

Handbuch des Verfassungsrechts
Studienausgabe

Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland

herausgegeben von

Ernst Benda · Werner Maihofer · Hans-Jochen Vogel

unter Mitwirkung von

Konrad Hesse

*Studienausgabe
Teil 1*



Walter de Gruyter · Berlin · New York 1984

Unveränderter Nachdruck der Originalausgabe (1983)

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland / hrsg. von Ernst Benda . . . unter Mitw. von Konrad Hesse. – Nachdr., Studienausg. – Berlin ; New York : de Gruyter
ISBN 3-11-010103-3
NE: Benda, Ernst [Hrsg.]
Teil 1. – Unveränd. Nachdr. d. Orig.-Ausg. (1983). – 1984.

© Copyright 1984 by Walter de Gruyter & Co., Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany. – Satz: Arthur Collignon GmbH, Berlin 30. – Druck: Heenemann GmbH & Co., Berlin 42. – Bindearbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe GmbH, Berlin 61

Vorwort

Das vorliegende Werk, das sich an einen weitgezogenen, nicht auf die Fachwelt beschränkten Leserkreis wendet, fügt sich in keine der geläufigen Formen der Literatur zum Verfassungsrecht; es ist namentlich nicht nur eine systematisch geordnete Sammlung von Beiträgen im üblichen Sinne eines „Handbuchs“. Zwar gelten seine Beiträge auch der Darstellung, Erläuterung und Durchdringung des Stoffes, der kritischen Auseinandersetzung und der Lösung verfassungsrechtlicher Probleme. Aber mit dieser Aufgabe verbindet sich eine weitere Zielsetzung, welche die eigentlich primäre ist: einen Beitrag zu leisten zu der Antwort auf die Konsensfragen, die sich heute stellen und die nach Überzeugung der Herausgeber für die gegenwärtige und künftige Entwicklung der Bundesrepublik von ausschlaggebender Bedeutung sind.

Ein demokratisches Gemeinwesen lebt von der prinzipiellen Einigkeit über die Grundlagen seiner Ordnung; sein Leben und Wirken vollzieht sich in politischer Auseinandersetzung, Einigung oder Mehrheitsentscheidung. Diese Grundlage zu benennen und zu gewährleisten, Konsens über sie zu schaffen und zu erhalten, ist eine der wesentlichen Aufgaben der Verfassung, ebenso wie Gegenstand ihrer Ordnung der politische Prozeß ist, dem die Verfassung nicht nur Regeln der Entscheidung und der Austragung von Konflikten, sondern auch inhaltliche Richtlinien und Impulse zu geben sucht. Insoweit ist sie Ordnung des Prozesses staatlicher Integration (Smend). Für den Erfolg dieses Prozesses kommt es wesentlich auf das Ausmaß an, in dem Konsens oder Dissens über jene Grundlagen, Regeln und Richtlinien unter denen besteht, die unter der Verfassung leben; die Lebenskraft und die Wirksamkeit der Verfassung sind letztlich eine Frage der Zustimmung, welche ihr Inhalt bei den Mitgliedern des politischen Gemeinwesens findet.

Dieser Zusammenhang bestimmt die Konzeption des vorliegenden Handbuchs: Ihm liegt der Gedanke zugrunde, daß es notwendig ist, sich des Bestands und des Ausmaßes des verfassungsrechtlichen Konsenses zu versichern, wie er zwischen den in der Bundesrepublik Deutschland wesentlichen politischen Richtungen besteht. Über Darstellung, Erläuterung und Wertung in den Einzelbeiträgen hinaus wird daher eine Würdigung dieser Beiträge unternommen, von der erwartet wird, daß sie über wichtige Punkte Aufschluß vermittelt, in denen zwischen jenen Richtungen Übereinstimmung oder Verschiedenheiten der Auffassung bestehen. Dies soll nicht in einem Vergleich oder einer Gegenüberstellung der Positionen der politischen Parteien geschehen. Die Aufgabe wird vielmehr von den Herausgebern wahrgenommen, die zwar wesentlichen politischen Richtungen in der Bundesrepublik zuzuordnen und demgemäß in der Lage sind, ihren „politischen Hintergrund“ in die Arbeit einzu-

bringen, gegebenenfalls auch kritisch zu werten, die aber ihre persönliche Meinung darlegen.

Aus dieser Konzeption des Handbuchs ergeben sich die Auswahl des Stoffes und die Art seiner Behandlung, die Zusammensetzung des Kreises der Herausgeber und Autoren und die Aufgaben, die diesen gestellt waren.

Das Buch behandelt das Verfassungsrecht des Grundgesetzes, während das Landesverfassungsrecht nicht im einzelnen dargestellt wird. Dies erschien gerechtfertigt, weil die hier wesentlichen Konsensprobleme vor allem das Grundgesetz betreffen; im übrigen sind sie weithin mit denen der Landesverfassungen identisch. Die folgenden Beiträge beschränken sich deshalb, der traditionellen und auch heute üblichen Aufteilung in Reichs- (Bundes-) und Landesstaatsrecht folgend, im wesentlichen auf das Verfassungsrecht des Bundes.

Dabei geht es nicht um eine fachwissenschaftlich-systematische Darstellung des geltenden Verfassungsrechts, wie sie in der Zeit der Weimarer Reichsverfassung in vorbildlicher Weise in dem von Anschütz und Thoma herausgegebenen Handbuch des deutschen Staatsrechts geleistet worden ist, das leider bis heute noch keine Nachfolge gefunden hat. Wohl soll, wie gezeigt, auch ein Überblick über das geltende Verfassungsrecht und seine wesentlichen Probleme vermittelt werden, so daß der Leser sich über diese unterrichten kann. Aber auf Vollständigkeit ist bewußt verzichtet worden, so daß manche Regelungen sowohl aus dem Bereich der Grundrechte als auch aus dem organisatorischen Teil des Grundgesetzes nicht, nur in Hinweisen oder nur im Zusammenhang mit der Erörterung anderer Regelungen oder Fragenkomplexe behandelt sind. Statt dessen liegt das Hauptgewicht auf den Grundlagen der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes und auf Problemkreisen, von denen zu erwarten ist, daß sie in naher Zukunft die verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Diskussion beherrschen werden; es kam den Herausgebern darauf an, die Frage nach Konsens und Dissens gerade auch in diesen Punkten zu prüfen. Die Akzente liegen also deutlich auf politisch bedeutsamen Fragestellungen, die eben darum auch verfassungsrechtlich von besonderer Bedeutung sind.

Daß ferner die Konzeption des Handbuchs eine „plurale“ Zusammensetzung des Kreises der Herausgeber erforderte, wie sie sich hier ergeben hat, liegt auf der Hand. Unbeschadet der Verantwortung der Bearbeiter der einzelnen Beiträge tragen sie eine Gesamtverantwortung für das Werk. Dessen Anlage entsprechend haben sie in den Einleitungsabschnitten zu den Kapiteln 3 bis 6 die Grundlagen der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes selbst behandelt. Soweit diese Beiträge übereinstimmende Auffassungen zu erkennen geben, ergibt sich bereits hieraus selbst der Konsens; Entsprechendes gilt für einen Dissens, soweit die Beiträge der Herausgeber unterschiedliche Positionen, Sichtweisen, verfassungspolitische Auffassungen deutlich werden lassen. Während sich diese Ergebnisse dem Leser schon bei der Lektüre der Beiträge erschließen, gelten die Schlußwertungen ausdrücklich der Frage nach Zustimmung oder abweichender Meinung, nicht nur zu den Grundsatzbeiträgen der Mitherausgeber, sondern auch zu den Beiträgen der übrigen Bearbeiter. Hierbei konnte es freilich angesichts der Fülle der behandelten Fragen und der Vielzahl der Aussagen nicht um Kritik im einzelnen gehen, sondern nur um wesentliche verfas-

sungsrechtliche oder verfassungspolitische Positionen. Wird nicht ausdrücklich Stellung genommen, so bedeutet das nicht, daß die Herausgeber in allen Punkten mit den jeweils vertretenen Ansichten der Autoren aller Beiträge übereinstimmen, zumal es die Umstände erfordern können, von einer Äußerung abzusehen, wie etwa bei Fragen, die in einem schwebenden verfassungsgerichtlichen Verfahren eine Rolle spielen oder bei denen dies zu erwarten ist.

Aus der besonderen Aufgabe des Handbuches ergab sich nach Meinung der Herausgeber auch die Notwendigkeit einer „Pluralität“ der Autoren. Ähnlich wie die Herausgeber repräsentieren deshalb die Autoren der einzelnen Beiträge zu einem guten Teil die Vielfalt heutiger Grundauffassungen. Andere Persönlichkeiten, auf deren Mitarbeit die Herausgeber Wert gelegt hatten, haben dieser Bitte nicht entsprechen können oder konnten wegen unvorhergesehener anderweitiger Beanspruchung ihren Beitrag nicht zu Ende führen.

Die Bearbeiter der einzelnen Beiträge hatten in der Gestaltung und Stellungnahme volle Freiheit; sie bringen *ihre* Auffassung zum Ausdruck. Es konnte nicht Aufgabe der Herausgeber sein, eine sachliche Abstimmung herbeizuführen. Sie haben jedoch den Inhalt der einzelnen Beiträge untereinander diskutiert; wenn dazu ihrer Auffassung nach Anlaß bestand, sind sie in ein Gespräch mit den Autoren eingetreten. In jedem Fall ist der Beitrag in der Fassung aufgenommen worden, für die sich der Bearbeiter entschieden hat. Die Herausgeber haben auch nicht auf eine Behebung von Überschneidungen in den einzelnen Beiträgen hingewirkt, um – zumal für den nur nachschlagenden Leser – den Gedankengang innerhalb der Beiträge nicht unnötig zu zerreißen.

Die Beiträge enthalten im wesentlichen eine Darstellung, Erläuterung und Würdigung der von dem jeweiligen Thema erfaßten Verfassungsrechtslage. Neben der schon erwähnten Unterschiedlichkeit der politischen, staats- oder verfassungstheoretischen Ausgangspositionen lassen sie, wie bei einer Zahl von über 20 Autoren nicht anders erwartet werden konnte, wesentliche Unterschiede der Methodik erkennen. Ein gemeinsamer Grundzug ist indessen deutlich erkennbar: die in der Zeit der Weimarer Reichsverfassung noch umstrittene Überzeugung, „daß eine allseitige Erfassung der Normen des Staatsrechts ohne Einbeziehung des Politischen gar nicht möglich ist“ (Triepe). Diese Einsicht führt, wie Richard Thoma es formuliert hat, zu der Aufgabe, „ein jedes (Verfassungs-)Institut sowohl positivistisch zu fixieren, als auch zu begreifen als einen im Strom der Geschichte stehenden Versuch der Lösung eines politischen Problems“. Das schließt die Aufgabe ein, die Frage nach der Bewährung der Verfassung und ihrer Institute zu stellen und, falls notwendig, eine Fortentwicklung ins Auge zu fassen. Es ist die Hoffnung der Herausgeber, daß das Handbuch in seiner Gesamtanlage wie in der Bearbeitung der einzelnen Themen auch hierzu beizutragen vermag.

Dem Verlag Walter de Gruyter, im besonderen Herrn Dr. Helwig Hassenpflug, danken die Herausgeber für die verlegerische Betreuung und großzügige Förderung des Zustandekommens des Werkes, namentlich auch die rasche und sorgfältige Bearbeitung der Manuskripte und Korrekturen. Ihr Dank gilt den Autoren der Beiträge, auch für die Geduld, mit der sie, ebenso wie der Verlag, die durch anderweitige Inan-

spruchnahme der Herausgeber bedingte Verzögerung des Erscheinens dieses Buches in Kauf genommen haben, sowie Herrn Dr. Klaus-Eckart Gebauer für die Anfertigung des Sachregisters. Nicht zuletzt ist für seine Mitarbeit zu danken Herrn Minister Dr. Diether Posser, der ursprünglich zu dem Kreis der Herausgeber gehörte, jedoch nach der Übernahme seines Amtes als Finanzminister von Nordrhein-Westfalen bitten mußte, ihn von seinen Pflichten zu entbinden.

Karlsruhe, Florenz, Bonn
Im März 1983

Die Herausgeber

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Die Autoren	XI

1. Kapitel. Grundlagen

1. Abschnitt. Das Grundgesetz in der Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland; Aufgabe und Funktion der Verfassung (KONRAD HESSE)	3
2. Abschnitt. Die Rechtslage Deutschlands und der Status Berlins (JOCHEN ABR. FROWEIN)	29
3. Abschnitt. Verfassungsmäßige Ordnung und europäische Integration (WERNER VON SIMSON)	59

2. Kapitel. Grundrechte

1. Abschnitt. Bestand und Bedeutung (KONRAD HESSE)	79
2. Abschnitt. Die Menschenwürde (ERNST BENDA)	107
3. Abschnitt. Freiheit und Gleichheit (MARTIN KRIELE)	129

3. Kapitel. Die demokratische Ordnung des Grundgesetzes

1. Abschnitt. Prinzipien freiheitlicher Demokratie (WERNER MAIHOFFER) . . .	173
2. Abschnitt. Das parlamentarische System (HANS-PETER SCHNEIDER)	239
3. Abschnitt. Wahlrecht (ECKART SCHIFFER)	295
4. Abschnitt. Politische Parteien (DIETER GRIMM)	317
5. Abschnitt. Verbände (DIETER GRIMM)	373
6. Abschnitt. Massenmedien (WOLFGANG HOFFMANN-RIEM)	389

4. Kapitel. Die rechts- und sozialstaatliche Ordnung des Grundgesetzes

1. Abschnitt. Der soziale Rechtsstaat (ERNST BENDA)	477
2. Abschnitt. Ehe und Familie (WOLFGANG ZEIDLER)	555
3. Abschnitt. Grundgesetz und Wirtschaftsordnung (HANS-JÜRGEN PAPIER) . .	609
4. Abschnitt. Eigentum (PETER BADURA)	653

5. Abschnitt. Unternehmensverfassung – Mitbestimmung und Grundgesetz (ALBRECHT KRIEGER)	697
6. Abschnitt. Tarifautonomie (ANKE FUCHS)	733
7. Abschnitt. Sozialrecht. Sozialpolitik (DETLEF MERTEN)	765
 5. Kapitel. Die bundesstaatliche Ordnung des Grundgesetzes	
1. Abschnitt. Die bundesstaatliche Ordnung des Grundgesetzes (HANS-JOCHEN VOGEL)	809
2. Abschnitt. Bund und Länder nach der Finanzverfassung des Grundgesetzes (FRANZ KLEIN)	863
3. Abschnitt. Der Bundesrat und seine Bedeutung (DIETHER POSSER)	899
 6. Kapitel. Kulturstaatliche Elemente der verfassungsmäßigen Ordnung	
1. Abschnitt. Kulturelle Aufgaben des modernen Staates (WERNER MAIHOFFER)	953
2. Abschnitt. Richtlinien und Grenzen des Grundgesetzes für das Bildungswesen (PETER GLOTZ und KLAUS FABER)	999
3. Abschnitt. Staat, Kirchen und Religionsgemeinschaften (PAUL MIKAT)	1059
 7. Kapitel. Staatliche Funktionen	
1. Abschnitt. Gesetzgebung, Regierung, Verwaltung (THOMAS ELLWEIN)	1093
2. Abschnitt. Öffentlicher Dienst (JOSEF ISENSEE)	1149
3. Abschnitt. Die Rechtsprechung (WOLFGANG HEYDE)	1199
4. Abschnitt. Verfassungsgerichtsbarkeit (HELMUT SIMON)	1253
 8. Kapitel. Der Schutz der Verfassung (ERHARD DENNINGER)	
 9. Kapitel. Abschließende Äußerungen der Herausgeber	
ERNST BENDA	1331
HANS-JOCHEN VOGEL	1361
WERNER MAIHOFFER	1381
 Stichwortverzeichnis (KLAUS-ECKART GEBAUER)	 1417

Die Autoren

PETER BADURA, Dr. jur., o. Professor an der Universität München

ERNST BENDA, Dr. jur. h. c., Honorarprofessor an der Universität Trier, Präsident des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe

ERHARD DENNINGER, Dr. jur., Professor an der Universität Frankfurt/Main

THOMAS ELLWEIN, Dr. jur., o. Professor an der Universität Konstanz

KLAUS FABER, Regierungsdirektor im Bundesministerium für Bildung und Wissenschaft, Bonn

JOCHEN ABR. FROWEIN, Dr. jur., M. C. L., o. Professor an der Universität Heidelberg, Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg

ANKE FUCHS, Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit a. D., Mitglied des Deutschen Bundestages, Bonn

KLAUS-ECKART GEBAUER, Dr. jur., Ministerialrat in der Staatskanzlei Rheinland-Pfalz, Mainz

PETER GLOTZ, Dr. phil., Senator für Wissenschaft und Forschung in Berlin a. D., Bundesgeschäftsführer der SPD, Bonn

DIETER GRIMM, Dr. jur., LL. M., o. Professor an der Universität Bielefeld

KONRAD HESSE, Dr. jur., o. Professor an der Universität Freiburg i. Br., Richter des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe

WOLFGANG HEYDE, Dr. jur., Ministerialrat im Bundesministerium der Justiz, Bonn

WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, Dr. jur., LL. M., o. Professor an der Universität Hamburg, Direktor des Hans-Bredow-Instituts für Rundfunk und Fernsehen an der Universität Hamburg

JOSEF ISENSEE, Dr. jur., o. Professor an der Universität Bonn

FRANZ KLEIN, Dr. jur., Honorarprofessor an der Universität Trier, Präsident des Bundesfinanzhofes, München

ALBRECHT KRIEGER, Dr. h. c., Ministerialdirektor im Bundesministerium der Justiz, Bonn

MARTIN KRIELE, Dr. jur., o. Professor an der Universität zu Köln

- WERNER MAIHOFER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Bielefeld, Bundesminister des Innern a.D., Präsident des Europäischen Hochschulinstituts, Florenz
- DETLEF MERTEN, Dr. jur., Dr. rer. pol., o. Professor an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Direktor des Instituts für Wirtschafts- und Sozialrecht der Gesellschaft für Rechtspolitik Trier, Richter am Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz
- PAUL MIKAT, Dr. jur., Dr. h. c., o. Professor an der Universität Bochum, Kultusminister des Landes Nordrhein-Westfalen a.D., Mitglied des Deutschen Bundestages, Bonn
- HANS-JÜRGEN PAPIER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Bielefeld
- DIETHER POSSER, Dr. jur., Finanzminister des Landes Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf, Vorsitzender des Finanzausschusses des Bundesrates
- HELMUT SIMON, Dr. jur., Richter des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe
- WERNER VON SIMSON, Dr. jur., em. o. Professor an der Universität Freiburg i.Br.
- ECKART SCHIFFER, Dr. jur., Ministerialdirektor im Bundesministerium des Innern, Bonn
- HANS-PETER SCHNEIDER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Hannover
- HANS-JOCHEN VOGEL, Dr. jur., Rechtsanwalt, Vorsitzender der Fraktion der SPD im Deutschen Bundestag, Bundesminister der Justiz a.D., Bonn
- WOLFGANG ZEIDLER, Dr. jur., Honorarprofessor an der Universität Mainz, Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe

1. Kapitel

Grundlagen

Übersicht

1. Abschnitt. Das Grundgesetz in der Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland; Aufgabe und Funktion der Verfassung (KONRAD HESSE)

Einführung	3
I. Die verfassungsrechtliche Entwicklung seit 1945	
1. Vorgeschichte und Entstehung des Grundgesetzes	4
a) Die Ausgangslage	4
b) Die neuen Landesverfassungen	5
c) Über den Landesbereich hinausgehende deutsche Einrichtungen	6
d) Das Besatzungsrecht	6
e) Die Entstehung des Grundgesetzes	7
2. Das Verfassungswerk im geschichtlichen Zusammenhang . .	8
3. Die weitere Verfassungsentwicklung	11
a) Vom „Grundgesetz“ zur „Verfassung“	11
b) Bewahrung und Veränderung	11
c) Überblick	12
II. Die Verfassung und ihre Eigenart	
1. Die Aufgaben der Verfassung . .	15
2. Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens	17
3. Die Eigenart des Verfassungsrechts	17
a) Vorrang	18
b) Offenheit	18
c) Selbstgewährleistung des Verfassungsrechts	19

d) Bedingungen tatsächlicher Geltung	20
--	----

III. Zur heutigen und künftigen Bedeutung des Grundgesetzes	
1. Die Bedeutung des Grundgesetzes in der Gegenwart	21
2. Das Grundgesetz und die Anforderungen der Zukunft	23
3. Voraussetzungen künftiger Funktionsfähigkeit	25

2. Abschnitt. Die Rechtslage Deutschlands und der Status Berlins (JOCHEN ABR. FROWEIN)

I. Einführung	29
II. Die Kapitulation der deutschen Wehrmacht und die Besetzung des Reichsgebietes	
1. Die Kapitulation	30
2. Die Besetzung Deutschlands . . .	30
3. Die Übernahme der obersten Regierungsgewalt durch die Erklärung vom 5. 6. 1945	32
4. Würdigung	33
III. Die Entstehung der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik	
1. Allgemeines	34
2. Das Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland zum Deutschen Reich	34
3. Das Verhältnis der Deutschen Demokratischen Republik zum Deutschen Reich	36

4. Die Rechtsbeziehungen zwischen Bundesrepublik Deutschland und DDR	37	2. Konfliktmöglichkeiten mit verbliebener staatlicher Hoheitsmacht	59
IV. Der Viermächtestatus Deutschlands		II. Europäische Menschenrechts-Konvention	
1. Die Existenz von Rechten und Verantwortlichkeiten der Vier Mächte	40	1. Deren rechtliche Wirkung	60
2. Das Recht zu gewaltsamer Intervention	41	2. Vorrang vor späteren einzelstaatlichen Gesetzen	61
3. Das Recht der Truppenstationierung	42	3. Faktische Präventivwirkung	62
4. Die endgültige Regelung der deutschen Frage	44	III. Die Europäische Sozialcharta	62
5. Grenzfragen	44	IV. Die Europäischen Gemeinschaftsverträge	
6. Vier-Mächte-Status von Berlin	46	1. Ihr Verhältnis zu einzelstaatlichen Verfassungsgeboten	63
V. Das Fortbestehen des Deutschen Reiches		2. Schrittweise Entwicklung des gegenseitigen Verhältnisses	63
1. Die offiziellen Rechtspositionen	47	3. Streit um die verfassungsrechtliche Bedeutsamkeit der Verträge	64
2. Würdigung	47	4. Tragweite der gemeinschaftsrechtlichen Garantien	65
VI. Die deutsche Staatsangehörigkeit		5. Demokratische Legitimation der Gemeinschaftsgewalt	66
1. Die deutsche Staatsangehörigkeit nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland	48	6. Die Grundrechte im Gemeinschaftsrecht	66
2. Die deutsche Staatsangehörigkeit im Verhältnis zur DDR	51	7. Einschlägige Vertragsnormen	68
3. Die deutsche Staatsangehörigkeit im Verhältnis zu Drittstaaten	52	8. Fünf ausdrückliche Freiheiten	68
4. Würdigung	54	9. Satzung des Europäischen Gerichtshofs	69
VII. Der Status Berlins		10. Wahrung „des Rechts“ durch den Gerichtshof	69
1. Der völkerrechtliche Status	54	11. Wahrung der Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft	70
2. Die Rechtslage nach deutschem Recht	57	12. Richterliche Anerkennung einzelner Grundrechte	71
VIII. Schluß	58	13. Beitritt zur Europäischen Menschenrechtskonvention oder autonome Garantie	71
3. Abschnitt. Verfassungsmäßige Ordnung und europäische Integration (WERNER VON SIMSON)		14. Deutsche Grundrechte praktisch gewahrt	73
I. Form und Umfang außerstaatlicher Hoheitsgewalt		15. Ausdehnung der Reichweite auf die Gemeinschaft	74
1. Gemeinsame Ausübung staatlicher Hoheitsrechte	59	16. Gefahr einer verfrühten Gesamtstaatlichkeit	74

1. Abschnitt

Das Grundgesetz in der Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland; Aufgabe und Funktion der Verfassung

KONRAD HESSE

Einführung

Das Verständnis der einzelnen Bestandteile und Probleme der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, denen die folgenden Kapitel gelten, setzt einen Einblick in das Ganze dieser Verfassung voraus. Es bedarf der Ausgangspunkte und eines gewissen Rahmens, mit deren Hilfe sich der Inhalt der Normierungen des Grundgesetzes erschließen läßt. Es bedarf der Einsicht in Grundlagen und Grundzusammenhänge, ohne die sich die Gegenwarts- und Zukunftsfragen des Verfassungsrechts nur unvollkommen beurteilen lassen. Es bedarf schließlich einer Darlegung der Probleme, die die Verfassung als ganze betreffen.

Dieser Aufgabe dienen die Ausführungen des vorliegenden Abschnittes. Sie gehen davon aus, daß die Verfassung eines konkreten Gemeinwesens, ihr Inhalt, die Eigenart ihrer Normierungen und ihre Probleme geschichtlich begriffen werden müssen¹. Nur die Einsicht in diese Geschichtlichkeit ermöglicht die volle Erfassung und zutreffende Beurteilung verfassungsrechtlicher und verfassungspolitischer Fragen. Eine allgemeine und abstrakte Theorie, welche die Einbettung der Verfassung in die politisch-soziale Wirklichkeit und deren geschichtliche Besonderheiten außer Betracht läßt, vermag dies nicht zu leisten. Auch ein geschichtliches Verständnis kann freilich theoretischer Begründung und Ausformung nicht entraten. Nur muß solche Theorie auf die konkrete Verfassungsordnung und die Wirklichkeit bezogen sein, welche die Verfassung zu ordnen bestimmt ist.

Im folgenden ist daher in einem ersten, im wesentlichen historischen Teil die verfassungsrechtliche Entwicklung in der Bundesrepublik darzustellen. Vor dem damit gewonnenen Hintergrund sucht der zweite Teil die Aufgaben und die Eigenart der Verfassung zu verdeutlichen und damit zugleich Gesichtspunkte aufzuweisen, die für die Behandlung und Beurteilung aller Verfassungsfragen der Gegenwart, nicht nur

¹ R. BÄUMLIN Staat, Recht und Geschichte, 1961, S. 7ff.

für die Interpretation der Verfassung, von wesentlicher Bedeutung sind. Aus den Darlegungen der beiden ersten Teile zieht der dritte Teil Konsequenzen für die Fragen nach der Bewährung des Grundgesetzes und seiner Eignung zur Bewältigung künftiger Aufgaben. – Angesichts der Begrenztheit des zur Verfügung stehenden Raumes kann dabei nicht mehr als ein relativ grober Überblick gegeben werden; auf Vollständigkeit mußte ebenso verzichtet werden wie auf nähere Auseinandersetzung mit dem Schrifttum.

I. Die verfassungsrechtliche Entwicklung seit 1945

1. Vorgeschichte und Entstehung des Grundgesetzes

Zweimal mußte in der jüngeren deutschen Geschichte der Aufbau einer neuen staatlichen Ordnung nach einer militärischen Niederlage und dem Zusammenbruch des bisherigen politischen Systems vollzogen werden: 1919 mit der Weimarer Verfassung und 1949 mit der Schaffung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland². Beide Male wurde die neue Ordnung nicht aus dem Nichts geschaffen, sondern in Anknüpfung an frühere Verfassungen, die Reichsverfassung von 1871, die Reichsverfassung von 1849 und in gewisser Weise auch an die Verfassung des Deutschen Bundes von 1815. Bei aller Unterschiedlichkeit dieser Verfassungen gibt es daher geschichtliche Kontinuität, Ähnlichkeit oder sogar Identität zahlreicher Verfassungsinstitute. Aber das ändert nichts an den Brüchen der politischen und Verfassungsentwicklung und ihren Auswirkungen, die für den Bestand des geltenden Verfassungsrechts und die heutigen Probleme des Verfassungslebens von wesentlicher Bedeutung sind.

a) Die Ausgangslage

Tiefer noch als 1919 war der Einschnitt des Jahres 1945. Die bedingungslose Kapitulation des Reiches im Mai dieses Jahres hatte zur vollständigen Auslöschung organisierter und handlungsfähiger deutscher Staatlichkeit geführt. Auf der Grundlage der Viermächteerklärung vom 5. Juni 1945 übernahmen die Besatzungsmächte die oberste Regierungsgewalt in Deutschland. Sie wurde durch den Alliierten Kontrollrat ausgeübt, der aus den Oberbefehlshabern der Streitkräfte der Vereinigten Staaten, Großbritanniens, Frankreichs und der Sowjetunion bestand. Das Deutsche Reich wurde in vier Besatzungszonen aufgeteilt. Berlin wurde von allen vier Besatzungsmächten in je einem Sektor besetzt und durch eine aus den vier Kommandanten bestehende Behörde geleitet und verwaltet. In dem Potsdamer Abkommen vom 2. August 1945

² Den Verfassungen der Deutschen Demokratischen Republik von 1949 und 1968, die nicht in gleicher Weise das politische System konstituieren, kommt eine vergleichbare Bedeutung nicht zu. – Von einer Darstellung der

Entwicklung im Bereich der Deutschen Demokratischen Republik wird im folgenden abgesehen, da sie von der Thematik dieses Beitrags nicht umfaßt ist.

stimmten die Vereinigten Staaten und Großbritannien grundsätzlich der endgültigen Übergabe der Stadt Königsberg und des anliegenden Gebietes an die Sowjetunion zu; die übrigen deutschen Gebiete östlich der Oder-Neiße-Linie wurden unter die Verwaltung des polnischen Staates gestellt.

Auf dieser Grundlage und unter den Bedingungen einer zunächst vollständigen Herrschaft der Besatzungsmächte hat sich der Neubau deutscher Staatlichkeit von unten nach oben vollzogen, beginnend mit deutschen Verwaltungen auf der Gemeinde- und Kreisstufe über die Errichtung neuer Länder und die Schaffung von Landesverfassungen, die Einrichtung deutscher Zonen- und gemeinsamer Zonenverwaltungen bis zur Entstehung der Bundesrepublik und der Deutschen Demokratischen Republik und ihrer Verfassungen.

b) Die neuen Landesverfassungen

Am frühesten setzte die neue Verfassungsentwicklung in der amerikanischen Besatzungszone ein. Hier wurden durch Proklamation der Militärregierung drei Verwaltungsgebiete mit der Bezeichnung Staaten geschaffen: Bayern, Württemberg-Baden und Hessen. 1946 wurden verfassunggebende Landesversammlungen gewählt; die von diesen beschlossenen Landesverfassungen, die, namentlich in ihrem Grundrechtsteil, weitgehend an die Weimarer Reichsverfassung anknüpften, wurden im November und Dezember 1946 durch Volksabstimmungen gebilligt. Ein knappes Jahr später folgte die Hansestadt Bremen. Die neuen Staaten übernahmen sämtliche den Deutschen überlassenen Staatsaufgaben, auch solche des Reiches.

In der britischen Besatzungszone war die Bildung neuer Länder ungleich schwieriger als in der amerikanischen, weil sie sich weniger an ältere Ländergliederungen anlehnen konnte. Aus den fünf ehemaligen Ländern und vier ehemals preußischen Provinzen, die das Besatzungsgebiet umfaßte, wurden im Jahre 1946 die Länder Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Hamburg und Schleswig-Holstein geschaffen. Die Verfassungen dieser Länder sind – mit Ausnahme der vorläufigen Verfassung von Hamburg vom 15. Mai 1946 – erst nach Inkrafttreten des Grundgesetzes entstanden: Schleswig-Holstein gab sich am 30. Dezember 1949 eine Landessatzung, Nordrhein-Westfalen die Verfassung vom 18. Juni 1950, Niedersachsen die vorläufige Verfassung vom 13. April 1951, Hamburg die Verfassung vom 6. Juni 1952. Kennzeichnend für diese Verfassungen ist es namentlich, daß sie im Blick auf die Gewährleistungen des Grundgesetzes weitgehend oder ganz auf eigene Grundrechtsgarantien verzichteten.

In der französischen Besatzungszone entstanden noch im Jahre 1945 die neuen Länder Baden und Südwürttemberg-Hohenzollern. 1946 folgte das Land Rheinland-Pfalz. Diese Länder gaben sich 1947 Verfassungen.

Berlin, das eine Sonderstellung einnimmt³, erhielt 1946 eine vorläufige und 1950 eine endgültige Verfassung. Das Saarland schließlich, das der Bundesrepublik erst 1957 politisch eingegliedert worden ist, gab sich im Jahre 1946 seine Verfassung.

³ Vgl. unten S. 54ff.

Die auf diese Weise entstandene staatliche Gliederung des westdeutschen Raumes ist mit Ausnahme des auf der Grundlage des Art. 118 GG aus den Ländern Baden, Württemberg-Baden und Südwürttemberg-Hohenzollern 1951 neugebildeten Landes Baden-Württemberg erhalten geblieben. Baden-Württemberg hat sich im Jahre 1953 eine Verfassung gegeben. Die Verfassungen dieser Periode gelten bis heute, wenn auch mehrfach geändert⁴, fort. Von praktischer Bedeutung sind neben den Bestimmungen über die Staatsorganisation vor allem diejenigen Regelungen geblieben, die sich auf Gebiete der Gesetzgebungskompetenz der Länder beziehen, wie das Schul- und das Kommunalrecht. Die zum Teil umfassenden Grundrechtsgewährleistungen sind zwar in Kraft geblieben (vgl. Art. 142 GG). Sie sind aber gegenüber den Grundrechten des Grundgesetzes nahezu gänzlich in den Hintergrund getreten.

c) *Über den Landesbereich hinausgehende deutsche Einrichtungen*

Schon in der Zeit der Errichtung der deutschen Länder und bald danach sind auch deutsche Einrichtungen entstanden, deren Aufgaben über den Landesbereich hinausreichten. Im Oktober 1945 wurde für die amerikanische Besatzungszone der Länderrat geschaffen. Ihm folgten im Februar 1946 der Zonenbeirat und die Zonenämter in der britischen Zone. Die französische Besatzungszone hat keine umfassenden Zoneneinrichtungen gekannt. Im Herbst 1946 begannen dann die amerikanische und die britische Besatzungsmacht, gemeinsame Zoneneinrichtungen für ihre beiden Zonen zu schaffen. Aus ihnen entstand 1947 die gemeinsame Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes („Bizon“) mit den Organen eines Wirtschafts-, eines Länder- und eines Verwaltungsrates. Dieser Zusammenschluß ist in gewisser Weise ein Vorläufer der Bundesrepublik geworden. Nach Art. 133 GG ist der Bund in die Rechte und Pflichten des Vereinigten Wirtschaftsgebietes eingetreten.

d) *Das Besatzungsrecht*

Alle diese Ansätze neuer deutscher Staatlichkeit änderten freilich nichts an der obersten Gewalt der Besatzungsmächte und damit auch dem uneingeschränkten Vorrang des Besatzungsrechts: Nur dort, wo die Besatzungsmacht⁵ dies verlangte, zuließ oder nicht intervenierte, mußten oder konnten die deutschen Stellen tätig werden; eine feste Grenze war den Befugnissen der Besatzungsmächte nicht gezogen. Diese brachte erst nach Verabschiedung des Grundgesetzes das Besatzungsstatut vom 12. Mai 1949, das diese Befugnisse festlegte, sowie das revidierte Besatzungsstatut vom 6. März 1951. Mit dem Inkrafttreten des Deutschlandvertrages am 5. Mai 1955 ist dann das Besatzungsregime beendet worden⁶. Die weitgehende Überlagerung

⁴ Vgl. dazu CH. PESTALOZZA Die Verfassungen der deutschen Bundesländer (Textausgabe) 2. Aufl. 1981, Einführung S. XII ff.

⁵ Das gemeinsame Organ, der Alliierte Kontrollrat, wurde am 20. März 1948 vertagt und

ist seitdem nicht mehr zusammengetreten.

⁶ Dazu das Pariser Protokoll über die Beendigung des Besatzungsregimes in der Bundesrepublik Deutschland vom 23. 10. 1954, BGBl. II, 1955, S. 215.

durch das Recht und die Anordnungen der Besatzungsmächte ist auch für die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes und die ersten Jahre der Bundesrepublik kennzeichnend gewesen.

e) *Die Entstehung des Grundgesetzes*

In der dargestellten Entwicklung war bereits die Differenz zwischen den Verhältnissen in den westlichen Besatzungszonen und in der sowjetischen zutage getreten. Die Frage der deutschen Einheit war ungelöst. Es mußte befürchtet werden, daß die Bildung eines das Gebiet der drei westlichen Besatzungszonen umfassenden deutschen Staates die Teilung Deutschlands perpetuieren würde. Dieser Umstand ist von wesentlicher Bedeutung für die Art der Entstehung und den Inhalt des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland geworden.

Die Geschichte der Entstehung des Grundgesetzes⁷ beginnt mit den Frankfurter Dokumenten, die den 11 Ministerpräsidenten der westdeutschen Länder am 1. Juli 1948 von den Besatzungsmächten übergeben wurden. Sie enthielten die Aufforderung, eine verfassunggebende Nationalversammlung einzuberufen, beauftragten die Ministerpräsidenten mit der Prüfung der Frage einer Änderung der Ländergrenzen und umfaßten Leitsätze für das zu erlassende Besatzungsstatut. Die Ministerpräsidenten setzten dem die Vorstellung eines bloßen Organisationsstatuts für die westlichen Besatzungszonen entgegen. Sie gingen davon aus, daß auf alles verzichtet werden müsse, was auf einen vollkommenen Staat hinausliefe, weil anderenfalls die Aufhebung der deutschen Spaltung nicht möglich sein würde. Demgemäß schlugen sie die Bildung eines Parlamentarischen Rates zur Ausarbeitung eines Gesetzes für eine einheitliche Verwaltung des westlichen Besatzungsgebietes vor. Sie stießen damit auf Ablehnung; nur die Beschränkung auf die Einberufung eines Parlamentarischen Rates wurde zugestanden. Dieser trat am 1. September 1948 in Bonn zusammen. Er bestand aus 65 Mitgliedern, die von den Landtagen der 11 Länder gewählt worden waren. In seiner Arbeit konnte er an den im August 1948 aufgestellten Entwurf des Verfassungskonvents von Herrenchiemsee anknüpfen, eines Sachverständigengremiums, das von den Ministerpräsidenten bestellt worden war. Im Verlauf seiner bis zum Mai 1949 andauernden Beratungen arbeitete der Parlamentarische Rat ein Grundgesetz aus, das in seinen föderativen Regelungen weitgehend durch die Forderungen der mehrfach intervenierenden Besatzungsmächte bestimmt war⁸. Als vorläufige Ordnung suchte es die Lösung der deutschen Frage offenzuhalten⁹, ging aber, namentlich in der Gewährleistung von Grundrechten, doch über den Charakter eines Organisationsstatuts hinaus. Am 8. Mai 1949, dem fünften Jahrestag der bedingungslosen Kapitulation, nahm der Parlamentarische Rat das Grundgesetz mit 53 gegen 12 Stimmen an. Ebenso wurde es nach Bestimmung der Besatzungsmächte in 10

⁷ Im einzelnen dokumentiert in JöR N.F. 1, 1951, S. 1 ff.

⁸ Texte der Memoranden und Schreiben der Militärgouverneure und Außenminister bei

E. R. HUBER Quellen zum Staatsrecht der Neuzeit II, 1951, S. 208 ff.

⁹ In der endgültigen Fassung deutlich namentlich in der Präambel, in Art. 23 und in Art. 146.

westdeutschen Landtagen angenommen (vgl. Art. 144 Abs. 1 GG)¹⁰. Mit dem Ablauf des 23. Mai 1949 ist es in Kraft getreten (Art. 145 Abs. 2 GG).

2. Das Verfassungswerk im geschichtlichen Zusammenhang

Eine „Stunde Null“, aber kein revolutionärer, nicht einmal ein grundsätzlicher und umfassender Neubeginn, kein Aufbruch zu neuen Ufern, sondern eine Rückkehr an die sicheren Gestade deutscher und gemeineuropäischer Verfassungstradition: Wer dies dem Grundgesetz zum Vorwurf machen will, verkennt die Geschichte seiner Entstehung. Der Grundgesetzgeber war nicht frei wie die Nationalversammlungen von 1848 und 1919. Wie die Landesverfassungen hat das Grundgesetz daher den Inhalt früherer deutscher Verfassungen aufgenommen, ist es, wenn man so will, nach rückwärts gewendet. Gleichwohl weicht es in charakteristischer und prägender Weise von seinen Vorgängern ab, und diese Abkehr ist weithin ebenfalls das Resultat einer Rückwendung, des Blicks auf die Geschehnisse, die Fehlschläge und Katastrophen der jüngeren Vergangenheit und der gebieterischen Konsequenz daraus: daß dies alles sich nicht wiederholen dürfe, daß alles getan werden müsse, um gleichen oder ähnlichen Entwicklungen entgegenzuwirken. In dem Bestreben, die Fehler zu vermeiden, die – wirklich oder vermeintlich¹¹ – zum Scheitern der Weimarer Republik geführt haben, in der entschiedenen Absetzung von dem Unrechtssystem des „Dritten Reiches“ und in den daraus gezogenen verfassungsrechtlichen Folgerungen hat das Grundgesetz neben dem Sozialstaatsgebot (vielleicht unbewußt) mehr an Neuem geschaffen und ermöglicht, als die Kritik wahrhaben will, die ihm einen restaurativen Grundzug vorwirft.

Unmittelbarster Ausdruck der Absetzung gegenüber der Vergangenheit des nationalsozialistischen Regimes ist der Eingangartikel des Grundgesetzes, in dem das Fundament der neuen Ordnung gelegt wird: die Unantastbarkeit der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) als oberstes Konstitutionsprinzip der verfassungsmäßigen Ordnung des Gemeinwesens, dessen Legitimität nach einer Zeit der Unmenschlichkeit und im Zeichen gegenwärtig-latenter Gefährdung der Würde des Menschen in der Achtung und im Schutz der Menschlichkeit liegt. In die gleiche Richtung weist das Bekenntnis zu den Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft (Art. 1 Abs. 2 GG).

¹⁰ Abgelehnt wurde das Grundgesetz im Bayerischen Landtag, der jedoch die Zugehörigkeit Bayerns zur Bundesrepublik bejahte.

¹¹ Wie weit für dieses Scheitern institutionelle Mängel der Reichsverfassung ausschlaggebend gewesen sind, ist fraglich und umstritten. Kritisch etwa W. WEBER Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz, in: Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 3. Aufl. 1970, S. 32 ff; U. SCHEUNER Die Anwendung des Art. 48 der Weimarer Reichsverfassung unter den Präsi-

dentschaften von Ebert und Hindenburg, in: Staat, Wirtschaft und Politik in der Weimarer Republik, Festschrift für Heinrich Brüning, 1967, S. 249 ff; E. FRIESENHAHN Zur Legitimation und zum Scheitern der Weimarer Reichsverfassung, in: Weimar. Selbstpreisgabe einer Demokratie, hrsg. von K. D. Erdmann/H. Schulze, 1980, S. 81 ff; E.-W. BÖCKENFÖRDE Weimar – Vom Scheitern einer zu früh gekommenen Demokratie, DÖV 1981, 946 ff.

Aber auch in der Normierung und Gewichtung der übrigen Verfassungsprinzipien, der Grundrechte, der Stellung und des Verhältnisses der staatlichen Organe zueinander, der Ausgestaltung der föderativen Ordnung zeigt sich jene Reaktion auf die Vergangenheit – insofern überwiegend die Entwicklung der Weimarer Republik. Das Bild, das sich insgesamt aus der Verknüpfung von Altem und Neuem ergibt, kann hier nur in groben Umrissen nachgezeichnet werden.

Während das primär bestimmende Element der Reichsverfassung von 1871 das föderative Element war, nimmt im Grundgesetz, ebenso wie schon in der Weimarer Reichsverfassung, das demokratische Prinzip diesen Rang ein; die plebiszitären Elemente der Weimarer Verfassung; die Institute des Volksbegehrens und des Volksentscheids sowie die Volkswahl des Reichspräsidenten sind freilich weitgehend eliminiert; zugleich werden erstmals die politischen Parteien in die Verfassungsordnung einbezogen (Art. 21 GG). Das föderative Element erhält im Grundgesetz gegenüber der Weimarer Verfassung größeres Gewicht, deutlich namentlich in den Kompetenzen des Bundesrates, der Erweiterung der Länderverwaltung im VIII. Abschnitt des Grundgesetzes und den Bestimmungen über das Finanzwesen. Eine stärkere Betonung als in der Weimarer Verfassung und vollends in der Reichsverfassung von 1871 erfährt schließlich das Rechtsstaatsprinzip, auch das eine Reaktion auf die Mißachtung rechtsstaatlicher Grundsätze in der Zeit des NS-Regimes. Dies manifestiert sich namentlich in der Verstärkung der bindenden Kraft des Verfassungsrechts (Art. 20 Abs. 3 GG), besonders der Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG), auch für die gesetzgebende Gewalt.

Mit dieser Verstärkung hängt eine wesentliche Verschiebung in der Ordnung der staatlichen Funktionen zusammen. Sie besteht in einer den Vorgängern des Grundgesetzes unbekanntem Ausweitung der Rechtsprechung, die nunmehr zur gerichtlichen Kontrolle aller Akte der öffentlichen Gewalt berufen ist (Art. 19 Abs. 4 GG) – eine Entscheidung, die je nach Standpunkt als Krönung des Rechtsstaates¹² oder als Etablierung des Justizstaats¹³ gewürdigt worden ist – und in einer Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit, die ebenfalls ohne geschichtliches Vorbild ist.

Fehler der Weimarer Verfassung sucht das Grundgesetz im Recht der obersten Bundesorgane zu beheben. Dies gilt namentlich für die Bildung der Bundesregierung (Art. 63f GG), die Regelung des konstruktiven Mißtrauensvotums (Art. 67 GG) sowie für die Kompetenzen des Bundespräsidenten, dessen Stellung mit derjenigen des Reichspräsidenten nach der Weimarer Verfassung kaum noch vergleichbar ist. Die Entwicklung eines „Präsidialsystems“, wie es die letzten Jahre der Weimarer Republik gekennzeichnet hat, ist damit ausgeschlossen.

Ein ebenfalls aus den historischen Erfahrungen hervorgegangener, den Vorläufern des Grundgesetzes unbekannter Zug des Grundgesetzes ist schließlich der verstärkte Schutz der Verfassung, dem die Schöpfer des Grundgesetzes ihr besonderes Augenmerk zugewendet haben. Dem dient neben dem Verbot einer Aushöhlung der

¹² H. JAHREISS in: Mensch und Staat, 1957, S. 126.

¹³ E. FORSTHOFF Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschrift für C. Schmitt, 1959, S. 35 ff.

Grundrechte (Art. 19 Abs. 2 GG) und der Einschaltung der rechtsprechenden Gewalt in das Zusammenwirken und die Kontrolle der staatlichen Gewalten der Ausschluß von Verfassungsdurchbrechungen (Art. 79 Abs. 1 GG) und die Begrenzung von Verfassungsänderungen (Art. 79 Abs. 3 GG)¹⁴. In den gleichen Zusammenhang gehören die in der deutschen Verfassungsentwicklung neuen Bestimmungen zur Sicherung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, namentlich die Verbotsmöglichkeit politischer Parteien (Art. 21 Abs. 2 GG).

Tritt in Bestimmungen dieser Art die motivierende Bedeutung des Rückblicks unverkennbar hervor, so gibt es doch auch den Blick nach vorn: In Art. 24 weist das Grundgesetz in eine – ungewisse – Zukunft, der es den Gedanken der innerstaatlichen Souveränität zum Opfer bringt. Die in dieser Bestimmung enthaltene Ermächtigung zur Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen hat die Grundlage für die Einfügung der Bundesrepublik in die Europäischen Gemeinschaften geschaffen¹⁵.

In den dargestellten Unterschieden zeichnet sich freilich das volle Ausmaß der Differenz zwischen der heutigen und früheren Verfassungslagen noch nicht ab. Kaum minder wichtig als die institutionellen Regelungen und ihr Wortlaut ist das Verständnis der Verfassung und der Tragweite ihrer Normierungen, das deren Auslegung weitgehend beeinflusst. Es kennzeichnet die Verfassungslage unter dem Grundgesetz, daß auf der Grundlage eines stärker inhaltlich geprägten Verfassungsverständnisses und einer weiten Auslegung namentlich der Grundrechte nahezu das gesamte Leben des Gemeinwesens bis hin zu der bürgerlichen Rechtsordnung als in seinen Grundlagen verfassungsrechtlich bestimmt und geordnet betrachtet wird, daß dem Grundgesetz mithin für dieses Leben ungleich größere Bedeutung zukommt als allen seinen Vorgängern¹⁶. So bedeutsam daher die Ursprünge sind und bleiben, ist nicht zu verkennen, daß das Grundgesetz sich von den Absichten und Erwartungen seiner Väter weitgehend gelöst hat: Es ist in ein Eigenleben getreten und entfaltet insoweit eine Selbstgesetzlichkeit, in der Züge eines Wandels deutlich hervortreten.

¹⁴ Nach herrschender Auffassung der Weimarer Staatsrechtslehre konnte sich der Gesetzgeber mit den für Verfassungsänderungen erforderlichen Mehrheiten über die Verfassung hinwegsetzen, ohne deren Text zu ändern (Verfassungsdurchbrechung). Ebenso waren einer Verfassungsänderung keine Grenzen gezogen: Sofern nur die Voraussetzung der erforderlichen qualifizierten Mehrheiten erfüllt war, konnten durch verfassungsänderndes Gesetz „Verfassungsänderungen jeder Art bewirkt werden: nicht nur minder bedeutsame, mehr durch technische als durch politische Erwägungen bedingte, sondern bedeutsame, einschließlich solcher, die sich auf die rechtliche Natur des Reichsganzen (Bundesstaat), die Zuständigkeitsverteilung zwischen

Reich und Ländern, die Staats- und Regierungsform des Reichs und der Länder (Republik, Demokratie, Wahlrecht, Parlamentarismus, Volksentscheid, Volksbegehren) und andere prinzipielle Fragen (Grundrechte!) beziehen“ (G. ANSCHÜTZ Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl. 1933, Anm. 3 zu Art. 76). Demgegenüber läßt Art. 79 Abs. 3 GG keinen Zweifel daran, daß Verfassungsänderungen, die den materiellen Kern der Verfassung betreffen, nach dem Grundgesetz ausgeschlossen sind; er enthält ferner ein Verbot der Beseitigung der bundesstaatlichen Ordnung.

¹⁵ Dazu unten S. 59ff.

¹⁶ Vgl. unten S. 90ff.

3. Die weitere Verfassungsentwicklung

a) Vom „Grundgesetz“ zur „Verfassung“

Ein Wandel gegenüber der ursprünglichen Lage liegt zunächst und vor allem darin, daß das Grundgesetz sehr bald seinen Charakter als Provisorium abgestreift hat. Ist es schon von vornherein mehr als eine Teilordnung als das anfänglich angestrebte „Organisationsstatut“ gewesen, so hat es sich in der Zwischenzeit auch als dauerhafte Ordnung erwiesen – die Zeit seiner Geltung beträgt inzwischen mehr als das Doppelte derjenigen der Weimarer Verfassung. Diese Ordnung ist auch von größerer Lebens- und Wirkkraft als manche Kritiker vorausgesagt haben: Der Bundesrepublik sind unter ihr drei Jahrzehnte politischer Stabilität beschieden gewesen, wobei freilich offen ist, ob und inwieweit diese Stabilität institutionellen Regelungen, vor allem dem geltenden Wahlrecht mit seiner 5%-Klausel, zu verdanken ist¹⁷. Ein Wechsel der die Regierung stellenden politischen Kräfte hat sich sowohl mit der Bildung der Großen Koalition von CDU/CSU und SPD im Jahre 1966 als auch derjenigen von SPD und FDP im Jahre 1969 reibungslos vollzogen und das Modell alternativer Regierung Wirklichkeit werden lassen. Schließlich erscheint auch der Mangel geheilt, daß das Grundgesetz nicht von einer unmittelbar vom Volke gewählten Versammlung beschlossen oder einer Volksabstimmung unterworfen worden ist und deshalb dem Einwand unzureichender demokratischer Legitimation ausgesetzt war. Denn die Zustimmung der Mehrheit des Volkes zu seiner Verfassung ist inzwischen zwar nicht förmlich, aber doch der Sache nach gegeben: Auch wenn das Grundgesetz kein Volks-, sondern eher ein Juristengesetz ist¹⁸, ist es doch, namentlich in seinen Grundprinzipien und den Grundrechten, von den Menschen grundsätzlich „angenommen“ worden, die unter ihm leben; insoweit dürfte es in das Bewußtsein breiterer Bevölkerungskreise gedrungen sein als seine geschichtlichen Vorgänger. Die Unterschiede gegenüber einer echten Verfassung, die in der Bezeichnung „Grundgesetz“ Ausdruck finden sollten, sind damit gegenstandslos geworden: Das Grundgesetz ist zur Verfassung der Bundesrepublik Deutschland geworden, wenn auch unter dem Vorbehalt ihrer Ablösung durch eine gesamtdeutsche Verfassung (Art. 146 GG).

b) *Bewahrung und Veränderung*

Von diesem Wandel abgesehen ist das Grundgesetz in den Grundlinien seiner Konzeption erhalten geblieben; es zeigen sich insoweit in der Entwicklung seit 1949 einzelne Verlagerungen und neue Wege, die vor allem auf förmliche Verfassungsänderungen zurückgehen, aber keine tiefer gehenden Veränderungen des vom Parlamentarischen Rat festgelegten Grundschemas. Von insgesamt vermutlich größerer Bedeutung ist daneben der Prozeß kontinuierlicher Ausgestaltung und Festigung, das erweiterte Verständnis und die erweiterte Auslegung der Verfassung im Zusammen-

¹⁷ Sicher ist sie jedenfalls nicht auf das zweimalige Verbot extremer politischer Parteien zurückzuführen, der Sozialistischen Reichspartei im Jahre 1952 (BVerfGE 2, 1ff) und der Kommunistischen Partei Deutschlands im

Jahre 1956 (BVerfGE 5, 85 ff). Zur Rolle der 5%-Klausel: U. SCHEUNER Das Grundgesetz in der Entwicklung zweier Jahrzehnte, AÖR 95, 1970, S. 374.

¹⁸ W. WEBER (Anm. 11) S. 16.

wirken mit ihrer unmittelbaren Verbindlichkeit, durch die das geltende Verfassungsrecht sowohl in der Tragweite seiner Regelungen als auch in seiner Wirkkraft über seine Ursprünge hinausgewachsen ist. Die hierdurch bewirkte Veränderung wird deutlich, wenn die Rolle des Verfassungsrechts in der Zeit der Vorgänger des Grundgesetzes mit derjenigen der Gegenwart verglichen wird. Sie ist vor allem ein Werk der Rechtsprechung, voran des Bundesverfassungsgerichts, aber auch der Wissenschaft gewesen.

c) Überblick

Unter den bisher 34 Gesetzen zur Änderung und Ergänzung des Grundgesetzes¹⁹ sind von größerer Tragweite das vierte von 1954 und das siebente von 1956 gewesen, die im Zusammenhang mit der Wiederbewaffnung die verfassungsrechtlichen Grundlagen für das Verteidigungswesen der Bundesrepublik geschaffen haben, ferner das 17. Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes von 1968, das diesem eine umfangreiche Notstandsregelung einfügte – auch hier wieder maßgebend von dem Bestreben geleitet, die Mängel der Regelung des Art. 48 Abs. 2 der Weimarer Verfassung zu vermeiden und den Gefahren einer allgemeinen Notstandsklausel zu wehren.

Die übrigen förmlichen Verfassungsänderungen und -ergänzungen haben ganz überwiegend der bundesstaatlichen Ordnung²⁰, im besonderen der Ordnung des Finanzwesens gegolten, freilich in diesem Zusammenhang mit dem 15. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes von 1967 auch wichtige verfassungsrechtliche Grundlagen zur Erhaltung eines gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts geschaffen (Art. 109 Abs. 2–4 GG)²¹.

In den zahlreichen Korrekturen an der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern und der Konzeption der Ordnung des Finanzwesens spiegeln sich die erheblichen Spannungen und Schwierigkeiten der föderativen Ordnung wider, zu denen die Starrheit der Regelung dieser Materien durch die ursprüngliche Fassung des Grundgesetzes geführt hatte²². Sie warfen die Grundfrage nach Aufgabe und Funktion der bundesstaatlichen Ordnung in der Gegenwart des modernen Sozialstaates auf, die der Verfassungsgeber nicht im Auge gehabt hatte. Ansätze einer Bundesstaatsreform in dem Finanzreformgesetz von 1969 haben einer Lösung kaum nähergeführt. Die Herstellung einer Grundvoraussetzung hierfür, nämlich die Bildung leistungsfähiger Länder, dürfte durch das 33. Änderungsgesetz von 1976 auf Dauer vertagt worden sein, das den obligatorischen Verfassungsauftrag zur Neugliederung des Bundesgebietes (Art. 29 Abs. 1 GG) in eine bloße Ermächtigung verwandelt hat.

Haben sich damit im Bereich der bundesstaatlichen Ordnung nicht unwesentliche Änderungen ergeben und steht insoweit eine grundsätzliche Lösung aus, so kann

¹⁹ Durch sie sind 47 Artikel teilweise mehrfach geändert, 33 Artikel neu eingeführt und 7 Artikel gestrichen worden. Eine zusammenfassende Würdigung gibt R. STEINBERG Verfassungspolitik und offene Verfassung, JZ 1980, 389f m. w. N.

²⁰ Dazu unten S. 809ff.

²¹ Dazu das Stabilitätsgesetz vom 8. 6. 1967 (BGBl. I S. 582) mit spät. Änderungen.

²² Sehr kennzeichnend die Große Anfrage der Abgeordneten LENZ und GEN. vom 2. 6. 1968 und die Antwort des Bundesministers des Innern vom 20. 3. 1969, BT-Drucks. V/4002.

Ähnliches nicht oder zumindest nicht in gleichem Maße für die übrigen Bereiche der Verfassungsordnung gelten.

Abgesehen von einigen Änderungen technischer Art (Änderung des Art. 39, Streichung der Art. 45 und 49), der Konstitutionalisierung der Ausschüsse für Auswärtiges und Verteidigung sowie des Petitionsausschusses (Art. 45 a und c), der Einführung des Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages (Art. 45 b) und des Gemeinsamen Ausschusses (Art. 53 a) sowie der Übertragung der Befehls- und Kommandogewalt über die Streitkräfte auf den Bundesverteidigungsminister (Art. 65 a), ist das Recht des III.–VI. Abschnittes des Grundgesetzes über die obersten Bundesorgane in seinem Bestand unverändert geblieben. Den neuen Lösungen des konstruktiven Mißtrauensvotums (Art. 67) und des Gesetzgebungsnotstands (Art. 81) ist eine Bewährungsprobe bisher erspart geblieben²³.

Allerdings sind auch hier gegenüber der ursprünglichen Anlage der Verfassung gewisse Gewichtsverlagerungen unverkennbar. Sie dokumentieren sich einerseits in der Rolle des Bundesrates, die im Gegensatz zu dem Gewicht des Reichsrates nach der Weimarer Reichsverfassung und des Bundesrates nach der Reichsverfassung von 1871 im Lauf der Entwicklung zunehmend stärker geworden ist, andererseits in einer Machtverschiebung zwischen Bundestag und Bundesregierung, in der Probleme des Parlamentarismus im modernen Staat deutlich hervortreten. Beide Veränderungen haben indessen nicht in gleich unmittelbarer Weise zu praktischen Schwierigkeiten geführt wie im Bereich der föderativen Ordnung; sie lassen sich auch kaum auf die verfassungsrechtliche Ausgestaltung zurückführen. Wenn heute das Parlament in der Erfüllung seiner Aufgabe demokratischer Gesamtleitung, Willensbildung und Kontrolle gegenüber der Regierung im Nachteil ist, dann beruht dies eher auf den Bedingungen seines und des Wirkens der Regierung im lenkenden und leistenden Staat der Gegenwart, namentlich auch auf den aus diesen Bedingungen resultierenden Erfordernissen längerfristiger Planung und wirtschaftlicher Steuerung. Deshalb ist bislang auch offen, ob und inwieweit sich der Verstärkung der Rolle der Exekutive durch institutionelle Regelungen des Verfassungsrechts begegnen läßt, ob nicht die Lösung der Probleme eher in einer grundsätzlichen Veränderung der Arbeitsweise des Parlaments zu suchen ist, die eine Änderung des insofern weiten Raum lassenden Verfassungsrechts nicht voraussetzt²⁴.

Im wesentlichen unverändert sind auch die verfassungsrechtlichen Regelungen auf dem Gebiet der Rechtsprechung geblieben. Von einer gewissen Bedeutung sind hier der Wegfall des ursprünglich zur Wahrung der Einheit des Bundesrechts vorgesehenen obersten Bundesgerichts und seine Ersetzung durch einen gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes²⁵ sowie die Aufnahme der Verfassungsbeschwerde in den Katalog des Art. 93 Abs. 1 GG durch das 19. Änderungsgesetz von 1969, mit der eine Rechtslage Verfassungskraft erlangt hat, die schon mit dem

²³ Das gilt auch für die Lösung der Regierungskrise des Jahres 1972, für die nach dem Scheitern eines Antrags gem. Art. 67 GG der Weg der Vertrauensfrage (Art. 68 Abs. 1 Satz 1

GG) und der Auflösung des Bundestages eingeschlagen worden ist.

²⁴ Vgl. SCHEUNER (Anm. 17) S. 380.

²⁵ 16. Änderungsgesetz zum Grundgesetz vom 18. 6. 1968 (BGBl. I S. 657).

Bundesverfassungsgerichtsgesetz von 1951 geschaffen worden war (§§ 90f), und auf der zu einem nicht unwesentlichen Teil die Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts und seiner Rechtsprechung beruht. Die übrigen Veränderungen in diesem Bereich beschränken sich auf Korrekturen technischer oder terminologischer Art.

Schließlich die Normierung von Grundrechten im Grundgesetz: Sie ist in ihrem ursprünglichen Bestand nahezu vollständig erhalten. Ergänzungen, Modifikationen und Änderungen von einigem Gewicht haben das 7. Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes mit der Regelung von Grundrechtsbeschränkungen für Wehr- und Ersatzdienstleistende (Art. 17a) und die Notstandsnovelle von 1968 gebracht. Insofern ist vor allem hinzuweisen auf die ausdrückliche Gewährleistung des Rechts zum Arbeitskampf im Falle eines Notstandes (Art. 9 Abs. 3 Satz 3) und – nicht auf Notstandsfälle begrenzte – Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Art. 19 Abs. 4 Satz 3)²⁶.

Mit der weitgehenden Bewahrung des äußeren Bestandes der Grundrechte hat sich indessen eine grundlegende Ausweitung und Verstärkung ihrer Tragweite verbunden, welche der heutigen Verfassungslage ihre prägenden Züge gegeben hat: Auf dem Gebiet der Grundrechte tritt der neben der Weiterentwicklung durch förmliche Verfassungsänderungen sich vollziehende innere Ausbau und die Ausgestaltung der Verfassungsordnung (oben S. 11f) mit besonderer Deutlichkeit hervor, und er ist gerade hier von ausschlaggebender Bedeutung geworden. Insofern hat die Rechtsprechung, namentlich des Bundesverfassungsgerichts, wesentlichen Anteil an der Fortbildung des Verfassungsrechts²⁷.

Ohne wesentliche praktische Auswirkungen auf die weitere Entwicklung der Verfassungsordnung ist die Arbeit der vom Bundestag durch die Beschlüsse vom 8. Oktober 1970 und 22. Februar 1973 eingesetzten Enquête-Kommission für Fragen der Verfassungsreform geblieben. Ihr Auftrag war darauf beschränkt „zu prüfen, ob und inwieweit es erforderlich ist, das Grundgesetz den gegenwärtigen und voraussehbar zukünftigen Erfordernissen – unter Wahrung seiner Grundprinzipien – anzupassen“. In Ausführung dieses Auftrags hat die Kommission im Dezember 1976 ihren Schlußbericht vorgelegt²⁸. Der Bericht konzentriert sich auf die Fragenkomplexe „Parlament und Regierung“ sowie „Bund und Länder“. Unter dem ersten Aspekt werden vor allem Probleme der politischen Mitwirkungsrechte der Bürger, der Stellung des Bundestages, der Dauer und Beendigung der Wahlperiode, der parlamentarischen Kontrollrechte und der Einsetzung eines Bundeswirtschafts- und Sozialrates behandelt, unter dem zweiten namentlich Fragen der Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen, der Finanzordnung, der Rahmenplanung und Investitionsfinanzierung sowie der Stellung des Bundesrates. Zu diesen Fragen hat die Kommission Empfehlungen einer Änderung des Grundgesetzes ausgearbeitet, mit deren Realisierung indessen auf absehbare Zeit nicht zu rechnen sein wird²⁹.

²⁶ Vgl. dazu BVerfGE 30, 1 (17ff).

²⁷ Dazu näher unten S. 90ff.

²⁸ BT-Drucks. 7/5924. Vgl. auch den Zwischenbericht von 1973, BT-Drucks. VI/3829.

²⁹ Zur Würdigung der Arbeit der Kommission: R. WAHL Empfehlungen zur Verfassungsreform, AöR 103, 1978, S. 477ff (m. w. N. S. 484 Anm. 20); R. GRAWERT Zur Verfassungs-

II. Die Verfassung und ihre Eigenart

„Jeder dauernde Verband bedarf einer Ordnung, der gemäß sein Wille gebildet und vollzogen, sein Bereich abgegrenzt, die Stellung seiner Mitglieder in ihm und zu ihm geregelt wird. Eine derartige Ordnung heißt eine *Verfassung*. Notwendig hat daher jeder Staat eine Verfassung . . . Die Regel aber bildet bei Kulturvölkern eine rechtlich anerkannte, aus Rechtssätzen bestehende Ordnung. Die Verfassung umfaßt demnach in der Regel die Rechtssätze, welche die obersten Organe des Staates bezeichnen, die Art ihrer Schöpfung, ihr gegenseitiges Verhältnis und ihren Wirkungskreis festsetzen, ferner die grundsätzliche Stellung des Einzelnen zur Staatsgewalt³⁰.“

Diese beschreibende Kennzeichnung GEORG JELLINEKS vermag eine erste Orientierung zu vermitteln³¹. Da sie im Allgemeinen stehen bleibt, ist sie freilich zum Verständnis und zur Bewältigung der Fragen des in der Bundesrepublik geltenden Verfassungsrechts nur eine schwache und unvollkommene Hilfe. Dafür bedarf es näherer Einsicht in die Aufgaben, die Funktion und die Eigenart der Verfassung in der Wirklichkeit heutigen konkret-geschichtlichen Lebens.

1. Die Aufgaben der Verfassung

Die Funktion, welche die Verfassung im Leben des Gemeinwesens erfüllen soll, gilt zwei Grundaufgaben: der Bildung und Erhaltung politischer Einheit sowie der Schaffung und Erhaltung rechtlicher Ordnung. Beide hängen eng miteinander zusammen³².

Die politische Handlungseinheit, die wir „Staat“ nennen, ist nicht, wie in der Umschreibung G. Jellineks vorausgesetzt, etwas, was ohne weiteres vorgegeben ist. Es bedarf der Herstellung dieser Einheit, und es bedarf ihrer Erhaltung, dies um so mehr, als sie sich nicht in dem einheitlichen Willen eines souveränen Volkes oder einer herrschenden Klasse verkörpert. Sie muß vielmehr im politischen Prozeß der modernen pluralistischen Gesellschaft gewonnen und gesichert werden: im Neben- und Gegeneinander zahlreicher Gruppen, in dem der Ausgleich zwischen den unterschiedlichen Meinungen, Interessen und Bestrebungen, die Austragung und die Regelung von Konflikten gleichermaßen zur kategorisch gestellten Aufgabe wie zur

reform, Der Staat 18, 1978, S. 229 ff; R. STEINBERG Verfassungspolitik und offene Verfassung, JZ 1980, 390 f.

³⁰ G. JELLINEK Allgemeine Staatslehre, Neudruck der 3. Aufl., 1921, S. 505. – Zu der Geschichte des Verfassungsgedankens und den Typen geschichtlicher Verfassungen ebd. S. 505 ff; P. BADURA Artikel Verfassung, in: Evangelisches Staatslexikon, 2. Aufl. 1975, Sp. 2707 ff.

³¹ Sie ist, soweit ersichtlich, keinen Einwänden ausgesetzt, während es im heutigen verfassungsrechtlichen Schrifttum einen konkreteren, allgemeineren oder zumindest überwiegend anerkannten Verfassungsbegriff nicht

gibt. Von einer Darstellung der verschiedenen Begriffe, die ohne Einbeziehung ihrer Voraussetzungen und Implikationen kaum hinreichend informieren könnte, muß hier abgesehen werden. Vgl. dazu K. STERN Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I, 1977, S. 51 ff; TH. MAUNZ Deutsches Staatsrecht 23. Aufl. 1980, S. 30 f; zu den heutigen verfassungstheoretischen Positionen: H. VORLÄNDER Verfassung und Konsens, 1981, bes. S. 275 ff.

³² P. BADURA Verfassung und Verfassungsgesetz, in: Festschrift für U. Scheuner, 1973, S. 19 ff.

Daseinsbedingung des Staates geworden sind. Wo es nicht mehr möglich ist, aus der Vielheit der einzelnen Willensrichtungen einen verbindlichen Gesamtwillen zu bilden, wo es nicht mehr gelingt, im Wege der Verständigung oder der Mehrheitsentscheidung politische Ziele zu setzen und zu verwirklichen, zerbricht der Staat als politische Handlungseinheit. Sein Entstehen und Bestehen beruht auf dem Erfolg des Prozesses staatlicher Integration, in dem mit Recht der eigentliche Kern seines Wesens gesehen worden ist³³.

Dieser Erfolg hängt im letzten von dem Grad der Zustimmung ab, die der Staat findet. Es kommt darauf an, daß der Staat von den Menschen, die in ihm leben, getragen, verantwortet und wenn nötig auch verteidigt wird; nur in dem Maße, in dem das geschieht, läßt sich sagen, daß er ein gefestigter, ein „starker“ Staat sei. Diese Bedingungen sind eine Frage zahlreicher außerrechtlicher Faktoren wie Tradition, politisches Bewußtsein oder führende Persönlichkeiten; sie sind in einem nicht näher bestimmbaren und wechselnden Maße, aber notwendig auch eine Frage des Rechts. Denn jener Prozeß bedarf der rechtlichen Ordnung: Das Zusammenwirken, das zur Bildung politischer Einheit führen und in dem staatliche Aufgaben erfüllt werden sollen, bedarf der Organisation und des geordneten Verfahrens³⁴. Nicht minder kommt es darauf an, den Inhalt dieser Ordnung so zu gestalten, daß sie die Zustimmung der Menschen findet, die unter ihr leben sollen. Dieser Grundaufgabe dient die Verfassung, die sich insoweit als rechtliche Ordnung des Prozesses staatlicher Integration begreifen läßt.

Nicht nur in dieser Richtung, in Beschränkung auf den Staat, besteht die Aufgabe rechtlicher Ordnung. Rechtlicher Ordnung bedarf in einem umfassenden Sinne das gesamte menschliche Zusammenleben innerhalb des Staatsgebietes, das ohne sie nicht möglich wäre. Dabei ist Ordnung nicht Selbstzweck, Ordnung um der Ordnung willen; sondern es kommt auf die Inhalte dieser Ordnung an: Sie soll „richtig“ und deshalb legitime Ordnung sein. Als Maßstab solcher Richtigkeit läßt sich in der heutigen Zeit, die der Geschichtlichkeit allen Rechts inne geworden ist, nicht mehr auf ein außerhalb menschlichen Denkens und Handelns bestehendes Naturrecht zurückgreifen. Ebenso wenig ist es indessen gerechtfertigt, sich auf einen skeptischen Positivismus zurückzuziehen, für den ohne Rücksicht auf ihren Inhalt jede Regelung „Recht“ ist, die von den zuständigen Instanzen als Recht gesetzt worden ist. Maßstäbe der Richtigkeit geschichtlichen Rechts bieten demgegenüber bewährte Rechtstradition, aber auch ihr Gegenteil: geschichtliche Erfahrungen, die erwiesen haben, was nicht „richtig“ ist und darum nicht als Recht angesehen werden darf, wie z. B. die Vernichtung „rassisch wertlosen“ oder „lebensunwerten“ Lebens unter dem nationalsozialistischen Unrechtsregime. Darüber hinaus und im Zusammenhang damit ergeben sich Maßstäbe aus den Rechtsgrundsätzen, die sich im Kampf und in der Erfahrung der Generationen gebildet haben und durch sie bestätigt worden sind, im besonderen aus den Menschenrechten und weiteren Grundsätzen, wie denen

³³ R. SMEND Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968, S. 136 ff.

³⁴ H. HELLER Staatslehre, 1934, S. 88 ff, 228 ff.

der Unabhängigkeit der Richter oder des rechtlichen Gehörs. Maßstäbe sind endlich die Leitbilder der lebenden Generation für die Gestaltung der Gegenwart und die der Zukunft. Diese Maßstäbe aufzunehmen, zu positivieren und damit zu ihrem Teil „richtige“ rechtliche Ordnung zu gewährleisten, ist Aufgabe der Verfassung.

2. Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens

In der Erfüllung dieser grundlegenden Aufgaben politischer Einheitsbildung und rechtlicher Ordnung wird die Verfassung zur rechtlichen Grundordnung nicht nur des Staates³⁵, sondern auch für das nichtstaatliche Leben innerhalb des Staatsgebietes: zur rechtlichen Grundordnung des Gemeinwesens.

Sie bestimmt zunächst die Leitprinzipien, die zur Bildung politischer Einheit führen, nach denen diese sich vollziehen und nach denen staatliche Aufgaben wahrgenommen werden sollen; nach dem Grundgesetz sind dies die Unantastbarkeit der Würde des Menschen als oberstes Konstitutionsprinzip der verfassungsmäßigen Ordnung, die Prinzipien der Republik, der Demokratie, des sozialen Rechtsstaates und des Bundesstaates. In der näheren Konkretisierung dieser Prinzipien ordnet die Verfassung die Organisation und das Verfahren politischer Einheitsbildung und staatlichen Wirkens. Sie normiert Regeln, nach denen die staatlichen Organe zu bilden, nach denen die politische Gesamtrichtung zu bestimmen und schwebende Fragen zu entscheiden sind. Sie regelt die Kompetenzen dieser Organe und in Grundzügen das Verfahren, in dem diese wahrzunehmen sind. Sie schafft Verfahren zur Bewältigung von Konflikten innerhalb des Gemeinwesens.

Darüber hinaus normiert die Verfassung im oben dargelegten Sinne Grundzüge rechtlicher Gesamtordnung, nicht nur des staatlichen Lebens im engeren Sinne. Sie ordnet die für das Gesamtleben wesentlichen Lebensbereiche zusammen, und zwar deshalb, weil diese Bereiche zum Leben des Gesamtkörpers gehören und in unaufhebbarer Zusammenhang mit der politischen Ordnung stehen. In diesem Sinne werden in der Verfassung auch Grundlagen von Lebensbereichen geordnet, die mit der politischen Ordnung unmittelbar nichts zu tun haben, etwa die Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung: Ehe, Familie, Eigentum, Erbrecht, Grundlagen des Strafrechts, Grundsätze für die Ordnung des Bildungswesens, des religiösen, des Arbeits- oder des Soziallebens. In allem ist die Verfassung „der grundlegende, auf bestimmte Sinnprinzipien ausgerichtete Strukturplan für die Rechtsgestalt eines Gemeinwesens“³⁶.

3. Die Eigenart des Verfassungsrechts

Nicht nur durch seine Aufgaben und seinen Gegenstand unterscheidet sich Verfassungsrecht von dem Recht anderer Rechtsgebiete. Wesentliche Besonderheiten liegen auch in seinem Rang, in der Art seiner Regelungen sowie den Bedingungen seiner

³⁵ So der Titel der bedeutsamen Schrift von W. KÄGI 1945.

³⁶ A. HOLLERBACH *Ideologie und Verfassung*, in: *Ideologie und Recht*, hrsg. von W. MAIHOFER 1968, S. 46.

Durchsetzungs- und Geltungskraft in der sozialen Wirklichkeit. Diese Unterschiede sind für seine Wirkungsweise von grundlegender Bedeutung; die Einsicht in sie ist Voraussetzung für das Verständnis verfassungsrechtlicher Probleme und deren angemessene Lösung.

a) Vorrang

Dem Verfassungsrecht kommt der Vorrang vor allem übrigen innerstaatlichen Recht zu³⁷. Dieser Vorrang ist Voraussetzung der Funktion der Verfassung als rechtlicher Grundordnung des Gemeinwesens. Verfassungsrecht kann daher durch einfache Gesetze weder aufgehoben noch abgeändert werden; keine Bestimmung der Rechtsordnung und kein staatlicher Akt darf sich in Widerspruch zu ihm setzen; alle staatlichen Gewalten, auch die gesetzgebende, sind an die Verfassung gebunden (vgl. Art. 20 Abs. 3, Art. 1 Abs. 3 GG).

b) Offenheit

Diese Bindung ist, namentlich in einer Verfassung mit ausgebauter Verfassungsgerichtsbarkeit wie dem Grundgesetz, nicht unproblematisch. Denn die Regelungen der Verfassung sind weder vollständig noch vollkommen. Weite Bereiche, auch solche des im engeren Sinne staatlichen Lebens, werden nur durch Bestimmungen von mehr oder minder großer Weite und Unbestimmtheit, manche sogar überhaupt nicht geordnet. Die Verfassung ist kein lückenloses System; sie enthält keine Kodifikation, sondern eine punktuelle Zusammenfassung von einzelnen Grundsätzen und Grundzügen der Gesamtordnung des Gemeinwesens. Sie ist eine „offene“ Ordnung.

Diese Offenheit ist stets begrenzt. Aber soweit sie reicht, gibt sie – dies ist vor allem ein wesentlicher Sinn und Inhalt demokratischer Ordnung – Raum für einen freien politischen Prozeß und sucht sie diesen zu gewährleisten. Die Verfassung ermöglicht daher durchaus unterschiedliche politische Konzeptionen, Zielsetzungen und deren Verfolgung. Sie ermöglicht es, veränderten technischen, wirtschaftlichen oder sozialen Gegebenheiten Rechnung zu tragen, sich dem geschichtlichen Wandel anzupassen, und sie sichert damit eine Grundvoraussetzung ihres eigenen Bestands und ihrer Wirkkraft.

Zugleich hat die Unbestimmtheit und Weite mancher Verfassungsnormen freilich zur Folge, daß verfassungsrechtliche Fragen oft schwerer zu beantworten sind als Fragen aus anderen Rechtsgebieten, die eine detaillierte normative Regelung gefunden haben. Namentlich das zugrunde gelegte Verständnis der Verfassung, im besonderen der Grundrechte, ist von erheblicher Bedeutung und kann – wie die folgenden Beiträge zeigen – zu sehr unterschiedlichen Antworten führen. Da alle staatlichen Gewalten an die Verfassung gebunden sind, entscheidet sich hier die zentrale Frage, ob und in welchem Umfang der Gesetzgeber im konkreten Falle bei einer Regelung

³⁷ Dazu R. WAHL *Der Vorrang der Verfassung, Der Staat* 20, 1981, S. 485 ff. Zum Verhältnis von Verfassungsrecht und Völkerrecht vgl. etwa E. MENZEL/K. IPSSEN *Völkerrecht*, 2.

Aufl. 1979, S. 58 ff. Zum Verhältnis von Verfassungsrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht vgl. unten S. 63 ff.

frei oder ob er verfassungsrechtlichen Bindungen unterworfen ist, deren Einhaltung der Kontrolle des Verfassungsgerichts unterliegt.

Die relative Offenheit und Weite des Verfassungsrechts liefe allerdings Gefahr, zur Auflösung in totale Dynamik zu führen, wenn sie nicht mit bestimmter und verbindlicher Festlegung gepaart wäre; beides, Offenheit und verbindliche Festlegung, ist Voraussetzung für die Erfüllung der Aufgaben der Verfassung. Demgemäß legt die Verfassung die Grundlagen der Ordnung des Gemeinwesens sowie Inhalte fest, die der ständig neuen Diskussion und Infragestellung entrückt sein sollen. Sie legt den staatlichen Aufbau und das Verfahren fest, in dem von ihr offengelassene Fragen ebenso zu entscheiden sind wie Konflikte. Gerade die Verfahrensregelungen sind von oft unterschätzter Bedeutung, weil sie bei angemessener Gestaltung zur richtigen Entscheidung offener Fragen beitragen. Sie schaffen zudem eine feste Form, in der Entscheidungen getroffen werden sollen, und schließen damit regellose Machtkämpfe aus. Sie machen endlich den Vorgang der Entscheidungsbildung für die Beteiligten und die von der Entscheidung Betroffenen einsehbar und verstehbar. Je mehr die Verfassung selbst auf Entscheidungen verzichtet, desto wichtiger ist es, daß sie für diese ein geordnetes Verfahren bereitstellt. Erst auf diese Weise kann die Offenheit der Verfassung die ihr zukommende Funktion erfüllen.

c) Selbstgewährleistung des Verfassungsrechts

Verfassungsrecht unterscheidet sich schließlich von dem Recht anderer Rechtsgebiete dadurch, daß es letztlich keine Instanz gibt, die seine Einhaltung erzwingen könnte; Verfassungsrecht muß sich selbst gewährleisten, und dies setzt eine Gestaltung voraus, die solche Selbstgewährleistung nach Möglichkeit zu sichern imstande ist.

Die Ordnungs- und Befriedungsfunktion des staatlichen Rechts beruht zu einem wesentlichen Teil darauf, daß es wenn nötig im Wege der Vollstreckung, durch staatlichen Zwang, durchgesetzt wird. Seine Befolgung ist also stets „von außen“ gewährleistet. Anders bei den Regelungen der Verfassung. Deren Einhaltung ist weder durch eine über ihr stehende Rechtsordnung noch durch überstaatlichen Zwang gesichert; die Verfassung ist auf ihre eigenen Kräfte und Garantien beschränkt. Sie sucht dieser Lage durch eine Gestaltung Rechnung zu tragen, die durch die Teilung und das Zusammenspiel der staatlichen Gewalten die Einhaltung des Verfassungsrechts immanent bewirken soll: Sie muß sozusagen ein in sich gravitierendes System bilden und die Bedingungen ihrer Durchsetzung in sich selbst tragen³⁸. Aber dieses immanente Gleichgewicht bleibt immer prekär. Sofern ein Gericht besteht, das über die Frage der Einhaltung der Verfassung zu entscheiden hat, kann zwar verbindlich festgestellt werden, ob dies der Fall ist oder nicht, und aus dem Spruch des Gerichts können sich Konsequenzen ergeben, die auf eine Wiederherstellung oder Respektierung der verfassungsrechtlichen Lage hinwirken. Erzwingen läßt sich dies indessen nicht; es kommt letztlich darauf an, daß jedes staatliche Organ sich freiwillig den Bindungen der Verfassung unterwirft und daß alle ihre Verantwortlich-

³⁸ R. SMEND (Anm. 33), S. 195f.

keit für die Befolgung der Verfassung erkennen und wahrnehmen. – Die Vorstellung eines über oder außerhalb dieser Immanenz stehenden „Hüters der Verfassung“³⁹ verfehlt die Problematik und kann daher in die Irre führen.

d) *Bedingungen tatsächlicher Geltung*

Darüber hinaus kann auch das kunstvollste Verfassungssystem seine Einhaltung nicht wirksam gewährleisten, wenn es an den Voraussetzungen seiner tatsächlichen Geltung fehlt, wenn die Verfassung nicht imstande ist, die Realität gelebter, geschichtliche Wirklichkeit formender und gestaltender Ordnung zu gewinnen. Diese Fähigkeit, die Bedingung dafür ist, daß die Verfassung ihre dargelegte Funktion erfüllen kann, hängt weithin von außerrechtlichen Faktoren ab, die die Verfassung ihrerseits nur beschränkt zu beeinflussen vermag. Zu ihnen gehören die Gegebenheiten der geschichtlichen Wirklichkeit, die zu ordnen die Verfassung bestimmt ist, der geistige, soziale, politische oder ökonomische Entwicklungsstand der Zeit: Je mehr Verfassungsrecht an diese Gegebenheiten anknüpft, die Kräfte und Tendenzen der Zeit in sich aufnimmt, desto eher wird es seine Wirkung entfalten können. Sucht es geschichtlich überholte Gestaltungsformen festzuhalten oder strebt es umgekehrt eine Utopie an, dann wird es unvermeidlich an den Realitäten scheitern.

Nicht minder wesentlich ist daneben das Verhalten der Menschen, die am Verfassungsleben beteiligt sind, die Bereitschaft der politisch Führenden wie der Geführten, die Inhalte der Verfassung als verpflichtend anzuerkennen. Nicht der Wille des historischen Verfassungsgebers vermag zu bewirken, daß die Normierungen der Verfassung befolgt, daß die durch sie konstituierte politische Handlungseinheit Staat bejaht und verantwortlich mitgetragen wird, sondern dazu muß die Einigkeit unter den Vätern der Verfassung prinzipiell unter denen fortbestehen, die später unter der Verfassung zu leben haben. Es kommt darauf an, daß die von ihr normierte Ordnung als „richtige“, als legitime Ordnung angesehen wird und darum integrierende Wirkung entfaltet. Der die aktuellen Gegensätze und Konflikte übergreifende grundsätzliche Konsens hierüber ist ein weiterer wesentlicher Faktor, von dem die Lebens- und Wirkkraft des Verfassungsrechts abhängt⁴⁰.

III. Zur heutigen und künftigen Bedeutung des Grundgesetzes

Ist das Grundgesetz den dargelegten Aufgaben gerecht geworden, wird es sie weiterhin erfüllen können oder leidet es an Fehlern, die seine Funktion für die Gegenwart und absehbare Zukunft insgesamt in Frage stellen?

³⁹ C. SCHMITT *Der Hüter der Verfassung*, 1931.

⁴⁰ Vgl. dazu U. SCHEUNER *Konsens und Pluralismus als verfassungsrechtliches Problem*, in: G. JAKOBS *Rechtsgeltung und Konsens*, 1976, S. 33ff; A. PODLECH *Wertentscheidungen*

und Konsens, ebd. S. 29ff. Eingehend zu den Bedingungen eines Konsenses über die Verfassung in der Gegenwart: H. VORLÄNDER (Anm. 31) bes. S. 157ff (3.–5. Kapitel).

1. Die Bedeutung des Grundgesetzes in der Gegenwart

Das Grundgesetz findet heute im ganzen breite Zustimmung, auch wenn sich kaum abschätzen läßt, wie gesichert dieser Konsens ist, ob er auch die Bereitschaft umfaßt, die verfassungsmäßige Ordnung in Krisenlagen zu bejahen und zu verteidigen. Wie die dargestellte Entwicklung zeigt, ist es während eines nicht unerheblichen Zeitraums in der Lage gewesen, seine Funktion als Verfassung der Bundesrepublik zu erfüllen. Insofern hat die geschichtliche Entwicklung manche skeptische Würdigung und daran anknüpfende Bedenken und Verfallsprognosen⁴¹ bislang widerlegt. Allerdings ist das Grundgesetz auch keiner härteren Belastungsprobe ausgesetzt gewesen. So sehr indessen eine Verfassung auch in Krisenzeiten standhalten soll, ist sie doch in erster Linie für die Normallage geschaffen. In dieser hat sich das Grundgesetz im ganzen bewährt⁴². Zu verdanken ist das namentlich dem Umstand, daß seine Regelungen bei allen Spannungen und Friktionen, vor allem im Bereich der föderativen Ordnung, es ermöglicht haben, den Gegebenheiten der Zeit gerecht zu werden: Das Grundgesetz gibt Raum für ein Verständnis der Verfassung und ihrer Bestimmungen, das den politischen Gewalten ausreichende Gestaltungsfreiheit beläßt und es ihnen ermöglicht, in der Bestimmung der politischen Gesamtrichtung wechselnde Ziele zu verfolgen oder sich wechselnden Erfordernissen anzupassen; das gilt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts namentlich auf dem Gebiet der Wirtschaft⁴³. Diese Offenheit und die Möglichkeit, dort wo sie nicht ausreicht, das Grundgesetz zu ändern, sind entscheidende Voraussetzungen für die Bewältigung der Probleme von drei Jahrzehnten gewesen.

Freilich bewährt sich eine Verfassung nicht nur in der klugen Anpassung an das Gegebene. Sie legt auch Ziele und Richtlinien fest, und sie sucht der Verfolgung dieser Ziele und Richtlinien einen festen Rahmen zu geben. Eben das ist dem Grundgesetz in unerwartetem Ausmaß gelungen. Es hat nicht etwa nur mühselig mit der geistigen, politischen, wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung Schritt gehalten, sondern es hat diese in weitem Umfang geleitet und geprägt: In seiner umfassenden Bedeutung für alle Bereiche des Rechts (oben S. 11 f, 14) und damit für das gesamte Leben des Gemeinwesens liegt der wesentliche Charakterzug der neueren verfassungsrechtlichen Entwicklung.

Das ist sicher eine Folge der Ausweitung des gerichtlichen Rechtsschutzes, vor allem der Existenz und des Wirkens der mit umfassenden Zuständigkeiten ausgestat-

⁴¹ Vgl. etwa H. P. IPSEN Über das Grundgesetz, 1950; DERS. Über das Grundgesetz – nach 25 Jahren, DÖV 1974, 289 ff (u. a. mit der Diagnose, daß der „Basiskonsens“ der ersten Jahre des Grundgesetzes verloren gegangen sei (S. 293); W. WEBER Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz (Anm. 11) S. 9 ff; DERS. Die Bundesrepublik und ihre Verfassung im dritten Jahrzehnt, ebd. S. 345 ff; DERS. Ist Verlaß auf unser Grundgesetz? 1975; H. KRÜGER Die deutsche Staatlichkeit

im Jahre 1971, Der Staat 10, 1971, S. 471 ff, insgesamt freilich, ebenso wie E. FORSTHOFF Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, eher einen zunehmenden Verlust an Staatlichkeit in der Entwicklung der Bundesrepublik konstatierend.

⁴² Vgl. auch N. ACHTERBERG Deutschland nach 30 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 38, 1980, S. 81 ff.

⁴³ Zusammenfassend mit weiteren Nachweisen BVerfGE 50, 290 (337 f).

teten Verfassungsgerichtsbarkeit. Durch dieses hat sich nicht nur die dem früheren Verfassungsrecht keineswegs selbstverständliche Bindung aller staatlichen Gewalten – einschließlich des Gesetzgebers – an die Verfassung verwirklicht. Von gleichem, wenn nicht größerem Gewicht ist die Ausdehnung der inhaltlichen Tragweite des Verfassungsrechts, namentlich der Grundrechte. Das allein reicht indessen nicht aus, den Befund zu erklären.

Das, was das Grundgesetz als Grundlagen der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet: die Würde des Menschen, die in den Grundrechten garantierten Freiheiten und die Rechtsgleichheit, die Prinzipien der staatlichen Ordnung, hier vor allem diejenigen der Demokratie und des Rechtsstaates, und die vielfältigen Versuche, dies alles institutionell zu wahren und zu sichern, ist in der Bundesrepublik in höherem Maße eine Frage des Rechts als in älteren Demokratien des Auslandes. Dort haben politische und Geistesgeschichte eine politische Kultur entstehen lassen, die ohne ein ähnlich kunstvolles perfektes System rechtlicher Sicherungen auskommt und Demokratie, Freiheitlichkeit und Rechtsstaatlichkeit in gleichem Maße, möglicherweise sogar sicherer zu gewährleisten imstande ist. In der Bundesrepublik war bislang, als Folge der neueren deutschen Geschichte und ihrer Umbrüche eine solche Lage nicht gegeben; an ihrem Anfang stand vielmehr ein geistiges und politisches Vakuum, in dem die Verfassung, besonders in ihren Grundrechten, gewissermaßen eine Ersatzfunktion zu übernehmen hatte. So erscheint sie als Proklamierung eines Wert- oder Güter-, eines Kultursystems⁴⁴, ohne das kein Gemeinwesen bestehen kann; sie gewinnt die Bedeutung einer geistigen Grundlegung der neuen Staatlichkeit. Vor dem Hintergrund der besonderen geschichtlichen Lage dieses Gemeinwesens sucht sie durch institutionelle Stützung und Sicherung zu ersetzen, was außerrechtlich nicht hinreichend gewährleistet erscheint. Es ist daher kein Zufall, wenn die Verfassung eine Überhöhung erfahren hat und zu einer höchsten, geradezu bibelähnlichen Autorität erhoben worden ist. Ebenso ist es bezeichnend, daß die in neuerer Zeit geführte Diskussion über die Grundwerte weitgehend an das Grundgesetz anknüpft. Daß solche Überhöhung in eine gleichsam theologische Dimension auch ihre Gefahren hat, namentlich die politische Auseinandersetzung um ihre Funktion bringen und sie belasten kann, ist mit Recht kritisch bemerkt worden⁴⁵.

Diese hohe Bedeutung der Verfassung ist nicht unangefochten. Doch richten Kritik und Protest sich weniger gegen die verfassungsmäßige Ordnung und ihre Prinzipien selbst, als gegen politische, gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklungen in der Bundesrepublik. Soweit solche Kritik sich am Grundgesetz als Maßstab orientiert, wird diesen Entwicklungen die Preisgabe der Zielsetzungen des Grundgesetzes durch eine konservative und restaurative Politik zum Vorwurf gemacht⁴⁶; demgegenüber befürchten andere eine Auflösung der rechtsstaatlichen Ordnung

⁴⁴ SMEND (Anm. 33) S. 264 f.

⁴⁵ U. SCHEUNER Diskussionsbeitrag, in: K. STERN Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, 1980, S. 36; R. STEINBERG

(Anm. 29) S. 386; H. VORLÄNDER (Anm. 31) S. 20 ff.

⁴⁶ Etwa H. RIDDER Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, 1975, bes. S. 17 ff.

durch ein die Grundrechte und die Rechtsstaatlichkeit in ihrem Kern veränderndes Grundrechtsverständnis⁴⁷. Eine ideologische Fundamentalopposition von einigem Gewicht, Hauptursache für die Krise der Weimarer Republik, hat die Bundesrepublik in keiner Phase ihrer Entwicklung gekannt. Der leidenschaftliche Protest von Teilen der jüngeren Generation in den Jahren nach 1968 hat nicht unmittelbar der Verfassung, sondern dem „System“ gegolten; er ist bald wieder in sich zusammengefallen und einer verbreiteten Abwendung von der Politik gewichen. Heute verbindet sich mit Protest gegen Ziele und Maßnahmen namentlich im Bereich der Verteidigungs-, Energie-, Umwelt- und Wohnungspolitik vielfach eine Entfremdung von dem bestehenden politischen System oder eine grundsätzliche Ablehnung dieses Systems schlechthin. In der Form des Protestes wird oft, ebenso wie in den Reaktionen auf ihn, ein Mangel an Vertrauen auf die demokratischen Prinzipien und mit ihm ein Defizit erkennbar, das geeignet ist, zu einer offenen oder schleichenden Verkürzung des freiheitlichen Gehalts der Verfassung zu führen. Daran wird deutlich, daß die Verfassung die außerrechtlichen Voraussetzungen und Gewährleistungen von Demokratie nur bedingt ersetzen kann, im besonderen diejenige einer breiten Schicht ausreichend informierter, demokratisch bewußter Bürger. Auch wenn dieser Mangel nicht dem Grundgesetz selbst zugerechnet werden kann, läßt er doch Grenzen der Wirkungsmöglichkeit von Verfassungsrecht erkennen und muß deshalb bei der Einschätzung der heutigen Bedeutung des Grundgesetzes berücksichtigt werden.

2. Das Grundgesetz und die Anforderungen der Zukunft

Wird das Grundgesetz in der Lage sein, auch den Anforderungen der absehbaren Zukunft gerecht zu werden? Daß diese durch raschen und tiefgehenden Wandel gekennzeichnet sein wird, muß als sicher angesehen werden. Schon heute tritt die immer stärkere Einschränkung des „beherrschten“ Lebensraumes der einzelnen Menschen, des Bereichs, in dem sie über die Grundbedingungen ihres Lebens und ihrer Existenz selbst und eigenverantwortlich bestimmen können, zugunsten des von umfangreicher öffentlicher Daseinsvorsorge abhängigen „effektiven Lebensraumes“⁴⁸ mehr und mehr hervor; der Zwang zur Ausdehnung öffentlicher Verantwortung nimmt unter den modernen Bedingungen des Zusammenlebens einer großen Zahl von Menschen auf engem Raum und knapper werdender lebenswichtiger Ressourcen zu, wie dies etwa an den Beispielen der Raum- und Stadtplanung, des Umweltschutzes oder der Energieversorgung deutlich wird⁴⁹. Kann eine Verfassung wie das Grundgesetz, dessen wesentliche Inhalte älteren historischen Schichten entstammen, den daraus sich ergebenden, heute noch nicht voll übersehbaren Notwendigkeiten entsprechen?

⁴⁷ Etwa E. FORSTHOFF *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, S. 147ff; DERS. *Einiges über Geltung und Wirkung der Verfassung*, in: *Festschrift für E. R. Huber*, 1973, S. 3ff; H.-H. KLEIN *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, 1972, S. 39f, 53ff.

⁴⁸ E. FORSTHOFF *Die Verwaltung als Leistungsträger* (1938), in: *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, 1959, S. 25ff.

⁴⁹ Vgl. dazu P. SALADIN *Wachstumsbegrenzung als Staatsaufgabe*, in: *Festschrift für U. Scheuner*, 1973, S. 550ff.

Das Verfassungsmodell, an welches das Grundgesetz anknüpft, ist, wie gezeigt (oben S. 8), das des 19. Jahrhunderts. In der konstitutionellen Monarchie dieser Zeit war es Aufgabe der Verfassung, die – als vorgegeben angesehen – prinzipiell allumfassende monarchische Staatsgewalt zu beschränken und dem Bürger auf diese Weise selbstverantwortliche Freiheit zu gewährleisten. Dies geschah in erster Linie dadurch, daß Gesetzesbeschlüsse – einschließlich der Feststellung des Staatshaushaltsplanes – an die Zustimmung der Kammern gebunden wurden. Soweit Grundrechte für die Sicherung der Freiheit eine Rolle spielten, waren sie Abwehrrechte gegen die monarchische Staatsgewalt, die sie verpflichteten, Eingriffe in das geschützte Recht zu unterlassen. Grundrechtliche Freiheit war in dem gewährleisteten Umfang Freiheit vom Staat, Ausgrenzung einer staatlicher Einwirkung entzogenen Sphäre⁵⁰.

Im demokratischen Lenkungs-, Leistungs- und Vorsorgestaat der Gegenwart stellen sich die Aufgaben grundsätzlich anders⁵¹.

Es geht nicht mehr um Beschränkung einer vorfindlichen unumschränkten staatlichen Gewalt, sondern die Aufgabe besteht darin, demokratisch legitimierte, von vornherein begrenzte staatliche Gewalt zu konstituieren und sie in der Ordnung des politischen Prozesses funktions- und leistungsfähig zu erhalten. Es geht ferner darum, auch unter den modernen Bedingungen Freiheit wirksam zu gewährleisten. Dazu bedarf es neben den organisatorischen Regelungen auch in der Demokratie der Grundrechte als Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe. Aber das Prinzip der Ausgrenzung reicht nicht mehr aus: Die Freiheit der Menschen hängt nicht nur vom Unterlassen solcher Eingriffe ab, sondern in weitem Umfang von staatlichem Tätigwerden, der Schaffung der Voraussetzungen eines freien und menschenwürdigen Lebens durch staatliche Planung, Lenkung und Vorsorge. Davon abgesehen vermag bloße Ausgrenzung einer staatlichen Eingriffen entzogenen Sphäre nicht vor den Gefährdungen menschlicher Freiheit durch nicht-staatliche Mächte zu bewahren, die in der Gegenwart bedrohlicher werden können als die Gefährdungen durch den Staat. Soll eine Verfassung angesichts dieser Sachlage Freiheit gewährleisten, so bedarf es weitergehender Vorkehrungen als der Normierung der Freiheit vom Staat. Es kommt darauf an, die Schaffung dieser Voraussetzungen und die Bereitstellung der dazu erforderlichen Leistungen zu sichern, ohne dabei durch eine übermäßige Ausdehnung zu allumfassender Fürsorge, Planung und Gestaltung selbstverantwortliche Lebensgestaltung aufzuheben. Es bedarf in zunehmendem Maße der Zuordnung miteinander kollidierender Freiheitsbereiche. Und es kommt endlich darauf an, Freiheit gegen die Ausübung gesellschaftlicher oder wirtschaftlicher Macht zu schützen, was ebenfalls staatliches Tätigwerden erfordert. Eine freiheitliche und gerechte Ordnung entsteht also nicht mehr – wovon die ältere Vorstellung ausging – gleichsam automatisch aus

⁵⁰ Zur damaligen Funktion der Grundrechte vgl. etwa U. SCHEUNER Die rechtliche Tragweite der Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts, in: Festschrift für E. R. Huber, 1973, S. 139 ff; E. R. HUBER Grundrechte im Bismarckschen

Reichssystem, in: Festschrift für U. Scheuner, 1973, S. 163 ff; R. WAHL Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts, Der Staat 18, 1979, S. 321 ff.

⁵¹ Dazu unten S. 515 ff.

der Aufteilung staatlicher Gewalt und deren Abstinenz gegenüber einer autonomen gesellschaftlichen Sphäre, sondern sie muß aktiv bewirkt werden⁵². Die traditionellen Bestandteile der Verfassung behalten dabei wesentliche Funktionen. Soll jedoch die Verfassung ihre Gesamtfunktion im Leben des Gemeinwesens erfüllen, dann muß sie mehr leisten als Machtbeschränkung und Ausgrenzung.

Diese Problematik mag bei der Schaffung des Grundgesetzes noch weniger deutlich zutage getreten sein. Sie ist inzwischen erkannt und hat zu wesentlichen Veränderungen im Verständnis der Verfassung und der Auslegung ihrer Regelungen geführt. Das gilt namentlich im Bereich der Grundrechte, deren Bedeutung heute weit über diejenige individueller Abwehrrechte gegen den Staat hinausgewachsen ist⁵³. Die frühere Tragweite der Verfassung ist dadurch nicht nur erhalten, sondern trotz der veränderten Bedingungen der Gegenwart gesteigert, wobei zu den Inhalten der Verfassung, besonders in der Sozialstaatsklausel, programmatische Elemente hinzugetreten sind⁵⁴. Zwar kann eine solche Programmatik nicht von gleicher unmittelbar rechtlicher Wirksamkeit sein wie die Begrenzung staatlichen Tätigwerdens; sie ist darauf angewiesen, daß sie vom Gesetzgeber aufgenommen und je nach den Problemlagen und Möglichkeiten der Zeit verwirklicht wird. Aber der Schaffung der Voraussetzungen freier Lebensgestaltung durch staatliches Tätigwerden kommt eine gewisse Zwangsläufigkeit des Sozialstaats zur Hilfe; dieser kann verfassungsrechtliche Garantien eher entbehren als andere Staatsziele, weil keine politische Leitung heute auf soziale Vorsorge und sozialen Ausgleich verzichten kann⁵⁵.

Wenn aber das Grundgesetz sich durch über 30 Jahre im ganzen bewährt hat, wenn es – vorbehaltlich einzelner auch weiterhin notwendig werdender Änderungen – trotz seiner Herkunft aus älteren historischen Schichten den gegenwärtigen Anforderungen des Lenkungs-, Leistungs- und Vorsorgestaates gerecht zu werden vermag, und wenn sich darin seine Fähigkeit dokumentiert, die Aufgaben der Verfassung auch unter gewandelten Verhältnissen zu erfüllen, so rechtfertigt das prinzipiell die Annahme, daß dies auch in der absehbaren Zukunft der Fall sein wird.

3. Voraussetzungen künftiger Funktionsfähigkeit

Eine solche Annahme beruht allerdings auf zwei Voraussetzungen: daß die Grenzen der Leistungsfähigkeit der Verfassung nicht überschritten werden und daß ihre (relative) „Offenheit“ erhalten bleibt. Nach beiden Richtungen hin kommt es darauf an, in der Gegenwart bestehende Tendenzen zu erkennen und ihnen entgegenzuwirken.

Die dargelegte Bedeutung, die das Grundgesetz gewonnen hat, ist gerade auch unter dem Blickwinkel seiner Funktionsfähigkeit nicht ohne Gefahr. Diese besteht in einer Überanstrengung der Verfassung zu Lasten des politischen Prozesses. In einer Verfassungsordnung, die der Verfolgung alternativer politischer Richtungen Raum gibt, kann offensichtlich nicht alles bereits von der Verfassung vorentschieden sein.

⁵² D. GRIMM Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, AöR 97, 1972, S. 500; VORLÄNDER (Anm. 31) S. 357ff.

⁵³ Vgl. unten S. 93ff.

⁵⁴ GRIMM (Anm. 52) S. 500.

⁵⁵ GRIMM (Anm. 52) S. 499.

Deshalb lassen sich politische Zielsetzungen oder Forderungen in aller Regel nicht mit Verfassungsgeboten identifizieren, wie dies heute verbreiteter Neigung entspricht und durch die große Bedeutung der Verfassung für alle Bereiche des Rechts nahegelegt erscheinen mag. Der Kampf und die Auseinandersetzung um politische Ziele und Forderungen müssen in einer funktionierenden demokratischen Ordnung grundsätzlich politisch geführt werden. Wird politische Auseinandersetzung und Entscheidung in das Gewand des Verfassungsrechts gekleidet, wird Politik gar auf Verfassungsrecht reduziert, so muß dies beide um ihre eigentliche Funktion bringen.

Die Politik wird um das ihr wesentliche Element selbstverantwortlicher Entscheidung gebracht: Für diese bleibt kein Raum, wenn es nur darum geht, einen angenommenen Willen des Grundgesetzes nachzuvollziehen; politische Auseinandersetzung, Konfliktlösung und Entscheidung ändern damit wesentlich ihren Charakter, vollends, wenn sie zu einer Sache des Verfassungsgerichts werden, das den politischen Organen ihre Verantwortung abnimmt. Wo Initiative, wo neue und eigenständige Lösungen nicht mehr entwickelt und verantwortet werden, macht sich Immobilismus breit, der das schlechteste Rezept für die Bewältigung einer ungewissen Zukunft ist.

Ebenso wird die Verfassung um ihre Funktion gebracht. Denn sie soll etwas leisten, was ihre Leistungsfähigkeit übersteigt⁵⁶ und darum zu ihrer Entwertung führen muß. Eine Verfassung kann durch unmittelbar anwendbare Bestimmungen Bestehendes gewährleisten. Sie kann auch programmatisch die Ziele und Strukturen einer künftigen Ordnung vorzeichnen. Solche programmatischen Sätze können ihren guten Sinn darin finden, daß sie Zukunftsaufgaben bezeichnen, insofern legitimierend wirken und der Politik Richtung und Orientierung geben. Aber derartige Sätze enthalten keine bestimmten und detaillierten Maßstäbe oder Handlungsanweisungen, die der Gesetzgeber nur noch zu vollziehen hätte; werden ihnen solche Anweisungen entnommen, dann kann die Feststellung nicht ausbleiben, daß die Verfassung nicht „erfüllt“ sei. Es besteht die Gefahr, daß Partikularinteressen in das Gewand eines – angeblichen – Verfassungsauftrags gekleidet werden, um diese wirksamer zur Geltung zu bringen. Damit wird die Legitimität und Integrationskraft der Verfassung aufs Spiel gesetzt, um so mehr, als eine Verfassungsinterpretation, die aus allgemeinen, unbestimmten Normen und Grundsätzen detaillierte Handlungsanweisungen ableitet, im Konfliktsfalle dem unterliegenden Teil nur bedingt überzeugend und einsichtig gemacht werden kann.

Bleibt die Verfassung dagegen auf ihre Aufgabe als rechtliche *Grundordnung* des Gemeinwesens beschränkt, treffen die politischen Gewalten, namentlich der Gesetzgeber, ihre Entscheidungen eigenverantwortlich im Rahmen und nicht in Ausführung der Verfassung, dann kann diese leisten, was sie zu leisten bestimmt ist: dem Leben des Gemeinwesens festen Halt und Richtpunkte zu geben, die notwendig sind, um der Fülle der Probleme Herr zu werden. Nur das, was von der Verfassung noch nicht

⁵⁶ Zu den durch Sachzwang, Systemschranken und Kooperationsbereitschaft der Beteiligten gezogenen Grenzen der Leistungsfähigkeit einer Verfassung: GRIMM (Anm. 52) S. 501 ff;

vgl. auch STEINBERG (Anm. 29) S. 386 ff; W. HENNIS Verfassung und Verfassungswirklichkeit. Ein deutsches Problem, 1968, S. 24 ff.

vorentschieden ist, braucht neu entschieden zu werden, und die Entscheidung wird möglich, weil sie um das bereits Vorentschiedene entlastet ist⁵⁷. Nur auf diese Weise läßt sich der Komplexität heutiger und künftiger Problemstellungen gerecht werden.

Zu dieser Notwendigkeit der Beschränkung auf das Grundlegende tritt als zweite Voraussetzung künftiger Funktionsfähigkeit des Grundgesetzes die Erhaltung seiner „Offenheit“. Ebenso wie es darauf ankommt, die rechtlichen Fixierungen der Verfassung ernst zu nehmen und an ihnen festzuhalten, gilt es jenseits dieses Bereichs, verfassungsrechtliche Fixierungen zu vermeiden: Soll das Grundgesetz seine Aufgaben auch in der Zukunft erfüllen, muß die Möglichkeit offengehalten werden, bisherige Lösungen durch neue, den veränderten Gegebenheiten entsprechende zu ersetzen; es muß mit anderen Worten ein hinreichender Spielraum für Innovationen bleiben. Insofern besteht ein enger Zusammenhang mit der Notwendigkeit, politischer Entscheidung den gebührenden Raum zu lassen.

Diesen wesentlichen Gesichtspunkt verkennt ein heute verbreitetes Denken, das die rechtsstaatliche Verfassung als an den gesellschaftlichen und ökonomischen status quo gebunden⁵⁸ und damit die Verfassung als dessen Gewährleistung versteht. Das gleiche gilt, wenn im Grundgesetz, namentlich in seiner Sozialstaatsklausel, ein verfassungsrechtlich „festgeschriebenes“ Zukunftsprogramm erblickt wird⁵⁹. In beiden Fällen geht die Fähigkeit zur Bewältigung künftiger Problemlagen, zur Anpassung und Fortentwicklung des Rechts verloren. Die Verfassung muß vor den neuen Anforderungen versagen; sie wird auch unter diesem Gesichtspunkt zu einem Element der Immobilität. Es kommt daher entscheidend auf ihre „Offenheit“ an, in der unzweifelhaft auch ein Risiko liegt. Aber keine Verfassung vermag absoluten Schutz vor den Risiken der Geschichte zu gewähren. Bleibt ihr jene Offenheit nicht erhalten, so hat sie selbst keine Zukunft. Nötig ist die Bereitschaft, im Vertrauen auf die Tragfähigkeit der eigenen Grundprinzipien die Herausforderung neuer Lagen und Problemstellungen anzunehmen und ihnen mit Mut und Einfallsreichtum zu begegnen.

⁵⁷ Zu dieser Entlastungsfunktion: GRIMM (Anm. 52) S. 498.

⁵⁸ So ausdrücklich E. FORSTHOFF Rechtsstaat im Wandel, 1964, S. 8.

⁵⁹ Dazu unten S. 520f.

2. Abschnitt

Die Rechtslage Deutschlands und der Status Berlins

JOCHEN ABR. FROWEIN

I. Einführung

Deutschland hat nur kurze Zeit als völkerrechtlich und verfassungsrechtlich klar definierter Nationalstaat bestanden. Vor 1867/71 war der Deutsche Bund als Institution, die völkerrechtliche und staatsrechtliche Elemente verband, eine unter den damaligen Staaten Europas schwer einzuordnende Erscheinung¹. Noch weit schwieriger war die Qualifizierung des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation, das mit der Niederlegung der Kaiserkrone durch Franz II. 1806 ein Ende fand². Bei seiner rechtlichen Würdigung gebrauchte SAMUEL PUFENDORF den berühmten Satz: „Es bleibt uns also nichts anderes übrig, als das deutsche Reich, wenn man es nach den Regeln der Wissenschaft von der Politik klassifizieren will, einen irregulären und einem Monstrum ähnlichen Körper zu nennen, der sich im Laufe der Zeit . . . aus einer regulären Monarchie zu einer so disharmonischen Staatsform entwickelt hat, daß es nicht mehr eine beschränkte Monarchie, . . ., aber noch nicht eine Föderation mehrerer Staaten ist, vielmehr ein Mittelding zwischen beiden“³.

Seit 1945 ist die Rechtslage Deutschlands erneut ein Problem, dessen Behandlung Bibliotheken füllt und das die Staatskanzleien nicht nur der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik, sondern auch der vier Hauptsiegermächte des zweiten Weltkrieges, der Vereinigten Staaten von Amerika, des Vereinigten Königreichs von Großbritannien und Nordirland, der Französischen Republik und der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken vor schwierige Fragen stellt, bei denen oft politische und rechtliche Faktoren in einer schwer auflösbaren Gemengelage verbunden erscheinen.

Der vorliegende Abschnitt macht den Versuch, die Rechtslage Deutschlands möglichst unvoreingenommen von den völkerrechtlich und staatsrechtlich erhebli-

¹ Dazu E. R. HUBER *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Bd. I, 1957, S. 663–670.

² Vgl. A. RANDELZHOFFER *Völkerrechtliche Aspekte des Heiligen Römischen Reiches nach 1648*, 1967, insbes. S. 67–107.

³ *Die Verfassung des Deutschen Reiches*, 1667, deutsche Übersetzung des lateinischen Originals, 1976, S. 106 f.

chen Fakten aus zu würdigen. Dabei wird bestehenden Streitigkeiten nachgegangen und ihre Bedeutung herausgestellt, ohne daß notwendig immer eine allein richtige Lösung angegeben wird. Schwierige völkerrechtliche Rechtsfragen können häufig nur angemessen gewürdigt werden, wenn die Rechtsauffassungen aller Beteiligten beachtet werden.

II. Die Kapitulation der deutschen Wehrmacht und die Besetzung des Reichsgebietes

1. Die Kapitulation

Nachdem Generaloberst Jodl am 7. Mai 1945 in Reims für das Oberkommando der Wehrmacht eine einseitige Kapitulationserklärung gegenüber dem Oberkommandierenden der Alliierten Streitkräfte an der Westfront und gegenüber dem sowjetischen Oberkommando abgegeben und gleichzeitig vereinbart hatte, daß eine förmliche Ratifikation erfolgen sollte, wurde am 8. Mai 1945 eine Kapitulationserklärung in Berlin unterzeichnet⁴. Sie war allein auf die unter deutscher Kontrolle stehenden Streitkräfte bezogen und enthielt lediglich in Ziffer 4 folgenden Vorbehalt: „This act of military surrender is without prejudice to, and will be superseded by any general instrument of surrender imposed by, or on behalf of the United Nations and applicable to Germany and the German armed forces as a whole“⁵.

2. Die Besetzung Deutschlands

Zum Zeitpunkt der Kapitulation war der größte Teil des Reichsgebietes von alliierten Streitkräften besetzt⁶. Bis zum 23. Mai 1945 bestand die von Hitler eingesetzte Reichsregierung unter Leitung des Großadmirals Dönitz, die an diesem Tage an ihrem Sitz in Flensburg von britischen Besatzungsstreitkräften aufgelöst wurde⁷.

Gemäß dem Londoner Protokoll vom 12. 9. 1944 wurde Deutschland in seinen Grenzen vom 31. 12. 1937 besetzt⁸. Alle territorialen Veränderungen nach diesem Datum behandelten die Alliierten als nichtig oder nicht mehr gültig⁹. Deutschland wurde in drei Zonen und das Gebiet von Berlin geteilt. Je eine Zone sollte von den USA, Großbritannien und der Sowjetunion besetzt werden, während Berlin danach

⁴ Dokumente in Faksimile: H. GEROLD (Hrsg.) Gesetze des Unrechts, 1979, S. 43–48.

⁵ In der ausdrücklich nicht als authentisch bezeichneten deutschen Fassung lautete der Abschnitt: „Diese Kapitulationserklärung ist ohne Praejudiz fuer irgendwelche an ihre Stelle tretenden allgemeinen Kapitulationsbestimmungen, die durch die Vereinten Nationen und in deren Namen Deutschland und der Deutschen Wehrmacht auferlegt werden moegen.“, aaO S. 47.

⁶ Vgl. dazu W. PAUL Der Endkampf um Deutschland 1945, 1976, insbes. S. 422ff.

⁷ Zur Regierung Dönitz: W. LÜDDE-NEURATH Regierung Dönitz, 3. Aufl., 1964; M. G. STEINERT Die 23 Tage der Regierung Dönitz, 1967.

⁸ UNTS Bd. 227 (1956), Nr. 532, S. 279; I. v. MÜNCH (Hrsg.) Dokumente des geteilten Deutschland, Bd. I, 1968, S. 25.

⁹ J. A. FROWEIN Legal Problems of the German Ostpolitik, in: International and Comparative Law Quarterly (ICLQ) 23 (1974) S. 105, 113.

gemeinsames Besatzungsgebiet sein sollte. Ein Ergänzungsabkommen vom 26. 7. 1945 legte dann vier Zonen fest, wobei Frankreich die neugebildete Zone zugewiesen wurde¹⁰.

Das Protokoll vom 12. 9. 1944 bezeichnete alles deutsche Gebiet östlich der genau festgelegten Grenze, die an der Lübecker Bucht beginnt, mit Ausnahme Berlins als „Besatzungsgebiet“ der Sowjetunion, wobei Ostpreußen besonders genannt wird („including the province of East Prussia“)¹¹. Die dem Ergänzungsabkommen vom 26. 7. 1945 beigefügte Karte zeigt ebenfalls das gesamte deutsche Gebiet nach dem Stande vom 31. 12. 1937 östlich der Grenze der sowjetischen Zone außer Berlin als zu dieser Zone gehörig¹².

In dem „Protocol of the Proceedings of the Berlin Conference“, meist kurz als Potsdamer Protokoll oder Abkommen bezeichnet, wird dann in Abschnitt VIII vereinbart, daß ein Gebiet östlich der später so genannten Oder-Neiße-Linie mit Ausnahme des nördlichen Ostpreußen unter der Verwaltung des polnischen Staates stehen und für diesen Zweck nicht als Bestandteil der sowjetischen Besatzungszone angesehen werden soll¹³. Das nördliche Ostpreußen wird danach unter die „Verwaltung“ der Sowjetunion gestellt¹⁴. Für beide Gebiete zeigt der Text eine eigentümlich widersprüchliche Qualifizierung¹⁵, behält aber ausdrücklich die endgültige Regelung einem Friedensvertrag vor. Eine „Mitteilung über die Dreimächtekonferenz von Berlin“ wurde im Ergänzungsblatt zum Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland veröffentlicht¹⁶.

¹⁰ D. RAUSCHNING (Hrsg.) Die Gesamtverfassung Deutschlands. Nationale und internationale Texte zur Rechtslage Deutschlands, 1962, S. 80.

¹¹ UNTS Bd. 227 (1956) Nr. 532, S. 279, 280f; v. MÜNCH Dokumente (Fn. 8) Bd. I, S. 25f.

¹² Map „D“, in Faksimile im Anhang zu: Dokumente zur Berlin-Frage 1944–1962, herausgegeben vom Forschungsinstitut der Deutschen Gesellschaft für Auswärtige Politik e.V., Bonn, in Zusammenarbeit mit dem Senat von Berlin, 2. Aufl., 1962. Entsprechend die „Feststellung“ der vier Regierungen „über die Besatzungszonen in Deutschland“ vom 5. 6. 1945, die offenbar als Bekanntmachung an das deutsche Volk gemeint war, ebenso wie die Erklärung über die Übernahme der obersten Regierungsgewalt unter demselben Datum. Text (englisch, französisch, russisch, deutsch): Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland, Ergänzungsblatt Nr. 1 v. 30 April 1946, S. 11 bzw. S. 7.

¹³ Dieses „Protokoll“ wurde 1947 von den USA und Großbritannien veröffentlicht. Text: U.S. Department of State Pressemitteilung Nr. 238 v. 24. März 1947; Foreign Re-

lations of the United States – Diplomatic Papers, The Conference of Berlin (The Potsdam Conference) 1945, Bd. II, 1960, S. 1478, 1490ff. Die 1946 veröffentlichte „Mitteilung“ über die Konferenz (vgl. unten bei und in Fn. 16) enthält unter I eine zusätzliche Einleitung. So erklärt sich, daß der erwähnte Abschnitt VIII („Polen“) dort unter IX erscheint. Zur komplizierten Redaktionsgeschichte des „Protokolls“ vgl. aaO S. 1477f, 1489 Fn. 42.

¹⁴ „administration“, aaO S. 1491.

¹⁵ Es ist von „former German territories“ die Rede, aaO.

¹⁶ Ergänzungsblatt Nr. 1 v. 30. April 1946, S. 13ff. Diese „Mitteilung“ enthält die wichtigsten Artikel in vollem Wortlaut. Weitere Fundstellen für die englische Fassung „Report on the Tripartite Conference of Berlin“: v. MÜNCH Dokumente (Fn. 8) Bd. I, S. 32ff; Foreign Relations aaO (Fn. 13) S. 1499ff; Department of State Bulletin Bd. XIII, 1945, S. 153ff. – Auf einer amerikanischen Karte, die am 15. 8. 1945 veröffentlicht worden ist, findet sich „Polish Administration“ als Eintragung für die Gebiete östlich von Oder und Neiße mit Ausnahme des nördlichen

Im Juli 1945 rückten Truppen der drei Westmächte in Berlin ein, und die Aufteilung der Besatzungszonen im übrigen wurde mit kleineren Abweichungen den besagten Abkommen entsprechend vorgenommen. Die Abweichungen, die vor allem aus technischen Gründen von den örtlichen Kommandeuren vereinbart wurden, so etwa die Übertragung des sogenannten Neuhauser Streifens östlich der Elbe an die sowjetische Besatzungszone, wurden meist formell durch den als oberstes Besatzungsorgan errichteten Kontrollrat bestätigt¹⁷.

3. Die Übernahme der obersten Regierungsgewalt durch die Erklärung vom 5. 6. 1945

Mit einer am 5. 6. 1945 in Berlin veröffentlichten Erklärung übernahmen die Regierungen der vier Besatzungsmächte die oberste Gewalt bezüglich Deutschlands („supreme authority with respect to Germany“) einschließlich aller Staats-, Gemeinde- oder sonstigen lokalen Gewalt. Es wurde ausdrücklich hinzugefügt, daß das nicht die Annektierung („annexation“) Deutschlands bedeute¹⁸. Entsprechend einer Erklärung vom selben Tage wird die oberste Gewalt in Deutschland („supreme authority in Germany“) von dem Oberkommandierenden jeder Besatzungszone für diese Zone ausgeübt und gemeinsam in Angelegenheiten, die Deutschland als Ganzes betreffen („in matters affecting Germany as a whole“). Die Oberkommandierenden bilden nach dieser Erklärung gemeinsam den Kontrollrat. Unter dem Datum des 30. 8. 1945 wurde die Proklamation Nr. 1 über die „Aufstellung des Kontrollrates“ erlassen, die „An das deutsche Volk!“ adressiert war und offenbar die Übernahme der Regierungsgewalt und die Einrichtung des Kontrollrates dem deutschen Volk förmlich zur Kenntnis bringen sollte¹⁹.

Ostpreußen, wo nur „USSR“ eingetragen ist, Documents on Germany 1944–1961, Committee on Foreign Relations United States Senate, 1961, S. 18.

¹⁷ Die von den Besatzungsmächten getroffenen Grenzregelungen sind noch heute vor allem für die Grenze zwischen Bundesrepublik Deutschland und DDR bedeutsam. Die nach dem Grundlagenvertrag eingesetzte Grenzkommission hat durch ein Protokoll vom 29. 11. 1978 die Grenze in ihrem überwiegenden Teil festgestellt (vgl. Die Grenzkommission, Eine Dokumentation über Grundlagen und Tätigkeit, herausgegeben vom Bundesministerium für innerdeutsche Beziehungen, 3. Aufl., 1980, S. 14). Offen ist vor allem die Regelung an der Elbe (dazu D. RAUSCHNING Die Grenzlinie im Verlauf der Elbe, in: Recht im Dienst des Friedens, Festschrift für

E. Menzel, 1975, S. 429, 437f). Das ergibt sich daraus, daß im Londoner Protokoll zwar eindeutig auf in der Mitte der Elbe verlaufende deutsche Verwaltungsgrenzen verwiesen wird, durch die Änderungen im Bereich des Neuhauser Streifens und an anderer Stelle aber Unklarheiten geschaffen worden sind, die bisher nicht beseitigt wurden. Eine Regelung des Grenzverlaufs in der Elbe ist von den Besatzungsmächten bei Vereinbarung der gesamten Änderungen des Grenzverlaufs gegenüber dem Londoner Protokoll offenbar nicht vorgenommen worden. Die Praxis ist kontrovers.

¹⁸ Amtsblatt des Kontrollrats, Ergänzungsblatt Nr. 1 v. 30. April 1946, S. 7; v. MÜNCH Dokumente (Fn. 8) Bd. I, S. 19, 20.

¹⁹ Amtsblatt des Kontrollrats Nr. 1 v. 29. Okt. 1945, S. 4.

4. Würdigung

Die Besetzung Deutschlands war jedenfalls 1944/45 eine kriegerische Besetzung im Sinne des Kriegsvölkerrechts. Ob sie in vollem Umfang an die in der Haager Landkriegsordnung (HLKO) enthaltenen Regeln über die Besetzung gebunden war, ist streitig. Von den Alliierten wurde häufig die Meinung vertreten, daß die HLKO nicht anwendbar sei²⁰. Deutsche Stellungnahmen legten sie dagegen meist zugrunde²¹. Es ist sicher, daß die Ausübung der durch die Erklärung vom 5. 6. 1945 übernommenen Befugnisse weit über die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 43 HLKO hinausging. Ob sich vor allem die Maßnahmen zur „Aufhebung von Nazigesetzen“ durch das Gesetz Nr. 1 des Kontrollrats²² und ähnliche Besatzungsrechtsakte als Ausübung einer besonderen, vom deutschen Volk konkludent gebilligten Zuständigkeit zur Wahrnehmung seiner Interessen rechtfertigen lassen, kann dahinstehen. Vieles dürfte in der Lage des Jahres 1945 dafür sprechen.

Eine kriegerische Besetzung ändert an dem Fortbestehen des besetzten Staates nichts. Dennoch wurde vor allem mit Rücksicht auf die Übernahme der obersten Regierungsgewalt durch die Besatzungsmächte zum Teil die Meinung vertreten, der deutsche Staat habe aufgehört zu bestehen²³. Diese Auffassung hat keine Anerkennung gefunden. Bereits 1946 gab das britische Außenministerium in einem Gerichtsverfahren die Erklärung ab, daß Deutschland als Staat weiter bestehe, und das Gericht entschied auf dieser Grundlage²⁴. Ebenso urteilten Gerichte neutraler Staaten, etwa der Schweiz²⁵. Trotz einiger abweichender französischer Erklärungen²⁶ kann die Meinung, daß der deutsche Staat nicht durch die Ereignisse von 1945 untergegangen ist, als der Staatspraxis der Alliierten und der wieder entstehenden deutschen Behörden zugrundeliegend angesehen werden²⁷. Auf spätere Änderungen der Rechtsauffassung, vor allem der Sowjetunion, wird noch eingegangen werden²⁸.

²⁰ Vgl. Nachweise bei R. STÖDTER *Deutschlands Rechtslage*, 1948, S. 154 ff.

²¹ STÖDTER aaO, S. 121–180; K. E. v. TUREGG *Deutschland und das Völkerrecht*, 1948, S. 60.

²² Gesetz Nr. 1 v. 20. 9. 1945, *Amtsblatt des Kontrollrats Nr. 1 v. 29. Okt. 1945*, S. 6.

²³ Vor allem H. Kelsen *The Legal Status of Germany According to the Declaration of Berlin*, *AJIL* 39 (1945) S. 518; M. Virally *Die internationale Verwaltung Deutschlands*, 1948, S. 96 ff.; DERS. *L'administration internationale de l'Allemagne*, 1948, S. 87; von deutscher Seite ebenso H. Nawiasky *Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, 1950, S. 7 ff.; für die herrschende Ansicht vgl.: E. Kaufmann *Deutschlands Rechtslage unter der Besetzung*, 1948; W. Grewe *Ein Besatzungsstatut für Deutschland – Die Rechts-*

formen der Besetzung, 1948; STÖDTER aaO (Fn. 20).

²⁴ R. v. Bottrill, ex parte Kuechenmeister, (1946) 1 *All England Reports* 635; (1947) *Kings Bench* 41.

²⁵ Schweizerisches Bundesgericht *BGE* 78, I, 124.

²⁶ Nachweise bei H. Mosler/K. Doehring *Die Beendigung des Kriegszustandes mit Deutschland nach dem zweiten Weltkrieg*, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 37 (1963) S. 47, 48.

²⁷ Die formellen Erklärungen über die Beendigung des Kriegszustandes (Angaben bei Mosler/Doehring aaO) setzen den Fortbestand richtigerweise voraus. Vgl. für deutsche Entscheidungen aus der Frühzeit: Deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1945–1949, *Fontes Iuris Gentium*, A II 3, 1956, S. 100 ff.

²⁸ Dazu unten S. 36f.

Am Ende des Jahres 1945 stellte sich die Lage Deutschlands so dar: Sein Territorium war durch alliierte Maßnahmen auf den Stand vom 31. 12. 1937 verkleinert²⁹. Das Gebiet bis zu Oder und Neiße unterlag der Besetzung durch die vier Mächte, die gemeinsam im Kontrollrat die oberste Verantwortung für Deutschland ausübten. Das Gebiet östlich von Oder und Neiße unterstand einer besonderen polnischen und für das nördliche Ostpreußen sowjetischen Verwaltung, die nach dem Wortlaut des Potsdamer Abkommens als Vorstufe für Gebietsveränderungen gedacht war³⁰. Obwohl diese Gebiete aus der sowjetischen Zone ausgeschieden waren, zu der sie ursprünglich gehört hatten, erstreckte sich die Verantwortung des Kontrollrates für Deutschland als Ganzes auch auf sie³¹.

III. Die Entstehung der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik

1. Allgemeines

Mit der Entstehung der beiden deutschen Staatsordnungen im Jahre 1949 trat die Entwicklung der Rechtslage Deutschlands in ein neues Stadium. Sowohl die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland als auch die der Deutschen Demokratischen Republik wurden von den jeweiligen Besatzungsmächten genehmigt und änderten an dem Fortbestehen des Besatzungsverhältnisses nach der Auffassung aller Beteiligten zunächst nichts³². Von Bedeutung für die Rechtslage Deutschlands mußte die Klärung des Verhältnisses der beiden bestehenden staatlichen Ordnungen zu dem 1945 nach allgemeiner Auffassung nicht untergegangenen deutschen Staat sein.

2. Das Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland zum Deutschen Reich

Bei der Schaffung des Grundgesetzes im Parlamentarischen Rat war die Meinung herrschend, daß der deutsche Staat fortbesteht und lediglich „neu organisiert“ werden sollte³³. Dies kommt vor allem in der Präambel eindeutig zum Ausdruck

²⁹ Dabei soll hier nicht weiter erörtert werden, welche Territorialveränderungen nach diesem Termin völkerrechtlich als gültig anzusehen wären und ob die alliierten Maßnahmen insoweit rechtmäßig waren. Ihre Wirksamkeit ist nie in Frage gestellt worden.

³⁰ Das kommt sowohl für Nord-Ostpreußen als auch für das übrige Gebiet in den Abschnitten V und VIII des Protokolls klar zum Ausdruck, wenn auch vor allem für das Polen zu übertragende Gebiet noch keine endgültige Klärung erfolgt war. Vgl. dazu im einzelnen S. KRÜLLE Die völkerrechtlichen Aspekte des Oder-Neiße-Problems, 1970, S. 66.

³¹ R. SCHENK Die Viermächteverantwortung für Deutschland als Ganzes, insbesondere

deren Entwicklung seit 1969, 1976, S. 69; vgl. oben S. 31.

³² Genehmigungsschreiben der Militärgouverneure zum Grundgesetz vom 12. 5. 1949, in: v. MÜNCH Dokumente (Fn. 8) Bd. I, S. 130, und Besatzungsstatut v. 10. 4. 1949, in Kraft getreten am 21. 9. 1949, in: v. MÜNCH Dokumente (Fn. 8) Bd. I, S. 71; für die DDR Erklärung des Vorsitzenden der sowjetischen Kontrollkommission zur Übergabe von Verwaltungsfunktionen an deutsche Behörden, in: v. MÜNCH Dokumente (Fn. 8) Bd. I, S. 325.

³³ Dazu eingehend CARLO SCHMID Erinnerungen, 1979, S. 318ff; vgl. auch K. DOERING, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland 2. Aufl., 1980, S. 55ff.

(„um dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben“). Die Organe der Bundesrepublik Deutschland haben von Anfang an die Auffassung vertreten, daß die Bundesrepublik Deutschland mit dem Deutschen Reich identisch ist³⁴. Sie hat auf dieser Grundlage völkerrechtliche Rechtspositionen des Deutschen Reiches fortgesetzt³⁵. Vor allem hat sie Verträge wieder angewendet³⁶, ist für Deutschland in internationalen Organisationen aufgetreten³⁷ und hat Reichsvermögen im Ausland übernommen³⁸. Das Bundesverfassungsgericht als das höchste vom Grundgesetz konstituierte deutsche Gericht hat die Identität – später als „Teilidentität“ bezeichnet – der Bundesrepublik Deutschland mit dem Deutschen Reich in ständiger Rechtsprechung bestätigt³⁹.

Auch die Alliierten haben sich nach Gründung der Bundesrepublik Deutschland in Erklärungen zu der Rechtslage geäußert, ohne freilich das Identitätsproblem eindeutig zu behandeln. Am 18. 9. 1950 haben die Regierungen der Drei Mächte bestätigt, daß sie „die Regierung der Bundesrepublik Deutschland als die einzige deutsche Regierung ansehen, die frei und legitim gebildet und daher berechtigt ist, als Repräsentantin des deutschen Volkes in internationalen Angelegenheiten für Deutschland zu sprechen“⁴⁰.

Die Erklärung, die häufig wiederholt worden ist, stellt für die Auslegung nicht unerhebliche Probleme. Es dürfte kein Zufall sein, daß die Wortwahl rechtliche Konsequenzen hinsichtlich einer völkerrechtlichen Vertretungsbefugnis der Bundesregierung für das Deutsche Reich gerade nicht eindeutig ermöglicht. Wenn es dort heißt, daß die Bundesregierung als Repräsentantin des deutschen Volkes in internationalen Angelegenheiten für Deutschland sprechen könne, so deutet das eher auf das der Bundesregierung zugebilligte politische Mitspracherecht, nicht aber auf ein völkerrechtliches Vertretungsrecht hin⁴¹.

Die beschränkte Bedeutung der Erklärung wird auch aus einem unveröffentlichten Auslegungsprotokoll deutlich, das der Bundesregierung gleichzeitig übermittelt worden ist. Darin ist ausgeführt, daß die Erklärung auf der fortdauernden Existenz des deutschen Staates beruhe, daß die Anerkennung der Bundesrepublik Deutschland vorläufigen Charakter habe, indem sie lediglich bis zur friedlichen Wiedervereinigung

³⁴ Vgl. etwa das Memorandum des Auswärtigen Amtes von 1961, in: ZaöRV 23 (1963) S. 452.

³⁵ Allgemein dazu G. RESS Die Rechtslage Deutschlands nach dem Grundlagenvertrag vom 21. Dez. 1972, 1978, S. 217f.

³⁶ A. BLECKMANN Die Wiederanwendung deutscher Vorkriegsverträge, ZaöRV 33 (1973) S. 607ff; R. SONNENFELD Succession and Continuation. A Study on Treaty-Practice in Post-War Germany, in: Netherlands Yearbook on International Law, 1976, S. 91, 112ff, 116ff.

³⁷ J. A. FROWEIN Das de facto-Regime im Völkerrecht, 1968, S. 163f.

³⁸ G. RESS Die Bergung kriegsversenkter Schiffe im Lichte der Rechtslage Deutschlands, in: ZaöRV 35 (1975) S. 364ff.

³⁹ BVerfGE 6, 309, 338, 363f – Reichskonkordat –; 36, 1, 15ff – Grundlagenvertrag – m.w.N.

⁴⁰ Memorandum des Auswärtigen Amtes, ZaöRV 23 (1963) S. 454; F. A. MANN Deutschlands Rechtslage 1947–1967, in: JZ 1967, 618ff.

⁴¹ Vgl. M. VIRALLY La condition internationale de la République fédérale d'Allemagne Occidentale après les Accords de Paris, in: Annuaire Français de Droit International 1955, S. 31, 43ff.

Deutschlands Geltung besitze, und daß deshalb die Bundesregierung nicht als de jure-Regierung Gesamtdeutschlands anerkannt sei⁴².

Hieran hat sich durch den Abschluß des Vertrages über die Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland zu den Drei Mächten in der Fassung vom 23. 10. 1954 (Deutschlandvertrag) nichts geändert. Der am 5. 5. 1955 in Kraft getretene Vertrag führte zur Aufhebung des Besatzungsregimes. Gemäß Art. 1 Abs. 2 hat die Bundesrepublik „demgemäß die volle Macht eines souveränen Staates über ihre inneren und äußeren Angelegenheiten“. Diese Feststellung wird jedoch durch Art. 2 eingeschränkt, wonach die Drei Mächte „die bisher von ihnen ausgeübten oder innegehabten Rechte und Verantwortlichkeiten in bezug auf Berlin und Deutschland als Ganzes einschließlich der Wiedervereinigung Deutschlands und einer friedensvertraglichen Regelung“ behalten⁴³. Es zeigt sich, daß damit die durch die Erklärung vom 5. 6. 1945 von den Alliierten übernommenen Zuständigkeiten auch von den Drei Mächten insofern weiterhin ausgeübt werden können, als sie Berlin und Deutschland als Ganzes, damit also auch das Verhältnis zur Sowjetunion als der vierten an der Übernahmerklärung beteiligten Macht, betreffen⁴⁴. Über die Ausübung der Vorbehaltsrechte haben die drei Westmächte in Paris am 23. 10. 1954 ein Abkommen abgeschlossen, aufgrund dessen die vorbehaltenen Rechte von ihren Missionschefs in der Bundesrepublik ausgeübt werden, die gemeinsam handeln, wenn sie die Angelegenheit als sie gemeinsam betreffend ansehen⁴⁵. Soweit es um die Ausübung von Viermächtezuständigkeiten geht, ist der sowjetische Botschafter bei der DDR der Partner der Botschafter der Drei Mächte⁴⁶.

Insgesamt ist festzustellen, daß die Bundesrepublik Deutschland sich als mit dem Deutschen Reich identische staatliche Körperschaft, freilich auf ihr Territorium begrenzt, versteht. Demgegenüber haben die Drei Mächte den provisorischen Charakter der Bundesrepublik als Teilorganisation im Rahmen des fortbestehenden Deutschen Reiches herausgestellt.

3. Das Verhältnis der Deutschen Demokratischen Republik zum Deutschen Reich

Während nach der Gründung der Deutschen Demokratischen Republik zunächst nicht klar war, wie ihre Staatsorgane das Verhältnis zum Deutschen Reich beurteilen, wurde nach einiger Zeit der Untergang des Rechtssubjektes Deutsches Reich, zumeist auf das Datum vom 8. 5. 1945 bezogen, zur herrschenden, in der Staatspraxis

⁴² M. BATHURST/J. L. SIMPSON *Germany and the North Atlantic Community*, 1956, S. 188; MANN, JZ 1967, 622; E. MENZEL *Wie souverän ist die BRD?*, in: ZRP 1971, 178, 188; J. A. FROWEIN *Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung des Warschauer Vertrages*, in: *Jahrbuch für Internationales Recht (JIR)* 18 (1975) S. 11, 51 ff; vgl. auch M. WHITEMAN *Digest of International Law*, Bd. 2, 1963, S. 784 f.

⁴³ BGBl. 1955 II, S. 305, 306; v. MÜNCH *Dokumente (Fn. 8) Bd. I*, S. 229, 230; zu dem Vorbehalt J. A. FROWEIN „Deutschland-Vertrag“, in: *Görres-Staatslexikon, Ergänzungsband*, 1969, Sp. 576 ff.

⁴⁴ FROWEIN aaO.

⁴⁵ Text in: *Documents on Germany (Fn. 16)* S. 172 f.

⁴⁶ Dazu unten S. 40.

zugrundegelegten Haltung⁴⁷. Danach sind in Deutschland auf dem Gebiet des ehemaligen Deutschen Reiches zwei selbständige Nachfolgestaaten entstanden⁴⁸. Diese Ansicht wird von der Sowjetunion geteilt⁴⁹. Das bedeutet freilich nicht, daß nach Auffassung der DDR und der Sowjetunion die durch die Besetzung Deutschlands und die Erklärung vom 5. 6. 1945 über die Übernahme der obersten Gewalt eingetretene Rechtslage heute bedeutungslos wäre. Der Vertrag zwischen der DDR und der Sowjetunion vom 12. 6. 1964 enthält in Art. 9 die Bestimmung, daß Rechte und Pflichten aus geltenden zweiseitigen und anderen Abkommen einschließlich des Potsdamer Abkommens nicht berührt werden⁵⁰. Damit blieb eindeutig auch das Rechtsverhältnis der Sowjetunion zu den drei anderen Alliierten aus den Abkommen über Deutschland vorbehalten. In dem Vertrag zwischen der Sowjetunion und der DDR vom 7. 10. 1975 ist das Potsdamer Abkommen nicht erwähnt, im übrigen aber enthält Art. 10 dieselbe Schutzklausel für zwei- und mehrseitige Verträge⁵¹. Allein die Hinzufügung des Adjektivs „gültigen“ könnte Anlaß für Spekulationen sein.

Vor allem aber haben die Sowjetunion und die DDR bei dem Abschluß des Grundlagenvertrages mit der Bundesrepublik Deutschland am 21. 12. 1972 förmlich anerkannt, daß es weiterhin Rechte und Verantwortlichkeiten der Vier Mächte gibt, die ihren Rechtsgrund nur in den Ereignissen des Jahres 1945 und den in diesem Zusammenhang stehenden Verträgen zwischen den vier Alliierten finden können. Ebenso wie die Bundesrepublik die Existenz dieser Rechte gegenüber den drei Westmächten bestätigt hat, übermittelte die DDR der Sowjetunion eine Note, wonach die Deutsche Demokratische Republik und die Bundesrepublik Deutschland feststellen, daß die „Rechte und Verantwortlichkeiten der Vier Mächte und die entsprechenden diesbezüglichen vierseitigen Vereinbarungen, Beschlüsse und Praktiken durch diesen Vertrag nicht berührt werden können“⁵². Die Bedeutung dieser Rechte wird später noch erörtert werden. An dieser Stelle ist wesentlich, daß trotz der Auffassung, das Deutsche Reich habe zu bestehen aufgehört, von Sowjetunion und DDR nicht mehr die Haltung eingenommen werden kann, der „Vier-Mächte-Status Deutschlands“ sei völkerrechtlich nicht existent. Zumindest in Gestalt dieser Rechte und Verantwortlichkeiten der Vier Mächte besteht vielmehr weiterhin ein Sonderstatus für Deutschland, auch nach Meinung der Sowjetunion und der DDR.

4. Die Rechtsbeziehungen zwischen Bundesrepublik Deutschland und DDR

Die rechtlichen Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik unterscheiden sich in vielfacher Hinsicht von denen, die Staaten miteinander unterhalten, selbst wenn diese in einem besonders geprägten nachbarlichen Verhältnis stehen. Es dürfte kein historisches Beispiel dafür geben, daß der Dissens über die nationale Frage in einem förmlichen Vertrag

⁴⁷ Vgl. J. HACKER Der Rechtsstatus Deutschlands aus der Sicht der DDR, 1974, S. 137ff, 154ff mit Nachweisen.

⁴⁸ HACKER aaO, S. 137–139.

⁴⁹ HACKER aaO, S. 139.

⁵⁰ v. MÜNCH Dokumente (Fn. 8) Bd. I, S. 450, 453.

⁵¹ GBl. DDR 1975 II, S. 238.

⁵² BGBl. 1973 II, S. 429 (zum Inkrafttreten vgl. S. 559); vgl. unten S. 40f.

zwischen den beiden Staaten, deren Bevölkerung sich nach allen Schätzungen und der täglichen Erfahrung in ihrer ganz überwiegenden Mehrheit weiterhin einer Nation zugehörig fühlt, festgeschrieben worden ist. Gewiß kann die DDR darauf verweisen, daß nur der Dissens festgestellt sei. Aber demgegenüber läßt sich kaum leugnen, daß mit der Erwähnung in der Präambel ein Problem ausdrücklich genannt worden ist, dessen politischer Stellenwert in Zusammenhang mit dem Selbstbestimmungsrecht von zentraler Bedeutung ist. Es kann kaum überraschen, daß ein genauer Kenner der Verhandlungen den Passus als einen der wichtigsten des ganzen Vertrages bezeichnet, der bis zuletzt umstritten gewesen sei⁵³. Auf diesem Hintergrund gewinnt auch die an zwei Stellen der Präambel gebrauchte Bezeichnung „die beiden deutschen Staaten“ eine rechtliche Bedeutung, die auf ihre gegenseitige Nähe hinweist und geradezu die Frage aufdrängt, wo die Beziehungen anders geregelt sind als zwischen beliebigen Staaten⁵⁴.

Fragt man, wo die besondere Rechtsqualität der Beziehungen konkret ihren Ausdruck findet, so ergibt auch hier der Grundlagenvertrag mit den ihn begleitenden Dokumenten mehr, als manchmal erkannt wird. So bestimmt das Zusatzprotokoll in seinem Abschnitt II zu Art. 7, der Handel zwischen beiden Staaten „wird auf der Grundlage der bestehenden Abkommen entwickelt“. Diese Abkommen sind die „Interzonenhandelsabkommen“, vor allem das Berliner Abkommen vom 20. 9. 1951⁵⁵. Hiernach ist der Interzonenhandel für die Bundesrepublik kein Außenhandel⁵⁶. Diese Qualifizierung ist durch ein Protokoll zum EWG-Vertrag und eine Ergänzung zum GATT auch gegenüber Drittstaaten wirksam⁵⁷. Die Bestätigung in dem Zusatzprotokoll zum Grundlagenvertrag muß gerade dahin verstanden werden, daß die DDR diese Behandlung sowohl gegenüber der Bundesrepublik als auch gegenüber Drittstaaten ausdrücklich anerkennt.

Daraus dürften sich Konsequenzen ergeben, die bisher nicht genügend beachtet worden sind. Die Bundesrepublik Deutschland behandelt das Gebiet der DDR auch sonst weitgehend als „Inland“ im Rahmen ihrer Rechtsordnung⁵⁸. Das wird von der DDR zum Teil angegriffen⁵⁹. Soweit dieses ohne Beziehung zu Drittstaaten und ohne jede Auswirkung auf das Territorium der DDR geschieht, die naturgemäß unzulässig wäre und gegen Art. 6 des Vertrages verstieße, ist aus der Bestätigung des Interzonenhandels zu schließen, daß es der DDR an einem berechtigten Interesse fehlt, diese Qualifizierung in Frage zu stellen. Hat sie ihr für einen Fall, der auch Beziehungen zu Drittstaaten impliziert, was genau bekannt war, durch das Zusatzprotokoll zuge-

⁵³ B. ZÜNDORF Die Ostverträge, 1979, S. 222ff. Der Satz lautet: „ausgehend von den historischen Gegebenheiten und unbeschadet der unterschiedlichen Auffassungen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik zu grundsätzlichen Fragen, darunter zur nationalen Frage“.

⁵⁴ Vgl. H.-H. MAHNKE Die besonderen Beziehungen zwischen beiden deutschen Staaten,

in: Fünf Jahre Grundvertragsurteil des Bundesverfassungsgerichts, 1979, S. 145 ff.

⁵⁵ Bundesanzeiger Nr. 186 v. 26. Sept. 1951.

⁵⁶ Ress Rechtslage Deutschlands (Fn. 35) S. 363 ff.

⁵⁷ Ress aaO.

⁵⁸ Ress aaO S. 313 ff; BVerfGE 36, 1, 17; 37, 57, 64.

⁵⁹ Ress aaO S. 247 ff.

stimmt, so kann sie nicht andererseits aus ihrer im Grundlagenvertrag anerkannten Qualität als unabhängiger Staat rechtliche Argumente gegen sie herleiten.

Ein weiterer Hinweis auf die besonderen rechtlichen Beziehungen zwischen den beiden deutschen Staaten findet sich in dem „Vorbehalt zu Staatsangehörigkeitsfragen durch die Bundesrepublik Deutschland“ und der darauf bezogenen Erklärung der DDR. Nach der Feststellung der Bundesrepublik sind Staatsangehörigkeitsfragen durch den Vertrag nicht geregelt worden. Die DDR geht nach ihrer Erklärung davon aus, daß der Vertrag eine Regelung der Staatsangehörigkeitsfrage erleichtern wird⁶⁰. Diese Erklärungen sind auf dem Hintergrund der Tatsache zu sehen, daß die Bundesrepublik Deutschland nach ihrem Selbstverständnis das Deutsche Reich fortsetzt und die Staatsangehörigkeit der Bundesrepublik mit der deutschen Staatsangehörigkeit übereinstimmt. Dieses Problem wird noch näher zu erörtern sein⁶¹. Hier kommt es darauf an, daß die Existenz besonderer staatsangehörigkeitsrechtlicher Probleme, die auf die Rechtslage Deutschlands zurückgehen, von beiden Staaten ausdrücklich anerkannt wurde.

Schließlich ist in diesem Zusammenhang von Bedeutung, daß die beiden deutschen Staaten gemäß Art. 8 „ständige Vertretungen“ austauschen, die gerade nicht den Charakter normaler diplomatischer Vertretungen haben⁶². Zwar ist bekannt, daß die DDR auch hier den Unterschied zum allgemeinen diplomatischen Verkehr verwischen möchte. Aber sie muß sich entgegenhalten lassen, daß nach dem Protokoll über die ständigen Vertretungen vom 14. 3. 1974 die Wiener Konvention über diplomatische Beziehungen nur „entsprechend“ gilt. Das kann auf dem bekannten Hintergrund der Beziehungen der beiden deutschen Staaten nur als Hinweis auf deren von sonstigen zwischenstaatlichen Beziehungen abweichende Qualität verstanden werden. Beide Staaten kennen im übrigen nur den Austausch normaler diplomatischer Vertretungen mit dritten Staaten.

Zum Teil wird die Frage aufgeworfen, ob die Beziehungen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik dem Völkerrecht zuzurechnen sind oder einem davon zu trennenden „inter-se-Recht“ unterstehen. Der Terminus stammt aus der Geschichte des britischen Commonwealth, für das die Geltung des allgemeinen Völkerrechts zwischen seinen Mitgliedern früher überwiegend abgelehnt wurde⁶³. In der heutigen Rechtswissenschaft besteht weitgehend Einigkeit darüber, daß es Situationen geben kann, wo völkerrechtliche und staatsrechtliche Beziehungen zwischen Staaten nebeneinanderstehen⁶⁴. Das haben gerade die Auflösung des britischen Commonwealth und der Vorgang der Dekolonisierung allgemein gezeigt⁶⁵. Nun spricht allerdings vieles dafür, daß die Beziehungen zwischen Staaten, die als unabhängige Völkerrechtssubjekte anerkannt

⁶⁰ BGBl. 1973 II, S. 426; GBl. DDR 1973 II, S. 27; RESS aaO S. 411.

⁶¹ Vgl. unten S. 48ff.

⁶² RESS aaO S. 272ff; Protokoll bei v. MÜNCH Dokumente (Fn. 8) Bd. II, 1974, S. 394.

⁶³ J. E. S. FAWCETT *The British Commonwealth in International Law*, 1963, S. 144ff.

⁶⁴ Nachweise bei RESS *Rechtslage Deutschlands* (Fn. 35) S. 170–174.

⁶⁵ RESS aaO S. 170ff; R. BERNHARDT *Deutschland nach 30 Jahren Grundgesetz*, in: *VVDStRL* Bd. 38 (1979) S. 22ff.

sind, dann als völkerrechtlich qualifiziert werden müssen, wenn nicht beide übereinstimmend von einer anderen Zuordnung ausgehen⁶⁶. Die DDR will ihr Verhältnis zur Bundesrepublik ausschließlich dem Völkerrecht unterstellt sehen⁶⁷. Aber es erscheint doch zweifelhaft, ob das voll gelingen kann, nachdem der Grundlagenvertrag die Beziehungen umfassend geregelt hat. Gewiß ist dieser Vertrag in den Formen des Völkerrechts abgeschlossen worden. Gewiß wird man ihn auch, wie es das Bundesverfassungsgericht tut, in erster Linie dem Völkerrecht zuzuordnen haben⁶⁸. Aber er enthält eben zu viele Besonderheiten, als daß nicht die Unterschiede der Rechtsbeziehungen der beiden deutschen Staaten zu anderen zwischenstaatlichen Beziehungen unmittelbar ins Auge springen müßten. Diese Unterschiede können nicht dazu führen, daß eine völkerrechtliche Qualifizierung der Beziehungen ausscheidet. Andererseits findet die Aufrechterhaltung der Auffassung, es gebe im Verhältnis der beiden deutschen Staaten noch staatsrechtliche Restbestände, in diesen Regelungen eine Stütze. Für die Qualifizierung als „Nicht-Ausland“ wurde darauf schon hingewiesen⁶⁹. Aber auch die Erkenntnis, daß die Interzonenhandelsregelungen als solche aufrechterhalten worden sind, spricht dafür, daß diese Regelungen nicht etwa mit Abschluß des Grundlagenvertrags ihre Rechtsqualität völlig geändert haben⁷⁰. Das ändert nichts daran, daß primär Völkerrecht zwischen den beiden deutschen Staaten zur Anwendung kommt⁷¹.

IV. Der Viermächtestatus Deutschlands

1. Die Existenz von Rechten und Verantwortlichkeiten der Vier Mächte

Formell haben die Vier Mächte gemeinsam einen *actus contrarius* zu der Übernahmemeerkklärung vom 5. 6. 1945 bezüglich der obersten Regierungsgewalt nie gesetzt. Sie haben aber durch völkerrechtliche Verträge und sonstige Akte die Verpflichtung übernommen, die Bundesrepublik Deutschland und die Deutsche Demokratische Republik als souveräne Staaten mit Ausnahme der erwähnten Vorbehalte zu behandeln⁷². Sie haben dem Beitritt der beiden deutschen Staaten zu den Vereinten Nationen zugestimmt.

Während das Fortbestehen von Vier-Mächte-Rechtspositionen für Deutschland als Ganzes längere Zeit von allen Beteiligten jedenfalls nicht betont worden war, hat die formelle Regelung der Verhältnisse zwischen den beiden deutschen Staaten und ihre Aufnahme in die Vereinten Nationen zu einer ausdrücklichen Bestätigung dieser Rechtslage durch die Vier Mächte und die beiden deutschen Staaten geführt. Am

⁶⁶ RESS aaO S. 158f, insbes. Fn. 9.

⁶⁷ HACKER Rechtsstatus Deutschlands (Fn. 47).

⁶⁸ BVerfGE 36, 1; vgl. auch BERNHARDT in: VVDStRL Bd. 38 (1979) S. 15 und 22ff.

⁶⁹ Vgl. oben S. 38f.

⁷⁰ Vgl. oben S. 38.

⁷¹ Das war bereits lange vor Abschluß des Grundvertrages so; vgl. FROWEIN *De facto-Regime* (Fn. 37) S. 34ff und *passim*.

⁷² Vgl. dazu allgemein SCHENK *Viermächteverantwortung* (Fn. 31) und CHR. TOMUSCHAT *Die rechtliche Bedeutung der Vier-Mächte-Verantwortung*, in: *Fünf Jahre Grundvertragsurteil* (Fn. 54) S. 71ff.

9. 11. 1972 gaben die Vier Mächte zusammen eine Erklärung ab, wonach der UN-Beitritt der beiden deutschen Staaten in keiner Weise die Rechte und Verantwortlichkeiten der Vier Mächte und die entsprechenden diesbezüglichen vierseitigen Vereinbarungen, Beschlüsse und Praktiken berühren solle⁷³. Bei Unterzeichnung des Grundlagenvertrages übermittelten die Bundesrepublik an die Drei Mächte, die DDR an die Sowjetunion gleichlautende Noten, wonach die Rechte und Verantwortlichkeiten der Vier Mächte durch den Vertrag nicht berührt werden können⁷⁴. Hiernach ist unzweifelhaft, daß nach Auffassung aller an dem Rechtsverhältnis Beteiligten nach wie vor Rechte und Verantwortlichkeiten der Vier Mächte bestehen.

Was diese Rechtsposition der Vier Mächte inhaltlich bedeutet, ist niemals klar umschrieben worden. Es erscheint sinnvoll, das am Beispiel einiger besonders wichtiger Rechtsfragen genauer zu behandeln.

2. Das Recht zu gewaltsamer Intervention

Insbesondere in Zusammenhang mit dem Abschluß des Moskauer Vertrages im Jahre 1970 ist die Frage vielfach erörtert worden, ob es ein Recht der Vier Mächte gibt, einseitig oder kollektiv in Deutschland gewaltsam zu intervenieren⁷⁵. Dafür konnten vor allem die Hinweise in Art. 107 und 53 der UN-Charta angeführt werden, wenn auch überwiegend Einigkeit darüber besteht, daß hierin nicht der Rechtsgrund, sondern nur eine Außerkraftsetzung der Gewaltverbote der Charta liegen kann⁷⁶. Der Rechtsgrund für eine gewaltsame Intervention könnte nur in dem im Jahre 1945 begründeten Rechtsverhältnis liegen. Die Sowjetunion hat vor 1970 mehrfach auf die Fortexistenz der in Art. 107 und 53 UN-Charta vorausgesetzten Rechtspositionen verwiesen⁷⁷.

⁷³ Englischer Wortlaut in: U.S. Department of State Press Release No. 279, International Legal Materials XII (1973) S. 217.

⁷⁴ BGBl. 1973 II, S. 429; vgl. oben S. 37.

⁷⁵ Vgl. etwa FROWEIN, ICLQ 23 (1974) S. 107; H. STEINBERGER Völkerrechtliche Aspekte des deutsch-sowjetischen Vertragswerks v. 12. Aug. 1970, in: ZaöRV 31 (1971) S. 63, 83ff; D. BLUMENWITZ Feindstaatenklauseln. Die Friedensordnung der Sieger, 1972, S. 39ff.

⁷⁶ FROWEIN und BLUMENWITZ aaO; ferner K. KRAKAU Feindstaatenklauseln und Rechtslage Deutschlands nach den Ostverträgen, 1975.

⁷⁷ Vgl. das sowjetische Aide-Mémoire vom 5. Juli 1968: „... Die Bestimmungen der UNO-Charta über Zwangsmaßnahmen ‚im Falle einer erneuten Aggressionspolitik‘, auf die sich die Regierung der BRD beruft, behalten voll und ganz ihre Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland. Auch hier kann die BRD keinen Anspruch auf die glei-

che Stellung, wie sie die anderen europäischen Staaten haben . . . , erheben“ (aus: Die Politik des Gewaltverzichts, Eine Dokumentation der deutschen und sowjetischen Erklärungen zum Gewaltverzicht, 1949 bis Juli 1968, veröffentlicht durch das Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, 1968, S. 36, 45). Dazu die Reaktion der USA in einer Presseerklärung des Department of State vom 17. Sept. 1968: „... The Government of the United States wishes to assure the Federal Republic of Germany that it is its considered view that (1) neither Article 107 nor Article 53 nor the two Articles together give the Soviet Union or other Warsaw Pact members any right to intervene by force unilaterally in the Federal Republic of Germany; (2) if, despite this, the Soviet Union or other Warsaw Pact members should intervene by force unilaterally in the Federal Republic of Germany, that act would lead to an immediate Allied response in the form of self-defense measures pursuant to the North

Die Drei Mächte haben durch eine förmliche Erklärung vom 3. 10. 1954 gegenüber der Bundesrepublik Deutschland die Verpflichtung übernommen, Art. 2 der UN-Charta mit dem Gewaltverbot zu respektieren⁷⁸. Die Sowjetunion hat im Moskauer Vertrag von 1970 die Geltung des Gewaltverbotes in ihrem Verhältnis zur Bundesrepublik bestätigt⁷⁹. Insofern ist klar, daß keine rechtliche Möglichkeit zu einseitigen Maßnahmen einer der Vier Mächte besteht.

Daraus folgt noch nicht, daß die erwähnten Bindungen auch Kollektivaktionen rechtlich eindeutig ausschließen. Kollektive Vier-Mächte-Rechte werden nirgendwo erwähnt. Wie der Notenwechsel der Bundesregierung mit den Drei Mächten zum Moskauer Vertrag zeigt, ist die „Frage der Rechte der Vier Mächte“ auch im Moskauer Vertrag nicht berührt worden⁸⁰, so daß sich ein kollektives Interventionsrecht durch diesen Vertrag nicht ausschließen läßt. Wohl aber müssen die Vier Mächte sich entgegenhalten lassen, daß ein Recht dieser Art obsolet geworden ist, nachdem die Beziehungen zu den beiden deutschen Staaten vertraglich geregelt und beide Mitglieder der Vereinten Nationen geworden sind⁸¹. Außerdem ergibt sich eine entscheidende Begrenzung aus der Verpflichtung der Drei Mächte, die Bundesrepublik bei Ausübung ihrer Vorbehaltsrechte zu konsultieren, die in Art. 7 Abs. 4 des Deutschlandvertrages enthalten ist. Damit ist ein Recht auf gemeinsame gewaltsame Intervention nicht vereinbar⁸².

3. Das Recht der Truppenstationierung

Seit 1945 hatten die Vier Mächte immer Truppen in Deutschland stationiert. In Art. 12 der Erklärung vom 5. 6. 1945 hatten sie dieses Recht ausdrücklich für sich in Anspruch genommen⁸³. Die Truppenstationierung ist für beide deutschen Staaten jetzt Gegenstand vertraglicher Regelungen. Gemäß Art. 4 des Deutschlandvertrages haben die Drei Mächte ein Stationierungsrecht im Rahmen der besonderen Abkommen, jetzt des NATO-Truppenstatuts, sowie zur Ausübung ihrer in Art. 2 vorbehal-

Atlantic Treaty; (3) there can be no question of the validity of the North Atlantic Treaty under the United Nations Charter“ (aus: AJIL 69 (1969) S. 121). Vgl. FROWEIN aaO; STEINBERGER, ZaÖRV 31 (1971) S. 63, 91.

⁷⁸ BT-Drucks. II/1061, S. 66ff; Bulletin der Bundesregierung 1954, S. 1666. Außerdem Brief v. 26. Mai 1952, wonach die Vorbehaltsrechte nichts an den vertraglichen Verpflichtungen ändern, Anlage 3 zu BT-Drucks. II/3500, S. 4f.

⁷⁹ BGBl. 1972 II, S. 353 ff; vgl. dazu auch die Erklärung vom 29. Juli 1970, BT-Drucks. VI/3156, S. 14: „Wir haben uns trotzdem entschlossen, mit Ihnen einen Gewaltverzicht abzuschließen, d.h. die Verpflichtung zu übernehmen und sie zu ratifizieren. In dem von uns angenommenen Text steht das Wort „ausschließlich“ (mit friedlichen Mit-

teilen). Wir haben keinerlei Ausnahmen vorgesehen. Das ist unsere Antwort auf Ihre innenpolitische Diskussion. Ich betone erneut das Wort „ausschließlich“. Glauben Sie, daß das für uns nur ein Fetzen Papier ist? Das ist es nicht“.

⁸⁰ BR-Drucks. 721/71, S. 6ff.

⁸¹ Gesetz zum Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zur Charta der Vereinten Nationen: BGBl. 1973 II, S. 430; Bekanntmachung über das Inkrafttreten der Charta der Vereinten Nationen für die Deutsche Demokratische Republik: GBl. DDR 1973 II, S. 145.

⁸² Zum Obsoletwerden auch BLUMENWITZ Feindstaatenklauseln (Fn. 75) S. 90ff.

⁸³ Amtsblatt des Kontrollrats, Ergänzungsblatt Nr. 1 v. 30. April 1946, S. 7, 9; v. MÜNCH Dokumente (Fn. 8) Bd. I, S. 19, 23.

tenen Rechte in bezug auf Berlin und Deutschland als Ganzes⁸⁴. Entsprechend ist in Art. 4 des Vertrages vom 20. 9. 1955 zwischen der DDR und der Sowjetunion Einigkeit darüber hergestellt worden, daß die „in Übereinstimmung mit den bestehenden internationalen Abkommen auf dem Gebiet der Deutschen Demokratischen Republik stationierten sowjetischen Truppen“ zeitweilig in der DDR verbleiben⁸⁵.

Aus diesen vertraglichen Regelungen wird nicht gleich klar, ob das Stationierungsrecht noch auf die Rechtsposition der Vier Mächte zurückgeht. Wenn in Art. 4 Abs. 2 des Deutschlandvertrages die Truppenstationierung mit dem Vorbehalt von Rechten in Art. 2 verbunden wird, so zeigt das aber, daß hier die Vier-Mächte-Rechtsbasis erhalten werden sollte. Zwar verpflichten sich die Drei Mächte ausdrücklich, ihr Stationierungsrecht auf dem Territorium der Bundesrepublik nur in vollem Einvernehmen mit ihr wahrzunehmen, aber die Bundesrepublik erklärt gleichzeitig ihr Einverständnis zur Stationierung, und zwar zur Stationierung auch aufgrund des Vorbehaltsrechts⁸⁶. Insofern ist Rechtsgrund der Stationierung auf dem Gebiet der Bundesrepublik hier auch noch der Vier-Mächte-Status, wenn auch die Drei Mächte bestimmte Bindungen hinsichtlich der Anwendung gegenüber der Bundesrepublik eingegangen sind. Entsprechend ist die Regelung im Verhältnis von Sowjetunion und DDR ausgestaltet. Auch die DDR hat ihr Einverständnis zum weiteren Verbleib der Truppen auf ihrem Territorium erklärt, ohne daß damit der ursprüngliche Rechtsgrund beseitigt worden wäre. Ein wichtiger Hinweis darauf, daß auch die Sowjetunion die Rechtsgrundlage der Truppenstationierung in dem Rechtsverhältnis der Vier Mächte zu Deutschland sieht, ist in der Bezeichnung ihrer Streitkräfte als „Gruppe der sowjetischen Streitkräfte in Deutschland“ zu sehen, die nach gewissen Schwankungen heute wieder allgemein gebraucht wird⁸⁷.

Auch ist die Existenz von Militärmissionen der Westmächte in Potsdam, der Sowjetunion in Bünde, Frankfurt/Main und Baden-Baden, jeweils bei dem Oberkommandierenden akkreditiert, ein deutlicher Beweis für das Fortbestehen des ursprünglichen Stationierungsrechts als erstem, wenn auch weithin überlagertem Rechtsgrund. Die Missionen waren schon in Art. 2 des Abkommens über die Kontrolleinrichtungen in Deutschland vom 14. 11. 1944 vorgesehen worden⁸⁸. Daß sie noch heute weiter bestehen, ohne daß sie bei Behörden der beiden deutschen Staaten akkreditiert werden, ist nur damit zu erklären, daß die Rechtsgrundlage der ursprünglichen Truppenstationierung rechtlich noch fortbesteht⁸⁹.

⁸⁴ FROWEIN Deutschland-Vertrag (Fn. 43) Sp. 578f, dort auch zu den französischen Truppen (vgl. Bulletin der Bundesregierung 1966, Nr. 161, S. 1304).

⁸⁵ GBl. DDR 1955 I, S. 918.

⁸⁶ Vgl. RESS Rechtslage Deutschlands (Fn. 35) S. 38f mit Anm. 99; s. auch H. KUTSCHER/W. GREWE Bonner Vertrag, 1952, Art. 4, I/II, S. 32, wo das vorbehaltene Stationierungsrecht als „nudum jus“ bezeichnet wird, weil die Anwendung voll vertraglich gebunden ist.

⁸⁷ HACKER Rechtsstatus Deutschlands (Fn. 47) S. 421.

⁸⁸ Art. 2 lautet: „Each Commander-in-Chief in his zone of occupation will have attached to him military, naval and air representatives of the other two Commanders-in-Chief for liaison duties“. Für Hinweise auf die bilateralen Vereinbarungen zur Errichtung der Missionen vgl. WHITEMAN Digest (Fn. 42) Bd. 2, S. 592.

⁸⁹ Vgl. oben S. 30 sowie H. Rumpf Land ohne Souveränität, 2. Aufl., 1973, S. 23.

4. Die endgültige Regelung der deutschen Frage

Die fortbestehende Vier-Mächte-Rechtsbasis für Deutschland ist Ausdruck dafür, daß die deutsche Frage rechtlich nicht gelöst ist. Die Vier Mächte haben sich darauf geeinigt, die Probleme, die Deutschland als Ganzes betreffen, gemeinsam zu behandeln⁹⁰. Vor allem der Abschluß des Berlin-Abkommens und die Einigung über den Beitritt der beiden deutschen Staaten zu den Vereinten Nationen sind Beispiele für die Wahrnehmung dieser Zuständigkeit aus der letzten Zeit⁹¹.

Eine Verpflichtung zur Wiedervereinigung Deutschland in den Grenzen vom 31. 12. 1937 haben die Vier Mächte nicht übernommen. Wohl aber haben die Drei Mächte im Deutschlandvertrag gegenüber der Bundesrepublik ausdrücklich zugesagt, ihre Wiedervereinigungspolitik zu unterstützen. Dabei bleibt allerdings offen, wie weit diese territorial reichen würde⁹².

Das Fortbestehen der Vier-Mächte-Rechtsposition hat in bezug auf die Möglichkeiten der Wiedervereinigung eine bedeutende Funktion der Offenhaltung. Jede einseitige Regelung, die die Wiedervereinigung ausschließen sollte, ist danach rechtlich unzulässig. Keine der Vier Mächte dürfte mit einem der deutschen Staaten eine die Wiedervereinigung ausschließende vertragliche Regelung treffen, solange nicht zwischen den vier am Deutschlandverhältnis außer den deutschen Staaten Beteiligten eine endgültige Regelung über Status und Zukunft Deutschlands getroffen ist⁹³.

Der Abschluß des Grundlagenvertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik fiel als eine Deutschland als Ganzes betreffende Frage jedenfalls auch in den Zuständigkeitsbereich der Vier Mächte. Auch aus diesem Grunde ist es konsequent, daß im Zusammenhang mit seinem Abschluß beide deutschen Staaten den Vier Mächten gegenüber ihre Rechtsposition bekräftigt haben⁹⁴.

5. Grenzfragen

Die Vier Mächte haben durch die Erklärung vom 5. 6. 1945 und die Besetzung des Reichsgebietes in den Grenzen vom 31. 12. 1937 für dieses Territorium die noch

⁹⁰ S. oben S. 32; vgl. dazu auch SCHENK Viermächteverantwortung (Fn. 31) S. 35 ff.

⁹¹ J. A. FROWEIN Buchbesprechung AöR 1970, S. 638 f; DERS. Viermächte-Verantwortung für Deutschland, in: Politik und Kultur 1975, Heft 3/4, S. 3 ff; ZÜNDORF Ostverträge (Fn. 53) S. 169 ff.

⁹² Art. 7 Abs. 1 und 2 des Deutschlandvertrages lauten: „(1) Die Unterzeichnerstaaten sind darüber einig, daß ein wesentliches Ziel ihrer gemeinsamen Politik eine zwischen Deutschland und seinen ehemaligen Gegnern frei vereinbarte friedensvertragliche Regelung für ganz Deutschland ist, welche die Grundlage für einen dauerhaften Frieden bilden soll. Sie sind weiterhin darüber einig,

daß die endgültige Festlegung der Grenzen Deutschlands bis zu dieser Regelung aufgeschoben werden muß. (2) Bis zum Abschluß der friedensvertraglichen Regelung werden die Unterzeichnerstaaten zusammenwirken, um mit friedlichen Mitteln ihr gemeinsames Ziel zu verwirklichen: Ein wiedervereinigtes Deutschland, das eine freiheitlich-demokratische Verfassung, ähnlich wie die Bundesrepublik, besitzt und das in die europäische Gemeinschaft integriert ist“. Vgl. FROWEIN JIR 18 (1975) S. 44 ff.

⁹³ FROWEIN Politik und Kultur 1975, 3/4, S. 8; RESS Rechtslage Deutschlands (Fn. 35) S. 226.

⁹⁴ Vgl. oben S. 41.

fortbestehende Vier-Mächte-Rechtsposition begründet. Nach dem Abschluß des Grundvertrages haben die beiden deutschen Staaten das Fortbestehen dieser Rechte bestätigt. Zweifelhaft könnte freilich sein, ob die Rechte der Vier Mächte sich auch noch auf die Regelung des Rechtsverhältnisses der Gebiete östlich von Oder und Neiße beziehen. Die DDR hat mit dem Görlitzer Vertrag vom 6. 7. 1950 die Oder-Neiße-Linie als Grenze vertraglich anerkannt⁹⁵. Die Bundesrepublik Deutschland hat im Warschauer Vertrag vom 7. 12. 1970 die Qualität dieser Grenze als polnische Staatsgrenze bestätigt⁹⁶. Durch derartige bilaterale Verträge der deutschen Staaten mit Polen konnte sich an den völkerrechtlich begründeten Rechtsverhältnissen der Vier Mächte nicht ohne weiteres etwas ändern. Das könnte nur dann anders sein, wenn irgendeine Beteiligung der Vier Mächte rechtliche Wirkungen hätte.

Die drei Westmächte haben dem Vertragschluß zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Polen ihre förmliche Zustimmung gegeben, aber gleichzeitig betont, daß die Rechte der Vier Mächte damit nicht beeinträchtigt werden können⁹⁷. Daraus muß geschlossen werden, daß nach Auffassung der Drei Mächte die im Potsdamer Abkommen vorbehaltene endgültige Regelung noch immer aussteht. Dafür spricht auch eine Erklärung des britischen Außenministers zum Warschauer Vertrag⁹⁸. Die Sowjetunion sieht freilich die Zugehörigkeit dieser Gebiete zu Polen ebenso wie ihre Souveränität über das nördliche Ostpreußen als schon durch das Potsdamer Abkommen geklärt an⁹⁹. Frankreich hat unterschiedliche Positionen eingenommen¹⁰⁰. Immerhin ist deutlich, daß mindestens nach Auffassung der USA und Großbritanniens eine endgültige Regelung für die sogenannten Ostgebiete des Deutschen Reiches nach wie vor aussteht.

Eine andere Frage ist allerdings, welche Rechtsbindungen bereits heute für den Fall einer endgültigen Lösung existieren. Es dürfte polnische Ansprüche schon aus den Vereinbarungen in Yalta und Potsdam auf eine wesentliche Westverschiebung der polnischen Grenze gegen die Vier Mächte geben¹⁰¹, und es spricht viel dafür, daß diese Ansprüche nach der ausdrücklichen Zustimmung der Drei Mächte zum Warschauer Vertrag heute auf die Bestätigung der Oder-Neiße-Grenze bei einer friedensvertraglichen Regelung konkretisiert worden sind¹⁰². Soweit die Bundesrepublik Deutschland als Völkerrechtssubjekt an einer friedensvertraglichen Regelung beteiligt wäre, könnte sie zwar auf die Notwendigkeit einer endgültigen Regelung hinweisen, wäre aber in der Sache selbst durch den Warschauer Vertrag gebunden.

⁹⁵ GBl. DDR 1950, S. 1205; v. MÜNCH Dokumente (Fn. 8) Bd. I, S. 497.

⁹⁶ BGBl. 1972 II, S. 361 ff; dazu FROWEIN, JIR 18 (1975) S. 12 f; BVerfGE 40, 141, 170 ff.

⁹⁷ Wortlaut der Note BR-Drucks. 722/71, S. 8.

⁹⁸ Vgl. FROWEIN ICLQ 23 (1974) S. 112, Anm. 39: „... but of course a final arrangement must await a final peace settlement of the German problem“; anders wohl TOMUSCHAT, in: Fünf Jahre Grundvertragsurteil (Fn. 54) S. 79 ff.

⁹⁹ Dazu KRÜLLE Oder-Neiße-Problem (Fn. 30) S. 154 ff.

¹⁰⁰ aaO S. 245.

¹⁰¹ So schon GREWE in: KUTSCHER/GREWE Bonner Vertrag (Fn. 86) S. 14 f; eingehend FROWEIN, JIR 18 (1975) S. 44 ff und ICLQ 23 (1974) S. 109 ff.

¹⁰² K. SKUBISZEWSKI Poland's Western Frontier and the 1970 Treaties, in: AJIL 67 (1973) S. 23, 30.

Die Vier-Mächte-Rechtsposition in bezug auf die Oder-Neiße-Grenze entspricht im übrigen ganz der, die nach teilweise veröffentlichten Erklärungen der Westmächte für die unbedeutenden Grenzänderungen an der deutschen Westgrenze besteht. Auch hier hat etwa die amerikanische Regierung die Notwendigkeit einer Bestätigung in einer friedensvertraglichen Regelung herausgestellt¹⁰³. Insofern erscheint es nicht zutreffend, wenn zum Teil die Auffassung vertreten wird, mit dem Abschluß des Warschauer Vertrages und der Zustimmung der Drei Mächte zu diesem Vertrag sei das Mitentscheidungsrecht der Vier Mächte über die deutsche Ostgrenze endgültig konsumiert¹⁰⁴.

6. Vier-Mächte-Status von Berlin

Der Status Berlins wird gesondert behandelt¹⁰⁵. An dieser Stelle muß er deswegen erwähnt werden, weil er ein Bestandteil der Vier-Mächte-Rechtsposition in Deutschland ist, die auf das Jahr 1945 zurückgeht, und er Auswirkungen über das Gebiet von Berlin hinaus hat. Ein besonders guter Nachweis hierfür ist das Zugangsrecht für Militärpersonal nach Berlin, das von den Vier Mächten in Anspruch genommen wird. Dieses Zugangsrecht gründet sich auf die gemeinsame Besetzung Deutschlands und Berlins. Auch auf dem Territorium der beiden deutschen Staaten beruht es auf dem vorbehaltenen Besatzungsrecht. Aus diesem Grunde werden Angehörige der westlichen Streitkräfte auch auf ihrer Fahrt durch das Territorium der DDR nur durch sowjetisches Militärpersonal kontrolliert. Diese Rechtslage hat im Vier-Mächte-Abkommen über Berlin insofern eine Bestätigung erfahren, als die Zugangsregelung dort nur für Zivilpersonen gilt¹⁰⁶.

Aber auch die Bestimmungen des Vier-Mächte-Abkommens sind ein Nachweis dafür, daß den Vier Mächten noch eine völkerrechtliche Zuständigkeit für Deutschland als Ganzes über Berlin hinaus zukommt. Anders ist die Zuständigkeit der Vier Mächte zur Vereinbarung der Bestimmungen über den Transit zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Berlin nicht zu erklären. Nur die Verbindung der Vier-Mächte-Rechtsposition in bezug auf Berlin mit der auf Deutschland als Ganzes machte es möglich, daß die Sowjetunion gegenüber den Drei Mächten eine ausdrückliche Garantieerklärung für den zivilen Verkehr nach Berlin abgab¹⁰⁷. Sowohl der Vertragsgegenstand als auch die Übernahme von Verpflichtungen sind hier ein Ausdruck der Vier-Mächte-Rechte¹⁰⁸.

¹⁰³ Sehr vorsichtig die Formulierung des State Department bei WHITEMAN Digest (Fn. 42), Bd. 3, 1964, S. 423, zu deutsch-schweizerischen Grenzberichtigungen: „It would be the view of the Department that in as much as Article 7 (I) provides that final determination of the boundaries of Germany must await a peace settlement, as between the signatory states to the Bonn Conventions any rectification of the Swiss-German frontier cannot be considered as a final determination unless confirmed by the peace settlement“.

¹⁰⁴ So wohl TOMUSCHAT in: Fünf Jahre Grundvertragsurteil (Fn. 54) S. 71, 83.

¹⁰⁵ Vgl. unten S. 54.

¹⁰⁶ Beilage Bundesanzeiger Nr. 174 v. 19. Sept. 1972, S. 44; dazu E. R. ZIVIER Der Rechtsstatus des Landes Berlin 3. Aufl., 1962, S. 164, 240; vgl. auch Dokumente zur Berlin-Frage (Fn. 12) Nr. 199, S. 240f.

¹⁰⁷ So schon FROWEIN Politik und Kultur, 1975, 3/4, S. 12.

¹⁰⁸ ZÜNDORF Ostverträge (Fn. 53) S. 169 bezeichnet sogar das gesamte Abkommen mit

V. Das Fortbestehen des Deutschen Reiches

1. Die offiziellen Rechtspositionen

Die Bundesrepublik Deutschland sieht sich als mit dem Deutschen Reich identisch an. Sie setzt das Deutsche Reich auf ihrem Territorium fort¹⁰⁹. Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet das Verhältnis als eines der „Teilidentität“¹¹⁰. Hieraus folgt, daß nach der Auffassung der Bundesrepublik Deutschland, die sich in einer Vielzahl von Staatsakten geäußert hat, das Deutsche Reich nicht untergegangen ist, sondern fortbesteht, und zwar in Gestalt der Bundesrepublik Deutschland¹¹¹. Das besagt allerdings nicht, daß die Bundesrepublik das nicht zu ihr gehörende Territorium des Deutschen Reiches als ihr Staatsgebiet ansieht. Vielmehr hat sie sich insoweit der Bindung an die Vorbehaltsrechte der Drei Mächte unterworfen, wie sie in Art. 2 des Deutschlandvertrages zum Ausdruck kommen. Danach ist das politische Ziel der Wiedervereinigung, das für die Staatsorgane der Bundesrepublik Deutschland in der Präambel des GG enthalten ist¹¹², von der Zuständigkeit der Vier Mächte umfaßt. Die Bundesrepublik Deutschland kann Zuständigkeiten für außerhalb ihrer Grenzen gelegenes deutsches Territorium nicht beanspruchen und hat das auch, entgegen anderslautenden Darstellungen, nie getan¹¹³.

Es wurde bereits dargelegt, daß die Deutsche Demokratische Republik nach einer Periode der Unsicherheit offiziell den Untergang des Deutschen Reiches im Jahre 1945 annimmt¹¹⁴. Die Vier Mächte haben zu der Frage in letzter Zeit nie klar Stellung genommen. Man wird aber das Fortbestehen der Rechte der Vier Mächte, das, wie dargelegt wurde, von allen angenommen wird, so deuten müssen, daß die staatliche Ordnung auf deutschem Boden von den an dem Vier-Mächte-Rechtsverhältnis Beteiligten nach wie vor nicht als endgültig angesehen wird¹¹⁵.

2. Würdigung

Die Frage, ob ein Staat fortbesteht, beantwortet sich nach dem Völkerrecht¹¹⁶. Die Normen sind freilich alles andere als klar¹¹⁷. Es zeigt sich auch, daß in der Staatenpraxis dem Selbstverständnis der möglicherweise identischen Rechtssubjekte nicht geringe Bedeutung zukommt¹¹⁸. Insofern ist die Behauptung der Bundesrepublik, sie setze das Deutsche Reich auf ihrem Territorium fort, ohne Zweifel bedeutsam¹¹⁹.

den deutschen Ausführungsvereinbarungen als „von den Vier Mächten gesetztes Besatzungsrecht“.

¹⁰⁹ BVerfGE 36, 1, 16.

¹¹⁰ aaO S. 16.

¹¹¹ aaO S. 16.

¹¹² aaO S. 17 ff.

¹¹³ FROWEIN JIR 18 (1975) S. 50 ff.

¹¹⁴ Vgl. oben S. 36 f.

¹¹⁵ Vgl. oben S. 40 f.

¹¹⁶ Dazu allgemein W. FIEDLER Das Kontinuitätsproblem im Völkerrecht, 1978; DERS. Staats- und völkerrechtliche Probleme des

Staatsuntergangs, in: Zeitschrift für Politik 1973, S. 150 ff.; vgl. ferner TOMUSCHAT, in: Fünf Jahre Grundvertragsurteil (Fn. 54) S. 78.

¹¹⁷ Beispiele bei FIEDLER Kontinuitätsproblem (Fn. 116) S. 45 ff.

¹¹⁸ Siehe die Praxis im Falle Österreich, wo der Staatsvertrag in Art. 1 den österreichischen Anspruch bestätigt, vgl. auch Präambel und Art. 5 (UNTS, Vol. 217, S. 299 = BERBER Völkerrecht, Dokumentensammlung, Bd. II, 1967, S. 2227).

¹¹⁹ BVerfGE 36, 1, 16.

Die wichtigste Frage dürfte in diesem Zusammenhang die nach dem Verhältnis der Bundesrepublik zur DDR sein. Es könnte einmal angenommen werden, daß die DDR ein ebenfalls mit dem Deutschen Reich teidentischer Staat auf deutschem Boden sei. Diese Vorstellung scheint der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde zu liegen¹²⁰. Freilich liegt eine kaum überwindbare Schwierigkeit darin, daß hier eine Qualifizierung entgegen dem erklärten Selbstverständnis der DDR vorläge. Wenn ein Staat sich als sezedierender Neustaat versteht, so ist es nicht leicht, eine dem entgegengesetzte Auffassung völkerrechtlich ihm gewissermaßen überzustülpen.

Möglich erscheint es dagegen, die Rechtslage Deutschlands als die einer rechtlich noch immer nicht endgültig abgeschlossenen Sezession zu qualifizieren, wie es vor allem RESS getan hat¹²¹. Dabei würde auch die vollendete Sezession nichts an der Identität der Bundesrepublik Deutschland mit dem Deutschen Reich ändern. Die Sezession der DDR kann aber so lange nicht völkerrechtlich als vollendet angesehen werden, wie die Vier Mächte nicht ihre gemeinsame Zustimmung zu der endgültigen Lösung der deutschen Frage in diesem Sinne gegeben haben. Damit würde dann auch die Vier-Mächte-Rechtsposition für Deutschland ihr Ende finden. Eine solche Zustimmung dürften die Drei Mächte gemäß ihren Verpflichtungen gegenüber der Bundesrepublik aus dem Deutschlandvertrag nur nach Konsultation mit der Bundesregierung und unter Berücksichtigung der Zielsetzung der Wiedervereinigung erklären. Durch die Betonung des politischen Zieles der Wiedervereinigung bei Abschluß des Moskauer Vertrages und des Grundlagenvertrags ist von der Bundesrepublik klar gemacht worden, daß sie trotz „Anerkennung der Realität“ diese auf das Selbstbestimmungsrecht des deutschen Volkes gegründete Forderung nicht aufgibt.

VI. Die deutsche Staatsangehörigkeit

1. Die deutsche Staatsangehörigkeit nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland

Gemäß Art. 116 GG knüpft das Staatsangehörigkeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland an das im Jahre 1949 geltende deutsche Staatsangehörigkeitsrecht an. Aufgrund der Identität zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Rechtssubjekt Deutsches Reich war es konsequent, daß alle deutschen Staatsangehörigen mit dem Entstehen der Bundesrepublik Deutschland ihre Staatsangehörigkeitsbeziehungen zu der Bundesrepublik als dem neuorganisierten deutschen Staatswesen fortsetzen. Ausnahmen galten allerdings für die früheren österreichischen Staatsangehörigen, die ihre deutsche Staatsangehörigkeit mit dem Wiederentstehen der Republik Österreich jedenfalls grundsätzlich verloren¹²², sowie für einige Fälle als nichtig behandel-

¹²⁰ aaO S. 16f.

¹²¹ RESS Rechtslage Deutschlands (Fn. 35) S. 214f.

¹²² BVerfGE 4, 322, 327; vgl. ferner betr. CSSR: BVerfGE 1, 322, 328.

ter Einbürgerungsmaßnahmen während des zweiten Weltkrieges¹²³. Grundsätzlich ist die deutsche Staatsangehörigkeit, deren Erwerb und Verlust sich nach dem mehrfach geänderten Reichs- und Staatsangehörigkeitgesetz von 1913 richtet, auch die Staatsangehörigkeit der Bundesrepublik Deutschland¹²⁴.

Aus dieser Rechtslage folgt, daß diejenigen, die die Erwerbsgründe des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts erfüllen, auch dann nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland deutsche Staatsangehörige sind, wenn sie in Gebieten leben, die zum Deutschen Reich gehört haben, nicht aber zur Bundesrepublik gekommen sind. Das ist an sich nicht ungewöhnlich, da der Erwerb der Staatsangehörigkeit durch Abstammung normalerweise von der Zugehörigkeit des Gebietes, in dem jemand geboren wird, unabhängig ist. Ungewöhnlich ist freilich, daß damit fast alle Bewohner der Deutschen Demokratischen Republik gleichzeitig deutsche Staatsangehörige im Sinne des Rechts der Bundesrepublik Deutschland und damit ihre Staatsangehörigen sind. Außerdem haben sie nach dem Recht der DDR auch deren Staatsbürgerschaft, wenn die Erwerbsvoraussetzungen insoweit vorliegen. Selbst eine Einbürgerung in der DDR nach dem Staatsbürgerschaftsgesetz wird in der Bundesrepublik Deutschland außer in Ausnahmefällen als Einbürgerung für den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit im Sinne des Grundgesetzes anerkannt¹²⁵.

Allerdings bedeutet das nicht, daß Bewohner der Deutschen Demokratischen Republik im deutschen Recht automatisch mit staatsangehörigkeitsrechtlichen Rechten und Pflichten ausgestattet würden. Wehrpflicht, Wahlrecht und Steuerpflichten knüpfen durchweg an den Wohnsitz oder andere Beziehungen zur Bundesrepublik Deutschland an¹²⁶. Das Bundesverfassungsgericht erkennt zutreffend an, daß es einen Unterschied zwischen dem „Bürger der Bundesrepublik Deutschland“ und dem „deutschen Staatsangehörigen“ geben kann¹²⁷. Ein deutscher Staatsangehöriger, der bisher nicht Bürger der Bundesrepublik war, kann diese Eigenschaft freilich erwerben, indem er sich dem Schutz der Bundesrepublik unterstellt¹²⁸. Auch wenn sonst ein deutscher Staatsangehöriger in den Schutzbereich der Bundesrepublik Deutschland und ihrer Gesetze gelangt, so genießt er die vollen Garantien des Grundgesetzes und ihrer Rechtsordnung¹²⁹. In der Praxis bedeutet das, daß Behörden der Bundesrepublik Deutschland die deutsche Staatsangehörigkeit auch dann zu berücksichtigen haben, wenn sich ein bisher in keiner Beziehung zur Bundesrepublik stehender Deutscher im Inland oder Ausland darauf beruft¹³⁰. Dagegen folgt daraus nicht, daß

¹²³ Vgl. die Zusammenstellung bei G. WOLF Die Deutschen, Diss. jur. Mainz, 1978, S. 82 ff.

¹²⁴ BVerfGE 36, 1 f, Leitsatz 8; vgl. jetzt auch A. N. MAKAROV/H. v. MANGOLDT Deutsches Staatsangehörigkeitsrecht, Kommentar, 3. Aufl., 1. Lfg. (Stand: Nov. 1981), Einleitung V, Rdn. 1 ff.

¹²⁵ Vgl. OVG Münster DVBl. 1979, 429, 430.

¹²⁶ Vgl. etwa § 12 I Nr. 2 BWahlG; § 1 I Nr. 1 WehrpflG; Darstellung der Einzelheiten bei G. ZIEGER Das Problem der deutschen

Staatsangehörigkeit, in: Fünf Jahre Grundvertragsurteil (Fn. 54) S. 189, 209.

¹²⁷ BVerfGE 36, 1, 30 f.

¹²⁸ aaO.

¹²⁹ aaO S. 31.

¹³⁰ Vgl. J. A. FROWEIN Das Individuum als Rechtssubjekt im Konsularrecht. Zu den Konsularverträgen mit der DDR, in: Internationales Recht und Wirtschaftsordnung, Festschrift für F. A. Mann zum 70. Geburtstag, 1977, S. 367, 377.

etwa die Normen des deutschen Strafrechts, soweit sie auf der Täter- oder Opferseite die deutsche Staatsangehörigkeit voraussetzen, auch dann anzuwenden wären, wenn die Tat keine Beziehung zur Bundesrepublik Deutschland hat¹³¹. Hier sind vielmehr Einschränkungen unter Bezugnahme auf die Funktion des Strafrechts möglich und werden in der Rechtsprechung entwickelt¹³².

Zweifelhaft erscheint es, ob Behörden der Bundesrepublik Deutschland nach deutschem Recht deutsche Staatsangehörige auch gegen ihren Willen als solche in Anspruch nehmen müssen, wenn diese Personen sich allein auf die Staatsbürgerschaft der DDR berufen wollen. Inwieweit das Bedenken aufgrund völkerrechtlicher Beschränkungen hervorrufen könnte, ist später zu untersuchen. Hier soll zunächst allein die deutsche Rechtslage geklärt werden. Normalerweise können sich Doppelstaater nach Völkerrecht und insoweit auch nach deutschem Recht nicht auf die andere Staatsangehörigkeit berufen, wenn sie deutsche Staatsangehörige sind¹³³. Freilich könnte für DDR-Deutsche deswegen etwas anderes gelten, weil hier eine Inanspruchnahme der Personen als Deutsche auch gegen ihren Willen dazu führen könnte, daß der DDR grundsätzlich kein Staatsvolk zugeordnet würde. Daß die DDR ein Staat mit einem Staatsvolk ist, bestreitet die Bundesrepublik aber seit Abschluß des Grundlagenvertrages nicht mehr¹³⁴. Anders als ins Ausland abgewanderte Staatsangehörige, die die Möglichkeit des freiwilligen Erwerbs einer fremden und damit des Verlustes der deutschen Staatsangehörigkeit nach § 25 RuStG oder der Entlassung nach §§ 18 ff RuStG hatten, konnten Bürger der DDR die deutsche Staatsangehörigkeit nicht verlieren. Dem Sinne des Schutzes jedes einzelnen in seiner freien Willensentscheidung entspricht es nicht, Bürger der DDR gegen ihren Willen als deutsche Staatsangehörige in Anspruch zu nehmen.

Das Bundesverfassungsgericht hat denn auch ausdrücklich auf die Möglichkeit hingewiesen, daß ein Deutscher darauf verzichtet, in den vollen Schutz der deutschen Rechtsordnung zu gelangen¹³⁵. Das muß dahin verstanden werden, daß nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland keinem Bürger der DDR die Rechte und Pflichten der deutschen Staatsangehörigkeit aufgedrängt werden. In der Praxis ist das auch nicht bekannt geworden, obwohl offenbar Journalisten der DDR in der Bundesrepublik zum Teil etwa Wahlbenachrichtigungen zugestellt werden¹³⁶. Freilich bedeutet dies nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland nicht, daß die betreffende Person die deutsche Staatsangehörigkeit definitiv verliert. Wenn sie sich später gegenüber Staatsorganen der Bundesrepublik doch darauf beruft, so ist sie sofort als deutscher Staatsangehöriger zu behandeln¹³⁷. Auch erwerben ihre Kinder ohne weiteres die deutsche Staatsangehörigkeit im Sinne des Grundgesetzes.

¹³¹ Dazu etwa OLG Düsseldorf NJW 1979, 59 und jüngst BGHSt. 30, 1, 3ff.

¹³² OLG Düsseldorf NJW 1979, 59, 62; BGHSt. 30, 1, 4.

¹³³ Vgl. MAKAROV/ v. MANGOLDT Deutsches Staatsangehörigkeitsrecht (Fn. 124) Einleitung II, Rdn. 4.

¹³⁴ So auch RESS Rechtslage Deutschlands (Fn.

35) S. 127f; vgl. ferner BERNHARDT, in: VVDStRL 38 (1979) S. 14.

¹³⁵ BVerfGE 36, 1, 30.

¹³⁶ Laut Zeitungsberichten.

¹³⁷ Vgl. etwa den Fall des Hausmeisters der Londoner DDR-Botschaft: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 4. 2. 1978, S. 4; Neue Zürcher Zeitung, 5./6. 2. 1978, S. 3.

2. Die deutsche Staatsangehörigkeit im Verhältnis zur DDR

Die dargestellte Rechtslage nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland könnte im Verhältnis zur DDR völkerrechtliche Probleme aufwerfen, wenn es an einem zulässigen Anknüpfungspunkt dafür fehlte, daß die Bundesrepublik auch nach Abschluß des Grundlagenvertrages daran festhält, daß Bürger der DDR gleichzeitig deutsche Staatsangehörige nach dem Grundgesetz sind. Es ist zwar unbedenklich, daß ein Staat Abkömmlinge seiner Staatsangehörigen, die immer im Ausland gelebt haben, weiter als seine Staatsangehörige ansieht, wenn sie die Staatsangehörigkeit mit der Geburt erworben haben. Das ist eine Folge des völkerrechtlich zulässigen Grundprinzips, wonach die Staatsangehörigkeit durch Abstammung erworben werden kann (*jus sanguinis*). Aber das könnte dann nicht mehr gelten, wenn ein Staat sich neu gebildet hat und sein Staatsvolk nun weiter von dem früheren Gesamtstaat oder dessen staatlicher Neuorganisation in Anspruch genommen wird. Um alle Mißverständnisse auszuschließen, hat die Bundesrepublik bei Abschluß des Grundlagenvertrages der DDR ausdrücklich erklärt, daß Staatsangehörigkeitsfragen durch den Vertrag nicht geregelt worden sind¹³⁸. Das ist von der DDR hingenommen worden. Insofern ist eindeutig, daß sich aus dem Grundlagenvertrag kein Anspruch der DDR auf Änderung des Rechts der Bundesrepublik Deutschland ergeben kann. Das erübrigt aber nicht die Frage, ob die Rechtsordnung der Bundesrepublik in dieser Hinsicht mit den allgemeinen Regeln des Völkerrechts in bezug auf die Staatsangehörigkeit vereinbar ist.

Weithin findet sich die Meinung, daß das Fortbestehen des Deutschen Reichs auch die Fortführung der deutschen Staatsangehörigkeit durch die Bundesrepublik Deutschland rechtfertigen könne¹³⁹. Teilt man nicht die oben als problematisch bezeichnete Ansicht, wonach die Bundesrepublik das Deutsche Reich auch außerhalb ihrer Grenzen fortsetzt, so läßt sich hieraus gerade kein Argument herleiten¹⁴⁰. Der DDR gegenüber kann das Fortbestehen des Deutschen Reiches außerhalb der Grenzen der Bundesrepublik nicht entgegengehalten werden.

Andererseits heißt das nicht, daß die besondere Rechtslage Deutschlands bei dieser Frage unberücksichtigt bleiben könnte. Daß die Rechte der Vier Mächte für Deutschland als Ganzes fortbestehen, bedeutet, wie gezeigt wurde, daß die deutsche Frage nicht gelöst ist¹⁴¹. Hierin liegt aber eine Rechtfertigung dafür, jedem, der bei einer Wiedervereinigung Deutschlands dessen Bürger wäre, bis zur Lösung dieser Frage die Wahl zwischen den deutschen Staatsangehörigkeiten offenzuhalten. Nichts anderes bedeutet die Rechtslage nach dem Staatsangehörigkeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland¹⁴². Das findet eine zusätzliche Rechtfertigung im Selbstbestimmungsrecht, einem im heutigen Völkerrecht anerkannten Grundprinzip¹⁴³. Solange eine Selbstbestimmungsentscheidung des deutschen Volkes insgesamt nicht möglich

¹³⁸ Vgl. oben S. 39.

¹³⁹ Nachweise bei G. ZIEGER Die Staatsangehörigkeit im geteilten Deutschland, 1971, S. 34ff.

¹⁴⁰ So auch ZIEGER aaO.

¹⁴¹ Vgl. oben S. 44.

¹⁴² Vgl. oben S. 48.

¹⁴³ Dazu statt aller VERDROSS/SIMMA Universelles Völkerrecht, 1976, S. 253ff m.N. in Fn. 12.

war, ist es völkerrechtlich kein Mißbrauch, wenn die individuelle Selbstbestimmungsentscheidung zwischen den beiden deutschen Staaten durch das Staatsangehörigkeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland geschützt wird. Das wird, wie die sogleich zu würdigende Praxis von Drittstaaten zeigt, auch in der Völkerrechtsordnung anerkannt.

3. Die deutsche Staatsangehörigkeit im Verhältnis zu Drittstaaten

Unproblematisch ist die Situation im Verhältnis zu Drittstaaten da, wo die Bundesrepublik Deutschland für deutsche Staatsangehörige mit Wohnsitz in der Bundesrepublik völkerrechtliche Rechte wahrnimmt. Hier ist die deutsche Staatsangehörigkeit die Staatsangehörigkeit der Bundesrepublik, die von jedem Staat anerkannt werden muß und auch anerkannt wird. Dasselbe gilt, wo sich ein im Ausland lebender Deutscher dem Schutz der Bundesrepublik unterstellt hat, indem er etwa bei deutschen Auslandsvertretungen einen Paß beantragt oder sonst erklärt hat, daß er auch Bürger der Bundesrepublik Deutschland sein will.

Wo dagegen ein deutscher Staatsangehöriger im Sinne des Grundgesetzes als Bürger der Deutschen Demokratischen Republik auf deren Territorium lebt, kann die Bundesrepublik Deutschland nicht alle Rechte geltend machen, die ein Staat hinsichtlich seiner Staatsangehörigen hat. Grundsätzlich versuchen das die Auslandsvertretungen der Bundesrepublik Deutschland auch nicht. Die amerikanische Regierung hat bereits 1962 festgestellt, daß Konsuln der Bundesrepublik Deutschland für Deutsche in der DDR nicht ohne weiteres tätig werden können¹⁴⁴. Staaten können sich hierfür jedenfalls auch auf die anerkannte Praxis berufen, wonach bei Doppelstaaten nur die sogenannte effektive Staatsangehörigkeit berücksichtigt zu werden braucht¹⁴⁵. Es wäre aber auch völkerrechtlich unzulässig, wenn die Bundesrepublik etwa Rechte für den Schutz von DDR-Bürgern im Ausland gegen deren Willen in Anspruch nehmen würde, weil insofern ohne individuelle Anknüpfung in die Personalhoheit der DDR eingegriffen würde. Das folgt wieder daraus, daß im Gegensatz zur sonstigen Lage bei Doppelstaaten alle Bürger der DDR auch deutsche Staatsangehörige im Sinne des Grundgesetzes sind¹⁴⁶.

Anders ist die Rechtslage, sobald ein DDR-Bürger sich in einem Drittstaat auf seine deutsche Staatsangehörigkeit beruft und dem Schutz der Organe der Bundesrepublik Deutschland unterstellt werden will. Hier ist durch diese Entscheidung die individuelle Anknüpfung zur Bundesrepublik Deutschland vorhanden, die ein Drittstaat berücksichtigen darf. Das haben verschiedene Staaten bei Abschluß von Konsularabkommen mit der DDR deutlich gemacht, indem sie darauf hingewiesen haben, daß auf ihrem Territorium jeder deutsche Staatsangehörige im Sinne des Grundgesetzes sich auf diese Staatsangehörigkeit berufen könne¹⁴⁷. Hierin liegt keine Völker-

¹⁴⁴ AJIL 57 (1963) S. 410.

¹⁴⁵ Vgl. A. N. MAKAROV „Staatsangehörigkeit“, in: STRUPP/SCHLOCHAUER Wörterbuch des Völkerrechts, 2. Aufl., 3. Bd., 1962, S. 323, 327.

¹⁴⁶ S. oben S. 50, und BERNHARDT, in: VVDStRL 38 (1979) S. 31.

¹⁴⁷ Dazu FROWEIN in: Festschrift für F. A. Mann (Fn. 130) S. 367, 377 f.; G. ZIEGER Das Problem der deutschen Staatsangehörigkeit

rechtsverletzung gegenüber der DDR. Einmal dürfte die Regel der effektiven Staatsangehörigkeit für den Drittstaat ohnehin nicht zwingend sein¹⁴⁸. Vor allem ist das Prinzip der effektiven Staatsangehörigkeit aber entwickelt worden, weil so der Entscheidung des einzelnen über seinen Lebensmittelpunkt Rechnung getragen werden konnte. War diese Entscheidung bisher faktisch nicht möglich, so ist ein Drittstaat berechtigt, sie nunmehr zu berücksichtigen, wenn sie auf seinem Territorium erkennbar getroffen wurde¹⁴⁹.

Fraglich kann sein, ob Bürger der DDR sich auf Verträge berufen können, die Deutschen Rechte gewähren. Die Bundesrepublik Deutschland hat in einer Vielzahl von Verträgen als ihre Staatsangehörigen die Personen bezeichnet, die Deutsche im Sinne von Art. 116 GG sind¹⁵⁰. Freilich wird zum Teil hinzugefügt, daß der Nachweis durch Papiere der Bundesrepublik erfolgen muß¹⁵¹. Dann ist klar, daß es sich um Personen handelt, die sich mindestens zeitweise dem Schutz der Bundesrepublik Deutschland unterstellt haben¹⁵². Hier bestehen keine Bedenken dagegen, daß Drittstaaten sie entsprechend behandeln und dazu auch verpflichtet sind. Dagegen kann nicht angenommen werden, daß Drittstaaten verpflichtet wären, einem mit dem Paß der DDR eingereisten Deutschen, der sich nur auf seine Eigenschaft als Deutscher beruft, ohne eine Beziehung zur Bundesrepublik zu haben oder jetzt herstellen zu wollen, Rechte aus einem Vertrag mit der Bundesrepublik zu gewähren. Vor allem wäre es aber völkerrechtlich bedenklich, wenn die Bundesrepublik derartige Rechte geltend machen würde. Damit würde sie sich eine generelle Kompetenz anmaßen, für Deutsche aus der DDR völkerrechtlich vertretungsbefugt zu sein. Ohne daß eine Beziehung zur Bundesrepublik Deutschland hergestellt worden ist, besteht ein derartiges Vertretungsrecht nicht. Das folgt daraus, daß die Bundesrepublik Deutschland in Art. 4 des Grundlagenvertrages das Recht der Vertretung für die DDR aufgegeben hat. Damit kann sie auch eine generelle Vertretung für die DDR-Bevölkerung nicht in Anspruch nehmen¹⁵³. In dem Augenblick, in dem der Bürger der DDR sich gegenüber einer Auslandsvertretung der Bundesrepublik Deutschland auf seinen Status beruft und damit eine Anknüpfung für die Zuständigkeit der Organe der Bundesrepublik Deutschland herstellt, bestehen dagegen keine Bedenken gegen ein Tätigwerden dieser Organe¹⁵⁴.

im Verhältnis zu Drittstaaten, ebenda, S. 505, 529 f.

¹⁴⁸ DAZU FROWEIN aaO S. 376; I. SEIDL-HOHENVELDERN *Völkerrecht*, 4. Aufl., 1980, Rdn. 997; MAKAROV, in: STRUPP/SCHLOCHAUER *Wörterbuch* (Fn. 145) aaO.

¹⁴⁹ FROWEIN aaO S. 376.

¹⁵⁰ FROWEIN *De facto-Regime* (Fn. 37) S. 165 mit Anm. 310f; neuere Zusammenstellung bei D. BLUMENWITZ *Die deutsche Staatsangehörigkeit und die Konsularverträge der DDR mit dritten Staaten*, in: *Politische Studien*, 1975, S. 283 mit Anm. 3 und 4.

¹⁵¹ FROWEIN aaO S. 165, Anm. 312.

¹⁵² Pässe der Bundesrepublik Deutschland werden auch zeitweise im Bundesgebiet befindlichen DDR-Bürgern für Reisen in das westliche Ausland ausgestellt.

¹⁵³ ZÜNDORF *Ostverträge* (Fn. 53) S. 237 mit Anm. 749 (S. 361); BERNHARDT, in: *VVDStRL* 38 (1979) S. 32. – Vgl. auch die Erklärung von Bundeskanzler Schmidt, *Deutscher Bundestag, Stenograph. Berichte*, 146. Sitzung v. 30. Jan. 1975, S. 10034.

¹⁵⁴ So auch ZIEGER, in: *Festschrift für F. A. Mann* (Fn. 130) S. 505, 534 ff, 540 f; vgl. auch ZÜNDORF aaO, S. 284.

4. Würdigung

Die Probleme im Zusammenhang mit der deutschen Staatsangehörigkeit gehören zu den schwierigsten Auswirkungen der noch nicht endgültig geklärten Rechtslage Deutschlands. Soweit es vorhersehbar ist, wird diese Problematik weiter bestehen. Daß die Bundesrepublik Deutschland bei der Aufrechterhaltung der gegenwärtigen Rechtslage in keiner Weise die Absicht verfolgt, in den Rechtskreis der DDR einzudringen, dürfte sich bereits gezeigt haben. Es geht vielmehr allein darum, die Verantwortung für jeden Deutschen, die das Grundgesetz den Organen der Bundesrepublik auferlegt, wahrzunehmen, wenn dieser aus freien Stücken den Wunsch dazu äußert. Hiergegen bestehen keine völkerrechtlichen Bedenken. Art. 15 Abs. 2 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen anerkennt das Recht auf Wechsel der Staatsangehörigkeit, und Art. 12 Abs. 2 des UN-Paktes über bürgerliche und politische Rechte, der von der DDR ratifiziert worden ist, gewährleistet die Freiheit der Ausreise auch aus dem eigenen Land. Auch diese dem Willen des Individuums Rechnung tragenden Normen rechtfertigen die Haltung der Bundesrepublik Deutschland, jedem Deutschen die Option für die Bundesrepublik Deutschland zu ermöglichen. Eine derartige Handhabung, die die Staatsbürgerschaft der DDR keineswegs bestreitet, sie auch in den Rechtsbeziehungen des Kollisionsrechtes durchaus beachtet, andererseits aber die „offene Tür“ der deutschen Staatsangehörigkeit sichert, ist völkerrechtlich unproblematisch und wird, wie gezeigt wurde, von vielen Drittstaaten gebilligt und unterstützt¹⁵⁵.

VII. Der Status Berlins

1. Der völkerrechtliche Status

Wie in einem Brennpunkt sammeln sich in Berlin die Probleme der Rechtslage Deutschlands. Die völkerrechtliche Entwicklung, deren zum Teil unterschiedliche Beurteilung durch die Beteiligten, aber auch die Einwirkung des Rechts der beiden deutschen Staaten bedürfen der Berücksichtigung.

Gemäß Art. 7 des Abkommens über die Kontrolleinrichtungen in Deutschland vom 14. 11. 1944 sollte das Gebiet von Berlin, das zu keiner Besatzungszone gehörte¹⁵⁶, von einer Kommandantur bestehend aus drei Stadtkommandanten verwaltet werden¹⁵⁷. Zur Einbeziehung Frankreichs wurde die Zahl später auf vier erhöht¹⁵⁸. Für die gemeinsame Besetzung wurden in Berlin gemäß dem Londoner

¹⁵⁵ Vgl. U. SCHEUNER Die deutsche einheitliche Staatsangehörigkeit: ein fortdauerndes Problem der deutschen Teilung, in: Europa-Archiv 1979, 345, 351 ff; für das Kollisionsrecht A. HELDRICH Innerdeutsches Kollisionsrecht und Staatsangehörigkeitsfrage, in: NJW 1978, S. 2169 ff; vgl. auch die Regierungserklärung von Bundeskanzler Schmidt

vor dem Bundestag vom 18. 12. 1981, Bulletin der Bundesregierung vom 21. 12. 1981, S. 1053, 1055.

¹⁵⁶ Vgl. oben S. 30.

¹⁵⁷ v. MÜNCH Dokumente (Fn. 8) Bd. I, S. 31.

¹⁵⁸ Ergänzungsabkommen v. 1. 5. 1945, Nr. X und XI, Documents on Germany (Fn. 16) S. 11.

Protokoll vom 12. 9. 1944 mit Änderungen vom 26. 7. 1945 Sektoren festgelegt¹⁵⁹. Die gemeinsame Verwaltung existierte bis zum 1. 7. 1948, als die sowjetischen Vertreter sich aus der Kommandantur zurückzogen¹⁶⁰. Seitdem setzen die Stadtkommandanten der drei Westmächte deren Arbeit fort¹⁶¹. Allerdings stellten sie bereits in ihrer Erklärung vom 21. 12. 1948 über die Fortführung der Tätigkeit der Kommandantur fest, daß es ihnen aufgrund der sowjetischen Obstruktion zur Zeit nur möglich sein werde, ihre Entscheidungen in den westlichen Sektoren durchzuführen. Diese Lage besteht seit 1948. Von allen vier Mächten wird dagegen noch die Luftsicherheitszentrale Berlin betrieben, die für den Luftraum von Berlin mit dem Radius von 20 Meilen um das Kontrollratsgebäude und das Regime in den Luftkorridoren zuständig ist¹⁶².

Die Sowjetunion hat mit Noten in den Jahren 1958 und 1959 die Auffassung vertreten, daß die Abkommen über die gemeinsame Besetzung Berlins nicht mehr in Kraft seien¹⁶³. Dies wurde von den Westmächten zurückgewiesen und hat in der Praxis, insbesondere hinsichtlich des Zugangs und der Kontrolle von Militär, zu keiner Änderung geführt¹⁶⁴. Durch das Vier-Mächte-Abkommen über Berlin von 1971 ist der status quo bestätigt worden. Die Präambel verweist ausdrücklich auf die Vier-Mächte-Rechte und -Verantwortlichkeiten und die Vereinbarungen und Beschlüsse der Vier Mächte aus der Kriegs- und Nachkriegszeit, die nicht berührt werden sollen. Freilich wird nirgendwo auf Groß-Berlin oder den Ostteil der Stadt ausdrücklich Bezug genommen, und es ist bekannt, daß sich das Abkommen nach Auffassung der Sowjetunion und der DDR nur auf West-Berlin bezieht¹⁶⁵. Aber die bestätigten Vereinbarungen und die Systematik des Abkommens, das in Teil I „Allgemeine Bestimmungen“ und in Teil II „Bestimmungen, die die Westsektoren Berlins betreffen“ enthält, zeigt eindeutig, daß mit ihm der Vier-Mächte-Status von ganz Berlin bestätigt worden ist¹⁶⁶. Ein anderes Ergebnis kann vor allem mit der Entstehungsgeschichte und der Formulierung „unbeschadet ihrer Rechtspositionen“ in der

¹⁵⁹ Protokoll v. 12. 9. 1944, in: v. MÜNCH Dokumente (Fn. 8) Bd. I, S. 25; Änderungsabkommen, Documents on Germany (Fn. 16) S. 20ff, wobei der französische Sektor allerdings nicht klar abgegrenzt wurde.

¹⁶⁰ Sowjetische Verlautbarung v. 1. Juli 1948, in: F. MATTHEY (Hrsg.) Entwicklung der Berlin-Frage (1944-1971), 1972, S. 39f; D. MAHNCKE Berlin im geteilten Deutschland, 1973, S. 43.

¹⁶¹ Dokumente zur Berlin-Frage (Fn. 12) Nr. 78, S. 105; ZIVIER Rechtsstatus Berlins (Fn. 106) S. 19, 70ff.

¹⁶² Die Vorschriften über Gründung und Aufgaben in: Dokumente zur Berlin-Frage (Fn. 12) Nr. 37ff, S. 48ff.

¹⁶³ Vgl. die Noten der Sowjetunion v. 27. Nov. 1958 an die Westmächte, an die Bundesrepublik und an die DDR: Dokumente zur

Berlin-Frage (Fn. 12) Nr. 241–243, S. 301–335, sowie die Noten v. 10. Jan. 1959 an die USA, aaO, Nr. 255, S. 373; vgl. ferner ZIVIER Rechtsstatus Berlins (Fn. 106) S. 34.

¹⁶⁴ Note der USA v. 31. Dez. 1958, in: v. MÜNCH Dokumente (Fn. 8) Bd. I, S. 377, sowie in: Dokumente zur Berlin-Frage (Fn. 12) S. 339ff; vgl. auch ZIVIER Rechtsstatus Berlins (Fn. 106) S. 34f.

¹⁶⁵ ZÜNDORF Ostverträge (Fn. 53) S. 129; H. SCHIEDERMAIR Der völkerrechtliche Status Berlins nach dem Viermächte-Abkommen v. 3. Sept. 1971, 1975, S. 16; ZIVIER aaO S. 198f; TOMUSCHAT, in: Fünf Jahre Grundvertragsurteil (Fn. 54) S. 77.

¹⁶⁶ ZIVIER aaO S. 199; FROWEIN AÖR 1976, S. 639.

Präambel begründet werden¹⁶⁷. Gegenüber Wortlaut und Systematik des Abkommens erscheint das aber juristisch unzutreffend¹⁶⁸.

Insofern ist festzustellen, daß neben der Vier-Mächte-Rechtsposition für Deutschland als Ganzes auch weiterhin ein besonderer Vier-Mächte-Rechtsstatus für ganz Berlin besteht. Sein Inhalt ist trotz der seit 1948 nicht mehr funktionierenden gemeinsamen Verwaltung rechtlich bedeutsam¹⁶⁹. Aus ihm folgt das freie Bewegungsrecht von Militärpersonal der Vier Mächte in allen vier Sektoren Berlins, das regelmäßig in Anspruch genommen wird¹⁷⁰. Die Luftsicherheitszentrale ist Ausdruck der gemeinsamen Zuständigkeit aller Vier Mächte für die Ausübung von Hoheitsrechten über den Luftraum von Berlin. Auch die Sonderregelungen für die Kontrollen von Militärtransporten nach Berlin knüpfen an den gemeinsamen Besatzungsstatus von Berlin an. Die Vier-Mächte-Verwaltung des Spandauer Gefängnisses ist mit dem Status von Berlin nicht unmittelbar verbunden, sondern als Ausdruck der Rechtsposition der Vier Mächte in Bezug auf Deutschland zu verstehen¹⁷¹.

Die drei Westsektoren von Berlin befinden sich völkerrechtlich insofern in einer besonderen Lage, als im Vier-Mächte-Abkommen von 1971 detaillierte Bestimmungen über ihre Bindungen zur Bundesrepublik Deutschland, ihre Außenvertretung sowie den Zugang zu ihnen getroffen worden sind¹⁷². Das bedeutet nicht, daß sie aus dem Vier-Mächte-Status ausgeschieden wären, wohl aber, daß für sie Völkerrechtsnormen gelten, die nicht für die ganze Stadt anwendbar sind. Vergleichbar detaillierte Regelungen über Ostberlin bestehen nicht. Die Sowjetunion und die DDR betrachten Ostberlin als Bestandteil der DDR¹⁷³. Auch die Westmächte und die Bundesrepublik anerkennen, daß Ostberlin Sitz der Regierung der Deutschen Demokratischen Republik ist. Sie verweisen jedoch darauf, daß der Vier-Mächte-Status von Groß-Berlin damit nicht berührt worden ist. Die Westmächte haben immer wieder hervorgehoben, daß Ostberlin kein „integrierter Bestandteil der DDR“ sei¹⁷⁴. Die Botschaften der Drei Mächte und die Ständige Vertretung der Bundesrepublik sind „bei der Regierung der Deutschen Demokratischen Republik“ errichtet worden¹⁷⁵.

¹⁶⁷ Vgl. MAHNCKE Berlin (Fn. 160) S. 89 sowie SCHIEDERMAIR Völkerrechtlicher Status Berlins (Fn. 165) S. 15 ff.

¹⁶⁸ ZIVIER Rechtsstatus Berlins (Fn. 106) S. 198 ff; FROWEIN AÖR 1976, S. 639.

¹⁶⁹ ZIVIER aaO S. 59 ff.

¹⁷⁰ O. HENNIG Die Bundespräsenz in West-Berlin, 1976, S. 152 f; ferner MAHNCKE Berlin (Fn. 160) S. 53 mit Anm. 91.

¹⁷¹ Ebenso ZIVIER Rechtsstatus Berlins (Fn. 106) S. 70.

¹⁷² Für die Einzelheiten SCHIEDERMAIR Völkerrechtlicher Status Berlins (Fn. 165) S. 72 ff, 89 ff, 130 f; sowie ZIVIER aaO S. 211 ff, 224 ff und 238 ff.

¹⁷³ ZIVIER aaO S. 78 ff, 86 ff; vgl. auch die Note der Sowjetunion v. 12. Mai 1975, in: Archiv der Gegenwart, S. 19440 (Jahrgang 1975). Es

bestehen aber Sonderregelungen (vgl. dazu MAHNCKE Berlin (Fn. 160) S. 53 f), die jedoch in letzter Zeit mehr und mehr abgebaut werden: Juni 1974: Aufhebung des Genehmigungsverfahrens für Aufenthalt und Zugang nach Ostberlin (Archiv der Gegenwart S. 20700 (Jahrgang 1977)); 1. Jan. 1977: Einführung der Visapflicht für Ausländer in Ostberlin und Aufhebung der DDR-Kontrollstellen an der Stadtgrenze (Archiv der Gegenwart aaO); 1. Aug. 1979: Einführung der Direktwahl der Ostberliner Abgeordneten der Volkskammer, GBl. DDR 1979 I, Nr. 17 v. 2. Juli 1979.

¹⁷⁴ BK/O (76) 2 v. 28. Jan. 1975, GVBl. Berlin 1975, S. 708.

¹⁷⁵ ZIVIER Rechtsstatus Berlins (Fn. 106) S. 89.

Völkerrechtlich besteht ein Status der Besetzung durch die Vier Mächte für Groß-Berlin fort. Auch sind die von den Vier Mächten vereinbarten und von allen deutschen Behörden zu beachtenden Sonderregelungen für die Westsektoren der Stadt von erheblicher Bedeutung¹⁷⁶.

2. Die Rechtslage nach deutschem Recht

Nach dem Wortlaut von Art. 23 GG gilt das Grundgesetz auch in „Groß-Berlin“ und nach dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 der Berliner Verfassung ist Berlin ein Land der Bundesrepublik Deutschland. Beide Verfassungsnormen werden aber nicht voll wirksam. Art. 87 der Berliner Verfassung legt fest, daß Art. 1 Abs. 2 in Kraft tritt, sobald die Anwendung des Grundgesetzes in Berlin keinen Beschränkungen mehr unterliegt. Zu Art. 23 GG haben die Militärgouverneure den berühmten Vorbehalt gemacht, wonach Berlin nicht vom Bund regiert werden wird¹⁷⁷. Art. 144 Abs. 2 GG nahm diese Beschränkung bereits vorweg und legte fest, daß Länder Vertreter in Bundestag und Bundesrat entsenden können, auch wenn die Anwendung des Grundgesetzes Beschränkungen unterliegt. Von Anfang an war klar, daß die von den Alliierten angeordneten Beschränkungen auch in der deutschen Rechtsordnung zu beachten sind¹⁷⁸.

Das Bundesverfassungsgericht hat hieraus abgeleitet, daß Berlin nach deutschem Recht ein Land der Bundesrepublik Deutschland ist, dessen Status lediglich durch den Vorbehalt der Besatzungsmächte gemindert und belastet ist¹⁷⁹. Zwar ist völkerrechtlich eindeutig, daß Berlin nach dem Vier-Mächte-Abkommen kein „constituent part“ der Bundesrepublik ist, aber durch den in demselben Satz enthaltenen Verweis auf die bisherige Praxis ist gleichzeitig die Behandlung Berlins als deutsches Land in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland als nicht im Widerspruch hierzu stehend anerkannt worden¹⁸⁰.

Im übrigen haben die Drei Mächte die fast vollständige Einbeziehung Berlins in das Rechts-, Wirtschafts- und Finanzsystem der Bundesrepublik Deutschland zugelassen¹⁸¹. Bundesgesetze werden in einem besonderen Verfahren durch das Berliner Abgeordnetenhaus nach Berlin übernommen, völkerrechtliche Verträge der Bundesrepublik Deutschland auf Berlin ausgedehnt¹⁸². Die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts ist allerdings eingeschränkt. Es kann Berliner Staatsakte nicht überprüfen¹⁸³.

Die deutsche Staatsangehörigkeit nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland gilt auch für deutsche Bewohner des Landes Berlin. Die Sowjetunion hat im Vier-Mächte-Abkommen anerkannt, daß Bundespässe für Berliner ausgestellt werden

¹⁷⁶ Vgl. dazu ZIVIER aaO S. 211 ff.; SCHIEDER-MAIR Völkerrechtlicher Status Berlins (Fn. 165) S. 63 ff.

¹⁷⁷ Nr. 4 des Genehmigungsschreibens zum Grundgesetz v. 12. 5. 1949 (Fn. 32).

¹⁷⁸ Nachweise in BVerfGE 7, 1, 7 ff.

¹⁷⁹ BVerfGE 7, 1, 7 ff.; 19, 377, 388; 20, 257, 266; 36, 1, 17.

¹⁸⁰ ZIVIER Rechtsstatus Berlins (Fn. 106) S. 216; FROWEIN AÖR 1976, 643.

¹⁸¹ Dazu ZIVIER aaO S. 216 ff.

¹⁸² Vgl. G. PFENNIG/M. J. NEUMANN Verfassung von Berlin, 1978, Art. 1, Rdn. 38–54 und 98.

¹⁸³ Vgl. BVerfGE 7, 1; 19, 377.

und die Bundesrepublik Deutschland für Bewohner Berlins konsularischen Schutz ausüben kann¹⁸⁴.

VIII. Schluß

Die Rechtslage Deutschlands in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts knüpft, wie ULRICH SCHEUNER betont hat, an frühere Phasen an, als eine Einordnung Deutschlands in die europäische Gesamtordnung dadurch gesichert wurde, daß seine Verfassungsordnung durch die Verträge von 1648 völkerrechtlich gewährleistet war¹⁸⁵. Diese Einbindung bringt besondere Probleme in einer Zeit, in der sich politische Ordnungsvorstellungen und gesellschaftliche Ideologien antagonistisch gegenüberstehen und die beiden deutschen Staaten wie die beiden Teile der alten Hauptstadt Berlin jeweils zu einem der Lager gehören. Es ist natürlich, daß sich Spannungen und Veränderungen des Gesamtklimas hier besonders bemerkbar machen. Die die Blockgrenzen überschreitende rechtliche Gesamtordnung Deutschlands und Berlins kann Ansatzpunkt für weitere Entwicklungen, aber auch immer wieder Gefahrenherd für Zusammenstöße sein. Nach dem österreichischen Staatsvertrag von 1955 war das Berlin-Abkommen von 1971 das nächste große Beispiel einer freilich nur begrenzten Regelung von Verhältnissen, die durch das Ende des Zweiten Weltkrieges offen geblieben waren, unter Beteiligung der drei Westmächte und der Sowjetunion.

Es erscheint wohl möglich, daß das deutsche Volk das Opfer der Teilung als Preis für eine beispiellose und die Welt in eine Katastrophe stürzende Politik der nationalsozialistischen deutschen Reichsregierung noch lange wird tragen müssen. Viel wäre bereits gewonnen, wenn eine geregelte Nachbarschaft der beiden deutschen Staaten im Rahmen einer gesicherten Friedensordnung in Europa und der Welt den Deutschen individuell in West und Ost ein Maximum an Freiheit gewährleisten könnte. Auch das wird freilich immer nur dann möglich sein, wenn auf beiden Seiten elementare Sicherheitsinteressen nicht gefährdet werden. Die Bundesrepublik Deutschland bleibt verfassungsrechtlich verpflichtet und nach ihrem Selbstverständnis aufgefordert, Verantwortung für Deutschland und die Deutschen zu tragen und die Möglichkeit für die Wiedererlangung der Einheit in freier Selbstbestimmung zum Maßstab ihrer Politik zu machen.

¹⁸⁴ SCHIEDERMAIR Völkerrechtlicher Status Berlins (Fn. 165) S. 138 ff.

¹⁸⁵ U. SCHEUNER Der Gedanke der nationalen Einheit im Verhältnis der beiden deutschen

Staaten, in: Politik und Kultur, 1980, Heft 1, S. 3, 6.

3. Abschnitt

Verfassungsmäßige Ordnung und europäische Integration

WERNER VON SIMSON

I. Form und Umfang außerstaatlicher Hoheitsgewalt

1. Gemeinsame Ausübung staatlicher Hoheitsrechte

Seit dem letzten Kriege sind bedeutungsvolle Schritte getan worden in Richtung auf eine Integration der zentraleuropäischen Staaten. Die angestrebte Form dieser Integration bleibt immer noch im Unklaren. Die einen denken an eine bundesstaatliche Union, auf die man sich hinbewegen müsse, die anderen an ein Europa der Vaterländer, welche, jedes für sich, weiterhin die hauptsächlichlichen staatlichen Verantwortlichkeiten auf sich nehmen müßten.

Die bisher zustande gekommenen rechtlichen Gebilde belassen es einstweilen bei dem letzteren Konzept. Dennoch greifen diese Vertragswerke deutlich ein in die Selbstgenügsamkeit der verfassungsmäßigen Ordnung der beteiligten Staaten. Denn diese haben bestimmte Bezirke ihres politischen Handelns zu gemeinsamem, einheitlich programmiertem Handeln, und bestimmte Bezirke ihrer verfassungsmäßigen Selbstbeschränkung zu gemeinsamer Beschränkung zusammengefügt. Es zeigt sich dabei, daß die Verfassungszustände des einzelnen Staates nicht nur dessen eigene Wertbegriffe widerspiegeln, sondern zugleich ein europäisches gemeinsames Selbstverständnis. Dessen Bewahrung wird, in Form verschiedenartiger Verträge, zum gegenseitigen Anspruch.

Der Staat, der an dieser Gemeinsamkeit teilnimmt, gewinnt neue, ihm bisher nicht zustehende Rechte. Auch der einzelne Bürger ist daran beteiligt. Zugleich unterwirft sich der Staat neuen, mit diesen Rechten unlösbar verbundenen Pflichten. Der Erwerb dieser Rechte und die Bindung an diese Pflichten beruht auf völkerrechtlichen Verträgen, sowie aus daraus hervorgegangenen Eigengesetzlichkeiten des werdenden Geschehens, auf das diese Verträge angelegt sind.

2. Konfliktmöglichkeiten mit verbliebener staatlicher Hoheitsmacht

Auf diese Weise sind in der Bundesrepublik Entscheidungsbefugnisse außerdeutscher Stellen wirksam geworden, deren einige dem nationalen Gesetz, und, sollte ein Widerspruch entstehen, auch der Verfassung vorgehen. Umfang und Grenzen dieser europäischen Hoheitsgewalt lassen sich wie folgt umreißen.

Als Schritte zur europäischen Integration gehören in diesen Zusammenhang: Die Europäische Menschenrechtskonvention (I), die Europäische Sozialcharta (II) sowie die Europäischen Gemeinschaftsverträge (III).

II. Europäische Menschenrechts-Konvention

Die *Konvention des Europarats zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*¹ umfaßt heute alle „westlichen“ Staaten Europas einschließlich der Türkei, aber mit Ausnahme Finnlands. Durch diese Konvention wurden, wie die Präambel sagt, „die ersten Schritte auf dem Wege zu einer kollektiven Garantie gewisser in der Universellen Erklärung² verkündeter Rechte“ unternommen.

1. Deren rechtliche Wirkung

Die rechtliche Wirkung der Konvention und der ihr folgenden Zusatzprotokolle, die sämtlich von der Bundesrepublik angenommen und ratifiziert worden sind³, ist nur die, daß eine Verletzung der in ihr garantierten, im wesentlichen dem Grundgesetz entsprechenden Rechte durch die Bundesrepublik den Bruch einer völkerrechtlichen Verpflichtung darstellt. Beteiligte Vertragsstaaten sowie die in der Konvention errichtete „Europäische Kommission für Menschenrechte“ (Art. 19 MRK) können den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (Art. 38 MRK) anrufen (Art. 48 MRK). Natürliche Personen oder nichtstaatliche Organisationen oder Personenvereinigungen können die Kommission angehen, wenn sie sich nach Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsmittelverfahren durch eine Verletzung der in der Konvention anerkannten Rechte beschwert fühlen (Art. 25, 26 MRK). Die Kommission soll sich zunächst um eine gütliche Regelung der Angelegenheit bemühen. Kommt diese nicht zustande, so kann sie die Beschwerde an den Ministerausschuß oder an den Gerichtshof des Europarats bringen.

Dies geschieht allerdings in der Praxis nur in einer minimalen Anzahl der Fälle. Und all dies führt, selbst wenn es Erfolg hat, nur dazu, daß ein Verstoß gegen eine völkerrechtliche Verpflichtung festgestellt wird. Eine direkte innerstaatliche Wirkung zugunsten des Verletzten tritt nicht ein, wenn auch die Erfahrung zeigt, daß die Staaten regelmäßig den vertragsgemäßen Zustand herstellen. Jedenfalls ist es nicht ohne Bedeutung, daß eine innerstaatliche verfassungsrechtliche Bindung durch ihre Aufnahme in die Konvention in gemeinsame völkerrechtliche Verantwortung genommen wird. Einmal entsteht das Recht der Bundesrepublik, sich um die Einhaltung derselben Bindung durch die anderen Vertragsstaaten zu kümmern, und insbesondere

¹ Konventionen vom 4. November 1950, in der BRD verkündet „mit Gesetzeskraft“ am 7. August 1952 BGBl. II 685, 953, in Kraft getreten am 3. September 1953 BGBl. II 14. Im folgenden: MRK.

² Die Universelle Erklärung der Menschenrechte, die von der Allgemeinen Versammlung der Vereinten Nationen am 10. Dezember 1948 verkündet wurde.

³ Vgl. Beck-Texte im DTV 5531, Stand vom 1. September 1979.

eine öffentliche Untersuchung und Erörterung herbeizuführen. Der Einwand der Einmischung in fremde Angelegenheiten entfällt, eben weil diese Bezirke jetzt nicht mehr fremde Bezirke sind. Auch der Einzelne kann, wenn er die schwierigen, aber unentbehrlichen Verfahrenshindernisse überwindet, mit seiner Beschwerde an die Öffentlichkeit gelangen. Das bietet einen zusätzlichen, in der Praxis nicht unbedeutenden Schutz, über das hinaus, was das Grundgesetz gewährleistet. Der Staat kann, im Namen wer weiß welcher öffentlicher Interessen, den Einzelnen nicht mehr verletzen, ohne zugleich, und vor aller Augen, seine völkerrechtlichen Verpflichtungen zu brechen. Ferner erfahren wichtige Menschenrechte und Grundfreiheiten eine sachliche Erweiterung, indem sie dem Einzelnen nicht nur in seinem Land, sondern in allen Vertragsstaaten zustehen⁴.

Schließlich ist zu erwähnen, daß durch die gemeinsame Gewährung dieser Rechte der Verzicht, den der Staat dabei auf sich nimmt, im Verhältnis zu den anderen Vertragsstaaten „wettbewerbsneutral“ gemacht wird. Davon wird bei der Betrachtung der Europäischen Sozialcharta noch die Rede sein, da dieser Gesichtspunkt dort eine besondere Bedeutung hat.

Auch vor den nationalen Gerichten kommt die MRK zur Anwendung. Zwar hat sie in der Bundesrepublik nicht, wie z. B. in Österreich, Verfassungsrang. Wohl aber läßt sich sagen, daß ihre Garantien als effektiv bindende Auslegungsregeln bei mehrdeutigem Gesetzestext gelten. Diese Auffassung folgt einem Gedanken, der besonders in der englischen Rechtsprechung hervorgehoben wird⁵. Es wird danach prima facie vermutet, der Gesetzgeber könne nicht beabsichtigt haben, gegen internationale Verpflichtungen zu verstoßen. Dasselbe Prinzip veranlaßt das BVerfG auf der verfassungskonformen Auslegung der Gesetze zu bestehen⁶.

2. Vorrang vor späteren einzelstaatlichen Gesetzen

Ob, aus ähnlichen Erwägungen, die Normen der MRK von der Regel ausgenommen sind, nach der ein späteres Gesetz dem früheren vorgeht, und ob also spätere nationale Gesetze, die der Konvention widersprechen, ungültig sind, ist umstritten. Die herrschende Ansicht begnügt sich mit dem einfachen Gesetzesrang der Konvention⁷, teils wegen eines in ihr enthaltenen „dinglichen Verzichts“ des Gesetzgebers auf widersprechende Gesetzgebung⁸ der Konvention einen übergesetzlichen Rang zusprechen, der die lex posterior Regel ausschließt. G. RESS, der dieser Meinung folgt⁹, verweist auf eine ähnliche Bevorzugung völkerrechtlicher Abkommen gegenüber dem einfachen Gesetz in § 2 der Abgabenordnung von 1977. Nach meiner Ansicht genügt dies nicht, solange eine verfassungsrechtliche Regelung nicht

⁴ Zu einem Vergleich der Europäischen und der Amerikanischen Menschenrechtskonvention siehe JOCHEN A. FROWEIN EuGRZ 1980, S. 44 ff.

⁵ Z. B. in: Salomon vs Commissioners of Customs, 3 A 11 E. R. 871 (875).

⁶ So in Bezug auf die MRK: BVerfGE 31, 58 ff.

⁷ A. BLECKMANN Allgemeine Grundrechtslehren, Köln 1979, 24.

⁸ R. HERZOG DöV 1959, 44 ff.

⁹ Die Eur. MRK und die Vertragsstaaten, Conseil d'Europe H/Coll 80 4, 32.

ausdrücklich den Vorrang der MRK vor späteren deutschen Gesetzen anordnet, was allerdings wünschenswert wäre. Art. 25 GG umfaßt dies noch nicht, da die MRK nach herrschender Ansicht nicht zu den „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ gehört, trotz ihrer weitgehenden Übereinstimmung mit der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte durch die Vereinten Nationen. Wäre dies anders, so ginge die MRK den Bundesgesetzen und Landesgesetzen, einschließlich der Landesverfassungen, nicht aber dem Grundgesetz im Range vor.

Immerhin hat aber die MRK, deren Einhaltung die Kommission nach Art. 19 sicherzustellen hat, einen effektiven Vorzug vor einfachen Gesetzen. Ihre Bestandskraft ist größer und stellt sie in dieser Hinsicht den Verfassungssätzen gleich. Der Staat kann ihr auf die Dauer nur ausweichen, wenn er sich zur Kündigung der Konvention entschließt.

Im übrigen ist die ganze Frage fast ohne wirkliche Bedeutung, da der Schutz des Grundgesetzes kaum weniger weit reicht, als der, den die Konvention gewährt.

3. Faktische Präventivwirkung

So liegt die Wirkung der Konvention mehr im Faktischen als im Rechtlichen. Dies muß vor allem gesagt werden, weil nicht nur, wie erwähnt, ein nur verschwindend kleiner Teil der bei der Kommission eingereichten Beschwerden zur Entscheidung kommt, sondern weil, selbst wo dies geschieht, der Gerichtshof in weitgehendem Maße die häufig vorgebrachte Einrede des überwiegenden Staatsinteresses gelten läßt. So drückt sich die Wirkung der MRK weniger in den zur Entscheidung kommenden Rechtsfällen als in ihrer Präventivfunktion aus. Sie verhindert in einzelnen Fällen ein Tun, welches vielleicht sonst von den heimischen Verfassungsgerichten hingenommen worden wäre. Es genügt hier, an die verschiedenen Gefängnisfälle¹⁰ zu erinnern.

III. Die Europäische Sozialcharta¹¹

Diese ist, ähnlich wie der fünf Jahre später abgeschlossene Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte¹², eigentlich nur ein gemeinsamer Vorsatz, eine Absichtserklärung, deren Außerachtlassung keine Rechtsfolgen nach sich zieht. Sie betrifft daher die verfassungsmäßige Ordnung in der Bundesrepublik nur indirekt. Durch sie wird der Gedanke fortgesetzt, der schon der Einrichtung der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) in Genf zugrunde lag¹³. Soziale Gewährleistungen erhöhen die Produktionskosten und verzerren dadurch den Wettbewerb, wenn der eine sie auf sich nimmt, der andere nicht. Damit, daß sie zur gemeinsamen Sache erkärt werden, wird diese Verzerrung aufgehoben. Zum Teil werden diese Gewährleistungen, wie übrigens auch viele Maßnahmen des Umweltschutzes, über-

¹⁰ Hierzu beispielsweise die Veröffentlichung des Europarats, Schwerpunkte der Rechtsprechung I „Menschenrechte im Gefängnis“, Straßburg 1971.

¹¹ Vom 18. Oktober 1961 BGBl. II 1262.

¹² Vom 19. Dezember 1966 BGBl. II 1570.

¹³ Satzung in Teil XIII des Versailler Vertrages, mit zahlreichen späteren Änderungen.

haupt erst dadurch möglich. Da die Durchführung verfassungsrechtlicher Vorsätze, insbesondere aber die Erfüllung des sozialen Auftrags, in nicht geringem Maße von den wirtschaftlichen Möglichkeiten abhängt, sowie davon, wieweit andere Verfassungsgewährleistungen davon betroffen werden¹⁴, ergibt sich eine wesentliche verfassungsrechtliche Bedeutung der internationalen Vergemeinschaftung sozialer Lasten. Sie nimmt dem Staat die Einrede, die einseitige Auferlegung dieser Lasten sei ihm aus Wettbewerbsgründen nicht zuzumuten. Dadurch kann zum Verfassungsgebot werden, was vorher nur ein unverbindlicher Grundsatz war.

IV. Die Europäischen Gemeinschaftsverträge¹⁵

1. Ihr Verhältnis zu einzelstaatlichen Verfassungsgeboten

Eine weit erheblichere Bedeutung hat das Verhältnis von verfassungsmäßiger Ordnung und Europäischer Integration wo es sich um die Europäischen Gemeinschaften handelt. Dort sind, durch völkerrechtliche Verträge, bestimmte, bisher in die Allgemeinkompetenz der Mitgliedstaaten fallende Hoheitsrechte in gemeinsame Ausübung genommen worden und insoweit nicht nur der positiven Zuständigkeit, sondern auch den ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Beschränkungen entzogen worden, denen sie in den einzelnen Staaten unterlagen. Die Organe der Gemeinschaften sind ermächtigt, Verordnungen zu erlassen und Rechtsakte vorzunehmen, die unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelten (Art. 189 EWGV). Damit entstand die Frage, ob derartige Hoheitsakte nicht auch den Verfassungsanforderungen genügen müssten, denen die Hoheitsgewalt des Mitgliedstaats unterworfen ist. Hierunter sind zu verstehen: die demokratische Legitimation der Hoheitsgewalt, die Grenzen, die ihr durch die Verfassung gesetzt sind, und der Rechtsschutz, der diese Grenzen sichert. Dabei ist zu bedenken, daß der Staat nicht nur selbst von der Überschreitung dieser Grenzen ausgeschlossen ist, sondern auch die Verantwortung dafür trägt, daß kein anderer sie überschreitet.

2. Schrittweise Entwicklung des gegenseitigen Verhältnisses

Daß ein derartiger Anspruch nicht der eigenmächtigen Definition und der Kontrolle durch die verschiedenen Mitgliedstaaten überlassen bleiben konnte, ohne die Einheitlichkeit der Gemeinschaft und damit deren Integration selbst zu gefährden, leuchtete ein. Deshalb war beim Abschluß der Verträge auch kaum von Verfassungsvorbehalten die Rede, und die Verträge selbst enthalten nur eine punktuelle Festlegung und keinen Katalog der Garantien. Dennoch bleibt die Frage, zunächst in der Verfassungstheorie, vor allem aber auch in der Praxis von laufender Bedeutung. Nur läßt sie

¹⁴ Vgl. hierzu die sorgsamsten Unterscheidungen bei K. HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 13. Aufl., 19ff, mit wesentlichen Literaturhinweisen.

¹⁵ (Pariser) Vertrag über die Gründung der Eu-

ropäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18. April 1951; (Römische) Verträge zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft vom 25. März 1957.

sich, wie so manche andere Frage der europäischen Integration, nicht im Wege einer einmaligen, ein für allemal geltenden Regelung lösen. Sie mußte einer schrittweisen Behandlung überlassen bleiben. Das ganze europäische Vertragswerk ist als ein wachsendes System mit sich wandelnden Anforderungen und Möglichkeiten angelegt. So mußte sich erst zeigen, wieweit mit der Wahrnehmung der an die Gemeinschaft gewiesenen Zuständigkeiten die im Grundgesetz enthaltenen Gewährleistungen überhaupt berührt wurden. Es mußte sich weiter zeigen, welche verfassungsrechtlichen Sicherungen sich in der Gemeinschaft selbst herausbildeten. Denn davon hing es ab, ob die Verlagerung der Hoheitsmacht auf die Gemeinschaft die Grundrechtsposition des von ihr Betroffenen schmälern oder ob sie sie in allem wesentlichen unverändert lassen oder sie gar stärken würde.

3. Streit um die verfassungsrechtliche Bedeutsamkeit der Verträge

Die Geschichte der letzten 25 Jahre zeigt hier eine interessante Entwicklung. Zunächst war schon die Bedeutung des ganzen Problems umstritten. In der Bundesrepublik wurde einerseits die Ansicht vertreten, man brauche sich, im Hinblick auf die sachliche Beschränkung der Gemeinschaftskompetenzen (die sogenannte *compétence d'attribution*) um die Verletzung innerstaatlicher Verfassungsgarantien keine Sorge zu machen¹⁶; weder drohe eine solche von der Sache her, noch zeige die Erfahrung, daß sie jemals eingetreten sei. Aus dieser pragmatischen Sicht erklärt sich auch die deutliche Verwunderung, welche nicht-deutsche Autoren dem Streit um den Grundrechtsschutz in der Gemeinschaft entgegenbrachten¹⁷. Auch der Europäische Gerichtshof nahm zunächst an, eine Gefährdung gemeinschaftserheblicher Grundrechte komme nicht in Frage und bedürfe daher auch keiner Aufmerksamkeit seitens der Rechtsprechung¹⁸.

Auf der anderen Seite sah man die wesentlichen bundesdeutschen Errungenschaften auf diesem Gebiet in Gefahr. Der deutsche Bürger sei schutzlos gegenüber der Gemeinschaftsgewalt¹⁹. So wenig diese Annahme der Wirklichkeit entspricht, so wichtig ist doch die ihr zugrunde liegende Fragestellung. Gewiß kann der Bund nach Art. 24 GG durch (einfaches) Gesetz Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen. Es ist aber doch zu fragen, welche Anforderungen an derartige Einrichtungen gestellt werden müssen, damit von einer eigentlichen Übertragung die Rede sein kann. Art. 24 GG sagt darüber nichts: noch nicht einmal, daß der Bund

¹⁶ So vornehmlich H. P. IPSEN *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen 1972, 41 *passim*.

¹⁷ So P. PESCATORE *Die Menschenrechte und die europäische Integration*, *Integration* 1969, 109, 126, der schon die Diskussion als Gefahr für die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts ansah.

¹⁸ EuGH *Rechtssache 1/58 Stork*, Rsp. 1958/59, 43; Rs. 36–38 und 40/59 *Ruhrkohlenverk. Ges.*, Rsp. 1960, 857.

¹⁹ So H. H. RUPP *Die Grundrechte und das Europäische Gemeinschaftsrecht*, NJW 1970, 353 ff; DERS. *Nationaler Grundrechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften*, in: *Die Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft*, Schriftenreihe des Arbeitskreises *Europäische Integration e.V.* Bd. 2, 1978, S. 9 ff; ferner MARTENS *EuR* 1970, 230; MÖHRING *NJW* 1965, 2229; WOHLFARTH *JIR* 9, 30.

selbst Mitglied der empfangenden Einrichtung sein müsse. Dennoch wird man nicht nur dies verlangen müssen, sondern auch, daß die Einrichtung praktisch imstande sein muß, die ihr übertragenen Hoheitsrechte wahrzunehmen, und zwar in dem Sinne und mit der Einschränkung, wie der Begriff der Hoheitsrechte nach den Grundanschauungen unserer europäischen Gesellschaft verstanden wird. Das setzt ein Mindestmaß an Organisation voraus, in der demokratisch verantwortliche Verhältnisse bestehen, und ebenso ein Maß an „Freiheitsverbürgungen und -sicherungen, die dem Gemeinschaftsrecht selbst innewohnen und deren Wirksamkeit seine Entbindung von nationalen Grundrechten erst vertretbar machen kann“²⁰.

4. Tragweite der gemeinschaftsrechtlichen Garantien

Ob diese Voraussetzung gegeben ist, hängt von keiner dogmatischen oder spekulativen Erwägung ab, sondern von den tatsächlichen Umständen. Bevor wir erörtern, wie es damit steht, ist zu erwähnen, daß das BVerfG gleichfalls diesen Standpunkt einnimmt und sich die Prüfung dieser Umstände ausdrücklich vorbehalten hat. Dabei ist eine Unterscheidung notwendig zwischen dem Recht, welches in den Verträgen selbst, und dem Recht, welches in Verordnungen der Organe dieser Gemeinschaft enthalten ist. Einer direkten verfassungsgerichtlichen Kontrolle wären nicht die Verträge selbst, sondern nur die Zustimmungsgesetze zugänglich, mit denen die Verträge in das Recht der Bundesrepublik übernommen wurden²¹. Was eine solche Kontrolle im Fall einer Beanstandung durch das Bundesverfassungsgericht praktisch bewirken würde, ist schwer auszudenken. An dieser Stelle mag der Hinweis genügen, daß eine derartige Anfechtung praktisch nicht mehr in Betracht kommt. Man würde, ließe man sie zu, dasselbe von jedem anderen Mitgliedstaat hinnehmen müssen, mit Folgen, die sich nicht ausdenken und jedenfalls nicht mit dem Weiterbestehen der Gemeinschaft vereinen ließen.

Was die von der Gemeinschaft vorgenommenen Rechtsakte betrifft, so fallen diese selbst nicht unter die verfassungsmäßige Kontrolle durch das BVerfG. Dieses beschäftigt sich daher nur mit der Frage, ob deutsche Rechtsakte, die in Ausführung von Anordnungen der Gemeinschaft ergehen, auf ihre Übereinstimmung mit den Anforderungen des Grundgesetzes zu messen sind. Ein solches Prüfungsrecht nimmt das BVerfG in Anspruch, zunächst in umfassender²², dann in wesentlich eingeschränkter Ausdehnung²³. Der erste, sogenannte „Solange“-Beschuß des Gerichts geht davon aus, daß Bürger der Bundesrepublik in ihren Grundrechten auch insoweit geschützt werden müssen, als diese Rechte durch Maßnahmen von Behörden oder Gerichten der Bundesrepublik verletzt werden, die sich ihrerseits auf Gemeinschaftsrecht stützen, ja nach diesem Recht nichts weiter als eine Pflichterfüllung darstellen. Auch die abweichende Meinung von drei Richtern verneint diesen Anspruch nicht.

²⁰ H. P. IPSEN aaO 41/1, S. 717.

²¹ Hierzu BVerfGE 52, 187.

²² „Solange“-Beschuß des 2. Senats, BVerfGE 37, 271 ff vom 29. Mai 1974.

²³ Beschuß des 2. Senats vom 25. Juli 1979, EuGRZ 1979, 547ff. Dazu insbesondere CHRISTIAN TOMUSCHAT BVerfG contra EuGH – Friedenschluß in Sicht, NJW 1980, S. 2611 ff.

Die eigentliche Frage, wenn man von dem theoretischen Vorrangspröblem absieht, besteht dann darin, ob angesichts der eigenen Garantien im Recht der Gemeinschaft selbst überhaupt ein Bedürfnis nach Rechtsschutz besteht im Verfahren vor dem BVerfG. Das ist eine Frage der Einschätzung dessen, was in der Gemeinschaft an tatsächlichem Rechtsschutz gewährt wird. Hier sind zu unterscheiden: die positiven Regelungen in den Verträgen und ihren Folgeeinrichtungen wie dem Europäischen Parlament, sowie die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH).

5. Demokratische Legitimation der Gemeinschaftsgewalt

Fragen wir zunächst nach der demokratischen Legitimation der Gemeinschaftsgewalt, so ist nicht zu verkennen, daß diese erheblich hinter dem zurückbleibt, was das GG für die von deutschen Stellen ausgeübte Gewalt verlangt. Schon der Satz des Art. 20 GG, wonach alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, muß sich, was das Gemeinschaftsrecht angeht, fortan auf ein europäisches Gesamtvolk beziehen, dessen entscheidungsfähige Repräsentation noch keine Lösung gefunden hat. Dieser Mangel an Legitimation ist aber unvermeidbar, solange es keinen europäischen Gesamtstaat gibt, solange man also genötigt ist, staatliche Aufgaben ohne Staat wahrzunehmen. Denn die Organe der Gemeinschaft mit Ausnahme des Parlaments können durch kein Volk bestellt werden, sondern müssen von den Regierungen benannt und gemeinsam eingesetzt sein, und diese Bestellung sowohl, als auch die von den Organen zu fassenden Beschlüsse setzen sehr oft politische Entscheidungen voraus, die der Natur der Sache nach nur von den politischen Instanzen der Mitgliedstaaten getroffen und verantwortet werden können, wenn sie ihren Zweck erfüllen sollen. Ein Verzicht auf die politische Entscheidungsmacht zugunsten einer direkten demokratischen Legitimation der Gemeinschaftsorgane käme, wenn ich es richtig sehe, einer Minderung der demokratischen Legitimation der nationalen Regierungen gleich. Das einzige durch direkte Wahl legitimierte Organ ist heute das Europäische Parlament, und seine Entscheidungskompetenzen sind, aus dem soeben genannten Grund, solche der Kontrolle, und nicht der tatsächlichen politischen Aktion. Der Ministerrat und die Kommission sind, ebenso wie der Gerichtshof, praktisch von den einzelnen Regierungen der Mitgliedstaaten berufen und insofern nur indirekt und aus der Ferne legitimiert. Das ist, wie gesagt, nichts anderes als die Folge der noch mangelnden und von vielen sogar für unerwünscht oder unerreichbar gehaltenen Gesamtstaatlichkeit der Gemeinschaft.

6. Die Grundrechte im Gemeinschaftsrecht

Was die eigentlichen Grundrechte angeht, so wächst die Gemeinschaft den Anforderungen an ihren Schutz jetzt mehr und mehr entgegen. Schon die Verträge selbst enthalten nicht nur eine Anzahl konkret normierter Freiheiten, sondern sie öffnen, durch die Ausübung eigener selbstbeschränkender Verordnungsgewalt, sowie durch die Institution des Gerichtshofs und seiner Kontrollrechte, den Weg zu einer fortschreitenden Erweiterung und Artikulierung des Grundrechtsschutzes. Das Gesamtbild ist in dem gegenwärtigen Zustand der Gemeinschaft so befriedigend, daß das

BVerfG, selbst wenn ihm das von ihm beanspruchte Recht der Nachprüfung zusteht, wohl kaum Anlaß hätte, von der einzigen hier in Betracht kommenden Eingriffsmöglichkeit Gebrauch zu machen, also entweder einzelne Bestimmungen der Zustimmungsgesetze für nichtig zu erklären oder einzelne Maßnahmen für ungültig zu erklären, die eine deutsche Behörde oder ein deutsches Gericht in Anwendung des Gemeinschaftsrechts vornähme. Deswegen bezweifelt der schon erwähnte zweite Beschluß des BVerfG, wo er auf den „Solange“-Beschluß zurückkommt²⁴, „ob, und gegebenenfalls inwieweit, etwa angesichts mittlerweile eingetretener politischer und rechtlicher Entwicklungen im europäischen Bereich, für künftige Vorlagen von Normen des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts die Grundsätze des Beschlusses vom 29. Mai 1974 . . . weiterhin uneingeschränkt Geltung beanspruchen können“. Damit wird der umstrittene Satz, dem der „Solange“-Beschluß seinen Namen verdankt, in entscheidender Weise eingeschränkt. „Solange“, hieß es nämlich dort, „der Integrationsprozeß der Gemeinschaft nicht soweit fortgeschritten ist, daß das Gemeinschaftsrecht auch einen vom Parlament beschlossenen und in Geltung stehenden formulierten Katalog von Grundrechten enthält, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes adäquat ist, ist nach Einholung der in Art. 177 des Vertrages geforderten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs die Vorlage eines Gerichts der Bundesrepublik Deutschland an das Bundesverfassungsgericht im Normenkontrollverfahren zulässig und geboten, wenn das Gericht die für es entscheidungserhebliche Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in der vom Europäischen Gerichtshof gegebenen Auslegung für unanwendbar hält, weil und insoweit sie mit einem der Grundrechte des Grundgesetzes kollidiert“. Dem Grundgedanken, daß nämlich der faktische Grundrechtsschutz, wie er in der Gemeinschaft gewährt wird, genügend ausgeprägt sein muß, um das BVerfG seines Wächteramts zu entbinden, ist zuzustimmen. Mit Recht ist aber in der gesamten einschlägigen Literatur²⁵ der Forderung widersprochen worden, es bedürfe zur Herstellung dieses Zustandes eines vom Parlament beschlossenen formulierten Katalogs, wie er doch z. B. in Großbritannien auch nicht existiert. Daß aber ein befriedigender tatsächlicher Grundrechtsschutz in der Gemeinschaft es dem BVerfG erst gestattet, der Gemeinschaft das Feld zu überlassen, trägt einem wichtigen Gedanken Rechnung. Einmal begründet dieser eine *Verpflichtung* der Gemeinschaft, als Vorbedingung für die eigene, ihr aufgetragene Zuständigkeit den Bürger im Gemeinsamen Markt dort in Schutz zu nehmen, wo diese Zuständigkeit ihm den Schutz des BVerfG entzieht. Ferner ist zu erwägen, daß die Gemeinschaft im Begriff steht, weitere Mitglieder aufzunehmen, deren verfassungsmäßige Zustände noch vor nicht langer Zeit von denen abwichen, die in der jetzigen Gemeinschaft als selbstverständlich gelten. Es besteht daher ein Bedürfnis, den ungeschmälernten Grundrechtsschutz als Bedingung für die Mitgliedschaft in der Gemeinschaft zu

²⁴ S. 551.

²⁵ Näheres bei E.-W. Fuss der Grundrechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften aus deutscher Sicht, Brüssel 1975. Hier auch eine ausführliche Kritik an dem „Solange“-Beschluß (S. 126 ff.). A. BLECKMANN Europa-

recht, 2. Aufl. Köln 1978, 217 ist sogar der Meinung, das BVerfG habe sich durch den „Solange“-Beschluß „die Möglichkeit verbaut, noch frei über die Verfassungsmäßigkeit der Zustimmungsgesetze zu entscheiden“.

proklamieren. Auch das Selbstverständnis der Gemeinschaft als politischer Lebensform verlangt dies.

7. Einschlägige Vertragsnormen

Die tatsächlichen Verhältnisse, auf die es danach ankommt, bestimmen sich in erster Linie durch die Grundrechtsverbürgungen, die in den Verträgen selbst enthalten sind. Sodann sind die Ergebnisse der bisherigen Rechtsprechung des EuGH konstitutiv.

Wir verfügen hier über die hervorragend sachverständige, das wesentliche zusammenfassende Darstellung in dem Bericht, den der Richter am EuGH PIERRE PESCATORE im Namen dieses Gerichtshofs der IV. Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte unter dem Titel „Bestand und Bedeutung der Grundrechte im Recht der Europäischen Gemeinschaften“ im Oktober 1978 vorgelegt hat²⁶.

Die im Vertrag enthaltenen Normen finden sich in Einzelbestimmungen, welche nicht Einschränkungen, sondern geradezu Sinnbestimmungen der gemeinschaftsrechtlichen Hoheitsgewalt darstellen. Sie sind darauf ausgerichtet, gewisse Rechte und Pflichten, die bisher Gegenstand der einzelstaatlichen Regelung waren, und die daher, in der Regelung, die sie erfahren hatten, den Bürgern des betreffenden Staates zukamen, auf die Gesamtbürgerschaft der Gemeinschaft auszudehnen. So verbietet jetzt für das ganze Gebiet der Gemeinschaft Art. 7 EWGV jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, soweit sie nicht im Vertrag vorgesehen ist. Der Ministerrat ist ermächtigt, mit qualifizierter Mehrheit Regelungen für das Verbot solcher Diskriminierungen zu treffen. Das ist in hohem Maße bereits geschehen. Es sei nur an die Ausdehnung der Berufs- und Niederlassungsfreiheit, z. B. für Ärzte und Rechtsanwälte erinnert. Auf vielen Gebieten, besonders in der Sozialfürsorge, wird den Mitgliedstaaten eine unterschiedslose Verantwortung für den Gemeinschaftsbürger auferlegt, der bei ihnen wohnt. Mit dem Hineinwachsen in überstaatliche Größenordnungen wächst auch der verfassungsrechtlich gesicherte Verantwortungsbereich über die Staatsgrenzen hinaus.

8. Fünf ausdrückliche Freiheiten

In den fünf grundsätzlichen Freiheiten, die der EWG-Vertrag aufrichtet, ist weiteres grundrechtsmäßig verbürgt. Die Freizügigkeit der Arbeitskräfte innerhalb der Gemeinschaft, die Niederlassungsfreiheit, die Freiheit des Dienstleistungs-, des Kapital- und des Zahlungsverkehrs sind als verpflichtende, schrittweise zu erfüllende Programmpunkte in Teil II Titel III des Vertrages niedergelegt, und zahlreiche Richtlinien weisen die Mitgliedstaaten an, diesen Vorsätzen praktische Geltung zu verschaf-

²⁶ Veröffentlicht in: EuR 1979, 1 ff. Umfassende Literaturangaben bei G. NICOLAYSEN *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Stuttgart 1979, 17, bei E.-W. FUSS aaO und BEUTLER/BIEBER/PIPKORN/STREIL *Die Europäische Gemeinschaft – Rechtsordnung und Politik*, 1979, S. 182 ff. Vgl. dazu auch die Auswahl-

bibliographie des Berichtes über das internationale Kolloquium über „Grundrechtsschutz in Europa, Europäische Menschenrechts-Konvention und Europäische Gemeinschaften“ des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg 1976, Berlin 1977.

fen. Was die sozialen Verbürgungen betrifft, so soll nach dem Vertrag die erforderliche Angleichung „auf dem Wege des Fortschritts“ (Art. 117) vor sich gehen, sodaß der jeweils höchste Stand den Maßstab der Angleichung abgibt. Eine besondere Rolle spielt der Grundsatz des gleichen Entgelts für gleiche Arbeit von Männern und Frauen (Art. 119). Ziemlich vage ist einstweilen die Regelung der Koalitionsfreiheit nach Art. 118²⁷.

9. Satzung des Europäischen Gerichtshofs

In einem besonderen Protokoll haben die Mitgliedstaaten dem Gerichtshof eine Satzung gegeben, und der Gerichtshof selbst hat eine Verfahrensordnung mit einstimmiger Genehmigung des Rates erlassen. In diesen Regelungen ist erfolgreich versucht worden, den gemeinsamen rechtsstaatlichen Überzeugungen der Mitgliedstaaten zu folgen. Wo die Rechtsverfolgung enger ausgestaltet ist, als unser heimisches Rechtsleben es vorsieht, erklärt sich dies aus den unumgänglichen Notwendigkeiten des Funktionierens der Gemeinschaft. Zu denken ist hier hauptsächlich an das Fehlen einer Revisionsinstanz.

10. Wahrung „des Rechts“ durch den Gerichtshof

Neben diesen mehr oder weniger ins einzelne gehenden Schutzvorschriften steht nun die grundsätzliche Bestimmung in Art. 164 EWGV (sowie Art. 31 EGKSV und Art. 136 EAGV), wonach der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrages sichert. Damit sah sich der Gerichtshof vor die Frage gestellt, was der Ausdruck „Recht“ in diesem Zusammenhang bedeutete. Sollte nur das ausdrücklich in den Verträgen niedergelegte Recht, also das Gemeinschaftsrecht im engeren Sinne gemeint sein, oder gab es allgemeine Anforderungen, ohne deren Erfüllung nach gesamteuropäischer Auffassung kein Recht Recht sein konnte, Anforderungen also, auf deren Einhaltung der Gerichtshof zu achten hatte, sodaß bei einem Verstoß gegen diese Grundsätze ein Hoheitsakt der Gemeinschaft für nichtig erklärt werden mußte?²⁸

Bei einigen, dem Recht seit je vertrauten Grundsätzen ließ sich daran nicht zweifeln. Bei anderen war eine Abwägung nötig. Nicht alles, was in nationalen Verfassungen als Rechtsgrundsatz verkündet ist, eignet sich für die Gemeinschaft mehrerer Staaten, vor allem dann nicht, wenn diese erst im Werden begriffen ist. Wer, um es auf das einfachste auszudrücken, sollte bei der Vielfalt der zu treffenden Entscheidungen und bei der Schwierigkeit, hier unter den selbstbewußten Mitgliedstaaten überhaupt eine Einigung zu finden, denn dabei mitreden und die endlich möglich gewordenen Schritte im Namen individueller Rechtsansprüche noch in Frage stellen dürfen? Hier ließ sich nicht durch vorwegnehmende Kodifizierung solcher

²⁷ Vgl. auch die in der Rs. 36/75 Rutili Rsp. 1975, 1219 behandelte Verordnung Nr. 1612/68 über die Gewährleistung der gewerkschaftlichen Rechte der Arbeitnehmer, der Freizügigkeit und des Aufenthalts.

²⁸ Vgl. dazu L. J. CONSTANTINESCO Das Recht der Europäischen Gemeinschaften I, 1977, S. 807ff m.w.N.

Rechte, sondern nur im Wege des von Fall zu Fall abwägenden Richterrechts²⁹ die Lösung suchen. Zwei Dinge galt es dabei zu bedenken: die gebotene Zurückhaltung, die es dem Richter versagt, Entscheidungen zu treffen, die der politisch verantwortlichen Regierung zukommen, und andererseits die Notwendigkeit, der Gemeinschaft diejenige Verwurzelung in einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung zu sichern, die sie zu ihrem Selbstverständnis braucht, und die es den Verfassungsorganen der Mitgliedstaaten erst gestattete, ihr Wächteramt insoweit der Gemeinschaft zu überlassen.

Schon die allgemeine Erfahrung bei der „Wahrung des Rechts“ hat gezeigt, daß der Gerichtshof ohne ein gewisses Maß an politischer Entscheidungsmacht trotz aller prinzipiellen Zurückhaltung nicht auskommt. Das Vertragswerk zeigt erhebliche Lücken. Die weiteren Entscheidungen, die danach von den Staaten getroffen werden müßten, kommen aus dem einen oder dem anderen Grund nicht zustande. Hier muß der Gerichtshof, wenn ein anstehender Fall eine Entscheidung verlangt, zurückgreifen auf den allgemeinen Satz des Art. 5 EWGV, wonach die Staaten alle geeigneten Maßnahmen zur Erfüllung ihrer Vertragsverpflichtungen zu treffen haben. Auch die Duldung einer Rechtsprechung, die derartige Maßnahmen, wenn der Ausdruck erlaubt ist, als getroffen unterstellt, zählt danach zu den Vertragspflichten der Staaten. Ein Beispiel ist die Festsetzung von rechtlich erheblichen Fristen, wo der Vertrag nichts darüber enthält. Manche folgern diese Pflicht zur Gemeinschaftstreue aus einem der Gemeinschaftsgründung selbst implizierten, mitverstandenen Grundsatz³⁰, andere aus Art. 5 selbst³¹.

Das für den Rechtsschutz bemerkenswerteste Beispiel ist das Urteil vom 5. Februar 1963³², in dem der Gerichtshof gegen den Widerspruch der Gemeinschaftsorgane und dreier beteiligter Staaten feststellt, daß eine Vertragsverpflichtung der Staaten unmittelbare Rechte zugunsten des Einzelnen begründe, der sich durch die Nichteinhaltung dieser Verpflichtung beschwert fühle. Ein allgemeiner rechtsstaatlicher Grundsatz gebiete es, daß demjenigen, dem der Vertrag unmittelbar bindende Rechtspflichten auferlege, auch ein Anspruch gegeben sein müsse, vor Gericht geltend zu machen, daß staatliche, ihn beschwerende Maßnahmen gegen den Gemeinschaftsvertrag verstießen.

11. Wahrung der Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft

Ferner nimmt der Gerichtshof eine Zuständigkeit zur vertragsergänzenden Entscheidung auch in Anspruch, wenn das Funktionieren der Gemeinschaft es verlangt. Die Lebensfähigkeit des Ganzen als ein dem Einzelinteresse vorgehendes Rechtsprinzip ist dem französischen Recht geläufiger als dem deutschen; die europäische Rechtspre-

²⁹ Dazu mit umfassenden Nachweisen J. SCHWARZE Die Befugnis zur Abstraktion im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1976, S. 105 ff.

³⁰ A. BLECKMANN Europarecht, 104, 105 mit näheren Angaben über den Meinungsstand.

³¹ H. P. IPSEN aaO 217.

³² Rs. 26/62 van Gend en Loos Rsp. IX, 7ff. Zur weiteren Entwicklung des Prinzips, wonach der Einzelne sich auf Vertragspflichten der Mitgliedstaaten berufen kann: Rs. 57/65 Lütticke Rsp. XII, 257; Rs. 13/68 Salgoil Rsp. XIV, 678 ff.

chung hat, im Hinblick auf die ungefestigte staatliche Qualität der Gemeinschaft, besonderen Anlaß, diesem Gedanken Raum zu geben.

12. Richterliche Anerkennung einzelner Grundrechte

Darüber hinaus hat nun der Gerichtshof, nachdem er anfänglich die Berücksichtigung außervertraglicher Rechtssätze abgelehnt hatte, nach und nach ein Grundrecht nach dem anderen als für die Gemeinschaft verbindlich anerkannt. Zunächst findet sich in der Rechtssache „Stauder“ 1969³³ die Feststellung, wenn auch als obiter dictum, die Wahrung der Grundrechte gehöre zu den „allgemeinen Grundsätzen der Gemeinschaftsrechtsordnung“. In der Rechtssache „Internationale Handelsgesellschaft“ 1970³⁴ heißt es dann, die Beachtung der Grundrechte gehöre zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern habe. Zwei Bedingungen aber müßten derartige Grundrechte erfüllen, wenn sie als Bestandteile des europäischen Gemeinschaftsrechts gelten sollten. Sie müßten, wie das Urteil sich ausdrückt, „von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten getragen sein“, also einer innerhalb der Gemeinschaft einheitlichen Rechtsüberzeugung entsprechen, und sie müßten sich „in die Struktur und die Ziele der Gemeinschaft einfügen“. Schon ganz am Anfang, 1959, hatte der Grundsatz der Rechtssicherheit Anerkennung gefunden³⁵, wobei der Gerichtshof besonders darauf hinwies, daß dieser Grundsatz nur in Verbindung mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung anzuwenden sei. In der Folge sind dann als zu dem in der Gemeinschaft zu wahrenen Recht gehörig bezeichnet worden: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit belastender Eingriffe (Übermaßverbot)³⁶, des Vertrauensschutzes³⁷, des Schutzes wohlverworbener Rechte³⁸, der Rechtssicherheit³⁹, des guten Glaubens⁴⁰ und der Grundsatz des rechtlichen Gehörs⁴¹. Auch die Religionsfreiheit und der ihr zukommende Schutz hat im Prinzip gemeinschaftsrechtliche Anerkennung gefunden⁴².

13. Beitritt zur Europäischen Menschenrechtskonvention oder autonome Garantie

Nachdem die Jahre 1973 bis 1975 diese Entwicklung gebracht hatten, schien der Zeitpunkt gekommen, die in der Gemeinschaft geltenden und deren Organe bindenden Grundrechte und Freiheiten in einem erschöpfenden Katalog zusammenzufassen. Dabei lag und liegt es nahe, auf die Konvention des Europarats zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten zurückzugreifen. Alle jetzigen Mitglieder der Gemeinschaft gehören ihr an und haben ihre Gerichtsbarkeit anerkannt. Der Gerichtshof hatte diese Tatsache als Hinweis darauf angesehen, daß die dort niedergelegten Schutzrechte einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung entsprächen. So entstand

³³ Rs. 29/69 Rsp. 1969, 419.

³⁴ Rs. 11/70 Rsp. XVI, 1125.

³⁵ Rs. 42 und 49/59 Pontlieu Rsp. VII, 172.

³⁶ Rs. 5/73 Balkan Rsp. XIX, 1091 (1110).

³⁷ Rs. 2/75 Einfuhr-Vorratstelle Rsp. 1975, 607 (617).

³⁸ Rs. 28/74 Gillet Rsp. 1975, 463 (473).

³⁹ Rs. 78/74 Deuka Rsp. 1975, 421 (433).

⁴⁰ Rs. 21/74 Airolo Rsp. 1975, 221 (229).

⁴¹ Rs. 17/74 Transocean Rsp. 1975, 1063 (1081).

⁴² Rs. 130/75 Prais Rsp. 1976, 1589.

der Gedanke, ob nicht die Gemeinschaft als solche ebenfalls der MRK beitreten sollte. Andererseits läßt sich fragen, ob dafür überhaupt noch ein Bedürfnis besteht.

Denn schon in ihrer Eigenschaft als völkerrechtliche Bindung der Mitgliedstaaten fand die Konvention Eingang in das Gemeinschaftsrecht. So erklärte P. PESCATORE⁴³ daß „es dem Gerichtshof obliegt, nicht nur das Gemeinschaftsrecht in seiner spezifischen Form, sondern das Recht schlechthin zu wahren; dazu gehören auch Bindungen, welche die Mitgliedstaaten im Bereich der ihnen verbliebenen Zuständigkeit gleichlaufend dritten Staaten gegenüber eingegangen sind“ „Das wurde“, so fährt er fort, „vom Gerichtshof für verschiedene andere Verträge wirtschaftlicher Natur, wie etwa GATT und gewisse Zollabkommen bestätigt; dasselbe gilt sicherlich auch für die Sozialcharta des Europarats und für die multilateralen Sozialabkommen der ILO“. Worauf es hier ankommt, ist die Gemeinsamkeit der Verpflichtung. Das unterscheidet die MRK von den nationalen, möglicherweise unterschiedlichen und einseitig veränderlichen Bindungen, die in den einzelnen Verfassungen enthalten sind.

Inzwischen hat das Europäische Parlament seinerseits, sowie, in ihrer Erklärung vom 10. 4. 1979, die Kommission, den Beitritt der Gemeinschaft zur MRK befürwortet, und die Stimmen mehren sich, die diesen Schritt, nach anfänglichem Widerstand, nunmehr für geboten halten⁴⁴.

Nach meiner Ansicht empfiehlt sich der Beitritt aber nicht. Es würden sich sehr erhebliche organisatorische Schwierigkeiten ergeben, sowohl was die Besetzung der Organe der MRK angeht, als auch hinsichtlich der Gerichtsbarkeit, bei der der Gerichtshof der MRK und derjenige der Gemeinschaft nebeneinander tätig sein würden. Die Verfahren vor dem EuGH würden sich, wenn sie der Kontrolle durch den Gerichtshof der MRK offen blieben, endlos hinschleppen, und es müßten schon sehr gewichtige Gründe für diese Komplikationen sprechen, um sie ratsam erscheinen zu lassen. Solche Gründe gibt es aber nicht, oder jedenfalls nicht mehr. Denn inzwischen haben die Kommission der Gemeinschaften, der Ministerrat und das Parlament eine ausdrückliche Erklärung verabschiedet (5. April 1977), in der sie „die vorrangige Bedeutung“ unterstreichen, „die sie der Achtung der Grundrechte beimessen, wie sie insbesondere aus den Verfassungen der Mitgliedstaaten sowie aus der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten hervorgehen“. „Bei der Ausübung ihrer Befugnisse und bei der Verfolgung der Ziele der Gemeinschaften“, so heißt es weiter in der Erklärung, beachten sie diese Rechte

⁴³ aaO S. 6.

⁴⁴ So mit eingehender, wenn auch m.E. nicht überzeugender Begründung der ehemalige Leiter der Menschenrechtsabteilung des Europarats, H. GOLSONG in: EuGRZ 1978, 346 ff, und 1979, 70 ff. Vgl. auch die Stellungnahme des damaligen Präsidenten der EG-Kommission ROY JENKINS zu einer Anfrage im Europäischen Parlament am 16. November 1978, EuGRZ aaO 19. Eine eingehende Darstellung der für und gegen den Beitritt ge-

äußerten Meinungen findet sich im Bericht über das Florentiner Kolloquium des Europäischen Parlaments „Besondere Rechte und Charta für Bürgerrechte der EG“ vom 26. bis 28. Oktober 1978 in: EuGRZ 1979, 23 ff. Das höchst sachverständige und abgewogene, in dieser Hinsicht skeptische Urteil von H. KUTSCHER verdient besondere Beachtung: Der Schutz von Grundrechten im Recht der EG, in: Rechtsstaat in der Bewährung Bd. 11 S. 35 ff, Heidelberg 1982.

und werden dies auch in Zukunft tun“⁴⁵. Ein Jahr später, am 7./8. April 1978, gaben die im Europäischen Rat vereinigten Regierungschefs der Mitgliedstaaten in Kopenhagen eine „Erklärung zur Demokratie“ ab, in der es heißt: „Die Regierungen bekräftigen wie schon in der Kopenhagener Erklärung zur europäischen Identität ihren Willen, die Achtung rechtlicher, politischer und moralischer Werte, denen sie sich verbunden fühlen, zu gewährleisten und die Prinzipien der parlamentarischen Demokratie, des Rechts, der sozialen Gerechtigkeit und der Wahrung der Menschenrechte zu schützen“. „Die Anwendung dieser Grundsätze setzt eine pluralistische Demokratie voraus, die die Vertretung der Meinungen im konstitutionellen Aufbau des Staates sowie die zum Schutz der Menschenrechte erforderlichen Verfahren garantiert . . . Sie erklären feierlich, daß die Achtung und die Aufrechterhaltung der parlamentarischen Demokratie und der Menschenrechte in allen Mitgliedstaaten wesentliche Elemente ihrer Zugehörigkeit zu den Europäischen Gemeinschaften sind“.

Diese Erklärungen, die zweifellos mit einem Blick auf die schwebenden Beitrittsverhandlungen neuer Mitgliedstaaten ergingen, haben nun durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs eine konkrete rechtliche Bedeutung gewonnen. Mehrfach, am deutlichsten aber in der Rechtssache 113/77⁴⁶, hat der Gerichtshof entschieden, daß das Prinzip der Selbstbindung der Verwaltung auch im europäischen Gemeinschaftsrecht gilt. Wenn der Ministerrat, um den es sich in diesem Fall handelte, eine allgemeine Regelung erlassen habe zur Ausübung bestimmter vertraglicher Zuständigkeiten, dann dürfe er von dieser Regelung nicht in einzelnen Fällen abweichen. Sonst würde er dem Rechtssystem der Gemeinschaft zuwider handeln und die Gleichheit vor dem Gesetz aufheben, auf die die Betroffenen Anspruch hätten. Solange also die erwähnten Erklärungen der Gemeinschaftsorgane in Kraft sind (und es ist nicht vorstellbar, daß sie widerrufen werden könnten, da sie sich ausdrücklich auf die „Identität der Gemeinschaft“ beziehen) sind diese Organe rechtlich daran gebunden, und ein Einzelner kann vor dem Gerichtshof ihre Verletzung rügen.

14. Deutsche Grundrechte praktisch gewahrt

Vom deutschen verfassungsrechtlichen Standpunkt aus sind unsere wesentlichen Grundrechte zugleich bindend für die Gemeinschaft. Ob die letzte Kontrolle dieser Bindung, wie es heute der Fall ist, bei dem Gerichtshof der Gemeinschaft liegt, oder ob sie, wie es nach dem oben gesagten auch befürwortet wird, durch formellen Beitritt dieser Gemeinschaft zur MRK der Kontrolle durch deren Organe zu unterwerfen wäre, ist eine interessante, aber im gegenwärtigen Zusammenhang nicht mehr wichtige Frage. Denn in keinem Fall kann ein Akt der Europäischen Gemeinschaft rechtmäßig sein, der gegen die MRK und ihre Gewährleistungen verstieße. Es läßt sich also sagen, daß die Übertragung der in gemeinsame Ausübung genommenen

⁴⁵ Auf diese Gemeinsame Erklärung von Versammlung, Rat und Kommission zum Grundrechtsschutz in der Gemeinschaft hat der Gerichtshof jetzt in einem seiner neuesten

Urteile (Rs. 44/79, Hauer, Rsp. 1979, S. 3727 ff, 3745) selbst Bezug genommen.
⁴⁶ Rs. 113/77 NTN Toyo Rsp. 1979, 1185 (1209).

Zuständigkeiten auf die Organe der Gemeinschaft keine Hoheitsmacht ins Leben gerufen hat, die nicht, ebenso wie die verfassungsmäßigen Organe der Bundesrepublik selbst, an die wesentlichen Gewährleistungen der im Grundgesetz geschützten Rechte und Freiheiten gebunden wäre.

15. Ausdehnung der Reichweite auf die Gemeinschaft

Wohl aber haben einige dieser Garantien auf den der Gemeinschaft zugewiesenen Gebieten eine gewisse Ausdehnung erfahren. Das demokratische Prinzip ist nunmehr zusätzlich geschützt dadurch, daß seine Aufrechterhaltung zur völkerrechtlichen Verpflichtung geworden ist, und damit zum Anspruch anderer Staaten an die Bundesrepublik. Die zentrale Diktatur ist, europäisch gesehen, unzulässig. Auch die Rechte des Einzelnen erweitern sich. Die Freizügigkeit erstreckt sich auf die ganze Gemeinschaft, und schon denkt man darüber nach, wie auch die politischen Teilhaberechte zu gemeinsamen, unterschiedslos gewährten Rechten aller „Marktbürger“, oder, wie manche meinen, sogar dritter Staatsbürger werden könnten. Als Argument finden wir, daß dies eine Vorstufe zu einem europäischen Staatsbewußtsein bilden, daß es die Verbindung zwischen den Mitgliedstaaten fördern, daß es die Legitimation der Gemeinschaft verbessern würde. Das alles ist aber noch derart umstritten und ungewiß, daß konkrete Vorschläge einstweilen nicht zustande gekommen sind⁴⁷. Auch sollte man nicht verkennen, daß bestimmte politische und soziale Rechte nicht auf eine beliebige Zahl Berechtigter ausgedehnt werden können, ohne in der Qualität zu leiden, die diesen Rechten nach der nationalen Verfassung eigentlich zukommen, ja sie überhaupt erst sinnvoll machen sollte. Deswegen wird auch teilweise das Wahlrecht für alle an einem Ort ansässigen Bürger, aus welchem Staat der Gemeinschaft sie auch kommen, nur für Kommunalwahlen erwogen, nicht aber für die gesetzgebenden Körperschaften. Auch bei den Sozialrechten spielt der Umstand eine Rolle, daß ihr Gegenstand nicht beliebig vermehrbar ist. Die unterschiedslose Ausdehnung dieser Rechte ist daher ein großes praktisches Problem. Es kann sehr wohl, indem die Gemeinschaft sich zuviel vornimmt, in Wirklichkeit eine Aushöhlung nationaler Möglichkeiten eintreten, die auf die Bewahrung der bisher bestehenden sozialen Sicherungen in einzelnen Mitgliedstaaten nicht ohne Einfluß bleiben könnte.

16. Gefahr einer verfrühten Gesamtstaatlichkeit

Ähnliche Bedenken sind vom verfassungsrechtlichen Standpunkt aus zu erheben gegen die so freigebig proklamierte Schaffung eines europäischen Gesamtstaats, einer europäischen Union, oder wie der Plan sonst bezeichnet wird. Wir müssen uns darüber klar sein, daß keiner weiß, wie ein solches Gebilde soll demokratisch regiert werden können. Schon bei der gegenwärtigen Gestalt der europäischen Verwaltung ergeben sich hier fast unlösbare Schwierigkeiten. Es zeigt sich, daß die Demokratie, wie ja auch das Wirtschaftsunternehmen, an Grenzen ihrer Ausdehnungsfähigkeit

⁴⁷ Vgl. auch hierzu den Bericht über das Florentiner Kolloquium (Anm. 44).

stößt. Die gegenwärtige Situation der Europäischen Gemeinschaften gibt, wie ich meine, keinen Anlaß, unsere verfassungsmäßige Ordnung für gefährdet zu halten. Die Probleme in dieser Hinsicht sehe ich in der Ausdehnung auf der einen, in dem Versuch der organisatorischen Vereinheitlichung auf der anderen Seite. Diese Schritte mögen unabwendbar auf uns zukommen. Sie erfordern aber eine klare und weithin geteilte Einsicht in die verfassungsmäßigen Grenzen, die derartigen Vorhaben gesetzt sind, wenn nicht gerade diejenige Identität Europas wesenlos werden soll, welche die im Europäischen Rat vereinigten Regierungschefs so beredt beschworen haben.

2. Kapitel

Grundrechte

Übersicht

1. Abschnitt. Bestand und Bedeutung (KONRAD HESSE)

- I. Die Grundrechte in der Welt von heute 79
- II. Zur Entwicklung der Grundrechte in Deutschland 80
- III. Der Bestand der Grundrechte
 - 1. Grundrechtsgewährleistungen im geltenden Recht 82
 - 2. Übersicht über die Grundrechte des Grundgesetzes 83
 - a) Freiheitsrechte 84
 - b) Gleichheitsrechte 86
 - c) Weitere Grundrechte 87
 - d) Der personelle Geltungsbereich der Grundrechte 87
 - 3. Ausgestaltung, Begrenzung und Schutz der Grundrechte 88
 - a) Ausgestaltung 88
 - b) Begrenzung 88
 - c) Schutz 89
- IV. Die Bedeutung der Grundrechte
 - 1. Die Grundrechte als individuelle Abwehrrechte gegen den Staat 91
 - 2. Neue Problemstellungen 92
 - a) Die Bedeutung des Staates für die Freiheit 92
 - b) Die Gefährdung von Freiheit durch nicht-staatliche Mächte 93
 - c) Grundrechtsverwirklichung durch den Staat 93
 - 3. Die Grundrechte als objektive Prinzipien der Gesamtrechtsordnung 93
 - a) Geschichtliche Ansätze 93

- b) Das heutige Verständnis 94
- c) Auswirkungen 95
- 4. Grundrechte als „Teilhaberechte“ 96
 - a) „Derivative“ Teilhabeanprüche 96
 - b) „Originäre“ Teilhabeanprüche 97
- 5. Soziale Grundrechte 98
- 6. Grundrechtsverwirklichung und -sicherung durch Organisation und Verfahren 100
- 7. Die Bedeutung der Grundrechte für Rechtsbeziehungen, an denen der Staat nicht unmittelbar beteiligt ist 102
 - a) Staatliche Schutzpflichten . . . 103
 - b) „Drittwirkung“ von Grundrechten 103
- V. Zur Würdigung der Entwicklung . . 104

2. Abschnitt. Die Menschenwürde (ERNST BENDA)

- I. Der absolute Eigenwert des Menschen
 - 1. Die vorgegebenen Rechte des Menschen 107
 - 2. Das Menschenbild des Grundgesetzes 109
 - 3. Begriff und Inhalt der Menschenwürde 113
- II. Schutz der Menschenwürde heute . . 115
 - 1. Strafrecht und Strafverfahren . . . 116
 - 2. Privat- und Intimbereich 118
 - 3. Probleme der künstlichen Insemination 121
 - 4. Probleme der elektronischen Datenverarbeitung 122

III. Ausblicke

1. Technisierung der Staatstätigkeit . 124
2. Die Verplanung des Menschen . . 126

3. Abschnitt. Freiheit und Gleichheit (MARTIN KRIELE)

I. Grundlagen

1. Rechtsprinzip und Menschenwürde 129
2. Andere Gründe für Freiheit und Gleichheit 130
3. Freiheit und Gleichheit als Leitprinzipien der Verfassungsinterpretation 132

II. Zum Verhältnis von Freiheit und Gleichheit 133

III. Die staatsrechtliche Basis gleicher Freiheit 135

1. Gewaltmonopol 136
2. Gewaltenteilung 137
3. Bürgerliche und politische Rechte 139
 - a) Rechtfertigungsbedürftigkeit der Freiheitsbeschränkung . . 139
 - b) Rechtfertigende Gesetzeszwecke 140
 - c) Bürgerliche und politische Rechte als Menschenrechte . . 141
4. Demokratie 143

IV. Soziale Gerechtigkeit und formale Rechtsgeltung

1. Ist das allgemeine Gesetz unerecht? 145
2. Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte 146
3. Das Allgemeine Gesetz 148
4. Die Präjudizienvermutung in Rechtsprechung und Verwaltung 149
5. Das Ethos der Repräsentation . . 150
6. Der unendliche Kampf um Freiheit und Gleichheit 151

V. Aktuelle Beispiele für Privilegien und Diskriminierungen

1. Duldung von Widerstand 152
2. Verzicht auf Gesetzesvollzug . . . 153
3. Rollenorientierte Rechtsprechung 155

VI. Die „sozialistische“ Alternative

1. Freiheit und Gleichheit durch „Absterben des Staates“? 158
 - a) Entbehrlichkeit von Entscheidungen und Zwangsgewalt? . . 158
 - b) Überwindung antagonistischer Konflikte? 159
2. Der Umschlag in den Absolutismus 160

VII. Verfassungsverteidigung und Diskriminierungsverbot

1. Gleichberechtigung freiheitsfeindlicher Bestrebungen 163
2. Verfassungstreue der Beamten . . . 165

1. Abschnitt

Bestand und Bedeutung*

KONRAD HESSE

I. Die Grundrechte in der Welt von heute

Ein wichtiges Kennzeichen der gegenwärtigen Weltentwicklung ist die wachsende Bedeutung der Grundrechte. Sie manifestiert sich in den Bemühungen der Vereinten Nationen, die zu der Deklaration der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948¹ und in neuerer Zeit zu den Internationalen Pakten über bürgerliche und politische Rechte sowie über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte geführt haben². Sie zeigt sich in der Aufnahme von Grundrechten in die neuesten Staatsverfassungen wie etwa diejenigen Portugals und Spaniens. Sie wird deutlich in der Anerkennung von Grundrechten im Recht der Europäischen Gemeinschaften³ sowie in dem steigenden Gewicht, das der Europäischen Konvention für Menschenrechte⁴ und der Rechtspre-

* Der folgenden Darstellung liegt der Bericht des Verfassers über Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland für die IV. Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte vom 16. bis 18. Oktober 1978 in Wien zugrunde (EuGRZ 1978, 427ff), der ergänzt und um einige Abschnitte erweitert worden ist.

¹ Diese Deklaration enthält allerdings nur Richtlinien, nicht unmittelbar verpflichtendes Völkerrecht und ist darum auch innerstaatlich nicht gemäß Art. 25 GG verbindlich.

² Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. 12. 1966 (BGBl. 1973, II, S. 1534); Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. 12. 1966 (BGBl. 1973 II, S. 1570). – Die Europäische Sozialcharta vom 18. 10. 1961 (Gesetz vom 19. 9. 1964, BGBl. II, S. 1201) begründet nur völkerrechtliche Verpflichtungen der Staaten, nicht individuelle Rechte der Bürger. Zu den Internationalen Pakten: CHR. TOMUSCHAT Die Bundesrepublik Deutschland und die Menschenrechtspakte der Vereinten Nationen, Vereinte Na-

tionen 1978, S. 1 ff; W.-K. GECK Der internationale Stand des Schutzes der Freiheitsrechte: Anspruch und Wirklichkeit, ZaöRV 38, 1978, S. 182, bes. S. 205ff; M. ZULEEG Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, RdA 1974, S. 321, 324. Zur Europäischen Sozialcharta: W. WIESE Die Europäische Sozialcharta, JIR 16, 1973, S. 328ff.

³ Vgl. dazu oben S. 66ff. Grundrechtsschutz in Europa, hrsg. von H. MOSLER/R. BERNHARDT/M. HILF 1976, S. 51ff; P. PESCATORE Bestand und Bedeutung der Grundrechte in den Europäischen Gemeinschaften, EuGRZ 1978, S. 441ff.

⁴ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. 11. 1950 (BGBl. II, S. 686). Vgl. dazu K. J. PARTSCH Die Rechte und Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Die Grundrechte, hrsg. von BETTERMANN/NEUMANN/NIPPERDEY I, 1, 1966 S. 235ff; H. GURADZE Die Europäische Menschenrechtskonvention. Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten nebst Zusatzproto-

chung des zur Sicherung dieser Rechte geschaffenen Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zukommt. Sie wird endlich sichtbar darin, daß auch die Verfassungen der sozialistischen Staaten den Gedanken der Grundrechte aufgenommen haben, wengleich sie ihn prinzipiell anders verstehen als die westlichen Demokratien, so daß dieselbe Garantie im Kontext einer sozialistischen Verfassung etwas durchaus anderes bedeuten kann als im Text der Verfassung einer westlichen Demokratie⁵ – die Schwierigkeiten, die sich hieraus ergeben, haben die KSZE-Konferenzen deutlich hervortreten lassen.

Es gibt mithin nicht nur Gemeinsamkeiten, sondern auch Unterschiede, und dies gilt nicht nur für jene Grunddifferenz. Auch im engeren Bereich der westlichen Demokratien zeigen sich deutliche Verschiedenheiten. Sieht man auf die Art der Gewährleistung von Grundrechten, so reichen die Lösungen von der Normierung eines detaillierten Grundrechtskatalogs in der Verfassung (wie etwa in der Bundesrepublik) über die Bezugnahme auf eine historische Menschenrechtserklärung (so in Frankreich) bis hin zu einer Geltung der Grundrechte als ungeschriebene Gewährleistungen (so im wesentlichen in Großbritannien); in ähnlicher Weise unterscheiden sich die Ausgestaltung im einzelnen, das Ausmaß der Bindung des Gesetzgebers oder die richterliche Kontrolle der Einhaltung von Grundrechten.

Diese Verschiedenheiten spielen freilich für die Beachtung der Menschenrechte in der *Wirklichkeit* des staatlichen Lebens oft keine ausschlaggebende Rolle: Länder wie Frankreich oder Großbritannien, in denen die Grundrechte eine weit weniger vollkommene juristische Ausgestaltung und Sicherung gefunden haben als in der Bundesrepublik, sind sicher nicht weniger freiheitlich als diese. Dort bewirken Tradition und politische Kultur, was hier Gegenstand sorgfältig ausgebauter institutioneller Sicherungen ist. Darin zeigt sich, daß die tatsächliche Wirksamkeit der Grundrechte nicht ohne weiteres von dem Grad ihrer rechtlichen Ausformung und Sicherung abhängen muß, daß es vielmehr verschiedene Wege gibt, derselben Aufgabe gerecht zu werden – die alle ihre Vorzüge und Nachteile haben. Welchen Weg ein staatliches Gemeinwesen einschlägt oder beibehält, ist in weitem Umfang von seiner Geschichte abhängig. Auch die besondere Art der Gewährleistung und Sicherung der Grundrechte im Verfassungsrecht der Bundesrepublik läßt sich nur verstehen, wenn man die Geschichte der Grundrechte und die Erfahrungen ins Auge faßt, welche sich mit dieser verbunden haben.

II. Zur Entwicklung der Grundrechte in Deutschland

Die Grundrechte, die im ausgehenden 18. Jahrhundert mit den großen Erklärungen der Menschenrechte, den Bills of Rights in Amerika und den französischen Deklara-

kollen, 1968. H. GOLSONG Der Schutz der Grundrechte durch die EMRK und seine Mängel, in: MOSLER/BERNHARDT/HILF (Anm. 3) S. 7ff.

⁵ Vgl. dazu etwa E.-W. BÖCKENFÖRDE Die Rechtsauffassung im kommunistischen Staat, 1967, S. 43 ff.

tionen von 1789 bis 1795 ihren Siegeszug angetreten hatten⁶, haben im 19. Jahrhundert nur zögernd in die Verfassungen der deutschen Einzelstaaten Eingang gefunden, so etwa in die Verfassungen Bayerns und Badens von 1818, die Verfassung Württembergs von 1819 oder – wesentlich später – die preußische Verfassung von 1850. Aber auch dort, wo sie Bestandteil der Verfassung geworden waren, haben sie keine nennenswerte praktische Rolle gespielt⁷. Zu grundlegender Wirksamkeit sollten sie erstmals bei dem Versuch einer Reichsgründung nach der Revolution von 1848 gebracht werden. Die Frankfurter Nationalversammlung begann die Arbeit an der neuen Reichsverfassung mit der Beratung und Verabschiedung eines umfassenden Grundrechtsteils, der zur Grundlage der nationalen Einheit des Deutschen Volkes werden sollte. Dieser Versuch ist gescheitert. Das Deutsche Reich, das dann 1871 begründet wurde, beruhte nicht auf der Grundlage der Rechte des Volkes, sondern auf den Rechten der Fürsten; folgerichtig enthielt die Reichsverfassung von 1871 keine Grundrechte.

Mit dem Übergang zur republikanischen und demokratischen Staatsform nach der Revolution von 1918 gewannen die Grundrechte erstmals Eingang in die Reichsverfassung. In der Nationalversammlung von 1919 wurde der Gedanke vertreten, daß ihnen nach dem Ende der Monarchie allem voran integrierende Bedeutung zukommen müsse; der auf diesem Gedanken fußende Entwurf FRIEDRICH NAUMANN⁸ hatte die Gestaltung des Grundrechtsteils der Reichsverfassung nicht unwesentlich beeinflusst. Aber zu umfassender Entfaltung und Wirksamkeit sind die Grundrechte auch während der Zeit der Weimarer Republik nicht gelangt. Zu stark wirkte die Vergangenheit nach, und für die vorherrschende Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum galt nichts anderes: Sie erblickte den rechtlichen Gehalt der Grundrechte – in Fortführung namentlich der Lehren GEORG JELLINEKS, die das Wesentliche der Grundrechte in ihrer Eigenart als Ausformungen staatlicher Selbstbeschränkung und staatlich verliehener Willensmacht gesehen hatten⁹ – in einer bloßen Modifikation des bestehenden spezialgesetzlichen Zustands und legte demgemäß die Grundrechte eher privat- und verwaltungsrechtlich als staatsrechtlich aus. Von hier aus wurden die Grundrechte im Prinzip als Ausdruck des Rechts auf Freiheit von ungesetzlichem Zwang angesehen. Rechtliche Sicherungen gegen eine Durchbrechung, Aushöhlung, Änderung oder Aufhebung fehlten; sie wären mit diesem Grundrechtsverständnis unvereinbar gewesen. Zwar wurde von einem Teil der deutschen Staatsrechtslehre die Bedeutung der Grundrechte in zunehmendem Maße erkannt und herausgearbeitet; aber diese gegen den herrschenden Formalismus und Positivismus sich wendenden Richtungen¹⁰ haben sich bis zum Jahre 1933 nicht durchsetzen können. So konnten

⁶ Zur Geschichte der Grundrechte: G. OESTREICH Die Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in: Die Grundrechte (Anm. 4) I, 1, S. 5 ff.

⁷ Vgl. dazu R. WAHL Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts, Der Staat 18, 1979, S. 321 ff.

⁸ Antrag Nr. 82 – Versuch volksverständlicher Grundrechte von Abg. D. NAUMANN Verhandlungen der Nationalversammlung Bd. 336, S. 171 ff.

⁹ System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, bes. S. 81 ff.

¹⁰ Zu nennen sind namentlich E. KAUFMANN Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des

die Grundrechte die Beseitigung der demokratischen und rechtsstaatlichen Verfassungsordnung durch den Nationalsozialismus nicht aufhalten, ja nicht einmal in nennenswertem Umfang hindern. Was folgte, war die beispiellose Mißachtung der Menschen- und Bürgerrechte in den 12 Jahren nationalsozialistischer Herrschaft bis zur bedingungslosen Kapitulation des Reiches im Jahre 1945.

In dieser, hier nur in aller Kürze skizzierten Entwicklung unterscheidet sich Deutschland namentlich von den großen westlichen Demokratien. Sie erklärt die Besonderheit der Grundrechtssituation in der Bundesrepublik: Bei ihrer Entstehung fehlte das kostbare Gut einer Tradition, kraft deren der Gehalt der Grundrechte unanfechtbare Grundlage politischen Lebens ist und die das Bewußtsein von Regierenden und Regierten prägt. Dies und die Erfahrung eines totalitären, Humanität und menschliche Freiheit verachtenden Regimes haben nach 1945 zu dem Bestreben geführt, in der neuen Ordnung Humanität und Freiheit, die nicht als selbstverständliche Grundlage der Staatlichkeit betrachtet werden konnten, so zuverlässig wie möglich zu begründen und zu festigen. So ist diese neue Ordnung im Eingangartikel des Grundgesetzes auf das unbedingte und unverfügbare oberste Prinzip der Unantastbarkeit der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) und die Anerkennung unverletzlicher und unveräußerlicher Menschenrechte gegründet (Art. 1 Abs. 2 GG). Grundrechte und die Möglichkeiten ihrer Beschränkung sind im einzelnen durch positives Verfassungsrecht normiert; das Grundgesetz sucht die rechtliche Geltung der Grundrechte so fest wie möglich zu sichern, und es unterwirft ihre Beachtung einer umfassenden gerichtlichen Kontrolle.

Das, was im Text des Grundgesetzes angelegt ist, hat die Rechtsprechung, vor allem diejenige des Bundesverfassungsgerichts, in umfassender Weise entfaltet, ausgebaut und fortentwickelt. Der gleichen Aufgabe hat sich in wechselndem Geben und Nehmen mit der Rechtsprechung die deutsche Staatsrechtswissenschaft angenommen, die heute andere Wege geht als diejenige der Weimarer Zeit. Insgesamt hat dies zu einer Situation geführt, in der die Grundrechte nicht nur das staatliche, sondern das gesamte Rechtsleben in der Bundesrepublik bestimmen und prägen. Ihnen kommt eine in der deutschen Verfassungsgeschichte bisher unbekannte Bedeutung zu. Diese Lage ist im folgenden näher darzustellen.

III. Der Bestand der Grundrechte

1. Grundrechtsgewährleistungen im geltenden Recht

Dem föderativen Aufbau der Bundesrepublik entsprechend enthalten nicht nur das Grundgesetz, sondern auch die Mehrzahl der Landesverfassungen¹¹ Grundrechte.

Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3, 1927, S. 2ff; R. SMEND Das Recht der freien Meinungsäußerung, 1928, jetzt in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968, S. 91 ff; C. SCHMITT Verfassungslehre, 1928, S. 163 ff.

¹¹ Namentlich in den vor dem Grundgesetz in Kraft getretenen Landesverfassungen (Bayern, Bremen, Hessen, Rheinland-Pfalz, Saarland) ist der Katalog der Grundrechte umfassender als derjenige des Grundgesetzes. Von den nach dem Grundgesetz entstandenen

Daneben ist innerstaatlich als Bundesrecht anwendbar die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950. Schließlich ist die Bundesrepublik der Europäischen Sozialcharta vom 8. Oktober 1961 und den Internationalen Pakten über bürgerliche und politische Rechte sowie über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966 beigetreten (vgl. oben S. 79). Das Nebeneinander aller dieser Gewährleistungen führt indessen zu keinen schwerwiegenden Problemen: Angesichts einer weitgehenden inhaltlichen Übereinstimmung der Grundrechte des Grundgesetzes, der Grundrechte der Landesverfassungen und der Grundrechte der Europäischen Menschenrechtskonvention spielen die Kollisionsfragen, welche sich aus der gleichzeitigen, wenn auch abgestuften Geltung mehrerer Grundrechtsgewährleistungen ergeben können, in der Praxis kaum eine Rolle. Für den Bundes- und Landesgesetzgeber, die vollziehende und rechtsprechende Gewalt, aber auch in der wissenschaftlichen Bearbeitung und nicht zuletzt im Bewußtsein der Bevölkerung stehen die Grundrechte des Grundgesetzes weit im Vordergrund. Das rechtfertigt es, die Darstellung auf die Grundrechte des Grundgesetzes zu beschränken.

2. Übersicht über die Grundrechte des Grundgesetzes

Als erste gesamtstaatliche Verfassung stellt das Grundgesetz den Katalog von Grundrechten an den Anfang der Verfassung (Art. 1–19); es verleiht damit einem Grundzug der neuen demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung Ausdruck: der konstituierenden Bedeutung der Grundrechte für diese Ordnung nach der Zeit der Mißachtung und schwerer Verletzungen der Menschenrechte durch das nationalsozialistische Regime. Dieser Katalog ist freilich nicht abschließend. Auch in den weiteren Abschnitten des Grundgesetzes sind Rechte gewährleistet, die als Grundrechte anzusehen sind (z. B. Art. 33, 101 oder 103) und die im früheren deutschen Staatsrecht auch Aufnahme in die Grundrechtskataloge der Verfassungen gefunden hatten. In ihrer Gesamtheit beschränken sich die Grundrechte des Grundgesetzes jedoch im wesentlichen auf die klassischen Menschen- und Bürgerrechte. Die Schöpfer des Grundgesetzes haben bewußt davon abgesehen, über jene Rechte hinausgehende Regelungen des wirtschaftlichen, des sozialen und des kulturellen Lebens in der Form grundrechtlicher Gewährleistungen aufzunehmen, wie sie – nach der herrschenden Auffassung allerdings nur als unverbindliche, an den Gesetzgeber gerichtete Programme – in der Reichsverfassung von 1919 enthalten waren.

Landesverfassungen haben diejenigen von Nordrhein-Westfalen (Art. 4) und Baden-Württemberg (Art. 2) die Grundrechte des Grundgesetzes im Wege einer Verweisung rezipiert; beide gewährleisten zugleich weitergehende Grundrechte. Keine Grundrechte enthalten die Verfassungen von Hamburg und Niedersachsen sowie die Landessatzung für Schleswig-Holstein. In diesen Ländern hat es bei der Geltung der Grundrechte des Grundgesetzes sein Bewenden. Soweit die

Landesverfassungen in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz Grundrechte gewährleisten (Art. 142 GG) oder auf die Grundrechte des Grundgesetzes verweisen, besteht kein Unterschied der materiellen Rechtslage. Soweit sie weitergehende Grundrechte als das Grundgesetz normieren, dürfen sie sich wegen Art. 31 GG nicht in Widerspruch zu der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes setzen.

Neben dem Schutz der Menschenwürde¹² umfassen die grundrechtlichen Gewährleistungen des Grundgesetzes Freiheitsrechte, Gleichheitsrechte sowie eine Reihe weiterer Verbürgungen, wie die Garantie des Eigentums und des Erbrechts (Art. 14 GG) oder diejenige von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG). Die mit diesen Gewährleistungen zusammenhängenden Fragen werden im folgenden zu einem Teil in gesonderten Abschnitten behandelt. Für die übrigen Grundrechte ist, der Anlage dieses Handbuchs entsprechend, nur ein kurzer Überblick über deren Bestand zu geben. Für weiteres muß auf die Lehrbücher des Staatsrechts¹³, die Kommentare zum Grundgesetz¹⁴ und die dort nachgewiesene Rechtsprechung und Spezialliteratur verwiesen werden.

a) Die *Freiheitsrechte* des Grundgesetzes umfassen eine Reihe konkreter Grundfreiheiten sowie das allgemeine Freiheitsrecht der „freien Entfaltung der Persönlichkeit“ (Art. 2 Abs. 1 GG).

Die Gewährleistungen konkreter Grundfreiheiten beginnen mit Art. 2 Abs. 2 GG, der die elementaren rechtlichen Voraussetzungen menschenwürdiger Existenz zu schützen sucht: das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Satz 1) und die Freiheit der Person (Satz 2). In dem ersten dokumentiert sich die Abkehr von einer Vergangenheit, welcher der Respekt vor dem menschlichen Leben und vor der körperlichen Integrität des Menschen fremd war. Darüber hinaus ist es für die Beurteilung zahlreicher Einzelfragen von wesentlicher Bedeutung, unter denen gegenwärtig die Bedeutung bei einer Gefährdung oder Beeinträchtigung der Umwelt, namentlich durch technische Großanlagen wie Kernkraftwerke und Flugplätze, besonders hervortritt¹⁵. Das nicht minder bedeutsame Grundrecht der Freiheit der Person gewährleistet die körperliche Bewegungsfreiheit, die weder beschränkt noch durch Festnahme, Einschließung usw. entzogen werden darf. Verstärkt und gesichert wird dieses Grundrecht durch Art. 104 GG, der besondere formelle Voraussetzungen und Verfahrensgarantien für die nach Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG zulässigen Eingriffe normiert. In nahem Zusammenhang mit der Verbürgung der Freiheit der Person steht die Gewährleistung der Freizügigkeit durch Art. 11 Abs. 1 GG, die das Recht gewährleistet, frei über den eigenen Aufenthalt und Wohnsitz zu verfügen. Der Bereich der persönlichen Lebensführung wird schließlich durch das Grundrecht der

¹² Vgl. dazu die weiteren Abschnitte dieses Kapitels.

¹³ E. DENNINGER Staatsrecht 2, 1979, S. 135 ff; K. DOHRING Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1980, S. 280 ff; K. HESSE Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 13. Aufl. 1982, S. 111 ff; TH. MAUNZ/R. ZIPPELIUS Deutsches Staatsrecht, 24. Aufl. 1982, S. 130 ff; E. STEIN Staatsrecht, 8. Aufl. 1982, S. 106 ff, 161 ff.

¹⁴ TH. MAUNZ / G. DÜRIG / R. HERZOG / R. SCHOLZ Grundgesetz, Kommentar, z. Zt. 19.

Lieferung 1981; KOMMENTAR ZUM BONNER GRUNDGESETZ (Bonner Kommentar); z. Zt. 43. Lieferung Oktober 1981; I. v. MÜNCH (Hrsg.) Grundgesetzkommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 1981; Bd. 3, 1. Aufl. 1978; B. SCHMIDT-BLEIBTREU/F. KLEIN Kommentar zum Grundgesetz, 4. Aufl. 1977; H. v. MANGOLDT/F. KLEIN Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. 1957–1974; G. LEIBHOLZ/H. J. RINCK Grundgesetz, 7. Aufl. 1981.

¹⁵ Vgl. dazu BVerfGE 53, 30 (57 ff); 56, 54 (73 ff) m. w. N.

Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG)¹⁶ sowie die Garantie des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 GG) geschützt.

Grundvoraussetzungen geistiger Freiheit gewährleisten die Freiheitsrechte der Art. 4 und 5 GG. Durch das erste werden die Freiheit des Glaubens, des Gewissens, des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sowie die Kulturfreiheit geschützt (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG)¹⁷. Zu diesen tritt das Recht, den Kriegsdienst mit der Waffe aus Gewissensgründen zu verweigern (Art. 4 Abs. 3 GG)¹⁸. Die durch das Grundrecht des Art. 5 Abs. 1 GG gewährleistete Meinungsfreiheit umfaßt die Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit (Satz 1), die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film (Satz 2); diese Freiheiten werden durch das Verbot einer (Vor-) Zensur ergänzt (Satz 3). Dabei bilden die Grundrechte des Satzes 1 den menschenrechtlichen Kern der Meinungsfreiheit. Wenn neben ihnen die Pressefreiheit sowie die Freiheit von Rundfunk¹⁹ und Film gewährleistet werden, so werden diese Freiheiten zu einem Teil bereits von der Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit umfaßt. Soweit ihre Bedeutung über diejenige des Satzes 1 hinausreicht, dienen sie dem Schutz freier Meinungsäußerung und Information unter den besonderen Bedingungen der modernen Massenkommunikation²⁰. Insgesamt sichert das Grundrecht einen freien und offenen Prozeß der Meinungsbildung, insbesondere die Entstehung und Wirksamkeit einer öffentlichen Meinung. Es ist darum für die demokratische Ordnung des Grundgesetzes „schlechthin konstituierend“²¹.

Während die in Art. 5 Abs. 3 GG gewährleistete Freiheit von Kunst und Wissenschaft als gegenüber der Meinungsfreiheit selbständiges Grundrecht dem Schutz dieser Lebensbereiche in ihrer besonderen Eigengesetzlichkeit und Eigenständigkeit gilt²², stehen die Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) und die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) in engem inneren Zusammenhang mit der Meinungsfreiheit. „Versammlungen“, zu denen auch Demonstrationen zu rechnen sind, sind ein wirksames Mittel, Meinungen zur Geltung zu bringen und zu bilden. Ebenso ist der Zusammenschluß zu Vereinigungen gerade unter den Voraussetzungen der Gegenwart ein unentbehrliches Mittel, Meinungen zu bilden, zu pflegen und zu verbreiten. Die Freiheit der Bildung und Tätigkeit der Verbände, ihr Einfluß auf die öffentliche Meinung und ihr Anteil an der „Vorformung des politischen Willens“ finden in Art. 9 Abs. 1 GG ihre verfassungsrechtliche Grundlage und ihren Schutz²³. Allerdings reicht die Tragweite der Vereinigungsfreiheit über ihren Zusammenhang mit der Meinungsfreiheit hinaus. Sie enthält ein Grundprinzip des Aufbaus des Gemeinwe-

¹⁶ Vgl. dazu BVerfGE 32, 54 (68 ff) m. w. N.; 51, 97 (105 ff).

¹⁷ Für den Schutz der Religionsfreiheit durch Art. 4 GG vgl. unten S. 1064.

¹⁸ Vgl. dazu BVerfGE 12, 45 (53 ff); 48, 127 (163 ff).

¹⁹ Zu diesen unten S. 389 ff.

²⁰ So für die Rundfunkfreiheit BVerfGE 57, 295 (319 ff).

²¹ BVerfGE 7, 198 (208).

²² Praktische Bedeutung hat das Grundrecht in jüngerer Zeit vor allem für die Ordnung der inneren Struktur der Hochschulen gewonnen. Grundlegend dazu BVerfGE 35, 79 (120 ff).

²³ Vgl. dazu unten S. 373 ff und S. 632 ff.

sens, nämlich dasjenige freier sozialer Gruppenbildung: Das soziale System soll weder in ständisch-korporativen Ordnungen Gestalt gewinnen, wie sie namentlich das Kennzeichen älterer Sozialordnungen waren, noch in der planmäßigen Formung und Organisation durch den Staat nach den Maßstäben eines von der herrschenden Gruppe diktierten Wertsystems, wie sie den totalitären Staat der Gegenwart kennzeichnet²⁴.

Speziell für Zusammenschlüsse zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gewährleistet das Grundrecht der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) die freie Gründung und Tätigkeit dieser Organisationen²⁵. Es enthält damit ebenso ein wichtiges Element der Ordnung des Wirtschaftslebens wie das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und die Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG)²⁶. Beide gelten zugleich und in erster Linie der Sicherung freier Lebensgestaltung. In diesem Sinne schützt Art. 12 Abs. 1 GG in unterschiedlicher Intensität²⁷ die freie Wahl und die freie Ausübung des Berufs sowie die freie Wahl von Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte²⁸.

Über die hier im Umriss dargestellten einzelnen Grundfreiheiten hinaus gewährleistet das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Freiheit in einem allgemeineren Sinne: Das Grundrecht schützt die „allgemeine Handlungsfreiheit“, freilich nur im Rahmen der „verfassungsmäßigen Ordnung“, womit diese Freiheit unter den Vorbehalt jeder verfassungsmäßigen Rechtsnorm gestellt wird²⁹. Ein intensiverer Grundrechtsschutz ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG für den engsten persönlichen Lebensbereich, namentlich die Privat- und Intimsphäre. Insofern gewährleistet Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das sich als Recht auf Respektierung des geschützten Bereichs von dem „aktiven“ Element der freien Entfaltung der Persönlichkeit, der „allgemeinen Handlungsfreiheit“, abhebt³⁰.

b) Ähnlich wie die Freiheit ist auch rechtliche Gleichheit durch eine Reihe spezieller *Gleichheitsrechte* und durch den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) grundrechtlich geschützt.

Die speziellen Gleichheitsrechte verbieten bestimmte Differenzierungen. So darf nach Art. 3 Abs. 3 GG niemand wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Weittragende Auswirkungen hat in diesem Zusammenhang Art. 3 Abs. 2 GG, der die Gleichberechtigung von Männern und Frauen normiert, sowie Art. 6 Abs. 5 GG, auf dessen Grundlage die Gesetzgebung gleiche Bedingungen für die nichtehelichen Kinder geschaffen hat.

²⁴ BVerfGE 50, 290 (353).

²⁵ Vgl. dazu unten S. 635 ff und 733 ff.

²⁶ Vgl. dazu unten S. 621 ff und 653 ff.

²⁷ Dazu grundlegend BVerfGE 7, 377 ff.

²⁸ Das Grundrecht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte hat bislang nur bei absoluten Zu-

lassungsbeschränkungen für den Zugang zum Hochschulstudium Bedeutung gewonnen. Vgl. dazu vor allem BVerfGE 33, 303 (329 f).

²⁹ BVerfGE 6, 32 (36 ff).

³⁰ Dazu BVerfGE 54, 148 (153 f).

Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet als Gleichheit vor dem Gesetz die ausnahmslose Verwirklichung des bestehenden Rechts ohne Ansehen der Person. Darüber hinaus normiert er das Prinzip inhaltlicher Rechtsgleichheit, an das auch der Gesetzgeber gebunden ist (Art. 1 Abs. 3 GG): Wesentlich Gleiches ist gleich, wesentlich Ungleiches ist ungleich zu behandeln. Dieses Gebot ist (nur) verfehlt, wenn sich für eine Differenzierung oder Gleichsetzung „ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund nicht . . . finden läßt“, wenn also eine Regelung als willkürlich bezeichnet werden muß³¹. Mit dieser in ständiger Rechtsprechung festgehaltenen Formel umschreibt das Bundesverfassungsgericht die Grenzen seiner Kontrollbefugnis gegenüber Rechtsnormen, insbesondere Gesetzen; sie beschränkt Eingriffe des Gerichts auf wenige äußerste Fälle. Gleichwohl ist die Behauptung eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG der häufigste Grund einer Anrufung des Bundesverfassungsgerichts. Schon dies zeigt die besondere praktische Tragweite des Grundrechts.

c) Die *weiteren Grundrechte* des Grundgesetzes entziehen sich einer systematischen Ordnung; auf sie ist noch in der Reihenfolge der Zählung des Textes kurz einzugehen.

Ehe und Familie werden in Art. 6 GG gewährleistet, der zugleich einige verfassungsrechtliche Grundregelungen vor allem familienrechtlicher Art trifft³². Der folgende Artikel enthält, obwohl er in den Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes aufgenommen ist, nur zu einem Teil eigentliche Grundrechte; in erster Linie regelt er von Bundes wegen einige Grundlagen des Schulwesens, während alles übrige Sache der Gestaltung der hierfür zuständigen Länder ist³³. Art. 16 GG verbietet es, die deutsche Staatsangehörigkeit zu entziehen und Deutsche an das Ausland auszuliefern. Von großer Aktualität ist in jüngerer Zeit Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG, der das Asylrecht für politisch Verfolgte gewährleistet³⁴. Das Petitionsrecht des Art. 17 GG sichert das Recht, sich einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen mit Bitten oder Beschwerden an die zuständigen Stellen und an die Volksvertretung zu wenden. Hinzuweisen ist schließlich auf die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG sowie auf Art. 33 GG, der einige spezielle Gleichheitsrechte und Grundlagen für das Recht des öffentlichen Dienstes normiert³⁵, sowie auf Art. 19 Abs. 4, 101 und 103, die Grundrechte im Bereich der Rechtsprechung gewährleisten und im Zusammenhang mit dieser behandelt werden³⁶.

d) Abgesehen von der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung sind alle diese Grundrechte entweder *Menschenrechte*, deren Geltung nicht auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt ist, oder *Bürgerrechte*, die nur Deutschen im Sinne des Grundgesetzes zukommen (vgl. Art. 116 Abs. 1 GG); dies ergibt sich unzweideutig aus der Textfassung der einzelnen Grundrechte. Diesen Kreis der Berechtigten dehnt Art. 19 Abs. 3 GG auch auf inländische *juristische Personen* aus,

³¹ BVerfGE 1, 14 (52).

³² Vgl. unten S. 555.

³³ Dazu BVerfGE 34, 165 (181 ff.). Vgl. auch unten S. 999 ff.

³⁴ Dazu BVerfGE 54, 341 (356 ff.); 56, 216 (235 ff.).

³⁵ Dazu unten S. 1160 ff.

³⁶ Unten S. 1219 ff.

soweit Grundrechte ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Das ist bei juristischen Personen des Privatrechts in weitem Umfang angenommen worden³⁷. Dagegen können sich juristische Personen des öffentlichen Rechts, namentlich der Staat selbst oder seine Einrichtungen, nicht auf die Grundrechte berufen; denn die Grundrechte sollen nicht den Staat oder seine Einrichtungen, sondern gegen den Staat und seine Einrichtungen schützen. Ausnahmen gelten nur, wenn eine juristische Person des öffentlichen Rechts unmittelbar einem grundrechtlich geschützten Lebensbereich zugeordnet ist und als eigenständige, vom Staat unabhängige oder jedenfalls distanzierte Einrichtung Bestand hat, wie das bei Kirchen, Universitäten und Rundfunkanstalten der Fall ist³⁸.

3. Ausgestaltung, Begrenzung und Schutz der Grundrechte

a) Die im Vorangehenden dargestellten Grundrechte werden von der Verfassung nur in wenigen kurzen Sätzen normiert. Sie können praktische Wirksamkeit oft erst im Zusammenhang mit näheren rechtlichen Ordnungen der Lebensverhältnisse und Lebensbereiche gewinnen, die sie gewährleisten sollen: Sie bedürfen einer *Ausgestaltung*, die in erster Linie Aufgabe der Gesetzgebung ist. In mehreren Fällen gibt die Verfassung hierzu selbst einen Auftrag, indem sie den Gesetzgeber verpflichtet, „das Nähere“ zu regeln (z. B. Art. 4 Abs. 3 Satz 2 GG für das Grundrecht, den Kriegsdienst mit der Waffe zu verweigern). Rechtliche Ausgestaltung kann sich aber auch unabhängig von einem solchen Auftrag als notwendig erweisen. Besonders deutlich wird dies bei Gewährleistungen wie denjenigen von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) oder der Gleichberechtigung von Männern und Frauen (Art. 3 Abs. 2 GG); es gilt aber auch für Freiheitsrechte, wie z. B. die Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG), die Vereinigungs- oder die Koalitionsfreiheit (Art. 9 GG).

b) Von solcher Ausgestaltung zu unterscheiden ist die *Begrenzung* von Grundrechten, die namentlich für die Freiheitsrechte eine wesentliche Rolle spielt. Unbeschränkte Freiheit oder unbeschränkter Gebrauch des Eigentums können dazu führen, daß andere Belange beeinträchtigt werden, seien es die Rechte Dritter, seien es wesentliche Belange der Allgemeinheit. Es bedarf daher einer Zuordnung von grundrechtlichen Gewährleistungen und anderen Rechtsgütern, durch welche ein Ordnungszusammenhang hergestellt wird, in dem sowohl die grundrechtlichen Gewährleistungen als auch jene anderen Rechtsgüter Wirklichkeit gewinnen. Zur Erfüllung dieser Aufgabe sieht jede Verfassung Begrenzungen von Grundrechten vor.

Nach dem Grundgesetz können sich solche Begrenzungen zunächst aus der *Verfassung selbst* ergeben. Dies kann in der gewährleistenden Norm selbst, „immanent“, geschehen (z. B. in der Beschränkung des Grundrechtsschutzes durch die Versammlungsfreiheit auf „friedliche Versammlungen“ [Art. 8 Abs. 1 GG]) oder in anderen Verfassungsnormen, sei es ausdrücklich (z. B. Art. 9 Abs. 2 GG, nach dem

³⁷ Die Rechtsprechung hat auch (zivilrechtlich) nichtrechtsfähige Personengruppen nach der Bedeutung des jeweiligen Grundrechts für diese Personengruppen und nach ihrer

Rechtsstellung im allgemeinen Recht als grundrechtsfähig angesehen, z. B. Offene Handelsgesellschaften (BVerfGE 4, 7 [12]).
³⁸ Vgl. dazu BVerfGE 45, 63 (78 ff).

Vereinigungen verboten sind, deren Ziele oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richten), sei es der Sache nach, nämlich dann, wenn einem Grundrecht durch andere Grundrechte oder sonstige Normen der Verfassung Grenzen gezogen sind (z. B. der Meinungsäußerungsfreiheit [Art. 5 Abs. 1 GG] durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht [Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG]). Freilich kann die Verfassung nicht im voraus alle Grenzen der Grundrechte selbst festlegen. Sie überläßt diese Aufgabe daher vielfach nach Maßgabe der notwendigen Differenzierungsmöglichkeiten dem Gesetzgeber, indem sie der grundrechtlichen Gewährleistung einen *Gesetzesvorbehalt* anfügt, durch den der Gesetzgeber ermächtigt wird, Grundrechte selbst („durch Gesetz“) zu begrenzen oder der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt durch Umschreibung tatbestandlicher Voraussetzungen eine Begrenzung zu ermöglichen (z. B. – hier in der Reichweite der Ermächtigung näher bestimmt – Art. 11 Abs. 2 GG für die Freizügigkeit oder – ohne eine solche Qualifizierung – Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG für die Grundrechte auf Leben, körperliche Unversehrtheit und Freiheit der Person)³⁹. Da allerdings Gesetzesvorbehalte nur den Gesetzgeber zur Beschränkung von Grundrechten ermächtigen, ist eine selbständige Begrenzung von Grundrechten durch die vollziehende oder die rechtsprechende Gewalt unzulässig. Der Gesetzgeber muß die Voraussetzungen der Begrenzung so genau bestimmen, daß die Befugnis zur Begrenzung nicht ganz in das Verwaltungs- oder in das richterliche Ermessen gestellt wird⁴⁰.

c) In dem dargestellten Bestand, einschließlich der Möglichkeit einer Begrenzung, gleichen die heutigen Grundrechte im wesentlichen denjenigen früherer deutscher Verfassungen. Weit über diese hinaus geht das Grundgesetz in dem Bestreben, *die rechtliche und tatsächliche Geltung der Grundrechte umfassend und wirksam zu sichern* und damit Entwicklungen vorzubeugen, wie sie im Scheitern der Weimarer Republik und in den Jahren des Nationalsozialismus zutage getreten sind: Es bindet ausdrücklich alle staatlichen Gewalten, auch den Gesetzgeber, an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3). Es schließt eine legale Durchbrechung und eine Aushöhlung von Grundrechten aus; Gesetze dürfen von einem Grundrecht auch dann nicht abweichen, wenn sie mit den für Verfassungsänderungen erforderlichen Mehrheiten beschlossen werden (Art. 79 Abs. 1 GG); soweit Freiheitsrechte durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beschränkt werden können, darf das Gesetz das Grundrecht nicht in seinem Wesensgehalt antasten (Art. 19 Abs. 2 GG). Darüber hinaus ist die Änderung oder Aufhebung von Grundrechten im Wege der Verfassungsänderung begrenzt durch das Verbot verfassungsändernder Gesetze, welche die in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze berühren, also das oberste Konstitutionsprinzip der „Würde des Menschen“, die Grundsätze der republikanischen, demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung und das Sozialstaatsprinzip (Art. 79 Abs. 3 GG). Soweit

³⁹ Auch die Regelungsvorbehalte in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 und 14 Abs. 1 Satz 2 GG ermächtigen zur Beschränkung der gewährlei-

steten Grundrechte; sie enthalten aber in erster Linie einen Auftrag zur Ausgestaltung.

⁴⁰ Vgl. dazu etwa BVerfGE 20, 150 (157ff); 52, 1 (41).

die Grundrechte solche Grundsätze oder wesentliche Elemente solcher Grundsätze enthalten, sind sie damit jeder Verfassungsänderung entzogen. Im Falle eines Staatsnotstands ist weder eine zeitweilige Außerkraftsetzung zulässig noch eine generelle Beschränkung von Grundrechten.

Ein besonderes Element dieser umfassenden Sicherung und Durchsetzung ist der *gerichtliche Schutz* der Grundrechte. In der Zeit der Reichsverfassung von 1919 bestanden nur eingeschränkte Möglichkeiten der gerichtlichen Durchsetzung von Grundrechten, mit der Folge, daß die praktische Bedeutung der Grundrechte gering blieb. Nach dem Grundgesetz ist diese Durchsetzung eine lückenlose. Der Schutz der Grundrechte obliegt allen Gerichten; in letzter Verantwortung ist er Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, dem hierbei weitgehende Kompetenzen zukommen⁴¹. Hierfür ist vor allem das Verfahren der Verfassungsbeschwerde von Bedeutung, die jedermann mit der Behauptung erheben kann, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte verletzt zu sein (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG). Sie ist unter besonderen Voraussetzungen auch unmittelbar gegen ein Gesetz zulässig⁴². Besonderheiten gelten auch für Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen. Die Verfassungsbeschwerde eröffnet keinen weiteren Instanzenzug. Bei der Nachprüfung gerichtlicher Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht das Ineinandergreifen von einfachem Recht und Verfassungsrecht zu beachten. Die Feststellung des Tatbestandes, die Auslegung und Anwendung der Vorschriften des einfachen Rechts gehören grundsätzlich zur alleinigen Zuständigkeit der Fachgerichte. Das Bundesverfassungsgericht ist im Prinzip darauf beschränkt zu prüfen, ob bei der Anwendung des einfachen Rechts durch die Fachgerichte Verfassungsrecht verletzt worden ist⁴³.

IV. Die Bedeutung der Grundrechte

Die Einsicht in die heutige Bedeutung der Grundrechte eröffnet sich erst, wenn die modernen Problemstellungen und im Zusammenhang damit die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grundrechten in die Betrachtung einbezogen werden. Der Schutz der Grundrechte ist eine der wesentlichen Aufgaben des Gerichts. Dieser ist es durch eine weitreichende Rechtsprechung nachgekommen, in der Inhalt und Bedeutung der Grundrechte entscheidende Fortentwicklungen erfahren haben. Da die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden binden, in bestimmten Fällen sogar Gesetzeskraft haben (§ 31 BVerfGG), gelten die Grundrechte heute in der Bundesrepublik so, wie sie vom Bundesverfassungsgericht interpretiert werden. Bei der folgenden Darstellung ist daher von den Grundlinien dieser Rechtsprechung auszugehen.

⁴¹ Dazu näher unten S. 1264ff.

⁴² BVerfGE 1, 97 (101f), std. Rspr.

⁴³ BVerfGE 18, 85 (92), std. Rspr.

1. Die Grundrechte als individuelle Abwehrrechte gegen den Staat

Die für das Grundgesetz kennzeichnende rechtliche Ausgestaltung der Grundrechte und die besonderen Sicherungen ihrer Geltung, namentlich die Einschaltung des Bundesverfassungsgerichts, haben vor dem Hintergrund der geschichtlichen Entwicklung in Deutschland voran die Abwehr staatlicher Eingriffe in die individuelle Lebenssphäre zur Aufgabe (vgl. oben S. 81 und S. 88ff). Dies ist auch der Ausgangspunkt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, den es bis in die Gegenwart festgehalten hat: Nach ihrer Geschichte und ihrem heutigen Inhalt sind die Grundrechte in erster Linie individuelle Rechte, Menschen- und Bürgerrechte, die den Schutz konkreter, besonders gefährdeter Bereiche menschlicher Freiheit zum Gegenstand haben⁴⁴. Das Gericht hat sich von Anfang an den Ausbau eines effektiven Schutzes dieser Rechte zur Aufgabe gemacht. Durch die Klärung und Festlegung des normativen Inhalts und der Tragweite der einzelnen Grundrechte, ihres Verhältnisses zueinander und der Voraussetzungen ihrer Begrenzung hat es eine gegenüber der Vergangenheit wesentlich gesteigerte tatsächliche Wirksamkeit der Grundrechte durchgesetzt.

Dabei hat es sich von der Einsicht leiten lassen, daß der Schutzzumfang eines Grundrechts nur im Blick auf die Gegebenheiten der sozialen Wirklichkeit zu erfassen sei, daß mithin ein Wandel dieser Gegebenheiten bei der Auslegung nicht unberücksichtigt bleiben könne, ein Tatbestand, der etwa bei der Bestimmung der Tragweite der Eigentumsgarantie von Bedeutung ist⁴⁵.

Darüber hinaus hat das Gericht die Anforderungen konkretisiert, die an eine Einschränkung von Grundrechten zu stellen sind. Daß Grundrechte, die unter dem Vorbehalt gesetzlicher Beschränkung gewährleistet sind, in der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes nicht zur beliebigen Disposition des Gesetzgebers stehen, ergibt sich bereits aus der Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG (vgl. oben S. 89). Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat jedoch, ohne ausdrücklich auf diese Garantie zurückzugreifen, die Möglichkeit einer Beschränkung von Grundrechten entscheidend eingeengt: Auch wenn Grundrechte unter dem Vorbehalt einer gesetzlichen Beschränkung stehen, sind Einschränkungen nur insoweit zulässig, als sie dem *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* entsprechen. Die Begrenzung muß also geeignet und erforderlich sein, um den mit ihr angestrebten Zweck zu erreichen, und sie muß dem Betroffenen zumutbar sein⁴⁶. Dies gilt sowohl für die Normierung der gesetzlichen Voraussetzungen einer Beschränkung als auch für die Rechtsanwendung im Einzelfalle und beruht auf dem Gedanken, daß die Ermächtigung zur Begrenzung von Grundrechten niemals von der Gewährleistung des Grundrechts gelöst werden dürfe, daß sie vielmehr stets „im Lichte der Bedeutung des Grundrechts“ gesehen werden müsse⁴⁷ und daß deshalb auch stets die Berücksichtigung des Grundrechts im Rahmen des Möglichen geboten sei⁴⁸.

⁴⁴ BVerfGE 50, 290 (337f).

⁴⁵ Vgl. dazu BVerfGE 53, 257 (289ff, bes. S. 294).

⁴⁶ Std. Rspr., z. B. BVerfGE 46, 120 (145).

⁴⁷ Z. B. BVerfGE 17, 108 (117f).

⁴⁸ Z. B. BVerfGE 15, 288 (295).

Soweit Grundrechte ohne den Vorbehalt gesetzlicher Begrenzung gewährleistet sind, können sie nach der Rechtsprechung nicht gesetzlich, sondern nur durch andere Bestimmungen der Verfassung eingeschränkt werden⁴⁹. Auch diese Beschränkungen sind keine einseitigen, so daß es darauf ankommt, einen Ausgleich zu finden, der den Schutz- und Regelungsgehalt beider Bestimmungen im Rahmen des Möglichen berücksichtigt⁵⁰. Insoweit ist die Durchsetzung von Grundrechten oft auf organisations- oder verfahrensrechtliche Regelungen angewiesen, die geeignet sind, jenen Ausgleich herbeizuführen (vgl. unten S. 101f).

2. Neue Problemstellungen

Schon in dieser Verstärkung der Grundrechte als individueller Abwehrrechte gegen den Staat liegt eine Fortentwicklung ihrer Schutzfunktion. Die Verfassungsrechtsprechung ist jedoch auch nach anderen Richtungen weit über das traditionelle Verständnis hinausgegangen. So sind in den letzten Jahrzehnten zu der Bedeutung der Grundrechte als individueller Abwehrrechte gegen den Staat neue Bedeutungsschichten hinzugetreten. Deren Entwicklung ist veranlaßt durch die Veränderung der Bedingungen menschlicher Freiheit in der Gegenwart und der übersehbaren nahen Zukunft: den Wandel des modernen Staates zum Sozialstaat und den Umstand, daß menschliche Freiheit nicht nur durch den Staat, sondern auch durch nicht-staatliche Mächte gefährdet ist, die in der Gegenwart bedrohlicher werden können als die Gefährdungen durch den Staat.

a) Die Freiheit des Bürgers ist unter heutigen Verhältnissen nicht allein eine Frage des Freiseins von staatlichen Eingriffen. Freie und autonome Lebensgestaltung hängt vielmehr von Voraussetzungen ab, über die der Einzelne nur zum Teil, oft sogar überhaupt nicht verfügt. Diese Voraussetzungen zu schaffen und zu erhalten ist heute weithin Aufgabe des Staates, der zum planenden, lenkenden, gestaltenden Staat, zum Staat der „Daseinsvorsorge“ und der sozialen Sicherung geworden ist. Soweit daher menschliche Freiheit im Blick auf den Staat nicht mehr nur von einem Unterlassen staatlicher Eingriffe in die individuelle Sphäre, sondern von umfassendem staatlichen Tätigwerden abhängt, läßt sie sich durch Grundrechte als subjektive Abwehrrechte nicht mehr gewährleisten.

Es erhöht diese Bedeutung des Staates für die Freiheit, wenn in der heutigen begrenzten und zunehmend komplexer werdenden Welt mit ihren knapper werdenden lebenswichtigen Ressourcen viele Freiheitsräume sich nicht erweitern lassen oder sogar dazu tendieren, enger zu werden. Denn in gleichem Maße droht die Freiheit der einen mit der Freiheit der anderen zu kollidieren: Weit mehr als früher bedarf es der Abgrenzung, Begrenzung und Zuordnung der Freiheitsbereiche, die ebenfalls zur staatlichen Aufgabe geworden sind. Besonders deutlich tritt das bei den wirtschaftlichen Freiheiten, aber auch etwa auf dem Gebiet des Bildungswesens hervor; ebenso führt im Bereich der Freiheit der Kommunikation die Entwicklung der modernen

⁴⁹ Z. B. BVerfGE 44, 37 (49f).

⁵⁰ Z. B. BVerfGE 41, 29 (50f).

Medien, der Presse und des Rundfunks, zu der Notwendigkeit einer Abgrenzung und Zuordnung divergierender Freiheitsansprüche.

b) Auch der zweite Grundtatbestand der Gefährdung menschlicher Freiheit durch nicht-staatliche Mächte führt zu neuen Problemstellungen. Freiheit läßt sich wirksam nur als einheitliche gewährleisten. Sofern sie nicht nur eine Freiheit der Mächtigen sein soll, bedarf sie des Schutzes auch gegen gesellschaftliche Beeinträchtigungen. Wird diese Fragestellung als eine grundrechtliche verstanden, so ermöglicht auch insofern eine Deutung der Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat keine Lösung.

c) Unter beiden Aspekten: der veränderten Problematik der Freiheit im Blick auf den Staat und auf gesellschaftliche Mächte, läßt sich daher grundrechtliche Freiheit nicht mehr nur als eine staatsfreie Sphäre des Individuums verstehen, die der Staat lediglich zu respektieren hat. Soll diese Freiheit reale Freiheit sein, so setzt sie in weitem Umfang Grundrechtsverwirklichung *durch* den Staat voraus. Der Staat erscheint damit nicht mehr nur als potentieller Feind der Freiheit, sondern er muß auch zu ihrem Helfer und Beschützer werden. Freilich ist diese Rolle ihrerseits nicht frei von Gefahr. Denn durch eine unbegrenzte Ausweitung staatlicher Verantwortung und staatlicher Aktivitäten, die in eine allumfassende staatliche Fürsorge, Planung und Gestaltung mündet, würde selbstverantwortliche Lebensgestaltung aufgehoben werden.

Neben den geschichtlichen Erfahrungen sind es diese beiden Tatbestände, welche die heutige Grundrechtsproblematik in erster Linie kennzeichnen. Für deren Bewältigung durch die Rechtsprechung hat die Herausarbeitung der objektivrechtlichen Bedeutung der Grundrechte eine ausschlaggebende Rolle gespielt. Auf diese Weise hat die Rechtsprechung neue Dimensionen des Grundrechtsschutzes entwickelt. Freilich ist sie bisher noch nicht allenthalben zu abschließenden und gesicherten Lösungen gelangt.

3. Die Grundrechte als objektive Prinzipien der Gesamtrechtsordnung

a) Der Gedanke, daß die Grundrechte nicht nur subjektive Rechte, sondern zugleich objektive Prinzipien der Verfassungsordnung enthalten, gehört von Anbeginn an zur Tradition der Menschenrechte. In Deutschland hat er indessen nur bei den Beratungen der Frankfurter Nationalversammlung von 1848 eine Rolle gespielt. Später ist er wieder verlorengegangen; das bis in die Zeit der Weimarer Republik vorherrschende formale Grundrechtsverständnis war nicht imstande, ihn zu erfassen. Anerkennung hatte nur die Lehre von den institutionellen und Institutsgarantien gefunden, die in Gewährleistungen wie denen der Ehe und Familie, des Eigentums, aber auch der Lehrfreiheit oder der kommunalen Selbstverwaltung nicht subjektive Rechte, sondern verfassungsrechtliche Garantien dieser Rechtsinstitute oder Institutionen als solchen erblickte⁵¹.

⁵¹ Insbesondere C. SCHMITT Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfas-

sung (1931), in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 140ff.

b) Weit über solche Einzelansätze hinaus geht die schon in den Anfängen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelte allgemeine Deutung der Grundrechte als objektiver Prinzipien nicht nur der Verfassungsordnung, sondern der gesamten Rechtsordnung schlechthin. Sie nimmt ihren Ausgang von den Unterschieden der Grundrechtsgewährleistung in der Weimarer Verfassung und im Bonner Grundgesetz. Ihre Ausformung hat sie in dem grundlegenden Lüth-Urteil vom 15. Januar 1958 erfahren⁵². Danach sind die Grundrechte zwar in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des Einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern. Zugleich habe das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein wolle, in seinem Grundrechtsabschnitt aber auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet, und hierin komme eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck. Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde finde, müsse als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse.

Mit diesem erweiterten Grundrechtsverständnis knüpfte das Bundesverfassungsgericht, wenn auch mit gewissen Modifikationen, an Gedankengänge an, wie sie vor allem von RUDOLF SMEND als Minderheitsmeinung schon in der Weimarer Republik entwickelt worden waren⁵³. Das Gericht nahm damit die Tradition der Menschenrechte wieder auf, die seit den frühen Proklamationen von Grundrechten durch ein zugleich subjektiv- und objektivrechtliches Verständnis gekennzeichnet ist. Das Entscheidende war die Abkehr von der bis dahin vorherrschenden formalen Grundrechtsauffassung und die Hinwendung zu einer inhaltlichen, welche die objektivrechtliche Dimension der Grundrechte umfaßt und diese insofern als oberste, einer Relativierung entzogene Prinzipien der Rechtsordnung begreift. Die Begründung dieser Auffassung hat Kritik gefunden⁵⁴; auch bestehen Differenzen in der Frage, wie

⁵² BVerfGE 7, 198 (204 ff.).

⁵³ SMEND aaO (Anm. 10); DERS. Verfassung und Verfassungsrecht (1928) in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968, S. 260 ff.

⁵⁴ Es wird eingewendet, daß der Rekurs auf – in der pluralistischen Gesellschaft umstrittene – „Werte“ eine Interpretation der Grundrechte nach klaren und einsehbaren Regeln nicht ermögliche, zu einem Einfließen subjektiver Wertungen des Richters und damit zu Einbußen für die Rechtssicherheit führe (zusammenfassend und am eingehendsten: H. GOERLICH Wertordnung und Grundgesetz, 1973). Doch hat die Rechtsprechung hier – unter dem lebendigen Eindruck der Erfahrungen der vorangegangenen Jahrzehnte – nur das ausgesprochen, was der historische Sinn und unverzichtbare Kern der durch die neue Ordnung konstituierten Grundrechte sein und bleiben mußte: den Bezug dieser

Rechte auf die Menschenrechte als deren Grundlage und legitimierende Quelle. Für die Interpretation einzelner Grundrechte war der Gedanke des „Wertsystems“ ein (in gewisser Weise heuristischer) Ansatz angesichts einer Lage, in der es noch weitgehend an einer Erarbeitung des konkreten normativen Inhalts und der Tragweite der Einzelgrundrechte, ihres Verhältnisses zueinander und der Voraussetzungen ihrer Begrenzung fehlte. Diese Erarbeitung ist, wie gezeigt (oben 1), das Werk der seitherigen, im ganzen kontinuierlichen Rechtsprechung gewesen; sie hat einen festen Bestand von Gesichtspunkten und Regeln entwickelt, der es ermöglicht, einzelne Grundrechtsfragen mit Hilfe eines angemessenen juristischen Instrumentariums zu entscheiden und den unvermittelten Rückgriff auf „Werte“ weitgehend zu vermeiden.

sich die beiden „Seiten“ der Grundrechte zueinander verhalten. Der Gedanke jedoch, daß die Grundrechte oberste normative Prinzipien der Rechtsordnung enthalten, hat sich heute allgemein durchgesetzt.

c) Diese Auffassung führt zu Auswirkungen von großer Tragweite, welche die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf dem Gebiet der Grundrechte allenthalben durchziehen.

Die Grundrechte beeinflussen das gesamte Recht, einschließlich des Organisations- und Verfahrensrechts, nicht nur, soweit es die Rechtsbeziehungen des Bürgers zu den öffentlichen Gewalten zum Gegenstand hat, sondern auch, soweit es Rechtsbeziehungen von Privatpersonen untereinander regelt (vgl. unten S. 102 ff). Insofern sind sie sowohl für den Gesetzgeber als auch für die rechtsanwendenden Instanzen maßgebend, die bei der Setzung, Auslegung und Anwendung der Rechtsnormen dem Einfluß der Grundrechte Rechnung zu tragen haben. Für das Privatrecht – für andere Rechtsgebiete gilt im wesentlichen entsprechendes – hat das Bundesverfassungsgericht diesen Einfluß dahin umschrieben, daß sich der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften entfalte. Diesen fließe von dem grundrechtlichen Wertsystem her ein spezifisch verfassungsrechtlicher Gehalt zu, der fortan ihre Auslegung bestimme. Ein Streit aus solchen grundrechtlich beeinflussten Verhaltensnormen des bürgerlichen Rechts bleibe materiell und prozessual ein bürgerlicher Rechtsstreit; ausgelegt und angewendet werde bürgerliches Recht, wenn auch dessen Auslegung der Verfassung zu folgen habe⁵⁵. Verfassungsrecht und einfaches Recht greifen damit ineinander mit der Folge, daß der Umfang verfassungsgerichtlicher Kontrolle der getroffenen Entscheidung zum Problem werden kann, weil die Feststellung des Tatbestandes, die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts den zuständigen Fachgerichten vorbehalten sind, während das Bundesverfassungsgericht darauf beschränkt ist zu prüfen, ob bei der Anwendung des einfachen Rechts Verfassungsrecht verletzt worden ist⁵⁶.

Über diese Auswirkungen hinaus ist das Verständnis der Grundrechte als oberster objektiver Normen der Rechtsordnung von grundsätzlicher, nicht nur theoretischer Bedeutung für die Aufgaben des Staates. Denn die Bindung der gesetzgebenden, vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG) enthält von diesem Ausgangspunkt aus nicht nur eine (negative) Verpflichtung des Staates, Eingriffe in grundrechtlich geschützte Bereiche zu unterlassen, sondern auch eine (positive) Verpflichtung, alles zu tun, um Grundrechte zu verwirklichen, auch wenn hierauf ein subjektiver Anspruch der Bürger nicht besteht. Das gilt namentlich für den Gesetzgeber. Er empfängt von den Grundrechten „Richtlinien und Impulse“⁵⁷. Diese können dort, wo grundrechtliche Freiheit ohne die Schaffung

⁵⁵ BVerfGE 7, 198 (205 f).

⁵⁶ Insofern muß das Ineinander von einfachem Recht und Verfassungsrecht sozusagen entflochten werden: Es ist zu entscheiden, ob die für die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts wesentlichen verfassungsrechtli-

chen Elemente erkannt und zumindest vertretbar gewürdigt worden sind (vgl. oben S. 90).

⁵⁷ BVerfGE 7, 198 (205). Vgl. auch U. SCHEUNER Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und

der notwendigen Voraussetzungen ihrer Wahrnehmung leerlaufen würde, eine Verpflichtung begründen, diese Voraussetzungen herzustellen⁵⁸. Eine konkrete Verpflichtung der staatlichen Organe zu bestimmten Maßnahmen wird sich allerdings in der Regel aus den Grundrechten nicht ableiten lassen. Daran findet auch eine verfassungsgerichtliche Kontrolle ihre Grenzen.

4. Grundrechte als „Teilhaberechte“

In dieser Funktion der Grundrechte als „Richtlinien und Impulse“ der staatlichen Tätigkeit liegt bereits ein wesentliches Element ihrer Bedeutung im Leistungsstaat der Gegenwart. Die Frage, ob und inwieweit sie über ihre Bindungswirkung für die staatlichen Gewalten hinaus und ihr korrespondierend (subjektive) Rechte des Einzelnen auf staatliche Leistungen enthalten, ist in jüngerer Zeit eingehend diskutiert worden. Ein Verständnis der Grundrechte als „Teilhaberechte“ schien nahe zu liegen angesichts der Entwicklung des Staates zum leistenden und fördernden Staat (oben S. 92) sowie im Blick auf die umfassende Deutung der Grundrechte als oberster Prinzipien der gesamten Rechtsordnung: Wo Freiheit nicht mehr nur durch Abwehr staatlicher Eingriffe gesichert werden kann, wo sie vielmehr weitgehend von der Schaffung und Erhaltung ihrer Voraussetzungen durch den Staat abhängt, scheint sich als Lösung dieser Problematik eine Umdeutung oder Erweiterung der Freiheitsrechte zu Ansprüchen auf jene Schaffung und Erhaltung anzubieten. Auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat sich mit der Frage auseinandergesetzt.

a) Keine Schwierigkeiten bietet dabei die Frage „*derivativer*“ *Teilhabeanprüche*: Werden einzelne Personen oder Personengruppen in bestehenden Leistungssystemen, z. B. der Sozialversicherung, der Kriegsopferversorgung oder der Ausbildungsförderung, nicht oder nicht hinreichend berücksichtigt und ist die darin liegende Differenzierung gegenüber den in das System einbezogenen Personengruppen mit dem Gleichheitssatz (Art. 3 GG) nicht vereinbar, so kann sich aus diesem Grundrecht – gegebenenfalls in Verbindung mit einem einschlägigen Freiheitsrecht und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) – ein Anspruch auf gleiche Teilhabe ergeben. Die Realisierung dieser Ansprüche setzt grundsätzlich eine Ergänzung des maßgebenden Gesetzes voraus; der Bürger kann indessen erreichen, daß das Bundesverfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes feststellt und der Gesetzgeber insoweit verpflichtet wird, den Gleichheitsverstoß zu beseitigen.

Solche derivative Teilhabeanprüche unterscheiden sich nicht wesentlich von den herkömmlichen Grundrechtsansprüchen: Es handelt sich um die geläufige Konstellation der „Abwehr“ einer Ungleichbehandlung, die in der Sache auf ein Teilhaberecht hinauslaufen kann. Teilhabeanprüche dieser Art sind in Rechtsprechung und Schrifttum uneingeschränkt anerkannt⁵⁹.

Rahmen der Staatstätigkeit, DÖV 1971, 505 ff.

⁵⁸ So hat das Bundesverfassungsgericht z. B. im Blick auf das Grundrecht der freien Wahl der Ausbildungsstätte (Art. 12 Abs. 1 GG) eine staatliche Verpflichtung zu kapazitätsverbes-

sernden Maßnahmen an den Hochschulen hervorgehoben (BVerfGE 43, 291 [326 ff]).

⁵⁹ Z. B. BVerfGE 45, 376 (386 ff). W. MARTENS Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, 1972, S. 21 ff.

b) Die eigentliche Problematik von Grundrechten als Teilhaberechten stellt sich erst bei der Frage, ob Grundrechte im Zeichen der erwähnten Veränderungen der Bedingungen menschlicher Freiheit als „*originäre*“ *Teilhaberechte* verstanden werden können oder sogar müssen, ob sie also über die gleiche Zuteilung in bestehenden Leistungssystemen hinaus Teilhabeansprüche auch dann begründen, wenn die Voraussetzungen der Erfüllung dieser Ansprüche erst geschaffen werden müßten. Die grundsätzliche Möglichkeit eines solchen Verständnisses hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 18. Juli 1972 über die Zulässigkeit von Beschränkungen des Hochschulzugangs nicht ausgeschlossen⁶⁰: Je stärker der moderne Staat sich der sozialen Sicherung und kulturellen Förderung der Bürger zuwende, desto mehr trete im Verhältnis zwischen Bürger und Staat neben das ursprüngliche Postulat grundrechtlicher Freiheitssicherung vor dem Staat die komplementäre Forderung nach grundrechtlicher Verbürgung der Teilhabe an staatlichen Leistungen. Dies gelte besonders im Bereich des Bildungswesens; denn das Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte (Art. 12 Abs. 1 GG) wäre ohne die tatsächliche Voraussetzung, es in Anspruch nehmen zu können, wertlos. Ob bei dieser Sachlage aus den grundrechtlichen Wertentscheidungen und der Inanspruchnahme des Ausbildungsmonopols durch den Staat ein objektiver sozialstaatlicher Verfassungsauftrag zur Bereitstellung ausreichender Ausbildungskapazitäten folge und ob sich aus diesem Verfassungsauftrag unter besonderen Voraussetzungen ein einklagbarer Individualanspruch des Staatsbürgers auf Schaffung von Studienplätzen herleiten lasse, bedürfe im vorliegenden Falle indessen keiner Entscheidung. In jedem Falle stünden solche Teilhaberechte unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen könne.

Hier wie auch in späteren Entscheidungen ist die Frage also in der Schwebe gelassen. Das Urteil vom 18. Juli 1972 hebt selbst die Einwände hervor, denen eine generelle Umdeutung von Freiheitsrechten in originäre Teilhaberechte begegnen muß. Die Regelung materieller Ansprüche auf Leistung und der mit ihnen verbundenen Fragen kann nach der Aufgabenverteilung des Grundgesetzes nur eine Aufgabe des Gesetzgebers, nicht der rechtsprechenden Gewalt sein. Denn sie läßt sich namentlich unter Prioritäts- und Koordinierungsgesichtspunkten nicht aus der Einfügung in umfassendere Planungen und deren Durchführung lösen, und sie darf nicht ohne ihre Rückwirkungen auf diese beurteilt werden. Die unmittelbare Herleitung konkreter und einklagbarer Leistungsverpflichtungen des Staates aus Grundrechten würde an die Stelle von Politik – gerichtlich kontrollierten – Verfassungsvollzug treten lassen und damit den Bereich parlamentarischer Willensbildung als Grundbestandteil einer offenen demokratischen Ordnung entscheidend einengen. Der darin liegende systematische Widerspruch zwischen Grundrechten als originären Teilhaberechten und demokratischer Ordnung zieht infolgedessen der Annahme originärer Teilhaberechte in einer solchen Ordnung Grenzen. Das läßt diese Rechte nur bedingt

⁶⁰ BVerfGE 33, 303 (330ff); vgl. auch BVerfGE 35, 79 (115f).

geeignet erscheinen, der Problematik von Grundrechten im Leistungsstaat gerecht zu werden⁶¹.

5. Soziale Grundrechte

Es ist deshalb kaum ein Zufall, wenn sich die neuere Diskussion in verstärktem Maße der Frage nach der Bedeutung und der möglichen Wirkungskraft „sozialer Grundrechte“ im Sinne einer Gewährleistung der Grundlagen individueller menschlicher Existenz zuwendet⁶². Sie kann dabei freilich nur bedingt an ausdrückliche Normierungen des Verfassungsrechts anknüpfen. Das Grundgesetz hat seine grundrechtlichen Gewährleistungen im wesentlichen auf die klassischen Menschen- und Bürgerrechte beschränkt, zu denen einige besondere Garantien und Grundsatzregelungen hinzutreten; soweit soziale Grundrechte in einzelne Landesverfassungen aufgenommen worden sind⁶³, haben sie wegen des Vorrangs des Bundesrechts kaum praktische Bedeutung erlangt. Der Verzicht des Grundgesetzes auf die ausdrückliche Normierung sozialer Grundrechte hängt nicht nur damit zusammen, daß es bei seiner Entstehung im Jahre 1949 als Provisorium verstanden worden ist. Wesentlicher ist vielmehr, daß solche Rechte von andersartiger Struktur sind als die herkömmlichen Grundrechte. Das begründet ihre Problematik und unterscheidet sie prinzipiell von den überkommenen Freiheits- und Gleichheitsrechten.

Soziale Grundrechte, wie namentlich ein Recht auf Arbeit oder ein Recht auf Wohnung, lassen sich nicht schon dadurch realisieren, daß sie respektiert und geschützt werden, sondern verlangen von vornherein und jedenfalls im höheren Maße als die überkommenen Grundrechte staatliche Aktionen zur Verwirklichung des in ihnen enthaltenen Programms. Dies fordert regelmäßig nicht nur ein Tätigwerden des Gesetzgebers, sondern auch der Verwaltung; es kann zu einer Beeinträchtigung der Freiheitsrechte anderer führen. Soziale Grundrechte sind daher nicht in der Lage, im Sinne der Grundrechtsauffassung des Grundgesetzes unmittelbar gerichtlich verfolgbare Ansprüche des Bürgers zu begründen. Praktische und konkrete Bedeutung können sie nur insoweit erlangen, als sie den Staat verbindlich zu ihrer Realisierung verpflichten, wie dies z. B. Art. 26 des Entwurfs einer neuen Bundesverfassung der Schweiz vorsieht⁶⁴. Erst nach einer Regelung durch den Gesetzgeber können sich aus

⁶¹ Vgl. dazu E. FRISENHAHN Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, Verhandlungen des 50. DJT II, 1974, S. G 29ff.

⁶² Vgl. etwa G. BRUNNER Die Problematik der sozialen Grundrechte, 1971; J. P. MÜLLER Soziale Grundrechte in der Verfassung?, 2. Aufl., 1981; P. BADURA Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland, Der Staat 14, 1975, S. 17ff; J. ISENSEE Verfassung ohne soziale Grundrechte, Der Staat 19, 1980, S. 367ff; W. LORENZ Bundesverfassungsgericht und soziale Grundrechte, Jur. Blätter 103, 1981, 16ff;

E.-W. BÖCKENFÖRDE Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, in: Soziale Grundrechte. Von der bürgerlichen zur sozialen Rechtsordnung. 5. Rechtspolitischer Kongreß der SPD 1980, hrsg. von BÖCKENFÖRDE/JEKWITZ/RAMM Dokumentation: Teil 2 S. 7ff; W. SCHMIDT Soziale Grundrechte im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Der Staat, Beiheft 5, 1981, S. 9ff.

⁶³ Z. B. Bayerische Verfassung Art. 166ff; Hessische Verfassung Art. 27ff.

⁶⁴ Vgl. dazu den Schlußbericht der Arbeitsgruppe Wahlen für die Totalrevision der

dieser abgegrenzte und verfolgbare Rechtsansprüche ergeben. Soweit das Programm sozialer Grundrechte realisiert ist, können diese Rechte, vor allem auf dem Gebiet der sozialen Sicherung, die Wirkung einer Verfassungsgarantie des sozialen Besitzstandes erlangen.

Über diese Besonderheiten besteht heute im wesentlichen Übereinstimmung. Erörtert werden die Fragen, ob und inwieweit das geltende Verfassungsrecht des Bundes Ansätze zur Herausarbeitung von Inhalten bietet, welche in der Sache dasselbe bedeuten wie soziale Grundrechte⁶⁵, und ob es rechtspolitisch angebracht erscheint, einzelne soziale Grundrechte wie ein Recht auf Arbeit, ein Recht auf Wohnung oder ein Recht auf gesunde Umwelt in den Text des Grundgesetzes aufzunehmen⁶⁶. In der Tat läßt sich nicht übersehen, daß Elemente „sozialer Grundrechte“ in der Verfassungsrechtsprechung zum Hochschulzugang⁶⁷, zur sozialen Sicherung⁶⁸ oder zum Bau von technischen Großanlagen erkennbar werden, von denen Gefahren für die Umwelt ausgehen können⁶⁹. Daß dagegen die Aufnahme von – wenn auch nur in Gestalt eines Verfassungsauftrags formulierten – sozialen Grundrechten in das Grundgesetz zur Lösung der insoweit bestehenden Probleme beitragen könnte, ist nicht anzunehmen, dies um so weniger, als das eine Grundrecht häufig nur auf Kosten eines anderen verwirklicht werden könnte, wie etwa das Grundrecht auf Arbeit einer-, dasjenige auf Umweltschutz andererseits⁷⁰. Zudem würde eine solche Aufnahme wiederum, ähnlich wie die Konstruktion von Teilhaberechten, eine Einschränkung demokratischer Gestaltungsfreiheit bedeuten.

Deshalb ist die bisherige Lösung des Grundgesetzes vorzuziehen, das in der Formel vom „sozialen Rechtsstaat“ (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1) den Weg der Normierung eines allgemeinen Auftrags gegangen ist. Dieser begründet verbindlich die Pflicht der staatlichen Organe, für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen⁷¹; er überläßt jedoch die Zielsetzungen im einzelnen und die Art ihrer Realisierung der Entscheidung im demokratischen Prozeß⁷². Die Formel vom sozialen Rechtsstaat begründet von vornherein keine unmittelbaren Individualansprüche, ist aber, wie gezeigt, unter anderem für die Auslegung der Grundrechte von wesentlicher Bedeutung, die als derivative Teilhaberechte solche Ansprüche begründen können. Der

Bundesverfassung, Bd. VI, 1973, S. 180ff und den Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, 1977, S. 59ff.

⁶⁵ Dazu LORENZ (Anm. 62) S. 20ff; SCHMIDT (Anm. 62) S. 12ff, der in diesem Zusammenhang darauf hinweist, daß auch Staatszielbestimmungen oder Verfassungsaufträge unter dem Grundgesetz in den verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutz einbezogen werden können.

⁶⁶ Vgl. etwa H. H. KLEIN Ein Grundrecht auf saubere Umwelt? in: Im Dienste an Recht und Staat, Festschrift für Werner Weber zum 70. Geburtstag, 1974, S. 643ff; H. DELLMANN Zur Problematik eines „Grundrechts

auf menschenwürdige Umwelt“, DÖV 1975, 588ff; H. STEINER Mensch und Umwelt. Zur Frage der Einführung eines Umweltgrundrechts, 1975; M. KLOEPFER Zum Grundrecht auf Umweltschutz, 1978; D. RAUSCHNING Staatsaufgabe Umweltschutz, VVDStRL 38, 1980, S. 177ff.

⁶⁷ BVerfGE 33, 303 (330ff); 43, 291 (313ff).

⁶⁸ Sehr deutlich etwa BVerfGE 39, 169 (185ff, bes. 194f).

⁶⁹ BVerfGE 49, 89 (141f); 53, 30 (57ff); 56, 54 (73ff).

⁷⁰ Vgl. SCHMIDT (Anm. 62) S. 24ff.

⁷¹ Etwa BVerfGE 22, 180 (224).

⁷² Vgl. dazu etwa BVerfGE 18, 257 (273); 29, 221 (235).

Vorteil dieser Lösung gegenüber einer enumerativen Normierung sozialer Grundrechte liegt in der größeren Offenheit und Elastizität des allgemeinen Sozialstaatsauftrags, die es ermöglicht, den jeweiligen Bedürfnissen und Koordinierungsaufgaben besser gerecht zu werden, und die zugleich die Freiheit demokratischer Entscheidung wahrt.

6. Grundrechtsverwirklichung und -sicherung durch Organisation und Verfahren

Können daher die Gedanken der Teilhaberechte und der sozialen Grundrechte nur begrenzte Bedeutung für die Wirksamkeit und den Schutz der Grundrechte in der Gegenwart gewinnen, so ist um so wichtiger ein anderer, bisher freilich weniger beachteter Zusammenhang: derjenige von Grundrechten, Organisation und Verfahren⁷³. Dieser Zusammenhang, der in der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zunehmende Betonung erfahren hat, ist nicht nur von allgemeiner Bedeutung für die Verwirklichung und Sicherung der Grundrechte; er enthält auch wesentliche Elemente, die es – eher als der Gedanke der Teilhaberechte – ermöglichen, der veränderten Problematik der Wirksamkeit der Grundrechte im modernen Staat gerecht zu werden.

Um ihre Funktion in der sozialen Wirklichkeit erfüllen zu können, bedürfen Grundrechte in mehr oder minder großem Umfang der konkretisierenden Ausgestaltung durch die Rechtsordnung (oben S. 88). Beispiele bilden die grundrechtlich gewährleisteten Einrichtungen von Ehe und Familie, das Institut des Eigentums oder die Vereinigungsfreiheit: überall bedarf es nicht nur näher bestimmender inhaltlicher Normierungen, sondern auch der Bereitstellung von Organisationsformen und Verfahrensregelungen, um den grundrechtlich normierten Rechtszustand zu einem Zustand der sozialen Wirklichkeit werden zu lassen. Erhöhte Bedeutung gewinnt diese Notwendigkeit unter den Bedingungen der Gegenwart, unter denen menschliche Freiheit wesentlich auf staatliche Unterstützung, Vorsorge und Verteilung angewiesen ist und unter denen es in zunehmendem Maße der Abgrenzung, Begrenzung und Zuordnung der Bereiche menschlicher Freiheit bedarf (oben S. 92). Hier erweisen sich Organisation oder Verfahren oft als Mittel, ein grundrechtsgemäßes Ergebnis herbeizuführen und damit Grundrechte auch im Zeichen jener Bedingungen wirksam zu sichern⁷⁴.

Bedürfen damit die Grundrechte in weitem Maße der Organisation und des Verfahrens, so wirken sie zugleich ihrerseits auf das Organisations- und Verfahrensrecht ein, das auf diese Weise zur Grundrechtsverwirklichung und -sicherung beiträgt. Dies ist ohne weiteres deutlich bei Grundrechten, deren unmittelbarer Gegenstand die Gewährleistung von Organisations- oder Verfahrensgrundsätzen ist, wie

⁷³ Eine umfassende Untersuchung bietet H. GOERLICH *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, 1981. Vgl. ferner etwa H. BETHGE *Grundrechtsverwirklichung und Grund-*

rechtssicherung durch Organisation und Verfahren, NJW 1982, 1 ff.

⁷⁴ Grundsätzlich hierzu: P. HÄBERLE *Grundrechte im Leistungsstaat*, VVDStRL 30, 1972, bes. S. 86 ff, 121 ff.

etwa bei der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG), den Grundrechten auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG), auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) oder bei den Voraussetzungen und Verfahrensgarantien, die Art. 104 GG für Freiheitsbeschränkungen und -entziehungen normiert⁷⁵. Aber auch die materiellen Grundrechte wirken auf das Verfahren ein. Deshalb besteht das Bundesverfassungsgericht auf einer grundrechtskonformen Anwendung des Verfahrensrechts. Darüber hinaus hat es im Interesse der Grundrechtsverwirklichung und -sicherung aus materiellen Grundrechten besondere verfahrensrechtliche Anforderungen entwickelt, namentlich die Notwendigkeit eines effektiven (Grund-) Rechtsschutzes, auf den der Einzelne einen Anspruch hat⁷⁶.

Diese Aspekte greifen ineinander. Sie können hier nicht im einzelnen verfolgt werden. In aller Kürze ist nur noch auf einige Punkte hinzuweisen, die für die Problematik der Grundrechte im modernen Sozialstaat von Bedeutung sind.

Organisation und Verfahren können sich unmittelbar als Mittel der Verwirklichung und Sicherung von Grundrechten erweisen. Sehr klar tritt das bei der Rundfunkfreiheit hervor: In ihren Schutzrichtungen als Freiheit der Sendeunternehmen im Verhältnis zum Staat sowie als Gewährleistung eines Angebots von Sendungen, das freie, wahrheitsgemäße und umfassende Information und Meinungsbildung ermöglicht, läßt diese sich ebenso wie in ihrer Bedeutung für die Frage des „Zugangs“ zum Rundfunk und der Errichtung neuer Sendeunternehmen nicht ohne organisatorische und Verfahrensregelungen verwirklichen, deren Wirkungen zu einem dem Inhalt des Grundrechts gemäßen Ergebnis führen. Folgerichtig hat das Bundesverfassungsgericht die verfassungsmäßige Gewährleistung durch bestimmte Anforderungen an die Rundfunkorganisation konkretisiert und damit Grundlagen für die Gestaltung des Rundfunks in der Bundesrepublik festgelegt⁷⁷. Ähnliches gilt unter modernen Verhältnissen für die Freiheit der Wissenschaft, die als Freiheit der Forschung weithin auf kostspielige, vom Staat bereitgestellte Einrichtungen angewiesen ist. Hier hat das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben, daß ein effektiver Grundrechtsschutz adäquate organisationsrechtliche Vorkehrungen erfordere, die sowohl dem Grundrecht des einzelnen Wissenschaftlers auf Freiheit der Forschung und Lehre als auch der Funktionsfähigkeit der Institution „freie Wissenschaft“ hinreichend Rechnung tragen⁷⁸.

Organisations- und Verfahrensregelungen sind ferner ein geeignetes Mittel, widerstreitende Verfassungspositionen zum Ausgleich zu bringen. In diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht zum Beispiel im Falle des Widerstreits zwischen „positiver“ und „negativer“ Religionsfreiheit ausgesprochen, daß eine Lösung sich

⁷⁵ Über die sich aus den Verfahrensgrundrechten ergebenden Anforderungen an die Gestaltung des gerichtlichen Verfahren hinaus hat das Bundesverfassungsgericht dem Rechtsstaatsprinzip den allgemeinen Anspruch auf ein faires Verfahren entnommen. Vgl. z. B. BVerfGE 26, 66 (71 f); 38, 105 (111 f); 39, 156 (163).

⁷⁶ Eine Übersicht über die Rechtsprechung mit besonderer Berücksichtigung der jüngeren Entscheidungen findet sich in BVerfGE 53, 30 (72 ff) – abweichende Meinung.

⁷⁷ BVerfGE 12, 205 (261 ff); 31, 314 (325 ff); 57, 295 (319 ff).

⁷⁸ BVerfGE 35, 79 (120 ff); 43, 242 (267).

nur unter Würdigung der kollidierenden Interessen durch Ausgleich und Zuordnung der maßgeblichen verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte finden lasse; diese obliege dem demokratischen Landesgesetzgeber im öffentlichen Willensbildungsprozeß⁷⁹.

Was hier allgemein gilt, muß in besonderem Maße gelten, wenn in der heutigen enger werdenden Welt die Freiheit der einen zunehmend mit der Freiheit der anderen in Konflikt zu geraten droht: Es müssen Regelungen getroffen werden, welche die Freiheitsbereiche einander sachgemäß zuordnen und sicherstellen, daß Grenzziehungen nicht nur zu Lasten einer Seite gehen. Das können im wesentlichen nur Verfahrensregelungen sein, wie sie sich namentlich in Rechtsbereichen finden, die den Gebrauch des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) betreffen. Erst Regelungen dieser Art ermöglichen und sichern einen angemessenen Ausgleich zwischen den verschiedenen Positionen und damit die Verwirklichung der betroffenen Grundrechte.

Nicht anders verhält es sich schließlich in Lagen einer Verknappung von Freiheitsvoraussetzungen. Die damit sich verbindenden Verfassungsrechtsfragen sind bislang namentlich bei dem Mangel an Studienplätzen aufgetreten; es ist jedoch nicht ausgeschlossen, daß sie schon in naher Zukunft auch in anderen Bereichen Bedeutung gewinnen werden. Auch hier läßt sich nur durch geeignete Organisations- und Verfahrensregelungen sicherstellen, daß nicht die einen alles, die anderen nichts erhalten und daß die verbleibenden Freiheitschancen gerecht verteilt werden. Es kommt, wie das Bundesverfassungsgericht im Falle der Verteilung von Studienplätzen ausgesprochen hat, darauf an zu gewährleisten, daß jeder Berechtigte zumindest eine Chance hat, von seinem Grundrecht Gebrauch machen zu können und auf diese Weise der Gefahr einer inhaltlichen Entwertung des Grundrechts zu begegnen⁸⁰. Insoweit dienen sachentsprechende organisations- und verfahrensrechtliche Regelungen der Verwirklichung von „Teilhabe“. Sie erweisen sich als wirksame Mittel, einen chancengleichen Zugang oder eine chancengleiche Verteilung von Leistungen und die volle Ausschöpfung der vorhandenen Leistungsmöglichkeiten zu gewährleisten.

7. Die Bedeutung der Grundrechte für Rechtsbeziehungen, an denen der Staat nicht unmittelbar beteiligt ist

Die im Vorangehenden dargestellte Entwicklung der Grundrechte betrifft deren Bedeutung für den Bürger in seinem Verhältnis zum Staat und ihre unmittelbare Bedeutung für die staatlichen Gewalten. Die Sicherung menschlicher Freiheit, um die es hierbei geht, wäre indessen unvollkommen, wenn sie nicht um den Schutz gegen Freiheitsgefährdungen durch nicht-staatliche Mächte ergänzt würde. Die Notwendigkeit eines solchen Schutzes bildet den zweiten grundlegenden Aspekt der modernen Grundrechtsentwicklung (oben S. 93). Insofern wird heute aus den Grundrechten eine Pflicht des Staates zu deren Schutz und, damit zusammenhängend, eine gewisse „Drittwirkung“ abgeleitet.

⁷⁹ BVerfGE 41, 29 (50). Vgl. ferner etwa BVerfGE 34, 165 (182f); 47, 46 (80).

⁸⁰ BVerfGE 33, 303 (345); 43, 291 (314, 316f). Ähnliches gilt für den Zugang zu der Veran-

staltung von Rundfunksendungen, solange nicht allen Bewerbern die gewünschte Sendekapazität zur Verfügung gestellt werden kann (BVerfGE 57, 295 [327]).

a) Die Sicherung von Leben, Freiheit und Eigentum der Bürger gegen nicht-staatliche Beeinträchtigungen ist zwar seit jeher Aufgabe der Ordnung gesellschaftlichen Zusammenlebens durch den Staat. Sie ist aber früher ausschließlich als Gegenstand des einfachen Rechts, besonders des Zivil-, des Straf- und des zugehörigen Verfahrensrechts verstanden worden. Es kennzeichnet die neuere Entwicklung, daß diese Sicherung heute in einem stellenweise noch offenen Ausmaß als durch Grundrechte geboten angesehen, daß also aus Grundrechten eine *staatliche Schutzpflicht* hergeleitet wird. Ausgangspunkt hierfür ist wiederum das Verständnis der Grundrechte als objektiver Prinzipien, welche die gesamte Rechtsordnung beeinflussen und die den Staat verpflichten, alles zu tun, um Grundrechte zu verwirklichen (oben S. 95). So hat das Bundesverfassungsgericht aus dem objektiven Gehalt der Gewährleistung des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) unmittelbar eine Pflicht des Staates erschlossen, diese Rechtsgüter vor rechtswidrigen Eingriffen anderer zu bewahren⁸¹. Wie der Staat diese Verpflichtung erfülle, sei in erster Linie von den zuständigen Organen zu entscheiden, denen hierbei ein weiter Gestaltungsspielraum zukomme⁸²; im äußersten Falle könne sich diese Freiheit freilich auf ein bestimmtes Mittel verengen, wenn der von der Verfassung gebotene Schutz auf andere Weise nicht zu erreichen sei⁸³. – Ob der objektivrechtlich begründeten Pflicht des Staates ein subjektiver Individualanspruch der von dem Eingriff Betroffenen entspricht, ist noch nicht abschließend geklärt. Die Problematik dürfte sich auf relativ seltene Fälle beschränken, da die bestehenden Regelungen, die auch (begrenzte) Ansprüche auf staatliches Eingreifen umfassen, der Schutzpflicht des Staates in der Regel gerecht werden.

b) Deutlicher zeichnen sich auf Grund der bisherigen Rechtsprechung Bestand und Tragweite einer „*Drittwirkung*“ der Grundrechte ab, also einer Wirkung von Grundrechten nicht nur gegenüber den öffentlichen Gewalten, sondern auch gegenüber Privaten, namentlich gegenüber Inhabern wirtschaftlicher oder sozialer Macht. Ausdrücklich hat das Grundgesetz nur der Koalitionsfreiheit Wirkung gegen Dritte beigelegt (Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG). In der Frage, ob und in welchem Umfang Grundrechten darüber hinaus „*Drittwirkung*“ zukommt, fehlen spezielle verfassungsrechtliche Regelungen. Sie wird in Rechtsprechung und Schrifttum nicht einheitlich beantwortet.

Die Problematik besteht darin, daß im Verhältnis Privater untereinander alle Beteiligten in gleicher Weise am Schutz der Grundrechte teilhaben, während den öffentlichen Gewalten in ihrem Verhältnis zum Bürger ein solcher Schutz nicht zukommt. Demgemäß kann es eine Beeinträchtigung grundrechtlicher Freiheit des einen bedeuten, wenn der andere ihm gegenüber in einem Grundrecht geschützt wird. Eine uneingeschränkte Bindung Privater an Grundrechte würde zu einer empfindlichen Einschränkung der Privatautonomie, mithin zu einer nicht unerheblichen Einschränkung selbstverantwortlicher Freiheit führen und damit Eigenart und

⁸¹ BVerfGE 39, 1 (42 ff); 46, 160 (164); 49, 89 (142); 53, 30 (57); 56, 54 (73).

⁸² BVerfGE 39, 1 (44); 46, 160 (164 f); 56, 54 (80 f).

⁸³ BVerfGE 39, 1 (46 f).

Bedeutung des Privatrechts prinzipiell verändern. Sie würde zudem den Zivilrichter im Einzelfall vor die äußerst schwierige Frage der Bestimmung der Tragweite der Grundrechte und ihrer Grenzen stellen und deshalb mit der Aufgabe eines rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden Privatrechts in Konflikt geraten, nämlich der, die Gestaltung von Rechtsbeziehungen und richterliche Problemlösung grundsätzlich mit Hilfe hinreichend klarer, detaillierter und bestimmter Regelungen zu ermöglichen.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vermeidet weitgehend die Auswirkungen einer solchen unmittelbaren „Drittwirkung“; sie beschränkt sich auf eine mittelbare „Drittwirkung“. Sie geht davon aus, daß der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Gebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften entfaltet⁸⁴. Die „Drittwirkung“ der Grundrechte besteht in ihrem Einfluß auf die anzuwendenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts, der bei deren Auslegung zu berücksichtigen ist. Der Richter hat kraft Verfassungsrechts zu prüfen, ob die für die Entscheidung maßgebenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts in dieser Weise grundrechtlich beeinflusst sind. Trifft das zu, so hat er die hieraus sich ergebenden Modifikationen des Privatrechts zu beachten. Sofern er diese Maßstäbe verfehlt, verletzt er nicht nur objektives Verfassungsrecht; er verstößt als Träger öffentlicher Gewalt durch seinen Spruch gegen das Grundrecht, auf dessen Beachtung durch die rechtsprechende Gewalt der Bürger einen verfassungsrechtlichen Anspruch hat⁸⁵. Die Frage, ob ein solcher Verstoß vorliegt, unterliegt der Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts (vgl. dazu oben S. 95).

Mit dieser Ausdehnung der Schutzfunktion der Grundrechte auf Rechtsbeziehungen, die jenseits des Verhältnisses von Bürger und Staat liegen, sind die Grundrechte zu einem Mittel der Freiheitssicherung auch gegenüber nicht-staatlichen Mächten geworden⁸⁶. Sie machen damit freilich spezielle gesetzliche Regelungen, die der Verhinderung wirtschaftlichen oder sozialen Machtmißbrauchs dienen, ebenso wenig entbehrlich wie eine Privatrechtsgesetzgebung, die den Rechtsgehalt der Grundrechte in den Regelungen des bürgerlichen Rechts konkretisiert und grundgesetzlich verbürgte Positionen gegeneinander abgrenzt, so daß der Zivilrichter für die Einzelfallentscheidung nicht nur auf die weiten und unbestimmten Maßstäbe der Verfassung angewiesen ist.

V. Zur Würdigung der Entwicklung

Insgesamt wird damit das Ausmaß deutlich, in dem die Grundrechte nicht nur das staatliche, sondern das gesamte Rechtsleben in der Bundesrepublik bestimmen und

⁸⁴ BVerfGE 7, 198 (205 f).

⁸⁶ Vgl. BVerfGE 25, 256 (263 ff).

⁸⁵ BVerfGE 7, 198 (206 f); vgl. auch 42, 143 (147 f).

bis ins einzelne prägen: Zu keiner Zeit der deutschen Geschichte haben die Bürger des deutschen Staatswesens mehr individuelle Freiheit und Rechtsschutz gehabt als heute.

Es mag fraglich sein, ob die Menschen in der Bundesrepublik deshalb in ihrer Gesamtheit glücklicher sind als ihre Eltern und Großeltern – manches spricht dafür, daß sie mit ihrer Freiheit nichts Rechtes anzufangen wissen, namentlich Teile der jüngeren Generation, die das Regime des Nationalsozialismus nicht mehr selbst erlebt haben, denen die Freiheit selbstverständlich geworden ist und die in ihr keine Antwort auf die Frage nach den Aufgaben und Zielen der gesellschaftlichen Entwicklung zu finden glauben. Das kann kein Grund sein, die neuere Grundrechtsentwicklung als eine Fehlentwicklung zu betrachten.

Das gleiche gilt für die Kritik, der diese Entwicklung begegnet ist. Sie läßt sich dahin zusammenfassen, daß die heutige Grundrechtsentwicklung die überkommenen und bewährten Bahnen verlassen habe und deshalb zu einer Schwächung, wenn nicht zur Auflösung des Staates führen müsse; dies ist vor allem das Bedenken Ernst Forsthoffs gewesen, der in diesem Zusammenhang vom „introvertierten Rechtsstaat“ gesprochen hat⁸⁷. Auch in der Tagesdiskussion begegnet häufig der Einwand eines Zuviel an Freiheit, das die Schwächung des Staates zur Folge habe und dazu führe, daß dieser seinen Aufgaben nicht mehr gerecht werden könne. Aber Grundrechte und ein starker Staat schließen einander nicht aus, sie sind im Gegenteil voneinander abhängig. Denn die Verwirklichung und die Sicherung der Grundrechte sind, wie gezeigt, unter den Bedingungen der Gegenwart auf den Staat angewiesen: Sie fordern einen starken funktions- und leistungsfähigen Staat, der zur Erfüllung seiner Aufgaben imstande ist. Diese Stärke ist indessen weniger eine Frage eines möglichst wirksamen staatlichen Machtapparats als vielmehr der freien Zustimmung einer möglichst großen Zahl von Bürgern, auf deren Gewinnung und Erhaltung es stets von neuem ankommt. Sie sind eine Frage der Integrationsfähigkeit der staatlichen Ordnung. Wenn die Grundrechte, wie es nach dem Grundgesetz der Fall ist, die legitimierende Grundlage dieser Ordnung sind, wenn sie freie Zustimmung anstreben und ermöglichen, dann sind sie ein entscheidender Faktor für den Bestand des Staates und seiner Ordnung, und eine Stärkung der Grundrechte kann letztlich nur dem Staat zugutekommen.

Hier liegen also die Bedenken nicht. Gleichwohl wird nicht gesagt werden können, daß die heutige Entwicklung frei von Gefahren sei. Wie dargelegt, ist diese Entwicklung weit über die frühere hinausgegangen: Die Grundrechte binden auch den Gesetzgeber; sie enthalten umfassende Prinzipien für die gesamte Rechtsordnung und die Anwendung des Rechts; ihre Beachtung unterliegt in letzter Verantwortung der Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts. Je mehr unter diesen Gegebenheiten der Anwendungsbereich der Grundrechte ausgedehnt wird, desto mehr muß sich der Be-

⁸⁷ E. FORSTHOFF Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung, *Der Staat* 2, 1963, S. 392 ff. In ähnlicher Richtung die Kritik H. H. Kleins, der in der Ausdehnung der Bedeutung der Grundrechte über die traditionelle Funk-

tion als individuelle Abwehrrechte gegen den Staat hinaus die Gefahr einer „Überfrachtung“ und damit Entwertung der Grundrechte erblickt (H. H. KLEIN Die Grundrechte im demokratischen Staat, Neudruck 1974).

reich verbindlicher verfassungsrechtlicher Festlegung erweitern, in dem die Organe der politischen Leitung nicht mehr frei entscheiden können, sondern nur noch – unter der Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts – Verfassungsrecht anzuwenden haben. Dies würde nicht nur einen freien und offenen politischen Prozeß, wie ihn die Demokratie voraussetzt, erheblich einschränken, wenn nicht aufheben; eine solche Entwicklung würde auch in einer Zeit grundlegender Wandlungen wie der unsrigen, in der neue Lösungen der Probleme zur Voraussetzung des Überlebens geworden sind, die Bewegung und das Fortschreiten unmöglich machen, auf die es entscheidend ankommt. Damit wäre den Menschen, die unter der Ordnung des Grundgesetzes leben, dem Staat und der normierenden Kraft der Verfassung ein schlechter Dienst erwiesen, vollends, wenn der Zwang der Verhältnisse schließlich dazu nötigen sollte, die zuvor ausgedehnten Grundrechte wieder zu verkürzen, zu relativieren oder sich über sie hinwegzusetzen.

Grundrechte sind geschichtlich und ihrer heutigen Bedeutung nach in erster Linie Menschenrechte: Es geht in ihnen um Grundbedingungen individuellen und gemeinschaftlichen Lebens in Freiheit und menschlicher Würde, eine Aufgabe, die unter den Voraussetzungen der Gegenwart nichts von ihrer aktuellen Bedeutung eingebüßt hat. Sollen die Grundrechte diese Grundbedingungen wirksam sichern, so dürfen sie geschichtlichen Wandel nicht unterbinden; zugleich müssen sie indessen ohne Wenn und Aber in ihrer eigentlichen Substanz festgehalten und geschützt werden. Dies setzt voraus, daß sie nicht inflationär ausgedehnt und in allzu kleine Münze umgesetzt werden. So wesentlich und folgenreich daher die dargelegte Herausarbeitung der objektiven Bedeutungsschicht der Grundrechte ist: Die Funktion dieses neuen Verständnisses liegt in der Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte als Menschenrechte⁸⁸; deren Bedeutung als objektive Prinzipien darf nicht von jenem Kern gelöst werden. Sonst geriete sie in die Gefahr, einer Interpretation den Weg zu bereiten, welche den ursprünglichen und bleibenden Sinn der Grundrechte aus dem Auge verliert und die zentrale Aufgabe verfehlt.

⁸⁸ Vgl. BVerfGE 50, 290 (337f).

2. Abschnitt

Die Menschenwürde

ERNST BENDA

I. Der absolute Eigenwert des Menschen

1. Die vorgegebenen Rechte des Menschen

Das in Art. 1 Abs. 2 GG enthaltene Bekenntnis zu „unverletzlichen und unveräußerlichen“ Menschenrechten knüpft schon dem Wortlaut nach deutlich an die Universal Declaration of Human Rights an, die von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 10. 12. 1948 beschlossen wurde: „Recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world“. Der Vorspruch der Menschenrechtsdeklaration erinnert zugleich an die Mißachtung der Menschenrechte und die Akte der Barbarei in der unmittelbar zurückliegenden Vergangenheit. So lag es für die Schöpfer des Grundgesetzes nahe, den Wunsch der Deutschen, wieder in die Gemeinschaft der Völker aufgenommen zu werden, durch das in Art. 1 Abs. 2 GG enthaltene Bekenntnis ethisch zu rechtfertigen¹. Zugleich knüpft das Grundgesetz an die Erklärung der „natürlichen, unveräußerlichen und geheiligten Menschenrechte“ der französischen Deklaration vom 26. August 1789 an, in gleicher Weise aber auch an die christliche Naturrechtstradition.

Gegen die optimistische Vermutung, abendländisches Grundrechtsverständnis habe von Ewigkeit her bestanden, lassen sich kritische Einwände erheben. Die Menschenwürdegarantie ist entwicklungsgeschichtlich eng mit dem Christentum verbunden, die ihre Grundlage in dem Umstand findet, daß der Mensch als Ebenbild Gottes geschaffen ist; das antike Bild des Menschen als vernunftbegabtes und durch freien Willen gekennzeichnetes Wesen hat zur christlich-antiken Freiheitsidee des Menschen wesentlich beigetragen², wengleich Grundrechte im heutigen Verständnis der Antike unbekannt waren³. Die deutsche wie die abendländische Geschichte kann

¹ Vgl. Protokoll des Ausschusses für Grundsatzzfragen des Parl. Rats, 22. Sitzung vom 18. 11. 1948, S. 2.

² E. WOLF Die Freiheit und Würde des Menschen, Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. IV (1953) S. 32ff; VERDROSS Die Würde des Menschen

als Grundlage der Menschenrechte, EuGRZ 4 (1977) S. 207f; STARCK Menschenwürde als Verfassungsgarantie im modernen Staat, JZ 1981, S. 459.

³ FALLER Stichwortartikel Menschenrechte, Staatslexikon (1960) Sp. 659.

im Hinblick auf die universelle Achtung der Menschenrechte ebensowenig hoffnungsvoll stimmen wie eine Würdigung der heute in weiten Teilen der Welt herrschenden Verhältnisse.

Art. 1 Abs. 2 GG ist keine schönfärberische Verklärung der Wirklichkeit. Der Hinweis auf die vorgegebenen Rechte aller Menschen führt auf die zentrale verfassungsrechtliche Aussage des Art. 1 Abs. 1 GG zurück, nämlich die Forderung, die Achtung menschlicher Würde zum obersten Prinzip jeder staatlichen Tätigkeit zu machen. Die unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechte sind nicht erst durch das Grundgesetz geschaffen worden, sondern werden auch von diesem als Bestandteile einer vorgegebenen, überpositiven Rechtsordnung angesehen⁴. Damit werden letzte Grenzen anerkannt, die auch der Verfassungsgeber nicht überschreiten darf⁵. Art. 79 Abs. 3 GG sichert dies zusätzlich ab. Es handelt sich vor allem um den Schutz menschlicher Würde, um die als Urgrundrecht jedes Menschen verstandene Wahrung seiner Persönlichkeitssphäre.

Das Grundgesetz „ist eine wertgebundene Ordnung, die den Schutz von Freiheit und Menschenwürde als den obersten Zweck allen Rechts erkennt“⁶. Diese Zielsetzung macht Art. 1 GG zu dem obersten Konstitutionsprinzip der Verfassung⁷.

Aber es ist nicht selbstverständlich, daß die Verfassung überhaupt eine Aussage über die Stellung des Menschen in Staat und Gesellschaft aufnimmt. Nach liberalem Staatsverständnis ging den Staat die Würde des Menschen nichts an; er ging davon aus, daß Freiheit und Würde des Menschen am ehesten durch die Garantie eines möglichst umfassenden staatsfreien Bereiches, in dem das Individuum sein Leben nach eigener Entscheidung gestalten kann, gewahrt werden könnten. Wenn diese Betrachtungsweise fragwürdig wird, ergibt sich für die Verfassungsordnung ein wesentliches Grundproblem menschlichen Zusammenlebens: Das Spannungsverhältnis zwischen der Eigenständigkeit des Individuums und den Bedürfnissen, Rechten und Pflichten, die sich aus dem Zusammenleben der Menschen unter den heutigen Verhältnissen ergeben, bedarf einer Klärung. Eine Verfassungsordnung, die weder dem schrankenlosen Individualismus noch dem die Freiheit mißachtenden Kollektivismus huldigt, muß die sich aus der Polarität von Freiheit und Zwang, der Achtung der Einzelperson und deren Eingliederung in die staatliche Gemeinschaft ergebenden Fragen beantworten. Die Qualität des Staatsgrundgesetzes hängt entscheidend davon ab, ob es gelingt, solche unvermeidlichen Konfliktsituationen zu bewältigen. Vollends unausweichlich werden solche Fragen in Staaten mit hochentwickelten Gesell-

⁴ GEIGER BVerfGG, Kommentar (1952) S. 134; ZIPPELIUS BK, 17 Lfg. (1966) Rdn. 43 zu Art. 1; DÜRIG Das Eigentum als Menschenrecht, ZStW 109 (1953) S. 327; sowie BVerfGE 1, 14 (17).

⁵ BVerfGE 3, 213 (233).

⁶ BVerfGE 12, 45 (51); Bezugnahme in BVerfGE 33, 1 (10f); 37, 57 (65).

⁷ WINTRICH Die Bedeutung der Menschenwürde für die Anwendung des Rechts, BayVBl. 3

(1957) S. 137; DÜRIG in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Rdn. 14 zu Art. 1 Abs. 1; zur zentralen Stelle der Menschenwürde in der verfassungsrechtlichen Wertordnung ferner ZIPPELIUS aaO (Anm. 4) Rdn. 26; MAIHOFER Rechtsstaat und menschliche Würde (1968) S. 102; gegen die Übersteigerung der Menschenwürde zum obersten Wert der Rechtsordnung GEIGER Grundrechte und Rechtsprechung (1959) S. 21.

schaftsordnungen, in denen sich der Staat durch immer wachsende Anforderungen seiner Bürger bedrängt sieht, die oft nur um den Preis einer Verringerung individueller Freiheit erfüllt werden können. Einzelfreiheit und Gemeinwohl soweit als möglich in Einklang zu bringen, ist die wesentliche Aufgabe jeder Politik. Wenn man nicht darauf vertrauen will, daß im freien Spiel der Kräfte sich die richtigen Lösungen ergeben werden, ergibt sich eine Grundfrage der Verfassungsordnung. Das Grundgesetz versucht, das Spannungsverhältnis Individuum-Gemeinschaft einerseits durch die Gewährleistung von Grundrechten, andererseits durch die Normierung von Schranken und Sozialpflichtigkeiten auszugleichen. Da das Bekenntnis zur Würde des Menschen die prinzipielle Auffassung des Grundgesetzes bestimmt, ergibt sich schon hieraus die Auswirkung der Vorschrift auf andere Grundrechte. Auch die Sozialstaatsklausel (Art. 20, 28 GG) nimmt den Leitgedanken auf und verfolgt ihn weiter. Die Gesamtansicht aller dieser Normen, insbesondere der Art. 1, 2, 12, 14, 15, 19 und 20 GG, ergibt das Bild des Menschen, wie ihn das Grundgesetz sieht⁸.

2. Das Menschenbild des Grundgesetzes

„Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum-Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten“⁹. Diese Aussage des Bundesverfassungsgerichts hat weitreichende Konsequenzen: „Der Einzelne muß sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht, vorausgesetzt, daß dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt“¹⁰. Damit werden sowohl die individualistischen Auffassungen des klassischen Liberalismus als auch kollektivistische Bestrebungen abgelehnt; unter Verzicht auf Extremlösungen wird eine mittlere Linie gesucht. Damit ist für die Lösung der praktischen Konfliktsituation zwischen Individuum und Gemeinschaft kein fertiges, allgemeingültiges Rezept gefunden. Welche politisch mögliche Entscheidung für den Einzelnen zumutbar ist, muß von Fall zu Fall an Hand des Grundgesetzes entschieden werden. Auch die aus dem Gebot der Achtung der Menschenwürde entnommene „Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen“, d. h. die Vermutung zugunsten der Freiheitsgewährung und gegen die Freiheitsbeschränkung¹¹ befreit nicht von der Verpflichtung, zunächst die Antwort auf die Sachfrage unter Wahrung der nach beiden Richtungen bestehenden verfassungsrechtlichen Schranken zu suchen, also die Zweifel nicht nur mit Hilfe einer Vermutung zu beantworten. Zwar beruht die Idee des freiheitlichen Rechtsstaates

⁸ BVerfGE 4, 7 (16).

⁹ BVerfGE 4, 7 (15f); 12, 45 (51); ähnlich DÜRIG aaO (Anm. 7) Rdn. 46; ZIPPELIUS aaO (Anm. 4) Rdn. 27 m. w. N.

¹⁰ BVerfGE 4, 7 (17).

¹¹ PETER SCHNEIDER In dubio pro libertate, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, FS Deutscher Juristentag 1960, Bd. 2, S. 290; ferner MAIHOFER aaO (Anm. 7) S. 127; MARCIC Der unbedingte Rechtswert des Menschen, FS Voegelin (1962) S. 389.

(Art. 20 GG) auf der „normativen Prämisse“, „daß die Würde des Menschen in einer Ordnung größerer Freiheit eher gewährleistet ist als in einer Ordnung größerer Sicherheit“¹². Aber das ebenfalls in Art. 20 GG enthaltene Sozialstaatsprinzip verhindert eine rein individualistische Handhabung der grundrechtlichen Normen¹³ und bewahrt vor dem Mißverständnis, daß um der Würde des Einzelnen willen seine Gemeinschaftsbezogenheit und -gebundenheit übersehen werden dürfte. Der Sozialstaat bemüht sich um eine gerechte Wirtschafts- und Sozialordnung; der Rechtsstaat verhindert, daß hierbei der Kernbereich personaler Freiheit gefährdet wird. Das Verfassungsrecht kann dem Gesetzgeber die Aufgabe nicht abnehmen, in der Spannung zwischen dem Freiheitsrecht des Einzelnen und den Anforderungen der sozialstaatlichen Ordnung eine sachgerechte Lösung zu finden. Zwischen beiden Polen muß der Gesetzgeber seine politische Entscheidung treffen¹⁴.

Art. 1 Abs. 1 GG enthält nicht nur eine ethische Deklaration; vielmehr handelt es sich – mindestens – um eine aktuelle Norm des objektiven Rechts. Die rechtliche Tragweite der hier für alle staatliche Gewalt ausgesprochenen Verpflichtung wird durch Art. 79 Abs. 3 GG verstärkt; eine Norm, an der selbst der verfassungsändernde Gesetzgeber nichts ändern dürfte, kann nicht bloß als eine unverbindliche Aussage über ethisch Wünschenswertes verstanden werden. Gewiß ist die Würde des Menschen zunächst ein sittlicher Wert. Ihre Aufnahme in das Grundgesetz bedeutet, daß sie zum Rechtswert geworden ist, ihre rechtliche Erfassung also positiv-rechtliches, d. h. verfassungsrechtliches Gebot ist¹⁵. Jedenfalls der Staat ist rechtlich verpflichtet, die Menschenwürde zu wahren und nach Maßgabe seiner Möglichkeiten überall ihren Schutz zu übernehmen. Die Befugnisse des Staates sind dadurch begrenzt, daß mit dem Gebot auf Achtung der Menschenwürde eine absolute Schranke jeder Staatstätigkeit gesetzt wird. Zugleich erweitern sich seine Pflichten, da der Staat diesen Wert schützen, also den in ihrer Würde (von wem auch immer) bedrohten Menschen zu Hilfe kommen muß, also nicht in Untätigkeit verharren darf. Achtung und Schutz der Menschenwürde sind bindende Richtlinien für die gesamte Staatstätigkeit.

Hiermit ist noch nicht entschieden, ob dem einzelnen in seiner Würde berührten Menschen ein Grundrecht, d. h. ein subjektiv öffentliches Recht zusteht, sich gegen derartige Angriffe zu wehren. Da aber die Menschenwürde der höchste von der Verfassung geschützte Rechtswert ist, erscheint mit diesem Verständnis schwerlich die Vorstellung vereinbar, daß der Betroffene von der Berufung gerade auf diese zentrale verfassungsrechtliche Gewährleistung ausgeschlossen sein soll. Dem System des Grundgesetzes, das gegen jede Rechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt den Rechtsweg eröffnet, entspricht es vielmehr, daß die Möglichkeit praktischer Wertverwirklichung umso mehr garantiert wird, je höher der Rang des Rechtsgutes in der Hierarchie der Verfassungswerte steht. Die Ausstrahlungen des Art. 1 Abs. 1 GG erfassen nicht nur alle das Verhältnis des Einzelnen zum Staat regelnden Normen,

¹² MAIHOFER aaO (Anm. 7) S. 127.

¹³ SCHEUNER Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit, DÖV 24 (1971) S. 506.

¹⁴ BVerfGE 10, 354 (371); 29, 221 (235).

¹⁵ HUBER Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 9 (1956) S. 203.

also den Bereich der Grundrechte, sondern wirken tief in die Grundfragen des Verständnisses des freiheitlichen und demokratischen Rechtsstaates hinein. Auch die Annahme, daß ein staatlicher Angriff auf die Menschenwürde in jedem Falle durch die Berufung auf eines der speziellen Grundrechte (jedenfalls des Art. 2 Abs. 1 GG) aufgefangen werden könnte, die Ausgestaltung des Art. 1 Abs. 1 GG zu einem subjektiv-öffentlichen Recht also entbehrlich erscheine, muß zuvor Art. 1 Abs. 1 GG „als Wertmaßstab“ in die Spezialinterpretation dieser Grundrechte einbeziehen¹⁶.

Vor allem aber: die Menschenwürde selbst spricht dafür, daß dem Einzelnen eine reale Möglichkeit zugestanden wird, seine Würde selbst zu wahren. Vielfach wird aus Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet, daß der Mensch nicht zum bloßen Objekt staatlichen oder gesellschaftlichen Handelns gemacht werden dürfe. Warum sollte ihm dann gerade an der Stelle, wo ihm eben dies zugesichert wird, die Verantwortung abgenommen, er also zum „Objekt“ einer nur als objektive Norm verstandenen Wertentscheidung gemacht werden?

Art. 1 Abs. 1 GG begründet daher ein im Wege der Verfassungsbeschwerde durchsetzbares Grundrecht¹⁷. Hieraus folgt aber nicht ohne weiteres ein verfolgbare Rechtsanspruch auf ein Tätigwerden des Gesetzgebers in bestimmter Richtung. Dieser ist zwar durch die Wertentscheidung des Grundgesetzes im Ziel seiner Tätigkeit festgelegt, in der Wahl seiner Mittel jedoch – im Rahmen der Verfassung – frei. Nur eine willkürliche Pflichtversäumnis könnte zur Folge haben, daß dem Einzelnen ein Anspruch auf ein bestimmtes Handeln erwächst¹⁸. Solche extremen Situationen sind schon aus politischen Gründen nicht sehr wahrscheinlich.

Menschenwürde kommt jedermann zu, ohne Rücksicht auf seine persönlichen körperlichen, geistigen oder seelischen Eigenschaften und auf seine sonstigen Verhältnisse, nach vorherrschender Ansicht auch dem Nasciturus und dem Toten¹⁹.

Die Würde des Menschen wird nicht nur durch Art. 1 GG, sondern mit jeweils besonderer Blickrichtung auf einzelne Gefährdungsmöglichkeiten durch Art. 2 ff GG geschützt. Den Grundrechten ist gemeinsam, daß sie um der Menschenwürde willen erforderlich erscheinen, sich also dem ihnen gemeinsamen Grundgedanken nach bereits aus Art. 1 Abs. 1 GG ergeben. Sie sind „partiell verselbständigte Ausschnitte aus der Menschenwürde“²⁰. Freilich verdanken die Grundrechte ihre Entstehung unterschiedlichen politischen und sozialen Ideen, und sie stellen jeweils *eine* Antwort auf die besonderen Herausforderungen der Zeit dar. Aber bei aller Wandelbarkeit des Begriffs der Gerechtigkeit hat diese noch einen überzeitlichen materialen Gehalt, der am ehesten mit der Würde des Menschen umschrieben werden kann.

¹⁶ DÜRIG Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956) S. 122; DERS. aaO (Anm. 7) Rdn. 13; zur vergleichenden Betrachtung der Würdebegriffe vgl. GIESE Das Würdekonzept (1975).

¹⁷ Vgl. WERTENBRUCH Grundgesetz und Menschenwürde (1958) S. 163; ZIPPELIUS aaO (Anm. 4) Rdn. 32, 33; a. A. z. B. DÜRIG aaO (Anm. 7) Rdn. 4. Ob das BVerfG Art. 1 Abs.

1 GG allein als subjektiv einklagbares Grundrecht ansieht, mag hier offenbleiben.

¹⁸ BVerfGE 1, 97 (105); 45, 187 (228).

¹⁹ BVerfGE 30, 173 (194); DÜRIG aaO (Anm. 7) Rdn. 18 ff; ZIPPELIUS aaO (Anm. 4) Rdn. 22 ff; v. MANGOLDT/KLEIN Das Bonner Grundgesetz Bd. I (1957), S. 150.

²⁰ KÜBLER Über Wesen und Begriff der Grundrechte, Diss. Tübingen (1965) S. 151.

Gegen die Vorstellung eines Systems der Grundrechte im Sinne einer logisch-systematischen Ordnung werden Bedenken erhoben, weil dies dazu führen könnte, in die Verfassung eine Hierarchie der Grundrechte hineinzudeuten etwa in dem Sinne, daß alle Einzelgrundrechte Ausfluß eines aus Art. 2 Abs. 1 GG entnommenen „Hauptfreiheitsrechts“ seien²¹. Da aber jedenfalls durch Art. 1 Abs. 2, 79 Abs. 3 GG ein Grundbestand an Menschenrechten auch gegen eine Verfassungsrevision gesichert wird, muß der konkrete „Menschenwürdegehalt“²² der einzelnen Grundrechte schon deshalb ermittelt werden, um die Grenze ihrer normativen Einschränkung zu bestimmen; dies setzt die Erfassung des rechtlichen Inhalts von Art. 1 Abs. 1 und 2 GG voraus. Eine ähnliche, aber schwächere (weil durch Art. 79 Abs. 3 GG nicht erfaßte) Sicherung gegen die Beseitigung oder Aushöhlung der Grundrechte ergibt sich aus der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG. Der Wesensgehalt eines Grundrechts muß nicht mit seinem „Menschenwürdegehalt“ identisch sein²³; je stärker aber das jeweilige Grundrecht durch die Garantie der Menschenwürde geprägt, ja durch diese zwingend gefordert wird, desto mehr gelangen beide Gehaltsgewährleistungen zur Deckung.

So ergibt sich ohne weiteres, daß die Menschen, denen die Menschenwürde ohne jede Ausnahme zukommt, auch die gleichen Rechte haben müssen. Art. 3 Abs. 1 GG ist daher eine selbstverständliche Konsequenz des Art. 1 Abs. 1 GG²⁴. Auch die wesentlichen Leitgedanken des Art. 5 GG sind aus dem Grundrecht der Menschenwürde abzuleiten. Insbesondere die Informationsfreiheit enthält eine individualrechtliche, aus Art. 1, Art. 2 Abs. 1 GG herleitbare Komponente²⁵, weil es zu den elementaren Bedürfnissen des Menschen gehört, sich frei und möglichst umfassend unterrichten zu können. Auch die Freiheit der geistigen Auseinandersetzung, die Art. 5 GG sichert, entspricht einem Grundbedürfnis der Persönlichkeit, die in einem freiheitlichen Gemeinwesen leben will²⁶. Das Verhältnis des Art. 1 Abs. 1 GG zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG wird so beschrieben, daß Art. 1 Abs. 1 GG die Persönlichkeit statisch zeige, also aussage, wie sie „ist“, während Art. 2 Abs. 1 GG sie dynamisch auffasse, also so zeige, wie sie „handelt“²⁷. Art. 2 Abs. 1 GG enthält den Grundgedanken des Art. 1 Abs. 1 GG als Motiv und Inhaltskern: die Garantie der freien Entfaltung der Persönlichkeit ist dem Grunde nach um der Würde des Menschen willen geboten. Da Freiheit nicht unbegrenzt sein kann, sind die in Art. 2 Abs. 1 GG vorgesehenen Beschränkungen möglich. Sie

²¹ SCHEUNER aaO (Anm. 13) S. 509; ähnlich ZIPPELIUS aaO (Anm. 4) Rdn. 27; WINTRICH Zur Problematik der Grundrechte (1957) S. 26.

²² Vgl. WINTRICH aaO (Anm. 21) S. 19.

²³ NIPPERDEY Die Würde des Menschen in: Die Grundrechte, Bd. 2 (1954) S. 15; ZIPPELIUS aaO (Anm. 4) Rdn. 48; LEISNER Grundrecht und Privatrecht (1960) S. 158; WINTRICH aaO (Anm. 21) S. 19; DÜRIG aaO (Anm. 7) Rdn. 81; DERS. aaO (Anm. 16) S. 136.

²⁴ BVerfGE 5, 85 (205); SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN Grundgesetz (5. Aufl.) Rdn. 2 zu Art. 1; DÜRIG aaO (Anm. 16) S. 121.

²⁵ BVerfGE 27, 71 (81).

²⁶ BVerfGE 5, 85 (205); SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN aaO (Anm. 24) Rdn. 16; WINTRICH aaO (Anm. 21) S. 14.

²⁷ DÜRIG Die Menschenauffassung des GG, JR 1952, S. 261; NIPPERDEY aaO (Anm. 23) S. 15.

dürfen aber nicht weiter gehen, als der in der Norm enthaltene „Menschenwürdegehalt“ zuläßt. Der Kernbereich personaler Freiheit kann demnach auch nicht aus den in Art. 2 Abs. 1 GG angegebenen Gründen angetastet werden.

Deutlich ist der Zusammenhang der Menschenwürde mit den Grundrechten der Glaubens- und Gewissensfreiheit, der Freiheit der Berufswahl, der Unverletzlichkeit der Wohnung; hier wie bei den anderen Grundrechten geht es darum, aus der Wertentscheidung für den Menschen als einer freien und sittlich verantwortlichen Persönlichkeit praktische Konsequenzen zu ziehen.

Auch die Entscheidung des Grundgesetzes für die freiheitliche Demokratie und die rechtsstaatliche Ordnung ergibt sich nach westlichem, durch geschichtliche Erfahrung vertieftem Verständnis aus dem Bekenntnis zur Menschenwürde. Diese wird nur unter den Bedingungen politischer Freiheit konsequent verwirklicht. Freiheit bedeutet dabei nicht bloß Schutz vor der Staatsgewalt, sondern auch Chance zur Mitwirkung an der Staatswillensbildung für jeden Bürger als weiteres wesentliches Element des demokratischen Rechtsstaates²⁸.

3. Begriff und Inhalt der Menschenwürde

Wer Menschenwürde definieren will, knüpft an die Frage an, was denn das spezifische Wesen des Menschen ausmache. Das Grundgesetz selbst setzt die Würde des Menschen ohne nähere Erläuterung voraus. Eine aus der jeweiligen subjektiven weltanschaulichen oder ideologischen Position entnommene Inhaltsbestimmung des Art. 1 Abs. 1 GG sollte aber vermieden werden.

Eine Interpretation, die der Funktion des Art. 1 Abs. 1 GG innerhalb der Verfassungsordnung entspricht, kann an die bei Verabschiedung des Grundgesetzes herrschenden rechtsethischen Vorstellungen anknüpfen, die unter dem Eindruck der vorgefundenen historischen Situation standen; andererseits sind die seitdem eingetretenen Wandlungen und Konkretisierungen der Auffassungen zu berücksichtigen. Zweifellos reagiert das Bekenntnis zur Würde des Menschen auf dessen Verachtung und Erniedrigung in der Zeit der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft; nach den Erfahrungen des „Dritten Reiches“ sollte der Mensch niemals wieder zum Objekt eines Kollektivs erniedrigt werden dürfen²⁹. Offenkundig mißachteten z. B. Folter oder Sklaverei die Menschenwürde. Wenn das Bundesverfassungsgericht in einer frühen Entscheidung darlegte, daß Art. 1 Abs. 1 GG nicht eine Pflicht des Staates zum Schutz vor materieller Not meine, sondern die Menschenwürde vor Angriffen wie Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung usw. schütze³⁰, so entsprach das ganz dem Verständnis der Norm als einer Reaktion auf das erfahrene Unrecht der Gewaltherrschaft.

²⁸ Zum Verhältnis des Grundrechts der Menschenwürde zu Demokratie und Rechtsstaat vgl. MARCIC Ein neuer Aspekt der Menschenwürde, Festgabe für E. v. Hippel zum 70. Geburtstag (1965) S. 200; ZIPPELIUS aaO (Anm. 4) Rdn. 6; SCHMIDT-BLEIBTREU/

KLEIN aaO (Anm. 24) Rdn. 15; BVerfGE 5, 85 (205).

²⁹ DÜRIG aaO (Anm. 27) S. 259; MAIHOFFER aaO (Anm. 7) S. 9.

³⁰ BVerfGE 1, 97 (104).

Eine rechtsstaatliche Ordnung schließt solche offenkundigen Verletzungsvorgänge aus; gleichwohl muß auch heute möglichen Willkürakten begegnet werden. Die Mißachtung der Menschenwürde ist das Wesensmerkmal des Unrechtsstaates; aber auch in einem Rechtsstaat bleibt es möglich, daß einzelne Amtsträger den an der Verfassung orientierten Staatszielen zuwiderhandeln könnten. Am ehesten gefährdet erscheinen Angehörige rassischer oder religiöser Minderheiten oder sonst am Rande der Gesellschaft Lebende, wie z. B. psychisch Kranke, Asoziale oder straffällig Gewordene. Art. 1 Abs. 1 GG reagiert auch auf diese Erfahrung³¹. Wenn man bei der Auslegung der Verfassungsnorm nicht von dem Menschen ausgeht, wie dieser in der Realität ist, sondern sich an einem sozialetischen Idealbild orientiert, dürften sich gerade solche besonders schutzbedürftigen Personengruppen eigentlich nicht auf Art. 1 Abs. 1 GG berufen. Ein Triebtäter oder oft auch ein Geisteskranker ist zu freier sittlicher Entscheidung nicht oder nur begrenzt fähig; eben diese macht aber nach oft geäußelter Meinung die Einzigartigkeit des Menschen aus³². Man muß sich daher, wenn man nicht solche am Rande der Gesellschaft lebenden Menschen des verfassungsrechtlichen Schutzes berauben will, mit einer bescheideneren Definition begnügen, die von der potentiellen, abstrakten Fähigkeit des Menschen ausgeht, seinen Eigenwert zu verwirklichen³³. Art. 1 Abs. 1 GG gilt für jeden Menschen ohne Rücksicht auf seinen individuellen sittlichen Entwicklungsstand, weil jeder Mensch wenigstens der Idealvorstellung nach zu sittlicher Selbstverwirklichung fähig ist. Dem Staat muß es verwehrt sein, Menschen nach ihrem vermeintlichen sittlichen Wert zu klassifizieren. Der Staat darf sich nicht anmaßen, über irgendeinen seiner Gewalt Unterworfenen ein abschließendes Urteil zu sprechen. Er achtet den Menschen, dessen Würde sich darin zeigt, daß er sich nach Maßgabe seiner Möglichkeiten bemüht. Selbst wenn solche Hoffnung vergeblich scheint, weil ihr schicksalhafte Anlagen und Entwicklungen oder eigene Schuld entgegenstehen, darf von Staats wegen ein abschließendes Unwerturteil über den Menschen nicht ausgesprochen werden.

Wenn der Mensch als eine „mit der Fähigkeit zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung begabte ‚Persönlichkeit‘“ zu sehen ist, darf er nicht als Untertan einer noch so sehr um sein Wohl bemühten Obrigkeit behandelt werden³⁴. Es widerspricht der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt im Staat zu machen³⁵. In der Herabwürdigung des Menschen zum Objekt, zur vertretbaren Größe wird die entscheidende Verletzung des Art. 1 Abs. 1 GG gesehen³⁵. Aber diese Formel kann nur die Richtung andeuten, in welche die Konkretisierung des Inhalts und damit des Schutzbereiches der Menschenwürde zu gehen hat. Sie ist zumal deswegen noch zu allgemein und unscharf, weil im modernen Staatswesen der individuellen Freiheit im

³¹ Vgl. auch DÜRIG aaO (Anm. 7) Rdn. 19.

³² NIPPERDEY aaO (Anm. 23) S. 1; SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN aaO (Anm. 24) Rdn. 1; ähnlich DÜRIG aaO (Anm. 27) S. 261.

³³ DÜRIG aaO (Anm. 7) Rdn. 18; a. A. BRINKMANN Grundrechtskommentar zum GG (1967–69) Anm. I 1b zu Art. 1.

³⁴ BVerfGE 5, 85 (204).

³⁵ BVerfGE 27, 1 (6); DÜRIG aaO (Anm. 7) S. 34; WINTRICH aaO (Anm. 21) S. 17; zur Kritik dieser Definition LEISNER aaO (Anm. 23) S. 140.

Interesse der Gemeinschaft Grenzen gesetzt werden müssen, und zwar gerade um der Erreichung menschenwürdiger Lebensbedingungen für alle willen. Die industrielle Massengesellschaft erfordert ein hohes Maß intensiver staatlicher Daseinsvorsorge, planender Eingriffe und lenkender Ordnungen. In ihr ist der Mensch unvermeidlich auch Objekt staatlicher Regelungen, so wie er in seinem beruflichen und privaten Leben weithin von anderen abhängig ist und vielfältigen Umwelteinflüssen unterliegt. Diese anscheinend unaufhebbare Objektstellung des Menschen, seine Entpersönlichung in Staat und Gesellschaft ist eine Hauptursache für die neueren Protestbewegungen und die vor allem in der jüngeren Generation unternommenen Versuche, alternative Lebensformen zu finden, um den Zwängen der Gesellschaft zu entgehen, bis hin zu den oft in persönlichen Katastrophen endenden Bemühungen, „auszusteigen“. Auch wer einräumt, daß die meisten der bestehenden Sachzwänge unter den heutigen gesellschaftlichen Gegebenheiten zwar gemildert, aber nicht gänzlich beseitigt werden können, weil anders ein geordnetes Zusammenleben unmöglich wäre, sieht sich in seinem Lebensgefühl gekränkt. Wenn man sich darüber klar wird, warum die elementare Bedrohung des Menschen als Individuum besteht, dann ergibt sich, wo heute die Hauptfront liegt, an welcher die Würde des Menschen zu verteidigen ist: es geht nicht in erster Linie um den Einzelnen, der sich auf ihn gezielter individueller staatlicher Willkür ausgesetzt sieht; bedroht ist vor allem der Einzelne unter vielen, der den Staat nicht mehr als konkrete Persönlichkeit interessiert, sondern nur noch Zählwert hat.

Dem Staat verbleibt aber die Aufgabe, die Menschenwürde des Einzelnen zu achten. Über den Anspruch hinaus, keiner Willkür unterworfen zu werden, erwartet der Bürger vom Staat zunehmend die Gewährleistung auch seiner materiellen Existenz. Art. 1 Abs. 1 GG verlangt jedenfalls, daß dem Einzelnen die für ein menschenwürdiges Dasein unabweisbar notwendigen Güter zu belassen sind. Staatseingriffe insbesondere in das persönliche Eigentum, z. B. durch Steuern, dürfen nicht so weit gehen, daß auch die bescheidenste Existenzgrundlage entzogen wird. Bereits die in Art. 1 Abs. 1 GG normierte Verpflichtung der staatlichen Gewalt, die Menschenwürde zu „schützen“ spricht darüber hinaus für eine positive Leistungspflicht des Staates, wenn anders eine menschenwürdige Existenz nicht geschaffen werden kann. Gegen die frühe Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, daß Art. 1 Abs. 1 GG nicht die Sicherung vor materieller Not meine³⁶, wird heute ganz überwiegend eine Pflicht des Staates zur Verschaffung des Existenzminimums bejaht; der ohne Schuld in Not Geratene hat daher ein subjektives öffentliches Recht auf Hilfe; dies ist in § 1 Bundessozialhilfegesetz ausdrücklich ausgesprochen.

II. Schutz der Menschenwürde heute

Es reicht nicht aus, wenn der Staat sich in seiner Tätigkeit so beschränkt, daß den Menschen ein genügend weiter individueller Freiheitsraum verbleibt. Art. 1 Abs. 1

³⁶ BVerfGE 1, 97 (104).

S. 2 GG verlangt darüber hinaus, daß der Staat die Menschenwürde aktiv schützt. Er muß also ihren Bedrohungen dort entgegentreten, wo sie unter den sich ändernden Verhältnissen jeweils entstehen. Die im Nationalsozialismus erfahrenen Verletzungen der Menschenwürde bilden keine aktuelle Gefahr, wenn auch stets Wachsamkeit geboten ist. Um so wichtiger wird es, den in Gegenwart und Zukunft erkennbaren oder doch möglichen Gefährdungen zu begegnen. Die Grundwerte der menschlichen Existenz erhalten hierbei nicht einen je nach den Zeitverhältnissen unterschiedlichen Inhalt; aber ihre wesentlichen Aspekte lassen sich erst dann erkennen und juristisch erfassen, wenn sie aktuell oder doch potentiell bedroht werden. Auch die „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 GG ergibt, daß Menschenwürde stets, d. h. in Abwehr der jeweiligen sich wandelnden Gefahren zu achten und zu schützen ist. Dem Staat obliegt es auch, künftige Bedrohungen rechtzeitig zu erkennen und sich hierauf einzustellen, solange Abhilfe oder Vorsorge noch möglich ist.

1. Strafrecht und Strafverfahren

Allgemein anerkannt ist, daß Art. 1 Abs. 1 GG im Bereich des Straf- und des Strafverfahrensrechts den einer strafbaren Handlung Beschuldigten davor bewahrt, zum bloßen Objekt staatlichen Strafanspruchs gemacht zu werden. Der in Art. 103 Abs. 1 GG enthaltene Grundsatz des rechtlichen Gehörs gilt im Straf- wie in jedem anderen Verfahren (einschließlich des Verwaltungsverfahrens) schon um der Wahrung der Menschenwürde willen. Wer durch eine Entscheidung in seinen Rechten betroffen wird, soll zu Wort kommen können, damit er auf das Verfahren und sein Ergebnis Einfluß nehmen kann. Dem Recht des Beschuldigten, sich durch aktives Eingreifen in das Verfahren verteidigen zu dürfen, entspricht es, ihn nicht gegen seinen Willen zum Reden zu zwingen. § 136a StPO ist die „Konkretisierung des Art. 1 Abs. 1 GG für das Gebiet des Strafprozesses“³⁷. Dem gleichen Grundgedanken entspricht es, wenn jeder unmittelbare oder mittelbare Zwang zur Aussage ebenso als Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG angesehen wird wie psychologische oder technische Hilfsmittel jeder Art, die den Wahrheitsgehalt einer Äußerung des Beschuldigten anders als durch die unmittelbare Wahrnehmung des Vernehmenden ermitteln sollen, also insbesondere die Narkoanalyse oder der Lügendetektor³⁸. Die Problematik eines ausnahmslosen Verbots solcher Hilfsmittel wird darin gesehen, daß ja auch die Würde des schuldlosen Opfers geschützt werden müsse; daher müßten „weitergehende Möglichkeiten der Wahrheitserforschung zu Gunsten des schuldlosen Opfers“ ohne Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG geschaffen werden können³⁹.

³⁷ NIPPERDEY aaO (Anm. 23) S. 30; ähnlich WINTRICH aaO (Anm. 21).

³⁸ Zu den Gefahren der praefrontalen Lobotomie und Leukotomie im Bereich der Psychochirurgie vgl. schon FECHNER Die soziologische Grenze der Grundrechte (1954) S. 15 (Anm. 6); DÜRIG aaO (Anm. 7) Rdn. 35; Art. 2 Abs. 1 Rdn. 35ff; zum Lügendetektor BGHSt. 5,

332ff; a. A. hinsichtlich des Lügendetektors ZIPPELIUS aaO (Anm. 4) Rdn. 18.

³⁹ DÜRIG aaO (Anm. 16) S. 128; zustimmend RAMM Die Freiheit der Willensbildung. Zur Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte und der Rechtsstruktur der Vereinigung (1960) S. 16.

Zweifellos gehört zu den legitimen Staatsaufgaben auch der Schutz der Bevölkerung vor Verbrechen. Aber im Strafverfahren geht es gerade erst um die Erforschung der Wahrheit. Solange sie nicht festgestellt ist, darf die Schuld des Verdächtigen nicht als vorhanden und nur noch zu beweisen unterstellt werden. Im übrigen geht es bei dem heutigen Strafsystem nur um die Verwirklichung des staatlichen Strafanspruchs, nicht um die Wiedergutmachung des Verbrechens gegenüber dem Opfer. Das verständliche Gefühl der Genugtuung, das dieses bei einer Bestrafung des überführten Täters empfinden mag, wird durch Art. 1 Abs. 1 GG nicht garantiert. Wenn einmal in besonders schweren Fällen oder gegenüber „ausgekochten Gewohnheitsverbrechern“ das strenge Verbot derartiger Methoden der Wahrheitsermittlung gelockert würde, wäre bald jede klare Grenze verwischt und dürfte je nach den subjektiv beurteilten Umständen des Einzelfalles vorgegangen werden.

Art. 1 Abs. 1 GG verbietet übermäßig hohe oder grausame Strafen⁴⁰. Auch für den rechtskräftig bestraften Täter müssen die grundlegenden Voraussetzungen individueller und sozialer Existenz erhalten bleiben⁴¹. Die an sich zulässige Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe muß daher wenigstens dem Verurteilten eine Chance belassen, nach Verbüßung einer längeren Haftzeit im Wege bedingter Entlassung doch wieder die Freiheit erlangen zu können⁴². Erst recht würde eine im Wege der Änderung des Art. 102 GG bewirkte – gelegentlich auch im parlamentarischen Bereich wieder diskutierte – Wiedereinführung der Todesstrafe Art. 1 Abs. 2 GG verletzen. Hierdurch würde der Staat sich seiner Verpflichtung zur Resozialisierung jedes, auch des schwerster Straftaten überführten Täters entziehen, die sich aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsgebot ergibt⁴³.

Strafe setzt Schuld voraus; auch die Höhe der Strafe wird wesentlich durch das Maß der Schuld bestimmt. Daneben dürfen aber auch andere Umstände die Strafzumessung mit beeinflussen, sofern der Täter hierdurch nicht zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung gemacht wird. Art. 1 Abs. 1 GG verbietet weder die Mitberücksichtigung des eingetretenen Schadens noch die Abschreckung anderer als (Neben-)Strafzweck, sofern ein angemessenes Verhältnis zwischen Täterverantwortung und Strafmaß gewahrt bleibt. Bedenken gegen die Generalprävention bestehen dann, wenn diese die Strafe als Mittel sieht, den Rechtsbrecher als „Instrument der Polizeifunktion des Staates“ zu behandeln⁴⁴. Würde jede generalpräventive Überlegung unzulässig sein, ließe sich aber kaum begründen, weshalb der Staat auch bei feststehender Schuld aus Gründen der Staatsräson von der Strafverfolgung absehen darf (§ 153c StPO). Auch die Individualprävention (Maßnahmen der Besserung oder Sicherung) setzt voraus, daß die Strafe sich im Rahmen der Schuld hält und der Täter nicht zum Objekt zweckmäßiger Behandlung entwürdigt wird.

⁴⁰ NIPPERDEY aaO (Anm. 23) S. 31; KÜNKELE Die positiv-rechtlichen Auswirkungen des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 des Grundgesetzes, Diss. Tübingen (1958) S. 103; BVerfGE 1, 332 (348).

⁴¹ BVerfGE 45, 187 (228).

⁴² BVerfGE 45, 187 (229).

⁴³ BVerfGE 45, 187 (238 ff).

⁴⁴ BADURA Generalprävention und Würde des Menschen, JZ 1964, S. 344.

2. Privat- und Intimbereich

Wenn der Staat in den privaten Bereich des Einzelmenschen eindringen will, also Vorgänge oder Eigenschaften aufdecken möchte, die dieser für sich zu behalten wünscht, so bedarf er hierfür hinreichend rechtfertigender Gründe. Die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) beruht auf dem gleichen Gedanken: was im häuslichen Bereich vorgeht, geht niemanden etwas an; wenn allerdings dort Verbrechen verübt werden oder Gefahren für die Umgebung entstehen, können überwiegende öffentliche Belange sich als stärker erweisen (Art. 13 Abs. 3 GG). Wesentlich ist, wo die Grenze zwischen wirklich Privatem und solchen Vorgängen verläuft, welche die Interessen anderer berühren. Auch das persönliche Verhalten im intimsten Bereich kann soziale Relevanz haben; dagegen berührt die unzutreffende Feststellung ehewidriger Beziehungen in einem Scheidungsurteil die Ehre des genannten Dritten und damit sein Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG⁴⁵. Es kann gegen die Menschenwürde (und das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG) verstoßen, wenn im Rahmen eines Disziplinarverfahrens Einsicht in Ehescheidungsakten genommen wird⁴⁶; aber wenn das Gebot der Verhältnismäßigkeit beachtet ist, kann der gleiche Eingriff zulässig sein.

Solche Einzelentscheidungen deuten eine Entwicklung an, die sich erst in ihren Anfängen befindet und in Zukunft wahrscheinlich eine immer zunehmende Bedeutung erlangen wird. Die nicht nur als zwangsläufig hingegenommene, sondern von vielen Menschen als ihr selbstverständliches Recht geforderte Daseinsgestaltung durch den Staat im Interesse seiner Bürger wird auch durch die Modernisierung und Technisierung der Verwaltung zunehmend vervollständigt und immer effektiver gestaltet. So wird der Mensch mit anscheinend unentrinnbarer Zwangsläufigkeit erfaßt und verplant. Dies alles geschieht zu seinem Wohl oder doch jedenfalls in bester Absicht; aber es stellt sich die Frage, ob angesichts dieser heute in vollem Gang befindlichen Entwicklungen ein menschenwürdiges Dasein überhaupt noch möglich ist. Dies ist die Verfassungsfrage der nahen Zukunft; hinter ihr werden alle anderen durch Art. 1 Abs. 1 GG aufgeworfenen Probleme an Bedeutung zurücktreten. MARCIC formuliert diese Aufgabenstellung so: „Die Freiheit von Lärm; das Recht auf ein innengeleitetes Leben, wo das Wesen des Menschen sozusagen gewaltsam nach außen gewendet wird . . . ; das Recht auf Integrität der Psyche, auf die Unversehrtheit des Vernunftvermögens und der Willenskraft; das Recht auf innere Sammlung, auf Ruhe und Muße mitten in einer tobenden, tosenden, brüllenden Welt; ja selbst das Recht auf eigene Verantwortung, auf Nächstenliebe, auf Nächstenhilfe, welches dem Menschen zu nehmen der totale Rentnerstaat sich anschickt: all dies sind Seinswerte der menschlichen Existenz, die man erst heute erkennt, weil sie erst heute bedroht werden, um deren ‚Artikulation‘ und deren Schutz werden wir zu ringen haben“⁴⁷.

In der so gekennzeichneten Problematik ist zunächst das natürliche und durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Recht jedes Menschen angesprochen, jedermann und auch dem Staat den Zutritt zu dem „Innenraum“ seiner Persönlichkeit zu verweigern,

⁴⁵ BVerfGE 15, 283 (286).

⁴⁶ BVerfGE 27, 344 ff.

⁴⁷ MARCIC aaO (Anm. 11) S. 392.

also über eine ungestörte Intimsphäre zu verfügen. Dabei handelt es sich nicht lediglich um denjenigen Bereich, der wegen eines natürlichen Schamgefühls vor fremder Neugier bewahrt wird, also insbesondere nicht nur um die Sexualsphäre, sondern in gleicher Weise um das Recht, körperliche Mängel, Absonderheiten oder Gebrechen nicht ohne zwingenden Grund offenbaren zu müssen, ebenso aber um den Bereich von Glauben und Gewissen, darüber hinaus um alle Ausprägungen der Individualität des Menschen: Liebhabereien, Sammelleidenschaften oder andere persönliche Neigungen, Skurrilitäten, gefühlsbetonte Sympathien oder Antipathien, schließlich politische oder andere Überzeugungen. All dies und anderes sind Eigenschaften, welche den Menschen zur unverwechselbaren Persönlichkeit machen. Eben diese Charakter- und Wesenszüge stehen im Mittelpunkt privater und öffentlicher Neugier; wo der Einzelne auf öffentliches Interesse stößt, bilden sich hieraus die Hauptthemen der Unterhaltungs- und Klatschindustrie.

Der im amerikanischen Recht entwickelte Begriff der „Privacy“ umfaßt das Recht, „von der Gesellschaft oder Beobachtung anderer getrennt oder frei zu sein, aber auch Abgeschlossenheit, Intimsphäre, häusliche Sphäre, (den) von der Öffentlichkeit verschiedene(n) Lebensbereich eines Menschen“⁴⁸. Der Ausdruck „right to be let alone“ sagt noch besser, daß es für das Verlangen, in Ruhe gelassen zu werden, überhaupt keiner Begründung bedarf. Der Schutz der Privat- oder Intimsphäre rechtfertigt sich aus dem Respekt vor dem „right of the individual to decide for himself, with only extraordinary exceptions in the interests of society, when and on what terms his acts should be revealed to the general public“⁴⁹.

Der Verfassungsrang des Individualrechts, in Ruhe gelassen zu werden, begründet sich daraus, daß ein solcher Schutz psychologisch und physiologisch unmittelbare Existenzvoraussetzung des Lebens in einer industriellen Massengesellschaft ist. Niemand kann die an ihn durch Beruf und Umwelt gestellten Anforderungen pausenlos erfüllen, ohne wenigstens die Chance zu haben, sich in sich selbst zurückzuziehen, ja auch sich gehen zu lassen. „Like actors on the dramatic stage . . . individuals can sustain roles only for reasonable periods of time, and no individual can play indefinitely, without relief, the variety of roles that life demands. There have to be moments ‚off stage‘ when the individual can be ‚himself‘: tender, angry, irritable, lustful or dream-filled . . . To be always ‚on‘ would destroy the human organism“⁵⁰. In dieser Sicht bedarf das Recht auf die Privatsphäre keines geringeren Schutzes als der Anspruch auf die elementaren materiellen Existenzvoraussetzungen. Aber in dem gleichen Maße, in dem physische Not seltener wird und der Staat sich mit Erfolg um Existenz und Wohlstand seiner Bürger bemüht, wird der Schutz der Privat- und Intimsphäre vernachlässigt. Der Zusammenhang ist nicht bloß zufällig: der Staat muß in seiner auf die Sicherung der materiellen Existenz der Bürger gerichteten Planung

⁴⁸ KAMLAH Right of Privacy. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in amerikanischer Sicht unter Berücksichtigung neuer technologischer Entwicklungen (1969) S. 57; ähnlich BEANEY The Right to Privacy and American

Law, Law and Contemporary Problems (1966) S. 254.

⁴⁹ WESTIN Privacy and Freedom (1970) S. 42.

⁵⁰ WESTIN aaO (Anm. 49) S. 35.

zwangsläufig Informationen, Auskünfte und Daten beschaffen, die oft in den Bereich der Privatsphäre hineinreichen. Statistische und andere Erhebungen sind oft die Voraussetzung für die Planmäßigkeit staatlichen Handelns. Sie können aber die Menschenwürde gefährden, wenn sie den Bereich des individuellen Lebens erfassen wollen, der „von Natur aus Geheimnischarakter hat“⁵¹.

Für das Verhältnis der Bürger zueinander, also vor allem im Bereich des Zivilrechts, hat sich mit der richterrechtlichen Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Anspruch auf eine Privatsphäre durchgesetzt. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, wie es unter dem Einfluß des verfassungsrechtlichen Menschenbildes gesehen wird, stellt ein sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB dar; es schützt im Zivilrechtsverkehr gegen rechtswidriges Eindringen in den Privatbereich. Auch hier geht es nicht nur um den Schutz des Intimbereichs, also vor allem der Sexualsphäre, sondern in gleicher Weise z. B. um Verletzungstatbestände wie heimliche Tonbandaufnahmen oder die unbefugte Offenbarung von Gesundheitszeugnissen⁵². Die Anerkennung des zunächst nur privatrechtlich bedeutsamen allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die deutsche Rechtsprechung hat die verfassungsrechtliche Diskussion in den USA beeinflusst⁵³. Heute können wir von dort lernen. Frühere Entscheidungen des Supreme Court begnügten sich mit dem Schutz des ehelichen Intimbereichs („the sacred precincts of marital bedrooms“⁵⁴); heute wird dagegen erkannt, daß um der Menschenwürde willen der gesamte private Bereich gegen die immer verfeinerten technischen Möglichkeiten seiner Verletzung zu schützen ist⁵⁵.

Aber auch das Interesse des Staates, die ihm im Einklang mit der Verfassung obliegenden Aufgaben erfüllen zu können, ist schutzwürdig. Dabei sind Kollisionen mit dem Anspruch auf Schutz der Privatsphäre möglich. Wer einer Straftat verdächtig ist, muß eine Durchsuchung seiner Privaträume oder eine körperliche Durchsuchung hinnehmen, sofern diese unter den in der StPO normierten Voraussetzungen und in korrekter, die Menschenwürde achtender und verhältnismäßiger Weise erfolgt⁵⁶. Statistische Erhebungen können als Vorbedingung für die Planmäßigkeit staatlichen Handelns erforderlich sein; sie dürfen aber nicht „den Menschen zwangsweise in seiner ganzen Persönlichkeit registrieren und katalogisieren“⁵⁷. In die Privatsphäre darf mithin nur eingedrungen werden, wenn überwiegende Gründe des Gemeinwohls bei sorgfältiger Beachtung des Rechts auf Schutz dieser Sphäre den Eingriff (hinsichtlich des „ob“ und des „wie“) zwingend erforderlich machen⁵⁸.

Neuere Entwicklungen lassen befürchten, daß der Konflikt zwischen individuellen und Allgemeininteressen sich noch verschärfen wird. Terroristische Gewalttaten

⁵¹ BVerfGE 27, 1 (7).

⁵² Vgl. die Zusammenstellung bei ZIPPELIUS aaO (Anm. 4) Rdn. 19.

⁵³ Vgl. z. B. KRAUSE The Right to Privacy in: German-Pointers for American Legislation? Duke Law Journal 1965, S. 481; BEANEY aaO (Anm. 48) ebenda.

⁵⁴ Vgl. Griswold v. Connecticut, 381 U.S., 479 (485).

⁵⁵ BEANEY aaO (Anm. 48) S. 264.

⁵⁶ Zur Tatverhaftetheit von körperlichen Durchsuchungen KÜNKELE Die positiv-rechtlichen Auswirkungen des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG; Diss. Tübingen (1958) S. 126.

⁵⁷ BVerfGE 27, 1 (5); vgl. auch BVerwG NJW 1953, S. 393.

⁵⁸ So für die Rechtsprechung des US Supreme Court, BEANEY aaO (Anm. 48) S. 265.

haben eine erhebliche Erweiterung der polizeilichen Befugnisse bei der Durchsuchung von Wohnungen bewirkt (§ 103 n.F. StPO, insbes. Abs. 1 S. 2), und die körperliche Durchsuchung jedes einzelnen Flugreisenden, ohne daß dieser durch sein Verhalten irgendeinen Verdacht erregt hätte, ist mittlerweile zu einer – im allgemeinen als notwendig hingenommenen – Alltäglichkeit geworden. Der Fortschritt der Technik bewirkt erhöhte Gefährdungen, denen bislang nicht anders als durch den Rückgriff auf die primitive Vermutung begegnet werden kann, daß jedermann potentiell ein Flugzeugenführer oder ein Terrorist sei. Solange man von einer notstandsähnlichen Situation ausgehen muß, also einer ernsthaften Gefahrenlage, gegen die eine wirksame Abhilfe nicht gefunden ist, werden die Eingriffe in die Menschenwürde hinzunehmen sein. Die auch bei Veränderung der Verhältnisse nur durch Gewohnheit und – vielleicht – allgemeine Gewöhnung motivierte Fortsetzung solcher Praxis ließe sich aber nicht rechtfertigen.

3. Probleme der künstlichen Insemination

Konkrete verfassungsrechtliche Probleme unter dem Gesichtspunkt der Menschenwürde und des Persönlichkeitsrechts wirft die medizinische Entwicklung im Bereich der künstlichen Samenübertragung beim Menschen auf. Der rasante Fortschritt der Medizin auf diesem Sektor hat nicht nur die künstliche Übertragung eines männlichen Spermas in die weibliche Gebärmutter, sondern auch die extra-uterale Befruchtung und eine Rückverpflanzung des befruchteten Eies ermöglicht. Ferner sind bereits Experimente über Embryoverpflanzungen – zunächst noch an Tieren – bekanntgeworden⁵⁹. „Kinder aus der Retorte“ könnten bald keine Seltenheit mehr sein.

Daß dies wie auch die sich abzeichnende Möglichkeit von „Ersatzmüttern“, die den Embryo für eine andere Frau austragen, nicht nur eminente moralische Probleme mit sich bringt, sondern auch die Frage nach Wahrung der Menschenwürde der an einem künstlichen Befruchtungsvorgang oder einer embryonalen Verpflanzung Beteiligten aufwirft, liegt nahe. Die äußerst komplexe Problematik kann hier nicht im einzelnen ausgeleuchtet werden.

Was die künstliche heterologe Insemination, d.h. die Befruchtung einer Frau durch einen fremden Samenspender betrifft, so steht die Frage der Anonymität des Samenspenders im Mittelpunkt der verfassungsrechtlichen Überlegungen⁶⁰. Daneben wird auf die fehlende personale Gemeinschaft der Frau mit dem Samenspender, die Zurückdrängung des Ehemannes, die Herabwürdigung des Spenders als Mittel fremder Zwecke, die Gefahr der Kommerzialisierung durch geschäftsmäßige Samenbanken hingewiesen⁶¹. Das Meinungsbild hat sich in der jüngeren Zeit eher zugunsten einer eingeschränkten Zulässigkeit der künstlichen, heterologen Insemination gewandelt⁶², während nur vereinzelt die uneingeschränkte Zulässigkeit vertreten wird⁶³. Als überwiegend dürfte heute die Ansicht vorherrschen, wonach eine absolute Anony-

⁵⁹ Vgl. Der Spiegel vom 15. Juni 1981, S. 194 ff.

⁶⁰ Vgl. auch BALZ Heterologe künstliche Samenübertragung beim Menschen (1980) S. 15 ff.

⁶¹ Weitere Nachweise bei BALZ (Anm. 60) S. 11.

⁶² Nachweise bei BALZ ebenda.

⁶³ ZIPPELIUS aaO (Anm. 4) Rdn. 21.

mität der Beteiligten abgelehnt wird, wie es etwa der Resolutionsentwurf des Europarates vom 30. 5. 1978 vorsieht⁶⁴.

Eine uneingeschränkte Anonymität berührt vor allem das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner eigenen Abstammung. Die Menschenwürde besteht in der Fähigkeit, sein Leben in eigener Selbstverantwortung zu bestimmen und zu gestalten. Zur Selbstbestimmung und Selbsterfahrung gehört auch das Wissen um die eigene Herkunft. Ist der Mensch als geschichtliches Wesen zu begreifen, ist die Kenntnis der eigenen Identität ebenso wichtig wie die Möglichkeit, für die Zukunft „Nachwuchs“ zu planen. Dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung steht in gewissem Umfang das Interesse der Eheleute an Wahrung der Anonymität des Samenspenders entgegen, da sie die Familieneinheit fördern könnte. Dem wohl auch dem Persönlichkeitsrecht zuzuordnenden „Recht auf Nachkommenschaft“, jedenfalls der grundgesetzlichen Garantie der Institution Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) steht andererseits das Interesse des Kindes an seiner eigenen Abstammung entgegen. Die Abwägung beider Komponenten des „Rechts auf Geschichtlichkeit“ im Bereich der Menschenwürde läßt die Frage nach dem Vorrang einer grundrechtlichen Position als schwierig erscheinen, so daß dem Gesetzgeber hier ein gewisser Gestaltungsspielraum zustehen mag.

4. Probleme der elektronischen Datenverarbeitung

Die fortschreitende Erweiterung der technischen Möglichkeiten, die menschlichen Fähigkeiten zu sinnlicher Wahrnehmung um ein Vielfaches zu verstärken, stellt einen revolutionären Schritt dar, an dessen Ende die völlige Schutzlosigkeit der Privatsphäre stehen könnte. Wie die Wirtschaft bedient sich auch die öffentliche Verwaltung zunehmend der Mittel der elektronischen Datenverarbeitung. Es gibt einleuchtende praktische Gründe dafür, die heute im herkömmlichen Verfahren an vielen Verwaltungsstellen geführten Akten und Karteien über personenbezogene Daten, die z. B. im Bereich des Sozial-, Versorgungs- oder Gesundheitswesens zur Gesetzesausführung erforderlich sind, in einer oder mehreren Datenbanken zu integrieren. Aber in dem Maße, in dem das geschieht, wird sich das öffentliche und private Leben grundlegend ändern.

Die Gefährdung der durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Privatsphäre liegt vor allem darin, daß a) personenbezogene Daten, d. h. auch solche, die der Privatsphäre zuzurechnen sind (wie etwa Angaben über den Gesundheitszustand, körperliche und geistige Gebrechen, finanzielle Verhältnisse u. v. a.) aufgezeichnet und ohne Kenntnis oder Einwirkungsmöglichkeit des Betroffenen beliebig oft, mit großer Schnelligkeit und über weitere Entfernungen beliebig vielen interessierten Stellen übermittelt werden können, und daß b) die gespeicherten Daten, auch wenn sie an sich korrekt sind, isoliert, also ohne Zusammenhang mit anderen Informationen übermittelt

⁶⁴ Draft Resolution on Artificial Insemination on human beings, Europarat CDJ (78) 19; CDSP (78) 23.

werden, die zu ihrem richtigen Verständnis notwendig wären (technisch bedingte Verfälschungstendenz der EDV)⁶⁵.

Heute ist die Diskussion um den Datenschutz in vollem Gange. Sie ist auch durch das von vielen noch als unzureichend empfundene Bundesdatenschutzgesetz vom 27. 1. 1977 nicht beendet worden, das immerhin erste Kriterien für eine durch Art. 1 Abs. 1 GG gebotene Datensicherung erarbeitet hat. Registrierungs- und Meldepflichten, die Bestellung eines Bundesbeauftragten für den Datenschutz sowie Auskunfts-, Berichtigungs-, Fortschreibungs- und Lösungsansprüche bei falschen oder widerrechtlich gespeicherten Informationen und anderes sind notwendige und nützliche Maßnahmen. Sie können die Problematik der Datenverarbeitung mildern, aber nicht aufheben. Auch das neuerdings in der politischen Diskussion geforderte „Grundrecht auf Datenschutz“ könnte allenfalls Zielvorstellungen rechtlich fixieren, in seinem verfassungsrechtlichen Gehalt aber kaum mehr geben, als sich aus Art. 1 GG bereits ergibt⁶⁶.

Der Grundkonflikt sollte nicht verdeckt werden; er wird uns für eine lange Zeit begleiten. Bloße Maschinenstürmerei wäre sinnlos. Es besteht auch ein legitimes Interesse des Bürgers an einer modern und kostensparend arbeitenden Verwaltung. Wenn diese weit hinter dem technischen Standard der Wirtschaft zurückbliebe, würde die auch aus anderen Gründen bestehende Instabilität im Verhältnis von Staat und Gesellschaft noch verschärft werden.

Die Bedeutung des Datenschutzes für die Privatsphäre ist auch durch das „Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten“ des Europarates vom 17. September 1980 und die von der OECD am 23. September 1980 beschlossenen „Leitlinien für den Schutz der Privatsphäre und den grenzüberschreitenden Verkehr personenbezogener Daten“ im internationalen Bereich unterstrichen worden⁶⁷.

Die Gefährdung der Privatsphäre des Einzelnen ergibt sich nicht daraus, daß überhaupt Informationen über ihn gesammelt werden; sie liegt vielmehr darin, daß er die Verfügung darüber verliert, an wen und zu welchen Zwecken solche Informationen vermittelt werden. Nicht die Information an sich, sondern ihre dysfunktionale Weitergabe, auf die der Betroffene keinen Einfluß hat, zerstört die Privatsphäre⁶⁸.

Die sich hieraus ergebenden verfassungsrechtlichen Folgerungen lassen sich so zusammenfassen: amtliche Stellen, die zur Erfüllung der ihnen zugewiesenen und von der Rechtsordnung gebilligten Aufgaben personenbezogene Informationen sammeln, haben sich hierbei auf das zur Zweckerreichung erforderliche Minimum zu beschrän-

⁶⁵ SEIDEL Persönlichkeitsrechtliche Probleme der elektronischen Speicherung privater Daten, NJW 1970, S. 1582; DERS. Datenbanken und Persönlichkeitsrecht unter bes. Berücksichtigung der amerikanischen Computer Privacy (1972) S. 123.

⁶⁶ Zum Grundrechtproblem des Datenschutzes vgl. KLOEPFER Datenschutz als Grundrecht (1980).

⁶⁷ Convention for the protection of individuals with regards to automatic processing of personal data, Strasbourg Council of Europe, 1981, European Treaty Series Nr. 108, DÜD 1981, 45.

⁶⁸ Vgl. BENDA Privatsphäre und Persönlichkeitsprofil, FS Geiger (1974) S. 23 ff.

ken. Der Bürger muß wissen oder erfahren können, welche Informationen über ihn existieren; soweit er selbst zu Auskünften verpflichtet ist, muß sich erkennen lassen, zu welchem Zweck diese erfolgen und welche Stelle von ihnen Gebrauch machen darf. Nur in diesem Rahmen ist die Weitergabe von Informationen an andere Stellen zulässig. Das Prinzip der Einheit der Staatsgewalt bedeutet zwar, daß jede Behörde mit ihrer Arbeit einen Teilbetrag zu der einheitlichen staatlichen Aufgabe der Förderung des Gemeinwohls liefert; aber die Verpflichtung zur Amts- und Rechtshilfe (Art. 35 GG) befreit nicht von der Pflicht zur Beachtung von Grundrechten. Eine Informationsweitergabe von der einen an die andere staatliche Stelle bedarf entweder des Einverständnisses des Betroffenen oder einer besonderen materiellen Rechtsgrundlage, durch die dysfunktionale Weitergabe von Informationen ausgeschlossen wird. Wenn rechtlich definiert und entschieden ist, welche Art von Daten welchen Behörden zugänglich gemacht werden darf, weil sie diese zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen, weiß der betroffene Bürger, welchem Zweck die Informationen dienen, und er kann sich in seinem Verhalten hierauf einrichten.

Der Schutz der Privatsphäre des Bürgers vor den Gefahren der elektronischen Datenverarbeitung kann nur relativ sein. Ein freilich nur schmaler Bereich privater Lebensgestaltung muß unantastbar bleiben; es gibt keine Staatszwecke, die das Eindringen in diesen Raum erlauben könnten. Über vieles, was die Persönlichkeit der Bürger betrifft, muß sich der Staat aber schon nach heute geltendem Recht unterrichten dürfen, um die ihm übertragenen Aufgaben erfüllen zu können: so z. B. über die Unzuverlässigkeit, Ungeeignetheit oder Unwürdigkeit zur Einstellung und Ausbildung von Lehrlingen (vgl. § 11 Bundeszentralregistergesetz), über die Persönlichkeit von Jugendlichen, die der Fürsorgeerziehung unterliegen (§ 66 JWG), oder über nach dem Bundesseuchengesetz (§§ 3ff) oder dem Gesetz zur Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten (§ 10) zu meldende Erkrankungen. Hier kommt es darauf an, die Weitergabe solcher Informationen an solche Stellen zu verhindern, die ein rechtlich geregeltes Interesse hieran nicht nachweisen können. Schließlich dient eine möglichst weitgehende Transparenz des neuen Instruments der EDV wenigstens dem Ziel, verständliche Befürchtungen abzubauen und Mißbräuchen durch Kontrolle zu begegnen.

III. Ausblicke

1. Technisierung der Staatstätigkeit

Die fortschreitende Technisierung der modernen Industriegesellschaft eröffnet die Chance wachsenden Wohlstandes für alle Teile der Bevölkerung, birgt aber zugleich die Gefahr zunehmender Abhängigkeit von technisch bedingten und gesteuerten Prozessen. Auch der Staat bedient sich zunehmend der Möglichkeiten der Technisierung und der Automatisierung, um die vielfältig gesteigerten Anforderungen an seine Leistungskraft erfüllen zu können. Die hiermit verbundene Versuchung, immer tiefer in die Privatsphäre einzudringen, ist nur *ein* Aspekt des Problems. Der zur Daseinsvorsorge verpflichtete Staat muß planend vorausdenken. Staatliche Planung kann den

Raum individueller Lebensentscheidungen einengen, während Technisierung der Verwaltung den Einzelnen zu ihrem Objekt machen kann. Beide Vorgänge berühren die Würde des Menschen. Der Einzelne sieht sich dem weitgehend hilflos ausgeliefert. Die als Folge der Erschütterungen und Katastrophen dieses Jahrhunderts verbreitete Sehnsucht nach Sicherheit und zugleich das Gefühl der Ohnmacht gegenüber den Gefährdungen des Lebens im technischen Zeitalter verstärken noch die Bereitschaft, sich der Fürsorge des Staates anzuvertrauen.

Die Technisierung des Lebens vollzieht sich zunächst im wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Bereich. Der Staat hat sich nur zögernd mit in der Wirtschaft längst bekannten modernen Arbeitsmethoden vertraut gemacht. Eine Rückkehr zu den Verhältnissen des vortechnischen Zeitalters wäre kaum vorstellbar, wenn auch manche Zukunftsutopien eine Wiederherstellung der natürlichen Umweltbeziehungen des Menschen anstreben⁶⁹. Die Rückkehr zu bereits überwundenen Formen einer Gefährdung der Menschenwürde, etwa der Ausbeutung des arbeitenden Menschen und der Armut breiter Bevölkerungskreise, kann gewiß nicht erstrebenswert erscheinen. Wenn aber der Staat im Interesse des materiellen Wohlstandes und der sozialen Sicherheit seiner Bürger die industrielle Entwicklung duldet und fördert, ist er umso mehr verpflichtet, den sich hieraus ergebenden besonderen Gefährdungen entgegenzuwirken. Arbeitsrecht und Umweltschutz konkretisieren den Schutz der Menschenwürde für die heute gegebene Situation. Auch das bei der Verkürzung des natürlichen Lebensraumes immer dringlicher werdende Problem der räumlichen Enge bedarf einer Antwort: Je enger die Menschen aneinander rücken müssen, desto stärker wird der Anspruch des Einzelnen auf Schutz seiner Privatsphäre.

Die Staatstätigkeit kann nicht hinter der allgemeinen gesellschaftlichen Entwicklung zurückbleiben; sonst würden in dem Maße, in dem der Staat auf die Entwicklung und Realisierung zukunftsorientierter Konzepte verzichtet, gesellschaftliche Kräfte den Leerraum ausfüllen und den Herrschaftsanspruch des Staates gefährden. Auch die Indienstnahme der Technik zu einer Modernisierung der Verwaltung ist nicht schon an sich bedenklich. Viele Staatsaufgaben, die Massen- oder Routinefragen betreffen, können anders als mit Hilfe der Technik nicht mehr bewältigt werden. Hiergegen ist jeder Protest sinnlos. Da im Straßenverkehr oder bei anderen Erscheinungsformen des technischen Zeitalters Leben, Gesundheit und Eigentum aller nur mit Hilfe einer allgemeinverbindlichen Ordnung geschützt werden können, ist es abwegig, in dem durch die Straßenverkehrsordnung erzwungenen Gehorsam gegenüber automatischen Verkehrssignalanlagen einen Angriff auf die Menschenwürde zu sehen, weil diesen eine „Roboter“-Eigenschaft zugeschrieben wird⁷⁰.

Hieraus folgt aber nicht, daß der Staat seine Beziehungen zu den Bürgern nach Belieben technisieren dürfte. Die in der Technik schlummernden und oft heute erst in Ansätzen zu erahnenden Möglichkeiten bedeuten Versuchungen, denen nicht unge-

⁶⁹ Vgl. z. B. das bei KLAGES dargestellte environment game von Calder (Planungspolitik. Probleme und Perspektiven zur umfassenden Zukunftsgestaltung, 1971).

⁷⁰ Z. B. SCHREITER Gehorsam für automatische Farbzeichen, DÖV 1956, S. 693; a. A. die Erwidern von Schirmmacher, DÖV 1957, S. 146.

prüft nachgegeben werden darf. So scheint es, um das Problem an einem extremen Beispiel zu illustrieren, technisch heute schon möglich zu sein, bestimmte Straftäter mit Hilfe von „Gehirnmonitoren“ zu überwachen und die auf diese Weise erkannten schädlichen Neigungen rechtzeitig mit Hilfe von Elektroschocks zu bekämpfen⁷¹. Diese vermeintlich humanere Spezialprävention macht Strafhaft überflüssig und spart möglicherweise Geld. Die gute Absicht mag unterstellt werden. In anderen Ländern werden aber heute schon politisch unbequeme Bürger nicht mehr als Kriminelle, sondern als Geisteskranke behandelt. Am Ende des Weges stünde die Zerstörung der Menschenwürde unter der Fahne der Humanität.

Ein auf die Achtung der Menschenwürde verpflichteter Staat muß sich bei der Beurteilung neuer technischer Möglichkeiten, von denen oft eine große Faszinationskraft ausgehen mag, des nur sehr schmalen Grades bewußt bleiben, der zwischen solchen offenkundigen Verletzungen des Art. 1 Abs. 1 GG und den vielleicht noch zulässigen, heute leider alltäglichen Überwachungsmethoden liegt. Die Kontrolle von Kaufhausbesuchern durch versteckte Fernsehkameras, die durch Automaten gesteuerte Torkontrolle in Großbetrieben oder die routinemäßige körperliche Durchsuchung aller Fluggäste gehören zur heutigen Lebenswirklichkeit. Manches mag notwendig sein; erfreulich ist es nicht, wenn der „mündige Bürger“ als potentieller Dieb oder Terrorist behandelt wird.

2. Die Verplanung des Menschen

Die künftige Staatstätigkeit wird zunehmend von der Planung beherrscht werden. Planung als der „systematische Entwurf einer rationalen Ordnung auf der Grundlage alles verfügbaren einschlägigen Wissens“⁷² ist eine an sich nicht zu beanstandende Tendenz vorausschauender Staatstätigkeit⁷³; ihre Verketzerung als Mittel der Unfreiheit wäre ebenso sinnlos wie die Forderung, daß der Staat sich nicht moderner technischer Hilfsmittel bedienen dürfe. Aber hier wie dort ergeben sich Gefahren, wenn auch die teilweise vorhandene Planungseuphorie, die „modern sein“ und „mit der Zeit gehen“ will, dazu neigt, jedes Bedenken als Zeichen geistiger Erstarrung zu bewerten.

Staatliche Planung darf nicht zu einer Verplanung des Menschen führen. Die Menschenwürde wird verletzt, wenn der Mensch zum reinen Objekt staatlicher Planung gemacht wird. Die größte Gefahr liegt in der Versuchung, anzunehmen, daß eine mit wissenschaftlich bestätigten Methoden unter Verwendung von unbeirrbareren Hilfsmitteln z. B. der Computertechnik entwickelte Planung eigentlich nicht falsch sein kann; sie muß den Anspruch beinhalten, die technisch-wissenschaftlich garantierte Wahrheit zu sein. Dagegen ist jede Opposition unvernünftig. Wer sich dem Plan nicht unterwirft, ist bei wohlwollender Betrachtung ein Teil der „Humanbarrie-

⁷¹ KAMLAH aaO (Anm. 48) S. 37; Einzelheiten in: *Anthropotelemetry: Dr. Schwitzgebel's Machine*, Harvard Law Review Bd. 80 (1966/67) S. 403 ff.

⁷² J. H. KAISER in: *Planung I*, S. 7; grundlegend zu den Fragen der Planung das von Kaiser herausgegebene Sammelwerk, insbes. *Planung I–III*, (1965 ff).

⁷³ BVerfGE 27, 1 (7).

re“, d. h. derjenigen „Bewegungen“ und „Verhärtungen“⁷⁴, also der menschlichen Unvernunft, die es wagt, eigene Gedanken gegen die Logik des Plans zu setzen. Wer dem Plan nicht gehorcht, zeigt böse Absichten, er wird zum „Planungsfeind“, um den man sich kümmern muß, weil die Verletzung der Planverpflichtung ein schweres Verbrechen darstellt⁷⁵.

Eine solche Entwicklung muß nicht die Folge eines bewußten Rückfalls in totalitäre Tendenzen sein, also von der Absicht getragen werden, sich die Menschen mit Hilfe der Technik zu unterwerfen. GEORGE ORWELL's „1984“ mag eine unrealistische Vision sein⁷⁶. Die wirkliche Gefahr ist weniger die Unterwerfung der Menschen durch Menschen, also die subjektive Despotie mit Hilfe der Technik, als vielmehr die politische Herrschaft der Technik selbst, die freilich ihre Nutznießer finden wird.

Schon jetzt besteht in jeder parlamentarischen Demokratie ein Konflikt zwischen dem freien, die Möglichkeit von Irrtümern und Fehlentscheidungen einkalkulierenden Prozeß der Staatswillensbildung und der zunehmenden Bürokratisierung des Staates. Bürokratisierung trägt die notwendige Sachkunde bei, aber bei extremer Entwicklung begrenzt sie die Möglichkeit zu spontanem Verhalten und zu autonomer Entscheidung. Die Entscheidungen der Machtinhaber werden entpersönlicht; der wachsenden Kontrollierbarkeit der Menschen entspricht eine zunehmende Unkontrollierbarkeit der Bürokratie⁷⁷. Je mehr die Staatstätigkeit geplant, also mit Hilfe von Wissenschaft und Technik rational zielorientiert und vollzogen wird, desto weniger Bedarf besteht für Diskussion und Kampf um den richtigen politischen Weg. Dieser wird nicht mehr aus mehreren miteinander konkurrierenden, prinzipiell gleichwertigen Alternativen gefunden, sondern ergibt sich aus der wissenschaftlich einwandfreien Ermittlung der einzig richtigen Entscheidung. Es wird sinnlos, über Alternativen zu streiten, wenn es nur eine Wahrheit gibt; allenfalls die Qualität der Methode, also die Seriosität der Arbeit, nicht aber ihr Ziel darf in Zweifel gezogen werden. Bisher hat nur der totalitäre Staat die Wahrheit für sich beansprucht und vorgegeben, genau zu wissen, worin das Gemeinwohl besteht und wie es zu verwirklichen ist. Der Demokratie ist ein absoluter Wahrheitsanspruch fremd; sie ist „zugleich zuversichtlicher und unsicherer“⁷⁸. Menschenwürde ist verantwortungsbewußte Entscheidung zwischen Alternativen⁷⁹. Auch der Irrtum ist ein Schritt auf dem Wege zur Wahrheit. Er wird nicht nur toleriert, sondern auch respektiert, weil es so sicher nicht ist, wo der Irrtum und wo die Wahrheit liegt. Planungspolitik steht demgegenüber in der Gefahr, über das „beschränkte Einsichtsniveau des Menschen“ hinwegzuentschei-

⁷⁴ KLAGES aaO (Anm. 69) S. 23.

⁷⁵ KLAGES aaO (Anm. 69) S. 103; WITTKÄMPER liberal 1969, S. 60 (zur Gefahr der „Totalitären Planmystik“); SCHELSKY Die soziale Folge der Automation (1957) S. 19.

⁷⁶ KLAGES aaO (Anm. 69) S. 102; FORSTHOFF

Der Staat der Industriegesellschaft (1971) S. 79.

⁷⁷ R. F. BEHRENDT Menschenwürde als Problem der sozialen Wirklichkeit (1967) S. 36 ff.

⁷⁸ RIEDEL Gemeinwohl und Person, Politische Vierteljahresschrift, Jg. 1/2 (1961/62) S. 224.

⁷⁹ BEHRENDT aaO (Anm. 77) S. 42.

den, ja diese einer Umprogrammierung zu unterziehen, also den Menschen an den Plan anzupassen⁸⁰.

All dies sind nicht bloß Befürchtungen für die Zukunft. Auch schon heute ergeben sich Gefahren. So könnte der Staat im Bereiche des Schulwesens die ihm nach Art. 7 GG übertragene Aufgabe dahin mißverstehen, daß er den Schüler auf Grund von Begabungsdiagnosen allein oder in Verbindung mit volkswirtschaftlichen Bedarfsrechnungen auf seine künftige Berufsrolle festlegt: die Vernunft des Bildungsplanes beansprucht den Vorrang vor individuellen Wünschen, zumal wenn deren Unvernunft nachgewiesen wird. Solche „staatliche Verplanung des ‚ganzen Menschen‘ unter dem Aspekt und der Verantwortung der ‚Bildung‘ und der ‚sozialen Gerechtigkeit‘“, die „Pädagogisierung des Menschen“ und die „staatliche Bewirtschaftung der Begabung“⁸¹ widersprechen Art. 1 Abs. 1 GG. Die Unverfügbarkeit der Person verbietet es, den Menschen zum reinen Objekt staatlicher Planung zu machen. Daher ist im Schul- oder Hochschulwesen eine staatliche Lenkung untersagt, die das Recht des Bildungswilligen oder das Elternrecht zugunsten von Bedarfsprognosen beiseiteschiebt. Zwar muß nicht jede nur denkbare oder gewünschte Schulform zur Verfügung gestellt, aber doch ein Mindestangebot bereitgehalten werden, damit sich das Selbstbestimmungsrecht des Kindes und das Erziehungsrecht der Eltern verwirklichen können⁸². Gleiche Erwägungen würden, abgesehen von Art. 12 GG, schon um der Würde des Menschen willen eine staatliche Berufslenkung verhindern.

Damit sind wenigstens die äußersten Grenzen staatlicher Planungsbefugnis markiert. Die zunehmende Bedeutung, die der Planung als einer zeitgemäßen Methode staatlichen Handelns beigemessen wird, läßt sich durch die Komplexität und den wachsenden Umfang der Aufgaben rechtfertigen. So wie der Einzelne seine Lebensgestaltung vorausschauend vorbereitet, darf und soll auch der Staat künftige Probleme erforschen und sein Handeln an den Ergebnissen wissenschaftlich fundierter Untersuchungen orientieren. Aber es besteht die Gefahr, daß in der Sicht des Planenden, der sich im Besitz der Wahrheit meint, die Fähigkeit des Menschen zur Selbstbestimmung als ein eher lästiges Hindernis auf dem Wege zur Perfektion des Staatshandelns erscheint. So entsteht die Versuchung, die Planung totalitär zu übersteuern.

Achtung und Schutz der Menschenwürde müssen auch künftig oberste Leitlinie staatlichen Handelns sein. Sie haben Vorrang vor der Perfektionierung des Planens. Auch das Recht ist „Vorgriff auf die Zukunft der Gesellschaft“⁸³

⁸⁰ KLAGES aaO (Anm. 69) S. 110.

⁸¹ FUSSE Verwaltung und Schule, VVDStRL 23 (1966) S. 205.

⁸² BVerfGE 34, 165 (184).

⁸³ SCHELSKY Soziologisches Planungsdenken über die Zukunft, Universitas 25 (1970) II, S. 1251.

3. Abschnitt

Freiheit und Gleichheit

MARTIN KRIELE

I. Grundlagen

1. Rechtsprinzip und Menschenwürde

Die sogenannten „Grundwerte“ des Grundgesetzes – Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit – stehen in einem inneren Zusammenhang, der in dem Grundsatz zum Ausdruck kommt: „Jeder hat gleichen Anspruch auf Freiheit und Menschenwürde“¹. Dieser Grundsatz ist das Rechtsprinzip schlechthin: Leitidee und Ziel der neuzeitlichen demokratischen Rechts- und Verfassungsentwicklung, Grundlage und Bedingung des inneren und äußeren Friedens, letzter Maßstab aller Gerechtigkeit und Unparteilichkeit. Die Alternative zum Rechtsprinzip ist das Machtprinzip der Parteilichkeit, das die Gesellschaft in eine rechtlich nicht gebundene und kontrollierte Herrschaftselite und die ihrem Belieben ausgelieferten Machtunterworfenen spaltet.

Genauer wäre es, statt „jeder hat gleichen Anspruch auf Freiheit und Würde“ zu sagen: Daß jeder gleichen Anspruch auf Freiheit hat, folgt aus der Menschenwürde. Die Anerkennung der Menschenwürde ist ein konstitutiver Grund für den gleichen Anspruch eines jeden auf Freiheit². Dieser Anspruch folgt schon aus der Tatsache, daß der Mensch Mensch ist: Es kommt weder auf die in Art. 3 III genannten Eigenschaften wie Geschlecht, Herkunft usw. an, noch auf andere Eigenschaften wie Beruf, Einkommen, Alter, Begabung und Tugend, ja nicht einmal auf die Eigenschaft als Staatsbürger. Das Menschsein des Menschen als solches begründet die Würde. Da jedem Menschen einschließlich des Kleinkindes, des Geisteskranken, des Verbrechers Menschenwürde zukommt, hat *jeder* Mensch Anspruch darauf, als Rechtssubjekt respektiert zu werden, denn dieser Anspruch macht den Kern der Menschenwürde aus. Um so mehr hat der mündige Mensch Anspruch darauf, sich selbst bestimmen und seine Persönlichkeit frei entfalten, aufrecht gehen und ohne Angst mit sich selbst

¹ Zum naturrechtlichen Hintergrund dieses Satzes näher KRIELE *Befreiung und politische Aufklärung, Plädoyer für die Würde des Menschen*, 1980, 2. Kap. §§ 9–11 und 6. Das Thema dieses Beitrages ist so umfassend, daß es sich hier nur skizzieren läßt und den Ver-

fasser zwingt, darlegungsbedürftige Thesen, die er an anderen Orten begründet hat, hier nur knapp zu umreißen. Deshalb bittet er um Verständnis für häufigere Verweisungen auf eigene Schriften.

² Dazu E. BENDA oben S. 107.

identisch sein zu können, zu sagen, was er denkt, zu bekunden, was er glaubt, aufrichtig und vertrauenswürdig sein, anderen im Regelfall vertrauen und auf der Grundlage von Aufrichtigkeit und Vertrauen eine freie rechtlich geordnete Gemeinschaft bilden zu können. – Die Alternative wäre, durch ein fremden Zwecken dienendes Herrschaftssystem genötigt zu sein, an der öffentlichen Lüge teilzuhaben, sich listig zu verstellen, seinen Mitmenschen als möglichen Denunzianten zu mißtrauen – oder Verschleppung, Verbannung, Folter und Mord fürchten zu müssen.

Der Begriff der Menschenwürde hat seinen Ort nicht in der empirischen Naturwissenschaft – in Biologie, Anthropologie, Evolutionslehre usw. Vielmehr orientiert sich der Begriff der Natur des Menschen an den Idealen menschlicher Selbstverwirklichung, also an dem, was die Menschen als gut, schön, wahr, heilig, gerecht ansehen, als im Menschen liegende Möglichkeit, deren Aktualisierung erstrebenswert ist³. Es geht um die rechtlichen Bedingungen, unter denen die Menschen die Chance haben, die jeweils besten in ihnen liegenden Möglichkeiten zu entfalten, und unter denen sie in gegenseitiger Ergänzung eine soziale Gemeinschaft bilden können. Diese Bedingungen der Menschenwürde sind es, die in dem Satz zusammengefaßt sind: Jeder hat gleichen Anspruch auf Freiheit⁴.

Es liegt in der Natur der Freiheit, daß diese mißbraucht werden kann und mißbraucht wird, bis hin zur planmäßigen Destruktion der Freiheit selbst⁵. Aber es liegt zugleich in der Natur der Ideale menschlicher Selbstverwirklichung, daß diese sich nur in Freiheit entfalten können. Deshalb folgt aus der Natur des Menschen, daß er auf Freiheit angewiesen ist und das Risiko der Freiheit eingehen muß, wenn er nicht von vornherein die Chance auf Selbstverwirklichung verspielen will. Und deshalb ist mit der Anerkennung der Würde des Menschen zugleich die Anerkennung eines gleichen Anspruchs auf Freiheit mitgegeben.

2. Andere Gründe für Freiheit und Gleichheit

Es ist allerdings hinzuzufügen, daß es für den gleichen Anspruch auf Freiheit noch weitere Gründe außer der Menschenwürde gibt. So ist z. B. die geistige Freiheit jedes Menschen nicht nur Bedingung seiner individuellen Aufrichtigkeit, sondern auch

³ Befreiung und politische Aufklärung (Fn. 1) § 9.

⁴ Es gibt eine ehrwürdige Tradition des Freiheitsdenkens, die dies grundsätzlich erkennt: die utilitaristische Theorie, die die Begründung der Freiheit unabhängig vom naturrechtlichen Axiom der Menschenwürde versucht; von John Stuart MILL *On Liberty* (deutsch: *Die Freiheit*, Darmstadt 1967) vor allem Kap. 2 bis hin zur zeitgenössischen „Diskurstheorie“, dazu KRIELE *Recht und praktische Vernunft*, 1979, §§ 6–14 und Einführung in die Staatslehre, *Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, 2. Aufl. 1981, § 5.

Wird der Wert der Freiheit nur in dem Nutzen ihrer Betätigung gesehen – etwa: die Freiheit der Meinungsäußerung nutzt dem Fortschritt des Wissens –, dann läge es ja an sich nahe, diese Freiheit nur demjenigen zuzugestehen, der von ihr zweckentsprechend Gebrauch machen kann. Die utilitaristische Freiheitstheorie, jedenfalls in der Mill'schen Fassung, hat diese Folgerung freilich nicht gezogen, ist darin aber inkonsequent.

⁵ Deshalb tarnen sich totalitäre Denksätze gerne mit dem Vorwand, es gehe ihnen nur darum, einen „Mißbrauch“ von Freiheit zu verhindern.

Bedingung objektiver Wahrheitsfindung, da diese auf den freien und offenen Austausch von Argumenten angewiesen ist⁶. Das gilt nicht nur für den Bereich der wissenschaftlichen Wahrheitsuche, sondern auch für den Bereich der politischen Vernunft⁷. Denn Vernunft ist ihrem Wesen nach dialektisch und auf ständige Korrektur durch Erfahrung und Erfahrungsaustausch angewiesen. Niemand kann je von sich sagen, die Vernunft objektiv und absolut zu vertreten, ohne damit seinen Anspruch auf Vernünftigkeit selbst in Frage zu stellen. Deshalb hängt die Vernünftigkeit des politischen Entscheidungsprozesses davon ab, daß jeder die gleiche Freiheit zur politischen Mitwirkung hat. Auf dieser Einsicht beruht die parlamentarische Demokratie mit ihrem Recht auf freie Parteienbildung, auf Opposition, auf Chancengleichheit der Parteien, auf öffentliche Diskussion. Es handelt sich um einen Versuch, den dialektischen Prozeß in friedliche, auf geistige Mittel beschränkte Bahnen zu zwingen⁸. Auf dieser Einsicht beruht ferner der Anspruch auf Teilhabe am Entscheidungsprozeß durch aktives und passives Wahlrecht, durch Mitwirkung in Parteien, Gewerkschaften und anderen Vereinigungen, durch Versammlung, öffentliche Meinungsbekundung, Petition usw. Darauf beruht weiterhin die Kontrolle aller Staatsorgane durch die demokratische Öffentlichkeit.

Und darauf beruht ferner die Chance für die Gerechtigkeit der Rechtsordnung; denn diese Chance gibt es nur, wo sich Empörung gegen Unrecht öffentlich äußern kann, nicht nur, wenn Gesetze ungerecht angewandt werden, sondern auch, wenn die Gesetze selbst ungerecht sind. Und es gibt diese Chance nur, wo Mittel zur öffentlichen Bewußtseinsbildung zur Verfügung stehen und wo es Verfahren zur Überwindung des Unrechts gibt. Diese Chance für die Gerechtigkeit ist je größer, je breiter die Schicht derer ist, die Erfahrungen des Unrechts zur Geltung bringen können, am größten also in einer Demokratie, die jedermann gleiche Freiheit und die gleiche Chance auf demokratische Mitwirkung einräumt⁹.

Und schließlich: Wo demokratische Verfahren und gleiche Freiheit schon eine Zeitlang Geltung hatten, ist das Vertrauen begründet, daß schon in der Vergangenheit die Gesetze überprüft und verbessert worden sind. Dieses Vertrauen stützt die Legitimität der Rechtsordnung. Unter dieser Voraussetzung besteht die Chance, daß das schon an Gerechtigkeit Erreichte in einer Balance von Stabilität und Wandel bewahrt wird, und daß deshalb Reformen weitere Verbesserungen bringen und nicht etwa unter das schon erreichte Niveau der Rechtskultur zurückfallen.

Kurz: Der gleiche Anspruch auf Freiheit beruht nicht nur auf der Menschenwürde, die die Rechtssubjektivität jedes Menschen begründet, sondern auch auf der

⁶ Diese Wahrheit hat die utilitaristische Freiheitstheorie fälschlich verabsolutieren und gegen die naturrechtliche Begründung der Freiheit aus der Menschenwürde stellen wollen.

⁷ Befreiung und politische Aufklärung (Fn. 1) 3. Kap.

⁸ Hierzu und zum folgenden näher: Einführung in die Staatslehre ((Fn. 4) §§ 42 ff.

⁹ Demokratie als Chance für die Verwirklichung der Gerechtigkeit im Recht: das ist der Grundtenor im Beitrag des Verfassers: Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 29, S. 46 ff, abgedruckt auch im Sammelband „Legitimitätsprobleme der Bundesrepublik“, 1977, S. 17 ff.

Einsicht in die verhältnismäßig günstigsten Bedingungen von Wahrheit, Vernunft, Friede, sozialer Gemeinschaft, demokratischer Mitwirkung sowie in die Bedingungen der Gerechtigkeit des Rechts, des Fortschritts und der Bewahrung des Erreichten.

In der modernen wissenschaftlich-technischen Zivilisation kann nur dieses ethische Grundprinzip des Rechts den Menschen davor bewahren, bloß funktionaler Bestandteil zentraladministrierter Großorganisationen und Objekt zweckrationaler Manipulation zu sein und im Falle eigenständigen Denkens und Handelns eliminiert zu werden. Ohne diesen Grundsatz bestünde kein Hindernis für Systeme der Konzentrationslager, der Rassen- oder Klassenverfolgung, der Religionsausrottung, der Verschleppung, der Folter oder des organisierten Mordes, des Ausreiseverbots und der totalen geistigen und moralischen Beherrschung des Menschen, wie wir sie in den rechten und linken Diktaturen der Welt erlebt haben und nach wie vor in vielen Teilen der Welt erleben und noch erleben werden.

3. Freiheit und Gleichheit als Leitprinzipien der Verfassungsinterpretation

Die Rechtsprinzipien des demokratischen Verfassungsstaates der Neuzeit sind Ausfäherungen dieses Grundsatzes¹⁰. Das Grundgesetz bildet eine Variante des aus dem aufgeklärten Naturrecht hervorgegangenen Typus des demokratischen Verfassungsstaates, eine Variante neben anderen, wie etwa der englischen oder französischen.

Der Satz „Jeder hat gleichen Anspruch auf Freiheit und Würde“ ist das vom demokratischen Verfassungsstaat vorausgesetzte und garantierte Grundprinzip. Die Legitimität der Verfassungsordnung steht und fällt mit dem Konsens über seine Geltung. Diesen Konsens kann das Recht nicht bewahren: hier stößt es an die Grenze seiner Möglichkeiten. Wo dieser Konsens zusammenbricht, bricht die Verfassungsordnung zusammen und damit der Schutzwall für die gleiche Freiheit und Würde des Menschen – ein Schutzwall, der an vielen Stellen brüchig ist und dessen Erhaltung unserer Aufmerksamkeit bedarf. Angriffe auf diesen Grundsatz sind zugleich Angriffe auf den demokratischen Verfassungsstaat, und Angriffe auf den demokratischen Verfassungsstaat führen letztlich in ein politisches System, in dem der Mensch der Würde, der Freiheit und der Gleichheit beraubt ist.

Die Feststellung, das Grundgesetz sei aus dem Grundsatz „Jeder hat gleichen Anspruch auf Freiheit und Würde“ legitimiert, bezieht sich keineswegs nur auf den Katalog der Grundrechte, seine normative Verbindlichkeit (auch für den Gesetzgeber) oder die gerichtliche Einklagbarkeit der Grundrechte. Nicht nur die Grundrechte, sondern auch die organisatorischen Vorschriften des Grundgesetzes sind von diesem Grundsatz her auszulegen. Zwar lassen sie sich nicht aus diesem Grundsatz in ihren Einzelheiten zwingend „ableiten“: gegen diese Annahme spricht schon die Tatsache, daß das Staatsrecht in verschiedenen Varianten des demokratischen Verfassungsstaates der westlichen Welt verschieden gestaltet ist. Wohl aber läßt sich sagen,

¹⁰ Zum Typus des demokratischen Verfassungsstaates und zu den nationalen Ansätzen seiner Verwirklichung vgl. C. J. FRIEDRICH *Der Verfassungsstaat der Neuzeit*, 1953, S. 26 ff;

F. A. VON HAYEK *Die Verfassung der Freiheit*, deutsch 1971, sowie KRIELE *Einführung in die Staatslehre* (Fn. 4).

daß die Grundprinzipien, die zusammen die freiheitliche demokratische Grundordnung ausmachen, dem Zweck dienen, politische Bedingungen herzustellen, unter denen jeder gleichen Anspruch auf Freiheit und Würde haben und bewahren kann. Deshalb wäre eine Grundgesetzauslegung jedenfalls falsch, wenn sie dazu führte, daß dieser Grundsatz verletzt wird; sie kann nur richtig sein, wenn sie mit ihm im Einklang bleibt. Das Grundgesetz läßt sich auch an seinem organisatorischen Teil – mit parlamentarischer Demokratie, Gewaltenteilung, Verantwortlichkeit der Regierung, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Unabhängigkeit der Gerichte usw. – verstehen als ein Versuch, die politischen Bedingungen herzustellen, unter denen wir der Verwirklichung dieses Grundsatzes möglichst nahekommen.

Die letztlich entscheidende Frage bei der Interpretation einer Verfassungsregel ist die nach der *ratio legis*: warum ist dies so und nicht anders geregelt? Die Antwort lautet bei den Grundrechten unmittelbar, bei den grundlegenden Regeln der Staatsorganisation mittelbar, d. h. über eine Kette von weiteren Warum-Fragen: weil jeder gleichen Anspruch auf Freiheit und Würde hat. Im folgenden geht es nicht um eine Kommentierung der Art. 2 und 3 GG, sondern um den Versuch einer Skizze der prinzipiellen Bedeutung von Freiheit und Gleichheit für alle Grundrechte und vor allem für die grundgesetzliche Staatsorganisation.

II. Zum Verhältnis von Freiheit und Gleichheit

Es wird immer wieder die These vertreten: Zwischen den Prinzipien von Freiheit und Gleichheit bestehe ein unüberbrückbarer Gegensatz. Freiheit könne es nur auf Kosten der Gleichheit, Gleichheit nur auf Kosten der Freiheit geben¹¹. Diese Annahme kann schon aus logischen Gründen nicht richtig sein. Sie beruht auf einem doppelten Trugschluß:

1. Gibt man der Freiheit auf Kosten der Gleichheit den Vorzug, so stellt man zugleich die Freiheit in Frage. In einem politischen System weitgehender Freiheit ohne Rücksicht auf Gleichheit hätten die Stärkeren, Tüchtigeren, Kampfbereiteren, die mit den günstigeren Startchancen freie Bahn, um Macht und Reichtum auf

¹¹ So meint z. B. Gerhard LEIBHOLZ: „Liberales Freiheit und demokratische Gleichheit stehen zutiefst zueinander im Verhältnis einer unaufhebbaren Spannung, Freiheit erzeugt zwangsläufig Ungleichheit und Gleichheit notwendig Unfreiheit. Je freier die Menschen sind, um so ungleicher werden sie. Je mehr die Menschen dagegen im radikalen-demokratischen Sinne egalisiert werden, um so unfreier gestaltet sich ihr Leben“ (Strukturwandel der modernen Demokratie, 2. Aufl. 1964, S. 88f). Vgl. ferner den Sammelband „Freiheit und Gleichheit“ mit dem bezeichnenden Untertitel „Die Quadratur des Kreises“, Hrsg. L. REINISCH, 1974.

Zu Unrecht wird oft TOQUEVILLE für die These angeblicher Unvereinbarkeit von Freiheit und Gleichheit in Anspruch genommen. In Wahrheit unterscheidet TOQUEVILLE begrifflich Freiheit und Gleichheit, zeigt zwar, daß „die Vorliebe, welche die Menschen für die Freiheit hegen, und die, welche sie für die Gleichheit empfinden, in der Tat zwei verschiedene Dinge“ sind, weist aber gerade auf die wechselseitige Abhängigkeit von Freiheit und Gleichheit hin: Freiheit kann ohne Gleichheit nicht verwirklicht werden (Über die Demokratie in Amerika, 2. Teil, II, 1. Kap.).

Kosten anderer zu erlangen. Am Ende stünde Ungleichheit, nämlich Abhängigkeit der Schwächeren von den Stärkeren. Das aber bedeutete mit dem Verzicht auf Gleichheit zugleich das Ende der Freiheit, nämlich der Freiheit für die Abhängigen und Unterdrückten. So führte z. B. der sogenannte Manchester-Liberalismus des 19. Jhs., der dem Modell „Freiheit vor Gleichheit“ vergleichsweise am nächsten kam, breite Schichten in Arbeitsbedingungen und Abhängigkeiten, die nicht nur auf Kosten der Gleichheit, sondern auch der Freiheit gingen.

2. Und umgekehrt: Gibt man der Gleichheit auf Kosten der Freiheit den Vorzug, so muß man die freie Entfaltung des Kräftespiels unterbinden, also die Freiheit einschränken und im Grenzfall opfern. Das aber ist nur möglich in einem System rigoroser politischer Macht. Ein solches System aber hebt nicht nur die Freiheit, sondern zugleich die Gleichheit auf. Der Extremfall wird uns in den Staaten Osteuropas anschaulich, wo im Namen der Gleichheit die Freiheit unterdrückt wird. Damit wird zugleich die Gleichheit aufgehoben: Es herrscht ein Zweiklassensystem von Parteielite einerseits und dem ihr rechtlos ausgelieferten Volk andererseits.

Freiheit und Gleichheit sind also aufeinander angewiesen, ja sie sind zwei Seiten ein und derselben Sache. Sie können beide nur bestehen, wenn die rechte Balance zwischen ihnen getroffen wird. Wo diese Balance verloren geht, gleichgültig ob nach der Seite der Freiheit oder nach der Seite der Gleichheit hin, so sind Freiheit und Gleichheit zusammen gefährdet.

Wie das Grundgesetz diesem Zusammenhang Rechnung trägt, wird anschaulich, wenn man sich die beiden Art. 2 I und 3 GG vergegenwärtigt. Es ist üblich, den Grundsatz der Freiheit in Art. 2 I, den Grundsatz der Gleichheit in Art. 3 niedergelegt zu finden. Man kann es aber ebensogut auch andersherum ansehen: Der Gleichheitssatz findet seinen grundlegenden Ausdruck in Art. 2 I, der Freiheitssatz in Art. 3.

Art. 2 I sagt: „Jeder“ hat das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit. Dieses „Jeder“ bringt den Gedanken der Gleichheit zum Ausdruck: Jeder hat das gleiche Recht. Niemand ist rechtlos, niemand ist bloß Objekt der Staatsgewalt, sondern jedermann ist Rechtssubjekt. Wäre es nicht jedermann, wären es vielmehr nur einige, so wäre damit die Gleichheit aufgehoben, die Art. 2 I somit also schützt. Die Grenze dieses Rechts für jedermann bildet die verfassungsmäßige Ordnung, worunter die gesamte im Einklang mit dem Grundgesetz stehende Rechtsordnung zu verstehen ist¹².

Art. 3 I fügt hinzu: Alle Menschen sind vor dem Gesetz – gemeint ist ebenfalls vor der gesamten verfassungsmäßigen Rechtsordnung¹³ – gleich. Das bedeutet zunächst einmal, die Rechtsordnung soll aus allgemein geltenden Rechtssätzen bestehen und keine willkürlichen Differenzierungen vornehmen. Mit Recht hat das BVerfG Art. 3 zusammenfassend als „Willkürverbot“ bezeichnet¹⁴. Die klassische Definition der Freiheit lautet in einer Formel Immanuel Kants: „Unabhängigkeit von

¹² Vgl. BVerfGE 6, 32 („Elfes“).

¹³ Vgl. BVerfGE 41, 72f.

¹⁴ Nachweise bei LEIBHOLZ/RINCK Kommentar zum Grundgesetz, Art. 3 Rdn. 2.