der Gesetzgeber für die verschiedenen im Spannungsverhältnis zwischen Ehe und Familie auftauchenden praktischen Probleme anbietet (S. 62–96). Schon hier arbeitet Nesselrode die – auch ihre weiteren Ausführungen tragende, sich aus der Entlastung der Alleinerziehenden ergebende – Konsequenz der faktischen Benachteiligung der ehe-basierten Familie heraus (S. 80 ff.).

Der zweite Teil beschäftigt sich ausgehend von der Bedeutung von Ehe und Familie für Gesellschaft und Staat mit den Schutzzinhalten des Art. 6 Abs. 1 GG, mit-hin mit seinen Kernprinzipien einerseits und den unterschiedlichen, v.a. auf der Staatsferne der Ehe und dem staatlichen Wächteramt zugunsten des Kindes (S. 137 f.) beruhenden Rechtsfolgen für Ehe und Familie andererseits (S. 97–162). Dabei ent-faltet die der Familie („Ohne Familie gibt es keine Kinder, ohne Kinder stirbt der Staat aus.“ S. 106) und Ehe („... die ideale Basis für die Entwicklung von Kindern“, S. 104) zugeschriebene Bedeutung eine grundsätzliche Leitwirkung für die Bestim-mung des konkreten Inhalts der durch Art. 6 GG gewährten Einrichtungsgarantien.

Im dritten Teil zeichnet die Verfasserin die verfassungsrechtlichen Vorgaben und deren Verdeutlichung durch den einfachgesetzlichen Gesetzgeber für das Verhält-nis von Ehe und Familie in Form von sieben Regeln nach, wobei auch die europäische Perspektive mit eingeschlossen wird (S. 163–230). Treten beide Insti-tute in Konkurrenz, genießt die Familie – wie Nesselrode am Beispiel der finan-ziellen Familienförderung, der von der Ehe losgelösten Schutzgewährung durch Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsregelungen und der zivilrechtlichen besonderen Berücksichtigung des Kindeswohls belegt – vorrangigen Schutz (S. 203 ff.).

Schließlich präsentiert die Verfasserin im vierten Teil ihre eigenen „Vorschläge für ein entspanntes Verhältnis zwischen Ehe und Familie“, also für eine aus ihrer Sicht zeitgemäße Anwendung und Auslegung von Art. 6 GG mit Konsequenzen für eine Reformierung der maßgeblichen einfachgesetzlichen Regelungen, bevor sie im fünften Teil, dem Schlussteil, ihre Ergebnisse in Thesen zusammenfasst. Ein Hauptanliegen der Verfasserin ist dabei die gleiche Anerkennung und damit Auf-wertung jeder Erziehungsleistung unabhängig von der sie umhüllenden Fami-lienform. Dies mündet konkret zu der radikalen Forderung, die Bevorzugung der Alleinerziehenden abzuschaffen, aber auch zu der nicht minder umwälzenden Forderung, die Erziehungsleistung als solche (über das bisherige Elterngeld hinausgehend) durch ein einheitliches, nicht einkommensabhängiges, sondern kindbezogenes Familiengeld als Erziehungseinkommen finanziell anzuerkennen sowie die Erziehungsleistung in den umlagefinanzierten Versicherungssystemen besonders zu berücksichtigen (S. 235 ff.). Mit ihrer weiteren Forderung nach einer zugunsten des Kindes ausgestalteten, nicht am Ehegatten, sondern am Kind orientierten Pflichtenbindung des Unterhaltspflichtigen (S. 258 ff.) nimmt Nesselrode die Entscheidung des BVerfG vom 28. Februar 2007 zum Betreu-ungsunterhalt nichtehelicher Kinder (BVerfG NJW 2007, 1735– Dauer des Bet-reuungsunterhalts) vorweg (ihre Forderung eines einheitlichen achtjährigen Be-treuungsunterhalts wurde allerdings nicht verwirklicht; vgl. das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21. 12. 2007, BGBl. 2007 I, S. 3189). Die Betonung des ehebasierten Familienverbundes, die aus Nesselrodes Vorschlägen spricht, zeigt sich schließlich auch in Fragen der Vaterschaftsvermutung und

-anfechtung und ihrem Plädoyer für einen Vorrang der sozialen, ehebasierten Familie (auch Stieffamilie) gegenüber der biologischen Familie (S. 263 ff.).

Man muss der Verfasserin nicht in allen ihren Schlussfolgerungen und Lösungsvorschlägen (insbesondere in puncto staatlicher Parteinarbeit in Form von Öffentlichkeitsarbeit für Ehe und Familie, S. 233 ff.) folgen, um die von Nesselrode vorgelegte Arbeit für eine lohnenswerte Lektüre zu halten. Der Reiz der Lektüre und das Verdienst der Autorin liegt gerade auch darin, ihrer Leserschaft eine Fülle von sehr aktualitätsbezogenen Denkanstößen zu einem im Wandel begriffenen und zunehmend spannungsgeladenen Verhältnis von Ehe und Familie zu eröffnen.

Eva Inés Oberfell

Thilo Marauhn/Rainer Grote (Hrsg.): EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz. Mohr Siebeck, Tübingen 2006, XVIII, 1922 S., EUR 269,-.

Der von Rainer Grote und Thilo Marauhn herausgegebene und 2006 bei Mohr Siebeck erschienene Konkordanzkommentar eröffnet eine sowohl für Wissenschaftler als auch für Praktiker hilfreiche rechtsvergleichende Perspektive auf den europäischen und deutschen Grundrechtsschutz im europäischen Verfassungsgefüge. Systematisch gegenübergestellt sind einerseits die Menschenrechte der EMRK und andererseits die Grundrechte des Grundgesetzes. Das Werk ist in drei Teile gegliedert.

Der erste Teil behandelt die Strukturen des europäischen und deutschen Grund- und Menschenrechtsschutzes: Im 1. Kapitel erläutert Rainer Grote die von zivilgesellschaftlichen Initiativen beeinflusste „Entstehungs- und Rezeptionsgeschichte der EMRK“. Das 2., von *Thomas Giegerich* bearbeitete Kapitel widmet sich „Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten“. Anders als der EuGH entnimmt der EGMR aus dem Vertrag keinen Vorrang des europäischen Rechts. Die deutsche Rechtsordnung hat sich im Gegensatz zu anderen Staaten noch nicht, etwa über Art. 25 GG oder über das Rechtsstaatsprinzip, für einen Vorrang der EMRK-Rechte geöffnet (Das BVerfG bejaht nur eine Bindung aus dem Vorrang des Gesetzes, BVerfGE 111, 307 [323]). *Dieter Kraus* gibt im 3. Kapitel einen Überblick über den „Grundrechtsschutz in der Europäischen Union“, für den gemäß Art. 6 Abs. 2 EUV die EMRK eine Erkenntnisquelle ist. Erst recht bedeutsam wird die Auslegung der EMRK (vgl. Art. 52 Abs. 3 EU-GRCharta), wenn die Grundrechtscharta der EU verbindlich wird. Kapitel 4 informiert unter Bezugnahme auf Rechtsprechungsbeispiele über die Regeln der „Auslegung der Konvention“, u. a. über eine „dynamische Interpretation“ aus der Perspektive des EGMR. *Volker Röben* hat im 5. Kapitel „Grundrechtsberechtigte und -verpflichtete“ bearbeitet. *Heike Krieger* betrachtet (6. Kapitel) „Funktionen von Grund- und Menschenrechten“, einschließlich Schutzpflichten und Drittwirkung. Die jeweiligen Besonderheiten von „Grundrechtseingriff und -schränken“ behandeln *Christoph Grabenwarter* und Thilo Marauhn im 7. Kapi-

tel. Die EMRK enthält wie das GG und anders als die EU-Grundrechtscharta (Art. 52 Abs. 1) ein differenziertes Schrankensystem, in dem das in einer demokratischen Gesellschaft Erforderliche ein wichtiger Maßstab ist, wobei den Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung des EGMR ein jeweils unterschiedlicher *marge d'appréciation* zusteht. Mit dem Notstand befasst sich *Heike Krieger* in Kapitel 8 und mit dem Thema „Lücken der EMRK und lückenloser Grundrechtsschutz“ *Dagmar Richter* in Kapitel 9. Aktuelle Fragen der Bioethik z. B. können mit der EMRK nur mit Mühe beantwortet werden. Die Menschenwürde ist zwar in der EMRK vorausgesetzt, aber lediglich in bestimmten Aspekten in den einzelnen Rechten materialisiert, besonders deutlich in Art. 3 EMRK. Prekär ist, dass die EMRK in Art. 2 Abs. 1 die Todesstrafe zulässt und die Zusatzprotokolle 6 und 13, welche eine Abschaffung vorsehen, nicht von allen Mitgliedstaaten ratifiziert worden sind.

Der zweite Teil, der über 1100 Seiten umfasst, bildet mit einer problemorientierten, synoptischen Kommentierung der einzelnen Gewährleistungen auf der Grundlage der EMRK das Hauptstück des Werkes. Die systematische Darstellung der Rechte, die einem Kommentar entsprechend in ihrer in der EMRK festgelegten Reihenfolge behandelt und vergleichbaren Grundrechten des GG gegenübergestellt werden, richtet sich, soweit dies sinnvoll ist, nach dem Grundschema Entwicklungsgeschichte – Gewährleistungsumfang – Eingriffe und Beschränkungen – Rechtfertigung. Es kommentieren in ihrer jeweiligen Funktion als Abwehrrechte und gegebenenfalls als Schutzpflichten *Ralf Alleweldt* das „Recht auf Leben“ (Kap. 10) und die „Abschaffung der Todesstrafe“ (Kap. 28), *Roland Bank* „Das Verbot von Folter, unmenschlicher und erniedrigender Behandlung oder Strafe“ (Kap. 12), *Thilo Marauhn* das „Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit“ (Kap. 12) sowie zusammen mit *Konstantin Meljnik* das Recht auf „Privat- und Familienleben“ (Kap. 16), *Oliver Dörr* die „Freiheit der Person“ (Kap. 13), *Christian Walter* die „Religions- und Gewissensfreiheit“ (Kap. 17), *Rainer Grote* und *Nicola Wenzel* die „Meinungsfreiheit“ (Kap. 18), *Jürgen Bröhmer* die „Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit“ (Kap. 19), *Doris König* und *Anne Peters* „Das Diskriminierungsverbot“ (Kap. 21), *Hans-Joachim Cremer* den „Eigentumsschutz“ (Kap. 22), *Christine Langenfeld* „Das Recht auf Bildung“ (Kap. 23) und „Das Elternrecht im Schulwesen“ (Kap. 24), *Dagmar Richter* „Das Recht auf wirksame Beschwerde“ (Kap. 20) und „Das Recht auf freie Wahlen“ (Kap. 25), *Thomas Giegerich* die „Freizügigkeit“ (Kap. 26) und *Andreas Zimmermann* den „Ausweisungsschutz“ (Kap. 27). *Stefan Kadelbach* beschäftigt sich mit den Justizgewährleistungen „Keine Strafe ohne Gesetz“ (Kap. 15) und dem „Verbot der Mehrfachbestrafung“ (Kap. 29). „Der Grundsatz des fairen Verfahrens“ (Kap. 14) wurde von *Christoph Grabenwarter* und *Katharina Pabel* bearbeitet. Neben vielen Gemeinsamkeiten offenbaren sich Unterschiede in der Entstehungsgeschichte, im Wortlaut, in der Systematik und auch in der jeweiligen, verbindlichen Rechtsprechung, von denen hier nur einige cursorisch genannt werden können. Nicht immer entspricht einem Menschenrecht in der EMRK ein Recht im GG. Das aufgrund aktueller Gefährdungslagen immer bedeutsamer werdende Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens in Art. 8 EMRK z. B. ist ausdrücklich nicht im GG enthalten, findet aber Entsprechungen in Art. 6, 13 und

10 GG und ist richterrechtlich gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG fortentwickelt worden. Von Anfang an hat der EGMR den Begriff des „Familienlebens“ an den tatsächlichen Lebensformen orientiert ausgelegt und sodann insbesondere die Rechtstellung nichtehelicher Kinder und ihrer Väter gestärkt. Darüber hinaus leitet der EGMR aus Art. 8 EMRK auch einen Minderheitenschutz ab. Der Gewährleistungsgehalt des Art. 5 EMRK (Freiheit der Person) findet im GG in Art. 2 Abs. 2 und Art. 104 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 GG eine Entsprechung. Im Sinne des deutschen Konzepts der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) wird Art. 5 EMRK aufgrund der unterschiedlichen Verfassungsbedingungen in den Mitgliedstaaten nicht ausgelegt. Themenbereiche wie der „Ausweisungsschutz“ beziehen sich auf mehrere Rechte in verschiedenen Texten. Die Freiheit, nach seinem Gewissen zu handeln, wird vom EGMR enger ausgelegt als vom BVerfG. Im Vergleich zum Grundgesetz enthält die EMRK, beeinflusst durch das anglo-amerikanische Recht, eine vergleichsweise starke Betonung von Verfahrensgrundrechten.

Im dritten Teil werden die Durchsetzungsmechanismen und die zwischen diesen bestehenden Wechselwirkungen anhand folgender Themen analysiert: die „Internationale“ (*Frank Schorkopf*, Kap. 30) und die „Nationale Durchsetzung“ (*Christian Walter*, Kap. 31), „Entscheidung und Entscheidungswirkung“ (*Hans-Joachim Cremer*, Kap. 32) sowie „Entschädigung und Schadensersatz“ (*Oliver Dörr*).

Eine Ratifikationstabelle sowie übersichtliche Register der zitierten Entscheidungen des EGMR, der EKMR sowie des BVerfG runden das Werk ab und ermöglichen einen raschen Zugriff.

Angelika Emmerich-Fritsche

Matthias Schumacher: Das EU-Richtlinienpaket zur Neuordnung der Telekommunikationsmärkte und seine Umsetzung im TKG 2004: Ein Referenzgebiet für die Entwicklung eines neuartigen Typs europäischen Verwaltungskooperationsrechts. Recht der Neuen Medien, Bd. 37. Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2007, 350 S., EUR 95,-.

Die von *Karl-Heinz Ladeur* betreute Dissertation befasst sich mit verfahrensrechtlichen Fragen der Regulierung des Telekommunikationsrechts durch nationale und europäische Stellen in einem Regulierungsverbund, die in Praxis und Wissenschaft zunehmend Bedeutung erlangen. Aktueller Anstoß für die Untersuchung war das am 24. 4. 2002 in Kraft getretene Richtlinienpaket der EU zur Neuordnung der Telekommunikationsmärkte und seine Umsetzung im TKG 2004. Es enthält in Art. 14–16 Rahmenrichtlinie weit reichende Vorgaben für eine Marktregulierung auf der Grundlage der SMP-Konzeption (Significant Market Power-Konzeption), die Kooperationspflichten sowohl zwischen nationalen Regulierungsbehörden als auch zwischen diesen und der Europäischen Kommission vorsehen, die durch §§ 9 ff. TKG 2004 umgesetzt worden sind. Schumacher versteht diesen Bereich als Referenzgebiet für die Entwicklung eines neuartigen Typs

eines europäischen Verwaltungskooperationsrechts. Die dort aufgetretenen konkreten Probleme seien paradigmatisch für grundsätzliche dogmatische Fragen des Verfahrensrechts, die dieser neuartige Regulierungsansatz aufwerfe. Die Arbeit schlägt einen Weg zur Lösung dieser Schwierigkeiten vor, indem sie Grundelemente einer europäischen Verwaltungs Kooperation freilegt, aus denen Bausteine für die Konstruktion eines europäischen Regulierungsverbundes geformt werden.

Die Untersuchung gliedert sich in folgende Abschnitte: Zunächst wird der Verlauf der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte in der EU und ihre Ausformung im TKG in den Fassungen von 1996 und 2004 dargestellt (S. 7 ff.). Es folgt ein Überblick zu den Zielen des EU-Richtlinienpakets 2002 und den wesentlichen Vorgaben der einzelnen Richtlinien. Besonderes Augenmerk gilt dabei der Stellung der nationalen Regulierungsbehörde, der Struktur der Marktregulierung und den Rechtsschutzmöglichkeiten (S. 33 ff.). Diese Gesichtspunkte stehen auch bei Erörterung der Umsetzung der Richtlinien durch das TKG 2004 im Mittelpunkt. Die einzelnen Regelungen werden in den verfassungsrechtlichen Bezugsrahmen gestellt und auf der Grundlage des Zielkonflikts zwischen Flexibilität und Rechtssicherheit gewürdigt (S. 61 ff.). Als wesentliche Neuerung wird das fein gewobene Konsolidierungs- und Konsultationsverfahren zur Marktregulierung in §§ 9–15 TKG herausgestellt (S. 89 ff.).

Schumacher sieht darin eine neue Dogmatik des Rechtsrahmens, die das gemeinschaftliche Prinzip einer Trennung zwischen direktem und indirektem Vollzug durchbricht (S. 103 ff.). Als wichtige Folge betont er allgemein die Notwendigkeit eines europäischen Verwaltungs kooperationsrechts (S. 112 ff.) und diskutiert verschiedene Ausgestaltungsmodelle. Dazu werden bindende und unverbindliche Festlegungen der EU ermittelt und bestehende Formen einer Verwaltungs kooperation typisiert, denen die im TKG 2004 vorgesehenen Arten der Zusammenarbeit zugeordnet werden (S. 122 ff., 133 ff., 145 ff.). Ein Kristallisationspunkt ist dabei das Merkmal einer weitestgehenden Berücksichtigung von Kriterien der Kommission (§ 11 Abs. 1 S. 4 TKG 2004) und von Stellungnahmen dieser Behörde und anderer nationaler Regulierungsbehörden (§ 12 Abs. 2 Nr. 2 TKG). Als Grundelemente eines europäischen Verwaltungs kooperationsrechts werden u. a. die Nachhaltigkeit des Informationsflusses durch Institutionalisierung, das Gebot der Verantwortungsklarheit und die Implementierung von Äquivalenzregeln qualifiziert (S. 151 ff.). Letztere sollen einen gleichen Sorgfaltsmaßstab bei der Kooperation sicherstellen.

Den dahinter stehenden Gedanken einer Harmonisierung beleuchtet Schumacher nachfolgend – aufbaumäßig nicht unbedingt zwingend – anhand des Problems der Anwendungsunsicherheit durch unbestimmte Rechtsbegriffe und Beurteilungsspielräume (S. 156 ff.). Als Beispiel nennt er das bereits erwähnte Merkmal „weitestgehende Berücksichtigung . . .“. Seinen Inhalt versucht er einerseits mit Hilfe nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Auslegungsregeln, andererseits durch Vergleich mit Begriffen aus dem deutschen Fachplanungsrecht, wie Einvernehmen und Abwägung von Belangen, sowie durch Gegenüberstellung mit Entscheidungen und Empfehlungen bzw. Stellungnahmen nach Art. 249 EGV zu erschließen. Der Ertrag dieses Untersuchungsabschnitts bleibt jedoch eher gering und beschränkt sich auf die Feststellung, dass diese neuartige kooperative Hand-

lungsform nach ihrer Bindungswirkung zwischen diesen Begriffen angesiedelt ist (S. 182 ff.).

Aufschlussreicher ist die anschließende Betrachtung der Konsequenzen der Durchbrechung des Trennungsprinzips für das Rechtssystem. Im Vordergrund steht dabei die Frage, wie diesem Phänomen auf europäischer und nationaler Ebene Rechnung getragen werden kann, um weiterhin den gebotenen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten (S. 185 ff.). Die Ausführungen zu den gemeinschaftsrechtlichen Rechtsbehelfen sind allerdings nicht unproblematisch. Das gilt insbesondere in Bezug auf das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV, dessen individualschützende Bedeutung unterschätzt wird. Dies liegt vor allem daran, dass Schumacher die Entscheidungserheblichkeit des inzident zu prüfenden Handelns und somit die Vorlage zum EuGH durchweg als Ermessensentscheidung des nationalen Gerichts einstuft – ein mit Blick auf die Funktion dieses Verfahrens für die einheitliche Auslegung und Anwendung von Gemeinschaftsrecht kaum hinnehmbares Ergebnis, das überdies mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht zu vereinbaren ist. Der Abschnitt schließt mit Überlegungen zu gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Perspektiven zur Fortentwicklung des Rechtsschutzsystems, die einige interessante Ansätze enthalten (S. 225 ff.).

Die weiteren Darlegungen betreffen die Gruppe Europäischer Regulierungsstellen (GER). Sie bildet als institutionelle Reaktion auf den Regulierungsverbund eine Schnittstelle zwischen den nationalen Regulierungsbehörden und der Kommission. Schumacher erörtert Rechtsgrundlage, Zusammensetzung, Aufgaben und Stellung dieses transnationalen Gremiums und zieht einen Vergleich mit anderen Kooperationsorganisationen auf europäischer und nationaler Ebene (S. 243 ff., 254 ff.). Er qualifiziert Beschlüsse der GER als neuartige Form europäischen Verwaltungshandelns, das ein europarechtliches Pendant zu den im nationalen Recht bekannten Verwaltungsvorschriften darstelle und mangels letztverbindlichen Absolutheitsanspruchs mit Gemeinschaftsrecht und Grundgesetz vereinbar sei (S. 274 ff.). Die Untersuchung endet mit einem Ausblick auf die weitere Entwicklung dieses Bereichs. Danach müssen das nationale Verwaltungsrecht an die zunehmende tatsächliche Verflechtung im Zuge der Europäisierung angepasst und tradierte Grunddogmen, wie etwa die Wesentlichkeitslehre und der Gesetzesvorbehalt, entsprechend modifiziert werden, um angemessen auf die veränderte Wirklichkeit reagieren zu können. Die im TKG 2004 geregelte telekommunikationsrechtliche Regulierung soll dabei als Referenzgebiet für die Verbreitung des vorgestellten neuen Typs eines europäischen Verwaltungsrechts fungieren (S. 299 ff.).

Im Rahmen einer Gesamtbeurteilung der Arbeit ist zunächst positiv zu vermerken, dass der Autor die bislang wenig erforschte Kooperation zwischen deutschen und ausländischen Regulierungsbehörden und der Kommission bei der Regulierung der Telekommunikation mit ihren weitreichenden Verschränkungen strukturiert und dadurch übersichtlicher macht. Zu begrüßen ist auch, dass er den Blick nicht auf das Telekommunikationsrecht verengt, sondern die Einbettung der Thematik in den grundsätzlichen Fragenkomplex einer supranationalen Verwaltungskooperation erkannt und vor diesem Hintergrund übergreifende Grundsätze und Leitlinien entwickelt hat. Der Vergleich mit etablierten Handlungs-

Kooperationsformen erweist sich als ein hierfür geeigneter Ansatz. Allerdings bleibt ein Teil des Erkenntnispotenzials dieses Vorgehens ungenutzt, weil die den Vergleichen zugrunde liegenden Bedingungen nicht immer mit der notwendigen Schärfe und Tiefe auf ihre Vergleichbarkeit hin untersucht werden. Das ist jedoch eine wesentliche Voraussetzung tragfähiger Folgerungen. Die Aussagen bleiben daher mitunter zu sehr an der Oberfläche und fallen recht vage aus. So wird beispielsweise die Bindungswirkung des Erfordernisses einer weitestgehenden Berücksichtigung als ein am Übergang zur Verbindlichkeit stehender Berücksichtigungsmaßstab umschrieben (S. 183) – ein wenig befriedigendes Ergebnis.

Die Arbeit ist zwar reich an neuen, teilweise ungewöhnlichen Ideen. Allerdings wird bei der kaum mehr zu überblickenden Vielzahl der herangezogenen Kriterien und Vergleichsparameter nicht immer deutlich, welche Systematik dahinter steht. Dies ist eine der Ursachen dafür, dass die Untersuchung sich an einigen Stellen im Geflecht der Einzelprobleme zu verzetteln droht. Der „rote Faden“ der Gedankenführung ist mitunter kaum noch zu erkennen. Die Arbeit läuft dadurch Gefahr, ihr grundlegendes Ziel, ausgehend vom Telekommunikationsrecht ein Modell eines europäischen Verwaltungskooperationsrechts zu entwickeln, aus den Augen zu verlieren.

Trotz dieser Kritikpunkte ist anzuerkennen, dass der Autor die Determinanten und Schwierigkeiten eines europäischen Verwaltungskooperationsrechts in ihrer Breite und Komplexität erfasst und systematisiert hat. Besonders hervorzuheben ist, dass die Bedeutungsdimensionen der Zusammenarbeit auf horizontaler und vertikaler Ebene sowie die insoweit bestehenden Interdependenzen durchleuchtet und Modelle eines europäischen Verwaltungskooperationsrechts entwickelt werden. Das ist angesichts der Kompliziertheit der Materie mit ihren vielschichtigen Fragestellungen ein wichtiger Schritt auf dem Weg zu einem transparenten homogenen europäischen Verwaltungskooperationsrecht. Bis dieses Ziel endgültig erreicht ist, müssen indes noch zahlreiche Hürden überwunden werden.

Kay Windthorst

Gerd Schwendinger: Gemeinschaftsrechtliche Grenzen öffentlicher Rundfunkfinanzierung. Audiovisuelle Daseinsvorsorge und Pluralismussicherung im Lichte von EG-Beihilferecht und Dienstleistungsfreiheit. Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft, Bd. 327. Nomos, Baden-Baden 2007, 683 S., EUR 98,-.

Der Streit um die Vereinbarkeit des deutschen Systems zur Finanzierung des öffentlichrechtlichen Rundfunks mit dem europäischen Beihilferecht dauert nun schon Jahre und beinahe Jahrzehnte an. Neuerlich hat die Diskussion sich an der Frage entzündet, inwieweit öffentlichrechtliche Rundfunkanstalten ihre Internet-Aktivitäten und digitalen Kanälen einem sog. Public Value Test unterziehen müssen. Ursache hierfür waren Beihilfeverfahren der Kommission, die zwar im April 2007 eingestellt wurden, allerdings nur gegen Zusage der deutschen

Bundesländer, von sich aus ein Verfahren einzuführen, das den beihilferechtl. Bedenken Rechnung trägt. Die hier anzuzeigende Schrift greift die unterschiedlichen Betrachtungsweisen des nationalen Rundfunkrechts und des europäischen Beihilferechts auf und kommt zu dem Schluss, dass die deutschen Rundfunkgebühren zwar mit dem europäischen Beihilferecht vereinbar sind, dass allerdings Anpassungen an die europäischen Rechtsvorgaben rundfunkpolitisch wünschenswert wären.

Mit seiner Arbeit über gemeinschaftsrechtliche Grenzen öffentlicher Rundfunkfinanzierung wurde Gerd Schwendinger in Gießen promoviert. Doktorvater war *Brun-Otto Bryde*, ein Teil der Arbeit entstand am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz. Die Arbeit ist auf dem Stand von 2006, so dass einige jüngere Entwicklungen des Medienrechts noch keine Berücksichtigung finden konnten, etwa die Ablösung des Mediendienste-Staatsvertrags durch das Telemediengesetz. Die Besonderheit der Arbeit liegt in der überaus akribischen Aufarbeitung des Literaturstandes, der bis in die feinsten Verästelungen hinein nachvollzogen wird. Auf diese Weise entsteht eine Fundgrube an Meinungen zur Rundfunkfinanzierung, die in ihrer Weitschweifigkeit über nahezu 650 enggedruckte Seiten hinweg allerdings hohe Anforderungen an die Geduld des Lesers stellt. Abgemildert wird dieser Eindruck durch die verständliche Sprache und vor allem den stringenten Aufbau. Da sowohl die Grundlagen des deutschen Rundfunkrechts ausführlich dargestellt werden als auch sämtliche Detailfragen hinsichtlich der Finanzierung, können angehende Rundfunkrechtler ebenso wie Fachleute aus dem Werk Nutzen ziehen.

In den ersten beiden Teilen der Arbeit, die ca. ein Drittel des Umfangs ausmachen, wird die Finanzierung des öffentlichrechtlichen Rundfunks zunächst rechtsvergleichend in den Mitgliedstaaten der EG und insbesondere in Deutschland untersucht. Dieser Teil enthält eine eher deskriptiv geratene Darstellung des anerkannten und bundesverfassungsgerichtlich entwickelten. Der rechtsvergleichende Ansatz ist hilfreich und belegt, was beispielsweise die Höhe der Rundfunkgebühr anbelangt, dass der öffentlichrechtliche Rundfunk in Deutschland keineswegs eine so extreme Sonderstellung einnimmt, wie dies teilweise behauptet wird. Der Grundversorgungsauftrag wird in diesem Teil, vielleicht nicht zu Unrecht, als „uferlos“ bezeichnet. Naturgemäß noch nicht berücksichtigt werden konnte die „Gebühren II-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts, die erst im September 2007 ergangen ist, die das bisherige System der Rundfunkfinanzierung unangetastet gelassen hat, ohne allerdings auf die europarechtlichen Probleme einzugehen.

Der Hauptteil der Arbeit, der alleine über 400 Seiten einnimmt, befasst sich mit der Überprüfung des nationalen Rundfunkrechts an den Vorgaben des europäischen Beihilferechts. Hierbei werden Schritt für Schritt die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Beihilfavorschriften abgearbeitet. Im Ergebnis sieht der Autor die Rundfunkgebühren als vollumfänglich vom europäischen Beihilferecht umfasst an. Die nationalen verfassungsrechtlichen Gründe für die Rundfunkgebühr sind im Ergebnis ebenso unerheblich wie das Freiwilligkeitskriterium und das Rundfunkprotokoll. Zu den Beihilfen zählen über die Rundfunkgebühren hinaus die Insolvenzunfähigkeit der Rundfunkanstalten sowie „must-carry“-Bestim-

mungen, die Kabelnetzbetreiber zur kostenlosen Übermittlung öffentlichrechtlicher Programme verpflichten. Eine Rechtfertigung der Rundfunkgebühren als Kulturbeihilfe gemäß Art. 87 Abs. 3 lit. d. EGV komme nicht in Betracht, da der öffentlichrechtliche Rundfunk jedenfalls nicht in seiner Gesamtheit unter den restriktiv verstandenen gemeinschaftsrechtlichen Kulturbegriff falle. Eine Rechtfertigung der öffentlichrechtlichen Rundfunkfinanzierung wird dem Grundsatz nach über Art. 86 Abs. 2 EGV für gerechtfertigt angesehen, nachdem die Rundfunkanstalten den „Unternehmen“ zugeordnet worden sind, „die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind“. Daher sei die Erfüllung der besonderen Aufgaben des öffentlichrechtlichen Rundfunks im Ergebnis nicht gefährdet.

In einem letzten, kürzeren Abschnitt, wird das System der deutschen Rundfunkfinanzierung an der Dienstleistungsfreiheit gemessen. Festgestellt wird, dass die Finanzierung des öffentlichrechtlichen Rundfunks einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit des Art. 50 EGV darstellt, der jedoch im Ergebnis gerechtfertigt werden könne. Allerdings werden die Beihilfevorschriften als Spezialregelungen mit Anwendungsvorrang vor den Regeln über den freien Dienstleistungsverkehr eingeordnet.

Zweifellos ist das Ergebnis Schwendingers mitsamt seinen prüfungsmäßigen Zwischenschritten vertretbar und entspricht weithin der Argumentation der Kommission. Daher mag es auch sein, dass sich das deutsche Rundfunkrecht auf eine strenge Überprüfung im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit einem so verstandenen europäischen Beihilferecht einstellen müssen. Dies zeigt sich ja bereits im Hinblick auf die Pläne der Bundesländer zum 12. RÄndStV. Desungeachtet fragt sich, ob die Gegenargumente, die gegen eine Einordnung der Rundfunkgebühr als „Beihilfe“ sprechen, gar so leicht vom Tisch gewischt werden können. Die sich derzeit etablierende primär ökonomische Betrachtungsweise wird den Besonderheiten und Vorzügen des deutschen Rundfunkrechts jedenfalls nicht gerecht. Aus diesem Grund verdient auch die Querschnittsklausel des Kulturartikels genauere Untersuchung. Demgegenüber hätte die Diskussion um den europäischen Kulturbegriff – wenn sie überhaupt noch einmal aufgegriffen werden muss, genug Stoff für eine eigenständige Arbeit geboten.

Alles in allem ist Schwendingers Arbeit ein Fundus für Argumente in der Diskussion um die deutschen Rundfunkgebühren. Sie regt gleichzeitig zum Nachdenken an und macht nachdenklich.

Frank Fechner

Klaus Stern/Peter J. Tettinger (Hrsg.): Europäische Grundrechte-Charta im wertenden Verfassungsvergleich. Kölner Schriften zum Deutschen und Europäischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Bd. 1. Berliner Wissenschaftsverlag, Berlin 2007, 356 S., EUR 49,-.

Der von Klaus Stern und Peter J. Tettinger herausgegebene Band gibt den wissenschaftlichen Diskurs aus drei internationalen Tagungen in Köln, Cadenabbia und Krakau zum Entwicklungsprozess europäischer Grundrechte wieder. Er leitet eine Schriftenreihe, die „Kölner Schriften zum Deutschen und Europäischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht“ ein, die sich der Verzahnung der europäischen und nationalen Rechtsordnung widmen und einen Rechtsvergleich der jeweiligen Themenstellungen bieten wird.

Im ersten Teil des Bandes („Deutsche und europäische Grundrechte – wechselseitige Beeinflussung“) hebt Klaus Stern vor dem Hintergrund der EMRK und des deutschen Grundrechtskatalogs den innovativen Wert der wirtschaftlichen und sozialen Verheißungen, das Fehlen eines Auffanggrundrechts und die Eigenart des Schrankensystems der europäischen Grundrechte-Charta hervor. Der Versuch einer transnationalen integrativen Wertorientierung durch Nichtthematisierung von Religion in der Präambel wird kritisch diskutiert. *Thomas von Danwitz/Sonja Röder* widmen sich der in der Charta vorgenommenen Zerlegung der Schutzbereiche der Charta-Rechte in drei Gruppen. Den Einfluss der EMRK auf die nationale und europäische Grundrechtsordnung untersuchen *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel* einerseits und *Michel Fromont* andererseits. Erstere gehen der Frage nach dem Verhältnis der Rechtsprechung des EuGH zu derjenigen des EGMR aus der Perspektive der Grundrechte-Charta nach. *Fromont* analysiert die Einwirkung der EMRK auf das französische Recht nach einer Verurteilung Frankreichs sowie beim Fehlen jeder Verurteilung Frankreichs, wobei er auf die Rolle von Conseil Constitutionnel, Cour de Cassation und Conseil d'Etat im Rahmen der nationalen Rechtsordnung abstellt.

Im Rahmen des zweiten Teils des Bandes, der sich mit dem „Individualrechtsschutz“ in Europa befasst, behandeln *Peter J. Tettinger/Jörg Geerlings* die neuere Rechtsprechung von EuGH und EGMR zum Schutz von Ehe und Familie. *Wolfram Höfling* arbeitet die zentralen Elemente einer europäischen Menschenwürde-Dogmatik vor dem Hintergrund der Herausforderung der Biowissenschaften heraus. *Boguslaw Bonaszak/Mariusz Jablonski* wenden sich der Bestimmung der Position des Individuums in der Rechtsordnung zu, wobei die verfassungsrechtliche Grundrechts- und Gemeinwohlkonzeption sowie die verfassungsrechtliche Leitidee eines Konzepts des sozialen Dialogs in Polen dargelegt werden. Konkrete Fragen des Grundrechtsschutzes aus der Sicht der spanischen Verfassung werden von *Carlos Vidal* (Schutz von Bildung und Wissenschaft sowie Lehrfreiheit in privaten Bildungszentren) und *Andrés Ollero* (Religionsfreiheit) untersucht. Der zweite Teil des Bandes wird mit dem Beitrag von *Diana-Urania Galetta* zu den konstitutiven Elementen des Rechts auf gute Verwaltung in der europäischen Rechtsordnung abgeschlossen.

Der dritte Teil des Bandes befasst sich mit den wirtschaftsbezogenen Rechten der Europäischen Grundrechte-Charta. In diesem Zusammenhang zeigt *Her-*

mann-Josef Blanke die Schutzdimensionen der Gewährleistungen der Berufsfreiheit und des Rechtes zu arbeiten sowie der unternehmerischen Freiheit auf. Dem Schutz der Berufs- und Unternehmensfreiheit widmet sich auch *Eduardo Gianfrancesco* aus der Sicht der italienischen Rechtsordnung. Die Gewährleistungen der sozialen Grundrechte der Grundrechte-Charta werden im einzelnen von *Heinrich Lang* und in ihren historischen und internationalen Implikationen von *Angelika Nußberger* analysiert, während *Justyna Bialek* die Rechtsprechung des polnischen Verfassungsgerichtshofs zu den sozialen Grundrechtsstandards vor und nach der Zäsur vom 2. April 1997 (dem Inkrafttreten der polnischen Verfassung) nachzeichnet. Das Rechtsregime des Eigentums und seine soziale Funktion werden von *Stelio Mangiameli* aus der Sicht des italienischen Verfassungssystems untersucht. Die Problematik des Gleichheitsgebots wird für Großbritannien von *Margot Horspool* und für Polen von *Piotr Tuleja* dargestellt. *Michael Sachs* liefert einen kurzen Kommentar der Art. II-80, II-81 EU-Grundrechte-Charta in der Form eines „Werkstattberichts“.

Der Band führt plastisch vor Augen, worin die methodologische Herausforderung von Europarecht besteht. Methodologisch adäquat ist eine Kombination von juristischen Fächern, die sich oft gegenseitig ignorieren: Rechtsdogmatik, Rechtsvergleichung, Rechtsquellenlehre und Rechtsgeschichte. Diese Fächerkombination scheint aber nunmehr am besten geeignet, das Wissen zu generieren, das für eine vergleichende Auslegung der gleichzeitig geltenden Parallelfassungen des Charta-Textes erforderlich ist. Die Bedeutung von Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte lässt sich zwanglos dadurch veranschaulichen, dass die drei Gruppen von Grundrechtsgewährleistungen in der Charta den in der spanischen Verfassung von 1978 vorgenommenen Absichtung der Grundrechte in drei Gruppen unterschiedlicher Stärke (Grundrechte und öffentliche Freiheiten, Rechte und Pflichten der Bürger und Leitprinzipien der Sozial- und Wirtschaftspolitik) sehr nahe stehen. Das durch diese Fächerkombination geleitete Aufzeigen von Unterschieden und Ähnlichkeiten, was Einklagbarkeit und Schutzniveau angeht, fördert offensichtlich das Verständnis der Charta selbst. Die Bedeutung der Rechtsquellenlehre wird daran deutlich, dass der EuGH die EMRK im Wege der wertenden Rechtsvergleichung als Erkenntnisquelle (*Grabenwarter/Pabel*, S. 82) zur Bestimmung der Grundrechte des Gemeinschaftsrechts heranzieht oder aber auch unmittelbar als Prüfungsmaßstab (S. 84) anwendet. Sie ist auch an den Selbsthierarchisierungsmöglichkeiten und -schwierigkeiten der ungeschriebenen britischen Verfassung sichtbar, die das Gleichheitsgebot in einer „Parataxe“ von Gesetzen regelt. *Horspool* (S. 283) attestiert ihrer Rechtsordnung nicht von ungefähr ein nach wie vor (auch nach dem Human Rights Act 1998) bestehendes Bedürfnis nach einer umfassenden und allgemeinen Behandlung des Gleichheitssatzes. Dieses Bedürfnis kann, so verstehe ich *Horspool*, jedenfalls nicht durch die in die britische Rechtskultur und -ordnung einbürgende Übersetzung eines (weiteren) externen Textes erfüllt werden. Es müsste ein zusätzliches Gesetz dazukommen (ein Single Equality Act), das sich dem Gleichheitsthema generell widmet.

Die dem ganzen Band zugrundeliegende Frage geht dahin, wie eine gemeinsame Grundrechtsordnung im Rahmen vielschichtiger konstitutioneller Über-

lieferungen und Auslegungstraditionen einheitlich interpretiert und angewandt werden kann. Das Sprachproblem, das *Isolde Burr* in ihrem instruktiven Beitrag (im ersten Teil) behandelt, geht über Textverstehensprozesse hinaus. Die Kommunikation unter den einzelstaatlichen Rechtsordnungen kann nur in einer Metasprache gelingen, die die Rolle einer „Koinè“ übernimmt. Einer derartigen „Koinè“ bedient sich eigentlich *Sachs*, wenn er zum jeweiligen mitgliedstaatlichen Regelungsregime des Gleichheitssatzes eine Reihe von Fragen stellt, die divergierende Antworten zulassen. Er fragt etwa dem Sinne nach: Wird in einem Mitgliedstaat eine Unterscheidung getroffen zwischen Differenzierungen, die auf irrelevanten Unterschieden der Gegebenheiten beruhen und als gleichheitsrechtlich irrelevant auszuschneiden sind, und Differenzierungen, die nicht auf entsprechenden Unterschieden beruhen und sich dadurch als Eingriffe und daher als rechtfertigungsbedürftige Akte erweisen? Welche Überlegungen in einer „Koinè“ formuliert werden, entscheidet sich stets im Nachhinein, soweit nämlich die Überlegungen den Filter der einzelstaatlichen rechtsdogmatischen Verwendungstauglichkeit und Anschlussfähigkeit durchlaufen. Dies erklärt auch, warum eine bestimmte Sprache, etwa das faktisch dominante Englisch, nicht von Haus aus zur „Koinè“ werden kann. Es geht nicht darum, was von einem allgemein verständlichen Sprachsystem her möglich ist, sondern darum, ob und welche juristisch plausiblen Alternativen mit Blick auf eine Normierung und verschiedene Rechtsprechungskorpora aufgezeigt werden können. Es kommt auf inhaltlich relevante Leitunterscheidungen an, die sprachlich nicht verdeckt bleiben dürfen. Geht es etwa beim Wort „entitlement“ im Geltungsbereich sozialer Rechte um ein Recht auf Zugang oder um einen Anspruch auf Leistung? Oder: Was sollen Unterstützungsleistungen sicherstellen? Wird ein menschenwürdiges Dasein sichergestellt, so liegt der Bezug zur Würde des Menschen (und somit zur Rechtsprechung des BVerfG) auf der Hand. Im Ausdruck „decent existence“ („decent“ heißt eigentlich anständig) schwindet demgegenüber jeder Bezug zur Würde oder Menschenwürde (*Nußberger*, S. 330). Einzelsprachliche Textvorgaben würden eine schöne Einmütigkeit des Lebens in Europa nur vortäuschen.

Athanasios Gromitsaris

Markus Kaltenborn: Streitvermeidung und Streitbeilegung im Verwaltungsrecht – Verfassungsrechtlicher Rahmen und verfahrensrechtliche Ausgestaltung der außergerichtlichen Konfliktschlichtung im Verhältnis zwischen Verwaltung und Privaten. Neue Schriften zur Verwaltungsrechtswissenschaft, Bd. 4. Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2007, 431 S., EUR 89,-.

Die Bochumer Habilitationsschrift von Kaltenborn hat sich zum Ziel gesetzt, die der Verwaltung zur Verfügung stehenden Streitbeilegungstechniken in einer vergleichenden Gesamtschau darzustellen und Entwicklungsperspektiven der außergerichtlichen Konfliktlösung im Staat-Bürger-Verhältnis aufzuzeigen. Die Arbeit beschränkt sich ausdrücklich auf Streitigkeiten im Verhältnis zwischen

der Verwaltung und Privatpersonen und klammert daher Fragestellungen aus, die durch Konflikte innerhalb der Verwaltung bzw. zwischen verschiedenen Behörden entstehen können – etwa aufsichtsrechtliche Streitigkeiten. Die Untersuchung begreift die Verwaltung zudem gewissermaßen als einen Akteur im engeren Wortsinne, womit weitere Eingrenzungen des Betrachtungsgegenstandes einhergehen. Konflikte zwischen Verwaltung und Bürger werden nämlich z. B. auch durch einen Bürgerantrag, ein Bürgerbegehren und einen Bürgerentscheid nach näherer Maßgabe der kommunalrechtlichen Vorgaben ausgetragen. Diese werden aber auf Veranlassung des Bürgers betrieben, eine Initiative durch die Verwaltung ist hier nicht möglich und es handelt sich daher um keine *der Verwaltung* zur Verfügung stehenden Streit(-beilegungs-)formen. Kaltenborn geht auf sie daher nicht ein.

Die Arbeit zerfällt in zwei große Teile. Der erste Teil (S. 27–120) systematisiert die Ausprägungen der außergerichtlichen Konfliktschlichtung im Verwaltungsrecht, der zweite, umfangreichere Teil (S. 121–332) geht den verfassungsrechtlichen Vorgaben und Grenzen der verwaltungsrechtlichen Streitvermeidung und Streitbeilegung nach. Diese Zweiteilung der Untersuchung erweist sich als gelungen. Der erste Teil leistet in einer in sich geschlossenen Form eine geglückte Strukturierung, aus welchen Einzelbausteinen sich die außergerichtliche Konfliktschlichtung im Verwaltungsrecht zusammensetzt, ohne bereits mit verfassungsrechtlichen Überlegungen befrachtet zu werden. Letztere bereits beim jeweiligen Einzelbaustein anzustellen, hätte die Konsistenz der Überlegungen zu den Ausprägungen der außergerichtlichen Konfliktschlichtung erheblich gemindert und zudem keine ihrerseits in sich geschlossenen verfassungsrechtlichen Überlegungen ermöglicht.

Bei den Ausprägungen der außergerichtlichen Konfliktschlichtung im ersten Teil trifft Kaltenborn eine Dreiteilung. Er unterscheidet Streitvermeidung und -beilegung bei einseitig-hoheitlichem Handeln (§ 1) vom Interessenausgleich zwischen Bürger und Verwaltung durch konsensuales Handeln (§ 2); davon separiert er nochmals die Beteiligung privater Dritter (Mediation) bei der Streitvermeidung und -beilegung (§ 3). Das einseitig-hoheitliche Handeln in § 1 schlüsselt er weiter auf in Konfliktschlichtungsmechanismen vor Erlass eines Verwaltungsaktes (als solche begreift er insbesondere die Anhörungsrechte und die Begründung eines Verwaltungsaktes, um beim Bürger Akzeptanz für das Verwaltungshandeln zu erreichen) und im Rahmen von administrativer Normsetzung (insbesondere durch die Öffentlichkeitsbeteiligung in der Bauleitplanung und durch die Anhörung der beteiligten Kreise beim Erlass von Rechtsverordnung und Verwaltungsvorschriften im Umweltrecht). Das konsensuale Handeln in § 2 fächert Kaltenborn auf in Handeln mittels Verwaltungsvertrages (dieses begreift er als „klassisches“ Instrument des verwaltungsrechtlichen Interessenausgleichs) und mittels informeller Absprachen zwischen Verwaltung und Privaten. Die Mediation in § 3 wird im Hinblick auf ihre Anwendungsfelder und auf das dabei angewandte Verfahren kurz dargestellt.

Insgesamt gelingt Kaltenborn mit dem ersten Teil seiner Untersuchung eine gute Herausarbeitung der mittlerweile ausdifferenzierten Streitbeilegungsinstrumentarien der Verwaltung. Die Hauptleistung besteht zum einen darin aufzuzeigen,

dass „altbekannte“ Bausteine des Verwaltungsrechts und -handelns wie z. B. die Begründung von Verwaltungsakten als ein Konfliktschlichtungsinstrument begriffen werden können; zum anderen gelingt es ihm, diese Bausteine in eine einleuchtende Ordnung zu bringen. Dabei glückt auch die Schwerpunktsetzung; so fallen etwa die Ausführungen zur Mediation zurecht knapp aus, da sie in jüngerer Vergangenheit bereits mehrfach (auch in monographischer Form) aufgearbeitet wurde und es zudem unmittelbar einleuchtend ist, dass sie ein genuines Streitvermeidungs- und -beilegungsmittel ist, das daher nicht ausgiebig in den übergeordneten, die Untersuchung leitenden Gedanken eingeordnet werden muss.

Im zweiten Teil seiner Arbeit gelangt Kaltenborn in einem ersten Zugriff zu der sicherlich zutreffenden und nicht zu bestreitenden Ausgangserkenntnis für den weiteren Gang der Untersuchung, dass es ein explizites verfassungsrechtliches Gebot nach einer einvernehmlichen Konfliktlösung zwischen Verwaltung und Privaten nicht gibt (§ 4). Im Folgenden geht er den Vorgaben des Rechtsstaatsprinzips (§ 5), dem Erfordernis nach demokratischer Legitimation – gibt es ein Gebot staatlicher Letztverantwortung bei der Streitbeilegung? – (§ 6), den Vorgaben der Grundrechte (§ 7) und der Rechtsschutzgarantie nach Art. 19 Abs. 4 GG (§ 8) nach. Der zweite Teil und zugleich die gesamte Untersuchung schließt mit Schlussfolgerungen für den verfassungsrechtlichen Rahmen einer gesetzlichen Neugestaltung der verwaltungsrechtlichen Streitvermeidungs- und Streitbeilegungsverfahren (§ 9).

„Schneidige“ verfassungsrechtliche Ergebnisse, die sich in eine kurze und zugleich präzise Formel fassen lassen, bringt die Arbeit nicht hervor. Dies ist jedoch keine Schwäche der Untersuchung, denn die Resultate sind durchgehend wohltuend relativiert und abgewogen formuliert sowie begründet. Im hier gegebenen Rahmen kann daher auch nur die grobe Richtung einiger ausgewählter Erkenntnisse kurz skizziert werden: Bei einseitigen Verwaltungsentscheidungen lassen sich im Hinblick auf das dabei einzuhaltende Verfahren verfassungsrechtliche Vorgaben am ehesten aus den Grundrechten ableiten. Anknüpfungspunkt für einen verfassungsrechtlich gebotenen Anspruch auf Begründung einer Verwaltungsentscheidung ist hingegen in erster Linie Art. 19 Abs. 4 GG. Im Bereich konsensualen Handelns gilt in vollem Umfang der Grundsatz der Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 GG). Das Grundgesetz kennt zudem keinen Vorrang des konsensualen Handelns vor einseitigem Handeln. Der Einsatz von Mediatoren bedarf verfassungsrechtlich grundsätzlich keiner ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung, wenn und soweit er nicht mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet ist.

Timo Hebel

Jan Ziekow: Öffentliches Wirtschaftsrecht, Verlag C. H. Beck, München 2007, 284 S., EUR 21,80.

Mit diesem, unlängst in der renommierten Beck'schen Reihe Juristische Kurz-Lehrbücher erschienenen Werk zielt Verf. gleichermaßen darauf, die Grundstrukturen des Öffentlichen Wirtschaftsrechts zu vermitteln und die Einzelbereiche dieses Rechtsgebiets aufzuschließen. Entsprechend richtet sich das Werk in erster Linie an Studierende der Rechtswissenschaft unter Einschluss der wirtschaftsrechtlichen Studiengänge an Fachhochschulen. Es beansprucht aber, sich darüber hinaus zur Wiederholung und zielgerichteten Information für Rechtsreferendarinnen und Rechtsreferendare sowie in der Praxis tätige Personen zu eignen, und es spricht schließlich die Hoffnung aus, dass auch Studierende anderer Disziplinen, insbesondere der Volks- und Betriebswirtschaft, von der Darstellung profitieren könnten.

Das Erreichen eines solch heterogenen Adressatenkreises bringt von Haus aus hohe Ansprüche an Klarheit der stofflichen Gliederung, Transparenz der Darstellung und Eindringlichkeit der sprachlichen Formulierung mit sich, die Verf., wie sogleich festzuhalten ist, mühelos und mit gleichsam spielerischer Eleganz erfüllt. Die Gliederung des Werkes ist bestechend: Auf einen einleitenden Paragraphen zur Bedeutsamkeit des Öffentlichen Wirtschaftsrechts im juristischen Studium folgen fünf Abschnitte, die sich auch jüngsten wirtschaftsrechtlichen Zweigen, wie dem Vergaberecht, Privatisierungsrecht und Regulierungsverwaltungsrecht, öffnen. Unter der Überschrift „Grundlagen des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft“ beschäftigt sich der erste dieser Abschnitte mit der Entwicklung des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft (§ 2), der Ordnung des Öffentlichen Wirtschaftsrechts (§ 3) und der Organisation der Wirtschaftsverwaltung (§ 4). Nach einem informativen Überblick über Hochmittelalter, Merkantilismus, Kameralismus, preußische Reformen, Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund, Hochindustrialisierungsphase und nationalsozialistische Diktatur definiert Verf. dabei zunächst Begriff und Gegenstand des aktuellen Öffentlichen Wirtschaftsrechts, grenzt dieses von seinem privatrechtlichen Pendant ab und benennt verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Grundlagen des benannten Rechtsgebiets, um von hier aus zur Darstellung von staatlicher Wirtschaftsverwaltung, Selbstverwaltung der Wirtschaft und Beteiligung Privater an der Wirtschaftsverwaltung (Beleihung, Verwaltungshilfe, Inpflichtnahme etc.) überzugehen.

Der zweite Abschnitt des Buchs wendet sich dann dem Thema „Staatliche Einflussnahmen auf wirtschaftliches Handeln“ zu. Dazu wird zunächst zwischen Wirtschaftslenkung und Wirtschaftsförderung unterschieden. Anschließend werden klassische und neuere Formen staatlicher Wirtschaftslenkung dargestellt (§ 5). Der breit angelegte zweite Unterabschnitt beschäftigt sich mit den Besonderheiten des Subventions- und Beihilferechts (§ 6), wobei Verf. gelegentlich der Darstellung von Subventions- und Beihilfebegriff, Zulässigkeit der Subventionsgewährung, Ausgestaltung und Rückabwicklung des Subventionsverhältnisses und gelegentlich der Klärung von Rechtsschutzfragen souverän die jeweils einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Besonderheiten mitbehandelt. Mit dem Thema „Der Staat

im Markt“ setzt das Werk dann im dritten Abschnitt auf den Gegenpart zu klassischen staatlichen Wirtschaftsinterventionen über. Hierbei erfolgen eingehende Darlegungen zum Öffentlichen Unternehmens- und Wettbewerbsrecht (§ 7: Formen staatlicher Wettbewerbsteilnahme, Regelungsrahmen, Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und Rechtsschutzfragen). Ein Unterabschnitt zum Thema Privatisierungsrecht bemüht sich um Begriff und Formen der Privatisierung wie um deren rechtliche Rahmenbedingungen (§ 8). Dem folgt eine facettenreiche Behandlung des Rechts der Vergabe öffentlicher Aufträge, die nach der Benennung von Begriff und Zielrichtung wiederum die einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen wie nationalen Rechtsquellen sichtet, sodann den sachlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts absteckt (Begriff des öffentlichen Auftrags gem. § 99 GWB, Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts), von hier aus zu dessen persönlichem Anwendungsbereich übergeht (funktionelle Betrachtungsweise, Auftraggeberbegriff oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte etc.), Grundsätze des Vergaberechts (§ 97I – V GWB), Vergabeverfahren (Verfahrensarten und Verfahrensablauf) und Fehlerfolgen nach § 13 S. 6 VgV aufgreift und abschließend wiederum einen differenzierten Blick auf die einschlägigen Rechtsschutzfragen wirft.

Die klare Struktur der Untersuchung setzt sich auch in deren letzten zwei Abschnitten fort: Abschnitt 4 nimmt klassische Bereiche des besonderen Wirtschaftsverwaltungsrechts mit primär ordnungsrechtlicher Zielsetzung in den Blick. Hier werden der Reihe nach Gewerberecht (§ 10), Handwerksrecht (§ 11) und Gaststättenrecht (§ 12) mit den jeweils dazugehörigen Strukturmerkmalen abgehandelt. Abschnitt 5 greift dann noch auf das hochaktuelle Thema eines Regulierungsverwaltungsrechts über. In einem Unterabschnitt zu den Grundgedanken und Strukturen dieses, in seiner Entwicklung sicher noch nicht abgeschlossenen Rechtsgebiets (§ 13) hebt Verf. zunächst hervor, dass sich hier unter einem gewandelten Verhältnis von Staat und Gesellschaft neue Regelungsstrategien bündeln, deren Kenntnis und Beherrschung auch für die Zwecke der juristischen Ausbildung künftig unentbehrlich sein wird (S. 231). Nach Ausführungen zum Begriff der Regulierung nebst dessen Einordnung in den Kontext der die aktuelle Debatte um eine Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts beherrschenden Semantik des Gewährleistungsstaats (eingehend hierzu *Schröder*, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, Tübingen 2007, *passim*) und einer Darstellung der einschlägigen Behördenorganisation, Instrumente und Verfahren schließt das Werk mit Einzeldarstellungen zum Recht der Telekommunikation (§ 14) und Energiewirtschaft (§ 15).

Mit alldem leistet die Arbeit Ziekows eine äußerst wertvolle Ergänzung der gängigen Ausbildungsliteratur zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht. Sie erfüllt alle eingangs erhobenen Ansprüche restlos und in ebenso klarer wie beeindruckender Form. Das Werk bietet einen kompakten und dennoch detailfreudigen Überblick über alle Bereiche des Öffentlichen Wirtschaftsrechts. Es übergreift verschiedenste Regelungsebenen und Rechtsformen, behandelt Gemeinschaftsrecht, nationales Verfassungsrecht, Allgemeines und Besonderes Verwaltungsrecht und integriert dabei alte Zweige, wie das Gewerbe- und Handwerksrecht, und jüngste Erscheinungsformen, wie das Regulierungsverwaltungsrecht. Es nimmt klas-

sische Rechtsstrukturen und -unterscheidungen, wie Staat und Gesellschaft oder Wirtschaftslenkung und Wirtschaftsteilnahme des Staates, ebenso mit in den Blick wie deren etwaige Veränderungen. Und es bietet bei alledem zusätzlich den Vorteil eines Lernbuchs, das den Stoff der einzelnen Paragraphen fast durchgängig in vorangestellten Fällen bündelt, diese am Ende der jeweiligen Ausführungen einer Lösungsskizze zuführt und mit zahlreichen weiterführenden Übersichten aufwartet. Der Arbeit ist deshalb nachhaltig und uneingeschränkt weiteste Verbreitung unter allen eingangs angesprochenen Adressaten zu wünschen!

Rainer Schröder

REDAKTIONELLE NOTIZ

Dr. *Marc Desens*, geb. 1974, Studium der Rechtswissenschaft, Politikwissenschaft, Wirtschaftspolitik und Philosophie an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster; Erste Juristische Staatsprüfung 2000; 2000 bis 2002 wiss. Mitarbeiter am Institut für Steuerrecht (Direktor: Prof. Dr. Dieter Birk) der Universität Münster; 2002 bis 2004 Referendariat; 2003 Promotion mit einer Dissertation zum Thema „Das Halbeinkünfteverfahren“; 2004 Zweite juristische Staatsprüfung; 2005 bis 2006 wiss. Mitarbeiter beim Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts bei Prof. Dr. Lerke Osterloh; seit 2007 Akademischer Rat und Habilitand am Institut für Steuerrecht der Universität Münster.

Dr. *Ulrich Vosgerau*, geb. 1974. Studium der Rechtswissenschaft in Passau und Freiburg i.Br. Erstes Juristisches Staatsexamen 2001, Referendariat beim KG Berlin, Zweites Juristisches Staatsexamen 2003. 2003 bis 2006 Rechtsanwalt in Berlin, Promotion 2006 (Freiheit des Glaubens und Systematik des Grundgesetzes. Zum Gewährleistungsgehalt schrankenvorbehaltloser Grundrechte am Beispiel der Glaubens- und Gewissensfreiheit, Berlin 2007). Seit 2006 Geschäftsführender Assistent am Seminar für Staatsphilosophie und Rechtspolitik der Universität zu Köln, seit 2007 Akademischer Rat.