

Staatsrecht II (Grundrechte)
Arbeitsgemeinschaft

Inhaltsverzeichnis

1) Arten von Grundrechten; Grundrechtsfunktionen; Grundrechtsschranken; Schranken-Schranken; Aufbau einer Grundrechtsprüfung.....	1
a) Freiheits- und Gleichheitsgrundrechte	1
b) Grundrechte als Abwehrrechte, Schutzansprüche und objektive Wertentscheidungen.....	1
aa) Funktionen der Grundrechte	1
bb) Fall	1
c) Einfache, qualifizierte und verfassungsimmanente Schranken	2
d) Das kleine Grundrecht und die großen Brüder: Schranken-Schranken	2
e) Ein Übungsfall für ein Grundrecht mit einfachem Gesetzesvorbehalt: Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG: Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit	3
2) Die Verhältnismäßigkeit als wichtigste (allgemeine) Schranken-Schranke; Grundrechte mit qualifiziertem Vorbehalt	3
a) Ein Fall zur Verhältnismäßigkeit.....	3
b) Grundrechte mit qualifiziertem Vorbehalt: Art. 11 GG - Freizügigkeit – Wohnortzuweisungsgesetz (BVerfGE 110, 177)	4
3) Vorbehaltlos gewährte Grundrechte	4
a) BVerfGE 83, 130 - Josephine Mutzenbacher	4
b) Kunst und Eigentum	4
c) BVerfGE 28, 243 - Kriegsdienstverweigerer	5
d) VG Berlin, NuR 1994, 507 (= NVwZ-RR 1994, 506) - Tierversuche	5
4) Exkurs: Menschenrechte und Grundrechte verschiedener Staaten im Vergleich; Die Diskussion um überpositives Recht	10
a) Grundrechte und Menschenrechte, Grundrechte im Vergleich	10
b) Überpositives Recht und Grundrechte	15
5) Menschenwürde und Allgemeines Persönlichkeitsrecht	20
a) Versuch einer Definition der Menschenwürde	20
b) Lebenslange Freiheitsstrafe (BVerfGE 45, 187)	20
c) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht	21
d) Tonband (BVerfG 34, 238)	22
e) Der Soldatenmord von Lebach (BVerfGE 35, 202)	23
f) Volkszählung / Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (BVerfGE 65, 1)	29
g) Übungsfall 1 - Tagebücher	30
h) Übungsfall 2 - Caroline V - erster Teil	30

6) Die allgemeine Handlungsfreiheit als „Auffanggrundrecht“	30
a) Elfes - BVerfGE 6, 32.....	30
b) Reiten im Walde - BVerfG, NJW 1989, 2525	32
7) Die Meinungs- und Pressefreiheit und die Schranke allgemeiner Gesetze.....	35
a) Fall 1: Caroline - Zweiter Teil.....	35
b) Fall 2: „Soldaten sind Mörder“ - letzter Akt (?).....	35
c) Fall 3: Lüth - BVerfGE 7, 198.....	38
d) Fall 4: Fernsehübertragung aus dem Gerichtssaal (§ 169 GVG)	40
8) Exkurs: Richterliche Kontroll- und Verwerfungskompetenz unter dem Grundgesetz, der Weimarer Reichsverfassung und der Verfassung der USA.....	43
a) Richterliche Kontroll- und Verwerfungskompetenz unter dem Grundgesetz.....	43
b) Historische Entwicklung in Deutschland	44
c) Rechtsvergleichendes zur richterlichen Prüfungs- und Verwerfungskompetenz.....	45
9) Berufsfreiheit	47
a) Apotheke (BVerfGE 7, 377)	47
b) Handwerk (BVerfGE 13, 97)	49
c) Aufgabe: Eine Analyse der BNotO im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG.....	50
10) Eigentum.....	50
a) Pflichtexemplar (BVerfGE 58, 137).....	50
b) Weitere (furchtbar) wichtige Entscheidungen zu Art. 14 I GG:	51
aa) Kleingarten (BVerfGE 52, 1):	51
bb) Boxberg (BVerwGE 71, 108-139):.....	51
c) Eine der zentralen Entscheidungen zu Art 14 GG: Nassauskiesung (BVerfGE 58, 300)	51
d) Übungsfall (Naturschutzverordnung - BVerwGE 94, 1):.....	54
11) „nulla poena sine lege“ als Beispiel eines grundrechtsgleichen Rechts - Der Fall Krenz	54
a) Die Krenz-Entscheidung des EGMR (Pressemitteilung):.....	55
b) Hintergrund: Die Leitsätze der (in Deutschland „letztinstanzlichen“) Entscheidung des BVerfG über die Vb von Egon Krenz gegen seine Verurteilung (NJW 2000, 1480):.....	57
12) Besondere Fragen der Grundrechtsbeeinträchtigung - von normativ-direkten bis zu faktisch-unmittelbaren Eingriffen (BVerwGE 87, 37-52 - Diethylenglykol).....	58
13) Der „status positivus“ - Grundrechte als Leistungsanspruch, Teilhaberecht und als Schutzgebot	58
a) BVerwGE 1, 159 - Existenzminimum	58
b) BVerfGE 33, 303 - numerus clausus	59
c) BVerfGE 88, 203 - Zweites Abtreibungsurteil - Leitsätze	60
14) Die Gleichheitsgrundrechte.....	62
a) Art. 3 Abs. 1 GG als allgemeines Gleichheitsgrundrecht	62
aa) Hebamme - BVerfGE 9, 338.....	62
bb) Gestaffelte Kindergartengebühren (BVerfGE 97, 332-349).....	62
b) Frauen und Männer sind gleichberechtigt (Art. 3 Abs. 2 GG).....	63
aa) Geschichtliches (Aufgabe):	63

bb) Fall 1 (BVerfGE 74, 163-182).....	63
cc) Fall 2 (Feuerschutzabgabe - BVerfGE 92, 91-122).....	63
dd) Weitere wichtige Entscheidungen:	64
c) Das Verbot der Benachteiligung Behinderter (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG).....	64
aa) Einerseits: Sonderschule - (BVerfGE 96, 288-315)	64
bb) Andererseits: Testierfähigkeit - BVerfGE 99, 341-360	65
d) Die besonderen Gleichheitsgrundrechte	66
15) Weitere Grundrechte.....	67
a) Art. 16 Abs. 1 GG - Recht auf Staatsangehörigkeit (Doppelte Staatsangehörigkeit).....	67
b) Art. 4 I GG - Glaubensfreiheit (Kruzifix - BVerfGE 93, 1).....	68
16) Anhang - Grund- und Menschenrechte im Vergleich	70

1) Arten von Grundrechten; Grundrechtsfunktionen; Grundrechtsschranken; Schranken-Schranken; Aufbau einer Grundrechtsprüfung

a) Freiheits- und Gleichheitsgrundrechte

Grundrechte können in funktionaler Hinsicht in Freiheits- und Gleichheitsrechte unterteilt werden. Daneben wird als dritte Gruppe oft diejenige der Leistungsgrundrechte genannt. Worin liegt der Unterschied dieser drei Gruppen? Welche Grundrechte des GG sind Freiheits-, welche Gleichheits-, welche Leistungsgrundrechte? Zu welcher Gruppe gehört Art. 6 Abs. 1 GG?

b) Grundrechte als Abwehrrechte, Schutzansprüche und objektive Wertentscheidungen

aa) Funktionen der Grundrechte

Grundrechte sind überwiegend Abwehrrechte des Individuums gegen den Staat, sie dienen dazu, die „Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern“ (BVerfGE 7, 198, 204). Genau genommen stimmt diese Aussage allerdings nur für die Freiheitsrechte. In dieser Funktion bestimmen die Grundrechte den „status negativus“ des Bürgers.

Alle Grundrechte, nicht nur die ausdrücklichen Leistungsansprüche, sondern auch die reinen Abwehrrechte, können aber auch Ansprüche gegen den Staat begründen, wenn dies zur Verwirklichung des grundrechtlich geschützten Verhaltens notwendig ist. Dies sind vor allem Schutzansprüche, also Ansprüche des Bürgers gegen den Staat, ihn vor Grundrechtsverletzungen durch (private) Dritte zu schützen. Diese Schutzansprüche erfüllt der Staat oft durch Strafrecht, indem er nämlich den Bürgern bei Strafe verbietet, bestimmte Grundrechte anderer zu verletzen. Daneben kann ein Abwehrgrundrecht im Einzelfall auch Ansprüche auf Leistungen bzw. auf Teilhabe an einer vom Staat bereit gestellten Leistung begründen. In diesen Funktionen beschreiben die Grundrechte des „status positivus“ des Bürgers.

Drittens stellen die Grundrechte nach Ansicht des BVerfG objektive Wertentscheidungen des Verfassungsgebers dar, die alle staatliche Gewalt bei jeder Gesetzesanwendung oder sonstigen Tätigkeit, also auch außerhalb des Abwehrbereichs der Grundrechte, beachten muss. Deshalb muss z.B. auch ein Zivilgericht als Teil der Judikative bei der Entscheidung eines rein privatrechtlichen Konflikts zweier Bürger untereinander die Grundrechte beachten, soweit das Zivilrecht dies, z.B. in Generalklauseln wie §§ 138 und 242 BGB, zulässt (mittelbare Drittwirkung).

Letztlich sollen die Grundrechte eine verfahrensrechtliche Komponente haben. Sie sind nur dann effektiv geschützt, wenn sie gegenüber dem Staat auch durchgesetzt werden können. Hierzu dienen Art. 19 Abs. 4 und der Justizgewährungsanspruch aus Art. 20 Abs. 3 GG. Ob diese Funktion auch den einzelnen Grundrechten selbst innewohnt, ist noch nicht geklärt.

bb) Fall

A wendet sich an das BVerfG und trägt vor, er fühle sich in seinen Grundrechten verletzt. Zum einen habe seine Wohnortgemeinde angeordnet, dass er sein Wohnhaus, das er vor Jahren ohne Baugenehmigung errichtet habe, abreißen müsse. Außerdem leide er seit Jahren an einer Lungenkrankheit, die nach Ansicht aller von ihm konsultierter Ärzte durch Schwefelemissionen in der Luft verursacht werde, hierfür sei allem Anschein nach ein Gasheizkraftwerk fünf Kilometer von seinem Wohnort verantwortlich; weder die Gemeinde noch sein

Bundestagsabgeordneter, an die er sich gewandt habe, seien gegen den Betrieb des Kraftwerks eingeschritten. Letztlich habe er vor kurzem einen Zivilrechtsstreit mit seinem Nachbarn verloren, dieser habe gerichtlich ein Notwegerecht nach § 917 BGB durchgesetzt, das mitten durch die Gemüesfelder auf seinem Grundstück verlaufe; der Amtsrichter habe bei seiner Entscheidung alle seine Einwände, das er durch dieses Recht äußerst hart getroffen werde, unberücksichtigt gelassen.

Welche Grundrechte rügt A als verletzt? In welcher Funktion will er diese Grundrechte zu seinen Gunsten geltend machen?

c) Einfache, qualifizierte und verfassungsimmanente Schranken

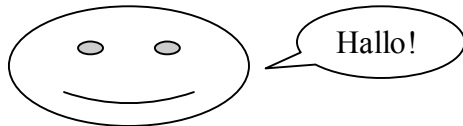
Grundrechte gelten nicht schrankenlos. Bei vielen führt der Gesetzestext die Schranke ausdrücklich auf. Aber nach Ansicht des BVerfG sind auch die vorbehaltlosen Grundrechte einschränkbar.

Welche Arten von Gesetzesvorbehalten sind bei den verschiedenen Grundrechten zu finden? Mit welcher Begründung können vorbehaltlos gewährte Grundrechte eingeschränkt werden?

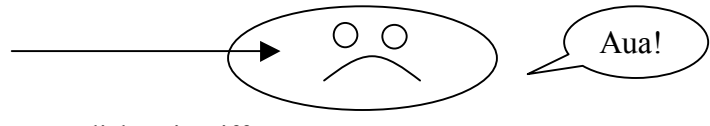
d) Das kleine Grundrecht und die großen Brüder: Schranken-Schranken

Liest man die zahlreichen Gesetzesvorbehalte und weiß man um die Einschränkbarkeit auch vorbehaltloser Grundrechte, dann erscheint ein Grundrecht sehr gefährdet und schutzlos:

1. Das „kleine“ Grundrecht...



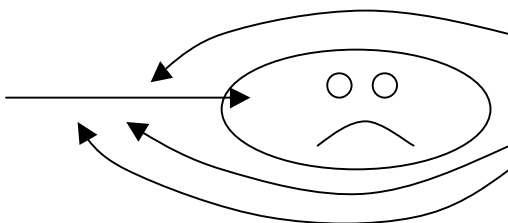
2. ...wird durch den „bösen“ Staat eingeschränkt ...



Der staatliche Eingriff

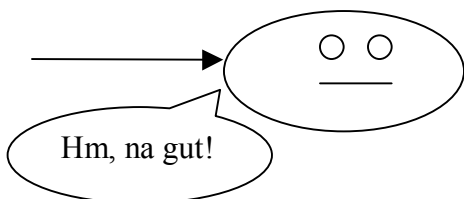
Das eingeschränkte Grundrecht

3. ... und ruft seine „großen Brüder“, die den staatlichen Eingriff zurückdrängen...



- Verhältnismäßigkeitsprinzip
- Bestimmtheitsgebot
- Vertrauensschutzprinzip
- sonstige allgemeine Schranken-Schranken
- besondere Schranken-Schranken, z.B. aus qualifizierten Vorbehalten

4. ... bis es zwischen dem Grundrecht und dem Staat zu einem gerechten Ausgleich gekommen ist:



- Verhältnismäßigkeitsprinzip
- Bestimmtheitsgebot
- Vertrauensschutzprinzip
- sonstige allgemeine Schranken-Schranken
- besondere Schranken-Schranken, z.B. aus qualifizierten Vorbehalten

Aus welchen Grundrechtvorschriften ergibt sich, dass die staatliche Gewalt bei ihrer grundrechtseinschränkenden Tätigkeit diesen Schranken (-Schranken) unterworfen ist? Gilt

diese Einschränkung auch für den Gesetzgeber, der ja immerhin unmittelbar demokratisch legitimiert ist? Welche Grundrechtsvorschriften geben über diese Frage Auskunft?

e) Ein Übungsfall für ein Grundrecht mit einfachem Gesetzesvorbehalt: Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG: Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit

Nach § 81a Abs. 1 Satz 2 StPO dürfen in einem Strafverfahren Beschuldigten Blutproben entnommen werden. Nach § 81c Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 StPO gilt das gleiche unter etwas engeren Voraussetzungen für Zeugen. Verstößt diese Regelung gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG?

Literatur: BVerfGE 16, 194 (*Liquorentnahme*); BVerfG, NJW 1996, 3071-3073 (*DNA-Analyse*), vgl. hierzu heute § 81e, § 81g StPO.

2) Die Verhältnismäßigkeit als wichtigste (allgemeine) Schranken-Schranke; Grundrechte mit qualifiziertem Vorbehalt

a) Ein Fall zur Verhältnismäßigkeit

Man nehme an, eine gesetzliche Vorschrift laute wie folgt (vgl. § 36 GewO):

§ 36. Öffentliche Bestellung von Sachverständigen. Personen, die als Sachverständige tätig werden wollen, können für bestimmte Sachgebiete öffentlich bestellt werden, wenn (unter anderem) ein konkretes Bedürfnis für ihre Bestellung besteht.

A ist seit 1960 als Kraftfahrzeugsachverständiger (Ingenieur grad.) bei der DEKRA angestellt. Seine Tätigkeit besteht in der eigenverantwortlichen Fertigung von Verkehrsgutachten für Polizei, Staatsanwaltschaften und Gerichte. Er beantragt seine öffentliche Bestellung und Vereidigung als Sachverständiger für das Sachgebiet „Straßenverkehrsunfälle“. Sein Antrag wird abgelehnt, weil es für diesen Bereich bereits genügend Sachverständige gebe und daher kein Bedürfnis für weitere bestehe.

Nach erfolglosem Beschreiten des (Verwaltungs)rechtswegs erhebt A fristgerecht Verfassungsbeschwerde. Das BVerfG bietet den Organen der Bundesrepublik und den Interessenverbänden Gelegenheit zur Stellungnahme. Diese Möglichkeit nutzt der Deutsche Industrie- und Handelstag. Er hält die angegriffene Regelung für verfassungsmäßig und trägt zur Begründung vor:

- 1) Die überschaubare Zahl der in Betracht kommenden Sachverständigen erleichtere den Teilnehmern am Rechtsverkehr sowie Behörden und Gerichten die Auswahl. Der am besten geeignete Sachverständige für eine konkrete Aufgabe lasse sich schneller und besser finden, wenn das Angebot von vornherein begrenzt sei.
- 2) Nur bei einer restriktiven Zulassungspraxis würden die öffentlich bestellten Sachverständigen laufend herangezogen. Dadurch behielten sie einen breiten und ständigen Überblick über ihr Fachgebiet und die Möglichkeit, ihre praktischen Erfahrungen zunehmend zu bündeln; ein zu geringer Auftragsbestand führe zu einer Qualifikationsminderung, die vermieden werden müsse.
- 3) Den zuständigen Behörden sei eine ökonomische Bestellungspraxis und eine wirkungsvolle Kontrolle nur dann möglich, wenn die Zahl der öffentlich bestellten Sachverständigen begrenzt bleibe. Müssten mehr Sachverständige verwaltet und kontrolliert werden, so entstehe den zuständigen Behörden ein hoher Aufwand an Personal und damit Kosten.

Wie wird das BVerfG entscheiden?

Vgl. hierzu BVerfGE 86, 28 - Bedürfnisprüfung

b) Grundrechte mit qualifiziertem Vorbehalt: Art. 11 GG - Freizügigkeit – Wohnortzuweisungsgesetz (BVerfGE 110, 177)

Der Zustrom deutschstämmiger Spätaussiedler aus Osteuropa hat in den 1980-er Jahren stark zugenommen. Die Spätaussiedler ziehen gern in dieselben Städte und Stadtteile. Sie sind zu einem weitaus höheren Teil sozialhilfebedürftig als die bisherige Wohnbevölkerung. Mehrere Gemeinden protestieren gegen die ihrer Meinung nach ungleiche Belastung mit Sozialhilfeausgaben. Daraufhin erlässt der Bund das „*Gesetz über die Festlegung eines vorläufigen Wohnortes für Spätaussiedler*“ (vom 6.06.1989, BGBl I 1989, 1378), das bis 2009 befristet ist und auszugsweise wie folgt lautet:

§ 2. (1) Spätaussiedler können nach der Aufnahme im Geltungsbereich des Gesetzes in einen vorläufigen Wohnort zugewiesen werden, wenn sie nicht über einen Arbeitsplatz oder ein sonstiges den Lebensunterhalt sicherndes Einkommen verfügen und daher auf öffentliche Hilfe angewiesen sind. Das Grundrecht der Freizügigkeit (Artikel 11 Abs. 1 des Grundgesetzes) wird insoweit eingeschränkt. (...)

§ 3a. (...)

(2) Spätaussiedler, die abweichend von (...)

2. der Zuweisung aufgrund des § 2 (...) an einem anderen Ort ständigen Aufenthalt nehmen, erhalten für die Dauer von drei Jahren ab Registrierung in der Erstaufnahmeeinrichtung des Bundes keine Leistungen nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch. Sie erhalten in der Regel von dem für den tatsächlichen Aufenthalt zuständigen Träger der Sozialhilfe nur die nach den Umständen unabweisbar gebotene Hilfe nach dem Bundessozialhilfegesetz.

Die Familie des arbeitslosen Spätaussiedlers A wird der Gemeinde X zugewiesen. Nachdem die Kinder dort mehrfach von Rechtsextremisten angepöbelt worden sind, zieht sie in die Großstadt Z in einem anderen Bundesland, wo bereits Verwandte leben. Das dortige Sozialamt verweigert A die Zahlung von Sozialhilfe. Es bietet ihm lediglich die Kosten für eine Rückfahrt nach X an.

Ist das Gesetz verfassungsmäßig?

Vgl. auch Kunig, Philip: *Das Grundrecht auf Freizügigkeit*, Jura 1990, 306, zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17. März 2004 auch Silagi, ZAR 2004, 225 ff.

3) Vorbehaltlos gewährte Grundrechte

a) BVerfGE 83, 130 - Josephine Mutzenbacher

Die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften indiziert den Roman „Josephine Mutzenbacher - Die Lebensgeschichte einer wienerischen Dirne, von ihr selbst erzählt“. Dieser stelle Pornographie dar und sei deshalb durch das Grundgesetz nicht geschützt. Nach dem „*Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften*“ i.d.F. vom 12. Juli 1985 (BGBl. I 1502) darf eine Schrift indiziert werden, wenn sie jugendgefährdend ist, nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 des Gesetzes jedoch dann nicht, wenn sie der Kunst dient. Verfassungsverstoß?

b) Kunst und Eigentum

A verbringt seinen Tag damit, auf private und öffentliche Flächen in Hamburg mit einer Farbspraydose „Smileys“ zu sprühen. Er wird vom Amtsgericht wegen Sachbeschädigung in siebenhundertdreiundzwanzig Fällen zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt, deren Vollstreckung für drei Jahre zur Bewährung ausgesetzt wird. Gegen dieses Urteil erhebt er Verfassungsbeschwerde. Er trägt vor, seine Smileys seien Kunst, seine Tätigkeit könne daher nach Art. 5 Abs. 3 GG nicht verboten werden. Hat er recht?

Hierzu BVerfG, NJW 1984, 1294 („Sprayer von Zürich“), mit einer falschen dogmatischen Einordnung: die Einschränkung der Kunstfreiheit durch Art. 14 Abs. 1 GG wird dort bereits als Begrenzung des Schutzbereichs angesehen.

Literatur: *Kriele, Martin*: Vorbehaltlose Grundrechte und die Rechte anderer, JA 1984, 629-638

c) BVerfGE 28, 243 - Kriegsdienstverweigerer

A tritt seinen Wehrdienst an. Nach den ersten Schießübungen fasst er die Gewissensentscheidung, den Kriegsdienst mit der Waffe zu verweigern und stellt am nächsten Tag bei seinem Dienstvorgesetzten einen entsprechenden Antrag. Dieser leitet den Antrag an den zuständigen KDV-Ausschuss bei dem Kreiswehersatzamt des A weiter. Bis zur Anerkennung des A vergehen drei Wochen. In dieser Zeit verweigert A mehrfach Befehle zur Teilnahme an Schießübungen. Hierfür wird er mit jeweils drei Wochen Arrest bestraft. Diese Arreste entsprechen den Vorschriften des WPflG und des SoldatenG. Dort ist jeweils festgelegt, dass ein Soldat erst nach „bestandskräftiger Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer“ entlassen wird und solange gehorsamspflichtig ist.

Ist diese Rechtslage verfassungsgemäß?

d) VG Berlin, NuR 1994, 507 (= NVwZ-RR 1994, 506) - Tierversuche

Hochschullehrer A betreibt als Mitglied des Physiologischen Instituts der Universität neurophysiologische Grundlagenforschung, zu der auch tierexperimentelle Untersuchungen gehören. Er plant eine Studie über die Funktion des Gleichgewichtssinns, die zu wesentlichen Erkenntnissen über die Funktion des zentralen Nervensystems auch beim Menschen führen wird. Eine praktische Anwendung der Erkenntnisse wird in der Raum- und Luftfahrt sowie bei der Behandlung von Bewegungskrankheiten möglich sein. Während der Studie möchte A konditionierten Totenkopfpaffen und Java-Makaken aus eigener Zucht Elektroden am Schädel implantieren und Mikroelektroden in das Gehirn einführen. Nach Abschluss der sechsmonatigen Versuchsphase werden die Tiere unter Narkose getötet werden.

Versuche wie der beabsichtigte sind nach § 7 Abs. 3 TierschG nur genehmigungsfähig, wenn sie ethisch vertretbar sind. Hierüber entscheidet die Tierschutzbehörde nach Anhörung einer vielfältig besetzten Tierversuchskommission (ähnlich den Ethikkommissionen). Ähnliche Versuche des A hatte die zuständige Behörde bereits mehrfach genehmigt. Nunmehr hält die Tierversuchskommission die Versuche zwar für unerlässlich, aber für ethisch nicht vertretbar. Sie empfiehlt eine Ablehnung. Diese Auffassung macht sich die Tierschutzbehörde nach umfangreicher eigener Abwägung zu eigen und lehnt den Antrag des A ab. Sie führt aus, dass die Belastungen der Tiere selbst im Vergleich zu den erwarteten Erkenntnisfortschritten nicht zu rechtfertigen seien.

Im Verfahren über die Klage des A meint das VG, die Einschränkungen der Forschungsfreiheit

durch das TierschG seien verfassungswidrig. Es legt diese Frage dem BVerfG vor.

Wie wird das BVerfG entscheiden? Legen Sie bei der Beantwortung einmal die vor 1994 geltende Rechtslage (ohne Art. 20a GG) zu Grunde, einmal die heutige.

Literatur:

Kluge: Grundrechtlicher Freiraum des Forschers und ethischer Tierschutz, NVwZ 1994, 809
Caspar, Johannes: Zur ethischen Vertretbarkeitsprüfung von Tierversuchen, ZuR 1995, 203
VGH Kassel, NJW 1994, 1608 (Tierversuchsfreies Studium)

Hierzu der Vorlagebeschluss des VG Berlin (NuR 1994, 507, auszugsweise):

1. Die Entscheidung der Kammer über die Verpflichtungsklage hängt davon ab, ob § 7 Abs. 3 des Tierschutzgesetzes - TierSchG - insoweit mit dem Grundgesetz (Art. 5 Abs. 3 Satz 1) vereinbar ist, als danach Versuche der in § 7 Abs. 1 TierSchG genannten Art zu Zwecken der wissenschaftlichen Forschung (hier gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 1 und 4 TierSchG) nur durchgeführt werden dürfen, wenn sie ethisch vertretbar sind; denn alle übrigen tierschutzrechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen sieht die Kammer als gegeben an (...).

Hieraus folgt, daß die Kammer bei Gültigkeit der Norm in eine Beweisaufnahme darüber eintreten müßte, in welchem Ausmaß die vom Kläger benutzten Tiere bei den Versuchen und bei ihrer Präparierung für die Versuche Schmerzen, Leiden oder Schäden ausgesetzt sind und danach in Abhängigkeit von den festgestellten Belastungen deren ethische Vertretbarkeit im Hinblick auf den jeweiligen Versuchszweck zu beurteilen hätte. (...)

Bei Ungültigkeit der Norm wäre der Klage ohne weiteres stattzugeben. (...)

3. Nach der Überzeugung des Gerichts verstößt § 7 Abs. 3 TierSchG gegen Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, soweit danach Versuche an Wirbeltieren, die zu einem der in § 7 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 4 TierSchG genannten Zwecke unerlässlich sind, nur durchgeführt werden dürfen, wenn sie ethisch vertretbar sind.

Die beiden Forschungsvorhaben des Klägers fallen sowohl hinsichtlich der Auswahl des Forschungsgegenstandes als auch hinsichtlich der angewandten Methoden in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG. Danach sind Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre frei. Vorbehaltlos

gewährleistete Grundrechte wie die Forschungsfreiheit könne nur durch andere, kollidierende Verfassungswerte beschränkt sein (vgl. BVerfGE 28, 243 ff. - 261 -; 30, 173 ff. - 193 f -; 47, 327 ff. - 368 ff. -). Zu fragen ist also, ob dem Tierschutz Verfassungsrang zukommt. Nach Auffassung der Kammer ist diese Frage zu verneinen.

(a) Gewährleistung durch Art. 74 Nr. 20 GG?

Die anlässlich der Neufassung des Tierschutzgesetzes 1972 eingefügte Bestimmung des Art. 74 Nr. 20 GG weist dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für den Tierschutz zu. Mit der Einfügung des Begriffs "Tierschutz" in das Grundgesetz brachte der Grundgesetzgeber zwar zum Ausdruck, daß die Verfolgung tierschützerischer Belange ein legitimes gesetzliches Ziel ist, eine Qualifizierung des Tierschutzes als Schutzgut mit Verfassungsrang kann darin aber nicht erblickt werden; denn die Aufnahme eines Sachbereichs in den Katalog der Gesetzgebungskompetenzen allein ist nicht geeignet, dem betreffenden Thema Verfassungsrang zu verleihen (vgl. Papier, Genehmigung von Tierversuchen, Natur + Recht 1991, 162 ff. - 164 -; Erbel, Rechtsschutz für Tiere, DVBl. 1986, 1235 ff. - 1249 -; Kloepfer, Tierversuchsbeschränkungen und Verfassungsrecht, JZ 1986, 205 ff. - 106/207 -; a.a.O. für den Tierschutz z. B. das Hamburgische Obergericht, Urteil vom 14. September 1992 - OVG Bf III 42.90 -, S. 21 und von Loeper/Reyer, ZRP 1984, 205 ff. - 211 - sowie Kluge, ZRP 1992, 141 ff. - 143 f -). Kompetenzbestimmungen legen nur fest, in

welchen Bereichen der Bundesgesetzgeber Regelungen treffen darf, enthalten aber keine Aussage über die Wertigkeit des regelbaren Bereichs. Diese kann sich vielmehr nur aus den im Einzelfall betroffenen sonstigen Verfassungsnormen ergeben. Außerdem ist der Bund auch beim Vorhandensein einer Kompetenzbestimmung nicht verpflichtet, gesetzgebend tätig zu werden. Diese einhellig vertretene Auffassung (Maunz in Maunz - Dürig - Herzog - Scholz, GG, Band III, Art. 74 Rdnr. 18; Kloepfer, a.a.O. S. 207) kann nur dann aufrechterhalten werden, wenn Kompetenznorm und Verfassungswert nicht identisch sind, denn zum Schutz von Verfassungswerten ist der Gesetzgeber verpflichtet.

Schließlich würde die Ableitung von Verfassungswerten aus Kompetenzbestimmungen dazu führen, daß nach ihrem Wortlaut nicht einschränkbare Grundrechte unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt stünden. Denn der einfache Gesetzgeber hätte es in der Hand, mit einer extensiven Regelung des ihm kompetenzrechtlich zugewiesenen Gegenstandes intensive Grundrechtseingriffe vorzunehmen (ebenso Kloepfer, a.a.O., S. 207; vgl. auch Dreier, Forschungsbegrenzung als verfassungsrechtliches Problem, DVBl. 1980, 471 ff. - 473 -). entgegen, daß das Bundesverfassungsgericht verschiedentlich Kompetenzzuweisungen als Anknüpfungspunkt für die Ermittlung von (Grundrechtseinschränkungen legitimierenden) Verfassungswerten in Anspruch genommen hat (BVerfGE 28, 243 - 261 -; 69, 1 ff. - 21/22 -). In beiden Entscheidungen ging es um die Funktionstüchtigkeit der Bundeswehr, die als Verfassungswert anerkannt wurde. (...)

(b) Tierschutz als Bestandteil der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG)?

Verschiedentlich wird der Verfassungsrang des Tierschutzes mit dem Grundrecht auf Menschenwürde begründet (vgl. v. Heydebrand/Gruber, ZRP 1986, 115 (118); Kunig in: v. Münch- Kunig, Grundgesetz Bd. 1, 4. Aufl., Art. 1 Rz. 16; Starck in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 3. Aufl., Art. 5 Rz. 269; Erbel, a.a.O., S. 1251; v. Loeper, ZRP 1991, 224 - 226 -; Mädlich, Forschungsfreiheit und Tierschutz im Spiegel des

Verfassungsrechts, S. 97 ff; in diesem Sinne wohl auch Gassner, NuR 1987, 97 - 99 -).

Ausgangspunkt der Argumentation ist dabei die Überlegung, daß es mit der Würde des Menschen nicht vereinbar sei, mit Tieren in bestimmter Weise zu verfahren (vgl. v. Heydebrand/ Gruber, a.a.O.; Starck, a.a.O.). Dieser Denkansatz läßt sich nur aufrechterhalten, wenn man dem Grundgesetz ein Menschenbild entnimmt, daß von einer Mitverantwortung des Menschen für die übrigen Lebewesen ausgeht. Zur Begründung wird, sofern überhaupt eine über eine bloße Behauptung hinausgehende Argumentation versucht wird, angeführt, daß die Umwelt und damit auch die Tierwelt so eng mit dem Menschen verbunden sei, daß er Verantwortung für sie trage. Der Staat dürfe diese Verantwortung z. B. durch die Schaffung tierschutzrechtlicher Bestimmungen konkretisieren.

Grundlage der Verantwortung des Menschen sei seine Vernunftbegabung, die ihn zu bewußtem Handeln und zu Fürsorge für die Tierwelt befähige und seine Freiheit, deren Korrelat die Verantwortung sei (Starck a.a.O.). Der Schutz der Menschenwürde umfasse auch den Schutz der dieser zugrundeliegenden Werte, so daß er sich auch auf den Tierschutz erstrecke. Außerdem wird angeführt, ein unangemessener Umgang mit Tieren, führe zu einer Verrohung des Menschen und damit - zumindest mittelbar - auch zu einem die Würde der Mitmenschen beeinträchtigenden Verhalten (Mädlich, a.a.O., S. 100 ff).

Überwiegend wird der Rückgriff auf Art. 1 Abs. 1 GG zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung tierschützender Rechtsnormen aber abgelehnt (Kloepfer, a.a.O., S. 210; Huster, ZRP 1993, 326 ff - 328 -; Papier, a.a.O., S. 164). Die Definition des Begriffs "Würde des Menschen" bereitet wegen ihrer starken Abhängigkeit von philosophischen Gedankengängen und historischen Zuständen Schwierigkeiten. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts finden sich Formulierungen wie "sozialer Wert- und Achtungsanspruch" und "sittliche Persönlichkeit" sowie die Feststellung, der Mensch dürfe nicht zum bloßen Objekt im Staat werden (vgl. BVerfGE 9, 167 ff. - 171

-; 45, 187 ff. - 228 -). Diesen Formeln ist gemeinsam, daß sie sich auf ein den Menschen unmittelbar treffendes Verhalten beziehen, so daß sich die Frage stellt, ob ein Verhalten, daß sich nicht in unmittelbar beeinträchtigender Weise auf (gegen) Menschen richtet, überhaupt gegen Art. 1 Abs. 1 GG verstoßen kann (Huster, a.a.O., 327 f; wohl auch Kloepfer, a.a.O., S. 209 f).

Die Annahme eines Verstoßes würde bedeuten, daß der Grundrechtsträger vor sich selbst geschützt wird und darüber hinaus in die Pflicht genommen wird. Eine solche Interpretation eines Grundrechts ist von vornherein problematisch und mit der dem Grundgesetz zugrundeliegenden und in Art. 2 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommenden Vorstellung eines freien und selbstverantwortlichen Menschen kaum zu vereinbaren.

Neben dieser grundrechtssystematischen Überlegung erscheint aber auch der Ausgangspunkt der beschriebenen Argumentation zweifelhaft: eine der wichtigen Feststellungen zur Menschenwürdegarantie ist, daß diese nicht von den jeweiligen menschlichen Fähigkeiten, sondern von der Existenz als Mensch abhängig ist. Mit anderen Worten: der Mensch braucht keine Vernunft entwickeln zu können, um an der Würde des Menschen teilzuhaben. Anderenfalls fielen (Klein(st)kinder, Geisteskranke, Menschen im Koma und weitere Gruppe von Menschen aus dem Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG heraus - ein offensichtlich unhaltbares Ergebnis. Zu überlegen wäre in diesem Zusammenhang allenfalls, ob die der menschlichen Gattung potentiell innewohnende Fähigkeit, Verantwortung für andere zu übernehmen, den Tierschutz zum Bestandteil der Menschenwürde macht. Mit einer solchen Argumentation würde aber endgültig die Grundlage des Art. 1 Abs. 1 GG verlassen, der den Menschen und nicht bestimmte moralische Vorstellungen von Menschen zum Gegenstand hat, verlassen (Kloepfer, a.a.O., S. 210; Kluge, ZRP 1992, 141 (144)). Außerhalb moralischer Kategorien kann eine Argumentation, die auf der Verbundenheit des Menschen mit der ihn umgebenden Natur aufbaut, wenn überhaupt, nur den Artenschutz legitimieren. Der Schutz der Vielfalt der Tier- und Pflanzenarten ließe sich dann als für zukünftige Generationen aufzubewahrendes Gut (und damit als

menschliches Interesse) ansehen. Für die Auffassung, (auch) der individuelle Tierschutz genieße Verfassungsrang, liefert diese Überlegung aber keine Grundlage.

Selbst wenn man aber dem Menschenbild des Grundgesetzes entnimmt, daß zur Würde des Menschen auch der Schutz der Tiere zählt, stellt sich die Frage, in welchem Umfang dies der Fall sein kann. Tierquälerisches Verhalten aus Spaß oder Gleichgültigkeit, möglicherweise auch aus bloßem Gewinnstreben könnte unter diesem Gesichtspunkt menschenunwürdig sein. Handlungsweisen, die einem wissenschaftlichen Erkenntnisinteresse dienen, das sogar einen zumindest mittelbaren Nutzen für den Menschen und seine Gesundheit haben kann (wie im vorliegenden Fall) und die zudem auf die relativ schonendste Weise ausgeführt werden, stellen sich aber anders dar, weil sie - auch unter Berücksichtigung der beschriebenen Interpretation der Menschenwürde - einem billigen Zweck dienen.

Auch eine Einbeziehung des Tierschutzes in die Menschenwürde muß sich, der Ausrichtung dieses Grundrechtes am Menschen folgend, am menschlichen Interesse orientieren. Wenn Tiere - um des menschlichen Anstandes willen - geschützt werden, dann bedeutet dies auch, daß das Interesse des Tieres dem - anerkennenswerten - Interesse des Menschen untergeordnet ist (ähnlich Kloepfer, a.a.O., S. 210; vgl. auch Papier, a.a.O., S. 164). Daß wissenschaftliche Forschung ein anerkennenswertes Interesse des Menschen (und nicht etwa des Menschen unwürdig) ist, dürfte außer Zweifel stehen.

Zumindest soweit die wissenschaftliche Forschung betroffen ist, kann deshalb ein Verfassungsrang des Tierschutzes aus der Garantie der Menschenwürde nicht hergeleitet werden.

(c) Ableitung des Tierschutzes aus der Präambel des GG

Vereinzelt wird zur Begründung des Verfassungsrangs des Tierschutzes (ergänzend) auf die Präambel des Grundgesetzes Bezug genommen. Aus der Formulierung "... Verantwortung vor Gott und den Menschen ..." wird abgeleitet, daß die Verfassung anerkennt (und fordert), daß

das menschliche Handeln sich nicht allein am menschlichen Interesse auszurichten, sondern auch "die Schöpfung" bzw. die "Schöpfungsordnung" zu respektieren habe (vgl. Starck, a.a.O.). Selbst wenn man aber diese Schlußfolgerung zieht (was wegen der im übrigen strikt auf den Menschen ausgerichteten Verfassung problematisch sein dürfte), ist der Begriff, der sich zudem nur in der Präambel des Grundgesetzes findet und deshalb von einem eher geringeren Gewicht ist, aber zu unbestimmt, um konkrete Grundrechtsbeschränkungen verfassungsrechtlich stützen zu können. Das Bundesverfassungsgericht hat bislang jedenfalls keine Ableitungen aus diesem Teil der Präambel vorgenommen, die in Richtung Tier-, Umwelt- oder Naturschutz deuten.

(d) Tierschutz als Bestandteil des Sittengesetzes

Als weitere Grundlage für eine Einschränkung der Forschungsfreiheit zugunsten des Tierschutzes wird vielfach das Sittengesetz herangezogen (Erbel, a.a.O., S. 1249 ff.; Brandhuber, NJW 1991, 725 (728); Papier, a.a.O., S. 164). Grundlage hierfür ist der Gedanke, daß auch nach ihrem Wortlaut nicht einschränkbare Grundrechte ihre Grenzen dort finden müssen, wo der Kernbestand der für ein soziales Zusammenleben unverzichtbaren Normen und Werte berührt wird. Andere Stimmen in der Literatur lehnen die Heranziehung des Sittengesetzes grundsätzlich (Huster, a.a.O., S. 327; zweifelnd auch Dreier, a.a.O., S. 472) oder jedenfalls im Bereich der Tierversuche (Kloepfer, a.a.O., S. 210) ab. Der Rückgriff auf ein Sittengesetz, dessen Inhalt der genaueren Bestimmung noch bedürfte, sieht sich dem grundsätzlichen Einwand ausgesetzt, daß damit eine Schranke des Art. 2 Abs. 1 GG auf uneingeschränkt gewährleistete Grundrechte übertragen werden würde. Dies widerspräche der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, die die Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG gerade nicht auf z. B. Art. 5 Abs. 3 anwendet. Selbst wenn man aber davon ausgeht, daß in Ansehung der auch vom Verfassungsgericht anerkannten Werteordnung des Grundgesetzes einzelne Elemente des in Art. 2 Abs. 1 GG genannten Sittengesetzes auch im Rahmen der

Forschungsfreiheit begrenzend wirken können, weil sie als Teil dieser Wertordnung Verfassungsrang genießen, dürften lediglich die fundamentalen, in der Bevölkerung weitestgehend akzeptierten Überzeugungen (ethischer und moralischer Art) herangezogen werden können (Kuhlmann, JZ 1990, S. 162 ff. - 168 f -). Anderenfalls wäre Art. 5 Abs. 3 GG fast in gleicher Weise einschränkbar wie Art. 2 Abs. 1 GG - ein Ergebnis, daß weder vor dem Verfassungstext noch vor dem ihn interpretierenden Gericht Bestand haben könnte. Bei der Bestimmung der verfassungsrechtlich relevanten gesellschaftlichen Grundüberzeugungen entstehen Schwierigkeiten. Zum Teil wird für die Bestimmung des "ethischen Minimums" auf den Kernbestand des Kriminalstrafrechts verwiesen (vgl. z. B. v. Loeper/Reyer, a.a.O., S. 211), also auf diejenigen Strafrechtsnormen, deren Beachtung für das soziale Zusammenleben unverzichtbar ist. Derartige Bestimmungen finden sich im Tierschutzrecht nicht. Die vorhandenen Straftatbestände gehören nach ihrer systematischen Stellung (im Nebenstrafrecht) und ihrer Bedeutung nicht zum Kernbestand des bundesdeutschen Strafrechts. Über Bestimmungen des Strafrechts hinaus könnte aber ein gesellschaftlicher Konsens über die Einhaltung bestimmter sittlicher (ethischer) Vorstellungen bestehen.

Einigkeit dürfte insofern bestehen, als hierzulande das sinnlose Quälen von Tieren gesellschaftlich derart geächtet ist, daß das Verbot der Tierquälerei als Bestandteil des Sittengesetzes gewertet werden kann. Soweit die Beeinträchtigung von Tieren einem Zweck dient, könnte man möglicherweise einen gesellschaftlichen Konsens insoweit bejahen, als die Verwendung von Tieren im Bereich der Waffen- und Kosmetikentwicklung unangemessen ist. Eine für die Bejahung eines Sittengesetzes im obengenannten Sinn ausreichende Übereinstimmung in der Bevölkerung hinsichtlich einer Beschränkung wissenschaftlicher Versuche an/mit Tieren ist aber nicht zu erkennen; dies jedenfalls insoweit, als es um Versuche geht, deren Ergebnisse - mittelbar - der menschlichen Gesundheit dienen und die notwendig für die Erzielung der Forschungsergebnisse sind (vgl. Gassner, Natur und Recht 1987, 97 ff. - 100 -). Daß

es insoweit an der erforderlichen weitestgehenden gesellschaftlichen Übereinstimmung fehlt, zeigt die phasenweise lebhaft geführte Auseinandersetzung zwischen "Tierversuchsgegnern" und "Tierversuchsbefürwortern" (auch Erbel, a.a.O., S. 1250, erkennt, daß es im Bereich der wissenschaftlichen Tierversuche eine Übereinstimmung in der Gesellschaft nicht gibt). Mangels einer hinreichend gefestigten gesellschaftlichen Vorstellung im hier angesprochenen Bereich kann der Tierschutz insoweit nicht als Bestandteil des Sittengesetzes verstanden werden.

Soweit in der Literatur an dieser Stelle eine "offene Zone" des Tierschutzes gesehen wird, die der Gesetzgeber ohne weiteres regeln kann (Erbel, a.a.O. S. 1250), vermag die Kammer dem nicht zu folgen.

Einschränkungen der Forschungsfreiheit sind nur insoweit zulässig, als das Sittengesetz (richtiger: das ethische Minimum) sie fordert. Läßt sich dies nicht feststellen, darf der Gesetzgeber die Forschungsfreiheit nicht beschränken. Einen Regelungsspielraum oder die Möglichkeit, den Konflikt zwischen Tierschutz und Forschungsfreiheit zu Lasten letzterer zu lösen, gibt es nicht, weil sich Tierschutz und Forschungsfreiheit, soweit es um notwendige, "menschennützliche" Versuche geht, eben nicht als (potentiell gleichrangige) Verfassungswerte begeben.

Das Sittengesetz kann deshalb wissenschaftliche Tierversuche zu (mittelbar) medizinischen Zwecken allenfalls insoweit begrenzen, als überflüssige Tierversuche unzulässig sind. Für ein Verbot i. S. d. § 7 Abs. 2 TierSchG notwendiger Tierversuche aus ethischen Gründen, liefert es dagegen keine Grundlage.

(e) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Zur Begründung der Verfassungsmäßigkeit tierversuchsbeschränkender Vorschriften

wird auch auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Bezug genommen (Dreier, a.a.O., S. 473). Zur Begründung wird angeführt, es sei möglich, als mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte nicht nur Rechtsgüter, sondern auch Rechtsgrundsätze anzuerkennen. Diese Sichtweise unterläuft jedoch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, indem - diesmal auf dem Umweg über das Verhältnismäßigkeitsprinzip - jedwedes Rechtsgut, unabhängig davon, ob ihm Verfassungsrang zukommt oder nicht, freiheitsbeschränkend wirken kann. Darüber hinaus erscheint es problematisch, ein Instrument, das eingriffslimitierend wirken soll und zu diesem Zweck entwickelt wurde, in umgekehrter Richtung einzusetzen. Damit würde der - durch die Grundrechte geschützte - Bürger ebenso in die Pflicht genommen, wie der - in Grundrechte eingreifende - Staat, was sich jedenfalls mit der hergebrachten Interpretation der Grundrechte als Freiheitsverbürgung und Abwehrrecht gegen den Staat nicht vereinbaren läßt. Soweit die Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Drittwirkung der Grundrechte legitimiert wird, ist zu entgegnen, daß es in diesen Entscheidungen jeweils um die Abwägung unterschiedlicher Verfassungsgüter ging und keinesfalls die Inanspruchnahme grundrechtlich verbürgter Freiheiten, insbesondere solcher, die uneingeschränkt gewährleistet sind, unter einen allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gestellt wurden. Auch dieser Herleitung der Verfassungsmäßigkeit tierversuchsbeschränkender Vorschriften kann deshalb nicht gefolgt werden.

Nach alledem kommt dem Tierschutz - jedenfalls soweit es um den Schutz der Tiere bei Versuchen im Rahmen der wissenschaftlichen Forschung geht - kein Verfassungsrang zu (...)

4) Exkurs: Menschenrechte und Grundrechte verschiedener Staaten im Vergleich; Die Diskussion um überpositives Recht

a) Grundrechte und Menschenrechte, Grundrechte im Vergleich

Vergleiche die Grundrechte mit den Rechten und Freiheiten der (Europäischen) Menschenrechtskonvention und mit den Rechten aus der Verfassung der Vereinigten Staaten (die ersten zehn Amendments, die sog. Bill of Rights). Welche stimmen überein, wo zeigen sich Abweichungen? Worauf können diese beruhen? Trage jene (Grund)rechte, die nur in der EMRK oder der amerikanischen Verfassung, aber nicht im Grundgesetz enthalten sind, in den zweiten Teil der Tabelle im Anhang zu diesem Skript ein.

Hierzu ein Auszug aus der EMRK:

(Europäische) Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, zuletzt geändert durch Protokoll Nr. 11 vom 11.5. 1994

(Nichtamtliche Übersetzung aus der englischen und französischen Sprache)

Präambel

In Erwägung der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, die von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 10. Dezember 1948 verkündet wurde;

(...)

entschlossen, als Regierungen europäischer Staaten, die vom gleichen Geiste beseelt sind und ein gemeinsames Erbe an geistigen Gütern, politischen Überlieferungen, Achtung der Freiheit und Vorherrschaft des Gesetzes besitzen, die ersten Schritte auf dem Wege zu einer kollektiven Garantie gewisser in der Allgemeinen Erklärung verkündeter Rechte zu unternehmen;

vereinbaren die unterzeichnenden Regierungen und Mitglieder des Europarates folgendes:

Abschnitt I: Rechte und Freiheiten

Artikel 1 (Achtung der Menschenrechte)

Die Hohen Vertragschließenden Teile sichern allen ihrer Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I dieser Konvention niedergelegten Rechte und Freiheiten zu.

Artikel 2 (Recht aller auf Leben)

(1) Das Recht jedes Menschen auf das Leben wird gesetzlich geschützt. Abgesehen von der Vollstreckung eines Todesurteils, das von einem Gericht im Falle eines durch Gesetz mit der Todesstrafe bedrohten Verbrechens ausgesprochen worden ist, darf eine absichtliche Tötung nicht vorgenommen werden.

(2) Die Tötung wird nicht als Verletzung dieses Artikels betrachtet, wenn sie sich aus einer unbedingt erforderlichen Gewaltanwendung ergibt:

a) um die Verteidigung eines Menschen gegenüber rechtswidriger Gewaltanwendung sicherzustellen;

b) um eine ordnungsgemäße Festnahme durchzuführen oder das Entkommen einer ordnungsgemäß festgehaltenen Person zu verhindern;

c) um im Rahmen der Gesetze einen Aufruhr oder einen Aufstand zu unterdrücken.

Artikel 3 (Verbot der Folter)

Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.

Artikel 4 (Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit)

(1) Niemand darf in Sklaverei oder Leibeigenschaft gehalten werden.

(2) Niemand darf gezwungen werden, Zwangs- oder Pflichtarbeit zu verrichten.

(3) Als "Zwangs- oder Pflichtarbeit" im Sinne dieses Artikels gilt nicht:

a) jede Arbeit, die normalerweise von einer Person verlangt wird, die unter den von Artikel 5 der vorliegenden Konvention vorgesehenen Bedingungen in Haft gehalten oder bedingt freigelassen worden ist;

b) jede Dienstleistung militärischen Charakters, oder im Falle der Verweigerung aus Gewissensgründen in Ländern, wo diese als berechtigt anerkannt ist, eine sonstige anstelle der militärischen Dienstpflicht tretende Dienstleistung;

c) jede Dienstleistung im Falle von Notständen und Katastrophen, die das Leben oder das Wohl der Gemeinschaft bedrohen,

d) jede Arbeit oder Dienstleistung, die zu den normalen Bürgerpflichten gehört.

Artikel 5 (Recht auf Freiheit und Sicherheit)

(1) Jeder Mensch hat ein Recht auf Freiheit und Sicherheit. Die Freiheit darf einem Menschen nur in den folgenden Fällen und nur auf dem gesetzlich vorgeschriebenen Wege entzogen werden:

a) wenn er rechtmäßig nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht in Haft gehalten wird;

b) wenn er rechtmäßig festgenommen worden ist oder in Haft gehalten wird wegen Nichtbefolgung eines rechtmäßigen Gerichtsbeschlusses oder zur

Erzwingung der Erfüllung einer durch das Gesetz vorgeschriebenen Verpflichtung;

- c) wenn er rechtmäßig festgenommen worden ist oder in Haft gehalten wird zum Zwecke seiner Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, sofern hinreichender Verdacht dafür besteht, dass der Betreffende eine strafbare Handlung begangen hat, oder begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, den Betreffenden an der Begehung einer strafbaren Handlung oder an der Flucht nach Begehung einer solchen zu hindern;
- d) wenn es sich um die rechtmäßige Haft eines Minderjährigen handelt, die zum Zwecke überwachter Erziehung angeordnet ist, oder um die rechtmäßige Haft einer solchen, die zwecks Vorführung vor die zuständige Behörde verhängt
- e) ~~ist~~ wenn er sich in rechtmäßiger Haft befindet, weil er eine Gefahrenquelle für die Ausbreitung ansteckender Krankheiten bildet, oder weil er geisteskrank, Alkoholiker, rauschgiftsüchtig oder Landstreicher ist;
- f) wenn er rechtmäßig festgenommen worden ist oder in Haft gehalten wird, um ihn daran zu hindern, unberechtigt in das Staatsgebiet einzudringen oder weil er von einem gegen ihn schwebenden Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren betroffen ist.

(2) Jeder Festgenommene muss unverzüglich und in einer ihm verständlichen Sprache über die Gründe seiner Festnahme und über die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen unterrichtet werden.

(3) Jede nach der Vorschrift des Absatzes 1 c dieses Artikels festgenommene oder in Haft gehaltene Person muss unverzüglich einem Richter oder einem anderen, gesetzlich zur Ausübung richterlicher Funktionen ermächtigten Beamten vorgeführt werden. Er hat Anspruch auf Aburteilung innerhalb einer angemessenen Frist oder auf Haftentlassung während des Verfahrens. Die Freilassung kann von der Leistung einer Sicherheit für das Erscheinen vor Gericht abhängig gemacht werden.

(4) Jeder, der seiner Freiheit durch Festnahme oder Haft beraubt ist, hat das Recht, ein Verfahren zu beantragen, in dem von einem Gericht unverzüglich über die Rechtmäßigkeit der Haft entschieden wird und im Falle der Widerrechtlichkeit seine Entlassung angeordnet wird.

(5) Jeder, der entgegen den Bestimmungen dieses Artikels von Festnahme oder Haft betroffen worden ist, hat Anspruch auf Schadenersatz.

Artikel 6 (Recht auf ein faires Verfahren)

(1) Jedermann hat Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche

und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat. Das Urteil muss öffentlich verkündet werden, jedoch kann die Presse und die Öffentlichkeit während der gesamten Verhandlung oder eines Teiles derselben im Interesse der Sittlichkeit, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einem demokratischen Staat ausgeschlossen werden, oder wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozessparteien es verlangen oder, und zwar unter besonderen Umständen, wenn die öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde, in diesem Fall jedoch nur in dem nach Auffassung des Gerichts erforderlichen Umfang.

(2) Bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld wird vermutet, dass der wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte unschuldig ist.

(3) Jeder Angeklagte hat mindestens (englischer Text) insbesondere (französischer Text) die folgenden Rechte:

- a) unverzüglich in einer für ihn verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über die Art und den Grund der gegen ihn erhobenen Beschuldigung in Kenntnis gesetzt zu werden;
- b) über ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung seiner Verteidigung zu verfügen;
- c) sich selbst zu verteidigen oder den Beistand eines Verteidigers seiner Wahl zu erhalten und, falls er nicht über die Mittel zur Bezahlung eines Verteidigers verfügt, unentgeltlich den Beistand eines Pflichtverteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist;
- d) Fragen an die Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung der Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen wie die der Belastungszeugen zu er-
- e) ~~wirken~~ unentgeltliche Beziehung eines Dolmetschers zu verlangen, wenn er die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht oder sich nicht darin ausdrücken kann.

Artikel 7 (Keine Strafe ohne Gesetz)

(1) Niemand kann wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach inländischem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Ebenso darf keine höhere Strafe als die im Zeitpunkt der Begehung der strafbaren Handlung angedrohte Strafe verhängt werden.

(2) Durch diesen Artikel darf die Verurteilung oder Bestrafung einer Person nicht ausgeschlossen werden, die sich einer Handlung oder Unterlassung schuldig gemacht hat, welche im Zeitpunkt ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen strafbar war.

Artikel 8 (Achtung des Privat- und Familienlebens)

(1) Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs.

(2) Der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.

Artikel 9 (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit)

(1) Jedermann hat Anspruch auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit; dieses Recht umfasst die Freiheit des einzelnen zum Wechsel der Religion oder der Weltanschauung, sowie die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen öffentlich oder privat, durch Gottesdienst, Unterricht, durch die Ausführung und Beachtung religiöser Gebräuche auszuüben.

(2) Die Religions- und Bekenntnisfreiheit darf nicht Gegenstand anderer als vom Gesetz vorgesehener Beschränkungen sein, die in einer demokratischen Gesellschaft notwendige Maßnahmen im Interesse der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, Gesundheit und Moral oder für den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer sind.

Artikel 10 (Freiheit der Meinungsäußerung)

(1) Jeder hat Anspruch auf freie Meinungsäußerung. Dieses Recht schließt die Freiheit der Meinung und die Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten oder Ideen ohne Eingriffe öffentlicher Behörden und ohne Rücksicht auf Landesgrenzen ein. Dieser Artikel schließt nicht aus, dass die Staaten Rundfunk-, Lichtspiel- oder Fernsehunternehmen einem Genehmigungsverfahren unterwerfen.

(2) Da die Ausübung dieser Freiheiten Pflichten und Verantwortung mit sich bringt, kann sie bestimmten, vom Gesetz vorgesehenen Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafandrohungen unterworfen werden, wie sie vom Gesetz vorgeschrieben und in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen Sicherheit, der territorialen Unversehrtheit oder der öffentlichen Sicherheit, der Aufrechterhaltung der Ordnung und der Verbrechensverhütung, des Schutzes der Gesundheit und der Moral, des Schutzes des guten Rufes oder der Rechte anderer, um die Verbreitung von vertraulichen Nachrichten zu verhindern oder das Ansehen und die Unparteilichkeit der Rechtsprechung zu gewährleisten, unentbehrlich sind.

Artikel 11 (Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit)

(1) Alle Menschen haben das Recht, sich friedlich zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschließen, einschließlich des Rechts, zum Schutze ihrer Interessen Gewerkschaften zu bilden und diesen beizutreten.

(2) Die Ausübung dieser Rechte darf keiner anderen Einschränkungen unterworfen werden als den vom Gesetz vorgesehenen, die in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der äußeren und inneren Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung und der Verbrechensverhütung, zum Schutze der Gesundheit und der Moral oder zum Schutze der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind. Dieser Artikel verbietet nicht, dass die Ausübung dieser Rechte für Mitglieder der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung gesetzlichen Einschränkungen unterworfen wird.

Artikel 12 (Recht auf Eheschließung)

Mit Erreichung des Heiratsalters haben Männer und Frauen das Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie nach den nationalen Gesetzen, die die Ausübung dieses Rechts regeln, zu gründen.

Artikel 13 (Recht auf wirksame Beschwerde)

Sind die in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten verletzt worden, so hat der Verletzte das Recht, eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz einzulegen, selbst wenn die Verletzung von Personen begangen worden ist, die in amtlicher Eigenschaft gehandelt haben.

Artikel 14 (Verbot der Benachteiligung)

Der Genuss der in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten muss ohne Unterschied des Geschlechts, der Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, politischen oder sonstigen Anschauungen, nationalen oder sozialen Herkunft, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status gewährleistet werden.

Artikel 15 (Außerkräftsetzen im Notstandsfall)

(1) Im Falle eines Krieges oder eines anderen öffentlichen Notstandes, der das Leben der Nation bedroht, kann jeder der Hohen Vertragschließenden Teile Maßnahmen ergreifen, welche die in dieser Konvention vorgesehenen Verpflichtungen in dem Umfang, den die Lage unbedingt erfordert, und unter der Bedingung außer Kraft setzen, dass diese Maßnahmen nicht im Widerspruch zu den sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen stehen.

(2) Die vorstehende Bestimmung gestattet kein

Außerkräftsetzen des Artikels 2 außer bei Todesfällen, die auf rechtmäßige Kriegshandlungen zurückzuführen sind, oder der Artikel 3, 4 (Absatz 1) und 7.

(3) Jeder Hohe Vertragschließende Teil, der dieses Recht der Außerkräftsetzung ausübt, hat den Generalsekretär des Europarats eingehend über die getroffenen Maßnahmen und deren Gründe zu unterrichten. Er muss den Generalsekretär des Europarats auch über den Zeitpunkt in Kenntnis setzen, in dem diese Maßnahmen außer Kraft getreten sind und die Vorschriften der Konvention wieder volle Anwendung finden.

Artikel 16 (Beschränkung der politischen Tätigkeit von Ausländern)

Keine der Bestimmungen der Artikel 10, 11 und 14 darf so ausgelegt werden, dass sie den Hohen Vertragschließenden Parteien verbietet, die politische Tätigkeit von Ausländern Beschränkungen zu unterwerfen.

Und ein Auszug aus der Verfassung der Vereinigten Staaten:

The Bill of Rights (The first ten Amendments)

The Conventions of a number of the States having, at the time of adopting the Constitution, expressed a desire, in order to prevent misconstruction or abuse of its powers, that further declaratory and restrictive clauses should be added, and as extending the ground of public confidence in the Government will best insure the beneficent ends of its institution;

Resolved, by the Senate and House of Representatives of the United States of America, in Congress assembled, two-thirds of both Houses concurring, that the following articles be proposed to the Legislatures of the several States, as amendments to the Constitution of the United States; all or any of which articles, when ratified by three-fourths of the said Legislatures, to be valid to all intents and purposes as part of the said Constitution, namely:

Amendment I

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.

Amendment II

Artikel 17 (Begrenzung der Rechtseinschränkungen)

Keine Bestimmung dieser Konvention darf dahin ausgelegt werden, dass sie für einen Staat, eine Gruppe oder eine Person das Recht begründet, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung zu begehen, die auf die Abschaffung der in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten oder auf weitergehende Beschränkungen dieser Rechte und Freiheiten, als in der Konvention vorgesehen, hinzielt.

Artikel 18 (Verbot des Missbrauchs der Rechte)

Die nach der vorliegenden Konvention gestatteten Einschränkungen dieser Rechte und Freiheiten dürfen nicht für andere Zwecke als die vorgesehenen angewandt werden.

A well regulated militia, being necessary to the security of a free state, the right of the people to keep and bear arms, shall not be infringed.

Amendment III

No soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law.

Amendment IV

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

Amendment V

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be

taken for public use, without just compensation.

Amendment VI

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense.

Amendment VII

In suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be pre-

served, and no fact tried by a jury, shall be otherwise reexamined in any court of the United States, than according to the rules of the common law.

Amendment VIII

Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.

Amendment IX

The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

Amendment X

The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, or to the people.

b) Überpositives Recht und Grundrechte

Gibt es überpositives Recht, das der Gültigkeit oder der Anwendbarkeit widersprechenden positiven Rechts entgegenstehen könnte? Wo könnten Quellen solchen Rechts liegen?

Hierzu *Gustav Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105-108 (Auszug, elektronische Fassung vom Berliner Bildungsserver [interessante Internet-Seite zum Thema Rechtsstaat, <http://bebis-cms.be.schule.de/weiterbildung/sps/allgemein/bausteine/rechtsstaat/unrecht.htm>): Es geht um die Frage, ob Richter, die in den Jahren 1933 bis 1945 Menschen aufgrund nationalsozialistischer Gesetze, die nach dem Krieg als verbrecherisch angesehen wurden, zum Tode verurteilt hatten, nunmehr wegen Mordes bestraft werden könnten:

I

Mittels zweier Grundsätze wußte der Nationalsozialismus seine Gefolgschaft, einerseits die Soldaten, andererseits die Juristen, an sich zu fesseln: »Befehl ist Befehl« und »Gesetz ist Gesetz«. Der Grundsatz »Befehl ist Befehl« hat nie uneingeschränkt gegolten. Die Gehorsamspflicht hörte bei Befehlen zu verbrecherischen Zwecken des Befehlenden auf (MStrGB § 47). Der Grundsatz »Gesetz ist Gesetz« kannte dagegen keine Einschränkung. Er war der Ausdruck des positivistischen Rechtsdenkens, das durch viele Jahrzehnte fast unwidersprochen die deutschen Juristen beherrschte. Gesetzliches Unrecht war deshalb ebenso wie übergesetzliches Recht ein Widerspruch in sich. Vor beide Probleme sieht sich die Praxis jetzt immer wieder gestellt. So wurde in der SJZ (S. 36) eine Entscheidung des

Amtsgerichts Wiesbaden veröffentlicht und besprochen, nach der die Gesetze, die das Eigentum der Juden dem Staat für verfallen erklärten, mit dem Naturrecht in Widerspruch stünden und schon zur Zeit ihres Erlasses nichtig gewesen seien«.

II

Auf dem Gebiet des Strafrechts ist dasselbe Problem namentlich durch Erörterungen und Entscheidungen innerhalb der russischen Zone aufgeworfen worden.

1. In einer Hauptverhandlung vor dem thüringischen Schwurgericht in Nordhausen wurde der Justizamtsangestellte Puttfarken, welcher durch eine Denunziation die Verurteilung und Hinrichtung des Handelsmanns Göttig herbeigeführt hatte, zu lebenslänglichem Zuchthaus verurteilt. (...) Der Generalstaatsanwalt erörtert

zunächst die Frage: war die Tat rechtswidrig? »(...) Dies setzt voraus, daß die Justiz in der Lage ist, Recht zu sprechen. *Gesetzmäßigkeit, Streben nach Gerechtigkeit, Rechtssicherheit sind die Erfordernisse einer Justiz.* Alle drei Voraussetzungen fehlen bei der politischen Strafjustiz in der Hitlerzeit.« (...) Das Schwurgericht verurteilte nicht wegen mittelbarer Täterschaft, sondern wegen Beihilfe zum Morde. Danach müßten die Richter, die den Göttig wider Recht und Gesetz zum Tode verurteilt haben, des Mordes schuldig sein.

2. Wirklich wird in der Presse (Tägl. Rundschau v. 14. 3. 1946) von dem Generalstaatsanwalt des Bundeslands Sachsen, Dr. J. U. Schroeder, die Absicht angekündigt, die strafrechtliche »Verantwortlichkeit für unmenschliche Richtersprüche« geltend zu machen, auch wenn solche Richtersprüche auf Grund nationalsozialistischer Gesetze ergangen seien:

»Die Gesetzgebung des nationalsozialistischen Parteistaates (...) *entbehrt jeder rechtlichen Gültigkeit.* Sie beruht auf dem sogenannten 'Ermächtigungsgesetz', das nicht mit der verfassungsmäßig nötigen Zweidrittelmehrheit zustande gekommen ist. Hitler hatte die kommunistischen Reichstagsabgeordneten gewaltsam an der Teilnahme der Sitzungen gehindert, sie unter Mißachtung ihrer Immunität verhaften lassen. Die verbliebenen Abgeordneten namentlich aus dem Zentrum, wurden durch die Drohung mit der SA zur Abgabe ihrer Stimmen für die Ermächtigung benötigt«. (Anm. 1)

»Kein Richter kann sich auf ein Gesetz berufen und die Rechtsprechung danach handhaben, auf ein Gesetz, das nicht nur ungerecht, das *verbrecherisch ist.* Wir berufen uns auf die Menschenrechte, die über allen geschriebenen Satzungen stehen, auf das unentziehbare, unvordenkliche Recht, das verbrecherischen Befehlen unmenschlicher Tyrannen Geltung versagt.«

»Von diesen Erwägungen ausgehend, glaube ich, daß Richter angeklagt werden müssen, die mit den Geboten der Humanität unvereinbare Urteile gesprochen und wegen Nichtigkeiten auf Todesstrafe erkannt haben«.

3. Aus Halle wird gemeldet, daß die Scharfrichtergehilfen Kleine und Rose wegen aktiver Teilnahme an zahlreichen unrechtmäßigen Hinrichtungen zum Tode verurteilt seien. (Anm. 2).

4. Aus dem Bundesland Sachsen wird ferner der folgende Fall bekannt (...): Im Jahre 1943 war ein an der Ostfront eingesetzter sächsischer Soldat, der zur Bewachung von Kriegsgefangenen kommandiert, war, desertiert, »angeekelt von der unmenschlichen Behandlung, die die Gefangenen erfuhren, vielleicht auch des Dienstes in Hitlers Truppen müde«. (...) Es gelang ihm,, sich unbemerkt seiner geladenen Dienstpistole zu bemächtigen und den Wachtmeister hinterrücks durch einen Schuß niederzustrecken. Im Jahre 1945 kehrte er aus der Schweiz nach Sachsen zurück. Er wurde verhaftet, und die Staatsanwaltschaft schickte sich an, gegen ihn wegen heimtückischer Tötung des Beamten Anklage zu erheben. Der Generalstaatsanwalt ordnete Freilassung und Einstellung des Verfahrens an. Er sah § 54 als gegeben an. Die Unverschuldetheit des Notstands begründet er damit, daß, »was damals von den Rechtswahrem als Recht ausgegeben wurde, heute nicht mehr gelte. Fahnenflucht aus Hitlers und Keitels Armee enthalte für unsere Rechtsauffassung keine Verfehlung, die den Flüchtigen entehre und seine Bestrafung rechtfertige; sie gereiche ihm nicht zur Schuld.«

Allerorten wird also unter dem Gesichtspunkt des gesetzlichen Unrechts und des übergesetzlichen Rechts der Kampf gegen den Positivismus aufgenommen.

III

Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung »Gesetz ist Gesetz« den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts. Dabei ist der Positivismus gar nicht in der Lage, aus eigener Kraft die Geltung von Gesetzen zu begründen. Er glaubt, die Geltung eines Gesetzes schon damit erwiesen zu haben, daß es die Macht besessen hat, sich durchzusetzen. Aber auf Macht läßt sich vielleicht ein Müssen, aber niemals ein Sollen und Gelten gründen. Dieses läßt sich vielmehr nur gründen auf einen Wert, der dem Gesetz innewohnt. Freilich: einen Wert

führt schon jedes positive Gesetz ohne Rücksicht auf seinen Inhalt mit sich: es ist immer noch besser als kein Gesetz, weil es zum mindesten Rechtssicherheit schafft.

Aber Rechtssicherheit ist nicht der einzige und nicht der entscheidende Wert, den das Recht zu verwirklichen hat. Neben die Rechtssicherheit treten vielmehr zwei andere Werte: Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit. In der Rangordnung dieser Werte haben wir die Zweckmäßigkeit des Rechts für das Gemeinwohl an die letzte Stelle zu setzen. Keineswegs ist Recht alles das, »was dem Volke nützt«, sondern dem Volke nützt letzten Endes nur, was Recht ist, was Rechtssicherheit schafft und Gerechtigkeit erstrebt. Die Rechtssicherheit, die jedem positiven Gesetz schon wegen seiner Positivität eignet, nimmt eine merkwürdige Mittelstellung zwischen Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit ein: sie ist einerseits vom Gemeinwohl gefordert, andererseits aber auch von der Gerechtigkeit.

Daß das Recht sicher sei, daß es nicht heute und hier so, morgen und dort anders ausgelegt und angewandt werde, ist zugleich eine Forderung der Gerechtigkeit. Wo ein Widerstreit zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, zwischen einem inhaltlich anfechtbaren, aber positiven Gesetz und zwischen einem gerechten, aber nicht in Gesetzesform gegossenen Recht entsteht, liegt in Wahrheit ein Konflikt der Gerechtigkeit mit sich selbst, ein Konflikt zwischen scheinbarer und wirklicher Gerechtigkeit vor. Diesen Konflikt bringt großartig das Evangelium zum Ausdruck, indem es einerseits befiehlt: »Seid untertan der Obrigkeit, die Gewalt über euch hat«, und doch andererseits gebietet, »Gott mehr zu gehorchen als den Menschen«.

Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als »unrichtiges Recht« der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch 'geltenden Gesetzen; eine andere

Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur »unrichtiges Recht«, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.

An diesem Maßstab gemessen sind ganze Parteien nationalsozialistischen Rechts niemals zur Würde geltenden Rechts gelangt. Die hervorstechendste Eigenschaft in Hitlers Persönlichkeit, die von ihm aus auch zum Wesenszuge des ganzen nationalsozialistischen »Rechts« geworden ist, war sein völliger Mangel an Wahrheitssinn und Rechtssinn: weil ihm jeder Wahrheitssinn fehlte, konnte er dem jeweils rednerisch Wirksamen ohne Scham und Skrupel den Akzent der Wahrheit geben; weil ihm jeder Rechtssinn fehlte, konnte er ohne Bedenken die krasseste Willkür zum Gesetz erheben. Am Anfang seiner Herrschaft stand jenes Sympathie-Telegramm an die Potempa-Mörder, am Ende die grauenhafte Entehrung der Märtyrer des 20. Juli 1944. Schon anlässlich des Potempa-Urteils hatte Alfred Rosenberg im »Völkischen Beobachter« die Theorie dazu geliefert: Mensch sei nicht gleich Mensch, und Mord sei nicht gleich Mord; die Ermordung des Pazifisten Jaurès sei in Frankreich mit Recht anders bewertet worden als der Mordversuch an dem Nationalisten Clemenceau; ein Täter, der aus vaterländischen Motiven gefehlt hat, könne unmöglich derselben Strafe unterworfen werden, wie ein anderer, dessen Beweggründe sich (nach dem nationalsozialistischen Auffassungsprogramm) nicht auf die nationale Ehre beziehen. Das nationalsozialistische »Recht« sich der wesensbestimmenden Anforderung der Gerechtigkeit, der gleichen Behandlung des Gleichen, zu entziehen gewillt war. Infolgedessen entbehrt es insoweit überhaupt der Rechtsnatur, ist nicht etwa unrichtiges Recht, sondern überhaupt kein Recht. Das gilt insbesondere von den Bestimmungen, durch welche die nationalsozialistische Partei entgegen dem Teilcharakter jeder Partei die Totalität des Staates für sich beanspruchte. Der

Rechtscharakter fehlt weiter allen jenen Gesetzen, die Menschen als Untermenschen behandelten und ihnen die Menschenrechte versagten. Ohne Rechtscharakter sind auch alle jene Strafdrohungen, die ohne Rücksicht auf die unterschiedliche Schwere der Verbrechen, nur geleitet von momentanen Abschreckungsbedürfnissen, Straftaten verschiedenster Schwere mit der gleichen Strafe, häufig mit der Todesstrafe, bedrohten. Alles das sind nur Beispiele gesetzlichen Unrechts.

Es darf nicht verkannt werden - gerade nach den Erlebnissen jener zwölf Jahre -, welche furchtbaren Gefahren für die Rechtssicherheit der Begriff des »gesetzlichen Unrechts«, die Leugnung der Rechtsnatur positiver Gesetze mit sich bringen kann. Wir müssen hoffen, daß ein solches Unrecht eine einmalige Verirrung und Verwirrung des deutschen Volkes bleiben werde, aber für alle möglichen Fälle haben wir uns durch die grundsätzliche Überwindung des Positivismus, der jegliche Abwehrfähigkeit gegen den Mißbrauch nationalsozialistischer Gesetzgebung entkräftete, gegen die Wiederkehr eines solchen Unrechtsstaates zu wappnen. (Anm. 3)

IV

Das gilt für die Zukunft. Gegenüber dem gesetzlichen Unrecht jener vergangenen zwölf Jahre müssen wir die Forderung der Gerechtigkeit mit einer möglichst geringen Einbuße an Rechtssicherheit zu verwirklichen suchen. Nicht jeder Richter sollte auf eigene Faust Gesetze entwerfen dürfen, diese Aufgabe sollte vielmehr einem höheren Gericht oder der Gesetzgebung (so auch Kleine, SJZ S.36) vorbehalten bleiben. Ein solches Gesetz ist in der amerikanischen Zone auf Grund einer Übereinkunft im Länderrat bereits erlassen: das »Gesetz zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege«. Dadurch, daß nach ihm »politische Taten, durch die dem Nationalsozialismus oder Militarismus Widerstand geleistet wurde, nicht strafbar« sind, werden z. B. die Schwierigkeiten des Deserteur-Falls (oben Nr. 4) gelöst. Dagegen ist das Schwestergesetz, das »Gesetz zur Ahndung nationalsozialistischer Straftaten«, auf die andern hier behandelten Fälle nur anwendbar, wenn die Strafbarkeit solcher Taten schon nach dem Rechte ihrer

Begehungszeit bestand. Wir haben <107/108> also unabhängig von diesem Gesetz die Strafbarkeit jener ändern drei Fälle nach dem Recht des RStGB zu prüfen. In dem hier besprochenen Denunzianten-Fall ist die Annahme mittelbarer Täterschaft eines Tötungsverbrechens in der Person des Denunzianten nicht zu beanstanden, wenn bei ihm ein Tätersvorsatz in dieser Richtung bestanden hat, zu dessen Verwirklichung er sich des Strafgerichts als Werkzeug und des juristischen Automatismus eines Strafprozesses als Mittels bedient hat. Ein solcher Vorsatz liegt besonders in solchen Fällen vor, »in denen der Täter ein Interesse an der Beseitigung des Verdächtigten hatte, sei es, um seine Frau zu heiraten, oder sich in den Besitz seiner Wohnung oder seiner Stellung zu setzen, sei es aus Rachsucht und dergleichen (so das erwähnte Gutachten von Professor Richard Lange in Jena.

Wie mittelbarer Täter ist, wer sein Befehlsrecht gegen Gehorsamspflichtige zu verbrecherischen Zwecken mißbraucht hat, so ist auch der mittelbare Täter, der zu verbrecherischen Zwecken durch eine Denunziation den Justiz-Apparat in Funktion gesetzt hat. Die Benutzung des Gerichts als eines bloßen Werkzeugs ist besonders deutlich in denjenigen Fällen, in denen der mittelbare Täter mit einer politisch tendenziösen Ausübung des Strafrichteramts, sei es aus politischem Fanatismus, sei es unter dem Druck der damaligen Machthaber, rechnen konnte und gerechnet hat. Hatte der Denunziant diesen Tätersvorsatz nicht, wollte er vielmehr nur dem Gericht Material liefern und das weitere dessen Entscheidung überlassen, dann kann er als Verursacher der Verurteilung und mittelbar der Vollstreckung der Todesstrafe nur dann wegen Beihilfe bestraft werden, wenn das Gericht seinerseits durch das Urteil und dessen Vollstreckung sich eines Tötungsverbrechens schuldig gemacht hat. Diesen Weg ist das Nordhäuser Gericht in ~~Der Strafbank~~ der Richter wegen Tötung setzt die gleichzeitige Feststellung einer von ihnen begangenen Rechtsbeugung (§§ 336, 344 StGB) voraus. Denn das Urteil des unabhängigen Richters darf Gegenstand einer Bestrafung nur dann sein, wenn er gerade den Grundsatz, dem jene Unabhängigkeit zu dienen bestimmt war, die Unterworfenheit unter das Gesetz, d. h. unter das Recht, verletzt hätte. Wenn an

der Hand der von uns entwickelten Grundsätze festgestellt werden kann, daß das angewandte Gesetz kein Recht war, das angewandte Strafmaß, etwa die nach freiem Ermessen erkannte Todesstrafe, jedem Willen zur Gerechtigkeit Hohn sprach, liegt objektiv Rechtsbeugung vor. Aber konnten Richter, die von dem herrschenden Positivismus soweit verbildet waren, daß sie ein anderes als das gesetzte Recht nicht kannten, bei der Anwendung positiver Gesetze den Vorsatz der Rechtsbeugung haben? Auch wenn sie ihn hatten, bleibt ihnen als ein letzter, freilich peinlicher, Rechtsbehelf die Berufung auf die Lebensgefahr, die sie selbst durch die Auffassung national-sozialistischen Rechts als gesetzlichen Unrechts über sich herabbeschworen hätten, die Berufung auf den Notstand des § 54 StGB - peinlich, da das Ethos des Richters auf Gerechtigkeit um jeden Preis, auch den des Lebens, gerichtet sein sollte.

Am einfachsten erledigt sich die Frage der Strafbarkeit der beiden Scharfrichtergehilfen wegen der Vollstreckung von Todesurteilen. Man darf sich weder durch den Eindruck von Menschen bestimmen lassen, die sich aus der Tötung anderer Menschen ein Gewerbe machen, noch durch die damalige Hochkonjunktur und Einträglichkeit jenes Gewerbes. Schon als der Scharfrichterberuf noch eine Art erblichen Handwerks war, pflegten sich die Inhaber dieses Gewerbes immer wieder damit zu entschuldigen, daß sie nur exequierten, zu judizieren aber die Aufgabe der Herren Richter sei. »Die Herren steuern dem Unheil, ich exequiere ihr Endurteil« - dieser Spruch von 1698 kommt so oder ähnlich immer wieder auf den Klängen von Richtschwertern vor. Wie das Todesurteil eines Richters nur dann strafbare Tötung darstellen kann, wenn es auf Rechtsbeugung beruht, so kann der Nachrichten wegen einer Hinrichtung nur dann bestraft werden, wenn sie dem Tatbestand des § 345: vorsätzliche Vollstreckung einer Strafe, die nicht zu vollstrecken ist, darstellt. Karl Binding (Lehrbuch, Besonderer Teil, Bd. 2, 1905, S. 569) sagt über diesen Tatbestand: in analogem Verhältnis wie der Richter zum Gesetz stehe der Vollstreckungsbeamte zum vollstreckbaren Urteil; seine ganze und einzige Pflicht bestehe in dessen exakter Verwirklichung. Das Urteil bestimme seine

ganze Tätigkeit: »Sie bleibt gerecht, soweit sie es befolgt, sie wird ungerecht, soweit sie von ihm abweicht. Da in dieser Verleugnung der einzigen für die Vollstreckung als solche maßgebenden Autorität der Kernpunkt der Schuld liegt, so kann man das Delikt (des § 345) als Urteilsbeugung bezeichnen.« Eine Nachprüfung der Rechtmäßigkeit des Urteils liegt dem Scharfrichter nicht ob. Die Annahme seiner Unrechtmäßigkeit kann ihm also nicht schaden, die Nichtaufgabe seines Gewerbes als rechtswidrige Unterlassung nicht zugerechnet werden.

Wir sind nicht der in Nordhausen ausgesprochenen Meinung, daß »formaljuristische Bedenken« geeignet seien, »der klaren Tatbestand zu trüben«. Wir sind vielmehr der Meinung, daß es nach zwölf Jahren Verleugnung der Rechtssicherheit mehr als je notwendig sei, sich durch »formaljuristische« Erwägungen gegen die Versuchungen zu wappnen, welche sich begreiflicherweise in jedem, der zwölf Jahre der Gefährdung und Bedrückung durchlebt hat, leicht ergeben können. Wir haben die Gerechtigkeit zu suchen, zugleich die Rechtssicherheit zu beachten, da sie selber ein Teil der Gerechtigkeit ist, und einen Rechtsstaat wieder aufzubauen, der beiden Gedanken nach Möglichkeit Genüge zu tun hat. Demokratie ist gewiß ein preisenswertes Gut, Rechtsstaat aber ist wie das tägliche Brot, wie Wasser zum Trinken und wie Luft zum Atmen, und das Beste an der Demokratie gerade dieses, daß nur sie geeignet ist, den Rechtsstaat zu sichern.

Anmerkungen zum Text (gekürzt):

1. Es hätte (...) der Erörterung bedurft, inwieweit revolutionär entstandene Ordnungen durch die normative Kraft des Faktischen zu geltendem Recht geworden sind; auch die Angabe, daß die Zweidrittelmajorität für das Ermächtigungsgesetz nur durch die Ausscheidung der Kommunisten zustande gekommen sei, ist (...) unzutreffend.
2. Für die strafrechtliche Verantwortung für nicht rechtmäßige Richtersprüche auch Buchwald in seiner beachtlichen Schrift »Gerechtes Recht«, Weimar 1948, S. 5ff.
3. Für übergesetzliches Recht tritt auch Buchwald, aaO. S. 8 f£, ein. Vgl. ferner Roemer in SJZ S: 5ff.

5) Menschenwürde und Allgemeines Persönlichkeitsrecht

a) Versuch einer Definition der Menschenwürde

„Die Würde des Menschen ist unantastbar“, so steht es an der Spitze der deutschen Verfassung. Was aber ist die Menschenwürde? Das BVerfG nähert sich diesem Grundrecht (ist es überhaupt eins?) mit Vorsicht:

Zwei zentrale Aussagen finden sich in dem sog. Abhör-Urteil des BVerfG und in der dissenting opinion dreier Richter ebendazu (BVerfGE 30, 1; 30, 39):

Was den in Art. 1 GG genannten Grundsatz der Unantastbarkeit der Menschenwürde anlangt, der nach Art. 79 Abs. 3 GG durch eine Verfassungsänderung nicht berührt werden darf, so hängt alles von der Festlegung ab, unter welchen Umständen die Menschenwürde verletzt sein kann. Offenbar lässt sich das nicht generell sagen, sondern immer nur in Ansehung des konkreten Falles. Allgemeine Formeln wie die, der Mensch dürfe nicht zum bloßen Objekt der Staatsgewalt herabgewürdigt werden, können lediglich die Richtung andeuten, in der Fälle der Verletzung der Menschenwürde gefunden werden können. Der Mensch ist nicht selten bloßes Objekt nicht nur der Verhältnisse und der gesellschaftlichen Entwicklung, sondern auch des Rechts, insofern er ohne Rücksicht auf seine Interessen sich fügen muss. Eine Verletzung der Menschenwürde kann darin allein nicht gefunden werden. Hinzukommen muss, dass er einer Behandlung ausgesetzt wird, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt, oder dass in der Behandlung im konkreten Fall eine willkürliche Missachtung der Würde des Menschen liegt.

Die Behandlung des Menschen durch die öffentliche Hand, die das Gesetz vollzieht, muss also, wenn sie die Menschenwürde berühren soll, Ausdruck der Verachtung des Wertes, der dem Menschen kraft seines Personseins zukommt, also in diesem Sinne eine "verächtliche Behandlung" sein.

Abweichende Meinung der Richter Geller, Dr. v. Schlabrendorff und Dr. Rupp:

Nun muß man sich bei der Beantwortung der Frage, was "Menschenwürde" bedeute, hüten, das pathetische Wort ausschließlich in seinem höchsten Sinn zu verstehen, etwa indem man davon ausgeht, daß die Menschenwürde nur dann verletzt ist, wenn "die Behandlung des Menschen durch die öffentliche Hand, die das Gesetz vollzieht", "Ausdruck der Verachtung des Wertes, der dem Menschen kraft seines Personseins zukommt, also in diesem Sinne eine 'verächtliche Behandlung'" ist. Tut man dies dennoch, so reduziert man Art. 79 Abs. 3 GG auf ein Verbot der Wiedereinführung z. B. der Folter, des Schandpfahls und der Methoden des Dritten Reichs. Eine solche Einschränkung wird indessen der Konzeption und dem Geist des Grundgesetzes nicht gerecht. Art. 79 Abs. 3 GG in Verbindung mit Art. 1 GG hat einen wesentlich konkreteren Inhalt. Das Grundgesetz erkennt dadurch, daß es die freie menschliche Persönlichkeit auf die höchste Stufe der Wertordnung stellt, ihren Eigenwert, ihre Eigenständigkeit an. Alle Staatsgewalt hat den Menschen in seinem Eigenwert, seiner Eigenständigkeit zu achten und zu schützen. Er darf nicht "unpersönlich", nicht wie ein Gegenstand behandelt werden, auch wenn es nicht aus Mißachtung des Personenwertes, sondern in "guter Absicht" geschieht.

b) Lebenslange Freiheitsstrafe (BVerfGE 45, 187)

In einem Strafverfahren wegen Mordes ist die Große Strafkammer des LG V. der Ansicht, dass die nach § 211 Abs. 1 StGB verwirkte lebenslange Freiheitsstrafe unangemessen sei und die Grundrechte des Angeklagten in verfassungswidriger Weise verletze. In einem umfangreichen und detailliert begründeten Beschluss setzt das LG das Strafverfahren aus und legt die Frage der Verfassungswidrigkeit von § 211 StGB dem BVerfG zur Entscheidung vor. Darin führt die Kammer aus, die lebenslange Freiheitsstrafe verletze zunächst Art. 2 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 2 GG, weil sie von dem Freiheitsrecht des Angeklagten nichts übrig lasse, mithin den

Wesensgehalt des Grundrechts antaste; zum anderen verstoße sie gegen Art. 1 Abs. 1 GG, denn die Menschenwürde eines Strafgefangenen sei verletzt, wenn er keine Hoffnung haben könne, jemals wieder der Freiheit teilzuhaben, weil dies dazu führe, dass er sich selbst aufgebe und kein menschliches Leben im üblichen Sinne mehr führe. In dem Verfahren vor dem BVerfG entgegnet die Bundesregierung, die Menschenwürde sei nicht verletzt, denn es bleibe jedem Angeklagten die Chance der Begnadigung; das Freiheitsgrundrecht sei nach Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG ohne jede Schranke einschränkbar.

Wie wird das BVerfG entscheiden?

Hierzu ein Auszug aus der Entscheidung:

Jede Strafe muß in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Straftat und zum Verschulden des Täters stehen (BVerfGE 6, 389 [439]; 9, 167 [169]; 20, 323 [331]; 25, 269 [285 f.]). Das Gebot zur Achtung der Menschenwürde bedeutet insbesondere, daß grausame, unmenschliche und erniedrigende Strafen verboten sind (BVerfGE 1, 332 [348]; 6, 389 [439]). Der Täter darf nicht zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung unter Verletzung seines verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wertanspruchs und Achtungsanspruchs gemacht werden (BVerfGE 28, 389 [391]). Die grundlegenden Voraussetzungen individueller und sozialer Existenz des Menschen müssen erhalten bleiben.

Aus Art. 1 I GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip ist daher - und das gilt insbesondere für den Strafvollzug - die Verpflichtung des Staates herzuleiten, jenes Existenzminimum zu gewähren, das ein menschenwürdiges Dasein überhaupt erst ausmacht. Mit einer so verstandenen Menschenwürde wäre es unvereinbar, wenn der Staat für sich in Anspruch nehmen würde, den Menschen zwangsweise seiner Freiheit zu entkleiden, ohne dass zumindest die Chance für ihn besteht, je wieder der Freiheit teilhaftig werden zu können.

c) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht

Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht soll „im Sinne des obersten Konstitutionsprinzips der Menschenwürde die engere persönliche Lebenssphäre des Menschen und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen gewährleisten“ (BVerfGE 72, 155, 170). Sie schützt insbesondere gegen neuartige Gefährdungen der Persönlichkeit, z.B. im Bereich des Datenschutzes. Es handelt sich um ein „passives“ Grundrecht, das einen bestimmten Bereich von äußeren Eingriffen abschirmt, während die Allgemeine Handlungsfreiheit, quasi als Kehrseite des APR, das „aktive Element der Persönlichkeitsentfaltung“ darstellt (BVerfGE 54, 148, 153).

„Besondere Persönlichkeitsrechte“, die Teil des APR sind, waren schon seit jeher sowohl im BGB (§ 823 I) als auch im Grundgesetz anerkannt und geschützt: Hierzu gehören vor allem die Ehre (vgl. Art. 5 Abs. 2 GG, in einem weiteren Sinne sind auch Art. 13 I (Wohnung) und vor allem Art. 5 I (Meinungäußerung) und Art. 10 I (Brief- und Telefongeheimnis) besondere Persönlichkeitsrechte).

Im Bürgerlichen Recht wurde das APR als „sonstiges Recht“ im Sinne von § 823 I BGB erstmals in BGHZ 13, 334 (Schacht-Leserbrief) anerkannt, hier wurde dem RA von Dr. Hilmar Schacht ein Unterlassungsanspruch gewährt. Problematisch im Zivilrecht war nicht die Anerkennung des APR als solchen, sondern die Frage, ob einer Verletzung dieses Rechts entgegen dem Wortlaut von §§ 253, 847 BGB ein Anspruch auf Ersatz des (ja immateriellen) Schadens gewährt werden könne. Dies bejahte zuerst BGHZ 26, 349 (Herrenreiter) und begründete dies mit einer Analogie zu § 847. Später (BGHZ 35, 363 - Ginsengwurzel) gab der BGH eine neue Begründung und sah den Anspruch nicht mehr als SchE, sondern als billige Entschädigung in Geld, die unmittelbar aus Artt. 2 I iVm 1 I zu gewähren sei. Die Rspr. des

BGH wurde vom BVerfG gebilligt (BVerfGE 34, 269).

Aus dem APR hat das BVerfG im Laufe seiner Rspr. neue, ungeschriebene besondere Persönlichkeitsrechte herausgebildet, die in Wichtigkeit den geschriebenen Persönlichkeitsrechten gleichen und deshalb grundrechtlichen Schutzes bedürfen. Hierzu gehören z.B. der Schutz der Privat- und der Intim- und Sexualsphäre; das Recht auf informationelle Selbstbestimmung; das Recht, sein Erscheinungsbild in der Öffentlichkeit selbst zu bestimmen, hierzu gehört die Ehre; das Recht auf Resozialisierung; das Recht, nicht zu Äußerungen gezwungen zu werden (z.B. der Grundsatz des nemo tenetur). Auch die Ausreise- und Auswanderungsfreiheit, die im GG nicht speziell geregelt ist, wird man hier einordnen müssen (und nicht wie das BVerfG in der Elfes-Entscheidung als Ausfluss - nur - der Allgemeinen Handlungsfreiheit ansehen können), insofern ist die Elfes-Entscheidung, auch wenn man der Kritik von RiBVerfG Grimm folgt (s.u.), im Ergebnis richtig.

d) Tonband (BVerfG 34, 238)

1. Das Grundrecht aus GG Art 2 Abs 1 schützt auch Rechtspositionen, die für die Entfaltung der Persönlichkeit notwendig sind. Dazu gehört in bestimmten Grenzen, ebenso wie das Recht am eigenen Bild, das Recht am gesprochenen Wort. Deshalb darf grundsätzlich jedermann selbst und allein bestimmen, wer sein Wort aufnehmen soll sowie ob und vor wem seine auf einen Tonträger aufgenommene Stimme wieder abgespielt werden darf.

2. Damit ist allerdings noch nicht ausgeschlossen, daß in Fällen, wo überwiegende Interessen der Allgemeinheit dies zwingend gebieten, auch das schutzwürdige Interesse des Beschuldigten an der Nichtverwertung einer heimlichen Tonbandaufnahme im Strafverfahren zurücktreten muß.

A. I. Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Zulässigkeit der Verwertung einer heimlich aufgenommenen Tonbandaufnahme in einem Ermittlungsverfahren, das gegen den Beschwerdeführer wegen Verdachts der Steuerhinterziehung, des Betrugs und der Urkundenfälschung geführt wird. Das Bundesverfassungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung anerkannt, daß das Grundgesetz dem einzelnen Bürger einen unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung gewährt, der der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen ist (BVerfGE 6, 32 (41), 389 (433); 27, 1 (6), 344 (350 f.); 32, 373 (378 f.); Beschluß vom 19. Juli 1972 - 2 BvL 7/71, S. 12 f. - im folgenden zitiert als 2 BvL 7/71

-). Das verfassungskräftige Gebot, diesen Kernbereich, die Intimsphäre des Einzelnen, zu achten, hat seine Grundlage in dem durch Art. 2 Abs. 1 GG verbürgten Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Bei der Bestimmung von Inhalt und Reichweite des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG muß berücksichtigt werden, daß nach der Grundnorm des Art. 1 Abs. 1 GG die Würde des Menschen unantastbar ist und gegenüber aller staatlichen Gewalt Achtung und Schutz beansprucht. Überdies darf nach Art. 19 Abs. 2 GG auch das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG nicht in seinem Wesensgehalt angetastet werden (BVerfGE 27, 344 (350 f.); 32, 373 (379)). Selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit können einen Eingriff in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht rechtfertigen; eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes findet nicht statt.

Jedoch steht nicht der gesamte Bereich des privaten Lebens unter dem absoluten Schutz des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG (BVerfGE 6, 389 (433); 27, 1 (7); 27, 344 (351); 32, 373 (379); 2 BvL 7/71, S. 13). Als gemeinschaftsbezogener und gemeinschaftsgebundener Bürger muß vielmehr jedermann staatliche Maßnahmen hinnehmen, die im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots getroffen werden, soweit sie nicht

den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung beeinträchtigen.

2. Art. 2 Abs. 1 GG verbrieft jedem das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. Dieses Grundrecht schützt auch Rechtspositionen, die für die Entfaltung der Persönlichkeit notwendig sind. Dazu gehört in bestimmten Grenzen, ebenso wie das Recht am eigenen Bild, das Recht am gesprochenen Wort. Deshalb darf grundsätzlich jedermann selbst und allein bestimmen, wer sein Wort aufnehmen soll sowie ob und vor wem seine auf einen Tonträger aufgenommene Stimme wieder abgespielt werden darf.

5. Da nicht ein Zugriff der öffentlichen Gewalt auf den absolut geschützten Persönlichkeitsbereich in Frage steht, wäre die Verwertung des Tonbandes zulässig, wenn sie sich durch ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit rechtfertigen ließe. Das ist nicht der Fall.

a) Das Grundgesetz weist dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit einen hohen Rang zu. Staatliche Maßnahmen, die es beeinträchtigen, sind, wenn überhaupt, nur unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots zulässig. Andererseits mißt das Grundgesetz auch den Erfordernissen einer wirksamen Rechtspflege eine besondere Bedeutung bei. Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb wiederholt die unabwiesbaren

Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung und Verbrechensbekämpfung (BVerfGE 19, 342 (347); 20, 45 (49), 144 (147)), das öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafprozeß - zur Überführung von Straftätern ebenso wie zur Entlastung Unschuldiger - betont (BVerfGE 32, 373 (381)), die wirksame Aufklärung gerade schwerer Straftaten als einen wesentlichen Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens gewürdigt (BVerfGE 29, 183 (194)) und auf die Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Rechtspflege, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden könne, abgehoben (2 BvL 7/71, S. 21 f.).

Das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Erfordernisse einer wirksamen Rechtspflege können in mannigfacher Weise miteinander in Widerspruch geraten. Ein gerechter Ausgleich dieser Spannungen läßt sich nur dadurch erreichen, daß den unter dem Blickpunkt der Erfordernisse einer wirksamen Rechtspflege erforderlich erscheinenden Eingriffen das Schutzgebot des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG ständig als Korrektiv entgegengehalten wird (vgl. dazu BVerfGE 19, 342 (347); 20, 45 (49), 144 (147)). Das bedeutet, daß jeweils zu ermitteln ist, welchem dieser beiden verfassungsrechtlich bedeutsamen Prinzipien im konkreten Fall das größere Gewicht zukommt.

e) Der Soldatenmord von Lebach (BVerfGE 35, 202)

Zu einem „Dauerbrenner“ im Bereich des APR hat sich der Lebach-Fall entwickelt. Ausgehend von einem Überfall auf eine Bundeswehrkaserne im saarländischen Lebach im Jahre 1969 gab es neben den strafgerichtlichen Verurteilungen der Täter mehrfache zivilgerichtliche und bundesverfassungsgerichtliche (Eil-)verfahren. Zunächst die zentrale, erste Lebach-Entscheidung:

BVerfG 1. Senat, Urt. v. 5. Juni 1973, Az: 1 BvR 536/72

Leitsätze

1. Eine Rundfunk- oder Fernsehanstalt kann sich grundsätzlich für jede Sendung zunächst auf den Schutz des GG Art 5 Abs 1 berufen. Die

Rundfunkfreiheit deckt sowohl die Auswahl des dargebotenen Stoffes als auch die Entscheidung über die Art und Weise der Darstellung einschließlich der gewählten Form der Sendung. Erst wenn die Rundfunkfreiheit mit anderen Rechtsgütern in Konflikt gerät, kann es auf das mit der konkreten Sendung verfolgte Interesse, die Art und Weise der Gestaltung und die erzielte oder

voraussehbare Wirkung ankommen.

2. Die Vorschriften des KunstUrhG §§ 22, 23 bieten ausreichenden Raum für eine Interessenabwägung, (...).

3. Für die aktuelle Berichterstattung über schwere Straftaten verdient das Informationsinteresse der Öffentlichkeit im allgemeinen den Vorrang vor dem Persönlichkeitsschutz des Straftäters. (...) Der verfassungsrechtliche Schutz der Persönlichkeit lässt es (dagegen) nicht zu, dass das Fernsehen sich über die aktuelle Berichterstattung hinaus etwa in Form eines Dokumentarspiels zeitlich unbeschränkt mit der Person eines Straftäters und seiner Privatsphäre befasst. Eine spätere Berichterstattung ist jedenfalls unzulässig, ... seine Wiedereingliederung in die Gesellschaft (Resozialisierung) (gefährdet). (Dies) ist regelmäßig anzunehmen, wenn eine den Täter identifizierende Sendung über eine schwere Straftat nach seiner Entlassung oder in zeitlicher Nähe zu der bevorstehenden Entlassung ausgestrahlt wird.
Gründe

I. Der 1945 geborene Bf. war an einer schweren Straftat, dem sog. Soldatenmord von Lebach, beteiligt, die Gegenstand eines Schwurgerichtsverfahrens war. Die beiden Haupttäter waren untereinander und mit dem Bf. befreundet, wobei die Beziehungen zum Teil eine homosexuelle Komponente hatten. Die drei jungen Männer strebten die Gründung einer Lebensgemeinschaft außerhalb der von ihnen abgelehnten Gesellschaft an. Sie planten einen Überfall auf ein Munitionsdepot der Bundeswehr, um Waffen zu erbeuten, mit deren Hilfe sie sich durch weitere Straftaten die Mittel zur Verwirklichung des erträumten Lebens auf einer Hochseeyacht in der Südsee verschaffen wollten. Im Januar 1969 führten die beiden Haupttäter den Überfall aus; sie töteten hierbei vier schlafende Soldaten der Wachmannschaft, verletzten einen weiteren schwer und entwendeten Waffen und Munition. Später versuchten sie, unter Hinweis auf diese Tat einen Finanzmakler zu erpressen. Der Bf. hatte bei den Planungen der Freundesgruppe immer wieder erklärt, er sei zur Tatausführung nicht imstande; daher hatte er bei dem Überfall nicht mitgewirkt. Das Schwurgericht verurteilte am 7. August 1970 die beiden Haupttäter zu lebenslangen Freiheitsstrafen, den Bf. wegen Beihilfe zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 6 Jahren. (...) Der Bf. hat inzwischen fast zwei Drittel seiner Strafe verbüßt; die Vollstreckung der Reststrafe wird voraussichtlich im Juli dieses Jahres (..) zur Bewährung ausgesetzt werden. Er will in seine Heimatstadt zurückzukehren.

II. Noch vor dem rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens erschien ein Buch über den Fall. (Außerdem stellte das ZDF im Frühjahr 1972 ein Dokumentar-Fernsehspiel "Der Soldatenmord von Lebach" fertig). Nach dem vom OLG festgestellten - unstreitigen - Sachverhalt soll das Spiel im Programm

des ZDF voraussichtlich an einem Freitagabend als zweiteilige Sendung in einer Gesamtdauer von 2 Stunden und 40 Minuten ausgestrahlt werden (...). Der Bf. wird ebenso wie die Haupttäter eingangs im Bilde vorgeführt, sodann von einem Schauspieler dargestellt. Sein Name wird während des ganzen Spiels immer wieder genannt.

Der Bf. sieht in der geplanten Ausstrahlung des Fernsehspiels eine rechtswidrige Verletzung seines Persönlichkeitsrechts, seines Namensrechts und seines Rechts am eigenen Bild. Sein Antrag, im Wege einstweiliger Verfügung dem ZDF die Ausstrahlung des Spiels zu verbieten, soweit darin seine Person dargestellt oder namentlich erwähnt werde, wurde vom Landgericht und vom OLG durch die angefochtenen Entscheidungen abgelehnt. Beide Urteile sind auf §§ 22 und 23 des Kunsturhebergesetzes vom 9. Januar 1907 (KUG) gestützt. (...)

III. Mit der Verfassungsbeschwerde macht der Bf. geltend, die angefochtenen Entscheidungen verletzen ihn in seinen Grundrechten aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG, und begründet dies wie folgt:

Das OLG lasse die Zeichnung eines Lebensbildes des Bf.s zu, die selbst auf den persönlichsten Intimbereich keine Rücksicht nehme, ihn in beschämender, erniedrigender Weise bloßstelle und ein Klima schaffe, das es dem Bf. unmöglich mache, in der Gesellschaft wieder Fuß zu fassen. Das Menschenbild des Grundgesetzes lasse keinen Raum für die Auffassung, Straftäter müssten nach Verbüßung der von Rechts wegen über sie verhängten Strafe eine zusätzliche Deklassierung derart hinnehmen, dass sie vor Millionen von Fernsehzuschauern an einen "modernen Pranger" gestellt werden dürften. Das berechnete Informationsinteresse der Öffentlichkeit an der Wahrheitsfindung im Prozess und an der Wiederherstellung des Rechtsfriedens sei spätestens mit der rechtskräftigen Verurteilung des Bf.s oder jedenfalls im engen zeitlichen Zusammenhang damit entfallen. Eine wahrheitsgemäße sachgerechte Unterrichtung über die Tat sei auch ohne Einbeziehung des Bf.s denkbar. Zudem tauche in dem Film nirgends die eigentliche Beihilfehandlung auf, derentwegen er verurteilt worden sei. Die Sicht des Films, das gesamte Geschehen aus einem Punkt, nämlich der homosexuellen Veranlagung der Täter, zu erklären, verfälsche die komplexe Tat, putsche bestehende Vorurteile auf und zeige zugleich, dass es dem Film in erster Linie auf die Befriedigung der Sensationslust ankomme. 2. Das BVerfG hat das Dokumentarspiel in Augenschein genommen. Es hat weiter in der mündlichen Verhandlung die Sachverständigen (...) darüber gehört, wie Fernsehsendungen über abgeurteilte schwere Straftaten nach Art des Dokumentarspiels vom Standpunkt des Strafvollzuges und der Sozialpsychologie zu beurteilen sind, namentlich welche Wirkungen von solchen Sendungen im Hinblick auf die Resozialisierung der dargestellten

verurteilten Täter und speziell des Bf.s zu erwarten sind.

B. Die Verfassungsbeschwerde ist begründet.

I. Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen Gerichtsentscheidungen, die in einem zivilgerichtlichen Verfahren ergangen sind und auf der Anwendung von Vorschriften des Privatrechts beruhen. In solchen Fällen ist es nicht Aufgabe des BVerfG, die Auslegung und Anwendung der betreffenden Rechtsvorschriften als solche sowie die hierauf bezogene Feststellung und Würdigung des Tatbestandes zu prüfen. Dagegen unterliegt es seiner Prüfung, ob die Ausstrahlungswirkung der in den Grundrechten enthaltenen Wertentscheidungen auf das Zivilrecht hinreichend beachtet ist. Das BVerfG hat daher zu prüfen, ob die angefochtenen Entscheidungen auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Reichweite und Wirkkraft eines der geltend gemachten Grundrechte beruhen oder ob das Entscheidungsergebnis selbst ein solches Grundrecht verletzt (vgl. BVerfGE 7, 198 (206 f.) - Lüth -; 21, 209 (216); 30, 173 (187 f.) - Mephisto -; 32, 311 (316)). (...) II. Im vorliegenden Fall ist das OLG zutreffend davon ausgegangen, dass mehrere Grundrechte auf die Anwendung des einfachen Rechts einwirken, und zwar in entgegengesetzter Richtung: Es handelt sich um eine Spannungslage zwischen dem in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG garantierten Schutz der Persönlichkeit und der Freiheit der Berichterstattung durch den Rundfunk gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG.

1. Auf der einen Seite berührt eine Fernsehsendung der hier vorliegenden Art über die Entstehung, Ausführung und Verfolgung einer Straftat unter Namensnennung, Abbildung und Darstellung des Straftäters zwangsläufig den Schutzbereich seiner Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG. Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Menschenwürde sichern jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann. Hierzu gehört auch das Recht, in diesem Bereich "für sich zu sein", "sich selber zu gehören" (Adolf Arndt, NJW 1967, S. 1845 (1846)), ein Eindringen oder einen Einblick durch andere auszuschließen (vgl. BVerfGE 27, 1 (6); 33, 367 (376) - Sozialarbeiter -; Beschluss vom 31. Januar 1973 - 2 BvR 454/71 - Tonband -, Umdruck B II 1 und 2 (im folgenden zitiert als 2 BvR 454/71)). Dies umfasst das Recht am eigenen Bild und gesprochenen Wort (vgl. 2 BvR 454/71 a.a.O.), erst recht aber das Verfügungsrecht über Darstellungen der Person. Jedermann darf grundsätzlich selbst und allein bestimmen, ob und wieweit andere sein Lebensbild im ganzen oder bestimmte Vorgänge aus seinem Leben öffentlich darstellen dürfen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG steht freilich nicht der gesamte Bereich des privaten Lebens unter dem absoluten Schutz der genannten Grundrechte

(vgl. BVerfGE 6, 389 (433); 27, 1 (7); 27, 344 (351); 32, 373 (379); 33, 367 (376 f.); 2 BvR 454/71 B II 1). Wenn der Einzelne als ein in der Gemeinschaft lebender Bürger in Kommunikation mit anderen tritt, durch sein oder Verhalten auf andere einwirkt und dadurch die persönliche Sphäre von Mitmenschen oder Belange des Gemeinschaftslebens berührt, können sich Einschränkungen seines ausschließlichen Bestimmungsrechts über seinen Privatbereich ergeben, soweit dieser nicht zum unantastbaren innersten Lebensbereich gehört. Ein solcher Sozialbezug kann bei entsprechender Intensität namentlich Maßnahmen der öffentlichen Gewalt zum Schutz von Interessen der Allgemeinheit zulassen - vgl. etwa die Veröffentlichung von Bildern verdächtiger Personen im Interesse der Strafverfolgung (§ 24 KUG). Jedoch rechtfertigt weder das staatliche Interesse an der Aufklärung von Straftaten noch ein anderes öffentliches Interesse von vornherein den Zugriff auf den Persönlichkeitsbereich (vgl. BVerfGE 32, 373 (381); 2 BvR 454/71 B II 5). Vielmehr gebietet der hohe Rang des Rechts auf freie Entfaltung und Achtung der Persönlichkeit, der sich aus der engen Beziehung zum höchsten Wert der Verfassung, der Menschenwürde, ergibt, dass dem aus einem solchen Interesse erforderlich erscheinenden Eingriff ständig das Schutzgebot des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG als Korrektiv entgegengehalten wird. Dementsprechend ist durch Güterabwägung im konkreten Fall zu ermitteln, ob das verfolgte öffentliche Interesse generell und nach der Gestaltung des Einzelfalls den Vorrang verdient, ob der beabsichtigte Eingriff in die Privatsphäre nach Art und Reichweite durch dieses Interesse gefordert wird und im angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht (vgl. BVerfGE 27, 344 (353 f.); 32, 373 (381); 2 BvR 454/71 B II 5).

Diese in der Rechtsprechung zu Maßnahmen öffentlicher Gewalt entwickelten Grundsätze müssen entsprechend beachtet werden, wenn es sich um die gerichtliche Entscheidung über kollidierende Interessen nach Vorschriften des Privatrechts handelt. Damit wird die Berücksichtigung der Sonderstellung, die den Medien des Hörfunks und Fernsehens kraft ihrer öffentlich-rechtlichen Organisation und öffentlichen Aufgabe zukommt, nicht ausgeschlossen.

2. Insoweit fällt hier, wie das OLG zutreffend hervorgehoben hat, maßgebend ins Gewicht, dass die streitige Sendung einer Funktion dienen soll, deren freie Wahrnehmung ihrerseits in der Verfassung unmittelbar durch eine Grundrechtsnorm geschützt ist. Die Freiheit der Berichterstattung durch den Rundfunk gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG (Rundfunkfreiheit) ist ebenso wie die Pressefreiheit, die Freiheit der Meinungsäußerung und die Informationsfreiheit schlechthin konstituierend für die freiheitlich-demokratische Grundordnung (vgl. BVerfGE 7, 198 (208); 10, 118 (121); 12, 205 (259 ff.) - Deutschland-Fernsehen -; 20, 56 (97 f.); 20, 162 (174 ff.) - Spiegel -;

27, 71 (81 f.) - Zeitungen aus der DDR -). Hörfunk und Fernsehen gehören in gleicher Weise wie die Presse zu den unentbehrlichen Massenkommunikationsmitteln, denen sowohl für die Verbindung zwischen dem Volk und den Staatsorganen wie für deren Kontrolle als auch für die Integration der Gemeinschaft in allen Lebensbereichen eine maßgebende Wirkung zukommt. Sie verschaffen dem Bürger die erforderliche umfassende Information über das Zeitgeschehen und über Entwicklungen im Staatswesen und im gesellschaftlichen Leben. Sie ermöglichen die öffentliche Diskussion ...

Die Verfassung hat den möglichen Konflikt zwischen der Rundfunkfreiheit und dadurch betroffenen Interessen von einzelnen Bürgern, von Gruppen oder der Gemeinschaft durch Verweisung auf die allgemeine Rechtsordnung geregelt; nach Art. 5 Abs. 2 GG unterliegt die Veranstaltung von Rundfunksendungen den Einschränkungen, die sich aus den allgemeinen Gesetzen ergeben. Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG darf die damit gebotene Rücksicht auf andere Rechtsgüter jedoch die Rundfunkfreiheit nicht relativieren; vielmehr sind die die Rundfunkfreiheit beschränkenden Gesetze ihrerseits im Blick auf die Verfassungsgarantie auszulegen und gegebenenfalls selbst wieder einzuschränken, um der Rundfunkfreiheit angemessene Verwirklichung zu sichern (vgl. BVerfGE 20, 162 (176 f.); 7, 198 (208 ff.)). Dies erfordert im Einzelfall eine generelle und konkrete Abwägung der sich gegenüberstehenden Rechtsgüter.

III. 1. Zu den allgemeinen Gesetzen im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG gehören auch die den angefochtenen Entscheidungen zugrunde liegenden Vorschriften der §§ 22, 23 des Gesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie vom 9. Januar 1907 (RGBl. S. 7), die gemäß § 141 Nr. 5 des Urheberrechtsgesetzes vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273) weitergelten. Diese Rechtsvorschriften, die sich nach ihrem Wortlaut und ursprünglichen Sinn nur auf das Recht am eigenen Bild bezogen, sind seit langem in Rechtsprechung und Schrifttum dahin ausgelegt worden, dass sie sowohl für die Abbildung mit und ohne Namensnennung wie für die Darstellung einer Person durch einen Schauspieler auf der Bühne, im Film oder im Fernsehen gelten (vgl. u. a. KG, JW 1928, S. 363; BGHZ 26, 52 (67) - Sherlock Holmes -; Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 1967, S. 298; Rehm, Das Recht am eigenen Bild, Juristische Blätter (Wien) 1962, S. 1 ff., 65 ff. (67 f.)). Das Gesamtverständnis der Vorschriften hat sich seit Inkrafttreten des Grundgesetzes dahin gewandelt, dass das Recht am eigenen Bild als ein Ausschnitt, eine besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts angesehen wird, das aus Art. 1 und 2 GG entwickelt worden ist (vgl. hierzu 1 BvR 112/65, Umdruck A 3, C 1 2 und 3; BGHZ 20, 345 (347) - Paul Dahlke -; BGH, NJW 1962, S. 1004 (1005) - Doppelmörder - und 1971, S. 885 (886) - Petite Jacqueline -).

Diese Vorschriften sind verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden; ihre relativ flexible Gestaltung bietet ausreichenden Raum für eine der Verfassung entsprechende Anwendung. Wie die Praxis zeigt, ist es möglich, bei der durch § 23 KUG gebotenen Interessenabwägung der Ausstrahlungswirkung der einschlägigen Grundrechte hinreichend Rechnung zu tragen. Dabei kommt es verfassungsrechtlich nicht darauf an, bei welchem Tatbestandselement des § 23 KUG die Abwägung vorgenommen wird (vgl. Neumann-Duesberg, JZ 1973, S. 262 mit weiteren Nachweisen; v. Gamm, Urheberrechtsgesetz, 1968, Einf. 113).

2. In Konfliktsfällen der vorliegenden Art gilt daher einerseits der allgemeine Grundsatz, dass die Anwendung der §§ 22, 23 KUG auf Fernsehsendungen die Rundfunkfreiheit nicht übermäßig einengen darf. Andererseits besteht gegenüber sonstigen allgemeinen Gesetzen im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG hier die Besonderheit, dass die Beschränkung der Rundfunkfreiheit ihrerseits dem Schutz eines hohen Verfassungswertes dient; das im Rahmen des § 23 KUG zu berücksichtigende, gegen die Abbildung oder Darstellung gerichtete Interesse der betroffenen Person erfährt eine unmittelbare Verstärkung durch die Verfassungsgarantie des Persönlichkeitsschutzes.

Die Lösung dieses Konflikts hat davon auszugehen, dass nach dem Willen der Verfassung beide Verfassungswerte essentielle Bestandteile der freiheitlichen demokratischen Ordnung des Grundgesetzes bilden, so dass keiner von ihnen einen grundsätzlichen Vorrang beanspruchen kann. Das Menschenbild des Grundgesetzes und die ihm entsprechende Gestaltung der staatlichen Gemeinschaft verlangen ebensowohl die Anerkennung der Eigenständigkeit der individuellen Persönlichkeit wie die Sicherung eines freiheitlichen Lebensklimas, die in der Gegenwart ohne freie Kommunikation nicht denkbar ist. Beide Verfassungswerte müssen daher im Konfliktsfall nach Möglichkeit zum Ausgleich gebracht werden; lässt sich dies nicht erreichen, so ist unter Berücksichtigung der falltypischen Gestaltung und der besonderen Umstände des Einzelfalles zu entscheiden, welches Interesse zurückzutreten hat. (...)

IV. 1. Aus diesen allgemeinen Grundsätzen ergeben sich für die Beurteilung von Fernsehsendungen der vorliegenden Art folgende verfassungsrechtlich bedeutsame Kriterien:

a) Eine öffentliche Berichterstattung über eine Straftat unter Namensnennung, Abbildung oder Darstellung des Täters wird stets seinen Persönlichkeitsbereich erheblich beeinträchtigen, weil sie sein Fehlverhalten öffentlich bekanntmacht und seine Person in den Augen der Adressaten von vornherein negativ qualifiziert. Etwas anderes mag gelten, wenn die Berichterstattung gerade in der Absicht erfolgt, Verständnis für den Täter zu erwecken, etwa um eine Wiederaufnahme des Verfahrens, einen Gnadenakt oder eine sonstige Hilfe zu erreichen. Abgesehen

davon, dass unter solchen Umständen der Täter meist mit der Berichterstattung einverstanden sein wird, liegt ein solcher Ausnahmefall hier nicht vor...

b) Lässt man die Möglichkeit einer zusätzlichen Beeinträchtigung durch die jeweilige Art und Weise der Darstellung (Polemik, Verfälschung) außer Betracht, so bedeutet auch eine um Objektivität und Sachlichkeit bemühte Berichterstattung durch das Fernsehen in der Regel einen weitaus stärkeren Eingriff in die private Sphäre als eine Wort- oder Schriftberichterstattung in Hörfunk oder Presse. Dies folgt zunächst aus der stärkeren Intensität des optischen Eindrucks und der Kombination von Bild und Ton, vor allem aber aus der ungleich größeren Reichweite, die dem Fernsehen auch im Verhältnis zu Film und Theater eine Sonderstellung einräumt. Es besteht daher besonderer Anlass, "auf eine Wahrung der vom Recht gesetzten Schranken zu achten und einem Missbrauch des leichter verletzbar gewordenen Persönlichkeitsrechts vorzubeugen. Das Recht darf sich in diesem Punkt der technischen Entwicklung nicht beugen" (BGH, NJW 1966, S. 2353 (2354) - Vor unserer eigenen Tür -). Daher ist freilich nach der Art der Sendung zu differenzieren... (Dokumentarspiele erreichen einen sehr viel größeren Zuschauerkreis als andere Sendungen...)

c) Besteht schon aus den genannten Gründen ein besonderes Schutzbedürfnis gegenüber Persönlichkeitsverletzungen durch Fernsehsendungen mit solcher Reichweite, so kommt hinzu, dass die Sendeform des Dokumentarspiels unter dem hier relevanten Gesichtspunkt spezifische Gefahren mit sich bringt. Sie verbindet eingängig dargebotene Information mit spannender Unterhaltung; ohne Verfremdung oder Verhüllung wird ein tatsächliches Geschehen in seiner Entwicklung und in seinem Ablauf nachgespielt, die daran beteiligten Personen werden möglichst wirklichkeitsgetreu gezeigt oder dargestellt. So sind beispielsweise in der streitigen Sendung fast alle Orts- und Personennamen unverändert geblieben...

d) Eine derart mögliche oder wahrscheinliche negative Qualifizierung des dargestellten Straftäters kann noch durch andere Faktoren bestätigt oder verstärkt werden. Wie der Sachverständige Professor Lüscher ausgeführt hat, steht der Zuschauer in der Bundesrepublik dem Fernsehen im Durchschnitt weniger kritisch gegenüber als anderen Massenmedien (...); schließlich tritt beim Fernsehen verstärkt das auch bei anderen Kommunikationsmitteln zu beobachtende Problem der "selektiven Wahrnehmung" auf. (...)

e) Zusammenfassend ergibt sich, dass eine Fernsehberichterstattung über eine Straftat unter Namensnennung, Abbildung oder Darstellung des Täters, besonders in der Form des Dokumentarspiels, regelmäßig einen schweren Eingriff in seine Persönlichkeitssphäre bedeuten wird.

2. Auf der anderen Seite sprechen erhebliche

Erwägungen für eine auch die Person des Täters einbeziehende vollständige Information der Öffentlichkeit über vorgefallene Straftaten und die zu ihrer Entstehung führenden Vorgänge. Auch Straftaten gehören zunächst zum Zeitgeschehen, (...)

3. Wägt man das umschriebene Informationsinteresse an einer entsprechenden Berichterstattung im Fernsehen generell gegen den damit zwangsläufig verbundenen Einbruch in den Persönlichkeitsbereich des Täters ab, so verdient für die aktuelle Berichterstattung über Straftaten das Informationsinteresse im allgemeinen den Vorrang. (...)

Freilich gilt dieser Vorrang des Informationsinteresses nicht schrankenlos. Die zentrale verfassungsrechtliche Bedeutung des Persönlichkeitsrechts verlangt neben der Rücksicht auf den unantastbaren innersten Lebensbereich (vgl. BVerfGE 32, 373 (379) mit weiteren Nachweisen) die strikte Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit: Der Einbruch in die persönliche Sphäre darf nicht weiter gehen, als eine angemessene Befriedigung des Informationsinteresses dies erfordert, und die für den Täter entstehenden Nachteile müssen im rechten Verhältnis zur Schwere der Tat oder ihrer sonstigen Bedeutung für die Öffentlichkeit stehen. Danach ist eine Namensnennung, Abbildung oder sonstige Identifikation der Täter keineswegs immer zulässig. Dies wird in Fällen sog. kleiner Kriminalität oder bei Jugendlichen von den Kommunikationsorganen in der Praxis überwiegend beachtet (vgl. auch die Empfehlung des Deutschen Presserates vom 16. Februar 1967 zur Abbildung und Namensnennung Jugendlicher, Tätigkeitsbericht 1971, S. 89).

Auch die bis zur rechtskräftigen Verurteilung zugunsten des Angeschuldigten geltende Vermutung seiner Unschuld (vgl. Art. 6 Abs. 2 EMRK) gebietet eine entsprechende Zurückhaltung, mindestens eine angemessene Berücksichtigung der zu seiner Verteidigung vorgetragenen Tatsachen und Argumente. Es versteht sich auch von selbst, dass das Zurücktreten des Persönlichkeitsrechts nur für eine sachbezogene Berichterstattung und seriöse Tatinterpretation gilt, nicht aber für eine auf Sensationen ausgehende, bewusst einseitige oder verfälschende Darstellung; (...)

Auf der anderen Seite rechtfertigt die aktuelle Berichterstattung über eine schwere Straftat nicht allein die Namensnennung und Abbildung des Täters, sie schließt grundsätzlich auch sein persönliches Leben ein, soweit es in unmittelbarer Beziehung zur Tat steht, Aufschlüsse über die Motive oder andere Tatvoraussetzungen gibt und für die Bewertung der Schuld des Täters aus der Sicht des modernen Strafrechts als wesentlich erscheint. (...)

4. Die Ausstrahlungswirkung des verfassungsrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit lässt es jedoch nicht zu, dass die Kommunikationsmedien sich über die aktuelle

Berichterstattung hinaus zeitlich unbeschränkt mit der Person eines Straftäters und seiner Privatsphäre befassen. Vielmehr gewinnt nach Befriedigung des aktuellen Informationsinteresses grundsätzlich sein Recht darauf, "allein gelassen zu werden", zunehmende Bedeutung und setzt dem Wunsch der Massenmedien und einem Bedürfnis des Publikums, seinen individuellen Lebensbereich zum Gegenstand der Erörterung oder gar der Unterhaltung zu machen, Grenzen. Auch der Täter, der durch eine schwere Straftat in das Blickfeld der Öffentlichkeit getreten ist und die allgemeine Missachtung erweckt hat, bleibt dennoch ein Glied dieser Gemeinschaft mit dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf Schutz seiner Individualität. Hat die das öffentliche Interesse veranlassende Tat mit der Strafverfolgung und strafgerichtlichen Verurteilung die im Interesse des öffentlichen Wohls gebotene gerechte Reaktion der Gemeinschaft erfahren und ist die Öffentlichkeit hierüber hinreichend informiert worden, so lassen sich darüber hinausgehende fortgesetzte oder wiederholte Eingriffe in den Persönlichkeitsbereich des Täters in der Regel nicht rechtfertigen; sie würden namentlich bei Fernsehsendungen mit entsprechender Reichweite über den Täter eine erneute soziale Sanktion verhängen.

5. a) Die zeitliche Grenze zwischen der grundsätzlich zulässigen aktuellen Berichterstattung und einer unzulässigen späteren Darstellung oder Erörterung lässt sich nicht allgemein, jedenfalls nicht mit einer nach Monaten und Jahren für alle Fälle fest umrissenen Frist fixieren...

b) Als maßgebender Orientierungspunkt für die nähere Bestimmung der zeitlichen Grenze kommt das Interesse an der Wiedereingliederung des Straftäters in die Gesellschaft, an seiner Resozialisierung, in Betracht. Die Erkenntnis von der Bedeutung dieser Zielsetzung hat sich in den letzten Jahrzehnten im Strafrecht zunehmend durchgesetzt; nach allgemeiner Auffassung wird die Resozialisierung oder Sozialisation als das herausragende Ziel namentlich des Vollzuges von Freiheitsstrafen angesehen (vgl. auch BVerfGE 33, 1 (7 f.)). Dem Gefangenen sollen Fähigkeit und Willen zu verantwortlicher Lebensführung vermittelt werden, er soll es lernen, sich unter den Bedingungen einer freien Gesellschaft ohne Rechtsbruch zu behaupten, ihre Chancen wahrzunehmen und ihre Risiken zu bestehen. Entsprechend umschreibt § 2 des kürzlich von der Bundesregierung eingebrachten Entwurfs eines Strafvollzugsgesetzes die Aufgabe des Vollzuges von Freiheitsstrafen wie folgt: "Im Vollzug der Freiheitsstrafe soll der Gefangene fähig werden,

künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen (Behandlungsziel)" (BRDrucks. 71/73 S. 8; vgl. auch die Begründung, a.a.O., S. 39, 42 f.). Auch die Stellungnahme des Bundesrates sieht hierin das "vorrangige Ziel des Vollzugs" (vgl. den Änderungsvorschlag zu § 2 Abs. 2 in BRDrucks. 71/73 (Beschluss) II S. 2 f.).

Ein so verstandener Strafvollzug kann jedoch nur die Grundlage für die Resozialisierung schaffen; das entscheidende Stadium beginnt mit der Entlassung. Nicht nur der Straffällige muss auf die Rückkehr in die freie menschliche Gesellschaft vorbereitet werden; diese muss ihrerseits bereit sein, ihn wieder aufzunehmen.

c) Die Durchführung der Resozialisierung erfordert zunächst, durch eine entsprechende Einwirkung auf den Verurteilten die inneren Voraussetzungen für eine spätere straffreie Lebensführung zu schaffen. (...)

d) Dass die Einstellung der Umwelt gegenüber den Entlassenen durch Fernsehberichterstattung über die Tat, namentlich in Form eines Dokumentarspiels ungünstig beeinflusst werden kann, bedarf nach den früheren Ausführungen (s. B IV 1) keiner weiteren Darlegung. Es kommt hinzu, dass die Notwendigkeit, dem Straffentlassenen von Seiten der Gesellschaft bei der Wiedereingliederung zu helfen, in weiten Kreisen der Bevölkerung noch nicht hinreichend erkannt und akzeptiert worden ist. Die von der konkreten Fernsehsendung ausgehende nachteilige Wirkung wird insoweit durch die vorhandene allgemeine Abwehrhaltung gegenüber Straffentlassenen verstärkt. Zugleich kann eine solche Sendung auch beim Täter selbst die im Strafvollzug vielleicht mühsam erreichte innere Stabilisierung zerstören oder in Frage stellen:

e) Insgesamt ist somit eine wiederholte, nicht mehr durch das aktuelle Informationsinteresse gedeckte Fernsehberichterstattung über eine schwere Straftat jedenfalls dann unzulässig, wenn sie die Resozialisierung des Täters gefährdet. Eine solche Gefährdung ist regelmäßig anzunehmen, wenn eine den Täter identifizierende Sendung nach seiner Entlassung oder in zeitlicher Nähe zu der bevorstehenden Entlassung ausgestrahlt werden soll. Hierfür ist zu berücksichtigen, dass eine zeitige Freiheitsstrafe schon nach Verbüßung der Hälfte der Strafzeit (...) zur Bewährung ausgesetzt werden kann und nach Verbüßung von zwei Dritteln der Strafzeit unter (...) Voraussetzungen auszusetzen ist.

V. Bei einer Prüfung nach den entwickelten verfassungsrechtlichen Kriterien können die angefochtenen Entscheidungen keinen Bestand haben.

Eine zweite Lebach-Entscheidung hatte das BVerfG zu fällen, als in den Jahren 1997/1999 der Sender SAT.1 ebenfalls ein Fernsehspiel zum Lebacher Soldatenmord gedreht hatte und im Rahmen seiner Serie „Große Mordfälle der Bundesrepublik“ ausstrahlen wollte. Diesmal hatte der Bf. keinen Erfolg mit seinem Verbotsantrag (BVerfG, NJW 2000, 1859; hierzu Anm. v. Dörr, JuS 2001, 74): Wegen des langen zeitlichen Abstandes, weil das Fernsehspiel nicht so

realitätsnah war wie jenes des ZDF und keine echten Namen nannte, und weil Fernsehspiele eines Senders heutzutage nicht mehr eine so große Verbreitung erfahren wie noch zu Beginn der 1970er Jahre, sah das Gericht den (weiteren) Resozialisierungserfolg nicht mehr gefährdet.

f) Volkszählung / Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (BVerfGE 65, 1)

Das wichtigste besondere Persönlichkeitsrecht, das das BVerfG aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG „herausgefiltert“ hat, ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Es ist nahezu das einzige Grundrecht, das seit 1949 neu entstanden ist. Und es beruht in seiner gesamten Begründung und Ausgestaltung nahezu auf einer einzigen Entscheidung: dem „Volkszählungsurteil“ in BVerfGE 65, 1:

1. Unter den Bedingungen der modernen Datenverarbeitung wird der Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten von dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG umfaßt. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.

2. Einschränkungen dieses Rechts auf "informationelle Selbstbestimmung" sind nur im überwiegenden Allgemeininteresse zulässig. Sie bedürfen einer verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage, die dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entsprechen muß. Bei seinen Regelungen hat der Gesetzgeber ferner den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Auch hat er organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen, welche der Gefahr einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts entgegenwirken.

3. Bei den verfassungsrechtlichen Anforderungen an derartige Einschränkungen ist zu unterscheiden zwischen personenbezogenen Daten, die in individualisierter, nicht anonymer Form erhoben und verarbeitet werden, und solchen, die für statistische Zwecke bestimmt sind. Bei der Datenerhebung für statistische Zwecke kann eine enge und konkrete Zweckbindung der Daten nicht verlangt

werden. Der Informationserhebung und Informationsverarbeitung müssen aber innerhalb des Informationssystems zum Ausgleich entsprechende Schranken gegenüberstehen.

4. Das Erhebungsprogramm des Volkszählungsgesetzes 1983 (§ 2 Nr. 1 bis 7, §§ 3 bis 5) führt nicht zu einer mit der Würde des Menschen unvereinbaren Registrierung und Katalogisierung der Persönlichkeit; es entspricht auch den Geboten der Normenklarheit und der Verhältnismäßigkeit. Indessen bedarf es zur Sicherung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ergänzender verfahrensrechtlicher Vorkehrungen für Durchführung und Organisation der Datenerhebung.

5. Die in § 9 Abs. 1 bis 3 des Volkszählungsgesetzes 1983 vorgesehenen

Übermittlungsregelungen (unter anderem Melderegisterabgleich) verstoßen gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Die Weitergabe zu wissenschaftlichen Zwecken (§ 9 Abs. 4 VZG 1983) ist mit dem Grundgesetz vereinbar vom 15. Dezember 1983 auf die mündliche Verhandlung vom 18. und 19. Oktober 1983 - 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83- in den Verfahren über die Verfassungsbeschwerden ... unmittelbar gegen das Gesetz über eine Volks-, Berufs-, Wohnungs- und Arbeitsstättenzählung (Volkszählungsgesetz 1983) vom 25. März 1982 (BGBl. I S. 369) Entscheidungsformel: (...)

Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet die Befugnis des

einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung personenbezogener Daten zu bestimmen (BVerfGE 65, 1 43; 84, 192, 194), und zwar nicht nur im Bereich der automatischen Datenverarbeitung (BVerfGE 78, 77, 84). Die geschützten Daten können sehr unterschiedlich sein, das BVerfG hatte bereits über Ehescheidungsakten (BVerfGE 27, 344, 350), Tagebücher, Krankenakten (BVerfGE 32, 373, 379), den Schwerbehindertenstatus, Akten einer Suchtberatungsstelle, Steuerdaten, und Daten über die seelische Verfassung und den Charakter (BVerfGE 89, 69, 82) zu entscheiden. Nicht erfasst sind dagegen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, sie fallen unter Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG.

g) Übungsfall 1 - Tagebücher

In einem Ermittlungsverfahren wegen Sexualmordes an einem Mädchen werden bei dem Beschuldigten B seine Tagebücher beschlagnahmt. Darin beschreibt B detailliert seine sexuellen und gewalttätigen Phantasien gegenüber Kindern, vor allem Mädchen wie dem Opfer. Besonderes Täterwissen enthalten die Tagebücher nicht. Der die Tat leugnende B wird in einem Indizienprozess zu lebenslanger Haft verurteilt, hierbei zieht das Schwurgericht die Tagebuchaufzeichnungen als Indiz für die Tatbegehung heran. Nach erfolgloser Revision erhebt B Verfassungsbeschwerde und begehrt die Aufhebung des Strafurteils. Er trägt vor, die Verwendung seiner Tagebuchaufzeichnungen habe seine Grundrechte aus Artt. 1 und 2 GG verletzt. Die seinerzeit ermittelnde StA meint in ihrer Stellungnahme, ohne die Verwendung der Aufzeichnungen wäre eine Überführung des B unmöglich gewesen.

Vgl. hierzu BVerfGE 80, 367 (Tagebuch)

h) Übungsfall 2 - Caroline V - erster Teil

Die Prominente Caroline von M. zieht sich mit ihrem Freund L. in einem Gartenrestaurant am Starnberger See in eine der im Hintergrund des Lokals gelegenen, von Grünpflanzen eingekleideten Nischen zurück. Von außerhalb des Lokals fotografiert sie der Zeitungsphotograf F, der das Bild an die Illustrierte X verkauft. Caroline von M. möchte die Veröffentlichung des Fotos verhindern. Hierzu wendet sie sich an Sie und fragt - zunächst -, ob das Verhalten des Fotografen den Schutzbereich irgendeines ihrer Grundrechte beeinträchtigt.

6) Die allgemeine Handlungsfreiheit als „Auffanggrundrecht“

a) Elfes - BVerfGE 6, 32

1. Art. 11 GG betrifft nicht die Ausreisefreiheit.

gehöre nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung.

2. Die Ausreisefreiheit ist als Ausfluß der allgemeinen Handlungsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG innerhalb der Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet.

A. I. Als der Beschwerdeführer im Jahre 1953 bei der Paßbehörde von Mönchen-Gladbach die Verlängerung seines Reisepasses beantragte, wurde ihm diese am 6. Juni 1953 ohne nähere Begründung unter Hinweis auf § 7 Abs. 1 lit a des Gesetzes über das Paßwesen vom 4. März 1952 (BGBl. I S. 290) verweigert.

3. Verfassungsmäßige Ordnung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG ist die verfassungsmäßige Rechtsordnung, d. h. die Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind.

C. I. 1. (...) kann sich das Bundesverfassungsgericht nicht davon überzeugen, daß es aus Gründen der Systematik geboten sei - wie es im Schrifttum vertreten wird -, das Recht auf freie Ausreise in die in Art. 11 GG garantierte Freizügigkeit einzubeziehen. Dennoch entbehrt die Ausreisefreiheit als Ausfluß der

4. Jedermann kann im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen, eine seine Handlungsfreiheit beschränkende Rechtsnorm

allgemeinen Handlungsfreiheit nicht eines angemessenen grundrechtlichen Schutzes (Art. 2 Abs. 1 GG).

2. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 20. Juli 1954 (BVerfGE 4, 7 <15 f.>) offengelassen, ob unter den Begriff der freien Entfaltung der Persönlichkeit die menschliche Handlungsfreiheit im weitesten Sinne zu verstehen sei oder ob Art. 2 Abs. 1 GG sich auf den Schutz eines Mindestmaßes dieser Handlungsfreiheit beschränke, ohne das der Mensch seine Wesensanlage als geistig-sittliche Person überhaupt nicht entfalten kann.

a) Das Grundgesetz kann mit der "freien Entfaltung der Persönlichkeit" nicht nur die Entfaltung innerhalb jenes Kernbereichs der Persönlichkeit gemeint haben, der das Wesen des Menschen als geistig-sittliche Person ausmacht, denn es wäre nicht verständlich, wie die Entfaltung innerhalb dieses Kernbereichs gegen das Sittengesetz, die Rechte anderer oder sogar gegen die verfassungsmäßige Ordnung einer freiheitlichen Demokratie sollte verstoßen können. Gerade diese, dem Individuum als Mitglied der Gemeinschaft auferlegten Beschränkungen zeigen vielmehr, daß das Grundgesetz in Art. 2 Abs. 1 GG die Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne meint.

Allerdings war die feierliche Formulierung des Art. 2 Abs. 1 GG der Anlaß, ihn besonders im Lichte des Art. 1 GG zu sehen und daraus abzuleiten, daß er mit dazu bestimmt sei, das Menschenbild des Grundgesetzes zu prägen. Damit ist jedoch nichts anderes gesagt, als daß Art. 1 GG in der Tat zu den tragenden Konstitutionsprinzipien gehört, die - wie alle Bestimmungen des Grundgesetzes - auch Art. 2 Abs. 1 GG beherrschen. Rechtlich gesehen ist er ein selbständiges Grundrecht, das die allgemeine menschliche Handlungsfreiheit gewährleistet. Es waren nicht rechtliche Erwägungen, sondern sprachliche Gründe, die den Gesetzgeber bewogen haben, die ursprüngliche Fassung "Jeder kann tun und lassen was er will" durch die jetzige Fassung zu ersetzen (vgl. v. Mangoldt, Parlamentarischer Rat, 42. Sitzung des Hauptausschusses, S. 533). Offenbar hat zu der Theorie, daß Art. 2 Abs. 1 GG nur einen Kernbereich der Persönlichkeit habe schützen wollen, der Umstand beigetragen, daß im zweiten Halbsatz als Schranke, die dem Bürger für die Entfaltung seiner Persönlichkeit gezogen ist, auch die verfassungsmäßige Ordnung genannt wird. In dem Bestreben, diesen Begriff, der auch an anderer Stelle des Grundgesetzes vorkommt, überall in derselben Weise auszulegen, gelangte man schließlich dazu, in der verfassungsmäßigen Ordnung einen gegenüber der verfassungsmäßigen Rechtsordnung engeren Begriff zu erblicken; dadurch sah man sich zu dem Rückschluß gezwungen, es sollte dann auch nur ein Kernbereich der Persönlichkeit, nicht aber die Handlungsfreiheit des Menschen verfassungsrechtlich geschützt werden.

Neben der allgemeinen Handlungsfreiheit, die Art. 2

Abs. 1 GG gewährleistet, hat das Grundgesetz die Freiheit menschlicher Betätigung für bestimmte Lebensbereiche, die nach den geschichtlichen Erfahrungen dem Zugriff der öffentlichen Gewalt besonders ausgesetzt sind, durch besondere Grundrechtsbestimmungen geschützt; bei ihnen hat die Verfassung durch abgestufte Gesetzesvorbehalte abgegrenzt, in welchem Umfang in den jeweiligen Grundrechtsbereich eingegriffen werden kann. Soweit nicht solche besonderen Lebensbereiche grundrechtlich geschützt sind, kann sich der Einzelne bei Eingriffen der öffentlichen Gewalt in seine Freiheit auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen. Hier bedurfte es eines Gesetzesvorbehalts nicht, weil sich aus der Beschränkung der freien Entfaltung der Persönlichkeit durch die verfassungsmäßige Ordnung der Umfang staatlicher Eingriffsmöglichkeiten ohne weiteres ergibt.

b) Wird, wie unter 2 a) gezeigt, in Art. 2 Abs. 1 GG mit der freien Entfaltung der Persönlichkeit die allgemeine Handlungsfreiheit gewährleistet, die - soweit sie nicht Rechte anderer verletzt oder gegen das Sittengesetz verstößt - nur an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden ist, so kann unter diesem Begriff nur die allgemeine Rechtsordnung verstanden werden, die die materiellen und formellen Normen der Verfassung zu beachten hat, also eine verfassungsmäßige Rechtsordnung sein muß. In diesem Sinne bezeichnet auch das Oberverwaltungsgericht Münster im Ausgangsverfahren die verfassungsmäßige Ordnung als die "der Verfassung gemäße", die "gemäß der Verfassung aufgebaute und im Rahmen der Verfassung sich haltende Rechtsordnung".

c) In der Literatur wird häufig der Einwand erhoben, bei dieser Auffassung werde das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG "leerlaufen", da es unter den allgemeinen Gesetzesvorbehalt gestellt werde. Dabei wird jedoch übersehen, daß die Gesetzgebungsgewalt nach dem Grundgesetz stärkeren Beschränkungen unterliegt als unter der Geltung der Reichsverfassung von 1919. Damals waren nicht nur zahlreiche Grundrechte durch den allgemeinen Gesetzesvorbehalt, dem jedes verfassungsmäßig erlassene Gesetz entsprach, tatsächlich "leerlaufend"; der Gesetzgeber konnte durch ein mit der verfassungsändernden Mehrheit erlassenes Gesetz auch im Einzelfall eine ihm entgegenstehende verfassungsrechtliche Schranke jederzeit überwinden. Demgegenüber hat das Grundgesetz eine wertgebundene Ordnung aufgerichtet, die die öffentliche Gewalt begrenzt. Durch diese Ordnung soll die Eigenständigkeit, die Selbstverantwortlichkeit und die Würde des Menschen in der staatlichen Gemeinschaft gesichert werden (BVerfGE 2, 1 <12 f.>; 5, 85 <204 ff.>). Die obersten Prinzipien dieser Wertordnung sind gegen Verfassungsänderungen geschützt (Art. 1, 20, 79 Abs. 3 GG). Verfassungsdurchbrechungen sind ausgeschlossen; die Verfassungsgerichtsbarkeit überwacht die Bindung des Gesetzgebers an die Maßstäbe der Verfassung. Gesetze sind nicht schon dann "verfassungsmäßig", wenn sie

formell ordnungsmäßig ergangen sind. Sie müssen auch materiell in Einklang mit den obersten Grundwerten der freiheitlichen demokratischen Grundordnung als der verfassungsrechtlichen Wertordnung stehen, aber auch den ungeschriebenen elementaren Verfassungsgrundsätzen und den Grundentscheidungen des Grundgesetzes entsprechen, vornehmlich dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und dem Sozialstaatsprinzip. Vor allem dürfen die Gesetze daher die Würde des Menschen nicht verletzen, die im Grundgesetz der oberste Wert ist, aber auch die geistige, politische und wirtschaftliche

Freiheit des Menschen nicht so einschränken, daß sie in ihrem Wesensgehalt angetastet würde (Art. 19 Abs. 2, Art. 1 Abs. 3, Art. 2 Abs. 1 GG). Hieraus ergibt sich, daß dem einzelnen Bürger eine Sphäre privater Lebensgestaltung verfassungskräftig vorbehalten ist, also ein letzter unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit besteht, der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist. Ein Gesetz, das in ihn eingreifen würde, könnte nie Bestandteil der "verfassungsmäßigen Ordnung" sein; es müßte durch das Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt werden.

b) Reiten im Walde - BVerfG, NJW 1989, 2525

Das Land Nordrhein-Westfalen erläßt ein neues Landeswaldgesetz. Darin wird das Reiten im Walde verboten. Den Landschaftsbehörden und den Gemeinden wird aufgetragen, in ihren bewaldeten Gemarkungen ausreichende Netze gekennzeichnete Reitwege auszuweisen. Dort ist das Reiten ohne Genehmigung erlaubt. Zur Begründung dieser Regelungen führen die Gesetzesmaterialien aus, das unreglementierte Reiten führe zu gefährlichen Begegnungen mit Fußgängern, Joggern und Radfahrern, die sich ebenfalls im Walde erholen wollten; es trage zur Zerstörung der Wegoberflächen bei und verursache Lärm, der andere Erholungssuchende störe. Verstöße gegen das Reitverbot sind nach dem Gesetz als Ordnungswidrigkeiten zu ahnden.

A ist Vorsitzender eines Reitclubs und passionierter Reiter. Seine Wohnortgemeinde hat auch sechs Monate nach dem Inkrafttreten des Gesetzes keine Reitwege in den Wäldern ausgewiesen. Daraufhin reitet A. auf ungekennzeichneten Waldwegen. Hierbei wird er von einem Förster gestellt. Die Bußgeldbehörde verhängt gegen A eine Geldbuße. Sein Einspruch zum Amtsgericht und die Rechtsbeschwerde (§§ 79, 80 OWiG) bleiben erfolglos. Daraufhin wendet sich A zwei Wochen nach Zustellung der Beschwerdeentscheidung an das BVerfG. Er trägt vor, Bußgeldbescheid, Urteile und auch das Landeswaldgesetz verletzen ihn in seinen Grundrechten. Das Reiten im Walde sei zu seiner Erholung notwendig. Der Staat könne doch nicht einfach Hobbies verbieten. Gegen Fußgänger und Radler, die oftmals, vor allem als Mountainbiker, genauso laut und gefährlich seien, beständen keine entsprechenden Verbote.

Wie wird das BVerfG entscheiden?

Hierzu vor allem die dissenting opinion des Richters Grimm, der seit Elfes bestehende Ansicht des BVerfG, Art. 2 I GG schütze (auch) die Allgemeine Handlungsfreiheit als das Recht jedes „zu tun und zu lassen, was er will“, mit guter Begründung in Zweifel zieht (NJW 1989, 2828):

Abweichende Meinung des Richters Grimm:

Das Reiten im Walde genießt keinen Grundrechtsschutz. Die Grundrechte unterscheiden sich von der Vielzahl sonstiger Rechte dadurch, daß sie Integrität, Autonomie und Kommunikation des einzelnen in ihren grundlegenden Bezügen schützen. Eben wegen dieser fundamentalen Bedeutung ihres Schutzobjekts für eine auf die Menschenwürde gegründete Ordnung werden sie aus der Menge der Rechte hervorgehoben und verfassungsrechtlich mit erhöhten Garantien gegenüber der öffentlichen Gewalt, insbesondere

mit Bindungswirkung für den Gesetzgeber, ausgestattet. Dabei können die Auffassungen darüber, was den gesteigerten Schutz der Grundrechte im einzelnen verdient, nach den historischen Umständen wechseln. Es ist aber weder historisch noch funktional der Sinn der Grundrechte, jedes erdenkliche menschliche Verhalten unter ihren besonderen Schutz zu stellen.

Ein solcher lückenloser Grundrechtsschutz für jede beliebige menschliche Tätigkeit wird auch nicht durch Art. 2 I GG vermittelt. Art. 2 I GG schützt nicht die Freiheit des einzelnen, zu tun

und zu lassen, was er will, sondern die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Damit hat dieses Grundrecht zwar einen weiten, aber keinen grenzenlosen Schutzbereich. Vielmehr muß das individuelle Verhalten, das mangels spezieller Grundrechtsgarantien den Schutz von Art. 2 I GG beanspruchen will, eine gesteigerte, dem Schutzgut der übrigen Grundrechte vergleichbare Relevanz für die Persönlichkeitsentfaltung besitzen. Wo diese Relevanz fehlt, fehlt auch der Grund für den besonderen, gerade durch die Grundrechte bewirkten Schutz, und es hat bei den Regelungen und Rechtsbehelfen des einfachen Rechts sein Bewenden.

Aus der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes ergibt sich entgegen verbreiteter Ansicht nicht, daß mit Art. 2 I GG etwas anderes gemeint war. Zwar hatte der Redaktionsausschuß des Parlamentarischen Rats in Anlehnung an die Formulierung des Herrenchiemsee-Entwurfs die Fassung vorgeschlagen: „Jedermann hat die Freiheit, zu tun und zu lassen, was die Rechte anderer nicht verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.“ Verfassungsrecht wurde jedoch gerade nicht diese Formel, sondern unter Abkehr von der unspezifischen Handlungsfreiheit die Fassung des Hauptausschusses, in der das beliebige Verhalten des einzelnen durch das „Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit“ ersetzt war, weil die Formulierung des Redaktionsausschusses nach Ansicht der Mehrheit das Gemeinte sprachlich nicht angemessen ausdrückte (vgl. JöR N. F. Bd. 1, 55 ff.; Suhr, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 1976, S. 51 ff.).

Wenn das BVerfG im Elfes-Urteil (BVerfGE 6, 32 = NJW 1957, 297) dieses Recht wieder in die Befugnis, zu tun und zu lassen, was man will, zurückverwandelte, so scheinen dafür zwei Beweggründe maßgeblich gewesen zu sein: zum einen der Umstand, daß über einen nicht unbedeutenden Freiheitsanspruch zu entscheiden war, der sich keinem speziellen Grundrecht, insbesondere nicht Art. 11 GG, zuordnen ließ, sondern, wenn überhaupt, nur als Teil der Persönlichkeitsentfaltung Grundrechtsschutz genoß; zum anderen der Umstand, daß sich das Gericht bei der Auslegung von Art. 2 I GG vor die Alternative gestellt sah, unter freier Entfaltung der Persönlichkeit entweder „die menschliche Handlungsfreiheit im weitesten Sinn“ oder „den Schutz eines Mindestmaßes dieser Handlungsfreiheit...“, ohne das der Mensch seine Wesensanlage als geistig-sittliche Person überhaupt nicht entfalten kann“ (BVerfGE 6, 32 (36) = NJW 1957, 297), zu verstehen.

Auf diese Alternative beschränken sich die Auslegungsmöglichkeiten indessen nicht. Mit der berechtigten Ablehnung der sogenannten

Persönlichkeitskerntheorie, die seinerzeit vor allem von Peters (Festschr. f. Laun, 1953, S. 669) vertreten wurde und den Schutzbereich von Art. 2 I GG demjenigen des Art. 1 I GG weitgehend annäherte, ist nicht bereits die Entscheidung zugunsten der allgemeinen Handlungsfreiheit gefallen. Vielmehr öffnet sich zwischen dem unantastbaren Persönlichkeitskern einerseits und der allgemeinen Handlungsfreiheit andererseits eine Zone von Freiheitsbetätigungen, die zwar nicht den Schutz spezieller Grundrechte gefunden haben, für die Persönlichkeitsentfaltung aber gleichwohl von erheblicher Bedeutung sind. Hier findet Art. 2 I GG das ihm eigene Anwendungsfeld (vgl. Hesse, Grundzüge des VerFR der BRep. Dtschld., 16. Aufl. (1988), Rdnr. 428). Dafür liefert das Elfes-Urteil selber einen Beleg. Dem Gericht ging es hier weniger um die Begründung der allgemeinen Handlungsfreiheit als um die Ableitung eines konkreten Freiheitsrechts, nämlich der Ausreisefreiheit, für die die allgemeine Handlungsfreiheit nur das notwendig erscheinende Begründungsglied bildete. In Fortsetzung dieser Rechtsprechung hat das Gericht Art. 2 I GG nach und nach mit einer Anzahl konkreter Freiheitsgarantien gefüllt, die in der Regel gar nicht mehr auf die allgemeine Handlungsfreiheit zurückgeführt, sondern unabhängig davon unter Berufung auf Art. 1 I GG gewonnen wurden. Dabei handelt es sich in erster Linie um das allgemeine Persönlichkeitsrecht mit seinen verschiedenen Garantiebereichen (vgl. BVerfGE 54, 148 (154) = NJW 1980, 2070 m. w. Nachw., sowie den Überblick bei Jarras, NJW 1989, 857), ferner in Weiterentwicklung des Persönlichkeitsrechts um das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419) und jüngst das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung (BVerfGE 79, 256 = NJW 1989, 891).

Zur Begründung dieser aus Art. 2 I GG abgeleiteten konkreten Grundrechtspositionen hat das BVerfG stets auf ihre Relevanz für die Persönlichkeitsentfaltung abgestellt (vgl. Scholz, AöR 100 (1975), 80, 265). Auf diese Weise ist es ihm auch gelungen, mit neuartigen Gefährdungen der Persönlichkeitsentfaltung Schritt zu halten, wie sie insbesondere vom wissenschaftlich-technischen Fortschritt ausgehen. Art. 2 I GG erweist sich hier gerade in seiner unspezifischen Formulierung als Grundrecht, das für die Anpassung des Persönlichkeitsschutzes an wechselnde Bedingungen besonders offen ist und daher Lücken zu schließen vermag, die den speziellen Freiheitsrechten unzugänglich bleiben (vgl. BVerfGE 54, 148 (153) = NJW 1980, 2070). Insofern kann Art. 2 I GG in der Tat als „Auffanggrundrecht“ betrachtet werden, jedoch nicht als Auffanggrundrecht, das jede erdenkliche menschliche Betätigung, die nicht schon von

einem Spezialgrundrecht geschützt wird, unter Grundrechtsschutz stellt, sondern als Auffanggrundrecht für „konstituierende Elemente der Persönlichkeit“ (BVerfGE 54, 148 (153) = NJW 1980, 2070), die nicht den Schutz spezieller Freiheitsrechte gefunden haben.

Neben diesen konkreten Persönlichkeitsrechten hielt das BVerfG allerdings an der allgemeinen Handlungsfreiheit als Schutzgut von Art. 2 I GG fest, ohne stets klarzumachen, daß es sich um zwei ganz verschiedene Stränge ein und desselben Grundrechts handelt. Von diesen beiden verdient freilich nur der konkrete persönlichkeitsrechtliche Strang die Bezeichnung Grundrecht. Die allgemeine Handlungsfreiheit ist dagegen einem spezifisch grundrechtlichen Schutz gar nicht zugänglich (vgl. Schmidt, AöR 106 (1981), 497). Wenn jedes Verhalten Grundrechtsschutz genießt, ohne deswegen doch schrankenlos erlaubt sein zu können, verwandelt sich die allgemeine Freiheitsgarantie in das Recht, vom Staat nicht rechtswidrig an der Betätigung des eigenen Willens gehindert zu werden. In dieser Eigenschaft subjektiviert Art. 2 I GG aber das vom Grundgesetz nur objektiv gewährleistete Rechtsstaatsprinzip und wird in Wahrheit zur allgemeinen Eingriffsfreiheit.

Die Konsequenzen dieses Grundrechtsverständnisses liegen vor allem auf verfassungsprozessualen Gebiet. Gewährleistet Art. 2 I GG die allgemeine Handlungsfreiheit im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung, weitet sich die auf dieses Grundrecht gestützte Verfassungsbeschwerde tendenziell zur allgemeinen Normenkontrolle aus. Zur verfassungsmäßigen Ordnung i. S. des Art. 2 I GG zählt das BVerfG nämlich seit dem Elfes-Urteil jede mit der Verfassung übereinstimmende Rechtsnorm (vgl. BVerfGE 6, 32 (37 f.) = NJW 1957, 297). Aus diesem Grund muß bei Eingriffen in die allgemeine Handlungsfreiheit die zugrundeliegende Norm in vollem Umfang, also unter Einschluß der Staatszielbestimmungen, der übrigen Grundrechte sowie sämtlicher Kompetenz- und Verfahrensvorschriften, an der Verfassung gemessen werden.

Eine derartige Kontrollbreite geht zwar mit jeder zulässigen Verfassungsbeschwerde einher, denn der einzelne braucht sich Grundrechtseingriffe nur auf gesetzlicher Grundlage gefallen zu lassen, und als ausreichende Eingriffsgrundlage gilt allein dasjenige Gesetz, welches formell und materiell mit der Verfassung in Einklang steht. Doch können Verfassungsbeschwerden außerhalb von Art. 2 I GG nur in bestimmten, thematisch umgrenzten Bereichen erhoben werden und regelmäßig nur Gesetze erfassen, die sich gerade auf das betroffene Grundrecht auswirken. Ein vom Schutzbereich her unbegrenztes Grundrecht auf

beliebiges Verhalten hebt dagegen diese Beschränkung auf und läßt die Selbstbetroffenheit des Bf. durch einen belastenden staatlichen Akt ausreichen, um mittels der Verfassungsbeschwerde den vollen Umfang der Normenkontrolle zu eröffnen. Daher sollte diese vom Grundgesetz nicht vorgesehene Banalisierung der Grundrechte und die damit verbundene Ausuferung der Verfassungsbeschwerde rückgängig gemacht werden. Das erscheint um so leichter möglich, als Art. 2 I GG inzwischen mit einer Anzahl konkreter Freiheitsgarantien angereichert ist und für zusätzlich nötige Freiheitsicherungen offen bleibt. Freiheitseinbußen, wie der Senat sie befürchtet, sind demgegenüber nicht zu erwarten, denn die allgemeine Handlungsfreiheit besteht nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung und wird also in Tätigkeitsbereichen, die ohne Gewicht für die Entfaltung der Persönlichkeit sind, den Freiheitsraum des einzelnen ohnehin nicht über das gesetzliche Maß hinaus erweitern können. Dem Bf., der eine Verletzung von Art. 2 I GG rügt, erwächst also lediglich eine Begründungslast dafür, daß er nicht in irgendeinem, sondern gerade in einem persönlichkeitsrelevanten Verhalten beschränkt wurde.

Entscheidende Bedeutung gewinnt dann freilich die Ermittlung der Grenze zwischen Freiheitsbetätigungen, die für die Entfaltung der Persönlichkeit gewichtig sind, und solchen, die nicht mehr zu ihr gehören. Daß ein Verzicht auf den Grundrechtsschutz der allgemeinen Handlungsfreiheit eine derartige Grenzziehung erforderlich macht, ist allerdings noch kein Einwand gegen die Respezifizierung von Art. 2 I GG. Denn Grenzbestimmungen sind beim Schutzbereich jedes Grundrechts erforderlich und können unter Umständen erhebliche Schwierigkeiten bereiten, wie nicht allein die Garantie der Kunstfreiheit in Art. 5 III GG zeigt. Wenn gerade im Blick auf diese Schwierigkeiten und im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes die Schutzbereichsdefinition in der Verfassungsrechtsprechung großzügig gehandhabt wird, so spricht nichts dagegen, bei Art. 2 I GG ebenso zu verfahren. Es besteht aber kein Grund, sie hier völlig fallen zu lassen.

Anhaltspunkte für die Grenzziehung ergeben sich vor allem aus den benannten Freiheitsrechten. Den Schutzobjekten, auf die diese Grundrechte sich beziehen, müssen die Schutzgüter, die von Art. 2 I GG erfaßt sind, an Bedeutung für die personale Freiheit gleichkommen. Im Kern wird es sich dabei stets um Lebensbereiche oder Verhaltensweisen handeln, deren beliebige Regulierbarkeit durch den Staat die Autonomie des einzelnen gefährdet und damit einem System Vorschub leistete, das nicht mehr

beanspruchen könnte, auf die Achtung der Menschenwürde gegründet zu sein. Eine abschließende Aufzählung scheitert am Wandel der Bedingungen für die Persönlichkeitsentfaltung (vgl. BVerfGE 54, 148 (153) = NJW 1980, 2070). Daß gleichwohl keine unerfüllbaren Anforderungen erhoben werden, hat das BVerfG mit den bisher schon vorgenommenen Konkretisierungen von Art. 2 I GG gezeigt. An diesem Begründungsstandard müssen sich auch andere Freiheitsansprüche, die in den Schutz von Art. 2 I GG einbezogen werden sollen, messen lassen.

Das Reiten im Walde wird diesen Anforderungen ebensowenig gerecht wie etwa das Taubenfüttern in öffentlichen Anlagen (so aber BVerfGE 54, 143 = NJW 1980, 2572). Es unterliegt zwar keinem

Zweifel, daß das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit nicht vor dem Bereich der Freizeit Halt machen kann, sondern hier angesichts der Verkürzung der Wochen- und Lebensarbeitszeit bei gleichzeitiger Verlängerung der Lebensdauer eine zunehmend wichtige Verwirklichungsmöglichkeit findet. Damit steht aber noch nicht jede Modalität, die sich diesem Lebensbereich zuordnen läßt, unter Grundrechtsschutz. Die Persönlichkeitsentfaltung des einzelnen hängt nicht von der Möglichkeit ab, im Walde zu reiten. Die Verfassungsbeschwerde war daher nicht zurückzuweisen, weil §§ 50 und 51 NRW LandschaftsG, gegen die sie sich mittelbar richtete, mit Art. 2 I GG vereinbar waren, sondern weil sie den Schutzbereich dieses Grundrechts gar nicht berührten.

Literatur: *Rennert, Klaus*: Das Reiten im Walde – Bemerkungen zu Art 2 I GG, NJW 1989, 3261; BVerfGE 90, 145-226 (Cannabis); BVerfGE 54, 143-148 (Taubenfüttern im Park)

7) Die Meinungs- und Pressefreiheit und die Schranke allgemeiner Gesetze

a) Fall 1: Caroline - Zweiter Teil

Zum Sachverhalt s.o. S. 30. Nunmehr hat Caroline v. M. vor den Zivilgerichten erfolglos versucht, die Veröffentlichung des Fotos verbieten zu lassen. Die Zivilgerichte haben sie als absolute Person der Zeitgeschichte (vgl. § 22 Abs. 1 KUG) eingestuft und ausgeführt, als solche könne sie in der Öffentlichkeit ohne weitere Einschränkungen fotografiert werden. Nunmehr erhebt sie Verfassungsbeschwerde.

b) Fall 2: „Soldaten sind Mörder“ - letzter Akt (?)

In der politischen Diskussion häufen sich in der Bundesrepublik verbale Angriffe auf die Bundeswehr und ihre Angehörigen. Es kam zu zahlreichen Gerichtsverfahren wegen Beleidigung. Oft wurden die Angeklagten freigesprochen, manchesmal wurde sie zwar verurteilt, diese Verurteilungen aber vom BVerfG aufgehoben. Daraufhin beschließt der Bundestag mit 401:220:17 Stimmen folgendes Gesetz:

Gesetz zur Einfügung eines § 109b in das Strafgesetzbuch

In das Strafgesetzbuch (...) wird folgender § 109b eingefügt:

§ 109b. Beleidigung der Streitkräfte oder ihrer Angehöriger. (1) Wer die Bundeswehr oder eine Teilstreitkraft oder einen Verband oder eine sonstige Einheit beleidigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Dieselbe Strafe trifft den, der einen Angehörigen der Bundeswehr in dieser Eigenschaft beleidigt.

(3) Der Versuch ist strafbar.“

Dieses Gesetz war ordnungsgemäß durch das Gesetzgebungsverfahren gelaufen, der Bundesrat hatte zugestimmt. Im Anschluss an die Verabschiedung wurde es im Bundesgesetzblatt veröffentlicht.

Nach den Materialien soll dieses Gesetz vor allem die sog. „Soldatenlüge“, also die Aussage „Soldaten sind Mörder“ in allen vorkommenden Fassungen unter Strafe stellen. Den Abgeordneten ist aber auch klar, dass nach der neuen Vorschrift „harmlosere“ Aussage wie „Soldaten sind scheiße“ möglicherweise bestraft werden können.

Zwei Wochen nach der Verabschiedung ging beim BVerfG in Karlsruhe ein Schreiben ein, das von 219 Abgeordneten der SPD und der Fraktion Bündnis90/Grüne unterzeichnet war. In dem Schreiben behaupteten die Unterzeichner, dass Gesetz sei verfassungswidrig, weil es die Meinungsfreiheit verletze. Das BVerfG möge es aufheben.

Wie wird das BVerfG entscheiden?

Und eine Lösungsskizze dazu:

Das BVerfG wird dem Antrag der Bundestagsabgeordneten stattgeben, soweit er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Möglicherweise ist der Antrag nach Art. 93 I Nr.2 GG iVm §§ 13 Nr.6, 76 BVerfGG im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle zulässig.

I. Antragsbefugt ist u.a. ein Drittel der Bundestagsabgeordneten. Die gesetzliche Mitgliederzahl des Bundestages in der 13. Wahlperiode liegt bei 656, ein Drittel davon sind 218,3. Daher ist der von 219 Abgeordneten unterzeichnete Antrag zulässig.

II. Die Antragsteller machen Zweifel an der Vereinbarkeit eines Bundesgesetzes mit dem Grundgesetz geltend.

III. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen sind nicht vorgesehen. Somit ist der Antrag im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle zulässig.

B. Begründetheit

Das BVerfG wird § 109b StGB nach § 78 BVerfGG für nichtig erklären, soweit die Norm mit dem Grundgesetz unvereinbar ist.

I. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Zunächst könnte das Gesetz gegen eine Kompetenznorm oder eine Verfahrensvorschrift des Grundgesetzes verstoßen. Hierfür ist jedoch nichts ersichtlich. Von der formellen Verfassungsmäßigkeit ist daher auszugehen.

II. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Gerügt ist eine Verletzung des Grundrechts aus Art. 5 I 1 Var.1 GG. Ob das Gesetz die Meinungsfreiheit verletzt, ist zu prüfen:

1) Schutzbereich

Fraglich zunächst, ob das Gesetz den Schutzbereich der Meinungsfreiheit tangiert. Meinung im grundgesetzlichen Sinne ist jede zur Meinungsbildung beitragende Stellungnahme, die durch Elemente des Wertens und des Dafürhaltens geprägt ist. Auch Tatsachenbehauptungen nehmen an dem Schutz teil, wenn und soweit sie Voraussetzung für die Bildung von Meinungen sind. Lediglich erwiesene unwahre Tatsachenbehauptungen unterfallen Art. 5 I 1 nicht. § 109b StGB verbietet jede „Beleidigung“ der Bundeswehr (Abs. 1) oder ihrer Angehöriger (Abs. 2). Beleidigung ist hierbei im strafrechtlichen Sinne des § 185 StGB aufzufassen. Dies folgt daraus, dass der Gesetzgeber im StGB einen dort bereits vorhandenen und geprägten Begriff verwendet hat und ihn daher auch übernehmen wollte. Eine Beleidigung nach § 185 StGB liegt nach ständiger Rspr. vor bei jeder Kundgabe von Missachtung oder Nichtachtung gegenüber einer Einzelperson oder einer beleidigungsfähigen Mehrheit. Umfasst sind hierbei ehrenkränkende Meinungsäußerungen, aber auch unwahre Tatsachenbehauptungen, soweit sie dem Betroffenen gegenüber geäußert werden (ansonsten fallen sie unter §§ 186, 187). Das Verbot einer erwiesenen unwahren Tatsachenbehauptung, wie etwa, die Soldaten der BW seien Mörder, würde Art. 5 I 1 nicht verletzen. § 109b StGB ist jedoch so gefasst, dass auch Meinungsäußerungen als verboten anzusehen sind. Besondere Begriffsform den Schutzbereich der Meinungsfreiheit. Verbot ist immer als Eingriff anzusehen.

3) Rechtfertigung von § 109b I StGB

Fraglich zunächst, ob das Beleidigungsverbot gegenüber der BW im ganzen zu rechtfertigen ist.

a) Die Meinungsfreiheit steht nach Art. 5 II Var.1 zunächst unter dem Vorbehalt der allgemeinen

Gesetze.

aa) Hiernach muss für die formelle Rechtfertigung des Eingriffs ein (Parlaments)gesetz vorliegen. Dies ist der Fall.

bb) Materiell gerechtfertigt ist der Eingriff zunächst nur, wenn das Gesetz allgemein ist. Allgemeine Gesetze sind solche, die sich nicht gegen die Äußerung einer Meinung als solcher richten, sondern dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsgutes dienen. § 109b I StGB verbietet jedoch eine konkrete, genau umschriebene Meinungsäußerung. Daher kann diese Norm nicht als allgemeines Gesetz angesehen werden.

cc) Der Vorbehalt des allgemeinen Gesetzes rechtfertigt § 109b I StGB materiell nicht.

b) Auch der Vorbehalt des Schutzes der Jugend ist nicht gegeben.

c) Somit kann § 109b I StGB nur gerechtfertigt werden, wenn diese Norm nach Art. 5 II Var.3 GG dem Schutze der persönlichen Ehre dient.

aa) Auch bei diesem Gesetzesvorbehalt ist formell zunächst ein Gesetz nötig, auch wenn der Wortlaut dies nicht nahelegt.

bb) Persönliche Ehre im Sinne des GG kann schon wegen des Wortlautes zunächst nur einzelnen natürlichen Personen zukommen. Möglicherweise sind auch kleinere, überschaubare Personengruppen umfasst, soweit sich in ihnen die einzelnen noch erkennen lassen. Die Bundeswehr als Ganzes ebenso wie ihre Teile ist jedoch ein abstrakter Begriff. Ihr kommt daher keine persönliche Ehre zu. Dies zeigt übrigens der Gesetzgeber selbst, wenn er in § 109b II ein eigenes Beleidigungsverbot für einzelne Soldaten statuiert. Dies wäre nicht nötig gewesen, wenn er bereits in Abs. 1 auch die persönliche Ehre der Soldaten geschützt gesehen hätte.

cc) Somit ist auch dieser Gesetzesvorbehalt nicht gegeben.

d) Letztlich könnte der Eingriff aber durch eine verfassungsimmanente Schranke gerechtfertigt sein. Als solche kommen Grundrechte anderer oder andere Güter mit Verfassungsrang in Frage. Eine Beleidigung der BW kann allenfalls deren Ehre betreffen, da aber Art. 5 II nur die persönliche Ehre anerkennt und insoweit eine abschließende Spezialregelung in diesem Bereich enthält, ist ein Rückgriff auf die Verbandsehre der BW ausgeschlossen. Denkbar bleibt eine Rechtfertigung über das Verfassungsgut der „Funktionstüchtigkeit“ der BW nach Art. 87a. (Soll

hier offen bleiben).

e) Somit ist der Eingriff des § 109b I StGB in Art. 5 I 1 Var.1 GG nicht zu rechtfertigen. Die Norm ist daher verfassungswidrig.

4) Rechtfertigung des § 109b II StGB

a) § 109b II könnte jedoch über den Vorbehalt der persönlichen Ehre gerechtfertigt werden, denn diese Norm schützt ausdrücklich einzelne Soldaten als natürliche Personen.

b) Fraglich ist aber, ob der Eingriff verhältnismäßig ist, denn auch die Gesetzesvorbehalte des Art. 5 II unterliegen den allgemeinen Schranken-Schranken. Das BVerfG prüft an dieser Stelle als Ausprägung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die „Wechselwirkung“ zwischen Grundrecht und rechtfertigendem Rechtsgut, weil die Meinungsfreiheit eine überragende Bedeutung für die Demokratie innehat und daher jedes einschränkende Gesetz im Lichte des Grundrechts ausgelegt und seinerseits ~~Eingeschränkt~~ ~~verhältnismäßig~~ ~~ist~~ ~~und~~ ~~die~~ ~~persönliche~~ ~~Ehre~~ ~~der~~ ~~Soldaten~~ ~~zu~~ ~~schützen~~ ~~ist~~ ~~erforderlich~~ ~~ist~~ ~~weil~~ ~~es~~ ~~sich~~ ~~um~~ ~~keine~~ ~~gleich~~ ~~geeigneten~~, ~~weniger~~ ~~schwerwiegenden~~ ~~Maßnahmen~~ ~~ersichtlich~~ (soll das Gesetz einzelne Meinungen verbieten? Und wie soll es differenzieren?).

Fraglich ist aber die Zumutbarkeit. Nach der Rspr. des BVerfG spricht eine Vermutung für die freie Rede. Daher sind Meinungsäußerungen auch dann hinzunehmen, wenn sie scharf oder beleidigend formuliert sind. Die Grenze findet sich erst bei der Schmähkritik, bei der nicht mehr die Auseinandersetzung mit der Sache, sondern nur noch die Beleidigung des Gegners im Vordergrund steht.

c) Nur mit dieser Einschränkung ist § 109b II verfassungsgemäß. § 109b II ist also verfassungskonform so zu lesen, dass darin nur die unsachliche Schmähkritik unter Strafe gestellt wird. Wie dies rechtstechnisch zu erreichen ist, ist den Strafgerichten überlassen. (Denkbar wäre, schon den Begriff der Beleidigung so eng auszulegen, dass er nur Schmähkritik erfasst. Ebenso wäre gut vertretbar, den Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung wichtiger Interessen aus § 193 StGB, der ja für die anderen Beleidigungsdelikte der §§ 185ff gilt, auch bei § 109b II anzuwenden).

III. Ergebnis zu B
Somit ist § 109b I StGB mit Art. 5 I 1 Var.1 GG unvereinbar und nichtig. § 109b II StGB ist nur bei verfassungskonformer Auslegung nach Maßgabe dieses Urteils mit Art. 5 I 1 Var.1 StGB vereinbar.

C. Endergebnis

Das BVerfG wird dem Antrag insoweit stattgeben,

c) Fall 3: Lüth - BVerfGE 7, 198

Zur Frage der mittelbaren (Dritt)wirkung der Grundrechte, also ihrer Bedeutung im Rechtsverkehr zwischen Privaten:

1. Die Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat; in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpert sich aber auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt.

2. Im bürgerlichen Recht entfaltet sich der Rechtsgehalt der Grundrechte mittelbar durch die privatrechtlichen Vorschriften. Er ergreift vor allem Bestimmungen zwingenden Charakters und ist für den Richter besonders realisierbar durch die Generalklauseln.

3. Der Zivilrichter kann durch sein Urteil Grundrechte verletzen (§ 90 BVerfGG), wenn er die Einwirkung der Grundrechte auf das bürgerliche Recht verkennt. Das Bundesverfassungsgericht prüft zivilgerichtliche Urteile nur auf solche Verletzungen von Grundrechten, nicht allgemein auf Rechtsfehler nach.

4. Auch zivilrechtliche Vorschriften können "allgemeine Gesetze" im Sinne des Art 5 Abs 2 GG sein und so das Grundrecht auf Freiheit der Meinungsäußerung beschränken.

5. Die "allgemeinen Gesetze" müssen im Lichte der besonderen Bedeutung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung für den freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt werden.

6. Das Grundrecht des Art 5 GG schützt nicht nur das Äußern einer Meinung als solches, sondern auch das geistige Wirken durch die Meinungsäußerung.

7. Eine Meinungsäußerung, die eine Aufforderung zum Boykott enthält, verstößt nicht notwendig gegen die guten Sitten im Sinne des § 826 BGB ; sie kann bei Abwägung aller Umstände des Falles durch die Freiheit der Meinungsäußerung verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

A. I. Der Beschwerdeführer - damals Senatsdirektor und Leiter der Staatlichen Pressestelle der Freien und Hansestadt Hamburg- hat am 20. September 1950 anlässlich der Eröffnung der "Woche des deutschen Films" als Vorsitzender des Hamburger Presseklubs in

als es § 109b I für nichtig und § 109b II nur nach Maßgabe der Entscheidungsgründe für mit Art. 5 I GG vereinbar erklären wird.

einer Ansprache vor Filmverleihern und Filmproduzenten u. a. folgendes erklärt:

"Nachdem der deutsche Film im Dritten Reich seinen moralischen Ruf verwirkt hatte, ist allerdings ein Mann am wenigsten von allen geeignet, diesen Ruf wiederherzustellen: das ist der Drehbuchverfasser und Regisseur des Films "Jud Süß". Möge uns weiterer unabsehbarer Schaden vor der ganzen Welt erspart bleiben, der eintreten würde, indem man ausgerechnet ihn als Repräsentanten des deutschen Films herauszustellen sucht. Sein Freispruch in Hamburg war nur ein formeller. Die Urteilsbegründung war eine moralische Verdammung. Hier fordern wir von den Verleihern und Theaterbesitzern eine Haltung, die nicht ganz billig ist, die man sich aber etwas kosten lassen sollte: Charakter. Und diesen Charakter wünsche ich dem deutschen Film. Beweist er ihn und führt er den Nachweis durch Phantasie, optische Kühnheit und durch Sicherheit im Handwerk, dann verdient er jede Hilfe und dann wird er eines erreichen, was er zum Leben braucht: Erfolg beim deutschen wie beim internationalen Publikum. "

(Auf Antrag der Filmgesellschaften) erließ das Landgericht Hamburg am 22. November 1951 folgendes Urteil (gegen den Beschwerdeführer):

Der Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung einer gerichtsseitig festzusetzenden Geld- oder Haftstrafe zu unterlassen,

- 1. die deutschen Theaterbesitzer und Filmverleiher aufzufordern, den bei der Klägerin zu 1 > produzierten und von der Klägerin zu 2> zum Verleih im Bundesgebiet übernommenen Film "Unsterbliche Geliebte" nicht in ihr Programm*
- 2. ~~aufzufordern~~, Publikum aufzufordern, diesen Film nicht zu besuchen.*

Das Landgericht erblickt in den Äußerungen des Beschwerdeführers eine sittenwidrige Aufforderung zum Boykott. (...)

B. I. (...) Das Urteil des Landgerichts, ein Akt der öffentlichen Gewalt in der besonderen Erscheinungsform der rechtsprechenden Gewalt, kann durch seinen Inhalt ein Grundrecht des Beschwerdeführers nur verletzen, wenn dieses Grundrecht bei der Urteilsfindung zu beachten war.

Das Urteil untersagt dem Beschwerdeführer Äußerungen, durch die er andere dahin beeinflussen könnte, sich seiner Auffassung über das Wiederauftreten Harlans anzuschließen und ihr Verhalten gegenüber den von ihm gestalteten Filmen entsprechend einzurichten. Das bedeutet objektiv eine Beschränkung des Beschwerdeführers in der freien Äußerung seiner Meinung. Das Landgericht begründet seinen Ausspruch damit, daß es die Äußerungen des Beschwerdeführers als eine unerlaubte Handlung nach § 826 BGB gegenüber den Klägerinnen betrachtet und diesen daher auf Grund der Vorschriften des bürgerlichen Rechts einen Anspruch auf Unterlassung der Äußerungen zuerkennt. So führt der vom Landgericht angenommene bürgerlich rechtliche Anspruch der Klägerinnen durch das Urteil des Gerichts zu einem die Meinungsfreiheit des Beschwerdeführers beschränkenden Ausspruch der öffentlichen Gewalt.

Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Das ergibt sich aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung der Grundrechtsidee wie aus den geschichtlichen Vorgängen, die zur Aufnahme von Grundrechten in die Verfassungen der einzelnen Staaten geführt haben.

Ebenso richtig ist aber, daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will < BVerfGE 2, 1 <12>; 5, 85 <134 ff., 197 ff.>; 6, 32 <40 f.>>, in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt <Klein-v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Vorbem. B III 4 vor Art. 1 S. 93>. Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden.

Der Einfluß grundrechtlicher Wertmaßstäbe wird sich vor allem bei denjenigen Vorschriften des Privatrechts geltend machen, die zwingendes Recht enthalten und so einen Teil des *ordre public* - im weiten Sinne - bilden, d. h. der Prinzipien, die aus Gründen des gemeinen Wohls auch für die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen verbindlich sein sollen und deshalb der Herrschaft des Privatwillens entzogen sind. Diese Bestimmungen haben nach ihrem Zweck eine nahe Verwandtschaft mit dem öffentlichen Recht, dem sie sich ergänzend anfügen. Das muß sie in besonderem Maße dem Einfluß des Verfassungsrechts aussetzen. Der Rechtsprechung bieten sich zur Realisierung dieses Einflusses vor allem die "Generalklauseln", die, wie §

826 BGB, zur Beurteilung menschlichen Verhaltens auf außer-zivilrechtliche, ja zunächst überhaupt außerrechtliche Maßstäbe, wie die "guten Sitten", verweisen. Denn bei der Entscheidung darüber, was diese sozialen Gebote jeweils im Einzelfall fordern, muß in erster Linie von der Gesamtheit der Wertvorstellungen ausgegangen werden, die das Volk in einem bestimmten Zeitpunkt seiner geistig-kulturellen Entwicklung erreicht und in seiner Verfassung fixiert hat. Deshalb sind mit Recht die Generalklauseln als die "Einbruchstellen" der Grundrechte in das bürgerliche Recht bezeichnet worden <Dürig in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II S. 525>.

Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung ist als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt <un des droits les plus précieux de l'homme nach Artikel 11 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789>. Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist < BVerfGE 5, 85 <205>>. Es ist in gewissem Sinn die Grundlage jeder Freiheit überhaupt, "the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom" <Cardozo>.

Aus dieser grundlegenden Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für den freiheitlich-demokratischen Staat ergibt sich, daß es vom Standpunkt dieses Verfassungssystems aus nicht folgerichtig wäre, die sachliche Reichweite gerade dieses Grundrechts jeder Relativierung durch einfaches Gesetz <und damit zwangsläufig durch die Rechtsprechung der die Gesetze auslegenden Gerichte> zu überlassen. Es gilt vielmehr im Prinzip auch hier, was oben allgemein über das Verhältnis der Grundrechte zur Privatrechtsordnung ausgeführt wurde: die allgemeinen Gesetze müssen in ihrer das Grundrecht beschränkenden Wirkung ihrerseits im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechts gesehen und so interpretiert werden, daß der besondere Wertgehalt dieses Rechts, der in der freiheitlichen Demokratie zu einer grundsätzlichen Vermutung für die Freiheit der Rede in allen Bereichen, namentlich aber im öffentlichen Leben, führen muß, auf jeden Fall gewahrt bleibt. Die gegenseitige Beziehung zwischen Grundrecht und "allgemeinem Gesetz" ist also nicht als einseitige Beschränkung der Geltungskraft des Grundrechts durch die "allgemeinen Gesetze" aufzufassen; es findet vielmehr eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, daß die "allgemeinen Gesetze" zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder durch den Einfluß der "allgemeinen" Gesetzesvorschriften

Anfang an umstritten. Es mag dahinstehen, ob der Begriff nur infolge eines Redaktionsversehens in den Artikel 118 der Reichsverfassung von 1919 gelangt ist <siehe dazu Häntzschel im Handbuch des deutschen Staatsrechts, 1932, Band II S. 658>. Jedenfalls ist er bereits während der Geltungsdauer dieser Verfassung dahin ausgelegt worden, daß darunter alle Gesetze zu verstehen sind, die "nicht eine Meinung als solche

verboten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten", die vielmehr "dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen", dem Schutze eines Gemeinschaftswerts, der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat.

d) Fall 4: Fernsehübertragung aus dem Gerichtssaal (§ 169 GVG)

Zwei Pressemitteilungen des Bundesverfassungsgerichts (siehe unbedingt die sehr gut gelungene Homepage des Gerichts: <http://www.bverfg.de> oder <http://www.bundesverfassungsgericht.de>):

Der Fall - Pressemitteilung Nr. 130/2000 vom 10.10.2000:

Das Bundesverfassungsgericht wird am Dienstag, 7.11.2000, 9.30 Uhr, die Verfahren 1 BvR 2623/95 und 622/99 mündlich verhandeln. Die Vb betreffen den Wunsch des privaten Rundfunkunternehmens n-tv (Beschwerdeführerin; Bf), Gerichtsverhandlungen im Gerichtssaal aufnehmen zu dürfen. Im sogenannten "Politbüroprozess" vor dem Landgericht Berlin und im sogenannten "Kruzifix-Verfahren" vor dem Bundesverwaltungsgericht hatte die Bf erfolglos entsprechende Anträge gestellt. Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung beim BVerfG im Politbüroverfahren scheiterte ebenfalls. Die beanstandeten Entscheidungen sind jeweils auf § 169 Satz 2 GVG gestützt worden. Danach sind Fernsehaufnahmen in Gerichtsverhandlungen ausnahmslos unzulässig. Die Vb betrifft die Frage, ob dieses Verbot mit der Informations- und Rundfunkfreiheit vereinbar ist. Die Entscheidung hat mittelbar Folgen für die öffentliche Diskussion um ein so genanntes "court-tv".

Die Entscheidung - Pressemitteilung Nr. 12/2001 vom 24.01.2001:

Verfassungsbeschwerde Gerichtsfernsehen erfolglos

Mit Urteil vom heutigen Tage hat der Erste Senat des BVerfG die Verfassungsbeschwerden (Vb) der n-tv (Beschwerdeführerin; Bf) GmbH & Co KG gegen das Verbot von Fernsehaufnahmen während der Gerichtsverhandlung zurückgewiesen.

1. In der Begründung für seine Entscheidung führt der Senat zunächst Grundsätzliches zum Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG aus:

Die Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG schützt den Zugang zu allgemein zugänglichen Informationsquellen. Sie beinhaltet nicht das Recht auf die Eröffnung einer Informationsquelle. Ein solcher Anspruch folgt auch nicht aus der Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG. Der jeweils Berechtigte kann vielmehr selbst darüber bestimmen, ob, in welchem Umfang und

zum unter welchen Bedingungen er eine Information oder ein Ereignis allgemein zugänglich machen möchte. Erst dann, wenn eine Informationsquelle allgemein zugänglich ist und nur in dem vom Berechtigten gewählten Umfang, fällt der Zugang auch des Rundfunkveranstalters zu diesen Informationen in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG. Legt der Staat die Art der Zugänglichkeit von staatlichen Vorgängen und damit zugleich das Ausmaß der Öffnung dieser Informationsquelle fest, so wird in diesem Umfang der Schutzbereich der Informationsfreiheit eröffnet. Haben die Medien Zugang zwecks Berichterstattung, aber in rechtlich einwandfreier Weise unter Ausschluss der Aufnahme und Verbreitung von Ton- und Fernsehrundfunkaufnahmen, liegt in dieser Begrenzung kein Grundrechtseingriff. Wird eine Informationsquelle mit Einschränkungen - etwa hinsichtlich

Funk- und Fernsehaufnahmen - eröffnet, hängt die Verfassungsmäßigkeit der einschränkenden Norm davon ab, ob eine solche Beschränkung vom Recht zur Bestimmung des Zugangs gedeckt ist, ohne dass sie sich zusätzlich an Art. 5 Abs. 2 GG messen lassen müsste. Wenn der Zugang zur Informationsquelle weiter oder gar unbeschränkt hätte eröffnet werden müssen, kann dies vom Träger des Grundrechts gerichtlich geltend gemacht werden.

Der Gesetzgeber hat im Rahmen seiner Befugnis zur Ausgestaltung des Gerichtsverfahrens die öffentliche Zugänglichkeit von Gerichtsverhandlungen geregelt. Durch § 169 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) hat er von seinem Bestimmungsrecht in der Weise Gebrauch gemacht, dass der allgemeine Zugang nur für diejenigen eröffnet ist, die der Gerichtsverhandlung in dem dafür vorgesehenen Raum folgen wollen.

2. § 169 Satz 2 GVG ist mit dem Grundgesetz vereinbar.

a) Der Grundsatz der Öffentlichkeit mündlicher Verhandlungen ist ein Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips und entspricht dem allgemeinen Öffentlichkeitsprinzip der Demokratie. Der Sinn der auf einer langen Tradition fußenden Gerichtsöffentlichkeit liegt zum einen darin, dass die im Verfahren Beteiligten in Gestalt einer Verfahrensgarantie gegen eine der öffentlichen Kontrolle entzogene Geheimjustiz geschützt werden. Zum anderen wurde es als eigene Rechtsposition des Volkes empfunden, von den Geschehnissen im Lauf einer Gerichtsverhandlung Kenntnis zu nehmen und die durch die Gerichte handelnde Staatsgewalt durch Anwesenheit zu kontrollieren.

b) Bei der Ausgestaltung der Gerichtsöffentlichkeit muss der Gesetzgeber deren Funktion sowie unterschiedliche Interessen berücksichtigen. Prozesse finden in der Öffentlichkeit statt. Das Gerichtsverfassungsrecht berücksichtigt gegenläufige Belange durch Ausnahmen von dem Grundsatz der Öffentlichkeit, die allgemein

bestehen oder im Einzelfall vorgesehen werden können.

c) Im Gerichtsverfassungsgesetz ist die Öffentlichkeit im Rahmen der Gerichtsverhandlung vorgesehen. Das Aufkommen des Fernsehens hat den Gesetzgeber in den 60er-Jahren veranlasst, durch Einfügung von § 169 Satz 2 GVG ausdrücklich die Öffentlichkeit auf die so genannte Saalöffentlichkeit zu begrenzen. Hierzu war er nicht von Verfassungs wegen verpflichtet, wohl aber berechtigt. Das Ziel der öffentlichen Kontrolle des Gerichtsverfahrens sowie der Zugänglichkeit von Informationen, die für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung von Bedeutung sind, wird auch durch die beschränkte Saalöffentlichkeit erreicht. Das Demokratieprinzip gebietet keine andere als die Saalöffentlichkeit. Den Medien ist der Zugang zum Gerichtssaal eröffnet. Rundfunkjournalisten können an der Gerichtsverhandlung teilnehmen und über sie berichten. Damit trägt das Gesetz genügend dem Umstand Rechnung, dass Informationen heutzutage in erster Linie über Medien an die Öffentlichkeit vermittelt werden. Gerichtsverhandlungen gehören regelmäßig nicht zu den Ereignissen mit hohem Publikumsinteresse. Am ehesten besteht ein Interesse der Medien an Kurzberichten, die mit dem Ziel zusammengestellt werden, die wesentlichen Aufregungskörner herauszuheben. Rundfunkjournalisten lediglich die Herstellung und Verbreitung von Originalbildern und Tönen aus der Verhandlung. Dies führt jedoch auch angesichts der in der jüngeren Vergangenheit gesteigerten Bedeutung des Fernsehens nicht dazu, dass eine wirkungsvolle Fernsehberichterstattung vereitelt wird. Neben Korrespondentenberichten kommen Ton- und Bildaufnahmen vor Beginn und nach Ende der Verhandlung sowie aus den Sitzungspausen in Betracht. Zwar entfällt die Möglichkeit für das Fernsehen, den Eindruck der Authentizität und des Miterlebens zu vermitteln. Es ist jedoch keineswegs gesichert, dass eine Fernsehberichterstattung zu einer möglichst wirklichkeitsgetreuen Abbildung von Gerichtsverhandlungen führen würde. Medien dürfen Sendungen

nach ihren eigenen Interessen und nach den Gesetzmäßigkeiten ihrer Branche gestalten. Insbesondere der wirtschaftliche Wettbewerbsdruck und das publizistische Bemühen um die immer schwerer zu gewinnende Aufmerksamkeit der Zuschauer führen häufig zu wirklichkeitsverzerrenden Darstellungsweisen, etwa zu der Bevorzugung des Sensationellen und zu dem Bemühen, dem Berichtsgegenstand nur das Besondere, etwa Skandalöse zu entnehmen. Normalität ist meist kein attraktiver Berichtsanlass. Mit den gängigen Medienpraktiken sind daher Risiken der Selektivität bis hin zur Verfälschung verbunden.

e) Die Begrenzung der Gerichtsöffentlichkeit auf die Saalöffentlichkeit trägt Belangen des Persönlichkeitsschutzes und den Erfordernissen eines fairen Verfahrens sowie der Wahrheits- und Rechtsfindung Rechnung. Vor Gericht müssen sich Angeklagte und Zeugen häufig in einer emotional angespannten Situation der Verhandlung und damit auch der Öffentlichkeit stellen. Informationen werden mit Hilfe staatlicher Gerichte und gegebenenfalls unter Zwang erhoben. Werden sie durch Ton- und Fernsehaufnahmen festgehalten und in den Kontext einer Fernsehsendung gebracht, wird der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht verstärkt. Die Verbreitung solcher Aufnahmen kann abgelöst von den Verfahren erhebliche Folgen bewirken, zum Beispiel durch eine Prangerwirkung oder durch negative Folgen für eine spätere Resozialisierung (siehe BVerfGE 35, 202 Lebach-Entscheidung). Durch Schnitt, technische oder sonstige Bearbeitungen kann zudem der Gehalt einer Aussage manipuliert, mit anderen Aussagen zusammengestellt und in anderen inhaltlichen Zusammenhängen erneut verwendet werden. Solche Gefahren für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung abzuwehren, ist Ziel des generellen Ausschlusses von Aufnahmen und deren Verbreitbarkeit von Ton- und Bildaufnahmen durfte zugleich im Interesse eines fairen Verfahrens und der Sicherung einer ungestörten Wahrheits- und Rechtsfindung ausgeschlossen werden. Viele Menschen ändern ihr Verhalten in Anwesenheit von Kameras und Tonbändern. Die

Fairness des Verfahrens ist insbesondere im Strafprozess für Angeklagte oder Zeugen gefährdet, wenn diese sich infolge der Medienaufnahmen scheuen, intime, peinliche oder unehrenhafte Umstände vorzutragen, die zur Wahrheitsfindung wichtig sind. Auch der äußere Verfahrensablauf kann durch die Anwesenheit und die Tätigkeiten eines Kamerateams beeinflusst werden. Solche Störungen des äußeren Verfahrensablaufs können zwar durch organisatorische Maßnahmen in Grenzen gehalten, nicht aber vollständig ausgeschlossen werden.

f) Der Gesetzgeber war nicht verpflichtet, Ausnahmen vom strikten Aufnahmeverbot für einzelne Verfahrensarten oder Abschnitte mit Rücksicht darauf zuzulassen, dass die Gefahren für den Persönlichkeitsschutz und die Verfahrensdurchführung unterschiedlich sind. So sind die Risiken der Beeinflussung der Verfahrensdurchführung in bestimmten Verfahrensabchnitten (Urteilsverkündung) geringer als in anderen (Zeugenvernehmung). Gefährdungen des Persönlichkeitsrechts sind in einem Strafverfahren anders als in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Trotz solcher Unterschiede gibt es in allen Verfahrensarten und für alle Verfahrensabchnitte jedoch Gefährdungen und kann die Verhandlungsleitung erschwert werden, wenn sie auch die verfahrensfremden Interessen der Medien berücksichtigen muss. So kann eine mündliche Urteilsverkündung direkt im Anschluss an die Verhandlung ihren Charakter verändern, wenn sie aufgezeichnet und damit fixiert wird. Konkrete Wirkungen und Risiken für das jeweilige Verfahren sind schwer vorherzusehen; es ist ihnen deshalb auch nur schwer vorzubeugen. Diese Schwierigkeiten durften den Gesetzgeber veranlassen, das Gerichtsverfahren umfassend von möglichen negativen Wirkungen speziell der Ton- und Fernsehaufnahmen frei zu stellen. Insbesondere war er nicht verpflichtet, die schon bestehende Bundesgesetzgebung für auch das Abschwerfungsverfahren genügt auf andere Einzelmaßnahmen zu übertragen. Die

Durchführung eines Gerichtsverfahrens stellt erhebliche Anforderungen an das Gericht, insbesondere den Vorsitzenden. Dieser müsste jeweils darüber entscheiden, ob ein Ausnahmefall vorliegt und dafür zunächst die Verfahrensbeteiligten anhören, sodann schwierige Einschätzungen der Wirkungen der Aufnahmen auf das Verhalten der Beteiligten und über die Zumutbarkeit von Beeinträchtigungen vornehmen. Nachfolgende gerichtliche Auseinandersetzungen wären nicht ausgeschlossen. Auch ist anzunehmen, dass die Medien in den sie besonders interessierenden Verfahren öffentlichen Druck auf das Gericht ausüben würden. Der Gesetzgeber durfte die Gerichte im Interesse einer möglichst ungestörten Wahrheits- und Rechtsfindung von solchen zusätzlichen Belastungen durch ein ausnahmsloses Verbot freistellen. Dies gilt selbst bei Einwilligung der Beteiligten.

3. Die Richter Kühling und Hoffmann-Riem sowie die Richterin Hohmann-Dennhardt haben dem Urteil eine abweichende Meinung beigefügt. Sie tragen die Gründe der Entscheidung im Wesentlichen mit, sind aber der Auffassung, dass sich angesichts der Entwicklungen sowohl des Rechtsschutzsystems als auch der Medienlandschaft ein ausnahmsloses Verbot von Funk- und Fernsehaufnahmen nicht mehr rechtfertigen lässt. In früheren Zeiten war die Saalöffentlichkeit zugleich Medienöffentlichkeit als Presseöffentlichkeit. In der gegenwärtigen Informationsgesellschaft haben andere Medien zum Teil die Rolle der Zeitungen und Zeitschriften übernommen. Können die audiovisuellen Medien nur unter Ausschluss der für sie typischen Ton- und

Bewegtbildaufnahmen berichten, besteht Medienöffentlichkeit nur noch begrenzt. Ein derartiger Eingriff des Staates in die Freiheit der Medien, über die Art und Weise ihrer Darstellung selbst zu entscheiden, ist rechtfertigungsbedürftig. Im Urteil werden zwar die einer unbegrenzten Medienöffentlichkeit entgegenstehende Belange zutreffend beschrieben, es wird jedoch nicht begründet, warum sie in allen Verfahrensarten und -abschnitten überwiegen. Sowohl die drastischen Veränderungen in der Medienrealität als auch die im Ausland mit Gerichtsfernsehen gesammelten Erfahrungen müssen den Gesetzgeber veranlassen, das ausnahmslose Verbot zu überdenken und gegebenenfalls zunächst Pilotprojekte zuzulassen. Eine Rechtfertigung des ausnahmslosen Ausschlusses der Ton- und Fernseh-Rundfunkaufnahmen entfällt schon jetzt jedenfalls für Abschnitte des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, die auf den Prozess der Rechts- und Wahrheitsfindung keinen inhaltlichen Einfluss haben, wie in der Regel die Eröffnung des Verfahrens und der Abschluss durch Verkündung der Entscheidung. Die Öffnung von bestimmten Verfahrensabschnitten für audiovisuelle Aufnahmen ist jedenfalls nicht nur in atypischen und deshalb zu vernachlässigenden Sonderfällen geboten. Auch Gründe der Praktikabilität stehen ihr nicht entgegen. Die mit der Medienöffentlichkeit verbundenen rechtlichen Belange sind zu gewichtig, als dass sie nur aus Gründen leichter Handhabung des Verfahrens zurückgestellt werden dürften.

Urteil vom 24. Urteil 2001 - Az. 1 BvR 2623/95 und 1 BvR 622/99 - Karlsruhe, den 24. Januar 2001

8) Exkurs: Richterliche Kontroll- und Verwerfungskompetenz unter dem Grundgesetz, der Weimarer Reichsverfassung und der Verfassung der USA

a) Richterliche Kontroll- und Verwerfungskompetenz unter dem Grundgesetz

Nach § 78 Abs. 1 S. 1 und § 95 Abs. 3 S. 1 BVerfGG erklärt das BVerfG ein Gesetz, das mit höherrangigem deutschem Recht, insbesondere mit dem Grundgesetz, nicht vereinbar ist, für nichtig. Die Bundestagsabgeordnete Prof. Dr. jur. H. D-G. hält diese Regelung für eklatant

verfassungswidrig. Sie argumentiert, es könne doch nicht angehen, dass ein mit nur acht Richtern besetztes Gremium ohne unmittelbare demokratische Legitimation ein Gesetz verwerfen könne, das vom Parlament als dem höchsten Organ der Demokratie in einem ordnungsgemäßen Verfahren mit womöglich sehr großer Mehrheit beschlossen worden sei.

Hat die Abgeordnete recht?

b) Historische Entwicklung in Deutschland

Die Kompetenz eines Gerichts zur Überprüfung eines ordnungsgemäß zu Stande gekommenen Gesetzes an materiellen Anforderungen höherrangigen Rechts und zur Verwerfung verfassungswidriger Gesetze nahm in Deutschland erstmals das Reichsgericht in den 1920er Jahren in Anspruch. Zentrale Entscheidung hierbei war das sog. Aufwertungsurteil aus dem Jahre 1925 (RGZ 111, 320).

Hierzu ein Auszug aus der Entscheidung (S. 320-323):

- 68. 1. Sind die Gerichte zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen befugt?**
2. Steht die im Aufwertungsgesetz geschehene Regelung der Aufwertung von Hypotheken und der unter die §§ 62, 63 fallenden Ansprüche mit Vorschriften der Reichsverfassung in Widerspruch?

Reichsverfassung Art. 105, 109, 134, 152, 153; 3. Steuernotverordnung, § 11 Aufwertungsgesetz §§ 14, 15 bis 24, 62, 63, 67, 68

V. Zivilsenat. Urt. v. 4. November 1925 i. S. K. (Bekl.) v. M. (Kl.) V 621/24

I. Landgericht II Berlin

II. Kammergericht daselbst

2. Was die Sache selbst anbetrifft, so ist die rechtliche Beurteilung des Sachverhalts nicht mehr nach der inzwischen außer Kraft getretenen 3. Steuernotverordnung, sondern auf Grund des Aufwertungsgesetzes vom 16. Juli 1925 vorzunehmen, das mit Wirkung vom 15. Juli 1925 in Kraft getreten ist (§ 88 Abs. 1), daher von diesem Tage an auch auf anhängige Rechtsstreitigkeiten Anwendung finden muß.

Voraussetzung für die Anwendung der Vorschriften des Aufwertungsgesetzes ist, daß sich keine durchgreifenden Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes ergeben, das mit einfacher Mehrheit des Reichstags zustande gekommen ist. Im Hinblick auf die in der Öffentlichkeit erhobenen Angriffe erscheint es hiernach geboten, die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes von Amts wegen einer Prüfung zu unterziehen.

a) In dieser Hinsicht erhebt sich zunächst die Frage, ob und inwieweit die Gerichte überhaupt berechtigt und verpflichtet sind, die Rechtsgültigkeit eines an sich ordnungsmäßig verkündeten Reichsgesetzes nachzuprüfen. Dabei ist mit dem Urteil des I. Strafsenats vom 15. Dezember 1921 (RGSt. Bd. 56 S. 177) davon auszugehen, daß in erster Reihe etwaige reichsrechtliche Bestimmungen, seien es gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche, die unmittelbar oder mittelbar zu der Frage Stellung nehmen, maßgebend sein müssen und daß, soweit solche Bestimmungen fehlen, auf die allgemeinen Grundsätze zurückzugehen ist, die aus dem Wesen der gesetzgebenden oder richterlichen Gewalt und der von diesen Gewalten ausgehenden Betätigungen sowie aus ihrem gegenseitigen Verhältnis abzuleiten sind. Die Reichsverfassung hat im Art. 102 den im § 1 GVG. aufgestellten Grundsatz

aufgenommen, daß die Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen seien. Diese letztere Bestimmung schließt nicht aus, daß einem Reichsgesetz oder einzelnen seiner Bestimmungen vom Richter die Gültigkeit insoweit aberkannt werden kann, als sie mit anderen, vom Richter zu beachtenden Vorschriften, die ihnen vorgehen, in Widerspruch stehen. Das ist der Fall, wenn ein Gesetz einem in der Reichsverfassung aufgestellten Rechtssatz widerspricht und bei seinem Erlaß die durch Art. 76 RV. für eine Verfassungsänderung vorgeschriebenen Erfordernisse nicht vorgelegen haben. Denn die Vorschriften der Reichsverfassung können nur durch ein ordnungsmäßig zustande gekommenes verfassungsänderndes Gesetz außer Kraft gesetzt werden. Sie bleiben daher auch gegenüber abweichenden Bestimmungen eines späteren, ohne Beobachtung der Erfordernisse des Art. 76 erlassenen Reichsgesetzes für den Richter verbindlich und nötigen ihn, die widersprechenden Bestimmungen des späteren Gesetzes außer Anwendung zu lassen. Da die Reichsverfassung selbst keine Vorschrift enthält, nach der die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der Reichsgesetze den Gerichten entzogen und einer bestimmten anderen Stelle übertragen wäre, muß das Recht und die Pflicht des Richters, die Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen zu prüfen, anerkannt werden.

Zu dieser Entscheidung ein sehr wichtiger und instruktiver Aufsatz: *Berkemann*; Geschichte, Strategie und Intensität richterlicher Gesetzeskontrolle im Aufwertungsurteil des Reichsgerichts vom 4.11.1925 (EuGRZ 1986, 80-94).

c) Rechtsvergleichendes zur richterlichen Prüfungs- und Verwerfungskompetenz

Mit derselben Frage hatte sich schon 1803 auch der Supreme Court der Vereinigten Staaten in dem Verfahren *Marbury vs. Madison* zu beschäftigen. Er kam zu einer Entscheidung, die in Begründung und Ergebnis derjenigen des Reichsgerichts ähnelt.

Hierzu die Entscheidung des U.S. Supreme Court, 1 Cranch (5 U.S.) 137 (1803) - *Marbury vs. Madison* (Auszug):

The question, whether an act, repugnant to the constitution, can become the law of the land, is a question deeply interesting to the United States; but happily, not of an intricacy proportioned to its interest. It seems only necessary to recognize certain principles, supposed to have been long and well established, to decide it.

That the people have an original right to establish, for their future government, such principles as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness, is the basis on which the whole American fabric has been erected. The exercise of this original right is a very great exertion; nor can it, nor ought it, to be frequently repeated. The principles, therefore, so established, are deemed fundamental. And as the authority from which they proceed is supreme, and can seldom act, they are designed to be permanent.

This original and supreme will organizes the government, and assigns to different departments their respective powers. It may either stop here, or establish certain limits not to be transcended by those departments.

The government of the United States is of the latter description. The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken, or forgotten, the constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to

writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction between a government with limited and unlimited powers is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed, are of equal obligation. It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act.

Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it.

If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable.

Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently, the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void.

This theory is essentially attached to a written constitution, and is, consequently, to be considered, by this court, as one of the fundamental principles of our society. It is not therefore to be lost sight of in the further consideration of this subject.

If an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void, does it, notwithstanding its invalidity, bind the courts, and oblige them to give it effect? Or, in other words, though it be not law, does it constitute a rule as operative as if it was a law? This would be to overthrow in fact what was established in theory; and would seem, at first view, an absurdity too gross to be insisted on. It shall, however, receive a more attentive consideration.

It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each.

So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.

If, then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.

Those, then, who controvert the principle that the constitution is to be considered, in court, as a paramount law, are reduced to the necessity of maintaining that the courts must close their eyes on the constitution, and see only the law. This doctrine would subvert the very foundation of all written constitutions. It would declare that an act which, according to the principles and theory of our government, is entirely void, is yet, in practice, completely obligatory. It would declare that if the legislature shall do what

is expressly forbidden, such act, notwithstanding the express prohibition, is in reality effectual. It would be giving to the legislature a practical and real omnipotence, with the same breath which professes to restrict their powers within narrow limits. It is prescribing limits, and declaring that those limits may be passed at pleasure.

That it thus reduces to nothing what we have deemed the greatest improvement on political institutions -- a written constitution -- would of itself be sufficient, in America, where written constitutions have been viewed with so much reverence, for rejecting the construction. But the peculiar expressions of the constitution of the United States furnish additional arguments in favour of its rejection.

The judicial power of the United States is extended to all cases arising under the constitution.

Could it be the intention of those who gave this power, to say that in using it the constitution should not be looked into? That a case arising under the constitution should be decided without examining the instrument under which it arises?

This is too extravagant to be maintained.

In some cases, then, the constitution must be looked into by the judges. And if they can open it at all, what part of it are they forbidden to read or to obey? (...)

It is also not entirely unworthy of observation that in declaring what shall be the supreme law of the land, the constitution itself is first mentioned; and not the laws of the United States generally, but those only which shall be made in pursuance of the constitution, have that rank.

Thus, the particular phraseology of the constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument.

9) Berufsfreiheit

a) Apotheke (BVerfGE 7, 377)

Zur Berufsfreiheit die grundlegende Entscheidung des BVerfG:

1. In Art. 12 Abs. 1 GG wird nicht die Gewerbefreiheit als objektives Prinzip der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung proklamiert, sondern dem Einzelnen das Grundrecht gewährleistet, jede erlaubte Tätigkeit als Beruf zu ergreifen, auch wenn sie nicht einem traditionell oder rechtlich fixierten "Berufsbild" entspricht.

2. Der Begriff "Beruf" in Art. 12 Abs. 1 GG umfaßt grundsätzlich auch Berufe, die Tätigkeiten zum Inhalt haben, welche dem Staate vorbehalten sind, sowie "staatlich gebundene" Berufe. Doch gibt und ermöglicht

für Berufe, die "öffentlicher Dienst" sind, Art. 33 GG in weitem Umfang Sonderregelungen.

3. Wenn eine Tätigkeit in selbständiger und in unselbständiger Form ausgeübt werden kann und beide Formen der Ausübung eigenes soziales Gewicht haben, so ist auch die Wahl der einen oder anderen Form der Berufstätigkeit und der Übergang von der einen zur anderen eine Berufswahl im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG.

4. Inhalt und Umfang der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2

GG lassen sich schon durch eine Auslegung, die dem Sinn des Grundrechts und seiner Bedeutung im sozialen Leben Rechnung trägt, weitgehend sachgemäß bestimmen; es bedarf dann nicht des Rückgriffs auf die Schranke des Wesensgehalts .

5. Die Regelungsbefugnis nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG erstreckt sich auf Berufsausübung und Berufswahl, aber nicht auf beide in gleicher Intensität. Sie ist um der Berufsausübung willen gegeben und darf nur unter diesem Blickpunkt allenfalls auch in die Freiheit der Berufswahl eingreifen. Inhaltlich ist sie umso freier, je mehr sie reine Ausübungsregelung ist, umso enger begrenzt, je mehr sie auch die Berufswahl berührt.

6. Das Grundrecht soll die Freiheit des Individuums schützen, der Regelungsvorbehalt ausreichenden Schutz der Gemeinschaftsinteressen sicherstellen. Aus der Notwendigkeit, beiden Forderungen gerecht zu werden, ergibt sich für das Eingreifen des Gesetzgebers ein Gebot der Differenzierung etwa nach folgenden Grundsätzen:

a) Die Freiheit der Berufsausübung kann beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen; der Grundrechtsschutz beschränkt sich auf die Abwehr in sich verfassungswidriger, weil etwa übermäßig belastender und nicht zumutbarer Auflagen.

b) Die Freiheit der Berufswahl darf nur eingeschränkt werden, soweit der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert. Ist ein solcher Eingriff unumgänglich, so muß der Gesetzgeber stets diejenige Form des Eingriffs wählen, die das Grundrecht am wenigsten beschränkt.

c) Wird in die Freiheit der Berufswahl durch Aufstellung bestimmter Voraussetzungen für die Aufnahme des Berufs eingegriffen, so ist zwischen subjektiven und objektiven Voraussetzungen zu unterscheiden: für die subjektiven Voraussetzungen gilt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in dem Sinn, daß sie zu dem angestrebten Zweck der ordnungsmäßigen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis stehen dürfen. An den Nachweis der Notwendigkeit objektiver Zulassungsvoraussetzungen sind besonders strenge Anforderungen zu stellen; im allgemeinen wird nur die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut diese Maßnahme rechtfertigen können.

d) Regelungen nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG müssen stets auf der "Stufe" vorgenommen werden, die den geringsten Eingriff in die Freiheit der Berufswahl mit sich bringt; die nächste "Stufe" darf der Gesetzgeber erst dann betreten, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit dargetan werden kann, daß die befürchteten Gefahren mit (verfassungsmäßigen) Mitteln der vorausgehenden "Stufe" nicht wirksam bekämpft werden können.

7. Das Bundesverfassungsgericht hat zu prüfen, ob der Gesetzgeber die sich hiernach ergebenden Beschränkungen seiner Regelungsbefugnis beachtet hat; wenn die freie Berufswahl durch objektive Zulassungsvoraussetzungen eingeschränkt wird, kann es auch prüfen, ob gerade dieser Eingriff zum Schutz eines überragenden Gemeinschaftsguts zwingend geboten ist.

8. Auf dem Gebiete des Apothekenrechts entspricht der Verfassungslage gegenwärtig allein die Niederlassungsfreiheit, verstanden als das Fehlen objektiver Beschränkungen der Zulassung.

Aus den Gründen:

Der Antrag des Beschwerdeführers wurde auf Grund des Art. 3 Abs. 1 des bayerischen Gesetzes über das Apothekenwesen vom 16. Juni 1952 in der Fassung des Gesetzes vom 10. Dezember 1955 (GVBl. S. 267) - im folgenden: ApothekenG - durch Bescheid vom 29. November 1956 abgelehnt, sein Einspruch am 12. Juni 1957 zurückgewiesen.

Nach dem ApothekenG bedarf der Erlaubnis, wer eine Apotheke neu errichten, eine geschlossene Apotheke wieder eröffnen oder eine bestehende übernehmen will (Art. 1 Abs. 2). Voraussetzung für die Erteilung der Betriebserlaubnis ist in allen Fällen die Bestallung (Approbation); außerdem muß der Bewerber Deutscher im Sinne des Art. 116 GG und gewisse Zeit als approbierter Apotheker tätig gewesen sein; endlich muß er bestimmten Anforderungen an seine persönliche Zuverlässigkeit und Eignung genügen (Art. 2 Abs. 1).

Für die Neuerrichtung einer Apotheke ergeben sich weitere Erfordernisse aus Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes; er lautet:

Für eine neuerrichtende Apotheke darf die Betriebserlaubnis nur erteilt werden, wenn

a) die Errichtung der Apotheke zur Sicherung der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln im öffentlichen Interesse liegt und

b) anzunehmen ist, daß ihre wirtschaftliche Grundlage gesichert ist und durch sie die

wirtschaftliche Grundlage der benachbarten Apotheken nicht soweit beeinträchtigt wird, daß die Voraussetzungen für den ordnungsgemäßen Apothekenbetrieb nicht mehr gewährleistet sind.

Mit der Erlaubnis kann die Auflage verbunden werden, die Apotheke im Interesse einer gleichmäßigen Arzneiversorgung in einer bestimmten Lage zu errichten."

Der Bescheid der Regierung von Oberbayern vom 29. November 1956 begründet die Ablehnung des Antrags des Beschwerdeführers sowohl aus Art. 3 Abs. 1 Buchst. a als auch aus Art. 3 Abs. 1 Buchst. b ApothekenG:

Die Errichtung der beantragten Apotheke liege nicht im öffentlichen Interesse. Von Traunreut aus seien etwa 6000 Menschen mit Arzneimitteln zu versorgen. Dafür genüge die eine vorhandene Apotheke völlig. Aus Erwägungen der öffentlichen Gesundheitspflege seien weitere Apotheken nur dort zuzulassen, wo ein größeres Einzugsgebiet zu versorgen sei. Wirtschaftlich schlecht fundierte Apotheken seien erfahrungsgemäß leichter geneigt, Arzneimittel ohne ärztliche Verschreibung abzugeben und bei der Abgabe von Opiaten eine gesetzlich unzulässige Großzügigkeit walten zu lassen.

Außerdem würde die wirtschaftliche Grundlage der neuen Apotheke nicht gesichert sein, da die Zahl von 7-8000 Einwohnern je Apotheke grundsätzlich als Mindestgrenze zur Sicherung ihrer Leistungsfähigkeit angesehen werden müsse. Der Antragsteller müssen im eigenen

Interesse davor bewahrt werden, eine nicht lebensfähige Apotheke zu errichten.

Schließlich würde die wirtschaftliche Grundlage der bereits bestehenden Apotheke durch die Neuzulassung so weit beeinträchtigt werden, daß die Voraussetzungen für einen ordnungsmäßigen Apothekenbetrieb nicht mehr gewährleistet seien. Das ergebe sich aus den vom Finanzamt bestätigten Umsatzzahlen der bestehenden Apotheke, die sich erfahrungsgemäß bei Zulassung einer weiteren Apotheke um 40 % vermindern würden. Der Bescheid vom 12. Juni 1957 führt die Regierung folgendes aus: Nach dem ApothekenG werde nicht das Bedürfnis geprüft. Selbst wenn kein Bedürfnis bestehe, könne das öffentliche Interesse an der Errichtung einer neuen Apotheke bejaht werden, da es allein von den Gesichtspunkten der öffentlichen Gesundheitspflege und der Volksgesundheit bestimmt werde. Das öffentliche Interesse finde jedoch dort seine Grenze, wo die neue Apotheke nicht lebensfähig sei und die Existenz einer benachbarten Apotheke gefährde.

Durch diese gesetzliche Regelung werde der Wesensgehalt des Art. 12 GG nicht angetastet. Jeder Apotheker könne eine der mehr als 1300 bayerischen Apotheken kaufen, pachten oder nach Eintritt in eine Personalgesellschaft leiten. Er habe einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Betriebserlaubnis für eine neue Apotheke, wenn sie lebensfähig sei und bestehende Apotheken in ihrem Bestand nicht gefährde.

b) Handwerk (BVerfGE 13, 97)

Nach § 1 Abs. 1 der HandwO ist der selbständige Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe nur den in der Handwerksrolle eingetragenen Personen (selbständigen Handwerkern) gestattet. Die Gewerbe, die als Handwerk betrieben werden können, sind in der Anlage A des Gesetzes aufgeführt. In die Handwerksrolle wird eingetragen, wer in dem von ihm zu betreibenden Handwerk die Meisterprüfung bestanden hat, § 7 Abs. 1. Durch diese Prüfung ist festzustellen, „ob der Prüfling befähigt ist, einen Handwerksbetrieb selbständig zu führen und Lehrlinge ordnungsgemäß anzuleiten“ und ob er „die in seinem Handwerk gebräuchlichen Arbeiten meisterhaft verrichten kann und die notwendigen Fachkenntnisse sowie die erforderlichen betriebswirtschaftlichen, kaufmännischen und allgemeintheoretischen Kenntnisse besitzt“, § 41. In Ausnahmefällen wird in die Handwerksrolle ferner eingetragen, wer, ohne die Meisterprüfung abgelegt zu haben, die zur selbständigen Ausübung des betreffenden Handwerks als stehendes Gewerbe notwendigen Kenntnisse und Fertigkeiten nachweist und hierüber eine Ausnahmegewilligung der höheren Verwaltungsbehörde besitzt, § 7 Abs. 2, § 8 HandwO.

A ist Uhrmachersgehilfe. Aufgrund einer Versteifung seines Arms kann er die komplizierte Meisterprüfung nicht bestehen. Er führt aber seit Jahren den Uhrmacherbetrieb seines Vaters erfolgreich. Sein Antrag auf Eintragung in die Rolle wird abgelehnt. Zu recht?

c) Aufgabe: Eine Analyse der BNotO im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG

Die Bundesnotarordnung (BNotO) lautet auszugsweise wie folgt:

§ 3. (1) Die Notare werden zur hauptberuflichen Amtsausübung auf Lebenszeit bestellt. (...)

§ 4. Es werden so viele Notare bestellt, wie es den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege entspricht. Dabei ist insbesondere das Bedürfnis nach einer angemessenen Versorgung der Rechtsuchenden mit notariellen Leistungen und die Wahrung einer geordneten Altersstruktur des Notarberufs zu berücksichtigen.

§ 5. Zum Notar darf nur ein deutscher Staatsangehöriger bestellt werden, der die Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richtergesetz erlangt hat.

§ 6. (1) Nur solche Bewerber sind zu Notaren zu bestellen, die nach ihrer Persönlichkeit und ihren Leistungen für das Amt des Notars geeignet sind. Bewerber können nicht erstmals zu Notaren bestellt werden, wenn sie bei Ablauf der Bewerbungsfrist das sechzigste Lebensjahr vollendet haben. (...)

(3) Die Reihenfolge bei der Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern richtet sich nach der persönlichen und fachlichen Eignung unter Berücksichtigung der die juristische Ausbildung abschließenden Staatsprüfung und der bei der Vorbereitung auf den Notarberuf gezeigten Leistungen.

§ 6a. Die Bestellung muss versagt werden, wenn der Bewerber weder nachweist, dass eine Berufshaftpflichtversicherung (§ 19a) besteht, noch eine vorläufige Deckungszusage vorlegt.

§ 8. (1) Der Notar darf nicht zugleich Inhaber eines besoldeten Amtes sein. Die Landesjustizverwaltung kann im Einzelfall nach Anhörung der Notarkammer jederzeit widerrufliche Ausnahmen zulassen; der Notar darf in diesem Fall sein Amt nicht persönlich ~~(2) üben~~. Der Notar darf keinen weiteren Beruf ausüben (...)

(3) Der Notar bedarf der Genehmigung der Aufsichtsbehörde

1. zur Übernahme einer Nebenbeschäftigung gegen Vergütung, insbesondere zu einer gewerblichen Tätigkeit,

2. zum Eintritt in den Vorstand, Aufsichtsrat, Verwaltungsrat oder in ein sonstiges Organ einer auf Erwerb gerichteten Gesellschaft, Genossenschaft oder eines in einer anderen Rechtsform betriebenen wirtschaftlichen Unternehmens.

Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die Tätigkeit nach Satz 1 mit dem öffentlichen Amt des Notars nicht vereinbar ist oder das Vertrauen in seine Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit gefährden kann. Vor der Entscheidung über die Genehmigung ist die Notarkammer anzuhören.

Die Genehmigung kann mit Auflagen verbunden oder befristet werden.

Welche dieser Regelungen stellen objektive, welche subjektive Zulassungsschranken, welche Berufsausübungsregelungen dar? Welche bedürfen, verglichen mit anderen Beeinträchtigungen auf derselben Stufe, erhöhterweise der Rechtfertigung?

10) Eigentum

a) Pflichtexemplar (BVerfGE 58, 137)

A ist Verleger in Offenbach/M. Er verlegt bibliophile Bücher in geringen Auflagen sowie Original-Grafiken. 1976 sandte er der Hessischen Landes- und Hochschulbibliothek jeweils ein Exemplar von vieren seiner Bücher zur Ansicht und zum Kauf. Es handelte sich um Werke in

äußerst geringen Auflagen (70 bis 625 Stück) zu Preisen von DM 180,- bis 650,-. Die Bibliothek bezahlte nicht, behielt die Bücher aber ein und sandte A hierüber einen Quittungsbescheid. Sie stützte sich auf die Vorschriften des Hessischen Presserechts über das Pflichtexemplarsrecht, die da (sinngemäß verändert) lauteten:

§ 1 PflichtexVO. Von jedem Druckwerk, das im Lande Hessen erscheint, hat der Verleger (...) ein Stück (Pflichtexemplar) unentgeltlich und auf eigene Kosten je nach dem Verlagsort an nachstehende Bibliotheken abzugeben: 1. bis 5. ...

Gegen das Verhalten der Bibliothek erhebt A Klage vor dem örtlich zuständigen VG. Er verlangt die Herausgabe der Bücher. Hilfsweise beantragt er, die Bibliothek möge ihm den Verkaufspreis der Werke bezahlen. Er fühlt sich in seinem Eigentum an den Büchern verletzt. Das Verhalten der Bibliothek sei eine Enteignung, und diese sei nach Art. 14 Abs. 3 GG nur zum Wohle der Allgemeinheit und auch nur gegen Entschädigung zulässig. An beiden Voraussetzungen fehle es. Die Verwaltungsgerichte weisen die Klage ab.

b) Weitere (furchtbar) wichtige Entscheidungen zu Art. 14 I GG:

aa) Kleingarten (BVerfGE 52, 1):

Gegenstand der Richtervorlage ist die Frage, ob es mit der Verfassung vereinbar ist, dass Pachtverträge über Kleingärten von privaten Verpächtern nur unter eng begrenzten Voraussetzungen gekündigt werden können.

bb) Boxberg (BVerwGE 71, 108-139):

Ein großer deutscher Kfz-Hersteller möchte in Boxberg eine neue, großräumige Teststrecke anlegen. Hierdurch würden in der ansonsten strukturschwachen Region 100 neue Arbeitsplätze geschaffen. Gestützt auf einen B-Plan der Gemeinde Boxberg, der für diesen Zweck eine Sonderfläche ausweist, werden mehrere landwirtschaftliche Grundstücke des Bauern A in das Eigentum des Kfz-Herstellers überführt (im Original wurde eine Flurbereinigung durchgeführt). A hält den Beschluss der Enteignungsbehörde für rechtswidrig, Hilfsweise für verfassungswidrig.

c) Eine der zentralen Entscheidungen zu Art 14 GG: Nassauskiesung (BVerfGE 58, 300)

Diese zentrale Entscheidung des BVerfG zur Eigentumsdogmatik enthält auch viele Fragen zum Entschädigungsrecht und zum Verhältnis (verwaltungsrechtlicher) Abwehransprüche zu (zivilrechtlichen) Entschädigungsansprüchen des Bürgers. Sie gilt als eine der dogmatisch schwierigsten Entscheidungen des BVerfG. Gekürzt sieht sie etwa wie folgt aus:

Aufgabe:

Die Fa. G ist Eigentümerin eines Grundstücks in Westfalen. Dort betreibt sie seit 1936 Kiesabbau, der bis in die wasserführenden Schichten des Grundstücks reicht. Diese Benutzung war nach dem Preußischen Wassergesetz von 1913 (PrGS S. 53) zulässig. Im Jahre 1957 erließ der Bund, gestützt auf seine Kompetenz aus Art. 75 Nr.4 GG, das Wasserhaushaltsgesetz, mit dem er die Nutzung von Grundwasser sowie alle Grundstücksnutzungen, die das Grundwasser beeinträchtigen könnten, unter ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt stellte. Das Gesetz enthielt ausdrücklich die Vorschrift, dass das "Grundeigentum

nicht zur Grundwasserbenutzung berechtigt" (§ 1a III WHG 1976). Ein Anspruch auf Erteilung einer solchen Befreiung wurde nicht aufgenommen, die Entscheidung über Anträge auf Wassernutzung in das Ermessen der unteren Wasserbehörde gestellt. Für "alte" Rechte und grundwasserrelevante Nutzungen, die bislang legal gewesen waren, enthielt das Gesetz eine Übergangsregelung: diese Nutzungen durften noch bis 1965 ohne Befreiung weiterbetrieben werden. Eine Entschädigungsvorschrift enthielt das WHG nicht, jedenfalls nicht für eine Nutzung, wie sie die Fa. G betrieb.

G beantragte 1965 eine Befreiung für die weitere Nassauskiesung. Diesen Antrag lehnte die Wasserbe-

hörde 1973 ab. G erhob noch erfolglos Widerspruch, auf eine verwaltungsgerichtliche Klage verzichtete sie jedoch. Stattdessen beantragte sie eine Entschädigung. Auch dies lehnte die Wasserbehörde ab, worauf die Fa. G den ordentlichen Rechtsweg beschritt. Mit ihrer Klage gelangte die Fa. bis vor den BGH. Dieser setzte 1978 das Entschädigungsverfahren aus und legte dem BVerfG die Frage zur Entscheidung vor, ob die Regelungen des WHG mit Art. 14 GG vereinbar seien. Der BGH hielt die Vorschriften des WHG für eine Enteignung i.S.v. Art. 14 III GG. Sie seien jedoch verfassungswidrig, weil sie nicht die nach Art. 14 III 2 GG notwendige Entschädigung ("Junktimklausel") vorsähen. Diese Frage sei auch entscheidungserheblich: wenn das WHG entgegen der Auffassung des BGH doch dem Grundgesetz entspreche, dann müsse die Klage abgewiesen werden, weil eine Anspruchsgrundlage für eine Entschädigung nicht vorhanden sei. Wenn die Normen hingegen verfassungswidrig seien, dann müsse der Gesetzgeber eine verfassungskonforme Neuregelung erlassen. Bis zu diesem Zeitpunkt müsse der BGH das Verfahren aussetzen, weil es nicht vorzusehen sei, wie diese Neuregelung genau aussehen werde.

Wie wird das BVerfG über die Vorlage des BGH entscheiden?

Lösungsskizze:

I. Zulässigkeit der Vorlage

Die Vorlage des BGH könnte nach Art. 100 I 1 Alt. 2 GG, " 13 Nr. 11, 80 ff BVerfGG im Verfahren der "konkreten Normenkontrolle" zulässig sein.

1) Dazu muss die vorliegende Stelle ein "Gericht" sein. Dies ist beim BGH nach Art. 95 I GG der Fall.

2) Weiter muss der Vorlagegegenstand nach Art. 100 I 1 Alt. 2 ein Bundesgesetz sein. Als ungeschriebene Voraussetzung kommt hier hinzu, dass das Gesetz nachkonstitutionell sein muss (BVerfGE 2, 124, 129f). Das WHG ist ein formelles Gesetz, das 1957 nach Art. 75 Nr.4 GG vom Bund erlassen wurde.

3) Das vorliegende Gericht muss von der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes überzeugt sein, bloße Zweifel daran reichen nicht aus (BVerfGE 1, 184 ff). Der BGH hat in seinem Vorlagebeschluss glaubhaft dargelegt, dass er die einschlägigen Vorschriften des WHG wegen eines Verstoßes gegen Art. 14 III 2 GG für verfassungswidrig hält.

4) Letztlich ist zu prüfen, ob es in dem Rechtsstreit vor dem vorlegenden Gericht "auf die Gültigkeit des Gesetzes ankommt" (Art. 100 I 1 GG). Hier ist ein strenger Maßstab anzulegen, damit das BVerfG nicht über Gebühr belastet werde. Eine Vorlage ist nur zulässig, wenn der Tenor (BVerfGE 44, 297, 300) der Endentscheidung des Gerichts (BVerfGE 79, 240, 243) anders ausfiele, je nachdem, ob das Gesetz

verfassungswidrig ist oder nicht. Hier könnten nun Zweifel an der Vorlage des BGH bestehen. Auch wenn das WHG insoweit verfassungswidrig ist, könnte der BGH die Klage auf Entschädigung abweisen. Eine Pflicht, anhängige Verfahren bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber auszusetzen, gibt es nämlich nicht. Allerdings hatte der BGH bis zu jenem Verfahren Entschädigungen wegen einer Eigentumsbeeinträchtigung auch dann zugesprochen, wenn eine gesetzliche Grundlage hierfür fehlte (sog. "enteignungsgleicher Eingriff", vgl. BGHZ 60, 126). Daher wäre es dem BGH jedenfalls nach seiner eigenen Auffassung möglich, dem Kläger eine Entschädigung zuzusprechen, wenn das WHG verfassungswidrig ist und das Verbot der Nassauskiesung daher rechtswidrig war. Bei einer Verfassungsmäßigkeit der Regelung müsste der BGH die Klage jedoch abweisen, wie er selbst richtig sieht. Somit ist die Vorlage auch für das Ausgangsverfahren entscheidungserheblich.

5) Die Vorlage des BGH ist zulässig.

II. Verfassungsrechtliche Beurteilung

Fraglich ist, ob die zur Überprüfung gestellten Vorschriften des WHG gegen Art. 14 GG verstoßen.

1) Schutzbereich der Eigentumsgarantie

Zunächst ist zu prüfen, ob es den Schutzbereich der grundrechtlichen Eigentumsgarantie berührt, wenn ein Gesetz die Grundwassernutzung aus dem Grundeigentum ausschließt. Art. 14 GG enthält einen einheitlichen Eigentumsbegriff. Ob eine Inhaltsbestimmung nach I 1 oder eine Enteignung nach III vorliegt, ist eine Frage der Eingriffsart und der Rechtfertigung, aber nicht des Schutzbereiches.

a) "Allgemeiner" Schutzbereich des Art. 14

Bei der Bestimmung des Schutzbereiches ist zu berücksichtigen, dass der Eigentumsbegriff dem Grundgesetz nicht vorgegeben ist. Zwar "*...ist das Eigentum ein elementares Grundrecht, das in einem inneren Zusammenhang mit der Garantie der persönlichen Freiheit steht. Ihm kommt im Gesamtgefüge der Grundrechte die Aufgabe zu, dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sicherzustellen und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens zu ermöglichen...*" (BVerfGE 24, 367, 389 - Hamburger Deichordnung). Jedoch kann Eigentum überhaupt erst durch eine rechtliche Ausgestaltung durch den Gesetzgeber entstehen. Daher ist es anders als bei den anderen Grundrechten hier der Gesetzgeber selbst, der den Schutzbereich bestimmt. Eigentum ist durch das Grundgesetz immer nur insoweit geschützt, als es durch die Vorschriften des privaten und öffentlichen Rechts anerkannt und ausgestaltet ist. Somit ist der Schutzbereich von Art. 14 GG zu definieren als "der Bestand an einfachgesetzlichen privat- und öffentlichrechtlichen Normen, die der Privatnützigkeit und Verfügungsbefugnis an Sachen und anderen Gegenständen dienen". Zum Grundeigentum gehören

danach alle Rechte, die dem Eigentümer an seinem Grundstück zustehen (vgl. ' 903 BGB).

Die Nassauskiesung eines Grundstücks gehörte bis zum Erlass des WHG zumindest in Westfalen zu den Bestandteilen des Grundeigentums, denn diese Nutzungsart war durch das PrWG zugelassen worden. [Ob auch ' 905 BGB die Grundwassernutzung erlaubte, kann daher hier offen bleiben].

b) Differenzierung zwischen Instituts- und Bestandsgarantie innerhalb des Schutzbereichs
In diesem so definierten Schutzbereich muss zwischen zwei grundrechtlichen Garantien unterschieden werden: "Art. 14 I 1 GG gewährleistet das Privateigentum sowohl als Rechtsinstitut wie auch in seiner konkreten Gestalt in der Hand des einzelnen Eigentümers..." (BVerfG, aaO.)

aa) Zum einen ist das Eigentum als Rechtsinstitut nicht vollständig der Regelung des Gesetzgebers überantwortet: Art. 14 enthält wie alle anderen Grundrechte auch einen gewissen Kern, der nicht verletzt werden darf: "Eigentum" als Rechtsinstitut muss unter dem Grundgesetz immer vorhanden sein, der Gesetzgeber dürfte nicht das Privateigentum im ganzen entziehen: *"...das Grundrecht des Einzelnen setzt das Rechtsinstitut 'Eigentum' voraus, es wäre nicht wirksam gewährleistet, wenn der Gesetzgeber an die Stelle des Privateigentums etwas setzen könnte, was den Namen 'Eigentum' nicht mehr verdient..."* (BVerfG aaO.). Diesen Kernbestand an Eigentum kann man z.B. aus der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG ziehen, auch wenn das BVerfG diese Begründung bislang scheut. Insoweit enthält Art. 14 also eine "abstrakte" Institutsgarantie (objektive Seite des Art. 14 I 1).

bb) Außerdem ist Art. 14 ein "klassisches" Abwehrrecht des Einzelnen gegen hoheitliche Eingriffe in diejenigen Rechte, die in der Rechtsordnung als "Eigentum" anerkannt sind. Das Eigentum ist also zwar durch einfache Gesetze definiert, genießt aber zusätzlich grundgesetzlichen Schutz. Dies ist eine Bestandsgarantie (subjektive Abwehrrechte aus Art. 14 I 1). Dies bedeutet unter anderem, dass der Gesetzgeber in Eigentumspositionen, die er selbst einmal begründet und ausgestaltet hat, im Einzelfall nur mit Entschädigung eingreifen darf (Art. 14 III GG).

2) Eingriff

Fraglich ist, ob der Eingriff des WHG eine Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 I 2 GG darstellt, die unter Umständen entschädigungslos zulässig ist, oder aber eine Enteignung nach Art. 14 III GG, die nur gegen Entschädigung möglich ist.

a) Materielle Abgrenzungslehren

Die Fachgerichte hatten bis 1981 zur Abgrenzung dieser beiden Institute materielle Lehren entwickelt: das BVerwG stellte auf die Intensität des Eingriffs ab: nach der sog. "Zumutbarkeitslehre" war alles Enteignung, was den Eigentümer schwer und

unerträglich traf (BVerwGE 5, 143, 145). Der BGH hingegen folgte der sog. "Sonderopferlehre" (BGHZ 6, 270ff). Er stellte eher auf Art. 3 I GG ab und hielt alles das für eine Enteignung, was dem Betroffenen mehr abverlangte als der Allgemeinheit.

b) Der formelle Enteignungsbegriff

Nach der neueren Rspr. des BVerfG (E 52, 1 - Kleingärten) liegt eine Inhaltsbestimmung vor, wenn der Gesetzgeber abstrakt und generell die Rechte und Pflichten aller Eigentümer (neu) definiert, eine Enteignung hingegen, wenn ein Gesetz (Legalenteignung) im Einzelfall konkret-individuell bestimmte Eigentumspositionen einzelner Eigentümer entzieht oder beschränkt oder solches durch VA zulässt (Administrativenteignung). Dieser Lehre ist zu folgen.

c) Ergebnis

In diesem Fall wurde die Grundwassernutzung durch das WHG generell und bundesweit aus dem Grundeigentum herausgenommen. Das Eigentum wurde also "im ganzen" neu definiert. Zwar betraf die Neuregelung direkt nur solche Grundeigner, die bislang ihr Grundwasser genutzt hatten. Sie gälte aber auch für alle anderen Grundeigentümer, wenn diese sich entschlossen, in Zukunft grundwasserrelevante Maßnahmen zu ergreifen. Daher liegt hier eine (neue) Inhalts- und Schrankenbestimmung des Grundeigentums nach Art. 14 I 2 GG vor, aber keine Enteignung.

3) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob dieser Eingriff gerechtfertigt ist. Nicht nur die Enteignung nach III unterliegt bestimmten "Schranken-Schranken", die der Gesetzgeber beachten muss (z.B. die Beachtung des Allgemeinwohls und eine Junktimklausel). Auch bei einer neuen Inhaltsbestimmung nach I 2 sind die "allgemeinen" Beschränkungen des GG zu beachten:

a) Rechtfertigung des Eingriffs in die Institutsgarantie
Zunächst muss der Gesetzgeber "Eigentum" als abstraktes Institut in der Gesellschaft erhalten. Er dürfte z.B. nicht das Grundeigentum im ganzen abschaffen (s.o.). Hier hat das WHG nur eine beschränkte Nutzung aus dem Grundeigentum herausgenommen, die noch nicht einmal besonders oft ausgeübt wurde. Es lässt sich nicht sagen, dass das Grundeigentum durch diesen Schritt vollkommen entwertet, quasi „ausgehöhlt“ wird. Eine Verletzung der Institutsgarantie liegt daher nicht vor.

b) Rechtfertigung des Eingriffs in die Bestandsgarantie
Fraglich ist aber, ob der Eingriff auch aus der Sicht des (einzelnen) Eigentümers gerechtfertigt ist. Hierbei ist grundsätzlich zu unterscheiden zwischen solchen Eigentümern, die die entzogene Nutzung bereits ausgeübt hatten, und solchen, welche durch das neue Recht allenfalls eine spätere, unbestimmte Erwerbssaussicht verlieren. Allerdings ist diese Unterscheidung erst auf der Ebene der Zumutbarkeit (bzw. bei der [eigenständigen?] Schranken-Schranke

des Vertrauensschutzprinzips notwendig. Zunächst muss ein solcher Eingriff in die Institutsgarantie nur den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG beachten, weitere Einschränkungen sind dem Gesetzgeber bei Handlungen im Bereich des Art. 14 GG nicht auferlegt. Zu prüfen ist also, ob das WHG ein legitimes Ziel verfolgt und hierzu geeignete, erforderliche und im Einzelfall zumutbare Maßnahmen vorsieht:

aa) Der Schutz des Grundwassers und die Sicherung der Wasserversorgung sind angesichts zunehmender Grundwasserverschmutzung ein wichtiges Ziel in dieser Gesellschaft.

bb) Das Verbot, Grundwasser zu verbrauchen, zu benutzen oder auch nur durch andere Maßnahmen wie eine Nassauskiesung zu beeinträchtigen, sind geeignet, die Wasserversorgung zu sichern (ausführen...)

cc) Es gibt auch keine milderen, gleich geeigneten Mittel, dies zu erreichen. Z.B. würde es nicht ausreichen, nur in Grundwasserfördergebieten Nutzungsbeschränkungen zu verhängen, denn das Grundwasser ist in riesigen Räumen miteinander verbunden und fließt ständig über große Strecken (ausführen...)

dd) Fraglich ist, ob ein völliges Verbot grundwasserrelevanter Nutzungen zumutbar ist. Bei dieser Prüfung muss (zunächst) nicht auf einen bestimmten einzelnen Grundeigner geschaut werden, sondern ganz allgemein auf die Gesamtheit aller Eigentümer. Im Durchschnitt ist aber ein Grundeigentümer nur sehr leicht betroffen, nämlich nur in einer einzigen Nutzungsmöglichkeit seines Grundstücks, die noch nicht einmal besonders häufig ausgeübt wurde. Daher ist das Verbot angesichts des großen Wasserbedarfs der Gesellschaft insoweit zumutbar.

ee) Anders jedoch ist die Situation bei denjenigen, denen durch die neue Inhaltsbestimmung eine bereits ausgeübte Nutzung (ein sog. "wohlerworbenes Recht") entzogen wird. Hier ist der Eingriff besonders schwerwiegend. Er kann daher im Einzelfall als unzumutbar i.S.d. Verhältnismäßigkeitsprinzips anzusehen sein [*manche handeln diese Frage auch unter der Überschrift des Vertrauensschutzprinzips, also einer eigenständigen, vom Verhältnismäßigkeitsprinzip dogmatisch zu trennenden Schranken-Schranke ab. Diese Skizze behandelt diese Frage als Verhältnismäßigkeitsproblem*], weil für den Eigentümer in einer solchen Situation auch der Grundsatz des Vertrauensschutzes streitet. Ist dieser verletzt, wäre der Eingriff unzumutbar und somit unzulässiges, uneingeschränktes und sofortiges Verbot wäre hier unzumutbar, weil dadurch die möglicherweise einzige mögliche Nutzung eines Grundstücks entzogen würde. Dies gilt zumindest dann, wenn durch die bisherige Nutzung das Grundwasser konkret gar nicht beeinträchtigt war. In diesem Falle läge eine verfassungswidrige Inhaltsbestimmung vor. Allerdings können "an sich" unverhältnismäßige Eingriffe in die Bestandsgarantie des Eigentums durch Entschädigungsklauseln („entschädigungspflichtige Inhaltsbestimmung“), Übergangsvorschriften oder andere Regelungen gemildert werden.

Im WHG hat der Gesetzgeber jedoch eine mehr als fünfjährige Übergangsfrist vorgesehen. Diese Sondervorschrift lässt den Betroffenen genügend Zeit, sich auf die veränderte Rechtslage einzustellen. In der Abwägung mit den Allgemeinwohlbelangen der Grundwasserversorgung muss daher der Eingriff auch hier als zumutbar eingestuft werden.

Das WHG ist also im ganzen auch zumutbar.

4) Ergebnis

Die einschlägigen Vorschriften des WHG sind daher verfassungsmäßig.

d) Übungsfall (Naturschutzverordnung - BVerwGE 94, 1):

Am 5. August 1982 erließ das Bayerische Staatsministerium für Landesentwicklung und Umweltfragen die „Verordnung über das Naturschutzgebiet ‚Herrschinger Moos‘“. Nach dieser VO, die sich u.a. auf die Grundstücke des A und den angrenzenden Teil des P.sees erstreckt, ist es verboten, das Gelände außerhalb der öffentlichen und privaten Straßen und Wege zu betreten, in die Schilf- und Röhrichtbestände einzudringen, zu zelten oder zu lagern, zu baden sowie die Gewässer mit Wasserfahrzeugen oder Schwimmkörpern aller Art zu befahren.

A hatte seine Grundstücke bereits seit Jahren zur Freizeit und zum kleingärtnerischen Anbau von Gemüse genutzt. Außerdem hatte er vor, auf dem Grundstück demnächst Bims abzubauen. Er hält den Erlass der VO für eine Enteignung und klagt nach erfolglosem Widerspruchsverfahren vor dem VG. Erfolgreich? Muss A eine Entschädigung gewährt werden?

11) „nulla poena sine lege“ als Beispiel eines grundrechtsgleichen Rechts - Der Fall Krenz

a) Die Krenz-Entscheidung des EGMR (Pressemitteilung):

Straßburg, am 22.3.2001 - Pressecommuniqué des Kanzlers des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

URTEILE IN DER SACHE STRELETZ, KESSLER UND KRENZ ./. DEUTSCHLAND UND IN DER SACHE K.-H. W. ./. DEUTSCHLAND

Die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hat am 22. März 2001 in zwei Urteilen entschieden, dass Deutschland durch die Verurteilung von hohen DDR-Funktionären bzw. eines DDR-Grenzsoldaten wegen Tötungsdelikten an der Grenze zwischen den beiden deutschen Staaten Artikel 7 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht verletzt hat. Im Fall Streletz, Kessler und Krenz erging das Urteil einstimmig, im Fall K.-H. W. mit 14 zu 3 Stimmen. In beiden Urteilen wurde ferner einstimmig entschieden, dass keine Diskriminierung vorliegt, die Artikel 14 in Verbindung mit Artikel 7 der Konvention widerspricht.

1. SACHVERHALT

Drei der Beschwerdeführer waren hohe Amtsträger der DDR, nämlich Fritz Streletz stellvertretender Verteidigungsminister, Heinz Kessler Verteidigungsminister und Egon Krenz Staatsratsvorsitzender. K.-H.-W. war als Soldat der Nationalen Volksarmee der DDR an der Grenze zwischen den beiden deutschen Staaten stationiert.

Die Beschwerdeführer Streletz, Kessler und Krenz sind nach der Wiedervereinigung von den deutschen Gerichten zu Freiheitsstrafen von je fünfeneinhalb Jahren, siebeneneinhalb Jahren und sechseineinhalb Jahren wegen Totschlags in mittelbarer Täterschaft verurteilt worden. Wegen ihrer Mitwirkung an Entscheidungen des Nationalen Verteidigungsrates oder des Politbüros über die Gestaltung des Grenzregimes der DDR wurden sie für den Tod mehrerer Personen verantwortlich gemacht, die zwischen 1971 und 1989 versucht hatten, die DDR über die Grenze zwischen den beiden deutschen Staaten zu verlassen.

Der Beschwerdeführer K.-H. W. ist nach der Wiedervereinigung zu einer Jugendstrafe von einem Jahr und zehn Monaten Freiheitsentzug mit Bewährung wegen Totschlags verurteilt worden, weil er wegen Schusswaffengebrauchs als verantwortlich für den Tod einer Person angesehen wurde, die 1972 versucht hatte, die DDR über die Grenze zwischen den beiden deutschen Staaten zu verlassen.

Die Verurteilungen sind vom deutschen Bundesgerichtshof bestätigt und vom Bundesverfassungsgericht für verfassungskonform befunden worden.

2. BESCHWERDEPUNKTE

Vor dem Gerichtshof in Straßburg machten die

Beschwerdeführer insbesondere geltend, dass die Handlungen zu dem Zeitpunkt, als sie begangen wurden, nach DDR-Recht oder nach Völkerrecht nicht strafbar waren, und dass ihre nachträgliche Verurteilung durch die deutschen Gerichte somit gegen das in Artikel 7 Abs. 1 der Europäischen Konvention für Menschenrechte niedergelegte Rückwirkungsverbot verstoße. Sie beriefen sich ferner auf Artikel 1 und auf Artikel 2 Abs. 2 der Konvention.

3. ZUSAMMENFASSUNG DER URTEILE

Die Begründung beider Urteile ist mit Ausnahme der besonders erwähnten Stellen weitgehend übereinstimmend.

I. ZU ARTIKEL 7 DER KONVENTION

Der Gerichtshof ruft in Erinnerung, dass er unter Artikel 7 Abs. 1 der Konvention prüfen muss, ob die Strafbarkeit der Handlungen der Beschwerdeführer zu dem Zeitpunkt, als sie begangen wurden, nach dem innerstaatlichen Recht der DDR oder nach Völkerrecht hinlänglich erkennbar und vorhersehbar war.

a) Innerstaatliches Recht

i. Gesetzliche Grundlage

Der Gerichtshof stellt fest, dass die Verurteilung der Beschwerdeführer ihre gesetzliche Grundlage in dem zur Tatzeit anwendbaren Strafrecht der DDR hatte, und dass die Strafen im Prinzip denen entsprachen, die in den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen der DDR vorgesehenen waren ; wegen des Prinzips der Anwendung des mildereren Rechts, nämlich des Rechts der BRD, waren die verhängten Strafen sogar geringer.

ii. Rechtfertigungsgründe nach DDR-Recht

Die Beschwerdeführer berufen sich insbesondere auf § 17 Abs. 2 des Volkspolizeigesetzes und § 27 Abs. 2 des Grenzgesetzes der DDR.

Im Lichte der in der Verfassung und in den gesetzlichen Bestimmungen der DDR verankerten Grundsätze (die das Prinzip der Verhältnismäßigkeit und des Schutzes des menschlichen Lebens beim Schusswaffengebrauch ausdrücklich anerkannten) ist der Gerichtshof der Auffassung, dass die Verurteilung der Beschwerdeführer durch die deutschen Gerichte, die diese Bestimmungen ausgelegt und auf die vorliegenden Fälle angewendet haben, auf den ersten Blick weder willkürlich noch Artikel 7 Abs. 1 der Konvention zu widersprechen scheint.

iii. Rechtfertigungsgründe aus der Praxis der DDR

Selbst wenn es das Ziel der Staatspraxis der DDR war, die Grenze zwischen den beiden deutschen Staaten "um jeden Preis" zu schützen, um die Existenz der DDR zu

gewährleisten, die durch die massive Auswanderung der eigenen Bevölkerung gefährdet war, betont der Gerichtshof, dass diese Staatsraison ihre Grenzen in den in der Verfassung und den gesetzlichen Bestimmungen der DDR verankerten Grundsätzen finden muss; da das Gebot, das menschliche Leben zu schützen, sowohl in der Verfassung als auch im Volkspolizeigesetz und im Grenzgesetz der DDR niedergelegt war, können sich die Beschwerdeführer nicht auf eine damit im Widerspruch befindliche Praxis der DDR-Behörden berufen, zumal das Recht auf Leben schon zur Tatzeit das höchste Rechtsgut auf der Werteskala der international anerkannten Menschenrechte darstellte.

iv. Vorhersehbarkeit der Verurteilungen

- Urteil Strelitz, Kessler und Krenz

Der Gerichtshof betont, dass der Widerspruch zwischen der Gesetzgebung der DDR und ihrer Staatspraxis den Beschwerdeführern weitgehend selbst zuzuschreiben war. Aufgrund der hohen Ämter, die sie im Staatsapparat der DDR bekleideten, mussten sie sowohl die Verfassung und die Gesetzgebung der DDR kennen, als auch die völkerrechtlichen Verpflichtungen der DDR und die Kritik, die auf internationaler Ebene gegen das DDR-Grenzregime geübt wurde. Hinzu kommt, dass sie dieses Regime selbst gestaltet oder weitergeführt hatten, indem sie die offiziellen gesetzlichen Bestimmungen, die im Gesetzblatt der DDR veröffentlicht waren, mit geheimen Befehlen und Dienstvorschriften zur Sicherung und Verbesserung der Grenzanlagen und zum Schusswaffengebrauch überlagerten. Die Beschwerdeführer waren daher für die Zustände, die an der Grenze zwischen den beiden deutschen Staaten vom Anfang der sechziger Jahre bis zum Fall der Berliner Mauer im Jahre 1989 herrschten, unmittelbar verantwortlich.

- Urteil K.-H. W.

Der Gerichtshof betont, dass selbst ein einfacher Soldat sich nicht blind auf Befehle berufen kann, die nicht nur krass gegen die gesetzlichen Grundsätze der DDR selbst, sondern auch gegen die international geschützten Menschenrechte und vor allem gegen das Recht auf Leben, das höchste Rechtsgut in der Werteskala der Menschenrechte, verstoßen. Auch wenn sich der Beschwerdeführer angesichts der politischen Verhältnisse, die in der DDR zur Tatzeit herrschten, in einer besonders schwierigen Lage befand, können solche Befehle nicht als Rechtfertigung für die Tötung von unbewaffneten Menschen dienen, die nichts anderes wollten, als das Land zu verlassen.

Der Gerichtshof unterstreicht in diesem Zusammenhang, dass die deutschen Gerichte mildernde Umstände anerkannt und die unterschiedliche Verantwortlichkeit der Machthaber der DDR und des Beschwerdeführers berücksichtigt haben, indem sie die ersteren zu unbedingten Freiheitsstrafen und den letzteren zu einer Bewährungsstrafe verurteilt haben.

- Übereinstimmende Erwägungen in beiden Urteilen

Nach Auffassung des Gerichtshofs ist es für einen Rechtsstaat legitim, gegen Personen, die sich eines Verbrechens unter einem früheren Regime schuldig gemacht haben, strafrechtliche Verfolgungen einzuleiten; auch kann man den Gerichten des demokratischen Nachfolgestaates nicht vorwerfen, dass sie die gesetzlichen Bestimmungen, die zur Tatzeit galten, im Lichte rechtsstaatlicher Prinzipien anwenden und aus Angesichts der zentralen Bedeutung des Rechts auf Leben in allen internationalen Menschenrechtstexten einschließlich des Artikels 2 der Konvention ist der Gerichtshof der Auffassung, dass die strikte Auslegung der Gesetzgebung der DDR durch die deutschen Gerichte im vorliegenden Fall Artikel 7 Abs. 1 der Konvention nicht widersprach.

Weiterhin betont der Gerichtshof, dass eine Staatspraxis, wie sie in der DDR bezüglich des Grenzregimes gehandhabt wurde, und die krass gegen die Grundrechte und vor allem gegen das Recht auf Leben verstieß, nicht unter dem Schutz von Artikel 7 der Konvention steht. Eine Praxis, die die eigene Gesetzgebung aushöhlt, welche eigentlich ihre Grundlage sein sollte, kann nicht als "Recht" im Sinn von Artikel 7 der Konvention angesehen werden.

Der Gerichtshof folgert daraus, dass die Strafbarkeit der Handlungen der Beschwerdeführer zu dem Zeitpunkt, als sie begangen wurden, nach dem innerstaatlichen Recht der DDR hinlänglich erkennbar und vorhersehbar war.

b) Völkerrecht

i. Die anwendbaren Vorschriften

Der Gerichtshof hält es für seine Aufgabe, den vorliegenden Fall auch nach den Grundsätzen des Völkerrechts zu prüfen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt des internationalen Schutzes der Menschenrechte, auf den sich die deutschen Gerichte bezogen haben.

ii. Schutz des Lebens

Der Gerichtshof betont, dass die internationalen Menschenrechtstexte, einschließlich des von der DDR ratifizierten UNO-Pakts über bürgerliche und politische Rechte, immer wieder den Vorrang des Rechts auf Leben hervorgehoben haben. Nach Ansicht des Gerichtshofs sind die in Artikel 2 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention vorgesehenen Einschränkungen dieses Rechts, auf die sich die Beschwerdeführer berufen, auf das Grenzregime der DDR nicht anwendbar.

iii. Schutz der Freizügigkeit

Gemäß Artikel 2 Abs. 2 des Protokolls Nr. 4 zur Konvention und Artikel 12 Abs. 2 des internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte steht es "jedermann frei (...), jedes Land, einschließlich sein eigenes, zu verlassen". Nach Ansicht des Gerichtshofs sind die in diesen Bestimmungen vorgesehenen Einschränkungen dieses Rechts ebenfalls nicht

anwendbar, insbesondere können solche Einschränkungen nicht über das Recht auf Leben gestellt werden.

iv. Staatliche Verantwortlichkeit der DDR und individuelle Verantwortlichkeit der Beschwerdeführer

Die DDR wäre daher, wenn sie noch existieren würde, für die dargestellten Handlungen unter völkerrechtlichen Gesichtspunkten verantwortlich. Es bleibt jedoch darzulegen, dass neben der staatlichen Verantwortlichkeit zur Tatzeit auch eine individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit der Beschwerdeführer vorlag. Selbst wenn man davon ausgeht, dass eine solche Verantwortlichkeit nicht aus den zitierten internationalen Menschenrechtstexten hervorgeht, so kann sie doch aus diesen Texten in Verbindung mit Artikel 95 des Strafgesetzbuchs der DDR abgeleitet werden. Dieser Artikel sah seit 1968 eine individuelle strafrechtliche Verantwortlichkeit für diejenigen vor, die die völkerrechtlichen Verpflichtungen der DDR oder die Grund- und Menschenrechte auf dem Gebiet der DDR verletzen. Der Gerichtshof, dass die Strafbarkeit der fraglichen Handlungen zu dem Zeitpunkt, als sie begangen wurden, auch nach Völkerrecht hinlänglich erkennbar und vorhersehbar war.

Das Verhalten der Beschwerdeführer könnte, ebenfalls im Rahmen von Artikel 7 Abs. 1 der Konvention, noch nach weiteren Vorschriften des Völkerrechts geprüft werden, vor allem denjenigen, die sich auf die Verbrechen gegen die Menschlichkeit beziehen. Die Entscheidung, zu welcher der Gerichtshof gelangt ist, macht eine solche Prüfung jedoch überflüssig.

c) Schlussfolgerung

b) Hintergrund: Die Leitsätze der (in Deutschland „letztinstanzlichen“) Entscheidung des BVerfG über die Vb von Egon Krenz gegen seine Verurteilung (NJW 2000, 1480):

1a. Das Vertrauen in den Fortbestand einer bestimmten Interpretation von Strafgesetzen ist durch Art 103 Abs 2 GG nicht geschützt, wenn die zugrunde liegende Staatspraxis durch Aufforderung zu schwerstem kriminellem Unrecht und seiner Begünstigung die in der Völkergemeinschaft allgemein anerkannten Menschenrechte in schwerwiegender Weise missachtet hat; denn hierdurch setzt der Träger der Staatsmacht extremes staatliches Unrecht, das sich nur solange behaupten kann, wie die dafür verantwortliche Staatsmacht faktisch besteht (vgl BVerfGE 95, 96 <132ff>).

1b. Die Möglichkeit, dass der EGMR auf die gemäß MRK Art 34 mit der Rüge, das Rückwirkungsverbot aus Art 7 Abs 1 EMRK sei verletzt, erhobene Beschwerde eine Konventionsverletzung feststellen könnte, stellte allenfalls einen Wiederaufnahmegrund iSd StPO § 359 Nr 6 dar, der überdies nur dann vorläge, wenn das Urteil auf der festgestellten Konventionsverletzung beruhte. Selbst in einem solchen Fall wäre die weitere Vollstreckung des Urteils grundsätzlich nicht gehemmt (StPO § 360 Abs 1).

2a. Bei der Überprüfung von Strafurteilen greift das BVerfG nur dann ein, wenn ein Fehler sichtbar wird, der auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs, beruht,

Folglich haben die nach der Wiedervereinigung ergangenen Verurteilungen der Beschwerdeführer durch die deutschen Gerichte Artikel 7 Abs. 1 nicht widersprochen.

Angesichts dieser Tatsache muss der Gerichtshof nicht prüfen, ob die Verurteilungen der Beschwerdeführer nach Artikel 7 Abs. 2 der Konvention gerechtfertigt waren.

II. ZUM BESCHWERDEPUNKT GEMÄSS ARTIKEL 1 DER KONVENTION

Die Beschwerdeführer rügen unter Berufung auf Artikel 1 der Konvention, dass sie als ehemalige Staatsbürger der DDR in Bezug auf das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot keinen vollen Rechtsschutz genießen.

Der Gerichtshof vertritt die Auffassung, dass dieser Beschwerdepunkt nicht nach Artikel 1 der Konvention zu prüfen ist, da es sich hier um eine Rahmenbestimmung handelt, die nicht getrennt verletzt werden kann. Er könnte jedoch eine Frage gemäss Artikel 14 der Konvention in Verbindung mit Artikel 7 aufwerfen, da die Beschwerdeführer der Sache nach geltend machen, dass sie als ehemalige Bürger der DDR Opfer einer Diskriminierung waren.

Der Gerichtshof ist jedoch der Auffassung, dass die vom Bundesverfassungsgericht angewandten Grundsätze allgemeine Bedeutung haben und somit auch für Personen gelten, die keine ehemaligen DDR-Bürger waren. Folglich liegt keine Diskriminierung im Sinne von Artikel 14 der Konvention in Verbindung mit Artikel 7 vor.

*** Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

oder wenn die fehlerhafte Rechtsanwendung bei verständiger Würdigung der das GG beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich ist. (...)

Vgl. auch die (letztinstanzliche) Verurteilung von Egon Krenz: BGHSt 45, 270-307

12) Besondere Fragen der Grundrechtsbeeinträchtigung - von normativ-direkten bis zu faktisch-unmittelbaren Eingriffen (BVerwGE 87, 37-52 - Diethylenglykol)

Im Sommer 1985 stellten die Lebensmittelüberwachungsbehörden fest, dass zahlreiche im Bundesgebiet verkaufte Weine mit Diethylenglykol (DEG) versetzt waren, einem Mittel, das bislang nur als Frostschutzmittel und chemisches Lösungsmittel verwendet wurde. Daraufhin gab der Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit - BMJFG - eine Liste glykolphaltiger Weine heraus. In der Liste waren für jeden aufgenommenen Wein folgende Angaben enthalten: Herkunftsland, Jahrgang, Bezeichnung, Amtliche Prüfungsnummer, Prädikat, Gebiet, Abfüller, DEG-Gehalt in g/l, Anzahl der untersuchten Proben sowie untersuchendes Bundesland.

In die Liste war neben anderen von A abgefüllten Weinen eine 1982er „Uerziger Schwarzlay Auslese“ mit einem festgestellten Gehalt an DEG von 0,026 - 0,073 g/l aufgenommen worden. Unter der Rubrik „Abfüller“ war der Name des A verzeichnet.

Nachdem A vor den Verwaltungsgerichten erfolglos versucht hatte, die Bundesregierung zur Unterlassung einer weiteren Verbreitung dieser Liste verurteilen zu lassen, erhebt er Verfassungsbeschwerde. Er trägt vor, für die Veröffentlichung der Liste DEG-haltiger Weine habe der Regierung die Verbandskompetenz gefehlt. Im übrigen sei die Veröffentlichung rechtswidrig, weil es an einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage fehle. Eine solche sei jedenfalls deshalb erforderlich, weil mit der Veröffentlichung in ihre grundrechtlich geschützten Rechtspositionen nach Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 und 3 Abs. 1 GG eingegriffen werde. Das in ihren Weinen festgestellte DEG sei nicht gesundheitsgefährdend. Das ergebe sich aus der hohen Verdünnung und daraus, dass Alkohol als Gegengift eventuelle schädliche Wirkungen verhindere. Die BReg tritt diesem Vorbringen entgegen. Sie bestreitet, überhaupt in die Berufsfreiheit des A eingegriffen zu haben, schließlich habe sie den Vertrieb der Weine nicht verboten. Jedenfalls sei ein etwaiger Eingriff formell und materiell gerechtfertigt gewesen.

Literatur: LG Stuttgart, NJW 1989, 2257 (*Falsche staatliche Produktwarnungen - Birkel*)

13) Der „status positivus“ - Grundrechte als Leistungsanspruch, Teilhaberecht und als Schutzgebot

a) BVerwGE 1, 159 - Existenzminimum

A erhält seit dem 1. November 1948 laufend Fürsorgeunterstützung. Er führt in seiner Zweizimmerwohnung mit Frau G einen gemeinsamen Haushalt. Wegen einer Behinderung erhält A eine Pflegezulage. Die Mietbeihilfe wird ihm nur in Höhe des halben Mietzinses gezahlt, weil die Fürsorgebehörde der Ansicht ist, dass Frau G, in deren Arbeitslosenfürsorgeunterstützung von 12 DM wöchentlich ein Mietanteil von 25 % enthalten ist, die andere Hälfte des Mietzinses aufbringen könne. Insgesamt erhielt A bis zum 1. April 1951 einen Betrag von 58,80 DM, seitdem monatlich 81,80 DM. Ein Antrag des A, seine Unterstützung mit Rücksicht auf die dauernde Steigerung der Preise um mindestens 20 DM monatlich zu erhöhen, wurde mit der Begründung abgewiesen, dass G wöchentlich 12 DM

Arbeitslosenfürsorgeunterstützung erhalte, und dass es A bei einem derartigen Gesamteinkommen zugemutet werden müsse, den Lebensunterhalt von zwei Personen zu bestreiten.

Die von A daraufhin erhobene Klage wurde abgewiesen. Seine Berufung blieb erfolglos. In den Gründen des Berufungsurteils wird ausgeführt, es gebe keinen Anhalt dafür, dass A nicht das erhalte, was er zur Befriedigung des notwendigen Lebensbedarfs im Sinne der §§ 5 und 6 der Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge vom 1. August 1931 (RGBl. I S. 441) <jetzt in der Fassung vom 20. August 1953 (BGBI. I S. 967) - Reichsgrundsätze -> benötige.

A hat nunmehr gegen das angefochtene Urteil Revision eingelegt. In der Begründung führt er aus, sein Rechtsanspruch auf Fürsorge werde nicht in vollem Umfange gewährt, da ihm die Mietbeihilfe nicht in Höhe der vollen Wohnungsmiete gezahlt werde und die Teuerungszulage die Erhöhung der Lebenshaltungskosten nicht ausgleiche. Die ihm neben dem Wohnungsgeld zugeteilten Leistungen deckten nicht den ihm gemäß Artikel 2 GG zu gewährenden notwendigen Lebensunterhalt an Nahrung, Kleidung, Pflege usw. Der Beklagte hat beantragt, die Revision zurückzuweisen und die Kosten des Verfahrens dem Kläger aufzuerlegen. Er hält die Klage für unzulässig, weil dem Kläger ein Recht auf Fürsorge nicht zustehe. Niemand könne vom Staat Geld verlangen, die Fürsor geleistungen seien immer als „freiwillige“ staatliche Leistung aufgefasst worden, mit welcher der Staat eigene Interessen verfolge. Insofern gebe es kein „Recht“ auf das Existenzminimum. Da A keinen derartigen Anspruch habe, könne er nach Art. 19 Abs. 4 GG auch keine Überprüfung der behördlichen Entscheidungen begehren.

b) BVerfGE 33, 303 - numerus clausus

1. Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung absoluter, durch Erschöpfung der gesamten Ausbildungskapazität gekennzeichneter Zulassungsbeschränkungen für Studienanfänger einer bestimmten Fachrichtung (hier: absoluter numerus clausus für das Medizinstudium).

2. Aus dem in Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteten Recht auf freie Wahl des Berufes und der Ausbildungsstätte in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz und dem Sozialstaatsprinzip folgt ein Recht auf Zulassung zum Hochschulstudium. Dieses Recht ist durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes einschränkbar.

3. Absolute Zulassungsbeschränkungen für Studienanfänger einer bestimmten Fachrichtung sind nur verfassungsmäßig,

a) wenn sie in den Grenzen des unbedingt Erforderlichen unter erschöpfender Nutzung der vorhandenen Ausbildungskapazitäten angeordnet werden und

b) wenn Auswahl und Verteilung der Bewerber nach sachgerechten Kriterien mit einer Chance für jeden an sich hochschulreifen Bewerber und unter möglichster Berücksichtigung der individuellen Wahl des Ausbildungsortes erfolgen.

4. Die wesentlichen Entscheidungen über die Voraussetzungen für die Anordnung absoluter Zulassungsbeschränkungen und über die anzuwendenden Auswahlkriterien hat der Gesetzgeber selbst zu treffen. Die Hochschulen können zur Regelung der weiteren Einzelheiten innerhalb bestimmter Grenzen ermächtigt werden.

5. § 17 des hamburgischen Universitätsgesetzes vom 25. April 1969 ist insoweit mit dem Grundgesetz unvereinbar, als der Gesetzgeber seinerseits für den Fall absoluter Zulassungsbeschränkungen keine Bestimmungen über Art und Rangverhältnis der Auswahlkriterien getroffen hat. (...)

(...) In zwei Verfahren wegen Zulassung zum Medizinstudium an den Universitäten Hamburg und München begehren die zuständigen Verwaltungsgerichte die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts darüber, ob bestimmte landesrechtliche Vorschriften über Zulassungsbeschränkungen für das Hochschulstudium (numerus clausus) mit dem Grundgesetz vereinbar sind.

Gegenstand der verfassungsrechtlichen Nachprüfung ist allein der durch eine Erschöpfung

der gesamten Ausbildungskapazität verursachte absolute numerus clausus für Studienanfänger einer bestimmten Fachrichtung, während lokale und strukturelle Beschränkungen, die nur die Wahl einer bestimmten Universität erschweren, oder Beschränkungen, die lediglich die bereits zugelassenen Studierenden höherer Semester berühren, außer Betracht bleiben können. Von diesen Beschränkungen unterscheidet sich der absolute numerus clausus durch seine besonders einschneidenden Auswirkungen.

Nach verbreiteter Ansicht soll dieses Zulassungsrecht seiner Natur nach von vornherein und ausschließlich auf einen Anspruch auf Teilhabe an den vorhandenen Ausbildungsmöglichkeiten beschränkt sein. Demgegenüber geht das Verwaltungsgericht Hamburg in seinem Vorlagebeschluß von einer Pflicht zur Erweiterung der Ausbildungskapazität aus.

Da diesen Auswirkungen nachhaltig nur durch Erweiterung der Kapazitäten begegnet werden kann, ließe sich fragen, ob aus den grundrechtlichen Wertentscheidungen und der Inanspruchnahme des Ausbildungsmonopols ein objektiver sozialstaatlicher Verfassungsauftrag zur Bereitstellung ausreichender

Ausbildungskapazitäten für die verschiedenen Studienrichtungen folgt. Ob diese Frage zu bejahen wäre und ob sich aus diesem Verfassungsauftrag unter besonderen Voraussetzungen ein einklagbarer Individualanspruch des Staatsbürgers auf Schaffung von Studienplätzen herleiten ließe, bedarf jedoch hier keiner Entscheidung. Denn verfassungsrechtliche Konsequenzen kämen erst bei evidenter Verletzung jenes Verfassungsauftrages in Betracht. Eine solche läßt sich namentlich für den Bereich des Medizinstudiums derzeit nicht feststellen:

Auch soweit Teilhaberechte nicht von vornherein auf das jeweils Vorhandene beschränkt sind, stehen sie doch unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann. Dies hat in erster Linie der Gesetzgeber in eigener Verantwortung zu beurteilen, der bei seiner Haushaltswirtschaft auch andere Gemeinschaftsbelange zu berücksichtigen und nach der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 109 Abs. 2 GG den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen hat.

c) BVerfGE 88, 203 - Zweites Abtreibungsurteil - Leitsätze

Auf das „erste“ Abtreibungsurteil (BVerfGE 39, 1) reagierte der damalige (westdeutsche) Gesetzgeber mit einer sog. Indikationslösung. Sie umfasste die - überwiegend anerkannten - herkömmlichen Indikationen, nämlich die medizinische, die kriminologische, die embryopathische und eine allgemeine soziale Notlagenindikation. Sofern diese festgestellt wurden, war der Abbruch innerhalb ersten 12 Wochen einer Schwangerschaft gerechtfertigt. In der Praxis wurde die Notlage in einigen Bundesländern so großzügig bestätigt, dass fast eine Fristenlösung galt. Dagegen hatte die DDR die sog. „Fristenlösung“ eingeführt, die in den ersten Schwangerschaftswochen eine Abtreibung ohne Grund erlaubte. Nach der deutschen Wiedervereinigung regelt der Gesetzgeber das Abtreibungsrecht neu. Dies geschah durch das „Gesetz zum Schutze des vorgeburtlichen/werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlichen Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs“ vom 27.7.1992 (BGBl. I S. 1398). Es qualifizierte den Schwangerschaftsabbruch als „nicht rechtswidrig“

- bei Unzumutbarkeit aus schwerwiegenden Gründen (praktisch: wegen der drei bekannten, besonderen Indikationslagen), sowie

- ohne besonderen Grund nach einer intensiven, „auf den Erhalt des ungeborenen Lebens gerichteten“ Beratung in den ersten 12 Wochen der Schwangerschaft.

In den Materialien wurde ausgeführt, dass eine solche „Beratungslösung“ das ungeborene Leben besser schütze als eine Strafandrohung. Der Abbruch sollte von den gesetzlichen Krankenkassen bezahlt werden.

Gegen diese Neuregelung wenden sich die Bayerische Staatsregierung und 249 Bundestagsabgeordnete der Fraktion der CDU/CSU an das BVerfG und beantragen, das Gesetz

für nichtig zu erklären.

Hierzu die Leitsätze der Entscheidung:

1. Das Grundgesetz verpflichtet den Staat, menschliches Leben, auch das ungeborene, zu schützen. Diese Schutzpflicht hat ihren Grund in Art. 1 Abs. 1 GG; ihr Gegenstand und - von ihm her - ihr Maß werden durch Art. 2 Abs. 2 GG näher bestimmt. Menschenwürde kommt schon dem ungeborenen menschlichen Leben zu. Die Rechtsordnung muß die rechtlichen Voraussetzungen seiner Entfaltung im Sinne eines eigenen Lebensrechts des Ungeborenen gewährleisten. Dieses Lebensrecht wird nicht erst durch die Annahme seitens der Mutter begründet.
2. Die Schutzpflicht für das ungeborene Leben ist bezogen auf das einzelne Leben, nicht nur auf menschliches Leben allgemein.
3. Rechtlicher Schutz gebührt dem Ungeborenen auch gegenüber seiner Mutter. Ein solcher Schutz ist nur möglich, wenn der Gesetzgeber ihr einen Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich verbietet und ihr damit die grundsätzliche Rechtspflicht auferlegt, das Kind auszutragen. Das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs und die grundsätzliche Pflicht zum Austragen des Kindes sind zwei untrennbar verbundene Elemente des verfassungsrechtlich gebotenen Schutzes.
4. Der Schwangerschaftsabbruch muß für die ganze Dauer der Schwangerschaft grundsätzlich als Unrecht angesehen und demgemäß rechtlich verboten sein (Bestätigung von BVerfGE 39, 1 [44]). Das Lebensrecht des Ungeborenen darf nicht, wenn auch nur für eine begrenzte Zeit, der freien, rechtlich nicht gebundenen Entscheidung eines Dritten, und sei es selbst der Mutter, überantwortet werden.
5. Die Reichweite der Schutzpflicht für das ungeborene menschliche Leben ist im Blick auf die Bedeutung und Schutzbedürftigkeit des zu schützenden Rechtsguts einerseits und damit kollidierender Rechtsgüter andererseits zu bestimmen. Als vom Lebensrecht des Ungeborenen berührte Rechtsgüter kommen dabei - ausgehend vom Anspruch der schwangeren Frau auf Schutz und Achtung ihrer Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) - vor allem ihr Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) sowie ihr Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) in Betracht. Dagegen kann die Frau für die mit dem Schwangerschaftsabbruch einhergehende Tötung des Ungeborenen nicht eine grundrechtlich in Art. 4 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition in Anspruch nehmen.
6. Der Staat muß zur Erfüllung seiner Schutzpflicht ausreichende Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art ergreifen, die dazu führen, daß ein - unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter - angemessener und als solcher wirksamer Schutz erreicht wird (Untermaßverbot). Dazu bedarf es eines Schutzkonzepts, das Elemente des präventiven wie des repressiven Schutzes miteinander verbindet.
7. Grundrechte der Frau tragen nicht so weit, daß die Rechtspflicht zum Austragen des Kindes - auch nur für eine bestimmte Zeit - generell aufgehoben wäre. Die Grundrechtspositionen der Frau führen allerdings dazu, daß es in Ausnahmefällen zulässig, in manchen dieser Fälle womöglich geboten ist, eine solche Rechtspflicht nicht aufzuerlegen. Es ist Sache des Gesetzgebers, solche Ausnahmefälle im einzelnen nach dem Kriterium der Unzumutbarkeit zu bestimmen. Dafür müssen Belastungen gegeben sein, die ein solches Maß an Aufopferung eigener Lebenswerte verlangen, daß dies von der Frau nicht erwartet werden kann (Bestätigung von BVerfGE 39, 1 [48 ff.]).
8. Das Untermaßverbot läßt es nicht zu, auf den Einsatz auch des Strafrechts und die davon ausgehende Schutzwirkung für das menschliche Leben frei zu verzichten.
9. Die staatliche Schutzpflicht umfaßt auch den Schutz vor Gefahren, die für das ungeborene menschliche Leben von Einflüssen aus dem familiären oder weiteren sozialen Umfeld der Schwangeren oder von gegenwärtigen und absehbaren realen Lebensverhältnissen der Frau und der Familie ausgehen und der Bereitschaft zum Austragen des Kindes entgegenwirken.
10. Der Schutzauftrag verpflichtet den Staat ferner, den rechtlichen Schutzanspruch des ungeborenen Lebens im allgemeinen Bewußtsein zu erhalten und zu beleben.
11. Dem Gesetzgeber ist es verfassungsrechtlich grundsätzlich nicht verwehrt, zu einem Konzept für den Schutz des ungeborenen Lebens überzugehen, das in der Frühphase der Schwangerschaft in Schwangerschaftskonflikten den Schwerpunkt auf die Beratung der schwangeren Frau legt, um sie für das Austragen des Kindes zu gewinnen, und dabei auf eine indikationsbestimmte Strafdrohung und die Feststellung von Indikationsstatbeständen durch einen Dritten verzichtet.
12. Ein solches Beratungskonzept erfordert Rahmenbedingungen, die positive Voraussetzungen für ein Handeln der Frau zugunsten des

ungeborenen Lebens schaffen. Der Staat trägt für die Durchführung des Beratungsverfahrens die volle Verantwortung.

13. Die staatliche Schutzpflicht erfordert es, daß die im Interesse der Frau notwendige Beteiligung des Arztes zugleich Schutz für das ungeborene Leben bewirkt.

14. Eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle kommt von Verfassungs wegen (Art. 1 Abs. 1 GG) nicht in Betracht. Deshalb verbietet es sich, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen.

15. Schwangerschaftsabbrüche, die ohne Feststellung einer Indikation nach der Beratungsregelung vorgenommen werden, dürfen nicht für gerechtfertigt (nicht rechtswidrig) erklärt

werden. Es entspricht unverzichtbaren rechtsstaatlichen Grundsätzen, daß einem Ausnahmetatbestand rechtfertigende Wirkung nur dann zukommen kann, wenn das Vorliegen seiner Voraussetzungen unter staatlicher Verantwortung festgestellt werden muß.

16. Das Grundgesetz läßt es nicht zu, für die Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs, dessen Rechtmäßigkeit nicht festgestellt wird, einen Anspruch auf Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung zu gewähren. Die Gewährung von Sozialhilfe für nicht mit Strafe bedrohte Schwangerschaftsabbrüche nach der Beratungsregelung in Fällen wirtschaftlicher Bedürftigkeit ist demgegenüber ebensowenig verfassungsrechtlich zu beanstanden wie die Fortzahlung des Arbeitsentgelts.

14) Die Gleichheitsgrundrechte

Gleichheitsgrundrechte wirken relativ. Der Bürger kann vom Staat aus ihnen nicht verlangen, in bestimmter, absoluter Weise behandelt zu werden. Er kann lediglich verlangen, so behandelt zu werden wie andere, von denen er sich nicht unterscheidet. Gleichheitsverstöße kann der Gesetzgeber daher dadurch beseitigen, dass er die bislang Benachteiligten ebenso begünstigt wie andere - er kann aber auch den anderen Weg beschreiten und die Vorrechte der bislang Begünstigten abschaffen.

a) Art. 3 Abs. 1 GG als allgemeines Gleichheitsgrundrecht

aa) Hebamme - BVerfGE 9, 338

Der Gesetzgeber sieht für Hebammen eine Altersgrenze von 70 (heute: 65) Jahren zur Berufsausübung vor, für Ärzte, auch soweit sie im geburtshelfenden Bereich tätig sind, dagegen nicht. In dem Verfahren über eine von einer Hebamme angestregten Verfassungsbeschwerde trägt die Bundesregierung vor, die beiden Berufe seien nicht vergleichbar. Der Arztberuf habe sich lange Zeit entwickelt, sei charakterisiert durch ein hohes Maß eigener Verantwortung und eigenem Risiko in wirtschaftlicher Beziehung, eigener Verantwortlichkeit vor allem auch bei der Ausübung des Berufs selbst. Eine gesetzliche Alterssicherung sei nicht vorhanden. Dagegen sei der Hebammenberuf bis ins einzelne reglementiert, Hebammen seien in aller Regel rentenversichert.

Wie wird das BVerfG entscheiden?

bb) Gestaffelte Kindergartengebühren (BVerfGE 97, 332-349)

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Erhebung von Kindergartengebühren, die nach dem Familieneinkommen gestaffelt sind. Die Beschwerdeführer sind Eltern eines Kindes, das einen Kindergarten der Stadt Idstein besuchte. Dafür erhob die Stadt eine Gebühr. Im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren haben sie die Gebührensatzung angegriffen, auf der der Bescheid beruht. Die einschlägigen Vorschriften der Kindergartengebührensatzung (im folgenden: KiGaGebS) der Stadt Idstein vom 11. März 1994 lauten unter anderem:

(4) Die in Abs. 1 und 2 festgesetzte Gebühr kann auf Antrag ermäßigt werden. Die Betreuungsgebühr ermäßigt sich für die Zeit ab 1. April 1994 bis 31. Dezember 1995 bei einem monatlichen Familienbruttoeinkommen von DM... auf eine Gebühr von DM...

>= 10.001	355,00
9.501-10.000	340,00
...	...
4.001-4.500	175,00
<= 4.000	160,00

Der Hessische Verwaltungsgerichtshof lehnte den Normenkontrollantrag ab. Die Kindergartensatzung sei formell und materiell rechtmäßig. Die (durch die Satzung eingeführte) Möglichkeit einer Differenzierung der Teilnahmebeiträge und Gebühren nach dem Einkommen verstoße auch weder gegen Art. 3 Abs. 1 noch Art. 6 Abs. 1 GG. (..) Sie beruhe auf sachgemäßen Erwägungen. Durch (die Regelung) solle gewährleistet werden, dass auch einkommensschwächere Familien ihre Kinder in Kindertageseinrichtungen schicken könnten. Die Regelungen dienten damit dem durch Art. 6 Abs. 1 GG gebotenen Schutz der Familie.

Die Beschwerde gegen die Nichtvorlage der Rechtssache wies das Bundesverwaltungsgericht zurück.

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügen die Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 sowie Art. 14 GG.

b) Frauen und Männer sind gleichberechtigt (Art. 3 Abs. 2 GG)

aa) Geschichtliches (Aufgabe):

Auf welches Abgeordneten Antrag geht diese Regelung des Grundgesetzes zurück? Inwieweit stellt sie gegenüber den Vorschriften der Deutschen Verfassung von 1919 einen Fortschritt dar? Wann trat Art. 3 Abs. 2 GG in Kraft? Auf welchem Rechtsgebiet hatte diese Regelung die meisten und schwersten Folgen? Welche der frauendiskriminierenden Regelungen dieses Rechtsgebiets hat sich bis in die 1990er Jahre erhalten?

bb) Fall 1 (BVerfGE 74, 163-182)

Bis in die 1990er Jahre hinein ermöglichte es das Rentenversicherungsrecht, dass Frauen unter besonderen Umständen bereits mit Vollendung des 60. Lebensjahres Altersrente beantragen konnten, Männer unter gleichen Umständen aber erst mit 65 und bei langjähriger (35 Jahre Versicherungszeit) bereits mit 63. Verstießen diese Regelungen gegen Art. 3 Abs. 2 GG?

cc) Fall 2 (Feuerschutzabgabe - BVerfGE 92, 91-122)

In den Bundesländern sind Berufsfeuerwehren und Freiwillige Feuerwehren eingerichtet. Außerdem sehen die meisten Bundesländer für alle Bürger geltende Feuerwehrdienstpflicht vor. In den Ländern Rheinland-Pfalz, Niedersachsen und Thüringen erstreckt sich diese Feuerwehrdienstpflicht auf Männer und Frauen. In Bayern, Baden-Württemberg und Sachsen hingegen unterliegen lediglich alle Männer vom vollendeten 18. bis zum vollendeten 65. Lebensjahr dieser Dienstpflicht. Zum Feuerwehrdienst wird jedoch in der Praxis niemand verpflichtet, weil die Berufs- und Freiwilligen Feuerwehren stets eine ausreichende Zahl freiwilliger Mitglieder hatten.

In den Ländern Baden-Württemberg, Bayern, Sachsen und Thüringen besteht daneben die Besonderheit, dass aufgrund landesgesetzlicher Grundlage eine Feuerwehr- bzw. -schutzabgabe erhoben wird. Die Abgabe knüpft an das Bestehen der Dienstpflicht an und wird von denjenigen Pflichtigen eingefordert, die nicht in Feuerwehren oder bestimmten anderen gemeinnützigen Einrichtungen dienen. Da die Feuerwehrdienstpflicht in drei der vier genannten Bundesländer (Baden-Württemberg, Bayern und Sachsen) sich nur auf Männer bezieht, wird dort auch die Feuerwehrabgabe oder Feuerschutzabgabe nur von Männern erhoben.

A ist männlicher Bürger Baden-Württembergs und lebt in dem Schwarzwaldstädtchen Bad H. Eine Berufsfeuerwehr besteht in dieser Stadt nicht. A ist nicht Mitglied der freiwilligen Feuerwehr. Alljährlich ärgert er sich über den Zahlungsbescheid seiner Stadt über die Feuerwehrabgabe von DM 248,00. 1990 erhebt er Klage vor den Verwaltungsgerichten, verliert aber in allen Instanzen. Daraufhin wendet er sich an das BVerfG.

dd) Weitere wichtige Entscheidungen:

BVerfGE 85, 191-214 (Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen) und BVerfGE 84, 9-25 (Verfassungswidrigkeit des § 1355 Abs. 2 (Satz 2) BGB a.F., der da lautete: „Zum Ehenamen können die Ehegatten bei der Eheschließung durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten den Geburtsnamen des Mannes oder den Geburtsnamen der Frau bestimmen. Treffen sie keine Bestimmung, so ist Ehefrau der Geburtsname des Mannes.“).

c) Das Verbot der Benachteiligung Behinderter (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG)

aa) Einerseits: Sonderschule - (BVerfGE 96, 288-315)

Nach niedersächsischem Schulrecht können behinderte Kinder in Sonderschulen oder - soweit dies den von der Schulbehörde festgestellten Bedürfnissen und Fähigkeiten des Schülers entspricht und organisatorisch, finanziell und personell leistbar ist - in Integrationsklassen des allgemeinbildenden Schulwesens beschult werden. Der mehrfach körperbehinderte A besuchte eine Integrationsklasse an seiner Grundschule. Nachdem er in die Orientierungsstufe (Klasse 5) versetzt wurde, stellte die Schulbehörde fest, dass im Einzugsbereich seines Wohnortes keine Regelschule eine Integrationsklasse für ihn einrichten könne, er bedürfe der ständigen Hilfe durch einen zweiten Lehrer sowie durch einen Sozialpädagogen, dies übersteige die finanziellen Möglichkeiten des zuständigen Schulträgers. A wurde deswegen in eine Sonderschule für Körperbehinderte überwiesen. Hiergegen wenden sich die Eltern des A vor den Verwaltungsgerichten und letztlich vor dem BVerfG.

Wie wird das BVerfG entscheiden?

Hierzu die Leitsätze der Entscheidung des BVerfG:

1) GG Art 3 Abs 3 S 1 u 2 sollen den Schutz des allgemeinen Gleichheitssatzes nach GG Art 3 Abs 1 für bestimmte Personengruppen dahingehend verstärken, dass der staatlichen Gewalt insoweit engere Grenzen vorgegeben werden, als die Behinderung nicht als Anknüpfungspunkt für eine - benachteiligende - Ungleichbehandlung dienen darf (vgl BVerfGE 85, 191 <206>).

2) Eine Benachteiligung iSd Benachteiligungsverbots aus GG Art 3 Abs 3 S 2 liegt demnach nicht nur bei Regelungen und Maßnahmen vor, die die Situation des Behinderten wegen seiner Behinderung verschlechtern. Vielmehr kann eine Benachteiligung auch bei einem Ausschluss von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten durch die öffentliche Gewalt gegeben sein, wenn dieser Ausschluss

nicht durch eine auf die Behinderung bezogene Förderungsmaßnahme hinlänglich kompensiert wird. Wann ein derartiger Ausschluss durch Fördermaßnahmen so weit kompensiert ist, dass er nicht mehr benachteiligend wirkt, wird regelmäßig von Wertungen, wissenschaftlichen Erkenntnissen und prognostischen Einschätzungen abhängen.

3) Für den Bereich des Schulwesens wird die weitgehende Entscheidungsfreiheit der Länder nicht nur durch das Recht des Schülers auf möglichst ungehinderte Entwicklung seiner Persönlichkeit, Anlagen und Befähigungen (GG Art 2 Abs 1) und das elterliche Erziehungsrecht (GG Art 6 Abs 2 S 1) beschränkt. Auch das neugeschaffene Benachteiligungsverbot nach GG Art 3 Abs 3 S 2 setzt - unabhängig von der Frage, ob sich aus diesem Grundrecht originäre Leistungsansprüche herleiten lassen - Grenzen. Insbesondere tragen der Staat und die Schulgesetzgeber der Länder für behinderte Kinder eine besondere Verantwortung. Nach GG Art 2 Abs 1, Art 6 Abs 2 S 1 iVm Art 3 Abs 3 S 2 ist der Staat grundsätzlich gehalten, für behinderte Kinder und Jugendliche schulische Einrichtungen bereit zu halten, die auch ihnen eine sachgerechte schulische Erziehung, Bildung und Ausbildung ermöglichen.

4) Im Hinblick auf den gegenwärtigen pädagogischen Erkenntnisstand lässt sich ein genereller Ausschluss der Möglichkeit einer gemeinsamen Erziehung und Unterrichtung von behinderten Schülern mit nichtbehinderten derzeit verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen. Dem hat der niedersächsische Landesgesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass er für Schüler, die sonderpädagogischer Förderung bedürfen, neben der Sonderschule "an allen Schulen" und in Integrationsklassen mit zieldifferenter Beschulung die Möglichkeit der gemeinsamen

Erziehung und Unterrichtung mit anderen Schülern geschaffen hat. Nach SchulG ND § 4 iVm § 68 Abs 1 soll im Rahmen dieser Gesamtkonzeption die Unterrichtung integrativ und zielgleich erfolgen, wenn auf diese Weise - erforderlichenfalls unter Bereitstellung sonderpädagogischer Förderung - dem individuellen Förderbedarf der förderungsbedürftigen Schüler entsprochen werden kann und soweit es die organisatorischen, personellen und sächlichen Gegebenheiten erlauben.

5) Von Verfassungs wegen ist es nicht zu beanstanden, dass nach diesem Konzept die zielgleiche wie die zieldifferente integrative Erziehung und Unterrichtung unter den Vorbehalt des organisatorisch, personell und von den sächlichen Voraussetzungen her Möglichen (SchulG Nd §§ 4, 23 Abs 4 iVm Abs 5) gestellt ist. Dieser Vorbehalt ist Ausdruck dessen, dass der Staat seine Aufgabe, ein begabungsgerechtes Schulsystem bereit zu halten, von vornherein nur im Rahmen seiner finanziellen und organisatorischen Möglichkeiten erfüllen kann, und erklärt sich daraus, dass der Gesetzgeber auch andere Gemeinschaftsbelange berücksichtigen und sich die Möglichkeit erhalten muss, die nur begrenzt verfügbaren öffentlichen Mittel für solche anderen Belange einzusetzen, wenn er dies für erforderlich hält (vgl BVerfGE 90, 107<116>).

Im Rahmen des ihm zustehenden Einschätzungsspielraums kann der Gesetzgeber von der Einführung solcher Integrationsformen absehen, deren Verwirklichung ihm aus pädagogischen, aber auch aus organisatorischen, personellen und finanziellen Gründen nicht vertretbar erscheint. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die verbleibenden Möglichkeiten einer integrativen Erziehung und Unterrichtung den Belangen behinderter Kinder und Jugendlicher ausreichend Rechnung tragen.

bb) Andererseits: Testierfähigkeit - BVerfGE 99, 341-360

Zur Vorbereitung: Welche Möglichkeiten zur Errichtung eines Testaments sieht das BGB vor? Welcher dieser Wege stände gegebenenfalls einem stummen und gleichzeitig schreibunfähigen Menschen offen? Wie verhält sich die Regelung in § 31 Beurkundungsgesetz (BeurkG) zu diesem Ergebnis?

Die Parteien des Ausgangsverfahrens streiten um die Erbschaft des am 10. September 1905 geborenen und am 22. Dezember 1989 verstorbenen Kaufmanns S. Sieben Jahre vor seinem Tode erlitt dieser einen Schlaganfall und war seitdem gelähmt. Er konnte weder sprechen noch schreiben, wohl aber hören und sich durch Zeichen verständigen. In dieser Zeit wurde er von der Beklagten des Ausgangsverfahrens gepflegt. Sie übernahm auch die Gebrechlichkeitspflegschaft. Am 17. Juli 1982 gab S. eine notarielle Erklärung über seinen letzten Willen ab. Neben dem beurkundenden Notar waren ein zweiter Notar als Zeuge und ein

Arzt als Vertrauensperson anwesend. Beide Notare und der behandelnde Arzt kamen zu der Überzeugung, dass S. testierfähig sei und die Beklagte zur Alleinerbin einsetzen wolle.

Im Ausgangsverfahren beehrte eine Tochter des Erblassers die Feststellung, dass die Beklagte nicht testamentarische Alleinerbin geworden sei. Sie berief sich darauf, dass das Testament vom 17. Juli 1982 formunwirksam und dass sie als nahe Verwandte gesetzliche Miterbin geworden sei. Das Landgericht gab der Klage statt (NJW-RR 1993, S. 969 f.). Die dagegen eingelegte Berufung wies das Oberlandesgericht zurück (ZEV 1995, S. 261). Zur Begründung führte das OLG aus, ein Stummer könne nach § 31 BeurkG ein Testament nur durch Übergabe einer Schrift errichten, wenn er die schriftliche Erklärung abgebe, dass diese Schrift seinen letzten Willen enthalte. Daraus folge, dass ein schreibunfähiger Stummer nicht testieren könne. Die Spezialvorschrift des § 31 BeurkG verdränge insoweit die §§ 24, 25 BeurkG. Demzufolge sei das Testament vom 17. Juli 1982 formunwirksam, so dass die gesetzliche Erbfolge eingreife.

Dieses Ergebnis sei auch mit Art. 3 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar. Die Testierfreiheit sei zwar durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet. Sie unterliege aber gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG der gesetzlichen Ausgestaltung. § 31 BeurkG sei eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung. Zweck der Formvorschriften für die Errichtung letztwilliger Verfügungen sei es, voreiligen und unüberlegten Entscheidungen des Erblassers vorzubeugen. Außerdem solle sichergestellt werden, dass der Erblasser der Urheber der Erklärung sei und die Erklärung dem Willen des Erblassers entspreche. § 31 BeurkG erweise sich insoweit als geeignete und erforderliche Regelung. Das gelte auch für den Fall des schreibunfähigen Stummen. Dessen Schwierigkeiten, seinen Willen überhaupt kundzutun, rechtfertigten es, ihn von der Errichtung letztwilliger Verfügungen auszuschließen. Die weitreichende Bedeutung letztwilliger Verfügungen sowie der Umstand, dass diese erst wirksam würden, wenn ihr Urheber über das von ihm Gewollte keine Auskunft mehr geben könne, seien hinreichend gewichtige Gründe, an die Errichtung von Testamenten strengere Anforderungen zu stellen, als sie in §§ 24, 25 BeurkG für Rechtsgeschäfte unter Lebenden vorgesehen seien. Aus Gründen der Rechtssicherheit sei es hinzunehmen, dass Personen trotz hinreichender geistiger Fähigkeiten mangels Ausdrucksmöglichkeit nicht testieren könnten. Ähnliches gelte auch für Jugendliche, an deren geistiger Reife keine Zweifel bestünden, die aber nicht testieren könnten, weil sie das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hätten.

Im Berufungsurteil wurde die Revision nicht zugelassen.

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde greifen die Beschwerdeführer nur die Berufungsentscheidung des Oberlandesgerichts an und machen eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 3 und Art. 14 Abs. 1 Var. 2 GG geltend. Die Erbrechtsgarantie gewährleiste insbesondere das Prinzip der Testierfreiheit. Die Feststellung der Formunwirksamkeit eines Testaments greife hierin in schwerwiegender Weise ein. Außerdem verletze die gesetzliche Regelung Art. 3 GG.

d) Die besonderen Gleichheitsgrundrechte

Von den besonderen Gleichheitsgrundrechten des Grundgesetzes sind nicht so sehr Art. 33 Abs. 3 und 4 GG, sondern ist vor allem der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit aus Art. 38 GG wichtig. Hier wendet das BVerfG den Gleichheitsgrundsatz strikt an - Raum für Differenzierungen, etwa anhand des Einkommens (vgl. das preußische Dreiklassenwahlrecht) oder der politischen Kenntnisse lässt das Gericht hier nicht. Vielmehr gilt „one man, one vote“. Aber so einfach ist Art. 38 GG dann auch wieder nicht. Das Gericht differenziert zwischen dem Zähl- und dem Erfolgswert einer Stimme. Der eben genannte Grundsatz gilt nur für den

Zählwert. Bei dem Erfolgswert lässt das Gericht Raum für Differenzierungen. So hat nach seiner Rspr. der Gesetzgeber die Wahl zwischen Mehrheits- und Verhältniswahlrecht, obwohl nur bei letzterem System auch der gleiche Erfolgswert jeder Stimme gewährleistet ist. Und Einschränkungen dieser Grundsätze lässt es auch zu. Bestes Beispiel ist die sog. Fünf-Prozent-Klausel bei Bundestagswahlen.

Hierzu drei Fälle: 5-%-Hürde (BVerfGE 51, 222), Grund- (BVerfGE 95, 408) und Überhangmandate (BVerfGE 95, 335):

Der wahlberechtigte Studienrat W ärgert sich über das Ergebnis der Bundestagswahl 1994 und möchte diese für ungültig erklären lassen. Als „skandalöse Mängel“ bezeichnet er folgendes:

(1) Die Progressive PädagogInnen Partei (P), die deutschlandweit 4,6 % der Stimmen erzielt hatte, blieb gem. § 6 VI 1 Var. 1 BWahlG bei der Verteilung der Mandate im Bundestag unberücksichtigt.

(2) Dagegen wurde die Partei des Demokratischen Sozialismus (PDS), die bundesweit nur 4,4 % der Stimmen erhalten hatte, mit insgesamt 32 Sitzen bedacht, weil sie in Ost-Berlin vier Wahlkreise mit relativer Mehrheit gewinnen konnte (vgl. § 6 VI 1 Var. 2 BWahlG).

(3) Die Christlich Demokratische Union Deutschland (CDU) hingegen hat in dem Bundesland T insgesamt und auch in allen 30 Wahlkreisen des Landes mit jeweils 33 % der Stimmen gewonnen. Von den insgesamt 60 Sitzen, die das Land T in den Bundestag entsendet, standen ihr daher eigentlich 20 zu. Aufgrund der Regelungen im BWahlG (v.a. § 6 V) bleiben ihr jedoch die errungenen 30 Direktmandate erhalten, T entsendet daher insgesamt 70 Abgeordnete nach Berlin. Diese 10 Überhangmandate wurden nicht ausgeglichen. Die Regierungsmehrheit, die ohne dies nur zwei Sitze betragen hätte, sei aufgrund dieser zusätzlichen Mandate auf 12 Sitze gewachsen. Außerdem habe die CDU nur 65.942 Stimmen für ein Mandat benötigt, die anderen Parteien aber zwischen 68.544 und 69.884.

Was raten Sie dem W?

15) Weitere Grundrechte

a) Art. 16 Abs. 1 GG - Recht auf Staatsangehörigkeit (Doppelte Staatsangehörigkeit)

Die neue Bundestagsmehrheit hat nach heftigen innenpolitischen Diskussionen (Unterschriftenaktion) das aus dem Jahre 1913 stammende Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz (nunmehr nur noch: Staatsangehörigkeitsgesetz) reformiert. Es lautet auszugsweise wie folgt:

§ 4. (...) (3) Durch die Geburt im Inland erwirbt ein Kind ausländischer Eltern die deutsche Staatsangehörigkeit, wenn ein Elternteil

1. seit acht Jahren rechtmäßig seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat und
2. eine Aufenthaltsberechtigung oder seit drei Jahren eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis besitzt.

§ 29. (1) Ein Deutscher, der nach dem 31. Dezember 1999 die Staatsangehörigkeit nach § 4 Abs. 3 (...) erworben hat und eine ausländische Staatsangehörigkeit besitzt, hat nach Erreichen der Volljährigkeit (...) zu erklären, ob er die deutsche oder die ausländische Staatsangehörigkeit behalten will. Die Erklärung bedarf der Schriftform.

(2) Erklärt der nach Absatz 1 Erklärungsspflichtige, dass er die ausländische Staatsangehörigkeit behalten will, so geht die deutsche Staatsangehörigkeit mit dem Zugang der Erklärung bei der zuständigen Behörde verloren. Sie geht ferner verloren, wenn bis zur Vollendung des 23. Lebensjahres keine Erklärung abgegeben wird.

(3) Erklärt der nach Absatz 1 Erklärungsspflichtige, dass er die deutsche Staatsangehörigkeit behalten will, so ist er verpflichtet, die Aufgabe oder den Verlust der ausländischen Staatsangehörigkeit nachzuweisen. Wird dieser Nachweis nicht bis zur Vollendung des 23. Lebensjahres geführt, so geht die deutsche Staatsangehörigkeit verloren (...).

Verletzt dieses Gesetz Grundrechte?

b) Art. 4 I GG - Glaubensfreiheit (Kruzifix - BVerfGE 93, 1)

Nach § 13 Abs. 1 Satz 3 der Schulordnung für die Volksschulen in Bayern (Volksschulordnung - VSO) vom 21. Juni 1983 (GVBl S. 597) ist in den öffentlichen Volksschulen in jedem Klassenzimmer ein Kreuz anzubringen. Die Volksschulordnung ist eine vom Bayerischen Staatsministerium für Unterricht und Kultus erlassene Rechtsverordnung, die auf einer Ermächtigung im Bayerischen Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen (BayEUG) und im (inzwischen aufgehobenen) Volksschulgesetz (VoSchG) beruht. § 13 Abs. 1 VSO lautet:

Die Schule unterstützt die Erziehungsberechtigten bei der religiösen Erziehung der Kinder. Schulgebet, Schulgottesdienst und Schulanacht sind Möglichkeiten dieser Unterstützung. In jedem Klassenzimmer ist ein Kreuz anzubringen. Lehrer und Schüler sind verpflichtet, die religiösen Empfindungen aller zu achten.

A, B und C sind die minderjährigen schulpflichtigen Kinder des Ehepaars X und Y. Letztere sind Anhänger der anthroposophischen Weltanschauung nach der Lehre Rudolf Steiners und erziehen ihre Kinder in diesem Sinne. Seit der Einschulung der ältesten Tochter A wenden sie sich dagegen, dass in den von ihren Kindern besuchten Schulräumen zunächst Kruzifixe und später teilweise Kreuze ohne Korpus angebracht worden sind. Sie machen geltend, dass durch diese Symbole, insbesondere durch die Darstellung eines "sterbenden männlichen Körpers", im Sinne des Christentums auf ihre Kinder eingewirkt werde; dies laufe ihren Erziehungsvorstellungen, insbesondere ihrer Weltanschauung, zuwider.

Bei der Einschulung der A im Spätsommer 1986 war in deren Klassenzimmer ein Kruzifix mit einer Gesamthöhe von 80 cm und einer 60 cm hohen Darstellung des Korpus unmittelbar im Sichtfeld der Tafel angebracht. X und Y forderten die Entfernung dieses Kruzifixes und lehnten es ab, A zur Schule zu schicken, solange sie dem Anblick ausgesetzt sei. Der Konflikt wurde zunächst dadurch beigelegt, dass das Kruzifix gegen ein kleineres über der Tür angebrachtes Kreuz ohne Korpus ausgewechselt wurde. Die Auseinandersetzungen zwischen X und Y und der Schulverwaltung flammten jedoch bei der Einschulung ihrer weiteren Kinder sowie beim Klassen- und schließlich beim Schulwechsel der A wieder auf, weil wiederum in den Schulräumen Kruzifixe angebracht waren. Wiederholt erreichten X und Y dadurch, dass sie ihre Kinder, teilweise über längere Zeiträume, nicht zum Unterricht schickten, erneut die Kompromisslösung (kleines Kreuz ohne Korpus seitlich über der Tür) für die Klassenzimmer, nicht aber für sonstige Unterrichtsräume. Die Schulverwaltung gab X und Y im übrigen keine Zusage, dass der Kompromiss bei jedem Klassenwechsel eingehalten werde. Zeitweilig besuchten die drei Kinder eine Waldorfschule; dies blieb jedoch wegen Fehlens der erforderlichen Finanzmittel nur ein vorübergehender Versuch zur Lösung des Konflikts.

Im Februar 1991 erhoben X und Y im eigenen Namen und im Namen ihrer Kinder vor dem Verwaltungsgericht Klage gegen den Freistaat Bayern mit dem Ziel, dass aus sämtlichen von ihren Kindern im Rahmen ihres Schulbesuchs aufgesuchten und noch aufzusuchenden Räumen in öffentlichen Schulen die Kreuze entfernt würden.

a) Das Verwaltungsgericht lehnte diesen Antrag ab. Durch das Anbringen von Kreuzen in Schulräumen würden weder das Erziehungsrecht der Eltern noch Grundrechte der Kinder verletzt. § 13 Abs. 1 Satz 3 VSO bestimme nicht, dass das Kreuz als Unterrichtsmittel einzusetzen und zum Gegenstand des allgemeinen Schulunterrichts zu machen sei. Es diene lediglich der verfassungsrechtlich unbedenklichen Unterstützung der Eltern bei der religiösen Erziehung ihrer Kinder. Der verfassungsrechtlich zulässige Rahmen religiös-weltanschaulicher Bezüge im Schulwesen werde nicht überschritten. Das Prinzip der Nichtidentifikation beanspruche im Schulwesen - anders als im rein weltlichen Bereich - nicht in gleicher Weise Beachtung, weil im Erziehungsbereich religiös-weltanschauliche Vorstellungen von jeher von Bedeutung gewesen seien. Das Spannungsverhältnis zwischen positiver und negativer Religionsfreiheit müsse unter Berücksichtigung des Toleranzgebotes nach dem Prinzip der Konkordanz gelöst werden. Danach könnten die Beschwerdeführer nicht verlangen, dass ihrer negativen Bekenntnisfreiheit der absolute Vorrang gegenüber der positiven Bekenntnisfreiheit derjenigen Schüler eingeräumt werde, die in einem religiösen Bekenntnis erzogen würden und sich dazu bekennen wollten. Vielmehr könne von den Beschwerdeführern Toleranz und Achtung der religiösen Überzeugungen anderer erwartet werden, wenn sie deren Religionsausübung in der Schule begegneten (zu den Einzelheiten vgl. VG Regensburg, BayVBl 1991, S. 345).

b) Die Berufung wies der Bayerische Verwaltungsgerichtshof zurück. Es wiederholte die Argumente des VG und fügte hinzu, die Schulbehörde habe sich in gewisser Weise kompromissbereit gezeigt. Unter diesen Umständen sei es X und Y zuzumuten, in möglichst vertrauensvoller Zusammenarbeit mit der Schule nach einer für sie zumutbaren Übergangslösung zu suchen. Der Anblick eines Kreuzes oder Kruzifixes sei eine vergleichbar geringfügige Belastung; mit dieser Darstellung würden die Kinder auch anderswo in Bayern konfrontiert.

Gegen den Nichtannahmebeschluss des Bundesverwaltungsgerichts erheben X und Y im eigenen sowie im Namen ihrer Kinder A, B und C Verfassungsbeschwerde. Wie wird das BVerfG entscheiden?

16) Anhang - Grund- und Menschenrechte im Vergleich

Ifd. Nr.	Art. des GG	Name des Grundrechts	entspr. Art. der UN-Menschenrechtserklärung	entspr. Art. der EMRK	entspr. Art. der U.S.-Constitution
----------	-------------	----------------------	---	-----------------------	------------------------------------

1	1 I				
2	2 I iVm 1 I				
3	2 I				
4	2 II 1 Var 1				
5	2 II 1 Var 2				
6	2 II 2				
7	3 I				
8	4 I Var 1				
9	4 I Var 2				
10	4 I Var 3				
11	4 II				
12	4 III 1				
13	5 I 1 Var 1				
14	5 I 1 Var 2				
15	5 I 2				
16	5 III 1 Var 1				
17	5 III 1 Var 2				
18	6 I				
19	6 II				
20	6 IV				
21	6 V				
22	7 II				
23	7 III 1				
24	7 III 3				
25	7 IV 1				
26	8 I				
27	9 I				
28	9 III 1				
29	10 I				
30	11 I				
31	12 I 1 Var 1, 2				
32	12 I 2				
33	12 I Var 3				
34	12 II				
35	12 III				
36	12a IV 2 (n.F.)				
37	13 I				
38	14 I 1 Var 1, III				
39	14 I 1 Var 2				
40	16 I 1				

