JAHRBUCH
DES
ÖFFENTLICHEN RECHTS

NEUE FOLGE

DAS ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART

JAHRBUCH DES ÖFFENTLICHEN RECHTS DER GEGENWART

NEUE FOLGE / BAND 59

HERAUSGEGEBEN VON

PETER HÄBERLE

Mohr Siebeck

Professor Dr. Dr. h. c. mult. Peter Häberle
Universität Bayreuth
Forschungsstelle für Europäisches Verfassungsrecht
95447 Bayreuth

ISBN 978-3-16-150756-4 / eISBN 978-3-16-159064-1
ISSN 0075–2517

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *http://dnb.d-nb.de* abrufbar.

© 2011 Mohr Siebeck Tübingen.

Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich und unter dem Vorbehalt, dass das Manuskript nicht anderweitig zur Veröffentlichung angeboten wurde. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließende Verlagsrecht. Das Verlagsrecht endet mit dem Ablauf der gesetzlichen Urheberschutzfrist. Der Autor behält das Recht, ein Jahr nach der Veröffentlichung einem anderen Verlag eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen. Bestandteil des Verlagsrechts ist das Recht, den Beitrag fotomechanisch zu vervielfältigen und zu verbreiten und das Recht, die Daten des Beitrags zu speichern und auf Datenträger oder im Online-Verfahren zu verbreiten.

Dieses Jahrbuch einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfi lmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Bembo-Antiqua belichtet, auf alterungsbeständiges Papier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Inhaltsverzeichnis

60 Jahre Deutsches Grundgesetz (Dritte Folge)[*]

Claus Roxin: 60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Strafrechts 1

Jörg Neuner: 60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Privatrechts 29

Fritz Rittner/Meinrad Dreher: 60 Jahre Grundgesetz und das Wirtschaftsrecht 59

Eberhard Eichenhofer: 60 Jahre Grundgesetz und Sozialrecht 97

Christian Waldhoff: 60 Jahre Grundgesetz – aus der Sicht des Steuerrechts . . . 119
Vgl. NF 56 (2008), 141: Osterloh

Peter-Christian Müller-Graff: 60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Europarechts 141
Vgl. NF 49 (2001), 1: Böttcher/Mahrenholz/Tsatsos/Hirsch

Peter Graf Kielmansegg: 60 Jahre Grundgesetz. Anmerkungen eines Politikwissenschaftlers 169

Young Huh: 60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht Koreas 199
Vgl. NF 35 (1986), 575: Kim; 38 (1989), 565: Huh; 48 (2000), 471: Huh

Abhandlungen

Andreas Vosskuhle: Die Landesverfassungsgerichtsbarkeit im föderalen und europäischen Verfassungsgerichtsverbund 215
Vgl. NF 42 (1994), 325: Rinken

Christoph Enders: Das Bekenntnis zur Menschenwürde im Bonner Grundgesetz – ein Hemmnis auf dem Weg der Europäisierung? 245
Vgl. NF 57 (2009), 89: Dederer

Helmuth Schulze-Fielitz: Meinungs- und Religionsfreiheit im verfassungsdogmatischen Vergleich 259

[*] Zweite Folge in JöR 58 (2010), S. 1–117; Erste Folge in JöR 57 (2009), S. 1–87.

Stefan Martini: Diskriminierung (rechts)extremer Meinungen nach Art. 5 Abs. 2 GG 279

Antonio D'Atena: Staatszielbestimmungen und Verfassungswerte als Problem des Verfassungsrechts 305

Lothar Michael: Abweichungsgesetzgebung als experimentelles Element einer gemischten Bundesstaatslehre 321

Waldemar Hummer/Julia Villotti: Korruptionsbekämpfung auf internationaler und nationaler Ebene 339

Markus Kotzur: Deutschland und die internationalen Beziehungen – „offene Staatlichkeit" nach 60 Jahren Grundgesetz 389

Anne Peters: Das subjektive internationale Recht 411

Antrittsvorlesungen

Ulrich Hufeld: Vom Wesen der Verfassung Europas 457

Margarete Schuler-Harms: Sozialstaatlichkeit und europäische Integration: Eine aktuelle Positionsbestimmung 477

Andreas von Arnauld: Die Rückkehr des Bürgers: Paradigmenwechsel im Europäischen und Internationalen Verwaltungsrecht? 497

Richterbilder

Bernd Rüthers: Hans Brox – Verfassungsrichter – Hochschullehrer – Autor – Mensch 521
Vgl. NF 48 (2000), 253: Heyde (Hans Kutscher), m. w. N.; 55 (2007), 509: Benda (Konrad Hesse); 56 (2008), 261: Waldhoff (Erna Scheffler)

Die Staatsrechtslehre in Selbstdarstellungen

Karl Doehring: Mein Leben als Jurist 535
Vgl. NF 58 (2010), 337: Bernhardt, m. w. N.

Herbert Schambeck: Recht und Politik 545
Vgl. die Nachweise zum vorigen Beitrag

Berichte
Entwicklungen des Verfassungsrechts im europäischen Raum

José María Porras Ramírez: Die Institution der politischen Partei im Königreich Spanien 565
Vgl. NF 56 (2008), 479: Azpitarte; 57 (2009), 601: Balaguer Callejón

Xabier Arzoz: Verfassungsentwicklung im Baskenland (2000–2009) 603
Vgl. NF 43 (1995), 541: Corcuera Atienza

Osman Can: Parteiverbote in der Türkei: Instrument einer wehrhaften Demokratie?. 635
Vgl. NF 32 (1983), 507: Hirsch; 36 (1987), 179: Rumpf

Ulrich Karpen: Der Distrikt Brčko – Verfassung und Recht 665
Vgl. NF 45 (1997), 290: Textanhang (Häberle); 50 (2002), 493: Sarčević

Entwicklungen des Verfassungsrechts im außereuropäischen Raum

Amerika

Antonio M. Hernández: The Distribution of Competences and the Tendency Towards Centralization in the Argentine Federation 687
Vgl. NF 54 (2006), 713: Ferreyra

Sachregister 703

60 Jahre deutsches Grundgesetz
(Dritte Folge)

60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Strafrechts

von

Prof. Dr. Claus Roxin, Universität München

I. Einführung

Das Grundgesetz setzt zwar die Existenz eines Strafrechts voraus (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1), äußert sich aber nicht ausdrücklich zu den Aufgaben und Grenzen des Strafrechts. Das Gebot, die Vorbereitung von Angriffskriegen unter Strafe zu stellen (Art. 26), die Abschaffung der Todesstrafe (Art. 102) und der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit (Art. 103 Abs. 2) sind die einzigen das materielle Strafrecht betreffenden Anordnungen unserer Verfassung.

Selbstverständlich ist das Strafrecht aber auch am Maßstab der Menschenwürde (Art. 1 GG) und der nachfolgenden Grundrechte zu messen, die dazu führen können, dass Strafe und Strafvollzug auf bestimmte Weise ausgestaltet oder dass verfassungswidrige Bestimmungen für nichtig erklärt oder auf ein verfassungskonformes Maß zurückgeführt werden müssen. Auch können Grundrechte (wie Art. 4, 5, 8 GG) unter Umständen zu einer Rechtfertigung tatbestandsmäßigen Verhaltens oder doch wenigstens zu einem Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit führen. Schließlich lassen sich auch aus den staatstheoretischen Grundlagen der Demokratie, die unserer Verfassung zugrunde liegen, und aus dem Rechtsstaatsprinzip Einschränkungen der staatlichen Strafbefugnis ableiten.

Es gibt also vielfältige Möglichkeiten, das Grundgesetz für die Gestaltung des Strafrechts fruchtbar zu machen. Mit bindender Wirkung kann das vor allem unser Bundesverfassungsgericht tun, dessen Rechtsprechung daher im Mittelpunkt der nachfolgenden Darstellung stehen muss. Allerdings ist unser Verfassungsgericht beim Umgang mit dem materiellen Strafrecht in einigen (nicht allen!) Punkten erstaunlich zurückhaltend. Während es bei prozessrechtlichen Eingriffen in die bürgerliche Freiheit dem Gesetzgeber strenge Schranken setzt und Eingriffe in den Kernbereich privater Lebensgestaltung strikt verbietet, hat es nur ganz selten eine Vorschrift des materiellen Strafrechts für nichtig erklärt. Auch über die Grenzen strafrechtlicher Eingriffsbefugnisse und über den Zweck der staatlichen Strafe (die sog. Straftheorien) hat das Verfassungsgericht sich nicht sehr konkret geäußert.

Gleichwohl gibt es zahlreiche richtungweisende Entscheidungen zu strafrechtlichen Fragen im Lichte der Verfassung und auch viel Stoff zu Auseinandersetzungen

mit der verfassungsrechtlichen Judikatur. Wenn die nachstehenden Würdigungen „aus der Sicht des Strafrechts" erfolgen, so muss man sich freilich darüber klar sein, dass diese Sicht nicht immer einheitlich und durch die Rechtsauffassungen des Autors geprägt ist.[1]

Dennoch lässt sich sagen, dass die im deutschen Strafrecht deutlich überwiegende Meinung, die auch von mir vertreten wird, ein rechtsstaatlich-liberales Strafrecht befürwortet, wie es in der europäischen Aufklärung begründet und durch die moderne Menschenrechtsbewegung weiterentwickelt worden ist. Da auch unsere Verfassung auf dieser Grundlage beruht, lässt sich also von gemeinsamen Zielvorstellungen aus und damit in besonders fruchtbarer Weise diskutieren.

Auch die gesamteuropäische Strafrechtsentwicklung sollte diesen Weg beschreiten. Mit Recht stellt sich daher ein kürzlich veröffentlichtes, von einer Arbeitsgruppe europäischer Strafrechtler verfasstes „Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik"[2] in die „Tradition der europäischen Aufklärung" und betont, „dass alle strafrechtlichen Regelungen eines Höchstmaßes an demokratischer Legitimation und rechtsstaatlicher Prägung bedürfen, dass auch und gerade in der Kriminalpolitik nur freiheitliche Rechtsprinzipien nachhaltig Sicherheit gewährleisten".

Das bedarf der Betonung, weil gegenläufige, einseitig sicherheitsorientierte Konzepte in Gesetzgebung und Literatur einige Resonanz gefunden haben. Sie haben im öffentlichen Recht einen besonders polemischen Ausdruck etwa bei *Depenheuer*[3] gefunden und haben ihren strafrechtlich prominentesten Vertreter in *Jakobs*,[4] der neben dem „Bürgerstrafrecht" für die Bekämpfung nachhaltiger Rechtsbrecher ein „Feindstrafrecht" etablieren will, das dem Delinquenten die Personqualität abspricht:[5] „Wer keine hinreichende kognitive Sicherheit personalen Verhaltens leistet, kann nicht nur nicht erwarten, noch als Person behandelt zu werden, sondern der Staat darf ihn auch nicht mehr als Person behandeln, weil er ansonsten das Recht auf Sicherheit der anderen Personen verletzen würde."

Das alles verstößt aber, wie ich an anderer Stelle[6] gesagt habe, gegen zahlreiche zentrale Verfassungsgrundsätze: „die Menschenwürde, das Schuldprinzip, das Rechtsstaatsprinzip (das die Gleichbehandlung vor dem Gesetz einschließt), das Tatprinzip (denn das Feindstrafrecht wäre ein Täterstrafrecht) und die Unschuldsvermutung". Derartige Thesen haben daher mit Recht in der Rechtsprechung bisher keinen Widerhall und in der deutschen Wissenschaft zwar einiges Aufsehen, aber

---

[1] Zusammenfassende Darstellungen über den Einfluss des Grundgesetzes auf das Strafrecht sind relativ selten (wohl auch wegen des Umfangs dieses Stoffgebiets). Ich nenne: *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991; *Vogel*, StV 1996, 110 ff.; *Kühl*, Festschrift für Stöckel, 2010, S. 117 ff. Auch *Tiedemann*, aaO., S. 3/4, betont, dass die „Frage, inwieweit das Verfassungsrecht des Grundgesetzes … die strafrechtliche Ordnung beeinflusst, ihr also … ‚Richtlinien und Impulse' gegeben hat, trotz der unmittelbaren Bindungswirkung der Grundrechte und des Rechtsstaatsprinzips selten gestellt" werde.

[2] ZIS Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, 2009, S. 697.

[3] *Depenheuer*, Selbstbehauptung des Rechtsstaates, 2007. Gegen ihn und die von ihm vertretene Richtung ebenso polemisch *Trojanow/Zeh*, Angriff auf die Freiheit – Sicherheitswahn, Überwachungsstaat und der Abbau bürgerlicher Rechte, 2009.

[4] Ich nenne hier nur den Aufsatz „Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 2004, 88 ff.

[5] *Jakobs*, wie Fn. 4, 93.

[6] *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 129.

nahezu einhellige Ablehnung gefunden.[7] Sie bleiben daher im Folgenden außer Betracht.

In der Auseinandersetzung des Bundesverfassungsgerichts mit strafrechtlichen Fragen spielen zwei Kriterien eine überragende Rolle: die Menschenwürde und der Grundsatz „nullum crimen sine lege". Beide Prinzipien treten aber in vielfältigen Zusammenhängen auf, so dass sie nicht in abstracto, sondern im Kontext der zentralen Sachprobleme behandelt werden sollen.

II. Die staatliche Strafbefugnis

1. Was darf der Staat unter Strafe stellen?

Es ist unserem Verfassungsgericht bisher nicht gelungen, auf diese für die Verfassungsmäßigkeit der Strafgesetzgebung entscheidende Frage eine schlüssige Antwort zu finden. Es arbeitet mit den für die Zulässigkeit gesetzlicher Eingriffe allgemein geltenden Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit. Es hat sich aber nie in verbindlicher Form dem Problem gestellt, dass auch das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel selbst einer verfassungsrechtlichen Legitimation bedarf.

Um es an einem alten Beispiel zu verdeutlichen: Auch wenn die bis 1969 geltende Strafdrohung gegen die Homosexualität unter erwachsenen Männern (§ 175 StGB a. F.) zur Verhinderung dieses Verhaltens ein geeignetes, erforderliches und verhältnismäßiges Mittel gewesen sein sollte, entsprach das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel selbst nicht den Anforderungen der Verfassung. Das dürfte heute anerkannt sein, obwohl damals das BVerfG die Rechtsgültigkeit der Strafvorschrift bestätigt hat.[8] Diese Rechtsprechung ist lange Zeit auch von der strafrechtlichen Literatur unterstützt worden, die einer verfassungsrechtlichen Kontrolle der Gesetzgebung ablehnend gegenüberstand.[9]

Erst in den letzten Jahren macht sich in der strafrechtlichen Literatur eine deutliche Opposition gegen diesen Kurs geltend. Danach werden für das Recht des Staates, ein Verhalten mit Strafe zu bedrohen, zwei Grenzen postuliert: Das inkriminierte Verhalten muss ein fremdes Rechtsgut verletzen oder gefährden, und es darf nicht in den „Kernbereich privater Lebensgestaltung" eingreifen.

Dabei werden unter „Rechtsgütern" alle Gegebenheiten verstanden, die unter Wahrung der Grundrechte zu den Voraussetzungen eines freien und friedlichen Zusammenlebens im Staatsverband gehören. Was dieses Zusammenleben nicht wesentlich beeinträchtigt, also nicht in signifikantem Maße sozialschädlich ist, sollte nicht

---

[7] Ich verweise nur auf zwei vor kurzem erschienene Bücher: den Sammelband „Kritik des Feindstrafrechts", 2009 (hgg. von *Vormbaum*) und das „Handbuch Terrorismusstrafrecht" von *Zöller*, 2009, 272 ff.

[8] BverfGE 6, 389 ff.

[9] Besonders deutlich in den Monographien von *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, und *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998. Nach *Lagodny* entzieht sich „das materielle Strafrecht … in nahezu genialer Weise einer verfassungsrechtlichen Kontrolle" (536). Auch *Appel* will eine Strafbewehrung ausschließlich parlamentarischer Willensbildung überlassen und lehnt „verfassungsrechtliche Deduktionen" ab (597).

bestraft werden. Verfassungsrechtlich lässt sich das so begründen, dass nach dem gesellschaftsvertraglichen Denkmodell, das den modernen Demokratien und auch dem Grundgesetz zugrunde liegt, der Souverän (das Volk) dem Staat die Strafgewalt nur zum Schutz seiner Freiheiten und Rechte (und nicht zur Durchsetzung von Moralvorstellungen und Ideologien oder zur Durchsetzung paternalistischer Bevormundung) überträgt. Wo der Staat die Strafgewalt zu Zwecken benutzt, die kein Fundament im Rechtsgüterschutz haben, verstößt er gegen das aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abzuleitende Übermaßverbot.[10]

Die zweite vom Gesetzgeber zu respektierende Schranke bildet der „Kernbereich privater Lebensgestaltung". Dieser Topos ist vom Verfassungsgericht selbst aus der Menschenwürde abgeleitet worden. Er hat in seiner Rechtsprechung eine lange Tradition[11] und ist in der bedeutenden Entscheidung zum „Großen Lauschangriff"[12] zum ersten Mal dazu benutzt worden, ein die akustische Wohnraumüberwachung gestattendes strafprozessuales Eingriffsgesetz für teilweise nichtig zu erklären. Im materiellen Strafrecht können die Wirkungen einer Kernbereichsverletzung keine anderen sein.

Wenn also ein inkriminiertes Verhalten kein fremdes Rechtsgut verletzt und seine Bestrafung außerdem in den Kernbereich privater Lebensgestaltung des Normadressaten eingreift, ist die Strafdrohung nach dem geschilderten strafrechtlichen Strafrechtsverständnis illegitim. Das hätte die praktische Konsequenz, dass es dem Strafgesetzgeber verfassungsrechtlich verwehrt wäre, ein lediglich moralisch missbilligtes, gesellschaftlich aber unschädliches Privatverhalten mit Strafe zu bedrohen und dass es ebenfalls unzulässig wäre, voll verantwortliche Personen durch Strafdrohungen vor sich selbst zu schützen. Ausschließlich moralistisch oder paternalistisch motivierte Strafvorschriften stoßen deshalb auf verfassungsrechtliche Bedenken, die vom BVerfG noch nicht in ausreichendem Maße gewürdigt worden sind.[13] Das sei kurz dargelegt.

a) Die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit rein moralistischer Strafvorschriften

Eine rein moralistische Strafvorschrift im geschilderten Sinne war z. B. die schon erwähnte Strafdrohung gegen einverständliche homosexuelle Beziehungen unter erwachsenen Männern. Sie schädigen niemanden; außerdem griff die Vorschrift in massiver Weise in den Kernbereich privater Lebensgestaltung ein. Wenn das BVerfG zur Legitimierung der Verfassungsvorschrift damals sagte:[14] „Gleichgeschlechtliche Betätigung verstößt eindeutig gegen das Sittengesetz", so wird diese Meinung heute

---

[10] Klärend dazu *Hassemer*, Festschrift für Androulakis, 2003, S. 207 ff. (217): „Das strafrechtliche Rechtsgut ordnet sich in das verfassungsrechtliche Übermaßverbot zwanglos ein." Auch *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, S. 163–165, verknüpft die Rechtsgutslehre mit dem Übermaßverbot.

[11] Näher *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 24 Rn. 55 ff.

[12] BVerfGE 109, 279 ff.; dazu ausführlich *Roxin*, Festschrift für Böttcher, 2007, S. 159 ff.

[13] Näher zum Ganzen *Roxin*, Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutdebatte, Festschrift für Hassemer, 2010, S. 559 ff.

[14] BVerfGE 6, 434.

wohl kaum noch vertreten und könnte auch unabhängig davon eine Kriminalisierung nicht rechtfertigen.

Freilich liegen die Dinge nicht immer so eindeutig. Man wird dem Gesetzgeber bei Beurteilung der Frage, ob ein Verhalten ein schützenswertes Rechtsgut beeinträchtigt, einen nicht geringen Ermessensspielraum zugestehen müssen, innerhalb dessen das Rechtsgutsdogma nur eine kriminalpolitische Richtlinienfunktion hat. Daher wird man beispielsweise die Verletzung bloßer Gefühle – soweit es nicht um eine Bedrohung der Lebenssicherheit geht – in einer pluralistischen Gesellschaft nicht ohne weiteres als Rechtsgüterverletzung beurteilen und dem Gesetzgeber empfehlen, auf eine Bestrafung etwa der „Erregung öffentlichen Ärgernisses" (§ 183a StGB) zu verzichten. Aber ungültig ist eine solche Vorschrift wie manche andere Pönalisierung lediglich anstößigen Verhaltens[15] deswegen noch nicht.

Wo aber überhaupt kein greifbares Schutzgut erkennbar ist und zudem noch in den Kernbereich privater Lebensgestaltung eingegriffen wird, sollte man die Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen als überschritten ansehen. Beispiele dafür liefern keineswegs nur die inzwischen obsolete Homosexualitätsstrafbarkeit, sondern auch noch die neueste Rechtsprechung und Gesetzgebung.

So hat noch im Jahre 2008 das BVerfG in einem ausführlich begründeten Beschluss die Strafbarkeit des Inzestes erwachsener Geschwister (§ 173 Abs. 2, S. 2, Abs. 3 StGB) aufrechterhalten.[16] Auch dabei handelt es sich um ein Verhalten, das niemanden schädigt und zudem den intimsten Bereich des Privatlebens betrifft. Das Gericht hat in dieser Entscheidung die oben skizzierte moderne Diskussion zum ersten Mal im Ansatz aufgegriffen, ist vor ihren Konsequenzen aber zurückgewichen.[17]

Der Beschluss will offenlassen[18] – und deutet damit immerhin die Möglichkeit einer Anerkennung der geschilderten strafrechtlichen Sicht an –, „ob die Unterscheidung zwischen Strafnormen, die allein in Moralvorstellungen gründen, und solchen, die dem Rechtsgüterschutz dienen, … tragfähig ist und ob bejahendenfalls Strafnormen der ersten Art verfassungsrechtlich zu beanstanden wären". Es wählt auch einen richtigen Ausgangspunkt mit der Aussage:[19] „Das Strafrecht wird als ‚ultima ratio' des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten … in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist."

Anstatt nun zu prüfen, ob die Bestrafung des Geschwisterinzestes aus Gründen des Rechtsgüterschutzes „besonders dringlich" ist, meint das Gericht dann aber,[20] aus der strafrechtlichen Rechtsgüterlehre ließen sich keine Anforderungen hinsichtlich der mit den strafrechtlichen Normen verfolgten Zwecke herleiten. Vielmehr sei es „Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns … festzulegen".

---

[15] Wichtige Monographie: *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 2005. Viele Beispiele auch bei *Roxin*, wie Fn. 6, § 2 Rn. 13–50.

[16] BVerfGE 120, 224 ff.

[17] Eine ausführliche Analyse des Beschlusses liefert mein Aufsatz in StV 2009, 544 ff.

[18] BVerfGE 120, 248.

[19] BVerfGE 120, 239/240.

[20] BVerfGE 120, 241.

Wie sich das mit dem Ausgangspunkt vereinbaren lässt, bleibt unklar. Diese Unklarheit wird weiter dadurch vergrößert, dass der Beschluss dann doch drei Rechtsgüter ausfindig macht, deren vermeintliche Beeinträchtigung wenigstens in ihrem Zusammenwirken die Strafdrohung tragen soll: die Familie, die sexuelle Selbstbestimmung und die Erbgesundheit etwaiger Kinder. Doch lässt sich beweiskräftig dartun, dass keines dieser Rechtsgüter der Strafdrohung zugrunde liegt,[21] so dass die Vorschrift also überhaupt keinen tragfähigen Schutzzweck hat.

Es kommt erschwerend hinzu, dass die Strafdrohung in den intimsten Kernbereich privater Lebensgestaltung eingreift. Der Beschluss sieht diesen Gesichtspunkt zwar, wehrt ihn aber mit der Bemerkung ab,[22] der Beischlaf zwischen Geschwistern betreffe „nicht ausschließlich diese selbst", sondern könne „in die Familie und die Gesellschaft hineinwirken …". Der Kernbereichsschutz ist aber absolut und als Bestandteil der Menschenwürde unabwägbar. Auch die Einschränkungen der akustischen Wohnraumüberwachung wirken in die Gesellschaft hinein, indem sie die Strafverfolgung erschweren. Trotzdem sind sie verfassungsrechtlich geboten.

Es ist nach alledem kein Wunder, dass der einzige Strafrechtsgelehrte im entscheidenden Senat, *Hassemer*, in einem Sondervotum für die Verfassungswidrigkeit einer Bestrafung des Geschwisterinzests eingetreten ist[23] und dass von allen mir bekannt gewordenen strafrechtlichen Kommentaren kein einziger dem Beschluss des BVerfG zugestimmt hat.[24] Hier ist also die „Sicht des Strafrechts" auf das Grundgesetz eine andere als die unseres Verfassungsgerichts. Der Presse ist zu entnehmen,[25] dass ein ganz ähnlicher Fall zurzeit beim Schöffengericht Nördlingen anhängig ist. Er wird vielleicht Gelegenheit geben, die Problematik noch einmal zu überdenken.

Verfassungsrechtliche Fragen der erörterten Art ergeben sich aber nicht nur aus traditionell überlieferten Strafvorschriften. Noch Ende 2009 hat der Gesetzgeber eine Strafvorschrift gegen den Besitz von jugendpornographischen Schriften und Bildern eingeführt (§ 184c Abs. 4 StGB),[26] demzufolge ein 18-Jähriger strafbar ist, wenn er ein sexualbetontes Foto seiner 17-jährigen Freundin besitzt. Da die sexuelle Beziehung als solche erlaubt ist und das inkriminierte Geschehen sich im engsten Privatbereich abspielt, wird sich das BVerfG wohl noch mit der Frage beschäftigen müssen, was hier eigentlich geschützt werden soll. Es wäre wünschenswert, dass es sich dabei der Prinzipien des Rechtsgüter- und des Kernbereichsschutzes erinnerte.

b) Die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit paternalistischer Strafvorschriften

Aus den Prinzipien des Rechtsgüter- und Kernbereichsschutzes lässt sich auch die Unzulässigkeit hart paternalistischer Strafvorschriften begründen, die frei und verantwortlich handelnde Menschen vor sich selbst schützen sollen. Denn die Aufgabe

---

[21] Ich muss insoweit auf meinen Fn. 17 genannten Aufsatz verweisen.

[22] BVerfGE 120, 243.

[23] BVerfGE 120, 255 ff.

[24] Nachweise bei *Roxin*, wie Fn. 17, 544, Anm. 4.

[25] Süddeutsche Zeitung vom 19. 1. 2010.

[26] Näher dazu *M. Heinrich*, Kieler Antrittsvorlesung vom 27. 1. 2010: Strafrecht als Rechtsgüterschutz – ein Auslaufmodell?, noch unveröffentlicht.

des Strafrechts besteht nur darin, die Verletzung der Rechtsgüter anderer zu verhindern. Die Möglichkeit selbstgefährdenden oder selbstschädigenden Verhaltens gehört in den Bereich privater Lebensgestaltung.

Unabhängig davon lässt sich die Unzulässigkeit hart paternalistischer Strafdrohungen auch unmittelbar aus der Persönlichkeitsautonomie ableiten, die ein Bestandteil der Menschenwürde ist. So sagt denn auch das BVerfG:[27] „Art. 1 Abs. 1 GG schützt die Würde des Menschen, wie er sich in seiner Individualität selbst begreift … Hierzu gehört, dass der Mensch über sich selbst verfügen und sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann."

Das entspricht auch der im Strafrecht ganz überwiegenden Meinung. In der bisher gründlichsten Monographie zum Thema kommt *Murmann*[28] zu einem Ergebnis, das für die vorherrschende „strafrechtliche Sicht" als repräsentativ gelten kann: „Selbstverfügende Entscheidungen unterfallen … dem Selbstbestimmungsrecht der Person, wie es verfassungsrechtlich in der Menschenwürde seinen Ausdruck findet und in seinen äußeren Vollzügen durch die allgemeine Handlungsfreiheit geschützt ist. Grenzen dieser Freiheit lassen sich nicht aus dem Schutz der nicht defizitär entscheidenden Person vor sich selbst, sondern nur dort begründen, wo die Person defizitär entscheidet oder die Rechte anderer verletzt sind."

Auch Gesetzgebung und Rechtsprechung halten sich weithin an diesen Grundsatz. So ist z. B. der Genuss von Alkohol und Tabak straflos, selbst wenn er in gesundheitsschädlicher Weise erfolgt. Auch der Drogenkonsum als solcher ist nicht mit Strafe bedroht. Dasselbe gilt für die Ausübung riskanter Sportarten oder das Eingehen sonstiger lebensgefährlicher Risiken. Die Verweigerung ärztlicher Behandlung ist auch bei einer nach objektivem Urteil unvernünftigen Entscheidung – etwa der Ablehnung einer lebensrettenden Bluttransfusion – nicht nur erlaubt, sondern auch für Außenstehende verbindlich.[29]

Diese weitgehende Einigkeit ändert aber nichts daran, dass unser Verfassungsgericht sich im Einzelfall kaum entscheiden kann, eine Strafvorschrift für nichtig zu erklären, die in die Persönlichkeitsautonomie des Rechtsgutsträgers eingreift, ohne der Vermeidung von Fremdschädigungen zu dienen. Das sei nur an zwei Beispielen demonstriert.

Ein bekannter Beschluss aus dem Jahr 1994[30] hat die Strafdrohung gegen den Besitz von Drogen (§ 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG) auch für den Fall aufrechterhalten, dass jemand nur geringe Mengen zum Eigenverbrauch in Besitz hat. Das kommt einer Bestrafung des Drogenkonsums und damit eines schlimmstenfalls selbstgefährdenden Verhaltens schon bedenklich nahe. Zwar versucht das Gericht, eine „abstrakte Fremdgefahr"[31] zu konstruieren, die in der Möglichkeit einer Weitergabe an Dritte und in der Stützung des illegalen Drogenmarktes bestehen soll. Aber der Eigenverbrauch ist gerade keine Weitergabe (die auch unter Erwachsenen wiederum nur eine Beihilfe zur Selbstgefährdung wäre). Und dass man den internationalen Drogenmarkt nicht

---

[27] BVerfGE 49, 286 (298). In entsprechender Weise äußern sich auch andere Entscheidungen.
[28] *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 535.
[29] Vgl. dazu BVerfGE 32, 98 ff. (evangelischer Brüderverein).
[30] BVerfGE 90, 145 ff.
[31] BVerfGE 90, 187.

durch die Kriminalisierung von Kleinverbrauchern lahmlegen kann, zeigt jede praktische Erfahrung. Gerade die Strafbarkeit stützt den illegalen Markt, indem sie den harmlosen Kleinkonsumenten in die illegale Szene treibt.

Das hat der entscheidende Senat schließlich wohl auch selbst gesehen und ein Absehen von Strafe (§ 29 Abs. 5 BtMG) oder von der Strafverfolgung (§§ 153 ff. StPO) empfohlen, wenn es sich um Verhaltensweisen handelt, „die ausschließlich den gelegentlichen Eigenverbrauch geringer Mengen von Cannabisprodukten vorbereiten und nicht mit einer Fremdgefährdung verbunden sind“[32]. Aber das schafft große Rechtsunsicherheit und widerspricht außerdem dem Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG), demzufolge das Gesetz und nicht ein Organ der Strafjustiz über die Strafbarkeit eines Verhaltens entscheiden soll.[33] Der Cannabis-Beschluss hat deshalb in der strafrechtlichen Literatur weitgehende Ablehnung gefunden.[34]

Noch weitergehend hat das BVerfG strafrechtliche Eingriffe in die Persönlichkeitsautonomie im Transplantationsrecht toleriert. Nach § 8 Abs. 1 S. 2 TPG ist eine Organspende unter Lebenden bei Organen, die sich nicht wieder bilden können, nur unter Verwandten ersten und zweiten Grades und unter Personen zulässig, „die dem Spender in besonderer persönlicher Verbundenheit offenkundig nahestehen“. Ein Arzt, der entgegen dieser Vorschrift ein Organ entnimmt, wird nach § 19 Abs. 1 TPG mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Wer also aus altruistischen Gründen einem ihm persönlich nicht nahestehenden Empfänger – meist sogar anonym – durch die Spende einer Niere das Leben retten will, wird daran gesetzlich gehindert. Der Arzt, der ihm das ermöglicht, wird sogar bestraft. Da bekanntlich viel zu wenig Spendernieren zur Verfügung stehen, führt diese gesetzliche Regelung zum Tode von Menschen, die durch eine Lebendspende hätten gerettet werden können.

Umso verwunderlicher ist es, dass ausgerechnet in einem solchen Fall eine Strafvorschrift den Spender vor seiner eigenen freien Entscheidung schützen soll und dass das BVerfG eine solche Bevormundung auch noch gutheißt.[35] Es meint:[36] „Zwar bedarf der Schutz des Menschen vor sich selbst … in Ansehung der durch Art. 2 I GG verbürgten Handlungsfreiheit … einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Auch selbstgefährdendes Verhalten ist Ausübung grundrechtlicher Freiheit. Das ändert aber nichts daran, dass es ein legitimes Gemeinwohlanliegen ist, Menschen davor zu bewahren, sich selbst einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen.“

Dieses „Gemeinwohlanliegen“ darf aber nicht mit den Mitteln des Strafrechts verfolgt werden, da die altruistische Organspende fremde Rechtsgüter nicht verletzt, sondern im Gegenteil erhält, da ihre Verhinderung außerdem in den existenziellen Kernbereich privater Lebensgestaltung massiv eingreift und die Persönlichkeitsauto-

---

[32] BVerfGE 90, 146, Leitsatz 3.

[33] So auch das abweichende Votum des Richters Sommer, BVerfGE 90, 224 f.

[34] Aus dem umfangreichen Schrifttum – jeweils mit weiteren Nachweisen – *Haffke*, ZStW 107 (1995), 761 ff.; *Nestler*, in: Institut für Kriminalwissenschaften, Frankfurt/M., Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, S. 72 ff.; *Paeffgen*, BGH-Festschrift, 2000, S. 695 ff.; *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 2000, S. 187 ff.; *Schünemann*, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers, Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 145 ff.

[35] NJW 1999, 3399 ff.

[36] NJW 1999, 3401.

nomie des Organspenders nachhaltig beeinträchtigt. Zudem sind die vom Gesetzgeber angeführten und vom Verfassungsgericht aufgenommenen Gründe für das Verbot keineswegs stichhaltig: Die Freiwilligkeit einer Spende kann man nicht durch ein uneingeschränktes Verbot, sondern nur durch ihre sachgerechte Überprüfung sicherstellen. Den Organhandel kann man auch bei Zulassung altruistischer Lebendspenden verbieten. Die Förderung der postmortalen Organentnahme ist kein Grund für eine strafbewehrte Verhinderung von Lebendspenden und kann außerdem durch andere Mittel (etwa die Einführung der Widerspruchslösung) weit wirksamer erfolgen. Eine Lebendspende ist nicht einmal besonders gefährlich. Bei der praktisch im Vordergrund stehenden Nierentransplantation ist die Lebenserwartung von Spendern sogar größer als die von Nichtspendern.[37]

Die Entscheidung ist daher mit Recht auf weit überwiegende Ablehnung gestoßen.[38] Auch das sollte dem BVerfG Anlass geben, noch einmal grundsätzlich über die verfassungsrechtlichen Grenzen strafrechtlicher Eingriffe nachzudenken.

Die – freilich umstrittene – Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) und der sittenwidrigen Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten (§ 228 StGB) ist dann kein Verstoß gegen das Autonomieprinzip und lässt sich auch vom hier vertretenen Standpunkt aus rechtfertigen, wenn man davon ausgeht, dass bei existenziellen Entscheidungen solcher Art nur der eigenhändige Vollzug die Freiwilligkeit und Ernsthaftigkeit des Selbstschädigungswillens beweiskräftig dartun kann. Man muss dann freilich die Strafbarkeit der Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten auf lebensgefährliche Handlungen und die irreversible Schädigung zentraler Körperfunktionen beschränken, wie es die neuere Rechtsprechung des BGH auch tut.[39]

2. Gibt es verfassungsrechtliche Bestrafungsgebote?

Unser Verfassungsgericht hat zwar aus dem Grundgesetz bisher keine klaren Begrenzungen der staatlichen Strafgewalt ableiten können. Wohl aber hat es – im ersten Abtreibungsurteil[40] – die Möglichkeit einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung zum Erlass von Strafvorschriften anerkannt.

Die zentralen Sätze lauten:[41] „Im äußersten Fall, wenn nämlich der von der Verfassung gebotene Schutz auf keine andere Weise zu erreichen ist, kann der Gesetzgeber verpflichtet sein, zum Schutz des sich entwickelnden Lebens das Mittel des Strafrechts einzusetzen. Die Strafnorm stellt gewissermaßen die ‚ultima ratio' des Gesetz-

---

[37] *Schroth*, in: Hirsch, A. / Neumann, U. / Seelmann, K. (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, 2010, S. 205 ff. (206).

[38] *Gutmann*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, Kommentar zum Transplantationsgesetz, 2005, § 8 Rn. 28 m. w. N. Ferner *Schroth* in demselben Kommentar, § 19 Rn. 174 ff. Außerdem: *Gutmann*, NJW 1999, 3387 ff.; *Schroth*, Festschrift für Scholler, 2002, S. 35 ff.; *ders.*, Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. 15, 2007, S. 395 ff.

[39] Näher zur Tötung auf Verlangen *Roxin*, in: Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, 86 ff., 111 ff.; zur sittenwidrigen Körperverletzung auf Verlangen *ders.*, wie Fn. 6, § 13 Rn. 38 ff. Zum Ganzen auch *Murmann*, wie Fn. 28, S. 496, 504.

[40] BVerfGE 39, 1 ff.

[41] BVerfGE, 46 f.

gebers dar. Nach … dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit darf es von diesem Mittel nur behutsam und zurückhaltend Gebrauch machen. Jedoch muss auch dieses letzte Mittel eingesetzt werden, wenn anders ein effektiver Lebensschutz nicht zu erreichen ist. Dies fordern der Wert und die Bedeutung des zu schützenden Rechtsguts."

Das ist umstritten geblieben,[42] verdient aber aus der Sicht des Strafrechts Zustimmung. Wenn nämlich, wie oben dargelegt, die verfassungsrechtlich fundierte Aufgabe des Strafrechts im Rechtsgüterschutz besteht, muss der Staat von Verfassungs wegen eine Strafdrohung einsetzen, wenn es ein anderes und milderes Mittel zur Gewährleistung des Rechtsgüterschutzes nicht gibt.[43] Erstaunlich ist nur, dass das Gericht hier das Prinzip des Rechtsgüterschutzes zur selbstverständlichen Voraussetzung einer Bestrafungspflicht macht, es als Mittel zur Begrenzung der staatlichen Strafgewalt aber nicht gelten lassen will. Wenn aber das Strafrecht, wie das Urteil richtig ausführt, nur als äußerstes Mittel des Rechtsgüterschutzes in Betracht kommt, kann ein Verhalten, das kein Rechtsgut verletzt, sinnvollerweise nicht Gegenstand einer Strafdrohung sein.

Beachtung und Zustimmung verdient auch, dass das Verfassungsgericht mildere rechtliche Mittel zum Schutz des werdenden Lebens als vorzugswürdig betrachtet, wenn sie in ihrer Wirkung hinter dem Einsatz des Strafrechts nicht zurückstehen. Es hat auf diese Weise in seiner zweiten Abtreibungsentscheidung[44] durch die Tolerierung der heute geltenden Beratungslösung eine politisch heiß umkämpfte Frage sozialer Befriedung zuführen können.

III. Die Straftheorien im Lichte des Grundgesetzes

Neben der Aufgabe, die das Strafrecht dem Gesetzgeber stellt, ist auch der Zweck der konkret verhängten oder zu verhängenden Strafe an den Maßstäben der Verfassung zu messen. Bei der Beurteilung der sog. Straftheorien hat sich unser Verfassungsgericht einerseits, wie schon in Fragen der Strafgesetzgebung, große Zurückhaltung auferlegt. Andererseits hat es aber in zentralen Einzelfragen – ohne Festlegung auf eine übergreifende Theorie – der Rechtsprechung richtungweisende Orientierungen gegeben.[45]

Zu den Straftheorien heißt es:[46] „Das Bundesverfassungsgericht hat sich wiederholt mit Sinn und Zweck staatlichen Strafens befasst, ohne zu den in der Wissenschaft vertretenen Straftheorien grundsätzlich Stellung zu nehmen." Es bestehe „kein Grund, sich mit den verschiedenen Straftheorien auseinanderzusetzen, denn es kann nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts sein, den Theorienstreit in der Strafrechtswissenschaft von Verfassungs wegen zu entscheiden". Es meint dann mit etwas distanzierter Zustimmung: „Schuldausgleich, Prävention, Resozialisierung des Tä-

---

[42] Vgl. die Nachweise bei *Roxin*, wie Fn. 6, § 2 Rn. 95 f. nebst den Literaturangaben in den Fußnoten.

[43] Auch *Hassemer*, wie Fn. 9, 222, weist darauf hin, „dass auch ein Untermaßverbot sich ohne die Vorstellung eines Rechtsgutes nicht konstruieren lässt".

[44] BVerfGE 88, 203–366.

[45] Näher dazu *Roxin*, Festschrift für Volk, 2009, S. 601 ff.

[46] BVerfGE 45, 253; teilweise wörtlich übereinstimmend noch BVerfG, NJW 2004, 745.

ters, Sühne und Vergeltung für begangenes Unrecht werden als Aspekte einer angemessenen Strafsanktion bezeichnet …"

Das ist zunächst enttäuschend. Denn es leuchtet wenig ein, dass Aufgabe und Grenzen des härtesten Eingriffs in das Leben des Einzelnen, den unsere Rechtsordnung kennt, als verfassungsrechtlich uninteressanter „Theorienstreit in der Strafrechtswissenschaft" abgetan werden. Auch überrascht die Sorglosigkeit, mit der unterschiedliche Strafzwecke ohne begriffliche Klärung durcheinandergeworfen werden. Es wird nicht deutlich, ob und wie sich „Schuldausgleich", „Sühne" und „Vergeltung" unterscheiden sollen. Auch wird nicht gesagt, dass Resozialisierung eine Form der (Spezial-)Prävention ist. Es liegt zudem auf der Hand, dass Grundrechtseingriffe, wie sie das Strafrecht ermöglicht, einer verfassungsrechtlichen Legitimierung bedürfen.

Eine nähere Beschäftigung mit der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung lehrt dann freilich, dass das Gericht für die Begrenzung und die Aufgabe der staatlichen Strafe mit dem Schuldprinzip (1.) und dem Resozialisierungsziel (2.) zwei verfassungsrechtlich verbindliche Postulate aufgestellt hat, aus deren Zusammenwirken sich sogar die Umrisse einer Straftheorie entwickeln lassen (3.).

1. Das Schuldprinzip

Das BVerfG hat die verfassungsrechtliche Verankerung des Schuldprinzips zunächst auf Art. 2 I GG und das Rechtsstaatsprinzip gegründet. In BVerfGE 20, 331 heißt es: „Mit der Strafe wird dem Täter ein Rechtsverstoß … zum Vorwurf gemacht. Ein solcher strafrechtlicher Vorwurf aber setzt Vorwerfbarkeit, also strafrechtliche Schuld voraus. Anderenfalls wäre die Strafe eine mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbare Vergeltung für einen Vorgang, den der Betroffene nicht zu verantworten hat. Die strafrechtliche oder strafrechtsähnliche Ahndung einer Tat ohne Schuld des Täters ist demnach rechtsstaatswidrig und verletzt den Betroffenen in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG …"

Später kommt dann die Berufung auf die Menschenwürde hinzu:[47] „Auf dem Gebiet der Strafrechtspflege … bestimmt Art. 1 Abs. 1 die Auffassung vom Wesen der Strafe und das Verhältnis von Schuld und Sühne. Der Grundsatz ‚nulla poena sine culpa' hat den Rang eines Verfassungssatzes …" In neueren Entscheidungen wird noch das Übermaßverbot hervorgezogen:[48] Der Schuldgrundsatz decke sich „in seinen die Strafe begrenzenden Auswirkungen mit dem Verfassungsgrundsatz des Übermaßverbots".

Die zentrale Bedeutung, die das Verfassungsgericht dem Schuldprinzip für Begründung und Begrenzung jeder Strafe beimisst, ergibt sich auch aus der besonderen Hervorhebung, die es im Urteil zum Lissabonner Vertrag erfährt:[49] „Der Grundsatz, dass jede Strafe Schuld voraussetzt, hat seine Grundlage in der Menschenwürdega-

[47] BVerfGE 45, 228.

[48] BVerfG NJW 2004, 2073. Auf eine Aufzählung der zahlreichen Entscheidungen, die sich sonst noch mit dem Schuldprinzip befassen, wird hier verzichtet.

[49] BVerfGE 123, 267 ff. (413).

rantie des Art. 1 Abs. 1 GG. … Das Schuldprinzip gehört zu der wegen Art. 79 Abs. 3 GG unverfügbaren Verfassungsidentität, die auch vor Eingriffen durch die supranational ausgeübte öffentliche Gewalt geschützt ist."

Dem allen ist zuzustimmen. Das gilt besonders auch für die Verknüpfung des Schuldgrundsatzes mit der Menschenwürde.[50] Die in der Sache auf *Kant* zurückgehende, in der Staatsrechtslehre der Nachkriegszeit besonders von *Dürig* wiederbelebte „Objektformel", wonach es gegen die Menschenwürde verstößt, wenn der Staat den Einzelnen nicht als Person, sondern als bloßes Objekt behandelt, passt auf jede Verletzung des Schuldgrundsatzes. Denn wenn jemand ohne Schuld oder über das Maß seiner Schuld hinaus bestraft wird, wird er nicht mehr nach dem Maß seiner persönlichen Verantwortung behandelt, sondern ist bloßes Objekt staatlichen Zwanges.

Das Schuldprinzip wird in dem vom BVerfG entwickelten Verständnis in der deutschen Strafrechtswissenschaft als unverfügbare Strafbegrenzung fast einhellig anerkannt.[51] Auch das anfangs erwähnte „Manifest zur europäischen Kriminalpolitik"[52] betont, der Schuldgrundsatz diene „der umfassenden Gewährleistung der Menschenwürde". Tendenzen der modernen Hirnforschung, die mit der Willensfreiheit auch das Schuldstrafrecht in Frage stellen, haben diese Anerkennung nicht beeinträchtigt. Denn Schuld setzt nicht mehr voraus, als dass der Täter bei seiner Tat steuerungsfähig und normativ ansprechbar war. Das ist auch in seinen Abstufungen prinzipiell empirisch feststellbar und von der Frage nach dem hirnphysiologischen Zustandekommen der Willensentschlüsse unabhängig.[53] Unser Verfassungsgericht verdient also hohe Anerkennung dafür, dass es allen vom Schuldprinzip nicht gedeckten sicherheitsstrafrechtlichen Bestrebungen entgegentritt.

2. Die Resozialisierung als verfassungsrechtlich geforderte Aufgabe des Strafvollzugs

Ebenso dankenswert ist die verfassungsrechtliche Fundierung des Resozialisierungsziels im Strafvollzug. Auch hier beruft sich unser Verfassungsgericht auf die Menschenwürde. Im sog. Lebach-Urteil[54] heißt es: „Als Träger der aus der Menschenwürde folgenden … Grundrechte muss der verurteilte Täter die Chance erhalten, sich nach Verbüßung seiner Strafe wieder in die Gemeinschaft einzuordnen. Vom Täter aus gesehen erwächst dieses Interesse an der Resozialisierung aus seinem Grundrecht aus Art. 2 I i. V. m. Art. 1 GG."

---

[50] Umfassend *Häberle*, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, S. 815 ff.

[51] Eine Ausnahme macht nur *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 17/18 ff., für den Schuld nach den Bedürfnissen der Generalprävention zugeschrieben wird. Dazu kritisch *Roxin*, wie Fn. 6, § 19 Rn. 33 ff.

[52] Wie Fn. 2, 697.

[53] Eine nähere Begründung dieser Thesen lässt sich in dem hier gesetzten Rahmen natürlich nicht geben; vgl. aber *Roxin*, wie Fn. 6, § 19 Rn. 36 ff.

[54] BVerfGE 35, 235 f.

In konsequenter Verfolgung dieses Gedankenganges hat das Gericht[55] dann sogar dem zu lebenslänglicher Freiheitsstrafe Verurteilten einen Anspruch auf Resozialisierung zuerkannt (darüber noch unten IV., 1.). Es hat auch die Arbeit im Strafvollzug dem Resozialisierungsziel unterstellt:[56] „Arbeit im Strafvollzug ist nur dann ein wirksames Resozialisierungsmittel, wenn die geleistete Arbeit angemessene Anerkennung findet."

Das Gericht verwendet bei der verfassungsrechtlichen Fundierung des Resozialisierungsziels den Grundsatz der Menschenwürde, wie es das auch schon bei Anerkennung eines unantastbaren Kernbereichs privater Lebensgestaltung getan hat, in einem über die „Objektformel" hinausgehenden Sinne. Danach verbietet die Menschenwürde nicht nur, dass der Einzelne durch Folterung, Misshandlung, Demütigung oder schuldindifferente Bestrafung zum Objekt gemacht wird, sondern sie gebietet auch, dass ihm die Möglichkeit eines Lebens unter menschenwürdigen Bedingungen gewährleistet wird. Dazu gehört auch eine Wiederaufnahme des Täters in die Rechtsgemeinschaft und eine Ausgestaltung des Vollzuges, die dem Verurteilten ein späteres Leben in Freiheit möglich machen soll.

Diese Rechtsprechung verdient umso größere Beachtung, als Gesetzgebung und Politik seit geraumer Zeit geneigt sind, übertriebene Sicherheitsinteressen dem Resozialisierungsziel vorzuordnen. Auch in der Wissenschaft ist der Resozialisierungselan der Sechziger- und Siebzigerjahre kaum noch anzutreffen. Mit Recht ist daher das BVerfG als „Motor der Entwicklung des Resozialisierungsgedankens in Deutschland"[57] beurteilt worden.

3. Straftheoretische Konsequenzen

Aus der verfassungsrechtlichen Fundierung von Schuldprinzip und Resozialisierungsziel lassen sich entgegen der Zurückhaltung des Gerichts auch einige straftheoretische Folgerungen ableiten. Man könnte den verfassungsrechtlich legitimierten Zweck der im konkreten Fall verhängten Strafe als „schuldbegrenzte Prävention" bezeichnen. Für den Strafvollzug ist das evident. Denn die Resozialisierung ist eine Erscheinungsform der Spezialprävention, die aber nur im Rahmen des Schuldangemessenen betrieben werden darf.

Hinsichtlich der Strafverhängung nennt zwar das Gericht auch „Schuldausgleich", „Sühne" und „Vergeltung" als Strafzwecke. Dass damit aber keine Option für eine „klassische", präventionsgelöste Vergeltungstheorie gemeint sein kann, ergibt sich aus der wiederholten Betonung des Gerichts,[58] „dass Strafe unter der Herrschaft des Grundgesetzes niemals Selbstzweck sein darf".

Es können demnach die erwähnten Begriffe nur in generalpräventivem Sinne verstanden werden; also derart, dass bei der Strafzumessung auch die Wirkung auf das Rechtsbewusstsein der Bevölkerung zu berücksichtigen ist. Das versteht sich aber

---

[55] BVerfGE 45, 238 f.
[56] NJW 2004, S. 739 ff. (746).
[57] *Leyendecker,* (Re-)Sozialisierung und Verfassungsrecht, 2002, S. 32.
[58] BVerfGE 72, 114; ebenso vorher schon BVerfGE 39, 46.

von selbst, da Spezial- und Generalprävention bei jeder Sanktionsbestimmung in Einklang gebracht werden müssen.[59] Im Vollzug freilich wirkt generalpräventiv nur die Sanktion als solche (der Freiheitsentzug); ihre Ausgestaltung ist eine Resozialisierungsaufgabe.

IV. Verfassungswidrige Strafsanktionen?

1. Lebenslängliche Freiheitsstrafe

Unser Verfassungsgericht hat sich in einer grundlegenden Entscheidung[60] mit der Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe unter einem doppelten Aspekt befasst: Es hat erstens ihre grundsätzliche Zulässigkeit geprüft und zweitens auch noch untersucht, ob es dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entspricht, wenn für die Verwirklichung bestimmter Mordmerkmale ausnahmslos eine lebenslängliche Strafe angedroht wird.

a) Ihre prinzipielle Zulässigkeit

Das Gericht hat ihre Zulässigkeit bejaht, diese aber an zwei Einschränkungen gebunden. Ihre generelle Zulässigkeit wird aus generalpräventiven Erwägungen hergeleitet. Es liege in Ermangelung gesicherter kriminologischer Erkenntnisse im Rahmen der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit, wenn er der Androhung und Verhängung einer lebenslänglichen Strafe Wirkungen auf das allgemeine Rechtsbewusstsein beimesse, „die von der Androhung einer zeitigen Freiheitsstrafe nicht ausgehen würden“[61].

Freilich sei – und darin liegt die erste Einschränkung – auch die lebenslängliche Freiheitsstrafe resozialisierend auszugestalten:[62] „Die Vollzugsanstalten sind auch bei den zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilten Gefangenen verpflichtet, auf deren Resozialisierung hinzuwirken, sie lebenstüchtig zu erhalten und damit auch und vor allem deformierenden Persönlichkeitsveränderungen entgegenzuwirken. Dabei handelt es sich um verfassungsrechtlich fundierte Vollzugsaufgaben, die sich aus der in Art. 1 Abs. 1 GG garantierten Unantastbarkeit der Menschenwürde herleiten.“ Auch dem zu lebenslänglicher Strafe Verurteilten müssen die Chance verbleiben, „seine Freiheit wiedererlangen zu können“. Die Lebenslänglichkeit wird also zwar im Ausspruch, nicht aber im Vollzug aufrechterhalten.

Die zweite Einschränkung liegt in der Forderung nach einer Verrechtlichung der Entlassungspraxis bei Lebenslänglichen. „Die Möglichkeit der Begnadigung allein ist nicht ausreichend; vielmehr gebietet das Rechtsstaatsprinzip, die Voraussetzungen,

---

[59] Zu den Einzelheiten der verfassungsrechtlichen Judikatur bei divergierenden präventiven Zielen kann in diesem Rahmen nicht mehr Stellung genommen werden. Ich verweise aber auf meine in Fn. 45 genannte Abhandlung.

[60] BVerfGE 45, 187 ff.

[61] BVerfGE 45, 257.

[62] BVerfG 45, 238 f.

unter denen eine lebenslange Strafe ausgesetzt werden kann, und das dabei anzuwendende Verfahren gesetzlich zu regeln."[63]

Ich sehe in dem Urteil eine geglückte Synthese general- und spezialpräventiver Notwendigkeiten. Die rechtsgüterschützende Aufgabe des Strafrechts lässt es als sinnvoll erscheinen, die Verletzung höchstrangiger Rechtsgüter mit lebenslänglicher Strafe zu bedrohen. Es ist nicht auszuschließen, dass anderenfalls die Hemmschwelle gegenüber ihrer Verletzung sinken würde. Die Menschenwürde, die auch einem Mörder zusteht, gebietet es aber, die persönlichkeitszerstörenden Wirkungen zu verhindern, die bei einem realiter lebenslänglichen „Absitzen" der Strafe ohne resozialisierende Hilfen und die Chance gesellschaftlicher Re-Integration eintreten würden.

Auf einem anderen Blatt steht es, dass der vom Gesetzgeber in Befolgung des verfassungsrechtlichen Urteils Ende 1981 eingeführte § 57a StGB, der die Möglichkeit vorsieht, eine lebenslängliche Freiheitsstrafe nach 15 Jahren zur Bewährung auszusetzen, sich in der Praxis nicht bewährt hat.[64] Das liegt vor allem daran, dass der Aussetzung nicht nur „Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit", sondern auch „die besondere Schwere der Schuld des Verurteilen" (§ 57a Abs. 1 Nr. 2 StGB) entgegenstehen können. Das führt zu einer rechtsstaatswidrigen Unbestimmtheit der Aussetzungsvoraussetzungen, der durch ihre Verrechtlichung hatte vorgebeugt werden sollen. Es hat außerdem eine zunehmende Ausuferung der Vollstreckungspraxis über die Grenze von 15 Jahren hinaus im Gefolge gehabt. Vielleicht sollte das Verfassungsgericht die Schuldschwereklausel unter dem Gesichtspunkt der von ihm in seinem maßgebenden Urteil verfolgten Intentionen einmal überprüfen.

b) Die Außerverhältnismäßigkeit einzelner Mordmerkmale

Unser Verfassungsgericht hat in derselben Entscheidung auch die Frage untersucht, ob es nicht bei einzelnen Mordmerkmalen zu einer die Schwere der Schuld überschreitenden Unverhältnismäßigkeit der Sanktion führen könne, wenn ihre Verwirklichung ausnahmslos mit lebenslänglicher Strafe bedroht werde. Es ist dabei zu dem Ergebnis gekommen, dass die lebenslängliche Strafe bei einer heimtückischen Tötung und bei einer Verdeckungstötung nur dann noch verfassungsgemäß sei, wenn diese Merkmale restriktiv ausgelegt würden.[65]

Leider ist der BGH bei dem Bemühen, diese verfassungsrechtliche Anweisung in die Praxis umzusetzen, nicht sehr erfolgreich gewesen. Der Große Senat für Strafsachen[66] hat für die Heimtücke[67] die sog. Rechtsfolgenlösung entwickelt, derzufolge bei „außergewöhnlichen Umständen" der gemilderte Strafrahmen des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB anzuwenden sei. Das ist keine glückliche Lösung, weil es die Kompetenz

---

[63] BVerfGE 45, 187, Leitsatz 3 Satz 2.

[64] Vgl. nur den – von mir mitverfassten – „Alternativ-Entwurf Leben", Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 2008, 193 ff., 255 ff.

[65] BVerfGE 45, 187, Leitsatz 4.

[66] BGHSt 30, 105 ff.

[67] Zur Heimtücke und den Bemühungen um ihre Einschränkung näher *Roxin*, Festschrift für Widmaier, 2008, S. 741 ff.

des Richters übersteigt, eine gesetzliche Strafdrohung durch eine andere zu ersetzen, weil die Brandmarkungswirkung der Mordverurteilung auch in Fällen der Außerverhältnismäßigkeit erhalten bleibt und weil die Praxis von der Möglichkeit der Strafherabsetzung kaum Gebrauch gemacht hat. Bei der Verdeckungsabsicht sind die Einschränkungsbemühungen der Rechtsprechung nach einigen vergeblichen Versuchen ganz wieder eingestellt worden.

Das BVerfG hat also keine durchgreifende Remedur bewirkt. Sie wird sich nur durch eine gesetzliche Neuregelung der gesamten Tötungsdelikte erzielen lassen, für die ein ausformulierter und ausführlich begründeter Entwurf von einem Arbeitskreis strafrechtlicher Professoren 2008 vorgelegt worden ist.[68] Eine solche Reform sollte auch verfassungsrechtlich gefordert werden, da der geltende § 211 StGB die höchststrafwürdigen Fälle in vielfältiger Weise nur unzureichend erfasst.[69]

2. Die Vermögensstrafe

Die Vermögensstrafe (ehemals § 43a StGB) bildet einen der seltenen Fälle, in denen eine Vorschrift des materiellen Strafrechts vom Verfassungsgericht für nichtig erklärt worden ist.[70] Die Vorschrift sah vor, dass bei bestimmten – zahlreichen – Delikten meist vermögensschädigender Art neben einer Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren auf Zahlung eines Geldbetrages erkannt werden kann, „dessen Höhe durch den Wert des Vermögens des Täters begrenzt ist".

Das BVerfG hat mit Recht entschieden, dass der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit auch für die Strafdrohung gilt[71] und dass dieser Grundsatz verletzt ist, wenn, wie im vorliegenden Fall, nicht einmal ein Strafrahmen vorgegeben wird:[72] „Hinsichtlich des Maßes der in Frage kommenden Strafe hat der Gesetzgeber einen Strafrahmen zu bestimmen, dem sich grundsätzlich das Mindestmaß einer Strafe ebenso wie eine Sanktionsobergrenze entnehmen lassen." Durch die in § 43a Abs. 1 S. 3 eröffnete Möglichkeit, den Wert des Vermögens zu schätzen, wird diese Unbestimmtheit noch vergrößert. Auch besteht mangels jeglicher Leitlinie für die richterliche Strafzumessung die Gefahr einer Kollision mit dem Schuldprinzip.[73] Die gesetzgeberische Idee, auf diese Weise vermutlich unredlich erworbene Gewinne abschöpfen zu können, lässt sich durch eine Strafvorschrift der geschilderten Art nicht in verfassungsmäßiger Weise verwirklichen. Das ist aus strafrechtlicher Sicht so eindeutig, dass man sich über das abweichende Votum dreier Richter[74] wundern muss.

---

[68] Wie Fn. 64.

[69] Zur Reform der Tötungsdelikte vgl. auch mein Einführungsreferat zum 2. Karlsruher Strafrechtsdialog, in: Jahn/Nack (Hrsg.), Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht?, 2010, S. 21 ff.

[70] BVerfGE 105, 135 ff.

[71] BVerfGE 105, 135, Leitsatz 1.

[72] BVerfGE 105, 135, Leitsatz 3.

[73] BVerfGE 105, 165.

[74] BVerfGE 105, 172 ff.

V. Verfassungsrechtliche Fragen von Rechtfertigung, Entschuldigung und Strafausschluss

Aus diesem Bereich verdienen drei Probleme Hervorhebung, mit denen sich auch das BVerfG beschäftigt hat und von denen die ersten beiden zu den meistdiskutierten strafrechtlichen Streitfragen der letzten Jahre gehören.

1. Rettungsfolter?

Die Frage, ob man zur Rettung eines Menschenlebens foltern oder auch nur mit Folter drohen darf, ist durch den sog. Fall Daschner aktuell geworden. Ein Frankfurter Polizei-Vizepräsident des genannten Namens hatte im Herbst 2002 einen Kidnapper durch die Androhung von Folter gezwungen, den Ort zu nennen, wo er seine Geisel versteckt hatte. Er wollte damit das Leben des Opfers retten, was aber nicht gelang, weil es schon vorher getötet worden war. Strittig ist, ob die in der Folterandrohung liegende Nötigung (§ 240 StGB) gerechtfertigt werden kann, sei es durch Nothilfe (§ 32 StGB), sei es durch Notstand (§ 34 StGB).

Der hier zur Verfügung stehende Raum gestattet es nicht, den überaus kontroversen Streitstand im Einzelnen nachzuzeichnen.[75] Das BVerfG hat sich mit dem Fall nur beiläufig anlässlich einer unzulässigen Verfassungsbeschwerde des folterbedrohten Mörders befasst.[76] Es hat eine Verletzung der Art. 1 Abs. 1 und 104 Abs. 1 S. 2 GG bejaht: „Denn die … Anwendung von Folter macht die Vernehmungsperson zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung unter Verletzung ihres verfassungsrechtlich geschützten Wert- und Achtungsanspruchs und zerstört grundlegende Voraussetzungen der individuellen und sozialen Existenz des Menschen."

Der Fall hat so großes öffentliches Aufsehen erregt, dass die damals amtierenden Präsidenten des BVerfG sich auch in der Presse dazu geäußert haben. Präsident *Papier* hat betont:[77] „Es gibt Grundprinzipien des Rechtsstaates, die keinesfalls preisgegeben werden dürfen. Dazu gehört der Schutz der Würde des Menschen. Daraus folgt ein absolutes Folterverbot." Jede Relativierung oder Abwägung mit anderen Rechtsgütern lehnt *Papier* ausdrücklich ab. Und auch Vizepräsident *Hassemer* sagt:[78] „… Kern des Folterverbots ist … der Angriff auf die Würde des Menschen. Der Betroffene darf im Verfahren nicht zum Objekt gemacht werden. Das ist der Fall, wenn er nicht mehr Person, wenn er ein Bündel von Schmerzen ist."

Dieses Verfassungsverständnis ist uneingeschränkt zu begrüßen. Es entspricht der im Strafrecht überwiegenden Ansicht, die allen in den letzten Jahren auch in Deutschland hervorgetretenen Tendenzen, den Schutz der Menschenwürde zu relativieren, und auch bedenklichen Vorbildern in der Praxis anderer Staaten entgegentritt. Die Menschenwürde muss unverfügbar bleiben (Art. 1; 79 Abs. 3 GG). Fängt man erst

---

[75] Doch kann ich auf zwei eigene Abhandlungen verweisen, in denen die Problematik unter Auseinandersetzung der Literatur ausführlich behandelt wird; in: Festschrift für Eser, 2005, S. 461 ff.; Festschrift für Nehm, 2006, S. 205 ff.

[76] BVerfG NJW 2005, 656.

[77] *Papier*, in der „Leipziger Volkszeitung", die hier nach der FAZ vom 2. 1. 2006, S. 2, zitiert wird.

[78] *Hassemer*, Süddeutsche Zeitung, 27. 2. 2003, S. 7.

einmal an, Ausnahmen vom Folterverbot zuzulassen, wird man bald immer mehr vermeintlich gute Gründe finden, um das Verbot zu suspendieren. Damit wäre ein tragender Pfeiler des Rechtsstaates zum Einsturz gebracht.

Eine andere Frage ist es, ob jemand, der um eines rechtlich begrüßenswerten Zweckes willen im konkreten Fall gegen das Folterverbot verstößt, allemal bestraft werden muss.[79] Wenn man das vom Täter verfolgte Ziel der Lebensrettung in Rechnung stellt und der Handelnde sich in einer ausweglosen Situation zu befinden glaubte, kann ein übergesetzlicher Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit in Erwägung gezogen werden.[80] Aber das ist eine Frage der Strafbedürftigkeit, die an der verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit eines solchen Vorgehens nichts ändert.

2. Luftsicherheitsgesetz

Eine ähnliche und ähnlich umstrittene Konstellation behandelt das 2005 erlassene Luftsicherheitsgesetz, nach dessen § 14 Abs. 3 ein von Terroristen entführtes Flugzeug abgeschossen werden darf, wenn nur auf diese Weise die Gefahr für andere Menschen, gegen die das Flugzeug eingesetzt werden soll, abgewendet werden kann. Nach § 14 Abs. 4 des Gesetzes kann nur der Verteidigungsminister oder ggf. ein vertretungsberechtigter anderer Bundesminister die Maßnahme anordnen. Mit der Vorschrift sollten Fälle erfasst werden, die dem Angriff auf das World Trade Center vom 11. 9. 2001 entsprachen.

Der BVerfG[81] hat diese Vorschrift für nichtig erklärt und zur Begründung wiederum einen Verstoß gegen die Menschenwürde gerügt, wie er sich bei einer Auslegung dieser Garantie im Sinne der Objektformel ergibt. Die entführten, völlig unschuldigen Passagiere seien nicht nur Objekte der Entführer:[82] „Auch der Staat, der in einer solchen Situation zur Abwehrmaßnahme des § 14 Abs. 3 LuftSiG greift, behandelt sie als bloße Objekte seiner Rettungsaktion zum Schutze anderer … Eine solche Behandlung missachtet die Betroffenen als Subjekte mit Würde und unveräußerlichen Rechten. Sie werden dadurch, dass ihre Tötung als Mittel zur Rettung anderer benutzt wird, verdinglicht und zugleich entrechtlicht; indem über ihr Leben von Staats wegen einseitig verfügt wird, wird den als Opfer selbst schutzbedürftigen Flugzeuginsassen der Wert abgesprochen, der dem Menschen um seiner selbst willen zukommt."

Dem ist prinzipiell zuzustimmen, auch wenn in der strafrechtlichen Literatur bejahende und ablehnende Stellungnahmen sich in etwa die Waage halten.[83] Der Staat hat kein Recht, unschuldige Verbrechensopfer zu töten, auch wenn dies dem Lebensinteresse anderer dient. Sonst müsste es auch zulässig sein, Todgeweihte zu töten, wenn nur auf diese Weise durch Transplantation ihrer Organe das Leben anderer gerettet werden kann. Das würde den strafrechtlichen Lebensschutz in seinen Grund-

---

[79] Diese Frage stellt auch *Hassemer*, wie Fn. 78.

[80] Näher dazu *Roxin*, wie Fn. 6, § 22 Rn 166–169.

[81] BVerfGE 115, 118 ff.

[82] BVerfGE 115, 154.

[83] Zusammenfassende Nachweise nach dem neuesten Stand bietet die Arbeit von *Streng*, Festschrift für Stöckel, 2010, S. 135 ff. mit Belegen in den Fußnoten 2, 3, 7, 8.

festen erschüttern. Wenn nach der im Strafrecht weitaus herrschenden Meinung sogar der lebensrettende Zwang zu einer Blutspende gegen die Menschenwürde verstoßen und unzulässig sein soll,[84] ist nicht plausibel zu machen, dass eine der Lebensrettung dienende Tötung erlaubt sein soll.

Die jüngste, alle Argumente noch einmal abwägende Untersuchung von *Streng*[85] kommt denn auch zu einer deutlichen Ablehnung der Rechtfertigung. Eine Kritik des verfassungsrechtlichen Urteils wie diejenige von *Depenheuer*,[86] der vom Einzelnen die Hinnahme seiner Tötung durch den Staat als „Bürgeropfer" verlangt, findet sich in der strafrechtlichen Literatur auch sonst nicht. *Streng*[87] kommentiert die Auffassung Depenheuers mit den Worten: „Die dabei vorausgesetzte Rückkehr zu einem Staatsverständnis, in welchem zuallererst der Bürger für den Staat und nicht der Staat für den Bürger dazusein hat, kann … nur erschrecken."

Eine andere Frage ist auch hier, ob ein Abfangjäger, wenn er zur Rettung von Zivilisten ein Terrorflugzeug abschießt, weil er dies in der konkreten Situation für die gebotene Lösung hält, unbedingt bestraft werden muss. Das BVerfG hat diese Frage gesehen und ausdrücklich offengelassen.[88] Es sei „nicht zu entscheiden, wie ein gleichwohl vorgenommener Abschuss und eine auf ihn bezogene Anordnung strafrechtlich zu beurteilen wären …".

Im Strafrecht wird diese Konstellation unter dem Gesichtspunkt der „Gefahrengemeinschaft" seit der frühen Nachkriegszeit diskutiert.[89] Als Beispiel diente der Fall der sog. Euthanasieärzte, die in der Nazizeit eine begrenzte Zahl von Geisteskranken dem Tode ausgeliefert hatten, um die sonst drohende Tötung aller ihnen anvertrauter Patienten zu verhindern. Im Strafrecht wird hier überwiegend ein übergesetzlicher Schuld- oder Verantwortungsausschluss angenommen. Eine solche Lösung käme auch beim Abschuss eines Terrorflugzeugs in Betracht, wenn dadurch die Zahl der Opfer mit Sicherheit wesentlich vermindert wird. Aber das ist eine außerhalb des Verfassungsrechts liegende strafrechtliche Frage. Die Unzulässigkeit einer gesetzlichen Erlaubnis zur Tötung Unschuldiger wird dadurch nicht berührt.

3. Gewissenstaten und ziviler Ungehorsam

Die Frage, ob die Verwirklichung strafrechtlicher Tatbestände durch Berufung auf Art. 4 GG als Gewissenstat oder in Anlehnung an Art. 5, 8 GG als ziviler Ungehorsam gerechtfertigt oder entschuldigt werden kann, ist vielfach diskutiert worden und hat auch unser Verfassungsgericht, wenngleich nur relativ selten, beschäftigt.

---

[84] Näher *Roxin*, wie Fn. 6, § 16 Rn. 48 ff., wo diese Auffassung kritisiert wird.
[85] Streng, wie Fn. 83, S. 155.
[86] *Depenheuer*, wie Fn. 3, S. 75 ff.
[87] *Streng*, wie Fn. 83, S. 154.
[88] BVerfGE 115, 157.
[89] Ausführlich dazu *Roxin*, wie Fn. 6, § 22 Rn. 146 ff.

a) Die Gewissenstat

Was die Gewissenstat betrifft,[90] so kann sie, obwohl das in der strafrechtlichen Literatur nicht selten vertreten wird, keinen Rechtfertigungsgrund abgeben. Denn das Gewissen des Einzelnen kann nicht das objektiv geltende Recht außer Kraft setzen, zumal da die Gewissensentscheidung keine bestimmte inhaltliche Qualität voraussetzt. Es kommt aber ein Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit in Betracht, wenn die Gewissensentscheidung weder wesentliche Staatsaufgaben beeinträchtigt noch in individuelle Grundrechte anderer nachhaltig eingreift. Liegt kein solcher Ausnahmefall vor, werden die immanenten Schranken der Gewissensfreiheit überschritten, die nur im Rahmen der geltenden Staatsorganisation und unter Wahrung der Rechte anderer gewährt wird.

So bleiben für eine verfassungsrechtlich bedingte Straffreiheit zunächst vor allem Fälle übrig, in denen es eine gewissensneutrale Alternative gibt. Das ist z. B. der Fall, wenn Eltern aus religiös motivierten Gewissensgründen eine notwendige Operation ihres Kindes verweigern. Hier kann ihre Zustimmung durch einen vormundschaftsgerichtlich bestellten Pfleger oder in Eilfällen durch eine ärztliche Notstandshandlung (§ 34 StGB) ersetzt werden. Manche dieser Fälle sind heute gesetzlich geregelt; etwa die gewissensbedingte ärztliche Abtreibungsverweigerung, bei der in der Regel ein anderer Arzt herangezogen werden kann (Art. 2 des 5. StrRG); oder die gewissensbedingte Eidesverweigerung, bei der – im Anschluss an BVerfGE 33, 23 – der Eid durch eine Bekräftigung ersetzt werden kann (§ 65 StPO).

Daneben kommt, wie erwähnt, eine verfassungsrechtlich legitimierte Straffreiheit in Betracht, wenn durch die Gewissenstat Staatsaufgaben oder die Rechte anderer nicht oder nicht nennenswert beeinträchtigt werden. Das entspricht auch der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung. In der Entscheidung BVerfGE 32, 98 ff.[91] hatte eine Frau bei der Geburt ihres vierten Kindes eine lebensrettende Bluttransfusion aus sektiererischen Gewissensgründen verweigert. Der Ehemann war wegen unterlassener Hilfeleistung (§ 323c StGB) verurteilt worden, weil er – ebenfalls aus Gewissensgründen – entgegen dem Wunsch der Ärzte der Frau nicht wenigstens geraten hatte, einer Bluttransfusion zuzustimmen.

Das Verfassungsgericht hat hier mit Recht eine Straflosigkeit angenommen, weil der Mann zwar nicht auf eine Zustimmung seiner Frau hingewirkt, in ihre Entscheidungsfreiheit aber nicht eingegriffen hatte. Das Gericht urteilt,[92] die Entscheidung des Mannes sei zwar „objektiv nach den in der Gesellschaft allgemein herrschenden Wertvorstellungen zu missbilligen", jedoch „nicht mehr in dem Maße vorwerfbar, dass es gerechtfertigt wäre, mit der schärfsten der Gesellschaft zu Gebote stehenden Waffe, dem Strafrecht, gegen den Täter vorzugehen". Aus der Wortwahl des Gerichts („nicht mehr in dem Maße vorwerfbar") darf man schließen, dass es mit der von mir befürworteten Meinung weder eine Rechtfertigung noch eine Entschuldigung, sondern einen aus dem Mangel präventiver Bestrafungsnotwendigkeit gefol-

---

[90] Dazu *Roxin*, wie Fn. 6, § 22 Rn. 100–129 mit umfangreichen Literaturnachweisen; ferner *ders.*, Festschrift für Maihofer, 1988, S. 389 ff.; GA 2011, S. 1 ff.

[91] Vgl. dazu schon oben II., 1., b) bei Fn. 28.

[92] BVerfGE 32, 98 ff. (109).

gerten Verantwortungsausschluss annimmt. Ein aus Art. 4 GG herzuleitender Strafausschluss ist also zwar selten, aber immerhin möglich.

b) Ziviler Ungehorsam

Personen, die im Rahmen politischer Proteste Strafgesetze übertreten, berufen sich nicht selten auf „zivilen Ungehorsam".[93] Das ist nach der Definition unseres Verfassungsgerichts[94] ein „Widerstehen des Bürgers gegenüber einzelnen wichtigen staatlichen Entscheidungen …, um einer für verhängnisvoll und ethisch illegitim gehaltenen Entscheidung durch demonstrativen zeichenhaften Protest bis zu aufsehenerregenden Regelverletzungen zu begegnen".

Eine Rechtfertigung wird vom BVerfG abgelehnt mit der Begründung,[95] dass die Regelverletzung „per definitionem Illegalität mit dem Risiko entsprechender Sanktionen einschließt". Insofern sei es „widersinnig, den Gesichtspunkt des zivilen Ungehorsams als Rechtfertigungsgrund für Gesetzesverletzungen geltend zu machen". Auch in der staats- und strafrechtlichen Literatur wird ein Rechtfertigungsgrund durchweg abgelehnt.[96] Dem ist zuzustimmen, weil demokratische Mehrheitsentscheidungen, die sich in Gesetzen niedergeschlagen haben, nicht durch individuelle Protestakte außer Kraft gesetzt werden können.

Immerhin ist aber mit *Dreier*[97] anzuerkennen, dass Akte zivilen Ungehorsams „in den Schutzbereich der Grundrechte der Meinungs- und/oder der Versammlungsfreiheit fallen". Das kann zwar aus den genannten Gründen nicht, wie *Dreier* vorschlägt, ggf. im Wege der Abwägung zu einer Rechtfertigung führen. Doch sollte auch insoweit bei geringfügigen und zeitlich begrenzten Behinderungen und Belästigungen ein verfassungsrechtlich fundierter übergesetzlicher Verantwortungsausschluss in Erwägung gezogen werden. In einem Fall, wie ihn das OLG Stuttgart[98] entschieden hat, in dem Nachrüstungsgegner in ein seit Jahren unbenutztes amerikanisches Militärareal eingedrungen waren, um dort zur Unterstreichung ihrer friedlichen Absichten Blumen zu pflanzen und Schafe weiden zu lassen, muss nicht unbedingt eine Bestrafung wegen Hausfriedensbruchs erfolgen.[99]

4. Meinungs- und Kunstfreiheit

Die Überfülle der in das Strafrecht eingreifenden verfassungsrechtlichen Entscheidungen zur Meinungs- und Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 1 3 GG)[100] lässt sich hier nur in

---

[93] Näher dazu *Roxin*, Festschrift für Schüler-Springorum, 1993, S. 441 ff. Dort auch (S. 444 ff.) zu vereinzelten Rechtfertigungsbemühungen in der Literatur.

[94] BVerfGE 73, 206 ff. (250).

[95] BVerfGE 73, 252.

[96] Nachweise bei *Roxin*, wie Fn. 93, S. 443, Fn. 6.

[97] *Dreier*, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 1983, S. 54 ff.

[98] NStZ 1987, 121.

[99] Näher *Roxin*, wie Fn. 93, S. 451 f.

[100] Überblick bei *Zaczyk*, Nomos-Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2005, § 193 Rn. 4 f. (Meinungsfreiheit), 39 ff. (Kunstfreiheit).

äußerster Verkürzung würdigen. Diese Grundrechte spielen eine große Rolle bei der Rechtfertigung von Ehrverletzungen, wo sie die ursprüngliche Regelung des § 193 StGB weitgehend überlagern; sie haben aber auch für eine etwaige Rechtfertigung von Delikten nach §§ 130, 130a StGB erhebliche Bedeutung.

Das BVerfG sieht auch kränkende und herabsetzende Äußerungen bis zur Grenze der Schmähkritik und einer Verletzung der Menschenwürde noch als durch die Meinungsfreiheit gedeckt an, obwohl Art. 5 II GG dieses Recht in den „allgemeinen Gesetzen" ihre Schranken finden lässt. So darf man behaupten, ein Nachrichtenmagazin sei auf dem Gebiet der Politik, was die Pornographie auf dem Gebiet der Moral sei (BVerfGE 12, 113 ff.), die CSU sei die NPD Europas (BVerfGE 61, 1 ff.), ein Rollstuhlfahrer, der eine Wehrübung absolvieren will, sei ein „geb. Mörder" (BVerfG NJW 1992, 2073), „Strauß deckt Faschisten" (BVerfGE 82, 272, 280 ff.) und sei ein „Zwangsdemokrat" (BVerfGE 86, 1, 8 ff.), „Soldaten sind Mörder" (NStZ 1994, 580 f.) und ähnliches.

Diese Rechtsprechung hat überwiegend Kritik und sogar Empörung hervorgerufen, und zwar sowohl im Strafrecht[101] wie im öffentlichen Recht.[102] Diese Kritik ist berechtigt. Denn auch wenn man der sog. Wechselwirkungstheorie (BVerfGE 7, 198; 12, 124) folgt und die Schranken der allgemeinen Gesetze im Lichte des Art. 5 I GG deutet, kann das doch nicht eine weitgehende Abschaffung des Ehrenschutzes bedeuten, der immerhin durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch verfassungsrechtlich abgesichert ist. Man kann auch im politischen Meinungskampf seine Ansichten offen äußern, ohne die Ehre anderer anzutasten. Ein solches Verlangen würde nicht etwa die Demokratie gefährden, sondern zur Versachlichung der öffentlichen Auseinandersetzung in wünschenswerter Weise beitragen.

Für die Kunstfreiheit gelten die Schranken des Abs. 2 nicht. Sie findet ihre immanenten Schranken nur in den Grundrechten anderer, zu denen aber immerhin auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die Menschenwürde gehören. Ein wesentlicher Anhaltspunkt ist dabei, inwieweit konkrete Personen erkennbar geschildert und in ihren Rechten beeinträchtigt werden.

VI. Das Gesetzlichkeitsprinzip

Das Gesetzlichkeitsprinzip hat viele Facetten, unter denen vier von besonderer verfassungsrechtlicher Aktualität sind: die Auslegungsgrenze des möglichen Wortsinns (1.), das Bestimmtheitsgebot (2.), das Rückwirkungsverbot (3.) und der selten problematisierte Begriff der „Tat" in Art. 103 Abs. 2 GG (4.).

1. Der mögliche Wortsinn als Auslegungsgrenze

Das BVerfG hat in zahlreichen Entscheidungen ausgesprochen, dass jede Auslegung sich im Rahmen des möglichen Wortsinnes halten muss. Ich zitiere nur aus

[101] Dazu etwa *Krey*, JR 1995, 221 ff. (224 ff.) m. w. N.
[102] Nachweise bei *Zaczyk*, wie Fn. 100, Rn. 5, Fn. 18.

dem bekannten Urteil zur Sitzblockade:[103] „Der mögliche Wortsinn des Gesetzes markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation. Da Art. 103 Abs. 2 GG die Vorhersehbarkeit der Strafandrohung für den Normadressaten garantieren will, ist die Grenze aus dessen Sicht zu bestimmen." Das entspricht der im Strafrecht überwiegenden, allerdings keineswegs unumstrittenen Meinung[104] und verdient Beifall. Das gilt nicht nur, weil die Vorhersehbarkeit der Strafdrohung gesichert werden muss, sondern auch, weil die Präventivwirkung der Norm davon abhängt.

Bei der Anwendung des Grundsatzes auf den konkreten Fall ist das Verfassungsgericht allerdings nicht immer glücklich verfahren. Dass es sprachlich nicht möglich sein soll, Sitzblockaden wegen des von ihnen ausgehenden körperlichen Zwanges als Nötigung „mit Gewalt" anzusehen, widerspricht einer jahrzehntelangen gefestigten Rechtsprechung, auf die jeder Demonstrant sich einstellen konnte. Da das Verfassungsgericht zahlreiche mit dem Gesetzeswortlaut kaum noch zu vereinbarende gerichtliche Auslegungen unbeanstandet gelassen hat, ist der erst im dritten Anlauf[105] zustande gekommene Sitzblockaden-Beschluss des BVerfG vielfach als „politische Entscheidung"[106] verstanden und überwiegend abgelehnt worden.[107] Es wäre wohl besser gewesen, geringfügige Fälle, bei denen Demonstranten sich widerstandslos forttragen lassen, unter dem Gesichtspunkt des zivilen Ungehorsams von Strafe freizustellen (vgl. V., 3., b). Denn in diesen Bereich gehört der Fall auch nach dem Selbstverständnis der Demonstranten.

Aber auch eine mit Sicherheit „unpolitische" Entscheidung wie diejenige, wonach die Bedrohung mit einem Verbrechen gegen eine „nahestehende Person" (§ 241 StGB) deren Existenz voraussetzt,[108] ist Zweifeln ausgesetzt. Denn die Drohung als solche hängt nicht von ihrer Ausführbarkeit ab. Freilich entspricht es einer sinnvollen teleologischen Auslegung, nur die Drohung mit dem Tod existierender Personen dem § 241 StGB zu subsumieren.[109] Denn sie allein kann die Beunruhigung auslösen, der die Vorschrift vorbeugen will. Doch ist das kein verfassungsrechtliches Problem.

Dagegen war es richtig, dass BVerfGE 87, 209 bei der Strafbarkeit von Gewaltdarstellungen in § 131 Abs. 1 StGB es ausgeschlossen hat, lediglich menschenähnliche Wesen als „Menschen" im Sinne des Gesetzes zu beurteilen. Das wäre der klassische Fall einer verbotenen Analogie. Der Gesetzgeber hat dem im Jahre 2004 durch eine Gesetzesänderung Rechnung getragen.

---

[103] BVerfGE 92, 1ff. (12). Weitere Rechtsprechungsnachweise bei *Roxin*, wie Fn. 6, § 5 Rn. 33, Fn. 52.

[104] Zu den abweichenden Meinungen in der strafrechtlichen Literatur *Roxin*, wie Fn. 6, § 5 Rn. 36ff.

[105] Vorhergegangen waren die Entscheidungen BVerfGE 73, 206ff. (297ff., 254ff.) und 76, 211ff., die keinen Verfassungsverstoß hatten feststellen können.

[106] *Amelung*, NJW 1995, 2580.

[107] Vgl. nur *Altvater*, NStZ 1995, 278ff.; *Amelung*, NJW 1995, 2584ff.; *Krey*, JR 1995, 265ff.; *Scholz*, NStZ 1995, 417ff.; *Schroeder*, JuS 1995, 875ff.

[108] BVerfG NJW 1995, 2776.

[109] *Küper*, JuS 1996, S. 783ff.

2. Das Bestimmtheitsgebot

Das in Art. 103 Abs. 2 enthaltene Bestimmtheitsgebot wird von unserem Verfassungsgesetzgeber so lax gehandhabt, dass fast niemals eine Strafvorschrift wegen Unbestimmtheit für nichtig erklärt worden ist,[110] obwohl selbst im Kernstrafrecht die Strafbarkeit oft an weitgehend inhaltlose Wertungen geknüpft wird, wie den Verstoß „gegen die guten Sitten" bei der einverständlichen Körperverletzung (§ 228 StGB), die „Verwerflichkeit" bei der Nötigung (§ 240 StGB) oder die „niedrigen Beweggründe" beim Mord (§ 211 StGB).

In der strafrechtlichen Literatur wird das durchweg mit Recht kritisiert. Schon *Welzel*[111] hatte geurteilt: „Die eigentliche Gefahr droht dem Grundsatz nulla poena sine lege nicht von der Analogie, sondern von unbestimmten Strafgesetzen!" *Schünemann*[112] sieht beim Gebot der Gesetzesbestimmtheit „den Tiefpunkt des nulla-poena-Satzes".

Unser Verfassungsgericht geht von der Annahme aus, der Gesetzgeber müsse „die Strafbarkeitsvoraussetzungen umso präziser bestimmen, je schwerer die angedrohte Strafe ist"[113]. Aber Art. 103 Abs. 2 GG weiß nichts von einer Unterscheidung zwischen leichten und schweren Straftaten. Auch handelt es sich bei den von mir aus dem Kernbereich des Strafrechts genannten Vorschriften gewiss nicht um leichte Delikte.

Auch soll es genügen, dass eine Vorschrift „durch eine jahrzehntelange gefestigte Rechtsprechung hinreichend präzisiert worden ist"[114]. Jedoch verlangt Art. 103 Abs. 2 GG eine *gesetzliche* Bestimmtheit und will die Präzisierung gerade nicht der Rechtsprechung überlassen. Der Bürger soll die Strafbarkeit dem Gesetz entnehmen können und nicht erst ein Studium der Rechtsprechung absolvieren müssen (die oft auch vielen Deutungen Raum lässt).

Schließlich wird darauf hingewiesen,[115] das Bestimmtheitsgebot dürfe „nicht übersteigert werden; das Gesetz würde sonst zu starr und kasuistisch". Aber es geht nur um das Maß von Bestimmtheit, das nach der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung die Gerichte herstellen sollen und das sich gesetzlicher Formulierung durchaus nicht entzieht (wie Leitsätze der Rechtsprechung und Gesetzesvorschläge beweisen).

Wir hätten heute ein besseres Strafgesetzbuch, wenn unser Verfassungsgericht bei der Auslegung des Bestimmtheitsgebots strenger wäre und den Gesetzgeber zu präzisierenden Reformen nötigte. Der Rechtsprechung würde viel Mühe erspart und unser Wirtschaftsstrafrecht würde transparenter werden, wenn z. B. ein so vager Tatbestand wie derjenige der Untreue (§ 266 StGB) durch eine verfassungsrechtlich geforderte Gesetzesreform klarere Konturen erhalten hätte.

---

[110] Vgl. etwa BVerfGE 14, 245 ff.; 26, 41 ff.; 47, 109 ff.; 75, 329 ff. Die Unbestimmtheit bejaht BVerfG NStZ 1989, 229 für den Fall, dass ein Straftatbestand an den Verstoß gegen Verhaltenspflichten anknüpft, die durch einen Verwaltungsakt begründet werden.

[111] *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage 1974, § 5 II, 3.

[112] *Schünemann*, Nulla poena sine lege?, 1978, S. 6.

[113] So ständig seit BVerfGE 14, 251.

[114] So seit BVerfGE 26, 41 ff. (43) zum „groben Unfug"; zuletzt noch BVerfG NStZ 2009, 560 zum Tatbestand der Untreue (§ 266 StGB).

[115] Auch dies schon seit BVerfGE 14, 251.

Dass auch die angedrohte Strafe (und nicht nur deren Voraussetzungen) ein gewisses Maß an Bestimmtheit einhalten muss, ist immerhin verfassungsrechtlich anerkannt und schon im Zusammenhang mit der Vermögensstrafe dargestellt worden (oben IV., 2.).

3. Das Rückwirkungsverbot

Das Rückwirkungsverbot verbietet eine rückwirkende Begründung und Verschärfung der Strafbarkeit. Dass es auch eine nachträgliche Strafverschärfung erfasst, wird in § 2 Abs. 1 StGB ausdrücklich gesagt, nicht aber in Art. 103 Abs. 2 GG. Es ergibt sich jedoch aus einer sinngemäßen Auslegung der Verfassungsvorschrift, die auch vom BVerfG geteilt wird.[116]

Im Mittelpunkt der verfassungsrechtlichen Diskussion stehen drei Probleme: die Frage der Geltung des Rückwirkungsverbots in Fällen der Systemkriminalität (a), seine Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit auf Rechtsprechungsänderungen (b) und das Problem, ob das Rückwirkungsverbot auch für Sicherungsmaßregeln gilt (c).

a) Gilt das Rückwirkungsverbot auch in Fällen der Systemkriminalität?

Das BVerfG[117] hat dies verneint und damit einen Weg zur Bestrafung von Delikten eröffnet, die von der Staatsführung der DDR oder in ihrem Auftrag begangen worden sind, auch wenn diese Taten durch die Gesetzgebung der DDR gedeckt gewesen sein sollten (was im Einzelnen sehr umstritten ist). Das Rückwirkungsverbot findet nach dem Verständnis des Verfassungsgerichts „seine rechtsstaatliche Rechtfertigung in der besonderen Vertrauensgrundlage, welche die Strafgesetze tragen, wenn sie von einem an die Grundrechte gebundenen demokratischen Gesetzgeber erlassen werden". „Menschenrechtswidrige Rechtfertigungsgründe", die „für schwerstes kriminelles Unrecht" (z. B. die Schüsse an der Mauer) geschaffen wurden, seien durch das Rückwirkungsverbot nicht gedeckt.

Ich halte das für überzeugend, obwohl die Frage in der strafrechtlichen Literatur sehr umstritten ist.[118] Jede Verfassungsvorschrift muss aus dem Kontext der Gesamtverfassung verstanden werden. Art. 103 Abs. 2 GG gilt also im Rahmen einer rechtsstaatlichen Gesetzgebung, wie sie das Grundgesetz vorschreibt. Er kann nicht den Sinn haben, Staatsverbrechen eines undemokratischen Systems straflos zu stellen. Auch Art. 7 Abs. 2 EMRK deutet in diese Richtung.

---

[116] BVerfGE 25, 295; 45, 363, 371 ff.
[117] BVerfGE 95, 96 ff. (133).
[118] Vgl. die Nachweise bei *Roxin*, wie Fn. 6, § 5 Rn. 54, Fn. 93, 94.

b) Gilt das Rückwirkungsverbot auch für Rechtsprechungsänderungen?

Nach der überwiegenden Meinung ist das nicht der Fall. Denn Art. 103 Abs. 2 GG verbietet nach seinem Wortlaut rückwirkende gesetzliche Belastungen, nicht aber eine Rechtsprechungsänderung, die sich zum Nachteil des Täters auswirkt. Dem wird oft mit dem Argument widersprochen, dass man sich auf die Rechtsprechung wie auf das Gesetz verlasse und davor geschützt werden müsse, wegen eines Verhaltens bestraft zu werden, das bisher nicht für strafbar gehalten worden sei.

Das hat manches für sich, ist aber letztlich doch nicht überzeugend, weil es den Unterschied von Gesetzgebung und Rechtsprechung aufhebt, der für das Gesetzlichkeitsprinzip konstituierend ist. Art. 103 Abs. 2 GG bezieht sich ausdrücklich nur auf Gesetze, auf die man sich muss verlassen dürfen, während das Vertrauen auf die jederzeit und viel leichter zu ändernde – und vielfach auch kontroverse – Rechtsprechung keinen verfassungsrechtlichen Schutz genießt.

Der Bürger wird außerdem auf andere Weise hinreichend geschützt. Zunächst können sich Rechtsprechungsänderungen nur im Rahmen des Gesetzeswortlauts vollziehen, sind also bei konkreten Problemlagen weit besser vorhersehbar. Sodann aber wird, wenn das Vertrauen auf eine geänderte Rechtsprechung jemandem nicht zum Vorwurf gemacht werden kann, die Zubilligung eines unvermeidbaren Verbotsirrtums (§ 17 StGB) ihn von Strafe freistellen.

Dem BVerfG[119] ist also recht zu geben, wenn es die Herabsetzung des Grenzwertes der absoluten Fahruntüchtigkeit durch den BGH und die damit verbundene Erweiterung der Strafbarkeit nach § 316 StGB nicht dem Schutz des Art. 103 Abs. 2 GG unterstellt hat.

c) Rückwirkungsverbot im Hinblick auf die Dauer der Sicherungsverwahrung?

Der Gesetzgeber hat im Jahr 1998 die bis dahin für die erstmalige Unterbringung in der Sicherungsverwahrung geltende Höchstfrist von zehn Jahren (§ 67d Abs. 1 a. F. StGB) für weiterhin gefährliche Untergebrachte aufgehoben (§ 67d Abs. 3 (n. F.). Das BVerfG[120] hat in einem ausführlich begründeten Urteil festgestellt, dass die Aufhebung der Zehnjahresfrist auch bei bereits Verurteilten weder gegen Art. 103 Abs. 2 GG noch gegen das rechtsstaatliche Vertrauensschutzgebot (Art. 2 Abs. 2 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG) verstoße. Demgegenüber hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte[121] im Dezember 2009 geurteilt, dass die nachträgliche Verlängerung der Sicherungsverwahrung gegen Art. 5 Abs. 1 und 7 Abs. 1 der EMRK verstoße und dem Beschwerdeführer eine Entschädigung von 50.000 Euro zugesprochen.

Beide Urteile widersprechen einander nicht direkt, weil sie sich auf verschiedene Normen beziehen. Denn Verstöße gegen die europäische Menschenrechtskonvention begründen nicht ohne weiteres eine Grundgesetzverletzung. Doch wird die Bundesrepublik sich dem europäischen Rechtsspruch beugen müssen.

---

[119] BVerfG NStZ 1990, 537. Ablehnende Stimmen bei *Roxin*, wie Fn. 6, § 5 Rn. 61, Fn. 112.
[120] BVerfGE 109, 133 ff.
[121] StV 2010, 181 ff.

Das erscheint mir auch in der Sache als begründet. Das BVerfG stützt sich im Wesentlichen auf den Gedanken, Art. 103 Abs. 2 GG solle „verhindern, dass der Staat nachträglich ein Verhalten hoheitlich missbilligt, indem er es mit einer Sanktion belegt und dem Betroffenen den Vorwurf rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens macht“[122]. Das passt in der Tat nicht auf die schuldunabhängige Sicherungsverwahrung. Aber in erster Linie soll doch das Rückwirkungsverbot verhindern, dass der Betroffene schweren staatlichen Eingriffen ausgesetzt wird, die zur Zeit der Tatbegehung nicht gesetzlich vorgesehen waren. Dieser Gesichtspunkt trägt schon das Verbot nachträglicher Strafverschärfung und gilt für die Sicherungsverwahrung genauso.

Dem hat auch unser Verfassungsgericht sich nicht verschlossen, wenn es betont,[123] dass „der Untergebrachte die Sicherungsverwahrung subjektiv vielfach nicht als eine schuldunabhängige Sicherungsmaßnahme, sondern auch im Hinblick auf ihren tatsächlichen Vollzug als der Strafe vergleichbar empfinden dürfte. Der aus Anlass der Straftat angeordnete Eingriff in das Freiheitsrecht ist in der Sicht des Betroffenen bei Freiheitsstrafe und Sicherungsverwahrung vergleichbar. Damit gewinnt die Erwartung des Untergebrachten …, die Freiheit zu einem bestimmten Zeitpunkt wiederzuerlangen, besondere Bedeutung.“

Die Umstände hätten es mindestens unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes gerechtfertigt, das Rückwirkungsverbot auf die Dauer der Sicherungsverwahrung zu erstrecken. Auch wäre es durchaus möglich gewesen, die Begriffe der „Strafe“ und der „Strafbarkeit“ in Art. 103 Abs. 2 GG auf die ihr in entscheidenden Punkten gleichstehende Sicherungsverwahrung zu erstrecken. So hat es auch der Europäische Gerichtshof gemacht, indem er den Begriff der „Strafe“ in Art. 7 Abs. 1 EMRK „in seiner Reichweite autonom“ auf die Sicherungsverwahrung erstreckt hat.[124] In der strafrechtlichen Literatur ist das immer schon empfohlen worden.[125]

d) Der Begriff der „Tat“ in Art. 103 Abs. 2 GG

Ein weiteres Thema kann hier nur gestreift werden, weil es die verfassungsrechtliche Diskussion noch kaum erreicht hat: ob nämlich an den Begriff der „Tat“, wie ihn Art. 103 Abs. 2 GG verwendet, bestimmte inhaltliche Anforderungen zu stellen sind. Unser Verfassungsgericht hat sich damit bisher nur beiläufig aus Anlass des Drogenbesitzes befasst, der nach § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG unter Strafe steht.[126] Hier war mit einer Verfassungsbeschwerde gerügt worden, dass der Besitz keine „Tat“ i. S. d. Art. 103 Abs. 2 GG sei. Diese müsse vielmehr eine Handlung sein, die nur in einem Tun oder Unterlassen bestehen könne. Der Besitz aber sei ein bloßer Zustand. Diese Auffassung hat auch in der deutschen Literatur Anhänger.[127]

---

[122] BVerfGE 109, 172.
[123] BVerfGE 109, 185.
[124] Wie Fn. 121, Rn. 120, 126.
[125] Vgl. nur *Roxin*, wie Fn. 6, § 5 Rn. 55/56 m. w. N.
[126] BVerfG NJW 1994, 2412 f.; auch BVerfG NJW 1995, 248 ff.
[127] *Lagodny*, wie Fn. 9, S. 325–327; *Struensee*, Festschrift für Grünwald, 1999, S. 713 ff.

Das BVerfG hat dieses Vorbringen zurückgewiesen mit der Begründung, aus dem in Art. 103 Abs. 2 GG verwendeten Begriff der „Tat" ergebe sich „nicht, dass das strafbare Verhalten einem bestimmten strafrechtlichen Handlungsbegriff entsprechen müsse". Daran ist richtig, dass „Besitzdelikte"[128] nicht schlechthin verfassungswidrig sind. Die bewusste Innehabung gefährlicher Sachen (z. B. von Waffen und Explosivstoffen) kann sehr wohl als „Tat" im Sinne der Verfassung gedeutet werden.

Aber es fragt sich doch, ob nicht die Pönalisierung von Handlungen, die von einer Rechtsgutsverletzung noch weit entfernt sind, sich mit den Grundsätzen eines „Tat"strafrechts noch vereinbaren lässt. So ist nach dem im Sommer 2009 in Kraft getretenen „Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten" schon strafbar, wer sich zur Vorbereitung solcher Taten im Umgang mit Schusswaffen unterweisen lässt oder andere darin unterweist, wer sich Gegenstände verschafft, die für die Herstellung von Tatbegehungsmitteln wesentlich sind, wer Vermögenswerte für die Begehung derartiger Delikte sammelt oder zur Verfügung stellt (§ 89a StGB).

Hier liegt das Schwergewicht der Strafbarkeit auf der Bekundung einer staatsgefährdenden Gesinnung. Das überlieferte Tatstrafrecht wird – weitgehend im Anschluss an europäische Vorgaben – in ein präventives Sicherungsstrafrecht umgewandelt. Der Frage, ob derartige Vorschriften mit einem verfassungsmäßigen Begriff der „Tat" oder auch nur mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar sind, sollte das BVerfG seine Aufmerksamkeit in Zukunft zuwenden, zumal da das Urteil zum Lissabonner Vertrag mit Recht einer Begrenzung der staatlichen Strafgewalt das Wort geredet hat.

VII. Schluss

Damit bin ich am Ende meiner notwendigerweise knapp gefassten Übersicht. Sie zeigt, auch wenn ich mich auf zentrale Probleme beschränkt habe, dass das materielle Strafrecht in einer Fülle von Fragen auf verfassungsrechtlichen Grundlagen ruht und dass die strafrechtsgestaltende Macht des Grundgesetzes kaum zu überschätzen ist.

Was die verfassungsrechtliche Rechtsprechung zum Strafrecht betrifft, so fällt das Urteil aus der Sicht des Strafrechts – oder, bescheidener ausgedrückt: des Verfassers dieses Beitrages – teils zustimmend, teils kritisch aus, wie es angesichts der Vielgestaltigkeit der behandelten Probleme auch kaum anders sein kann. Wenn man aber eine vereinfachende Zusammenfassung wagt, so möchte ich sagen, dass die bisherige Judikatur des BVerfG zwar das Potential des Grundgesetzes nicht immer ausgeschöpft und in anderen Punkte manchmal auch überstrapaziert hat, dass sie sich alles in allem aber doch als ein Bollwerk des Rechtsstaates erwiesen und durch den vielfältig konkretisierenden Rückgriff auf die Menschenwürde zur Humanisierung unseres Strafrechts wesentlich beigetragen hat.

[128] Näher *Roxin*, Festschrift für Struensee, Buenos Aires, 2010 (in spanischer Sprache).

60 Jahre Grundgesetz aus der Sicht des Privatrechts

von

Prof. Dr. Jörg Neuner, Universität Augsburg

Die Teilnehmer des Verfassungskonvents wurden zwar nicht, wie eigentlich geplant, mit Salutschüssen auf Herrenchiemsee begrüßt, doch hisste man zumindest die weiß-blaue Flagge und die Tagespresse rief die Geburtsstunde des westdeutschen Staatsgebildes aus.[1] Die Privatrechtswissenschaft[2] verharrte hingegen im Sommer 1948 noch in Schweigen oder war in Teilen[3] schon wieder zur Tagesordnung übergegangen,[4] ohne Geburtswehen und getreu dem Motto: „Öffentliches Recht vergeht, Privatrecht besteht."[5] Das Inkrafttreten des Grundgesetzes ein knappes Jahr später brachte für das Privatrecht zunächst auch keine größeren systemrelevanten Veränderungen. Die Ursachen hierfür lagen freilich nicht im vermeintlich apolitischen, beständigen Charakter des Privatrechts, sondern vielmehr in den Vorarbeiten des Alliierten Kontrollrats, der sich sehr zügig um die „*Decontamination of German Law*" gekümmert hatte.

I. Zur vor-grundgesetzlichen Entnazifizierung des Privatrechts

Bereits kurze Zeit nach der bedingungslosen Kapitulation am 8. 5. 1945 wurde auf der Potsdamer Konferenz[6] vereinbart, dass „alle nazistischen Gesetze, welche die Grundlage für das Hitlerregime geliefert haben oder eine Diskriminierung auf Grund der Rasse, Religion oder politischer Überzeugung errichteten, abgeschafft werden (müssen)."[7] Demgemäß wurde binnen weniger Wochen am 20. 9. 1945 das „Kontrollratsgesetz Nr. 1 betreffend die Aufhebung von NS-Recht" erlassen.

---

[1] Vgl. *Bauer-Kirsch*, Herrenchiemsee, Diss. Bonn 2005, S. 71 f. m. umf. N.

[2] Zur Rechtsprechung s. näher *Frenzel*, Das Selbstverständnis der Justiz nach 1945, 2003.

[3] Ausnahmen bildeten die Frankfurter Rektoratsrede von *Hallstein*, SJZ 1946, 1 ff. sowie die Göttinger Antrittsvorlesung von *Raiser*, ZHR 111 (1948), 75 ff.

[4] Vgl. nur *Schröder*, in Diederichsen/Sellert (Hrsg.), Das BGB im Wandel der Epochen, 2002, S. 109 ff. (126) m. w. N.

[5] *Böhmer*, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 1. Buch, 1950, S. IX.

[6] Vom 17. 7. bis 2. 8. 1945; s. näher *Benz*, Von der Besatzungsherrschaft zur Bundesrepublik, 1984, S. 27 ff.

[7] Punkt 4 der „Politischen Grundsätze".

Nach Art. 1 dieses Gesetzes wurden zahlreiche NS-Gesetze mit zum Teil stark privatrechtlichen Bezügen aufgehoben. Die Aufhebung betraf beispielsweise aus dem Bereich des Familienrechts das „Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre" vom 15. 9. 1935,[8] das u. a. „Eheschließungen zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes" untersagte (§ 1 Abs. 1 Satz 1). Aus dem Bereich des Wirtschaftsrechts wurde die „Verordnung zur Ausschaltung der Juden aus dem deutschen Wirtschaftsleben" vom 12. 11. 1938[9] aufgehoben, die Juden u. a. den Betrieb von Einzelhandelsverkaufsstellen, Versandgeschäften sowie den selbständigen Betrieb eines Handwerks untersagte (§ 1 Abs. 1), ferner das „Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung für das Deutsche Reich" vom 6. 7. 1938,[10] das ähnliche Untersagungen enthielt und namentlich den Handel mit Grundstücken unter Strafandrohung stellte (Art. 1). Aufgehoben wurde des Weiteren auf dem Gebiet des Arbeitsrechts die „Verordnung über die Beschäftigung von Juden" vom 3. 10. 1941,[11] die jüdische Arbeitnehmer einem Rechtsverhältnis „eigener Art" unterstellte und dazu führte, dass „die Sklaverei nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtsförmlich wieder eingeführt (war)."[12] Neben diesen ausdrücklichen Aufhebungen war in Art. 2 b des Kontrollratsgesetzes Nr. 1 geregelt, dass „keine deutsche Gesetzesverfügung" zur Anwendung gebracht werden darf, durch die „irgend jemand auf Grund seiner Rasse, Staatsangehörigkeit, seines Glaubens oder seiner Opposition zur Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei oder ihrer Lehren, Nachteile erleiden würde." Weitere Kontrollratsgesetze folgten, die zum Teil ebenfalls das Privatrecht betrafen, wie das Gesetz Nr. 16 zum Eherecht, das Gesetz Nr. 37 zum Erbrecht, das Gesetz Nr. 40 zum Arbeitsrecht sowie die Gesetze 44 und 45 zum Pachtrecht bzw. zum Höferecht.[13]

Die zahlreichen aufgehobenen NS-Gesetze sowie die methodenkonform zu diesen Gesetzen ergangenen Urteile ändern nichts daran, dass auch und gerade die Rechtsprechung einen großen Anteil zur nationalsozialistischen „Rechtserneuerung" beisteuerte. Die Instrumentalisierung von Generalklauseln, die primär „objektive" Auslegung „vorrevolutionärer" Gesetze sowie schrankenlose Uminterpretationen sorgten vielfach für einen richterrechtlichen Einzug des „Völkischen Rechtsdenkens".[14] Zur Veranschaulichung sei exemplarisch eine Entscheidung des AG Nürnberg vom 26. 11. 1938[15] aus dem Bereich des Mietrechts erwähnt, die noch vor Erlass des „Gesetz(es) über Mietverhältnisse mit Juden" vom 30. 4. 1939[16] erging und in der eine fristlose Kündigung wegen der „Rasseneigenschaft" des jüdischen Mieters für zulässig erachtet wurde. Mit solchen exzessiven Entscheidungen hatte die Justiz, ohne Zutun des Gesetzgebers, eine regelrechte Kündigungswelle ausgelöst,

[8] RGBl. 1935 I, 1146 f.
[9] RGBl. 1938 I, 1580.
[10] RGBl. 1938 I, 823 f.
[11] RGBl. 1941 I, 675 (s. auch die Durchführungsverordnung RGBl. 1941 I, 681 f.).
[12] *Rüthers*, NJW 1988, 2825 ff. (2830).
[13] S. näher *Etzel*, Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945–1948), 1992, S. 80 ff. m. w. N.
[14] S. ausführlich *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 6. Aufl. 2005, S. 175 ff.; *Schröder*, Gesetzesauslegung und Gesetzesumgehung, 1985, S. 113 ff.
[15] JW 1938, 3243 f.; s. z. B. auch LG Berlin, JW 1938, 3242 f.
[16] RGBl. 1939 I, 864 f.

die unzähligen jüdischen Mietern ihren räumlichen Lebensmittelpunkt nahm.[17] Ganz ähnlich wurde beispielsweise auch auf dem Gebiet des Familienrechts judiziert: „Der Antragsteller ist jüdischen Blutes, die Gerda H. ist Arierin. Zurzeit besteht rein formalgesetzlich ein Verbot der Eheschließung zwischen Ariern und Nichtariern noch nicht. Trotzdem kann ein Standesbeamter nicht gezwungen werden, die Eheschließung (…) vorzunehmen, da durch eine solche arisches Blut vermischt und für alle Zukunft (…) unbrauchbar gemacht wird. Eine derartige Ehe verstößt gegen die wichtigsten Gesetze des Staates (…)."[18]

Diese systemprägenden richterlichen Exzesse dürfen ihrerseits aber wiederum nicht über die legislativen Einflüsse hinwegtäuschen. Während man in den ersten Jahrzehnten nach 1945 vorwiegend die Rolle der Justiz und der Wissenschaft ausblendete oder marginalisierte, verschwimmen nunmehr häufig die nationalsozialistischen *leges corruptae* in der zeitlichen Distanz oder werden erst gar nicht zur Kenntnis genommen. Solche selektiven Geschichtswahrnehmungen tragen der historischen Dimension des NS-Unrechtsstaates nicht hinreichend Rechnung.[19] Sie werden insbesondere dem Grundgesetz nicht gerecht, das sich als „Anti-Verfassung"[20] und damit partiell auch als „Anti-Privatrecht" zum vorangegangen NS-System versteht.

II. Zur Auslegung des Grundgesetzes

Spricht man dem NS-System die Funktion eines Negativ-Paradigmas zu, so ist dies bereits das Ergebnis einer Auslegung des Grundgesetzes. Die Begriffe der „Auslegung" oder „Interpretation" werden allerdings gerade im Verfassungsrecht, in bewusster Abgrenzung zur klassischen zivilrechtlichen Terminologie, angezweifelt.[21] „We must never forget that it is a constitution we are expounding"[22] lautet der Leitspruch[23] und man versucht eine eigenständige Methodik des Verfassungsrechts vor allem mit materialen und strukturellen Unterschieden zum Zivilrecht zu begründen.

---

[17] S. ausführlich *Ludyga*, JoJZG 2008, 7 ff. (9) m. w. N.

[18] AG Bad Sülze, JW 1935, 2309; s. dazu auch *Gruchmann*, Justiz im Dritten Reich 1933–1940, 3. Aufl. 2001, S. 871 f.

[19] Nimmt man die Strafrechtsgesetzgebung, etwa die „Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden in den eingegliederten Ostgebieten" vom 4. 12. 1941 (RGBl. 1941 I, 759 ff.), hinzu, wirkt der Vorhalt von *Rüthers* (JZ 2008, 446 ff., 450) gegenüber *Hirsch* (JZ 2007, 853 ff., 854), dass dessen Behauptung, „der Weg in den NS-Staat war mit Gesetzen und Verordnungen gepflastert", auf „einem erwiesenen historischen Irrtum (beruhe)", erst recht nicht plausibel; vgl. auch *Haferkamp*, Das Bürgerliche Gesetzbuch während des Nationalsozialismus und in der DDR, in: Schröder, Zivilrechtskultur der DDR, Bd. 2, 2000, S. 13 ff. (16): „Der Einfluss der Gesetzgebung auf die Urteile war zweifelsohne substantiell."; s. ferner eingehend *Nörr*, Zwischen den Mühlsteinen, 1988, S. 242 ff.

[20] Vgl. *Fromme*, Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz, 1960, S. 8 f. (in Anlehnung an *Carl Schmitt*, der den Begriff seinerseits zur Kennzeichnung der Relation zwischen der Weimarer Reichsverfassung und der Verfassung von 1871 verwandte).

[21] S. zu Details der staatsrechtlichen Diskussion etwa *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 13 ff.; *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, 1998, S. 13 ff. m. w. N.

[22] Chief Justice *Marshall*, McCulloch v. Maryland, 17 US 316, 407 (1819).

[23] S. z. B. *Heun*, AöR 116 (1991), 185 ff. (187); *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963), 53 ff. (66).

1. Der Grundsatz der Einheit der juristischen Methode

Eine methodenrelevante Divergenz zwischen der Verfassung und einfachen (Privatrechts-)Gesetzen wird vielfach in den unterschiedlichen materialen Regelungsgegenständen gesehen. Die Verfassung unterscheide sich vom Rest der Rechtsordnung durch ihren „politischen Charakter",[24] weshalb man auch schlagwortartig vom Verfassungsrecht als „‚politischem' Recht" spricht.[25] Wenig erhellend ist dabei allerdings der Umgang mit dem „Politik"-Begriff. Wie immer man den „politischen Gehalt" definiert,[26] ob als Freund-Feind-Unterscheidung, fundamentale Richtlinie, Dezision oder mit *Max Weber* als Implikation von „Machtverteilungs-, Machterhaltungs- oder Machtverschiebungsinteressen",[27] unklar bleibt, was hieran verfassungsspezifisch sein soll. Ist die Regelung des § 903 BGB, wonach der Eigentümer einer Sache mit dieser grundsätzlich nach Belieben verfahren kann, weniger „politisch" als Art. 14 Abs. 1 GG? Sind die besonderen Gleichheitssätze des Art. 3 GG „politischer" als das zivilrechtliche allgemeine Gleichbehandlungsgesetz? Und wie ist ganz generell die Kritik am Sozialmodell des BGB einzuordnen, angefangen mit den Streitschriften von *Anton Menger*[28] und *Otto v. Gierke*[29] bis hin zu den heutigen, zum Teil ganz konträren Philippiken? Diese Fragen zu stellen, heißt einen substantiellen, materialen Unterschied zwischen beiden Rechtsmaterien zu verneinen. Sowohl das Grundgesetz als auch das BGB beruhen auf einem Legislativakt, der jeweils politische Entscheidungen umsetzt. In der weiteren Folge birgt die Vorstellung von der Verfassung als „politischem Recht" die latente Gefahr, dass die normativen Vorgaben des Grundgesetzes unterlaufen werden[30] und zugleich das Privatrecht durch eine entpolitisierende Betrachtungsweise sowohl in Bezug auf das Gesetzesrecht als auch das „Richterrecht" verklärt wird.

Eine unterschiedliche methodische Handhabung von „Gesetz" und „Verfassung" wird ferner auf die „strukturelle Offenheit" zurückgeführt, die das Grundgesetz im Gegensatz zur Prägnanz des Zivilrechts kennzeichne.[31] Auch eine solche Gegenüberstellung der jeweiligen Regelungsdichte ist indes fragwürdig. Dies zeigt sich schon daran, dass die Verfassung einige privatrechtsrelevante Bestimmungen enthält, deren Prägnanz geradezu Vorbildcharakter hat. Zu erwähnen ist nur das Benachteiligungsverbot zulasten behinderter Menschen gem. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG.[32] Berücksichtigt

---

[24] S. bereits *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 133.

[25] Vgl. etwa *Karpen*, Auslegung und Anwendung des Grundgesetzes, 1987, S. 42 ff. m. w. N.; *Schuppert*, AöR 120 (1995), 32 ff. (59 f.); *Böckenförde*, FS Scupin, 1983, S. 317 ff. (319 ff.); zum Gegenbegriff des Zivilrechts als „unpolitisches Recht" s. namentlich *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 1961, S. 23 Fn. 58.

[26] S. ausführlich *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, HStR VII, 1992, § 162 Rn. 5 ff. m. umf. N.

[27] Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl. 1980, S. 822.

[28] Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 4. Aufl. 1908.

[29] Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889.

[30] S. dazu schon *Kägi*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 1945, S. 120, 127 ff.

[31] Vgl. *Schuppert/Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, S. 38; *Böckenförde*, NJW 1976, 2089 ff. (2091); *Ehmke*, VVDStRL 20 (1963), 53 ff. (62); *Lepsius*, in: Jestaedt/Lepsius, Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 1 ff. (10) beruft sich auf den „schwierigen und zum Teil diffusen Gegenstand des öffentlichen Rechts".

[32] S. ferner z. B. auch das Gleichbehandlungsgebot unehelicher Kinder gem. Art. 6 Abs. 5 GG sowie hierzu jüngst BVerfGE 118, 45 ff. (Leitsatz): „Es verstößt gegen Art. 6 Abs. 5 GG, die Dauer eines Un-

man, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber des Jahres 1994 mit der Einfügung des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG die Stellung behinderter Menschen nicht nur im Verhältnis Staat-Bürger, sondern ganz generell in Recht und Gesellschaft stärken wollte,[33] wird die subsumtionsfähige Regelvorgabe für den Privatrechtsverkehr evident. So darf aufgrund dieses verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots beispielsweise ein Gastwirt oder Reiseveranstalter einen behinderten Vertragsinteressenten nicht ohne sachlichen Grund allein wegen seines Handicaps ablehnen – ein Ergebnis, das aus dem Text und der Entstehungsgeschichte des BGB keineswegs zwingend folgt.[34] Zugleich ist für das BGB kennzeichnend, dass es zahlreiche Generalklauseln (§§ 138, 242, 826) und unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, die schon per definitionem keinen höheren Bestimmtheitsgrad aufweisen als viele verfassungsrechtliche Termini. Dieser Befund soll nicht in Abrede stellen, dass das BGB mit seinen über 2300 Paragraphen zum Teil wesentlich ausdifferenziertere Regelungsmaterien enthält als die Verfassung. Methodisch überzeugt indes nicht, der Verfassung *a priori* eine wesenstypische Offenheit zu unterstellen, ohne im Einzelfall zunächst die konkreten Direktiven zu eruieren. Dies gilt gerade auch für die Menschenwürdegarantie sowie die Einzelgrundrechte, die ungeachtet ihres Prinzipiencharakters regelhafte Elemente aufweisen und dem Privatrecht vor allem die verfassungsrechtlichen Grundkoordinaten aufzeigen.

Im Ausgangspunkt ist daher an der Einheit der juristischen Methode festzuhalten. Demgemäß ist die Verfassung grundsätzlich nach denselben, vor allem staatsrechtlich zu begründenden Standards zu interpretieren wie „einfache" Gesetze.[35] Sowohl bei der Auslegung der Verfassung als auch bei der Auslegung einfacher Privatrechtsnormen sind insbesondere die Grundsätze der Gewaltenteilung und Volkssouveränität zu respektieren. Der Aspekt des Vertrauensschutzes ist ebenfalls in beiden Konstellationen zu berücksichtigen, nicht zuletzt, wenn von Präjudizien abgewichen werden soll. Diese gemeinsame rechtstheoretische Basis schließt angesichts der unterschiedlichen Strukturen sektorale Eigenheiten und Wertungsgesichtspunkte nicht aus. Ebenso offenkundig ist, dass Entscheidungen des *BVerfG* einen gravierenden Einfluss auf die Politik nehmen können und gerade der Verfassungsinterpret mit ständig neuartigen und komplexen gesellschaftlichen Problemen konfrontiert wird. Ungeachtet dieser tatbestandlichen und rechtsfolgenbezogenen Besonderheiten bleiben die methodischen Leitideen jedoch *in nuce* dieselben.[36]

---

terhaltsanspruchs, den der Gesetzgeber einem Elternteil wegen der Betreuung seines Kindes gegen den anderen Elternteil einräumt, für eheliche und nichteheliche Kinder unterschiedlich zu bestimmen."

[33] BT-Drucks. 12/8165, S. 29; s. dazu auch *Neuner*, NJW 2000, 1822 ff.

[34] Seit 2006 nunmehr geregelt im AGG.

[35] Vgl. auch *Starck*, FS Isensee, 2007, S. 215 ff. (216); *Leisner*, DÖV 1961, 641 ff.; *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 338 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 180 ff.; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, 1996, S. 204 ff. m. w. N.

[36] A. A. *Bullinger*, JZ 2004, 209 ff. (209): „Eine Verfassung wie das deutsche Grundgesetz (…) will zunächst in ihrem Gesamtsinn ‚verstanden' und nicht einfach wie ein Gesetz Stück für Stück aus ihrem Wortlaut ‚ausgelegt' werden." Nach der hier vertretenen Gegenansicht will die Verfassung so konkret als möglich „verstanden" und nicht *a priori* durch richterliche Eigenwertungen substituiert werden.

2. Der Grundsatz der subjektiv-teleologischen Auslegung

Die Einheit der juristischen Methode impliziert in erster Linie einen prinzipiellen Vorrang der genetisch-historischen Auslegung, der sich auch und gerade auf der Verfassungsebene aus den Grundsätzen der Demokratie und Gewaltenteilung ergibt. Die besonderen Anforderungen an eine förmliche Verfassungsänderung gem. Art. 79 GG werden ebenfalls nur bei Verfolgung eines subjektiven Interpretationszieles hinreichend respektiert. Darüber hinaus beziehen sich auch die legitimen Kontinuitätserwartungen der Rechtsunterworfenen auf die im Normtext zum Ausdruck gebrachten verfassungsgeberischen Regelungsabsichten.

Das Bundesverfassungsgericht vertritt demgegenüber seit Inkrafttreten des Grundgesetzes eine primär objektive Auslegungstheorie. Vereinzelt werden zwar auch entstehungszeitliche Aspekte betont,[37] doch ist die Vorstellung eines „objektivierten Willens des Gesetzgebers" dominierend.[38] Die h. L. folgt dieser Einschätzung,[39] wenngleich sich in letzter Zeit die Stimmen zugunsten einer subjektiv-teleologischen Interpretation mehren.[40]

Es liegt auf der Hand, dass gerade im Grundrechtsbereich eine konkrete, einzelfallbezogene Regelungsabsicht oftmals nicht rekonstruierbar ist, weil der Verfassungsgeber die zu entscheidende Konfliktlage bewusst oder unbewusst nicht in sein Entscheidungsprogramm aufnahm oder noch gar nicht zu antizipieren vermochte. Die Berufung auf die Autorität des *pouvoir constituant* ist indes auch im Wege eines Analogieschlusses möglich und legitim, bei dem es darum geht, eine spezielle Wertung des Verfassungsgesetzgebers auf ähnlich gelagerte Sachverhalte zu extendieren. So ist es methodisch beispielsweise nur folgerichtig, den Grundrechtsschutz gem. Art. 19 Abs. 3 GG auf nicht rechtsfähige Personenvereinigungen zu erstrecken.[41] Ähnliches gilt für Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG, der normtextuell lediglich die individuelle Koalitionsfreiheit erfasst, jedoch in Übereinstimmung mit Art. 159, 165 Abs. 1 WRV auch den Schutz der Koalition selbst intendiert.[42] Darüber hinaus kann es geboten sein, aus mehreren Verfassungsbestimmungen induktiv einen allgemeinen Rechtsgrundsatz abzuleiten, wie etwa aus den Art. 1 Abs. 2, 9 Abs. 2, 23 ff. GG den Grundsatz der „völkerrechtsfreundlichen Auslegung".[43]

Zur weiteren Determinierung trägt bei, dass durch die Konstituierung von Verfassungsprinzipien der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zur Geltung gelangt.[44] Dessen Teilgrundsatz der Geeignetheit wäre beispielsweise im Bereich des Zivilrechts ver-

---

[37] S. z. B. BVerfGE 4, 299 ff. (304 f.).

[38] S. z. B. BVerfGE 59, 128 ff. (153); 11, 126 ff. (129 f.); 1, 299 ff. (312); zuletzt BVerfG NJW 2010, 754 ff. (Rz. 18; dort auch zur Wortsinngrenze).

[39] Vgl. nur *Badura*, Staatsrecht, 3. Aufl. 2003, Einl. A Rn. 15; *Jarass*/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Einl. Rn. 5, 10.

[40] S. etwa *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 144 ff.; *Auer*, ZEuP 2008, 517 ff. (528 f.); speziell zur Verfassungsauslegung *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 139 ff. m. w. N.

[41] Vgl. nur *Stern*, Staatsrecht, III/1, 1988, S. 1134; *Jarass*/Pieroth, GG (oben Fn. 39), Art. 19 Rn. 19 m. w. N.

[42] Vgl. BVerfGE 93, 352 ff. (357); *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand 2009, Art. 9 III Rn. 170; *Badura*, FS Berber, 1973, S. 11 ff. (28 ff.).

[43] S. hierzu auch BVerfGE 111, 307 ff. (317 ff.); 31, 58 (75 f.).

[44] S. näher *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 100 ff.

letzt, würde man – wie unlängst rechtspolitisch dikutiert – eine notarielle Beurkundungspflicht für Patientenverfügungen einführen, da Notare nicht über die notwendige medizinische Beratungskompetenz verfügen.[45] An der Erforderlichkeit fehlt es etwa, wenn statt der Nichtigkeitsanordnung eines Vertrags mildere Mittel in Form von Aufklärungspflichten oder Widerrufsrechten in Betracht kommen. Das Verhältnismäßigkeitsgebot in seinem engeren Sinne verlangt, dass das verfassungsrechtliche Gewicht, d. h. vornehmlich der normative Mindestgehalt eines Prinzips,[46] im Rahmen der Abwägung nicht verkannt wird.[47] Demgemäß hat das *BVerfG* die Regelung des § 1626 BGB insoweit mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG für unvereinbar erklärt, als Eltern ihre Kinder kraft elterlicher Vertretungsmacht bei Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts in ungeteilter Erbengemeinschaft finanziell unbegrenzt verpflichten können.[48] Nach der subjektiven Auslegungstheorie sind verfassungsimmanente Prinzipien zwar nur relativ vage gesetzgeberische Anordnungen, doch enthalten sie zumindest in Bezug auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einen regelhaften Kern, der eine negative Evidenzkontrolle erlaubt.

Entgegen weit verbreiteter Bedenken[49] führt der grundsätzliche Primat des „*original intent*" auch zu keiner sachwidrigen Versteinerung der Verfassung.[50] Die Bezugnahme auf die historische Regelungsabsicht begründet lediglich eine Argumentationslastregel, die dem Verfassungsinterpreten aufgibt, Abweichungen von der *lex lata* hinreichend zu rechtfertigen. Die Begründungsanforderungen sind allerdings hoch, da es vor allem die Grundsätze der Gewaltenteilung, der Demokratie und des Vertrauensschutzes argumentativ zu überwinden gilt.[51] Ein Beispiel einer zulässigen Verfassungsderogation bildet eine Entscheidung des *Bayerischen Verfassungsgerichtshofs* zu Art. 111 a Abs. 2 Satz 1 BV, der verlangt, dass „Rundfunk in öffentlicher Verantwortung und in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft betrieben (wird)." Der Verfassungsgerichtshof hielt es aufgrund der modernen Sendemöglichkeiten mit erheblich größeren Übertragungskapazitäten zu Recht für nicht ausgeschlossen, „daß bei einem weiteren Fortschreiten der technischen Entwicklung der Vorbehalt für öffentlich-rechtliche Rundfunkträger zum Schutz des Gemeinschaftsguts Rundfunkfreiheit nicht mehr aufrechterhalten werden darf."[52] Neben der Anwendung des hier maßgeblichen Grundsatzes „*cessante ratione legis cessat lex ipsa*" kommt eine Normderogation insbesondere bei schweren Normwidersprüchen in Betracht. Diese exzeptionellen Voraussetzungen sind aber beispielsweise nicht in Bezug auf die verfassungsrechtliche Differenzierung zwischen nicht eingetragenen Lebenspartnerschaften und traditionellen Ehen gegeben. Nicht eingetragene Lebenspartnerschaften sind zwar grundrechtlich und einfachgesetzlich auf vielfältige Weise geschützt, und es mag

[45] Vgl. auch *Verrel*, Verhandlungen des 66. DJT, 2006, Bd. I, C 40 ff. (83 f.).

[46] Vgl. *Lerche*, in: Isensee/Kirchhof, HStR V, 1992, § 122 Rn. 24; *Bydlinski*, Recht, Methode und Jurisprudenz, 1988, S. 30 f.

[47] Vgl. *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/2, 1994, § 84 II 4 f. m. w. N.

[48] BVerfGE 72, 155 ff. (Leitsatz).

[49] S. etwa *Heun*, AöR 116 (1991), 185 ff. (193 f., 206); *Rupp*, AöR 101 (1976), 161 ff. (163 f.).

[50] Vgl. auch *Depenheuer*, Der Wortlaut als Grenze, 1988, S. 56; *ders.*, DVBl. 1987, 809 ff. (812 f.).

[51] S. näher *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat (oben Fn. 21), S. 57 ff.

[52] BayVerfGH 39, 96 ff. (140 f.) m. w. N.; s. dazu auch *Löwer*, Cessante ratione legis cessat ipsa lex, 1989, S. 29 f.

gute Gründe geben, sie zusätzlich dem Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG zu unterwerfen, doch ist eine Ehe nach dem herkömmlichen Verständnis der Verfassungsautoren eine auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft von Frau und Mann.[53] Deshalb ist es grundsätzlich Aufgabe des verfassungsändernden Gesetzgebers und nicht des *BVerfG*, die Privilegierungen des Art. 6 Abs. 1 GG und hierauf gestützte einfachgesetzliche Besserstellungen aufzuheben.[54] Anders gewendet: Die Forderung nach einer „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten"[55] hat ihre Berechtigung im Bereich des „offenen", lückenhaften Verfassungsrechts, bei hinreichend präzisen Regelvorgaben ist die ebenso „offene Gesellschaft der Verfassungskritiker" gefordert.

3. Die Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts

Aus privatrechtlicher Sicht konzentrieren sich die Kontrollbefugnisse des *BVerfG* auf die Überprüfung von Gesetzen und Gerichtsentscheidungen.[56]

a) Die Überprüfung privatrechtlicher Gesetze

Die Kontrolle von privatrechtlichen Gesetzen wirft insofern keine besonderen demokratie- und kompetenzrechtlichen Konflikte auf, als eine hinreichende Berufung auf die Autorität des *pouvoir constituant* möglich ist. Daneben kommen als Überprüfungsmaßstab die „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechte" gem. Art. 1 Abs. 2 GG in Betracht. Zu denken ist etwa an die Gewährleistung arbeitsrechtlicher Mindeststandards, so wie sie in zahlreichen internationalen Verträgen und Beschlüssen festgelegt sind.[57] Eine Missachtung dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben würde zu einer richterlichen Kompetenzunterschreitung führen, so dass Forderungen nach einem „*judicial self-restraint*"[58] insoweit als inadäquat erscheinen. Aber auch umgekehrt, wenn eine legitimatorische Rückbindung an den Verfassungsgeber ausscheidet, handelt es sich um kein Problem richterlicher Selbstbeschränkung, vielmehr muss die Judikative zur Vermeidung einer Kompetenzüberschreitung erst den Nachweis einer entsprechenden Legitimation zur Rechtsfortbildung führen.[59] Das *BVerfG* verwendet den Begriff des „*judicial self-restraint*" daher auch nur in dem abgeschwächten Sinn eines Verzichts „‚Politik zu treiben', d. h. in den von der Verfassung geschaffenen und begrenzten Raum freier politischer Gestaltung einzugreifen."[60]

---

[53] Vgl. *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 6 Rn. 38; *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik (oben Fn. 40), S. 153 m. w. N.

[54] A. A. BVerfG NJW 2010, 1439 ff. (Rz. 99 ff.); BVerfGE 105, 313 ff. (348).

[55] *Häberle*, JZ 1975, 297 ff.

[56] Rechtsvergleichend zur Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit *Nußberger*, JZ 2010, 533 ff.

[57] S. näher *Körner*, Das internationale Menschenrecht auf Arbeit, 2004; *Däubler/Kittner/Lörcher*, Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2. Aufl. 1994, S. 117 ff. m. w. N.

[58] S. etwa *v. Danwitz*, JZ 1996, 481 ff. (483 ff.).

[59] Vgl. auch *Stern*, Staatsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, § 4 III 8 c, d; s. ferner kritisch *Schuppert*, DVBl. 1988, 1191 f. (1191); *Böckenförde*, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1989, S. 64.

[60] BVerfGE 36, 1 ff. (14).

b) Die Überprüfung privatrechtlicher Gerichtsentscheidungen

Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Kontrolle von zivilgerichtlichen Entscheidungen sind im Wesentlichen drei Fallgruppen zu unterscheiden:[61]

Das *BVerfG* hat zunächst in seiner Funktion als „Hüter der Verfassung" fachgerichtliche Urteile im Hinblick auf ihre Gesetzeskonformität gem. Art. 20 Abs. 3 GG zu überprüfen. Der Sinn und Zweck dieser Kontrolle liegt primär in der Wahrung der Gewaltenteilung und des Rechtsetzungsprimats des demokratisch legitimierten Gesetzgebers. So hat das *BVerfG* beispielsweise die Einordnung von Sozialplanabfindungen als Konkursforderungen im Range von § 61 I Nr. 1 KO a. F. durch das *BAG* zu Recht für verfassungswidrig erachtet, „weil eine gesetzliche Regelungslücke, die es dem Richter erlaubte, für bestimmte Forderungen eine Privilegierung außerhalb des geschlossenen Systems der Konkursforderungen vor der Rangstelle des § 61 I Nr. 1 KO zu begründen, nicht (besteht)."[62] Die entscheidende methodologische Frage lautet dabei, wann das Fachgericht seine Kompetenzen offenkundig überschreitet und eine unzulässige Normderogation vornimmt. Das *BVerfG* betont zutreffend den Fall der unzulässigen Rechtsfortbildung,[63] doch gilt es diese Feststellung wiederum im Sinne der subjektiv-teleologischen Auslegung zu präzisieren. Dem *BVerfG* fällt hierbei nicht die Rolle einer Art „Superrevisionsinstanz" zu,[64] sondern es ist lediglich zu prüfen, ob das Gewicht der die Gesetzesbindung tragenden Prinzipien verkannt wird.

Den zweiten Kontrollmaßstab bildet das Gebot der Rechtmäßigkeit. Die Bindung des Zivilrichters an das „Recht" gem. Art. 20 Abs. 3 GG verpflichtet diesen zu einer hinreichenden Begründung des Urteils. Hiergegen wird grundsätzlich verstoßen, wenn ein Urteil überhaupt keine Begründung enthält,[65] diese in sich widersprüchlich ist[66] oder als schlechthin abwegig und nicht mehr nachvollziehbar erscheint.[67] Darüber hinaus sind in einem Urteil auch Präjudizien zu berücksichtigen. Diese begründen zwar keine Bindung im Sinne der „*stare decisis*"-Doktrin,[68] doch trägt derjenige die Argumentationslast, der von einem Präjudiz abweichen will.[69] Hierbei gilt es insbesondere, die objektive Verfestigung des Vertrauenstatbestandes (Länge der Präjudizienkette, Einstimmigkeit von Entscheidungen etc.) sowie die subjektive Schutzwürdigkeit des Rechtsunterworfenen zu berücksichtigen.[70] Da das Präjudiz als sol-

---

[61] S. auch näher *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat (oben Fn. 21), S. 48 ff.

[62] BVerfGE 65, 182 ff. (2. Leitsatz).

[63] BVerfGE 87, 273 ff. (280) m. w. N.; s. auch BVerfGE 113, 88 ff. (103): „Setzt sich die Auslegung in krassen Widerspruch zu allen zur Anwendung gebrachten Normen und werden damit Ansprüche begründet, die keinerlei Grundlage im geltenden Recht finden, so beanspruchen die Gerichte Befugnisse, die von der Verfassung eindeutig dem Gesetzgeber übertragen sind."

[64] Vgl. zuletzt BVerfG NJW 2007, 499 ff. (Rz. 75).

[65] Vgl. BVerfGE 71, 122 ff. (136).

[66] Vgl. BVerfGE 71, 202 ff. (205).

[67] Vgl. BVerfGE 62, 189 ff. (192 ff.).

[68] S. hierzu aus neuerer Zeit *Schauer*, Thinking Like a Lawyer, 2009, S. 57 ff.; *Alexander/Sherwin*, Demystifying Legal Reasoning, 2008, S. 53 ff.

[69] Vgl. BVerfGE 87, 273 ff. (278).

[70] S. auch BVerfGE 78, 123 ff. (126 f.); *Langenbucher*, JZ 2003, 1132 ff. (1134 ff.); *Krebs*, AcP 195 (1995), 171 ff. (198 ff.).

ches nicht bindet, ist Maßstab der Plausibilitätsprüfung jeweils Art. 20 Abs. 3 GG und nicht Art. 3 Abs. 1 GG.[71]

Dem *BVerfG* obliegt schließlich auch, die generelle Verfassungskonformität von zivilrechtlichen Entscheidungen zu kontrollieren. Ein Urteil ist dabei aufzuheben, wenn der Entscheidung eine verfassungswidrige Norm zugrunde liegt (also ein konkretes Normenkontrollverfahren gem. Art. 100 Abs. 1 GG nicht eingeleitet wurde). Das Gleiche gilt, wenn der Richter im „gesetzesfreien" Bereich eine Norm heranzieht, die der Gesetzgeber nicht als Norm erlassen dürfte.[72] So ist beispielsweise ein zivilrechtliches Urteil zum Persönlichkeitsschutz aufzuheben, falls Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG ein anderes Ergebnis gebieten. Darüber hinaus liegt ein Verfassungsverstoß auch dann vor, wenn das Fachgericht das Gebot verfassungskonformer Auslegung insofern verletzt, als eine Grundrechtsrelevanz von vornherein verkannt oder ein an sich maßgebliches Grundrecht infolge unzureichender Verfassungsinterpretation im Rahmen des Entscheidungsprozesses nicht berücksichtigt wird.[73] Das *BVerfG* ist hingegen nicht zu einer generellen Richtigkeitskontrolle von praeterlegal ergangenen Entscheidungen befugt. Zur Beurteilung privatrechtlicher Konflikte sind die Zivilgerichte in der Regel wesentlich besser geeignet als das *BVerfG*, da sie über eine ungleich größere Sachkenntnis und einen deutlich engeren Problembezug verfügen.[74] Lediglich bei dem Schutz personaler Rechte mit starkem Bezug zur Menschenwürde sowie aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung kann ausnahmsweise dem *BVerfG* die Rolle als Rechtsfortbildungsinstanz zufallen.

III. Die menschenrechtliche Dimension

Wechselt man den Blick von den rechtstheoretischen Grundlagen zu den materialen zivilrechtlichen Vorgaben der Verfassung, stehen zunächst die Menschenrechte im Vordergrund.

1. Die Inkorporation der Menschenrechte

Im Anschluss und als Folge der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG bekennt sich das Deutsche Volk in Art. 1 Abs. 2 GG „zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft". Diese Norm befindet sich im 1. Abschnitt des Grundgesetzes über „Die Grundrechte" und lässt sich demnach schon systematisch nicht zu einer bloßen Präambel herabstufen.[75] Die Formulierung des Art. 1 Abs. 2 GG bringt zum Ausdruck, dass die Menschen-

---

[71] S. näher *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 106 ff.; a. A. *Gusy*, DÖV 1992, 461 ff. (467 ff.).

[72] Vgl. BVerfGE 73, 261 ff. (269); *Jarass*/Pieroth, GG (oben Fn. 39), Vorb. vor Art. 1 Rn. 14.

[73] Vgl. BVerfGE 43, 130 ff. (137 f.); ähnlich BVerfGE 85, 248 ff. (258) m. w. N.; s. auch *Schlaich*, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. 2010, Rn. 286 ff.

[74] Vgl. auch *Voßkuhle*, AöR 125 (2000), 177 ff. (196); *Oeter*, AöR 119 (1994), 529 ff. (557).

[75] A. A. Dreier/*Dreier*, GG, 2. Aufl. 2004, Art. 1 Abs. 2 Rn. 11; *Isensee*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 26 Rn. 81.

rechte die verbindliche Basis des Bonner Grundgesetzes verkörpern und den in Abs. 1 normierten Schutz der Menschenwürde ausbuchstabieren. Dieser normtextuelle Befund wird durch die ebenso klare verfassungsgeberische Regelungsabsicht bestätigt. Die Bestimmung des Art. 1 Abs. 2 GG ist, auch wenn es sich hierbei um einen Gemeinplatz handeln mag, eine gesetzgeberische Reaktion auf den Holocaust. Wie die Verfassungsprotokolle allenthalben belegen und wie sich aus dem historischen Gesamtkontext erschließen lässt,[76] sollen durch Art. 1 Abs. 2 GG die universellen Menschenrechte in das Grundgesetz integriert werden. Systematisch folgerichtig werden die „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechte" daher zusätzlich noch durch die „Ewigkeitsgarantie" des Art. 79 Abs. 3 GG abgesichert. Gegen die Inkorporation der Menschenrechte durch Art. 1 Abs. 2 GG sprechen auch nicht die völkerrechtlichen Spezialbestimmungen gem. Art. 25, 59 Abs. 2 GG.[77] Diese Vorschriften erfassen nur die „allgemeinen Regeln des Völkerrechts" sowie völkerrechtliche Verträge, nicht aber die speziellen menschenrechtlichen Standards und Minimalia.[78] Letztere sind konsequenterweise bereits am Anfang des Grundrechtsabschnitts verankert – eine Rezeptionstechnik, die zahlreiche internationale Parallelen findet und zurück reicht bis zum *IX. Amendment* zur US-amerikanischen Verfassung aus dem Jahr 1791.[79]

Mit der Regelung des Art. 1 Abs. 2 GG korrespondiert die Bindung der Rechtsprechung an „Gesetz und Recht" gem. Art 20 Abs. 3 GG. Diese Formel, die ebenfalls zahlreiche internationale Parallelen wie etwa in Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 Satz 2 EUV findet, geht zurück auf einen Vorschlag des Allgemeinen Redaktionsausschusses,[80] der es mit den Worten von *Thomas Dehler* „zur besseren Kennzeichnung der Rechtsstaatlichkeit als der Grundlage des Grundgesetzes"[81] für notwendig erachtete, die Judikative zusätzlich an das „Recht" zu binden.[82] Demgemäß erklärte das *BVerfG* wiederholt Gesetze aus der NS-Zeit für *ex tunc* nichtig[83] und hebt in seiner ständigen Rechtsprechung hervor, dass „Recht und Gerechtigkeit nicht zur Disposition des Gesetzgebers (stehen)", weil „gerade die Zeit des nationalsozialistischen Regimes in Deutschland gelehrt (hat), daß auch der Gesetzgeber Unrecht setzen kann"[84]. Die verfassungsgeberische Differenzierung zwischen „Gesetz und Recht" gem. Art. 20 Abs. 3 GG lässt sich auch nicht mit dem Hinweis auf Art. 97 Abs. 1 GG nivellieren, wonach die Richter „unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen (sind)".[85] Diese Regelung ist eine Konsequenz aus den berüchtigten Richterbriefen und ande-

---

[76] S. nur die Präambel zur Bayerischen Verfassung: „Angesichts des Trümmerfeldes …".

[77] A. A. *Heinig*, Der Sozialstaat der Freiheit, 2008, S. 414 ff. m. w. N.

[78] S. für den unverzichtbaren Kernbereich auch *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand 2009, Art. 1 Abs. 2 Rn. 39; ferner v. Münch/*Kunig*, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 1 Abs. 2 Rn. 44 („dynamische Verweisung").

[79] S. eingehend *Häberle*, Rechtstheorie 24 (1993), 397 ff. (401 f., 419 f.) m. w. N.

[80] JöR 1 (1951), 199.

[81] JöR 1 (1951), 200.

[82] S. zur Entstehungsgeschichte des Art. 20 Abs. 3 GG auch näher *Hoffmann*, Das Verhältnis von Gesetz und Recht, 2003, S. 51 ff.

[83] BVerfGE 54, 53 ff. (68 f.); 23, 98 ff. (105 ff.).

[84] BVerfGE 23, 98 ff. (106) m. w. N.; s. ferner auch BVerfGE 95, 96 ff. (134 f.).

[85] A. A. *Jarass*/Pieroth, GG (oben Fn. 39), Art. 20 Rn. 38; *Merten*, DVBl. 1975, 677 ff. (678, 680).

ren Lenkungsmaßnahmen während der NS-Zeit[86] und will demgemäß allein die sachliche Unabhängigkeit der Richter garantieren.[87] Auch normhierarchisch geht Art. 20 Abs. 3 GG aufgrund der Einbindung in die „Ewigkeitsgarantie" des Art. 79 Abs. 3 GG der „einfachen" Verfassungsnorm des Art. 97 Abs. 1 GG vor.[88] Die notwendige Differenzierung zwischen „Gesetz und Recht" gem. Art. 20 Abs. 3 GG wird überdies durch die Verfassungsprotokolle zur analogen Regelung des Art. 1 Abs. 2 GG bestätigt. Exemplarischen Charakter haben die Darlegungen des Abgeordneten *Ludwig Bergsträßer*, man habe „sagen wollen, daß die Grundrechte auf vorstaatlichen, von Natur gegebenen Rechten beruhen, zu denen als der Grundlage aller menschlichen Gemeinschaft – nach Abs. 2 – das deutsche Volk sich ‚erneut' nach den bitteren Erfahrungen der Nazizeit bekenne."[89] Wie immer man zu den rechtsphilosophischen Annahmen dieses Satzes stehen mag – *de constitutione lata* gilt: Gesetze mit typisch nationalsozialistischem oder ähnlichem Inhalt sind kein „Recht" im Sinne des Grundgesetzes.

In der weiteren Folge bedarf es lediglich eines induktiven Rückschlusses auf jene generellen Grundsätze, die vor und nach der NS-Zeit Gültigkeit besaßen und sich in Form der allgemeinen Menschenrechte etablierten.[90] Bezeichnenderweise diente auch den Verfassungsautoren vor allem die Allgemeine Deklaration der Menschenrechte vom 10. 12. 1948 als Leitbild.[91] Zusätzliche Konkretisierungshilfen[92] bilden etwa die Internationalen Pakte über „bürgerliche und politische Rechte"[93] sowie über „wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte",[94] die Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung[95] und Diskriminierung der Frau,[96] die Übereinkommen über die Rechte des Kindes[97] und von Menschen mit Behinderungen,[98] die Europäische Grundrechtecharta, die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten[99] oder die Europäische Sozialcharta.[100] Ein Vergleich mit ausländischen Verfassungen, der Weimarer Reichsverfassung oder Landesverfassungen kann ebenfalls weiterführend sein. Ferner kann sich die Essenz der Menschenrechte vor allem auch teleologisch im Hinblick auf das Ziel der Frei-

[86] S. zu diesen näher *Gruchmann*, Justiz im Dritten Reich 1933–1940 (oben Fn. 18), S. 1091 ff.

[87] Vgl. auch *R. Schmidt*, FS Canaris, Bd. II, 2007, S. 1353 ff. (1360); *Maihofer*, Annales Universitatis Saraviensis VIII (1960), 5 ff. (6 ff.).

[88] Vgl. nur *H. Hofmann*, Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung, 1998, S. 35; *Hirsch*, JZ 2007, 853 ff. (854) m. w. N.

[89] JöR 1 (1951), 48; ähnlich *Adolf Süsterhenn*, JöR 1 (1951), 52.

[90] S. näher *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. 2005, S. 16 ff.; *Hoffmann*, Das Verhältnis von Gesetz und Recht (oben Fn. 82), S. 163 ff.; vgl. ferner auch *Riedel*, Menschenrechte als Gruppenrechte auf der Grundlage kollektiver Unrechtserfahrungen, in: ders., Die Universalität der Menschenrechte, 2003, S. 363 ff. (374 ff.).

[91] S. nur JöR 1 (1951), 50, 58; vgl. zudem auch *v. Mangoldt*, DÖV 1949, 261 ff. (261).

[92] S. zum universellen sowie regionalen Menschenrechtsschutz auch *Buergenthal/Thürer*, Menschenrechte, 2010, S. 23 ff., 187 ff. m. w. N.

[93] BGBl. 1973 II, S. 1533 ff.

[94] BGBl. 1973 II, S. 1569 ff.

[95] BGBl. 1969 II, S. 961 ff.

[96] BGBl. 1985 II, S. 647 ff.

[97] BGBl. 1992 II, S. 121 ff.

[98] BGBl. 2008 II, S. 1419 ff.

[99] BGBl. 1952 II, S. 685 ff.

[100] BGBl. 2001 II, S. 970 f.; 1964 II, S. 1261 ff.

heitssicherung und des Menschenwürdeschutzes näher erschließen.[101] Von einem „diffusen Bild"[102] kann deshalb schwerlich gesprochen werden, zumindest nicht in Abgrenzung zu den Grundrechten.

2. Die Funktionen der Menschenrechte

Die Menschenrechte entfalten lediglich in exzeptionellen Ausnahmekonstellationen eine Korrektivfunktion. Sie stellen die Gesetzesbindung im Grundsatz nicht in Frage, sondern fordern sie prinzipiell ein. Die Verfassungsgeber haben sich durch die Abkehr von einem positivistischen Rechtsverständnis auch lediglich versprochen, „einer Revolution die Maske der Legalität zu nehmen".[103] Und dennoch gilt, was das *BVerfG* noch über 50 Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes zutreffend betont: „Über Art. 1 Abs. 2 (…) rezipiert das Grundgesetz auch die graduelle Anerkennung der Existenz zwingender, also der Disposition der Staaten im Einzelfall entzogener Normen (ius cogens). (…). Dies betrifft insbesondere Normen über (…) grundlegende Menschenrechte."[104]

Die Menschenrechte erfüllen darüber hinaus eine komplementäre Funktion. Sie haben die Aufgabe, Regelungsdefizite des nationalen Normsetzers zu kompensieren. Eine menschenrechtskonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung ist dabei nicht auf das Verfassungsrecht begrenzt, sondern kann auch auf der subkonstitutionellen Ebene des Privatrechts geboten sein.[105] So war beispielsweise schon vor Erlass des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes im Jahr 2006 ein zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz vor allem in Bezug auf die international besonders verpönten Merkmale der „Rasse" und des Geschlechts indiziert.[106] Auch die Komplementärfunktion legitimiert allerdings zu keiner freirechtlichen Handhabung der Grundrechte oder Privatrechtsnormen, sondern setzt Regelungslücken und eine entsprechend differenzierte Begründung voraus.

Vor diesem methodologischen und verfassungsrechtlichen Hintergrund überzeugt es nicht, wenn den Menschenrechten von Teilen der staatsrechtlichen Literatur nur eine „moralische Bindungskraft" attestiert wird.[107] Das damit einhergehende Bedenken, dass sich die „‚Menschenrechtsrechtsphilosophie des Art. 1 Abs. 2 GG' nicht zur Lösung grundrechtsdogmatischer Probleme (eigne)"[108], bringt das entsprechende Vorverständnis zum Ausdruck: Die Verfassung muss sich in die Grundrechtsdogmatik ihres jeweiligen „Interpreten" einfügen. Übernimmt man stattdessen das *Popper'sche* Falsifikationsmodell und spricht Aussagen über gesetzliche Normen die

[101] S. zur Interpretation der Menschenrechte auch *Kotzur*, Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes, 2001, S. 6 ff. m. w. N.

[102] *Isensee*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. II (oben Fn. 75), § 26 Rn. 87.

[103] JöR 1 (1951), 586.

[104] BVerfGE 112, 1 ff. (27 f.).

[105] S. dazu auch *Courtis*, Die Wirkung der Menschenrechte auf Privatrechtsverhältnisse, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, S. 57 ff.; *Clapham*, Human Rights in the Privat Sphere, 1993.

[106] S. näher *Neuner*, JZ 2003, 57 ff. (59 f.).

[107] S. etwa *Merten*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. III, 2009, § 73 Rn. 34.

[108] *Merten*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte (oben Fn. 107), § 73 Rn. 34.

Funktion von „Basissätzen" zu, gilt umgekehrt: Eine Grundrechtstheorie ist dann falsifiziert, wenn sie mit einer Vorschrift der Verfassung unvereinbar ist.[109]

IV. Zum Vorrang der Grundrechte

Das Verhältnis der Verfassung zum Privatrecht wird zu einem Konkurrenz- und Vorrangproblem, weil und sofern beide Rechtsmaterien eine Schnittmenge aufweisen. Ein gemeinsamer Regelungsgegenstand wird zwar vereinzelt verneint,[110] doch regelt die Verfassung partiell und parallel zu den einfachgesetzlichen Zivilrechtsnormen auch die Beziehungen der Privatrechtsakteure untereinander. Eine solche Wirkkraft entfaltet vor allem die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG. Darüber hinaus ist der Status des Einzelnen als Privatrechtsakteur nicht voraussetzungslos, sondern von staatlichen Gewährleistungen abhängig. Selbst wenn man der Privatautonomie einen apriorischen, dem positiven Recht vorausgehenden Charakter zuspricht, wird sie erst effektiv durch die Anerkennung und Ausgestaltung der Rechtsordnung.[111] Diese Interdependenz stellt die prinzipielle Eigenständigkeit des Privatrechts nicht in Frage, doch zeigt sie auf, dass die Verfassung und das Privatrecht keine völlig autarken Systeme bilden. Eine Vorrangbestimmung ist daher unausweichlich.[112]

1. Die umfassende Wirkkraft der Menschenwürdegarantie gem. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG

Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG besagt, dass die Menschenwürde „unantastbar" ist, also von niemandem, auch nicht von Privatrechtsakteuren, verletzt werden darf. *Peter Häberle* spricht deshalb zutreffend von einer „‚Strukturnorm' für Staat *und* Gesellschaft"[113].

a) Die Bindung der Staatsgewalten

Nach Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG haben die staatlichen Gewalten die Menschenwürde nicht nur zu achten, sondern auch zu schützen. Eine solche Schutzpflicht besteht beispielsweise im Privatrecht zugunsten von Kindern, die prinzipiell ein Recht auf Kenntnis ihrer Abstammung haben. Das *BVerfG* spricht den Gerichten bei der Abwägung der widerstreitenden Grundrechte des Kindes und der Mutter im Rahmen

---

[109] S. näher *Canaris*, JZ 1993, 377 ff. (385 ff.).

[110] S. dazu auch *Isensee*, FS Großfeld, 1999, S. 485 ff. (492) m. w. N.

[111] Vgl. *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 165 ff.; *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, 1995, S. 6 ff.; *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 39 f.

[112] S. auch *Neuner*, in: ders., Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht (oben Fn. 105), S. 159 ff. (164 ff.).

[113] *Häberle*, in: Isensee/Kirchhof, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 22 Rn. 59; zustimmend *H. Hofmann*, AöR 118 (1993), 353 ff. (370 f. mit Fn. 88).

der Generalklausel des § 1618 a BGB einen weiten Spielraum zu.[114] Der gebotene Mindestschutz zugunsten des Kindes wäre jedoch unterschritten, sofern der Gesetzgeber oder die Gerichte es als rechtmäßig erachten würden, dass eine Abwägung *a priori* verhindert wird, indem etwa bei einer heterologen Insemination die Person des Samenspenders undokumentiert bleibt.[115] Dieses Ergebnis findet zudem in Art. 7 Abs. 1 des UN-Übereinkommens über die Rechte des Kindes eine Bestätigung, der besagt, dass ein Kind „soweit möglich das Recht (hat), seine Eltern zu kennen".[116]

b) Die Bindung der Privatrechtsakteure

Sämtliche traditionellen Auslegungscanones belegen, dass neben den Staatsgewalten auch die Privatrechtsakteure an Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG gebunden sind:[117] Die Kennzeichnung der Menschenwürde als „unantastbar", der Umkehrschluss zu Art. 1 Abs. 3 GG (lediglich die „nachfolgenden Grundrechte" binden allein die Staatsgewalten) sowie die Unabänderbarkeit gem. Art. 79 Abs. 3 GG sind erste Belege. Entstehungsgeschichtlich kommt hinzu, dass Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG nicht nur eine Antwort auf den NS-Staatsterror geben will, sondern auch auf die Exzesse einer ungebändigten „Privatrechtsgesellschaft". Exemplarisch in Erinnerung zu rufen sind nur die judenfeindlichen Boykotte der Wirtschaft sowie die sanktionslosen[118] Verwüstungen in der Reichspogromnacht. Bereits im „Darstellenden Teil" des „*Herrenchiemsee-Berichts*" heißt es deshalb *expressis verbis*: „Art. 1 soll auch Privatpersonen verpflichten."[119] Zur Verdeutlichung wird im nächsten Satz sogleich das Beispiel der „Arbeiterversklavung" durch einen privaten Unternehmer angeführt. Objektiv macht es für die betroffenen Arbeitnehmer ebenfalls keinen Unterschied, ob ihre fundamentalen Schutzrechte von staatlichen oder privaten Unternehmen missachtet werden. Insgesamt kann somit auch in Bezug auf die unmittelbare Drittwirkung von Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG von keiner „Offenheit" des Grundgesetzes die Rede sein.

c) Die Bindung des Grundrechtsträgers

Zum Kernbestand der Menschenwürde gehört das Recht auf Selbstbestimmung, das zivilrechtlich in Form der Privatautonomie zur Geltung gelangt. Man versteht darunter die Freiheit, Privatrechtsverhältnisse nach eigenem Willen begründen und ausgestalten zu können, ohne Präferenzen rechtfertigen zu müssen.[119a] Wie andere

---

[114] BVerfGE 96, 56 ff. (2. Leitsatz); zustimmend *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 63.

[115] Vgl. *Starck*, JZ 1989, 338 f. (338 f.); *Zimmermann*, FamRZ 1981, 929 ff. (932 ff.).

[116] BGBl. 1992 II, S. 121 ff. (125).

[117] S. auch näher *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat (oben Fn. 21), S. 150 ff.

[118] Verpflichtet wurden stattdessen die Geschädigten durch die „Verordnung zur Wiederherstellung des Straßenbildes bei jüdischen Gewerbebetrieben" v. 12. 11. 1938, RGBl. 1938 I, S. 1581.

[119] Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, S. 21; vgl. auch JöR 1 (1951), 51.

[119a] Vgl. auch BVerfGE 72, 155 ff. (170); *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 4. Aufl. 1992, § 1,1; zur grundrechtlichen Verankerung s. näher *Höfling*, Vertragsfreiheit, 1991, S. 11 ff.; *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 18 ff.

Fundamentalgrundsätze ist aber auch die Privatautonomie kein Absolutum, sondern ein Rechtsprinzip, das seinen Sinn erst aus dem Zusammenspiel mit konkurrierenden Prinzipien voll entfaltet.

Zu diesen gegenläufigen Grundsätzen zählen seit dem Inkrafttreten des BGB im Jahr 1900 soziale Mindeststandards, die auch einen paternalistischen Schutz mit umfassen.[120] Systemkonform zu diesen einfachgesetzlichen Einschränkungen erklärt Art. 1 Abs. 2 GG die Menschenrechte für „unveräußerlich" und setzt damit dem Rechtsträger ebenfalls äußerste Grenzen.

Eine erste unverfügbare Grenze besteht darin, dass die Perspektive auf eine Veränderung der Lebensbedingungen[121] nicht gänzlich verloren gehen darf.[122] So kann sich der Einzelne zwar durch Dauerschuldverhältnisse selbstbestimmt in starke und lang andauernde Abhängigkeiten begeben, doch müssen diese irgendwann auch wieder aufhebbar sein. Zeitlich übermäßige, im Laufe der Zeit unverhältnismäßig belastende oder sogar ewige Bindungen sind daher unwirksam.[123] Auch eine General- oder Vorsorgevollmacht kann nicht unwiderruflich erteilt werden.[124] Ein weiteres gesetzliches Beispiel bildet § 311 b Abs. 2 BGB: „Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein künftiges Vermögen (…) zu übertragen (…), ist nichtig."

Während diese Schranke den Faktor Zeit berücksichtigt und vor allem die Reversibilität von Abhängigkeitsverhältnissen offen halten will, gibt es bestimmte Rechtsgüter, die von vornherein jeder rechtsgeschäftlichen Disposition entzogen sind. Dies gilt etwa für das Verbot der Veräußerung von Körperorganen gem. § 17 TPG i. V. m. § 134 BGB sowie nach h. M. für die Leihmutterschaft,[125] deren Vermittlung gem. § 13 c Adoptionsvermittlungsgesetz untersagt ist. Die eigene Rechtsfähigkeit kann man ebenfalls nicht aufgeben, und zwar weder im Rahmen eines „Armutsgelübdes"[126] noch im Wege eines freiwilligen „Versklavungsvertrags".[127] Auch beispielsweise einer Totalüberwachung am Arbeitsplatz kann man nicht wirksam zustimmen.[128]

2. Die Bindungswirkung der Grundrechte gem. Art. 2ff. GG

Normhierarchisch steht die Verfassung, insbesondere der Grundrechtskatalog, über den einfachen privatrechtlichen Gesetzen. Diese Vorrangstellung folgt direkt oder zumindest indirekt aus Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3, Art. 79, Art. 100 Abs. 1

---

[120] S. näher *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat (oben Fn. 21), S. 286 f. m. umf. N.

[121] S. hierzu auch *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat (oben Fn. 21), S. 104 ff.

[122] Vgl. auch BVerfGE 64, 261 ff. (272); 45, 187 ff. (245) jeweils zur lebenslangen Freiheitsstrafe.

[123] Vgl. nur *Flume*, Allgemeiner Teil (oben Fn. 119a), § 18, 2, b, dd; *Friedmann*, Recht und sozialer Wandel, 1969, S. 102 f.

[124] Vgl. nur *Flume*, Allgemeiner Teil (oben Fn. 119a), § 53,3; *Berger*, JZ 2000, 797 ff. (803).

[125] Vgl. *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar BGB, 5. Aufl. 2006, § 138 Rn. 66 m. w. N.

[126] Vgl. *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 2006, Rn. 154 m. Fn. 3.

[127] Vgl. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, S. 364 m. w. N.

[128] Vgl. nur *BAG* NZA 2008, 1187 ff. (1189 ff.); BAGE 111, 173 ff. (175 ff.); *Singer*, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht (oben Fn. 105), S. 245 ff. (261).

GG.[129] Sie ergibt sich zudem aus dem Sinn und Zweck der Verfassung als einem Akt fundamental-demokratischer Selbstbindung.

a) Die Bindung der Staatsgewalten

Entsprechend ihrem normhierarchischen Vorrang entfalten die Grundrechte gem. Art. 2 ff. GG eine Bindungswirkung gegenüber sämtlichen Staatsgewalten. Bereits die Verfassungsautoren hatten die Absicht, „die Grundrechte so zu formulieren, daß sie, wie Abs. 3 des Artikels 1 dann auch zum Ausdruck gebracht hat, als unmittelbar geltendes Recht angesehen werden können, das sowohl die Gesetzgebung wie Verwaltung und Rechtsprechung, und zwar sowohl des Bundes als auch der Länder in gleicher Weise bindet."[130] Diese Bindungswirkung erfasst nach ganz herrschender und zutreffender Ansicht den Privatrechtsgesetzgeber und damit *a fortiori* auch die Privatrechtsjudikatur.[131] Für eine teleologische Reduktion von Art. 1 Abs. 3 GG besteht kein Raum, zumal es wertungsmäßig keinen entscheidenden Unterschied macht, ob in Grundrechtspositionen durch öffentlichrechtliche Normen (z. B. nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz) oder durch privatrechtliche Normen (z. B. nach den nachbarrechtlichen Bestimmungen gem. §§ 906 ff. BGB) eingegriffen wird.[132]

b) Die Ungebundenheit der Privatrechtsakteure

Wie sich bereits *e contrario* zu Art. 1 Abs. 3 GG sowie aus einem weiteren Umkehrschluss zur drittwirkenden Regelung des Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG ergibt, sind die Akteure des Privatrechts in der Regel nicht an die Grundrechte gebunden. Die Verfassungsautoren intendierten lediglich eine Bindung der Privatrechtssubjekte an den Kern der Menschenrechte, nicht aber an die Grundrechte im Allgemeinen. Eine umfassende Bindung wäre auch unverhältnismäßig und würde die Privatautonomie massiv einschränken. Allein schon eine Bindung der Privatrechtsakteure an den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG hätte gravierende Auswirkungen auf die negative Abschlussfreiheit und die Pluralität des Marktes. Eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte wird deshalb von der ganz überwiegenden Meinung

---

[129] Vgl. *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 203 ff.; *Wahl*, Der Staat 20 (1981), 319 ff. (333 ff.); *Isensee*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte (oben Fn. 75), § 26 Rn. 42 m. w. N.

[130] *v. Mangoldt*, Anlage zum stenographischen Bericht der 9. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 6. Mai 1949, S. 5.

[131] Vgl. BVerfGE 81, 242 ff. (253); 63, 181 ff. (195); *Schwabe*, AöR 100 (1975), 442 ff. (442 ff.); *Hesse*, Verfassungsrecht, 20. Aufl. 1999, Rn. 355; *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1 (oben Fn. 41), § 76 IV 3 m. w. N.; a. A. *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1 ff. (7 ff.); *Herzog*, JR 1969, 441 ff. (443).

[132] Vgl. auch *Canaris*, JZ 1987, 993 ff. (993); *Pietzcker*, FS Dürig, 1990, S. 345 ff. (350); *Dreier*, Jura, 1994, 505 ff. (510).

abgelehnt.[133] Nur vereinzelt wurde vom *BAG*[134] sowie von einigen Autoren[135] (in zumeist abgeschwächter Form[136]) eine gegenteilige Ansicht vertreten.

Auch die sog. *etatistische Konvergenztheorie*, die privates Handeln im Rahmen der Rechtsordnung dem Staat zurechnet[137] und deshalb die potentielle Drittwirkung der Grundrechte zum Scheinproblem erklärt,[138] konnte sich nicht durchsetzen.[139] Sie nivelliert die Unterscheidung zwischen staatlicher und privater Verantwortung und ist vor allem mit der Idee der Privatautonomie als einer originären Kompetenz zur Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse nicht vereinbar.

V. Zur Einwirkung der Grundrechte[140]

Untersucht man in der weiteren Folge die konkreten Einwirkungen der Grundrechte auf das Privatrecht bieten sich zwei Darstellungsformen an: Zunächst eine primär deskriptive Rekonstruktion der höchstrichterlichen Rechtsprechung und sodann eine knappe dogmatische Analyse der strukturprägenden grundgesetzlichen Vorgaben.

---

[133] Vgl. nur *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 176 ff.; *Guckelberger*, JuS 2003, 1151 ff. (1153); *Rüfner*, GS Martens, 1987, S. 215 ff. (219); *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (oben Fn. 114), S. 11 ff. m. w. N.

[134] BAGE 1, 185 ff. (191 ff.); 4, 274 ff. (276 ff.).

[135] *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 356 ff.; *Nipperdey*, FS Molitor, 1962, S. 17 ff.; *Lücke*, JZ 1999, 377 ff. (378 f. unter Berufung auf Art. 19 Abs. 3 GG).

[136] Differenzierende und abgeschwächte Lösungen werden naheliegenderweise auch in Ländern vertreten, deren Verfassungswortlaut eine „unmittelbare Drittwirkung" impliziert; vgl. etwa *Sarlet*, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht (oben Fn. 105), S. 81 ff. (91 ff.) zu Art. 5 § 1 der brasilianischen Verfassung, der lautet: „Die definitorischen Grundrechtsnormen und -garantien werden unmittelbar angewandt."; *Mota Pinto*, in: Neuner, a. a. O., S. 105 ff. (107 ff.) zu Art. 18 Abs. 1 der portugiesischen Verfassung: „Die Verfassungsbestimmungen über die Rechte, Freiheiten und Garantien finden unmittelbare Anwendung und sind für öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Einrichtungen verbindlich."

[137] *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 14 ff., 26 ff., 62 ff.; *ders.*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 213 ff.

[138] *Schwabe*, AöR 100 (1975), 442 ff. (470).

[139] Vgl. nur *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 ff. (217 ff., 218: „Der Satz ‚ita ius esto' wird von den Parteien des Rechtsgeschäfts ausgesprochen"); *ders.*, AcP 185 (1985), 9 ff. (Erwiderung auf *Schwabe*, AcP 185 (1985), 1 ff.); *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1 (oben Fn. 41), § 76 III 1; *Pietzcker*, FS Dürig, 1990, S. 345 ff. (347 ff.); *Guckelberger*, JuS 2003, 1151 ff. (1152).

[140] Die Problematik ist mittlerweile auch international ein Schwerpunktthema: s. etwa zum japanischen Recht *Yamamoto*, FS Canaris, Bd. II, 2007, S. 897 ff.; zum griechischen Recht *Doris*, FS Canaris, Bd. II, 2007, S. 535 ff.; zum schweizerischen Recht *Egli*, Drittwirkung von Grundrechten, 2002; *Seedorf*, Die Wirkung der Grundrechte im Privatrecht in Südafrika, 2005; zum brasilianischen Recht *Sarlet*, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht (oben Fn. 105), S. 81 ff.; zum portugiesischen Recht *Mota Pinto*, in: Neuner, a. a. O., S. 105 ff.; zum spanischen Recht *Ubillos*, in: Neuner, a. a. O., S. 119 ff.; zum ungarischen Recht *Halmai*, in: Sajó/Uitz, The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism, 2005, S. 99 ff.; zum französischen Recht *Troper*, in: Sajó/Uitz, a. a. O., S. 115 ff.; zur US-amerikanischen state-action-doctrine *Giegerich*, Privatwirkung der Grundrechte in den USA, 1992; zur Drittwirkung der Grundfreiheiten im Gemeinschaftsrecht *Herresthal*, in: Neuner, a. a. O., S. 177 ff.

1. Entwicklungslinien

Bereits im 1. Band der amtlichen Sammlung[141] erläutert das *BVerfG* die Eigentumsgarantie sowie die Wechselwirkungen zwischen der Verfassung und dem einfachen Gesetz: „Art. 14 GG schützt das Rechtsinstitut des Eigentums, so wie es das bürgerliche Recht und die gesellschaftlichen Anschauungen geformt haben."[142] Demnach wird von Art. 14 GG insbesondere nicht das Vermögen als solches erfasst.[143] Weitere Entscheidungen befassen sich vor allem mit den Gleichheitssätzen des Art. 3 GG[144] sowie mit Art. 6 GG.[145] Zu Art. 6 Abs. 1 GG hebt das *BVerfG* hervor, dass es „nicht nur ein ‚klassisches Grundrecht' zum Schutze der spezifischen Privatsphäre von Ehe und Familie sowie Institutsgarantie (ist), sondern darüber hinaus zugleich eine Grundsatznorm, das heißt eine verbindliche Wertentscheidung für den gesamten Bereich des Ehe und Familie betreffenden privaten und öffentlichen Rechts."[146]

a) Die Ära nach dem „Lüth-Urteil" im Jahr 1958

Die erste strukturprägende Entscheidung für das gesamte Privatrecht bildet das im Jahr 1958 ergangene „*Lüth-Urteil*"[147]. Gegenstand der Entscheidung war ein Aufruf des Vorsitzenden des Hamburger Presseklubs *Erich Lüth* zum Boykott des Films „*Unsterbliche Geliebte*" des Regisseurs *Veit Harlan*, der während der NS-Zeit unter anderem den Film „*Jud Süß*" gedreht hatte. Das Zivilgericht wertete diesen Boykottaufruf als sittenwidrige Schädigung gem. § 826 BGB. Das *BVerfG* hob das Urteil wegen Verletzung des Grundrechts des Beschwerdeführers *Lüth* auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG auf. Bereits in den ersten Leitsätzen wird ausgeführt, dass die Grundrechte zwar in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat sind, doch verkörpern sie „auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt. Im bürgerlichen Recht entfaltet sich der Rechtsgehalt der Grundrechte mittelbar durch die privatrechtlichen Vorschriften. (…) Der Zivilrichter kann durch sein Urteil Grundrechte verletzen (§ 90 BVerfGG), wenn er die Einwirkung der Grundrechte auf das bürgerliche Recht verkennt."[148] Das *BVerfG* folgte damit grundrechtsdogmatisch der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung, zu deren Hauptrepräsentanten *Günter Dürig* zählte.[149]

---

[141] Die folgende Darstellung beschränkt sich vorwiegend auf exemplarische Urteile, die in der amtlichen Entscheidungssammlung abgedruckt sind; s. ergänzend auch den Überblick bei *Krause* JZ 1984, 656 ff., 711 ff., 828 ff.

[142] BVerfGE 1, 264 ff. (4. Leitsatz).

[143] BVerfGE 4, 7 ff. (4. Leitsatz).

[144] S. z. B. BVerfGE 4, 7 ff. (19 ff.); 5, 9 ff. (21 f.).

[145] Zu Art. 9 GG (Schutz der Koalition als solcher) s. bereits oben Fn. 42.

[146] BVerfGE 6, 55 ff. (5. Leitsatz).

[147] BVerfGE 7, 198 ff.

[148] BVerfGE 7, 198 ff. (Leitsätze 1 bis 3).

[149] S. vor allem *Dürig*, FS Nawiasky, 1956, 157 ff. (176 ff.).

Die Lehre von der sog. Ausstrahlungs- oder mittelbaren Drittwirkung verfestigte sich fortan in der Rechtsprechung des *BVerfG*[150] und wurde ähnlich wie im *Lüth-Urteil* immer wieder zur Bestimmung der Reichweite und Wirkkraft des Art. 5 GG herangezogen. Beispielhaft hervorzuheben sind die „*Blinkfüer-Entscheidung*" (Aufruf zum Boykott eines Presseunternehmens),[151] die „*Mephisto-Entscheidung*" (Verbot der Veröffentlichung des Buchs von *Klaus Mann* „*Mephisto – Roman einer Karriere*")[152] sowie das „*Lebach-Urteil*" (Untersagung der Ausstrahlung des Dokumentarfilms „*Der Soldatenmord von Lebach*").[153] Die Grenzen der Meinungsfreiheit wurden ferner in Bezug auf Wahlwerbung in Betrieben,[154] politische Auseinandersetzungen,[155] unrichtige Zitate („*Heinrich Böll*"),[156] herabsetzende Kritik,[157] Undercover-Journalismus („*Günther Wallraff*")[158] sowie beleidigende Karikaturen („*Franz Josef Strauß*")[159] bestimmt.

Mit dem Grundrecht der Meinungsfreiheit ist regelmäßig der Persönlichkeitsschutz nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG abzuwägen, der deliktsrechtlich primär durch die §§ 823, 1004 BGB gewährleistet wird. Das *BVerfG* entschied in dem „*Soraya-Beschluss*", dass die zivilgerichtliche Rechtsprechung, nach der bei schweren Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein Anspruch auf immateriellen Schadensersatz besteht, mit dem Grundgesetz vereinbar ist.[160] In einer weiteren deliktsrechtlichen Entscheidung stellte das *BVerfG* fest, dass die Haftung eines Sachverständigen durch die Gerichte nicht dahingehend eingeschränkt werden darf, dass dieser selbst für die Folgen einer grob fahrlässigen Falschbegutachtung nicht einzustehen hat (vgl. jetzt § 839 a BGB).[161] Ferner wurde judiziert, dass bei einem ärztlichen Kunstfehler eine Beweislastumkehr zulasten des Arztes nicht von der Verfassung gefordert wird.[162]

Der Schutz des Eigentums gem. Art. 14 Abs. 1 GG wurde zunächst in der „*Feldmühle-Entscheidung*" (betreffend die Umwandlung von Kapitalgesellschaften) näher bestimmt.[163] Weitere Entscheidungen betrafen § 9 GrdstVG (zur ungesunden Bodenverteilung).[164] Ferner wurde das Urheberrecht als Nutzungsrecht unter die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG subsumiert.[165] Eine Zwangsversteigerung zum Schleuderpreis wurde als Verletzung der Eigentumsgarantie erachtet.[166] Auch der weitgehende Ausschluss der Kündigungsbefugnis privater Verpächter von Klein-

---

[150] Vgl. nur BVerfGE 73, 261 ff. (269); 42, 143 ff. (148).
[151] BVerfGE 25, 256 ff.
[152] BVerfGE 30, 173 ff.
[153] BVerfGE 35, 202 ff.
[154] BVerfGE 42, 133 ff.
[155] BVerfGE 42, 163 ff.; s. auch BVerfGE 61, 1 ff.
[156] BVerfGE 54, 208 ff.; s. auch BVerfGE 54, 148 ff.
[157] BVerfGE 60, 234 ff.
[158] BVerfGE 66, 116 ff.
[159] BVerfGE 75, 369 ff.
[160] BVerfGE 34, 269 ff. (mit grundlegenden Ausführungen zur Rechtsfortbildung).
[161] BVerfGE 49, 304 ff.
[162] BVerfGE 52, 131 ff.
[163] BVerfGE 14, 263 ff.
[164] BVerfGE 21, 73 ff.; 21, 92 ff.; 21, 99 ff.; 21, 306 ff.
[165] BVerfGE 31, 229 ff.; s. auch BVerfGE 31, 275 ff.
[166] BVerfGE 46, 325 ff.

gartenland wurde als verfassungswidrig angesehen.[167] Im Einklang mit dem Grundgesetz steht hingegen nach Ansicht des *BVerfG*, dass das Wasserhaushaltsgesetz das unterirdische Wasser zur Sicherung einer funktionsfähigen Wasserbewirtschaftung einer vom Grundstückseigentum getrennten öffentlich-rechtlichen Benutzungsordnung unterstellt.[168]

Die Eigentumsgarantie wurde ferner in mehreren Entscheidungen speziell unter dem Aspekt des Mieterschutzes näher bestimmt. So kann der Hauseigentümer eine Wahlwerbung des Mieters an der Außenwand der Mietwohnung mit einer Unterlassungsklage gem. § 1004 BGB abwehren.[169] Mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG ist andererseits vereinbar, dass der Gesetzgeber das Kündigungsrecht des Vermieters von Wohnraum von einem berechtigten Interesse abhängig macht[170] und Erhöhungen des Mietzinses nur um höchstens 30% zulässt.[171]

Die wohl größte Zahl der Entscheidungen erging zum Familienrecht. Das *BVerfG* erklärte verschiedene Vorschriften zur elterlichen Sorge,[172] zur Vaterschaft,[173] zu den Rechten unehelicher Kinder,[174] zum Adoptionsrecht,[175] zum Ehe- und Familiennamen,[176] zur Schlüsselgewalt,[177] zum Unterhaltsrecht[178] sowie zum Scheidungsrecht[179] für verfassungskonform. Teilweise wurden Vorschriften zum Ehe- und Familiennamen,[180] zur Benachteiligung der Ehe im Konkurs,[181] zu Eheverboten,[182] zum Scheidungsrecht,[183] zu den Rechten unehelicher Kinder[184] sowie zur elterlichen Sorge[185] aber auch für verfassungswidrig erklärt. Auch in zahlreichen weiteren Entscheidungen, wie etwa zur Eheschließungsfreiheit,[186] zur Pflegschaftsbestellung[187] oder zur Witwenrente,[188] stand die Auslegung von Art. 6 GG im Vordergrund.[189]

---

[167] BVerfGE 52, 1 ff.

[168] BVerfGE 58, 300 ff.

[169] BVerfGE 7, 230 ff.

[170] BVerfGE 68, 361 ff.; s. zur Wohnraumkündigung ferner BVerfGE 79, 283 ff.; 79, 292 ff.; 81, 29 ff.

[171] BVerfGE 71, 230 ff.; s. zu den Anforderungen an ein Mieterhöhungsverlangen auch BVerfGE 79, 80 ff.

[172] BVerfGE 31, 194 ff.; 55, 171 ff.; 56, 363 ff.; 64, 180 ff.; 68, 176 ff.; 75, 201 ff. und 79, 51 ff. (jeweils zur verfassungskonformen Auslegung von § 1632 Abs. 4 BGB).

[173] BVerfGE 38, 241 ff.

[174] BVerfGE 8, 210 ff.; 17, 280 ff.; 26, 44 ff.; 26, 206 ff. und 26, 265 ff. (jeweils zur verfassungskonformen Auslegung von mittlerweile aufgehobenen Vorschriften); 44, 1 ff.; 58, 377 ff.

[175] BVerfGE 24, 119 ff.

[176] BVerfGE 17, 168 ff.; 19, 177 ff.; 78, 38 ff.

[177] BVerfGE 81, 1 ff.

[178] BVerfGE 22, 93 ff.; 57, 361 ff.; 66, 84 ff.; 68, 256 ff.

[179] BVerfGE 53, 224 ff.; 53, 257 ff.; 60, 329 ff.

[180] BVerfGE 19, 177 ff.; 48, 327 ff.

[181] BVerfGE 24, 104 ff.

[182] BVerfGE 36, 146 ff. (zum Eheverbot der Geschlechtsgemeinschaft).

[183] BVerfGE 55, 134 ff.; 57, 361 ff. (jeweils zur Berücksichtigung außergewöhnlicher Härten); 63, 88 ff., 71, 354 ff. (jeweils zur ausnahmslosen Anordnung des Versorgungsausgleichs).

[184] BVerfGE 25, 167 ff. (zur Anrechnung einer Waisenrente).

[185] BVerfGE 61, 358 ff. (zur zwingenden Übertragung auf ein Elternteil).

[186] BVerfGE 31, 58 ff.

[187] BVerfGE 33, 236 ff.

[188] BVerfGE 62, 323 ff.

[189] Vgl. ferner BVerfGE 11, 64 ff.; 34, 165 ff.; zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung s. bereits oben bei Fn. 114 ff.

Speziell der Mutterschutz in Arbeitsverhältnissen gem. Art. 6 Abs. 4 GG wurde unter den Aspekten der Mitteilungspflicht[190] sowie der Lohnfortzahlung[191] thematisiert. Generell zum Arbeitsrecht ergingen Entscheidungen namentlich zu den Voraussetzungen von unbefristeten Arbeitsverhältnissen,[192] zur verfassungswidrigen Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten[193] sowie zur Auslegung von Sozialplänen.[194]

Schließlich gab es unter anderem Entscheidungen zur Verfassungskonformität einzelner zivilrechtlicher Normen (§ 656 BGB Ausschluss der Klagbarkeit des Ehemäklerlohns,[195] § 1357 Abs. 1 BGB „Schlüsselgewalt",[196] §§ 12, 13 Höfeordnung[197]), zur Auslegung des Gleichheitssatzes,[198] zur Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts,[199] zur Rückwirkung von Gesetzen[200] sowie zum rechtlichen Gehör.[201]

b) Die Ära nach der „Handelsvertreter-Entscheidung" im Jahr 1990

Die zweite strukturprägende Entscheidung für das Privatrecht verkörpert der „*Handelsvertreter-Beschluss*"[202] aus dem Jahr 1990. In diesem *leading case* zur Karenzentschädigung von Handelsvertretern wurde jene Schutzpflichtenlehre dem Grunde nach übernommen, die für das Privatrecht vor allem *Claus-Wilhelm Canaris* entwickelt hatte.[203] Zugleich hob das *BVerfG* hervor, dass „der entsprechende Schutzauftrag der Verfassung" sich auch auf „Fälle gestörter Vertragsparität" bezieht.[204] Damit war eine „neue" Grundrechtsfunktion für das Privatrecht höchstrichterlich aktiviert, die zugleich dem Schutz des „Schwächeren" im Vertragsrecht diente.

Die Rechtsprechung zu den grundrechtlichen Schutzpflichten wurde im „*Bürgschafts-Beschluss*" fortgeführt.[205] Das *BVerfG* betonte in dieser Entscheidung, dass den Zivilgerichten ganz generell die Pflicht zur Inhaltskontrolle von Verträgen obliegt, „die einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind."[206] In der weiteren Folge wurden

---

[190] BVerfGE 32, 273 ff.; 52, 357 ff.; 55, 154 ff.
[191] BVerfGE 37, 121 ff.
[192] BVerfGE 59, 231 ff. (Rundfunkanstalten).
[193] BVerfGE 62, 256 ff. (Kündigungsfristen).
[194] BVerfGE 73, 261 ff.
[195] BVerfGE 20, 31 ff.
[196] BVerfGE 81, 1 ff.
[197] BVerfGE 67, 329 ff.
[198] BVerfGE 9, 201 ff.; 56, 139 ff.; 58, 163 ff.
[199] BVerfGE 7, 342 ff. (Urlaubsgesetz); 45, 297 ff. (Enteignung); s. auch *Krause*, JZ 1984, 656 ff. (661 ff.) m. w. N.
[200] BVerfGE 25, 371 ff.; 31, 222 ff.; 45, 142 ff.; 77, 370 ff.
[201] BVerfGE 60, 7 ff.; 60, 305 ff.; 63, 177 ff.
[202] BVerfGE 81, 242 ff.
[203] *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 ff.
[204] BVerfGE 81, 242 ff. (256).
[205] S. zur Entwicklung der Rechtsprechung auch *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 146 ff.; *ders.*, JZ 2009, 389 ff. m. w. N.
[206] BVerfGE 89, 214 ff. (Leitsatz).

neben Bürgschaftsverträgen namentlich auch Ehe-[207] und Versicherungsverträge[208] einer Inhaltskontrolle unterzogen.

Neben dem „neuen" Erklärungsmodell der Grundrechte als Schutzpflichten ist dogmatisch kennzeichnend, dass die Rechtsprechung die Art. 2 ff. GG nicht allein in einem liberal-abwehrrechtlichen Sinn versteht. Bereits im „*Handelsvertreter-Beschluss*" wurden die grundrechtlichen Schutzpflichten über das Recht der unerlaubten Handlungen hinaus auf das Vertragsrecht erstreckt. Demgemäß interpretiert das *BVerfG* zahlreiche Grundrechte auch als soziale Rechte im Sinne der *iustitia distributiva* und entnimmt beispielsweise der Berufsfreiheit des Art. 12 GG einen kompletten Kanon an arbeitsrechtlichen Schutzrechten.[209] Der Wirkkreis des Art. 12 GG erfasst mittlerweile alle zentralen Bereiche des Arbeitsrechts,[210] beginnend mit der Abschlussfreiheit über die vertragliche Inhaltskontrolle, den Arbeitsplatzschutz, die Mitbestimmung bis hin zum Tarifvertragsrecht.[211]

Des Weiteren folgerte das *BVerfG* aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG ein Besitzrecht des Mieters an der Wohnung.[212] Dieses Besitzrecht des Mieters erstreckt sich auf die Mitbenutzung des Treppenhauses, so dass einem behinderten Mieter ein Anspruch auf Einbau eines (selbstfinanzierten) Treppenlifts zustehen kann[213] (nunmehr geregelt in § 554 a BGB). Ähnlich hat das *BVerfG* in Bezug auf die Anbringung einer Fernsehantenne ausgeführt, dass „das von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 GG geschützte Interesse ausländischer Mieter am Empfang von Rundfunkprogrammen ihres Heimatlandes bei der Abwägung mit den Eigentumsinteressen des Vermieters zu berücksichtigen (ist)."[214] Zugunsten einer suizidgefährdeten und chronisch kranken Mieterin entschied das *BVerfG*, dass in besonders gelagerten Einzelfällen „die Räumungsvollstreckung für einen längeren Zeitraum und – in absoluten Ausnahmefällen – auf unbestimmte Zeit einzustellen ist."[215] Im Übrigen beschäftigte sich das *BVerfG* schwerpunktmäßig mit dem Kündigungsschutz, insbesondere unter dem Aspekt der Eigenbedarfskündigung.[216]

Einen weiteren Schwerpunkt bildete die Meinungs- und Pressefreiheit.[217] Nach Ansicht des *BVerfG* tritt der Schutz von Meinungsäußerungen, die eine Schmähung darstellen, regelmäßig hinter den Persönlichkeitsschutz zurück;[218] auch bei der Veröffentlichung von Fotos Prominenter mit ihren Kindern kommt eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG in Betracht (*Caroline von Monaco*).[219] Bei sati-

---

[207] BVerfGE 103, 89 ff.

[208] BVerfGE 114, 1 ff.

[209] Vgl. BVerfGE 84, 133 ff. (146 ff.); 97, 169 ff. (175 ff.).

[210] Mehrere Entscheidungen ergingen im Übrigen zu arbeitsrechtlichen Bestimmungen des Einigungsvertrags; vgl. BVerfGE 84, 133 ff.; 85, 360 ff.; 92, 140 ff.; 96, 152 ff.; 96, 189 ff.; 96, 205 ff.

[211] S. ausführlich *Dieterich*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2010, Art. 12 GG Rn. 4, 30 ff. m. umf. N.

[212] BVerfGE 89, 1 ff.

[213] BVerfG, NJW 2000, 2658 ff.

[214] BVerfGE 90, 27 ff. (36).

[215] BVerfG, NZM 2005, 657 ff. (1. Leitsatz).

[216] BVerfGE 83, 82 ff.; 84, 197 ff. (gewerblicher Zwischenvermieter); 84, 366 ff.; 84, 382 ff.

[217] Vgl. BVerfGE 85, 1 ff.; 86, 122 ff. (im Rahmen eines Ausbildungsverhältnisses); 99, 185 ff.; 102, 347 ff.; 114, 339 ff. (Bezeichnung als „Stasi-Mitarbeiter").

[218] BVerfGE 82, 272 ff.

[219] BVerfGE 101, 361 ff.

rischen Meinungsäußerungen („geb. Mörder") zog das *BVerfG* besondere Prüfungsmaßstäbe heran[220] und beurteilte auch ein literarisches Werk, das Wirklichkeitsbezüge unter Vermengung tatsächlicher und fiktiver Schilderungen aufwies, differenziert im Hinblick auf Verletzungen der Intimsphäre („*Maxim Biller*").[221] Eine Schockwerbung mit dem Foto eines nackten menschlichen Gesäßes, auf das die Worte „*H. I. V. POSITIVE*" aufgestempelt waren, befand das *BVerfG* entgegen der Ansicht des *BGH* als rechtmäßig.[222]

Im Familienrecht erachtete das *BVerfG* das Lebenspartnerschaftsgesetz,[223] den Ausschluss von Kindesdoppelnamen,[224] die grundsätzliche Zuweisung des Sorgerechts an die Mutter eines nichtehelichen Kindes[225] sowie die Ablehnung der Verwertung heimlich eingeholter genetischer Abstammungsgutachten[226] für verfassungskonform. Für verfassungswidrig wurde hingegen der zwingende Sorgerechtswechsel bei Ehelicherklärung des nichtehelichen Kindes,[227] die Stellung des nichtehelichen Vaters im Adoptionsverfahren,[228] der ausnahmslose Ausschluss des leiblichen Vaters eines Kindes von dem Anfechtungsrecht und dem Umgangsrecht in Fällen sozial-familiärer Beziehung sowie der Ausschluss eines durch frühere Eheschließung erworbenen und geführten Familiennamens bei der Bestimmung des Ehenamens in einer neuen Ehe erklärt.[229] Ferner wurden in einem Nichtannahmebeschluss keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Beurteilung der vorkonstitutionellen „Kranzgeld-Regelung" gem. § 1300 a. F. als verfassungswidrig erhoben.[230]

Im Erbrecht wurden die Normen über das Pflichtteilsrecht der Kinder (§ 2303 Abs. 1 BGB), über die Pflichtteilsentziehungsgründe des § 2333 Nr. 1 und 2 BGB a. F. sowie über den Pflichtteilsunwürdigkeitsgrund der §§ 2345 Abs. 2, 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB für grundgesetzkonform erachtet.[231] Der generelle Ausschluss schreib- und sprechunfähiger Personen von der Testiermöglichkeit wurde hingegen als Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG gewertet.[232] Fachgerichtliche Entscheidungen zu einer „Ebenbürtigkeitsklausel" in einem Erbvertrag wurden aufgehoben, weil insbesondere zu prüfen gewesen wäre, ob eine Beeinträchtigung der Eheschließungsfreiheit des Erben vorliegt („*Hohenzollern-Beschluss*").[233]

---

[220] BVerfGE 86, 1 ff.
[221] BVerfGE 119, 1 ff.
[222] BVerfGE 102, 347 ff.
[223] BVerfGE 105, 313 ff.
[224] BVerfGE 104, 373 ff.
[225] BVerfGE 107, 150 ff.; s. jetzt aber auch *BVerfG*, Beschluss vom 21. 07. 2010 – 1 BvR 420/09 (wonach es das Elternrecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes verletzt, dass er ohne Zustimmung der Mutter generell von der Sorgetragung für sein Kind ausgeschlossen ist).
[226] BVerfGE 117, 202 ff. (verbunden mit der Pflicht des Gesetzgebers, ein rechtsförmiges Verfahren bereitzustellen).
[227] BVerfGE 84, 168 ff.
[228] BVerfGE 92, 158 ff.
[229] BVerfGE 109, 256 ff.
[230] BVerfG FamRZ 1993, 662.
[231] BVerfG NJW 2005, 1561 ff. (2. Leitsatz).
[232] BVerfGE 99, 341 ff.
[233] *BVerfG* NJW 2004, 2008 ff.

2. Streitpunkte

Die moderne Schutzpflichten-Lehre des *BVerfG* überzeugt konstruktiv, die Umdeutung der Art. 2 ff. GG in soziale Rechte erscheint indes fragwürdig.

a) Zur Schutzpflichtenlehre[234]

Sowohl der Wortlaut zahlreicher Grundrechte („zu schützen", „gewährleisten", „Rechte anderer") als auch die tradierte Staatsfunktion der umfassenden Friedenssicherung sprechen für die Annahme von Schutzpflichten.[235] Ohne Schutzpflichten käme es gerade auch im Privatrecht zu unbilligen Asymmetrien, wenn ein Angreifer oder Emittent jene Regelungen, die seine Handlungsfreiheit einschränken, verfassungsrechtlich überprüfen lassen könnte, während dem Beeinträchtigten keine entsprechenden Optionen zum Schutz seines Integritätsinteresses offen stünden.[236] Die Schutzpflichten-Lehre vermag zudem die Schwächen der herkömmlichen Theorie der mittelbaren Drittwirkung zu kompensieren. Sie setzt insbesondere keine Generalklauseln oder unbestimmten Rechtsbegriffe als Einwirkungstore des Verfassungsrechts voraus, sondern die Grundrechte können sich auch im Wege einer den Normtext überschreitenden Rechtsfindung Geltung verschaffen.[237] Methodologisch wird damit neben einer verfassungskonformen Auslegung die Möglichkeit einer verfassungskonformen Rechtsfortbildung geschaffen. Um eine bloße verfassungskonforme Auslegung handelt es sich beispielsweise bei der Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als „sonstiges Recht" im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, wohingegen die Gewährung von Schmerzensgeld nach Maßgabe der Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG[238] sich nicht mehr auf den Wortlaut des § 253 Abs. 2 BGB (bzw. § 847 BGB a. F.) stützen lässt.

Schutzpflichten haben nicht nur eine liberal-abwehrrechtliche, sondern auch eine sozial-teilhaberechtliche Dimension.[239] Dies folgt bereits aus Art. 1 Abs. 1 GG. Das *BVerfG* betont zu Recht, dass der Staat die Menschenwürde auch positiv schützen

---

[234] Zum Untermaßverbot, d. h. wie der Schutz mindestens auszugestalten ist, s. unten im Text bei Fn. 253 ff.

[235] S. näher *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 3 ff.; *Klein*, JuS 2006, 960 ff. (960); ausführlich zu den verschiedenen Herleitungsthesen von Schutzpflichten *Störring*, Das Untermaßverbot in der Diskussion, 2009, S. 29 ff.; *Calliess*, JZ 2006, 321 ff. (322 ff.).

[236] S. auch *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, 1990, S. 96 ff.

[237] Vgl. auch *Mota Pinto*, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht (oben Fn. 105), S. 105 ff. (113 f.).

[238] S. nur *BGH* NJW 2005, 215 ff. (216) m. w. N.; anfangs wurde der Anspruch noch auf eine Analogie zu § 847 BGB a. F. gestützt; vgl. Palandt/*Grüneberg*, BGB, 69. Aufl. 2010, § 253 Rn. 10 m. w. N.; s. ferner zum „*Soraya-Beschluss*" des *BVerfG* auch schon oben bei Fn. 160.

[239] A. A. *Isensee*, in: ders. (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2007, S. 239 ff. (266 ff.), der der Rechtsprechung des *BVerfG* „geradezu groteske Züge" vorhält (a. a. O., Fn. 65) und sich auch kritisch zu *Eichenhofer* äußert (a. a. O., S. 273 „bizarre Logik"), der als „ein eindrucksvolles Bild von der Alltäglichkeit rassistischer Ausgrenzung schon in den ersten Monaten der NS-Diktatur" auf den Roman „*Die Geschwister Oppermann*" aus der „*Wartesaal-Trilogie*" von *Lion Feuchtwanger* verwies (DVBl. 2004, 1078 ff., 1081).

muss:[240] „Wenn einem Menschen die zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins notwendigen materiellen Mittel fehlen, (…) ist der Staat im Rahmen seines Auftrags zum Schutz der Menschenwürde und in Ausfüllung seines sozialstaatlichen Gestaltungsauftrags verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die materiellen Voraussetzungen dafür dem Hilfebedürftigen zur Verfügung stehen. Dieser objektiven Verpflichtung aus Art. 1 I GG korrespondiert ein Leistungsanspruch des Grundrechtsträgers (…).“[241]

b) Zur sozialen Dimension der Grundrechte

Das *BVerfG* interpretiert neben Art. 1 Abs. 1 GG auch einzelne Grundrechte gem. Art. 2 ff. GG als soziale Rechte mit entsprechenden (Um-)Verteilungseffekten.[242] Darüber hinausgehend plädiert *Peter Häberle* ganz generell für einen entsprechenden Ausbau der grundrechtlichen Statuslehre und sieht die Grundrechte unter einem „sozialen Vorbehalt“, der durch das Sozialstaatsprinzip i. V. m. Art. 3 GG vermittelt wird.[243] Bezeichnenderweise findet man ein vergleichbares „realistisches“ Rechtsverständnis auch im Privatrecht, wonach zu den Gültigkeitsvoraussetzungen einer Willenserklärung neben formalen Kriterien die faktisch-wirtschaftlichen Handlungsmöglichkeiten gehören.[244]

Die These von der Sozialgebundenheit der Grundrechte trägt dem Umstand Rechnung, dass das Soziale eine Vorbedingung für die Wahrnehmung individueller und kollektiver Freiheit ist, eine faktische Gleichbehandlung der Rechtsunterworfenen gewährleistet und letztlich im Konzept der Menschenwürde wurzelt. Die Gegenthese von der „Verfassung ohne soziale Grundrechte“[245] überzeugt schon methodologisch nicht, weil das Grundgesetz an verschiedenen Stellen für soziale Menschenrechte offen ist und die abwehrrechtlichen Bestimmungen gem. Art. 2 ff. GG keine enumerative Regelung bilden. Nach den Worten des Berichterstatters im Parlamentarischen Rat, *Carlo Schmid*, hat man sich „mit einigen wenigen Ausnahmen (…) auf die sogenannten klassischen Grundrechte beschränkt und bewußt darauf verzichtet, die sogenannten Lebensordnungen zu regeln. Hätte man dies hier versucht, so wäre man, wenigstens nach Auffassung der Mehrheit dieses Hauses, über die durch den Auftrag, nur ein Provisorium zu schaffen, gezogenen Grenzen hinausgegangen.“[246]

Methodologisch ist allerdings auch die Annahme einer Sozialgebundenheit der Art. 2 ff. GG wenig überzeugend, da die Verfassungsgeber sich bewusst auf die Nor-

---

[240] BVerfGE 109, 279 ff. (310); 107, 275 ff. (284).

[241] NJW 2010, 505 ff. (Rz. 134).

[242] Vgl. oben bei Fn. 204 ff.

[243] VVDStRL 30 (1972), 43 ff. (69 ff.); s. auch *Grimm*, in: Koslowski et al., Chancen und Grenzen des Sozialstaats, 1983, S. 41 ff. (55 f.).

[244] S. *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 123 ff.

[245] So bereits der Titel des Beitrags von *Isensee*, Der Staat 19 (1980), 367 ff.; aus neuerer Zeit s. namentlich *Ladeur*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2004, S. 43 ff.

[246] Parlamentarischer Rat. Stenographische Berichte über die Plenarsitzungen, 1948/49, S. 172; ähnlich *v. Mangoldt*, DÖV 1949, 261 ff. (261).

mierung der „klassischen Grundrechte“ im abwehrrechtlichen Sinn beschränkten. Soziale Rechte lassen sich daher im Wesentlichen nur im Wege der Rechtsfortbildung als ungeschriebene Grundrechte gewinnen.[247] Damit verbunden ist eine entsprechende Argumentationslast, doch bietet vor allem die menschenrechtliche Generalklausel des Art. 1 Abs. 2 GG eine entsprechende Begründungsbasis. Durch diese Trennung von liberalen und sozialen Grundrechten wird ein hohes Maß an Transparenz geschaffen, indem gegenläufige Prinzipien nicht synkretistisch zusammengeführt werden, sondern Einschränkungen der Freiheit, Umverteilungsprozesse und soziale Bedürfnisse klar benannt werden. Zudem wird dem Umstand Rechnung getragen, dass liberale und soziale Rechte aufgrund ihrer unterschiedlichen Zweckrichtungen eigenständige dogmatische Strukturen aufweisen.

c) Zu den Spezifika sozialer Grundrechte

Soziale Rechte sind ebenso wie liberale Rechte ein unverzichtbarer Bestandteil der Menschen- und Grundrechtsidee mit jeweils analoger Wirkkraft und Legitimation. Beide Grundrechtsarten sind gleichermaßen „justitiabel“ und gelten als Rechtsprinzipien unmittelbar, nicht nur „gesetzesmediatisiert“.[248] Was für die freiheitlichen Arbeitgebergrundrechte gilt, gilt ebenso für die sozialen Grundrechte der Arbeitnehmerschaft. Beide Grundrechtsarten unterscheiden sich auch unter haushaltsrechtlichen Gesichtspunkten nicht wesentlich. Gerade im Privatrecht führen soziale Schutzmechanismen in der Regel zu keinem Eingriff in die Haushaltskompetenz des Parlaments, sondern bewirken eine direkte Umverteilung zulasten einzelner Privatrechtsakteure. Davon abgesehen ist der Schutz des *status positivus libertatis* ebenso mit potentiellen Kosten verbunden wie die Gewährleistung sozialer Standards.[249] Die sozialen Grundrechte sind also keine Grundrechte „2. Klasse“, doch folgen sie eigenen dogmatischen Gesetzlichkeiten.

Ein erster grundlegender Unterschied zwischen liberalen und sozialen Rechten besteht in deren Wahrnehmung und Ausübung. Liberale Rechte sind dadurch gekennzeichnet, dass der Rechtsträger den jeweiligen Begriff der Freiheit für sich definieren und über ihren Gebrauch selbstbestimmt entscheiden kann. Demgemäß ist die Disposition über grundrechtlich geschützte Freiheiten, insbesondere im Rahmen vertraglicher Verpflichtungen, weder ein Grundrechtseingriff noch ein Grundrechtsverzicht.[250] Soziale Rechte schränken hingegen die Privatautonomie ein (z. B. Arbeitnehmerschutzrechte) oder begründen Leistungsrechte (z. B. Unterhaltsansprüche). Ein Verzicht kommt lediglich bei diesen Rechten und auch nur partiell in Be-

[247] S. zu ungeschriebenen Grundrechten im Allgemeinen auch *Rupp*, JZ 2005, 157 ff.

[248] Vgl. nur *Arango*, Der Begriff der sozialen Grundrechte, 2001, S. 101 ff.; *Scheinin*, Economic and Social Rights as Legal Rights, in: Eide/Krause/Rosas, Economic, Social and Cultural Rights, 2. Aufl. 2001, S. 29 ff.; *Eichenhofer*, Sozialer Schutz unter den Bedingungen der Globalisierung, 2009, S. 42 ff.

[249] Vgl. nur *Holmes/Sunstein*, The Costs of Rights. Why Liberty Depends On Taxes, 1999; *Sarlet*, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht (oben Fn. 105), S. 81 ff. (86); *Hunt*, Reclaiming Social Rights: International and Comparative Perspectives, 1996, S. 54 ff.

[250] Vgl. auch *Hanau*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht, 2004, S. 42 ff.; a. A. *Bäuerle*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, 2001, S. 362 ff.; *Oldiges*, FS Friauf, 1996, S. 281 ff. (291).

tracht (z. B. nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder für bereits entstandene Unterhaltsansprüche).

Die sozialen Rechte werden ferner durch das Subsidiaritätsprinzip begrenzt. Das Subsidiaritätsprinzip impliziert eine „vertikale Gewaltenteilung", indem der Staat die Eigenständigkeit der unteren Sozialeinheiten zu achten hat und deren originäre Kompetenzen nicht absorbieren darf.[251] Als Korrelat dieser Freiheitssicherung gilt für den Einzelnen, die Familie oder sonstige Gruppen ein „Primat der Selbstverantwortung".[252] Ebenso wie § 2 Abs. 1 BSHG festschreibt, dass „Sozialhilfe (nicht) erhält, wer sich selbst helfen kann", ist auch im Zivilrecht gem. § 1602 BGB nur unterhaltsberechtigt, „wer außerstande ist, sich selbst zu unterhalten."

In der weiteren Folge unterscheiden sich liberale und soziale Grundrechte auch grundlegend im Hinblick auf das Untermaßverbot.[253] Bei liberalen Grundrechten ist charakteristisch, dass jenseits des breiten gesetzgeberischen „Korridors"[254] das Über- und Untermaßverbot in gleicher Weise durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip bestimmt werden. Dieser symmetrische Rechtsschutz wird zwar vor allem mit dem „Prinzip vom Vorrang der Gesellschaft gegenüber dem Staat" zu widerlegen versucht,[255] doch ist ein solcher Vorrang weder demokratietheoretisch noch grundrechtlich vorgezeichnet. Nach der verfassungsrechtlichen Ordnung genießt jeder Bürger (abgesehen von Nicht-Deutschen) den gleichen freiheitsrechtlichen Status.[256] Zur Abgrenzung der konkurrierenden Freiheitssphären bedarf der Staat auch keiner besonderen Rechtfertigung, sondern muss lediglich die legitimen Ziele seines Handelns benennen und das Verhältnismäßigkeitsgebot sowie die Wesensgehaltsgarantie beachten. Selbst der sozialgestaltende Privatrechtsgesetzgeber wird durch eine vermeintliche Präponderanz der Freiheitsrechte nicht eingeschränkt.[257] Reflektiert man die Interessen der Akteure, besteht für eine Privilegierung ebenfalls kein Anlass: Dem Angegriffenen sind infolge des staatlichen Gewaltmonopols die Möglichkeiten eines Selbstschutzes weitestgehend genommen, während dem Störer allenfalls das „Recht des Stärkeren" zur Apologie eines asymmetrischen Schutzes zur Seite steht.[258] Auch unter Gemeinwohlaspekten gibt es keine hinreichenden Gründe, den Raucher gegenüber dem Nicht-Raucher, den Boykottaufrufer gegenüber dem Boykottierten

---

[251] Eine Kompetenzvermutung zugunsten des *homo singularis* ist damit nicht verbunden; s. näher *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat (oben Fn. 21), S. 141 m. w. N.

[252] Vgl. *Zacher*, HStR II, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 27 ff., 33; *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2001, S. 191 ff., 268 ff.

[253] S. auch schon *Neuner*, in: ders., Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht (oben Fn. 105), S. 159 ff. (173); einen ausführlichen Überblick zur Kontroverse über die Symmetrie von Unter- und Übermaßverbot bietet *Störring*, Das Untermaßverbot in der Diskussion (oben Fn. 235), S. 142 ff.

[254] *Calliess*, JZ 2006, 321 ff. (329); *ders.*, FS Starck, 2007, S. 201 ff. (213).

[255] Vgl. *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (oben Fn. 114), S. 47.

[256] Vgl. auch *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte (oben Fn. 129), S. 90 ff.

[257] Vgl. auch *v. Arnim*, Staatslehre, 1984, S. 130.

[258] Pointiert *Suhr*, JZ 1980, 166 ff. (167): „Dann *scheint* es, als stünde der Passivraucher zum Raucher nicht wie ein Privater zum gleichberechtigten anderen Privaten, sondern wie ein fürsorgebedürftiger Habenichts zu einem Privatherrn von Freiheit und Eigentum, so daß ihm scheinbar nichts *Gleiches* zusteht wie dem anderen, sondern nur das (mikro-ökologische) Existenz*minimum*."

oder den Trompetenspieler gegenüber dem Schlaf suchenden Nachbarn zu begünstigen. Beide genießen prinzipiell einen egalitären Rechtsschutz.[259]

Anders strukturiert ist der Schutz sozialer Grundrechte,[260] bei denen das Untermaßverbot durch das Subsidiaritätsprinzip deutlich abgesenkt wird. Staatliche Interventionen sind hiernach in der Regel erst geboten, sofern der Einzelne sich nicht aus eigener Kraft zu helfen vermag. Auch wenn man soziale Grundrechte definitorisch weit fasst,[261] hängt der grundrechtlich gebotene Mindestschutz davon ab, was der Einzelne selbst zu leisten und zu organisieren im Stande ist. So besteht ein privatrechtlicher Kontrahierungszwang zum Zwecke der Daseinsvorsorge nur bei lebensnotwendigen Gütern und fehlenden Ausweichmöglichkeiten (z. B. im Hinblick auf ein Girokonto ohne Kreditfunktion).[262] Soziale Auskunftsansprüche oder Aufklärungspflichten setzen voraus, dass dem Begünstigten die Informationsbeschaffung nicht selbst möglich oder zumutbar ist und auch ein Eingriff in Verträge erscheint nicht schon bei „strukturell ungleicher Verhandlungsstärke"[263] geboten, sondern erst bei konkreten Beeinträchtigungen des Willensbildungsprozesses nach Maßgabe der Wertungen des § 138 BGB.

Diese grundlegenden Unterschiede sprechen dafür, die nationale Grundrechtsdogmatik an den internationalen Standards auszurichten und das Soziale vom Liberalen zu trennen, wie es beispielhaft in den beiden Pakten[264] über „bürgerliche und politische Rechte" sowie „wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte" erfolgt.[265] Nichts anderes gilt für die Zivilrechtsdogmatik.[266]

VI. Conclusio

Während die Grundrechte im 19. Jahrhundert lediglich privatrechtsakzessorisch wirkten,[267] geriet dieses Vorrangverhältnis bereits unter der Weimarer Reichsverfassung ins Wanken.[268] Seit nunmehr 60 Jahren gilt ein Primat der Verfassung, der sich

---

[259] Vgl. auch *Hager*, JZ 1994, 373 ff. (381); *Vosgerau*, AöR 133 (2008), 346 ff. (350, 352).

[260] Ausgenommen soziale Grundrechte mit abwehrrechtlichem Charakter (z. B. das Recht auf Koalitionsfreiheit).

[261] Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, (oben Fn. 44), S. 467 ff.

[262] Vgl. Palandt/*Ellenberger*, 69. Aufl. 2010, Einf. v. § 145 Rn. 10 m. w. N.

[263] Vgl. oben Fn. 202 ff.

[264] S. für Europa auch die „Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten" (BGBl. 1952 II, S. 685 ff.) sowie die „europäische Sozialcharta" (BGBl. 1964 II, S. 1261 ff.).

[265] Vgl. auch *Riedel*, Die Grundrechtssaat ist aufgegangen, in: ders., Die Universalität der Menschenrechte (oben Fn. 90), S. 259 ff. (267 ff.); kritisch *Häberle*, VVDStRL 30 (1072), 43 ff. (90): „Bereits der *besondere* Begriff ‚soziale Grundrechte' ist ein Offenbarungseid ‚bürgerlichen' Grundrechtsverständnisses."

[266] S. auch schon *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, S. 52: „Zu den genannten Prinzipien der Privatautonomie, des Vertrauensschutzes und der ausgleichenden Vertragsgerechtigkeit ist ein weiteres hinzugetreten, das man als das ‚*Sozialprinzip*', im engeren Sinn bezeichnen kann."

[267] S. näher *Wahl*, Der Staat 18 (1979), 321 ff. (328 ff.); *Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht, 1988, S. 8 ff.

[268] S. näher *Nörr*, Zwischen den Mühlsteinen (oben Fn. 19), S. 9 ff.; *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht (oben Fn. 135), S. 292 ff.

bei näherer Betrachtung allerdings als hochkomplexes Verhältnis darstellt: Es konkurrieren verschiedene Akteure (Verfassungsgeber, Privatrechtsgesetzgeber, Privatrechtssubjekte), verschiedene Gerichte (Bundesverfassungsgericht, Zivilgerichte) und verschiedene Fundamentalnormen (Grund- und Menschenrechte). Diese Konkurrenzverhältnisse können die Eigenständigkeit des Privatrechts gefährden, sie können das Privatrecht aber auch zukünftig bereichern und in sachgerechte Bahnen lenken.

60 Jahre Grundgesetz und das Wirtschaftsrecht

von

Prof. Dr. Dr. h.c. Fritz Rittner†, Freiburg, und
Prof. Dr. Meinrad Dreher, LL.M., Mainz

Inhaltsübersicht

I. Einleitung . . . 61
II. Der Text des Grundgesetzes und spätere Änderungen . . . 62
1. Das Grundgesetz von 1949 . . . 62
a) Die wirtschaftspolitische Offenheit des Grundgesetzes . . . 62
b) Die Einordnung wirtschaftsbezogener Kompetenzen . . . 62
c) Die Sozialisierungsklausel des Art. 15 GG . . . 63
2. Die späteren Änderungen des Grundgesetzes . . . 65
a) Die Änderungen bis zu den Einigungsverträgen . . . 65
b) Die Einigungsverträge . . . 66
III. Die Wirtschaftsverfassung . . . 67
1. Begriffliche Grundlagen . . . 67
2. Der Streit um die Wirtschaftsverfassung . . . 67
a) Der wissenschaftliche Streit in der Nachkriegszeit . . . 67
b) Der Einfluss des Europarechts . . . 67
c) Der Vertrag von Lissabon . . . 68
3. Die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes . . . 69
a) Die Bedeutung der Grundrechte . . . 69
b) Die Einordnung der Wirtschaftsverfassung . . . 69
4. Das Sozialstaatsgebot . . . 70
a) Der gesetzgeberische Spielraum . . . 70
b) Die Privatisierungsgrenzen . . . 70
c) Die Idee einer Wirtschaftsdemokratie . . . 71
5. Die Wirtschaftspolitik . . . 71
a) Der Spielraum des Gesetzgebers . . . 71
b) Die begrifflichen Aspekte der Einordnung . . . 72
c) Die Unzulässigkeit einer Zentralverwaltungswirtschaft . . . 72
6. Die Landesverfassungen . . . 72
IV. Das Unternehmensrecht . . . 73
1. Begriff und Grundlagen . . . 73
a) Die Unternehmerfreiheit als Ausgangspunkt . . . 73
b) Der Unternehmensbegriff . . . 73

c) Die Abgrenzung zu den Freien Berufen . . . 74
2. Die Unternehmensträger des privaten Rechts . . . 74
a) Nach deutschem Recht . . . 74
b) Nach europäischem Recht . . . 75
3. Die Unternehmen der öffentlichen Hand . . . 75
a) Die Unternehmensträger . . . 75
b) Die Grenzen der unternehmerischen Tätigkeit . . . 76
4. Die Mitbestimmung in den Gesellschaften . . . 77
a) Der Ursprung der Mitbestimmung . . . 77
b) Die Lösung des Gesetzgebers . . . 77
c) Die Reaktion auf das Mitbestimmungsgesetz . . . 78
d) Die europäische Entwicklung . . . 79
e) Die Auswirkungen auf die soziale Marktwirtschaft . . . 79
V. Das Vertrags-, Tarif- und Wettbewerbsrecht . . . 79
1. Zum historischen Hintergrund . . . 79
a) Die Freiheitsrechte . . . 80
b) Die Tarifvertragsfreiheit . . . 80
c) Der Schutz des Wettbewerbs . . . 80
2. Die bürgerlich-rechtliche Vertragsfreiheit . . . 80
a) Die Grundlage der Vertragsfreiheit . . . 80
b) Die Bedeutung des Vertrags . . . 81
c) Die Ordnungsfunktion des Vertrags . . . 82
3. Das Tarifvertragsrecht . . . 82
a) Die Tarifvertragsfreiheit und das Grundgesetz . . . 82
b) Das Bundesverfassungsgericht . . . 83
4. Das Wettbewerbsrecht . . . 83
a) Das Grundgesetz und das Wettbewerbsrecht . . . 83
b) Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen . . . 83
c) Das europäische Kartellrecht . . . 84
VI. Das allgemeine Lenkungsrecht . . . 84
1. Begriff und Grundlagen . . . 84
2. Die verfassungsrechtliche Gebotenheit und die Grenzen der Wirtschaftslenkung . . . 84
3. Die systematische Einordnung . . . 85
4. Das Preisrecht . . . 86
a) Ausgangspunkt . . . 86
b) Das Allgemeine Preisrecht . . . 87
c) Das sektorale Preisrecht . . . 87
5. Das Subventionsrecht . . . 87
a) Begriff und Grundlagen . . . 87
b) Die Arten und die Ziele . . . 88
c) Die verfassungsrechtliche Bedeutung . . . 89
aa) Im Subventionsverhältnis . . . 90
bb) Im Verhältnis zu Dritten . . . 91
VII. Das Besondere Wirtschaftsrecht . . . 91
1. Die Grundfragen der Wirtschaftsaufsicht . . . 91
2. Das Besondere Wirtschaftsrecht als Ausnahmeregelung . . . 92
3. Zu den Ausnahmegründen . . . 92
4. Die Einführung eines Basistarifs in der Privaten Krankenversicherung als Beispiel für den Konflikt zwischen Besonderem Wirtschaftsrecht und Sozialstaatsprinzip . . . 93
VIII. Schluss . . . 95

I. Einleitung

Das Wirtschaftsrecht, um das es in diesem Beitrag geht, gehört inzwischen zu den klassischen, wenn auch noch immer etwas umstrittenen Kategorien des Rechtssystems.[1] Es fasst diejenigen Rechtsnormen und -institute zusammen, welche die gesamtwirtschaftliche Ordnung verwirklichen sollen. Dies setzt eine mehrdimensionale Systemvorstellung voraus, wie sie jedoch allein dem modernen Rechtssystem mit seinen vielfältigen Grundwerten entspricht, die mit dem früheren „Wandtafelsystem" nicht zu erfassen sind.[2] Sein Grundgedanke findet sich bereits in Art. 151 WRV:

„Die Ordnung der Wirtschaft muss den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziel der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen zu sichern."

In diesem Verständnis verdrängt das Wirtschaftsrecht keineswegs andere Rechtsgebiete, wie etwa das Bürgerliche Recht oder das Handelsrecht oder auch das Wirtschaftsverwaltungsrecht, es überwindet aber die – aus dem 19. Jahrhundert stammende – Trennung des Rechtssystems in Privatrecht und öffentliches Recht. Es lässt zugleich das wirtschaftspolitische Denken und seine Programme unberührt und sorgt dafür, dass diese sich, sofern sie geltendes Recht werden, zwanglos in die Rechtsordnung einfügen.

Vor diesem Hintergrund sind nachfolgend die historische Entwicklung der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Regelungen (unten II.), die Frage nach dem Zusammenspiel der deutschen Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes mit den europäischen Regelungen (unten III.) und das Unternehmensrecht einschließlich des Rechts der unternehmerischen Mitbestimmung (unten IV.) Gegenstand der Darstellung. Ergänzt werden diese Ausführungen um die wirtschaftsverfassungsrechtlich relevanten Bereiche des Vertrags-, Tarif- und Wettbewerbsrechts (unten V.), des Allgemeinen Lenkungsrechts (unten VI.) sowie des Besonderen Wirtschaftsrechts und der Wirtschaftsaufsicht (unten VII.).

---

[1] Vgl. hierzu und zum Folgenden des Näheren *Rittner/Dreher*, Europäisches und Deutsches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2008, § 1 Rn. 51 ff. und dazu zust. *Badura*, AöR 134 (2009), 128, sowie zahlreiche Werke zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht, die das private Wirtschaftsrecht als Teil eines disziplinenübergreifenden Rechtsgebiets anerkennen, vgl. z. B. *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 28 ff., die die Trennung von privatem und öffentlichem Wirtschaftsrecht für betont bedeutsam halten, dennoch aber einräumen, dass die Grenzen zwischen privatem und öffentlichem Wirtschaftsrecht zuweilen verwischen (Rn. 29) und teilweise eine enge Verzahnung zwischen beiden Bereichen besteht (Rn. 30); *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2007, § 3 Rn. 4; anders aber noch *Schmoeckel*, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, 2008, S. 2, im Anschluss an *Kübler*, Das Wirtschaftsrecht in der Bundesrepublik, in: D. Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft der Bonner Republik, 1994, S. 364.

[2] Vgl. dazu *Rittner*, Über die Notwendigkeit des rechtssystematischen Denkens, in: FS K. W. Nörr, 2002, S. 805, 816 ff., anders aber z. B. *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 677 ff., insbes. S. 694 ff., 699 ff., der sich noch nicht vom Wandtafelsystem löst und daher das Wirtschaftsrecht für ein ungeeignetes System hält (S. 699).

II. Der Text des Grundgesetzes und spätere Änderungen

1. Das Grundgesetz von 1949

a) Die wirtschaftspolitische Offenheit des Grundgesetzes

Das Grundgesetz von 1949 verzichtete in seiner nüchternen Sachlichkeit auf eine wirtschaftsrechtliche Konzeption, wie sie Art. 151 WRV versucht hatte. Es ließ folglich dem Gesetzgeber die Möglichkeit, „die ihm jeweils sachgerecht erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz beachtet" (sog. „wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes").[3] Der programmatische Art. 151 WRV in dem Abschnitt „Wirtschaftsleben" hatte freilich dem Staat bereits eine „umfassende Verantwortung für die richtige Ordnung des Wirtschaftslebens" übertragen.[4] Dass das Grundgesetz dies gewiss nicht in Frage stellen wollte, zeigt das Zusammenspiel der Freiheitsrechte im Grundrechtsteil mit dem Sozialstaatsgebot des Art. 20 Abs. 1 GG.

b) Die Einordnung wirtschaftsbezogener Kompetenzen

Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (konkurrierende Gesetzgebung) spricht allerdings vom „Recht der Wirtschaft" und nennt dazu in einer Klammerdefinition „Bergbau, Industrie, Energiewirtschaft, Handwerk, Gewerbe, Handel, Bank- und Börsenwesen, privatrechtliches Versicherungswesen". Damit meint er aber nicht etwa eine wirtschaftsrechtliche Konzeption, wie sie Art. 151 WRV formuliert hatte, sondern regelt nur die gesetzgeberische Zuständigkeit. Dies bestätigen andere Teile des Art. 74 Abs. 1 GG, wie Nr. 16: „Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung", Nr. 17: „Förderung der land- und forstwirtschaftlichen Erzeugung …", Nr. 21: „Hochsee- und Küstenschifffahrt …", Nr. 23: „Die Schienenbahnen …", ebenso einige Nummern des Art. 73 Abs. 1 GG (ausschließliche Gesetzgebung), wie Nr. 4: „Währungs-, Geld-, und Münzwesen", Nr. 6: „Luftverkehr" und Nr. 7: „Postwesen und Telekommunikation".

---

[3] BVerfGE 4, 7, 17f. – „Investitionshilfe"; BVerfGE 7, 377, 400 – „Apotheken-Entscheidung"; BVerfGE 14, 19, 23 – „Ladenschluss/Warenautomaten"; BVerfGE 30, 292, 315 – „Mineralölbevorratungspflicht"; BVerfGE 50, 290, 336f. – „Mitbestimmungsentscheidung"; vgl. auch *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Gundgesetz-Kommentar, 5. neubearbeitete Aufl. 2000, Band 1, Art. 12 Rn. 3; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 12 Rn. 2; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 5. vollständig neubearbeitete Aufl. 2005, Band 1, Art. 12 Rn. 32; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Komm. z. GG, 2. Band, Art. 12 Rn. 85; *Badura*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 3. Aufl. 2008, S. 10f.; *Ziekow* (Fn. 1), § 3 Rn. 7; kritisch zum Begriff der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes: *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008, § 35 Rn. 1, die Neutralität nicht im Sinne rechtlichen Leerraums verstanden wissen wollen, sowie *Mann*, in: Sachs, GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 12 Rn. 22, der von einer „verfehlten Akzentuierung" spricht und stattdessen die auch ohne begriffliche Institutionalisierung gegebene Sicherung einer wettbewerblich organisierten, marktorientierten Wirtschaftsordnung durch die wirtschaftlich relevanten Grundrechte hervorhebt.

[4] So *Rittner/Dreher* (Fn. 1), § 1 Rn. 11.

Allerdings kommt den grundgesetzlichen Kompetenztiteln noch eine Bedeutung zu, die über die schlichte Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern hinausgeht: So lassen sie mittelbar den Schluss zu, dass Regelungen in den aufgezählten Bereichen im Grundsatz legitim sind und damit auch notwendig materielle Einschränkungen für betroffene Grundrechte möglich sind. Das verfassungsrechtlich zulässige Maß des Grundrechtseingriffs ergibt sich jedoch aus dem Schrankenvorbehalt des einzelnen Grundrechts unter Beachtung des stets zu berücksichtigenden Übermaßverbots.[5]

c) Die Sozialisierungsklausel des Art. 15 GG

Die Sozialisierungsklausel des Art. 15 GG formuliert weder ein Grundrecht noch einen Verfassungsauftrag, sondern ermächtigt nur den Gesetzgeber zu einer „Vergesellschaftung" gewisser Objekte, freilich gegen Entschädigung. Die Vorschrift, die auf ältere Ideen der „Gemeinwirtschaft" (so auch im Text) zurückgeht,[6] blieb bisher bedeutungslos.

Die rechtliche Bedeutung in keiner Weise erhöht, aber die Norm wieder ins öffentliche Bewusstsein gebracht, hat die von den Banken ausgehende Finanz- und sodann auch (Real-) Wirtschaftskrise. Als Härtetest für die wirtschaftspolitische Offenheit des Grundgesetzes dürften sich in diesem Zusammenhang die aus der Not geborenen Maßnahmen des Gesetzgebers in Gestalt des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes[7] (FMStG) vom 17. 10. 2008 und des Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetzes[8] (FMStErgG) vom 07. 04. 2009 erweisen.[9] Problematisch stellt sich in erster Linie die im Zuge des Art. 3 FMStErgG mit dem Rettungsübernahmegesetz (RettungsG) neu geschaffene Enteignungsmöglichkeit dar, die infolge der zeitlichen Begrenzung bis zum 30. 06. 2009 nur die *Hypo Real Estate* betraf, allerdings nicht angewendet wurde. Bemerkenswert bleibt, dass die in Rede stehende „Enteignungsoption" an Art. 14 Abs. 3 GG und nicht an den grundsätzlich ebenfalls in Betracht kommenden Art. 15 GG anknüpft. Unabhängig davon ist die Aktie als gesellschaftsrechtliches Anteilseigentum grundsätzlich vom Schutzbereich des Art. 14 GG erfasst.[10]

---

[5] Vgl. *Mann* (Fn. 3), Art. 12 Rn. 204 m. w. Nachw.

[6] Vgl. dazu *Ritschl*, Gemeinwirtschaft, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, IV. Bd., 1965, S. 331 ff.; krit. *Mises*, Die Gemeinwirtschaft, 1922, insbes. S. 199 ff., 209 f.; vgl. ausführlich zur Entstehungsgeschichte der Norm: *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2004, Bd. 1, Art. 15 Rn. 1 ff.

[7] BGBl. I, S. 1982.

[8] BGBl. I, S. 725.

[9] Das BVerfG hat mit Beschluss vom 26. 03. 2009 NJW 2009, 1331 ff. = WM 2009, 786 ff. = ZIP 2009, 753 ff. eine Verfassungsbeschwerde gegen § 3 FMStBG (gesetzlich genehmigtes Kapital ohne HV-Beschluss) mit Verweis auf die Subsidiarität gegenüber fachgerichtlichem Rechtsschutz („Aktionärsklage") nicht zur Entscheidung angenommen; zust. *Mock*, EWiR 2009, 383 f.

[10] BVerfGE 14, 263, 276 f. – „Feldmühle"; BVerfGE 25, 371, 407 – „Rheinstahl"; BVerfGE 35, 377, 378 – „VW"; BVerfGE 50, 290; 341 f. – „Mitbestimmung"; BVerfGE 100, 289; 301 f. – „DAT/Altana", vgl. auch *Depenheuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 5. vollständig neubearbeitete Aufl. 2005, Band 1, Art. 14 Rn. 142; *Langenbucher*, Aktien- und Kapitalmarktrecht, 2008, S. 144 ff.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)[11] läge eine Enteignung in dem fraglichen Fall vor.[12] Während dafür zum einen ein Gemeinwohlbelang vorliegen muss, gilt zum anderen auch hier das Übermaßverbot.[13] Als verfassungsrechtliche Kernfrage dürfte sich daher die Erforderlichkeit einer solchen Enteignung herauskristallisieren.[14] So bot auch schon der bestehende Rechtsrahmen des Aktien- und Übernahmerechts Instrumente, die eine Kontrollerlangung ermöglichten. Sie wurden durch das FMStG und das FMStErgG noch erheblich zugunsten der öffentlichen Hand effektuiert: Dies betrifft zum einen die Kapitalmaßnahmen – beispielhaft zu nennen sind die Instrumente einer vereinfachten Schaffung genehmigten Kapitals, was die erforderliche Stimmmehrheit und den (unbegrenzten) Umfang der Kapitalerhöhung anbelangt (§ 7b Abs. 1 FMStBG[15]), einer beschleunigten (konstituiven) Eintragung von Hauptversammlungsbeschlüssen (§ 7c FMStBG), sowie die Schaffung gesetzlich genehmigten Kapitals ohne Hauptversammlungsbeschluss mit Bezugsrechtsausschluss (Art. 3 FMStBG).[16] Zum anderen wurde durch die Herabsetzung des Schwellenwerts für einen (übernahmerechtlichen) Squeeze-Out auf 90% (§ 12 Abs. 3 Nr. 1 FMStBG) der Ausschluss von Minderheitsaktionären erleichtert.

In der Zusammenschau dieser Maßnahmen stellt sich die Frage, ob es tatsächlich noch einer Enteignungsoption mit dem RettungsG bedurfte. Dabei ist auch die Sachlage zum Zeitpunkt der Gesetzesentstehung zu berücksichtigen. So war der Interbankenverkehr nach dem Zusammenbruch von *Lehman Brothers* schwer gestört, der Abschreibungsbedarf der Kreditinstitute, insbesondere der *Hypo Real Estate*, schien sich in einem Maße zu steigern, der keine realitätsnahe Schätzung des Gesamtfinanzbedarfs zuließ und schließlich war seit dem Zusammenbruch von *Lehman Brothers* ebenso klar, dass keine systemrelevante Bank mehr in die Insolvenz gehen durfte. Hinzu kam die besondere Bedeutung der *Hypo Real Estate* auf dem – auch für die Versicherer relevanten – Pfandbriefmarkt. Deswegen war die Situation von dem Wissen um die zentrale Bedeutung der Kreditinstitute für die Realwirtschaft und der Sorge der Bevölkerung um ihre Spareinlagen geprägt. In dieser Situation schien es zwingend, Möglichkeiten zu schaffen, um im Ernstfall schnell und rechtssicher eingreifen zu können. Gerade diesbezüglich bestanden jedoch erhebliche Bedenken, ob die durch das FMStG geschaffenen Instrumente dafür ausreichen würden.[17]

Dem ist zuzugeben, dass die Schaffung gesetzlich genehmigten Kapitals durch den Vorstand ohne Zustimmung der Hauptversammlung (HV) nach § 3 Abs. 1 bis 3 FMStBG nur in Höhe von bis zu 50% des Grundkapitals möglich ist. Demgegenüber ist die Schaffung unbegrenzten (genehmigten) Kapitals, die in kombinierter Anwendung mit einem Squeeze-Out zur erforderlichen Erlangung von 100%-Beteiligungen führt, nach § 7 Abs. 1 FMStBG nur mit Zustimmung der HV möglich. Deren Einberufung muss jedoch nach § 7 Abs. 1 Satz 3 FMStBG spätestens 21 Tage vor der HV erfolgen.[18] Zudem erfordert der notwendige Bezugs-

---

[11] Nach BVerfGE 70, 191, 199 f.; BVerfGE 72, 66, 76; BVerfGE 104, 1, 9 ist eine Enteignung „auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver Eigentumspositionen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 GG zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben gerichtet" – womit sich das BVerfG gegen die sog. „Sonderopfertheorie" des BGH und die „Schweretheorie" des BVerwG durchgesetzt hat.

[12] So auch *Brück/Schalast/Schanz*, BB 2009, 1306, 1308.

[13] BVerfGE 45, 297, 335; *Jarass* (Fn. 3), Art. 14 Rn. 82.

[14] Vgl. *Brück/Schalast/Schanz* (Fn. 12), 1310.

[15] Beim FMStBG („Finanzmarktstabilisierungsbeschleunigungsgesetz") handelt es sich um das ursprünglich durch Art. 2 FMStG eingeführte „Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung des Erwerbs von Anteilen an sowie Risikopositionen von Unternehmen des Finanzsektors – Finanzmarktstabilisierungsfonds – FMS", das durch Art. 2 FMStErgG umbenannt und ergänzt wurde.

[16] Vgl. hierzu ausführlich *Hopt/Fleckner/Kumpan/Steffek*, WM 2009, 821 f.

[17] RegBegr. zum FMStErgG, S. 19.

[18] Die Einberufungsfrist wurde entgegen der ursprünglichen Fassung des FMS richtlinienkonform

rechtsausschluss für Altaktionäre nach § 7 Abs. 3 Satz 1 FMStBG eine qualifizierte Mehrheit. Diese kann nach § 7 Abs. 3 Satz 2 FMStBG nur umgangen werden, indem das gesetzlich genehmigte Kapital nach § 3 FMStBG und eine reguläre (§ 7 Abs. 3 Satz 2 FMStBG) bzw. genehmigte (§ 7b Abs. 2 i. V. m. § 7 Abs. 3 Satz 2 FMStBG) Kapitalerhöhung miteinander kombiniert werden. Schon hieraus werden die enormen zeitlichen und verfahrenstechnischen Anstrengungen deutlich, die sich aus der kombinierten Anwendung der durch das FMStG und das FMStErgG modifizierten allgemeinen aktien- und übernahmerechtlichen Instrumente ergibt – umgekehrt wird der Vorteil einer Enteignung nach dem RettungsG deutlich.

Diese Aspekte greift auch § 1 Abs. 2 a) bis c) RettungsG auf, welcher einfachgesetzlich versucht, die Anforderungen an die Erforderlichkeit für eine Enteignung zu normieren – und dürfte damit zugleich in etwa die zentralen, zu fordernden verfassungsrechtlichen Voraussetzungen erfassen. So spricht neben dem Verzögerungsaspekt auch der enorme finanzielle Aufwand, der zur Erlangung von 100% des Kapitals im Wege von Kapitalerhöhungen und Squeeze-Out nötig ist, für eine Erforderlichkeit der Regelung. Obgleich nach der Rechtsprechung des BVerfG[19] Enteignungen aus fiskalischen Gründen problematisch sind, würde eine solche im vorliegenden Zusammenhang nicht erfolgen, um das Staatsvermögen zu vermehren – im Gegenteil hat der Staat zuvor schon ungeheure Mittel investiert, deren Werthaltigkeit in einer im Grunde insolventen Bank kaum mehr gegeben sein dürfte.

Somit stellt sich das fiskalische Interesse des Staats in dieser Sondersituation ausnahmsweise als beachtliches Moment zur Bejahung der Erforderlichkeit einer Enteignung dar – sowohl, was die Zumutbarkeit alternativer Verfahren als auch die Sicherung der bereits investierten Mittel anbelangt. Die Verfassungskonformität der Entschädigung dürfte durch § 4 Abs. 4 Nr. 3 RettungsG gewährleistet sein. Insgesamt gesehen hat sich so selbst mit der im Zuge des RettungsG geschaffenen Enteignungsmöglichkeit keine späte Aktualisierung des Art. 15 GG durch die Finanzmarktkrise der Jahre 2008 ff. ergeben.

2. Die späteren Änderungen des Grundgesetzes

a) Die Änderungen bis zu den Einigungsverträgen

An dem Ausgangsbefund eines wirtschaftspolitisch offenen GG haben die bisherigen Änderungen des Grundgesetzes festgehalten. Diese betreffen nämlich nur Randfragen wie z. B. die Ergänzung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG durch die Wendung „ohne das Recht des Ladenschlusses, der Gaststätten, der Spielhallen, der Schaustellung von Personen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte“.[20]

Selbst die großen Reformen früherer Regierungen, vor allem des Bundeswirtschaftsministers Karl Schiller, berührten lediglich die Finanzverfassung des Grundgesetzes, vor allem Art. 109 GG.[21] Das „Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft“ vom 8. Juni 1967,[22] das sog. „Stabilitätsgesetz“, richtete

---

an die Vorgaben der sog. Aktionärsrichtlinie (Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 07. 2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften, ABl. EU Nr. L 184 vom 14. 07. 2007, S. 17) ab dem 02. 08. 2009 angepasst.

[19] BVerfGE 38, 175, 180; vgl. dazu auch *Brück/Schalast/Schanz* (Fn. 12), 1309.

[20] Gültig seit 01. 09. 2006.

[21] Gültig seit 14. 06. 1967.

[22] BGBl. I, S. 581.

zwar die „konzertierte Aktion" nach seinem § 3 ein, aber eben durch ein einfaches Gesetz, das zudem durch die weitere Entwicklung überholt wurde.[23] Auch die Änderungen des Unternehmensrechts durch das Mitbestimmungsgesetz von 1976 hielten sich im Rahmen der einfachen Gesetzgebung.

Die (teilweise) Europäisierung des Wirtschaftsrechts durch die EG bzw. die EU beruht zwar auf Art. 23 und 24 GG, änderte jedoch aus spezifisch wirtschaftsrechtlicher Sicht am Text der Verfassung nichts.

b) Die Einigungsverträge

Erst die Einigungsverträge von 1990 brachten ein Bekenntnis zur „Sozialen Marktwirtschaft" als wirtschaftspolitischem Prinzip,[24] freilich ohne die Verfassung zu ändern.[25] Der Staatsvertrag zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion vom 18. Mai 1990[26] legt in Art. 1 Abs. 3 – entsprechend seiner Präambel 3. Beistrich – als „Grundlage der Wirtschaftsunion (…) die Soziale Marktwirtschaft" fest und zwar mit den Elementen „Privateigentum, Leistungswettbewerb, freie Preisbildung und grundsätzlich volle Freizügigkeit von Kapitalgütern und Dienstleistung". Er bemerkt aber zutreffend in der Überschrift seines Art. 11, dass es sich dabei um „Wirtschaftspolitische Grundlagen" handelt und nicht etwa um eine irgendwo fixierte (Wirtschafts-)Ordnung. Der Einigungsvertrag vom 11. Aug. 1990[27] folgert daraus sodann in seiner Anlage I, Kap. V, Sachgebiet A, die Einzelheiten für „Allgemeines Wirtschaftsrecht, Wirtschaftspolitik, Wettbewerbs- und Privatrecht".[28]

Seitdem mag die Wirtschaftspolitik der „Sozialen Marktwirtschaft" einen verfassungsrechtlichen Rang genießen.[29] Die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Grundlagen und Grenzen des Wirtschaftsrechts ergeben sich indes aus dem Grundgesetz selbst, wie sogleich zu zeigen sein wird.

---

[23] Vgl. dazu *Rittner/Dreher* (Fn. 1), § 6 Rn. 40.

[24] Vgl. dazu zuletzt *Rittner*, Die Marktwirtschaft und das Soziale, WuW 2009, 715.

[25] Dass der Einigungsvertrag „seiner Grundkonzeption nach ein Verfassungsvertrag" ist, betont zu Recht *Badura*, Staatsziele und Garantien der Wirtschaftsverfassung in Deutschland und Europa, in: FS Stern, 1997, 409, 420; vgl. auch *Rittner/Dreher* (Fn. 1) § 2 Rn. 47 ff. m.zahl.w.Nachw.; anders z. B. *Hauptkorn*, Preisrecht, 2000, S. 83; *Ruthig/Storr* (Fn. 1), Rn. 677; *Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2008, S. 20 f.; *Schmidt-Preuß*, DVBl. 1993, 236, 238, 247.

[26] BGBl II, S. 518.

[27] BGBl II, S. 889.

[28] So die Formulierung in der Überschrift.

[29] Zurückhaltend aber z. B. *Zippelius/Würtenberger*, (Fn. 3) § 35 Rn. 3; abermals ablehnend: *Schliesky* (Fn. 25), S. 21, der dem Staatsvertrag vom 18. 05. 1990 und damit dem in Art. 1 Abs. 3 Satz 1 enthaltenen Wirtschaftssystem der Sozialen Marktwirtschaft nur einfachen Gesetzesrang zubilligt.