

Chronik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - 1996

(= ERPL/REDP 10 [1998], S. 209 - 261)

Quelle: www.jura.uni-goettingen.de/Schmitz

I. VORBEMERKUNG

Die Arbeitsbelastung des Bundesverfassungsgerichts ist auch 1996 nicht gesunken. Die Anzahl der Entscheidungen entspricht in etwa der vom Vorjahr. Die Gesamtstatistik des Bundesverfassungsgerichts nennt für das Geschäftsjahr 1996 5.246 Neueingänge und 5.194 Erledigungen (davon 4.755 durch Entscheidung). Wiederum sind es fast ausschließlich Verfassungsbeschwerden, die das Gericht beschäftigt haben (4.702 Entscheidungen). Die Diskussion um die Reform der Verfassungsbeschwerde¹ bleibt also aktuell.² Der Bundesminister der Justiz hat 1996 eine Kommission berufen, die umfassende Vorschläge zur Entlastung des Bundesverfassungsgerichts ausarbeiten soll. Ihr Bericht soll noch 1997 vorliegen.³

Die Diskussion um die Reform der Verfassungsbeschwerde könnte dadurch einen neuen Akzent erhalten, daß die Bundesrepublik 1997 erstmals wegen *überlanger Verfahrensdauer vor dem Bundesverfassungsgericht* vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (= EGMR) wegen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (= EMRK) verurteilt worden ist.⁴ Selbst wann man berücksichtigt, daß sich die Höchstgrenze für eine angemessene Verfahrensdauer im Sinne des Art. 6 Abs. 1 EMRK nach der Rechtsprechung des EGMR jeweils nach den Umständen des Einzelfalles bestimmt, wird man davon ausgehen können, daß das Bundesverfassungsgericht in zahlreichen anderen Fällen - konkreten Normenkontrollverfahren wie Verfassungsbeschwerdeverfahren - ebenso gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstoßen hat. Eine der nachfolgend vorgestellten Entscheidungen erging erst nach zehn Jahren.⁵ Außerdem waren Ende 1996 noch 13 unerledigte Verfahren aus den Jahren 1984 - 1986 anhängig.⁶

Ebenso wie im Vorjahr war das Bundesverfassungsgericht auch 1996 starker Kritik ausgesetzt, was allerdings weniger an seinen neuesten Entscheidungen als an einem geschärften

¹ Siehe dazu bereits die Chronik vom Vorjahr, *ERPL/REDP*, vol 8 (1996), no 4, S. 1263 f.

² Siehe aus der neueren Diskussion etwa ROZEK, *Deutsches Verwaltungsblatt (= DVBl.)* 1997, 517; ALBERS, *Zeitschrift für Rechtspolitik (= ZRP)* 1997, 198; MAHRENHOLZ, *ZRP* 1997, 129; BENDA, *Neue Juristische Wochenschrift (= NJW)* 1997, 560; WAHL/WIELAND, *Juristenzeitung (= JZ)* 1996, 1137; BÖCKENFÖRDE, *ZRP* 1996, 281.

³ Siehe dazu ZUCK, *ZRP* 1997, 95.

⁴ Vergleiche (= vgl.) EGMR, Urteil vom 1. Juli 1997, Pammel v. Deutschland, <http://www.dhcour.coe.fr/fr/Pammel.f.html>, Erwägungsgründe 46 ff.; EGMR, Urteil vom 1. Juli 1997, Probstmeier v. Deutschland, <http://www.dhcour.coe.fr/fr/Probstmeier.f.html>, Erwägungsgründe Nr. 41 ff. Das Bundesverfassungsgericht hatte für zwei auf Richtervorlagen zurückgehende konkrete Normenkontrollverfahren (Art. 100 Abs. 1 GG) fünf Jahre und drei Monate bzw. sieben Jahre und vier Monate gebraucht.

⁵ Siehe BVerfGE 94, 268 (= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, zitiert nach Band und Seitenzahlen, hier also: 94. Band, Beginn der zitierten Entscheidung auf S. 32) zum Grundrecht der Koalitionsfreiheit.

⁶ Vgl. den Geschäftsbericht des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts für das Geschäftsjahr 1996, S. 6.

kritischen Bewußtsein der Fachöffentlichkeit lag. Die politischen Turbulenzen, die die Beschlüsse zur Bestrafung des Ausspruchs "Soldaten sind Mörder" und zum staatlich angeordneten Kruzifix im Klassenzimmer ausgelöst hatten,⁷ hielten noch einige Zeit an. Außerdem setzten sich Rechtswissenschaftler und -praktiker auf dem 61. Deutschen Juristentag im September 1996 in Karlsruhe zum Teil sehr kritisch mit der Praxis der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Entscheidungen der Fachgerichte auseinander.⁸ Angesichts dieser Kritik wird man vermutlich erwarten können, daß das Bundesverfassungsgericht zukünftig (noch) mehr Sorgfalt darauf verwenden wird, die funktionsbedingten Grenzen seiner Überprüfung von Gerichtsentscheidungen nicht nur abstrakt zu betonen, sondern im konkreten Fall deutlich sichtbar zu machen.⁹

Einige der Entscheidungen von 1996 sind von besonderem Interesse, weil darin grundlegende dogmatische Fragen erörtert werden. Das trifft vor allem für die drei Urteile vom 14. Mai zum neuen Asylrecht zu. Dort entwickelte das Bundesverfassungsgericht eine komplette Dogmatik für das neugestaltete Grundrecht auf Asyl und äußerte sich außerdem zu den Grenzen der Verfassungsänderung, zum Begriff der Freiheitsentziehung und zur Funktion der Verfassungsbeschwerde. In der Entscheidung zur Fachplanung durch den Gesetzgeber leistete es einen Beitrag zur Dogmatik der Gewaltenteilung. Hervorzuheben ist schließlich auch die Entscheidung zu den "Mauerschützenprozessen", das heißt zur strafrechtlichen Verfolgung der Tötung von Flüchtlingen an der innerdeutschen Grenze. Hier kommt der unausweichliche Konflikt des Grundsatzes "*nulla poena sine lege*" mit dem rechtsstaatlichen Gebot der materiellen Gerechtigkeit bei der strafrechtlichen Aufarbeitung der vorrechtsstaatlichen Vergangenheit zur Sprache.

II. GRENZEN DER VERFASSUNGSÄNDERUNG (ART. 79 ABS. 3 GG)

Zwei Entscheidungen betrafen die in Art. 79 Abs. 3 GG gezogenen Grenzen der Verfassungsänderung. Nach dieser Vorschrift, einer Reaktion auf die Pannen der Weimarer Republik, sind Änderungen des Grundgesetzes unzulässig, wenn sie die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berühren. Damit soll verhindert werden, daß die Verfassungsordnung des Grundgesetzes unter dem Anschein der Legalität auf dem Wege einer Verfassungsänderung faktisch außer Kraft gesetzt wird. Wer die tragenden Pfeiler dieser Verfassungsordnung, nämlich die Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG), das Bekenntnis zu den Menschenrechten (Art. 1 Abs. 2 GG), die Bindung der öffentlichen Gewalt an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3 GG), die Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG), das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG), den Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG), das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG), das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG), das Bundesstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) oder die republikanische Staatsform (Art. 20 Abs. 1 GG) zerschlagen will, kann seine Ziele nicht auf dem Wege einer Gesetzgebung erreichen, die Kontinuität unter dem Grundgesetz vortäuscht, sondern muß dafür

⁷ Vgl. die Chronik zum Vorjahr, *ERPL/REDP*, vol 8 (1996), no 4, S. 1264 f., 1280 ff., 1289 ff.

⁸ Vgl. die Verhandlungen des 61. Deutschen Juristentages, Band II (Sitzungsberichte), 1997; siehe außerdem STARCK, *JZ* 1996, 1033; BERKEMANN, *DVBl.* 1996, 1028; allgemein zur "Verfassungsgerichtsbarkeit in der Kritik" H.H. KLEIN, in: Klein/Sendler/Stern (Herausgeber), *Justiz und Politik im demokratischen Rechtsstaat*, 1996, S. 39 (speziell zum Verhältnis von Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit S. 46 ff.).

⁹ Vgl. insofern bereits die unten vorgestellte Entscheidung zur zivilgerichtlichen Untersagung bestimmter Äußerungen (BVerfGE 94, 1), die allerdings schon Anfang 1996 ergangen ist.

schon das Grundgesetz als Ganzes beseitigen. Eine Folge dieser Schutzbestimmung ist es, daß es "verfassungswidrige Verfassungsnormen" geben kann, nämlich Vorschriften in der Verfassung, die nachträglich eingefügt oder abgeändert worden sind und wegen Unvereinbarkeit mit Art. 79 Abs. 3 GG selbst verfassungswidrig, das heißt im Falle einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung vom Bundesverfassungsgericht für nichtig zu erklären sind.

1) In einem mit Spannung erwarteten Urteil vom 14. Mai 1996 zur *Reform des Asylrechts und zur Drittstaatenregelung*¹⁰ entschied das Bundesverfassungsgericht, daß die restriktive Neugestaltung des Grundrechts auf Asyl durch den verfassungsändernden Gesetzgeber im Jahre 1993 die Grenzen der zulässigen Verfassungsänderung nicht überschritten hat. Der Gesetzgeber hatte die alte, großzügigere Regelung in Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG aufgehoben und statt ihrer einen neuen Art. 16a GG eingefügt, der zwar an einem Grundrecht auf Asyl festhält (Abs. 1), dieses aber erheblich enger faßt (Abs. 2 - 5).¹¹ Danach können sich Ausländer, die aus sogenannten sicheren Drittstaaten einreisen, nicht mehr auf das Grundrecht berufen. Bei Ausländern aus sogenannten sicheren Herkunftsländern wird vermutet, daß sie nicht politisch verfolgt werden. Asylsuchende, deren Anträge offensichtlich unbegründet sind, können einfacher abgeschoben werden. Außerdem erlaubt die neue Regelung völkerrechtliche Vereinbarungen mit anderen Staaten, in denen die Aufgaben im Asylbereich aufgeteilt werden. Art. 79 Abs. 3 GG steht diesen Einschränkungen, wie das Gericht herausarbeitete, nicht entgegen. Er verbietet nicht einmal die völlige Streichung des Grundrechts auf Asyl und läßt folglich auch eine restriktive Neugestaltung zu.¹²

Wie grundsätzlich jede Bestimmung der Verfassung steht auch das Grundrecht auf Asyl zur Disposition des verfassungsändernden Gesetzgebers. Daran ändert auch sein enger Bezug zur Garantie der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG nichts. Dem Asylgrundrecht liegt, wie das Gericht in früheren Entscheidungen dargelegt hatte,¹³ die von der Achtung der Menschenwürde getragene Überzeugung zugrunde, daß kein Staat das Recht hat, das Leben, die körperliche Integrität oder die Freiheit des Menschen aus Gründen zu gefährden oder zu verletzen, die allein in der politischen Überzeugung, in der religiösen Grundentscheidung oder in unverfügbaren persönlichen Merkmalen liegen. Daraus läßt sich aber nicht die Schlußfolgerung ziehen, daß das Recht auf Asyl *in der Form eines Grundrechts* zum Gewährleistungsinhalt des Art. 1 Abs. 1 GG gehöre. Dieser ist vielmehr eigenständig, das heißt unabhängig von den konkreten Ausgestaltungen der einzelnen Grundrechte in der Verfassung zu bestimmen.¹⁴ Im übrigen verlangt Art. 79 Abs. 3 GG lediglich, daß die in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze nicht "berührt" werden, was das Gericht schon früher dem oben dargestellten Normzweck entsprechend so interpretiert hatte, daß danach nur die "prinzipielle Preisgabe" der Grundsätze verboten ist.¹⁵ Art. 79 Abs. 3 GG hindert den verfassungsändernden Gesetzgeber daher nicht daran, die positivrechtlichen Ausprägungen der Grundsätze aus sachgerechten Gründen zu modifizieren.¹⁶

¹⁰ BVerfGE 94, 49 = *DVBl.* 1996, 753 = *JZ* 1996, Sonderheft Juni 1996, 2 = *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (= *NVwZ*) 1996, 700; siehe dazu auch TOMUSCHAT, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (= *EuGRZ*) 1996, 381; FROWEIN/ZIMMERMANN, *JZ* 1996, 753; HAILBRONNER, *NVwZ* 1996, 625; LÜBBE-WOLFF, *DVBl.* 1996, 825; SCHELTER/MAABEN, *ZRP* 1996, 408; MOHR, *Neue Justiz* 1996, 402.

¹¹ Siehe dazu im einzelnen die unten vorgestellten Entscheidungen zum Asylrecht.

¹² Vgl. BVerfGE 94, 49 (104).

¹³ Vgl. BVerfGE 80, 315 (333); ähnlich bereits BVerfGE 54, 341 (357); 76, 143 (157 f.).

¹⁴ Vgl. BVerfGE 94, 49 (103).

¹⁵ Vgl. BVerfGE 30, 1 (24).

¹⁶ BVerfGE 94, 49 (103) im Anschluß an BVerfGE 84, 90 (120 f.).

Die Tragweite dieser Feststellungen sollte nicht überschätzt werden: Das Bundesverfassungsgericht hat *nicht* entschieden, daß das Grundgesetz so geändert werden könnte, daß politisch Verfolgte keine Aufnahme mehr finden oder daß Flüchtlinge in Staaten abgeschoben werden dürfen, in denen ihnen akute Gefahr droht. Es hat lediglich klargestellt, daß Art. 79 Abs. 3 in Verbindung mit (= i.V.m.) Art. 1 Abs. 1 GG nicht verlangt, daß das Recht auf Schutz vor politischer Verfolgung durch besondere Regelungen in der Verfassung in der Form eines eigenständigen Grundrechts gewährleistet wird. Nur diese besondere, bis 1993 großzügigere Ausgestaltung als Grundrecht auf Asyl fällt nicht mehr in den Gewährleistungsbereich der Menschenwürdegarantie. Wer im Falle der Rückkehr in den Heimatstaat nachweislich mit schweren Angriffen auf Leben, Freiheit oder Gesundheit rechnen muß, braucht auch dann keine Abschiebung dorthin zu befürchten, wenn er kein Asylrecht genießt oder es das Asylrecht als Rechtsinstitut eines Tages nicht mehr geben sollte. Er wird dann unmittelbar durch die Menschenwürdegarantie selbst geschützt. Diesen Schutz kann ihm auch der verfassungsändernde Gesetzgeber nicht nehmen.

Neben der restriktiven Neugestaltung des Grundrechts auf Asyl erwies sich auch eine damit einhergehende Verkürzung des Rechtsschutzes für Asylsuchende als mit Art. 79 Abs. 3 GG vereinbar. Nach Art. 16a Abs. 2 S. 3 GG können Asylsuchende, die aus einem sicheren Drittstaat einreisen, ungeachtet eventueller Rechtsbehelfe sofort dorthin zurückgewiesen werden. Das Bundesverfassungsgericht erachtete dies als unbedenklich, weil die als sicher einzustufenden Drittstaaten vom Gesetzgeber bestimmt werden und dieser sich dabei vergewissern muß, daß dort die Anwendung der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 sowie der EMRK sichergestellt ist (Konzept der normativen Vergewisserung). Das Gericht ließ ausdrücklich offen, ob die in Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze auch ein unabänderbares rechtsstaatliches Prinzip individuellen Rechtsschutzes enthalten (was es in einer früheren Entscheidung bereits bejaht hatte)¹⁷ und begnügte sich mit der Feststellung, ein solcher Grundsatz werde hier jedenfalls nicht berührt.¹⁸

2) In einem Beschluß vom 18. April 1996¹⁹ bestätigte das Bundesverfassungsgericht seine bisherige Rechtsprechung, wonach es nicht gegen Art. 79 Abs. 3 GG verstößt, daß der im Einigungsvertrag²⁰ geregelte *Restitutionsausschluß für Grundstücks-Enteignungen unter sowjetischer Besatzungshoheit (1945 - 1949)* durch Verfassungsänderung für bestandskräftig erklärt worden ist. Nach dem Einigungsvertrag werden die zu Zeiten der Deutschen Demokratischen Republik (= DDR) enteigneten Grundstücke an die früheren Eigentümer bzw. deren Rechtsnachfolger zurückübertragen. Die Rückübertragung der schon vorher unter sowjetischer Besatzungshoheit enteigneten Grundstücke ist hingegen ausgeschlossen; der Einigungsvertrag läßt hier lediglich eine gesetzliche Regelung über staatliche Ausgleichszahlungen zu. In einer Entscheidung von 1991 hatte das Gericht dazu ausgeführt, die Bundesrepublik müsse nicht für die außerhalb des Geltungsbereiches des Grundgesetzes ergangenen Maßnahmen einer fremden Staatsgewalt einstehen, für die Betroffenen hätten zum Zeitpunkt der deutschen Wiedervereinigung keine Rechtspositionen mehr bestanden und die gewählte Lösung sei auch unter dem Gesichtspunkt des nachträglichen Ausgleichs früheren Unrechts

¹⁷ Vgl. BVerfGE 30, 1 (41). Das Bundesverfassungsgericht erwähnt diese frühere Entscheidung, schließt aber nicht daran an.

¹⁸ Vgl. BVerfGE 94, 49 (104).

¹⁹ BVerfGE 94, 12, betreffend den neu eingefügten Art. 143 Abs. 3 GG; siehe dazu auch die Anmerkung von WOLF, *NJW* 1996, 2013. Vgl. außerdem - auf diese Entscheidung Bezug nehmend - BVerfG *NJW* 1996, 2723; *NJW* 1997, 447; *NJW* 1997, 449, *NJW* 1997, 450.

²⁰ Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands vom 31. August 1990 (vgl. hier Anlage III, zu Art. 41).

unbedenklich. Die Wiedergutmachung früheren Unrechts könne ihre Wurzeln nur im Rechts- und Sozialstaatsprinzip haben. Diese Prinzipien seien in ihren Grundelementen, die der verfassungsändernde Gesetzgeber nicht außer acht lassen dürfe, jedenfalls nicht verletzt, wenn die Enteignungen nicht im Wege der Restitution in Natur bereinigt würden.²¹

Das Gericht hatte auch die Gleichheitsproblematik angesprochen. Es hatte zunächst herausgearbeitet, daß der *Grundsatz der Rechtsgleichheit und das Willkürverbot grundlegende Gerechtigkeitspostulate* darstellen, die unter dem Blickwinkel der Art. 1 und 20 GG auch der verfassungsändernde Gesetzgeber nicht außer acht lassen darf.²² Die nach Art. 79 Abs. 3 GG unantastbaren Grundelemente des Gleichheitssatzes seien hier aber nicht verletzt. Der Ausschluß der Restitution werde hinreichend dadurch gerechtfertigt, daß die DDR und die Sowjetunion auf einer Aufrechterhaltung der alten Enteignungen bestanden hätten und die Bundesregierung nach ihrer pflichtgemäßen Entscheidung auf diese Bedingung habe eingehen müssen, um die deutsche Wiedervereinigung nicht zu gefährden. Der Gesetzgeber sei allerdings nach dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verpflichtet, von der im Einigungsvertrag offen gehaltenen Möglichkeit zu einer gesetzlichen Regelung staatlicher Ausgleichsregelungen Gebrauch zu machen.²³

Gegen die Annahme, daß ein Bestehen auf der Rückgängigmachung *aller* Enteignungen die Wiedervereinigung gefährdet hätte, waren - zum Teil aufgrund erst später bekannt gewordener Tatsachen - Einwände erhoben worden. Das Gericht setzte sich in seinem Beschluß vom 18. April 1996 gründlich mit diesen Einwänden auseinander, hielt aber an seiner bisherigen Auffassung fest. Seine ausführlichen und aufschlußreichen Erörterungen zu den Verhandlungspositionen der DDR und der Sowjetunion²⁴ sind zwar nicht von rechtswissenschaftlichem, wohl aber von zeitgeschichtlichem Interesse. Zunächst wurde allerdings noch einmal hervorgehoben, daß die Wiedervereinigung Deutschlands ein verfassungsrechtliches Ziel dargestellt hatte,²⁵ dem angesichts seiner überragenden Bedeutung Vorrang eingeräumt werden durfte. Letzteres galt natürlich um so mehr, als die Interessen der früheren Eigentümer bei einem Scheitern der Wiedervereinigung auch nicht befriedigt worden wären. Außerdem unterstrich das Gericht die Grenzen seiner Kontrollbefugnis: Die Einschätzung der Verhandlungslage war Sache der Bundesregierung, die im Bereich der Außenpolitik über ein weites politisches Ermessen verfügt. Das Bundesverfassungsgericht darf ihre Lagebeurteilung nicht durch seine eigene ersetzen, sondern lediglich darauf überprüfen, ob sie pflichtwidrig vorgenommen wurde. Letzteres kann aber erst dann angenommen werden, wenn sich der Regierung bei den Verhandlungen geradezu aufdrängen mußte, daß sie von falschen Tatsachen ausging. Davon konnte hier nicht die Rede sein.²⁶

²¹ BVerfGE 84, 90 (122 ff.). Die Europäische Kommission für Menschenrechte hat Beschwerden gegen diese Entscheidung als unzulässig zurückgewiesen. Art. 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention i.V.m. Art. 1 des Zusatzprotokolls vom 20. März 1952 finde auf die Enteignungen in der sowjetischen Besatzungszone zwischen 1945 und 1949 keine Anwendung (Beschluß vom 4. März 1996, *Weidlich und andere v. Deutschland*, NJW 1996, 2291).

²² BVerfGE 84, 90 (120 f.); vgl. jetzt auch BVerfGE 94, 12 (34).

²³ BVerfGE 84, 90 (127 f.).

²⁴ BVerfGE 94, 12 (36 ff.).

²⁵ Vgl. bereits BVerfGE 36, 1 (17).

²⁶ BVerfGE 94, 12 (34 ff.).

III. GRUNDRECHTE UND GRUNDRECHTSGLEICHE RECHTE

1) Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist ein Teilbereich des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG), dessen Wesen und Inhalt sich erst aus dem Zusammenhang mit der Garantie der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) ergibt.²⁷ Es beinhaltet auch das Recht des Menschen auf Respektierung seiner eigenen persönlichen Entscheidung über seine Geschlechtszugehörigkeit. Bereits 1978 hatte das Bundesverfassungsgericht entschieden, daß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gebietet, die Eintragung des männlichen Geschlechts eines Transsexuellen im Geburtsbuch jedenfalls dann zu berichtigen, wenn es sich nach den medizinischen Erkenntnissen um einen irreversiblen Fall von Transsexualismus handelt und eine geschlechtsanpassende Operation durchgeführt worden ist.²⁸ Das hatte damals zum Erlaß des Transsexuellengesetzes geführt. Dieses ermöglicht neben der rechtlich anerkannten Geschlechtsänderung durch geschlechtsanpassende Operation (sogenannte "große Lösung") schon im Vorfeld dazu die Änderung des Vornamens ("kleine Lösung"), um es der transsexuellen Person zu erlauben, schon frühzeitig ihrer psychischen Befindlichkeit entsprechend in der Rolle des anderen Geschlechts aufzutreten. In Anknüpfung an seine Rechtsprechung von 1978 stellte das Gericht jetzt in einer Entscheidung zur *Anrede Transsexueller nach der Namensänderung*²⁹ klar, daß die transsexuelle Person, auch wenn sich ihr Geschlecht nach dem Personenstandsrecht noch nicht geändert hat, schon nach der Namensänderung von den staatlichen Organen verlangen kann, dem Geschlecht, dem sie sich zugehörig fühlt und ihrem neuen Namen entsprechend mit der neuen Anrede als "Frau" bzw. "Herr" angesprochen zu werden. Im vorliegenden Fall, der mit einer erfolgreichen Verfassungsbeschwerde endete, hatten es die Behörden und Gerichte für richtig gehalten, eine Transsexuelle zwar mit dem neuen weiblichen Vornamen aber dennoch weiterhin als "Herr..." anzureden.

2) Recht auf effektiven Rechtsschutz in zivilrechtlichen Streitigkeiten (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG)

Das Grundgesetz gewährt dem Bürger nicht nur das Recht auf einen offenen Rechtsweg und einen effektiven Rechtsschutz gegen alle Maßnahmen der öffentlichen Gewalt (vgl. Art. 19 Abs. 4), sondern ebenso das Recht auf effektiven Rechtsschutz in allen zivilrechtlichen Streitigkeiten, auch Justizgewähranspruch³⁰ genannt. Die objektiv-rechtliche Pflicht des Staates zur Rechtsschutzgewährung ergibt sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG). Das korrespondierende subjektive Recht des Bürgers folgt aus dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip, also aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG.³¹ Es umfaßt das Recht auf Zugang zu den Gerichten und auf eine grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstandes sowie eine verbindliche Entscheidung durch den Richter.³²

²⁷ Siehe dazu bereits die Chronik für 1994, *ERPL/REDP*, vol. 7 (1995), no 4, S. 1127 f.

²⁸ BVerfGE 49, 286.

²⁹ BVerfG *NJW* 1997, 1632.

³⁰ BVerfGE 85, 337 (345); PAPIER, in: Isensee/Kirchhof (Herausgeber), *Handbuch des Staatsrechts*, Band 6, 1989, § 153, Randnummer (= Rdnr.) 23 f.

³¹ BVerfGE 88, 118 (123 ff.); 85, 337 (345) mit weiteren Nachweisen.

³² BVerfGE 85, 337 (45); 54, 277 (291).

In einer Entscheidung zu den *Risiken der Übermittlung fristwahrender Schriftsätze per Telefax*³³ ging es darum, daß die Gerichte bei der Auslegung der einschlägigen Vorschriften in den Prozeßordnungen die Anforderungen an das, was der Betroffene unternommen haben muß, um nach einer Fristversäumnis Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erlangen, nicht überspannen dürfen.³⁴ Die Gerichte dürfen Fristversäumnisse, die daraus resultieren, daß sie Schriftsätze mit Verzögerung entgegengenommen haben, nicht dem Bürger anlasten.³⁵ Ebenso wenig dürfen sie die Verantwortung für die Risiken der Entgegennahme rechtzeitig in ihren Gewahrsam gelangter Schriftsätze auf diesen abwälzen.³⁶ Jetzt entschied das Bundesverfassungsgericht, daß ein Gericht, das den Wege der Übermittlung von Schriftsätzen per Telefax eröffnet hat, die besonderen Risiken tragen muß, die sich aus den technischen Gegebenheiten dieses Kommunikationsmittels ergeben. Dies gilt nicht nur für Störungen des Empfangsgerätes im Gericht, die ohnehin der Sphäre des Gerichtes zuzurechnen sind, sondern auch für Leitungsstörungen. Erst Leitungen und Gerät gemeinsam stellen die vom Gericht eröffnete Zugangsmöglichkeit dar, weswegen auch eine Leitungsstörung als ein vom Gericht zu verantwortendes Versagen dieser Zugangseinrichtung anzusehen ist. Für Rechtsanwälte bedeutet dies eine erhebliche Arbeitserleichterung: Wenn sie ein funktionsfähiges Sendegerät ordnungsgemäß nutzen, die Empfängernummer korrekt eingeben und so rechtzeitig mit der Übermittlung beginnen, daß unter normalen Umständen mit deren Abschluß bis 24.00 Uhr des letzten Tages der Frist zu rechnen ist, haben sie das ihrerseits Erforderliche für die Fristwahrung getan. Für den Fall des Scheiterns der Fax-Übermittlung darf ihnen nicht abverlangt werden, innerhalb kürzester Zeit den rechtzeitigen Zugang des Schriftsatzes auf andere Weise sicherzustellen.

3) *Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG)*

In seinem Urteil vom 14. Mai 1996 zum *Flughafen-Asylverfahren*³⁷ gelangte das Bundesverfassungsgericht unter anderem zu dem Ergebnis, daß es keinen Eingriff in die Freiheit der Person (körperliche Bewegungsfreiheit) und erst recht keine Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 Abs. 2 GG darstellt, wenn der Aufenthalt von Ausländern, die bei ihrer Ankunft auf dem Flughafen Asyl beantragt haben, auf bestimmte Räumlichkeiten in der Transitzone des Flughafens beschränkt wird. Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG gewährleistet nicht das Recht, sich unbegrenzt überall aufhalten oder hinbegeben zu können. Es ist erst dann berührt, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt daran gehindert wird, einen Ort oder Raum aufzusuchen oder sich dort aufzuhalten, der ihm an sich - tatsächlich und rechtlich - zugänglich ist. Rechtliche oder tatsächliche Hindernisse für das Überschreiten der Staatsgrenze (hier: das Betreten deutschen Staatsgebietes außerhalb des Transitbereichs des Flughafens) schränken die Freiheit der Person also von vornherein nicht ein.³⁸ Noch weniger kann von einer *Freiheitsentziehung* die Rede sein, über die nach Art. 104 Abs. 2 GG der Richter entscheiden müßte. Sie setzt nämlich voraus, daß die tatsächlich und rechtlich gegebene körperliche Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin aufgehoben wird,³⁹ was im Flughafen-

³³ BVerfG *NJW* 1996, 2857.

³⁴ Vgl. bereits BVerfGE 40, 88 (91); 67, 208 (212 f.).

³⁵ Vgl. bereits BVerfGE 52, 203 (207).

³⁶ Vgl. bereits BVerfGE 69, 381 (386).

³⁷ BVerfGE 94, 166 = *DVBl.* 1996, 739 = *JZ* 1996, Sonderheft Juni 1996, 38 = *NWZ* 1996, 678.

³⁸ BVerfGE 94, 166 (198 f.).

³⁹ BVerfGE 94, 166 (198).

Asylverfahren schon deswegen nicht der Fall ist, weil der Betroffene den Flughafen jederzeit durch einen Flug ins Ausland verlassen kann.

Der französische Conseil constitutionnel war in einer Entscheidung von 1992⁴⁰ davon ausgegangen, daß das Festhalten von Asylsuchenden in der Transitzone deswegen als Freiheitsentziehung (*détention* im Sinne des Art. 66 der französischen Verfassung von 1958) zu bewerten ist, weil sie die Merkmale einer besonders schweren und einer besonders langen Beeinträchtigung in sich vereinigt. Mit ähnlicher Argumentation hat mittlerweile der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 EMRK angenommen. Danach ist bei der Qualifizierung einer bestimmten Maßnahme von der konkreten Situation auszugehen und sind verschiedene Kriterien wie Art, Dauer, Auswirkungen und Art der Durchführung der Maßnahme heranzuziehen. Es handele sich hier lediglich um eine Frage des Grades und der Intensität der Einschränkung, nicht der Natur oder der Substanz.⁴¹ Auch wenn diese Rechtsprechung möglicherweise nicht jedermann überzeugen kann, weil sie klare Begriffsabgrenzungen durch weiche Kriterien unmöglich macht und dadurch Gefahr läuft, den Begriff der Freiheitsentziehung zu verwässern, muß es doch jedenfalls Kritik begegnen, daß sich das Bundesverfassungsgericht mit der schon vor seiner Entscheidung vom Conseil constitutionnel vertretenen und auch für das deutsche Verfassungsrecht durchaus vertretbaren Argumentation überhaupt nicht auseinandergesetzt hat. Im zusammenwachsenden Europa, dessen Staaten immer häufiger mit denselben oder ähnlichen Problemen (auch Rechtsproblemen) konfrontiert werden, sollte die Aufmerksamkeit auch auf die Verfassungsrechtsprechung in den Nachbarländern gerichtet werden.

4) Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

Auch 1996 mußte sich das Bundesverfassungsgericht mehrfach mit dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) beschäftigen, der es verbietet, wesentlich Gleiches willkürlich ungleich oder wesentlich Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln (Willkürverbot).⁴² Danach fordert jede Differenzierung einen vernünftigen, sachlich einleuchtenden Grund.⁴³ Nach der vom Ersten Senat entwickelten "neuen Formel" müssen zwischen zwei Personengruppen, die ungleich behandelt werden, Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht festgestellt werden können, daß sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen können.⁴⁴ Diese Linie hat sich 1996 in der Rechtsprechung sowohl des Ersten als auch des Zweiten Senats weiter durchgesetzt.⁴⁵

a) Eine Entscheidung betraf das Problem der *rentenrechtlichen Bewertung von Kindererziehungszeiten*.⁴⁶ Nach dem deutschen Rentenrecht sind bei der Berechnung der Renten zugunsten der Mütter und Väter sogenannte Kindererziehungszeiten anzurechnen, und zwar unabhängig davon, ob die versicherte Person für den betreffenden Zeitraum Beiträge in die Rentenversicherung eingezahlt hat oder nicht. Auf diese Weise soll honoriert werden, daß die

⁴⁰ C.C. 25. Februar 1992, 92-307 DC, Journal officiel vom 27. Februar 1992, S. 30003.

⁴¹ EGMR, Urteil vom 25. Juni 1996, *Amuur v. Frankreich*, *EuGRZ* 1996, 577, Erwägungsgründe Nr. 42 ff.

⁴² Siehe zum allgemeinen Gleichheitssatz bereits die Chronik vom Vorjahr, *ERPL/REDP*, vol 8 (1996), no 4, S. 1275 ff.

⁴³ Siehe bereits BVerfGE 1, 14 (52); 4, 144 (155).

⁴⁴ BVerfGE 55, 72 (88); 88, 5 (12); 88, 87 (96 f.); 89, 365 (375); 91, 389 (401); 92, 26 (51 f.); 92, 365 (407 f.).

⁴⁵ Siehe aus der Rechtsprechung des Ersten Senats z.B. BVerfGE 94, 241 (260); 95, 39 (45), aus der des Zweiten Senats BVerfGE 93, 386 (397).

⁴⁶ Vgl. BVerfGE 94, 241.

Eltern mit der Erziehung ihrer Kinder allgemein zur Sicherung des Rentensystems beigetragen haben. Infolge gesetzlicher Regelungen, die das Bundesverfassungsgericht jetzt für (teilweise) unvereinbar mit Art. 3 Abs. 1 GG erklärte, wirkten sich die Kindererziehungszeiten allerdings bisher nicht für alle gleichermaßen günstig auf die Rente aus: Wer durch Beitragszahlungen bereits eine bestimmte Anzahl von Werteinheiten für den betreffenden Zeitraum erreicht hatte, erhielt keine zusätzlichen Werteinheiten gutgeschrieben - also keinerlei Vorteile -, während den anderen, die keine oder nur geringfügige Zahlungen geleistet hatten, die Kindererziehungszeit mit genau jener Anzahl von Werteinheiten angerechnet wurde. Wer neben der Kindererziehung noch gearbeitet hatte und daher beitragspflichtig geworden war oder aber freiwillig in die Rentenversicherungskasse eingezahlt hatte, wurde für seine Erziehungsmühen also weniger oder gar nicht belohnt.

Für diese Ungleichbehandlung fehlte es an einem sachlich rechtfertigenden Grund. Auf das sogenannte Lückenschließungsprinzip ließ sie sich nicht stützen. Nach diesem rentenpolitischen Grundsatz, der sich an mehreren Stellen im geltenden Rentenrecht niedergeschlagen hat, sollen Lücken in der Beitragszahlung bei der Berechnung der Renten durch Anrechnung von Ersatzzeiten, Ausfallzeiten, besonderen Anrechnungszeiten etc. ausgeglichen werden. Die Annahme einer "Lücke" setzt allerdings voraus, daß der Versicherte ansonsten in das System der gesetzlichen Rentenversicherung integriert ist, das heißt für die Zeiträume vor und nach der "Lücke" der Beitragspflicht unterliegt. Das war hier aber nicht der Fall, denn die Kindererziehungszeiten konnten auch rentenbegründend wirken, kamen also auch solchen Personen zugute, die niemals der Solidargemeinschaft der Rentenversicherten angehört hatten.⁴⁷

Mit dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) ließ sich die Ungleichbehandlung auch nicht begründen. Das Sozialstaatsprinzip verpflichtet den Staat, für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen.⁴⁸ Das kann unter Umständen Ungleichbehandlungen im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG sachlich rechtfertigen. Insbesondere kann es aufgrund des Sozialstaatsprinzips zulässig sein, soziale Ausgleichsleistungen (wie hier für die Kindererziehung) nur dorthin zu lenken, wo im Einzelfall ein Bedarf festgestellt wird (hier: wo die Kindererziehung beim erziehenden Elternteil Sicherungslücken in der Rentenbiographie hinterlassen hat). Im Rahmen des gesetzlichen Rentenversicherungssystems, das nicht an konkrete Bedarfslagen, sondern an die vorher geleisteten Beitragszahlungen anknüpft, reicht der Bedarfsgesichtspunkt jedoch für sich allein nicht als Differenzierungsgrund aus. Der Wert der Kindererziehung für die Rentenversicherung wird nicht dadurch reduziert oder gar aufgehoben, daß der Erzieher während dieser Zeit einer versicherungspflichtigen Beschäftigung nachgeht oder für den betreffenden Zeitraum freiwillige Beiträge entrichtet.⁴⁹ - Damit ist nicht gesagt, daß dem Gesetzgeber nichts anderes übrig bleibt, als allgemein die kumulative Berücksichtigung der Kindererziehung bei der Rentenberechnung vorzuschreiben. Er muß aber jedenfalls, wenn er die soziale und wirtschaftliche Lage kindererziehender Mütter und Väter bedarfsorientiert verbessern will, nach neuen Wegen - innerhalb oder außerhalb des Rentenversicherungssystems - suchen.⁵⁰

b) An einem sachlich rechtfertigenden Grund fehlte es auch bei den *unterschiedlich hohen Auslandszuschlägen für Beamte und Soldaten*.⁵¹ Nach einer Vorschrift im Bundesbesoldungs-

⁴⁷ Vgl. BVerfGE 94, 241 (262).

⁴⁸ Vgl. bereits BVerfGE 5, 85 (198); 22, 180 (204); 27, 253 (283).

⁴⁹ BVerfGE 94, 241 (263 f.).

⁵⁰ BVerfGE 94, 241 (264 f.).

⁵¹ Vgl. BVerfGE 93, 386.

gesetz kamen nur die deutschen Soldaten, nicht aber die deutschen Beamten, die im Ausland in integrierten militärischen Stäben verwendet werden, in den Genuß eines erhöhten Auslandszuschlages. Der Gesetzentwurf hatte den höheren Zuschlag sowohl für die Soldaten in den Stäben als auch allgemein für die Beamten an zwischenstaatlichen und überstaatlichen Einrichtungen vorgesehen, was die Gruppe der Beamten in den Stäben eingeschlossen hätte. Die Passage über die zwischen- und überstaatlichen Einrichtungen war später auf Verlangen des Bundesrates gestrichen worden, ohne dafür die Beamten in den militärischen Stäben in die Regelung für die Soldaten einzubeziehen. Das Bundesverfassungsgericht ging davon aus, daß es sich hier um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers handelte, zumal die Materialien zu den Gesetzgebungsarbeiten keinerlei Hinweis darauf gaben, inwiefern sich der Gesetzgeber überhaupt mit der Frage der so zustande gekommenen Ungleichbehandlung von Soldaten und Beamten auseinandergesetzt haben könnte.⁵² Es stützte seine Entscheidung aber nicht allein darauf, denn nicht schon eine subjektive Willkür des Gesetzgebers führt zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Norm, sondern nur deren objektive Unangemessenheit im Verhältnis zu der tatsächlichen Situation, die sie regeln soll.⁵³ An der bestanden hier jedoch keine Zweifel. Der von der Bundesregierung in einer Stellungnahme im Verfahren angeführte Differenzierungsgrund der ungleichen Belastung der Betroffenen infolge unterschiedlich häufiger Auslandsverwendung war zwar grundsätzlich geeignet, um ungleiche Besoldungszuschläge zu rechtfertigen, doch ließen sich nach den vorgelegten Zahlen Unterschiede in der Häufigkeit der Auslandsverwendung, die es zulassen würden, von einer größeren *gruppenspezifischen* Sonderbelastung der Soldaten zu sprechen, auch bei großzügiger Beurteilung nicht feststellen.⁵⁴

c) In einem Beschluß vom 8. Oktober 1996 zur *personalvertretungsrechtlichen Benachteiligung der zivilen Arbeitnehmer bei den NATO-Truppen*⁵⁵ entschied das Bundesverfassungsgericht über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes, mit dem der Bundestag dem Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut zugestimmt hatte. Völkerrechtliche Verträge, die die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder Gegenstände der Bundesgesetzgebung betreffen, bedürfen nach Art. 59 Abs. 2 GG der parlamentarischen Zustimmung. Nicht die Verträge, wohl aber die Zustimmungsgesetze können vom Bundesverfassungsgericht auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft werden, was in der Wirkung auf eine mittelbare Überprüfung der Verträge hinausläuft. Im vorliegenden Fall bestanden Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit einiger Protokollbestimmungen, die den Personalvertretungen der Zivilbeschäftigten bei den in Deutschland stationierten ausländischen NATO-Truppen geringere Mitwirkungsrechte einräumten, als sie das deutsche Recht für die Personalvertretungen der Zivilbeschäftigten bei der Bundeswehr vorsieht. Für diese Ungleichbehandlung der zivilen Arbeitnehmer der deutschen und der ausländischen Streitkräfte fehlte es an einem im Regelungsgegenstand selbst liegenden rechtfertigenden Grund. Angesichts der vergleichbaren Funktionen der Bundeswehr und der Stationierungstreitkräfte innerhalb des militärischen Bündnisses waren militärische Notwendigkeiten nicht erkennbar. Die NATO-Partner können auch nicht etwa eine Sonderstellung beanspruchen, nur weil es sich um souveräne Staaten handelt, denn sie treten hier als private Arbeitgeber auf, und für die gilt nach dem im inter-

⁵² BVerfGE 93, 386 (398 f.).

⁵³ Ständige Rechtsprechung; vgl. zuletzt BVerfGE 80, 48 (51); 86, 59 (63).

⁵⁴ BVerfGE 93, 386 (400 f.).

⁵⁵ BVerfGE 95, 33.

nationalen Arbeitsrecht durchgesetzten Territorialitätsprinzip grundsätzlich das Recht des Aufnahmestaates.⁵⁶

Das Bundesverfassungsgericht gelangte aufgrund der vorstehenden Überlegungen zunächst zu dem Zwischenergebnis, daß die betreffenden Regelungen als solche dem allgemeinen Gleichheitssatz widersprechen. Dennoch sah es in ihnen keinen Verfassungsverstoß. Der Widerspruch zu Art. 3 Abs. 1 GG sei hinzunehmen, weil die Bundesrepublik beim Aushandeln der Stationierungsverträge in ihrer Handlungsfreiheit beschränkt gewesen sei und es ihr trotz fortlaufender Bemühungen nicht gelungen sei, die Beteiligungsrechte der zivilen Arbeitnehmer bei den Stationierungskräften denen bei der Bundeswehr völlig anzugleichen.⁵⁷ Das Gericht bezog sich auf seine frühere Rechtsprechung, wonach politische Verträge, die schrittweise die besatzungsrechtliche Ordnung abbauen, schon dann mit dem Grundgesetz vereinbar sind, wenn der durch sie geschaffene Zustand der Verfassung näher steht als der frühere und wenn ein besseres Verhandlungsergebnis nicht erreicht werden konnte. Das Grundgesetz gestattet in diesem besonderen zeitgeschichtlichen Zusammenhang eine schrittweise Annäherung an eine volle Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Gebote, solange eine uneingeschränkte Beachtung nicht möglich ist.⁵⁸ Im Hinblick auf solche Rahmenbedingungen war seinerzeit der Abschluß der Stationierungsverträge zulässig gewesen. Eine vergleichbare Lage sah das Gericht aber auch heute noch: Die Einbindung der Bundesrepublik in das westliche Bündnis gehöre zu den Eckpfeilern der deutschen Außenpolitik und könne im Hinblick auf ihre grundlegende Bedeutung bei Verhandlungen über Fragen, wie sie hier betroffen seien, nicht ernsthaft in Frage gestellt werden. Insofern unterliege die Bundesregierung bei den Vertragsverhandlungen außenpolitischen Zwängen, die aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht anders zu bewerten seien als jene bei den Verhandlungen über den Abbau der besatzungsrechtlichen Ordnung.⁵⁹

Die vom Bundesverfassungsgericht gewählte Begründung ist nicht unproblematisch, denn sie beruht auf Prämissen, die sich hinterfragen lassen. Für die politische Stellung der Bundesrepublik in der Welt dürfte die Westeinbindung heute ebenso oder fast ebenso wichtig sein wie früher einmal der Abbau der besatzungsrechtlichen Ordnung. Für die Verwirklichung der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, die seinerzeit durch das Besatzungsregime beeinträchtigt worden war, das heißt für die Schaffung und Aufrechterhaltung eines Zustandes, in dem sich Verfassungsordnung und Verfassungswirklichkeit weitgehend entsprechen, hat sie jedoch keine grundsätzliche Bedeutung. Das Grundgesetz ließe sich auch ohne NATO-Einbindung effektiv in die Wirklichkeit umsetzen. Die Lage der Bundesrepublik unterscheidet sich insofern nicht von der anderer westeuropäischer Verfassungsstaaten. Anders als beim Abbau des Besatzungsregimes kann hier also durchaus bezweifelt werden, ob sich ein (der Verfassung als Ganzes zu entnehmendes) Interesse feststellen läßt, zugunsten einer besser gesicherten Gesamtverwirklichung der Verfassung in einzelnen untergeordneten Angelegenheiten Verfassungsbrüche in Kauf zu nehmen. Gerade auf eine solche Argumentation läuft es jedoch hinaus, wenn das Gericht erst die Unvereinbarkeit des vorgelegten Zustimmungsgesetzes mit dem allgemeinen Gleichheitssatz klar herausstellt und dann einräumt, der gleichheitswidrige - also an sich verfassungswidrige - Zustand sei im Hinblick auf die begrenzten außenpolitischen Gestaltungsmöglichkeiten hinzunehmen. Dieser umständliche Wege hätte sich vermeiden lassen, wenn das Gericht das elementare Interesse der Bundesrepublik an der Westeinbindung und die sich daraus ergebenden Sachzwänge als externen, das heißt außer-

⁵⁶ BVerfGE 95, 39 (46).

⁵⁷ BVerfGE 95, 39 (46).

⁵⁸ Vgl. bereits BVerfGE 4, 157 (168 ff.); 15, 337 (348 ff.).

⁵⁹ BVerfGE 95, 39 (47 f.).

halb des Regelungsgegenstandes selbst liegenden, aber dennoch zu berücksichtigenden sachlichen Grund zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung gewertet hätte. Eine Auseinandersetzung mit dieser Lösungsmöglichkeit findet sich in dem Beschluß vom 8. Oktober 1996 nicht.

5) *Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG)*

Das Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung wurde erst mit der Verfassungsreform von 1994 in das Grundgesetz aufgenommen. Der Standort der Regelung läßt seine sachliche Nähe zu den Differenzierungsverboten in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG⁶⁰ erkennen. Es unterscheidet sich von diesen allerdings dadurch, daß es nur zugunsten der Behinderten wirkt, weil es an einem dem Benachteiligungsverbot entsprechenden Bevorzugungsverbot fehlt. Darin verdeutlicht sich der Normzweck des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, die Stellung der behinderten Mitbürger in Recht und Gesellschaft zu stärken.

Eine Verletzung dieses Grundrechts sah das Bundesverfassungsgericht in einem Beschluß des Oberverwaltungsgerichts (= OVG) Lüneburg, der einer behinderten Schülerin den vorläufigen Rechtsschutz gegen die *Überweisung auf die Sonderschule*⁶¹ verwehrte.⁶² Das OVG war davon ausgegangen, daß die Maßnahme sachlich gerechtfertigt sei, hatte das aber nur mit einem nichtssagenden Hinweis auf "organisationsbedingte" Umstände an den allgemeinen Schulen begründet. Es hatte nicht näher dargelegt, weshalb die Behinderte die benötigte sonderpädagogische Förderung nicht auch an der von ihr besuchten Schule erhalten konnte, wo sogar die Einrichtung einer besonderen Integrationsklasse geplant war. Das Bundesverfassungsgericht beanstandete, die Begründung der Entscheidung lasse nicht erkennen, daß das OVG die *Ausstrahlungswirkung* des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG auf die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts (hier: des Schulgesetzes des Landes Niedersachsen) berücksichtigt habe. Das Niedersächsische Schulgesetz gestalte das Benachteiligungsverbot einfachrechtlich näher aus, indem es Schülern, die wegen einer Behinderung einer besonderen sonderpädagogischen Förderung bedürften, einen grundsätzlichen Anspruch auf gemeinsame Beschulung mit anderen Schülern gebe. Im Lichte von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG folge aus diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis für den Rechtsanwender eine *erhöhte Begründungspflicht*, wenn er vom gesetzlichen Regelfall abweichen wolle. Deshalb dürfe er die Möglichkeit der Aufnahme des behinderten Kindes in eine allgemeine Schule nicht einfach mit pauschalen Hinweisen auf die Funktionsfähigkeit der Schulen bei begrenzten organisatorischen und personellen Mitteln ausschließen.⁶³ - Daß der Behinderte trotz aller Vorteile insgesamt benachteiligt wird, wenn er zum Besuch der Sonderschule gezwungen wird, war für das Bundesverfassungsgericht so selbstverständlich, daß es darauf nicht ausdrücklich einging.

Das OVG Lüneburg hielt in einem erneuten Beschluß in derselben Angelegenheit⁶⁴ an seiner Entscheidung fest. Jetzt äußerte es sich eingehend zur konkreten Situation der betroffenen Schülerin und ihrer Schule, so wie es das Bundesverfassungsgericht verlangt hatte. In erster

⁶⁰ Verbot der Differenzierung nach Geschlecht, Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat, Herkunft, Glauben oder religiösen oder politischen Anschauungen.

⁶¹ Sonderschulen sind spezialisierte Schulen für Schüler, die wegen körperlicher, geistiger oder psychischer Beeinträchtigungen oder Beeinträchtigungen im Sozialverhalten einer sonderpädagogischen Förderung bedürfen.

⁶² Vgl. BVerfG *NJW* 1997, 1062 = *JZ* 1996, 1073; siehe zu dieser Entscheidung auch die Anmerkungen von DIETZE, *JZ* 1996, 1074 und A. JÜRGENS/G. JÜRGENS, *NJW* 1997, 1052; zur Problematik auch A. JÜRGENS, *DVBl.* 1997, 410; ENGELKEN, *DVBl.* 1997, 762; A. JÜRGENS, *DVBl.* 1997, 764.

⁶³ BVerfG *NJW* 1997, 1062 (1062 f.).

⁶⁴ OVG Lüneburg *NJW* 1997, 1087.

Linie nutzte es allerdings die Gelegenheit, sich kritisch mit dessen Entscheidung auseinanderzusetzen. Es wandte sich gegen die Interpretation des Niedersächsischen Schulgesetzes als einfachrechtliche Ausgestaltung des Benachteiligungsverbot mit Anspruch auf gemeinsame Beschulung und gab zu bedenken, daß das Schulgesetz bereits aus der Zeit vor der Einführung des neuen Grundrechts stamme. Vor allem aber rügte es, daß die Entscheidung nicht vom gesamten Senat, sondern nur von einer Kammer getroffen worden war. Nach § 93c Abs. 1 S. 1 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (= BVerfGG) kann die Kammer einer offensichtlich begründeten Verfassungsbeschwerde stattgeben, wenn es zur Durchsetzung der Grundrechte angezeigt ist und das Bundesverfassungsgericht die für die Beurteilung der Verfassungsbeschwerde maßgebliche verfassungsrechtliche Frage bereits entschieden hat. Das OVG machte geltend, daß eine Entscheidung zu Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG bislang noch nicht bekannt geworden war. Die Kammer hatte auch keine konkret zu Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG ergangene Entscheidung benannt. Sie hatte sich lediglich auf die *allgemeine* ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bezogen, nach der sich die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Entscheidungen der Fachgerichte darauf erstreckt, ob die Gerichte bei der Auslegung und Anwendung einfachen Rechts den Einfluß von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten nicht beachtet oder grundlegend verkannt haben.⁶⁵ Hier stellt sich die Frage, wie konkret die Vorgabe sein muß, damit man annehmen kann, daß eine verfassungsrechtliche Frage bereits im Sinne des § 93c Abs. 1 S. 1 BVerfGG entschieden ist. Dabei handelt es sich nur um eines der Probleme, die die stattgebenden Kammerentscheidungen mit sich bringen und die zu einer kritischen Auseinandersetzung mit diesem Institut geführt haben.⁶⁶

Das OVG setzte auch dem verfassungsgerichtlichen Verständnis des neuen Grundrechts sein eigenes entgegen. Eine Verstoß komme allenfalls dann in Betracht, wenn das Kind wegen seiner Behinderung in die Sonderschule "abgeschoben" werde, obwohl es für die normale Schule geeignet sei. Die Wirkung des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG werde im Schulbereich durch die staatliche Schulhoheit (Art. 7 Abs. 1 GG) begrenzt. Das Bundesverfassungsgericht sei schon wegen der Gestaltungsfreiheit der nach dem Grundgesetz für das Schulwesen zuständigen Länder zu großer Zurückhaltung verpflichtet. Im übrigen stehe Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG der Überweisung auf die Sonderschule regelmäßig schon deswegen nicht entgegen, weil er keine Leistungsansprüche begründe, das Verlangen einer gemeinsamen Unterrichtung mit nicht-behinderten Schülern wegen der dann erforderlichen Sonderbetreuung aber auf das Geltendmachen eines Leistungsanspruchs hinauslaufe.⁶⁷ - Unabhängig davon, wie man diese etwas ungewöhnliche "Replik" auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach Form und Inhalt beurteilt, wird man jedenfalls einräumen müssen, daß sie einen wirkungsvollen Beitrag darstellt, um die Diskussion über das Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung in Schwung zu halten. Es ist mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwarten, daß sich das Bundesverfassungsgericht bei Gelegenheit zu der einen oder anderen hier angerissenen Frage äußern wird.⁶⁸

⁶⁵ Vgl. z.B. BVerfGE 18, 85 (92 f.); 43, 130 (135); 89, 276 (285).

⁶⁶ Vgl. allgemein zur Problematik der stattgebenden Kammerentscheidungen BENDA, *NJW* 1995, 429; SENDLER, *NJW* 1995, 3291; STARCK, *JZ* 1996, 1033 (1041 f.).

⁶⁷ OVG Lüneburg *NJW* 1997, 1087 (1088 f.).

⁶⁸ Die behinderte Schülerin hat auch gegen den zweiten Beschluß des OVG Lüneburg Verfassungsbeschwerde erhoben. Das Bundesverfassungsgericht hat mittlerweile durch eine einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG die Wirkung des OVG-Beschlusses ausgesetzt (BVerfG *NJW* 1997, 1844), über die Verfassungsbeschwerde aber 1996 noch nicht entschieden.

6) *Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1, 1. HS GG)*

Auch 1996 war das Bundesverfassungsgericht wieder mit den Anforderungen befaßt, die sich aus dem Grundrecht der Meinungsfreiheit für die fachrichterliche Interpretation privater Äußerungen ergeben. In den vergangenen Jahren hatte es in den aufsehenerregenden Entscheidungen zur strafrechtlichen Verfolgung des pazifistischen Ausspruchs "Soldaten sind Mörder" besonders hervorgehoben, daß die Fachgerichte die von ihnen zu beurteilenden Äußerungen korrekt erfassen und würdigen müssen, ihnen insbesondere keinen Sinn entnehmen dürfen, den sie in Wirklichkeit nicht haben, und daß die Einhaltung dieser Anforderungen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt.⁶⁹ Nach den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts sollte sich diese Kontrolle darauf beschränken, ob die Fachgerichte bei der Subsumtion unter das Gesetz die Tragweite der Meinungsfreiheit nicht verkannt haben, doch hatte die Praxis in einigen der konkret entschiedenen Fälle Zweifel daran aufkommen lassen, ob sich das Gericht tatsächlich an seine eigenen Vorgaben hält.⁷⁰ Mit seinem Beschluß vom 13. Februar 1996 zur *zivilgerichtlichen Untersagung bestimmter Äußerungen*⁷¹ leistete es nunmehr einen Beitrag, um diese Zweifel zu zerstreuen. Zunächst stellte es klar, daß auch die fachrichterliche Qualifizierung einer Äußerung als Werturteil oder Tatsachenbehauptung wegen ihrer Bedeutung für die Schutzbereichsprüfung und für die Abwägung mit kollidierenden Rechtsgütern⁷² der verfassungsgerichtlichen Überprüfung nicht entzogen ist. Dann betonte es jedoch besonders, daß seine Kontrollbefugnis nicht weiter reiche als die Anforderungen, die das Grundrecht an die Deutung von Äußerungen stelle, und daß es daher nicht seine Aufgabe sei, den Sinn einer umstrittenen Äußerung abschließend zu bestimmen oder eine unter Beachtung der grundrechtlichen Anforderungen erfolgte Deutung durch eine andere zu ersetzen, die es für treffender halte.⁷³ Im konkreten Fall ging es um eine Äußerung auf einem Flugblatt, die man entweder als Bewertung der nachfolgend aufgeführten Tatsachen (und damit als Werturteil) oder aber als bloße Zusammenfassung der nachfolgenden Tatsachenbehauptungen (und damit selbst als - weniger geschützte - Tatsachenbehauptung) verstehen konnte. Das Bundesverfassungsgericht übte hier deutlich Zurückhaltung: Es enthielt sich von vornherein jeglicher eigenen Stellungnahme zur "richtigen" Interpretation, so daß aus der Entscheidung nicht einmal hervorgeht, welcher es eigentlich selbst zuneigt, und überprüfte lediglich die dem Beschwerdeführer der erfolglosen Verfassungsbeschwerde ungünstige Deutung durch das letztinstanzliche Gericht auf ihre Vertretbarkeit.⁷⁴

Von Interesse ist im übrigen eine leichte Abschwächung in der Formulierung der verfassungsrechtlichen Anforderungen: Während es in früheren Entscheidungen hieß, die zur Verurteilung führende Deutung dürfe erst dann zugrundegelegt werden, wenn andere, ebenfalls mögliche Deutungen mit "überzeugenden Gründen" ausgeschlossen worden seien,⁷⁵ verlangte das Bundesverfassungsgericht jetzt lediglich "tragfähige Gründe"⁷⁶. Das verstärkt den Eindruck, daß es ihm auf eine eingehende Auseinandersetzung mit den anderen Alternativen und auf die Vertretbarkeit der trichterlichen Deutung und nicht auf seine eigene Überzeugung

⁶⁹ Siehe bereits BVerfG *NJW* 1994, 2943 und BVerfGE 93, 166 sowie dazu die Chroniken für die Jahre 1994 und 1995, *ERPL/REDP*, vol. 7 (1995), no 4, S. 1136 f. und *ERPL/REDP*, vol 8 (1996), no 4, S. 1289 f.

⁷⁰ Vgl. bereits die abweichende Meinung der Richterin HAAS zu BVerfGE 93, 266 (BVerfGE 93, 313 ff.).

⁷¹ BVerfGE 94, 1; siehe dazu auch die Anmerkung von SEITZ, *NJW* 1996, 1518.

⁷² Vgl. dazu bereits die Chronik für das Jahr 1994, *ERPL/REDP*, vol. 7 (1995), no 4, S. 1137 f.

⁷³ BVerfGE 94, 1 (8 ff.).

⁷⁴ Vgl. BVerfGE 94, 1 (10 f.).

⁷⁵ Vgl. etwa BVerfG *NJW* 1994, 2941; BVerfGE 85, 1 (14); 82, 272 (280 f.).

⁷⁶ BVerfGE 94, 1 (9); in diese Richtung gehend bereits BVerfGE 93, 266 (295 f.), wo "schlüssige Gründe" verlangt werden.

von deren Richtigkeit ankommt.⁷⁷ Ob es sich hier um mehr als eine bloße Variante in der Formulierung handelt, wird sich allerdings erst nach weiteren Entscheidungen beurteilen lassen.

7) Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1, 2. HS GG)

Das Grundrecht der Informationsfreiheit umfaßt auch das Recht zur Installation von *Parabolantennen zum Satellitenempfang ausländischer Fernsehprogramme*. Dieses Recht ist vor allem für ausländische Mitbürger von Bedeutung, die über Satellit Zugang zu Programmen aus dem Heimatland erlangen wollen, die nicht in das Kabelnetz eingespeist werden. Es muß bei der Anwendung der Vorschriften im Bürgerlichen Gesetzbuch (= BGB), die die Rechte und Pflichten der Wohnungsmieter und -vermieter regeln, und bei der Anwendung des Wohnungseigentumsgesetzes (= WEG) auf die Verhältnisse unter Wohnungseigentümern berücksichtigt werden.⁷⁸ Die Gerichte müssen aber, wie jetzt entschieden wurde, nicht über besondere zivilrechtsdogmatische Konstruktionen sicherstellen, daß der Mieter einer Eigentumswohnung dieses Recht unmittelbar der Eigentümergemeinschaft entgegenhalten kann, wenn diese von ihm die Beseitigung einer von ihm angebrachten Antenne verlangt. Es ist ausreichend, wenn er den Vermieter gestützt auf §§ 535, 536, 242 BGB darauf in Anspruch nehmen kann, daß er eine ihm selbst gegenüber bestehende Duldungspflicht der übrigen Wohnungseigentümer nach § 14 Nr. 3 WEG einfordert und im Falle des Bestreitens gemäß § 43 I Nr. 1 WEG gerichtlich klären läßt. Dieser Weg ist komplizierter und führt außerdem zu einer verzögerten Realisierung des grundrechtlich geschützten Interesses des ausländischen Mieters, doch fallen diese Erschwernisse nicht so stark ins Gewicht, daß sie als unverhältnismäßige Belastung mit Art. 5 Abs. 1 S. 1 2. HS GG nicht mehr vereinbar wären.⁷⁹

Ist ein Mieter in letzter Instanz zur Entfernung der Antenne verurteilt worden, muß er dem Urteil auch dann Folge leisten, wenn er dagegen Verfassungsbeschwerde erhoben hat, denn letztere hemmt die Rechtskraft des angegriffenen Urteils nicht. Er kann allenfalls eine einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG beantragen, mit der das Bundesverfassungsgericht unter Umständen die Vollstreckung aus dem Urteil aussetzen kann. Bringt er die Antenne in Mißachtung des Urteils nach dessen Vollstreckung eigenmächtig wieder an, muß er mit einer fristlosen Kündigung des Mietverhältnisses nach § 554a BGB rechnen. Der Erfolg der Verfassungsbeschwerde führt nicht dazu, daß die Zivilgerichte in einem späteren Räumungsprozeß allein im Hinblick darauf, daß das vom Bundesverfassungsgericht aufgehobene Urteil die Informationsfreiheit des Mieters nicht hinreichend berücksichtigt hatte, die fristlose Kündigung trotz des schwerwiegenden Verstoßes gegen die zunächst rechtskräftig festgestellten Mieterpflichten für unzulässig erachten müßten.⁸⁰

8) Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG)

In einem Beschluß vom 24. April 1996⁸¹ erklärte das Bundesverfassungsgericht nach zehnjähriger Verfahrensdauer das *Gesetz von 1985 über befristete Arbeitsverträge mit wissenschaftlichem Personal an Hochschulen und Forschungseinrichtungen* für verfassungsgemäß. Das Gesetz hatte die zuvor durch die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte und einige tarif-

⁷⁷ Vgl. dazu näher SEITZ, *NJW* 1996, 1518 (1519).

⁷⁸ Siehe bereits BVerfGE 90, 27 und BVerfG *NJW* 1995, 1665 und dazu die Chroniken für die Jahre 1994 und 1995, *ERPL/REDP*, vol. 7 (1995), no 4, S. 1139 ff. und *ERPL/REDP*, vol 8 (1996), no 4, S. 1292 f.

⁷⁹ BVerfG *NJW* 1996, 2858.

⁸⁰ BVerfGE 93, 381.

⁸¹ BVerfGE 94, 268; siehe dazu auch die abweichende Meinung des Richters KÜHLING, BVerfGE 94, 294.

vertragliche Regelungen stark eingeschränkten Möglichkeiten zum Abschluß zeitlich begrenzter Arbeitsverhältnisse im wissenschaftlichen Bereich wieder erweitert und gleichzeitig rechtliche Unsicherheiten beseitigt, die die Personalplanung der wissenschaftlichen Einrichtungen erschwert hatten. Dadurch sollte gewährleistet werden, daß den Hochschulen und Forschungseinrichtungen ein hinreichender Handlungsspielraum bleibt, um einen ständigen Austausch von wissenschaftlichem Personal sicherzustellen, wie er für eine qualitativ hochstehende Forschung und Lehre unentbehrlich ist. Zuvor waren Bemühungen um eine großzügigere Regelung im Tarifvertrag am Widerstand der Arbeitnehmervertretungen gescheitert. Eine besondere Bestimmung in dem neuen Gesetz, eine sogenannte Tarifsperrung, machte es den Tarifpartnern jetzt unmöglich, durch zukünftige tarifvertragliche Vereinbarungen die Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge erneut einzuschränken. Die Beschwerdeführer einer erfolglosen Verfassungsbeschwerde, zwei Gewerkschaften, sahen mit diesem Gesetz das Recht der Tarifpartner, in Tarifverträgen mit normativer Wirkung den Abschluß, die Beendigung und den Inhalt von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen zu regeln (Tarifautonomie)⁸² und damit ihr Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG verletzt.

Das Bundesverfassungsgericht bestätigte, daß das Gesetz in die Koalitionsfreiheit eingreift, weil es die bestehenden tarifvertraglichen Regelungen für den wissenschaftlichen Bereich außer Kraft setzt und hinsichtlich derjenigen Arbeitnehmer, für die dieser Tarifvertrag nicht gilt, einer möglichen tarifvertraglichen Normierung vorgreift. Regelungen zur Befristung von Arbeitsverträgen bilden seit jeher einen Gegenstand tarifvertraglicher Vereinbarung und fallen daher unter die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie.⁸³ Wenn der Gesetzgeber seine eigenen materiellen Regelungen an ihre Stelle setzt, handelt es sich nicht mehr um eine gesetzliche Ausgestaltung, wie sie das Grundrecht der Koalitionsfreiheit in besonderem Maße zuläßt und in mancher Hinsicht sogar erfordert,⁸⁴ sondern um einen klassischen Eingriff.

Das Bundesverfassungsgericht sah den Eingriff aber durch hinreichend gewichtige, grundrechtlich geschützte Belange gerechtfertigt. Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit wird zwar in Art. 9 Abs. 3 GG ohne Vorbehalt gewährleistet, doch bedeutet das nicht, daß dem Gesetzgeber jede Regelung in seinem Schutzbereich, die über eine Grundrechtsausgestaltung hinausgeht, verwehrt ist. Auch die Regelung von Fragen, die Gegenstand von Tarifverträgen sein können, ist ihm nicht von vornherein entzogen. Art. 9 Abs. 3 GG verleiht den Tarifvertragsparteien in diesem Bereich zwar ein Normsetzungsrecht, aber kein Normsetzungsmonopol. Das Gericht griff auf die Rechtsfigur der immanenten Grundrechts-Schranken⁸⁵ zurück, die es regelmäßig dann heranzieht, wenn ein Grundrecht im Grundgesetz ohne einen ausdrücklichen Schrankenvorbehalt geregelt ist: Der Griff zum Gesetz ist jedenfalls dann zulässig, wenn sich der Gesetzgeber auf kollidierende (und im konkreten Regelungszusammenhang vorrangige) Grundrechte Dritter oder andere Werte von Verfassungsrang stützen kann und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt.⁸⁶ Bei den Regelungen über befristete Arbeitsverträge mit wissenschaftlichem Personal konnte er sich auf Art. 5 Abs. 3 GG (Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre) stützen. Diese Bestimmung enthält nicht nur ein Abwehrrecht, sondern auch eine objektive Wertentscheidung, die den Staat dazu verpflichtet, die Pflege der freien

⁸² Siehe dazu bereits BVerfGE 28, 304.

⁸³ BVerfGE 94, 268 (282 ff.).

⁸⁴ Siehe dazu bereits die Chronik vom Vorjahr, *ERPL/REDP*, vol 8 (1996), no 4, S. 1296, 1298 f.

⁸⁵ Siehe dazu bereits die Chronik vom Vorjahr, *ERPL/REDP*, vol 8 (1996), no 4, S. 1286. Gebräuchlich ist auch die Bezeichnung als sogenannte "verfassungsimmanente Schranken".

⁸⁶ BVerfGE 94, 268 (284).

Wissenschaft und ihre Vermittlung an nachfolgende Generationen durch Bereitstellung von personellen, finanziellen und organisatorischen Mitteln zu ermöglichen und zu fördern.⁸⁷

Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung kommt es dann allerdings entscheidend auf den Regelungsgegenstand an. Der Schutz vor dem Zugriff des Gesetzgebers richtet sich danach, inwieweit die Tarifpartner die Materie sachgerechter regeln können, weil sie ihre gegenläufigen Interessen besser zum Ausgleich bringen können als der Staat. Die sachliche Nähe einer Materie zur Tarifautonomie wird nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts schon äußerlich an dem Umfang erkennbar, in dem die Tarifpartner in der Praxis von ihrer Regelungsmacht Gebrauch gemacht haben. Dort, wo bereits tarifvertragliche Regelungen bestehen, genießt die Tarifautonomie danach einen stärkeren Schutz als in den Bereichen, die die Tarifpartner ungeregt gelassen haben.⁸⁸ Daß ein Gegenstand möglicherweise nur deswegen unregelt geblieben ist, weil sich die Tarifvertragsparteien auch nach intensiven Verhandlungen nicht auf eine bestimmte Lösung einigen konnten, und daß der Gesetzgeber stets Gefahr läuft, einseitig die Interessen einer bestimmten Partei durchzusetzen oder gar die Interessen beider Parteien durch eine von niemandem gewollte Lösung zu verletzen, berücksichtigte das Gericht nicht.

Bei der Prüfung der umstrittenen Gesetzesbestimmungen, die in keinem Fall zu einer Beanstandung führte, fragte das Bundesverfassungsgericht vor allem danach, ob die einzelnen Regelungen überhaupt geeignete und erforderliche Instrumente zur Sicherung einer qualitativ hochstehenden Forschung und Lehre darstellen. In den Mittelpunkt seiner weiteren Erwägungen stellte es die Frage, ob der mit dem Tätigwerden des Gesetzgebers verbundene Eingriff in die Tarifautonomie angesichts der damaligen Verhandlungssituation erforderlich war. Hier kam es darauf an, ob zum Zeitpunkt des Gesetzeserlasses Aussicht auf eine tarifvertragliche Einigung bestanden hatte, die eine gesetzliche Regelung erübrigt hätte. Das Bundesverfassungsgericht nahm dabei wie selbstverständlich allein die konkreten politischen Vorstellungen des Gesetzgebers zum Maßstab, ohne das jedoch zu begründen.⁸⁹ Die Frage, ob eine Einigung möglich gewesen wäre, wenn die an der Liberalisierung befristeter Arbeitsverträge interessierte Arbeitgeberseite in anderen Sachfragen Zugeständnisse gemacht oder sich bereit erklärt hätte, die sozialen Nachteile für die befristet Beschäftigten durch besondere tarifvertragliche Vorteile (Abfindungszahlungen, besondere soziale Absicherungen etc.) auszugleichen, wurde nicht einmal aufgeworfen. Möglicherweise hätte sich auf diesem herkömmlichen Wege das Ziel des Gesetzgebers, den wissenschaftlichen Einrichtungen einen hinreichenden personalpolitischen Handlungsspielraum zu sichern, ebenso erreichen lassen. Vor diesem Hintergrund hätte jedenfalls die Erforderlichkeit der gesetzlichen Tarifsperre mit besonderer Sorgfalt überprüft werden müssen, führt die Tarifsperre doch dazu, daß die Tarifpartner die vom Gesetzgeber oktroyierte Lösung im Falle einer zukünftigen Einigung nicht einmal dann durch eine eigene ersetzen können, wenn diese im Hinblick auf die vom Gesetzgeber verfolgten Ziele gleichwertig ist.⁹⁰ Das Gericht begnügte sich indessen mit dem Hinweis, es sei aus Sicht des Gesetzgebers nicht ausgeschlossen gewesen, daß die Arbeitgeberseite unter dem Druck von Arbeitskämpfmaßnahmen oder im Zusammenhang mit Verhandlungen über andere arbeitsrechtliche Angelegenheiten die gesetzliche Möglichkeit zum Abschluß befristeter Arbeits-

⁸⁷ BVerfGE 94, 268 (285) im Anschluß an BVerfGE 35, 79 (114 f.).

⁸⁸ BVerfGE 94, 268 (284 f.).

⁸⁹ Vgl. z.B. BVerfGE 94, 268, 287: "Einigung in dem von ihm angestrebten Sinne".

⁹⁰ Als nicht erforderlich wird der Ausschluß zukünftiger derogierender Regelungen in der abweichenden Meinung des Richters KÜHLING (BVerfGE 94, 294 ff.) beurteilt.

verträge zur Disposition stellen würde.⁹¹ Ob sich das durch mildere Mittel als eine absolute Tarifsperre hätte verhindern lassen, wurde nicht erörtert.

9) Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

Die Berufsfreiheit ist eines der Grundrechte, deren Dogmatik schon früh von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausgeformt und gefestigt worden ist. Nach Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG haben alle Deutschen das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden. Das Bundesverfassungsgericht hat die in Satz 1 und 2 erwähnten Rechte, die sachlich so eng verbunden sind, daß sie sich sinnvollerweise nicht getrennt gewährleisten lassen, schon 1958 in seiner grundlegenden Apotheken-Entscheidung⁹² als bloße Teilbereiche eines einzigen Grundrechts der Berufsfreiheit mit einem einheitlichen Schutzbereich aufgefaßt. Für dieses Grundrecht hat es eine eigene Schrankenlehre entwickelt, die sogenannte "Stufentheorie". Danach ist der Gesetzesvorbehalt in Satz 2 im Hinblick auf die Einheitlichkeit des Grundrechts abweichend vom enggefaßten Wortlaut der Vorschrift so zu verstehen, daß er auch Eingriffe in die Berufswahl ermöglicht, allerdings auch für diese eine gesetzliche Grundlage verlangt. Alle Eingriffe müssen bestimmten, nach der Art des Eingriffs abgestuften Verhältnismäßigkeitsanforderungen genügen. Die Freiheit der Berufsausübung kann beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es als zweckmäßig erscheinen lassen; der Grundrechtsschutz reduziert sich hier auf die Abwehr in sich verfassungswidriger, weil ungeeigneter, nicht erforderlicher oder übermäßig belastender Auflagen (gewöhnliche Anforderungen der Verhältnismäßigkeit).⁹³ Die Freiheit der Berufswahl darf hingegen nur eingeschränkt werden, soweit es der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter erfordert. Subjektive Berufswahlbeschränkungen (die auf die persönliche Eignung des Betroffenen abstellen) sind - als niedrigere Stufe der Berufswahlbeschränkung - an weitere Voraussetzungen nicht gebunden. Sie dürfen aber zu dem angestrebten Zweck der ordnungsgemäßen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis stehen.⁹⁴ Objektive Berufswahlbeschränkungen (die an äußere Bedingungen anknüpfen) sind - als stärkste Stufe des Eingriffs in die Berufsfreiheit überhaupt - nur dann zulässig, wenn sie zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut geeignet und erforderlich sind.⁹⁵ Sofern Berufsausübungsregelungen in ihrer Wirkung einer objektiven Berufswahlbeschränkung gleichkommen, werden auch sie an diesem Maßstab gemessen.⁹⁶

a) Mit der Verfassungsmäßigkeit von *Werbebeschränkungen für Apotheker* setzte sich das Bundesverfassungsgericht in einem Beschluß vom 22. Mai 1996⁹⁷ und einem daran anschließenden Beschluß vom 20. August 1996⁹⁸ auseinander. Anders als bei der Apotheken-Entscheidung von 1958 ging es hier nicht um eine Beschränkung der Berufswahl, wohl aber der Berufsausübung. Die Freiheit der Berufsausübung schützt nicht nur die eigentliche

⁹¹ BVerfGE 94, 268 (293). Die Geeignetheit der Tarifsperre wird dort sogar ohne jegliche Begründung bejaht.

⁹² BVerfGE 7, 377 (zur Verfassungsmäßigkeit von Zulassungsbeschränkungen für Apotheker).

⁹³ Vgl. BVerfGE 7, 377 (378, 405 f.).

⁹⁴ BVerfGE 7, 377 (378, 407).

⁹⁵ Vgl. BVerfGE 7, 377 (378, 408).

⁹⁶ BVerfGE 11, 30, 42 ff. (sogenanntes Kassenarzt-Urteil).

⁹⁷ BVerfGE 94, 372; siehe dazu auch RING, *NJW* 1997, 768.

⁹⁸ BVerfG *NJW* 1996, 3070.

berufliche Tätigkeit im engeren Sinne, sondern darüber hinaus jede Tätigkeit, die mit der Berufsausübung zusammenhängt und dieser dient, und damit auch die geschäftliche oder berufliche Werbung.⁹⁹

Grundsätzlich ist es mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, die Apothekenwerbung besonderen Beschränkungen zu unterwerfen. Wie bei anderen freien Berufen (Ärzten, Rechtsanwälten etc.) sollen solche Restriktionen als Teil der Berufsordnung auch hier dazu beitragen, daß der Berufsstand seine Aufgaben ordnungsgemäß erfüllt. Sie können gerechtfertigt sein, um dem Fehlgebrauch von Medikamenten entgegenzuwirken und das Vertrauen der Bevölkerung darauf zu erhalten, daß der Apotheker sich nicht vom Gewinnstreben beherrschen läßt, sondern seine Verantwortung im Rahmen der Gesundheitsberufe wahrnimmt.¹⁰⁰ Werbebeschränkungen allein zum Zwecke des Konkurrentenschutzes sind nicht zulässig.¹⁰¹

Nach diesen Kriterien dürfen nur solche Werbemaßnahmen untersagt werden, die unlauter (unfair) sind oder zum übermäßigen Gebrauch von Medikamenten verleiten. Für ein absolutes Verbot der Versendung von Werbebriefen oder der Verteilung von Flugblättern und anderen Werbemitteln außerhalb der Apotheke fehlt es insofern an der Erforderlichkeit, denn die Werbung außerhalb der Apotheke kann auch lediglich sachlich über deren Lage und Angebot informieren, ohne gleich zum Arzneimittelkonsum anzuregen, die ordnungsgemäße Berufsausübung des Apothekers zu gefährden oder sein Ansehen in der Öffentlichkeit zu beeinträchtigen. Außerdem ist der vollständige Ausschluß bestimmter Werbeträger ohne Rücksicht auf die Form, den Inhalt und die konkreten Umstände der Werbung deswegen unzulässig, weil er die Grenzen der Zumutbarkeit überschreitet;¹⁰² dieses Problem läßt sich auf einfache Weise durch den Einsatz unbestimmter Rechtsbegriffe im Normtext vermeiden.¹⁰³ Jedenfalls darf weder die Werbung in Sportstätten und auf Sporttrikos, noch die regelmäßige Zeitungswerbung für Nebenartikel, die auch außerhalb der Apotheken erhältlich sind, noch das Aufstellen von Werbetafeln und Verkaufsständen mit Nebenartikeln auf dem Gehsteig vor der Apotheke pauschal verboten oder von den Gerichten als unzulässig bewertet werden.¹⁰⁴ Was die Werbung für Nebenartikel betrifft, ist des weiteren zu berücksichtigen, daß die Apotheker nicht nur Angehörige eines freien Berufes, sondern gleichzeitig Kaufleute sind, die hinsichtlich dieser Waren im allgemeinen Wettbewerb mit Angehörigen anderer Berufsgruppen stehen und insofern auf eine Außendarstellung angewiesen sind, die auch Elemente der Reklame und Anpreisung enthält. Art. 12 Abs. 1 GG gebietet es daher, solche Werbung für Nebenartikel zuzulassen, die nach dem Gesamteindruck unter Berücksichtigung üblicher seriöser Werbepraktiken sowie der besonderen Stellung der Apotheker als maßvoll erscheint.¹⁰⁵

b) Zwei weitere Entscheidungen zur Berufsfreiheit betrafen unverhältnismäßige *Berufsausübungsbeschränkungen für Rechtsanwälte*. Ein Rechtsanwalt darf für Behauptungen, die er in gehöriger Form im Namen seines Mandanten abgegeben hat, nicht privat zur Verantwortung gezogen werden, weil dies eine ordnungsgemäße Interessenvertretung unterbinden und damit einen wesentlichen Teil anwaltlicher Berufsausübung beeinträchtigen würde.¹⁰⁶ Mißachtet ein Strafverteidiger in einem Großverfahren die Anordnung des Vorsitzenden

⁹⁹ Vgl. bereits BVerfGE 85, 248 (256) und die dort zitierte Rechtsprechung.

¹⁰⁰ BVerfGE 94, 372 (391).

¹⁰¹ BVerfGE 94, 372 (395, 399 f.).

¹⁰² Vgl. BVerfGE 94, 372 (392 f., 395).

¹⁰³ BVerfG *NJW* 1996, 3070 (3071).

¹⁰⁴ Vgl. BVerfGE 94, 372 (397 ff.).

¹⁰⁵ BVerfG *NJW* 1996, 3070 (3071); vgl. auch BVerfGE 94, 372 (397 f.).

¹⁰⁶ BVerfG *NJW* 1996, 3267.

Richters, den ihm zugewiesenen Platz einzunehmen und bleibt stattdessen aus Protest gegen die schwierigen Kommunikationsverhältnisse in der Nähe seines Mandanten an einer Trennscheibe stehen, die den Bereich für die Angeklagten vom übrigen Sitzungssaal trennt, so darf dies nicht als eine das Sachlichkeitsgebot (§ 43a Abs. 3 Bundesrechtsanwaltsordnung) verletzende unverhältnismäßige Form der Kritik standesrechtlich geahndet werden. Im vorliegenden Fall¹⁰⁷ mußte sich ein Berufungsgericht für Rechtsanwälte entgegenhalten lassen, seine Aufmerksamkeit weniger auf die Berufspflichten des Strafverteidigers als auf die Wahrung einer besonderen Disziplin bei Großverfahren gerichtet und damit die Wirkung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG verkannt zu haben.

10) Asylrecht (Art. 16a GG)

Auf großes Interesse stießen die Urteile vom 14. Mai 1996 zum neuen Asylrecht.¹⁰⁸ Von politischer Bedeutung war vor allem die Entscheidung darüber, ob der verfassungsändernde Gesetzgeber bei der Neugestaltung des Grundrechts auf Asyl die Grenzen der Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 3 GG gewahrt hatte. Diese Frage wurde jedoch nur vergleichsweise knapp behandelt. Der Schwerpunkt der Entscheidungen zur *Reform des Asylrechts und zur Drittstaatenregelung*¹⁰⁹, zu den *sicheren Herkunftsstaaten*¹¹⁰ und zum *Flughafen-Asylverfahren*¹¹¹ lag in der Auslegung des neuen Art. 16a GG. Während die alte Grundrechtsnorm aus einem einzigen Satz bestanden hatte, weist Art. 16a GG darüber hinaus vier weitere lange Absätze auf. Diese enthalten eine Reihe von Bestimmungen, die inhaltlich besondere Fragen des Verwaltungsrechts betreffen und in einer Verfassung, die sich auf die Grundlagen der staatlichen Ordnung beschränkt und davon Abstand nimmt, Details zu regeln, eigentlich nichts zu suchen haben. Dem Rahmencharakter der Verfassung werden sie nicht gerecht. Daß sie dennoch in das Grundgesetz aufgenommen wurden, haben sie weniger ihrem Inhalt zu verdanken, als vielmehr den langen und zähen Verhandlungen zwischen den politischen Parteien, die seinerzeit zu einem Kompromiß geführt hatten, der verfassungsrechtlich gegen eine einseitige Aufkündigung durch die Parlamentsmehrheit abgesichert werden sollte. Dementsprechend erinnern manche Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur Auslegung dieser Bestimmungen eher an klassische Verwaltungs- als an Verfassungsrechtsprechung. Nachfolgend sollen daher nur einige Leitaussagen wiedergegeben werden:

a) Mit der Öffnungsklausel für völkerrechtliche Vereinbarungen (Art. 16a Abs. 5 GG) hat der verfassungsändernde Gesetzgeber die verfassungsrechtliche Grundlage für die Beteiligung an einer *europäischen Gesamtregelung des Flüchtlingsschutzes mit dem Ziel einer Lastenverteilung* zwischen den Staaten geschaffen.¹¹² Die sogenannte Drittstaatenregelung in Art. 16a

¹⁰⁷ BVerfG NJW 1996, 3268.

¹⁰⁸ Siehe dazu insbesondere TOMUSCHAT, *EuGRZ* 1996, 381; FROWEIN/ZIMMERMANN, *JZ* 1996, 753; HAILBRONNER, *NVwZ* 1996, 625; LÜBBE-WOLFF, *DVBl.* 1996, 825; SCHELTER/MAABEN, *ZRP* 1996, 408; MOHR, *Neue Justiz* 1996, 402.

¹⁰⁹ BVerfGE 94, 49 = *DVBl.* 1996, 753 = *JZ* 1996, Sonderheft Juni 1996, 2 = *NVwZ* 1996, 700; siehe dazu bereits oben den Abschnitt zu den Grenzen der Verfassungsänderung.

¹¹⁰ BVerfGE 94, 115 = *DVBl.* 1996, 729 = *JZ* 1996, Sonderheft Juni 1996, 22 = *NVwZ* 1996, 691; siehe dazu auch die abweichenden Meinungen der Richter LIMBACH (BVerfGE 94, 157), BÖCKENFÖRDE (BVerfGE 94, 163) und SOMMER (BVerfGE 94, 164).

¹¹¹ BVerfGE 94, 166 = *DVBl.* 1996, 739 = *JZ* 1996, Sonderheft Juni 1996, 38 = *NVwZ* 1996, 678; siehe dazu bereits oben den Abschnitt zum Grundrecht der Freiheit der Person.

¹¹² Um derartige Vereinbarungen handelt es sich beim Durchführungsübereinkommen zum Schengener Abkommen vom 19. Juni 1990 und beim Dubliner Übereinkommen vom 15. Juni 1990.

Abs. 2 S. 1 GG, nach der sich ein Ausländer nicht auf das Grundrecht auf Asyl berufen kann, wenn er aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem anderen Drittstaat einreist, in dem die Anwendung der Genfer Flüchtlingskonvention von 1951 (= GFK) und der Europäischen Menschenrechtskonvention (= EMRK) sichergestellt ist, tritt gegebenenfalls hinter solchen Vereinbarungen zurück.¹¹³

Die *Drittstaatenregelung* knüpft daran an, daß derjenige, der bereits woanders Schutz vor politischer Verfolgung finden konnte, nicht auf Asyl in der Bundesrepublik angewiesen ist. Sie beschränkt dementsprechend den persönlichen Schutzbereich des Grundrechts. Die Bestimmung der sicheren Drittstaaten erfolgt nach einem Konzept der normativen Vergewisserung, bei dem die allgemeine Beurteilung der Staaten teils schon vom verfassungsändernden Gesetzgeber vorgenommen wurde, teils noch vom einfachen Gesetzgeber in einem "grundrechtsausfüllenden Gesetz"¹¹⁴ vorzunehmen ist. Daß die Verfassung selbst die EU-Mitgliedstaaten nennt, beruht auf der Vorstellung, daß diese Staaten generell Schutz vor politischer Verfolgung oder sonstiger menschenrechtswidriger Behandlung gewähren und nicht in Staaten abschieben, bei denen das nicht gesichert ist. Das Bundesverfassungsgericht erinnerte in diesem Zusammenhang daran, daß die Asylpolitik nach dem Vertrag über die Europäische Union eine Angelegenheit von gemeinsamem Interesse aller Mitgliedstaaten darstellt (vgl. Art. K.1 Nr. 1), bei deren Wahrnehmung die GFK und die EMRK zu beachten sind (vgl. Art. K.2). Der verfassungsändernde Gesetzgeber habe auf eine im wesentlichen einheitliche Rechtsüberzeugung aller Mitgliedstaaten auf diesem Gebiet gebaut. - Was die gesetzliche Bestimmung weiterer sicherer Drittstaaten betrifft (vgl. Art. 16a Abs. 2 S. 2 GG), betonte das Gericht den Spielraum des Gesetzgebers bei der Auswahl der Erkenntnismittel und bei der Einschätzung selbst; die Beurteilung muß aber jedenfalls vertretbar sein. Als sicherer Drittstaat kommt nur in Betracht, wer der GFK, der EMRK und den dort vorgesehenen Kontrollverfahren beigetreten ist und nach den rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen Gewähr dafür bietet, daß Flüchtlinge ihr Schutzgesuch anbringen und eine Prüfung und Entscheidung in einem förmlichen Verfahren erreichen können. Auch ein Staat, der seinerseits eine Drittstaatenregelung getroffen hat, kann sicherer Drittstaat sein. Voraussetzung ist allerdings, daß in den "Viertstaaten" eine förmliche Prüfung oder ein dementsprechender Schutz tatsächlich gewährleistet ist, denn das Refoulement-Verbot nach Art. 33 GFK, dessen Anwendung sichergestellt sein muß, verbietet auch die mittelbare Rückführung der Flüchtlinge in den Verfolgerstaat.¹¹⁵

Das Konzept der normativen Vergewisserung hat zur Folge, daß aus sicheren Drittstaaten einreisende Ausländer ohne Einzelfallprüfung dorthin zurückgewiesen werden können. Wenn sie geltend machen, daß der Drittstaat in ihrem Falle entgegen seiner sonstigen Praxis die Verpflichtungen aus der GFK und der EMRK nicht erfülle, ist das unbeachtlich. Etwas anderes gilt nur in Sonderfällen, die nicht im Rahmen der normativen Vergewisserung vorweg berücksichtigt werden, beispielsweise wenn dem Ausländer im Drittstaat die Todesstrafe oder ein Verbrechen droht, das der Drittstaat nicht effektiv verhindern könnte, oder wenn er vom Drittstaat selbst politisch verfolgt wird. Eine Prüfung seines Falles kann der Ausländer allerdings auch dann nur erreichen, wenn es sich aufgrund bestimmter Tatsachen geradezu aufdrängt, daß er von einem solchen Sonderfall betroffen ist.¹¹⁶

¹¹³ BVerfGE 94, 49 (85 f.).

¹¹⁴ Vgl. BVerfGE 94, 49 (93).

¹¹⁵ BVerfGE 94, 49 (87 ff.).

¹¹⁶ BVerfGE 94, 49 (95 ff.).

b) Nach Art. 16a Abs. 3 GG können durch Gesetz Staaten bestimmt werden, bei denen es gewährleistet erscheint, daß dort keine politische Verfolgung und keine unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung stattfindet. Bei Ausländern aus diesen *sicheren Herkunftsstaaten* wird vermutet, daß sie nicht verfolgt werden, solange sie nicht für ihre Person konkrete gegenteilige Tatsachen vortragen. Das Bundesverfassungsgericht sah darin keine Beschränkung des persönlichen Schutzbereiches, sondern des verfahrensbezogenen Gewährleistungsinhaltes des Asylgrundrechts, die lediglich zu einer "Arbeitsteilung" zwischen dem Gesetzgeber einerseits und den Behörden und Gerichten andererseits führt. Danach übernimmt jetzt der Gesetzgeber mit der allgemeinen Analyse und Beurteilung der Verhältnisse in dem jeweiligen Staat einen Teil der von Art. 16a Abs. 1 GG geforderten umfassenden Prüfung, die vorher allein den Behörden und Gerichten zugewiesen war.¹¹⁷ Denen verbleibt allerdings die Prüfung, ob der einzelne Asylsuchende Tatsachen vorgetragen hat, die entgegen der Vermutung, die an seine Herkunft aus einem als allgemein sicher eingeschätzten Staat anknüpft, die Annahme begründen, er werde dort gleichwohl politisch verfolgt. Mit der Beschränkung auf diese Prüfungsaufgabe wird das Verfahren im Einzelfall vorgeprägt, ohne daß damit eine Beschränkung des materiellen Gewährleistungsinhaltes des Grundrechts einhergeht.¹¹⁸

Vor der Bestimmung eines Staates zum sicheren Herkunftsstaat hat sich der Gesetzgeber aus einer Vielzahl von Faktoren und unter Berücksichtigung der Rechtslage, der Rechtsanwendung und der allgemeinen politischen Verhältnisse ein Gesamturteil über die asylrechtlich erheblichen Verhältnisse in diesem Staat zu bilden. Das Bundesverfassungsgericht betonte unter der Kritik einiger seiner Richter¹¹⁹ auch hier die Freiräume des Gesetzgebers. Bei der Ermittlung und Aufbereitung der erforderlichen Information kommt ihm danach - auch hinsichtlich der dafür zu beschreitenden Wege - ein Entscheidungsspielraum zu. Bei der Gesamtbeurteilung und bei der Prognose über die nähere weitere Entwicklung in dem Staat hat er einen Einschätzungs- und Wertungsspielraum. Die verfassungsgerichtliche Kontrolle beschränkt sich wie bei der Bestimmung der sicheren Drittstaaten auf die Überprüfung der Vertretbarkeit der vom Gesetzgeber getroffenen Entscheidung. Mit Rücksicht auf die Eigenart des Sachbereiches und die Schwierigkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil über die Verhältnisse in anderen Ländern zu bilden, entschloß sich das Bundesverfassungsgericht sogar - ohne eingehende Begründung und unter weiterer Kritik einiger seiner Richter¹²⁰ - zu einer darüber hinausgehenden Selbstbeschränkung. Danach kann es die Unvertretbarkeit der Entscheidung des Gesetzgebers und damit den Verstoß gegen Art. 16a Abs. 3 S. 1 GG nur

¹¹⁷ Das Bundesverfassungsgericht spricht auch hier von einem "grundrechtsausfüllenden Gesetz", vgl. BVerfGE 94, 115 (142).

¹¹⁸ BVerfGE 94, 115 (132 ff.).

¹¹⁹ Vgl. die abweichenden Meinungen der Richter LIMBACH (BVerfGE 94, 157) und SOMMER (BVerfGE 94, 164). Danach kann der Gesetzgeber bei der Bestimmung der sicheren Herkunftsstaaten keine Freiräume beanspruchen, weil er nicht gestaltend, sondern bloß subsumierend tätig wird. Die aus seiner allgemeinen politischen Handlungsautonomie abgeleiteten Argumente seien auf diese Tätigkeit nicht übertragbar. Insbesondere habe der Gesetzgeber *alle* ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen zu nutzen.

¹²⁰ Vgl. die abweichenden Meinungen der Richter LIMBACH und BÖCKENFÖRDE: Wenn die Verhältnisse in einem Staat zu vielschichtig, undurchsichtig und instabil seien, um sich ein hinreichend sicheres, vertretbares Urteil zu bilden, rechtfertige das keine Zurücknahme der verfassungsgerichtlichen Kontrolle, sondern müsse der Gesetzgeber auf die Bestimmung des Staates zum sicheren Herkunftsstaat verzichten (LIMBACH, BVerfGE 94, 157, 160 f.; BÖCKENFÖRDE, BVerfGE 94, 163). Die Schwierigkeit der Urteilsbildung werde bereits mit der Beschränkung auf den Prüfungsmaßstab der Vertretbarkeit berücksichtigt und könne daher nicht als Grund für weitere Beschränkungen herangezogen werden (BÖCKENFÖRDE, BVerfGE 94, 163).

dann feststellen, wenn seine Gesamtwürdigung ergibt, daß sich der Gesetzgeber bei seiner Entscheidung "nicht von guten Gründen hat leiten lassen".¹²¹

c) Die Regelung in Art. 16a Abs. 4 GG, nach welcher der Vollzug aufenthaltsbeendender Maßnahmen bei offensichtlich unbegründetem Asylantrag nur noch dann vom Verwaltungsgericht ausgesetzt werden darf, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit bestehen, läßt als bloße Begrenzung des verfahrensrechtlichen Schutzbereiches den materiellen Gehalt der Asylgewährleistung ebenfalls unangetastet. Sie nimmt das im Asylgrundrecht wurzelnde Recht des Asylbewerbers, bis zur endgültigen Entscheidung über sein Asylbegehren in der Bundesrepublik zu bleiben, ein Stück weit zurück. Dem liegt eine Abwägung zwischen den Interessen des Staates bei der Bewältigung der aus der großen Anzahl der Asylanträge resultierenden Probleme und dem Interesse des Asylsuchenden an wirksamem Schutz vor politischer Verfolgung zugrunde. Dabei wurde bereits berücksichtigt, daß die Interessen des Ausländers weniger schutzwürdig sind, wenn mit hoher Gewißheit angenommen werden kann, daß mit der Zurückweisung seines Asylgesuchs ein materieller Asylanspruch nicht verletzt wird. Deshalb hat das Gericht bereits die Einschätzung der Behörde, daß der geltend gemachte Asylanspruch *offensichtlich* nicht bestehe, zum Gegenstand seiner Prüfung zu machen. Mit Rücksicht auf das Schutzziel des Asylgrundrechts ist es dem Asylsuchenden nur dann zuzumuten, das gerichtliche Verfahren vom Heimatstaat aus weiter zu verfolgen, wenn sein Schutzbegehren als *offensichtlich* unbegründet beurteilt wird.¹²² - In derselben Entscheidung gelangte das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis, daß die Regelungen zum Flughafen-Asylverfahren in § 18a Asylverfahrensgesetz bei Beachtung einzelner näher dargelegter Anforderungen einen Rahmen schaffen, in dem ein Mindeststandard eines fairen rechtsstaatlichen und aus Sicht des Grundrechts effektiven Verwaltungsverfahrens gewahrt werden kann.¹²³

11) *Recht auf effektiven Rechtsschutz gegen die öffentliche Gewalt (Art. 19 Abs. 4 GG)*

Nach Art. 19 Abs. 4 GG steht jedem, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt ist, der Rechtsweg offen. Damit will das Grundgesetz sicherstellen, daß der Bürger jede hoheitliche Maßnahme deutscher Stellen, die rechtswidrig in seine Rechte eingreift, vor den Gerichten abwehren kann. Seinem Schutzzweck entsprechend wird Art. 19 Abs. 4 GG so verstanden, daß er als besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips in Form eines grundrechtlichen Anspruchs nicht nur den Zugang zu den Gerichten, sondern einen tatsächlich lückenlosen und effektiven Rechtsschutz durch die Gerichte garantiert.¹²⁴

In seiner Entscheidung zum *Flughafen-Asylverfahren* hob das Bundesverfassungsgericht hervor, daß die Asyl- und Grenzschutzbehörden Vorkehrungen treffen müssen, damit die Erlangung des gerichtlichen Rechtsschutzes nicht durch die räumliche Isolierung im Transitbereich, die kurzen gesetzlichen Fristen, die Sprachprobleme oder andere besondere Umstände dieses Verfahrens unzumutbar erschwert oder gar vereitelt wird. Organisatorische Maßnahmen müssen sicherstellen, daß abgelehnte Asylbewerber so von den Ablehnungsbescheiden Kenntnis erhalten, daß sie deren Inhalt verstehen. Sie müssen auch erkennen kön-

¹²¹ Vgl. BVerfGE 94, 115 (138 ff.).

¹²² BVerfGE 94, 166 (190 ff.).

¹²³ BVerfGE 94, 166 (195 ff.).

¹²⁴ Vgl. näher KREBS, in: von Münch/Kunig (Herausgeber), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 4. Auflage 1992, Art. 19 Rdnr. 47 ff., 62 ff.; SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN, Kommentar zum Grundgesetz, 8. Auflage 1995, Art. 19 Rdnr. 16.

nen, daß sie gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen können und welche Bedingungen dafür einzuhalten sind. Außerdem müssen sie frühzeitig die Gelegenheit erhalten, eine kostenlose Rechtsberatung in Anspruch zu nehmen, um die Erfolgsaussichten eventueller Rechtsbehelfe beurteilen zu können. Wenn sie vorläufigen Rechtsschutz beantragen, muß es ihnen möglich sein, mit den Gründen, die sie vortragen, auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Einfluß zu nehmen. Da sie den Rechtsschutzantrag nach dem Gesetz schon innerhalb von drei Tagen stellen müssen, ist das Gericht deshalb verpflichtet, ihnen eine weitere Frist zur Begründung des Antrages einzuräumen.¹²⁵

Lehnt das Gericht den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz ab, darf der Asylbewerber allerdings wie im Gesetz vorgesehen schon dann abgeschoben werden, wenn die Entscheidungsformel vorliegt. Aus rechtsstaatlichen Grundsätzen wie der Rechtsschutzgarantie läßt sich nicht ableiten, daß zunächst die Entscheidungsgründe abzuwarten seien. Das Bundesverfassungsgericht hatte auch keine Bedenken dagegen, daß ein Asylbewerber, der Verfassungsbeschwerde erhoben hat, möglicherweise schon abgeschoben wird, bevor das Bundesverfassungsgericht die Begründung der ablehnenden Gerichtsentscheidung kennt.¹²⁶ Letzteres warf allerdings die Frage auf, ob und unter welchen Umständen es eine einstweilige Anordnung nach § 32 BVerfGG erlassen muß (oder überhaupt darf), um den Aufenthalt des Ausländers zumindest bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde zu sichern. Das würde einerseits Schutz gegen vollendete Tatsachen schaffen, könnte aber andererseits das Ziel der Asylrechtsreform, die hohe finanzielle und politische Belastung durch langfristig anwesende offensichtlich nicht verfolgte Asylbewerber abzubauen, zunichte machen.

Das Bundesverfassungsgericht verneinte die Frage und äußerte in diesem Zusammenhang grundlegende Gedanken zur *Funktion der Verfassungsbeschwerde*, die allerdings nicht von allen Richtern geteilt wurden.¹²⁷ Danach wird dem Beschwerdeführer mit der Regelung der Verfassungsbeschwerde in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG nicht die Möglichkeit gewährleistet, vor Vollzug des angegriffenen Hoheitsaktes eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu erhalten. Wenn das Bundesverfassungsgerichtsgesetz der Verfassungsbeschwerde grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zuerkennt, entspricht das durchaus der verfassungsrechtlichen Funktionenteilung zwischen Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit. Schon die Fachgerichte, die nach Art. 1 Abs. 3 GG selbst unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind, haben bei der Anwendung des einfachen Rechts den Bürger effektiv vor unberechtigten staatlichen Eingriffen zu schützen und seine Grundrechte durchzusetzen. Die Verfassungsbeschwerde ist kein zusätzlicher Rechtsbehelf zum fachgerichtlichen Verfahren, der sich diesem in gleicher Funktion anschließt, sondern ein besonderes Rechtsinstitut, das in einem außerhalb des Rechtsweges angesiedelten außerordentlichen Rechtsbehelfsverfahren eine Überprüfung am Maßstab der Grundrechte ermöglicht. Dementsprechend können die Effektivitätsanforderungen, die sich aus Art. 19 Abs. 4 GG für den vorläufigen Rechtsschutz vor den Fachgerichten

¹²⁵ Vgl. BVerfGE 94, 166 (206 f.); für die Antragsbegründung hält das Bundesverfassungsgericht eine Frist von vier weiteren Tagen für ausreichend.

¹²⁶ Vgl. BVerfGE 94, 166 (210 f.).

¹²⁷ Siehe BVerfGE 94, 166 (211 ff.) sowie dazu die abweichende Meinung der Richter LIMBACH, BÖCKENFÖRDE und SOMMER (BVerfGE 94, 223 ff.). Nach Ansicht letzterer ist die Verfassungsbeschwerde - ungeachtet ihrer rechtskraftdurchbrechenden Wirkung - wie jeder andere Rechtsbehelf, der dem Schutz subjektiver Rechte dient, schon *aus sich heraus* auf einen uneingeschränkt effektiven Rechtsschutz ausgelegt und muß daher wirksam vor der Schaffung vollendeter Tatsachen schützen. Jedenfalls dann, wenn irreparable und schwerwiegende Grundrechtsverletzungen drohten, müsse es dem Beschwerdeführer möglich sein, mit der Verfassungsbeschwerde den Eintritt dieser Folgen zu verhindern. Dadurch, daß der Senat das Schutzziel des Einzelnen von vornherein auf eine nachträgliche Genugtuung beschränke, werde der Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde weitgehend entwertet.

ergeben, nicht in gleichem Maße für den verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz durch den Erlaß einstweiliger Anordnungen nach § 32 BVerfGG gelten.¹²⁸ Mit Rücksicht darauf, daß schon das Grundgesetz selbst den Rechtsschutz bei offensichtlich unbegründeten Asylanträgen einschränkt, indem es in Art. 16a Abs. 4 die verwaltungsgerichtliche Aussetzung der Vollziehung aufenthaltsbeendender Maßnahmen nur noch bei ernstlichen Zweifeln an deren Rechtmäßigkeit zuläßt, kommt das Bundesverfassungsgericht schließlich zu der Annahme, daß der Erlaß einer einstweiligen Anordnung nach § 32 BVerfGG in denjenigen Fällen, in denen der Asylantrag als offensichtlich unbegründet abgelehnt worden ist, "kaum in Betracht kommen" wird.¹²⁹ Völlig ausgeschlossen - auch für den Fall besonderer Einzelfallumstände - ist er damit aber nicht.

12) *Nulla poena sine lege* (Art. 103 Abs. 2 GG)

Wieder einmal stand der aus dem Strafrecht bekannte, durch Art. 103 Abs. 2 GG in das Verfassungsrecht übernommene Grundsatz "nulla poena sine lege"¹³⁰ im Mittelpunkt einer wichtigen Entscheidung, diesmal im Zusammenhang mit der *strafrechtlichen Verfolgung der Tötung von Flüchtlingen an der innerdeutschen Grenze*¹³¹. Dabei ging es nicht darum, ob ein bestimmtes Verhalten einen vor der Tat gesetzlich geregelten Straftatbestand erfüllt (was bei der vorsätzlichen Tötung von Menschen wohl auch nicht weiter problematisch ist), sondern ob sich die Täter darauf berufen können, daß ihr Verhalten nach der staatlichen Praxis, wie sie am Ort ihres Handelns zum Zeitpunkt ihres Handelns festzustellen war, als gerechtfertigt galt.

Durch einen Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 24. Oktober 1996¹³² wurden vier Verfassungsbeschwerden gegen Strafurteile zurückgewiesen. Ein ehemaliger DDR-Grenzsoldat war zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden, weil er 1972 an der Grenze von Ost- zu West-Berlin einen DDR-Bürger erschossen hatte, der in den Westen gelangen wollte. Drei ehemalige hohe DDR-Funktionäre waren ebenfalls für den Tod von Flüchtlingen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen worden. Sie hatten seinerzeit maßgeblich an den Beschlüssen des Nationalen Verteidigungsrates der DDR mitgewirkt, die - weit über die vorhandenen gesetzlichen Grundlagen hinausgehend - die *faktische* Grundlage für das rigorose Vorgehen der Grenztruppen, insbesondere den Einsatz von Selbstschußanlagen und Minen und den rücksichtslosen Schußwaffengebrauch, gebildet hatten.¹³³ Der Bundesgerichtshof hatte die DDR-Politiker des Totschlags in mittelbarer Täterschaft für schuldig befunden.¹³⁴

¹²⁸ Das Bundesverfassungsgericht läßt sogar ausdrücklich offen, ob die Möglichkeit vorläufigen Rechtsschutzes im Verfassungsbeschwerdeverfahren, wie sie in § 32 BVerfGG geregelt ist, überhaupt zum verfassungsrechtlich garantierten Kernbestand der Bestimmungen über die Verfassungsbeschwerde gehört (BVerfGE 94, 166, 215).

¹²⁹ BVerfGE 94, 166 (218 ff.).

¹³⁰ Siehe dazu bereits die Chroniken für die Jahre 1994 und 1995, *ERPL/REDP*, vol. 7 (1995), no 4, S. 1135 f. und *ERPL/REDP*, vol 8 (1996), no 4, S. 1272, 1305 ff.

¹³¹ Da es sich [zunächst] vor allem um die Bestrafung ehemaliger DDR-Grenzsoldaten handelt, die Flüchtlinge an der Berliner Mauer oder am Stacheldrahtzaun erschossen hatten, wird auch von den "Mauerschützenprozessen" gesprochen. Der Stand [von 1997] der Rechtsprechung und Literatur zu dieser Problematik findet sich aufbereitet bei H. DREIER, *JZ* 1997, 421, mit zahlreichen Nachweisen.

¹³² BVerfGE 95, 96 = *NJW* 1997, 929 = *JZ* 1997, 142; siehe dazu auch die Anmerkung von STARCK, *JZ* 1997, 147; außerdem H. DREIER, *JZ* 1997, 421 (428, 431 ff.).

¹³³ Vgl. ausführlich zu den Hintergründen BGHSt 40, 218 (219 ff.) (= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, zitiert nach Band und Seitenzahlen) = *NJW* 1994, 2703 (2703 f.) = *JZ* 1995, 45 (45 f.).

¹³⁴ BGHSt 40, 218 (232 ff.); siehe dazu auch die Anmerkung von ROXIN, *JZ* 1995, 49. Der Bundesgerichtshof hatte hier erstmals die "Organisationsherrschaft" als eine selbständige dritte Erscheinungsform der mittelbaren Täterschaft neben der Nötigungs- und der Irrtumsherrschaft anerkannt. Bei dieser Fallgruppe wird

Das Bundesverfassungsgericht klärte zunächst, daß die innerstaatliche Geltung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts nach Art. 25 GG einer Strafverfolgung der Funktionäre der ehemaligen DDR nicht entgegensteht, weil jene Personen nach jenen Regeln keine Immunität genießen. Die Act of State-Doktrin, nach der die Gerichte nicht über die Rechtmäßigkeit der Hoheitsakte fremder Staaten urteilen dürfen, ist außerhalb des anglo-amerikanischen Rechtskreises nicht anerkannt und daher keine allgemeine Regel des Völkerrechts.¹³⁵ Im übrigen überdauert die Immunität eines Funktionärs oder Beamten nicht die Existenz seines Staates.¹³⁶

Ohne Erfolg blieb auch die Rüge der Beschwerdeführer, die Beweiswürdigung durch die Strafgerichte sei mangelhaft und genüge daher nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen, die der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) an die Anwendung des Gesetzes stelle. Die verfassungsgerichtliche Kontrolle muß sich hier darauf beschränken, ob das Ergebnis der strafrichterlichen Beweiswürdigung nachvollziehbar begründet ist und nicht von vornherein als unvertretbar erscheint, und insofern gaben die angegriffenen Strafurteile keinen Grund zur Beanstandung. Neue Beweismittel, die die Beschwerdeführer erst in das Verfassungsbeschwerdeverfahren eingeführt hatten, konnten bei der verfassungsrechtlichen Prüfung nicht berücksichtigt werden.¹³⁷

Den wichtigsten verfassungsrechtlichen Maßstab bildete der Grundsatz "nulla poena sine lege" (Art. 103 Abs. 2 GG). Als besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips für den Bereich des Strafrechts umfaßt er einen strengen Gesetzesvorbehalt für Straftatbestände (darin inbegriffen das strafrechtliche Analogieverbot), ein besonderes Bestimmtheitsgebot mit höheren Anforderungen als in anderen Rechtsgebieten und das hier einschlägige absolute, das heißt nicht unter Abwägungsvorbehalt stehende *Rückwirkungsverbot*.¹³⁸ Das Rückwirkungsverbot schafft zusammen mit den bestehenden Strafgesetzen eine Vertrauensgrundlage, die es dem Bürger erlaubt, sein Verhalten eigenverantwortlich so einzurichten, daß er eine Strafbarkeit vermeidet. Es schützt auch davor, daß die Bewertung des Unrechtsgehaltes eines Handelns nachträglich zum Nachteil des Handelnden geändert wird.¹³⁹ Deshalb gebietet es, einen zum Zeitpunkt der Tat gesetzlich geregelten Rechtfertigungsgrund auch dann noch anzuwenden, wenn er bis zum Zeitpunkt des Strafverfahrens entfallen ist.¹⁴⁰ An einem gesetzlichen Rechtfertigungsgrund in diesem Sinne fehlte es hier allerdings. Zwar hatte es im Recht der DDR gesetzliche Grundlagen für den Schußwaffengebrauch gegeben, doch war es mehr als zweifelhaft, ob diese Vorschriften auch gleich das rücksichtslose bewußte Töten eines Menschen fern jeglicher Verhältnismäßigkeit gestatten sollten. So waren sie allerdings in der Praxis gehand-

mittelbare Täterschaft angenommen, obwohl der Tatmittler selbst uneingeschränkt für seine Tat verantwortlich ist. Nach dem Strafrecht der DDR wären die DDR-Politiker wegen Anstiftung zum Mord zu bestrafen gewesen. Hier kam jedoch das Strafrecht der Bundesrepublik zur Anwendung. In einem Falle deswegen, weil der Taterfolg auf westdeutschem Gebiet eingetreten war (vgl. § 315 Abs. 4 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch = EGStGB i.V.m. § 9 Abs. 1 des Strafgesetzbuches = StGB), in den anderen Fällen deswegen, weil die Strafe nach dem Strafrecht der Bundesrepublik milder ausfiel (vgl. § 315 Abs. 1 EGStGB i.V.m. § 2 Abs. 3 StGB). Es steht nicht im Widerspruch zu Art. 103 Abs. 2 GG, Straftäter nach dem Recht des Erfolgsortes zu bestrafen (vgl. bereits BVerfGE 92, 277, 324 f.) oder ein *milderes* als das zur Tatzeit geltende Recht anzuwenden (BVerfGE 95, 96, 137).

¹³⁵ Vgl. bereits BVerfGE 92, 277 (322) mit weiteren Nachweisen.

¹³⁶ BVerfGE 95, 96 (129) mit weiteren Nachweisen.

¹³⁷ Vgl. BVerfGE 95, 96 (138 f.).

¹³⁸ Vgl. JARASS/PIEROTH, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage 1995, Art. 103 Rdnr. 40 ff. mit Nachweisen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; DEGENHART, in: Sachs (Herausgeber), Grundgesetz, 1996, Art. 103 Rdnr. 49 f.

¹³⁹ Vgl. bereits BVerfGE 46, 188 (193).

¹⁴⁰ BVerfGE 95, 96 (131 f.).

habt worden. In der DDR hatte jahrzehntelang eine gefestigte Staatspraxis bestanden, nach der das Töten der Flüchtlinge an der Grenze nicht nur nicht bestraft, sondern auch noch durch Auszeichnungen und andere besondere Anerkennungen belohnt wurde. Der Bundesgerichtshof hatte deswegen einen teils gesetzlich normierten, vor allem aber auf staatlicher Anordnung und Praxis beruhenden und insofern außergesetzlichen (ungeschriebenen) Rechtfertigungsgrund angenommen, diesen dann aber nicht angewendet.¹⁴¹ Damit stellte sich die Frage, ob und wie weit das Rückwirkungsverbot nach Art. 103 Abs. 2 GG auch das Vertrauen in ungeschriebene Rechtfertigungsgründe schützt.

Das Bundesverfassungsgericht ließ diese dogmatische Frage indessen ausdrücklich offen.¹⁴² Es nahm vielmehr einen Ausnahmefall an, in dem das Rückwirkungsverbot zurücktreten muß, weil es bedingt durch die Anwendung des Rechts eines fremden Staates in einen Konflikt mit einem unverzichtbaren rechtsstaatlichen Gebot des Grundgesetzes gerät, nämlich in einen *Konflikt mit dem vom Rechtsstaatsprinzip umfaßten Gebot der materiellen Gerechtigkeit*. Das strikte Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG findet seine rechtsstaatliche Rechtfertigung in jener oben beschriebenen besonderen Vertrauensgrundlage, doch diese wird von den Strafgesetzen nur dann getragen, "wenn sie [die Strafgesetze] von einem an die Grundrechte gebundenen demokratischen Gesetzgeber erlassen werden"¹⁴³. Die vor Strafverfolgung schützende *besondere Vertrauensgrundlage entfällt*, wenn der fremde Staat die Strafbarkeit für schwerstes kriminelles Unrecht, das in seinen Straftatbeständen erfaßt war, durch Rechtfertigungsgründe für ganze Teilbereiche ausschloß, indem er über seine Gesetze hinaus zu solchem Unrecht aufforderte oder es auf andere Weise begünstigte und so die völkerrechtliche grundsätzliche Verpflichtung zur Achtung der Menschenrechte¹⁴⁴ in schwerwiegender Weise mißachtete. Dadurch nämlich "setzte der Träger der [fremden] Staatsmacht extremes staatliches Unrecht, das sich nur solange behaupten kann, wie die dafür verantwortliche Staatsmacht faktisch besteht." In einer solchen Situation läßt das Gebot materieller Gerechtigkeit, das verlangt, daß bei der Aufarbeitung der vorrechtsstaatlichen Vergangenheit auch die völkerrechtliche Pflicht des alten Regimes zur Achtung der Menschenrechte berücksichtigt wird, die Anwendung des Rechtfertigungsgrundes nicht mehr zu.¹⁴⁵

¹⁴¹ Vgl. etwa BGHSt 39, 1 (10 ff.); 39, 168 (181 ff.); 40, 241 (243 ff.). Diese Lösung war nicht zwingend; siehe zu den verschiedenen Möglichkeiten, das tatsächlich praktizierte Grenzregime der DDR rechtsdogmatisch zu behandeln, STARCK, JZ 1997, 147 (148 f.).

¹⁴² Siehe BVerfGE 95, 96 (Leitsatz 1b, 930).

¹⁴³ BVerfGE 95, 96 (133); vgl. zu dieser mißverständlich formulierten Aussage, deren Wortlaut den Eindruck erweckt, das Bundesverfassungsgericht wolle den vollen Schutz des Art. 103 Abs. 2 GG nur demjenigen zukommen lassen, der in einer freiheitlichen, demokratischen und rechtsstaatlichen Rechtsordnung lebt, auch die Kritik von H. DREIER, JZ 1997, 421 (432). Der Gesamtzusammenhang der Textpassage deutet allerdings darauf hin, daß sie im Sinne der nachfolgenden Ausführungen zu verstehen ist.

¹⁴⁴ Vgl. etwa Art. 56 i.V.m. 55 lit. c der Satzung der Vereinten Nationen. Das Bundesverfassungsgericht spricht von den "in der Völkerrechtsgemeinschaft allgemein anerkannten Menschenrechten", was aber wohl in diesem Sinne zu verstehen ist und nicht etwa im Sinne spezieller westlicher Menschenrechtsideen, an die die sozialistischen Staaten nicht gebunden waren.

¹⁴⁵ BVerfGE 95, 96 (133). - Die Bestrafung der Handlanger des alten Regimes ist dann auch nicht etwa generell aufgrund des Grundsatzes der schuldangemessenen Bestrafung (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. 2 Abs. 1 i.V.m. 20 Abs. 3 GG) ausgeschlossen. Jener Grundsatz fordert zwar bei Tätern, die von einer anderen Rechts- und Gesellschaftsordnung geprägt sind und bei der Ausführung ihrer Tat in ein System von Befehl und Gehorsam eingebunden waren, eine besonders sorgfältige Feststellung ihrer strafrechtlichen Schuld. Er gebietet aber nicht, im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung das Strafrechtssystem durch einen generellen Schuldaußschließungs- oder Schuldminderungsgrund der "Verstrickung in ein Unrechtssystem" zu ergänzen (BVerfGE 95, 96, 140 f. im Anschluß an BVerfGE 54, 100, 111).

Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts lassen nicht eindeutig erkennen, ob es - wie vor ihm der Bundesgerichtshof - der *Radbruch'schen Formel* folgen oder eigene Wege gehen wollte. Nach jener Formel, die GUSTAV RADBRUCH 1946 in einem Aufsatz in der Süddeutschen Juristenzeitung zu den Problemen der strafrechtlichen Bewältigung der nationalsozialistischen Vergangenheit entwickelt hat, ist der Konflikt zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit dahin zu lösen, "daß das positive ... Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, daß der Widerspruch eines positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als 'unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen hat."¹⁴⁶ Das Bundesverfassungsgericht hatte bereits in den fünfziger Jahren in einigen Entscheidungen zum nationalsozialistischen gesetzlichen Unrecht, die allerdings nicht den Bereich des Strafrechts betrafen, auf die Radbruch'sche Formel Bezug genommen.¹⁴⁷ Diese Entscheidungen wurden jetzt referiert, ohne aber daran anzuknüpfen.¹⁴⁸ Die Art der Argumentation sowie bestimmte Formulierungen wie "extremes staatliches Unrecht", "gesetzliches Unrecht" oder "unerträglicher Widerspruch zur Gerechtigkeit"¹⁴⁹ legen die Vermutung nahe, daß das Gericht sich auch diesmal von den Vorstellungen Radbruchs leiten ließ.¹⁵⁰ Es erklärte jedoch an keiner Stelle ausdrücklich, daß sich in dem jetzt zu entscheidenden Fall die Unbeachtlichkeit des Rechtfertigungsgrundes der Staatspraxis der DDR aus der Anwendung der Radbruch'schen Formel ergebe. Man kann diese Vorgehensweise durchaus als Flucht ins Rätselhafte kritisieren, denn sie ruft ebenso wie die zum Teil unklaren und mißverständlichen Formulierungen an einigen zentralen Stellen in den Entscheidungsgründen die Gefahr von Fehlinterpretationen hervor. Sie ist aber wohl eher als ein Zeichen der Zurückhaltung gemeint, mit dem das Bundesverfassungsgericht seinem Respekt vor den funktionalrechtlichen Grenzen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Entscheidungen der Fachgerichte und seinem Bestreben, dem Rahmencharakter der Verfassung gerecht zu werden, Ausdruck verleihen will.¹⁵¹ Es war nicht seine Aufgabe, die Strafbarkeit der "Mauerschützen" und ihrer politischen Hintermänner zu prüfen oder dazu Stellung zu nehmen, wie das tatsächlich praktizierte DDR-Grenzregime strafrechtsdogmatisch einzuordnen ist. Es hatte lediglich zu prüfen, ob die Nichtanerkennung des Rechtfertigungsgrundes durch den Bundesgerichtshof mit dem Grundgesetz vereinbar war. Dies war der Fall. Die Anwendung der Radbruch'schen Formel, wie sie der Bundesgerichtshof vorgenommen hat, ist danach jedenfalls *ein* denkbarer, mit dem Rückwirkungsverbot nach Art. 103 Abs. 2 GG vereinbarer Weg zur strafrechtlichen Aufarbeitung der Tötung von Flüchtlingen an der deutsch-deutschen Grenze.

IV. GEWALTENTEILUNG (ART. 20 ABS. 2 S. 2 GG)

Mit einem Beschluß vom 17. Juli 1996 zur *Fachplanung durch den Gesetzgeber*¹⁵² leistete das Bundesverfassungsgericht einen Beitrag zur Dogmatik der Gewaltenteilung. Im Rahmen eines abstrakten Normenkontrollverfahrens (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) beurteilte es ein Gesetz

¹⁴⁶ RADBRUCH, Süddeutsche Juristenzeitung 1946, 105 (107); wiederabgedruckt in: RADBRUCH, Gesamtausgabe, Bd. 3 (bearbeitet von W. Hassemer), 1990, S. 83 (89).

¹⁴⁷ Vgl. BVerfGE 3, 225 (232 f.); 6, 132 (198 f.); 6, 389 (414 f.).

¹⁴⁸ Vgl. BVerfGE 95, 96 (134 f.).

¹⁴⁹ BVerfGE 95, 96 (132 ff., 127).

¹⁵⁰ Vgl. dazu H. DREIER, JZ 1997, 421 (428).

¹⁵¹ Vgl. bereits STARCK, JZ 1997, 147 (149).

¹⁵² BVerfGE 95, 1; siehe dazu auch die Anmerkung von HUFELD, JZ 1997, 302.

als verfassungsmäßig, mit dem der Gesetzgeber selbst die Planung der "Südumfahrung Stendal", eines Abschnittes der Eisenbahnstrecke für den Hochgeschwindigkeitszug nach Berlin, durchgeführt hatte. Es handelte sich um ein sogenanntes Maßnahmegesetz, das heißt ein Gesetz im formellen Sinne, das keine abstrakt-generellen Regelungen sondern Einzelfallregelungen zum Inhalt hat und deswegen wie eine konkrete Maßnahme der Exekutive wirkt. Es enthielt sowohl die grundsätzliche Entscheidung über den Bau der Südumfahrung um die Stadt Stendal als auch die für die Planung erforderlichen Detailentscheidungen. Auf diesem Wege der umfassenden *Legalplanung* sollte die Planungsdauer erheblich verkürzt werden, um nach der deutschen Wiedervereinigung den möglichst schnellen Aufbau einer modernen Verkehrsinfrastruktur in den neuen Ländern zu erlauben und so günstige Voraussetzungen für einen wirtschaftlichen Aufschwung im Osten zu schaffen. Zu diesem Zwecke hatte der Gesetzgeber allerdings Entscheidungen an sich gezogen, die nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften für Vorhaben dieser Art der Exekutive vorbehalten sind. Das warf die Frage auf, ob sein Vorgehen noch mit dem in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG verankerten Grundsatz der Gewaltenteilung vereinbar war.

Das Bundesverfassungsgericht knüpfte an frühere Aussagen zur Gewaltenteilung an, die es fortentwickelte und ergänzte. Danach ist der Grundsatz der Gewaltenteilung für das Grundgesetz ein tragendes Organisations- und Funktionsprinzip. Die Gewaltenteilung dient der gegenseitigen Kontrolle der Staatsorgane und damit der Mäßigung der Staatsgewalt,¹⁵³ zielt aber auch darauf ab, daß staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von denjenigen Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen.¹⁵⁴

Gewaltenteilung bedeutet Gewaltenmäßigung durch Gewaltentrennung *und* -verschränkung. Das Grundgesetz fordert nicht etwa eine absolute Trennung, wie sie nirgendwo in reiner Form verwirklicht ist, sondern die gegenseitige Kontrolle und Hemmung der Gewalten. Allerdings muß die in der Verfassung vorgenommene Verteilung der Gewichte zwischen den drei Gewalten gewahrt bleiben. Keine Gewalt darf ein von der Verfassung nicht vorgesehenes Übergewicht über eine andere erhalten, und umgekehrt darf keine Gewalt der für die Erfüllung ihrer verfassungsmäßigen Aufgaben erforderlichen Zuständigkeiten beraubt werden. Der Kernbereich der verschiedenen Gewalten ist unveränderbar.¹⁵⁵

Nach dem System des Grundgesetzes obliegt dem Parlament die Normsetzung und der Exekutive die Regierung und Verwaltung, zu der - wie bereits aus der Bezeichnung als "vollziehende Gewalt" in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG deutlich wird - insbesondere die Vollziehung von Gesetzen im Einzelfall gehört. Nach diesen Kriterien kann die staatliche Planung indessen weder der Legislative noch der Exekutive eindeutig zugeordnet werden. Zum einen ist Planung kein Vorgang der Subsumtion eines bestimmten Lebenssachverhaltes unter die Tatbestandsmerkmale einer abstrakt-generellen Norm. Zum anderen ist der Plan aber auch nicht selbst eine abstrakt-generelle Vorgabe für das Vorgehen der Behörden in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen. Planung ist vielmehr ein komplexer Prozeß der Gewinnung, Auswahl und Verarbeitung von Informationen, der Zielsetzung und der Auswahl einzusetzender Mittel. Planung hat also finalen und keinen konditionalen Charakter.¹⁵⁶

Das Bundesverfassungsgericht zog daraus, daß die Planung keiner der Gewalten eindeutig zugeordnet werden kann, eine Reihe von Folgerungen, die es allerdings nicht weitergehend

¹⁵³ Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 3, 225 (247); vgl. vor allem BVerfGE 34, 52 (59).

¹⁵⁴ Vgl. bereits BVerfGE 68, 1 (86).

¹⁵⁵ Vgl. bereits BVerfGE 9, 268 (279 f.); 22, 106 (111); 34, 52 (59).

¹⁵⁶ BVerfGE 95, 1 (16) unter Bezugnahme auf BVerfGE 80, 137 (162) und HOPPE, in: Isensee/Kirchhof (Herausgeber), Handbuch des Staatsrechts, Band 3, 1988, § 71 Rdnr. 19, 43.

begründete. Danach ist die Planvorbereitung der Exekutive vorbehalten.¹⁵⁷ Das Parlament verfügt über Informations- und Kontrollrechte. Außerdem kann es über grundlegende Fragen selbst entscheiden, soweit sie keine "Kernbereiche exekutivischer Eigenverantwortung" berühren. Der Gesetzgeber darf dementsprechend - auf Initiative und Vorbereitung der Regierung und Verwaltung - durch Gesetz einen Plan beschließen, wenn die Materie ihrer Natur nach geeignet ist, gesetzlich geregelt zu werden, und sonstige verfassungsrechtliche Gründe nicht entgegenstehen.¹⁵⁸

Nach diesen Maßstäben können grundsätzlich auch Detailpläne zu einzelnen Vorhaben im Bereich der anlagenbezogenen Fachplanung vom Gesetzgeber verabschiedet werden. Die gesetzliche Planung eines einzelnen Vorhabens greift nicht notwendigerweise in die Funktionen ein, die die Verfassung der vollziehenden Gewalt vorbehalten hat. Das Bundesverfassungsgericht hob hervor, daß das Grundgesetz nicht von einem Gesetzesbegriff ausgeht, der nur allgemeine Regelungen zuläßt. Es stützte sich dabei auf Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG, der gezielt Einzelfallgesetze ausschließt, die die Grundrechte einschränken, und damit zu verstehen gibt, daß Einzelfallgesetze eben nicht von vornherein unzulässig sind, sowie auf Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG, der konkrete Enteignungen unmittelbar durch das Gesetz ausdrücklich zuläßt.¹⁵⁹ Damit schloß es zugleich an seine frühere Rechtsprechung an, derzufolge der Begriff des Maßnahmegesetzes verfassungsrechtlich ohne Bedeutung ist.¹⁶⁰ Gleichzeitig leitete es allerdings aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung unter Bezugnahme auf dessen mittelbar grundrechtsschützende Funktion und auf den größeren Sachverstand der Verwaltung Schranken für die Legalplanung ab, die deren Zulässigkeit letztlich zur Ausnahme werden lassen: Der Gesetzgeber darf die Planung einzelner Vorhaben nur dann an sich ziehen, *wenn* dafür *im Einzelfall gute Gründe* bestehen, beispielsweise weil die schnelle Verwirklichung des Vorhabens von besonderer Bedeutung für das Gemeinwohl ist.¹⁶¹ Insofern steht ihm allerdings auch hier der vom Bundesverfassungsgericht immer wieder besonders hervorgehobene Beurteilungs- und Einschätzungsspielraum zu. Gegen seine Annahme, daß die gesetzliche Planung der Südumfahrung Stendal im Interesse eines schnelleren Aufbaus der Verkehrsinfrastruktur in den neuen Ländern geboten sei, bestanden keine Bedenken.¹⁶²

Auch unter anderen verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten war das Gesetz über den Bau der Südumfahrung Stendal nicht zu beanstanden. Dies galt insbesondere im Hinblick auf das durch Art. 14 GG geschützte Eigentum der von der Planung betroffenen Grundstücksinhaber. Das Gesetz sprach zwar selbst keine Enteignungen aus, legte jedoch bis ins Detail fest, welche Grundstücke in welchem Umfang für den Bau der Eisenbahnstrecke in Anspruch genommen werden sollten, und setzte damit konkrete Vorgaben für die nachfolgenden Enteignungsverfahren. Aus diesem Grunde war es als "*Legalenteignung im Gewande einer Legalplanung*" selbst an Art. 14 GG zu messen. Legalenteignungen sind zwar in Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG ausdrücklich vorgesehen, aber dennoch nur in eng begrenzten Fällen zulässig, denn sie entziehen dem Bürger den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz und lassen ihm als einzigen möglichen Rechtsbehelf nur noch die Verfassungsbeschwerde. Eine Legalenteignung auf dem Wege der Legalplanung ist aber jedenfalls dann unbedenklich, wenn die einzelne Enteignung

¹⁵⁷ BVerfGE 95, 1 (16); kritisch dazu HUFELD, JZ 1997, 302 (305).

¹⁵⁸ BVerfGE 95, 1 (16).

¹⁵⁹ Vgl. BVerfGE 95, 1 (17).

¹⁶⁰ Vgl. bereits BVerfGE 25, 371 (396).

¹⁶¹ Weitere Schranken können sich unter dem Gesichtspunkt der vertikalen Gewaltenteilung im Bundesstaat ergeben (BVerfGE 95, 1, 18). Angesichts einer umfassenden Regelungs- und Verwaltungskompetenz des Bundes war dieser Gesichtspunkt hier nicht von Bedeutung.

¹⁶² BVerfGE 95, 1 (23 f.).

nicht nur wie jede andere zum Wohle der Allgemeinheit erforderlich ist (vgl. Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG), sondern außerdem *triftige Gründe für die Annahme* bestehen, daß eine Planfeststellung im *Verwaltungsverfahren mit erheblichen Nachteilen für das Gemeinwohl verbunden* wäre, denen nur durch eine gesetzliche Regelung begegnet werden kann.¹⁶³ Der Begriff der "triftigen Gründe" dürfte dem der "guten Gründe" bei der Frage der Vereinbarkeit der Legalplanung mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz entsprechen; er wurde jedenfalls im gleichen Sinne angewandt. Auch hinsichtlich der "triftigen Gründe" verfügt der Gesetzgeber über einen Beurteilungs- und Einschätzungsspielraum und war der Griff zum Gesetz mit Rücksicht auf die Erfordernisse des schnellen Aufbaus der Verkehrsinfrastruktur in den neuen Ländern nicht zu beanstanden. - Das Bundesverfassungsgericht überprüfte außerdem die Einhaltung der rechtsstaatlichen Gebote der planerischen Abwägung, an die im Falle der Legalplanung auch der Gesetzgeber gebunden ist. Dazu gehören das Gebot, den planungserheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend zu ermitteln, das auch die Pflicht umfaßt, die individuell betroffenen Grundstückseigentümer und Gemeinden anzuhören, sowie sowie das Gebot, alle berührten öffentlichen und privaten Interessen zu berücksichtigen und umfassend und nachvollziehbar gegeneinander abzuwägen. Da das Gesetz zur Südumfahrung Stendal diesen Grundsätzen gerecht wurde und danach auch eine hinreichende Berücksichtigung der Interessen der Stadt Stendal sichergestellt war, konnte auch kein Verstoß gegen die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG) festgestellt werden.¹⁶⁴

V. GLEICHHEIT DER WAHL IN DEN LÄNDERN, KREISEN UND GEMEINDEN (ART. 28 ABS. 1 S. 2 GG)

Nach Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG muß das Volk in den Ländern, Kreisen und Gemeinden eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist. Die Verpflichtung, die damit verbunden ist, richtet sich an die Länder, die kraft ihrer Verfassungsautonomie für ihre eigene Organisation und nach der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung des Grundgesetzes für die Organisation der Kreise und Gemeinden verantwortlich sind. Damit sind die Gesetzgeber in den Ländern bei der Regelung der Landtags- und Kommunalwahlen schon unmittelbar nach der Bundesverfassung an die gleichen Wahlrechtsgrundsätze gebunden, wie sie nach Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG für den Bundesgesetzgeber bei der Regelung der Bundestagswahlen gelten. Es handelt sich hier um einen Teil des *bundesstaatlichen Homogenitätsgebotes*; der andere, bedeutendere Teil besteht aus der Verpflichtung der Länder, ihre verfassungsmäßige Ordnung nach den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates zu gestalten (Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG).

Ein *Verbot der gleichzeitigen Mitgliedschaft früherer Ehegatten im Gemeinderat*, wie es die baden-württembergische Gemeindeordnung für Gemeinden bis 20.000 Einwohner vorsah, verstößt gegen Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG, weil es sich mit dem Grundsatz der Gleichheit der Wahl nicht vereinbaren läßt.¹⁶⁵ Dieser bezieht sich auf das aktive wie auf das passive Wahlrecht¹⁶⁶ und auf die Wahrnehmung des errungenen Mandates wie auf die Betätigung des

¹⁶³ BVerfGE 95, 1 (22).

¹⁶⁴ Vgl. BVerfGE 95, 1 (26 f.). Aus dem letztgenannten Grunde blieb auch eine von der Stadt Stendal eingereichte Kommunalverfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG) ohne Erfolg (BVerfG, Beschluß vom 17. Juli 1996, Aktenzeichen 2 BvR 38/94).

¹⁶⁵ BVerfGE 93, 373.

¹⁶⁶ Siehe bereits BVerfGE 11, 266 (272); 48, 64 (81); 57, 43 (56).

Wahlrechts im engeren Sinne.¹⁶⁷ Er besagt, daß jedermann sein Wahlrecht in formal möglichst gleicher Weise ausüben können soll.¹⁶⁸ Differenzierungen sind nicht völlig ausgeschlossen, bedürfen aber angesichts der Bedeutung der Wahlgleichheit für die freiheitliche demokratische Grundordnung eines zwingenden Grundes.¹⁶⁹ Ein solcher war hier nicht zu erkennen: Die Notwendigkeit, einer unlauteren gegenseitigen Begünstigung der Kommunalpolitiker entgegenzuwirken, mag möglicherweise einen zwingenden Grund darstellen, um in kleinen Gemeinden die gleichzeitige Ratsmitgliedschaft für miteinander verheiratete, verlobte oder eng verwandte Personen auszuschließen. Das Bundesverfassungsgericht ließ diese Frage, die hier nicht zu entscheiden war, ausdrücklich offen. Jedenfalls aber kann darin - auch bei Berücksichtigung eines gewissen gesetzgeberischen Einschätzungsspielraumes - kein zwingender Grund erblickt werden, um sie auch geschiedenen Ehegatten zu versagen, denn die Gefahr eines unlauteren Zusammenwirkens ist hier sogar weitaus geringer als etwa bei Ratsmitgliedern, die einander durch enge persönliche oder berufliche Beziehungen verbunden sind. Auch die Gefahr, daß ein Ratsmitglied um seiner persönlichen Bindungen willen im Gemeinderat gegen seine politische Überzeugung stimmen könnte, ist nach der Scheidung gering einzuschätzen. Im übrigen entsprach der Ausschluß bei den Geschiedenen - anders als bei den Ehegatten - auch nicht etwa einer gefestigten Rechtstradition im Lande Baden-Württemberg, so daß sich die Frage, ob er durch eine überkommene, im Bewußtsein der Bevölkerung lebendige Rechtsanschauung gerechtfertigt sein könnte, hier nicht stellte.¹⁷⁰

VI. ABGEORDNETENSTATUS (ART. 38 ABS. 1 S. 2 GG)

Politische Bedeutung hatte der Beschluß vom 21. Mai 1996 zur *Überprüfung von Bundestagsabgeordneten auf eine frühere Stasi-Mitarbeit*.¹⁷¹ Nach § 44b des Abgeordnetengesetzes (= AbgG) können die Mitglieder des Bundestages durch einen Bundestagsausschuß auf eine Tätigkeit oder politische Verantwortung für den Staatssicherheitsdienst der ehemaligen DDR (= Stasi) überprüft werden. Es handelt sich hier um eine Kollegialenquete außerhalb des Untersuchungsausschußverfahrens, das heißt eine parlamentarische Untersuchung, die zur Wahrung des Ansehens des Parlamentes Mißstände in den eigenen Reihen aufdecken soll, mit der aber ein herkömmliches parlamentarisches Gremium betraut worden ist, das nicht über die besonderen Befugnisse eines Untersuchungsausschusses nach Art. 44 GG verfügt. Der Ausschuß trifft seine Entscheidung nach Aktenlage, insbesondere unter Berücksichtigung der Auskünfte des Bundesbeauftragten für Stasi-Unterlagen; Zeugen und Sachverständige werden nicht gehört. Die Überprüfung findet gemäß § 44 Abs. 2 AbgG ohne Zustimmung des Betroffenen statt, wenn der Bundestagsausschuß konkrete Anhaltspunkte für einen Verdacht festgestellt hat. So war es auch im Falle des Abgeordneten Gregor Gysi aus der PDS (Partei des Demokratischen Sozialismus, Nachfolgepartei der ehemaligen Staatspartei SED). Sein Versuch, die eigene Überprüfung durch den Gang zum Bundesverfassungsgericht abzuwenden, blieb ohne Erfolg. Das Gericht entschied hier nicht über eine Verfassungsbeschwerde, sondern einen Organstreit (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG), denn die auf Bundestagsabgeordnete beschränkte Überprüfung betraf Gregor Gysi nicht in seiner Eigenschaft als Bürger (in seinem allgemeinen

¹⁶⁷ Vgl. bereits BVerfGE 38, 326 (338); 40, 296 (317); 57, 43 (67).

¹⁶⁸ Siehe bereits BVerfGE 11, 266 (272); 41, 399 (413); 69, 92 (105 f.); 85, 148 (157); 89, 266 (270).

¹⁶⁹ Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BVerfGE 4, 375 (382 f.); 6, 84 (94); zuletzt BVerfGE 82, 322 (338).

¹⁷⁰ BVerfGE 93, 373 (377 ff.).

¹⁷¹ BVerfGE 94, 351.

Persönlichkeitsrecht), sondern als Abgeordneter und damit in seinem besonderen, in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG hervorgehobenen verfassungsrechtlichen Status.

Der verfassungsrechtliche Status eines Abgeordneten ist berührt, wenn die Legitimität seines Mandates im Rahmen einer Kollegialenquete angezweifelt wird. Das ist bei dem Verfahren nach § 44b AbgG der Fall: Es beruht auf der Prämisse, daß eine frühere Tätigkeit für den Staatssicherheitsdienst dem Betreffenden heute die politische Legitimität nimmt, Abgeordneter des Deutschen Bundestages zu sein. Es kann zwar nicht zum rechtlichen Verlust des Mandates oder der damit verbundenen Rechte führen, wohl aber zu dem Verdikt, daß der Betroffene politisch unwürdig sei, das Volk im Parlament zu vertreten.¹⁷²

Der Bundestag kann innerhalb seines Aufgabenbereiches Überprüfungsaufträge an parlamentarische Gremien erteilen, wenn es um Sachverhalte geht, die seine Integrität und politische Vertrauenswürdigkeit berühren und ein öffentliches Untersuchungsinteresse von hinreichendem Gewicht gegeben ist.¹⁷³ Mit Rücksicht auf den verfassungsrechtlichen Status der Abgeordneten ist es ihm aber nur in Ausnahmefällen erlaubt, ein Verfahren einzuführen, mit dem das Verhalten der Abgeordneten vor ihrer Wahl untersucht wird - sofern es sich nicht gerade um Verhaltensweisen handelt, die die Wählbarkeit ausschließen. Ein solcher Ausnahmefall kann hier allerdings angenommen werden. Er liegt in der *historischen Situation des Überganges von der Diktatur zur Demokratie in den neuen Ländern*, die eine Beschäftigung mit der Rolle des seinerzeit gefürchteten Staatssicherheitsdienstes und der in seine MACHENSCHAFTEN verstrickten Personen nahelegt. Der Staatssicherheitsdienst war ein zentraler Bestandteil des totalitären Machtapparates der DDR, ein Instrument zur politischen Kontrolle und Unterdrückung der gesamten Bevölkerung. Die BESPITZELUNG war ihrer Natur entsprechend so organisiert, daß die Tätigkeit der handelnden Personen geheim blieb oder verschleiert wurde. Wenn jetzt konkrete Anhaltspunkte den Verdacht erwecken, daß Personen, die in den Bundestag gewählt worden sind, als Stasi-Mitarbeiter die Diktatur unterstützt und der Verletzung der Freiheitsrechte Vorschub geleistet haben, kann der Bundestag davon ausgehen, daß das erforderliche Untersuchungsinteresse gegeben ist und ohne die Aufklärung der Vorwürfe das Vertrauen in die Volksvertretung in besonderer Weise gestört wäre. Er muß nicht etwa unterstellen, daß die Wähler jene Abgeordneten ungeachtet einer möglicherweise später aufgedeckten Verstrickung gewählt hätten.¹⁷⁴

Ist ausnahmsweise eine Kollegialenquete zulässig, in der das Verhalten der Abgeordneten vor der Wahl untersucht wird, muß das Verfahren allerdings Sicherungen zum Schutze des Abgeordnetenstatus enthalten. Der Betroffene muß über Beteiligungsrechte verfügen, die nicht nur rechtliches Gehör sichern, sondern die es ihm ermöglichen, aktiv am Zustandekommen des Untersuchungsergebnisses mitzuwirken. Außerdem muß gewährleistet sein, daß die abschließende Feststellung zu den Ermittlungen den Eigenarten des Verfahrens und der dort zugelassenen Beweismittel Rechnung trägt und den Umfang der Ermittlungen korrekt wiedergibt. - Das Verfahren nach § 44b AbgG erfüllt diese Voraussetzungen, doch ist angesichts der Beschränkung der Beweismittel Zurückhaltung bei der Beweiswürdigung geboten.¹⁷⁵

¹⁷² BVerfGE 94, 351 (366 f.).

¹⁷³ Vgl. bereits BVerfGE 77, 1 (44).

¹⁷⁴ BVerfGE 94, 351 (368 f.).

¹⁷⁵ Vgl. BVerfGE 94, 351 (369 ff.).

VII. SCHLUßBEMERKUNG

Für Interessierte, die die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Original nachlesen wollen, aber weder die Entscheidungssammlung (BVerfGE) noch die deutschen Fachzeitschriften zur Verfügung haben, soll zum Abschluß darauf hingewiesen werden, daß die meisten wichtigen Entscheidungen mittlerweile von verschiedenen Stellen im *Internet* veröffentlicht werden und dort leicht zugänglich sind. Dies gilt auch für diejenigen, die in dieser Chronik besprochen worden sind. Eine hervorragende Übersicht über die neueren Entscheidungen findet sich unter "<http://www.uni-wuerzburg.de/dfr>". Der Text der dort aufzurufenden Entscheidungen wird sogar zumeist zusammen mit der Seitenzahl aus der Entscheidungssammlung präsentiert. Wer es sich leicht machen will oder eine bestimmte Entscheidung sucht, kann sich in vielen Fällen auch damit begnügen, direkt die Fundstelle in der Sammlung (also etwa "BVerfGE 94, 49") oder auch nur den Entscheidungsband (z.B. "BVerfGE 94") als zusammenhängendes Stichwort im Suchprogramm einzugeben. [Außerdem veröffentlicht mittlerweile das Bundesverfassungsgericht selbst seine aktuellen Entscheidungen unter "<http://www.bverfg.de>".]