

Dr. Thomas Schmitz

Göttingen

## Chronik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - 2001/2002

(= ERPL/REDP 15 [2003], S. 1399 - 1445)

Quelle: [www.jura.uni-goettingen.de/Schmitz](http://www.jura.uni-goettingen.de/Schmitz)

Jurisprudence  
Constitutional/Constitutionnelle

FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY  
REPUBLIQUE FEDERALE D'ALLEMAGNE

THOMAS SCHMITZ\*

### *I. VORBEMERKUNG*

Das Bundesverfassungsgericht hat auch in den Jahren 2001 und 2002 wieder ein beachtliches Arbeitspensum bewältigt. Dieses lag allerdings geringfügig unter dem der Vorjahre. Die Gesamtstatistik<sup>1</sup> nennt für 2001 4.814 und für 2002 4.715 Erledigungen (davon 4.595 bzw. 4.477 durch Entscheidung<sup>2</sup>). Die Verfassungsbeschwerden standen mit 4.471 bzw. 4.348 Entscheidungen im Vordergrund. Ihnen folgten mit großem Abstand die Verfahren der konkreten Normenkontrolle (12 bzw. 19 Entscheidungen).

---

\* Privatdozent, Universität Göttingen, [www.jura.uni-goettingen.de/schmitz](http://www.jura.uni-goettingen.de/schmitz).

<sup>1</sup> Gesamtstatistik für das Geschäftsjahr 2002, [www.bundesverfassungsgericht.de/texte/deutsch/organisation/statistik\\_2002](http://www.bundesverfassungsgericht.de/texte/deutsch/organisation/statistik_2002).

<sup>2</sup> Vgl. zu den Entscheidungen im einzelnen die Übersicht *Plenums-/Senats-/Kammerentscheidungen*, [www.bverfg.de/texte/deutsch/organisation/statistik\\_2002/A-I-5.html](http://www.bverfg.de/texte/deutsch/organisation/statistik_2002/A-I-5.html).

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>3</sup> betraf in den Jahren 2001 und 2002 interessante dogmatische Fragestellungen sowohl aus dem Bereich der Grundrechte als auch aus dem Staatsorganisationsrecht. Hervorzuheben sind die Entscheidungen zur Schächtgenehmigung für ausländische muslimische Metzger, zur Ton- und Fernsehberichterstattung aus Gerichtsverhandlungen, zur eingetragenen Lebenspartnerschaft für homosexuelle Paare und zum Gesetzgebungsrecht des Bundes bei der konkurrierenden Gesetzgebung. Bei letzterer ging es um die Anwendung einer neugefaßten Norm mit der gleichen Funktion wie das Subsidiaritätsprinzip in der Europäischen Union. Unterhaltungswert hat die Entscheidung zur mißlungenen Abstimmung im Bundesrat zum Zuwanderungsgesetz. Außerdem gab es eine Rarität: Ein Normenkontrollverfahren zu Regelungen im brandenburgischen Schulgesetz, die ein neues Unterrichtsfach "Lebensgestaltung-Ethik-Religionskunde" zwingend an die Stelle des kirchlich geprägten traditionellen Religionsunterrichts setzen wollten, wurde nicht durch Entscheidung des Gerichts sondern durch eine Vergleichsvereinbarung zwischen den Verfahrensbeteiligten beendet.<sup>4</sup>

Auffallend häufig fügten Richter den wichtigeren Entscheidungen abweichende Meinungen zu. Außerdem weisen einige Entscheidungen schwerwiegende methodische Mängel auf (oder brechen jedenfalls unausgesprochen mit grundlegenden Elementen der Grundrechtsdogmatik). In einem Fall wurde die Verletzung eines Grundrechts nicht eigenständig geprüft, sondern das betreffende Grundrecht im Rahmen der Prüfung der Verletzung eines anderen inzidenter "mitberücksichtigt". In einem anderen Fall verneinte das Gericht einen Grundrechtseingriff, prüfte dann aber eine Verletzung objektiven Verfassungsrechts, obwohl dies für die Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde offensichtlich unerheblich war. In diesem Fall bezog sich sogar die abweichende Meinung einiger Richter nur auf die unerhebliche objektiv-rechtliche Frage. Die Gründe für dieses eigenwillige Vorgehen bleiben unklar.

---

<sup>3</sup> Alle besprochenen Entscheidungen sind im *Internet* unter der Adresse des Bundesverfassungsgerichts ([www.bverfg.de](http://www.bverfg.de) oder [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)) abrufbar. Wichtigere Entscheidungen (auch ältere) finden sich zudem bei TSCHENTSCHER (Herausgeber), *Deutsches Fallrecht* (ehemals *German Case Law*), [www.oefre.unibe.ch/law/dfr/dfr\\_bverfg.html](http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/dfr_bverfg.html). Häufig kann eine Veröffentlichung schon dadurch gefunden werden, daß man die Fundstelle in der Entscheidungssammlung (also z.B. "BVerfGE 104, 337") als zusammenhängendes Stichwort bei den Suchmaschinen eingibt.

<sup>4</sup> Vgl. den vom Bundesverfassungsgericht unterbreiteten Vergleichsvorschlag, BVerfGE 104, 305 (= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, zitiert nach Band und Seitenzahlen, hier also: 104. Band, Beginn des Beschlusses mit dem Vergleichsvorschlag auf S. 305); siehe dazu TH. SCHMIDT, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (= *NVwZ*) 2002, 925. Eine Verfahrensbeendigung durch Vergleich hatte es in der fünfzigjährigen Geschichte des Bundesverfassungsgerichts erst einmal (1992) gegeben (SCHMIDT, S. 926).

## II. GRUNDRECHTE UND GRUNDRECHTSGLEICHE RECHTE

### 1) Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und Glaubensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG)

Auf große Resonanz stieß ein Urteil vom 15. Januar 2002<sup>5</sup> zum Problem der *Schächtgenehmigung für ausländische muslimische Metzger*. Nach einer Vorschrift im Tierschutzgesetz dürfen warmblütige Tiere nur geschlachtet werden, wenn sie vor Beginn des Blutentzuges betäubt worden sind. Damit soll das Leiden der Tiere beim Schlachten verringert werden. Allerdings kann für das Schlachten ohne Betäubung (Schächten) eine Ausnahmegenehmigung erteilt werden, soweit dies erforderlich ist, um den Bedürfnissen von Angehörigen bestimmter Religionsgemeinschaften zu entsprechen, denen zwingende Vorschriften ihrer Religionsgemeinschaft das Schächten vorschreiben (1. Alternative) oder den Genuß von Fleisch nicht geschächteter Tiere untersagen (2. Alternative). Hier ging es um einen Fall der 2. Alternative: Einem strenggläubigen Muslim türkischer Staatsangehörigkeit, der in Deutschland eine Metzgerei betrieb und seine muslimischen Kunden mit Fleisch versorgen wollte, das den Vorschriften des Islam entsprach, war die Ausnahmegenehmigung verweigert worden. Seine Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg. Das Bundesverfassungsgericht bejahte zwar die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift des Tierschutzgesetzes,<sup>6</sup> gelangte aber zu der Überzeugung, daß dem muslimischen Metzger im Rahmen der gebotenen *verfassungskonformen Auslegung und Anwendung* der Vorschrift eine Ausnahmegenehmigung erteilt werden mußte.<sup>7</sup>

Die Entscheidung sorgte nicht nur wegen des Wertebezuges der Fragestellung sondern auch wegen ihrer dogmatischen Implikationen für Resonanz. Zunächst war nämlich zu klären, welches Grundrecht überhaupt einschlägig war. Es ging hier maßgeblich um die berufliche Tätigkeit des türkischen Metzgers, nicht um das Schlachten für den eigenen Bedarf. Einschlägig für den Schutz der freien Berufsausübung ausländischer Mitbürger ist das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)<sup>8</sup>, denn das speziellere Grundrecht der Berufsfreiheit, das insgesamt einen höheren Schutz gewährt, ist nach Art. 12 Abs. 1 GG den Deutschen vorbehalten. Doch der Grund für das Begehren einer Ausnahmegenehmigung lag in der religiösen Überzeugung des Metzgers und seiner Kunden. Deswegen kam auch ein Eingriff in das Grundrecht der Glaubensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) in Betracht. Dieses kommt auch den ausländischen Mitbürgern zugute. Es stellt höhere Anforderungen an die Rechtfertigung eines Eingriffs als das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit: Während letzteres mit seiner Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung jeden Eingriff zuläßt, der auf gesetzlicher Grundlage erfolgt, nicht gegen (andere) Verfassungsnormen verstößt und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entspricht,<sup>9</sup> sind Eingriffe in die Glaubensfreiheit nur zulässig, wenn die Wahrnehmung der Glaubensfreiheit im konkreten Fall mit Grundrechten Dritter oder

<sup>5</sup> BVerfGE 104, 337 = *Neue Juristische Wochenschrift* (= NJW) 2002, 663 = *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (= EuGRZ) 2002, 92 = *Juristenzeitung* (= JZ) 2002, 500; siehe dazu auch die Anmerkungen und Besprechungen von SPRANGER, NJW, 2002, 2074; KÄSTNER, JZ 2002, 491; HAIN/UNRUH, *Die Öffentliche Verwaltung* (= DÖV) 2003, 147; VOLKMANN, *Deutsches Verwaltungsblatt* (= DVBl.) 2002, 328; OEBBECKE, NVwZ 2002, 302; SYDOW, *Jura* 2002, 615 und NEUREITHER, *Juristische Schulung* (= JuS) 2002, 1168; siehe ferner PABEL, EuGRZ 2002, 220 zu den Entscheidungen der Verfassungsgerichte in Deutschland und Österreich sowie des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte aus rechtsvergleichender Perspektive.

<sup>6</sup> Vgl. BVerfGE 104, 337 (347 ff.).

<sup>7</sup> Vgl. BVerfGE 104, 337 (353 ff.).

<sup>8</sup> Siehe zu diesem Grundrecht bereits die Chronik für 1994, ERPL/REDP, Vol. 7 (1995), Nr. 4, S. 1129 ff.

<sup>9</sup> Siehe dazu bereits die Chronik für 1994, ERPL/REDP, Vol. 7 (1995), Nr. 4, S. 1133 ff.

anderen Werten von Verfassungsrang kollidiert und sich im Rahmen einer Abwägung als nachrangig erweist (sogenannte immanente Grundrechts-Schranken)<sup>10</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht wählte einen Lösungsweg, der auf den ersten Blick elegant erscheint, sich bei näherer Betrachtung jedoch als problematisch herausstellt. Danach bildet "in erster Linie" Art. 2 Abs. 1 GG den Prüfungsmaßstab, weil es dem Metzger darum ging, seinen muslimischen Kunden in Ausübung seines Berufes den Genuß des Fleisches geschächteter Tiere zu ermöglichen.<sup>11</sup> Da das Schächten aber für den Beschwerdeführer nicht nur Mittel zur Fleischgewinnung sondern auch Ausdruck einer religiösen Grundhaltung war, ist ergänzend Art. 4 Abs. 1 und 2 GG zu berücksichtigen. Dem religiösen Hintergrund sei, auch wenn das Schächten selbst nicht als Akt der Religionsausübung verstanden werde, dadurch Rechnung zu tragen, daß der *Schutz der beruflichen Freiheit* aus Art. 2 Abs. 1 GG durch den speziellen Freiheitsgehalt des Grundrechts der Glaubensfreiheit verstärkt werde. Einschlägige Schranke ist damit die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung aus Art. 2 Abs. 1 GG, doch ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die Glaubensfreiheit zu beachten.<sup>12</sup> Die Schutzgehaltsverstärkung erfolgt dadurch, daß bei der Prüfung der Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) als dem letzten Schritt der Verhältnismäßigkeitsprüfung<sup>13</sup> die Glaubensfreiheit in die Abwägung miteinzubeziehen ist und somit das Gewicht des eingeschränkten Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG erhöht. Tatsächlich erörterte das Bundesverfassungsgericht die religiösen Implikationen des Schächtens und des Schächtverbotes allein in diesem Zusammenhang.<sup>14</sup>

In der Literatur ist dieser Ansatz auf Kritik gestoßen,<sup>15</sup> denn er bricht (ungewollt?) mit der bisherigen Grundrechtsdogmatik und verwischt die bisher klaren Grenzen zwischen den Grundrechten. Außerdem blieb in der Entscheidung einiges unklar. So sprach das Gericht von der "grundrechtlich geschützten Ausübung eines religiös geprägten Berufs"<sup>16</sup> und stellte im Tenor eine Verletzung des Beschwerdeführers in seinem "Grundrecht aus Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 4 Absatz 1 und 2 des Grundgesetzes"<sup>17</sup> fest. Soll das heißen, daß es ein neues Freiheitsrecht der Ausübung eines religiös geprägten Berufs entdeckt hat, das sich erst aus einer kombinierten Betrachtung der allgemeinen Handlungsfreiheit und der Glaubensfreiheit ergibt? Dazu würde die neuartige Schrankenkonstruktion passen, die bei keinem der ausdrücklich geregelten Einzelgrundrechte anzutreffen ist.<sup>18</sup> Dagegen spricht jedoch, daß das Gericht allein Art. 2 Abs. 1 GG als Prüfungsmaßstab angab (wenn auch angeblich nur "in

<sup>10</sup> Ganz herrschende Meinung, vgl. bereits BVerfGE 32, 98 (108); 33, 23 (29 ff.); ein Teil der Literatur (z.B. STARCK, in: VON MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Das Bonner Grundgesetz*, Band 1, 4. Auflage 1999, Art. 4 Abs. 1 und 2, Randnummer 75 ff.) will stattdessen Art. 136 Abs. 1 der Weimarer Reichsverfassung, auf den in Art. 140 GG verwiesen wird, als Schranke heranziehen, siehe dazu bereits die Chronik für 1995, ERPL/REDP, Vol. 8 (1996), Nr. 4, S. 1286.

<sup>11</sup> Vgl. BVerfGE 104, 337 (345). Das Bundesverwaltungsgericht stellte in ähnlichen Fällen hingegen nur auf das Grundrecht der Glaubensfreiheit ab, vgl. BVerwGE 99, 1 (Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, zitiert nach Band und Seitenzahlen) und BVerwGE 112, 227 und dazu HAIN/UNRUH, *DÖV* 2003, 147 (148).

<sup>12</sup> Vgl. BVerfGE 104, 337 (346).

<sup>13</sup> Siehe dazu bereits die Chroniken für 1994 und 1995, ERPL/REDP, Vol. 7 (1995), Nr. 4, S. 1128, 1134, Vol. 8 (1996), Nr. 4, S. 1274.

<sup>14</sup> Vgl. BVerfGE 104, 337 (349 ff.).

<sup>15</sup> Siehe etwa HAIN/UNRUH, *DÖV* 2003, 147 (149 ff.); SYDOW, *Jura* 2002, 615 (619, 621); SPRANGER, *NJW* 2002, 2074 (2075 f.) und KÄSTNER, *JZ* 2002, 491 (492 f.).

<sup>16</sup> BVerfGE 104, 337 (352).

<sup>17</sup> BVerfGE 104, 337.

<sup>18</sup> Vgl. HAIN/UNRUH, *DÖV* 2003, 147 (149).

erster Linie")<sup>19</sup> und allein die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung aus Art. 2 Abs. 1 GG heranzog (wenn auch durch die gebotene "Beachtung" der Glaubensfreiheit aufgeladen)<sup>20</sup>. Es prüfte also letztlich nur eine Verletzung des bereits bekannten Grundrechts der allgemeinen Handlungsfreiheit.<sup>21</sup>

Damit stellt sich die Frage, warum das Gericht sich nicht für das Grundrecht der Glaubensfreiheit entschieden hat. Schließlich schützt dieses nicht nur das Bekenntnis des Glaubens und die freie Religionsausübung im engeren Sinne, sondern gewährleistet auch das Recht, sein gesamtes Verhalten an den Lehren seiner religiösen oder weltanschaulichen Überzeugung auszurichten und dieser Überzeugung gemäß zu handeln.<sup>22</sup> Dazu dürfte auch das Recht gehören, seinen weltlichen Beruf auf eine Art und Weise auszuüben, die mit dem Glauben übereinstimmt. Von einem "religiös geprägten Beruf" konnte hingegen bei genauerer Betrachtung keine Rede sein - auch ein muslimischer Metzger ist schlicht ein Metzger. Das Bundesverfassungsgericht hätte möglicherweise argumentieren können, daß dem Metzger nichts verboten werde, wozu er nach seinem Glauben verpflichtet sei, denn der Islam fordert nicht die gewerbliche Herstellung von Fleisch geschächteter Tiere, sondern beschränkt lediglich den Konsum von anderem Fleisch. Was die Glaubensfreiheit der muslimischen Käufer betrifft, auf die bei der Inzidenterprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift aus dem Tierschutzgesetz einzugehen war, hätte das Gericht argumentieren können, sie werde nicht berührt, da die muslimischen Käufer auf importiertes Fleisch geschächteter Tiere zurückgreifen könnten (das der einheimische Metzger im übrigen mitvermarkten könnte); hier handelte es sich wohl lediglich um die Verweigerung einer bloßen Erleichterung der allgemeinen Lebensführung.<sup>23</sup> Jedenfalls hätte sich das Gericht eingehend mit diesen Fragen auseinandersetzen müssen, bevor es sich für eines der Grundrechte oder beide Grundrechte entschied. Es begnügte sich indessen mit dem unzureichenden Hinweis, daß das Schächten selbst nicht als Akt der Religionsausübung verstanden werde.<sup>24</sup>

Wenn eine hoheitliche Maßnahme die Schutzbereiche mehrerer Grundrechte berührt, handelt es sich um ein *Problem der Grundrechtskonkurrenz*. Dieses wird nach der deutschen Grundrechtsdogmatik so gelöst, daß entweder eines der Grundrechte das andere verdrängt oder die Anforderungen beider Grundrechte an Grundrechtseingriffe kumulativ erfüllt sein müssen. Eine Vermischung oder Kombination der Grundrechte findet nicht statt. Denn sie widerspräche der *Schrankenspezifität der Grundrechte*, einem grundlegenden Konstruktionsprinzip der deutschen Grundrechtsordnung, nach dem jedes Grundrecht seine eigene, spezifische Schranke hat, die ihm der Verfassungsgeber nach einer typisierenden abstrakten Vorabwägung mit anderen Grundrechten und Werten von Verfassungsrang in einer verfassungspolitischen Grundentscheidung gegeben hat. Es sind die Schrankenbestimmungen, welche die Tragweite der einzelnen Freiheitsrechte und damit das tatsächliche Maß an Freiheit bestimmen. Weil sie sich unterscheiden und darin Weichenstellungen des Verfassungsgebers zum Ausdruck kommen, sind die Grundrechte streng auseinanderzuhalten. Außerdem darf ein Grundrecht nur dann bei der Abwägung berücksichtigt werden, wenn es tatsächlich einschlägig ist: Der Schutzbereich bildet das verfassungsrechtliche Eingangstor zum Abwägungsprozeß.<sup>25</sup>

---

<sup>19</sup> Vgl. BVerfGE 104, 337 (345).

<sup>20</sup> Vgl. BVerfGE 104, 337 (346).

<sup>21</sup> Vgl. HAIN/UNRUH, DÖV 2003, 147 (149).

<sup>22</sup> Vgl. bereits BVerfGE 32, 98 (106); 33, 23 (28); 41, 29 (49).

<sup>23</sup> Vgl. Kästner, JZ 2002, 491 (492).

<sup>24</sup> Vgl. BVerfGE 104, 337 (346).

<sup>25</sup> HAIN/UNRUH, DÖV 2003, 147 (150).

Vor diesem Hintergrund wird verständlich, daß das Urteil vom 15. Januar 2002 mit seiner Inzidenter-Berücksichtigung der Glaubensfreiheit im Sinne einer Verstärkung des Schutzgehaltes der allgemeinen Handlungsfreiheit für Verwirrung sorgte.<sup>26</sup> Sollte hier etwa eine neue Rechtsfigur der "Schutzgehaltsverstärkung" eingeführt werden, ein neuer Baustein in der Dogmatik der Grundrechtskonkurrenzen? Dies hätte gravierende Auswirkungen auf die Grundrechtsdogmatik - bis hin zur Aufhebung der Grenzen, welche die speziellen Freiheitsrechte grundsätzlich voneinander trennen.<sup>27</sup> Vor allem aber bleibt offen, wie und wie weit der Schutzgehalt des einen Grundrechts durch die Inzidenter-Berücksichtigung des anderen Grundrechts verstärkt werden soll.<sup>28</sup> Vieles spricht dafür, daß eine solche neue Rechtsfigur zwar zu einer "Flexibilisierung" von Problemlösungen im Bereich der Grundrechtskonkurrenzen beitragen<sup>29</sup> aber die klaren Konturen der bisherigen Schrankendogmatik verschwimmen lassen würde.

Mit seinem eigenwilligen Lösungsweg vermied das Bundesverfassungsgericht eine Überprüfung anhand der Schranken der Glaubensfreiheit und umging damit das eigentliche Problem des Falles: Da die Glaubensfreiheit nur immanenten Schranken unterliegt, kann sie nur zugunsten eines Wertes von Verfassungsrang eingeschränkt werden (siehe oben). Eine Abwägung mit anderen Werten findet nicht statt. Ob es sich bei dem ethisch begründeten Tierschutz, den das Tierschutzgesetz verfolgt, um einen Wert von Verfassungsrang handelt, war aber zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts heftig umstritten.<sup>30</sup> Das Gericht mußte dazu nicht Stellung nehmen, weil es bei der Prüfung der Schranken der allgemeinen Handlungsfreiheit nicht darauf ankam.<sup>31</sup> Hält man indessen die Glaubensfreiheit für einschlägig und geht man mit der überwiegenden Meinung davon aus, daß sich der Tierschutz nicht als Wert aus der Verfassung ableiten ließ, war das Verbot des Schächtens nur über den Weg einer geltungserhaltenden Interpretation der Vorschrift im Tierschutzgesetz zu retten - mit dem Ergebnis, daß die aus religiösen Gründen beantragte Genehmigung erteilt werden *mußte*. Dazu bedurfte es einer "individualisierenden" Betrachtung dessen, was die "zwingenden Vorschriften" einer "Religionsgemeinschaft" vorschreiben, bei der nicht auf die Religion insgesamt sondern die Lehren der konkreten Religionsgemeinschaft abzustellen war.<sup>32</sup> Zu diesem Ergebnis gelangte indessen auch das Bundesverfassungsgericht im Rahmen seiner Prüfung einer Verletzung des "schutzgehaltsverstärkten" Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG.<sup>33</sup> Hier treffen sich also die konventionelle Lösung und der Lösungsweg des Gerichts. Deswegen ist der Entscheidung vom 15. Januar 2002 trotz aller Bedenken gegen die Begründung *im Ergebnis zuzustimmen*.

Nach langer verfassungspolitischer Diskussion hat der verfassungsändernde Gesetzgeber im Sommer 2002 den *Tierschutz als Staatsziel eingeführt* (vgl. den geänderten Art. 20a GG). Damit kann der Zweck des Tierschutzes jetzt auch Eingriffe in Grundrechte rechtfertigen, die im Grundgesetz ohne ausdrücklichen Vorbehalt gewährleistet sind und daher nur immanenten

<sup>26</sup> Vgl. die Kritik bei HAIN/UNRUH, *DÖV* 2003, 147 (149 ff.); SYDOW, *Jura* 2002, 615 (619) und SPRANGER, *NJW* 2002, 2074 ff., der allerdings irrigerweise von einer "Schutzbereichsverstärkung" spricht (verstärkt wird hier der Schutzgehalt der allgemeinen Handlungsfreiheit durch die Bezugnahme auf die Glaubensfreiheit, der ohnehin weitgezogene Schutzbereich bleibt unverändert).

<sup>27</sup> SPRANGER, *NJW* 2002, 2074 (2075).

<sup>28</sup> Vgl. auch SPRANGER, *NJW* 2002, 2074 (2075).

<sup>29</sup> Vgl. kritisch HAIN/UNRUH, *DÖV* 2002, 147 (150).

<sup>30</sup> Siehe dazu bereits KUHL/UNRUH, *DÖV* 1991, 644 (647 ff.) und *DÖV* 1994, 94 (100 f.), jeweils mit Nachweisen; jetzt auch HAIN/UNRUH, *DÖV* 2003, 147 (151 f.) mit Nachweisen.

<sup>31</sup> Es sprach daher lediglich von einem "legitimen Regelungsziel", vgl. BVerfGE 104, 337 (347).

<sup>32</sup> Vgl. auch HAIN/UNRUH, *DÖV* 2003, 147 (153).

<sup>33</sup> Vgl. BVerfGE 104, 337 (354).

Grundrechts-Schranken unterliegen; dies betrifft neben der Glaubensfreiheit vor allem die Forschungsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG). Eine Schlußfolgerung, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sei damit überholt, wäre allerdings voreilig, denn der Tierschutz ist als Wert von Verfassungsrang nicht etwa höherwertig als die Glaubensfreiheit. Es muß aber in Zukunft sorgfältig abgewogen werden, denn auch die ungerechtfertigte Erteilung einer Schächtgenehmigung kann jetzt die Verfassung verletzen. Außerdem müssen die Behörden durch Auflagen und andere Nebenbestimmungen zur Genehmigung sicherstellen, daß das Leiden der Tiere auch beim Schächten so weit wie möglich vermieden wird.

## 2) *Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)*

Erneut wurde ohne Erfolg die Verletzung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) durch unzureichenden Schutz gegen die Risiken der Technik gerügt. Die Funktion der Grundrechte beschränkt sich nicht darauf, Eingriffe des Staates in die Freiheit des Bürgers abzuwehren. Der Staat muß den Bürger auch durch aktives Handeln gegen Gefahren sichern, die von den Aktivitäten Dritter oder anderen Ursachen ausgehen.<sup>34</sup> Das Mindestmaß der *grundrechtlichen Schutzpflichten* bestimmt sich nach der noch unklaren Rechtsfigur des "Untermaßverbotes".<sup>35</sup> Das Bundesverfassungsgericht betont allerdings stets den Entscheidungsspielraum der staatlichen Organe. Deswegen scheiterten in den neunziger Jahren Verfassungsbeschwerden zum Thema Schutz gegen Alkohol im Straßenverkehr, hohe Geschwindigkeiten von Kraftfahrzeugen und erhöhte Ozonkonzentration in der Luft schon im Annahmeverfahren.<sup>36</sup> Ebenso erging es jetzt einer Verfassungsbeschwerde, die auf einen stärkeren *Schutz der Nachbarn vor dem Elektrosmog von Mobilfunkanlagen* zielte.<sup>37</sup>

Die Problematik des Falles lag darin, daß noch keine verlässlichen wissenschaftlichen Erkenntnisse über die gesundheitlichen Auswirkungen der elektromagnetischen Felder von Mobilfunkanlagen bestanden, aber immer wieder neue Forschungsergebnisse bekannt wurden. Der Staat hatte in einer Rechtsverordnung Grenzwerte festgelegt, doch hatte der Beschwerdeführer diese als überholt bemängelt. Das Bundesverfassungsgericht hob hervor, daß dem Verordnunggeber bei der Bestimmung technischer Grenzwerte ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zukommt. Es verwies auf frühere Rechtsprechung, nach der die Schutzpflicht erst dann verletzt wird, wenn die öffentliche Gewalt überhaupt keine Schutzvorkehrungen trifft oder die getroffenen Maßnahmen völlig ungeeignet oder unzulänglich sind, um das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder erheblich hinter diesem zurückbleiben.<sup>38</sup> Die Schutzpflicht gebietet nicht, alle nur denkbaren Schutzmaßnahmen zu treffen. Es besteht auch keine Pflicht des Staates zur Vorsorge gegen rein hypothetische Gefährdungen.<sup>39</sup>

Es ist Aufgabe des Verordnunggebers, die Entwicklungen in der Wissenschaft zu verfolgen und auf neue Erkenntnisse zu reagieren. Er muß seine Regelungen unter Umständen

<sup>34</sup> Vgl. BVerfGE 39, 1 (41); 46, 160 (164 f.); 53, 30 (57); 56, 54 (78 f.); 88, 203 (251).

<sup>35</sup> Vgl. BVerfGE 88, 203 (254 ff.) und dazu die Chronik für 1995, ERPL/REDP, Vol. 8 (1996), Nr. 4, S. 1268 ff.

<sup>36</sup> Siehe dazu die Chronik für 1995, ERPL/REDP, Vol. 8 (1996), Nr. 4, S. 1267 ff. Gemäß § 93a des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (= BVerfGG) bedarf die Verfassungsbeschwerde der Annahme zur Entscheidung. Sie ist anzunehmen, wenn ihr grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt oder wenn es zur Durchsetzung der Grundrechte angezeigt ist. Die Entscheidung, sie nicht anzunehmen, kann von einer Kammer innerhalb des zuständigen Senates getroffen werden (§§ 93b, 93d BVerfGG). Es handelt sich dabei nicht um eine Entscheidung in der Sache.

<sup>37</sup> BVerfG, *NJW* 2002, 1638

<sup>38</sup> Vgl. BVerfGE 56, 54 (81); 77, 381 (405); 79, 174 (202).

<sup>39</sup> Vgl. BVerfG, *NJW* 2002, 1638 (1639).

nachbessern, doch können die Gerichte im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten über die Zulässigkeit von Mobilfunkanlagen eine Verletzung seiner Nachbesserungspflicht erst dann feststellen, wenn evident ist, daß eine Regelung aufgrund der neuen Erkenntnisse verfassungsrechtlich untragbar geworden ist. Die Gerichte sind nicht verpflichtet, den aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisstand durch Einholung von Sachverständigengutachten selbst zu ermitteln. Das Bundesverfassungsgericht machte geltend, daß (nur) diese Verteilung der Verantwortung zur Beurteilung komplexer, wissenschaftlich umstrittener Gefährdungslagen den nach Funktion und Verfahrensweise unterschiedlichen Erkenntnismöglichkeiten der Exekutive und Judikative Rechnung trägt.<sup>40</sup>

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

Die Informationsbeschaffung der Rundfunk- und Fernsehunternehmen beschäftigte das Bundesverfassungsgericht in einem Verfahren zur *Ton- und Fernsehberichterstattung aus Gerichtsverhandlungen*. In einem Urteil vom 24. Januar 2001<sup>41</sup> klärte das Gericht zunächst das Verhältnis zwischen dem Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten (der Informationsfreiheit) und dem Grundrecht der Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG). Auch die Rundfunk- und Fernsehanbieter können sich auf das Grundrecht der Informationsfreiheit berufen, obwohl sie bereits den Schutz der Rundfunkfreiheit genießen. Soweit die Medien an der Zugänglichkeit einer für jedermann geöffneten Informationsquelle teilhaben, wird ihr Zugang nicht anders als der der Bürger im allgemeinen durch die Informationsfreiheit geschützt.<sup>42</sup> Die freie Nutzung rundfunkspezifischer Aufnahme- und Übertragungsgeräte (Mikrofone, Fernsehkameras etc.) zum Zwecke der Verbreitung der Informationen mit Hilfe der Rundfunktechnik wird demgegenüber durch die insoweit speziellere Rundfunkfreiheit gewährleistet.<sup>43</sup> Sie verdrängt in diesem Zusammenhang im Wege der Grundrechtskonkurrenz das allgemeinere Grundrecht der Informationsfreiheit. Die Rundfunkfreiheit umfaßt alle wesensmäßig mit der Veranstaltung von Rundfunk zusammenhängenden Tätigkeiten. In ihren sachlichen Schutzbereich fällt - ebenso wie bei der Pressefreiheit - der gesamte Vorgang der Berichterstattung von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und Meinung.<sup>44</sup> Sollte das Grundgesetz in Art. 5 Abs. 1 die freie Ton- und Bildberichterstattung aus dem Gerichtssaal gewährleisten, ist dafür also nicht die Informations- sondern die Rundfunkfreiheit einschlägig.

### 4) Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG)

In seinem Urteil vom 24. Januar 2001<sup>45</sup> setzte sich das Bundesverfassungsgericht sodann mit der Frage auseinander, ob und inwieweit das Grundrecht der Rundfunkfreiheit unter dem Aspekt der rundfunkspezifischen Informationsbeschaffung auch die Freiheit zur Vornahme von Ton- und Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal enthält. Ein deutscher Nachrichtensender

<sup>40</sup> Vgl. BVerfG, *NJW* 2002, 1638 (1639).

<sup>41</sup> BVerfGE 103, 44 = *NJW* 2001, 1633 = *JZ* 2001, 704; siehe dazu auch die abweichende Meinung der Richter KÜHLING, HOHMANN-DENNHARDT und HOFFMANN-RIEM (BVerfGE 103, 72) sowie die Besprechungen und Anmerkungen von HAIN, *DÖV* 2001, 589; STÜRNER, *JZ* 2001, 699; GERSDORF, *Archiv für Presserecht* 2001, 29; DIECKMANN, *NJW* 2001, 2451; ZUCK, *NJW* 2001, 1623; GÜNDISCH, *NVwZ* 2001, 1004.

<sup>42</sup> BVerfGE 103, 44 (59); kritisch HAIN, *DÖV* 2001, 589 (590), der auch insofern die Rundfunkfreiheit als das speziellere Grundrecht heranziehen will.

<sup>43</sup> BVerfGE 103, 44 (59); siehe allgemein zum Verhältnis von Informations- und Rundfunkfreiheit I.M. PERNICE, *Öffentlichkeit und Medienöffentlichkeit*, Berlin 2000, S. 92 mit weiteren Nachweisen.

<sup>44</sup> Ständige Rechtsprechung, vergleiche bereits BVerfGE 10, 118 (121); 91, 125 (134).

<sup>45</sup> Siehe oben, Fußnote 41.

hatte Fernsehaufnahmen von zeitgeschichtlich bedeutenden Gerichtsverhandlungen anfertigen wollen, doch war ihm das unter Berufung auf § 169 S. 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes (= GVG) untersagt worden; nach dieser Vorschrift sind "Ton- und Fernseh-Rundfunkaufnahmen sowie Ton- und Filmaufnahmen zum Zwecke der öffentlichen Vorführung oder Veröffentlichung ihres Inhalts" während der Verhandlung unzulässig. Das Bundesverfassungsgericht hatte zunächst zu klären, ob sich die freie Informationsbeschaffung des Rundfunks ebenso wie die Informationsfreiheit des gewöhnlichen Bürgers auf *allgemein zugängliche Quellen* beschränkt. Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG setzt anders als der des Art. 5 Abs. 1 S. 1, 2. Halbsatz GG keine Allgemeinzugänglichkeit der Informationsquelle voraus. Außerdem spricht gegen ein paralleles Verständnis der Schutzbereiche der Informations- und Rundfunkfreiheit, daß die Tätigkeit des Rundfunks - wie bei der Presse - zu einem nicht unerheblichen Teil gerade aus der Verwertung von *nicht* für jedermann zugänglichen Quellen besteht (etwa von Exklusivinterviews, Gesprächen aus geheimen Kontakten etc.). In der Literatur wurde daher argumentiert, daß jegliche staatliche Beschränkung der Informationsbeschaffung des Rundfunks einen nur durch die Grundrechtsschranken des Art. 5 Abs. 2 GG zu rechtfertigenden Eingriff in die Rundfunkfreiheit darstelle.<sup>46</sup> Anders jedoch das Bundesverfassungsgericht: Zum Schutzbereich der Rundfunkfreiheit gehöre ebenso wenig wie zu dem der Informationsfreiheit ein Recht auf Eröffnung einer Informationsquelle. Die Rundfunkfreiheit reiche insoweit nicht weiter als die Informationsfreiheit, die als Abwehrrecht nur den Zugang zu bereits allgemein zugänglichen Informationsquellen gegen staatliche Beschränkungen sichert.<sup>47</sup> Damit ergibt sich aus der Verdrängung des Grundrechts der Informationsfreiheit durch das speziellere Grundrecht der Rundfunkfreiheit im Wege der Grundrechtskonkurrenz in der Sache kein Unterschied.

Wegen dieses restriktiven Schutzbereichsverständnisses war zu klären, ob die öffentliche mündliche Gerichtsverhandlung eine allgemein zugängliche Informationsquelle für die Rundfunkanbieter bildet. Dabei war unumstritten, daß die öffentliche Verhandlung eine Informationsquelle darstellt und insofern allgemein zugänglich ist, als sich jedermann dort hinbegeben und von ihr berichten kann; letzteres gilt natürlich auch für Rundfunk- und Fernsehjournalisten. Problematisch war aber, ob die Gerichtsverhandlung auch für die rundfunkspezifische Ton- und Fernsehberichterstattung mit Hilfe von Aufnahme- und Übertragungsgeräten allgemein zugänglich ist. Das Bundesverfassungsgericht verneinte dies: Der Gesetzgeber als der Verantwortliche für die Regelung des Gerichtsverfahrens habe von seinem Recht auf Bestimmung der Art der Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung Gebrauch gemacht und die Allgemeinzugänglichkeit der Verhandlung als Informationsquelle eingegrenzt. Die Gerichtsöffentlichkeit ist danach nur eine *Saalöffentlichkeit, keine Medienöffentlichkeit*. Die Rundfunkmedien sind darauf beschränkt, ebenso wie die anderen Medien Zuhörer in die Verhandlung zu entsenden und die von diesen aufgenommenen Informationen zu verbreiten. Da § 169 S. 2 GVG von vornherein nur eine eingeschränkte Öffnung der Gerichtsverhandlung als Informationsquelle vorsieht, fehlt es schon an einem Grundrechtseingriff und handelt es sich daher nicht um ein Schrankengesetz im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG.<sup>48</sup>

Die Unterscheidung zwischen einer Saal- und einer Medienöffentlichkeit mag auf den ersten Blick elegant erscheinen, ist aber nicht unproblematisch:<sup>49</sup> Eine Informationsquelle gilt dann als allgemein zugänglich, wenn sie "geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, also

<sup>46</sup> Vgl. etwa HAIN, *DÖV* 2001, 589 (591); vgl. auch KRAUSNICK, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 2001, 231.

<sup>47</sup> BVerfGE 103, 44 (59 f.).

<sup>48</sup> BVerfGE 103, 44 (61 f., 65).

<sup>49</sup> Vgl. bereits HAIN, *DÖV* 2001, 589 (591).

einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis, Informationen zu verschaffen".<sup>50</sup> Hier wird die Informationsquelle Gerichtsverhandlung durch § 169 Satz 1 GVG der Öffentlichkeit und damit einem nicht individuell bestimmbar Personenkreis zugänglich gemacht. Dies geschieht bereits durch die Ermöglichung der unmittelbaren Wahrnehmung durch die im Sitzungssaal anwesenden Personen. Die Einschränkung der Nutzung von Aufnahme- und Übertragungsgeräten in Satz 2 betrifft nicht mehr die Wahrnehmung der Gerichtsverhandlung und damit nicht mehr die Unterrichtung aus dieser allgemein zugänglichen Informationsquelle sondern die technische Verwertung der dabei gewonnenen Informationen.

Nachdem das Bundesverfassungsgericht zu der Auffassung gelangt war, die Gerichtsverhandlung bilde keine allgemein zugängliche Informationsquelle für die rundfunkspezifische Ton- und Fernsehberichterstattung, war der Fall gelöst. Die Verfassungsbeschwerde des Nachrichtensenders war abzuweisen. Denn wenn kein Eingriff in ein Grundrecht vorlag,<sup>51</sup> konnte der Sender nicht in seinen Grundrechten verletzt sein - unabhängig davon, wie man die Verfassungsmäßigkeit des § 169 S. 2 GVG unter anderen verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt. Auf mögliche Verstöße gegen objektiv-rechtliche Verfassungsnormen war nicht mehr einzugehen, denn diese standen gegebenenfalls nicht im Zusammenhang zu einem Grundrechtseingriff. Dennoch beschäftigte sich das Bundesverfassungsgericht ausführlich mit der Frage, ob der Gesetzgeber nach dem Rechtsstaatsprinzip und dem Demokratieprinzip verpflichtet war, Ausnahmen vom Verbot der Ton- und Fernsehberichterstattung zuzulassen.<sup>52</sup> Es stellte damit eine Frage in den Mittelpunkt, die nach seinem Lösungsweg für die Entscheidung der Verfassungsbeschwerde irrelevant war, die nämlich Gesichtspunkte der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs betraf, den es nach seiner Auffassung nicht gab. Diese Vorgehensweise ist in der Literatur zu Recht auf Kritik gestoßen.<sup>53</sup> In einer Prüfungsarbeit an der Universität wäre sie nicht zulässig - auch nicht in einer Anfängerklausur. Erstaunlicherweise gingen die Richter KÜHLING, HOHMANN-DENNHARDT und HOFFMANN-RIEM in ihrer abweichenden Meinung nicht darauf ein sondern konzentrierten sich auf die Darlegung ihrer abweichenden Position zu der objektiv-rechtlichen Frage.<sup>54</sup>

Sowohl der Senatsmehrheit als auch den abweichenden Richtern kam es offenbar weniger auf die Entscheidung des vorliegenden Falles als auf die Beantwortung dieser Frage an. Die Ausführungen dazu sind allerdings dann für die Entscheidung des Falles relevant, wenn man der Auffassung des Gerichts, daß sich die freie Informationsbeschaffung des Rundfunks auf allgemein zugängliche Quellen beschränke und die öffentliche Gerichtsverhandlung keine allgemein zugängliche Quelle für die geräteunterstützte Berichterstattung sei, *nicht* folgt. Dann nämlich gelangt man zu dem Zwischenergebnis, daß das Verbot einen Eingriff in die Rundfunkfreiheit darstellt. Dieser müßte hier durch die Schranke der allgemeinen Gesetze verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein (vgl. Art. 5 Abs. 2 GG). § 169 S. 2 GVG wäre ein allgemeines Gesetz, müßte aber seinerseits in jeder Hinsicht verfassungsmäßig sein. Ein Verstoß gegen das Rechtsstaat- oder Demokratieprinzip führte damit zum Erfolg der Verfassungsbeschwerde.

---

<sup>50</sup> Vgl. bereits BVerfGE 27, 71 (83); 90, 27 (32) zur Informationsfreiheit.

<sup>51</sup> Eine Verletzung des Grundrechts der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) wurde vom Bundesverfassungsgericht nicht geprüft.

<sup>52</sup> BVerfGE 103, 44 (63 ff.).

<sup>53</sup> Siehe etwa HAIN, DÖV 2001, 589 (592).

<sup>54</sup> Die Richter folgten der Senatsmehrheit dahingehend, daß Informations- und Rundfunkfreiheit kein subjektives Recht auf Nutzung von Aufnahme- und Übertragungsgeräten begründeten, sahen den Gesetzgeber aber kraft objektiven Verfassungsrechts verpflichtet, eine über die Saalöffentlichkeit hinausgehende Medienöffentlichkeit zu ermöglichen, und behaupteten, daß der Beschwerdeführer das Unterlassen einer solchen Regelung als Grundrechtsverletzung rügen könne (BVerfGE 103, 72). Um welches Grundrecht es sich dabei handeln soll, ließen sie offen. In der abweichenden Meinung wird lediglich nebulös und ohne exakte Nennung der Regelung im Grundgesetz von der "Freiheit der Medien" gesprochen (BVerfGE 103, 72, 74 f.).

Der Grundsatz der Öffentlichkeit mündlicher Gerichtsverhandlungen stützt sich in Deutschland auf eine lange Tradition, die ihre Wurzeln in der Zeit der Aufklärung hat.<sup>55</sup> Die Öffentlichkeit sollte dem Schutz der an der Verhandlung Beteiligten gegen Geheimjustiz dienen; außerdem wurde die öffentliche Kontrolle durch Einblick in die Geschehnisse der Gerichtsverhandlung als Rechtsposition des Volkes empfunden. Heute ist der Grundsatz Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) und Ausfluß des allgemeinen Öffentlichkeitsprinzips als Bestandteil des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG)<sup>56</sup>. Allerdings stehen einer unbegrenzten Öffentlichkeit gewichtige Interessen gegenüber, nämlich das Persönlichkeitsrecht der am Verfahren Beteiligten (Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit [= i.V.m.] Art. 2 Abs. 1 GG), der Anspruch der Beteiligten auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) sowie die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege, insbesondere die ungestörte Wahrheits- und Rechtsfindung<sup>57</sup>. Diese Belange werden in den einschlägigen Gesetzen durch Ausnahmen vom Öffentlichkeitsgrundsatz berücksichtigt.<sup>58</sup>

Der Gesetzgeber ist nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nicht verpflichtet, wohl aber berechtigt, die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung auf die im Sitzungssaal Anwesenden zu beschränken. Eine derart beschränkte Öffentlichkeit genügt sowohl dem rechtsstaatlichen Interesse der öffentlichen Kontrolle des Gerichtsverfahrens als auch dem im Demokratieprinzip verankerten Grundsatz der Zugänglichkeit von Informationen. Insbesondere wird damit hinreichend darauf hingewirkt, daß die Handelnden nicht in dem Gefühl, "unter sich zu sein", Verfahrensgarantien unbeachtet lassen oder wesentliche rechtliche oder tatsächliche Gesichtspunkte übergehen. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß Ton- und Fernsehaufnahmen den Eingriff in Persönlichkeitsrechte der Beteiligten verstärken können. Darüber hinaus beeinträchtigen sie möglicherweise die Fairness des Verfahrens oder die Wahrheitsfindung, weil Beteiligte oder Zeugen in Gegenwart der Medien ihr Verhalten ändern. Eine über die Saalöffentlichkeit hinausgehende Medienöffentlichkeit ist deswegen nicht geboten, und zwar auch nicht für einzelne Verfahrensarten oder -abschnitte wie etwa das verwaltungsgerichtliche Verfahren oder die Urteilsverkündung. Der Gesetzgeber muß auch keine Ausnahmen ermöglichen, denn die unter Umständen schwierige Entscheidung darüber würde das Gerichtsverfahren zusätzlich belasten.<sup>59</sup> Die Richter KÜHLING, HOHMANN-DENNHARDT und HOFFMANN-RIEM sahen das anders: Das Grundgesetz fordere auch die Medienöffentlichkeit; Einschränkungen müßten durch die gegenläufigen Belange besonders gerechtfertigt sein. Ein ausnahmsloses Verbot von Ton- und Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal lasse sich heute angesichts der veränderten Medienrealität und der Erfahrungen mit einer beschränkten Zulassung in anderen westlichen Staaten sowie im Verfahren vor dem deutschen Bundesverfassungsgericht<sup>60</sup> nicht mehr rechtfertigen.<sup>61</sup>

---

<sup>55</sup> Er wurde in Deutschland insbesondere durch ANSELM VON FEUERBACH geprägt (vgl. VON FEUERBACH, *Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, 1821).

<sup>56</sup> Vgl. bereits BVerfGE 70, 324 (358).

<sup>57</sup> Vgl. dazu bereits BVerfGE 33, 367 (382 f.); 77, 65 (76).

<sup>58</sup> BVerfGE 103, 44 (63 f.).

<sup>59</sup> BVerfGE 103, 44 (65 ff.).

<sup>60</sup> Der 1998 eingefügte § 17a BVerfGG erlaubt im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht Ton- und Fernsehaufnahmen in der mündlichen Verhandlung, bis das Gericht die Anwesenheit der Beteiligten festgestellt hat, sowie bei der öffentlichen Verkündung von Entscheidungen.

<sup>61</sup> KÜHLING, HOHMANN-DENNHARDT und HOFFMANN-RIEM, BVerfGE 103, 72 (75 ff.).

5) *Gleichheit vor dem Gesetz und Schutz der Familie (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 GG)*

Der besondere Schutz der Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG muß sich auch darin niederschlagen, daß in gesetzlichen Systemen mit erheblichen Auswirkungen auf die finanziellen Verhältnisse des Bürgers der Unterhaltsaufwand für Kinder zugunsten ihrer Familien bzw. Eltern berücksichtigt wird. Das hatte das Bundesverfassungsgericht bereits in mehreren Entscheidungen zum Einkommensteuerrecht herausgearbeitet.<sup>62</sup> Jetzt schlug es den Bogen zum Sozialversicherungsrecht: Nach einem Urteil vom 3. April 2001 zu den *Pflegeversicherungsbeiträgen von Eltern*<sup>63</sup> verstößt es gegen Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 GG, wenn Mitglieder der sozialen Pflegeversicherung,<sup>64</sup> die Kinder betreuen und erziehen, mit dem gleichen Versicherungsbeitrag wie Mitglieder ohne Kinder belastet werden. Wie in den Einkommenssteuerfällen bildet der allgemeine Gleichheitssatz den unmittelbaren Prüfungsmaßstab, doch ist bei seiner Anwendung die Grundsatzentscheidung für den Schutz der Familie zu beachten.

Das Bundesverfassungsgericht machte zunächst darauf aufmerksam, daß finanzielle Belastungen, die der Gesetzgeber allen Bürgern auferlegt, Familien regelmäßig härter treffen. Einerseits müßten Eltern für den Unterhalt ihrer Kinder aufkommen, andererseits könnten ihnen Einkommensverluste oder Betreuungskosten entstehen. Ihr Spielraum werde daher durch Sozialversicherungsbeiträge stärker beschränkt als der Spielraum von Beitragspflichtigen ohne Kinder.<sup>65</sup> Zwar wollte das Gericht daraus nicht ableiten, daß der Gesetzgeber Eltern von jeder Beitragspflicht freistellen oder ihre Beitragslast ausgleichen muß. Die staatliche Familienförderung stehe unter dem Vorbehalt des Möglichen und im Kontext anderweitiger Fördernotwendigkeiten. Die Versichertengruppe der Eltern wird aber jedenfalls verfassungswidrig benachteiligt, wenn die Betreuung und Erziehung von Kindern bei der Beitragsbemessung unberücksichtigt bleibt.<sup>66</sup>

Nach der Argumentation des Gerichts gebietet das Interesse der Allgemeinheit an der Betreuungs- und Erziehungsleistung der Familien<sup>67</sup> allein noch nicht, diese zugunsten der Familien in den sozialen Leistungssystemen zu berücksichtigen. Wenn aber ein solches System wie bei der Pflegeversicherung ein Risiko abdecken soll, das in erster Linie die Altengeneration trifft, und seine Finanzierung außerdem so konzipiert ist, daß nachwachsende Generationen von Beitragszahlern im erwerbsfähigen Alter die Kosten der Versicherungsfälle der Altengeneration mittragen, dann ist für dieses System nicht nur der Versicherungsbeitrag, sondern auch die Kindererziehungsleistung der Eltern konstitutiv. Die Eltern sichern die Funktionsfähigkeit der Pflegeversicherung also nicht nur durch ihre Geldzahlungen sondern auch durch einen *generativen Beitrag*. Wird dieser nicht mehr von der ganz überwiegenden Zahl der Versicherten erbracht, führt dies zu einer spezifischen Belastung der Eltern im Versicherungssystem, deren benachteiligende Wirkung innerhalb des Systems auszugleichen ist. Der Gesetzgeber muß daher darauf eingehen, daß die Zahl der Kinder in den letzten Jahrzehnten dramatisch abgenommen hat und sich die Relation zwischen (jüngeren) Beitragszah-

---

<sup>62</sup> Vgl. bereits BVerfGE 82, 60; 89, 346; 91, 93; BVerfGE 89, 346 und dazu die Chronik für 1994, ERPL/REDP, Vol. 7 Nr. 4, S. 1144 f.; BVerfGE 99, 246 und BVerfGE 99, 216 und dazu die Chronik für 1998, ERPL/REDP, Vol. 11, Nr. 4, S. 1722 ff.

<sup>63</sup> BVerfGE 103, 242 = NJW 2001, 1712 = JZ 2001, 817; siehe dazu auch die Anmerkung von BECKER, JZ 2001, 820.

<sup>64</sup> Die Pflegeversicherung ist eine 1994 eingeführte umlagefinanzierte Pflichtversicherung für die Kosten ambulanter oder stationärer Hilfe und Betreuung im Alltag, wie sie im Alter und bei schweren Behinderungen und Krankheiten erforderlich wird.

<sup>65</sup> BVerfGE 103, 242 (258 f.).

<sup>66</sup> BVerfGE 103, 242 (259, 263).

<sup>67</sup> Vgl. insofern bereits BVerfGE 88, 203 (258 f.).

lern und (älteren) Pflegebedürftigen stetig verschlechtert.<sup>68</sup> Das Gericht betonte den gesetzgeberischen Spielraum bei der notwendigen Neugestaltung der Beiträge, forderte allerdings eine Entlastung der Eltern schon ab dem ersten Kind und schon während der Betreuungs- und Erziehungszeit. Der Ausgleich kann deswegen nicht durch höhere Leistungen im Falle des Eintritts der Pflegebedürftigkeit erfolgen.<sup>69</sup>

Die Entscheidung besticht dadurch, daß die Benachteiligung der Beitragszahler mit Kindern präzise herausgearbeitet und ein realistischer zeitnaher Ausgleich gefordert wird. Die Argumentation beschränkt sich indessen auf den Gesichtspunkt der Systemgerechtigkeit: Die Belastung der Eltern soll gesenkt werden, weil sie innerhalb des Systems eine höhere Gesamtleistung erbringen, nicht weil die Familie besonders geschützt und gefördert werden soll. Diese Argumentation hätte sich allein auf den allgemeinen Gleichheitssatz stützen lassen. Sie wäre also auch richtig, wenn es den besonderen Schutz der Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG nicht gäbe. Wie aber soll sich dann die Wertentscheidung des Grundgesetzes zugunsten der Familie auswirken? Vielleicht durch eine *zusätzliche* Entlastung der Eltern über den zur Herstellung der Systemgerechtigkeit notwendigen Ausgleich hinaus? Zu dieser Frage lassen sich der Entscheidung keine Hinweise entnehmen.

#### 6) *Schutz der Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG)*

In einem Urteil vom 17. Juli 2002<sup>70</sup> bestätigte das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit der *eingetragenen Lebenspartnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare*.<sup>71</sup> Wie in anderen europäischen Staaten hat auch in Deutschland der Gesetzgeber einen eheähnlichen rechtlichen Rahmen für bindungswillige homosexuelle Paare geschaffen. Im *Lebenspartnerschaftsgesetz* sind die Begründung, die Beendigung und die Rechtsfolgen einer neuen Form der Partnerschaft geregelt, die nur gleichgeschlechtlichen Partnern offensteht. Die Rechtsfolgen sind zum großen Teil denen der Ehe nachgebildet, weichen aber in einigen Aspekten von ihnen ab. So ist kein Versorgungsausgleich für den Fall der Aufhebung der Partnerschaft vorgesehen. Außerdem bleibt eine gemeinsame Adoption Minderjähriger ausgeschlossen. Das Bundesverfassungsgericht stellte jetzt klar, daß das neue familienrechtliche Institut nicht gegen Art. 6 Abs. 1 GG verstößt, der neben der Familie auch die Ehe "unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung" stellt.

Der erste (die Ehe betreffende) normative Gehalt des Art. 6 Abs. 1 GG, die *Freiheit der Eheschließung* von Mann und Frau, wird durch die Einführung der Lebenspartnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare nicht berührt. Es werden dadurch auch nicht etwa heterosexuelle Paare vom Eheschluß abgehalten. Probleme können lediglich dann auftreten, wenn ein eingetragener Lebenspartner später einen Menschen des anderen Geschlechts heiraten will. Nach dem Gesetzestext steht die Lebenspartnerschaft einer Eheschließung nicht entgegen. Da sich die Ehe aber durch das Merkmal der personellen Exklusivität auszeichnet, verbietet es Art. 6 Abs. 1 GG, neben der Ehe weitere rechtsverbindliche Partnerschaften der Ehepartner zuzulassen. Dieses Problem läßt sich indessen dadurch lösen, daß man davon ausgeht, daß die

<sup>68</sup> BVerfGE 103, 242 (265 ff.).

<sup>69</sup> BVerfGE 103, 242 (270).

<sup>70</sup> BVerfGE 105, 313 = *NJW* 2002, 2543; siehe dazu auch die abweichenden Meinungen der Richter PAPIER (BVerfGE 105, 357) und HAAS (BVerfGE 105, 359) sowie die Besprechungen und Anmerkungen von BRAUN, *JuS* 2003, 21; TETTINGER, *JZ* 2002, 1146 und ROELLECKE, *NJW* 2002, 3539.

<sup>71</sup> Ein Jahr zuvor hatte das Bundesverfassungsgericht den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt, mit dem das Inkrafttreten der Regelungen zu diesem Rechtsinstitut verhindert werden sollte (vgl. BVerfGE 104, 51 mit abweichender Meinung der Richter PAPIER, HAAS und STEINER, BVerfGE 104, 61). Zum Zeitpunkt der Entscheidung wurde dieses also bereits praktiziert.

Lebenspartnerschaft durch einen späteren Eheschluß ipso iure aufgelöst wird. Auch eine Einstufung als Ehehindernis wäre verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, da es dem Schutz der Ehe entspricht, sie nur denjenigen zu öffnen, die sich nicht schon anderweitig gebunden haben. Das Gericht forderte nicht ausdrücklich eine gesetzliche Regelung, ließ aber erkennen, daß es eine Entscheidung durch den Gesetzgeber selbst für naheliegend hielt.<sup>72</sup>

Der zweite normative Gehalt des Art. 6 Abs. 1 GG ist die *Garantie der Ehe als Rechtsinstitut*. Diese steht nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts der Einführung des neuen Rechtsinstituts nicht entgegen; hier waren allerdings die Richter PAPIER und HAAS anderer Ansicht. Alle Richter gingen davon aus, daß der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Ehe zwar einen Gestaltungsspielraum hat aber die wesentlichen Strukturprinzipien beachten muß, die sich aus der Anknüpfung des Art. 6 Abs. 1 GG an die bereits vorgefundene Lebensform der Ehe in Verbindung mit dem Freiheitscharakter des Grundrechts und anderen Verfassungsnormen ergeben.<sup>73</sup> Die Ehe ist danach zwingend die Vereinigung eines Mannes mit einer Frau zu einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft in gleichberechtigter Partnerschaft, begründet auf freiem Entschluß unter Mitwirkung des Staates.<sup>74</sup> Die gleichgeschlechtliche eingetragene Lebenspartnerschaft fällt nicht darunter und genießt damit nicht den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG.<sup>75</sup> Umstritten war unter den Verfassungsrichtern lediglich, ob sie sogar dem verfassungsrechtlichen Gebot zuwiderläuft, die Ehe als Lebensform anzubieten und zu schützen.

Die Senatsmehrheit (und damit das Bundesverfassungsgericht) verneinte dies, weil die Regelungen zur Lebenspartnerschaft die Ehe selbst nicht betreffen. Das Institut der Ehe bildet nicht den Gegenstand des Lebenspartnerschaftsgesetzes, sein rechtliches Fundament bleibt unverändert. Der Institutsgarantie des Art. 6 Abs. 1 GG kann aber, gerade weil sie sich nur auf das Institut der - verschiedengeschlechtlichen - Ehe bezieht, kein Verbot entnommen werden, gleichgeschlechtlichen Paaren die Möglichkeit einer rechtlich ähnlich ausgestalteten Partnerschaft zu eröffnen.<sup>76</sup> Dem widersprachen die Richter PAPIER und HAAS: Die Schaffung einer solchen Partnerschaft mißachte das durch Art. 6 Abs. 1 GG vorgegebene Strukturprinzip der Verschiedengeschlechtlichkeit; auf die Bezeichnung komme es dabei nicht an.<sup>77</sup> Nach diesem Verständnis ist das Institut der Ehe für die Ausgestaltung rechtsverbindlicher enger Lebenspartnerschaften exklusiv.<sup>78</sup> Damit wird die Verschiedengeschlechtlichkeit menschlicher Partnerschaften über den Umweg der Institutsgarantie für die Ehe faktisch zu einem Verfassungswert aufgewertet. Die Institutsgarantie verpflichtet verfassungsrechtlich zur rechtlichen Diskriminierung homosexueller Beziehungen und damit der homosexuellen Mitbürger selbst.

Die Senatsmehrheit wollte eine solche Diskriminierungspflicht indessen auch nicht aus dem dritten normativen Gehalt des Art. 6 Abs. 1 GG, der *verbindlichen Wertentscheidung für die Ehe* herleiten. Es gehöre zwar zum Schutzauftrag des Staates, alles zu unterlassen, was die Ehe beeinträchtige, und sie durch geeignete Maßnahmen zu fördern.<sup>79</sup> Dagegen verstoße das Lebenspartnerschaftsgesetz aber nicht. Dem Institut der Ehe drohten keine Einbußen durch ein neues Institut, das sich an Personen wende, die miteinander keine Ehe eingehen könnten. Der

---

<sup>72</sup> BVerfGE 105, 313 (342 ff.).

<sup>73</sup> Vgl. dazu bereits BVerfGE 31, 58 (69).

<sup>74</sup> Vgl. bereits BVerfGE 10, 59 (66); 29, 166 (176); 37, 217 (249 ff.); 62, 323 (330); 103, 89 (101).

<sup>75</sup> BVerfGE 105, 313 (344 ff.).

<sup>76</sup> BVerfGE 105, 313 (346).

<sup>77</sup> Vgl. PAPIER, BVerfGE 105, 357 (358 f.); HAAS, BVerfGE 105, 359 (361 f.).

<sup>78</sup> Nach Ansicht der Senatsmehrheit beschränkt sich diese Exklusivität hingegen gerade wegen des Strukturprinzips der Verschiedengeschlechtlichkeit von vornherein auf Lebenspartnerschaften zwischen Mann und Frau, vgl. BVerfGE 105, 313 (351).

<sup>79</sup> Vgl. bereits BVerfGE 6, 55 (76); 28, 104 (113); 53, 224 (248); 76, 1 (41); 80, 81 (92 f.); 99, 216 (231 f.).

Ehe werde auch keine bisher gewährte Förderung entzogen. Schließlich lasse sich aus dem Recht des Gesetzgebers, in Erfüllung des Förderauftrags für die Ehe diese gegenüber anderen Formen des Zusammenlebens zu privilegieren, keine Verpflichtung herleiten, die anderen Formen zu benachteiligen. Das Ausmaß des Schutzes und der Förderung der Ehe werde insbesondere nicht verringert, wenn die Rechtsordnung auch andere Partnerschaftsformen anerkenne, die mit der Ehe als Gemeinschaft verschiedengeschlechtlicher Partner nicht in Konkurrenz treten könnten.<sup>80</sup> Die Entscheidung wendet sich ausdrücklich gegen die in Teilen der Literatur<sup>81</sup> und auch von der Richterin HAAS<sup>82</sup> vertretene Auffassung, Art. 6 Abs. 1 GG verpflichte zu einem "Abstandsgebot", das heißt einer erheblichen rechtlichen Benachteiligung der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft.<sup>83</sup>

Nach Ansicht des Gerichts verstößt schließlich die Beschränkung der eingetragenen Lebenspartnerschaft auf gleichgeschlechtliche Partner nicht gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts (Art. 3 Abs. 3 GG) oder den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Das Gericht verwies darauf, daß heterosexuellen Paaren das Institut der Ehe zur Verfügung stehe. Die eingetragene Lebenspartnerschaft ermögliche es lediglich auch den homosexuellen Paaren, ihre Lebensgemeinschaft auf eine rechtlich anerkannte Basis zu stellen und sich in Verantwortung zueinander dauerhaft zu binden.<sup>84</sup> Die Richterin HAAS äußerte indessen Bedenken, weil das neue Institut nicht von Geschwistern und Verwandten in gerader Linie genutzt werden kann.<sup>85</sup> Diese Bedenken sind kaum nachzuvollziehen, denn der gewichtige Unterschied, der die Ungleichbehandlung dieser Personenkreise rechtfertigt, ist offensichtlich: Es geht bei der eingetragenen Lebenspartnerschaft um die *staatliche Anerkennung und den rechtlichen Schutz einer (gleich-) geschlechtlichen Liebesbeziehung!* Dies zu akzeptieren, scheint auch im 21. Jahrhundert noch schwerzufallen.

## 7) Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG)

Ein Beschluß vom 24. Oktober 2001 zur *Strafbarkeit von Blockaden durch angekettete Demonstranten*<sup>86</sup> leistete einen Beitrag zur Dogmatik der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG). Eine Versammlung ist eine aus zwei oder mehr Personen bestehende Gruppe, die mit ihrem Zusammentreffen einen gemeinsamen Zweck verfolgt, der sie innerlich verbindet.<sup>87</sup> Durch den gemeinsamen Zweck unterscheidet sie sich von der Menschenansammlung, die aufgrund eines äußeren Anlasses zufällig zustandekommt. In der Lehre war umstritten, ob der Zweck in einer gemeinsamen Meinungsbildung und -äußerung liegen muß.<sup>88</sup> Das Bundesverfassungsgericht bejahte dies: Der besondere Schutz der Versammlungsfreiheit beruhe auf ihrer Bedeutung für den Prozeß der öffentlichen Meinungsbildung in der freiheitlich-demokratischen Ordnung des Grundgesetzes. Das Grundrecht sei auf kollektive Meinungsäußerung gerichtet. Es sei deswegen nicht schon berührt, wenn die Teilnehmer einer Veranstaltung bei

<sup>80</sup> BVerfGE 105, 313 (346 ff.).

<sup>81</sup> Siehe die Nachweise in BVerfGE 105, 313 (349).

<sup>82</sup> So zu verstehen wohl HAAS, BVerfGE 105, 359 (360 f.).

<sup>83</sup> BVerfGE 105, 313 (348 ff.).

<sup>84</sup> BVerfGE 105, 313 (351 f.).

<sup>85</sup> HAAS, BVerfGE 105, 359 (363).

<sup>86</sup> BVerfGE 104, 92 = NJW 2002, 1031; siehe dazu auch die Besprechung von SINN, NJW 2002, 1024 (1025), sowie im Zusammenhang mit dem Grundrecht der Versammlungsfreiheit auch die abweichende Meinung der Richterin HAAS (BVerfGE 104, 115).

<sup>87</sup> SCHULZE-FIELITZ, in: H. DREIER (Herausgeber), *Grundgesetz*, Band 1, 1996, Art. 8 Randnummer (= Rdnr.) 13 mit weiteren Nachweisen.

<sup>88</sup> Siehe dazu die Nachweise bei PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 19. Auflage 2003, Rdnr. 690.

ihrer gemeinschaftlichen kommunikativen Entfaltung durch einen beliebigen Zweck verbunden seien. Die Zusammenkunft müsse vielmehr auf die *Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung* gerichtet sein.<sup>89</sup> Damit können sich die Veranstalter und Besucher von kommerziellen Veranstaltungen, Sportveranstaltungen und Konzerten nicht ohne weiteres auf dieses Grundrecht berufen. Die von der Berliner Love Parade bekannte Tendenz, kommerziellen Unterhaltungsveranstaltungen ein politisches Mäntelchen umzuhängen, dürfte zunehmen.

Bei einer Protestaktion von Atomkraftgegnern, die sich mit Metallketten am Tor einer atomaren Wiederaufbereitungsanlage befestigt und so die Zufahrt zu dieser Anlage blockiert hatten, sah das Bundesverfassungsgericht den Zweck der kollektiven Meinungsäußerung gegeben. Es stellte darauf ab, daß auch hier der öffentliche Protest mit dem Ziel der Einwirkung auf die Meinungsbildung im Vordergrund gestanden hatte. Es berücksichtigte, daß die beabsichtigte Unterbrechung der Bauarbeiten an der Anlage kein Selbstzweck sondern nur ein Mittel zur symbolischen Unterstützung des Protestes gewesen war. Demgegenüber konnte die Blockade einer Autobahn, um ein Gespräch mit dem UN-Flüchtlingskommissar zu erzwingen, nicht mehr als Versammlung angesehen werden.<sup>90</sup>

Art. 8 Abs. 1 GG beschränkt die Versammlungsfreiheit auf Versammlungen, die "friedlich und ohne Waffen" stattfinden. Hier stellte sich die Frage, ob in dem (Selbst-) Anketten der Demonstranten ein unfriedliches Verhalten lag. Immerhin durften die Strafgerichte dieses Verhalten als Ausübung von "Gewalt" im Sinne des Straftatbestandes der Nötigung (§ 240 des Strafgesetzbuches = StGB) bewerten.<sup>91</sup> Für das Bundesverfassungsgericht war die Grenze zur Unfriedlichkeit dennoch nicht überschritten, weil sich auch diese Aktion im Rahmen eines passiven Widerstandes gehalten hatte. Die Unfriedlichkeit werde im Grundgesetz auf gleicher Stufe wie das Mitführen von Waffen behandelt. Unfriedlich sei eine Versammlung daher erst, wenn gefährliche Handlungen wie etwa aggressive Ausschreitungen stattfänden, nicht schon, wenn es zu Behinderungen Dritter komme. Für die Begrenzung des Schutzbereichs der Versammlungsfreiheit sei im übrigen allein der verfassungsrechtliche Begriff der Friedlichkeit in Art. 8 Abs. 1 GG maßgeblich, nicht der umfassendere Gewaltbegriff in § 240 StGB.<sup>92</sup> Nach der abweichenden Meinung der Richterin HAAS ist hingegen jegliche gezielte "Gewaltausübung" zur Erregung von Aufmerksamkeit nicht mehr durch Art. 8 GG geschützt.<sup>93</sup>

Setzt eine Strafnorm neben dem Vorliegen der Tatbestandsmerkmale die Verwerflichkeit des Handelns voraus (so hier § 240 Abs. 2 StGB), ist bei der Anwendung der Verwerflichkeitsklausel die Bedeutung des Art. 8 GG als verfassungsrechtliche Wertentscheidung zu beachten. Das Bundesverfassungsgericht zog daraus die Folgerung, daß das Anliegen der Versammlungsteilnehmer, für ihren Standpunkt öffentliche Aufmerksamkeit zu erzielen, bei der Entscheidung über die Verwerflichkeit zwingend zu berücksichtigen sei. Es verlangte ferner, daß in eine Abwägung mit den beeinträchtigten Rechtsgütern Dritter miteinbezogen wird, ob und wie weit die Wahl des Versammlungsortes, die konkrete Ausgestaltung der Versammlung und der Kreis der betroffenen Personen einen Bezug zum Versammlungsthema haben.<sup>94</sup> Nach Ansicht der Richterin HAAS läuft das im Ergebnis darauf hinaus, daß unter dem Schutz der Versammlungsfreiheit rechtmäßig private Gewalt gegenüber anderen Grundrechtsträgern ausgeübt werden kann, die selbst keinen Grund dazu gegeben haben.<sup>95</sup> Tatsäch-

---

<sup>89</sup> BVerfGE 104, 92 (104).

<sup>90</sup> Vgl. BVerfGE 104, 92 (104 f.).

<sup>91</sup> Siehe dazu unten, 9.a.

<sup>92</sup> BVerfGE 104, 92 (106) unter Hinweis auf BVerfGE 73, 206 (248); 87, 399 (406).

<sup>93</sup> Vgl. HAAS, BVerfGE 104, 115 (115 f.).

<sup>94</sup> Vgl. BVerfGE 104, 92 (108 ff.).

<sup>95</sup> Vgl. HAAS, BVerfGE 104, 115 (116).

lich müssen die Vorgaben des Gerichts vorsichtig umgesetzt werden, um eine Degenerierung des Grundrechts zu einem Freibrief für Übergriffe in die Rechte Dritter zu verhindern. Das Anliegen, öffentliche Aufmerksamkeit zu erzielen, und der besondere Bezug zum Versammlungsthema mögen zwar im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen sein, können aber nur geringfügigen Beeinträchtigungen der Rechte Dritter die Verwerflichkeit nehmen.

#### 8) *Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG)*

Eine Entscheidung zur *Verwertbarkeit von Zeugenaussagen über mitgehörte Telefongespräche*<sup>96</sup> erläuterte die Abgrenzung zwischen dem Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG) und dem Recht am eigenen Wort, einem Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses erstreckt sich auch auf die von Privaten betriebenen Telekommunikationsanlagen. Das Grundrecht beschränkt sich zudem nicht auf die Abwehr von Eingriffen des Staates, sondern verpflichtet den Staat auch, den Bürger gegen den Zugriff Dritter zu sichern. Es gewährleistet aber keinen Schutz dagegen, daß ein Gesprächsteilnehmer einen Dritten mithören läßt. Denn es geht um die Vertraulichkeit des zur Nachrichtenübermittlung eingesetzten technischen Mediums, nicht um das Vertrauen der Kommunikationspartner zueinander. Deswegen werden Risiken, die im Einfluß- und Verantwortungsbereich eines der Kommunizierenden liegen, nicht erfaßt.<sup>97</sup> Betroffen ist jedoch das Recht am eigenen Wort. Es umfaßt die Befugnis, selbst zu bestimmen, ob der Kommunikationsinhalt einzig dem Gesprächspartner, einem bestimmten Personenkreis oder der Öffentlichkeit zugänglich sein soll.<sup>98</sup> Dieses Grundrecht schützt davor, daß der Gesprächspartner Dritte ohne Kenntnis des anderen teilhaben läßt.<sup>99</sup> Infolgedessen durften in zwei konkreten Fällen Aussagen von Zeugen über Telefongespräche, die sie über die Freisprechanlage des Telefons mitverfolgt hatten, nicht im Zivilprozeß verwertet werden.

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

a) Durch Art. 103 Abs. 2 GG wird der strafrechtliche Grundsatz "nulla poena sine lege" in das Verfassungsrecht übernommen und dort als ein grundrechtsgleiches Recht ausgestaltet, dessen Verletzung der Bürger mit der Verfassungsbeschwerde geltend machen kann. Er verlangt, daß die Entscheidung über die Strafwürdigkeit eines bestimmten Verhaltens im voraus vom Gesetzgeber und nicht nachträglich von der vollziehenden oder rechtsprechenden Gewalt getroffen wird. Damit setzt er der Interpretation der gesetzlichen Straftatbestände enge Grenzen. 1995 hatte das Bundesverfassungsgericht entschieden, daß die bis dahin praktizierte erweiternde Auslegung des Gewaltbegriffes in § 240 StGB (Nötigung)<sup>100</sup> nicht mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar war.<sup>101</sup> Nach jener verfassungswidrigen Auslegung hatte der Begriff der Gewalt nicht mehr den Einsatz erheblicher körperlicher Kraft vorausgesetzt, sondern auch Verhaltensweisen erfaßt, bei denen der Täter mit geringem körperlichen Aufwand in erheb-

<sup>96</sup> BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619.

<sup>97</sup> BVerfGE 106, 28 (36 ff.).

<sup>98</sup> Vgl. bereits BVerfGE 54, 148 (155).

<sup>99</sup> Vgl. BVerfGE 106, 28 (39 f.).

<sup>100</sup> Nach § 240 Abs. 1 StGB wird bestraft, "wer einen anderen rechtswidrig mit *Gewalt* ... zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt". Die Norm selbst wird den Anforderungen gerecht, die Art. 103 Abs. 2 GG an die Bestimmtheit von Strafnormen stellt, vgl. bereits BVerfGE 73, 206 (232 f.).

<sup>101</sup> BVerfGE 92, 1; siehe dazu die Chronik für 1995, ERPL/REDP, Vol. 8 (1996), Nr. 4, S. 1305 f.

lichem Maße *psychisch* auf das Opfer einwirkte.<sup>102</sup> Das Bundesverfassungsgericht hatte damals entschieden, daß sogenannte Sitzblockaden, bei denen Demonstranten den Zugang zu einem Grundstück blockieren, indem sie sich auf die Zufahrtsstraße setzen, nicht unter den Begriff der Gewalt subsumiert werden dürfen. Jetzt mußte es in seiner bereits angesprochenen Entscheidung zur *Strafbarkeit der Blockade durch angekettete Demonstranten*<sup>103</sup> klären, ob es als "Gewalt" qualifiziert werden darf, wenn die Demonstranten sich mit Metallketten aneinander und an das Zufahrtstor zu einem Grundstück befestigen. Die Entscheidung hat durchaus praktische Bedeutung, denn Sitzblockaden durch Demonstranten, die sich an Gegenstände in der Umgebung anketten, sind ein beliebtes Mittel bei den Protesten gegen Atommülltransporte.

Das Bundesverfassungsgericht bekräftigte seine Auffassung, daß das Tatbestandsmerkmal der Gewalt nicht bejaht werden darf, wenn die "Gewalt" lediglich in der körperlichen Anwesenheit der Täter besteht und die Zwangswirkung auf die Opfer (die durch die Blockade zum Anhalten gezwungenen Autofahrer) nur psychischer Natur ist. Es sah hier jedoch einen erheblichen Unterschied in der körperlichen Kraftentfaltung, die zum Anbringen der Metallketten erforderlich war. Außerdem hätten die Beteiligten nicht nur psychisch eingewirkt, sondern auch eine *physische Barriere* errichtet. Aufgrund der Begleitumstände sei eine hinreichend deutliche und vorhersehbare Abgrenzung zu den Fällen einer rein psychischen Zwangseinwirkung möglich. Die Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal der Gewalt setze im übrigen nicht zwingend das Überwiegen der Kraftentfaltung gegenüber der durch die bloße Anwesenheit ausgelösten psychischen Hemmung voraus.<sup>104</sup> Aus den gleichen Gründen durfte auch die Blockade einer Autobahn durch abgestellte Kraftfahrzeuge als Gewaltausübung bewertet werden.<sup>105</sup>

Nach der abweichenden Meinung der Richter JAEGER und BRYDE<sup>106</sup> war es hingegen nicht mehr mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar, das Selbstanketten der Demonstranten als Gewalt einzustufen. Diese Richter stellten darauf ab, daß sich die körperliche Kraftentfaltung unmittelbar nicht gegen etwaige Opfer sondern nur gegen die Demonstranten selbst gerichtet hatte. Sie sahen darin lediglich ein physisches *Hilfsmittel der körperlichen Anwesenheit an einem Ort*.

b) In einem Urteil vom 20. März 2002<sup>107</sup> erklärte das Bundesverfassungsgericht die *Regelung der Vermögensstrafe* in § 43a StGB für nichtig. Nach dieser Vorschrift konnten Straftäter bei Straftatbeständen, die auf die Vorschrift verwiesen, neben einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren zur Zahlung eines Geldbetrages verurteilt werden, dessen Höhe nur durch den Wert ihres Vermögens begrenzt wurde. Nicht die Vermögensstrafe als solche war verfassungswidrig, sondern ihre Ausgestaltung durch eine Regelung, die keine näheren Vorgaben für die Strafbemessung enthielt.

Das Bundesverfassungsgericht erinnerte daran, daß das Bestimmtheitsgebot für Strafvorschriften nicht nur für den *Straftatbestand* (die gesetzliche Umschreibung der Tat) sondern

<sup>102</sup> Vgl. BGHSt 8, 102 (Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, zitiert nach Band und Seitenzahlen); BGHSt 19, 263; 23, 46; 37, 350.

<sup>103</sup> BVerfGE 104, 92 = NJW 2002, 1031; siehe dazu auch die Besprechung von SINN, NJW 2002, 1024, sowie im Zusammenhang mit dem Grundsatz "nulla poena sine lege" die abweichende Meinung der Richter JAEGER und BRYDE (BVerfGE 104, 124).

<sup>104</sup> BVerfGE 104, 92 (101 f.).

<sup>105</sup> Vgl. BVerfGE 104, 92 (102 f.).

<sup>106</sup> JAEGER/BRYDE, BVerfGE 104, 124 (124 f.).

<sup>107</sup> BVerfGE 105, 135 = NJW 2002, 1779; siehe dazu auch die abweichende Meinung der Richter JENTSCH, DI FABIO und MELLINGHOFF, BVerfGE 105, 172.

auch für die *Strafandrohung* (die in Aussicht gestellte Sanktion) gilt.<sup>108</sup> Die Strafe als mißbilligende hoheitliche Reaktion auf schuldhaftes kriminelles Unrecht muß in Art und Maß durch den Gesetzgeber normativ bestimmt werden, die drohende Sanktion muß für den Normadressaten vorhersehbar sein.<sup>109</sup> Zugleich verlangt allerdings das Schuldprinzip, daß die Strafe im Einzelfall in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zur Schuld des Täters steht.<sup>110</sup> Schuldprinzip und Rechtsfolgenbestimmtheit stehen in einem Spannungsverhältnis, das der Gesetzgeber in einen verfassungsrechtlich tragfähigen Ausgleich bringen muß. Er erfüllt seine Pflicht, wenn er durch die Wahl der Strafandrohung sowohl den Strafrichter als auch die betroffenen Bürger so genau orientiert, daß seine Bewertung der tatbestandlich beschriebenen Delikte deutlich wird, der Betroffene das Maß der drohenden Strafe abschätzen kann und dem Strafrichter eine schuldangemessene Strafzumessung möglich ist.<sup>111</sup> Dafür ist es erforderlich, in den einzelnen Strafvorschriften *Strafrahmen* festzulegen, denen sich das Höchstmaß und grundsätzlich auch das Mindestmaß der Strafe entnehmen läßt. Außerdem sind *Wertungskriterien* für die Auswahl der Art der Strafe und die Ausfüllung des Strafrahmens anzugeben, wie sie im Strafgesetzbuch in den allgemeinen Regeln zur Strafzumessung (§§ 46 ff. StGB) enthalten sind.<sup>112</sup>

Führt der Gesetzgeber eine neue Art der Strafe ein, die zudem intensive Grundrechtseingriffe mit sich bringen kann, sind diese Bedingungen nach Auffassung des Gerichts noch nicht ausreichend. Der Gesetzgeber muß dem Strafrichter vielmehr *besondere Leitlinien* zur Hand geben, welche die Entscheidung über die Auswahl und Bemessung der Sanktion vorhersehbar machen. Dem wurde § 43a StGB nach Ansicht des Gerichts nicht gerecht: Die Regelung überlasse die Entscheidung über das "Ob" der Vermögensstrafe ohne Vorgaben dem Richter. Sie verzichte außerdem auf einen festen Strafrahmen mit einer fallunabhängigen Belastungsobergrenze (einer Höchstsumme). Damit übertrage sie es dem Richter, im Einzelfall einen individuellen Strafrahmen zu bilden; dieser werde lediglich durch den zu ermittelnden Wert des Vermögens nach oben begrenzt. Für weitere Ungenauigkeiten Sorge sie, indem sie eine Schätzung des Vermögenswertes zulasse (vgl. § 43a Abs. 1 S. 3 StGB); dadurch entstehe die Gefahr eines konfiskatorischen Zugriffs. Des weiteren fehle es an Kriterien für die eigentliche Strafzumessung. Die Festsetzung einer Vermögensstrafe unterscheide sich aber wesentlich von der Bemessung einer herkömmlichen Strafe, sodaß die traditionellen Strafzumessungsgrundsätze hier nicht weiterhelfen könnten. Schließlich fehle es an Vorgaben für das Verhältnis der Vermögensstrafe zu der parallel verhängten Freiheitsstrafe.<sup>113</sup>

Die Richter JENTSCH, DI FABIO und MELLINGHOFF wollten hingegen die Regelung einer neuen Art der Strafe nicht an denselben Bestimmtheitsanforderungen messen wie einen Straftatbestand. Art. 103 Abs. 2 GG verlange keine Vorhersehbarkeit der im Einzelfall angemessenen Art und Höhe der Strafe. Ein großer richterlicher Entscheidungsspielraum bei der Strafzumessung sei nicht nur unbedenklich, sondern könne sogar erforderlich sein, um ein ausreichendes Maß an Einzelfallgerechtigkeit zu ermöglichen. Sehe man § 43a StGB im Zusammenhang mit den Strafvorschriften, die auf ihn verwiesen, und mit den allgemeinen Grundsätzen der Strafzumessung in §§ 46 ff. StGB, so ergäben sich hinreichende Vorgaben für den Strafrichter.<sup>114</sup> Gegen die Forderung einer fallunabhängigen Obergrenze wandten sie ein, eine bezifferte Höchstsumme bei der Vermögensstrafe begünstige lediglich die reichen

---

<sup>108</sup> Vgl. BVerfGE 105, 135 (153 f.) in Anlehnung an BVerfGE 25, 269 (286).

<sup>109</sup> BVerfGE 105, 135 (Leitsatz 1 und S. 153 f.).

<sup>110</sup> Siehe dazu bereits BVerfGE 20, 323 (331); 25, 269 (286); 27, 18 (29); 54, 100 (108).

<sup>111</sup> Vgl. BVerfGE 105, 135 (Leitsatz 2 und S. 154 f.).

<sup>112</sup> Vgl. BVerfGE 105, 135 (Leitsatz 3 und S. 156).

<sup>113</sup> Vgl. BVerfGE 105, 135 (Leitsatz 4 und S. 159 ff.).

<sup>114</sup> Vgl. JENTSCH/DI FABIO/MELLINGHOFF, BVerfGE 105, 172 (173 f.).

Täter und laufe deswegen Gefahr, den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) zu verletzen.<sup>115</sup> Tatsächlich liegt hier ein Schwachpunkt in der Argumentation der Senatsmehrheit, doch stützt dies nicht die Position der abweichenden Richter. Denn es stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber nicht auf verfassungsrechtlich unbedenkliche und zumutbare Weise ein größeres Maß an Bestimmtheit hätte erzielen können, wenn er eine oder verschiedene Obergrenzen in Form von Höchstanteilen am Vermögen (z.B. in Prozenten) festgelegt hätte. § 43a StGB beschränkte die Vermögensstrafe zwar auf den Gesamtwert des Vermögens (= 100 %), doch war dies nicht als Angabe eines Strafrahmens sondern als letzte rechtsstaatliche Sicherung zu verstehen.

### III. STAATSORGANISATION UND STAATSFUNKTIONEN

#### 1) Gesetzgebungsrecht des Bundes bei der konkurrierenden Gesetzgebung

Ähnlich wie die Gründungsverträge der Europäischen Union unterscheidet auch die bundesstaatliche Kompetenzordnung des Grundgesetzes zwischen ausschließlichen und konkurrierenden Kompetenzen des föderalen Verbandes auf dem Gebiet der Gesetzgebung.<sup>116</sup> Im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes (vgl. Art. 73 GG) haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung nur, wenn und soweit sie hierzu in einem Bundesgesetz ausdrücklich ermächtigt werden (Art. 71 GG). Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung (vgl. Art. 74 GG) dürfen sie Gesetze erlassen, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG). Letzteres ist allerdings in großem Umfang der Fall. Um eine zu weitgehende Verdrängung der Länder zu vermeiden, knüpft das Grundgesetz die Wahrnehmung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz durch den Bund in Art. 72 Abs. 2 GG an Bedingungen. Nach der ursprünglichen Fassung hatte der Bund in diesem Bereich das Gesetzgebungsrecht, soweit ein "Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung" bestand, weil (1.) eine Angelegenheit durch die Gesetzgebung einzelner Länder nicht wirksam geregelt werden konnte oder (2.) die Regelung einer Angelegenheit durch ein Landesgesetz die Interessen anderer Länder oder der Gesamtheit beeinträchtigen konnte oder (3.) die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit, insbesondere die Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse über das Gebiet eines Landes hinaus sie erforderte. Diese Regelung hatte die *gleiche Funktion wie das Subsidiaritätsprinzip* (Art. 5 Abs. 2 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft) in der Europäischen Union. Bezeichnenderweise wurde sie vom Bundesverfassungsgericht gleichermaßen "zurückhaltend" angewandt wie das Subsidiaritätsprinzip vom Europäischen Gerichtshof.<sup>117</sup> Die Frage, ob ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung bestehe, sei eine Frage des pflichtgemäßen Ermessens des Bundesgesetzgebers, die ihrer Natur nach nicht justiziabel und

<sup>115</sup> Vgl. JENTSCH/DI FABIO/MELLINGHOFF, BVerfGE 105, 172 (176).

<sup>116</sup> Daneben gibt es Kompetenzen des Bundes zur Rahmengesetzgebung (vgl. Art. 75 und 98 Abs. 3 S. 2 GG) und zur Grundsatzgesetzgebung (vgl. insbesondere Art. 109 Abs. 3 GG) sowie ungeschriebene Gesetzgebungskompetenzen. Soweit das Grundgesetz die Gesetzgebungskompetenzen nicht dem Bund zuweist, liegen sie bei den Ländern (vgl. Art. 70 Abs. 1 GG). Siehe dazu den Überblick bei SCHMITZ, Schema 2 zur Vorlesung Parlamentarisches Regierungssystem, Universität Greifswald, Wintersemester 2002/03, [www.uni-greifswald.de/~lo6/Downloads/Schmitz\\_RegSys\\_Schema2.pdf](http://www.uni-greifswald.de/~lo6/Downloads/Schmitz_RegSys_Schema2.pdf).

<sup>117</sup> Siehe dazu OETER, in: von MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *Das Bonner Grundgesetz*, Band 2, 4. Auflage 2000, Art. 72 Rdnr. 28 ff. und STETTNER, in: H. DREIER (Hrsg.), *Grundgesetz*, Band 2, 1998, Art. 72 Rdnr. 12 ff.

daher der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich entzogen sei.<sup>118</sup> Besonders leicht konnte der Bundesgesetzgeber ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit begründen.

Bei der Verfassungsreform von 1994 setzten die Länder schließlich eine Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG durch. Seitdem hat der Bund das Gesetzgebungsrecht im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung nur noch, "wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht". Zwar bleibt der weite Begriff der "Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit". Auch mag der unbestimmte Rechtsbegriff des "gesamtstaatlichen Interesses" bei großzügiger Auslegung an einen fortbestehenden Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers denken lassen. Bei der "Erforderlichkeit" handelt es sich jedoch um einen geläufigen Begriff des Verfassungsrechts, an dessen Eindeutigkeit und Justiziabilität gemeinhin keine Zweifel bestehen. Dennoch wurde der ersten großen Entscheidung zu Art. 72 Abs. 2 in seiner neuen Fassung mit Spannung entgegengesehen. Denn schließlich weiß man auch aus der Erfahrung in anderen föderalen Verbänden, daß die Gerichte, welche zur Wahrung der Kompetenzordnung berufen sind, nicht zuletzt deswegen, weil sie selbst auf der Ebene des föderalen Verbandes angesiedelt sind, ein erstaunliches Maß an Zurückhaltung - oder auch Kreativität - zeigen können, um die Kompetenzordnung "großzügig" zugunsten der föderalen Ebene anzuwenden.

Eine Entscheidung vom 24. Oktober 2002 zum *Altenpflegegesetz*<sup>119</sup> setzte jetzt unerwartet deutliche Signale. Sie enthält zunächst eine sorgfältige Prüfung verschiedener Kompetenztitel in Art. 74 Abs. 1 GG,<sup>120</sup> denn nur, wenn sich der Bund auf einen solchen Titel stützen kann, stellt sich überhaupt die Frage der Erforderlichkeit nach Art. 72 Abs. 2 GG. Anschließend klärt sie die Begriffe in Art. 72 Abs. 2 GG<sup>121</sup> und subsumiert dann ausführlich unter sie<sup>122</sup>. Bei der Auslegung der neugefaßten Vorschrift ließ das Gericht keine Zweifel daran, daß es die Verfassungsänderung ernst nahm. Die Kernaussage: Ein der verfassungsgerichtlichen Kontrolle entzogener freier gesetzgeberischer Beurteilungsspielraum besteht hinsichtlich der dort genannten Voraussetzungen nicht.<sup>123</sup>

Das Gericht betonte zunächst die Funktion des Art. 72 Abs. 2 GG als einer Kompetenzausübungsregelung, die als zusätzliche Schranke neben das Erfordernis eines Kompetenztitels tritt. Die Norm könne ihrer Stellung im System des Grundgesetzes, ihrem Sinn und dem Willen des Verfassungsgebers nur gerecht werden, wenn ihre Voraussetzungen nicht subjektiv von demjenigen bestimmt werden dürften, dessen Kompetenzausübung beschränkt werden solle.<sup>124</sup> Dies kann als eine vorsichtige Distanzierung von der Rechtsprechung zur alten Fassung des Art. 72 Abs. 2 GG angesehen werden.<sup>125</sup>

<sup>118</sup> BVerfGE 2, 213 (224 f.); vgl. auch BVerfGE 1, 264 (272 f.); 4, 115 (127 f.); 13, 230 (233 f.); 67, 299 (327); 78, 249 (270).

<sup>119</sup> BVerfGE 106, 62 = NJW 2003, 41 = EuGRZ 2002, 631; siehe dazu auch die Anmerkungen und Besprechungen von JOCHUM, NJW 2003, 28; SACHS, Jus 2003, 394 und WINKLER, JA 2003, 284. Im Unterschied zu den meisten anderen wichtigen Entscheidungen aus dem Berichtszeitraum 2001/02 gab es hier keine abweichenden Meinungen. Die Entscheidung erging einstimmig (BVerfGE 106, 62, 166).

<sup>120</sup> Vgl. BVerfGE 106, 62 (104 - 135).

<sup>121</sup> Vgl. BVerfGE 106, 62 (135 - 153).

<sup>122</sup> Vgl. BVerfGE 106, 62 (153 - 165).

<sup>123</sup> Vgl. BVerfGE 106, 62 (Leitsatz 2.a und S. 135 f., 142, 148).

<sup>124</sup> BVerfGE 106, 62 (135 f.).

<sup>125</sup> Dafür spricht auch die durchaus wohlwollende Erwähnung der Kritik in der Lehre an der alten Rechtsprechung (vgl. BVerfGE 106, 62, 136).

Maßgeblich stützte sich das Gericht indessen auf die Entstehungsgeschichte der neuen Fassung. Sie belege, daß der verfassungsändernde Gesetzgeber das Ziel verfolgt habe, die Position der Länder zu stärken und zugleich eine effektive verfassungsgerichtliche Überprüfung sicherzustellen. In der Grundgesetzänderung könne eine *klare Anweisung des verfassungsändernden Gesetzgebers an das Bundesverfassungsgericht* gesehen werden, seine bisherige, als korrekturbedürftig bewertete Rechtsprechung zu ändern.<sup>126</sup> Der Wille des verfassungsändernden Gesetzgebers gehe dahin, die Erforderlichkeitsklausel justiziabel zu machen und dem Gesetzgeber keinen Beurteilungsspielraum zu lassen.<sup>127</sup> Ergänzend machte das Gericht geltend, daß sonst Art. 93a Abs. 1 Nr. 2a GG leerliefe, der die Antragsberechtigung für abstrakte Normenkontrollen auf den Bundesrat und die Landesparlamente ausweitet, die von diesen Antragsberechtigten eingeleiteten Normenkontrollverfahren aber auf die Überprüfung der Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG beschränkt.<sup>128</sup>

Art. 72 Abs. 2 GG kennt zwei Fallgruppen, in denen der Bund tätig werden darf: bei Erforderlichkeit zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse und bei Erforderlichkeit zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse. Das Bundesverfassungsgericht sprach von drei möglichen Zielen (Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit getrennt betrachtet) und forderte nebulös, deren Konkretisierung müsse sich "am Sinn der besonderen bundesstaatlichen Integrationsinteressen orientieren".<sup>129</sup> Auch sonst waren Gedankenführung und Sprachstil hier teilweise verworren. Jedenfalls läßt sich festhalten, daß die Zielsetzung der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse nach Ansicht des Gerichts noch nicht gegeben ist, wenn es lediglich darum geht, bundeseinheitliche Regelungen in Kraft zu setzen. Die föderale "Gleichwertigkeit" ist von der nivellierenden "Einheitlichkeit" der Lebensverhältnisse zu unterscheiden, von der in der alten Fassung des Art. 72 Abs. 2 GG die Rede war. Der Bundesgesetzgeber darf erst dann eingreifen, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinander entwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet. Das Bundesverfassungsgericht verlangte zudem, daß der Gesetzgeber eine fundierte Einschätzung auf der Grundlage sorgfältig ermittelter Tatsachen trifft.<sup>130</sup> Das könnte - ernst genommen - zu einem erheblichen Begründungsaufwand führen, wie er von der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips in der Europäischen Union bekannt ist.<sup>131</sup>

Auf das Ziel der Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse kann sich der Bundesgesetzgeber nicht schon dann berufen, wenn es eine Vielfalt unterschiedlicher Regelungen in den Ländern gibt. Die Gesetzesvielfalt muß vielmehr eine Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen darstellen, die im Interesse sowohl des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann.<sup>132</sup> Bei der Wahrung der Wirtschaftseinheit geht es um die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraumes der Bundesrepublik. Die bundeseinheitliche Rechtsetzung steht hier im gesamtstaatlichen Interesse, wenn die Unterschiede

<sup>126</sup> BVerfGE 106, 62 (136 f.) mit eingehender Darstellung der Reformbestrebungen bis zur Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG mit der Verfassungsreform von 1994 (S. 137 ff.). Das Gericht ging auch darauf ein, daß in der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat, welche die Verfassungsreform vorbereitet hatte, die Sorge bestanden hatte, das Bundesverfassungsgericht könne "was immer wir hier täten ... per Federstrich wieder aufheben" (vgl. S. 139).

<sup>127</sup> BVerfGE 106, 62 (142); das Bundesverfassungsgericht wandte sich namentlich gegen Lehrmeinungen in der Literatur, die davon ausgingen, daß nach wie vor ein Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers bestehe.

<sup>128</sup> Vgl. BVerfGE 106, 62 (142).

<sup>129</sup> BVerfGE 106, 62 (Leitsatz 2.b und S. 143).

<sup>130</sup> Vgl. BVerfGE 106, 62 (Leitsatz 2.b.aa und S. 143 f.).

<sup>131</sup> Siehe das Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit von 1997.

<sup>132</sup> Vgl. BVerfGE 106, 62 (Leitsatz 2.b.bb und S. 145).

oder das Fehlen landesrechtlicher Regelungen erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich bringen.<sup>133</sup>

Erforderlich ist die bundesgesetzliche Regelung nur, soweit das Ziel ohne sie nicht oder nicht ausreichend erreicht werden kann. Mit dieser Voraussetzung wird der Bund auf den geringstmöglichen Eingriff in das Gesetzgebungsrecht der Länder verwiesen. Dabei ist allerdings die Prärogative des Bundesgesetzgebers für Konzept und Ausgestaltung seines Gesetzes zu beachten. Wenn er ein Konzept gewählt hat, das nach Ziel und Wirkung im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG erforderlich ist, können Teile des Konzeptes nur dann als zu regelungsintensiv herausgenommen werden, wenn das Gesamtkonzept - und damit die Wirkung des Gesetzes - ohne sie nicht gefährdet wird.<sup>134</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hob hervor, daß es die Tatsachenfeststellungen des Gesetzgebers zur Frage der Erforderlichkeit überprüfen kann. Dies gelte auch für Feststellungen, welche die Grundlage für Prognoseentscheidungen bildeten. Das Gericht leugnete nicht den Prognosespielraum des Gesetzgebers, stellte aber Anforderungen an die Prognose: sorgfältige Sachverhaltsermittlung, methodisch angemessenes und konsequent verfolgtes Prognoseverfahren, deutliche Offenlegung der die Prognose tragenden Gesichtspunkte und kein Einfluß sachfremder Erwägungen. Soweit im übrigen Unsicherheiten der Prognose durch gesicherte empirische Daten und verlässliche Erfahrungssätze ausgeräumt werden können, scheidet ein Prognosespielraum aus.<sup>135</sup>

Das Urteil vom 24. Oktober 2002 stellte eine *scharfe Kontrolle der bundesstaatlichen Erforderlichkeit* der Gesetzgebungstätigkeit des Bundes im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung in Aussicht. Diese könnte das föderale Gleichgewicht zwischen Bund und Ländern spürbar verändern. Gegen die Auslegung des Bundesverfassungsgerichts ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nichts einzuwenden; der Begriff der "Erforderlichkeit" wird nicht anders gehandhabt als in anderen verfassungsrechtlichen Zusammenhängen wie etwa bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit. Allerdings könnte Art. 72 Abs. 2 GG in dieser konsequenten Anwendung sowohl wegen der materiellen Einschränkungen als auch wegen der starken Begründungsanforderungen zu einer unerträglichen Behinderung des Bundesgesetzgebers führen. Dann ergäbe sich die verfassungspolitische Forderung nach einer erneuten Verfassungsänderung. Es bleibt indessen abzuwarten, ob die angekündigte Kontrolle auch in der Praxis so scharf ausfallen wird. Die Verfassungsmäßigkeitskontrolle der Gesetze unter allen verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten gehört zur alltäglichen Arbeit des Bundesverfassungsgerichts - auch bei der Entscheidung über die ca. 4.500 Verfassungsbeschwerden im Jahr. Eine scharfe Kontrolle der bundesstaatlichen Erforderlichkeit (die noch keine Rückschlüsse auf die Erforderlichkeit von Grundrechtseingriffen zuläßt), würde die Belastung des Gerichts erheblich erhöhen.

## 2) Mitwirkung des Bundesrates bei der Gesetzgebung

a) Die bereits vorgestellte Entscheidung zur *eingetragenen Lebenspartnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare*<sup>136</sup> ist auch aus staatsorganisationsrechtlicher Sicht interessant. Der Bundestag hatte wichtige Ausführungsregelungen zum Lebenspartnerschaftsgesetz in einem gesonderten "Lebenspartnerschaftsergänzungsgesetz" verabschiedet. Er wollte mit einer *Aufspaltung der Gesamtregelung in verschiedene Gesetze* verhindern, daß die Einführung des

<sup>133</sup> Vgl. BVerfGE 106, 62 (Leitsatz 2.b.cc und S. 146 ff.).

<sup>134</sup> BVerfGE 106, 62 (149 f.).

<sup>135</sup> BVerfGE 106, 62 (150 ff.).

<sup>136</sup> BVerfGE 105, 313.

neuen Rechtsinstitutes am Widerstand des Bundesrates scheiterte. Das Bundesverfassungsgericht hatte dagegen keine Einwände.<sup>137</sup>

Nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes führen grundsätzlich die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus (Art. 83 GG). Dabei regeln *sie* die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren, soweit nicht Bundesgesetze mit Zustimmung des Bundesrates etwas anderes bestimmen (Art. 84 Abs. 1 GG). In der Praxis enthalten allerdings die meisten Bundesgesetze Zuständigkeits- oder Verfahrensregelungen und bedürfen daher der Zustimmung des Bundesrates. Häufig kommen sie deswegen erst nach mühseligen Kompromißverhandlungen und Einschaltung des Vermittlungsausschusses (Art. 77 Abs. 2 GG) zustande. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erstreckt sich das Zustimmungserfordernis auf das ganze Gesetz als gesetzgebungstechnische Einheit. Schon eine einzige verfahrensrechtliche Regelung macht damit auch die materiell-rechtlichen Regelungen vom Willen des Bundesrates abhängig.<sup>138</sup>

Da der Bundesrat aus Mitgliedern der Regierungen der Länder besteht (Art. 51 GG)<sup>139</sup>, können diese so erheblichen Einfluß auf die Bundespolitik nehmen. Seit einigen Jahren verfügen die von den Regierungsparteien gestellten Landesregierungen nicht mehr über die Mehrheit der Stimmen im Bundesrat und nutzen die Oppositionsparteien diese Situation, um Gesetzesvorhaben der Regierungskoalition zu vereiteln; in den späten neunziger Jahren gab es die gleiche Konstellation zugunsten der damaligen Opposition. Aus der vertikalen Gewaltenteilung, einem freiheitssichernden Vorzug des Bundesstaates, ist so eine vertikale Gewaltenblockade geworden, die den Bundesstaat schwerfällig macht; in den Medien wird von einer "blockierten Republik" gesprochen. Auch die Einführung des Instituts der eingetragenen Lebenspartnerschaft wäre gescheitert, wenn der Bundestag nicht von der verbreiteten Praxis abgewichen wäre und die unter den Zustimmungsvorbehalt fallenden Regelungen formal selbstständig hätte. Das "Lebenspartnerschaftsergänzungsgesetz" fand später nicht die Zustimmung des Bundesrates und beschäftigte zum Zeitpunkt der Entscheidung den Vermittlungsausschuß.<sup>140</sup> Das Bundesverfassungsgericht stellte jetzt klar, daß die Vorsichtsmaßnahme des Bundestages weder Art. 84 Abs. 1 GG verletzte noch die materiell-rechtlichen Regelungen zur Lebenspartnerschaft zustimmungspflichtig werden ließ.

Der Bundestag darf in Ausübung seiner *gesetzgeberischen Freiheit* ein Gesetzgebungsvorhaben auf mehrere Gesetze verteilen. Er darf auch noch im laufenden Gesetzgebungsverfahren die materiell-rechtlichen Bestimmungen in einem Gesetz zusammenfassen (gegen das der Bundesrat nur Einspruch erheben kann) und das Verwaltungsverfahren in einem anderen (zustimmungsbedürftigen) Gesetz regeln. Damit wird weder das Recht der Länder zur Mitwirkung an der Bundesgesetzgebung unzulässig eingeschränkt noch das verfassungsrechtlich zugewiesene Gewicht von Bundestag und Bundesrat bei der Gesetzgebung verschoben.<sup>141</sup> Die Länder erfahren so auch keinen Kompetenzverlust; vielmehr orientiert der Bund die Gestaltung seiner Gesetzgebung gerade an der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung zwischen ihm und den Ländern. Die Vorgehensweise ist auch nicht mißbräuchlich, denn unter der bisher angenommenen Voraussetzung, daß ein Gesetz schon dann insgesamt zustimmungsbedürftig wird, wenn es nur eine einzige zustimmungsbedürftige Vorschrift enthält,<sup>142</sup>

<sup>137</sup> Vgl. BVerfGE 105, 313 (331 ff.).

<sup>138</sup> Vgl. BVerfGE 8, 274 (294); 37, 363 (381); 55, 274 (319); kritisch dazu LÜCKE, in: SACHS (Herausgeber), *Grundgesetz*, 3. Auflage 2003, Art. 77 Rdnr. 15; MAURER, *Staatsrecht I*, 3. Auflage 2003, § 17 Rdnr. 74 ff.

<sup>139</sup> Die einzelnen Länder haben im Bundesrat, je nach Einwohnerzahl, drei, vier, fünf oder sechs Stimmen (Art. 51 Abs. 2 GG).

<sup>140</sup> Siehe BVerfGE 105, 313 (317) sowie die Bundestags-Drucksachen 14/4875 und 14/4878.

<sup>141</sup> BVerfGE 105, 313 (338).

<sup>142</sup> Siehe oben, Fußnote 138.

ist die Aufteilung gerade ein legitimer Weg, einer ausgreifenden Erstreckung der Zustimmungsbedürftigkeit von Gesetzen zu begegnen und dem gewählten Parlament die Realisierung seines Gesetzesvorhabens zu ermöglichen.<sup>143</sup> Mit dieser Argumentation mahnte das Bundesverfassungsgericht zur Rückbesinnung darauf, daß nach der Konzeption des Grundgesetzes die Abhängigkeit eines Gesetzes vom Willen des Bundesrates die Ausnahme bildet. Nicht die Trennung sondern die zur Gewohnheit gewordene Verbindung materiell-rechtlicher und verfahrensrechtlicher Regelungen ist im Hinblick auf die Vorstellung des Grundgesetzes von der Rollenverteilung bei der Gesetzgebung bedenklich.

b) Mit einem Urteil vom 18. Dezember 2002<sup>144</sup> endete der Streit über die *Abstimmung im Bundesrat zum Zuwanderungsgesetz*. Die Öffentlichkeit hatte den Streit aufmerksam verfolgt, denn er war unterhaltsam und von den Medien gut aufbereitet worden. Fernsehen und Internet hatten Videoaufnahmen der Abstimmung gezeigt. Hintergrundinformationen, Kommentare und Interviews mit Staatsrechtslehrern hatten die Problematik einem breiten Publikum erschlossen. Eine ausführliche Stellungnahme des Bundespräsidenten, der das umstrittene Gesetz schließlich ausfertigte und verkündete,<sup>145</sup> die rasche Einleitung eines abstrakten Normenkontrollverfahrens durch sechs Landesregierungen und die zügige Durchführung des Verfahrens durch das Bundesverfassungsgericht hatten das Interesse aufrechterhalten.

Im März 2002 kam es bei der Abstimmung über ein zustimmungsbedürftiges Gesetzesvorhaben entscheidend auf die Stimmen des Landes Brandenburg an. Brandenburg wurde von einer Koalitionsregierung der Parteien CDU und SPD regiert, die sich im Bund als Regierungs- und Oppositionspartei gegenüberstehen und auch zur Frage der Zuwanderung von Ausländern gegensätzliche Positionen vertreten. Nach Art. 51 Abs. 3 S. 1 GG kann jedes Land mehrere Vertreter in den Bundesrat entsenden. Nach Art. 51 Abs. 3 S. 2 GG können die Stimmen eines Landes jedoch nur einheitlich abgegeben werden. Dazu hat sich die Praxis herausgebildet, daß ein sogenannter Stimmführer alle Stimmen seines Landes abgibt. An der Abstimmung zum Zuwanderungsgesetz beteiligten sich jedoch zwei brandenburgische Bundesratsmitglieder, und zwar mit einem widersprüchlichen Verhalten, das der Präsident des Bundesrates schließlich nach einer Nachfrage beim Ministerpräsidenten als Zustimmung bewertete. Die Ministerpräsidenten einiger Länder, die gegen das Gesetz gestimmt hatten, protestierten hartnäckig und empört, doch der Bundesratspräsident blieb bei seiner Entscheidung. Später stellte sich heraus, daß er auf das brandenburgische Abstimmungsverhalten vorbereitet gewesen war und im übrigen gegen den Rat der Bundesratsverwaltung gehandelt hatte. Ebenso wurde bekannt, daß die "empörten" Ministerpräsidenten ihre Reaktion vorher genau geplant und abgesprochen hatten. Tatsächlich erheben sich Zweifel an der Spontaneität des Geschehens, wenn man den Stenographischen Bericht zur Bundesratssitzung liest.<sup>146</sup> Läßt man den Text mit verteilten Rollen von verschiedenen Sprechern in der Staatsrechtsvorlesung vortragen, glaubt man sich in ein gut inszeniertes Theaterstück versetzt.

---

<sup>143</sup> BVerfGE 105, 313 (340 ff.).

<sup>144</sup> BVerfGE 106, 310 = NJW 2003, 339 = EuGRZ 2003, 67; siehe dazu auch die abweichende Meinung der Richterinnen OSTERLOH und LÜBBE-WOLFF, BVerfGE 106, 337 sowie die Besprechungen und Anmerkungen von KRAMER, *JuS* 2003, 645; RENNER, NJW 2003, 332 und RISSE, *DVBt.* 2003, 390.

<sup>145</sup> Siehe den Text der Erklärung des Bundespräsidenten zur Ausfertigung des Zuwanderungsgesetzes am 20. Juni 2002 im Schloss Bellevue in Berlin.

<sup>146</sup> Siehe den Stenographischen Bericht im Plenarprotokoll 774 des Bundesrates, S. 171 ff., abrufbar unter [www.bundesrat.de](http://www.bundesrat.de), teilweise abgedruckt in BVerfGE 106, 310 (318 f.).

Im Stenographischen Bericht wird der für die rechtliche Beurteilung maßgebliche Teil des Vorganges wie folgt wiedergegeben:<sup>147</sup>

Präsident Klaus Wowereit:

Wir kommen zur Abstimmung. ... Ich bitte den Schriftführer, die Länder aufzurufen.

Dr. Manfred Weiß (Bayern), Schriftführer:

Baden-Württemberg Enthaltung

Bayern Nein

Berlin Ja

Brandenburg

*Alwin Ziel (Brandenburg): Ja!*

*Jörg Schönbohm (Brandenburg): Nein!*

Präsident Klaus Wowereit: Damit stelle ich fest, dass das Land Brandenburg nicht einheitlich abgestimmt hat. Ich verweise auf Artikel 51 Absatz 3 Satz 2 Grundgesetz. Danach können Stimmen eines Landes nur einheitlich abgegeben werden.

Ich frage Herrn Ministerpräsidenten Stolpe, wie das Land Brandenburg abstimmt.

*Dr. h.c. Manfred Stolpe (Brandenburg): Als Ministerpräsident des Landes Brandenburg erkläre ich hiermit Ja.*

*(Jörg Schönbohm [Brandenburg]: Sie kennen meine Auffassung, Herr Präsident!)*

Präsident Klaus Wowereit: Damit stelle ich fest, dass das Land Brandenburg mit Ja abgestimmt hat.

[Es folgen die empörten Proteste der Ministerpräsidenten.]

Einen solchen Vorgang hatte es im Bundesrat seit einer "Panne" von 1949, die durch eine Klarstellung des Ministerpräsidenten behoben werden konnte, nicht gegeben. In der Lehre war man sich über die Folgen einer widersprüchlichen Stimmabgabe nicht einig: Nach Ansicht einiger Autoren kam es maßgeblich auf die Stimme des Ministerpräsidenten an,<sup>148</sup> nach der herrschenden Meinung waren alle abgegebenen Stimmen des Landes ungültig.<sup>149</sup> Zudem war problematisch, ob und inwiefern der Bundesratspräsident nachfragen darf, um eine einheitliche Stimmabgabe zu erreichen.

Das Bundesverfassungsgericht erinnerte zunächst daran, daß der Bundesrat nach Art. 51 Abs. 1 GG nicht aus den Ländern sondern aus Mitgliedern der Landesregierungen besteht. Die Länder wirken also nur vermittelt durch die von ihnen bestellten Bundesratsmitglieder an der Gesetzgebung des Bundes mit. Die Bundesratsmitglieder dürfen zwar an Weisungen gebunden werden, doch sind diese nur landesintern von Bedeutung. Die Praxis der gesammelten Stimmabgabe durch Stimmführer ist zulässig, kann aber jederzeit durch Widerspruch oder abweichendes Stimmverhalten eines anderen Bundesratsmitgliedes desselben Landes unterbrochen werden.<sup>150</sup>

Das Gericht zog aus den eindeutigen Erklärungen der Bundesratsmitglieder ZIEL und SCHÖNBOHM den naheliegenden Schluß, daß die Abgabe der Stimmen beim Aufruf des Landes Brandenburg uneinheitlich war. Der Bundesratspräsident habe dies zutreffend unmittelbar nach der Stimmabgabe festgestellt. Die Uneinheitlichkeit sei indessen durch den weiteren Abstimmungsverlauf nicht beseitigt worden. Der Bundesratspräsident sei nämlich nicht berechtigt gewesen, nach der Feststellung der uneinheitlichen Stimmabgabe den Ministerpräsidenten zu fragen, wie sein Land abstimme.<sup>151</sup> Das Gericht räumte ein, daß der Bundesratspräsident bei unklarer Abstimmung eine Klärung herbeiführen und auf eine wirksame

<sup>147</sup> Plenarprotokoll 774, S. 171; Hervorhebungen durch Verfasser (T.S.).

<sup>148</sup> Siehe STERN, *Staatsrecht*, Band II, 1980, § 27 III 2; BLUMENWITZ, in: DOLZER/VOGEL (Herausgeber), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 51 [Stand: 1987], Rdnr. 29.

<sup>149</sup> Siehe die ausführlichen Nachweise bei SCHENKE, *NJW* 2002, 1318 (1320).

<sup>150</sup> Vgl. BVerfGE 106, 310 (330 f.).

<sup>151</sup> BVerfGE 106, 310 (331 f.).

Abstimmung des Landes hinwirken darf. Dies entspreche seiner Pflicht als unparteiischer Sitzungsleiter, dem es obliege, den Willen des Bundesrates im Gesetzgebungsverfahren klar festzustellen. Das Recht zur Nachfrage entfalle allerdings, wenn ein einheitlicher Landeswille erkennbar nicht bestehe und nach den gesamten Umständen nicht zu erwarten sei, daß er noch während der Abstimmung zustandekomme. Dies war hier nach der Deutung des Sachverhaltes durch das Bundesverfassungsgericht der Fall. Danach bestand von vornherein Klarheit über den Dissens.<sup>152</sup> In einer solchen atypischen Situation müsse sich der Bundesratspräsident als Sitzungsleiter auf die Protokollierung der Uneinheitlichkeit beschränken.<sup>153</sup>

Das Gericht wollte die Rückfrage an den Ministerpräsidenten auch nicht damit rechtfertigen, daß dieser nach der Landesverfassung die Richtlinien der Politik bestimmt und insofern gegenüber den anderen Bundesratsmitgliedern seines Landes eine herausgehobene Stellung hat. Rangverhältnisse des Landesverfassungsrechts spielen auf der Bundesebene und damit auch im Bundesrat keine Rolle. Das Gericht erteilte damit in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung in der Literatur allen Vorstellungen, daß im Zweifel auf den Ministerpräsidenten als "geborenen Stimmführer" abzustellen sei, eine Absage.<sup>154</sup> Art. 51 Abs. 3 GG ist also aus sich selbst heraus und nicht in Ansehung des jeweiligen Landesverfassungsrechts zu interpretieren. Schließlich wandte sich das Gericht gegen eine Auslegung, nach der Art. 51 Abs. 3 die Bundesratsmitglieder des Landes rechtlich zu einer einheitlichen Stimmabgabe verpflichtet: Er verbiete es lediglich, einen gespaltenen Landeswillen im Abstimmungsergebnis des Bundesrates durch Aufteilung der Stimmen des Landes zu berücksichtigen. Eine uneinheitliche Stimmabgabe ist also ungültig aber nicht verfassungswidrig.<sup>155</sup> Der Bundesratspräsident muß (und darf) sich nicht an den Ministerpräsidenten wenden, um einen (vermeintlichen) Verfassungsbruch zu verhindern. Damit war die Erklärung des brandenburgischen Ministerpräsidenten nicht mehr als eine weitere brandenburgische Stimmabgabe, die zum einen nicht mehr berücksichtigt werden durfte und zum anderen ebenso wie die des Bundesratsmitglieds ZIEL im Widerspruch zu der des Bundesratsmitglieds SCHÖNBOHM stand. Der Dissens bestand fort, was durch die weitere Äußerung SCHÖNBOHMS ("Sie kennen meine Auffassung, Herr Präsident") lediglich bestätigt wurde. Die brandenburgischen Stimmen durften insgesamt nicht mitgezählt werden. Der Bundesrat hatte dem Zuwanderungsgesetz damit nicht zugestimmt.

Die Richterinnen OSTERLOH und LÜBBE-WOLFF<sup>156</sup> gingen hingegen davon aus, daß der Bundesratspräsident mit seiner Nachfrage zulässigerweise einen neuen Abstimmungsdurchgang eröffnet hatte, in dem es nicht mehr auf das Stimmverhalten im ersten Durchgang sondern darauf ankam, ob das Land nunmehr einheitlich stimmen werde. Dies sei dann durch das klare "Ja" des Ministerpräsidenten geschehen, dem das Bundesratsmitglied SCHÖNBOHM keine klar als Stimmabgabe identifizierbare Äußerung mehr entgegengesetzt habe. Wegen des uneinheitlichen Stimmverhaltens sei im ersten Durchgang noch keine Stimmabgabe erfolgt und der Bundesratspräsident habe nachfragen dürfen, um dem Land noch die Stimmabgabe zu ermöglichen. Gehe man von einer erfolgten aber ungültigen Stimmabgabe aus, habe das Land jedenfalls das Recht zur Korrektur dieser Stimmabgabe gehabt. Das Land habe von dieser Möglichkeit - wenn auch nicht auf eigene Initiative sondern auf die Nachfrage des Bundesratspräsidenten - Gebrauch gemacht.

---

<sup>152</sup> BVerfGE 106, 310 (332 f.). Das Bundesverfassungsgericht berücksichtigte in diesem Zusammenhang auch Äußerungen des Bundesratsmitgliedes SCHÖNBOHM in der vorausgegangenen Plenardebatte sowie die Tatsache, daß die brandenburgische Landesregierung über die Abgabe der Stimmen des Landes in dieser Angelegenheit keinen Beschluß gefaßt hatte.

<sup>153</sup> BVerfGE 106, 310 (333 f.).

<sup>154</sup> Vgl. BVerfGE 106, 310 (334).

<sup>155</sup> Vgl. BVerfGE 106, 310 (334 f.).

<sup>156</sup> OSTERLOH/LÜBBE-WOLFF, BVerfGE 106, 337 ff.

Die Richterinnen spielten in ihrer Argumentation herunter, daß der Bundesratspräsident nicht allgemein dem Land Brandenburg bzw. den brandenburgischen Bundesratsmitgliedern die erneute Gelegenheit zur Abstimmung gegeben hatte, sondern gezielt den Ministerpräsidenten gefragt hatte, wie das Land Brandenburg abstimmen werde. Dessen Äußerung als eine Korrektur des vorherigen Abstimmungsverhaltens anzusehen, ist schon deswegen fragwürdig, weil hier ein Dritter handelte, der in seiner Eigenschaft als Bundesratsmitglied keinen höheren Status als seine beiden Kollegen genoß<sup>157</sup>. Eine Korrektur hätte wohl nur durch alle Bundesratsmitglieder des Landes gemeinsam oder durch eines der Bundesratsmitglieder mit erkennbarer Billigung aller anderen erfolgen können.

Berechtigt ist indessen die Kritik an der These, daß der Bundesratspräsident nicht nachfragen dürfe, wenn ein einheitlicher Landeswille erkennbar nicht bestehe und nicht mehr zu erwarten sei.<sup>158</sup> Wenn das Grundgesetz eine einheitliche Stimmabgabe verlangt, kann es dem Bundesratspräsidenten nicht verwehrt sein, auf ein einheitliches Stimmverhalten hinzuwirken, solange dadurch kein unzulässiger Druck ausgeübt oder das Abstimmungsverhalten in der Sache beeinflußt wird. Insbesondere dürfte es dem Geist des Art. 51 Abs. 3 S. 2 GG entsprechen, durch Hinweis und Nachfrage sicherzustellen, daß eine uneinheitliche Stimmabgabe wenn überhaupt nur eindeutig und im Bewußtsein der Konsequenzen erfolgt. Schließlich ist die uneinheitliche Stimmabgabe nach dem Grundgesetz der ungewollte - wenn auch nicht verfassungsrechtlich verbotene - Ausnahmefall. Nach hiesiger Auffassung hätte der Bundesratspräsident also auch im vorliegenden Fall zumindest einmal nachfragen und eine Klarstellung oder neue Stimmabgabe anregen dürfen. Ob dies zu einem anderen Abstimmungsergebnis geführt hätte, erscheint allerdings angesichts des Beharrens des Bundesratsmitglieds SCHÖNBOHM auf seiner Position zweifelhaft. Seine Äußerung "Sie kennen meine Auffassung, Herr Präsident" dürfte entgegen der Ansicht der Richterinnen OSTERLOH und LÜBBE-WOLFF<sup>159</sup> als klares "Nein" auszulegen sein.

Der Streit über die Abstimmung zum Zuwanderungsgesetz hat verdeutlicht, wie in bestimmten politischen Konstellationen selbst farblose Verfahrensvorschriften des Staatsorganisationsrechts zu interessanten Fällen führen können, die eine breite Öffentlichkeit ansprechen. Weitere Fälle mit Bezug zu Art. 51 Abs. 3 GG sind allerdings nach den Erfahrungen von 2002 in nächster Zeit nicht zu erwarten.

### 3) *Rechtsprechende Gewalt und Wahlprüfung*

In einem Urteil vom 8. Februar 2001 zur *Wahlprüfung in Hessen*<sup>160</sup> äußerte sich das Bundesverfassungsgericht zum Begriff der rechtsprechenden Gewalt. Nach dem Richtervorbehalt in Art. 92 GG ist die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut. Dies wird allgemein so verstanden, daß die Staatsfunktion Rechtsprechung nur durch Gerichte, und innerhalb der Gerichte nur durch Richter ausgeübt werden darf.<sup>161</sup> In Hessen bestand jedoch ein beim Land-

<sup>157</sup> Deswegen ist der Hinweis verfehlt, daß nur von dem Ministerpräsidenten in einer solchen Situation erwartet werden könne, daß er kraft seiner politischen Autorität in der Lage sei, dem Interesse des Landes an wirksamer Stimmabgabe zur Geltung zu verhelfen (vgl. OSTERLOH/LÜBBE-WOLFF, BVerfGE 106, 337, 349). Daran anknüpfen ließe sich lediglich die Aufforderung an den Ministerpräsidenten, bei einer erneuten Abstimmung aller Bundesratsmitglieder des Landes für Einheitlichkeit zu sorgen.

<sup>158</sup> Vgl. die Kritik bei OSTERLOH/LÜBBE-WOLFF, BVerfGE 106, 337 (347).

<sup>159</sup> OSTERLOH/LÜBBE-WOLFF, BVerfGE 106, 337 (350).

<sup>160</sup> BVerfGE 103, 111 = NJW 2001, 1048 = JZ 2001, 870; siehe dazu auch die Anmerkung von HERMES, JZ 2001, 873 und die Besprechung von SCHMIDT, NJW 2001, 1035.

<sup>161</sup> BETTERMANN, in: ISENSEE/KIRCHHOF (Herausgeber), *Handbuch des Staatsrechts*, Band III, 1988, § 73 Rdnr. 4 mit weiteren Nachweisen.

tag eingerichtetes "Wahlprüfungsgericht", das sich aus zwei Berufsrichtern und drei Landtagsabgeordneten zusammensetzte. Es entschied nach öffentlicher mündlicher Verhandlung durch Urteil; dieses wurde mit seiner Verkündung rechtskräftig. Als das Wahlprüfungsgericht im Zusammenhang mit einem Finanzskandal der größten Regierungspartei tätig wurde, beantragte die Landesregierung die Nichtigerklärung der einschlägigen Vorschriften im hessischen Wahlprüfungsgesetz und in der hessischen Verfassung. Das Bundesverfassungsgericht mußte sich jetzt damit auseinandersetzen, wie dieses Wahlprüfungsorgan einzuordnen war. Der Staatsgerichtshof des Landes Hessen qualifizierte es in einem parallelen landesrechtlichen Verfahren nicht als Gericht sondern als parlamentarisches Wahlprüfungsorgan.<sup>162</sup>

Der Begriff der rechtsprechenden Gewalt wird in Art. 92 GG nicht definiert sondern als vorkonstitutioneller Begriff vorausgesetzt.<sup>163</sup> Doch die vielen Facetten der rechtsprechenden Tätigkeit einerseits und der nicht-rechtsprechenden Tätigkeit von Gerichten andererseits haben dazu geführt, daß sich bis heute keine allgemeine Definition durchgesetzt hat. Ob die Wahrnehmung einer Aufgabe als Rechtsprechung anzusehen ist, hängt nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts wesentlich von verfassungsrechtlichen Vorgaben sowie von traditionellen oder durch den Gesetzgeber vorgenommenen Qualifizierungen ab.<sup>164</sup> Aus der Bezeichnung eines Gremiums oder seiner Besetzung mit unabhängigen Richtern läßt sich noch nicht auf die Ausübung rechtsprechender Gewalt schließen.<sup>165</sup> Maßgeblich ist vielmehr eine kombinierte *materielle und funktionelle Betrachtungsweise*. Um Rechtsprechung im materiellen Sinne handelt es sich, wenn eine hoheitliche Befugnis bereits durch die Verfassung den Richtern zugewiesen ist oder die Sache in einen traditionellen Kernbereich der Rechtsprechung fällt.<sup>166</sup> Um Rechtsprechung im funktionellen Sinne handelt es sich, wenn der Gesetzgeber ein gerichtsförmiges Verfahren hoheitlicher Streitbeilegung vorsieht und den dort zu treffenden Entscheidungen eine Rechtswirkung verleiht, die nur unabhängige Gerichte herbeiführen können. Zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen in diesem Sinne gehört das Element der Entscheidung, der letztverbindlichen, der Rechtskraft fähigen Feststellung und des Ausspruchs, was im konkreten Fall rechtens ist.<sup>167</sup>

Die Wahlprüfung in Hessen war nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nur teilweise als rechtsprechende Tätigkeit ausgeformt. Aus der Bezeichnung als "Gericht" und der übertragenen Aufgabe wollte es noch nicht auf rechtsprechende Gewalt schließen, auch nicht aus der überwiegend gerichtsförmigen Verfahrensgestaltung und der Bezeichnung der Entscheidung als "Urteil". Doch in jener Vorschrift, die bestimmte, daß das "Urteil" mit seiner Verkündung rechtskräftig wurde, sah es eine Regelung der Ausübung rechtsprechender Gewalt. Die Rechtskraft sei im juristischen Sprachgebrauch ein Institut, das Entscheidungen der rechtsprechenden Gewalt vorbehalten sei. Es mache erkennbar, daß jede weitere gerichtliche Kontrolle (mit Ausnahme außerordentlicher Rechtsbehelfe wie der Verfassungsbeschwerde) unstatthaft sei. Die Verbindung der Begriffe "Urteil" und "rechtskräftig" im Wahlprüfungsgesetz erlaube es nicht, den Begriff der Rechtskraft untechnisch im Sinne verwaltungsrechtlicher Bestandskraft zu deuten. Das Gericht führte weiter aus, die Anordnung einer gerichtlich nicht weiter überprüfbaren Rechtswirksamkeit einer Entscheidung, welche streitige Rechtsverhältnisse regele, sei nur als Teil der rechtsprechenden Gewalt im Sinne von Art. 92 GG zulässig.<sup>168</sup>

---

<sup>162</sup> Staatsgerichtshof des Landes Hessen, Urteil vom 09.08.2000, NJW 2000, 2891.

<sup>163</sup> SCHULZE-FIELITZ, in: H. DREIER (Herausgeber), *Grundgesetz*, Band 3, 2000, Art. 92 Rdnr. 24.

<sup>164</sup> Vgl. bereits BVerfGE 22, 49 (76 ff.); 64, 175 (179); 76, 100 (106).

<sup>165</sup> Vgl. jetzt BVerfGE 103, 111 (137).

<sup>166</sup> Vgl. bereits BVerfGE 22, 49 (76 f.).

<sup>167</sup> Vgl. bereits BVerfGE 7, 183 (188 f.); 31, 43 (46); 60, 253 (269 f.).

<sup>168</sup> BVerfGE 103, 111 (138 f.).

Auch wenn die Begründung im Kern überzeugt ("Urteil" + "Rechtskraft" = rechtsprechende Gewalt), irritiert doch eine Schwachstelle im Argumentationsgang: Das Bundesverfassungsgericht lieferte keine Begründung für seine These, daß die Wahlprüfung nur teilweise als rechtsprechende Tätigkeit ausgeformt sei. Es erscheint auch zweifelhaft, ob so etwas überhaupt möglich ist: Eine unteilbare Entscheidung dürfte immer als Ganzes der einen oder der anderen Gewalt zuzuordnen sein. Die Argumentation des Gerichts bezog sich vielmehr darauf, daß die Elemente des hessischen Wahlprüfungsverfahrens nur teilweise eine Qualifizierung als rechtsprechende Gewalt nahelegten. Dagegen sprach nämlich, daß das Wahlprüfungsgericht auch Abgeordnete des Landtags umfaßte, die von ihrer eigenen Entscheidung unmittelbar selbst betroffen sein konnten und daher der Natur der Sache nach selbst Partei waren.<sup>169</sup> Die Streitentscheidung durch unbeteiligte Dritte ist aber ebenfalls ein unverzichtbares Merkmal der rechtsprechenden Gewalt.<sup>170</sup>

In dieser Situation lag es nahe, die Regelungen über die Zusammensetzung des Wahlprüfungsgerichts für nichtig zu erklären, denn die beteiligten Landtagsabgeordneten waren mangels richterlicher Neutralität<sup>171</sup> keine Richter im Sinne des Art. 92 GG. Wenn das Gremium Urteile mit Rechtskraft fällte und deswegen als Organ der rechtsprechenden Gewalt anzusehen war, mußte seine innere Verfassung daran angepaßt werden. Dagegen sträubte sich das Bundesverfassungsgericht jedoch, denn es wollte nicht in die staatsorganisatorische Autonomie des Landes Hessen eingreifen. Mit der Begründung, daß sonst die Zusammensetzung des Wahlprüfungsgerichts beanstandet werden müsse, weil sie nicht den Anforderungen des Art. 92 GG entspreche, erklärte es stattdessen die Vorschrift über die Rechtskraft seiner Urteile für nichtig.<sup>172</sup> Damit knüpfte es nicht an die Rechtsfolge sondern die Voraussetzungen des Art. 92 GG an: Es sorgte nicht dafür, daß auch diese Tätigkeit der rechtsprechenden Gewalt nur von Richtern ausgeübt wird, sondern es nahm ihr den Charakter der rechtsprechenden Gewalt. Es veränderte also den Prüfungsgegenstand. Die hessische Wahlprüfung blieb bestehen, aber als ein Aliud.

Was die Kriterien für die Wahlprüfung selbst betrifft, erachtete es das Bundesverfassungsgericht für unbedenklich, daß nach dem hessischen Wahlprüfungsrecht auch Handlungen, welche gegen die guten Sitten verstoßen, die Wahl ungültig machen, wenn sie das Wahlergebnis beeinflussen. Das Gericht forderte allerdings eine verfassungskonforme enge Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes der "gegen die guten Sitten verstoßenden Handlungen". Voraussetzung ist danach, daß in erheblicher Weise gegen die Grundsätze der Freiheit oder der Gleichheit der Wahl verstoßen wurde.<sup>173</sup> Das ist nur dann der Fall, wenn staatliche Stellen im Vorfeld der Wahl in erheblichem Maße parteiergreifend auf die Bildung des Wählerwillens eingewirkt haben, wenn private Dritte (auch Parteien oder einzelne Kandidaten) mit Mitteln des Zwangs oder Drucks die Wahlentscheidung beeinflussen haben oder wenn in ähnlich schwerwiegender Art und Weise auf die Willensbildung der Wähler eingewirkt worden ist, ohne daß eine hinreichende Möglichkeit der Abwehr (z.B. mit Hilfe der Gerichte oder der Polizei) oder des Ausgleichs bestand.<sup>174</sup>

---

<sup>169</sup> Vgl. BVerfGE 103, 111 (140).

<sup>170</sup> Vgl. SCHULZE-FIELITZ, in: H. DREIER (Herausgeber), *Grundgesetz*, Band 3, 2000, Art. 92 Rdnr. 25 mit umfangreichen Nachweisen.

<sup>171</sup> Vgl. dazu PIETOTH, in: JARASS/PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 6. Auflage 2002, Art. 92 Rdnr. 7 mit weiteren Nachweisen.

<sup>172</sup> Vgl. BVerfGE 103, 111 (141).

<sup>173</sup> Vgl. BVerfGE 103, 111 (125).

<sup>174</sup> BVerfGE 103, 111 (132 f.).

#### IV. FINANZVERFASSUNG

Nach einem Urteil vom 28. März 2002<sup>175</sup> muß der Bund die *Erlöse aus der Versteigerung der Lizenzen für das Mobilfunksystem UMTS* nicht mit den Ländern teilen. Einige Länder hatten mit verschiedenen Klageanträgen eine Aufteilung erzwingen wollen, nachdem die Erlöse mit einer Summe von fast 100 Milliarden Deutsche Mark überraschend hoch ausgefallen waren. Für eine Beteiligung der Länder gab es indessen keine verfassungsrechtliche Grundlage. Die Finanzverfassung regelt in Art. 106 und 107 GG nur die Verteilung der Einnahmen aus Steuern und Finanzmonopolen. Werden Einnahmen im unmittelbaren Zusammenhang mit der Wahrnehmung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe erzielt, bleiben sie mangels anderweitiger Regelung bei demjenigen, der die Verwaltungszuständigkeit für die Sachaufgabe hat.<sup>176</sup> Dies ist im Bereich der Telekommunikation allein der Bund (vgl. Art. 87f GG).

Die Finanzverfassung bildet eine geschlossene Rahmen- und Verfahrensordnung, die von den Prinzipien der Formenklarheit und Formenbindung beherrscht wird. Deswegen konnte in keiner Weise auf die Regelungen zur Verteilung der Einkommen-, Körperschaft- und Umsatzsteuer in Art. 106 Abs. 3 GG zurückgegriffen werden und kamen auch keine Analogieschlüsse in Betracht. Das Gericht wandte sich gegen den Wunsch der Länder, die Lizenzerlöse wie Steuern zu verteilen: Nichtsteuerliche Einnahmen können sich auch bei außergewöhnlich hohen Erträgen, wie sie herkömmlicherweise nur bei Steuern anfallen, nicht in steuergleiche Einnahmen verwandeln. Schließlich konnten den Ländern auch Verhandlungen über eine Neuverteilung der Umsatzsteuer nach Art. 106 Abs. 4 GG nicht weiterhelfen, denn dort beschlossene Änderungen würden sich auf die Zukunft beziehen, die Erlöse aus der Versteigerung der UMTS-Lizenzen waren aber in der Vergangenheit angefallen.<sup>177</sup> Den Ländern blieb nichts anderes übrig, als sich damit abzufinden, daß dieser unverhoffte Geldsegen an ihnen vorüberging.

(Dr. Thomas Schmitz, Göttingen, 02/2005)

---

<sup>175</sup> BVerfGE 105, 185 = NJW 2002, 2020; siehe dazu auch HUFELD, JZ 2002, 871 (877 f.).

<sup>176</sup> Vgl. BVerfGE 105, 185 (193). Die genaue rechtliche Einordnung der nichtsteuerlichen Einnahme ist in diesem Zusammenhang unerheblich und wurde deswegen vom Bundesverfassungsgericht nicht geklärt.

<sup>177</sup> Vgl. BVerfGE 105, 185 (193 ff.).